



Vol.6 (2011.9)

東京大学 法科大学院ローレビュー

国際投資仲裁における人権保障と多国間投資協定

石塚翔太郎

給付行政と「自由意識の喪失」

西上 治

性同一性障害者をめぐる法及び社会制度についての考察

根本 拓

外資規制法の構造分析

本郷 隆

——安全保障を理由とする投資規制の比較法的分析と事例研究——

裁判員制度への人々の態度：裁判員等の記者会見と守秘義務について

太田勝造

賃貸人の「貸す債務」と民法(債権関係)改正論議
——東日本大震災の借地借家相談を素材として——

岡 正晶

「企業内法曹」について一考

唐津恵一

デジタル時代の事件報道に関する法的問題

宍戸常寿

判例に関する覚書

土屋文昭

——民事判例の主論を中心として

An Optimal Tax That Destroyed the Government

——An Economic Analysis of the Decline of the Tang (唐) Dynasty

Minoru NAKAZATO

イタリヤ・コスタリカ借款事件仲裁判決

中谷和弘

Student-Edited Law Reviews and Their Role in U.S. Legal Education

Daniel H. FOOTE

金融商品取引法の国際的適用範囲

松尾直彦

The University of Tokyo Law Review

—目次—

1	第6巻の刊行にあたって	山下友信
---	-------------	------

投稿論稿

3	国際投資仲裁における人権保障と多国間投資協定	石塚翔太郎
34	給付行政と「自由意識の喪失」	西上 治
106	性同一性障害者をめぐる法及び社会制度についての考察	根本 拓
127	外資規制法の構造分析 ——安全保障を理由とする投資規制の比較法的分析と事例研究——	本郷 隆

寄稿論稿

163	裁判員制度への人々の態度：裁判員等の記者会見と守秘義務について	太田勝造
183	賃貸人の「貸す債務」と民法（債権関係）改正論議 ——東日本大震災の借地借家相談を素材として——	岡 正晶
195	「企業内法曹」について一考	唐津恵一
207	デジタル時代の事件報道に関する法的問題	穴戸常寿
218	判例に関する覚書 ——民事判例の主論を中心として	土屋文昭
234	An Optimal Tax That Destroyed the Government ——An Economic Analysis of the Decline of the Tang (唐) Dynasty	Minoru NAKAZATO
246	イタリア・コスタリカ借款事件仲裁判決	中谷和弘
257	Student-Edited Law Reviews and Their Role in U.S. Legal Education	Daniel H. FOOTE
276	金融商品取引法の国際的適用範囲	松尾直彦

–Contents–

1	Foreword (<i>in Japanese</i>)	Tomonobu YAMASHITA
<hr/>		
3	Human Rights in International Investment Arbitration and Multilateral Rules on Investment (<i>in Japanese</i>)	Shotaro ISHIZUKA
34	Government Benefits and “the Loss of <i>Freiheitsbewußtsein</i> ” (<i>in Japanese</i>)	Osamu NISHIGAMI
106	The Law and System on Gender Identity Disorder (<i>in Japanese</i>)	Taku NEMOTO
127	Structural Analysis of Foreign Investment Regulation: comparative analysis and case study of foreign investment regulation for national security (<i>in Japanese</i>)	Takashi HONGO
<hr/>		
163	People’s Attitude toward Saiban-in Seido (Lay Judge System): Press Interview and Confidentiality (<i>in Japanese</i>)	Shozo OTA
183	“Lending Obligation” by Lessor and Current Discussion of Amendment of Part III (Claims) of Civil Code - Based upon Numerous Legal Consultations regarding Land and Building Leases Occurred after Great East Japan Earthquake (<i>in Japanese</i>)	Masaaki OKA
195	A consideration to “in-house lawyers” in Japan (<i>in Japanese</i>)	Keiichi KARATSU
207	Problems of Crime Reporting in Full-Digital Era (<i>in Japanese</i>)	George SHISHIDO
218	A Memorandum of the precedent of civil cases (<i>in Japanese</i>)	Fumiaki TSUCHIYA
234	An Optimal Tax That Destroyed the Government ---An Economic Analysis of the Decline of the Tang (唐) Dynasty	Minoru NAKAZATO
246	Case concerning the Loan Agreement between Italy and Costa Rica (<i>in Japanese</i>)	Kazuhiro NAKATANI
257	Student-Edited Law Reviews and Their Role in U.S. Legal Education	Daniel H. FOOTE
276	Scope of International Application of the Financial Instruments and Exchange Act (<i>in Japanese</i>)	Naohiko MATSUO



第6巻の刊行にあたって

本年度もここに東京大学法科大学院ローレビュー第6巻を刊行することができた。この第6巻には、厳正な審査の結果、学生諸君の投稿論稿4編が掲載されている。掲載数は前年度の6編よりも少ないが、いずれも高い水準の力作であり、引き続き法科大学院生諸君が研究に対する強い関心と研究を遂行する高度の能力を示していることを、法学政治学研究科長として心強く思う次第である。

本ローレビューは、法曹養成教育を任務とする東京大学法科大学院において、既存の理論や実務に習熟することにとどまらず、未解決であったり、これから新たに生ずるであろう社会的課題について、法曹として正面から取り組んで、解決を図って行くという創造的な能力を涵養する手段として、学生諸君に論文等を執筆してもらうことを促進する趣旨で創刊されたものである。また、米国のロースクールのローレビューをモデルに、投稿された論文等の掲載の可否を、学生諸君が編集委員として審査するというシステムを導入したが、この審査も当該テーマに関して執筆者以上にリサーチし、内容について評価を下すという高度な研究活動ということができる。

このように本ローレビューは、法科大学院における高度の研究活動の手段であることから、論文が掲載された者および編集委員を務めた者で、東京大学大学院法学政治学研究科総合法政専攻の博士課程に進学し、または助教となり、法律学研究者としての途へ進んだものが少なくないことは、ある意味では自然なことである。しかしながら、2004年度の法科大学院創設の前と比較すると、法律学研究者の途に進む者が大幅に少なくなっていることは否定しがたい。このような状態は、本研究科にとどまらず、わが国で法律学研究者を養成してきた主要な大学に共通してみられるところであり、これから10年、20年先の法律学の研究・教育を考えるとときわめて大きな不安を感じざるを得ないところである。

このような状況を打開すべく、本研究科においては、本年度より、「法科大学院教員養成プログラム」を開始し、法科大学院修了者が博士課程に進学する場合における経済的負担を軽減し、また3年の在学期間に博士の学位が取得できるようにするための指導体制の強化を図るとともに、法科大学院においても、学生諸君に従来以上に研究に関心を持ってもらい、博士課程への進学や助教への就職後の研究活動にスムーズに移れるようにするための様々な試みに着手している。本ローレビューは、法科大学院創設以来刊行を続けているが、法科大学院生諸君に研究への関心を持ってもらうには最適なツールであり、来年度の第7巻の刊行に向けて、これまで以上に論文が投稿されるようになることを祈念している。

本巻には、学生諸君の投稿論文に加えて、東京大学法科大学院教員の執筆した9編の論文も掲載されている。この点も、第1巻以来のことであるが、当初は、法学協会雑誌および国家学会雑誌という東京大学大学院法学政治学研究科・法学部の研究成果の公表を目的とした刊行物に投稿資格のない実務家教員の論文掲載の場としてスタートしたものの、次第に研究者教員の論文掲載も増加しつつあり、本ローレビューは、東京大学大学院法学政治学研究科・法学部の研究活動の中でも重要な意味を持ちつつあり、この面でも本ローレビューは将来においてさらに発展する可能性を秘めているものといえよう。

投稿者、編集委員のそれぞれの努力の結果、本巻が刊行されるに至ったわけであり、この点について研究科長として心からの感謝の意を表したい。

国際投資仲裁における人権保障と多国間投資協定

2009年4月入学

石塚翔太郎

- I. 序論
- II. 国際投資法における人権保障の必要性
 - 1 投資受入国に対する萎縮効果
 - 2 萎縮効果の生じるメカニズム
 - 3 関連する議論
 - 4 小括
- III. 国際投資法における人権保障の可能性
 - 1 人権保障の困難性
 - 2 人権保障に対する消極性
 - 3 国際投資法の性質
 - (1) 国際人権法と国際投資法
 - (2) 国際商事仲裁との違い
 - (3) 投資受入国の国民の人権保障
 - (4) 小括
 - 4 多国籍企業の責任主体性
 - (1) 人権保障の責任
 - (2) 五つの反論
 - (3) 再反論
 - (4) 小括
 - 5 仲裁廷の権限と能力
 - (1) 権限の問題
 - (2) 能力の問題
- IV. 国際投資法における人権保障の具体的方法
 - 1 実体規範と手続規範
 - 2 非投資事項に関する仲裁判断
 - (1) 三つのアプローチ
 - (2) Santa Elena 事件
 - (3) Siemens 事件
 - (4) MTD 事件
 - (5) 損害賠償額の減額が責任の不成立か
 - 3 実体規範の解釈による人権保障
 - (1) 無差別待遇義務, 公正衡平待遇義務, 収用
 - (2) 無差別待遇義務
 - (3) 公正衡平待遇義務
 - (4) 収用
 - 4 例外条項による人権保障
 - 5 手続規範による人権保障
 - (1) アミカス・キュリエ, 情報公開, 上訴, 仲裁人選任
 - (2) アミカス・キュリエ制度
 - (3) 情報公開制度
 - (4) 上訴制度
- 6 小括

- (5) 仲裁人選任制度

6 小括

V. 人権保障の手段としての多国間投資協定

1 多国間投資協定による人権保障の可能性

2 現状の一般的な問題点

- (1) 多様な問題点
- (2) フォーラム・ショッピング
- (3) 一貫性の欠如
- (4) 透明性の欠如
- (5) 予測可能性の欠如

3 現状の人権保障の観点からの問題点

- (1) 人権保障の観点からの問題点
- (2) 人権保障の機会が未然に失われる危険
- (3) 解釈手法を用いることができない危険
- (4) 上訴制度の機能不全の危険
- (5) 判例規範の構築が妨げられる危険
- (6) 萎縮効果防止を図れない危険

4 諸問題の解決としての多国間投資協定

- (1) 多国間投資協定による解決
- (2) 一般的な問題点の解決
- (3) 人権保障の観点からの問題点の解決
- (4) 人権保障につながりうる副産物

5 小括

VI. むすび

I. 序論

第二次世界大戦以後、世界中の国々は約3000もの国際投資協定を締結してきた。2008年末の段階で2608の二国間投資協定が発効しており、179の国々が少なくともそのうちの一つの締約国となっている。また、アメリカにより推進されてきた自由貿易協定、日本が進展させてきた経済連携協定を始めとして254の、投資の章を含んだ二国間経済協定が存在している。さらに、NAFTAやエネルギー憲章など三カ国以上にまたがる国際投資協定も締結されている¹⁾。このように、国際投資法は類を見ないほどの成功を収めていると評価できよう。

しかしながら、かかる成功にもかかわらず、国際投資法に不安材料が存在していることも事実である。実際、ボリビアやベネズエラなどによるICSIDからの脱退の公式声明など、国際投資法の発展に水を差すような動きも見られるようになってきている²⁾。

なかでも、国際投資法の発展に大きな影を落としたのがMAI（国際投資に関する包括的な枠組みを提供することを目指して、1995年5月からOECDの主導の下に締結の交渉が行われた多数国間条約のこと）の失敗である³⁾。

発展途上国における市場アクセスの改善を狙いとするMAIを、先進国が中心を占めるOECDで交渉したこと自体がそもそも問題であったといえる⁴⁾。しかし、とりわけMAIの頓挫に大きな影響力を発揮したのがNGOであった。1997年2月に、MAIの草案が外部にリークされると、AFL-CIO, Amnesty International, Australian Conservation Foundation, Friends of the Earth, Oxfam, Public Citizen, Sierra Club, Third World

1) Jeswald W. Salacuse, *The Emerging Global Regime for Investment*, 51 HARV. INT'L L.J. 427, 428-29 (2010).

2) August Reinsch, *The Future of Investment Arbitration*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTOPH SHREUER 894, 894 (Christinna Binder et al. eds., 2009).

3) Stephen J. Kobrin, *The MAI and the Clash of Globalizations*, 112 FOREIGN POLICY 97, 100 (1998).

4) Peter T. Muchlinski, *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?*, 34 INT'L LAW. 1033, 1039 (2000).

Network, United Steelworkers of America, Western Governors' Association, World Development Movement などの NGO によって、MAI は、民主主義、国家主権、環境保護、人権保障そして経済発展に対する主要かつ直接的な脅威として公然と非難された。彼らは、MAI が、企業に「政府を統治する主権」を付与し、選挙で選ばれた政府を企業の従順な操り人形に変えてしまい、人々が社会的、経済的、そして環境的な正義を促進することをほぼ不可能にしてしまうと主張した。この結果、フランスやニュージーランドをはじめとする諸国が交渉から手を引くこととなり、そうした動きの末、MAI 交渉は頓挫したのである。実際、MAI の交渉に従事した国々も、NGO の諸団体が強い影響力を有したことを認めている。例えば、ベルギーの外交通商省は、「市民団体からの増大する圧力が、OECD 諸国の間で存在していた意見の違いをさらに大きくさせた」と述べている⁵⁾。

このように MAI の失敗の背景には、MAI が過度に投資家及び投資財産の保護に傾斜しており、投資受入国ひいては投資受入国の国民の権利をないがしろにしているのではないかという懸念があったといえる⁶⁾。国際投資法のこれからの発展はかかる問題を乗り越えられるかにかかっている。

本稿は、かかる問題のうち、国際投資法が人権保障⁷⁾の問題に対して十分な配慮を示すことができるかという点を探究することを目的としている。II では、国際投資法における人権保障の必要性、III では、国際投資法における人権保障の可能性、IV では、国際投資法における人権保障の具体的方法、V では、国際投資法における人権保障の手段としての

多国間投資協定、につき検討する。

II. 国際投資法における人権保障の必要性

1 投資受入国に対する萎縮効果

人権保障のような非投資事項を国際投資法に取り込む必要性はいかにして認められるのであろうか。本稿は、投資受入国における人権保障を目的とする規制措置を萎縮させないために、人権保障の問題を国際投資法に取り込む必要があると考えている。

2 萎縮効果の生じるメカニズム

人権保障の問題を国際投資法に取り込まないことは、投資受入国が行う人権保障目的の規制措置につき、いかなる萎縮効果を及ぼすのであろうか。

例えば、国際投資法においては、収用は、①公共目的を有しており、②適正手続に従い、③迅速、十分、そして実効的な補償が伴っていれば、④それが恣意的・差別的なものでない限り、違法とならない⁸⁾。したがって、人権保障を目的とする規制措置をとろうとする投資受入国は、かかる規制措置が収用に該当すると判断されたとしても、③迅速、十分、そして実効的な補償をする用意さえあれば、(①、②、④の要件を満たしていないという事情がない限り、) 適法に収用を為すことができる。こうして、豊かな先進国については、補償を支払う余裕がある限り、収用の規範が人権保障を目的とする規制措置をとることを過度に萎縮させることはない。

5) Kobrin, *supra* note 3, at 98-99.

6) Muchlinski, *supra* note 4, at 1049.

7) 本稿は「人権保障」という言葉を、人権保障に資する政策をも包含する広い意味で用いている。人権保障の国際投資仲裁における具体的な現れ方としては、投資受入国における労働条件、先住民の権利、公衆衛生、持続可能な開発、水への権利など多様なものが挙げられる。See, Ioana Knoll-Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 310, 339 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

8) RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 90-91 (2008). なお、収用が違法とならないことと、収用にそもそも該当しないことは別の事柄である。迅速、十分、そして実効的な補償が行われることで収用は(他の要件も充足するという状況の下で)適法となるが、収用に該当しなければそもそも補償の必要がない。

しかしながら、補償を支払う余裕のない発展途上国にとっては、事情が大きく異なる。迅速、十分、そして実効的な補償をする余裕のない投資受入国は、規制措置が収用に該当すると判断されれば多額の補償をせねばならなくなることから、人権保障を目的とする規制措置をとることを萎縮するであろう⁹⁾。国際投資仲裁において、先進国の多国籍企業（投資家）対発展途上国（投資受入国）という構図が頻繁に見られることも考慮すると、投資受入国に補償を支払う余裕がないことがままありうると言え、かかる萎縮効果の問題は深刻である¹⁰⁾。

同じことは、例えば、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務の規範についても言える。人権保障を目的とする規制措置をとった結果、無差別待遇義務違反、公正衡平待遇義務違反となって、多額の損害賠償を支払わざるを得ないリスクがあるとすれば、損害賠償を支払う余裕のない投資受入国は、やはり規制措置をとることを萎縮せざるを得ない。

このような萎縮効果を生じさせないためには、人権保障を目的とする規制措置が、そもそも収用に該当しない、あるいは無差別待遇義務違反、公正衡平待遇義務違反とならないとすること、すなわち人権保障の問題を国際投資法に取り込むことが必要となるのである。

3 関連する議論

人権保障の問題を国際投資法に取り込むべきかということに関連して、WTOにおける環境問題や労働問題の取り扱いにつき、議論が巻き起こっていることに留意せねばならないであろう。両者は国際経済法における非経

済事項¹¹⁾の考慮という点で共通するからである。

例えば、1999年9月15日に、発展途上国の研究者及びNGOから成るグループが、**Statement Against Linkage** という声明を発表している。この声明は、環境問題及び労働問題をWTOのルールにおいて取り込むべきではなく、これらの問題についてはILOなどの専門機関が取り扱うべきであるとしている。環境問題及び労働問題をWTOのルールにおいて取り込めば、環境や労働の分野において高い基準を達成できていない発展途上国に対して先進国が保護主義的な政策をとることを正当化することに繋がるという憂慮がその背景にある。

このような議論を敷衍すれば、国際投資法においても人権保障のような非投資事項を取り込むことは避けられるべきであり、人権保障の問題はそれについての専門機関が取り扱うべきことになろう¹²⁾。

しかし、上述のように、国際投資仲裁において、先進国の多国籍企業（投資家）対発展途上国（投資受入国）という構図が頻繁に見られること、また後述するように（III 3 (3)）、人権保障に関する主張を行うのは主に投資受入国であることを考慮すると、人権保障の問題を国際投資法のルールに取り込むことが、発展途上国に対する先進国の保護主義的な政策を正当化することに繋がる、ということにはならないであろう。

加えて、本稿は以下で述べる理由から、人権保障の問題をそれについての専門機関に取り扱わせるだけでは、上述した投資受入国に対する萎縮効果を防止することができず、不十分であると考えられる。

近年の申立てにおける損害賠償額は、おお

9) Jeff Waincymer, *Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 275, 295 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

10) 二国間投資協定は通常、先進国と発展途上国の間で締結される。See, Stefan D Amarasingha & Juliane Kokott, *Multilateral Investment Rules Revisited*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 119, 122 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

11) 国際経済法における非経済事項とは、WTOにおける非WTO事項、国際投資法における非投資事項などを指す。

12) See, Muchlinski, *supra* note 4, at 1052; Third World Intellectuals and NGOs Statement Against Linkage (TWIN-SAL) (Consumer Unity & Trust Society, India), Sept. 15, 1999.

よそ5億ドル余りであり、場合によっては10億ドル余りに達する。これは投資家にとってばかりでなく、被申立国にとっても大変な額である。多くの被申立国は、一回でも敗訴すればその支払に窮するであろう¹³⁾。

国際投資仲裁において10億ドルの支払を命じられた投資受入国が、人権の専門機関によって、かかる国際投資仲裁判断とは別個独立に、規制措置が国際人権法上適法であることを確認されたとしても、十分な救済にならないことが多いであろう¹⁴⁾。

こうして国際投資仲裁において、人権保障を理由に損害賠償額を減額あるいは免除することが望ましいことになる。そして、これは人権保障の問題を国際投資法に取り込むことで初めて可能になる。

4 小括

以上の検討により、本稿は、投資受入国に生じる萎縮効果の問題に対処する点に人権保障の問題を国際投資法に取り込む必要性が認められると考える。

Ⅲ. 国際投資法における人権保障の可能性

1 人権保障の困難性

人権保障のような非投資事項を国際投資法に取り込むことは可能であろうか。本稿は、これまで国際投資法仲裁において人権保障の問題が取り扱われてこなかったことには、種々の困難が存在したという背景があったことを認めつつも、それらは乗り越えることができる問題であり、人権保障の問題を国際投資法に取り込むことは可能であると考えている。

2 人権保障に対する消極性

国際投資仲裁において人権保障の問題を扱うということは、これまで必ずしも広く受け入れられてきたわけではない。第一に、国際投資協定は通常人権保障について明示的に言及してこなかった。中国、フランス、ドイツ、イギリス、そしてアメリカのモデル二国間投資協定は、人権保障について明示的に言及していない。NAFTA及びエネルギー憲章においても同様である¹⁵⁾。第二に、国際投資仲裁において、仲裁廷は人権保障の問題を重視してこなかった。人権保障に関する主張が当事者によってなされた事件としては、*Biloune* 事件¹⁶⁾、*Mondev* 事件¹⁷⁾、*Tecmed* 事件¹⁸⁾、*Azurix* 事件¹⁹⁾、*Siemens* 事件²⁰⁾、

13) Joachim Delaney & Daniel Barstow Magraw, *Procedural Transparency*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 721, 724 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

14) これは、人権保障の問題を国際投資法に取り込まないとした場合の帰結である。人権保障の問題を国際投資法の内部において考慮することができるようになるならば、人権の専門機関による決定は国際投資仲裁廷にとって極めて重要な考慮要素となるであろう。

15) Clara Reiner & Christoph Schreur, *Human Rights and International Investment Arbitration*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 82, 82-83 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

16) *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 27 October 1989, Award on Jurisdiction and Liability, 95 ILR 184 (1993).

17) *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID (Additional Facility), 11 October 2002, Award, 42 ILM 85 (2003).

18) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID, 29 May 2003, Award, 43 ILM 133 (2004).

19) *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID, 14 July 2006, Award, ICSID Case No. ARB/01/12.

20) *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID, 6 February 2007, Award, ICSID Case No. ARB/02/8.

Channel Tunnel 事件²¹⁾、Sempra 事件²²⁾などが挙げられるが、これらの事件の仲裁廷は、2002年のMondev 事件²³⁾を除き、当事者が援用してきた国際人権法の規定を検討しなかった。

同じ非投資事項でも環境保護の主張があったSD Myers 事件²⁴⁾、SPP 事件²⁵⁾などの事件では、仲裁廷がバーゼル条約や世界遺産条約などの規定を詳細に検討していることと比べると、国際投資仲裁の仲裁廷の人権保障の問題について扱うことに対する態度は、Hirsch が分析する通り、とりわけ消極的であったと評価できる²⁶⁾。

3 国際投資法の性質

(1) 国際人権法と国際投資法

国際投資仲裁において、人権保障の問題に重要性が与えられてこなかった原因として、国際人権法と国際投資法の性質の違いが挙げられる。国際人権法は、公法の領域で発展してきた法分野であり、国家が個人に対し優越的な地位に立っているという前提の下、個人の保護に重点を置いてきた。国際人権法上の義務は、国際社会全体の価値を反映するものであり、対世的な義務である。そのうちの

定のものは強行法規となっている。

これに対し、国際投資法は、国家と個人の関係における私法的な側面に着目し、交渉によって形成された合意や信頼関係に基づく相互的な権利義務関係に重点を置いてきた。国際投資法上の義務は、投資受入国と投資家の間における当事者間の義務であり、また任意法規的色彩が強い²⁷⁾。

このように国際人権法は公法的な分野であり、国際投資法は私法的な分野であることが、国際投資仲裁において人権保障を問題にすることを困難にしていたという説明は一応成り立つもののようにも思える。

(2) 国際商事仲裁との違い

しかし、そもそも国際投資法が、国家と個人の関係における私法的な側面を強調してきたことは妥当なのであろうか。国際投資法の性質を当事者間の私的な紛争と捉え、人権保障をはじめとする公法的な問題を扱うことができないとすると、国際投資仲裁は、国際商事仲裁とほとんど変わらないことになる。確かに、国際投資仲裁制度の形成において、国際商事仲裁制度が参考にされたという経緯があり、両者が結果として多くの類似点を持つに至っていることは事実である²⁸⁾。

しかし、国際投資仲裁を国際商事仲裁と同

21) *Channel Tunnel Group Ltd. and France-Manche S.A. v. Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République française*, Permanent Court of Arbitration, 30 January 2007, Partial Award, available at http://www.pca-cpa.org/upload/files/ET_PAen.pdf.

22) *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID, 28 September 2007, Award, ICSID Case No. ARB/02/16.

23) *Mondev v. USA* においては、裁判を受ける権利を規定する欧州人権条約 6 条 1 項が投資家によって援用されたが、仲裁廷は、最終的には、同条約 6 条 1 項が国際投資仲裁において判断基準を提供するにはあまりに進歩的であるとして、投資家の主張を認めなかった。しかし、投資家、投資受入国の双方が当事者でなかった欧州人権条約の規定を抽象的にではあれ、仲裁廷が考慮したことは注目に値する。See, Francesco Francioni, *Access to Justice, Denial of Justice, and International Investment Law* in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 63, 70 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009). なお、この事例は投資受入国ではなく、投資家が人権保障の問題を提起したという点でも興味深い。

24) *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 13 November 2000, First Partial Award, 40 ILM 1408 (2001), at paras. 205-221.

25) *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v. Arab Republic of Egypt*, ICSID, 20 May 1992, Award, 3 ICSID Reports 189, at para. 78.

26) Moshe Hirsch, *Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 97, 99-107 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

27) *Id.* at 107-114.

28) Jacques Werner, *Limits of Commercial Investor-State Arbitration: The Need for Appellate Review* in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 115, 116 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009); Delaney

様に捉えることには問題がある。国際商事仲裁は企業分野に基礎を置くものであり、その役割は、国内裁判所による対応が難しい問題につき、迅速な解決をもたらす、国際的な商業活動の円滑な遂行を可能にすることにある。これに対して、投資受入国と投資家との紛争は、異なる様相を呈する。すなわち、国際商事仲裁は私人と私人の間のまさに当事者間の紛争であるが、国際投資仲裁は国家と私人の紛争であり、そこでは、私的な商業上の利益だけではなく、民主的に選ばれた投資受入国の政府の公共政策が問題となっているのである。このように、国際投資仲裁の一方の当事者が国家であることにより、公法的な考慮が必要になる場面²⁹⁾が出てくることになる³⁰⁾。

(3) 投資受入国の国民の人権保障

以上の通り、国際投資仲裁においては公法的な考慮が必要とされるわけであるが、人権保障の観点からは、国際投資仲裁において必要とされる公法的な考慮とはより具体的には何を指すのであろうか。本稿は、かかる公法的な考慮とは、基本的には投資受入国の国民の人権保障に対する配慮を指すと考える。

国際投資仲裁において、人権保障が問題となる場合は主に投資受入国の国民の人権保障が問題となってきた。すなわち、投資家が人権保障の問題を提起することは少なく、むしろ、投資受入国が投資家の訴えに対する防御として人権保障の問題を援用することが多かった。投資家に不利益を与えることとなっ

た投資受入国の規制措置は、人権保障のためのものであり、正当化されるという主張が投資受入国によりなされてきたのである。例えば、上下水道事業が問題となった Azurix 事件では、投資受入国であるアルゼンチンが、人権条約で保護される需要者の利益が供給者たる投資家の利益を上回るとして、自らの措置の正当性を主張した³¹⁾³²⁾。

このように投資受入国の国民の人権保障という公的な利益が問題となりうる以上、やはり国際投資仲裁を国際商事仲裁と同様のものとして捉えることはできない。専ら紛争の私法的な側面を扱えばよい国際商事仲裁とは対照的に、国際投資仲裁は二当事者間の問題として解消され得ない³³⁾重要な公益そして人権問題を含みうるのである³⁴⁾。

(4) 小括

以上の検討から、国際投資法は公法的な側面を有するのであり、国際人権法及び国際投資法の性質は、国際投資仲裁において人権保障を問題にすることを困難にする理由とはならないと考える。

4 多国籍企業の責任主体性

(1) 人権保障の責任

国際投資仲裁において、例えば投資受入国の国民の人権保障を理由に投資家の保護を否定することになれば、投資家を少なくとも間接的に人権保障の責任を負う主体として捉えることとなる。そして投資家は多くの場合、

& Magraw, *supra* note 13, at 723.

29) 国際投資仲裁において、実際に問題となった国家の公法上の規制措置の具体例としては、アルゼンチンにおける財政危機に対する対応、アメリカのカリフォルニア州における地下水を汚染している石油添加剤の禁止、カナダにおける PCB (有毒性の高い物質) の輸出の禁止、チリにおける海面漁業の割当方式、ボリビアのコチャバンバにおける水道に関する規制、などがある。See, Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 723-724.

30) Werner, *supra* note 28, at 116.

31) Azurix, *supra* note 19, at para. 254.

32) Reiner & Schreuer, *supra* note 15, at 88-89.

33) 人権は個人に帰属し、国家がその利益を処分することはできないから、少なくとも人権保障の観点からは、投資受入国と投資受入国の国民は別個の主体である。実質的にも、投資受入国政府が国際投資仲裁において、人権保障の点で、必ずしも投資受入国の国民の利益を十分に反映できてきたわけではない以上、投資受入国と投資受入国の国民を一体と捉えることはできないと考える。See, Ernst-Ulrich Petersmann, *Human Rights, Constitutionalism, and "Public Reason" in Investor-State Arbitration*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTOPH SHREUER 877, 891 (Christina Binder et al. eds., 2009).

34) *Id.* at 891.

多国籍企業である。そこで、とりわけ多国籍企業が人権の責任主体となりうるかが問題となる。

多国籍企業を人権の責任主体とすることに對しては根強い反対論がある。この点につき、Muchlinski は次のように紹介する。「人権保障の責任を多国籍企業にも課すという明らかに『正しい』考えに對して反論するなどということは、ほとんど想像もつかないと考える者もいるかもしれない。しかし、多国籍企業を人権の責任主体とすることに對しては、いくつもの有力な反論が存在する³⁵⁾」。

(2) 五つの反論

Muchlinski によれば、かかる反論には主に五つのものがある。①第一の反論は、多国籍企業は事業活動を行っているにすぎないというものである。多国籍企業の唯一の社会的責任はその株主のために利益を生み出すことにあり、当該企業が事業活動を行う社会において生じる様々な問題に関する道徳上の権威者として振舞うことがその企業に求められる役割ではない。むしろ、企業が道徳の問題に関わることは、かつて多国籍企業がしないように求められた、社会の内部事項に対する権限を逸脱した干渉とさえ見られうる。

②第二の反論は、多国籍企業のような民間の非国家主体は人権保障に関していかなる積極的義務も負わないはずであるというものである。多国籍企業は法律を遵守する義務のみを負う。社会的に重要な問題について規制するのは国家の役割であり、多国籍企業の役割は法律を遵守することである。多国籍企業は私人であるから、人権保障の受益者になりうるのみであり、彼ら自身が人権の擁護者となるわけではない。

③第三の反論は、多国籍企業は全ての人権を擁護できるわけではないというものである。多国籍企業は、自らの労働者の適正な待遇を確保するなど、社会的・経済的な事柄に

ついてはいくらかの影響があるかもしれないが、市民権や政治的権利を擁護するためにできることはない。国家のみがそのような権限と能力を有する。

④第四の反論は、人権擁護義務を多国籍企業にも課すことでフリーライダー問題が生じるというものである。全ての国家と多国籍企業が、基本的人権の保障のために同等の努力をするわけではないため、より人権擁護及びそれについての説明責任を果たすために時間と費用をかける良心的な企業が、そのような責任を引き受けない不道徳な企業に對し競争上劣位に立つことになる。またかかる良心的な企業は、道徳的な多国籍企業と共に事業を行うことを望まない政府が存立する、人権保障の程度が低い国において、事業機会を失うかもしれない。

⑤第五の反論は、かかる不公平が、NGO の選択的かつ政治的な活動によって悪化させられるかもしれないというものである。主な関心事が自らの運動につき世間の注目を集めることにある NGO があるとすれば、かかる NGO は人権保障につき深刻な問題を抱える企業よりも、知名度の高い企業を（問題の程度が低くても）優先的に攻撃の対象とすることが考えられる³⁶⁾。

(3) 再反論

これらの反論は一見説得的であるが、それらについては再反論が可能である。

まず、①の点については、1977 年の多国籍企業及び社会政策に関する原則 ILO 三者宣言³⁷⁾ や近年改訂された 1976 年の OECD 多国籍企業ガイドライン³⁸⁾ に代表されるように、いくつもの国際機関によって多国籍企業が長年にわたり、社会的責任を果たすよう期待されてきたことや、多国籍企業自身が自主行動規範を採用すること等により、社会的責任を引き受けようとしてきた点を指摘できる。

35) Peter T. Muchlinski, *Human Rights and Multinationals—Is There a Problem?* 77 INTERNATIONAL AFFAIRS 31, 35 (2001).

36) *Id.* at 35-36.

37) ILO, Official Bulletin (Geneva, 1978), vol. LXI, series A, no. 1, at 49-56, reproduced in UNCTAD, *International investment agreements: a compendium*, at 89-102.

38) OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 27 June 2000 (Paris: OECD, 2000).

次に、②の点については、権力主体の多様化、国際組織等の超国家領域の出現等により、私的領域と公的領域の境界が変化してきており、多国籍企業が非国家主体たる私人であるということがさほど意味を持たなくなってきたということが指摘できる。

さらに、③の点については、多国籍企業は、職場外の事柄を直接左右できるわけではないとしても、下請業者の行為規範を設定したり、人権保障に反する政府の措置の利益を享受しないようにするなどの形で重要な影響力を発揮し得るとということが指摘できる。

④の点については、人権擁護の姿勢を示すことで高い評価を受けることは多国籍企業の事業活動を促進し、フリーライダー問題によって受ける不利益をはるかに上回る利益をもたらすという点を指摘できる。

⑤の点については、NGOの活動がそれ自体多国籍企業であるマスメディア等に依存していることや、多国籍企業が十分な対応能力を有していることも考慮すると、恣意的なNGOの活動の影響を過大評価すべきではないということが指摘できる³⁹⁾。

したがって、投資家たる多国籍企業を人権保障の責任を負う主体として捉えることはあながち不合理ではないと言える。むしろ、これからは企業の社会的責任を国際投資協定の中に何らかの形で取り入れていくことが不可避となっていくのではないであろうか。MAIの失敗の経験は、NGOそして国際社会が、企業により高い責任を負うことを求めていること、そして企業活動についての国際的な標準が高まっていることを示している。このことからすれば、Muchlinskiが正当にも主張するように、国際投資協定が正統性を保持し続けるためには、投資受入国のみならず、投資家たる企業の責任をも取り込んでいかねばならないとさえ言えるであろう⁴⁰⁾。

(4) 小括

以上の検討から、国際投資仲裁において人権保障の問題を扱う上で、多国籍企業の責任主体性の問題は十分に乗り越えることができると考える。

5 仲裁廷の権限と能力

(1) 権限の問題

国際投資仲裁において人権保障の問題を扱うには、仲裁廷の権限の問題を乗り越えねばならない。すなわち、国際投資仲裁廷に人権保障の問題をも扱う権限が与えられているかが問題となるのである。もし仲裁廷にかかる権限がないのだとすれば、「裁判所が明らかにその権限をこえていること」を取消事由として規定するICSID条約52条(1)(b)に基づき、権限踰越を理由に仲裁判断は取り消されてしまうのであり、この問題は看過する事のできない重要性を有する。

権限の問題がそのような重要性を有するとして、それでは、国際投資仲裁廷は人権保障の問題を扱う権限を有していると言えるのであろうか。一世を風靡した自己完結的レジームの理論⁴¹⁾(特殊化が進展し、一般国際法から隔絶された環境において独自の法規範を創造するに至った法分野が存在するという理論。自己完結的レジームの理論の支持者によれば、WTO法、国際投資法、EU法、そして国際人権法が、そのような法分野の具体例であるとされる。)の考え方に従えば、国際投資仲裁廷は国際投資法の問題だけを取り扱うべきであり、人権保障の問題を扱う権限はないことになりそうである。

しかし、国際投資法も国際法の一部を構成するものであり、自己完結的レジームの考え方を押し通すことには無理がある。すなわち、国際法の内部における自己完結的レジ-

39) Muchlinski, *supra* note 35, at 36-44.

40) Peter Muchlinski, *Corporate Social Responsibility*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 637, 682 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

41) 自己完結的レジームの理論については、International Law Commission Report on the work of its fifty-eighth session, General Assembly Official Records Sixty-first Session Supplement No. 10, UN Doc. A/61/10 (2006), paras. 233-251などを参照。

ムが存在すると言う議論は、数年前においては流行の先端をいく議論であったが、決して国際法の研究者及び実務家の間で全面的な支持を受けたことはなかった。また、時の経過及び実務により明らかにされたのは、これらの全ての法分野は、その法分野独自の必要に応じた法規範を創造してはいるものの、一般国際法と一体をなしており、必要なときにはいつでも一般国際法を利用できるということである。結局、Knoll-Tudorの主張するように、国際投資仲裁の仲裁廷は、他の全ての仲裁廷と同様、一般国際法を適用することを期待されていると考えるべきなのである⁴²⁾。

(2) 能力の問題

それでは、一般国際法の利用と言う形で国際投資仲裁廷が人権保障の問題を取り扱う権限を肯定することができたとして、国際投資仲裁廷に人権保障の問題を扱う能力が果たしてあると言えるのであろうか。

国際人権法は日々著しい速さで発展しているため、非常に専門化が進んだ法分野になっており、それに精通するには徹底的な訓練が必要とされるようになってきている。そして国際投資法も国際人権法同様、著しい速さで発展し非常に専門化が進んでいる。このように、国際投資法も国際人権法もそれぞれ非常に専門化が進んでいるため、国際投資法の専門家が、国際人権法の問題について扱えるだけの国際人権法についての専門性を有することは非常に難しくなっている。そして仲裁人は、通常、国際投資法の分野における知識や経験に基づいて、指名されるのであるから、国際人権法にも通じていることは期待できないのである⁴³⁾。

しかしながら、一人の人物が国際投資法の専門家であるとともに国際人権法の専門家でもあることは著しく困難であるという問題は、国際投資仲裁において、国際人権法の専門家を仲裁廷の構成員として受け入れることによって対処できるのではないかと考える。国際投資仲裁である以上、仲裁廷の中心を占

めるのは国際投資法の専門家であろうが、国際人権法の問題が生じた場合には、国際人権法の専門家を仲裁廷に参加させるか、鑑定人や専門委員などとして招聘し、仲裁判断にその識見を生かすことは可能であろう。

6 小括

以上の検討により、本稿は、人権保障の問題を国際投資法に取り込むことは可能であると考えられる。国際投資法の性質、多国籍企業の責任主体性、仲裁廷の権限と能力といった点は、人権保障の問題を国際投資法に取り込む上で、いずれも根本的な問題にはならない。

IV. 国際投資法における人権保障の具体的方法

1 実体規範と手続規範

人権保障の問題を国際投資法に取り込む具体的方法としては、複数の方法が考えられる。

実体規範を活用する方法としては、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用などの規定の解釈によって人権保障を目的とする規制措置を国際投資法に違反しないもの、あるいは収用に該当しないもの、と扱うことが考えられる。また、人権保障に関する例外条項を国際投資協定の規定に追加するという方法もある。

他方で、より実効的に人権保障を図るために、以下のように手続規範を活用することが考えられる。すなわち、アミカス・キュリエ制度、情報公開制度、上訴制度、仲裁人選任制度などを設け、また拡充することで、投資仲裁廷における人権保障に関連する情報収集を促進するとともに、人権保障の問題を取り扱うにふさわしい透明性を確保し、また人権保障がないがしろにされないような慎重性を担保し、さらに人権保障について判断するのに必要な専門性・中立性を確保するというこ

42) Knoll-Tudor, *supra* note 7, at 336.

43) *Id.* at 337.

とが考えられる。

2 非投資事項に関する仲裁判断

(1) 三つのアプローチ

これまでのところ、人権保障を始めとする非投資事項に関する条約上の義務に基づく請求又は主張につき判断を下さねばならなかった国際投資仲裁廷は主に三つのアプローチを採用してきた⁴⁴⁾。以下、異なるアプローチを採用した三つの事件である、Santa Elena 事件⁴⁵⁾、Siemens 事件⁴⁶⁾、MTD 事件⁴⁷⁾を取り上げ、その中でそれぞれのアプローチについて検討する。

(2) Santa Elena 事件

仲裁廷がとった第一のアプローチは、非投資事項に関する条約上の義務の重要性を否定するというものである。例えば、Santa Elena 事件の仲裁廷は、収用が環境を保護する目的でなされたという事実は、収用の法的性質あるいは補償額に何らの影響も持たない、と判断した⁴⁸⁾。

以下、Santa Elena 事件の判示を引用する。「Santa Elena 社の財産に対する補償の問題に取り組むにあたって、当仲裁廷は、下記の点に留意した。…国際法は、コスタリカ政府が自らの領域内に存在する外国資本所有の財産を、十分かつ効果的な補償の迅速な支払いと引き換えに公共目的の収用をなすことを認めている。この点につき、当事者間に争いはない。…環境保護を理由とする収用あるいは取得は公共目的の収用に分類されうるし、それゆえ適法であろうが、本件の財産がかかる理由によって収用されたことは、収用に対して支払われるべき補償の性質ないし程度に影響を与えるものではない。すなわち、本件の財

産の収用における環境を保護するという目的は、十分な補償が支払われるべきであるという収用の法的性質を変えることはない。環境を保護する義務の国際的な源泉が何であろうと違いは生じない⁴⁹⁾」。

(3) Siemens 事件

仲裁廷がとった第二のアプローチは、非投資事項に関する条約上の義務の重要性を理論上は承認しつつ、当該事件においては認めないというものである。Siemens 事件において、仲裁廷は、人権保障に関する主張をすることそれ自体を否定はしなかったが、被申立人が当該主張を十分に展開することができなかったと判断した⁵⁰⁾。

以下、Siemens 事件の判示を引用する。「アルゼンチンは、1994年における憲法改正において、いくつもの人権に関する国際文書が憲法と同位と認められたことにつき仲裁廷の注意を喚起する。アルゼンチンは、アルゼンチンが置かれた社会的、経済的状况を考慮に入れると、申立人が主張する財産上の権利を認めることは、そのようにして憲法に編入された人権が無視されることになる」と主張する。…アルゼンチンによって説明されたように、憲法そしてアルゼンチンが他国と締結した条約はアルゼンチンの最高法規であり、そして条約は国内法に優越する。この点で、当仲裁廷は、1994年の憲法改正以来憲法と同位となっている国際人権法へのアルゼンチンの言及に注目する。この言及は、この仲裁において申立人が主張する財産上の権利が是認されれば、国際人権法への違反を構成することになるということを暗に意味していた。この議論は、アルゼンチンによって十分に展開されることはなかった⁵¹⁾」。

44) *Id.* at 339-340.

45) *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID, 17 February 2000, Award, 39 ILM 1317 (2000).

46) Siemens, *supra* note 20.

47) *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID, 25 May 2004, Award, 44 ILM 91 (2005).

48) Knoll-Tudor, *supra* note 7, at 339.

49) Santa Elena, *supra* note 45, at para. 71.

50) Knoll-Tudor, *supra* note 7, at 340.

51) Siemens, *supra* note 20, at paras. 75, 79.

(4) MTD 事件

仲裁廷がとった第三のアプローチは、非投資事項に関する条約上の義務の重要性を承認し、損害賠償額の算定の際にかかる義務を考慮するというものである。例えば、MTD 事件では、投資受入国の公正衡平待遇義務違反を理由に投資家に認められた損害賠償額は、環境関連の規制について十分に調査を行わなかったという投資家自身の行動が取引のリスクを増大させたとして 50 パーセントの割合で減額された⁵²⁾。

以下、MTD 事件の判示を引用する。「被申立人は、申立人が十分な調査を行うことなくチリに投資することを決定したと主張する。申立人は、『とりわけ外国の投資を呼び込めるのならば』当該土地が不毛の土地であり直ちにゾーニング変更がなされるという、申立人に有利な Fontaine 氏の発言に依拠した。もし申立人が『最も基本的な調査さえ』していれば、Pirque が上質の農業用地を含んでおり、首都圏の環境衛生にとって重要な役割を担っていることを知ることができたであろう。加えて申立人は、そのたった二年前に採用され、『明示的に Pirque における都市開発を禁じており、Pirque を排他的な silvoagropecuario⁵³⁾ ゾーンとして指定した』PMRS⁵⁴⁾ についても知ることができたであろう。被申立人は、特に El Principal における投資が『MTD の東南アジア外における初めての事業であると思われる』ことを考慮すると、チリを訪れた申立人の二名からなるチームがわずか四日間しか滞在しなかったにもかかわらず、チリへの投資につき積極的な勧告を本社に対して行うに至ったことは驚くべきことであると感じている。…BIT は事業上のリスクに対する保険ではないのであり、仲裁廷としては、申立人が経験豊かな事業経営者として自らの行為の結果を引き受けねば

ならないと考えている。パートナーの選択、開発許可の発行等の予測が実現しなかった場合について契約によって自衛することのないままでの将来予測に基づく土地評価の容認は、申立人がチリの行動とは無関係に取ったリスクである。…結論としては、申立人は Fontaine 氏のオファーに内在するリスクを負うべきであり、本判断の第一節で算定された総額から当該オファーの現在価値を差し引いた後に、50 パーセントの割合で損害を引き受けるべきである⁵⁵⁾。

(5) 損害賠償額の減額が責任の不成立か

a Knoll-Tudor の見解

上記の三つのアプローチのうち、Knoll-Tudor は、①現状において、人権保障を全面的に国際投資仲裁の判断に反映することにはなお躊躇があるものの、②公正衡平待遇義務に内在する「公正」や「衡平」といった概念が、人権保障などの問題を何らかの形で仲裁判断に反映することを要求している、などの理由から、MTD 事件において採用されたアプローチ、すなわち、人権保障の問題を責任の成立の段階では考慮しないものの、損害賠償額の算定の際に考慮するというアプローチを支持し、次のように述べる⁵⁶⁾。「仲裁廷による公正衡平待遇義務違反の判断において、人権保障に基礎を置く主張や申立ての提出は、投資受入国の責任の成立の段階ではなく、損害賠償額の算定の段階で考慮されるべきである⁵⁷⁾」。

b 不都合性

確かにこのような見解も成り立ち得よう。損害賠償の段階でだけ考慮するということにより、国際投資法の規範が過度に国際人権法に影響を受けないことになり、バランスをとることができているようにも思える。しかし人権保障の問題を国際投資仲裁において考慮する場合にはおよそいかなる場合も、損害賠

52) Knoll-Tudor, *supra* note 7, at 340.

53) silvoagropecuario =agroforestry and livestock.

54) PMRS とは、Plano Regulador Metropolitano de Santiago (Santiago metropolitan zoning regulations) の略称。See, MTD, *supra* note 47, at para. 58.

55) MTD, *supra* note 47, at paras. 169, 178, 246.

56) Knoll-Tudor, *supra* note 7, at 338, 340-341.

57) *Id.* at 343.

償額の減額だけで対応することが望ましいとは言えない。

仮に人権保障の問題を損害賠償額の算定の段階でのみ考慮すべきであるとすると、投資受入国の政府の責任の免除はほぼ期待できなくなることになる。既に述べたとおり、国際投資仲裁で認定される損害賠償額はしばしば多額であり、例えば、MTD 事件でも、損害額自体は 21,469,588.32 ドルとされた⁵⁸⁾。前述のとおり、MTD 事件では損害賠償額の減額の方法が採られ、50 パーセントの減額が認められたわけであるが、損害賠償額は依然として巨額である。損害賠償額の減額の方法だけで、特に貧しい発展途上国に対する萎縮効果を十分に除去できるかは甚だ疑問である。

そうであるとすれば、投資受入国の政府の措置が人権保障等の観点から明らかに正当なものである場合において責任を不成立とするための理論構成が要請されることになる。以下では、人権保障の問題を理由に国際投資法上の責任の成立自体を否定するために、具体的な実体規範毎に異なる理論構成がありうるかを模索する。

3 実体規範の解釈による人権保障

(1) 無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用

国際投資法における最も代表的かつ重要な実体規範は、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用の三つであろう。主として二国間投資協定及び自由貿易協定からなる国際投資協定は、特に差別的、不公正な、そして収用を構成する投資受入国の行動から、いくつかの基本的な待遇の保障を通して、外国投資家を保護することにとりわけ重点をおいてきた。近年の国際投資協定は、なんらかの形

で、国籍の異なる投資家に対する無差別の原則（内国民待遇及び最恵国待遇基準）、最低限度の待遇の基準（公正かつ衡平な待遇の原則、十分な保護及び保障など）、そして収用に対する保障を含んでいる⁵⁹⁾。本稿は、このような観点から、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用の三つの実体規範の解釈において人権保障の問題を取り上げる方法を考察する。

(2) 無差別待遇義務

a 適切なバランス

一口に無差別待遇義務と言っても、内国民待遇義務、最恵国待遇義務、その他の無差別待遇義務など種々の規定が国際投資協定上に見受けられる⁶⁰⁾。しかし、それらはある程度統一的に説明することのできる⁶¹⁾ものであることから、本稿では、内国民待遇義務において人権保障の問題を理由に国際投資法上の責任の成立を否定する方法を考察することにする。

他の国際投資法規範にもいえることであるが、無差別待遇義務においても、投資家の保護と投資受入国の政府の規制権限とのバランスを図ることが重要である。人権保障の観点からは、Ortino が主張する通り、外国投資家を保護するために政府の行動を制限することと、投資受入国に人権保障政策を追求するための規制の余地を与えることの、適切なバランスを図ることが重要である⁶²⁾。

b 「公共政策に基づく正当化 (Justification on Public Policy Grounds)」

内国民待遇基準の実際の適用は、四つの基本的な概念を中心に展開している。かかる基本的な概念とは、①外国投資家と国内投資家が同様の状況の下にあるか、②外国投資家が国内投資家と較べて不利な待遇を受けているか、③問題となる措置が正当な政策目標を有するか、そして、④かかる措置と正当な政策

58) MTD, *supra* note 47, at para. 241.

59) Federico Ortino, *Non-Discriminatory Treatments in Investment Disputes*, in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 344, 344 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

60) *Id.* at 346.

61) See, Todd J Grierson-Weiler & Ian A Laird, *Standards of Treatment*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 259, 261-262 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

62) Ortino, *supra* note 59, at 365.

目標との関連性、である。これらの概念は、内国民待遇の規定の文言の中に明示されていることもあるし、あるいは関係する裁判体による内国民待遇の規定の解釈によって導き出されることもある。

これらの概念は、大きくは (1) 国籍による差別 (①及び②)、そして (2) 公共政策に基づく正当化 (③及び④) の二つに分類できる。形式あるいは文言からは無関係に、内国民待遇基準はこれまでのところ二段階の分析として認識されてきた。仲裁廷は、まず、「国籍による差別」の存在を、次に、「公共政策に基づく正当化」の存在を、判断してきたのである⁶³⁾。

内国民待遇義務違反の判断を、「国籍による差別」があったか、そしてそれが「公共政策に基づく正当化」によって許容されるものか、という二段階の審査だとして把握した時、人権保障の問題を考慮することになるのは、「公共政策に基づく正当化」の判断においてであろう。

c SD Myers 事件

消費者保護、公衆衛生、あるいは環境保護といった公共政策に基づく正当化は、GATT20 条に基づいて定式化されている「一般的例外」条項という形で国際投資協定の中に明示的に規定されていることも稀にはある。しかし、これらの一般的例外条項の使用は国際投資協定においては普及していなかったため、基礎となる投資協定にかかる一般的例外条項が含まれていないことが多い。そしてそのような場合にも、仲裁廷は内国民待遇義務条項の解釈において公共政策に基づく正当化を認めてきた。

例えば、NAFTA 第 11 章は、公共政策を理由に外国投資家を国内投資家よりも不利に取扱うことを国家に明示的に許容する規定が欠けている。にもかかわらず、NAFTA の下における仲裁廷は、NAFTA1102 条における「同様の状況」の文言を、事実上の公共政策による正当化の仕組みとして用いてきた。し

たがって、外国投資家が国内投資家と比較して不利な取扱いを受けたことが、正当な公共政策と関連していたという理由で正当化されるならば、内国民待遇義務違反は存在しないことになる⁶⁴⁾。

SD Myers 事件がその例である。そこでは、次のような判示が為されている。「当仲裁廷としては、NAFTA1102 条における『同様の状況』という文言の解釈に際しては、NAFTA の法的な文脈から生じる一般原則を考慮に入れねばならないと考える。かかる一般原則には、環境への配慮とともに、環境への配慮では正当化されない経済活動への悪影響の回避の必要性が、共に含まれる。『同様の状況』の判断は、政府の規制措置を正当化する可能性を有している事情、すなわち公共の利益を保護するために外国投資家と国内投資家とで異なる取扱いをしているという事情も考慮に入れた上で為されねばならない。『同様の状況』の概念は、不利な取扱いを受けたと訴える外国投資家が国内投資家と同じ『分野』に属するののかについての検討をすることを求めているのである。当仲裁廷は、『分野』という言葉が『経済分野』そして『事業分野』を内包する広い意味を有しているという見解に立っている⁶⁵⁾」。

d 人権保障と「公共政策に基づく正当化」

以上の検討により、本稿は、投資受入国の政府の措置が人権保障の目的の下になされたものであり、実際にその措置が人権保障と関連性を有するものであるならば、「公共政策に基づく正当化」が認められ、仮に国内投資家と外国投資家の間に差別が存在していたとしても、国際投資法上、内国民待遇義務違反は生じないと解することも十分可能であると考えられる。

(3) 公正衡平待遇義務

a 義務の内容

公正衡平待遇義務はその重要性にもかかわらず、必ずしも明確な内容を持つ義務ではない。しかし、公正衡平待遇義務は多くの事例

63) *Id.* at 353-354, 360.

64) *Id.* at 360.

65) Myers, *supra* note 24, at para. 250.

において適用され、仲裁判断が蓄積されてきたのであり、それらの仲裁判断から公正衡平待遇義務の内容を具体化していくことは可能である⁶⁶⁾。実際、これまでいくつもの仲裁判断で、公正衡平待遇義務を具体化しようという試みが行われてきた。その中で、公正衡平待遇義務の定義も探究されてきた。

最も包括的な定義であり、頻繁に引用されるのは、Tecmed 事件⁶⁷⁾の仲裁廷によるものである⁶⁸⁾。「当仲裁廷は、本件協定の公正衡平待遇義務条項が、国際法によって確立している信義則に照らし、締約国に外国投資家が投資をするにあたって考慮に入れた基本的な期待を裏切らないような扱いを国際投資に提供することを要求していると考え、外国投資家は投資受入国に外国投資家との関係で一貫性のある態度で行動すること、すなわち、投資に影響しうるあらゆる法令や規制、関係する政策や行政実務あるいは命令を外国投資家が事前に知り、投資計画を立て、それらの規制を遵守することを可能ならしめるような、曖昧さとは無縁な完全に透明な態度で行動することを期待している。また、外国投資家は、例えば以前から存在していた決定や許可で、投資家が契約責任を引き受ける上で、また商業及び事業活動を計画し開始する上で当てにしていたものを恣意的に取り消さないような、一貫性のある行動をとることも投資受入国に期待している。さらに、投資家は、投資家の行動や投資に影響しうる法的手段を通常割り当てられた機能に即して用いること、そして必要とされる補償をすることな

く投資家から投資財産を奪わないことも投資受入国に期待している⁶⁹⁾」。

b 「正当な期待 (Legitimate Expectations)」

上記の Tecmed 事件の仲裁廷による公正衡平待遇義務の定義を見ると、公正衡平待遇義務の中心的な内容は、投資家の期待を保護することにあることが分かる。とりわけ、投資家の「正当な期待」の保護は国際投資仲裁の実務に深く根ざしたものとなっており、かかる投資家の「正当な期待」は、投資の時点における投資受入国の法秩序、そして投資受入国によって明示もしくは黙示になされたあらゆる約束及び表示に基づいて生じるものとされている。投資家の「正当な期待」を投資受入国が裏切れば、公正衡平待遇の原則に反するものと判断されることになる⁷⁰⁾。

Thunderbird 事件⁷¹⁾の仲裁廷は、「正当な期待」の内容につき、NAFTA の下における一般的な定義を示した⁷²⁾。「近年の仲裁判断そして慣習国際法上の信義誠実の原則に鑑みると、『正当な期待』の概念は、NAFTA の枠組みの文脈においては、契約の相手方たる投資受入国の行動が、それを信頼した上で行動してもよいという、合理的かつ筋の通った期待を投資家（あるいは投資）に抱かせた結果、NAFTA 締約国がかかる期待に反した行動をすれば投資家（あるいは投資）に損害を生じさせるような状況と関係している⁷³⁾。」

Saluka 事件⁷⁴⁾においても、投資家の「正当な期待」に重点を置く説示がなされている。「投資を為すという投資家の決断は、投

66) Ioana Tudor, THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN INTERNATIONAL FOREIGN INVESTMENT LAW 154 (2008).

67) Tecmed, *supra* note 18.

68) Dolzer & Schreuer, *supra* note 8, at 130.

69) Tecmed, *supra* note 18, at para. 154.

70) Dolzer & Schreuer, *supra* note 8, at 134.

71) *International Thunderbird Gaming Corporation v United Mexican States*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 26 January 2006, Award, available at http://www.naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Thunderbird/Thunderbird_Award.pdf.

72) Dolzer & Schreuer, *supra* note 8, at 106.

73) Thunderbird, *supra* note 71, at para. 147. Footnote omitted.

74) *Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 17 March 2006, Partial Award, available at <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf>.

資の時点における法状況及び経営環境全体の評価、そして投資受入国による投資後の行動が公正かつ衡平なものになるという期待に基づいている。それゆえ公正衡平待遇の基準は、当該基準の主要な要素である正当な期待の概念と密接に結びついている⁷⁵⁾」。

c 人権保障と「正当な期待」

公正衡平待遇義務によって投資家の「正当な期待」が保護されるとして、投資家は、具体的にいかなる期待を有することが正当化されるであろうか。人権保障の観点からは、次のように考えることが可能ではないか。すなわち、投資家は投資受入国の政府が自らの国民の人権保障をないがしろにしてまで、投資家の利益を保護することを期待すべきではないし、かかる期待は正当なものとはいえない。したがって、外国投資家に不利益をもたらした投資受入国の政府の措置が、真に人権保障のためのものであるといえるならば、それが恣意的あるいは一貫性に欠如するなどの特段の事情がない限り、かかる措置は投資家の「正当な期待」を損なうものとはいえず、公正衡平待遇義務違反は生じない。

(4) 収用

a 直接収用と間接収用

今日、最も顕著な形態の収用は間接収用である。このことについては「国家実行における最も重要な発展が起きたのは間接収用の分野である⁷⁶⁾」との主張もある。国家による財産の取得を伴う直接収用とは異なり、間接収用は、国家による実際の財産の取得には至らないが、「外国投資家はその資産の管理、利用または支配を事実上失いあるいは著しい

価値の下落をもたらす結果となるとき⁷⁷⁾」にも起こりうる。

従来の投資仲裁廷は、間接収用をおおまかにではあるが同じように性格づけしてきた。例えば、NAFTAの下におけるMetalclad事件⁷⁸⁾の仲裁廷は間接収用を次のように広い性格づけをしている。「収用は、投資受入国の利益に繋がるような即座の押収や正式あるいは強制的な権利の移転といった公然、意図的かつ承認された財産の取得のみを含んでいるのではなく、所有者から利用あるいは正当に期待された経済的利益あるいは財産を完全にあるいはほとんど奪うような効果を持つ財産の利用に対する秘かなあるいは偶発的な干渉をも、それがたとえ必ずしも投資受入国の明らかな利益に繋がらないものであっても、含んでいる⁷⁹⁾⁸⁰⁾」。

「正当な規制措置 (Regulatory Measures Pursued for Legitimate Objectives)」

正当な目的を追求する規制措置は間接収用と解されてはならないということは、多くの仲裁判断で広く認められてきた⁸¹⁾。例えば、Feldman事件⁸²⁾で仲裁廷は、「各国政府は、環境保護や税制改正、補助金の抛出、関税率の変更、建築規制の導入などを通じたより広い公共の利益を自由に追求できるべきである。かかる規制によって影響を受ける企業が全て補償を求めるならば、これらの合理的な規制は達成することができなくなるであろう。そのことは慣習国際法も認識しているはずである⁸³⁾」と述べた。同様に、SD Myers事件⁸⁴⁾で仲裁廷は、「一般的な判例は通常、

75) *Id.* at paras. 301, 302.

76) Rudolf Dolzer, *Indirect Expropriations: New Developments?*, 11 NYU ENLJ 64, 65 (2002).

77) UNCTAD, *Taking of Property*, Series on issues in international investment agreements (New York and Geneva, United Nations, 2000) at 2.

78) *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID, 30 August 2000, Award, 40 ILM 36 (2001).

79) *Id.* at para. 103.

80) August Reinisch, *Expropriation*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 407, 409, 421-422, 425 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

81) *Id.* at 433. なお、正当な規制措置が収用に該当しないということは、そもそも補償が不要になるということである。

82) *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID (Additional Facility), 16 December 2002, Award, 40 ILM 615 (2001).

83) *Id.* at para. 103.

84) Myers, *supra* note 24.

規制措置を収用とは扱わない。公権力による規制措置が NAFTA 1110 条の適法な訴えの対象となる可能性がないわけではないが、そうなることはほとんどないであろう⁸⁵⁾と述べた⁸⁶⁾。

c Methanex 事件

ここで注目されるのが、2005 年に判断が出た Methanex 事件⁸⁷⁾である。この仲裁判断は、国家の規制権限をより認める方向に舵を切った判断であり、人権保障のための規制措置が収用を構成しないと見る見方と親和的であるばかりでなく、影響力の大きい判断でもあるからである。

Methanex 社は MTBE という石油添加剤の原料を製造していたが、MTBE が潜在的な地下水の汚染物質とみなされたため、カルフォルニア州がその使用を禁止した。Methanex 社は、かかる禁止が同社の財産の収用に当たると主張して、Metalclad 事件及び SD Myers 事件の判断に依拠しつつ、およそ 9 億 7 千万ドルの支払いを求めて申立てを行った。これに対して仲裁廷は、下記のように述べて申立てを退けた⁸⁸⁾。「Methanex の言う通り、外国投資家に向けられた意図的な差別的規制措置があれば、収用の証明にあたって決定的であることは間違いない。しかし、一般国際法の問題としては、公共目的の差別的でない規制措置は、適正手続を遵守してなされているならば、それがとりわけ外国投資家あるいは外国投資に影響を与えたとし

ても、当該投資家が投資をする時点で政府がかかる規制措置を採らないという約束をしたなどの特別の事情がない限り、収用にはあたらず、またそれゆえに補償も必要でない⁸⁹⁾」。

Methanex 社が依拠した、Metalclad 事件⁹⁰⁾及び SD Myers 事件⁹¹⁾の仲裁廷は収用該当性を拡大する方向の判断を行っていた。それに対して、Azinian 事件⁹²⁾、Pope & Talbot 事件⁹³⁾など、収用該当性を縮小する判断も出ていた。Methanex 事件の仲裁廷は、このような状況において、Metalclad 事件等ではなく、Azinian 事件等と親和的な判断を行った。Methanex 事件は、外国投資家に与えられてきた広範な特権を縮小する最近の一連の国際投資仲裁の一部を構成しているといえることができる。

Methanex 事件は大きな影響力を持っており、以後の仲裁判断は Methanex 事件同様収用該当性を縮小する方向の判断を行っている⁹⁴⁾。Methanex 事件以降の仲裁判断からは、Waincymer が分析する通り、仲裁廷が一般に収用規範を人権保障に配慮して解釈・適用しているといえるであろう⁹⁵⁾。

d 人権保障と「正当な規制措置」

以上の検討により、本稿としては、真に人権保障のための規制措置は、それが意図的な差別的措置であったり、投資受入国の投資家に対する特別の約束に反するなどの特別の事情がない限り、「正当な規制措置」として、国際投資法上の収用を構成しないということ

85) *Id.* at para. 281.

86) Dolzer & Schreuer, *supra* note 8, at 109-110.

87) *Methanex Corp. v. United States of America*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 3 August 2005, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 44 ILM 1345 (2005).

88) Waincymer, *supra* note 9, at 300-301.

89) Methanex, *supra* note 87, at Part IV, Chapter D, p.4, para. 7.

90) Metalclad, *supra* note 78.

91) *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 30 December 2002, Final Award, available at <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/SDMyers/SDMyersAwardCosts.pdf>.

92) *Robert Azinian, Kenneth Davitian and Ellen Baca v. United Mexican States*, ICSID (Additional Facility), 1 November 1999, Award, 39 ILM 537 (2000).

93) *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 26 June 2000, Interim Award, 40 ILM 258 (2001).

94) 例えば、2006 年に Saluka 事件の仲裁廷は、「国家が、『一般に規制権限の範囲内のものと認められる通常の規制措置』を採ったとしても、収用には当たらず、したがって財産を失った外国人投資家に補償を支払う責任を負わない」と判示している。See, Saluka, *supra* note 74, at para. 262.

95) Waincymer, *supra* note 9, at 298-302.

ができるのではないかと考える。人権保障を図ることは、まさに合理的な規制といえるのであり、慣習国際法上、かかる措置を違法とすべきことにはならないであろうと思われるからである。

4 例外条項による人権保障

国際投資仲裁において人権保障を考慮することを可能にする最も直截な方法の一つとして、人権保障についての GATT20 条のような例外条項、すなわち一定の要件を満たして人権保障のための措置と認められた投資受入国の規制措置は国際投資協定違反とならない旨を規定する条項を、国際投資協定にも設けるといったものがある。実際、環境保護に関する例外を設ける方式がいくつも利用されてきた。例えば、NAFTA1114.1 条は次のように規定している⁹⁶⁾。「この章におけるいかなる規定も、締約国が、領域内において投資活動が環境問題に配慮したものとなるようにすることを確保するのに適切であると考え、その他の点においてはこの章に違反しない措置を採用、維持、実施することを妨げるように解釈されてはならない」。

また、アメリカの 2004 年のモデル BIT12.2 条は次のように規定している。「この条約におけるいかなる規定も、締約国が、領域内において投資活動が環境問題に配慮したものとなるようにすることを確保するのに適切であると考え、その他の点においてはこの条約に違反しない措置を採用、維持、実施することを妨げるように解釈されてはならない」。

加えて、アメリカの 2004 年のモデル BIT13.1 条は次のような形で労働者の権利への配慮を示している。「締約国は、国内の労働法により与えられる保護を弱め又は縮小することによって投資を促進することが不適切であることを認識する」。

これらの例外条項（あるいはそれに類するもの）が既に現実のものとして存在している

ことを考えると、人権保障を理由として投資家の権利を制限する規制を容認する、人権保障に関する例外条項を設けることも決して不可能ではないと思われる。例外条項が明示的に人権保障を目的とする規制措置を許容すれば、投資受入国がとりうる規制措置の幅は大きく広がりうるであろう⁹⁷⁾。

5 手続規範による人権保障

(1) アミカス・キュリエ、情報公開、上訴、仲裁人選任

以上の検討により、本稿としては、国際投資法の実体規範の解釈や例外条項によって、人権保障の問題を理由に国際投資法上の責任の成立を否定する可能性は十分にあると考える。しかし、かかる実体規範における人権保障を考慮する手法があったとしても、そのための手続的担保がなければ十分な効果を發揮することはできない。そこで、本章では、アミカス・キュリエ制度、情報公開制度、上訴制度、そして仲裁人選任制度などの手続的な手当てによって国際投資仲裁において、人権保障の問題への対応をしていくことができるかを検討する。

(2) アミカス・キュリエ制度

a アミカス・キュリエ

もし人権保障の問題を国際投資協定上の規定の解釈に取り込むことができても、仲裁廷に人権保障に関する情報が十分に届かなければ、仲裁廷としても実効的に人権保障を図ることはできない。ところが、人権保障の問題に関する情報が投資仲裁の当事者によって十分に仲裁廷に提供されるとは限らない。自らの経済的利益の確保を図ろうとしている投資家はもちろん、投資受入国も自国民の人権保障の問題を提起することを怠るかもしれない。そこで、手続の直接の当事者でない第三者が情報を仲裁廷に提供するアミカス・キュリエの制度が注目されるのである⁹⁸⁾。

「アミカス・キュリエ」の概念は、ローマ

96) *Id.* at 305.

97) See, *Id.* at 305.

98) See, Petersmann, *supra* note 33, at 891.

法に由来するが⁹⁹⁾、アメリカの裁判所によって発展させられてきた面が大きく、その後、他の法システムに取り入れられていった。その活用の仕方は裁判制度によって異なったが、一般的に言えば、アミカス・キュリエによる提出物の制度は、長い間、国内そして国際裁判所および仲裁廷が、手続の直接の当事者でない第三者からの関与を受け入れる仕組みであって来た¹⁰⁰⁾。

国際投資仲裁手続が、アミカス・キュリエの提出物を通しての、より広い市民参加に開かれるようになったのは *Methanex* 事件¹⁰¹⁾以降であった。*Methanex* 事件の仲裁廷は、アミカス・キュリエによる提出物を受け取る権限を同仲裁廷が確かに有するという画期的な判断を行ったのである¹⁰²⁾。

b 形式的根拠

アミカス・キュリエの提出物を国際投資仲裁廷が受け取る権限を有することの形式的根拠はどのようなものであろうか。

ICSID の仲裁廷は、ICSID 条約、ICSID 仲裁規則、そして当事者間の合意の枠内で仲裁手続を決定することができる。ICSID 条約 44 条は次のように規定する。「仲裁手続は、この節の規定及び、両当事者が別段の合意をする場合を除き、両当事者が仲裁への付託に同意した日に効力を有する仲裁規則に従って、実施する。裁判所は、この節の規定又は仲裁規則若しくは両当事者が合意する規則に定めのない手続問題が生じたときは、その問題について決定を行う」。

したがって、ICSID の仲裁廷は、仲裁手続に関し自ら決定を行う残余権限を有することになる。アミカス・キュリエの提出物の問題について取り扱う最初の ICSID の仲裁廷となった *Suez-Vivendi* 事件の仲裁廷はこの点

を確認した。同仲裁廷は、それゆえに自らがアミカス・キュリエの提出物を受け取る権限を有することを認めた。*Suez-Vivendi* 事件の仲裁廷は、*Methanex* 事件における UNCITRAL の仲裁廷が、ICSID 条約 44 条と類似の規定である UNCITRAL 仲裁規則 15 条 (1) を解釈したのと同様の手法を採用して、次のように述べた¹⁰³⁾。「さらに言えば、*Methanex* 事件の仲裁廷と同様、当仲裁廷もアミカス・キュリエの提出物を受け取るかどうかは、手続上の問題であり、アミカス・キュリエの提出物が提出される前と後とで紛争当事者の権利が変わることがない以上、紛争当事者の実体的な権利に影響を及ぼすものではないと判断する¹⁰⁴⁾」。

したがって、国際投資仲裁廷がアミカス・キュリエの提出物を受け取る権限を有することの形式的根拠は、ICSID 条約 44 条、UNCITRAL 仲裁規則 15 条 (1) 等に見出される、ということになる。

c 実質的根拠

国際投資仲裁においてアミカス・キュリエ制度を認める実質的根拠はいかなるものであろうか。かかる実質的根拠としては、仲裁判断の質の向上、透明性、民主的な価値、利益保護、仲裁判断の実施、正統性の観点が挙げられるであろう。

まず、アミカス・キュリエの提出物を認めることで、仲裁判断の質の向上が見込まれる。アミカス・キュリエの提出物は、仲裁廷が気付いていない様々な事実に関する情報を提供するばかりでなく、当該事件で問題となっている公益に関連する専門知識を提供することもある。*Suez-Vivendi* 事件の仲裁廷は、事件で中心的な問題となっていた上下水道システムに関連する専門知識を提供することが

99) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 777.

100) James Harrison, *Human Rights in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION* 396, 400 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

101) *Methanex*, *supra* note 87.

102) Harrison, *supra* note 100, at 401-402.

103) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 732.

104) *Agua Argentina, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID, 19 May 2005, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, ICSID Case No. ARB/03/19, at para. 14.

できるという理由で、五つの NGO に対してアミカス・キュリエの提出物を提出することを認めた。さらに、アミカス・キュリエの提出物は、当事者が様々な理由から示さなかった、法的観点の仲裁廷に示すこともある。例えば、Methanex 事件の仲裁廷は、アミカス・キュリエの提出物は、「紛争当事者によって展開されるに至った重要な法的問題を多く含んでいた¹⁰⁵⁾」と述べた。

次に、アミカス・キュリエ制度は、国際投資仲裁手続の透明性を高めることができる。なぜなら、国際投資仲裁手続に参加しようとする者は、より実効的に手続に参加するために、仲裁廷により多くの情報を提供するように要求するし、時には自らも情報を生み出すからである。さらに、国際投資仲裁手続への参加を望む者は、しばしばアミカス・キュリエとして認めてもらうための申立書、アミカス・キュリエの提出物、そして仲裁廷の決定や応答について公にすることによっても透明性を促進する。

さらに、アミカス・キュリエ制度を通して、民主的な価値を実現することもできる。市民参加は、民主的統治の不可欠の要素であり、それゆえに民主的価値を促進することができる。アミカス・キュリエの提出物は、当事者が提起しない公益上の問題を提起することもできる。

加えて、アミカス・キュリエ制度は、利益保護にも資する。アミカス・キュリエの提出物を通じての市民参加は、事件に正式に参加することまでは許容されない人々の利益を保護することを可能にする。アミカス・キュリエの提出物は、公衆の利益ばかりでなく、投資活動あるいは規制措置によって直接的な影響を被る特定のグループの利益に対して、仲裁廷の注意を振り向ける役割をも担う。

アミカス・キュリエ制度は、仲裁判断のより効果的な実施にも繋がる。市民参加が為された仲裁手続、あるいはその機会があった仲裁手続は、公衆により受け入れられやすい。投資受入国も、公衆の目があることで、仲裁

判断の実施をより積極的にするようになるかもしれない。

最後に、アミカス・キュリエ制度によって国際投資仲裁手続はより正統性のあるものとなる。市民参加が可能なことで、手続が秘密裡に行われている印象が少なくなるし、仲裁手続がより市民に馴染みのある裁判手続に近いものになってくる。市民参加は、国際投資仲裁手続に対する信頼を高めることができるのである¹⁰⁶⁾。

以上の点を人権保障の観点からは次のように言い直すことができる。すなわち、アミカス・キュリエ制度は、人権保障に関連する事実、専門知識、法的観点等を仲裁廷にもたらすばかりでなく、それ自体人権保障に合致する透明性、民主的価値といったものをももたらす。加えて、アミカス・キュリエ制度は、人権保障を受けるべき利益を有する者の保護や人権保障に繋がりうる仲裁判断の実現を促進し、仲裁廷に人権保障の問題を扱うに値するだけの正統性を与えることになる。アミカス・キュリエ制度はこのような形で、国際投資仲裁における人権保障に資するのである。

d 小括

以上の検討から、国際投資法における人権保障を全うするためには、国際投資仲裁においてアミカス・キュリエ制度を認めることが必要であると考えられる。

(3) 情報公開制度

a 市民による監視

国際投資仲裁においては人権保障を目的とする規制措置を含め、公益上の問題が扱われることがある以上、市民による監視がなされてしかるべきであり、仲裁手続の情報は公にされるべきである。仲裁手続の情報への市民のアクセスを確保することには、アミカス・キュリエの活動を実質的なものにするという実践的な意味もある。

b 秘密保持の原則と非公開の原則

上述の通り、国際投資仲裁には国際商事仲裁の伝統を引き継いでいる部分がある。そして国際商事仲裁においては、秘密保持の原

105) Methanex, *supra* note 87, at Part II, Chapter C, p.16, para. 29.

106) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 778-780.

則、非公開の原則等が認められてきた。かかる原則が国際投資仲裁にも適用されるとすると、仲裁手続に対する市民の監視が全うできないことになる。そこで、秘密保持の原則 (The Principle of Confidentiality)、非公開の原則 (The Principle of Privacy) が、国際投資仲裁にも適用されるかが問題となる。

国際商事仲裁手続における秘密保持の原則は、イギリスやフランスの裁判所によって、仲裁手続の最も重要な利点の一つであると考えられてきた。例えば、Ali Shipping 事件¹⁰⁷⁾においてイギリスの控訴院は、過去の判例にも触れた上で、次のように述べ、秘密保持の原則が仲裁手続の非公開の黙示の前提となっていることを確認した。「今日に至るまで、秘密保持の原則はまさしく、仲裁手続の非公開が仲裁の過程で作成された書類を仲裁手続の外部で用いない義務を必然的に伴うという理由に基づいて存在してきた。…裁判所が通常次のような作業仮設に従って行動しているということに疑問の余地はない。すなわち、仲裁を合意するにあたって、各当事者が手続の非公開によって各自の利益が最大化すると考えていること、及び、両当事者が相互に秘密保持の義務を認め引き受けていること、である。かかる秘密保持の義務の例外は、裁判所が認めるもののみ認められる¹⁰⁸⁾」。

このようにイギリスやフランスの裁判所は、仲裁手続における秘密保持の原則及び非公開の原則を承認してきたが、アメリカやオーストラリアのように裁判所が、これらの原則、特に秘密保持の原則を認めてこなかった国もある¹⁰⁹⁾。したがって、国際商事仲裁手続においても秘密保持の原則、非公開の原則が必ずしも絶対の原則であったわけではない。

c 透明性の必要性

国家が仲裁手続の当事者になるようになると、非公開の原則及び秘密保持の原則は揺ら

いでくるようになった。その理由は、とりわけ国家が関わる事件においては重要な公益が関わってくるという認識があったという点にある。

国家や国家機関が当事者となる様々な仲裁廷、とりわけ国家を相手方とする申立てを扱うために設立された、イラン・アメリカ請求権裁判所、ICSID の仲裁廷、NAFTA や二国間投資協定の下における UNCITRAL の仲裁廷などにおいては、透明性の必要性が考慮され、また認識されてきた。

ICSID の仲裁廷は、ICSID 条約及びその規則が秘密の保持を保障していないということを確認、透明性の必要性を認識してきた。Amco Asia 事件の仲裁廷も認めたように、「仲裁手続における『秘密保持の精神』について言えば、ICSID 条約及びその規則は、当事者が自らの事件を公にすることを妨げていないというべきである¹¹⁰⁾」。それに引き続く事件の ICSID の仲裁廷、とりわけ NAFTA の下での事件の仲裁廷は、仲裁手続における秘密の保持を保護しない点で同様の立場に立ってきた。

UNCITRAL の仲裁廷も国際投資仲裁における透明性の必要性を認めてきた。NAFTA の下での Methanex 事件の仲裁廷は、仲裁において主題となった事柄、すなわち環境上の考慮からの石油添加剤の使用の禁止が、重要な社会的関心事であると認めた。仲裁廷は次のように述べた¹¹¹⁾。「この仲裁においては疑いようのない公益が存在する。この事件の実体問題は、通常の間際商事仲裁で提起される問題の範囲を超えている。これは単に紛争当事者の一方が国家であるためではない。国家を当事者としていながら、私人間の紛争同様に、一般社会にとって重要でない紛争も当然存在する。この仲裁における公益は、申立てによって力強く示されているように、問題となっている事柄から生じている。さらに、

107) *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir* [1997] EWCA Civ 3054, [1998] 1 Lloyd's Rep 643 (19 December 1997).

108) *Id.* at 652.

109) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 751-752, 755.

110) *Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia*, ICSID, 9 December 1983, Decision on Request for Provisional Measures, 1 ICSID Reports 410, at 412.

111) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 756, 758-760.

被申立人及びカナダによって示唆されているように、より広い議論が存在し得る。すなわち、NAFTA 第 11 章の仲裁手続は、より開かれあるいは透明性のあるものと認知されることで利益を受け、あるいは逆に不当に秘密主義的と見られることで損失を被りうるのである¹¹²⁾。

d 情報公開の可能性

ICSID 条約及び ICSID 仲裁規則は、訴答書面やその他の文書の情報公開について規定していない。Suez-Vivendi 事件の ICSID の仲裁廷は、当事者以外の第三者に仲裁手続の文書へのアクセスを認めなかった。当該第三者がまだその時点では、アミカス・キュリエとして認められていなかったという事情もあった。仲裁廷は次のように述べた¹¹³⁾。「当仲裁廷としては、この段階において、申立人がこの事件の文書に対するアクセスを有するべきかの決定を行う必要はないと考えている。記録へのアクセスを求める目的は、当事者以外の第三者がアミカス・キュリエとして有意義な活動ができるようになるためであるからである¹¹⁴⁾」。

しかし、透明性の必要性はますます認識されるようになってきており、またより多くのアミカス・キュリエの提出物の提出の申立てがなされるようになってきていることから、おそらく仲裁手続の文書の情報公開はより広く認められていくようになるであろう。

既に、例えば、2004 年のアメリカのモデル BIT は、手続の透明性の確保のために、提出された書面、口頭審理の謄本に加え、命令、決定、そして仲裁判断についての情報公開の規定を設けている¹¹⁵⁾。

もし他の二国間投資協定も同様のアプロー

チを採用すれば、国際投資仲裁手続の文書に対する公衆のアクセスは大いに向上するであろう。かかる発展は、多くの利点を有する。文書へのアクセスの向上は、その事件の本案上の争点や、最終的な仲裁判断についての、研究者、実務家そして政府職員などによる、より広い議論を可能にする。また、アミカス・キュリエについて言えば、文書へのアクセスが確保されることが、仲裁廷に有意義な貢献をするために重要であるということ指摘することが出来るであろう¹¹⁶⁾。

e 小括

以上の検討から、国際投資法における人権保障に有益な情報公開制度を国際投資仲裁においてより広く認めていくことは必要であり、また可能であると考えられる。

(4) 上訴制度

a Lauder 事件及び CME 事件

上訴制度は、人権保障の問題を考慮すべきであるにもかかわらず考慮しなかった仲裁判断を是正し、また各々の仲裁廷で人権保障の問題の考慮の方法がまちまちであるときに判断を統一することで、人権保障の問題を安定的に仲裁判断に取り込まれるようにする上で不可欠の役割を果たす。

国際投資仲裁において上訴制度の構想が議論されるようになったきっかけとなったのが、Lauder 事件¹¹⁷⁾ 及び CME 事件¹¹⁸⁾ であった。それぞれチェコ＝アメリカ二国間投資協定及びチェコ・オランダ二国間投資協定の下で申立てが行われたこの両事件は、アメリカの投資家及びそのオランダにおける子会社とチェコ共和国との間における全く同一の紛争であったにもかかわらず、Lauder 事件では申立人の主張が退けられ、CME 事件で

112) *Methanex Corp. v. United States of America*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 15 January 2001, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”, available at <http://www.state.gov/documents/organization/6039.pdf>, at para. 49.

113) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 771.

114) Vivendi, *supra* note 104, at para. 31.

115) 2004 US Model BIT, Art 29(1).

116) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 772.

117) *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 3 September 2001, Award, 9 ICSID Reports 66.

118) *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic*, Ad hoc tribunal (UNCITRAL arbitration rules), 13 September 2001, Partial Award, 9 ICSID Reports 121.

は申立人の主張が認められた。

チェコ共和国に対して、Lauder 事件及び CME 事件において矛盾した仲裁判断が出たのち、国際投資仲裁の業界においては国際投資仲裁のための上訴制度の構想が熱心に議論されるようになった¹¹⁹⁾。

b アメリカによる推進

国際投資仲裁における上訴制度の導入についての呼びかけは、とりわけアメリカによってなされ、研究者や実務家の間で上訴制度が議論的になるようになった。かかる状況の下においては、アメリカが上訴制度を推進する理由が、法解釈の一貫性の確保及び適切な安全装置の設定にあるのは興味深い。

かかるアメリカの上訴制度を推進する姿勢は、アメリカのモデル BIT によって一層明らかにされている。アメリカの 2004 年のモデル BIT の Annex D は次のように規定する。「この協定の効力発生日から三年以内に、締約国は二国間において、本協定 34 条に基づき下された仲裁判断につき再審理を行うため、上訴裁判体あるいは類似の仕組みを設けるか否かを考慮せねばならない。再審理の対象は、上訴裁判体あるいは類似の仕組みが設けられた後に開始された仲裁についての判断とする」。

このような動きがある中で、ICSID 事務局が同じテーマについて取り上げたことは何ら驚くに値しない。ICSID 事務局による 2004 年 10 月 22 日のディスカッション・ペーパーは次のように述べる。「提起されている問題のうち、潜在的に最も重要と言えるのは、ICSID の仲裁及び国際投資協定の下での ICSID 以外の仲裁につき一貫性を確保するため、上訴制度の導入が望ましいか否かというものである¹²⁰⁾」。

さらに進んだものとして、最上訴審として

の国際投資裁判所 (Supreme Investment Court) を設立すべきだという見解もできている。かかる見解によれば、国際投資裁判所は、国際投資法における最も重要な諸原則を擁護するとともに、異なる国際投資協定から生ずる義務の衝突を調整し、また一般国際法の適用をも行うことになる¹²¹⁾。

c 困難性と必要性

とはいえ、上訴制度の導入は容易なことではなく、実際、国際投資紛争に関する上訴制度を設立することについての諸提案は、これまでのところ、アメリカが締結する BIT の実務に影響を及ぼしただけのように見受けられる¹²²⁾。ICSID 条約 53 条が ICSID における仲裁判断は「両当事者を拘束し、この条約に規定しないいかなる上訴その他の救済手段も、許されない」と明確に規定しているので、上訴制度を導入するには恐らく ICSID 条約の改正が必要となるが、ICSID 条約を改正することは極めて困難である。このことが、この計画が思うように進展していないこと的主要原因の一つとなっているという見方もある¹²³⁾。

そのような困難があることは承知の上で、本稿は上訴制度の導入をすべきであると考ええる。まず、国際投資法においては、当事者の一方が国家である以上、国家の公共政策も問題になりうるものであり、上訴による慎重な判断は必要不可欠である。投資紛争における仲裁人は、商事仲裁の仲裁人と同様に間違いを犯しうるが、そのような間違いの結末は商事仲裁の場合よりも深刻である¹²⁴⁾。上訴の機会もないままに、政府の決定が仲裁廷に取り消されることは、人権保障の観点からは不当であるとさえ言えるであろう。

また、上訴制度を設けることは国際投資仲裁制度の正統性を高める効果もある。上訴制

119) Reinisch, *supra* note 2, at 907-908, 910, 913.

120) ICSID Secretariat, 'Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration', Discussion Paper (22 October 2004) at para. 6.

121) Asif H Qureshi, *An Appellate System in International Investment Arbitration?*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 1154, 1155-1156, 1165-1167 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008).

122) Petersmann, *supra* note 33, at 892.

123) Reinisch, *supra* note 2, at 910-911.

124) Werner, *supra* note 28, at 116.

度は、これまで国際投資仲裁に向けられてきた投資家保護への偏重という疑念を乗り越える上でも、有効なものである。上訴制度を設け、より慎重かつ適正な判断が行われるようになれば、投資仲裁制度全体はより信用を得るものとなり、また受け入れやすいものとなるであろう¹²⁵⁾。

本稿は、上訴制度によって国際投資法の解釈の統一が図られることも重要であると考えている。上訴審によって人権保障の問題について、権威のある判断がなされれば、投資受入国にとって許される規制措置の範囲がより明確になり、人権保障を目的とする規制措置に対する萎縮効果が小さくなることが期待できるのである。

(5) 仲裁人選任制度

a 専門性と中立性

国際投資仲裁において人権保障について適正な判断がされるためには、高い専門性と中立性を有する仲裁人の存在が不可欠である。しかし、現在においては、仲裁人の専門性、中立性が必ずしも確保されるような仕組みにはなっていない。例えば、ICSID 条約 37 条 (2) は次のように規定している。「(a) 裁判所は、両当事者の合意により任命された単独の仲裁人又は奇数の仲裁人により構成される。(b) 裁判所は、両当事者が仲裁人の数及びその任命の方法について合意に達しないときは、各当事者が任命する各一人の仲裁人と、両当事者の合意により任命され、裁判長となる第三の仲裁人と、三人の仲裁人により構成される」。

このように、現在では当事者が仲裁人を選任することとなっているが、当事者は必ずしも、専門性、中立性の観点から仲裁人を選んではない。当事者が投資仲裁廷を構成する手続において、常に仲裁人の候補者を慎重に吟味するというのも事実であるが、仲裁人を選任する当事者が主として気にしているのは、当該事件において関係がありそうな当該候補

者の票決記録及び過去の出版物そして特定の事項に関する意見であるようにしばしば見受けられる。加えて、当事者としては仲裁人の忌避のあらゆる理由を排除したいという要請もある。当事者のこれらの考慮が、候補者の専門性及び質についての関心を上回ることもあると思われる¹²⁶⁾。

国際商事仲裁においては、仲裁人の選任手続は透明性の確保されている手続ではない。国際投資仲裁においても、今日に至るまで、そのような慣行が続いている。かかる仲裁人の選任手続の情報開示の欠如は、重要な公共政策上の問題を取り扱うのに不適切であるとの批判がなされてきた¹²⁷⁾。

b 仲裁判断の質

仲裁人につき一定の専門性が確保されなかったためと思われるが、これまで数多く為されてきた国際投資仲裁判断の質は必ずしも一様ではなかった。いくつかの仲裁判断は、その結論とは無関係に、投資仲裁制度の利用者である投資家及び投資受入国の期待を明確に裏切ってしまうている。勝訴した投資家にとって、自らの主張を支持した仲裁判断がそれほど納得のいく理由に基づいていないこともあるし、投資家の主張が棄却されたことに満足している投資受入国が、自らに勝利をもたらした法的立論に問題があることを認識することもある。

投資仲裁判断の質の不揃いについては、公の場においても指摘されている。それが正当なものであるかどうかは別として、ICSID の特別委員会によるいくつかの取消判断の中には、投資仲裁判断についてのかなり手厳しい批判を行うものが見受けられる。例えば、CMS 事件¹²⁸⁾における ICSID の仲裁判断についての取消判断において、特別委員会は次のように述べることを躊躇しなかった¹²⁹⁾。「この仲裁判断についての検討を通じて、特別委員会はいくつもの誤りや瑕疵を発見した。この仲裁判断は明白に誤った法律解釈を

125) Petersmann, *supra* note 33, at 892.

126) Reinisch, *supra* note 2, at 908.

127) Delaney & Magraw, *supra* note 13, at 766-767.

128) *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID, 12 May 2005, Award, 44 ILM 1205 (2005).

129) Reinisch, *supra* note 2, at 904.

含んでいる。この判断には、いくつもの脱文と欠落が見受けられる。これらの全ての点は特別委員会によって特定され、確認された¹³⁰⁾」。

c 新しい選任システム

本稿としては、国際投資仲裁が公共の利益に関係する事実も扱いうることに鑑み、仲裁人の選任について、当事者任せでないシステムを構築し、専門性及び中立性を確保できるようにすべきであると考ええる。より具体的には、例えば現在 ICSID 条約 38 条に規定されている議長による仲裁人の任命の制度を、現在のような例外的な制度としてではなく、一般的な制度として採用することが考えられる。

また、ICSID 事務局による上訴制度に関する提言の中で述べられている、上訴機関のメンバーの選任についての仕組みが注目される。そこにおいては、上訴機関は、ICSID 事務局長の指名に基づき ICSID の運営理事会が選任した 15 名のメンバーによって構成されることになっており、それぞれのメンバーは、異なる国から選ばれ、法律、国際投資法及び国際投資協定についての高度の専門知識を有する一般に承認された権威でなければならない、とされている¹³¹⁾。

6 小括

以上により、本稿は、実体規範の解釈、例外条項、アミカス・キュリエ制度、情報公開制度、上訴制度、仲裁人選任制度など、国際投資法において多様な形での人権保障の具体的方法があることを示すことができたのではないかと考える。

V. 人権保障の手段としての多国間投資協定

1 多国間投資協定による人権保障の可能性

I でも述べたとおり、1995 年から始まった MAI の交渉は失敗に終わった。しかし、それは多国間投資協定が、不可能であることを示すものでもなければ、多国間投資協定が不要であることを示すものでもない。

MAI の失敗については、Muchlinski による、「失敗の最も大きな原因は、MAI を単なる投資家及び投資の保護のための手段と捉えたところにあった¹³²⁾」という指摘や、Amarasinha & Kokott による、「環境保護及び労働問題につき、交渉者が確実かつ有効に取り組むことができなかったことが、MAI の失敗の一因となったことは明らかである¹³³⁾」という指摘がある。裏を返せば、これらの指摘に示される問題を乗り越えた多国間投資協定は十分に成立する可能性があるのである。

本稿は、MAI の失敗の大きな原因となった人権保障の問題などへの懸念を国際投資法が真摯に受け止め、国際投資法において人権保障等がきちんと考慮されるようになれば、多国間投資協定は、むしろ国際投資仲裁における人権保障をより確かなものにするに資する可能性を有していると考えている。多国間投資協定という方法を用いることで、さらに人権保障等の問題をより真摯に取り入れた国際投資法はより望ましい形で発展していくことができるのではないだろうか。この V においては、多国間投資協定がいかにして国際投資法における人権保障に資することができるのかを探求したい。

130) *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID, 25 September 2007, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 46 ILM 1136 (2007), at para. 158.

131) Qureshi, *supra* note 121, at 1161; ICSID, *supra* note 120, at Annex para. 5.

132) Muchlinski, *supra* note 4, at 1049.

133) Amarasinha & Kokott, *supra* note 10, at 146.

2 現状の一般的な問題点

(1) 多様な問題点

世界中の国々が約 3000 もの国際投資協定を締結している現在の国際投資法の状況は決して望ましいものではない。投資協定毎に規定の文言、手続き等がそれぞれ異なれば、当然判断や結果にばらつきがでてくるのであり、法的安定性の観点から疑問のある事態が生じているといえるであろう。また、数千もの国際投資協定がある現状は過度に複雑になっており透明性の観点からの批判も可能である。単一の多国間投資協定そして世界規模の投資機関が不在であるために、法適用の一貫性、透明性が欠け、投資仲裁判断の正統性、有効性に疑念が投げかけられているとの批判もある¹³⁴⁾。これらの現状における諸問題につき、以下詳述する。

(2) フォーラム・ショッピング

多国間投資協定が存在せずルール断片化が生じている現在の体制の帰結は、異なる組み合わせあるいはグループの国に対しては、異なるルールが適用されるということである¹³⁵⁾。かかる現状は、フォーラム・ショッピングや重複する申立ての温床である。企業や株主は、投資家であり、その活動が投資であるという要件を充足する限り、しばしば異なる BIT の下で、それぞれ投資仲裁の申立てをする権利を有するというのが確立した判例法となっているためである。このような状況は少なくとも司法資源の浪費を伴うし、まづくいけば矛盾する仲裁判断がなされること

にもつながる。そのような事態がこれまで頻繁に起こっているわけではないが、Reinisch が分析する通り、CME 事件及びLauder 事件の事例が、このような事態がかなりの可能性で生じることをはっきり示しているといえる¹³⁶⁾。

(3) 一貫性の欠如

現在の国際投資法は、規定の中身も規定の詳細さも異なる多くの国際投資協定が、異なる締約国によって締結されているという状況にある¹³⁷⁾。例えば、2004 年の UNCTAD による調査¹³⁸⁾の結果、国際投資協定において最も基本的な規定の一つである公正衡平待遇義務条項の意味内容がかなり多様であることが判明した。それどころか、調査の対象となった 10 の国のうち、5 つの国が少なくとも一つの公正衡平待遇義務条項が規定されていない BIT に署名していた¹³⁹⁾のである¹⁴⁰⁾。

加えて、仲裁廷の法解釈も必ずしも統一性のあるものとはなっていない。例えば、Ortino による仲裁判断の分析によれば、国際投資協定上の内国民待遇義務の適用の基礎をなす、基本的な概念の意味と機能の解釈においてすら不一致があるとされる¹⁴¹⁾。

このように規定内容、法解釈の双方が異なれば、国際投資法全体において一貫性のある判断を確保することは極めて困難となる。現在の国際投資法における法環境が一貫性の欠如をもたらしているのである。

(4) 透明性の欠如

既に述べたように、国際投資仲裁の情報公開は必ずしも十分進展しているわけではない。それに加え、約 3000 もの国際投資協定

134) See, Ernst-Ulrich Petersmann, *Introduction and Summary: "Administration of Justice" in International Investment Law and Adjudication?* in HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION 3, 3 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009).

135) Amarasinha & Kokott, *supra* note 10, at 124.

136) Reinisch, *supra* note 2, at 905-906.

137) Amarasinha & Kokott, *supra* note 10, at 124.

138) UNCTAD, *World Investment Report: The Shift towards Services* (2004) at 224.

139) 日本とルーマニアは二カ国以上と公正衡平待遇義務条項を欠く二国間投資協定を締結している。日本の場合、バングラデッシュ、中国、パキスタン、スリランカ、アメリカ、そしてトルコとの間の二国間投資協定に公正衡平待遇義務条項が規定されていない。See, Knoll-Tudor, *supra* note 7, at 313 footnote 10.

140) *Id.* at 312-313.

141) Ortino, *supra* note 59, at 363-364.

網が存在する現在の状況はそれ自体非常に複雑なものである¹⁴²⁾。また、フォーラム・ショッピング、規定内容及び法解釈の不統一等の問題がさらに複雑さを増大させることを考慮すると、仮に現在の状況で十分な情報開示がなされたとしても、いたずらに混乱を引き起こすだけの結果となるおそれも十分にある。このような状況の下においては、情報公開の不足の面からだけでなく、過度の複雑性の面からも透明性の欠如が生じていると言えるであろう。

(5) 予測可能性の欠如

上記のように、透明性の欠如が生じていることは、予測可能性の欠如が生じていることをも意味する。国際投資協定の当事者となりうる者にとっては、情報公開の不足や過度の複雑さによって国際投資協定の全体像が把握できないまま、仲裁手続に巻き込まれていく恐れが高い。また、フォーラム・ショッピング等が可能であるため自らがいかなる国際投資協定の下で訴えられるのかも明らかではない。さらに、国際投資協定毎に規定内容も法解釈も異なっている。そうなれば、国際投資仲裁においていかなる判断を受けるかを予測することが極めて困難になっていると言わざるを得ないであろう。

(6) 正統性の欠如

二国間投資協定の締結にあたっては、市民社会による十分な監視と統制がなされているとはいえ、現在の体制は正統性の点からも疑問がある。この点につき、現在の二国間投資協定網と比べて多国間投資協定が持つ利点は、将来の多国間投資協定の交渉がより広い公衆、NGO、そして市民社会によって注意深く監視されることになるであろうことであると述べる者もいる。そのような監視は、交渉過程に直接的な影響を及ぼし、それゆえに最終的に妥結されるルールにも影響を及ぼし得る。そのため、かかる包含的なプロセスは、二国家間での二国間投資協定の締結との

対比で、多国間投資協定にプロセス及び結果の両面で正統性を与えるのではないだろうか¹⁴³⁾。

3 現状の人権保障の観点からの問題点

(1) 人権保障の観点からの問題点

本稿は、IVにおいて、国際投資仲裁における人権保障の方法として、実体規範の解釈による人権保障、例外条項による人権保障、手続規範による人権保障などの方法を検討した。しかし、約3000もの国際投資協定が存在する現在の体制においては、いずれの方法も不十分な形でしか機能しないことになる。現在の体制が抱える、フォーラム・ショッピング、一貫性の欠如、透明性の欠如、予測可能性の欠如等の問題が以下のように国際投資仲裁における人権保障を困難にする種々の危険を生じさせるからである。

(2) 人権保障の機会が未然に失われる危険

国際投資仲裁の申立ては基本的には投資家によってなされること、人権保障の問題が投資受入国に有利に働く場合が多いことに鑑みると、フォーラム・ショッピングが可能である投資家は人権保障が考慮されにくい投資協定を選ぶ恐れが十分にある。人権保障に関する例外条項を設けた国際投資協定、アミカス・キュリエ制度が整備された国際投資協定などは、投資家によって回避される可能性が高いと思われる。

(3) 解釈手法を用いることができない危険

現在存在する約3000の国際投資協定の規定内容に相当な隔たりがあることについては既に述べた。これは、実体規範における人権保障の観点からは大きな問題である。すなわち、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用の規定の仕方次第では、上記の解釈の方法を適切に用いることができないおそれがある。

142) See, AV Ganesan, *Developing Countries and a Possible Multilateral Framework on Investment: Strategic Options*, 7(2) TRANSNATIONAL CORPORATIONS 1, 14 (1998).

143) Amarasingha & Kokott, *supra* note 10, at 133.

例えば日系企業初の投資協定仲裁事例となった¹⁴⁴⁾Saluka事件¹⁴⁵⁾で問題となったチェコ・オランダ間投資協定は、内国民待遇義務条項や最恵国待遇義務条項などの無差別待遇義務条項を欠いていたため、同事件の仲裁廷は、公正衡平待遇義務の規定を用いて、実質的には、無差別待遇義務についての判断を行った¹⁴⁶⁾。このような場合、「公共政策に基づく正当化」という無差別待遇義務的な人権の考慮をすべきか、投資家の「正当な期待」を損なわないという公正衡平待遇義務的な人権の考慮をすべきかが明らかにならない¹⁴⁷⁾。

(4) 上訴制度の機能不全の危険

上訴制度は、多数の国際投資協定が並存している状況において機能不全を起こす危険が高い。まず、上訴制度は、慎重な判断をすることばかりだけでなく、人権保障の問題について権威ある判断によって法解釈を統一し、投資受入国に許される規制措置の範囲を明確にし、萎縮効果を減少させる役割も担っている。しかし、上訴制度が約3000ある国際投資協定のうちの一部に採用されたとしても、残りの国際投資協定には影響がない以上、上訴制度による判断の統一、そしてひいては人権保障を目的とする規制措置に対する萎縮効果の防止という目的は到底達成できないのである。現在の状況のまま、一部の国際投資協定において上訴の仕組みを導入すれば、仲裁判断は、あるときには上訴の対象となり、あるときには上訴の対象にならないことになり、かえって国際投資仲裁制度のますますの断片化がもたらされることになる¹⁴⁸⁾。

(5) 判例規範の構築が妨げられる危険

国際投資仲裁廷が、無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用について、例えば、「公共政策に基づく正当化」、「正当な期待」、「正

当な規制措置」等の概念を用いて人権保障についての新たな仲裁判断を行ったとしても、異なる投資協定についての判断である場合には、後続の仲裁廷に十分尊重されないおそれがある。諸協定の規定内容に差異があることが仲裁判断の重要性を相対化する作用を持ち、結果的に人権保障に関する判例規範の構築を妨げることになるおそれがある。加えて、上訴制度の機能不全が生じることで判例規範の構築はますます難しくなるであろう。

(6) 萎縮効果防止を図れない危険

本稿が提示した、実体規範の解釈による人権保障、例外条項による人権保障などの人権保障の方法は、投資受入国の人権保障を目的とする規制措置に対する萎縮効果を防止することをも狙いとしていた。しかし、まず実体規範の解釈について言えば、上記のように人権保障に関する判例規範の構築及び上訴審による法解釈の統一が図れない以上、人権保障を目的とする規制措置が許される範囲が明確になることもなく、この点で人権保障を目的とする規制措置に対する萎縮効果防止を図れない。また、例外条項についても、投資受入国としては、自らの規制措置にさまざまな投資協定がかかってくる可能性があるから、ある国際投資協定に人権保障に関する例外条項があっても、相変わらず他の国際投資協定の存在に萎縮して人権保障を目的とする規制措置が取れない可能性がある。約3000の国際投資協定がある現在の状況において、投資受入国の人権保障を目的とする規制措置を萎縮させないようにすることは必ずしも容易ではない。

144) 小寺彰・松本加代「投資協定の新局面と日本 第2回サルカ事件」国際商事法務34巻9号1141頁、1141頁(2006)。

145) Saluka, *supra* note 74.

146) Grierson-Weiler & Laird, *supra* note 61, at 289.

147) なお、公正衡平待遇義務と内国民待遇義務を一体化させるような解釈は、公正衡平待遇義務の水準を低下させるという点、そして投資家の主張の機会が奪われることになるという点から投資家の保護に反する結果をもたらす危険がある、という指摘がある。See, Tudor, *supra* note 66, at 187-188.

148) ICSID, *supra* note 120, at para. 21.

4 諸問題の解決としての多国間投資協定

(1) 多国間投資協定による解決

以上の検討により、数千の国際投資協定が並存する現在の状況は、それ自体多くの問題を抱えているし、人権保障の観点からも望ましくないと考える。以下では、これらの問題を抜本的に解決する一つの有力な手段としての多国間投資協定の可能性について検討していきたい。

ここで本稿が念頭においているのは、本稿が上記において為した諸提案を活かした世界共通の単一の多国間投資協定である。かかる多国間投資協定の無差別待遇義務条項、公正平衡待遇義務条項、収用条項にはそれぞれ、「公共政策に基づく正当化」、「正当な期待」、「正当な規制措置」等の文言が明確に規定されているであろうし、人権保障に関する例外条項も存在しているであろう。そこにおいては、アミカス・キュリエ制度、情報公開制度、上訴制度、仲裁人選任制度等も整備されている。そればかりでなく、制定のプロセスにおいては、市民による監視と参加が十分に確保されていたであろう。

このような多国間投資協定こそ、MAIの失敗を踏まえ、投資家の一方的な保護、人権保障等の問題への配慮の不足を反省し、MAIに反対した国際世論の懸念を真摯に受け止めた国際投資協定であろう。このような多国間投資協定の下では、国際投資仲裁制度は、現在の状況よりもはるかに人権保障に手厚い制度となる。

かかる多国間投資協定が、上述してきた様々な問題をいかに解決するか、以下検討する。

(2) 一般的な問題点の解決

本稿は、約3000もの国際投資協定を締結している現在の国際投資法の状況は、フォーラム・ショッピング、一貫性の欠如、透明性

の欠如、予測可能性の欠如、正統性の欠如などの問題を、国際投資法に生じさせていると述べた。

しかし、本稿が提示した多国間投資協定の下では、これらの問題は解決されることになる。まず、世界共通の単一の多国間投資協定である以上、フォーラム・ショッピングはもはや不可能である。また、規定内容も統一され、十分に機能する上訴制度の下、法解釈の統一ももたらされているから、一貫性の欠如の問題も解決される。さらに、情報公開制度が整っているばかりでなく、単一の多国間投資協定によって過度の複雑性は解消されているから、透明性の欠如の問題も解決される。国際投資協定の当事者となりうる者は、国際投資協定の全体像を把握した上で、フォーラム・ショッピングを恐れることもなく、単一の協定の統一された解釈を前提として、事件に向き合っていけるようになるため、予測可能性の欠如も解決する¹⁴⁹⁾。多国間投資協定制定のプロセスにおいては、市民による監視と参加が十分に確保されている上、アミカス・キュリエ制度、情報公開制度等が整備されていることで、各事件における市民社会のアクセスも確保され、正統性の欠如の問題も解決するであろう。

(3) 人権保障の観点からの問題点の解決

本稿は、約3000もの国際投資協定が存在する現在の体制が、国際投資仲裁における人権保障を困難にする種々の危険を有していると指摘した。これらの危険、すなわち人権保障の機会が未然に失われる危険、解釈手法を用いることができない危険、上訴制度の機能不全の危険、判例規範の構築が妨げられる危険、萎縮効果防止を図れない危険、は本稿が提示した多国間投資協定の下では防止されることになる。

まず、フォーラム・ショッピングはもはや不可能であるから、投資家が人権保障が考慮されにくい投資協定を選ぶということはできなくなり、人権保障の機会が未然に失われる

149) 多国間投資協定が、透明性、予測可能性をもたらすと述べる見解は少なくない。See, Amarasinha & Kokott, *supra* note 10, at 132-133; Ganesan, *supra* note 142, at 14; the EU's submission to the WGII, WTO Doc No. WT/WGII/W/110.

危険は防止される。また、単一の多国間投資協定の下、規定内容の差異という問題は存在しないばかりでなく、「公共政策に基づく正当化」、「正当な期待」、「正当な規制措置」等の文言が明確に規定されていることから、解釈手法を用いることができない危険は防止されるであろう。さらに、単一の多国間投資協定の下においては、人権保障の問題について法解釈を統一し、投資受入国に許される規制措置の範囲を明確にしていくことも可能であり、上訴制度の機能不全の危険も防止される。規定内容が統一され、上訴制度も機能していれば、判例規範の構築が妨げられる危険も防止されるであろう。判例規範の構築及び上訴審による法解釈の統一がなされ、人権保障に関する例外条項がフォーラム・ショッピングによって回避されることもないから、萎縮効果防止を図れない危険も防止される。

(4) 人権保障に繋がりうる副産物

多国間投資協定は、人権保障に繋がりうる副産物をももたらす。それは投資活動の活発化による経済成長である。投資に関する多国間の枠組みができれば、より安定性、予測可能性そして透明性のある投資環境が整い、投資家の投資意欲を高め、それゆえに発展途上国に対する海外直接投資のフローは上昇するであろう¹⁵⁰⁾。投資の増加は、資本の面ばかりでなく、ノウハウや技術の移転、雇用の創出など、投資受入国に大きな利益をもたらす¹⁵¹⁾。

多国間投資協定によって、発展途上国に向けての投資活動が活発化し、発展途上国の経済が発展すれば、結果的にそこでの人権状況は改善に向かうのではないだろうか。多国間投資協定は、経済的な側面からも人権保障を促進するのである。

5 小括

以上の検討により、本稿は、多国間投資協定が、国際投資仲裁における人権保障をより確かなものにするに資する可能性を有し

ていると考える。多国間投資協定は、世界中の国々が約3000もの国際投資協定を締結している現在の国際投資法の状況から生ずる一般的な問題ばかりでなく、人権保障の観点から存在する問題をも解決することができるのである。

VI. むすび

MAIの失敗は、民主主義、国家主権、環境保護、人権保障、経済発展等の問題への国際社会の憂慮がもたらした。しかし、それはMAIという一つの試みの失敗にとどまらず、国際投資法という法分野そのものが抱える不安材料でもある。本稿は、そのうちの一つの問題である人権保障の問題を国際投資法がいかに乗り越えることができるかを探究した。

国際投資仲裁においては、極めて多額の損害賠償を命じる仲裁判断がなされるという特殊性があり、そのことから、様々な問題を国際投資法に取り込んで解決する必要が生じる。人権保障の問題もその一つである。国際投資法は、他の法分野に問題の解決を委ねることが許されない。国際投資法は、もはや経済的利益だけが問題となる法分野ではないのである。

国際投資仲裁判断において極めて多額の損害賠償が命じられることにより、投資受入国は規制措置に対する萎縮効果が生じることになる。しかし、真に人権保障を目的とする規制措置をなさねばならないときに、投資家一人の不当な経済的利益を守るために、投資受入国の政府が萎縮し、規制をこまねくことがあってはならない。

このことから、本稿は、人権保障を目的とする規制措置が、国際投資法違反とならないようにするための理論構成を様々な角度から考えた。無差別待遇義務、公正衡平待遇義務、収用の三つの実体規範の解釈において、「公共政策に基づく正当化」、「正当な期待」、「正当な規制措置」などの概念を用いるとい

150) Ganesan, *supra* note 142, at 14.

151) Amarasinha & Kokott, *supra* note 10, at 131.

うのもその一つであり、人権保障に関する例外条項を設けるというのもその一つである。

しかし、本稿は、それらの理論構成だけでは人権保障の目的を十分に達成することはできないと考え、国際投資法における人権保障をより確かなものにするための手段として多国間投資協定を提示した。MAIという多国間投資協定の試みは人権保障等の問題に対する憂慮から失敗したが、まさに人権保障を図るためにこそ多国間投資協定が必要であると本稿は考えている。将来、人権保障等の問題を真摯に取り入れた多国間投資協定が締結され、国際投資法がより正統性の高い法分野として発展していくことを望む。

※本稿は2010年度に提出した同名の研究ペーパーに加筆修正を施したものである。研究ペーパーのご指導を頂いた岩澤雄司先生、資料収集につきお力添えを頂いた西村弓先生、各国法制度につきご助言を頂いたハーグ国際私法会議事務局の方々にこの場をお借りして厚く御礼申し上げます。

(いしづか・しょうたろう)

給付行政と「自由意識の喪失」

2008年4月入学

西上 治

I. 導入

1 問題設定

- (1) 行政規律の二次元
- (2) 本稿の課題
- (3) 本稿の概要

2 補助金交付行政

- (1) 検討対象の限定
- (2) 不利益の諸相
 - a 競争者の不利益
 - b 市場の不利益
 - c 納税者の不利益
 - d 受領者の不利益

(3) 不利益の段階構造

3 「自由意識の喪失」

- (1) 先行研究の間隙
- (2) 議論の前提
 - a 検討対象の限定
 - b 正当化の必要性
 - c 三つの問題
- (3) 概念の内実
 - a 「補助金メンタリティ」
 - b 「自由」概念
 - c 基本権の観点における意味

(4) 小括

4 法的概念への昇華

- (1) 法的概念と事実概念
- (2) ホイリスティッシュな意義
 - a 昇華の効果
 - (a) 二つの効果
 - (b) 法的な思考枠組の提供
 - (c) 国家の非法的な義務の導出
 - b 昇華の要件
 - (a) 概念の境界画定性
 - (b) 概念の問題発見性
 - (c) 義務を課すべきであるという一定の価値判断
 - c 昇華の如何
 - (a) 概念の境界画定性
 - (b) 概念の問題発見性
 - (c) 義務を課すべきであるという一定の価値判断
- (3) ドグマティッシュな意義
 - a 昇華の効果
 - (a) 三つの場面
 - (b) 国家賠償請求訴訟
 - (c) 抗告訴訟

- (d) 住民訴訟
- b 昇華の要件
- c 昇華の如何
 - (a) 法律段階における要請
 - (b) 不法行為法上の要保護性
 - (c) 基本権上の要回避性
- (4) 基本権上の要回避性
 - a 「自由の前提」という問題
 - (a) 職業選択の自由の前提としての「自由意識」
 - (b) 表現の自由の前提としての「知る権利」
 - (c) 職業選択の自由の保障根拠
 - b 「人格的自律権」論の延長線
 - (a) 「幸福追求権」の解釈論
 - (b) 「人格的自律権」論
 - (c) 延長線
 - c 「自己の生の作者」ということ
 - d 「同意あれば被害なし」?
 - e 全体的作用
- (5) 小括

II. 展開

1 租税優遇措置

- (1) 問題構造
 - a 検討対象の限定
 - b 従来議論
 - (a) 利点
 - (b) 不利益
 - (c) 統制方法
 - (d) 評価
- (2) 「自由意識の喪失」
 - a 効果
 - b 有無

- c 再定式化
- 2 文化助成
 - (1) 問題構造
 - a 検討対象の限定
 - b 従来議論
 - (a) 必要性
 - (b) 危険性
 - (c) 対応
 - (2) 「自由意識の喪失」
 - a 有無
 - b 効果
 - c 再々定式化
- 3 情報提供
 - (1) 問題構造
 - a 検討対象の限定
 - b 従来議論
 - (a) 事案
 - (b) 「法律の留保」
 - (2) 「自由意識の喪失」
 - a 効果
 - b 有無
 - c 再々再定式化
 - d 再考

III. 展望

- 1 法的統制論に向けて
 - (1) 方針
 - (2) 目的確定理論
 - (3) 「法律の留保」
 - (4) 「切断」
- 2 再定位
 - (1) 本稿の成果
 - (2) 人間の「弱さ」

I. 導入

1 問題設定

(1) 行政規律の二次元

行政法の任務の一つは、行政権の行使を適正ならしめるためのルール¹⁾の定立にある。すなわち、行政は強大な権力を有するところ、そうした強大な権力の下に、国民に資すべきはずの行政が、時には国民の権利利益を不当に侵害することもある。行政法は、そのような事態を防ぐために、これまでいくつかの道具立てを用意してきた。たとえば、法律による行政の原理であり、国家賠償・損失補償制度であり、あるいは、行政手続・情報公開の整備である¹⁾。

このような行政の規律に関する問題は、大きく二つの次元に分かれる。第一次元として、これらの道具立ての適用に当たっては、まずもって、種々の場合において、問題となる行政作用がどのような不利益を国民にもたらすのかを明らかにし、それが実体法上どの範囲で、あるいはそもそも許容され得るものであるのかを検討しなければならない。その許容性の判断にあたっては、法の一般原理たる比例原則や信義則等に対する適合性が検討されよう。そうして、もたらされる不利益とその許容の範囲が明らかになるからこそ、それに対応する適切な道具立ても明らかになる。

たとえば、法律による行政の原理の一内容たる「法律の留保」が必要である範囲について、伝統的には、「行政が私人の自由と財産を侵害する行為についてのみ法律の根拠を必要とする」と説かれてきた（いわゆる「侵害留保の原則」である）²⁾。仮にこの見解を是とするなら、問題となる行政作用が「私人の自由と財産を侵害する行為」であるかをまずもって明らかにする必要がある、それが肯定

される場合に、「法律の留保」が要請されるということになる。

第二次元として、問題となる行政作用がどのような不利益を国民にもたらすのかが明らかになったとして、その不利益に対処するために、どのような道具立てが適切であるのかを検討する必要がある。

すなわち、前述の例で言えば、「法律の留保」が必要である範囲は、本当に「行政が私人の自由と財産を侵害する行為」に限られるのか、実はそうでなくとも「法律の留保」を必要とした方がいい場面があるのではないか。こうした問題関心から、侵害留保の原則に替わるものとして、全部留保理論や社会留保理論、本質性理論などが提唱されている³⁾。

二つの次元は、両者相俟って初めて適切な行政規律を実現することができる。もっとも、両者を混同してはならない。その意味で、それぞれの議論がどちらの次元に関するものであるのか、明確に意識することが有用であろう。

(2) 本稿の課題

本稿は、給付行政について、主に(1)にいう第一次元の検討を行うものである。すなわち、給付行政は、どのような不利益をもたらすものであるのかについて、主に検討を行う。第二次元の検討は、部分的・導入的なものに留める。本来なら第二次元の検討までしっかりと行うべきであるが、時間的・能力的限界から、他日を期すことを許されたい。

伝統的な行政法学の関心は、もっぱら規制行政に向けられていた。しかし、行政の拡大に伴い、規制行政だけでなく、給付行政もまた、行政目的達成の手段として多用されるに至っている。すなわち、「秩序国家から給付国家への移行による対象領域の拡大化に伴い、行政手段は単に規制的手段に限定されることを得なくな」ったのである⁴⁾。その結果、伝統的な行政法学の理論枠組では把握し切れ

1) 塩野宏『行政法 I (第 5 版)』67-82 頁 (有斐閣, 2009)。

2) 塩野・前掲注 1)71 頁。

3) この点については、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題——本質性理論 (Wesentlichkeitstheorie) を中心として——」『現代行政の行為形式論』1 頁 (弘文堂, 1993) [初出 1985] に詳しい。

4) 塩野宏「資金交付行政の法律問題——資金交付行政と法律の根拠——」『行政過程とその統制』35 頁, 35

ない問題が生起されている。こうした理論状況に立ち向かうには、場合によっては新しい法的概念が必要なのではないか⁵⁾。

たとえば、こうした給付行政のうち、補助金交付行政が少なからず自由侵害的機能を有することは、古くから指摘されてきたところである。そして、この点を捉えて、給付行政にも「法律の留保」が必要とされる場合があるのではないかということが盛んに議論され⁶⁾、上記で見たように、全部留保理論や社会留保理論、本質性理論などの新しい法的概念が提唱されるに至っている。あるいは、古くエルンスト・フォルストホフは、給付行政における配分(Teilhabe)に公法上の保護を与えるために、「生活手段の供給」(Daseinsvorsorge)という概念を法的概念に昇華せしめた⁷⁾。

そこで、本稿は、給付行政が国民にもたらす不利益を検討し、そこに従来の理論枠組だけでは適切に捉え切れず、かつ我が国でこれまであまり議論されてこなかった問題があることを指摘したい。そのようなものとして本稿が着目するのは、受益者の「自由意識の喪失」である。「自由意識の喪失」とは、補助金交付行政について、ドイツのゲルグ・ハベルカテの「給付国家の法問題」(以下、「ハベルカテ論文」とも言う。)によって指摘された問題点である⁸⁾。

ドイツでは、法治国的観点からして、補助金交付行政に対する規律の欠如が古くから憂慮され、多くの論者を輩出していることから、ドイツ法学の成果を参考にすることがここでも有用であろう。そこで、本稿は、ドイツにおける学説や判例を積極的に参考する。

本稿は、その中でも、ドイツでは指摘されているが、我が国においてほとんど議論されてこなかった「自由意識の喪失」の問題について、中心的に扱おうとするものである。

(3) 本稿の概要

以上に示したような課題に応えようとする本稿の概要は、次のようなものである。

まず、給付行政の典型例である補助金交付行政がもたらす不利益について、従来議論されてきたものを整理する(Ⅰ2)。そして、受領者の「自由意識の喪失」という問題を指摘し、先行研究にも触れながら、ハベルカテ論文の言うところの、その意味内容を明確にする(Ⅰ3)。

次に、「自由意識の喪失」という概念が、これまであまり論じられてこなかったものの、想定される法的効果との関連において、単なる事実概念ではなく法的概念として認識可能であることを論じる(Ⅰ4)。

続いて、「自由意識の喪失」という概念が、補助金交付行政のみならず、他の給付行政等の分野における分析にも応用可能であることを示す。他の給付行政等の分野としては、租税優遇措置(Ⅱ1)⁹⁾、文化助成(Ⅱ2)、情報提供(Ⅱ3)を取り上げる。

これらを受けて、「自由意識の喪失」を軸とした給付行政の法的統制方法について論じる(Ⅲ1)。もっとも、部分的・導入的なものに留まる。

最後に、本稿の成果を確認し、「自由意識の喪失」の公法学の中への再定位を試みる(Ⅲ2)。

頁(有斐閣, 2001) [初出 1964]。

5) 塩野宏「紹介エルンスト・フォルストホフ『給付行政の法律問題』『公法と私法』291頁, 300頁(有斐閣, 1989) [初出 1960]によれば、フォルストホフは、「社会生活の現実の変化, これが出発点であり, 自由と財産の保護を主要目的とした従来の行政法学ではこの変化を理論的に把握し得ぬ」と言う。

6) たとえば, 塩野・前掲注 4)65-107頁。

7) 塩野・前掲注 5)317頁。Daseinsvorsorgeは, 論者によりその訳語がまちまちであるが, 本稿では, 同書に従い, 「生活手段の供給」と訳しておく。

8) Görg Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats, Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln, 1983.

9) もっとも, 租税優遇措置は, 厳密に言えば給付行政ではなく, 後にも見るように, 利益と不利益の中間的性格を有する。しかし, 便宜上, ここでは他の給付行政の分野と並列させておく。

2 補助金交付行政

(1) 検討対象の限定

先にも述べた通り、本稿は、給付行政のもたらす不利益について、新たな法的概念の認識可能性を指摘しようとするものである。しかし、給付行政と言っても、種々雑多なものが含まれる。そこで、まず I においては、給付行政の中でも典型の一つであると思われる、補助金交付行政について扱う。

もっとも、「補助金」概念は、実定法上定着してきてはいるが、必ずしもその意味内容が学説上明らかではない。そこで、検討に耐え得るように、「補助金」という概念について確定しておく。本稿は、「補助金」という言葉によって、行政主体から行政客体に交付される現金的給付の全てを表すものではない。そのうちの、一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために交付されるものに限定するものである。この程度までは、学説上共有されている前提であるように思われるからである¹⁰⁾。

すなわち、本稿が用いる「補助金」とは、「一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために、行政主体から行政客体に交付される現金的給付」を意味する¹¹⁾。そして、このような「補助金」を交付する行政作用を、本稿では原則として「補助金交付行政」と呼ぶことにする。もっとも、論者によってその呼称とそれが指す対象領域は様々であり、これを安易に「補助金交付行政」と呼び変える

べきではないこともあろう。そこで、本稿においても、場合によっては、それぞれの論者の呼称方法に従うことがある。

さて、「補助金交付行政」の問題点については、既に様々に論じられているところである。そこで、(2)以降では、そうした従来の議論の整理を試みる。すなわち、国民にもたらされる不利益を、その不利益を受ける対象に応じて整理することにする。不利益を受ける対象としては、競争者、市場、納税者、受領者が想定されるので、これらを順に検討する。

(2) 不利益の諸相

a 競争者の不利益

補助金交付行政について、従来その切なる利害関係人として言及されてきたのは、競争者であった¹²⁾。すなわち、一人の者に対する資金交付は、受領者にとっては受益を意味するが、それと競争関係に立っている者に対しては必然的に負担を意味している¹³⁾。この競争者に対する不利益について、「侵害」そのものではないにしても、「侵害類似」の構成を採ることによって、「競争者訴訟」なる類型が観念され、承認されてきた。

すなわち、ドイツ連邦行政裁判所は、1968年に、いわゆるぶどう園主判決で、資金受領者と経済上競争関係に立つ第三者である利潤獲得競争者による取消訴訟の可能性を、初めて認めた¹⁴⁾。事例は、ぶどうの生産・加工・販売を業とする有限会社が、その会社と競争関係にあるぶどう園主組合に資金補助をしたラント大臣の決定の取消しを求めたもの

10) 塩野・前掲注 4)40 頁は、「一般的に補助金という用語の概念要素は、行政主体が行政客体の一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために行政客体に与える現金的給付という点にあることは前提としてよ」とする。

11) 塩野・前掲注 4)45 頁は、同論文が考察の対象とする「資金交付行政」について、詳細な概念規定を試み、結論として、「行政主体による行政客体(地方公共団体等の公法人を含む)に対する資金の交付(現金給付・投融資)であって、当該行政客体による一定の公益的課題の遂行(任意的行為、義務的行為の双方を含む)にかかわらしめられたもの」とする。本稿の「補助金交付行政」の定義に近いが、より精緻に概念規定している点で、非常に参考になる。

12) 櫻井敬子「資金交付活動の統制に関する考察(二)」自治研究 68 卷 12 号 112 頁, 112 頁(1992)。同論文においては、「ハバカーテ」と表記されているが、本稿では「ハベルカテ」に統一する。

13) 塩野・前掲注 4)53 頁。

14) BVerfGE 30, S. 191 ff. 判決の詳細については、佐藤英世「西ドイツにおける資金補助行政の法的統制の新たな手懸かりについて」阪大法学 138 号 89 頁, 107-110 頁(1986)。

であり、判決は、競争者の自由の侵害の可能性を正面から認めたのである¹⁵⁾。

では、ここで言われている「競争者の不利益」の内実は何であろうか。第一に、その補助金を交付されるべきなのは、実際を受領者ではなく、その競争者たる自分であるにも関わらず、自分は受け取れなかった、という不利益が考えられる。このとき、競争者の不利益はもらうべき補助金の具体的な金額であって、これを訴訟等で争わせることは許容しやすい。

しかし、そこに言う不利益は、「補助金を交付することによる不利益」ではなく、「補助金を交付されるべきであるのに、交付されないことによる不利益」である。その意味で、補助金を交付することによる不利益を考察しようとする本稿の問題関心の枠外にあると言わなければならない。

「競争者の不利益」として考えられるものの第二は、受領者がより豊富な資金を得ることで事業活動を活性化させ、相対的に競争者たる自分の地位が低下してしまうという不利益である。本稿は、むしろこちらを問題視する。上記の連邦行政裁判所の判決も、原告の請求を認容する理由として、以下のように述べている。すなわち、「国家が、競争者に対して拒絶した利益をある営利事業者に与えることによって機会平等を破壊し、それによって非受益者がもはや生存能力がなくなる程に利潤獲得競争状況を破壊する可能性がある」¹⁶⁾。

しかし、従来、我が国の実務はこの種の不利益に冷淡であった。その理由としては、以下の二点が考えられる。

まず、そのような不利益は、補助金交付により直接生じるものであるというよりは、むしろ補助金の交付を受けた受領者の経済活動によって生じるものであるという意味で、間

接的なものに留まるということである。不利益は確かに生じるが、その是正は、競争者間の問題であると考えられなくもない。

次に、より本質的には、補助金の交付は、それが競争者間に不平等をもたらせばもたらすほど、その効果が期待されるということである¹⁷⁾。すなわち、補助金の交付は、一定の誘導目的のためになされるところ、その誘導目的に沿う者とそうでない者とを差別的に扱うからこそ、その誘導目的は達成される。誘導目的に沿わない競争者に競争上の不利益が何ら生じないとしたら、補助金交付による行政目的は達成されない。つまり、ここに言う競争者の不利益は、補助金交付行政に本来的に内在するものなのである。

そうであるなら、問題は、そこで問題となる補助金交付行政自体の妥当性に還元されよう。すなわち、その誘導目的は正当なものであるのか、その達成の手段として補助金交付行政は適切であるのか、そこで不可避免的に生じる競争者の不利益にもかかわらず、それを正当化するだけの効能が本当にあるのか。以上のようなことが、問われなければならぬまい。

b 市場の不利益

a の議論とも重なるが、個別の競争者を越えて、補助金は、市場全般に悪影響をもたらすという議論がある。すなわち、補助金の交付は、私人の経済活動に対する干渉に他ならない。塩野宏氏によれば、この点について、シュテルンは、以下のように言う。

「資金交付は恩恵的行為 (Gnadenakt) ではない。それは、経済秩序について配慮し、それに責任を有する国家の経済政策的嚮導行為 (Lenkungsakt) である。いいかえれば、それは、経済干渉 (Wirtschaftsintervention) の道具であり、原則として市場経済の原理に従って固有の方法で展開している経済的自由

15) もっとも、原告適格の肯定には、極めて厳しい態度を採っている。本稿 I 4 (3) a (c) 参照。

16) 佐藤英世・前掲注 14) 109 頁。

17) 櫻井・前掲注 12) 113 頁は、「現代国家における政策手段のひとつとして資金交付活動を所与のものとし、当該政策手段の『有効』な機能を是認するのであれば、資金交付活動が本来『差別的』に行われれば行われるほどその効果が期待される以上、これを『平等原則』により統制することには慎重を要し、競争者訴訟の活用場面は例外的な場合に限られるというほかない」とする。

競争に対する侵害を意味する」¹⁸⁾。

この点についても、先の競争者の不利益についての議論と同様、そのような「市場の歪み」が生じれば生じるほど、それはむしろ国家の意図した通りであるという問題構造がある。もし本当に市場にとっての不利益があったとしても、その不利益は、補助金交付行政に本来的に内在するものである。

もっとも、差別的取り扱いによる競争者の不利益が、直接的に「市場の歪み」につながるかどうかは一考を要するようにも思われる。一部の競争者に補助金の交付と不交付によるインセンティブを与えつつ、何らかの措置によって市場全体としての歪みを抑制するということも考える余地があろう。

その意味で、市場の不利益の補助金交付行政における内在性は、競争者の不利益のそれよりは小さいと言えるかもしれない。この点については、国家と市場の関係をどう捉えるのかによって、問題の深刻さの捉え方も変わり得るものであろう¹⁹⁾。

c 納税者の不利益

補助金交付行政の財源は、税金である。そうすると、補助金交付が不必要であったり過剰であったりすると、それは、納税者に不当な負担を課すことにつながる。また、補助金には、一度導入されれば既得権化しやすく、必要がなくなったものについても廃止が困難になるという問題点がある²⁰⁾。したがって、交付開始に当たっては慎重な考慮を要する。

村上武則氏によれば、ムスクヌーク曰く、「過剰な給付は、しかし、過剰な課税を要求する」のである。ムスクヌークは、ここから、給付の提供においてではなく、まず給付の財

源獲得即ち課税のレベルにおいて制約原理の手懸りを求めるのである²¹⁾。

あるいは、櫻井敬子氏によれば、ヘンゼラーは、国家は資金交付をなすにつき、財政的観点から二重の正当化要請に服せしめられるとしている²²⁾。すなわち、第一に、資金提供者が行為嚮導を受ける企業者に対してその嚮導を根拠づけることであり、第二に、当該嚮導行為を税収で賄うことを公衆に対して説明することである。このうちの二点目が、ここでいう「納税者の不利益」に関わる。すなわち、それは、「資金交付活動の原資が税金である以上、その使用が『経済的かつ儉約的に』(wirtschaftlich und sparsam)行われなくてはならないとの考え」によるものである²³⁾。

税金の使用が「経済的かつ儉約的」とされるためには、上記一点目に言う通り、補助金の受領者が、当該補助金交付行政の誘導目的に向けてより強く動機づけられる必要がある。補助金は交付するものの、受領者が誘導目的に沿わないとしたら、ただのばらまきであって、納税者の不利益を正当化することはできない。

d 受領者の不利益

受領者は、補助金を受け取るのであるから、利益はあっても、不利益はないようにも思われる。しかし、そのような受領者にも不利益があるという議論がなされてきた。そこで言われていることを大まかにまとめると、一方には、補助金を受け取るのと引き換えに国家によってなされる一定の行為の要求を不利益であると観念するという、一群の立場がある。すなわち、補助金の交付は、負担付贈

18) 塩野・前掲注 4)54 頁。

19) 塩野・前掲注 4)54 頁は、「シュテルンの分析は、自由平等な経済社会を前提としているため、資金交付行政の侵害的性格が一層強調され、またそれは直ちに規範的要請——伝統的法律の留保理論によったとしても、資金交付行政にはその侵害的性格の故に法律の根拠が必要である——へとつながる」とする。また、同 60 頁によれば、自由主義経済を基調とするアメリカにおいては、自由主義経済秩序との関連において州の対民間資金交付行政の権能を巡る多くの裁判事件が生じている。

20) 中原茂樹「誘導手法としての租税・賦課金・補助金」芝池義一ほか編『行政法の争点(第3版)』202 頁、203 頁(有斐閣、2004)。

21) 村上武則『給付行政の理論』215 頁(有信堂高文社、2002)。

22) 櫻井・前掲注 12)119 頁。

23) 櫻井・前掲注 12)119 頁。

与に類似するのである。

たとえば、塩野宏氏によれば、シュテルンは、資金の交付に際してしばしば付款・監督等の負担が不可分的に結合していることを捉え、それを一つの理由として、「資金交付行政は、その性質上、内部に反対感情を両立せしめ ambivalent である」と評している²⁴⁾。

あるいは、櫻井敬子氏は、「受領者の地位は命令客体から誘導客体へと変化したというべき」であって、「資金交付は附款等の結合による不利益を伴うという意味で、利益と不利益の混在した政策手段ということができると端的にまとめる²⁵⁾。その上で、受領者の不利益について、フリアウフ、ヘンゼラー、ハベルカテ三氏の議論を丹念にまとめている。ここでは、まず、前二者について簡単に紹介する。

まず、フリアウフは、補助金交付行政の「侵害的性質」を強調し、「受領者の道具化 (Instrumentalisierung)」という構成により、国家の道具とされた受領者自身の不利益を根拠づけた²⁶⁾。補助金交付に伴い付款・監督等があるとしても、それを不利益とみなすことに問題があるのは、受領者が「自発的」にそれを受け入れたという認識があるからであろう。この点について、フリアウフは、補助金の受領は、事実上強制されているのであって、「自発的」に見えても、実はそうではないというのである。すなわち、そこには、「集積された財政権力 (die akkumulierte Finanzmacht)」と化した現代国家が、その天文学的な財力を背景に、従来直接的な命令によって行ってきた施策を財政手段によって引き継ごうとし、極端な場合には私人は国家による『供給独裁 (Angebotsdiktatur)』にさらされ、私人には資金を受け入れないという可能性が閉ざされてしまうという状況認識があり、「とりわけ、市場が狭く競争が厳しい

場合には、私人は自己の市場での『生存』をかけて、提供された資金を受領せざるを得ず、あるいは公的主体による強制的な行動統制を回避する為の合理的選択として、援助を受け入れるのである」とされる²⁷⁾。しかし、櫻井敬子氏によれば、資金の受領が事実上ある程度は強制であったとしても、多かれ少なかれその自発性を否定することはできず、これをもって「侵害 (Eingriff)」と同視するにはやはり若干の無理がある²⁸⁾。

次に、ヘンゼラーは、フリアウフが付款による「不利益的作用」を半ば強引に「侵害」と構成したのに対し、資金の受領によってただちに受領者が「国家の道具」となるわけではなく、あくまで受領者は主体性を持った存在であって、国家は利益供与によりその志向する資金交付目標が達成されることを「期待」するに留まるとした²⁹⁾。しかし、その「期待」によって、受領者には自由を損ないかねない危険がある。すなわち、資金交付は、利益と不利益の渾然一体となった政策手段なのであって、侵害と給付のいずれにも整序し得ない「独特の形態による国家的作用」なのである³⁰⁾。

このように、フリアウフとヘンゼラーとでは、補助金の交付が引き起こす受領者に関する問題が、伝統的な意味での「侵害」に相当するものであるのか、それとも独特の「不利益と利益の渾然一体」であるのかについて理解に齟齬がある。しかし、そのどちらにせよ、受領者には、多かれ少なかれ、補助金交付によって事実上一定の行為の拘束がなされるという点が重要であり、両者はこの点については見解を異にするものではない。

(3) 不利益の段階構造

以上によると、種々の主体に対する不利益の正当化は、複雑な関係にあることが分かる。たとえば、納税者の不利益を正当化する

24) 塩野・前掲注 4)53 頁。

25) 櫻井・前掲注 12)113 頁。

26) 櫻井・前掲注 12)114 頁。

27) 櫻井・前掲注 12)114-115 頁。

28) 櫻井・前掲注 12)115-116 頁。

29) 櫻井・前掲注 12)117 頁。

30) 櫻井・前掲注 12)118 頁。

ためには、受領者の行為拘束が強くなければならないが、その行為拘束が強ければ強いほど受領者の不利益は大きくなり、今度はその正当化に窮することになる。このようにそれぞれの不利益は複雑に絡み合っており、それらの正当化のための条件の考察も、複雑なものにならざるを得ない。

そこで、ここでは、補助金交付行政を取り巻く問題の整理を試み、それにより、全ての不利益の正当化にとって受領者の不利益の正当化が一番の前提問題に位置づけられることを確認する。

国家が特定の行政目的を持ったとして、その実現に向けて、営利企業を一定の方向に誘導しようとしたとする。そのためには、第一に、営利企業の行為をある程度拘束することが有用である。そのためには、第二に、誘導目的に沿う企業とそうでない企業を差別することが有用である。そのためには、第三に、誘導目的に沿う企業には補助金を与え、そうでない企業には与えなければよい。

(2)で検討したそれぞれの不利益は、この、それぞれの段階に対応するものとして整理し直すことができるように思われる。すなわち、納税者の不利益は、第三点の補助金を与えること自体によるものであり、競争者の不利益と市場の不利益は、第二点の企業を差別化することによるものであり、受領者の不利益は、第一点の行為を拘束することによるものである。それぞれの不利益は、このように、その原因の段階が異なるのである。

そして、それぞれの段階は、一つ上位の段階のための手段として位置づけられるものである。そうすると、それぞれのもたらす不利益の正当化のためには、少なくとも、より上位の段階における行政作用が正当であることを要しよう。すなわち、補助金の交付による納税者の不利益の正当化のためには企業の差別化が少なくとも正当であることを要し、企業の差別化による競争者と市場の不利益の正当化のためには行為の拘束が少なくとも正当であることを要し、行為の拘束による受領者の不利益の正当化のためには大本の行政目的が少なくとも正当であることを要する。

これを逆に言えば、補助金交付行政が許容

され得るとしたら、少なくとも、大本の行政目的の正当性が受領者の不利益を正当化し、受領者に対する作用の正当性が競争者と市場の不利益を正当化し、競争者と市場に対する作用の正当性が納税者の不利益を正当化する、という段階構造になっている必要があるということである。

そうすると、本稿が一番の前提問題として認識すべきなのは、ある正当な行政目的があったとして、その正当性が、受領者の不利益を、そもそも、あるいはどのような場合に正当化し得るのか、ということであろう。なぜなら、受領者以外の不利益が受領者の不利益の正当化を前提にする以上、まずもって受領者の不利益が正当化される範囲を確定すべきであるからである。そして、その検討は、行政目的の必要性の度合いと、受領者にもたらされる不利益の衡量を基本枠組みとする。そうであるなら、まずもって受領者にもたらされる不利益を正確に把握しなければならない。

それでは、大本の行政目的が正当であったとして、その必要性は、本当に受領者の不利益を正当化するものであるのか。これを検討するに当たっては、受領者の不利益を正確に把握しなければならないが、受領者の不利益は、本当に以上の分析に尽きるものであるのか。この点について、冒頭でも述べたように、ハベルカテが新たな視点から問題提起をしているので、本稿は、次にこれを紹介し、検討を加えることにする。

3 「自由意識の喪失」

(1) 先行研究の間隙

2では、補助金交付行政がもたらす不利益をその対象ごとに検討し、実はそれぞれの不利益が段階構造にあることを示した。そして、補助金交付行政の正当化にとっては、受領者の不利益の正当化が前提問題であることを示した。ここでは、その受領者の不利益について新たな視点を提供した、ハベルカテの論文を検討する。

ハベルカテの「給付国家の法問題」は、既に何名かの学者によってわが国に紹介されて

いる。本稿筆者は、本稿執筆に当たり、ハベルカテ論文に関する三名による四つの論文に触れたので、それらをまず紹介し、そこに先行研究の間隙を見出すことにしよう。

第一に、村上武則氏の、「ゲルグ・ハベルカテ『給付国家の法問題』の紹介」である³¹⁾。同論文は、ハベルカテ論文を各章ずつ丹念に紹介する力作であって、本稿筆者のハベルカテに関する理解も、同論文に負うところが大きい。

同論文によれば、ハベルカテ論文の狙いは、「現代的な給付的国家活動をも比例性原則を手懸りにしてコントロールしようということ」にある³²⁾。そして、そのためには、「鍵として、目的が特定され明確化される必要がある」と言う³³⁾。その目的定立をすべき主体は、執行府や司法府ではなく、立法府であるとする³⁴⁾。すなわち、補助金交付の目的は、法律によって確定されなければならない、それを前提に、比例原則を手懸りとするコントロールが図られることになる。以上が総論的な、一般的な理論に相当する部分である。

続いて、ハベルカテは、具体的に給付の領域で、不明確な目的呈示がどのような問題を生み、それについてどのように解釈されているかを検討する。本稿の言葉を使えば、行政規律の第一次元の検討をここで行うのである。そこでは、補助金が自由の問題として捉えられ、補助金交付によって生じる様々な問題が、受領者の側での自由危殆化の問題と、競争者の側での自由危殆化の問題と、第三者侵害と中立義務の問題に分けて論じられている³⁵⁾。

その後、ハベルカテは、以上の分析を前提に、補助金交付のコントロール手法について、すなわち、本稿でいう行政規律の第二次元の問題について、具体的な考察に進んでい

く。それは、上記の、法律による目的確定を前提とした比例原則を手懸りとするコントロールの具体化である。

本稿の問題関心は、以上の紹介のうち、「受領者の側での自由危殆化の問題」に向く。しかし、同論文における村上武則氏の当該箇所を紹介は、その意図は必ずしも明らかではないが、非常に簡潔なものであって、本稿が主題にしようとする「自由意識の喪失」については触れられてもいない。

第二に、同じく村上武則氏の、「給付目的の法律による確定の理論」である³⁶⁾。同論文は、給付行政の分野においては、その目的が法律によって確定されるべきであるとする理論と、予算で足るとする理論があるところ、それらの内容と意義について検討するものである。そして、前者として、ハベルカテの議論が紹介されている。

同論文のハベルカテに関する部分は、上記の第一で紹介した論文を受けたものであり、内容的にもかなりの部分が重複する。もっとも、重複部分に続いて、ハベルカテがその後に表示した「給付法における形成と法の適用」³⁷⁾という論文も紹介されているが³⁸⁾、専ら行政規律の第二次元に係るものであるから、本稿の問題関心の枠外にある。したがって、ここでも、詳しく紹介することはしない。

同論文で注目されるのは、第一の論文では触れられてもいなかった「自由意識の喪失」について若干ではあるが触れられていることである。しかし、「自由意識の喪失」についての議論がハベルカテ論文に占める割合に比し、非常に簡潔な紹介に留まる。もっとも、重要な部分であるから、以下に該当箇所を引用しておく。

「さて、ハベルカテは、資金交付の危険性は『資金交付それ自体ではなく、それによってもたらされる心理状態に存する』と考え、

31) 村上武則「ゲルグ・ハベルカテ『給付国家の法問題』の紹介」*広島法学* 8巻2・3号154頁(1984)。

32) 村上武則・前掲注31)154頁。

33) 村上武則・前掲注31)159頁。

34) 村上武則・前掲注31)164-167頁。

35) 村上武則・前掲注31)167-171頁。

36) 村上武則・前掲注21)172頁。

37) Vgl. Haverkate, *Gesetzgestaltung und Rechtsanwendung im Leistungsrecht*, NVwZ, 1988, S.770f.

資金交付によって失われるのは、『自由そのものではなく『自由の意識』であるとする。また、ハベルカテによれば、自由は、自由の自覚 (Freiheitsbewußtsein) なしで、はたして保持されうるかどうか、問題であるとされる。そして、国家法に対し課される問題は、どこまで、自由の法的保障を越えて、社会の諸前提、即ち自由の意識の保障が、法学的議論の脈絡のなかで、実りあるものにされうるかであるとされるのである³⁹⁾。

第三に、櫻井敬子氏の「資金交付活動の統制に関する考察」である⁴⁰⁾。同論文は、前述の通り、フリアウフとヘンゼラーを紹介し、それらは、そこで言う資金交付活動における問題のうち、受領者の行為拘束という不利益の側面に留まるものであったとする。しかし、資金交付活動の根本的特徴は「利益による誘導」であって、利益の側面にもまた着目しなければならない。その、利益的作用固有の問題点を指摘したものととして、ハベルカテの議論が紹介されるのである⁴¹⁾。

そして、利益的作用固有の問題点として、ハベルカテが「自由意識の喪失」について論じていることが正面から取り上げられる⁴²⁾。その点で、同論文は本稿の問題意識に適合的である。さらに、実はそうした着眼は決して新奇なものではなく、フォルストホフ、ヴォルフ/バッホフ、ヘーベルレらによっても同様の指摘がなされていたことが紹介される。

そして、ハベルカテの議論から読み取るべきことは、「上記のごとき給付活動の危険性に対する一般的抽象的懸念を、懸念にとどまらせることなく、資金交付活動という具体的行政活動に関連させて論じ、かかる『自由意識の喪失』を含めた『自由の危殆化』(Freiheitsgefährdung) をもって当該活動の統制

根拠としたうえ、『自由意識の伴わない自由』(Freiheit ohne Freiheitsbewußtsein) があり得ない以上は、『自由意識の確保』のための諸条件および統制基準を考察する必要があるとして、その具体的な統制枠組みを提唱したところ」にあるとする⁴³⁾。

しかし、それに留まり、「自由意識の喪失」というものが、一体いかなる事態であるのかについて、若干の紹介はあるもののそれ以上内実に立ち行った検討はなされず、統制枠組みに議論の焦点が移行する。

第四に、佐藤英世氏の「西ドイツにおける資金補助行政の法的統制の新たな手懸かりについて」である⁴⁴⁾。しかし、同論文においても、ハベルカテはそこで言う資金補助行政の法的統制を論じる中で主に紹介され、「自由意識の喪失」については触れられていない⁴⁵⁾。

以上の先行研究の分析から、ハベルカテについての紹介は、専ら補助金交付行政の規律の第二次元に重点が置かれており、その前提としての第一次元に対する関心はそれほど高くなかったと言えるであろう。そして、ハベルカテが指摘した「自由意識の喪失」については、ほとんど触れられないか、触れられてもその内実が不明確なままであった。ここに、先行研究の間隙を見出すことができる。

しかし、その間隙は、埋められるべき間隙であるのか、存在するべくして存在する間隙であるのか。すなわち、「自由意識の喪失」という概念は、論じるに値するものであるのにその難解さから論じられてこなかったのか、それとも法的議論にとって無用の産物であるからこそ論じられてこなかったのか。前者であるならば是非とも論じなければならない、後者であるとしても後者である所以を示さな

38) 村上武則・前掲 21)197-208 頁。

39) 村上武則・前掲 21)177-178 頁。

40) 櫻井敬子「資金交付活動の統制に関する考察(一)(二)(三)」自治研究 68 卷 11 号 78 頁, 12 号 112 頁(1992), 69 卷 1 号 106 頁(1993)。

41) 櫻井・前掲注 12)121-122 頁。

42) 櫻井・前掲注 40) (三) 107-108 頁。

43) 櫻井・前掲注 40) (三) 108 頁。

44) 佐藤英世・前掲注 14)89 頁。

45) 佐藤英世・前掲注 14)97-98, 129-136 頁。

ければなるまい。本稿が「自由意識の喪失」を主題に選択したのは、以上のような理由による。

そこで、次に、「自由意識の喪失」の内実について、実際にハベルカテ論文の該当箇所当たり、その解明を試みたい。

(2) 議論の前提

a 検討対象の限定

ハベルカテ論文は、その第五章「国家の金銭給付への配分参加一目的・手段コントロールによる補助金分野の法学的構造化の可能性」の第一節において「自由の問題としての補助金」を論じ、その終盤において「自由意識の喪失」を論じる。そこで、上記の先行研究の紹介と若干重複する部分もあるが、「自由意識の喪失」を論じるに至るまでの同節における論述の流れを確認しながら、議論の前提を固めておこう。

ハベルカテは、まず、国家の給付は、侵害に劣らず、自由の問題であるとし、それは、とりわけ補助金分野で立ち現れるものであるとする⁴⁶⁾。そして、その補助金分野の中から、検討対象を限定していく。

第一に、補助金を、返還義務のない補助金・貸付・保証などの直接的な補助金と、租税や公課からの解放である間接的な補助金とに分け、前者にこそ最も強く原理的な問題が現れることを理由として、前者に検討の対象を絞る⁴⁷⁾。

第二に、補助金を受領者の範囲を基準として類型化し、質及び量の観点から、スポーツ連盟や文化的ないし公益的な目的を迫及する企業に対する補助金ではなく、営利企業に対する補助金に検討の対象を絞る⁴⁸⁾。

第三に、補助金には、公的目的を達成するため、市場的な反対給付の代わりに受領者に対して公益目的を達成するような指示を伴うものと、そうでないものがあるが、前者に検

討の対象を絞る。

こうして、検討対象たる「補助金」は、「市場的な反対給付は伴わないが、公益目的を達成するような指示を伴う、営利企業に対する公的主体の金銭支払いなし金銭価値的給付」であるとされる⁴⁹⁾。この理解は、本稿のそれと極めて整合的である。

b 正当化の必要性

ハベルカテは、次に、補助金に関してありうる自由が問題になりうるのは、補助金が、私人に対する給付を通じて社会的なプロセスを形成しあるいはそれに影響を与えるという、公的な目的に向けられていることに由来するとする⁵⁰⁾。すなわち、営利企業に対する補助金は、市場経済的な、すなわち自由経済プロセスに対する国家的な干渉である。そうすると、自由が社会過程の国家からの自由を意味するとすれば、社会過程への介入は、自由の観点の下において正当化されなければならない⁵¹⁾。

では、補助金は正当化されるのか。ハベルカテは、次のように言う。すなわち、補助金は市場経済的なプロセスの修正であるが、市場が機能しない場合や、市場の自己規制がその政治的ないし社会的な結果の故に受け入れられないと考えられる場合には、不可避であるとみなされる。このとき、補助金による市場の修正は、自由市場の基本原則と無条件に矛盾するものではない。反対に、市場経済的な視点の下では、歓迎されるものでさえあり得る。すなわち、市場に対する国家の干渉が不可避である限りにおいて、国家は、官憲的な強制ではなくて、ソフトで市場順応的な補助金という手段を用いる方がよい。

つまり、補助金は、経済活動に対する直接的な国家侵害を不要にするのである。この見地においては、補助金は、警察法的に定式化すれば、「よりマイルドな手段」なのである。

46) Haverkate(Fn.8), S.145.

47) Haverkate(Fn.8), S.146.

48) Haverkate(Fn.8), S.146.

49) Haverkate(Fn.8), S.147.

50) Haverkate(Fn.8), S.147.

51) Haverkate(Fn.8), S.147.

それは、政府による国家的介入よりも自由親和的であるかもしれない⁵²⁾。

しかし、ハベルカテは、以上をもってしても、補助金による社会への「干渉」がそもそも必要であるかどうか、自由にとって重大な「負担」が最終的にどれくらいに達するのか、という問題は解消されないとする⁵³⁾。

c. 三つの問題

では、どのような「負担」が考えられるのか。ハベルカテは、これに関して、補助金による干渉が引き起こす三つの問題を指摘する。

第一に、「穏やかな介入」の問題である。上述のように、補助金は確かに「よりマイルドな手段」であるかも知れないが、なお自由の制約があり得る。すなわち、国家の補助金は誘導目的であって、その実現に向けて、国家は、補助金と、条件と負担とを結びつけるのである⁵⁴⁾。こうした自由の制約は、強制的な自由の制約と実は異ならないのではないか。

この点について、ハベルカテは次のように言う。補助金によって、国家は政府の強制力を放棄し、準備された特典のために自発的な制約を受け入れるように私人を導く。しかし、国家が強制的に自由を制約するのであろうと、国家が自由を「買い取る」のであろうと、その影響は同一ではないだろうか。それに加えて、人々が条件や負担を受忍できないものとみなしたとしても、補助金を放棄する可能性は、しばしば、表面的にしか与えられていない。すなわち、受益者集団の中で、競争関係が支配的であれば、市場状況は、個々の受領者に対して、補助金の受領と、予め与えられた条件や負担の甘受を強制するのである⁵⁵⁾。

ここでは、フリアウフが指摘した、受領の

事実上の強制の観点が述べられている。すなわち、競争環境などにより受領が事実上強制されるならば、如何に受領するかどうかは私人の自由に委ねられていると言っても、それは形式的な議論に過ぎず、補助金の交付による行為拘束は、伝統的な「侵害」に近似するのである⁵⁶⁾。

第二に、競争者の不利益である。すなわち、ある一人への助成は、違う一人への不利益であるという不可避的な連関を持つとされる。ハベルカテは、ある企業への補助金の給付は、当該企業にその競争者からのリードを与えることを意味するとし、補助金は、競争を不純にするものであるとする。そして、このように競争相手たちを不利に扱うことは、重大な効果を持ち得るのであって、極端な場合には、それは、存立の否定にまで至ることがあるとする⁵⁷⁾。

そして、第三として、「自由意識の喪失」が語られることになる。しかし、ハベルカテは、その前提として、補助金による「自由意識の喪失」という発想は、実は新自由主義経済理論に負うものであることを告白する⁵⁸⁾。そこで、ここでは、「自由意識の喪失」の検討に入る前に、その点について確認しておく。

ハベルカテによれば、新自由主義経済理論はあるヒントを提供した。それは、「究極的かつ決定的な市場経済の墮落」は、市場参加者にとって大変都合のよい国家の行動によって、すなわち、蓄積された補助金的で保護主義的かつ独占擁護的な措置によって引き起こされ、あるいは少なくとも促進されているというヒントである⁵⁹⁾。自由の保護は、自由を享受する人たちの主観的な利益に必ずしも沿うわけではなく、経済的自由は、状況によっては、企業家の利益に反して貫徹されな

52) Haverkate(Fn.8), S.148.

53) Haverkate(Fn.8), S.148.

54) Haverkate(Fn.8), S.148.

55) Haverkate(Fn.8), S.149.

56) もっとも、ハベルカテは、補助金による自由の危殆化と伝統的な「侵害」とは、同様の意味で「不利益を受ける」ものではないとする。Haverkate(Fn.8), S.158. この点については後述する。

57) Haverkate(Fn.8), S.149.

58) Haverkate(Fn.8), S.150.

59) Haverkate(Fn.8), S.150.

なければならない⁶⁰⁾。というも、自由な経済を自ら廃止することの影響は、経済的自由の領域だけに限られるわけではなく、他の領域、すなわち経済的でない人格的な自由の領域にまで及んでいるからである⁶¹⁾。

そして、ハベルカテは、以下のように言う。「ネオリベラルの命題の決定的な正しさは以下にある。すなわち、経済的自由に反する最も良い宣伝者は、補助金によって経済的自由の受益者の抵抗ではなく拍手を伴うような、補助金を給付する国家である。経済的自由の除去の効果は、実際には、経済的領域に制限されるわけではない」⁶²⁾。

すなわち、こういうことであろう。国家による補助金交付は、企業をして自由な経済活動を自ら廃止させてしまう。しかし、企業はそれを喜んでするのである。そうして自由な経済活動が失われることは、同時に、人格的自由まで制約してしまうことになる。

さて、以上を前提に、ハベルカテは、補助金をもたらす受領者のある特殊な心理状態について論及する。そこで問題となるのが、すなわち「自由意識の喪失」である。

(3) 概念の内実

a 「補助金メンタリティ」

ハベルカテは、まず、補助金の中毒性について、次のように述べる。

「補助金は、継続的に、人を中毒症にしてしまう。補助金は、市場の制御機能に深く干渉し、人工的な市場状況を作り出し、補助金が与えられる温室のような空気の中では、現実の市場状況の厳しい空気の中では育たないであろう者が増殖する。補助金が長く維持されればされるほど、受領者にとってその放棄がより難しくなるであろう。すなわち、補助金は、個々の企業をして、状況によっては経済部門全体をして、さらなる国家の給付に依

存せしめ、そして、それによる結果として、条件や負担において直接読み取ることができることをずっと越える自由の喪失に行きつくのである」⁶³⁾。

ここでは、その中毒性によって、補助金は、受領者の心に深く入り込み、受領者を補助金に依存させてしまうことが語られている。そして、そのことは、受領者から補助金の放棄という選択肢自体を奪ってしまうのである。その結果、表面的な不利益を越えて、より重大な不利益を受領者に及ぼしてしまう。

では、その表面的な不利益を越えた不利益とは何なのか。ハベルカテは、それを、補助金によって形成される特殊な心理状態、すなわち、「補助金メンタリティ (Subventionsmentarität)」に求める。すなわち、補助金のもたらす危険性は補助金それ自体のみにあるのではなく、それがもたらす補助金メンタリティにもあるとし、そのメンタリティの内容を次のように表現する。すなわち、「国家は、全ての人の福祉の最適な状態を保障すべきであり、個々人を平穏な状態にしておくべきである」⁶⁴⁾。受領者は、補助金によって国家依存症になってしまうのである。そして、そうしたメンタリティは、当該受領者の問題のみならず、国民全体の理解に係ってくることになる⁶⁵⁾。

こうして、受領者を始めとする国民は、国家から全てを待ち望むという受動的なメンタリティに陥る。それは、表面上は無害である。しかし、それは決して無害ではない。すなわち、「そこで消えるのは自由 (Freiheit) ではなく、自由の意識 (Freiheitsbewußtsein) である」⁶⁶⁾。そして、自由の意識なしの自由が認められうるかどうかの問題である以上⁶⁷⁾、この「自由意識の喪失」は、自由の前提そのものを奪ってしまうということで、

60) Haverkate (Fn.8), S.150.

61) Haverkate (Fn.8), S.150.

62) Haverkate (Fn.8), S.151.

63) Haverkate (Fn.8), S.149.

64) Haverkate (Fn.8), S.151.

65) Haverkate (Fn.8), S.151.

66) Haverkate (Fn.8), S.152.

67) Haverkate (Fn.8), S.152.

より深刻な問題となりうるのである。

ハベルカテは、この現象を、「レヴァイアサン (Leviathan)」と「乳牛 (Bild)」のアナロジーで説明する⁶⁸⁾。すなわち、補助金を与えてくれる国家は、国民にただ与えてくれて、何も奪わない平和な「乳牛」のように思われる。そして、そのようにして、国家が経済的安定と最善の経済発展を保証してくれるように強く見えれば見えるほど、あるいは、国家が全ての経済プロセスの円滑な進行を保証してくれるように強く見えれば見えるほど、国民はそうした国家の活動を拒否することができなくなる。しかし、国家が無害な「乳牛」であるのは、あくまで見掛け上に過ぎない。その実、国家は強大な「レヴァイアサン」である。すなわち、国家は、補助金というソフトな手段にしる、ハードな手段にしる、その手に誘導目的を達成するための包括的・潜在的な権力を有しているのである。

b 「自由」概念

このように、ハベルカテによれば、「レヴァイアサン」が「乳牛」を演じることによって、受領者をはじめとする国民は、知らず知らずのうちに「自由意識」を喪失してしまう。

しかし、ここで言われている「自由」とは何であろうか。「自由」概念は、論者によって都合のいいように使われることが多い。すなわち、「自由」概念は、その意味内容が不明確であることをいいことに、その肯定的評価を維持しながらその内実をすり替え、「自由」概念の肯定的評価を当該内実に結びつけることで、その正当化に使われてしまうという危険性を有する。いわゆる「説得定義 (persuasive definition)」の問題である⁶⁹⁾。

こうした「自由」の説得定義の古典的な一例は、ヘーゲルの国家学に見ることができる。すなわち、従来「自由」とは通常「強制

の欠如」を意味したが、ヘーゲルは、こうした自由理解を浅薄皮相であって正しくないとし、真の意味で自由な意志とは自己自身を決定する意志であり、このような意志は私利私欲に拘束された個人の「個別意志」ではあり得ず、「普遍意志」でなければならないとした⁷⁰⁾。こうして、個人の「自由」は、普遍意志の体现者としての国家の命ずるところにほとんど合致してしまう。すなわち、「ヘーゲルの理論は、『自由』の持つ強い情緒的な響きをそのままにしておいて、その叙述意味だけをすり替えることによって、市民的自由に憧れる人々の態度に変化を起させ、彼らをプロイセン国家の忠良な臣民に転向させる力を持っていた」のである⁷¹⁾。

その意味で、「自由」は、「融通無碍の操作可能性」をもつ⁷²⁾。したがって、「自由」について論じるに当たっては、その論じるべきところの「自由」概念を確定しなければなるまい。しかし、「自由」概念の一般的な確定は、本稿筆者の手に余るものである。そこで、「自由意識の喪失」を論じるに当たって、少なくともここで言われているところの、その「自由」の意味を確定したい。

我が国の公法学において、「自由」を論じるときには、次のように語られることが多い。たとえば、芦部信喜氏は、基本的人権のうち、まず、自由権について、国家が個人の領域に対して権力的に介入することを排除して、個人の自由な意思決定と活動を保障する人権であるとし、これを「国家からの自由」と呼ぶ。次に、参政権について、国民の国政に参加する権利であるとし、これを「国家への自由」と呼ぶ。さらに、社会権について、社会的・経済的弱者が「人間に値する生活」を営むことができるように、国家の積極的な配慮を求めることができる権利であるとし、

68) Haverkate(Fn.8), S.152.

69) 碧海純一『新版法哲学概論 (全訂第2版)』54-55頁 (弘文堂, 1989) によれば、「説得定義」とは、汎用されていることばに対して、その情緒意味 (emotive meaning) を大きく変えることなしに、新たな概念的意味を与え、こうすることによって、人々の関心の方向を意識的に又は無意識的に変えることを目的とするような定義である。

70) 碧海・前掲注 69)57-58頁。

71) 碧海・前掲注 69)58頁。

72) 井上達夫『自由論』24頁 (岩波書店, 2008)。

これを「国家による自由」と呼ぶ⁷³⁾。

あるいは、樋口陽一氏は、そのような「国家からの自由」と「国家による自由」の対称図式が、さまざまな領域で、重要な問題素材を提供するとする⁷⁴⁾。すなわち、経済的自由の領域では、国家からの・独占放任型の自由と国家による・反独占型自由の対抗という視点が憲法史理解のうえで重要な示唆を与え、思想の自由の領域では、国家からの自由としての表現の自由を「優越的自由」として擁護しようとする見地と、国家による自由の実質的確保を肯定する見地とが対立する、とする⁷⁵⁾。

では、ハベルカテは、自らが用いている「自由」概念について、どのように規定しているだろうか。ハベルカテは、まず、「自由が行使されうる状態の生産ないし保全」と「自由権の現実の基盤の保全」を区別し、補助金が引き起こす自由の問題として扱うべきであるのは、このうちの前者であるとする⁷⁶⁾。後者は、たとえば、地域における雇用需要の維持・増加のために補助金が使われることを指しており、上記の二つの自由で言えば、「国家による自由」に属する。しかし、ハベルカテは、こうした自由保全政策をも自由の問題として扱うと自由の概念はその境界設定価値を失うとし、それらは、法的な自由の保護の問題ではないとする⁷⁷⁾。すなわち、ハベルカテは、「国家からの自由」を語っているのである。

c 基本権の観点における意味

このように、ハベルカテは、「自由意識の喪失」を「国家からの自由」の問題として捉え、その洞察なしには、法治国家の十分な補助金領域の形成はほとんど考えられないとする⁷⁸⁾。それは、確かにそうであろう。そうであるとして、その「自由」は、如何ように

して保護されるのか。憲法によって基本権として保護されていれば、あらゆる国家機関に対してその保護が命じられようし、私人にも間接・直接いずれにせよその行為規範は課せられる。それでは、「自由意識の喪失」を防ぐことは、基本権上の要請であろうか。

「自由意識の喪失」は、確かに問題である。しかし、そのことと、「自由意識の喪失」が伝統的な「侵害」と基本権の観点から同等に扱われるべきであるかどうかは、また別の問題である。すなわち、憲法は、「自由意識なき自由」と「自由意識ある自由」とを、有意に区別しているのか。ここでは、いわば「自由の深度」が問題になると言えるであろう。

「自由の深度」を問題にすることは、言い換えれば、次のようなことであろうと思われる。すなわち、基本権のカタログとしては保護されるべきものであるとされている「自由」について、当該「自由」が保護されているというためには、各人が表面上自由に意思決定していればそれで足りるとするのか、「自由意識」に基づいて意思決定していなければならないとするのか。その意味で、それは、「自由の幅」や「自由の性質」を語るものではなく、そのいずれの「自由」にも通底する、各種の「自由」の前提条件のようなものを問題にしているのである。

ハベルカテは、この点に関し、「自由意識の喪失」を基本権上の問題として扱わない。すなわち、以下のように述べる。基本権は、その到達ないし回避が国家行為の基準の役割をも果たしうるような目的を何ら定義するものではなく、それぞれの好みや目的に向けられた市民の行動の自由領域を守るものである。そして、補助金の受領は、まさにその基本権が守るべき自由領域の利用である⁷⁹⁾。そうすると、国家による給付の目的拘束を自

73) 芦部信喜『憲法(第5版)』83-84頁(岩波書店, 2011)。

74) 樋口陽一『憲法(第3版)』159頁(創文社, 2007)。

75) 樋口・前掲注74)159頁。

76) Haverkate(Fn.8), S.153.

77) Haverkate(Fn.8), S.153.

78) Haverkate(Fn.8), S.153.

79) Haverkate(Fn.8), S.159.

発的に受け取ることは、基本権侵害と同等に扱うことと矛盾する要素を孕むことになる。そのため、国家による命令と補助金によるソフトな誘導とは、同一の基本権的な尺度でもっては測られ得ない。そして、それは、行政契約について、契約参加者の同意による協力の故をもって、「法律の留保」が必要とされないことと同じである⁸⁰⁾。

もっとも、ハベルカテは、こうした基本権領域における「同意」による違憲性阻却については、一定の注意を促す。すなわち、そうした「同意」は、しばしば「擬制」であり得る。ハベルカテは、次のように言う。「個人の自由の確保は、いつも自由を享受する人たちの主観的な利益にあるわけではない。それゆえ、基本権は、自由の制限に反する基本権享有者の抵抗によって、初めて国家を縛り付けるわけではない。基本権享有者の自由を放棄しようという意思は、国家を、その基本権の拘束から解放するものではない。こうした根拠から、基本権の領域における『同意』の概念には用心が必要である」⁸¹⁾。

そうすると、次に問題になるのは、どの程度まで、基本権の領域において「同意」あるいは「基本権の行使の放棄」があり得るかという一般的な問いである。しかしながら、ハベルカテは、国家と個人の協力という思考枠組においてはおよそ法的に重要な不利益が想定されるかは疑わしく、「侵害」があるということが決定されている場合に初めて、基本権上の問題になりうるとするのである⁸²⁾。すなわち、「無傷の基本権の効力に固執することは、いずれにせよ、『基本権に関する不利益』(“Grundrechtsbetroffenheit”)がない場合には、うまくいかない」⁸³⁾。

こうして、ハベルカテは、基本権上の問題としては、「自由意識の喪失」を扱わない。国家による「侵害」と、目的拘束的な国家の給付とは、やはり異なるのである。この点においては、前述のフリアウフとヘンゼラーの

対立に関して、ヘンゼラーに親和的であると言えるであろう。

(4) 小括

ここで、これまでの議論を確認し、これからの議論の道筋をつけるとしよう。

本稿は、ごく大ざっぱに言えば、ますます拡大する給付行政の適切な規律を構想するに当たり、そのもたらす不利益をより深く把握するため、「自由意識の喪失」という新しい法概念の採用を提唱するものである。

本稿は、給付行政のうち、まず、「一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために、行政主体から行政客体に交付される現金的給付」を問題にし、こうした補助金交付行政のもたらす不利益を明らかにするために、想定される不利益を、その対象に応じ、競争者・市場・納税者・受領者のそれぞれについて論じた。そして、これらの不利益が実は段階構造をなしており、補助金交付行政の正当化にとって、受領者の不利益の正当化が前提問題であることを指摘した。

そこで、本稿は、受領者の不利益について、さらに深く検討した。すなわち、従来よく論じられてきた負担付贈与的な不利益に加えて、ハベルカテ論文の言う、「自由意識の喪失」の問題点を指摘し、その内実について検討したのである。

「自由意識の喪失」という問題は、確かに存在するであろう。しかし、それが基本権上の問題として扱うべきであるのかについて、当のハベルカテは、これを消極に解している。「自由意識の喪失」が、我が国における先行研究において必ずしも十分に論じられてこなかったのも、その憲法論上の有意性について疑義があったからであろうと思われる。

そこで、本稿は続いて、「自由意識の喪失」概念について、その憲法論上の有意性も含めて、法的な意味を論じることにする。ある概念が法的に意味を持ち、あるいは憲法論上も有意であるというためには、当該概念が単な

80) Haverkate(Fn.8), S.159.

81) Haverkate(Fn.8), S.160.

82) Haverkate(Fn.8), S.161.

83) Haverkate(Fn.8), S.161.

る事実概念ではなく、法的概念として認識される必要がある。しかし、「自由意識の喪失」概念は、そもそもこの点に疑念がある。したがって、本稿は、次に、「自由意識の喪失」概念の法的概念としての認識可能性を論じることとする。

4 法的概念への昇華

(1) 法的概念と事実概念

「自由意識の喪失」は発見されたが、それは、法的な意味において発見されたとは言い難い。その意味で、それは、そのままでは事実概念に過ぎない。しかし、仮にそれが法的概念へ昇華したとして、それは、一体どのような効果をもたらすのか。そのような効果を持つ法的概念へ昇華するためには、一体どのような要件を満たせばよいのか。ここではこれらの検討を目的とするが、その前提として、まず、法的概念という言葉の意味を明確にしておく必要がある。そこで、ここでは、少なくとも本稿が用いる意味での、法的概念という言葉の意味を明確化する。

法的概念とは、「法命題を構成する要素」である。そして、法命題とは、言うまでもなく「法」的な命題である。そうすると、法的概念の意味を明確化するためには、まず「法」とは何かを問わなければならない。すなわち、「法」の概念の確定である。

しかし、「法」の概念については、長く論争が続いている。たとえばこうである。法は規範であるのか、それとも事実であるのか。法の本質的要素は外面性であるのか、それとも強制との結びつきであるのか。法たるためには内容上の「正しさ」も必要であるのか、それとも「悪法もまた法である」のか⁸⁴⁾。これらの混乱の故に、法概念の定義を放棄する者さえいる。たとえば、田中耕太郎氏は、「法の完全な定義を下すことはほとんど不可

能である」と言っているという⁸⁵⁾。

もつとも、本稿は、こうした「法の概念」論争に一矢報いようとするものではない。概念というものは、言葉を用いて定義する以上、その外延を完全に明確にすることは不可能である。そこで、本稿は、「自由意識の喪失」概念が法的概念になることによってもたらされ得る効果をいくつか想定し、その効果との関係で、当該概念が法的概念と言えるかどうかを検討することとする。ある概念が法的概念であるか否かを考えるとき、一般に、そのように具体的効果との関連で語られることが多いし、本稿の目的を達成するためには、それで十分であろうと思われるからである。

さて、「自由意識の喪失」概念が法的概念に昇華した場合に果たし得る効果には様々なレベルのものが想定されるが、ここでは、それらを大きく二つに分けることにする。すなわち、裁判規範以外のものとして機能するという効果と、裁判規範として機能するという効果である。本稿では、このうちの前者を「ホイリスティシユな意義」と呼び、後者を「ドグマティシユな意義」と呼ぶ⁸⁶⁾。(2)以降で、それぞれの効果との関係で、「自由意識の喪失」が法的概念と認識できるのかを検討する。

(2) ホイリスティシユな意義

a 昇華の効果

(a) 二つの効果

ここでは、裁判規範としては機能しないものの、「自由意識の喪失」が法的概念として機能し得る場面がないかを検討する。そのようなものとして想定される効果は、第一に、「法的な思考枠組の提供」であり、第二に、「国家の非法的な義務の導出」である。

(b) 法的な思考枠組の提供

第一の「法的な思考枠組の提供」とは、「自由意識の喪失」という統一概念の下に、一定

84) 碧海・前掲注 69)40-42 頁。

85) 碧海・前掲注 69)43 頁。

86) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』454-466 頁(有斐閣, 2000)は、「法関係」概念の法解釈方法論上の意義について、「ドグマティシユな意義」と「発見的(ホイリスティシユ)な意義」に分けて検討している。この枠組みを拝借することとする。

の性質を共有する諸問題をくくり出すというものである。それにより、共通の問題意識の下に、一群の不利益状態を検討することが可能になり、一定の体系化がもたらされ得る。そして、その範囲は、Ⅱでも検討するように、本稿がとりあえずの検討対象とした補助金交付行政を越えて、給付行政一般に及び得るものである。こうした効果は、直接にせよ間接にせよ何らかの権利・義務を発生させるものではなく、法的考察をするに当たって思考枠組を提供するに留まるものである。

そのような効果を持つ法的概念としては、以下のようなものがある。

たとえば、本稿が主題とする「給付行政」(leistende Verwaltung) という概念がこれに含まれるであろう。ある行政作用がこれに該当するからと言って、何らかの法的効果が発生するわけではない。しかし、「給付行政」概念は、統一概念として一定の性質を有する行政作用をくくり出すことを可能にする。それにより、侵害行政概念との対比の上で、行政作用の分析枠組として用いられるに至った。

あるいは、刑法における「不作為」概念もこれに含まれるであろう。ある行為がこれに該当しても、そこから刑事上の責任が導かれるわけではない。しかし、「不作為」概念は、一定の行為類型をその統一概念の下にくくり出し、その行為の主体に構成要件の結果を帰責させるための共通の要件を検討する際の、思考枠組として用いられている。

さらには、フォルストホフの言う「生活手段の供給」(Daseinsvorsorge) も、彼によればこれに含まれようである。すなわち、フォルストホフは、生活手段の供給の概念の本質的機能として、「生活手段の供給に法的意味

が与えられるべきものであるならば、国家が、私法的形式に従って給付を執行する場合に、そこにおける公法的要素を確定することにあるのみ」とし⁸⁷⁾、その概念の範囲確定の困難さ故に、「生活手段の供給の概念を、何らかの量的質的観点の下に限定することは不可能であり、決定的なことは、法の定める構成要件を満たす者は誰でも給付を受けられる、といったような意味での性質上一般性をもった行政の給付、ということである」とし、「この概念は、それ自体としては立法政策的意義をもつものではない」とするのである⁸⁸⁾。

(c) 国家の非法的な義務の導出

第二の「国家の非法的な義務の導出」とは、国家に対し「自由意識の喪失」の非法的な保障義務を課するというものである。これにより、国家にとって、「自由意識の喪失」をもたらさないようにするということが、立法・政策の指針となる。第一の「法的な思考枠組の提供」が、思考枠組を提供するに留まり、その意味で中立的なものであったのに対し、ここでの効果は、第一の効果により提供された思考枠組を前提に、積極的な価値判断を伴うものである。もっとも、裁判規範となるものではない。

そのような効果を持つ法的概念としては、以下のようなものがある⁸⁹⁾。

たとえば、「平和的生存権」がこれに含まれるであろう。すなわち、憲法前文二項は、「われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有する」とし、国家に対し、国民の平和的生存を確保するよう一定の行為規範を課している。その意味で、「平和的生存権」は、人権の基礎にあつてそれを支える理念的権利

87) 塩野・前掲注 5)295 頁。

88) 塩野・前掲注 5)296 頁。

89) 憲法 25 条 1 項の定める生存権について、プログラム規定説に立つ場合も、ここに含まれる。すなわち、長谷部恭男『憲法(第 5 版)』266 頁(新世社, 2011)に曰く、「プログラム規定説によると、25 条 1 項は、国民一般が健康で文化的な最低限度の生活を営むことができる条件を整える責務を政府に課したものであって、その意味では国政の綱領(プログラム)ないし指針を宣言することとどまる。このため、本条項は個々の国民に、健康で文化的な最低限度の生活を営むに足る具体的な給付を求める権利を直接保障したものではないし、単なる国政の指針の宣言にすぎない以上、裁判所による裁判の基準として機能する余地はない」。もっとも、判例ないし現在の支配的な学説は抽象的権利説に立つため、ここでは特に取り上げない。

ということではできるが、その主体・内容・性質などの点でなお不明確であり、裁判で争うことのできる具体的な法的権利性を認めることは難しいと一般に解されている⁹⁰⁾。いわゆる長沼事件の控訴審判決も、「平和的生存権」は、「裁判規範として、なんら現実的、個別的内容をもつものとして具体化されているものではない」とした⁹¹⁾。

あるいは、「配分」もこれに含まれるとしてよい。すなわち、「生活手段の供給」概念が思考枠組を提供するものであることは(b)で述べたが、この概念の問題発見的・実践的意味は、これにより、「配分」に公法上の意味を与えることにあったのである⁹²⁾。こうして公法上の意味を与えられるに至った「配分」概念は、侵害行政において「自由」が保護されるべきであると同様に、国家に対し、国民の「配分」を保護するべきであるとする行為規範を課すものとなった⁹³⁾。

b 昇華の要件

(a) 概念の境界画定性

それでは、ある事実概念が、「法的考察に思考枠組を提供するもの」に、あるいはそれを越えて「国家の非法的な義務を課すもの」に昇華するための要件とはどのようなものであろうか。要件論を体系的・演繹的に展開するのは困難であるが、次のように考えることはできないであろうか。

第一に、概念の境界画定性が必要である。その概念の外延が曖昧であれば、その概念の下に一体どこまで、あるいは何をくり出し、いか分らず、法的考察に有用とは言えない。あるいは、その概念の下に国家に課すべき義務内容も不明確となってしまい、むしろ混乱を招く危険さもある。

もっとも、厳密に概念の外延を画定することは不可能であろう。むしろ、その外延が不

明確なことこそが法的概念の特徴であるとさえ言える⁹⁴⁾。したがって、ここでは、法的考察に耐え得る程度に他の概念との境界が画定されていることが必要であり、かつそれで足りると言うべきである。

(b) 概念の問題発見性

第二に、概念の問題発見性である。すなわち、そのような概念を用いることで、新たな問題の発見に資する必要がある。そうでないなら、その概念は法的考察にとり無用であろうし、そのような義務を国家に課してみたところで意味はない。

上に見た例で言うなら、「給付行政」という概念があるからこそ、侵害行政との対比が可能になり、「給付行政」に特有の問題が明らかになるとともに、その反射として侵害行政という概念がより鋭敏になる。あるいは、「平和的生存権」という概念があるからこそ、その保障が不十分である国家の問題点が明らかになり、立法・政策に関する議論が豊かになるのである。

(c) 義務を課すべきであるという一定の価値判断

以上の二要件の具備により、「法的な思考枠組の提供」という機能は果たし得るであろう。しかし、それを越えて「国家の非法的な義務」を課するためには、以上の二点のみならず、第三に、その義務を課すべきであるという一定の価値判断を必要とする。その価値判断は、一個人が一個人として有していてもそれをもって国家に義務を課すものとはならない。その価値判断を認定するためには、それを越えた国家単位での徴表が必要である。

たとえば、「平和的生存権」の保障を国家の義務として課すべきであるという価値判断は、直接的には、憲法前文二項がこれを国家の行為規範として定めていることに由来す

90) 芦部・前掲注 73)38 頁。

91) 札幌高決昭和 51 年 8 月 5 日行集 27 卷 8 号 1175 頁。

92) 塩野・前掲注 5)317 頁。

93) 塩野・前掲注 5)295 頁。

94) 井上茂『法哲学研究 第一巻』13 頁（有斐閣、1971）によれば、ハートは、法的概念の不明確さの問題を、特に「周縁部の不明確さ (vagueness of the periphery)」に焦点をおいて分析した。すなわち、法的概念およびそれらを含む法規範が不明確であるのは、概念の周縁部の「ひらかれた構造」という性質ゆえに、そこにさまざまな要素がはいりこむからであるという。

る。このようにして憲法に定められている以上、裁判規範として機能するかどうかはさておき、「平和的生存権」を保障することが国家の行為規範に含まれていることは前提にしてよい。そうすると、問題は、それが非合法的な義務に留まるのか、それとも後述(3)で扱うような裁判規範として機能するものであるのか、ということにある。そして、概念の境界画定性は有するとしても、その意味内容が不明確であることを理由として、「平和的生存権」は具体的権利性を有さず、裁判規範性も有しないとされているのである⁹⁵⁾。

これに対して「配分」は、憲法上に明文の規定を持つわけではない。それでは、どのようにして「配分」を保障すべきであるという価値判断がなされたのか。それは、行政活動の構造的変化にあったと言ってよい。すなわち、伝統的な侵害行政に加えて給付行政がその存在感を増す中で、後者のための、より高度の嚮導概念が必要とされるに至り、この要請に応えるために、「配分」概念は登場したのである。こうして、「配分」概念こそ「法治国における基本権に代わるものでなければならず、かつ法治国の下における法概念では把握し得ぬところのもの」であって、「現代国家においては、人は彼に与えられた個人的自由によってではなく、配分によって自らを主張するのである」とされるに至った⁹⁶⁾。

ここから、少なくとも、①憲法上の明文規定がある場合か、②行政活動の構造的変化により嚮導概念として必要とされた場合には、国家に非合法的な義務を課すべきであるという価値判断の徴表が見られるというべきである。このとき、「法的な思考枠組の提供」に過ぎなかった法的概念が、「国家の非合法的な義務の導出」の機能を有するに至る余地があると言えよう。

c 昇華の如何

(a) 概念の境界画定性

それでは、bで確認した要件を、「自由意

識の喪失」概念は充足するであろうか。まず、概念の境界画定性を検討する。

「自由意識の喪失」とは、ハベルカテ論文によれば、以下のようなものであった。すなわち、国家がある誘導目的をもって補助金を交付し、営利企業の行動をある一定の方向に誘導する。それを受けた営利企業は、国家の誘導に沿い、補助金をもらっているうちに補助金中毒になり、補助金を放棄し誘導に乗らないという選択肢を失う。こうして、当該受領者は、「国家は、全ての人の福祉の最適な状態を保障すべきであり、個々人を平穏な状態にしておくべきである」という補助金メンタリティに陥り、国家任せの受動的な存在になってしまう。このとき、当該受領者は「自由意識の喪失」に陥っており、そうした補助金メンタリティは国家単位で蔓延してしまう虞がある。

ハベルカテ論文は「自由意識の喪失」をこれ以上具体的に定式化することはなかった。しかし、本稿は当該概念をより実践的なものに仕立て上げようとするものである。そこで、ここでは、ハベルカテ論文の意図からは若干離れることになるかも知れないが、以下のようにして補助金交付行政における「自由意識の喪失」概念を定式化し、それをもって概念の境界画定性の充足とする。

第一に、「自由意識の喪失」をもたらす主体は、「国家」である。確かに、同様の状態は、私人間でももたらされ得るであろう。しかし、本稿は、行政規律について論じるものであるから、「国家」によるもののみを対象とすれば必要十分である。

第二に、「自由意識の喪失」がもたらされるに至る過程は、「継続的な補助金交付の持つ中毒性」に拠る。ただ一回の単発的な交付では、「自由意識の喪失」はもたらされないであろう。交付が何度も繰り返され、私人がそれに依存し、それなくしてやっていくことが想定し難くなって初めて、「自由意識の喪失」

95) 長谷部・前掲注 89)67 頁は、「平和的生存権」の難点として、それが逆に適切な軍備の保持への要請を正当化するものであることを挙げている。このように、「平和的生存権」は、軍備の縮小・廃止とも保持・拡大とも結びつくものであって、その意味内容を確定することは困難である。

96) 塩野・前掲注 5)307 頁。

失」はもたらされ得るものである。

第三に、「自由意識の喪失」は、ここでは、営利企業に対する補助金交付行政によってもたらされるものであり、そこで問題となる「自由」は、経済的自由なかんづく職業選択の自由である。

なお、本稿は、「自由意識の喪失」を主題化すべき領域について、後にも述べるように、一定の限定を付す。それは、そうしないと、「自由意識の喪失」概念が希薄化され、法的考察に耐え得なくなってしまうからである。

すなわち、人が意思決定するとき、全く自己内在的なものだけに基づいてそれをなすということは原理的に想定し難い。多かれ少なかれ、人は外部からの影響を受けて意思決定をなすものである。それら全てについて「自由意識の喪失」を主題化することは、当該概念の意味内容を希薄化させてしまう。そのとき、当該概念は、全てを包含するがゆえに何も伝えない空虚な形式的概念になり下がってしまう。そこで、一定の限定を付すことが必要となる。

そのための方法は種々あり得るが、本稿は、「自由意識の喪失」を主題化すべき領域を、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利」に限る⁹⁷⁾。その理由は、(4)において述べるが、本稿がまず検討対象にしている補助金交付行政により喪失される自由意識の領域は、これも(4)で述べるように、上記の領域に含まれる。したがって、ここでは、とりあえず「職業選択の自由」を問題にする。

第四に、「自由意識の喪失」がもたらされている状態とは、「自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失している状態」である。これは、自由に行動しようとする私人の行動を国家が制約する場面でも、私人の国家に対する請求を斥ける場面でもない。そもそも、自由に行動しようという意識自体を、私人が

失っている場面である。

第五に、「自由意識の喪失」がもたらされることにより、私人は、国家任せの受動的な存在になってしまう。こうして、国家によって自らの経済活動が支えられることを当然視するようになる。いわゆる「補助金メンタリティ」である。

「自由意識の喪失」がもたらされているだけでは、当該受領者の自律性・主体性が失われただけで、国家との関係ではなお中立的である。すなわち、「自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失している状態」というだけでは、自律性・主体性を失った自己の代わりとして、誰に選択・決定を委ねるかについては未定である。「補助金メンタリティ」は、こうした中立的な状況からさらに一步進め、自己の代わりに選択・決定を委ねるべき対象として、「国家」を設定するものである。

第六に、「自由意識の喪失」がもたらす影響は、当該私人のみならず、広く国家全体に及ぶ。すなわち、ハベルカテ論文も言うように、国家から全てを待ち望むという補助金メンタリティは、当該私人を越えて、広く国家全体に蔓延してしまう。これにより、市場の活力が失われてしまう。問題は、この両次元を捉えなければならない。

そこで、本稿は、「自由意識の喪失」によってもたらされる問題を、「個別的作用」と「全体的作用」に分ける。

個別的作用とは、個別な受領者にもたらされる作用である。個別的作用が国家全体に蔓延しても、それぞれの個別な受領者の不利益に着目する限り、それは個別的作用の集積に過ぎないから、本稿ではそれ自体はなお個別的作用と呼ばれる。また、個別的作用の一般的・抽象的可能性を論じる際には、その一般性・抽象性の故に視野は全体に及ぶことになるが、そこで捕捉しようとしているのが個別な受領者の潜在的な不利益である限り、本稿ではそれ自体はなお個別的作用と呼ばれる。

97) 佐藤幸治『憲法（第3版）』445頁（青林書院、1995）の言葉を借りた。

これに対し、全体的作用とは、個別的作用が国家全体に蔓延することによって生ずるものであり、個別的作用の集積とは質的に異なる、個人個人に還元できない国家単位・国民単位での作用を指す。補助金交付行政においては、それは、市場の活力が奪われてしまうという作用である。すなわち、個別的な受領者の「自由意識の喪失」が国家全体に蔓延しても、それ自体は個別的作用の集積に過ぎないが、それによって、市場の活力が奪われるという国家単位・国民単位での不利益が生じたとき、それを全体的作用として捕捉しようというものである。こうした全体的作用には、市場の活力を奪う作用だけでなく、文化・学問分野において価値基準を捏造する作用、広くは民主主義を骨抜きにする作用も含まれるが、これらの点については後述する。

以上から、本稿がまず対象とする補助金交付行政における「自由意識の喪失」は、次のように定式化される（以下、これを「定式 i」という）。すなわち、「自由意識の喪失」とは、①国家による、②継続的な補助金交付の持つ中毒性により、③職業選択の自由について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家から全てを待ち望むという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受領者を越えて市場全体の活力を奪うものである。そして、この程度の具体的な定式化であれば、概念の境界画定性を充足するであろう。

(b) 概念の問題発見性

では、概念の問題発見性はどうか。

第一に、「自由意識の喪失」概念は、私人の享有する「自由」について、より深い考察を可能にする。すなわち、それは、従来なされてきた「自由の幅」や「自由の性質」を語るものではなく、そのいずれの「自由」にも通底する、各種の「自由」の前提条件のようなものを問題にしているのである。仮にこうした「自由の前提条件」が語るに値するもの

であるなら、「自由意識の喪失」は問題発見性を有すると言うべきであろう。そして、「自由の前提条件」が語るに値するものであることは、(4)に見る通りである。

第二に、「自由意識の喪失」概念は、国家による「洗脳」を、法的に捉える道具立てとして有力である。国家は、国民を洗脳する動機を有する。その最たるものは、20世紀の歴史が目撃したところである。そして、給付行政の高まりは、国家に新たな「洗脳」の手段を与えるに至った。それは、従来の規制的で暴力的で強制的なものとは違い、優しく穏やかなものであり、「洗脳」の事実が隠蔽されたままにそれが遂行される虞が非常に大きい。こうした国家による「洗脳」を、政治的な議論に留めず、法的に捉える必要がある。「自由意識の喪失」は、そのための道具立ての有力な候補となろう。

こうした問題発見性を示すために、政治学における議論を紹介する。「自由意識の喪失」と同様の議論は、むしろ政治学の権力論においてなされてきたところである。自由は権力の及ばないところに存在するものであるから、権力論は自由論の裏返しとして大いに参考になろう。

すなわち、ルークスは、権力と自由について、三つの次元に分けて分析した。一次元的権力観は、「さもなければ B がなさなかったような事柄を、B になさしめる度合いに応じて、A は B に対して権力をもつ」というようなものである⁹⁸⁾。この権力観は、関係者相互の間の直接的な紛争や意見の対立にこそ、権力関係を確定する最も格好の材料があるという前提に立つものである⁹⁹⁾。

これに対し二次元的権力観は、第一次元のような具体的意思決定の場に明確に現れるものに限らず、「個人または集団が意識的、無意識的に政策をめぐる対立を公の嵐にさらさないように障害物を作り、あるいはそれを強化する限りにおいて、個人または集団は権力を持つ」と規定する¹⁰⁰⁾。この権力観は、「非

98) 久米郁男ほか『政治学』105頁〔川出良枝〕(有斐閣, 2003)。

99) 佐々木毅『政治学講義』60頁(東京大学出版会, 1999)。

100) 佐々木・前掲注 99)60-61頁。

決定の決定」を「彼らの価値や利害に対する潜在的な、あるいは明白な挑戦を抑圧させ、失敗させる」という点で決定であり、権力の重要な作用であるとするのである¹⁰¹⁾。

以上の一次元的権力観・二次元的権力観は、アクター間の対立が争点化するか否かで異なるが、どちらにせよ、紛争や対立が存在することが前提とされ、自由を制約されている当人にとっては、それが自覚されているものであった。すなわち、「自由意識の喪失」はなされていないのである。しかし、さらに進んで、三次元的権力観として、「自由意識の喪失」をもたらす権力の作用が語られる。

三次元的権力観は、「本来ならば争点化するであろう問題が制度的に隠蔽され、決定から排除された者の真の利害が表出されないどころか、当人に意識されることすらないというかたちで行使される権力」に着目する議論である¹⁰²⁾。この権力観は、いわゆるコンセンサスと呼ばれるものは「本当の」コンセンサスであるのか、「虚偽の、操作された」コンセンサスではないのか、という問いかけであり、ここに、人間が自由な決定だと思ふものが「本当は」自由な決定ではないという、無意識と意識との境界に関わる問題が浮上してくるのである¹⁰³⁾。

この三次元的権力が、「自由意識の喪失」を権力の側から語っていることは明らかであろう。ここでは、それが政治学の議論に留まらず、法的な問題としても取り扱われるべきであるかどうかの問題なのである。

(c) 義務を課すべきであるという一定の価値判断

ここまでの検討により、「自由意識の喪失」が「法的な思考枠組の提供」の機能を有するものであることは示された。それを越えて、「国家の非法的な義務の導出」の機能を有するためには、「自由意識の喪失」をもたらさないようにすべきであるという義務を国家に課すべきであるという一定の価値判断が必要である。

「自由意識の喪失」はそのような価値判断を備えているか。先にみたように、①憲法上の明文規定がある場合か、②行政活動の構造的変化により嚮導概念として必要とされた場合には、国家に非法的な義務を課すべきであるという価値判断の徴表が見られる。

まず、「自由意識の喪失」は、憲法上に直接の根拠を持つわけではない。そうすると、①の「平和的生存権」と同じルートで価値判断の徴表を見出すことは困難である。

しかし、②の、行政活動の構造的変化により新たに嚮導概念として必要とされる余地はあるのではないか。「自由意識の喪失」は、これまで縷々見てきたように、給付行政の拡大により発見された問題であるが、これは「配分」と同じである。すなわち、国家は、「生活手段の供給」を行わなければならないが、その過程において、私人に「配分」を保障しなければならず、そのやり方は、「自由意識の喪失」をもたらさないようなものでなければならない、とは言えないか。

こうした行政活動の構造的変化に、国家に非法的な義務を課すべきであるとする価値判断を見ることはできないか。「自由意識の喪失」がもたらされてはならないとしたら、その理由は何であるのか。この問いに答えるためには、私人が国家依存的になることによる弊害がいかなるものであるのかを明らかにする必要がある。

ここでは、「二〇世紀の政治がイデオロギーと『洗脳』の政治であったという生々しい体験」に思いを致すべきであることを指摘しておきたい。その「生々しい体験」は、権力の最も巧妙な作用によりもたらされたものである。すなわち、「権力の最も巧妙な形は争点が公の舞台上に登場するのを防止することにあるよりも、そもそもいかなる意味においても紛争や苦情が発生しないようにすることにある」のであって、「コンセンサスといわれるものが、実は『虚偽の、操作された』それであるとすれば、権力の作用は二次元的権

101) 佐々木・前掲注 99)61 頁。

102) 久米ほか・前掲注 98)107-108 頁〔川出良枝〕。

103) 佐々木・前掲注 99)62-63 頁。

力観が考える以上に人間に深く入り込んでいくことになるのである¹⁰⁴⁾。

そうした「権力の最も巧妙な形」が人類にもたらした惨禍は、もはや語るまでもないであろう。そのような惨禍を避けるためにも、国家には、「虚偽の、操作された」コンセンサスによって国民を騙すことのないようにする、少なくとも非法的な義務が課されていると言ってもよいように思われる。

(3) ドグマティシユな意義

a 昇華の効果

(a) 三つの場面

ここでは、「自由意識の喪失」が、裁判規範として機能し得ないかを検討する。すなわち、「自由意識の喪失」の有無が、法律上の権利・義務の発生根拠になるというものである。こうした効果は、これまで検討した効果とは異なり、より直接的・実践的意味を有する。すなわち、「国家の非法的な義務の導出」は、非法的・抽象的な行為規範を導くに留まり、「法的な思考枠組の提供」は、そうした方向性を思考する前提を提供するものに留まった。それに対し、ここでの効果は、法律上の権利・義務に関する裁判規範としての機能を有する。

本稿は、まずもって補助金交付行政についての行政規律を論じるものであるから、ここでは、こうした効果が補助金交付行政についての行政規律に具体的にどのような影響をもたらすのかについて、大きく三つの場面に分けて検討する。すなわち、国家賠償請求訴訟と抗告訴訟、そして住民訴訟である。

(b) 国家賠償請求訴訟

国家賠償法1条1項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」とする。ここで、「自由意識の喪失」が裁判規範になるとは、「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付が「違法に他人に損害を加えた」ものであると言えるということであろう。すなわ

ち、損害賠償請求権の構成要件たる違法性ないし損害を基礎づけるものとなる。

仮にそう言えるとする、「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付をした場合、国又は公共団体はこれにより損害賠償義務を負うことになる。そうすると、行政は、こうした事態を避けるために、「自由意識の喪失」をもたらすような補助金交付を控えるようになるであろう。国家賠償請求訴訟において「自由意識の喪失」が裁判規範になることにより期待される効果は、以上のようなものである。

しかし、そのようにして違法性ないし損害があるとしても、こうした効果が法的ルートを通して現実化するには、さらに、二つの障害がある。第一に、「自由意識の喪失」により不利益を受けた受領者による訴訟提起の可能性であり、第二に、「自由意識の喪失」の立証困難である。

第一に、「自由意識の喪失」が実際に裁判規範として機能するためには、「自由意識の喪失」により不利益を受けた受領者による訴訟提起が前提になる。不利益を受けた受領者が訴訟を提起するからこそ、そこで違法が宣言される虞があり、そうした虞があるからこそ、行政は慎重になるのである。したがって、この意味での行政規律の強化が実現するかどうかは、受領者の訴訟提起の可能性に大きく依存する。

それでは、「自由意識」を喪失した受領者が訴訟を提起する場面などありうるのか。受領者自身はすっかり満足してしまっている以上、そのような事態は考えられないようにも思われる。しかし、「自由意識」をいったん喪失し、その間の自由な経済活動をその意味で妨げられたが、その後「自由意識」を回復し、そこで初めて「自由意識の喪失」による損害を主張することは観念的には考えられよう。

この「自由意識」の回復後の訴訟提起は、一見して非現実的であるようにも思われる。しかし、それは、民法における、医者の説明

104) 佐々木・前掲注99)62頁。

義務違反による患者の自己決定権侵害の議論と近似する¹⁰⁵⁾。すなわち、説明義務を果たされなかった患者は、不十分な情報をもとに選択をしなければならず、それを理由として自己決定権の侵害が肯定される。その時点において自己決定権は確かに侵害されているが、説明義務違反があったことに気づいていない段階においては、当該患者は自己決定権侵害を認識していない。当該患者は、説明義務違反があったことを知った後、自己決定権の侵害があったことを事後的に知り、そこで初めて、精神的損害を理由として慰謝料を求めて訴訟提起に至るのである。こうした事態が現に我が国の判例に現れている以上、「自由意識」回復後の訴訟提起は、理論的には想定できないものではあるまい。

もっとも、「自由意識の喪失」は、たとえ発生したとしても、いつ、どこで、誰に発生しているのか、他者にとってはもちろん、本人にとっても認識し難い。そうすると、「自由意識」回復後の訴訟提起の可能性は、自己決定権侵害を受けた患者に比べればはるかに小さく、その意味で相当にフィクショナルであり、理論上の想定に留まる。

第二に、「自由意識の喪失」の立証方法にも問題がある。すなわち、自らの経済活動が「自由意識」に基づいていなかったことを、如何にして立証するのか。

医者の説明義務違反による患者の自己決定権侵害の事案では、提供されるべき十分な情報が実際には提供されなかったことを立証すればよいであろう。しかし、受領者は、全ての情報を得た上で納得して受領しているのである。仮に国家の思う通りに誘導されていたとしても、それが「自由意識の喪失」の故なのか、自らの生きた選択に基づくものであるのか、外部に徴表が現れるとは考え難い。

そうすると、国家賠償請求訴訟において、「自由意識の喪失」が実際に機能することは、

現実には考え難いのではないか。

(c) 抗告訴訟

「自由意識の喪失」をもたらすような補助金交付決定は違法であるとして、その抗告訴訟を提起することが考えられる。たとえば、取消訴訟・無効確認訴訟である。ここで、仮に「自由意識の喪失」が裁判規範になるとしたら、これらの訴訟において要件となる違法性を基礎づけるものになるということであろう。

そうすると、抗告訴訟において「自由意識の喪失」が裁判規範として機能することにより期待される効果とは、次のようなものである。すなわち、「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付は違法となり、違法となれば抗告訴訟において取り消され得るため、「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付をしないよう、行政は慎重になる。

しかし、ここでも、私人による訴訟提起の可能性が問題となる。訴訟提起の潜在的主体として、受領者とそれ以外に分けて考えてみよう¹⁰⁶⁾。

まず、競争者などの受領者以外の第三者が提起する場面について、その場合には、第一に、行政事件訴訟法 10 条 1 項の主張制限が問題となる。すなわち、自己の法律上の利益に関係のない違法の主張を認めない同項の下では、受領者の「自由意識の喪失」を争点にすることは理論上困難であろう。そうすると、「自由意識の喪失」が裁判規範としての機能を潜在的には有していたとしても、そのことが第三者の提起した抗告訴訟において持つ意味はないことになる。

もっとも、行政事件訴訟法 10 条 1 項の規律を弱めようという見解も有力である¹⁰⁷⁾。しかし、仮にそうした見解に立ったとしても、そもそも第三者の訴訟提起については、第二に、行政事件訴訟法 9 条の原告適格が問題になる。

105) たとえば、最判平成 12 年 2 月 29 日民集 54 卷 2 号 582 頁、最判平成 13 年 11 月 27 日民集 55 卷 6 号 1154 頁、最判平成 17 年 9 月 8 日判時 1912 号 16 頁。

106) 佐藤英世・前掲注 14)104 頁は、ありうる競争者訴訟として、抗告訴訟・当事者訴訟・損失補償を挙げる。

107) 判例の採るところにはなっていない。塩野宏『行政法Ⅱ(第 5 版)』174 頁(有斐閣, 2010)。この点については検討の余地があるが、本稿ではこれ以上立ち入らない。

日本ではこの種の先例は見当たらないが、ドイツでは先に見たぶどう園主判決が、競争者の原告適格について非常に厳しい態度を採っている。すなわち、原告適格を肯定する根拠について、「国家が、競争者に対して拒絶した利益をある営利事業者に与えることによって機会平等を破壊し、それによって非受益者がもはや生存能力がなくなる程に利潤獲得競争状況を破壊する可能性がある」からであると述べているのである¹⁰⁸⁾。

これをそのまま受け取ると、法律ないし外部効果を有する行政規則に違反するだけでは、いかに不利な影響を受けるとは言え競争者には原告適格は認められない。補助金交付によって営業活動ができなくなるほどに大打撃を被る可能性があつて初めて、原告適格が認められる。それは、法律上その旨書かれていなくても、憲法上その保護が要求されているからであろう。これは、日本で言えば「法律上保護された利益」に言う「法律」に憲法を含めるドイツならではの論法である¹⁰⁹⁾。

翻つて、日本においては、通説・判例によれば、「法律上保護された利益」に言う「法律」に憲法は含まれない。そうすると、ドイツのような論法で競争者に原告適格を認めることはできない。近年においては、平成16年の行訴法改正を受け、原告適格は拡大傾向にあり、憲法も含めようと言う見解もないではないが¹¹⁰⁾、やはり現段階では困難であると言わざるを得ないであろう。したがって、競争者などの受領者以外の第三者が適法に訴訟を提起する可能性は、少なくとも現段階では少ないと言わざるを得ない。

では、受領者による訴訟提起はどうか。ここで、受領者は、補助金に結び付けられた条件や負担が重すぎるとして争うわけではない。そのような受領者は「自由意識」を喪失していないいわば健全な受領者であつて、こ

こでは対象外である。「自由意識」を喪失した受領者は、補助金交付それ自体やそれに結び付けられた条件や負担を問題にしているのではなく、それによって「自由意識」に基づいて経済活動をする機会を奪われたことを問題にしているのである。そうすると、そのような受領者が補助金交付決定それ自体を争うことは想定し難い。

したがって、「自由意識の喪失」が法的概念として取消訴訟・無効確認訴訟等の抗告訴訟で裁判規範として機能することは現実には期待し難い。

(d) 住民訴訟

地方自治法242条の2の定める住民訴訟として、住民が「自由意識の喪失」をもたらすような補助金交付の違法を主張することが想定される。ここでも、「自由意識の喪失」が裁判規範になるとしたら、その違法性を基礎づけるものになるということであろう。それにより期待される効果も、国家賠償請求訴訟や抗告訴訟と同様である。

もっとも、客観訴訟(行訴法5条)たる住民訴訟においては、住民でありさえすれば基本的に提起することができるから、国家賠償請求訴訟のように「自由意識」回復後の受領者を想定する必要はなく、抗告訴訟のように原告適格の問題も生じない。その意味で、国家賠償請求訴訟や抗告訴訟より強力である。ただし、補助金交付の主体が地方レベルに限られ、国の行為を捕捉できないという難点がある。

この住民訴訟というルートは、不利益を被る主体のうち、受領者・競争者に着目する国家賠償請求訴訟・抗告訴訟と異なり、納税者に着目する議論にその淵源を持つ。すなわち、住民訴訟は、元来、GHQの指示のもと、アメリカで判例法上認められていた主観訴訟としての納税訴訟(taxpayers' suit)をモデ

108) 佐藤英世・前掲注14)109頁。

109) 中川義明「取消訴訟における『第三者』の原告適格の基準としての基本権適用論序論」手島孝氏遷曆祝賀論集『公法学の開拓線』246頁、262頁(法律文化社、1993年)。

110) たとえば、橋本博之「原告適格論の課題」民商130巻4・5号614頁、623頁(2004)は、改正法の解釈として、「侵害される利益の内容・性質が基本権侵害に当たるような場合、侵害の態様・程度と合わせるかたちで、憲法論を踏まえた根拠法令の解釈として原告適格を拡大していくことが可能」だとしている。

ルにして1948年の地方自治法改正で導入されたものであった¹¹¹⁾。その後、出訴権者は納税者から住民となり、客観訴訟たる住民訴訟として再構成されたのである。

しかし、ここでも、国家賠償請求訴訟と同様、立証の方法が問題となる。したがって、住民訴訟においても、「自由意識の喪失」が実際に機能することは、現実には考え難いように思われる。

b 昇華の要件

さて、aにおける検討により、「自由意識の喪失」が裁判規範たり得たとしても、訴訟提起の可能性・原告適格・主張制限・立証困難等の訴訟法上の障害により、それが実際の訴訟において機能することは想定し難いことが確認された。これをもって昇華の効果が全く期待できないと言えるのであるなら、その昇華の要件と如何を論じても実践的には何ら意味はない。

しかし、昇華の効果は、全く期待できないわけではない。たとえば、実際の訴訟において機能しなくても、法律上の権利・義務の発生根拠であることが確認されれば、補助金交付にも「法律の留保」が必要であるとする論拠の一つになるであろう。あるいは、「自由意識の喪失」の要回避性が立法・政策の方針としてより強く意識されるべきことになろう¹¹²⁾。そこで、以下では、訴訟法上の障害をひとまず措き、実体法的観点からのみ検討する。

aでの検討でも見たように、「自由意識の喪失」が裁判規範たり得るとしたら、国家賠償請求訴訟・抗告訴訟・住民訴訟のそれぞれにおいて、「違法性」を基礎づけるものとして機能することになる。それでは、どのような場合に「自由意識の喪失」をもたらす補助

金交付が違法とされ得るか。次の二つの場合が考えられる。

第一に、立法府が「自由意識の喪失」をもたらすような補助金交付を認めていない場合、それに反する補助金交付は明確に違法であると言いやすい¹¹³⁾。明文で禁止していなくても、趣旨からして認めていないと解釈できる場合でもよい。

第二に、問題は、法律段階ではそのような限定がなされていない場合であり、それがむしろ通常である。この場合、それにもかかわらず違法であるというためには、合憲限定解釈により実は法律段階においてもそのような補助金交付は許されていないとするか、そのような補助金交付を許す法律は違憲無効であるとするしかない。そして、そのいずれにせよ、基本権上の意味を「自由意識の喪失」概念が有する必要がある。

さらに、国家賠償請求訴訟においては、「自由意識の喪失」は、「損害」を基礎づけるものとしても機能することが期待されている。では、ここでの「損害」とは何か。

受領者は補助金を受領したこと自体を問題にしているのではなく、補助金を受領したことによって、自らの「自由意識」に基づく経済的活動をする機会を奪われたことを問題にしているのである。そうであれば、「自由意識」に基づく経済活動をする機会を奪われたことによって被った精神的損害を慰謝料として請求することになろう。もっとも、その前提として、「自由意識」が民法の不法行為法上の要保護性を有することが必要となる¹¹⁴⁾。

そうすると、「自由意識の喪失」が法律上の権利・義務に関する裁判規範たり得るのは、国家賠償請求訴訟・抗告訴訟・住民訴訟のいずれにせよ、①法律段階ないし②基本権

111) 宇賀克也『地方自治法概説(第3版)』238頁(有斐閣, 2009)。

112) 蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座・憲法学 第3巻 権利の保障』105頁, 132頁(日本評論社, 1994)は、government speechを主題とするものであるが、「政府によって精神形成されない権利(right not to be informed)」を「人権」として承認することの困難さを肯定し、それが裁判規範として機能することは困難であるとしつつ、憲法の人権規範の役割として、裁判規範だけでなく問題発見的機能をも重視し、そうした観点から、「政府によって精神形成されない権利」という問題を意識する必要性を説く。

113) もっとも、その場合であっても、いわゆる職務行為基準説に立つ場合、法律の規定に反するだけでは国家賠償法上違法とは認められない。

114) 塩野・前掲注107)296頁は、「国家賠償法は、民法の特則を定めたもの」とする。なお、国家賠償法4条参照。

上の要請として「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付が禁じられている場合である。さらに、国家賠償請求訴訟においては、③「自由意識」が不法行為法上の要保護性を有していることが必要となる。

以上により、以下で検討すべきなのは、第一に、法律段階で「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付が禁じられ得るか、第二に、「自由意識」が不法行為法上の要保護性を有し得るか、第三に、「自由意識の喪失」が基本権上の要回避性を具備し得るか、に限定されることになる。

c 昇華の如何

(a) 法律段階における要請

法律段階において「自由意識の喪失」をもたらす補助金交付が禁じられるか否かは、基本的には、広く立法府の裁量に委ねられている。立法府にそのような非法的な義務が課されることはあろうが、その義務はあくまで政治的なものに過ぎず、法的責任は基本的には導かれない。問題はひとえに、「自由意識の喪失」が「国家の非法的な義務の導出」という効果を発揮し、立法府がこれに如何に従うかという点に収斂される。

そうすると、法律段階における要請の有無は、基本的には立法府の裁量に委ねられていると言わざるを得ない。そして、その裁量権行使の如何は、「自由意識の喪失」の国家に非法的な義務を課すという効果の大きさ、立法府のその義務に対する誠実さ、それらに強く影響する政治状況など多くのファクターに依存しよう。

もっとも、現実問題として、法律に「自由意識の喪失」を禁じる旨明記されることは想定し難く、明記されていない場合に法律の趣旨からその禁止を導くのも困難であろう。そうすると、やはり、行政規律の強化にとっては、後に検討する基本権上の意味の有無が決

定的であると言わざるを得ない。

(b) 不法行為法上の要保護性

不法行為法上保護される権利ないし利益には、大きく分けて二つの類型がある。すなわち、第一に、身体（710条）、自由（710条）、名誉（710条、723条）、生命（711条）、財産権（710条）という民法典が言及する法益である。第二に、民法典には必ずしも列挙されていないが、保護されるべきであるとされるものである¹¹⁵⁾。ここでは、この後者を捉えて、「生成中の権利ないし利益」と呼ぶ¹¹⁶⁾。「自由意識」は民法典が言及するものではないから、それが不法行為法上の要保護性を獲得するのは、「生成中の権利ないし利益」として獲得する場面に限られることになる。

ここで、生成中の権利ないし利益の具体例を一つ検討しよう。すなわち、「景観利益」である。「景観利益」は、従来、不法行為法上保護されたものではないとされてきた。すなわち、法的な意味での私人の権利・義務には影響を与えず、その意味で事実概念であったのである。しかし、最高裁は、近年これを法律上保護に値するものとして認めるに至った¹¹⁷⁾。

すなわち、判旨に曰く、「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するということべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益（以下『景観利益』という。）は、法律上保護に値するものと解するのが相当である」¹¹⁸⁾。

それでは、なぜ、「景観利益」は要保護性の獲得に成功したのか。第一に、社会状況の変化があろう。すなわち、1960年代に始まる経済の高度成長と裏表をなして、環境破壊が進んだことである。そして、第二に、それを一つの契機として、私人の環境に対する権

115) 窪田充見『不法行為法——民法を学ぶ』97頁（有斐閣、2007）参照。

116) 生成の度合いは権利ないし利益により様々であって、既に生成がほぼ完了したと見られるものもあろう。その場合、「生成中」というのは適切でないかもしれない。もっとも、本稿では便宜上、生成がほぼ完了したものも含めて、「生成中」という。

117) 最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁。

118) もっとも、事案の解決としては、不法行為責任は否定された。一般的な要保護性は認められたが、不法行為責任の成立に対してはかなり厳格な態度が採られている。

利・利益意識が格段に高まったことである。このようにして、「景観利益」の重要性が生成ないし発見されたことが、それが要保護性の獲得に成功した理由であろう¹¹⁹⁾。このように、認められる権利・利益のカタログや内容は、時代や場所に応じて、それぞれの社会通念によって左右されうるものである¹²⁰⁾。

したがって、「自由意識」が不法行為法上の要保護性を獲得するためには、少なくとも「景観利益」との対比で言えば、社会状況の変化に伴い、その重要性が生成ないし発見される必要があると言える。それでは、「自由意識の喪失」は、こうした要件を充足するか。

社会状況の変化としては、福祉国家化とそれに伴う行政活動の変容、すなわち給付行政の拡大がまずもって指摘されよう。それに伴い、フォルストホフが「生活手段の供給」や「配分」という新たな法的概念の必要性を説いたことは前述のとおりである。「自由意識の喪失」も、こうした潮流に沿い、ある意味では、その重要性が生成ないし発見されてよい。

しかし、こうした重要性の生成ないし発見は、あくまでも、私人対国家の関係においてであることに注意を要する。すなわち、福祉国家化に伴って給付行政が拡大し、私人を国家依存的にするほど国家が「優しく」なったからこそ、その「優しさ」に惑わされずに防御すべき新たな次元の表れとして、「自由意識の喪失」を語る必要性が高まったのである。

そうすると、不法行為の成立を肯定するとしても、それはあくまで国家が不法行為者である場合に限られ、したがって次に検討する基本権上の問題として扱われるべきものであることになろう。私人間においては、「自由意識の喪失」をもって不法行為の成立とすることは妥当な結果をもたらさないように思われる。

したがって、やはり、「自由意識の喪失」概念が裁判規範性を有し、行政規律を強化するためには、次に検討する基本権上の要回避性が決定的となる。

(c) 基本権上の要回避性

こうして、本稿にとっては、「自由意識の喪失」概念の基本権上の要回避性が深刻な問題となる。そこで、本稿の体系性を重視する場合にはここで論じるのが筋であるが、(4)で改めて論じることにする。もっとも、その前提として、三点確認しておく。

第一に、「自由意識の喪失」が基本権上の要回避性を有することの意味は以下である。すなわち、実体法的には、国家賠償請求訴訟・抗告訴訟・住民訴訟において「自由意識の喪失」をもたらす行政作用の違法性・違憲性を導き、国家賠償請求訴訟においてそれによる損害を導く。

第二に、もっとも、そのような実体法的な効果は、訴訟法上の障害により実際には実現し難い。しかし、なお実践的にも重要な効果を期待し得る。たとえば、そのようにして「自由意識の喪失」の重要性が確認されることにより、補助金交付行政にも「法律の留保」が必要であるとする論拠の一つとなる。あるいは、「自由意識の喪失」の要回避性が、立法・政策における重要な指針の一つとなる。

第三に、(4)における検討に当たっては、専ら具体的権利を念頭に置く。そのことの意味は、以下である。

権利には、その抽象性・具体性の程度に応じて、抽象的権利と具体的権利の二種類があると言われる。そして、後者はもちろん、前者であっても、基本権上の要請に他ならないのであるから、ここにいう「基本権上の直接的要請」をもつ法的概念に含めてよい。

たとえば、憲法 25 条 1 項は、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権

119) 元来重要であったのに認識されていないだけであったのか、元来重要でなかったのに時の経過とともに重要性を獲得したのかは、厳密に言えば異なる。しかし、現象面としては同じであろうから、ここでは特に区別しない。

120) もっとも、「景観利益」は不法行為法上の要保護性の獲得には成功したが、未だ基本権上の意味を有するには至っていない。本判決も、「景観権」と言い方はしていない。基本権上の意味を有するには、さらに越えるべきハードルがあるのである。窪田・前掲注 115)145 頁は、本判決が景観権というものを承認しなかったことを指摘しつつ、それは、不法行為上は決定的でないとする。

利を有する」とするが、この同項が定める生存権の法的性質について、判例は、抽象的権利説に立っているとされる¹²¹⁾。すなわち、いわゆる朝日訴訟で最高裁は¹²²⁾、「健康で文化的な最低限度の生活なるものは、抽象的な相対的概念であり、その具体的内容は、文化の発達、国民経済の進展に伴って向上するのはもとより、多数の不確定的要素を総合考量してはじめて決定できるものである」から、「何が健康で文化的な最低限度の生活であるかの認定判断は、いちおう、厚生大臣の合目的的な裁量に委されており、その判断は、不当の問題として政府の政治責任が問われることはあつても、直ちに違法の問題を生ずることはない」としつつも、「ただ、現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によつて与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合には、違法な行為として司法審査の対象となることをまぬかれない」として、例外的にはあるが、基本権上の要請からして、裁判規範として機能することを認めているのである¹²³⁾。

しかし、こうした抽象的権利説は、「国家による自由」、とりわけ憲法 25 条の解釈問題で語られるばかりである。そして、本稿が検討対象とする「自由意識の喪失」は、ハベルカテ論文も言うとおり、「国家からの自由」、すなわち伝統的な防御権の自由を念頭に置いている。したがって、以下で「基本権上の直接的要請」を論ずるに当たっては、抽象的権利的なものは除外し、専ら具体的権利的なものを念頭に置くことにする。

(4) 基本権上の要回避性

a 「自由の前提」という問題

(a) 職業選択の自由の前提としての「自由意識」

では、「自由意識の喪失」が基本権上回避すべきものであると言うためには、何を論証すればよいのか。

「自由意識の喪失」の基本権上の要回避性とは、すなわち、「自由意識なき自由」ではなく「自由意識ある自由」が基本権上保護されるべきものであるということである。そして、ある権利が基本権上保護されるべきであると言うためには、我が国で言えば、大きく分けて二つのルートがある。

第一に、憲法第三章の個別の条文として明文で保障されることである。憲法はさまざまな権利のカタログを権利宣言に明示することにより、国家権力によつても制約しえない権利の内容を明らかにする一方で、国家がそれらの権利を実現すべき義務を負うことを示している¹²⁴⁾。このように憲法に明記されることによつて、当該権利は社会における共通の了解事項となる。それにより、その保障根拠や範囲に争いがあつても、少なくとも当該権利の核心と見られるような事案は、ただ条文があるということによつて解決することができるようになる¹²⁵⁾。

第二に、そのように個別の条文として明文で保障されていないとしても、憲法 13 条により保障されるものがある¹²⁶⁾。いわゆる「新しい人権」である。すなわち、明文によつては保障されていないが、やはり基本権上保障されるべき「新しい人権」として、プライバシー権、名誉権、環境権、「一般的自由」などがしばしば挙げられる¹²⁷⁾。これら

121) たとえば、長谷部・前掲注 89)270 頁。芦部・前掲注 73)261 頁は、いわゆる朝日訴訟について、プログラム規定説に立ったかのような記述をしているが、判旨は後述するように 25 条 1 項が裁判規範として機能することを認めているのであるから、少なくともその限りでは抽象的権利説に立っているとすべきであろう。

122) 最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 卷 5 号 1043 頁。

123) なお、最大判昭和 57 年 7 月 7 日民集 36 卷 7 号 1235 頁（いわゆる堀木訴訟）も、憲法 25 条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定について、「それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合」には、司法審査の対象になるとしている。

124) 長谷部・前掲注 89)93 頁。

125) 長谷部・前掲注 89)93 頁。

126) 長谷部・前掲注 89)143 頁。

127) 長谷部・前掲注 89)144 頁。

「新しい人権」は、それぞれに十分な理由を持って、生成されてきた。

もっとも、「自由意識ある自由」は、こうした基本権のカatalogの議論とは次元の異なるものであると言わなければならない。それは、カatalog化されたそれぞれの基本権の前提要件についての議論である。すなわち、補助金交付行政について言うなら、既に基本権として認められている経済的自由、なかんずく職業選択の自由が保護されていると言いうるためには、その前提として「自由意識の喪失」がもたらされていない必要があるのか否か、という問題設定である¹²⁸⁾。

ここでは、「自由意識の喪失」自体が問題なのではなく、それによって、保護されるべき自由が実は保護されていないことが問題なのである。この場面において「自由意識の喪失」の基本権上の要回避性を肯定するためには、職業選択の自由が保護されているというこの意味の探求を俟たねばならない。

(b) 表現の自由の前提としての「知る権利」

ところで、「知る権利」は、表現の自由の前提として保護されるに至ったものである。これは、本稿が職業選択の自由と「自由意識」の間に認めようとするものと、ある意味では類似する（もっとも、「自由意識の喪失」は、①給付行政の様々な場面に応用可能であること、②それ自体が権利として昇華することは予定されていないことから、強く類似しているわけではない）。

「知る権利」とは、情報を受ける自由を意味し、憲法21条1項の保障する表現の自由から導出されるものである。すなわち、最高裁によれば、「情報等に接し、これを摂取する自由」は、憲法21条1項の「趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれる」ものである¹²⁹⁾。

表現の自由は、情報をコミュニケーションする

自由であるから、本来、「受け手」の存在を前提にしており、知る権利を保障する意味も含まれる。しかし、19世紀の市民社会においては、受け手の自由をとくに問題にする必要はなく、したがって、「知る権利」は、法的概念として争点化することはなかった。20世紀になり、社会的に大きな影響力を持つマス・メディアが発達し、それらのメディアから大量の情報が一方的に流され、情報の「送り手」であるマス・メディアと情報の「受け手」である一般国民との分離が顕著になって初めて、「知る権利」は法的概念に昇華したのである¹³⁰⁾。

すなわち、表現の自由の保障根拠としては、民主的政治過程の維持と個人の自律が挙げられるところ¹³¹⁾、情報社会化に伴い、「各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつこと」について、それが「民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるもの」とするために必要であり、「その者が個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく上において欠くことのできないもの」であることが確認されるに至ったのである¹³²⁾。

このように、ある権利が本当に保障されているというためには、形式的にそれが保障されているだけに留まらず、その前提条件の実質的な確保が必要であることがある。表現の自由と「知る権利」の関係は、そのことを表している。「自由意識」も、職業選択の自由との関係において、そのように言うことはできないか。

(c) 職業選択の自由の保障根拠

それでは、職業選択の自由の保障根拠とは何か。職業選択の自由は、憲法22条1項によって保護されている。すなわち、「何人も、

128) 前述のように、Haverkate(Fn.8), S.152も、「自由の意識なき自由が認められうるかどうかは問題である」と問題提起する。本稿I 3(3)a参照。

129) 最大判平成元年3月8日民集43巻2号89頁。

130) 芦部・前掲注73)171頁参照。

131) 長谷部・前掲注89)192-195頁。

132) 最大判平成元年3月8日前掲注129)89頁。

公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する」。こうして保障されている職業選択の自由は、自己の従事する職業を決定する自由を意味し、自己の選択した職業を遂行する自由、すなわち営業の自由もそれに含まれる、と言われる¹³³⁾。

では、「自己の従事する職業を決定する自由」や「自己の選択した職業を遂行する自由」というとき、その「自由」の内容として、「自由意識ある自由」であることも含まれていると言い得るであろうか。

この点につき、最高裁の「職業」に関する理解が示唆的である。すなわち、最高裁は、薬局距離制限事件において、次のように説示した¹³⁴⁾。「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである」。

すなわち、最高裁によれば、職業選択の自由は、経済活動の自由であるとはいっても、それは同時に、人の人格価値ないし精神生活と緊密な関係を有する「自由」なのである¹³⁵⁾。そして、「自由意識なき決定」は、人格的価値に欠けると言わざるを得ない。人は、自らの「自由意識」に基づいて自由に決定するからこそ、自己のもつ個性を発揮することができるからである。そうであれば、職業選択の自由が保護されているというためには、やはり、「自由意識の喪失」がもたらされていないことが必要なのではなからうか¹³⁶⁾。

本稿は、次に、この命題の理論付けを試みる。そのために、「人格的自律権」論を援用したい。

b 「人格的自律権」論の延長線

(a) 「幸福追求権」の解釈論

ここで、「人格的価値」なるものを憲法がどれほど、あるいはどのようにして重視しているかが重要となろう。この点について、「人格的自律権」論を参照したい。これは、憲法 13 条の解釈論に係るものであって、主として佐藤幸治氏によって展開された議論である。

まず、憲法 13 条に係る基本的な議論の筋を確認しよう。憲法 13 条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定する。同条後段の「幸福追求権」の解釈については、諸説あるところであるが、通説的には、前段と後段を一体として捉え、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する主観的権利である」と解されている¹³⁷⁾。

通説は、こうして、憲法 13 条により保障されている自由を、ある意味では非常に狭く解し、「人の生活活動全般にわたって成立する一般的自由である」と解する説等を排斥する。その理由としては、たとえば、「憲法はそもそも全くの恣意を保障するものとはいえず、『幸福追求権』は、単純な反射的利益から区別されるところの、憲法上列挙された個別的基本権と少なくとも同等の内実をもつ人格的利益にかかわる権利と解すべきではないか、と考えられるからである」等とされている¹³⁸⁾。

そして、通説は、このような包括的権利を保障する 13 条と個別の人権を保障する条項

133) 芦部・前掲注 73)216 頁。

134) 最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁。

135) 佐藤幸治・前掲注 97)556 頁。

136) Haverkate(Fn.8), S.150 も、「自由な経済をそれぞれ自ら廃止することの影響は、経済的自由の領域だけに限られるわけではなく、他の領域、すなわち経済的でない人格的自由の領域にまで及んでいる」とする新自由主義経済理論を紹介する。本稿 I 3(2)c 参照。

137) 佐藤幸治・前掲注 97)445 頁。芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』339 頁(有斐閣, 1994)。反対、長谷部・前掲注 89)143 頁。

138) 佐藤幸治・前掲注 97)447 頁。さらに、芦部・前掲注 137)342-344 頁参照。

との関係について、両者は一般法と特別法との関係に立ち、個別的基本権が妥当しない場合に限って13条が適用されるとする(補充的保障説)¹³⁹⁾。すなわち、たとえば佐藤幸治氏によれば、「幸福追求権」は、「人格的自律性を基本的特性としつつ、各種の権利・自由を包摂する包括性を備えているものであって、『基幹的な人格的自律権』とでも称しうる性質のものであり、ここから様々な人権が派生することになる¹⁴⁰⁾。

さらに、「幸福追求権」の内実たる人格的利益として、個別の条項で保障されたものも含めて、①生命・身体の自由、②精神活動の自由、③経済活動の自由、④人格価値そのものにまつわる権利、⑤人格的自律権(自己決定権)、⑥適正な手続的処遇を受ける権利、⑦参政権の権利、⑧社会権的権利に類型化した上で、「幸福追求権」の補充的適用の余地があるのは、このうちの①④⑤⑥⑦であるとする¹⁴¹⁾。

(b) 「人格的自律権」論

上述のように、憲法13条の保障根拠は、「人格的自律」に求められた。憲法13条の適用範囲を限定すべきであること、その限定の方法として「人格的自律」を根拠として持ち出すべきであることは、学説上比較的広く共有されたことなのではないかと思われる。では、なぜ、「人格的自律」を根拠とするべきであるのか。

この問いに答えるものとして、本稿は、佐藤幸治氏の議論を参照し、その延長線上に「自由意識の喪失」を位置づけようとする。もっとも、氏は、いくつかの次元で「人格的自律権」という用語を使っている。そこで、まず、これを整理する。すなわち、以下の三つである。

第一に、上記のように、憲法13条により「幸福追求権」として包括的に保障されているものを「広義の人格的自律権」と呼んでいる。第二に、そのうちの、個別の条項によって保障されているものを除き、憲法13条によって補充的に保障されるものを「狭義の人格的自律権」と呼んでいる¹⁴²⁾。第三に、さらにそのうちの、一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利(自己決定権)を「最狭義の人格的自律権」と呼んでいる(上記7類型のうち⑤である)¹⁴³⁾。

さて、憲法13条の保障根拠を「人格的自律」に求める根拠について、佐藤幸治氏は、次のように言う。憲法13条に従って個人として尊重するということが、人間を尊厳をもった存在と考えるということである。そして、「人間を尊厳をもった存在と考えようとするれば、人間を人格的自律性(personal autonomy)をもった存在と考えなければならない¹⁴⁴⁾。そこにいう「自律とは、要するに、人が他者の意思に服することなく、“自己の生の作者である”、ということであり、そのためには、人にとって社会的に多様な選択が開かれていることが必要¹⁴⁵⁾。

すなわち、人間を「個人として尊重」することは、人間の尊厳を尊重することである。人間の尊厳を尊重することは、人格的自律性を前提とする。そのためには、人は「自己の生の作者」でなければならない。逆に言えば、その自由を制限されても、なお「自己の生の作者」と言えるような自由の領域であれば、それは、人格的自律性とは直接には関係せず、したがって人間の尊厳とも直接には関係せず、憲法13条によっては保障されていないことになる。こうして、憲法13条の保

139) 芦部・前掲注137)344頁、佐藤幸治・前掲注97)448頁。

140) 佐藤幸治・前掲注97)448頁。

141) 佐藤幸治・前掲注97)449-450頁。芦部・前掲注137)351頁は①も除く。

142) 佐藤幸治・前掲注97)448頁。

143) 佐藤幸治・前掲注97)459-460頁。ここには、①自己の生命、②身体の処分にかかわる事項、家族の形成・維持にかかわる事項、③リプロダクションにかかわる事項、④その他の事項が含まれる。

144) 佐藤幸治「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」日本法哲学会編『現代における〈個人-共同体-国家〉』76頁、85頁(有斐閣、1990)。

145) 佐藤幸治・前掲注144)86頁。

障領域は、人格的自律を軸として画されることになる。

佐藤幸治氏は、こうしたかけがえのない自律を「権利」とみて、これを「人格的自律権」と呼ぶ¹⁴⁶⁾。さらに、「人格的自律権」の持つ作用を、「諸々の人権の派生してくる大本となる権利という側面」と「諸々の人権と並ぶ個別特定の権利としての側面」とに分け、前者を「基幹的自律権」、後者を「派生的自律権」と呼んだ上で、この「基幹的自律権」について、「憲法の保障する人権の保障を根底的に支え統合するもの」とするのである¹⁴⁷⁾。

ここでいう「諸々の人権の派生してくる大本となる権利という側面」とは、「広義の人格的自律権」を指し、「諸々の人権と並ぶ個別特定の権利としての側面」とは、「狭義の人格的自律権」を指すものと思われる。したがって、「人格的自律」という保障根拠は、個別の条項を持たず憲法13条で補的に保障される人権のみならず、憲法第三章で個別の条項で保障された基本的人権にも及ぶものである。

以上を前提とすれば、憲法によって保障されているそれぞれの基本権的自由は、「人格的自律」に必要であるからこそ、保障されているのである。

(c) 延長線

佐藤幸治氏を代表とする「人格的自律権」論の狙いは、以上のように論じることで、「憲法上保護される自由の『対象』の、いわば領域的拡張を試みる」ところにあった¹⁴⁸⁾。すなわち、人が「自己の生の作者」として生きるのに必要な権利は、全て権利章典に書かれているわけではない。漏れてしまっているものもある。そこで、「人格的自律」という統一的な保障根拠を準備し、「基幹的自律権」

と「派生的自律権」という構成を採ることによって、そうした漏れ落ちた権利を、新たな基本的人権として積極的に基礎づけることが模索された。「人格的自律権」論は、第一に、そのための理論装置であったと言える。

しかし、「人格的自律権」論のインプリケーションは、以上に留まるものではない。すなわち、憲法典は、人が「自己の生の作者」として生きることを保障している。そこから、「自己の生の作者」として生きるために自己決定が必要な領域については、国家による強制は許されず、自律が尊重されることになる。しかし、自律を尊重するためには、その前提として「自由意識」を有する必要がある。 「自由意識の喪失」があるところでは、そもそも誰に強制されるまでもなく、その個人は自律的でありえない。最初からその個人がそうであれば、それは国家の係るところではないのかも知れない。しかし、国家が積極的に「自由意識」を奪うようなことは、許されないと言わなければならない。それは、尊重すべき自律の前提を破壊し、自己決定を表面的に保障していると言いつつその内実を奪い、そのとき当該個人は、決して「自己の生の作者」と呼べるものではないからである。

すなわち、「自由意識なき自由」を保障しただけでは、憲法の保障しようとする「自由」の保障にとり十分とは言えないのではないか¹⁴⁹⁾。もしそうであるとすれば、個人から「自由意識」を奪ってしまう国家は、やはり基本権上問題があると言うべきであろう¹⁵⁰⁾。

「自由意識の喪失」の基本権上の要回避性をこうして導出する以上、「自由意識の喪失」が主題化されるべき自由の範囲は、「人格的自律権」論の及ぶ範囲に限定されることになる。すなわち、(2)で既に結論は述べていたが、「自由意識の喪失」が主題化されるべき

146) 佐藤幸治・前掲注144)87頁。

147) 佐藤幸治・前掲注144)88頁。

148) 小泉良幸「自己決定とパターンリズム」西原博史編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』169頁、173頁(岩波書店、2007)。

149) もっとも、佐藤幸治氏のいう「基幹的自律権」としての自己決定権が、その後の判例・学説で共有されてきたのかは疑わしい。たとえば、芦部・前掲注73)125-126頁も、自己決定権という題目の下に佐藤幸治氏のいう「派生的自律権」に相当するものについては触れているが、それ以上のものはない。長谷部・前掲注89)157頁も同様である。

領域は、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利」に限られる。

では、本稿がそもそも検討対象としていた補助金交付行政によってもたらされた「自由意識の喪失」は、主題化されるべきそれであったのか。先に紹介した最高裁判決も言うように、経済的自由は、単に「金儲け」の自由を保障しているわけではない。それは、各人が人格的に発展し、個性ある存在として自らの生を全うするためにこそ必要とされているのである。ここで問題になっている自由は、「自己の生の作者」として生きるために必要なものであり、したがって、主題化されるべき「自由意識の喪失」であったと言えるであろう。

以上からすると、憲法の保障する職業選択の自由が保護されているというためには、やはり、「自由意識の喪失」がもたらされていないことが必要であると言い得るであろう。

○ 「自己の生の作者」ということ

しかし、「自己の生の作者」とはどういうことであろうか。そのようなことは、あり得るのか。

個人が個人として生きる過程は、他者との交わりの蓄積である。個人の自己決定は、そうした他者との交わりの中で得た種々の経験の蓄積によって規定される。極端に言えば、思考の前提たる言語ですら、他者によって与えられたものである。その意味で、純粹に自己内在的な自己決定などというものは原理的にはあり得ない。したがって、「自己の生」を全て自分で作り上げるということはなく、「自己の生の作者」ということも、純粹な意

味では達成され得ないのではないか。

この点について、木村草太氏の議論を参照したい¹⁵¹⁾。氏は、「自由意思に基づく決定の場面を想定してみると、その決定は必ずしも自由ではないことが分かる」とする¹⁵²⁾。すなわち、人が自由意思に基づいて決定していると言い得るとき、それは、必然性のない単に自由な選択であってはならない。必然性のない単に自由な選択である場合、それは、選択肢間に差異を見出し難い場合の選択であって、選択肢が1つであるのと何ら変わらない。そうではなくて、自由意思に基づく決定とは、自由な選択が可能ではあるが、当人にとってはそうせざるを得ないものとして感覚されるものでなければならぬ。ここから、氏は、「自由意思とは、『自由かつ必然的な選択』をする能力を意味する」とする¹⁵³⁾。

そして、この「必然性」を生み出すのは、その人格の過去であるとし、「人格とは、選択を拘束する過去を蓄積した存在である」と概念規定する¹⁵⁴⁾。そうすると、人格の生成にとっては「過去」とは何かを問わねばならないところ、木村草太氏は、過去とは「現在の経験（想起という種類の経験）の中にあるもの」とし、「想起される過去は、何らかの機制により選択的に構成されるもの」だとする¹⁵⁵⁾。そして、「その過去を制作するのは、その人格ではなく、その人格にとって自己でないもの、つまり他者だということになる」とするのである¹⁵⁶⁾。なぜなら、「過去は、人格に論理的に先行するのであり、その人格が自ら過去を制作することはできないはずである」からである¹⁵⁷⁾。

木村草太氏の以上の議論を前提にすると、「個人の自己決定」、つまり自由意思による決

150) 佐藤幸治・前掲注 97)392 頁は、より端的に、「人権とは、人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠な権利である」とする。

151) 木村草太「平等権——誰の何に関する何のための平等か」長谷部恭男編『講座 人権論の再定位 3 人権の射程』3 頁（法律文化社、2010）。

152) 木村・前掲注 151)23 頁。

153) 木村・前掲注 151)15-16 頁。

154) 木村・前掲注 151)17 頁。

155) 木村・前掲注 151)17-19 頁。

156) 木村・前掲注 151)19 頁。

157) 木村・前掲注 151)19 頁。

定は、結局は「他者」によって拘束されていることになるのである¹⁵⁸⁾。氏の言う「自由意識」と本稿の言う「自由意識」の意味内容の異同についてはなお検討を要するが、それらに基づく決定が上記の理由で他者に拘束されているというレベルでは、本稿も、基本的にこの立場に同調する。

さて、こうした木村草太氏の議論の本稿へのインプリケーションは、次の三点である。

第一に、「必然性」を軸とする「自由意識の喪失」の再定位である。すなわち、自由意思が「自由かつ必然的な選択」をする能力であるとすると、典型的な規制作用は、この「必然性」を抑圧するものである。それは、行為者にとっては他の選択肢もないわけではない中で必然的に選択されたある行為について、国家が禁止ないしそれを理由として不利益を課すものである。

これに対し、「自由意識の喪失」は、その「必然性」をそもそも剥奪してしまうものである。すなわち、当該給付作用がなければその私人はある一定の行為を必然的に選択したであろうところ、「自由意識の喪失」により、当該選択はその「必然性」を失い、当該私人は国家の誘導に乗っかればよいという精神状態に陥る。それは、本来であれば発揮されたであろう人格の発露を、予め奪ってしまうものである。

第二に、しかし、「自由意識の喪失」概念の有用性に対するある疑念も生じる。すなわち、先に、「自由意識の喪失」とは、「本来であれば発揮されたであろう人格の発露」を予め奪うものであるとした。しかし、「本来であれば発揮されたであろう人格の発露」など、純粋な意味ではあり得ない。すなわち、木村草太氏によれば、自由意思による決定は、結局は「他者」によって拘束されていた。そうであれば、この「他者」の一部として国家が参与し、その結果新たな「必然性」が生まれたところで、当該個人の「人格の発露」を予め奪うことにはならないのではないか。

国家が「必然性」の形成に参与することは、果たして問題であろうか。まず、国家は、行政作用を行う中で、必然的に私人との日常的な関わりを持たざるを得ない。そうした関わりの中で、微々たるものであるとは言え、国家は私人の「必然性」の形成に影響を及ぼしているであろう。そうすると、国家が「必然性」の形成へ参与することを全く禁ずるのは現実的ではない。

また、国家の影響力の大きさは、それだけでは問題にならない。確かに、国家はその強大さから、私人の「必然性」の形成にも多大なる影響を及ぼすことがあり得る。しかし、そうした国家の影響力よりも、通常の家環境における両親の子供に対する影響力の方が多大であろう。両親の影響が大きいからと言って、その子供の人格形成は偽物であると誰が言うだろうか。

私人は、私人間において、互いの人格形成に影響を及ぼし合うものである。そして、人格とは、そのようにしてしか形成され得ない。つまり、「自己の生の作者」であるとは、完全に自己内在的なものから自己の生を作ることを意味しているのではない。他者との関わりの中で、あるいは様々な境遇を生きて行く中で、それらの影響を大いに受けて、そうして他ならぬ自らの人格を形成していくことこそが、「自己の生の作者」ということであろう。

これと同様のことは、ラズも言っているという。すなわち、ラズによれば、「自律的生 (autonomous life)」とは、「人生の様々な局面におけるコミットメントと、それによる新たな関係性の創出・変容を通して、自分は自分の人生の物語の作者であり、その物語は、他の誰の人生の物語とも交換不可能なかけがえのなさをもっているという自己了解が成立するような生き方」である¹⁵⁹⁾。

したがって、「自己の生の作者」と言えるかどうかは、他者の影響の度合いに依存するのではない。むしろ、その形成過程の自然

158) 木村・前掲注 151)17 頁。

159) 小泉・前掲注 148)171 頁。

性・自発性に依存すると言うべきではあるまいか。すなわち、私人が、自らの人格形成を「他の誰の人生の物語とも交換不可能」なものだと感覚するのは、それが、偶然の中で、自然に、自発的になされたものであるからであろう。そうであるからこそ、その人格は、唯一無二なのである。

そうではなくて、国家がある私人について、ある人格形成を企図して、そのためにその絶大なる権力を行使したとしよう。そして、その結果、当該私人が国家の思うままに、ある意味で「必然的に」その人格を形成したとしよう。そのとき、当該私人は、そうして形成された自らの人格を、「他の誰の人生の物語とも交換不可能」なものだと感覚するであろうか。大量生産可能な人格の一つに過ぎない、いくらでも交換可能なものだと感覚してしまうのではないか。

蟻川恒正氏は、政府言論について、以下のよう言う。すなわち、「政府による言論の内容が、それらの人々の思考と精神の過程を消去不能な強度を以て侵すであろうことが容易に予測され、そのようにして滲透した政府情報が、たとえば聴衆の精神活動に有益な影響として検出されることがあるとしても、かかる滲透そのこと自身が、個人の思考と精神の自律に対する国家による重大な制約でありうる」¹⁶⁰⁾。本稿の立論と極めて整合的である。

したがって、以下のように言うことができる。すなわち、国家が「必然性」の形成に参加することは、それだけでは問題ではない。しかし、それがなければ形成されたであろう「必然性」を剥奪してしまうほどに「必然性」の形成過程に強く影響を及ぼすこと、すなわち、「自由意識の喪失」をもたらすことは、正当な理由がない限り、やはり許されてはならない。

第三に、ここから、「自由意識の喪失」に関わる行政の統制方法について、一定の方向性が導かれる。すなわち、「自由意識の喪失」をもたらす行政作用の合憲性は、目的によ

てその判断枠組を違えるべきである。

それは、つまり、こういうことである。まず、①国家が目的的に「自由意識の喪失」をもたらすことは許されない。しかし、②他の正当な行政目的のための行政作用が、間接的・副次的に「自由意識の喪失」に貢献してしまうことは不可避である。そのような場合は、その目的に照らし、その貢献度が許容され得るものであるかどうかを問題とすべきであろう。

d 「同意あれば被害なし」?

しかし、「自由意識の喪失」には、受領者の「同意」があるという難点がある。この「同意」が、基本的には許されない「自由意識の喪失」を正当化する事由にはならないか。すなわち、「自由意識の喪失」を被る受領者自身が、これに同意をして補助金を受領している以上、そこに「被害」はないのではないか。仮にそうだとすると、ここに基本権上の問題はないようにも思われる。

もっとも、この点に関しては、本当に「被害」がないと言い切れるのかどうか疑わしい。その理由としては、次の三点が指摘されよう。

第一に、受領者は、事実上補助金の受領を強制されている場面があるということである。この点は、前述のようにフリーアップが指摘するところである。厳しい競争環境に立たされている場合、補助金を受領しないことは競争上の敗北に直結し得る。すなわち、国家が補助金を受領せざるを得ない構造を作り出しているのであって、そうした構造における受領者の「同意」は、本当の意味で「自発的」なものとは言えず、そこには瑕疵があると言わなければならない。

第二に、受領者は、補助金の受領には「同意」しているが、「自由意識の喪失」には「同意」していないとも言えるということである。国家が補助金を餌にして（乳牛のフリをして）、その実、受領者を意のままに操ろうとしているのなら、ルークスの権力論に見た如く、一層タチが悪いと言わなければならない

160) 蟻川・前掲注112)112頁。

い。そして、そのような国家の意図を見抜くことは困難である以上、規律を厳格にする必要があるとも言えるであろう。

第三に、たとえ完全に有効な「同意」があったとしても、必ずしも被害がないとは言いきれないことである。先に見たように、「自由意識」は、憲法上の権利の前提をなす重要なものである。それを、如何に同意があるとは言え、補助金によって売り渡すようなことが本当に認められてよいのか¹⁶¹⁾。

完全に有効な「同意」があるにも関わらず、違法性を阻却しない場面は、種々の法領域においていくつか見られるものであり、決して珍しいものではない。

たとえば、刑法においては、法益主体による有効な同意が存在することによって、当該法益の法益性ないし要保護性が失われ、その結果犯罪の成立が否定されると言われる¹⁶²⁾。しかし、刑法 202 条は「人を教唆し若しくは幫助して自殺させ、又はその嘱託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、六月以上七年以下の懲役又は禁錮に処する」とし、「同意なければ被害なし」の例外則を明文でもって認めている。そして、その根拠については争いがあるものの、「生命の絶対的価値から、自殺者・被殺者の当座の意思に優越する保護の要請（パターンリズム）が生じることによる」と説明されることが多い¹⁶³⁾。13 歳未満の男女に対する強制わいせつ・強姦についても、同様の議論ができるであろう（刑法 176 条後段、177 条後段）¹⁶⁴⁾。

あるいは、刑事訴訟法における「取調べの限界」という論点を参照しよう。捜査機関に

よる私人に対する取調べは、それが私人の「同意」に基づくものであっても、違法になり得るとされる。すなわち、判例は、「任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものである」としている¹⁶⁵⁾。ここで、社会通念上の相当性が何故必要とされるかについては議論がある¹⁶⁶⁾。なぜなら、自由な意思決定に基づく同意がある以上、同意が及ぶ範囲では利益制約を考える余地はないからである。

この理由について、本稿にとり最も示唆的なのは、大澤裕氏の指摘である。すなわち、氏は、「自由な意思決定に基づく承諾が認められる場合でも、意思決定の過程で外部から受けた働きかけについては、人格的な価値（他者の干渉を受けることなく自己決定する自由）に対する制約として、独立に、その限度を問題にし得る」としている¹⁶⁷⁾。もっとも、このような見解については、佐藤隆之氏の次のような言説がそのまま批判として妥当する。すなわち、氏は、「他者の干渉を受けることなく自己決定する自由」を観念することができるかは疑問であるとした上で、取調べを受けることから生じる精神的動揺や不安、あるいは肉体的疲労について、被疑者の同意がある場合であっても、保護すべき法益がすべて放棄されてしまうわけではないとし、これをもって社会通念上の相当性が必要である理由とする¹⁶⁸⁾。これらの見解の当否については本稿の立ち入るところではない

161) 佐藤英世・前掲注 14)98 頁は、「資金受領者が、任意に同意したからといって、基本権上問題にならないということではできないのではないと思われる」という。そして、その理由として、クリューガーの言う「基本権は売買されない」という文言を想起すべきであるとし、その文言は、「人が自由の行使を任意に放棄するような場合でも、基本権は個人の自由を保護しているということの意味する」とする。

162) 山口厚『刑法総論（第 2 版）』153-154 頁（有斐閣、2007）。

163) 山口厚『刑法各論（補訂版）』12 頁（有斐閣、2005）。

164) 山口・前掲注 163)102 頁、106 頁は、判断能力がないことを前提に、「絶対的な保護」が与えられていることを理由とする。

165) 最判平成元年 7 月 4 日刑集 43 卷 7 号 581 頁。最判昭和 59 年 2 月 29 日刑集 38 卷 3 号 479 頁も同旨。もっとも、どちらも事案の解決としては適法とされた。

166) この点については、佐藤隆之「被疑者の取調べ」法教 263 号 137 頁（有斐閣、2002）を参照されたい。

167) 大澤裕ほか『演習刑事訴訟法』66 頁〔大澤裕〕（有斐閣、2005）。

168) 佐藤隆之・前掲注 166)139-140 頁。

が、いずれにせよ、取調べの限界につき、完全に有効な「同意」があってもなお違法とされる余地があることを強調しておきたい。

このように、完全に有効な「同意」があったとしても、パターンリズムないし「他者の干渉を受けることなく自己決定する自由」や「同意によっても放棄できない法益」の観点から、なお権利侵害を問題とする余地は残されているのではなからうか。特に、パターンリズムが典型的に要請されるのは、自殺のような回復不能な選択や、麻薬使用のように本人が後悔しても自力更生の困難な選択など、衝動的行動の抑制や更生支援のためであるところ¹⁶⁹⁾、「自由意識の喪失」が問題となるのは、補助金が中毒性を持つという意味において、まさにこうした典型例に属すると思われる。

したがって、「同意あれば被害なし」の定式を「自由意識の喪失」の場面に形式的に当てはめるのは適切ではなく、なお基本権上の問題を論じる意味があるというべきであろう。

e 全体的作用

以上は、「自由意識の喪失」による受領者の不利益自体を問題にした立論であった。すなわち、「自由意識の喪失」の個別的作用に着目するものである。しかし、ハベルカテ論文の指摘するように、「自由意識の喪失」をもたらす「補助金メンタリティ」は広く国家全体に及び得るものであり、この点に基本権上の要回避性の根拠を求めることも考えられてよいのではなからうか。すなわち、「自由意識の喪失」の全体的作用に着目した議論である。

この点について、表現の自由の保障根拠で見られる議論を参照したい。表現の自由の保障根拠の一つとして、「真理の発見」が挙げられることがある。すなわち、表現の自由が思想の自由な競争を通じて真理の発見をもたらすとす、いわゆる「思想の自由市場」の議論である。これによると、表明される意見

が真理である場合、表現の自由を規制することは真理の発見を妨げるし、また表明される意見が虚偽であっても、真理は虚偽と対決することによってより一層確固たるものになるとされる¹⁷⁰⁾。そして、特定の主題に関する表現活動への制約は、その主題に関して現在広く支持されている通念への批判や挑戦を遮断し、それを維持する働きをすることとなり、「思想の自由市場」の正常な働きを歪める危険が大きい¹⁷¹⁾。そうすると、「真理の発見」を妨げないという公益的配慮からは、「思想の自由市場」の歪みを防止するため、特定の主題に関する表現活動への制約は厳格な審査に服さなければならないことになる。ここでは、「思想の自由市場」の正常性の確保という公益的な利益のために、表現の自由という主観的な権利の要保護性が高められていると言える。

これと類似の議論を、補助金交付行政についてすることはできないであろうか。すなわち、市場経済は、各人が自由に経済活動を行うからこそ活発化する。もっとも、「市場の失敗」も起こり得るところであり、これに対処するために国家の介入はある程度は必要である。しかし、過度の介入は市場原理を歪め、結局経済活動を頹廃化させてしまう（「政府の失敗」）。20世紀が目撃した社会主義経済の崩壊は、このことを最も印象的に示している。そして、「補助金メンタリティ」の蔓延は、市場原理の前提を破壊してしまうという点で、公益的観点から強く忌避されるべきものである。すなわち、私人は、補助金と引き換えに国家の誘導するところに身を委ね、自由に経済活動をする動機を失ってしまうのである。こうした公益的観点からも、主観的なレベルにおいて、やはり「自由意識の喪失」は回避されなければならないと言えるであろう。

「同意あれば被害なし」を形式的に適用し、仮に当該受領者に被害がないと評価したとしても、「自由意識の喪失」の要回避性は、こ

169) 井上達夫『法という企て』276頁（東京大学出版会、2003）。

170) 長谷部恭男ほか『ケースブック憲法（第2版）』89頁（弘文堂、2007）。

171) 長谷部・前掲注89)199頁。

のような全体的作用の危険性からも導かれるように思われる。

(5) 小括

ここで、これまでの議論を確認し、これからの議論の道筋をつけるとしよう。

本稿は、ごく大ざっぱに言えば、ますます拡大する給付行政の適切な規律を構想するに当たり、そのもたらす不利益をより深く把握するため、「自由意識の喪失」という新しい法学的概念の採用を提唱するものである。

本稿は、給付行政のうち、まず、「一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために、行政主体から行政客体に交付される現金的給付」を問題にし、こうした補助金交付行政のもたらす不利益として、受領者の「自由意識の喪失」という従来あまり議論されてこなかった問題があることを指摘し、その内実の検討を行った。

しかし、「自由意識の喪失」概念の法学的意味の有無に疑惑が持たれたので、その法学的概念としての認識可能性について論じることにし、想定される法的効果を「ホイリスティシユな意義」と「ドグマティシユな意義」の二つのレベルに分け、それぞれの効果との関係で、「自由意識の喪失」の法学的概念への昇華の可能性を検討し、続いて、その基本権上の要回避性について検討した。

それによると、「自由意識の喪失」が、法学的概念へと昇華し、基本権上の要回避性を有するに至るには、「人格的自律権」論を前提にした上で、以下のようにして概念規定される必要がある。すなわち、補助金交付行政における「自由意識の喪失」とは、定式 i に言う如く、①国家による、②継続的な補助金交付のもつ中毒性により、③職業選択の自由について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家から全てを待ち望むという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受領者を越えて市場全体の活力を奪うものである。

このようにして概念規定された「自由意識の喪失」は、具体的には、次のような法的効果をもたらす。第一に、統一概念として諸事象を分析する法的思考枠組を提供し、第二

に、「自由意識の喪失」をもたらさないという非法的義務を国家に課す。第三に、基本権上の要回避性により、国家賠償請求訴訟・抗告訴訟・住民訴訟において裁判規範性を有する。もともと、訴訟法上の障害により実際にそうした効果が現実化することは期待し難い。

以上により、補助金交付行政にとって、受領者の「自由意識の喪失」は見逃すことのできない不利益であり、補助金交付行政の規律を論じるに当たっても、これを意識して立論がなされるべきであると言えるであろう。これは、新たな法学的統制論の可能性を示唆するものである。

そこで、本稿の次に進むべき道としては、「自由意識の喪失」を踏まえた上での新たな法学的統制論を模索するというものが考えられる。特に、裁判規範たり得るにも関わらず、訴訟法上の障害によりそれが実現しないという点を重視するならば、事前的な規律を重視するか、事後的規律の実現のために何らかの工夫をすることになる。

しかし、本稿はそちらの道を選ぶものではない。というのも、「自由意識の喪失」概念の有用性について、まだ若干の疑問が持たれているであろうと思われるからである。概念の有用性の一つの基準は、その汎用性の高さにある。そこで、本稿は、「自由意識の喪失」概念が、補助金交付行政以外の領域においても応用可能であることを示す道を選択する。すなわち、IIでは、租税優遇措置、文化助成、情報提供のそれぞれの分野について、当該概念の応用可能性につき、順に検討することにする。

II. 展開

1 租税優遇措置

(1) 問題構造

a 検討対象の限定

Iでは、補助金交付行政について、「自由意識の喪失」という問題があることを確認した。ここでは、租税優遇措置について、同様の問題が妥当しないかを検討する。というの

も、補助金交付行政と租税優遇措置とでは、多くの面で共通するところがあり、したがって、「自由意識の喪失」問題の応用可能性もそれだけ高いであろうと思われるからである。

Iで検討した補助金交付行政は、公法上望ましい行為に対して補助金を交付することによって、当該行為を促進するためのものであった。これに対し、国家による租税の賦課は、本来的には国家の収入の確保自体を目的としてなされるものであるが、補助金と同様、誘導手法として用いられることもある。すなわち、租税特別措置である。

租税特別措置というのは、租税類別措置とは異なり、担税力その他の点で同様の状況であるにもかかわらず、なんらかの政策目的の実現のために、特定の要件に該当する場合に、税負担を軽減しあるいは加重することを内容とする措置のことである。そのうち、税負担の軽減を内容とするものを租税優遇措置といい、税負担の加重を内容とするものを租税重課措置という¹⁷²⁾。

租税重課措置は、公益の観点から望ましくない行為を抑止・制御するために行政手法として用いられる。たとえば、環境に負荷を与える行為など、公益上望ましくない行為に対して租税を賦課することにより、名宛人が当該行為を選択しないように誘導する場合である¹⁷³⁾。補助金が金銭を与えることで私人を誘導するのに対し、租税賦課による誘導は私人から金銭を追加的に徴収することにより私人を誘導しようとするものであり、両者は、その意味で対極にある。

租税優遇措置は、これらの不利益による誘導と利益による誘導の中間的手法として位置づけられるものである¹⁷⁴⁾。すなわち、租税を課すという点では不利益による誘導に近く、租税を軽減するという点では利益による

誘導に近い¹⁷⁵⁾。このうちの后者に着目すると、租税優遇措置は、補助金や無利子ないし低利での融資などの財政の直接支出と代替しうる機能を有していると言える¹⁷⁶⁾。

1は、この「租税優遇措置」について検討を加えるものであるが、検討に先立ち、本稿において「租税優遇措置」という言葉が意味するところを確定しておく。すなわち、特段のことわりがない限り、「租税優遇措置」という言葉で、「一定の行為を遂行することを奨励ないし促進するために、行政主体から行政客体に（税収確保目的で）一般的に課されている租税を、当該行為について軽減する手法」を指し示すことにする。

たとえば、個人の長期保有土地の譲渡による所得について税負担を軽減する制度（租税特別措置法31条）がこれに含まれる。これは、宅地の供給の促進を目的としている。あるいは、所得税法・法人税法などの一般法で定められている措置の中にも、租税優遇措置の性質を持つものが少なくない。たとえば、所得税法9条1項13号の一定の年金または金品の非課税、10条の障害者等の少額預金の利子等である。

b 従来の議論

(a) 利点

本稿の問題関心に入る前に、租税優遇措置について従来典型的になされてきた議論をまとめておこう。

第一に、租税優遇措置は、前述したように、補助金や無利子ないし低利での融資などの財政の直接支出と機能的代替性を有する。そうであるのに、租税優遇措置がとりわけ用いられてきたのは、行政当局ないしそれを利用する企業等にメリットがあるからであると言われる。すなわち、行政当局にとっては、財政の膨張等を現実化することなく、また、一々の議会のコントロールを受けることなく政策が

172) 金子宏『租税法（第15版）』81頁（弘文堂，2010）。

173) 中原・前掲注20)203頁。

174) 中原・前掲注20)202頁。

175) その意味では、租税優遇措置は、「給付行政」ではない。したがって、「給付行政と『自由意識の喪失』」と題する本稿がこれを取り扱うのは、厳密に言えば筋が悪い。しかし、補助金交付行政と租税優遇措置の類似性に着目し、「自由意識の喪失」概念の汎用性を示す第一歩として、租税優遇措置を取り扱うことにした。

176) 佐藤英明「租税優遇措置」『岩波講座 現代の法8 政府と企業』155頁，157頁（岩波書店，1997）。

実行できるというメリットがあり、それを利用する企業等にとっては、受益者たることや受益の程度が不明確であり、受益の事実が一般に公表されないというメリットがある¹⁷⁷⁾。

第二に、租税優遇措置は、フィスカル・ポリシーの一環としての効用を有するとされる。租税制度は、フィスカル・ポリシーの一環として、景気の調整、物価の安定、国際収支の均衡等、国民経済の動向に対して好ましい影響を与えるために利用されることがある¹⁷⁸⁾。たとえば、景気の変動を税制面から防止しあるいは緩和するためには、景気の後退期に減税を行い、景気の過熱期に増税を行えばよい。その方法としては、一般的減税ないし一般的増税を行うことが考えられるが、そのほかに、投資ないし消費を刺激あるいは抑制するために、特別の制度を採用する方法も考えられる¹⁷⁹⁾。その特別の制度の一つとして、租税優遇措置は位置づけられ得る。

(b) 不利益

しかし、租税優遇措置には次のような問題点も伴う。

まず、行政規律の第一次元として、租税優遇措置には以下のような不利益が伴う。

第一に、何よりも指摘されなければならないのは、租税公平主義との関係である。租税法の基本原則として、租税公平主義が挙げられるが、租税優遇措置は、これに反するという批判である。すなわち、税負担は国民の間に担税力に即して公平に配分されなければならないが、各種の租税法律関係において国民は平等に取り扱われなければならないという原則を、租税公平主義という¹⁸⁰⁾。これは、憲法14条の課税の分野における現れであると言われる。そして、憲法14条1項は、特定の者を不利益に取り扱うことを禁止するのみで

なく、特定の者に合理的な理由なしに特別の利益を与えることをも禁止する趣旨であると解される。そこで、租税優遇措置が不合理な優遇であるかどうかの問題となるのである。

税負担が担税力に即して配分されなければならないことは、今日の租税理論がほぼ一致して認めるところである¹⁸¹⁾。しかし、租税優遇措置は、担税力の観点からは同様の状況にあるにもかかわらず、税負担のうえで特別の利益を与えるものであるから、公平の要請に正面から抵触することは明らかである¹⁸²⁾。こうした租税優遇措置が不合理と言えるかどうかの判断について、通説的見解は、①その措置の政策目的が合理的であるかどうか、②その目的を達成するのにその措置が有効であるかどうか、③それによって公平負担がどの程度に害されるか、等の諸点を考慮の上、個別の租税優遇措置ごとになすべきであるとする¹⁸³⁾。

第二に、租税優遇措置を含む租税特別措置は、原則として私的イニシアチブに委ねられるべき経済秩序の変更ないし否定を伴いうる。すなわち、日本国憲法が予定している経済秩序は、憲法13条、22条、29条等の趣旨からすると、私的企業体制すなわち財貨の生産と交換が、原則として私的部門において、私的イニシアチブの下に行われる経済体制であると考えられる。国家の経済政策は、この体制を補完ないし補充するものに留まるべきであって、これを越えてはならない¹⁸⁴⁾。租税特別措置を行うにしても、この限界を強く意識しなければならない。

第三に、前記のフィスカル・ポリシーとして租税優遇措置を含めた租税特別措置が用いられる場合、より効果的にそれを行うには、経済の変化に迅速に対応する必要がある。そ

177) 佐藤英明・前掲注176)161頁。

178) 金子宏「経済政策手段としての租税法——景気調整税制とその憲法上の限界」法時46巻7号39頁、39頁(1974)。

179) 金子・前掲注178)40頁。

180) 金子・前掲注172)77頁。

181) 金子・前掲注172)77頁。

182) 金子・前掲注172)82頁。

183) 金子・前掲注172)82頁。

184) 金子・前掲注178)45頁。

ここで、タイム・ラグを出来るだけ少なくするために租税特別措置の実施を政府に委任したり、遡及立法を行ったりすることが考えられる。このことが、租税法律主義に反しないかも問題になる¹⁸⁵⁾。場合によっては、租税法律主義の実現しようとしている、私人の平等・公平・予測可能性等を害する虞があるう。

(c) 統制方法

次に、上記のような不利益にもかかわらず、行政規律の第二次元として、租税優遇措置は、その統制が困難である。

第一に、租税優遇措置はいったん採用するとそれを廃止することは極めて困難であること、次々と連鎖反応を引き起こす傾向があることがよく指摘される¹⁸⁶⁾。したがって、導入にはきわめて慎重にならなければならない。

第二に、租税優遇措置には、民主的統制が及びにくい。すなわち、上記の行政当局にとってのメリットの裏返しでもあるが、租税優遇措置は、財政の民主的統制を潜脱した「隠れた補助金」であるとして批判されている¹⁸⁷⁾。補助金などの直接支出の場合には、その補助金額等を毎年度の予算に計上して議会の承認をその都度得る必要があるのに対して、租税優遇措置では、立法さえクリアすれ

ばそれ以降の年度の個別承認は不要である。補助金について、予算に計上して議会で承認されるだけで十分であるかどうかも疑わしいが、租税優遇措置の場合、より一層民主的統制が及びにくい。

第三に、租税特別措置は、先に見た補助金交付行政と同じく、その合憲性を訴訟で争うのが困難であると言われる。まず、現在の行政訴訟の基本的な考え方の下では、ある租税優遇措置を不合理なものと考えた納税者がその措置を利用し得る者である場合、優遇措置の適用を受けて減少した納税額が違法であるという訴訟を提起しても、訴えの利益がないとして却下されるであろう。次に、自分に適用され得ない優遇措置が他人に適用されていることを不服とする場合に、それを理由として自分の納税額が多額であると主張することは困難であり¹⁸⁸⁾、また、通常の場合は裁判の争点と無関係な議論だと判断されるであろう。さらに、この場合、直接に他人の納税額が過少であるという裁判を提起しても、原告適格がないとして訴えは却下されることになるであろう¹⁸⁹⁾。

(d) 評価

こうした租税優遇措置に対する評価には様々なものがありうる¹⁹⁰⁾。否定派と肯定派に大きく分けて見てみよう。

185) 金子・前掲注 178)45-46 頁。

186) 金子宏「市民と租税」加藤一郎編『岩波講座現代法 8 現代法と市民』303 頁、336 頁(岩波書店、1966)。

187) 佐藤英明・前掲注 176)160 頁。

188) 最大判昭和 60 年 3 月 27 日民集 39 卷 2 号 247 頁(いわゆる大嶋訴訟)は、租税法の定立について国会の裁量を広く認めている。すなわち、「租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである。そうであるとすれば、租税法の分野における所得の性質の違い等を理由とする取扱いの区別は、その立法目的が正当なものであり、かつ、当該立法において具体的に採用された区別の態様が右目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り」、これを「憲法 14 条 1 項の規定に違反するものということとはできない」。

189) 佐藤英明・前掲注 176)161 頁。

190) 畠山武道「租税特別措置とその統制——日米比較——」租税法学会編『租税特別措置と土地税制』1 頁、2 頁(有斐閣、1990)は、従来指摘されてきた租税特別措置の弊害を次のようにまとめる。①課税の公平に反する、②高所得者ほど有利である、③非課税所得者には恩恵が及ばない、④恩恵の効果が、適用税率に依存する、⑤金額が不透明で、明示されない、⑥税法を複雑にし、税務行政の負担を増大させる、⑦産業政策に大蔵省が介入することになり、行政責任を混乱させる、⑧経済活動への政府介入の強化に連なる、⑨支出項目と異なり、毎年の議会の審議をうけない、⑩個々の納税者の個別的事情を考慮できず、利用が画一的に強制される、⑪一度、導入されると既得権化し、廃止が困難である、⑫ひとつの特別措置は連鎖反応をおこし、他の特別措置の導入の口実になる、⑬企業会計を混乱させ、その健全な展開を妨げる、⑭特別措置は、結局、一般納税者の増税をもたらす。

まず、否定派について、たとえば、大嶋訴訟第一審判決は、以下のように言う¹⁹¹⁾。すなわち、まず、「思うに、租税特別措置は、一般に、特定の経済政策的目的を、特定の経済部門ないし国民層に対する租税の軽減免除という誘引手段でもつて達成しようとするものであり、国の経済政策の一環として重要な意義を有すると同時に、その反面、同じ経済的地位にある者に対しては同じ負担をとという負担公平の原則を多少なりとも犠牲にし、また、所得税の総合累進課税構造を弱めたり、納税者の納税道義に悪影響を及ぼしたりする虞れのある性格を帯有しているものと認められる」とする。

判旨は、こうした悪影響の故に、その利用には慎重を要する旨を説く。すなわち、「しかして、特定の経済部門ないし国民層に対し財政上の優遇措置を講じる必要のある場合でも、税制以外の措置で有効な手段がないか否かを予め検討し、例えば補助金や財政投融资の交付等（これらの場合には、助成度および助成効果の関連が比較的具体的に示され、政策目的と助成の対象との結びつきが直接的であり、毎年の予算においてその効果等を改めて判定できる等の利点がある。）によつて目的を達成しうる場合にはこれらの手段によるべきであり、また、個々の租税特別措置の合理性の有無を判断するに当たっては、当該租税特別〔措置〕の直接の政策目的が総合的な経済政策の観点から考え合理的意義を有しているか否か（政策目的の合理性、斉合性）、その政策目的に対して当該租税特別措置が政策手段として有効であるか否か（政策手段としての有効性）、当該租税特別措置から付随的に生ずる弊害をカバーしてなおあり余程の政策的効果が期待されるか否か（附随して生ずる弊害と特別措置の効果との比較衡量）等の諸点について慎重な検討をなすことを要すると解すべきである」（〔 〕内は本稿筆

者）。

あるいは、村井正氏も、租税特別措置（氏は、「租税誘因措置」と呼称する。）に批判的である。氏は、環境政策としての租税特別措置を一瞥した上で、それが「企業に与えるメリットは、はかりしれない位に大きい」とし、以下のような問題点を指摘する。すなわち、「環境保全は、今や至上命令であり、すべての行政目標のうちで最優先の価値順位を与えられるべきものであるとしても、これほどのメリットを租税誘因措置を介して与えられるべきであろうか。こうしたメリットを不必要に認めると、企業自身の自主的な公害防止への努力（これには、もちろん公害防止費用の負担が中核となっている。）を、かえって妨げることになりはしないか¹⁹²⁾。そして、そのことが、「租税法本来の原則ないし私法秩序（ここでは、主に商法上の計算原理）を破壊する」ことになるとする¹⁹³⁾。

さらに、村井正氏は、「租税法という着衣をよそおうことによつて、実質的には直接規制法の内容をかえてしまうことは、しばしばみられるが、租税法による間接的侵害が、その問題の所在をそらすものとすれば、大きな問題であろう」とし、それゆえ、「租税法が特定の納税者に利益をもたらすものか、不利益をもたらすものかを問わず、これを能う限り制限し、租税法の本来的目的に立ちかえることが、今後の課題である」とする¹⁹⁴⁾。

次に、肯定派について、たとえば、中里実氏は、「公共経済学的に考えて、様々な政策目的実現のための手法を用意し、目的等に応じてそれらを使い分けることが重要である」として、租税特別措置について好意的な態度をとる¹⁹⁵⁾。そして、上記のような反対説については、「租税以外の（政策目的実現の）手法の優位性を暗黙の前提とした議論にすぎない」として、「必ずしも全面的に賛成することはできない」とする¹⁹⁶⁾。

191) 京都地判昭和49年5月30日行集25巻5号548頁。

192) 村井正『公害課税論』8-9頁（関西大学経済・政治研究所、1975）。

193) 村井・前掲注192)9頁。

194) 村井・前掲注192)24-25頁。

195) 中里実「経済的手法の法的統制に関するメモ（上）」ジュリ1042号121頁、125頁（1994）。

196) 中里・前掲注195)124頁。

あるいは、佐藤英明氏は、「実現されるべき政策目的を所与のものとして、その政策実現の手段として補助金を選択するか租税優遇措置を選ぶかと言う議論を行なう場面に限定すれば」、租税優遇措置に対する従来の批判論は、「租税優遇措置がおよそ選ばれるべきではない、ということまでをも論証しているものとはいえない」とし¹⁹⁷⁾、租税優遇措置は、「様々な望ましくない性格を持っているが、反面で、それは、限定的な合理性を有する制度である」とする¹⁹⁸⁾。そして、「租税優遇措置の採用が政策実現手段として合理的であると考えられるのは、垂直的公平の要請があまり強くない、たとえば産業助成のような分野であり、そこで認められる租税優遇措置の合理性とは、補助金よりも低い手続的なコストで、同様の政策目的実現の手段たりうることであり」とする¹⁹⁹⁾。

(2) 「自由意識の喪失」

a 効果

では、仮に租税優遇措置において「自由意識の喪失」が認められたとして、どのような効果が期待できるか。

第一に、上記否定派に新たな論拠の一つ追加することができる。すなわち、被軽減者の被る不利益について、その行為の事実上の拘束に加え、「自由意識の喪失」という新たな観点を付け加えることができる。

第二に、上記否定派の論拠のうち、「原則として私的イニシアチブに委ねられるべき経済秩序の変更ないし否定を伴いうる」というものについて、その不利益の度合いを強める。すなわち、単に租税優遇措置によって市場が歪められるだけでなく、市場参加者たる被軽減者たちが「自由意識の喪失」を被ることで、市場は活力を失うことになる。

第三に、仮に租税優遇措置を許容するとしても、以上の二点から、租税優遇措置の統制の必要性を強めることになる。これにより、政府に対する委任や、遡及立法は認められ難くなるであろう。優遇するだけでなく、「自

由意識の喪失」という不利益をもたらし得るものであるなら、政府の裁量に大きく委ねられてよいものではない。

第四に、訴訟でその違法性・違憲性を争う際に、その違法性・違憲性を基礎づける主観的利益の一つ追加することができる。しかし、補助金交付行政に見たように、実体的にはそう言えても、訴訟の場において「自由意識の喪失」を立証することは困難であろう。もっとも、だからこそ、事前的統制の必要性がより強められるであろう。

b 有無

それでは、「自由意識の喪失」はあるであろうか。既に見たように、補助金交付行政における「自由意識の喪失」とは、定式 i に言う如く、①国家による、②継続的な補助金交付のもつ中毒性により、③職業選択の自由について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家から全てを待ち望むという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受領者を越えて市場全体の活力を奪うものであった。これと同様の問題が、租税優遇措置についても見られないか。

①について、租税優遇措置は、国家によるものであるから、この点については、補助金交付行政と状況を同じくする。

②について、まず、当然のことながら、租税優遇措置は、補助金交付ではない。すなわち、ある行為をすれば補助金を受けられるというのと、ある行為をすれば租税が軽減されるというのでは、確かに、現象面では異なる。しかし、租税が軽減されるというのは、いったん徴税されたものを補助金として受けるのと実質的には異ならない。だからこそ、租税優遇措置は、「隠れた補助金」として批判されてきたのである。すなわち、国家の誘導に乗れば相対的に得をするという点で、補助金交付行政と租税優遇措置は異なる。

それでは、継続的な租税優遇措置は、中毒性を持つか。租税優遇措置をいったん受け始

197) 佐藤英明・前掲注 176)167 頁。

198) 佐藤英明・前掲注 176)177 頁。

199) 佐藤英明・前掲注 176)178 頁。

めた企業が、どれくらいそこから離れ難く
なってしまうのかは、実証的な研究を俟たね
ばならない。しかし、従来指摘されてきた既
得権化や廃止の困難性は、これを間接的に示
しているように思われる。したがって、租税
優遇措置による資金的な利益的作用は、継続
すればやはり中毒性を帯び得るであろう。

③について、従来租税優遇措置として語ら
れてきたものは、経済政策の一環としての措
置が主に念頭に置かれてきた。したがって、
ここでも経済的自由なかんずく職業選択の自
由を念頭に置く。そうすると、ここでも、補
助金交付行政と状況を同じくする。

④についてはどうか。国家がある政策目的
を持ったとして、それに沿う行動に対して租
税優遇措置を用意したとする。私人は、当該
行為をして優遇されるか、当該行為をせずに
優遇されないかを選択することになる。一般
的に、競争状況の関係上、その程度はさてお
き、優遇を選ばないと競争上不利になりう
る。その不利の度合いが大きければ、当該行
為を選択しなければ営業活動を続行できない
場面も考えられる。このとき、私人にとって
は、自由な経済活動を放棄するか、経済活動
それ自体を放棄するかしか、道が残されてな
い。租税「優遇」措置という甘い着衣によっ
て、実は当該行為の「強制」という不利益が
課せられていることになる。これを伝統的な
意味での「侵害」と同視できるかどうかはさ
て措き、同種の問題がここにあるのは明らか
であろう。

しかし、このような「侵害」類似の問題は、
「自由意識の喪失」とは直接には関わらない。
自由な経済活動を放棄するにせよ、経済活動
それ自体を放棄するにせよ、私人は、追い込
まれた状況ではあるが、自らの意思で自らの
行動を選択し決定しようとしているからであ
る。ただ、その選択肢が理不尽であるにすぎ
ない。問題は、そうではなく、そうして当該
行為を開始して租税優遇措置を受け始めた私
人が、その居心地の良さに、当該行為をせず、
租税優遇措置を受けないという選択肢それ自
体を失ってしまうかどうかにある。

②について見た通り、租税優遇措置は、中
毒性を持つ。そうすると、継続的に租税優遇

措置の恩恵を被ってきた私人にとって、国家
による誘導に乗らず、租税優遇措置を受けな
いという選択肢を選択することは困難になる
であろう。その程度が強くなれば、自ら主体
的・積極的に租税優遇措置を受けるか否か
について選択し決定しようという意識それ自
体を失ってしまうことは想定され得る。

⑤についてはどうか。補助金交付行政は、
何らかの行為を間接的に強制ないし期待する
代わりに補助金を与えるというものであつ
た。ここで、国家によりなされているのは、
形式的には明らかに「援助」である。国家が
なければそもそも期待し得ないものを、国家
により与えられているのである。そうである
からこそ、「国家から全てを待ち望むという
受動的な精神状態に陥る」のであろう。

それに対し、租税優遇措置は、本来ならば
徴収すべき租税を、当該行為を行った者から
は徴収しないというものである。ここでは、
国家は「援助」しているわけではない。国家
がなければそもそも徴収されないはずのものを、
国家があるからこそ仕方なく徴収されて
いたところ、そのうちの一定量について前国
家的状態通り徴収されなくなったに過ぎない。
そうであれば、「国家から全てを待ち望む
という受動的な精神状態に陥る」ことには
ならないのではない。

しかし、仮にそうであるとしても、「国家
の言う通りにしておけばよいという受動的な
精神状態」には陥るであろう。すなわち、こ
こで、被軽減者は、国家から何かを待ち望
んでいるわけではない。したがって、「国家から
全てを待ち望む」状態にはならない。しか
し、国家の言う通りにしておけば、相対的
には利益を得ることができる。これに、②で
見た中毒性と、④で見た自律性・主体性の喪
失が前提することにより、「国家の言う通り
にしておけばよいという受動的な精神状態」
には陥るように思われる。

そして、「国家から全てを待ち望むという
受動的な精神状態に陥る」ことの意味は、自
律性・主体性を失ったに過ぎず自己の代わり
に選択・決定を委ねる相手方が未定である中
立的な状況を一歩進め、自己の代わりに選
択・決定を委ねるべき対象として「国家」を

設定するということにあった。そうであれば、「国家から全てを待ち望む」とは言えなくても、「国家の言う通りにしておけばよい」と言えるのであれば、同様の状況にあるとしてよい。

⑥について、こうした「優遇措置メンタリティ」が国家全体に蔓延すれば、市場はその活力を失うであろう。すなわち、私人は、優遇措置と引き換えに国家の誘導するところに身を委ね、自由に経済活動する動機を失ってしまうのである。したがって、補助金交付行政と同じく、個別的作用のみならず、全体的作用もまた問題となる。

したがって、租税優遇措置においても、「自由意識の喪失」はやはり問題になり得るというべきであろう。そうであれば、それを踏まえた上で、租税優遇措置の新たな法的統制論が模索されなければなるまい。そのための素描は、aで描いた通りである。

c 再定式化

さて、以上を受けて、補助金交付行政を念頭に置いて定式化された「自由意識の喪失」概念は、再定式化を迫られよう。すなわち、「自由意識の喪失」の汎用性を志向する本稿の姿勢からは、補助金交付行政のみならず、租税優遇措置もその射程に入れることが望ましいからである。

上記に明らかな如く、修正を要するのは、②および⑤である。②については、「継続的な補助金交付の持つ中毒性により」ではなく、「継続的な利益的作用の持つ中毒性により」と書き換えられるべきである（また、それに連動して、⑥の「当該受領者」も、「当該受益者」と書き換えられることになる）。⑤については、「国家から全てを待ち望むという受動的な精神状態に陥る」ではなく、「国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥る」と書き換えられるべきである。

こうして、「自由意識の喪失」は、再定式化される（以下では、「定式ii」と呼ぶ）。すなわち、「自由意識の喪失」とは、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性により、③職業選択の自由について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受益者を越えて市場全体の活力を奪うものである。

2 文化助成

(1) 問題構造

a 検討対象の限定

2と3とで、いわゆる「政府言論 (government speech)」について、「自由意識の喪失」が問題とならないかを検討する。補助金交付行政にせよ租税優遇措置にせよ、そこで問題になっているのは経済的自由であった。それに対し、ここでは、精神的自由、なかんずく表現の自由が問題になる。

「政府言論」問題については、補助金交付行政や租税優遇措置に比し、「自由意識の喪失」がより一層深刻な問題となり得る。実際に、「自由意識の喪失」そのものとはまでは言えないものの、それに近い議論が従来なされてきているところである。

「政府言論」に関する議論は、主に1990年代以降のアメリカ憲法学において重要性を獲得してきたものであり²⁰⁰⁾、我が国においてはまだそれほど成熟した論点ではなく、その外延はなお不明確である。2では、そのうちの文化助成について²⁰¹⁾、3では、情報提供について論じる。

まず、ここで「文化助成」という題目の下に扱おうとする対象を明らかにする。そのためには、政府言論問題の全体像を示す必要が

200) 阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法時74巻1号30頁、31頁(2002)。

201) 文化助成についての先行研究は少なく、その本格的な始まりも遅いように思われる。本稿筆者が触れた中では、奥平康弘「福祉国家における表現の自由——富山県立近代美術館のばあい」法時60巻2号75頁(1988)が最古株に位置する。なお、他に奥平康弘氏によるものとして、同「自由」と不連続関係の文化と「自由」と折合いをつけることが求められる文化——最近の美術館運営問題を素材にして(上)(中)(下)法セミ547号80頁、548号82頁、549号77頁(2000)がある。

あろう。そこで、この点について、蟻川恒正氏の立論に拠りたい²⁰²⁾。氏は、政府言論問題の全体像を示すに当たり、二つの政府理解を座標軸として採用する。すなわち、「言論者としての政府 (government as speaker)」と「検閲者としての政府 (government as censor)」である²⁰³⁾。

蟻川恒正氏によれば、典型的な「検閲者としての政府」の場面は、政府が、私人の表現活動に対して、給付作用ではなく規制作用を及ぼす権力的統制主体として立ち現れる場面を指す。これに対して、典型的な「言論者としての政府」の場面とは、政府が私人と並んで自らも言論市場において表現活動を行う場面を指す。そして、氏は、政府と言論市場との関係は、これらを両極として、「この二極の間に幾つかの中間的規律範疇をかたちづくりながら構成されている」とする²⁰⁴⁾。

蟻川恒正氏は、これら二つの座標軸について、それぞれ典型的な場面に加えて、非典型的な場面も中間的規律範疇として類型論に組み込む²⁰⁵⁾。すなわち、非典型的な「言論者としての政府」とは、専門職を「道具」として言論する場合である。ここで、専門職とは、「特殊な紀律・訓練 (discipline) を受けて修得した高度な専門知識・経験 (expertise) に基づく意見を基礎にして任務を遂行する職業のなかでも、特に、《語る》ことをその職責の重要な構成要素とする職業共同体に属する者」を指す。そして、政府は、その表現活動の「道具」として専門職を雇用する場合には、その判断を尊重しなければならない、とされる。

これに対し、非典型的な「検閲者としての国家」とは、私人の表現活動に対する政府の給付作用に定位した上で、給付の対象を画定するために私人に課される条件が、彼の表現活動に対して一定の統制的作用を及ぼす場合である。そして、この場面は、さらに、政府

による私人の表現活動への給付が、専門職の判断を媒介して行われる場合と、そうでない場合とに大別される。

蟻川恒正氏は、こうして、政府言論として扱われるべき場面を五つの場面に類型化するのである。すなわち、①「言論者としての政府」のうち、自ら言論し、または私人を「道具」として言論する場合、②「言論者としての政府」のうち、専門職を「道具」として言論する場合、③「検閲者としての政府」のうち、私人の表現活動に給付する場合で、専門職を介する場合、④「検閲者としての政府」のうち、私人の表現活動に給付する場合で、専門職を介さない場合、⑤「検閲者としての政府」のうち、私人の表現活動を規制する場合である²⁰⁶⁾。

政府「言論」という以上、その題目の下に取り扱うべきなのは、「言論者としての政府」のみであるようにも思われよう。しかし、事態はそう単純ではない。すなわち、国家は、「言論者としての国家」のフリをしながら、その実「検閲者としての国家」であることもある。そして、国家は、その場合に一番タチが悪い。特に、国家が表現活動に対する援助者として立ち現れる場面、なかんずく専門職の判断を介さない場合に注意を要する。すなわち、『話し手』としての政府の地位が最も見えにくいのは、「政府が私人の活動に対する財政援助者として立ち現れる場合」であって、「この場合には、政府は一見すると気前のいい足長おじさんに見えがちである」が、「しばしば政府は援助する対象を選別し、自らの思想的立場に適合的な活動にのみ援助することで、巧妙に自己の『話し手』としての地位を隠しながらも、確実に『話し手』として言論市場に登場する」のである²⁰⁷⁾。したがって、「検閲者としての国家」も、政府言論問題に含めて考察するのが便宜である。

我が国の公法学は、伝統的には、このうち

202) 蟻川恒正「政府と言論」ジュリ 1244 号 91 頁 (2003)。

203) 蟻川・前掲注 202)91 頁。

204) 蟻川・前掲注 202)92-93 頁。

205) 蟻川・前掲注 202)95 頁。

206) 蟻川・前掲注 202)93 頁の図を参照。

207) 阪口・前掲注 200)31 頁。

の⑤を問題にしてきた²⁰⁸⁾。2では、これに対して、「文化助成」という題目の下に、③④を扱う。残る①②は、「情報提供」という題目の下に、3にて扱うことにする。

b 従来の議論

(a) 必要性

政府言論は、危険であると同時に、必要でもありかつ望ましくもあると言われる。この点を捉えて、「政府言論のジレンマ」とか、「政府言論のパラドクス」とか言われることがある²⁰⁹⁾。では、政府言論のうち、特に文化助成の必要性とは何か、危険性とは何か。ここでは、まず、文化助成の必要性について従来言われてきたところをまとめよう。

それは、端的に言って、「資本主義のもとで言論市場が一定の私的権力によって独占される危険性がある場合に、国家は、そうした環境にあっては容易に市場に登場しそうにはない私人の表現行為に財政援助をなすことで、言論市場をより実り豊かにすることによって、民主主義や個人の自律といった価値に貢献することができる」という点である²¹⁰⁾。

すなわち、芸術や文化は、個人的にも社会的にも重要な意義を持つ。しかし、芸術や文化は、庇護を必要とするある意味では脆弱な営みなのである²¹¹⁾。そこで、芸術や文化を広く享受できる社会基盤を整えることには公的な意義がある。しかし、それは「放任」によっては実現されない。特に芸術・文化を資本の論理が支配しやすい成熟社会では、创作者の活動の場は限定され、市民が作品にアクセスできる場所は一極集中化される傾向にあり、また、メディアを通じて比較的容易にアクセスできるものは、市場の論理に乗った特定の芸術に限られてしまう²¹²⁾。そうすると、補助金や機会や場所を欠く文化的諸活動

は、現実にはその対象にアクセスすることができず、文化活動としての意義を失い、また社会は文化的に歪んでしまう²¹³⁾。

ここに、政府による文化助成の必要性を見て取ることができるであろう。

(b) 危険性

こうした必要性和同時に、文化助成には、次のような危険性も伴う。すなわち、駒村圭吾氏は、文化助成の危険性を三点にまとめている²¹⁴⁾。そして、従来の学説は、概ねこの駒村圭吾氏の整理に収まるように思われる。そこで、ここでは、駒村圭吾氏の整理を大枠として、文化助成の危険性として従来言われてきたところをまとめることにする。

第一に、「国家による干渉の拡大」である。すなわち、本来自由であるはずの表現活動が国家による支援で支えられることになると、被助成者は、パトロンたる国家に気を遣い、あるいは紐付きになってしまう虞がある。こうした弱みは、国家が表現活動に対して直接・間接の干渉をしていく土壌を作ることにもなる。すなわち、「国家による表現活動の支援は、表現活動の主体の自立性を補うことを通じて、かかる主体の自律性を奪い、不当な干渉に転化する可能性がある」のである²¹⁵⁾。

国家が文化助成を行うとき、それは、規制ではなく給付であるから、規制に比して規律を緩やかにしてよいようにも考えられる。いわゆる、規制と給付の二分論である。しかし、事態はそう単純ではない。すなわち、ある者を援助することは、それを支持することであり、援助の否定は、支持の否定である。他の芸術に援助しつつ、ある芸術に対して国家が援助を禁ずることは、その芸術に対する国家の不支持の表明に他ならない。これで

208) 蟻川・前掲注202)91頁参照。

209) 阪口・前掲注200)33頁。

210) 阪口・前掲注200)33頁。

211) 駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』168頁、168頁（弘文堂、2005）。

212) 駒村・前掲注211)169頁。

213) 杉原泰雄「『文化国家』の理念と現実——日本国憲法下における『文化と国家』」法時71巻6号42頁、45頁（1999）。

214) 駒村・前掲注211)169-171頁。

215) 駒村・前掲注211)170頁。

は、芸術を処罰する手を縛られた国家に、助成を拒否することによって同じ実を上げることが許すことになってしまいかねない²¹⁶⁾。ここで、給付作用は、ある側面において、規制作用とその機能を近似させることになる。

第二に、「国家による『お墨付き』の問題」である。すなわち、「それは、特定の表現活動に公的支援が与えられることによって、特定の表現類型のみに『お墨付き (endorsement)』を付与し、他の表現活動に従事する者たちに疎外感を与えてしまう危険である。国家に文化助成のための資金が無限にあれば、あるいはこうした問題は起こらないかもしれない。しかし、財政上の限界や助成の必要度から、一律に助成することは不可能である²¹⁷⁾。そうすると、特定の表現類型を選択的に助成せざるを得ない。そして、特定の表現類型ばかりが助成を受け続けると、事実上当該表現類型が特権的地位を獲得する虞がある。

このことは、国家による国民の「洗脳」を可能にする。「芸術なるものは、しばしば既存の価値観に挑戦するもの」であり、「よかれあしかれ物議をかもしることが多い」²¹⁸⁾。こうした芸術の批判的機能に鑑みるに、「政府にとって都合の悪い表現とそうでないものを選別し、前者を劣等芸術に追い込む」ことも考えられる²¹⁹⁾。国家は、そうであるがゆえに、伝統的に芸術を規制してきたし、あるいは同時に、場合によっては政治目的で芸術を積極的に利用してきた。「国家権力を掌握したものが自己に好都合なかたちで国民を統合するために芸術を利用してきた例は少なくない」のである²²⁰⁾。

では、なぜ、国家は言論市場において私人と異なった競争力を有するのか。この点について、阪口正二郎氏は、次の三点にまとめる²²¹⁾。すなわち、第一に、自己の立場を表明するために動員できる経済的資源の違いである。第二に、情報の保有において国家がやはり私人に比べて圧倒的優位に立っているということである。第三に、国家のみが固有に有している正統性、すなわち、「裏書き (endorsement)」するだけで、一定の議論を正統化する能力である。これは、本稿でいう「お墨付き」に当たる。確かに、国家には、そのみが固有に有しているある種神秘的な正統性がある。

第三に、「文化の自律性の破壊」である。芸術は、その創造性を本質とする。そして、創造性は、創造主体の自律性を前提とする。そうであるなら、第一、第二の危険性により、もし、創造主体の自律性を破壊するようなことがあるとすれば、それは、文化を助成するという名の下に、文化を破壊していることに他ならない。それは、背理である。すなわち、「活動の自律性に配慮した助成でなければ、文化が『やらせ』に墮することになる」のである²²²⁾。

蟻川恒正氏も、この点に関して、「一体、文化の領域は、国民生活の政治的・経済的繁栄を主たる目標として活動することが期待されている国家の、必ずしも能く統禦しうる領域ではない。文化振興目的に立った国家の助成事業は、目的による取捨の必要性という点からいっても、資金の限界の点からいっても、高度に価値選択的な——いいかえれば、viewpoint-based な——事業とならざるを得

216) 蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』191頁,217頁(岩波書店,1997)。

217) もっとも、いわゆるパブリック・フォーラムの法理をここにも応用し、財政上の限界(資源の有限性)それ自体では、国家による内容選別を正当化する事由にならないとする見解も有力である。たとえば、阪口・前掲注200)33頁は、国家による内容選別を正当化するの、資源の有限性ではなく、資源配分の有効性であるとする。なお、パブリック・フォーラムの法理の非物理的空間への拡張については、駒村・前掲注211)175,177-179頁も参照。

218) 阪口・前掲注200)30頁。

219) 駒村・前掲注211)171頁。

220) 阪口・前掲注200)31頁。

221) 阪口・前掲注200)32頁。

222) 駒村・前掲注211)171頁。

ず、これを国家に任せ切りにすることは、文化の破壊を招く惧れがつよい」とする²²³⁾。

(c) 対応

では、こうした危険性に対して、学説はどのように対応してきたか。

文化助成は、その危険性の故に、それに対して何らかの憲法上の規制が必要であるという点では学説は一致している。問題は、どのように規制するか、である。

この点について、着目すべきは、蟻川恒正氏の次のような提案であろう。蟻川恒正氏は、国家による文化助成プログラムを、二つの段階に分ける。すなわち、第一段階として、国家における「基本方針」の策定であり、第二段階として、審査機関における「基本方針」の「解釈」である。蟻川恒正氏は、この両者の「切断」こそ、文化助成の規制にとり必要であると説く。ここで、「切断」とは、「ひとたび、基準の具体的な適用を、芸術専門職である審査機関に委せた上は、国家は、この審査機関の判断に容喙して、その判断を動かすことはできない」ということである²²⁴⁾。

この「切断」のために必要不可欠であるのが、「文化専門職」である。蟻川恒正氏は、たとえば公立美術館という助成プログラムにおける文化専門職の職責の主要部分として、次の三点を挙げる。すなわち、①自らの判断によって展示を企画すること、②そのために作品を選定し、これを公開すること、③そして、そうであるからには、自らの企画とそれに参加した作品とを外部の全る勢力の干渉から擁護すること、である²²⁵⁾。そして、それは、文化専門職の「自由」であるのみならず、「義務」であるとし、文化専門職に、公的な社会的圧力に屈しない高度の「職責」を課すのである²²⁶⁾。

こうした蟻川恒正氏の見解に対して、学説は概ね好意的である。たとえば、阪口正二郎

氏は、次のように言う。「学問の自由の場合と同様に、やはりこの領域において肝要なことは、すぐれた芸術に対して援助を行うという制度それ自体をできるだけ政治から切り離し」、芸術としての卓越性という「基準を政府が過度に政治化させないようにすること」であり、「制度それ自体の自律性を確保すること」である。「その意味で『文化専門職』の役割に注目するとともに、それをあえて自覚的に『職責』という形で、単なる『自由』ではなく『自由』と同時に『義務』として構成する蟻川の議論は、極めて示唆的であるように思われる」²²⁷⁾。

あるいは、杉原泰雄氏は、蟻川恒正氏を参照した上で、「国や地方公共団体は、文化的諸活動について外的諸条件を積極的に整備すべき立場にあるが、その立場から、具体的な給付等の助成活動のための基本方針をみずから策定しうるかどうかとも問題となる」ところ、「政府等にその策定を認めつつも、その解釈は文化専門職に留保されるところによって、文化の自律性を確保することが考えられる」とする。そして、「これは堅持しなければならない最低の条件であろう」とする。もっとも、「しかし、十分条件であるかは、なお問題となる」として、一定の留保を示している²²⁸⁾。

(2) 「自由意識の喪失」

a 有無

それでは、「自由意識の喪失」はあるであろうか。定式 ii に見た如く、補助金交付行政ないし租税優遇措置における「自由意識の喪失」とは、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性により、③職業選択の自由について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥るもの

223) 蟻川・前掲注 202)96 頁。

224) 蟻川・前掲注 216)212-214 頁。

225) 蟻川・前掲注 216)216 頁。

226) 蟻川・前掲注 216)218 頁。

227) 阪口・前掲注 200)34 頁。

228) 杉原・前掲注 213)45 頁。

であり、⑥当該受益者を越えて市場全体の活力を奪うものである。

①、②については問題なからう。

③について、ここで問題となっているのは、職業選択の自由ではなく、精神的自由なかんづく表現の自由である。そうすると、形式的には③には当てはまらない。

しかし、既に見たように、ここで重要であるのは、問題となっている自由の領域が、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利」に含まれているか否かであった。

そして、表現の自由がこれに含まれることは問題あるまい。むしろ、職業選択の自由よりもそうした領域の核心部分に近いものであるとさえ言い得る。したがって、③についても、補助金交付行政や租税優遇措置と同じか、あるいはより一層深刻な状況にある。

④についてはどうか。国家による文化助成の危険性は、一言でいえば、助成を通じて行われる自由の「操作」にあった、と言えるであろう²²⁹⁾。すなわち、文化助成は、既に見たように、形式的には「給付」であるが、実質的には「規制」であり得る。ここに、「侵害」類似の効果を認めることができる。これは、補助金交付行政における負担付贈与の不利益に近い。

しかし、これだけでは、「自由意識の喪失」があるとは言えない。なぜなら、自ら規制されることを自覚した上で、それでもあえて助成を選ぶということもあり得るからである。このとき、被助成者は、「自由意識」に基づいて、表現の自由の「対価」として助成を受けているのであって、「自由意識」を喪失しているわけではない。

表現者が助成を受けるに至る道筋は、様々であり得る。自らの創造性の赴くままに表現活動を行っていたところ、たまたま既存の枠組において助成を受け得るものであった場合もあれば、それが評価されて新しく助成を受け得る表現類型として認められることもある

う。あるいは、自らの創造性の指し示すところではないが、助成を受けないと生計を維持できないために、あえて助成の対象となるような表現類型を選択することもあるかもしれない。そのいずれにせよ、その表現類型を選択したのは、その理由はどうであれ、表現者の「自由意識」である。

問題は、その先にある。すなわち、そのようにして助成を受け始めた表現主体が、助成を長期間にわたり受け続けることにより、助成を受け得ない別の表現類型という選択肢をそもそも失ってしまわないか、ということである。そのとき、当該表現主体は、「自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識を喪失」してしまっている。

自らの創造性の赴くままに表現活動を行い、それで生計を立てられる場合は、まだ良い。あるいは、表現活動以外に収入の手段を持っている場合も、同じくまだ良い。しかし、先に見たように、芸術活動というのは、伝統的にパトロンを必要とするものであった。そのような、助成なくして生計を立てられない者がいたとして、その者は、助成を受けながら、その助成を受けられるかどうかに関わらない基準に基づいて、本当に表現活動を自律的に行っていくことができるのか。そのような環境に長く身を置くことによって、いわば内側から、自らの生存に都合のよい嗜好が形成されていくのではないか。果たして、人は、助成という温室の中において、發揮することのない自らの創造性を、それでも維持することができるほど、強い存在なのだろうか。

その答えは、おそらく否であろう。先に、芸術の本質は、創造性であり、創造性の前提は、自律性であると述べた。「自由意識の喪失」は、その自律性の前提をも奪ってしまうのである。もっとも、中には、確固たる自我を持ち、助成には流されない強い人間もいるかもしれない。しかし、多くの人間は、弱いものである。したがって、④も、これを充た

229) 駒村・前掲注 211)174 頁。

すというべきであろう。

⑤について、④のようにして「自由意識の喪失」に陥った表現者は、自らの芸術活動の方向性を、助成を受けられる方に、すなわち「国家の言う通り」に定めるようになる。したがって、⑤も、これを充たす。

⑥についてはどうか。ここで問題となっているのは、経済的自由に言う「市場」ではない。したがって、形式的にはこれを充たさない。しかし、ここで重要なのは、「市場の活力を奪う」ことのみならず、④⑤の個別的作用によるメンタリティが広く国家全体に蔓延し、全体的作用を及ぼす点にある。そして、こうした全体的作用という観点から見たとき、文化助成のもたらすそれは、補助金交付行政や租税優遇措置に比してより深刻であると言ええる。

その深刻さの相違は、国家による「お墨付き」に由来する。すなわち、国家は、自らの「お墨付き」により、特定の表現類型に特権的地位を与えることができる。そうすると、ずる賢い国家である場合、自らの統治にとって都合のよい表現類型を優遇し、都合の悪い表現類型を冷遇することが考えられる。そして、そうした国家による価値基準の形成は、広く国民の選好形成に強い影響を与える。表現の受け手は、こうして、国家の「捏造した」価値基準に毒されることになる。

II 1 までの検討に従えば、「自由意識の喪失」により、経済的自由について主体性・自律性を失い、その選択・決定を国家に委ねるとしても、それは利益的作用を得るためであって、その選択・決定の対象自体の価値判断についてはなお中立的であった。言い換えれば、当該私人は、その経済活動に価値があるからそれを行うのではなく、それが心地よい「温室」を与えてくれるからこそそれを行うのであった。しかし、文化助成は、芸術の価値基準をすら、捏造してしまうのである。

芸術の価値が果たしてどのようにして決せられるのか、芸術に疎い本稿筆者にはよく分からない。しかし、少なくとも、特定の者が自らの都合の良いように意図的に「捏造した」ものであってはなるまい。芸術の価値は、芸術活動の中から、自発的に浮かび上がる「何

か」であろう。そうであれば、助成の有無自体が基準として観念され、助成を受け得るような芸術にこそ価値があり、そうでない芸術には価値がないということになってしまっはなるまい。それは、芸術の芸術性の破壊ではないか。

このとき、自らの「自由意識」に基づいて創造性を発揮すべき表現主体は国家による価値基準に基づいて芸術活動を行い、自らの「自由意識」に基づいて芸術を鑑賞し評価すべき表現の受け手は国家による価値基準に従ってそれを評価する。これでは単なる「やらせ」である。こうして、文化は、助成によって如何に見た目にきらびやかであっても、それは短期的な成果に過ぎず、実は根こそぎ破壊されていることになる。こうした全体的作用は、補助金交付行政や租税優遇措置におけるそれに比して、一層深刻であるように思われる。

b 効果

a では、国家による文化助成の問題点を、「自由意識の喪失」という本稿の問題関心から略述した。しかし、そこで言われていることは、実は、従来言われてきたものを「自由意識の喪失」という軸の下に構造化したに過ぎない部分が多い。それは、定式 ii の⑥についての検討で見たように、表現の自由の領域においては、経済的自由以上に、私人の主体性・自律性が重視されてきたからであろう。

そうすると、国家による文化助成の領域において、「自由意識の喪失」がその概念によって把握されることの効果は、限定されると言うべきであろう。すなわち、それにより、新たな行政規律の方法がもたらされるという類のものではない。そうではなく、ここで得られる知見は、以下のようなものである。

すなわち、「自由意識の喪失」に相当する問題は、実は文化助成において、典型的に論じられてきたところであった。しかし、それは、文化助成に限らず、補助金交付行政や租税優遇措置で見たように、他の行政分野にも広く応用可能なものである。そこで、それらの諸分野における同質の問題を、「自由意識の喪失」という概念の下に、統一的に把握することが考えられる。それにより、より体系

的・統一的な行政規律の在り方が認識され得るであろう。

たとえば、先に紹介したように、文化助成の統制方法として蟻川恒正氏によって提唱されている「切断」の議論を、「自由意識の喪失」という問題意識を媒介として、他の行政分野にも応用することも考えられてよからう。これについては、Ⅲ 1にて若干扱うことにする。

c 再々定式化

さて、2を締めくくりに当たり、補助金交付行政と租税優遇措置を捕捉するものであった定式iiを、文化助成をもその射程に含むために、さらに定式化することにする。修正を要するのは、上記検討で明らかのように、③及び⑥である。

まず、③について、「職業選択の自由について」としていたが、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利について」という形に広く一般化されるべきである。

次に、⑥について、「市場全体の活力を奪う」ことだけが全体的作用として想定されるのではなく、より深刻なものとして、特定の分野における価値基準を国家が捏造するというものが想定される。このような分野としては、芸術のほか、学問も含まれよう。他に同様の問題が生じる分野があるかどうかについては、ここではひとまず措く。そこで、⑥は、「当該受益者を越えて市場全体の活力を奪う」から、「当該受益者を越えて、経済分野において市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野において価値基準を捏造する」と書き換えられるべきである。

こうして、「自由意識の喪失」は、さらに定式化し直されることとなった（以下、「定式iii」という）。すなわち、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性により、③人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしてお

ばよいという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受益者を越えて、経済分野においては市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野においては価値基準を捏造するものである。

3 情報提供

(1) 問題構造

a 検討対象の限定

本稿は、まず、補助金交付行政について、「自由意識の喪失」が問題になることを確認した。それは、経済的自由なかんずく職業選択の自由に関わるものであった。本稿は、次に、「自由意識の喪失」が、ひとり補助金交付行政のみならず、租税優遇措置についても問題になることを確認した。しかし、それはなお、主に経済的自由に留まるものであった。ここで重要なことは、これらの領域においては、「自由意識の喪失」は少なくとも我が国においてはほとんど語られることのない問題であったということである。

本稿は、次に、文化助成を題材に、精神的自由なかんずく表現の自由についても、「自由意識の喪失」が問題になることを確認した。もっとも、ここで重要なことは、実は、「自由意識の喪失」に相当する問題が、文化の創造性・自律性の破壊という観点から、文化助成については従来既に論じられてきたということであった。こうして、「自由意識の喪失」という統一概念の下に、従来文化助成において論じられてきたことが、反射的に、補助金交付行政や租税優遇措置の領域においても応用可能であることが示唆された。

ここまでで検討してきた領域は、国家によって金銭的な利益的作用がもたらされる場面であった。しかし、国家によってもたらされる利益的作用は、金銭的なものに限られるわけではない。より日常的かつ一般的には、情報の提供という作用が考えられる。そこで、3では、「情報提供」という題目の下に、国家による情報提供、すなわち、政府言論の五類型でいうと、①「言論者としての政府」のうち、自ら言論し、または私人を「道具」として言論する場合、及び②「言論者として

の政府」のうち、専門職を「道具」として言論する場合に当たるものを検討することにする。

b 従来の議論

(a) 事案

ここでは、ある事案を手懸りとして議論を展開する手法を採用したい。ここで手懸りとするのは、O-157による集団食中毒の原因調査報告に係る諸判決である²³⁰⁾。

この事案では、厚生省（当時）が食中毒の原因調査を行い、特定の生産業者（匿名で公表したが現実にはどの業者かを特定できた）が出荷した貝割れ大根が原因食材である可能性が否定できない、および可能性を最も高いとする、中間報告および最終報告を公表したところ、当該事業者（大阪で出訴）、および貝割れ大根の他の生産・販売業者と事業者団体（東京で出訴）が、国家賠償を請求した。東京地裁は請求を棄却したが、東京高裁と大阪地裁は異なる理由によるが、名誉、市場における評価ないし信用の毀損に係る損害賠償請求を認容した²³¹⁾。

これらの判決では、公表の違法性が主たる争点となった。本稿は、公表の違法性を基礎づける理由のうち、「法律の留保」の要否について着目したい。そこで、以下では、まず、従来の議論を整理することにしてしよう。

(b) 「法律の留保」

「法律の留保」については、三判決ともこれを不要としている。

すなわち、東京高裁は、「本件各報告の公表は、現行法上、これを許容し、又は命ずる規定が見あたらないものの、関係者に対し、行政上の制裁等、法律上の不利益を課すことを予定したものでなく、これをするについて、明示の法的根拠を必要としない」とする。さらに、「本件各報告の公表を受けてされた報道の後、貝割れ大根の売上が激減し、これにより」事業者団体が受けた「不利益は、本件各報告の公表の法的効果ということではでき

ず、これに法的根拠を要することの裏付けとなるものではない」とする。

東京地裁は、次のように言う。本件各公表は、「公表の対象となっている本件特定施設に対して貝割れ大根の販売等の営業を禁止する趣旨を何ら含むものでなく、まして、原告業者らその他の貝割れ大根生産業者に対してかかる営業を禁止するものではなく、行政上の規制や勧告に従わない者に対する制裁ないし強制手段としての性格を有するものでもないから、法律上の根拠なくして行うことができない権力行為とみることはできず、いわゆる非権力的な事実行為にすぎないと認められ、本件各公表に必ずしも法律の明示の根拠が必要とは考えられない」。そして、事業者団体の不利益については、「これは、本件各公表行為、それに引き続き報道機関における報道によって、事実上不利益を受けたにとどまるものというべきであり、そのことのゆえに本件各公表行為が原告業者らの営業の自由を直接侵害する権力行為であるとみることはできない」とする。

大阪地裁は、「行政機関が私人に関する事実を公表したとしても、それは直接その私人の権利を制限しあるいはその私人に義務を課すものではないから、行政行為には当たらず、いわゆる非権力的事実行為に該当し、その直接の根拠となる法律上の規定が存在しないからといって、それだけで直ちに違法の問題が生じることはないというべきである」とする。

三判決の採った論理構造は次のようなものであろう。すなわち、①直接の不利益を生じさせない行政作用には「法律の留保」を要しない、②原告の不利益は、本件各公表によって直接生じたものではない、③したがって、本件各公表には「法律の留保」を要しない。

本件各公表と原告の不利益との間の事実的因果関係は明らかであろう。しかし、原告の不利益は、情報提供自体によってではなく、

230) 東京地判平成13年5月30日判時1762号6頁、大阪地判平成14年3月15日判時1783号97頁、東京高判平成15年5月21日判時1835号77頁。

231) 事案の要約は、山本隆司「事故・インシデント情報の収集・分析・公表に関する行政法上の問題（下）」ジュリ1311号168頁、177頁（2006）に拠った。

それを受けた各私人の行動の集積によって引き起こされた。その意味で、事実上高度の蓋然性をもって不利益の発生が予見されたとしても、「直接の不利益」とは言えないということであろう。

こうした三判決の判断に対して、異議を唱え、「法律の留保」が必要であると主張するとしたら、そのルートは、大きく分けて二つ考えられよう。第一に、②の否定、すなわち、本件においても、直接的な不利益が生じていると主張するか、第二に、①の否定、すなわち、間接的な不利益であっても「法律の留保」を要することがあると主張するか、である。もっとも、三判決の判断について、学説は概ね好意的である。たとえば、瀬川信久氏は「一応、問題がないであろう」とし²³²⁾、村上裕章氏は「本件のような情報提供のための公表に法律の根拠を要求する見解は見られず、妥当な判断である」とする²³³⁾。

しかし、有力な反対説もある。たとえば、山本隆司氏は、「日本では、公共の安全を守るための情報の公表であれば法律の根拠を要しないことに、ほとんど異論が差し挟まれていない」が²³⁴⁾、実はその論拠は薄弱であるとする。すなわち、「こうした公表が古典的な『命令と強制』に当たらないこと、給付行政としての性格を持つことだけでは、それが（同時に）侵害留保原理という侵害の性格を持つことを否定する論拠にはならない」とし、理論的に言えば、「規制を内容とする行政行為と機能的に等価な『警告』は、法律の根拠を要するように思われる」とするのである。

こうした有力説は、ドイツにおける判例と、少なくとも一般論のレベルでは整合的である。そこで、ここでは、同じく情報提供の「法律の留保」の要否が問題となった、二つのドイツ判例を参照する。すなわち、オショー決定と²³⁵⁾、グリコール・ワイン決定である²³⁶⁾。両決定の内容は類似しているもので、ここでは、オショー決定について、西原博史氏の翻訳をもとに紹介する²³⁷⁾。

オショー決定は、まず、次のように言う。「連邦政府は、議会や一般国民に対して、オショー運動やそこに属する集団、そしてその目的や活動について、情報提供を行うことができる。その際に連邦政府は、憲法から直接に導き出せる政府の国家指揮の任務に依拠することができ、それ以上の法律による授權を必要としない。国家指揮の任務は²³⁸⁾、適時の公的な情報提供によって国家・社会の中における対立の解決を容易にすることだけではなく、このようにして短期的に生じる挑戦に対処し、危機や市民の懸念に対して即座に適切な反応を取り、また、市民が方向設定をできるようにする任務をも含む」。すなわち、「国家指揮」という「憲法から直接に導き出せる」任務を根拠として、行政は、情報提供を行うことができる。

また、続いて、「この情報提供行為は、間接的・事実上の基本権に対する侵害的影響が伴っている場合であっても、基本法が政府に割り当てた国家指揮の任務によってカバーされている」とし、間接的・事実上の侵害がある場合であっても、情報提供行為には原則として法律の根拠は不要であるとする。

232) 瀬川信久「二つの O-157 判決——食中毒の原因を公表した行政の国家賠償責任」判タ 1107 号 69 頁、70 頁 (2003)。

233) 村上裕章「集団食中毒の発生と情報提供のあり方——O-157 東京訴訟控訴審判決を契機として」ジュリ 1258 号 112 頁、115 頁 (2003)。

234) 山本・前掲注 231)181 頁。

235) BVerfGE 105, 279. Beschluss des Ersten Senats vom 26. Juni 2002. 内容は、西原博史「ドイツ憲法判例研究 (116) 政府の情報提供活動における〈警告〉と信教の自由の保障」自治研究 79 巻 7 号 144 頁 (2003) に拠った。

236) BVerfGE 105, 252. Beschluss des Ersten Senats vom 26. Juni 2002. 内容は、丸山敦裕「ドイツ憲法判例研究 (134) 国家による情報提供活動の合憲性——グリコール決定」自治研究 81 巻 12 号 144 頁 (2005) に拠った。

237) 西原・前掲注 235)146 頁。

238) 西原・前掲注 235) は、Staatsleistung について、「国家指揮」と翻訳する。もっとも、本稿筆者の見るところ、同語については、「国家指導」と訳される方が多い。そこで、本稿でも、「国家指導」を原則とし、西原博史氏の翻訳を引用するときのみ、「国家指揮」を使うことにする。

もっとも、例外的に法律の根拠が要請される場面も認めている。すなわち、『法律の留保』は、そこで取られる措置が目標設定や作用の点において伝統的な意味における基本権に対する侵害的規制と評価すべき国家的措置の単なる代替手段である場合のほかは、特別の授權を求めない。すなわち、「伝統的な意味における基本権に対する侵害的規制と評価すべき国家的措置の単なる代替手段である場合」には、例外的に法律の根拠が要請されるのである²³⁹⁾。

それでは、「伝統的な意味における基本権に対する侵害的規制と評価すべき国家的措置の単なる代替手段である場合」とは、どのような場面であろうか。この点については、当該行政作用の「目的」に着目するべきであろう。ドイツ連邦行政裁判所の二つの判決を参照する。

第一に、「医薬品の価格・効能・品質保証等の一覧表（透明化リスト（Transparenzliste））の公表、および公表に先立つ医薬品製造業者からの情報収集は、業者の企業活動の自由に対する『目的的で基本権固有の（final und grundrechtsspezifisch）』侵害にあたり、法律の授權を要する」²⁴⁰⁾。第二に、「汚染されたワインとそれを詰めた業者の一覧の公表は、職業活動の自由に対する『目的的』侵害ではなく、実質的にも『基本法12条1項が保護する業者の自由を侵害しない』」²⁴¹⁾。

このように、ドイツにおいては、侵害が「目的的」であるか否かをメルクマールにする一群の判例がある²⁴²⁾。山本隆司氏は、これを、「国家作用（Einwirkung）を行う側から見て、国家作用がいかなる社会関係をいかに形成する意味・目的を持つかを、全体として分析する態度」であると評し、「国家作用を行うための制度をいかに構築するかに関わる、法律

の留保について判断する際には」、こうした「分析枠組みを一貫して採るべきであろう」とする²⁴³⁾。

あるいは、加藤幸嗣氏は、さらにドラシックである。すなわち、氏は、「さしあたり、義務の不履行等に係る公表措置、あるいはより広く、人を識別する情報に係る公表措置については、制裁を目的とするものであるか否かにかかわらず、いったん、すべて法律の根拠が必要と考えたうえで、情報提供を目的とする場合等については、そのことが状況により言わばその例外許容事由として働きうることもあると解しておくことも一つの考え方ではないか」とするのである²⁴⁴⁾。

(2) 「自由意識の喪失」

a 効果

O-157 に関する三判決は、いずれも当該情報提供行為には「法律の留保」は不要とした。これに対して異議を唱える方法は、既に指摘したように、①本件においても、直接的な不利益が生じていると主張するか、②間接的な不利益であっても「法律の留保」を要することがあると主張するか、しかない。

このうちの①について、「自由意識の喪失」の個別的作用が積極的な意味を持ち得る。すなわち、情報提供行為の直接的な相手方は、その情報の受け手である。そうであれば、情報の受け手に不利益が生じていると言うことができれば、その不利益は、直接的な不利益であるということになる。そして、その情報の受け手の不利益として想定されるのが、「自由意識の喪失」である。

それでは、②はどうか。ここでは、先に紹介した有力説の「侵害の機能的等価」の例外則が参考になる。すなわち、間接的な不利益ではあるが、直接的な「侵害」と「機能的」に「等価」であるから、これに「法律の留保」

239) 両決定及びそれに関わるドイツの学説の紹介については、鈴木秀美「行政の公表による信用毀損」法時75巻12号116頁（2003）も参照。

240) BVerfGE 71, 183. 内容は、山本・前掲注 86)415 頁に拠った。

241) BVerfGE 87, 37. 内容は、山本・前掲注 86)416 頁に拠った。

242) もっとも、山本・前掲注 86)416 頁によれば、「国家作用（Wirkung）を受ける側から見て、国家作用が個人の自由意思に与える物理的・心理的拘束力を、個々に分析する態度」を採る判決もある。

243) 山本・前掲注 86)416 頁。

244) 加藤幸嗣「行政上の情報提供・公表」芝池ほか編・前掲注 20)40 頁，41 頁。

を要するというものである。

そして、これは、ドイツにおけるオショー決定やグリコール・ワイン決定も認めるところであった。もっとも、両決定は、それぞれの事案で「侵害の機能的等価」に相当するものを認めず、「法律の留保」は、これを不要と解した。この点については、このように解すると、法律の根拠を要する「侵害の機能的等価」の範囲が過度に狭くなるという批判があるところである²⁴⁵⁾。

この点に関する斎藤一久氏の見解も紹介に値しよう。氏は、O-157のような事案を「従来の人権理論における『谷間』の問題」と捉えた上で、「基本権の間接的侵害」として位置づけ、「法律の留保」の要否を別途検討するべきであるとする。

すなわち、まず、問題状況を次のようにまとめる。「国家の情報提供行為によって、私人は、行政上の義務不履行などによる制裁目的の公表の場合、または名誉権（人格権）侵害に該当する場合は別として、信教の自由、表現の自由、営業の自由などの基本権を必ずしも直接的に侵害されるわけではない」とし、O-157の事案も、「国は特定地域または特定業者の貝割れ大根の販売・購入を禁止したわけではなく、消費者のために情報を提供したに過ぎない」とする。しかしながら、O-157の事案は、「結果として、消費者全体が当該情報を信じ、貝割れ大根を買い控え、また一部の消費者及び小売業者が特定地域または特定業者の貝割れ大根の購入を止めるといった事実上の間接的なマイナスが生じた」のである。

その上で、「それゆえ国家の情報提供行為は、古典的な国家による人権侵害でも、また私人間効力論で想定されているような私人による人権侵害とも分類し難い」とし、情報提供行為のもたらす問題状況が、従来の人権理

論では捕捉し難いものであることを指摘する²⁴⁶⁾。

そして、そうした問題状況について、「第三者としての私人が、国家の非権力的な手法により間接的に影響を受けたことを契機として、すなわち国家が私人の行為を制御した結果として、人権を侵害しているという構図であり、その意味では従来の人権理論における『谷間』の問題として、『基本権の間接的侵害』と位置づけられるべき」であるとし²⁴⁷⁾、「O-157事件における国家の情報提供行為について『法律の留保』は必要ないとする判例評釈が多数見られるが、ドイツ学説における先の諸判決に対する批判を見る限り、疑問が残るところである」とするのである²⁴⁸⁾。

傾聴に値すべき議論である。しかし、こうした「侵害の機能的等価」や「基本権の間接的侵害」という観点について、「自由意識の喪失」概念の導入が貢献するところはほとんどないように思われる。「自由意識の喪失」概念の導入が②の方向性に貢献し得るとしたら、そのような筋ではなく、その全体的作用に拠る。

すなわち、オショー決定及びグリコール・ワイン決定は、情報提供が「国家指導」に含まれるがゆえに法律の根拠は不要としていた。ここに言う「国家指導」とは、「政治的決断が必要な問題状況について情報提供を行う、政府の広報活動を正当化するために認められてきた枠組み」である²⁴⁹⁾。しかし、情報提供の社会を方向づける目的および効果の大きさから、「国家指導」よりは特定された任務を法律で定めることも必要なのではないか²⁵⁰⁾。

このような、「社会を方向づける目的および効果の大きさ」から「法律の留保」を要するという発想は、かなり有力である。たとえば、塩野宏氏は、給付行政に関するものでは

245) 山本・前掲注 231)180 頁。

246) 斎藤一久「基本権の間接的侵害理論の展開——国家の情報提供行為による基本権侵害を中心として——」憲法理論研究会編『憲法学の最先端（憲法理論叢書 17）』55 頁，56 頁（敬文堂，2009）。

247) 斎藤・前掲注 246)56 頁。

248) 斎藤・前掲注 246)63 頁。

249) 西原・前掲注 235)150 頁。

250) 山本・前掲注 231)180 頁。

ないが、次のように言う。すなわち、「侵害留保理論の自由主義的機能と現実の行政需要を前提とすると、侵害領域における法律の留保の原則は維持するとして、これに加えて、わが国民の将来の生活を規定するようなもの（たとえば国土開発計画）については、国民の法的利益への直接の影響とは無関係に、わが国の民主的統治構造との関係からして法律の根拠を要する、という解釈も成り立つのではなかろうか」²⁵¹⁾。

このような「社会を方向づける目的および効果の大きさ」を一層強調するものとして、「自由意識の喪失」の「市場全体の活力を奪い、あるいは芸術・学問分野における価値基準を捏造する」という全体的作用は機能し得る。こうした観点から、「法律の留保」の要否が検討されてよいように思われる。

b 有無

それでは、情報提供によって「自由意識の喪失」はもたらされ得るのであろうか。定式Ⅲに見た如く、「自由意識の喪失」とは、次のように定式化されるものである。すなわち、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性により、③人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受益者を越えて、経済分野において市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野において価値基準を捏造するものである。

①については問題なかろう。もっとも、ここで、たとえばNHKによる放送がここに言う情報提供に含まれるかも問題となり得る。しかし、政府言論の五類型に見た如く、国家が自ら言論する場合のみならず、私人ないし専門職を「道具」として言論する場合も捕捉する必要がある。したがって、NHKによる放送等についても、国家の「道具」となる危

険性がある場合には、ここに含めてよい。その場合、主体はつまるところ「国家」であるからである。

②についてはどうか。まず、情報提供は金銭的な利益を与えるものではないが、文字通り「情報」を与えるものである。そして、現代社会において「情報」が持つ重要性は改めて論ずるまでもないであろう。したがって、「利益的作用」とであると言える。また、国家は、不断に国民に対して何らかの「情報」を発信している。たとえば、政府広報等が考えられよう。したがって、「継続的」とであるとも言える。

では、「中毒性」を持つか。現代社会においては、膨大な量の情報が飛び交っている。私人は、自らの行動を決定するに当たって、その中から正しいものを選び取らなければならない。その際、国家による情報提供が、私的なメディアや専門機関等によって発信される無数の情報と対等であれば、独自に論じるべき問題はない。しかし、国家の提供する情報は、ある場面において、自らを選び取らせる強力な動機付けを有することがある。

その「ある場面」を示すに当たり、国家による情報提供がなされる場面を、(ア)国家の寡占的な情報提供状態にある場合と、(イ)そうでない場合に分ける。さらに、(イ)における国家による情報提供の訴求力の強度を、二軸によって類型化する。

まず、(イ)について、その二軸とは、以下を意味する。第一に、その判断の影響の深刻度である。たとえば、その判断によって自らの生命・身体がかかっているというとき、私人は国家のもたらす情報を信じる傾向にある。影響が深刻であるからこそ、私人は保守的になり、保守的になるからこそ、国家のもつある種神秘的な正統性が魅力的に映るのであろう。第二に、その判断に要される専門性のゆえに、通常の私人にそれを期待するのは困難であるとき、私人は国家のもたらす情報を信じる傾向にある。他の私人たる専門機関の判断によってもこれに代替することは可能

251) 塩野・前掲注1)77頁。

であるが、国家のもつ甚大な情報の収集・蓄積・発信力は、他に類を見ないものがある。

国家による情報提供の訴求力は、こうした二軸の相関関係により定まる。そのうち、少なくとも判断の影響が深刻でその判断に専門性が要されるときには、そのような判断をいったん国家に委ね始めると、その判断の困難性と国家に身を委ねることの安易性のゆえに、私人は国家による情報に依存するようになるであろう。したがって、少なくともこのような場合であれば、情報提供行為は「中毒性」を帯び得る。O-157の事案も、まさにこの類型に属するであろう。

(ア)については、国家の寡占的な情報提供状態にある以上、私人は、その情報を利用せざるを得ない状況にある。したがって、判断の影響の深刻度やその判断に要される専門性の度合いを云々言うまでもなく、「中毒性」を帯び得る。たとえば、義務教育がこれに当たる。蟻川恒正氏は、皮肉にも次のように言う。すなわち、「教育とは、『囚われの聴衆』に宛てた **government speech** に対し、政府が冠した美称である」²⁵²⁾。教育を受けるべき子供は、未成熟であることも相俟って、その影響力は深刻である。

したがって、「中毒性」について、すなわち②については、情報類型によっては、これを充足し得る。そして、このとき、④⑤についても同時に充足するのは、これまでの検討により明らかであろう。

③についてはどうか。国家の情報提供は多岐にわたるものである。したがって、その個々の場合について、一概に人格的自律に必要不可欠であると言うことはできない。もっとも、場合によっては③を充たし得るであろう。たとえば、国家が種々の職業に価値序列を設け、その序列が絶対的なものであるかのように発信し続け、私人がそれを信じるに至った場合はどうであろうか。それにより、私人は、職業選択の際に、自分の能力・境遇等からして選択可能なもののうち、国家がよ

り上位に位置づけたものを職業として選択しようとするであろう。これは、職業選択の自由という人格的自律に必要な不可欠な自由に関する「自由意識の喪失」ではないか。

もっとも、O-157の事案について言えば、そこで喪失された「自由意識」は、「貝割れ大根、とりわけ特定の事業者の貝割れ大根を買うかどうか」の判断に関するものである。これは、憲法13条の「新しい人権」論に鑑みても、人格的自律に必要な不可欠とまでは言えず、したがって、これだけでは③を充足するものではない。

⑥についてはどうか。すなわち、政府言論にも全体的作用は存在するか。この点については、民主主義との関係を指摘しなければなるまい。特定の情報類型において、国民が国家を疑わなくなったとき、すなわち、国家が国民の「洗脳」に成功したとき、少なくともその領域において民主主義は機能不全に陥ってしまうのではないか。

この点について、蟻川恒正氏は、次のように言う。すなわち、「言論の伝達能力において圧倒的な潜勢力をもつ政府が、特定の **viewpoint** にもとづいて強力に表現活動を遂行するならば、その活動の言論市場に与える影響は無視することができない。それは、政府による国民の同意獲得過程を政府に有利な方向で操作すること (**falsification of consent**) を可能にするだけでなく、より一般的に、言論市場における情報伝達過程を歪める危険がある」²⁵³⁾。

すなわち、政府言論の問題は、単に言論市場において対立する意見を黙らせるということに留まらず、「同意を偽装する」ことで民主主義を骨抜きにし、国家を尊大な教師ならしめる「特定の意識」を私人に植え付けることにあるのである²⁵⁴⁾。

c 再々再定式化

以上を受けて、「自由意識の喪失」概念は、再々再定式化される(以下、「定式iv」という)。直接の修正を要するのは、以上の検討

252) 蟻川・前掲注112)123頁。

253) 蟻川・前掲注202)93-94頁。

254) 阪口・前掲注200)32頁。

で明らかのように、⑥のみである。

すなわち、「自由意識の喪失」とは、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性により、③人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受益者を越えて、広くは民主主義を骨抜きにし、経済分野においては市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野においては価値基準を捏造するものである。

3では、これに加え、②の「中毒性」について、より精緻な検討を行った。

d 再考

冒頭でも述べた通り、本稿は、行政規律の第一次元に専ら重点を置くものであり、基本的には法的統制論まで深く立ち入るものではない。しかし、ここでは、aでの議論を前提に、bでの検討を受けて、「自由意識の喪失」概念が「法律の留保」の要否に関する議論にもたらす効果について立ちかえり、若干深く検討する。

さて、bでの検討に明らかのように、O-157の事案では、国家による情報提供は、「自由意識の喪失」の個別的作用をもたらすものではなかった。では、「法律の留保」も不要であるのか。これは、必ずしもそうではないように思われる。なぜなら、国家による情報提供行為は二面性を有するからである。

すなわち、国家による情報提供は、危険性と同時に必要性も有する。まず、その危険性は、次の二点である。

第一に、確かにO-157の事案は、「自由意識の喪失」の個別的作用をもたらすものではなかった。しかし、bで見たように、国家による情報提供は、場合によっては「中毒性」を持ち、「自由意識の喪失」の個別的作用をもたらすものである。そうであれば、これを野放しにしておくのは適切ではない。

第二に、個別的作用だけでなく、bで見たように、情報提供は「自由意識の喪失」の全体的作用ももたらし得る。すなわち、「民主主義の骨抜き」である。これは、民主主義という現代国家の大前提を掘り崩すという点で、忌避されるべきものである。国家が全く善良な意図で、中立的な立場に基づき、情報提供を行っている場合はまだ良い。しかし、国家はそこまで全面的に信頼してよいものではあるまい。

蟻川恒正氏は、次のように言う。すなわち、「今日、もし思想の統制が行われることがあるとすれば、政府の介入は、かつての如く、思想に対する『検閲者 (government as censor)』の相貌を露わにすることを愧じぬ仕方によってではなく、むしろ逆に、国民に対する有益な『情報提供者 (government as speaker)』として、『思想の自由市場』というフィクションから引き出しうる限りの便宜を引き出して、自らの欲する思想を国民の中に浸潤させていくという方式によって、遂行されるであろう。しかも、思想統制のかかる新しい形式の下で、国民は、のちに見る如く、しばしば広い意味で『囚われの聴衆』とも呼ぶべき存在へと——あるいは制度的に、あるいは事実上——転ぜしめられているのである」²⁵⁵⁾。

このように、情報提供行為には危険性が伴う。しかしながら、国家による情報提供は、必要性も有する。その必要性として、次の二点が考えられる。

第一に、国家による情報提供は、私人の自律的決定を阻害し、民主主義を骨抜きにし得るが、同時に、それを豊かにもし得る。

私人が何らかの活動を行うとして、そのための決定をする際、その決定を支える情報が必要不可欠である。そうした情報が豊かであればあるほど、当該私人の自律的決定は有意義なものになりうる。そして、国家の情報収集・蓄積・保有の能力は甚大である。そうであるならば、国家が情報提供を行うことは、むしろ、私人の自律的決定を豊かにするとい

255) 蟻川・前掲注112)112頁。

う意味も持つ。

第二に、私人の生命・身体を保護するために必要である。この必要性は、私人の生命・身体に対する緊急の危険があるときに特に明らかになる。O-157の事案は、まさしくこの類型であった。

たとえば、村上裕章氏は、「最近の食品衛生法の改正及び食品安全基本法の制定に見られるように、リスク・コミュニケーションの観点から情報提供が求められることはもはや時代の趨勢であり、行政が裁判所の判断を冷静に受け止め、情報公開に躊躇しないことを望みたい」とする²⁵⁶⁾。あるいは、鈴木秀美氏も、「被害拡大を防止し、国民の不安を解消するためには食品の安全性や伝染病に関わる情報の迅速な公表が求められる」とする²⁵⁷⁾。私人の生命・身体に対する危険が迫っているとき、それを救うために、何らかの情報を提供することは、むしろ国家の義務であると言え言える。

このように、国家による情報提供は、危険性も必要性も併せ持つ。危険性の故に、必要性を理由としてこれを野放しにするのは適切ではなく、必要性の故に、危険性を理由としてこれを全面的に禁ずるのも適切ではない。そうすると、国家による情報提供行為は、補助金交付行政と同様²⁵⁸⁾、「自由意識の喪失」を軸として、目的・手段の必要性・比例性から、憲法上正当化されるものとそうでないものに分類されるというべきである。

そこで、憲法上正当化され得る範囲に留めるため、何らかの方法で法的に統制することが必要となる。しかし、事後的に「自由意識の喪失」自体を理由として訴訟等を提起することは、補助金交付行政において見たように、現実には想定し難い。そうであれば、事前的統制を重視せざるを得ない。そのために、その具体性の程度はさておき、法律段階で許される範囲をある程度特定し、あるいはそもそも許され得ない範囲を明示することが

望ましい。

問題は、そうであるとして、どの程度具体的に法律に書かれるべきか、である。すなわち、情報提供について、許される場合とそうでない場合の規範の明確化・具体化は困難であるようにも思われる。また、O-157の事案のように、緊急の事態に直面してなされるものもあり、そのような場合、問題が発生してから立法化していたのでは間に合わず、他方で、国会がそうした事態を全て想定して立法化することは困難である。そうであるとする、法律段階ではある程度抽象的・包括的な定めを留め、あとは行政の裁量に委ねざるを得ない。そうすると、「法律の留保」と言っても、結局は中身の無いものになってしまう。

この場合になお「法律の留保」を課すと、今度は「法律の留保」自体がその概念を拡散させてしまう虞がある。この点について、塩野宏氏は、補助金交付行政についてであるが、次のように言う。すなわち、「その法律によって、補助金行政がいわゆる法規の執行と化す程度にまで要件が法定されるならば格別、かなり幅のある授權で足るとするならば、侵害留保理論がこれまで有してきた自由主義的機能——「法律の留保」内における行政活動においては自由裁量は存在しない——という基本原理が弱められる可能性があると思われるのであって、道具概念の安易な拡張的適用は厳につつしまれなければならない」²⁵⁹⁾。

この点は、確かにそうであろう。情報提供を含む給付行政においては、一般に行政の裁量が広く認められる必要があることは否定できない。したがって、法律に事細かに書きこむことはおそらく不可能である。そうであるなら、給付行政に「法律の留保」を要求してみたところで、法律による授權内容はある程度漠然にならざるを得ない。そうすると、それにつられて、「法律の留保」の有する意味内容自体が希薄になりかねないと言えるであ

256) 村上裕章・前掲注233)118頁。

257) 鈴木・前掲注239)118頁。

258) 本稿I 4(4)c参照。

259) 塩野・前掲注4)96頁。

ろう。

こうした「法律の留保」概念の希釈化に留意しつつ、法律段階で規定するとしたら、どのようなものが考えられるか。ここでは、簡単に方向性を示すに留める。

第一に、許容される情報提供の「目的」を列挙し、個々の情報提供ごとに、その情報提供が許容される「目的」のうちのどれに当たるかの説明責任を国家に課すことが考えられる。これは、先にも見たように、恐れるべきは国家による「洗脳」である。そのような不当な目的での情報提供は許容すべきではない。もっとも、国家に説明責任を課したとしても、国家は巧みに嘘をつくかもしれない。しかし、目的の言明を強制することで、その嘘を見破ることは多少容易になろう。

第二に、情報の正確性・中立性を確保しなければならぬ。しかし、そうした理念を法律に書いたところで、国家がそれに従うかは分からない。そこで、一定の仕組みないし手続を強制することが考えられる。そのような仕組みないし手続として、以下のようなものがとりあえず想定される。

まず、国家による情報提供の監査を専門とする機関の設置である。国家による情報提供の正確性は、現在では専ら政党間の政争の具に使われる一方である。そうした政争から離れた機関による監査が望ましいとは言えないか。

あるいは、国家が情報提供をする際、場合によっては、一定数以上の専門機関の、できれば対立した見解を合わせて公表することを義務付けることにより、偏った情報のみが流布することを一定程度抑止することができるであろう。

さらに、関係者から広く情報を集める機会を設けることが考えられる。これは、関係者に対する手続保障の観点のみならず、「調査に必要な情報に最も近い者から情報を収集して行政機関による調査・判断・公表の合理性を担保する観点からも」、必要である²⁶⁰⁾。さらに、そうした情報収集過程で国家の提供

しようとする情報と食い違う関係者が現れた場合には、当該関係者に対して反論権を認めてはどうか。

第三に、しかし、たとえばテロや地震のような緊急事態には、そのような悠長なことは言っていられない。したがって、一定の場合に仕組みないし手続を省略してよいことも定めるべきであろう。

Ⅲ. 展望

1 法的統制論に向けて

(1) 方針

冒頭でも述べたように、本稿は、行政規律の二次元のうち、第一次元、すなわち、行政作用によりどのような不利益が生じるのかの検討を主題に据えた。この主題を、Ⅱまでは扱った。Ⅲ 1 では、これを受けて、行政規律の第二次元、すなわち、どのような法的統制論が構築され得るかを、簡単に素描する。

まず、本稿の成果から、法的統制のあり方について、次のような方針が導かれる（以下、「本稿の統制方針」という）。

第一に、個別的作用の個別的把握による法的統制は断念せざるを得ない。すなわち、まさにこの事案において、この私人が「自由意識の喪失」を被ったから、それは違法であるとは実際には言い難い。なぜなら、個別的作用は、いつ、どこで、誰に生じているのか、他人はもちろん、本人にとっても認識されにくいものであるからである。

そこで、まず、全体的作用に着目することが考えられる。もっとも、個別的作用も、個々人の基本権を侵害するものであり、基本権上有意である。ただ、個別的に把握され難いというに過ぎない。したがって、個別的作用も、抽象的・潜在的にはあるが、捉えられるべきであろう。

第二に、訴訟による事後の統制は、一定の「工夫」を用意しなければ、これを実現することはできない。個別的作用は実際の訴訟に

260) 山本・前掲注 231)182 頁。

においては立証困難であり、全体的作用は主観訴訟では主題化され難いから、「自由意識の喪失」は、そのままでは訴訟において機能しない。そこで、訴訟による統制を目論む場合には、一定の「工夫」をしなければならない。

第三に、そうすると、基本線としては、全体的作用ないし抽象的・潜在的な個別的作用に着目した、事前的統制が想定されることになる。

第四に、統制の大枠としては、目的に着目する。したがって、目的の明確化が統制の前提となる。すなわち、「自由意識の喪失」に貢献する行政作用は、全く禁じられるものではない。そこで、目的に応じて、許される範囲とそうでない範囲を画することになる。

まず、目的的に「自由意識の喪失」に貢献する場合には、その行政作用は一切許されない。次に、そうでない目的の場合には、その目的に照らして許容され得る程度の「自由意識の喪失」への貢献であるのかを判断することになる。

第五に、「自由意識の喪失」概念の発見は、それを軸として、給付行政全般に統一的な統制枠組を提唱することを可能にする。したがって、ある給付行政分野で提唱されていた統制方法を、広く給付行政一般に及ぼすことが試みられるべきである。

こうした観点も踏まえて、以下では、法的統制のあり方として、三つの可能性を指摘する。すなわち、第一に目的確定理論、第二に「法律の留保」、第三に「切断」である。なお、これらは排他的なものではなく併用可能である。

(2) 目的確定理論

第一に、目的確定理論である。これは、本

稿が I 3 において紹介したハベルカテ論文が提唱しているものである²⁶¹⁾。すなわち、それは、「議会が目的を定立し、当該目的にしたがって行政府が資金交付を行い、それを裁判所が右目的との関連で比例準則を用いて審査する」という統制枠組である²⁶²⁾。

ハベルカテが提唱する枠組を、櫻井敬子氏は、次のようにまとめている。①議会は、資金交付の目的を明確に「法律 (Gesetz)」によって定めなくてはならない。②国家 (執行府) には右目的にしたがって行動しなくてはならないことが比例準則 (Verhältnismäßigkeitsgebot) によって要請される。③②は、裁判所において審査されるが、その目的一手段審査は消極的なものである²⁶³⁾。

ハベルカテ論文の眼目は、給付行政にも比例原則を適用することを提唱した点にある。すなわち、給付行政の統制方法として、基本権を端緒とするものが従来想定されてきたが、ハベルカテによれば、それでは不十分である。そして、そのこと自体は、本稿の結論とも一致する。すなわち、基本権による統制は、受領者の基本権に着目しても実際の訴訟では機能し難く、競争者の基本権に着目しても非常に限定された場面ではしか機能し得ない²⁶⁴⁾。そこで、ハベルカテは、「包括的にコントロールしうる比例原則の中で基礎づけられる、目的と手段のコントロールが、必要になる」とする²⁶⁵⁾。

「目的と手段のコントロール」をするには、まずもって、目的が明確化されることが必要である。そのために、ハベルカテは、法律によって補助金交付の目的を明確化することを提唱した²⁶⁶⁾。そして、これを前提に、裁判所が目的・手段審査を (消極的に) 行うこと

261) 詳しくは、村上武則・前掲注 21) 第五章参照。

262) 櫻井・前掲注 40) (三) 108 頁。

263) 櫻井・前掲注 40) (三) 108 頁。

264) もっとも、既に見たように、ハベルカテは、本稿の立場と異なり、そもそも受領者の不利益を基本権上の問題として扱わない (本稿 I 3 (3) c 参照)。競争者については、本稿 I 4 (3) a (c) 参照。

265) 村上武則・前掲注 21) 192 頁。

266) 櫻井敬子氏は、「比例準則」と訳出している。これは、従来侵害行政分野に適用されてきた「比例原則」との相違を強調しようとするものであると思われる。すなわち、給付行政において適用される「拡大された比例原則」と、「侵害領域において語られていた比例原則」とは、用語は同一でもその内容は異なるものと言わざるを得ない。詳細は、櫻井・前掲注 40) (三) 109 頁参照。

になる²⁶⁷⁾。

こうしたハベルカテの目的確定理論は、本稿の統制方針と整合的である。

第一に、目的確定理論は、まさに目的を軸とした統制方法である。

第二に、目的確定理論は、全体的作用ないし抽象的・潜在的な個別的作用に着目した、事前的統制という側面を持ち得る。

まず、事前の法律段階で目的を明確化させることによって、「資金交付に伴って生ずる『自由意識の喪失』を防ぎ、資金の過剰給付を抑制する方策としてたてられた」ものであると言う点で²⁶⁸⁾、事前的統制としての側面を持つ。

次に、ここで企図されているのは、目的に照らして相当である手段に抑制すること、すなわち「資金の過剰給付を抑制する」ことにあるという点で、「自由意識の喪失」が実際に個別的作用として生じているかを問うものではない。もっとも、資金給付の過剰性を審査する中で、全体的作用ないし抽象的・潜在的な個別的作用を考慮することは可能であろう。

第三に、それは、事後的統制を可能にするための一つの「工夫」としての側面も持つ。すなわち、目的を確定することで比例原則の適用を可能にし、比例原則を適用することで裁判所による審査を可能にするのである。

この点において、「法律の留保」とは性質を異にする。すなわち、目的を留保し、それをもって行政作用の発動要件とする点では「法律の留保」の範疇にあるが、それによって裁判所による事後的統制を企図する点では「法律の留保」の含意を越えるものである²⁶⁹⁾。また、「目的と手段のコントロール」に耐え

得るほど詳細な目的の記載を要求する点でも、伝統的な「法律の留保」とは異なる²⁷⁰⁾。

(3) 「法律の留保」

第二に、「法律の留保」である。「自由意識の喪失」という新たな問題の発見は、「法律の留保」が要請される場面を拡大するであろう。この点については、既に情報提供について若干検討したところであるが²⁷¹⁾、ここでは、広く給付行政一般について検討する。

「法律の留保」論についての学説の大まかな流れは、次のようなものであった。すなわち、第一に、伝統的には、侵害行政に「法律の留保」を要すると言われてきた。第二に、こうした侵害留保理論を立憲君主イデオロギーに立つものとして批判し、わが国の民主的憲法構造に立脚し権力的行政に法律の根拠を要求する見解が生じた(全部留保理論²⁷²⁾)。第三に、これら二つの類型はいずれも当面の対象を権力発動の分野にのみ限っているのであるが、行政の法的行為形式とは離れて、日本国憲法の社会国家的構造に基盤をおいて、給付行政にも法律の根拠を要求する見解も生じた(社会留保理論²⁷³⁾)。第四に、近時では、ドイツの判例法理を参考に、行政活動の「本質的事項」については議会が決定しなければならないとする「重要事項留保(本質性留保)説」も有力に主張されるに至っている²⁷⁴⁾。

学説は、「法律の留保」という最も古典的かつ基本的な概念について、このように未だに混迷している。しかし、侵害行政のみに「法律の留保」を要求すればよいわけではないというレベルでは、概ね意見の一致が見られるように思われる。問題は、では、どの範囲に拡大すればよいのかである。

特定の給付行政に「法律の留保」が必要で

267) 「消極的に」ということの意味は、裁判官は、「目的達成コントロール (Kontrolle der Zweckerrichtung)」ではなく、「目的違背コントロール (Kontrolle der Zweckverfehlung)」をするべきであるとされているからである。その背景には、裁判官による社会形成への危惧感がある。櫻井・前掲注 40) (三) 110 頁参照。

268) 櫻井・前掲注 40) (三) 108 頁。

269) 櫻井・前掲注 40) (三) 110 頁参照。

270) 村上武則・前掲注 21) 173 頁。

271) 本稿 II 3 (2) d 参照。

272) 塩野・前掲注 4) 68 頁。

273) 塩野・前掲注 4) 69 頁。

274) 磯部力「法律による行政の原理」芝池ほか編・前掲注 20) 18 頁, 21 頁。

あると言うためのルートは、大きく二つある。すなわち、第一に、当該給付行政も、実は侵害作用を有するというルートである。第二に、「法律の留保」は侵害行政以外の（一定の）行政分野にも必要であり、当該給付行政がその（一定の）行政分野に含まれるというルートである。

「自由意識の喪失」概念は、まず、その個別的作用によって、第一のルートの開拓に貢献する。すなわち、補助金交付行政の侵害的性格については、先に見た如く、既にフリアウフやヘンゼラーの指摘するところであった²⁷⁵⁾。また、中原茂樹氏は、補助金の交付に法律の根拠が必要かどうかについて、「誘導手法は、国家が私人の行動を一定の方向に制御する目的をもって行政作用を及ぼすものであり、機能の点で、直接的な規制（命令・強制）と共通していることからすると、誘導目的およびそのための手段の少なくとも基本的部分は、法律で定めるべきであると考えられる」とする²⁷⁶⁾。こうした侵害的性格を強化するものとして、「自由意識の喪失」概念は機能しよう。そして、それは、補助金交付行政に限らず、給付行政一般に及ぶものである。

第二のルートについて、ドイツにおける学説に目をやると、補助金交付行政について、①侵害作用の有無に関わらず法律の根拠が必要であるとする説と、②全部留保理論に依拠しつつ、予算をもって伝統的な法律の根拠に代える説（予算留保理論）を見出すことができる²⁷⁷⁾。

①は、さらに二つに分かれる。すなわち、第一に、「国家は、法律によって認められた公益目的を追及する場合を除いては、私人に贈与すべき何物も有しない」という原則に立って、補助金交付行政に法律の根拠を要請するイプセンの見解である²⁷⁸⁾。第二に、補助

金交付行政の機能的特質に着眼して、法律の根拠を要求するシュテルンの見解である²⁷⁹⁾。シュテルンは、経済政策的万能権力を行政権に与えることは憲法に反するとする。また、平等・恣意の禁止等の法治国的要請と合法律性の要請は、制限的抑止効しか有さず、禁止的抑止効を有さないとして不十分だとし、権限規範ないし予算的抑止策でも制御し切れるものではないとする²⁸⁰⁾。

「自由意識の喪失」は、このうちの①に、さらなる論拠を追加するものである。すなわち、「自由意識の喪失」は、「当該受益者を越えて、広くは民主主義を骨抜きにし、経済分野においては市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野においては価値基準を捏造するもの」である。こうした全体的作用の重大さ故に、侵害的性格の有無に関わらず、その具体性はさておき、「法律の留保」は要されるべきであろう。もっとも、それによる「法律の留保」概念の希釈化には、注意を要する。

「法律の留保」を要求するとして、法律には何が書かれるべきか。そこで重視されるべきは、目的であろうと思われる。すなわち、国家が真に善良な意図で給付をする場面であるなら問題はないかも知れないが、ときには、国家が自己の都合の良いように私人を「洗脳」する目的をもって給付をすることもあろう。しかも、国家がそうではないフリをするかもしれない。そうすると、法律による目的の留保は、そうした「洗脳」目的を完全に排除することはできない。しかし、一定の抑止効果はあるように思われる。それにより、政治的監視も強化され得るであろう。

この点につき、駒村圭吾氏は、文化助成について、「芸術文化助成に国家の様々な思惑が混入する可能性があることにかんがみれば、助成目的を解明することには意味がある」としている²⁸¹⁾。あるいは、中原茂樹氏

275) 本稿 I 2(2) d 参照。

276) 中原・前掲注 20)203 頁。

277) 塩野・前掲注 4)88 頁。

278) 塩野・前掲注 4)85 頁。

279) 塩野・前掲注 4)86 頁。

280) 塩野・前掲注 4)86 頁。

281) 駒村・前掲注 211)173 頁。

は、誘導行政につき、行政作用の目的を①行政作用の直接の名宛人にどのような行為をなさしめるかという、いわばミクロの目的（直接目的）と、②それぞれの名宛人の行為およびその影響を受けた人々の行為の総体によって、どのような結果を生ぜしめるかという、いわばマクロの目的（終局目的）に分けた上で、行政上の誘導の法的コントロールにおいては、終局目的が法律によって明らかにされることが重要な意味を持つとする²⁸²⁾。

こうして、給付行政にも「法律の留保」を要求することにより、本来であれば期待し難い事後的統制を強化することができる。すなわち、住民訴訟で「自由意識の喪失」概念が機能することが想定し難いのは、その立証の困難にあった。しかし、「自由意識の喪失」の虞をもって「法律の留保」が必要であるとすれば、法律に基づいていない給付がなされればそれはそれだけで違法であるから、「自由意識の喪失」を立証する必要はない。こうして、立証の困難を回避する形で、「自由意識の喪失」は事後的に統制され得ることになる。

このように、「法律の留保」による統制は、本稿の統制方針と整合的である。

(4) 「切断」

第三に、「切断」である。これは、文化助成で検討した蟻川恒正氏の議論を応用しようとするものである。すなわち、文化助成で語られていた問題は、「自由意識の喪失」という統一概念の下に、給付行政一般への応用可能性を持つ。そうであるとすれば、文化助成の領域において有力視されている「切断」論を、他の分野にも応用できないか。

蟻川恒正氏は、国家による文化助成プログラムを①国家における「基本方針」の策定と②審査機関における「基本方針」の「解釈」に分け、②を「文化専門職」に委ね、国家はその判断を動かすことはできないようにすべきだと説いた。

これを、例えば補助金交付行政に応用する

とどうなるか。単純に引き直すと、次のようになる。すなわち、国家による補助金交付プログラムを①国家における「基本方針」の策定と②審査機関における「基本方針」の「解釈」に分け、②を「経済専門職」に委ね、国家はその判断を動かすことはできないようにすべき、である。

さて、では、経済分野においても、このように単純に引き直すことが許されるであろうか。補助金交付決定については、伝統的に行政裁量がかなり広い。すなわち、「明白に根拠法規が存在する場合でも、授權する法律の文言においてかなり区々であり、さらに内容的規律の度合は、なおさら不統一である。多くの場合において、交付主体である中央行政官庁の裁量に認められる余地が多いように読めるのが特徴的である」²⁸³⁾。あるいは、行政の各分野にわたり、かつ多額に上り、「具体的な法律の根拠を有せず、予算措置だけで交付される補助金が存在している」²⁸⁴⁾。

こうした裁量の広さは、補助金交付決定に当たっては立法府には詰め切れない専門的・政策的判断を要することから必要とされ、本能的には受益的処分であることから許容されてきたのであろう。しかし、その許容性は疑わしく、そして、立法府の能力的限界だけが必要性を基礎づけるのであるなら、それを行政府に委ねる必然性はなかろう。すなわち、「切断」はされてもよく、されるべきである。特に、議会の多数派と行政府の癒着ないし一体化の顕著な我が国の議会制民主主義においては、「切断」の必要性はより高いように思われる。

「切断」の経済分野への導入は、決して奇異なものではない。既に世界中で前例のあるところである。中央銀行、我が国で言う日本銀行がそれに当たる。すなわち、「基本方針」については、日本銀行法という形で国会により示されている。そして、その「解釈」は、日本銀行の独立性に大きく委ねられている。その独立性は、その合憲性に疑義が生じるほ

282) 中原茂樹「行政上の誘導」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』203頁、215-216頁（有斐閣、2008）。

283) 塩野・前掲注4)72頁。

284) 塩野・前掲注4)72頁。

ど、かなり強度に担保されており、ごく限られた人事・予算等によるコントロールしか存在しない²⁸⁵⁾。

ただし、日本銀行の一般理論上の行政主体性の有無については、必ずしも明らかではない。もっとも、「日本銀行は、今日もなお、日本銀行条例下での『公法人』とはされなかったという意味での『私法人』としての地位を継承しており、今日の行政組織法一般理論という行政主体性を欠くものである」とされる²⁸⁶⁾。

いずれにせよ、こうした高度の独立性をもつ非行政主体に、我が国の金融政策は委ねられているのである。金融政策が国民生活に及ぼす影響の重大性に鑑みれば、これは特殊な事態であると言わざるを得ない。では、なぜ、このような独立性が認められるに至ったのか。その根拠は、「歴史」と「理論」の両面に求めることが可能である。

第一に、「歴史」として、「2度にわたる世界大戦中・戦後のハイパーインフレーション等の経験に鑑み、そうした悲惨な経験を再現させないことをその根拠の1つとしている」と言われる²⁸⁷⁾。すなわち、「こうしたハイパーインフレーションは、戦時中あるいは戦後に、中央銀行が政府の債務を負担したことが原因となっており、今日では、中央銀行に独立性を付与し、財政目的でインフレ的な経済運営を求める政府などの圧力を排除する仕組みをとるのが先進国では一般的である」²⁸⁸⁾。

第二に、「理論」として、「政府がインフレ・バイアスを持つ」という経済理論が根拠となる。すなわち、「インフレ・バイアスを抑制するための工夫として、政策当局のなかで中央銀行に物価安定という目的を割り当

て、他の政策当局から独立させる、という制度の有効性が明示的に議論されるようになった」²⁸⁹⁾。

本稿で縷々見てきたことからすれば、補助金交付行政についても、同様に「歴史」と「理論」から、独立の必要性を説くことは可能であろう。すなわち、日本銀行の縮小版として、「経済専門職」を構想してもよいように思われる。あるいは租税優遇措置について言うなら、現状ある税制調査会について、その独立性と、その決定の対政府拘束力を強めることが考えられる。こうして、国家による「洗脳」は、その手段が失われるであろう。

しかし、こうして、「経済専門職」に多大なる権限を与えることは、日本銀行について言われるように、今度は「経済専門職」に対する統制の必要性を増さしめる。すなわち、「経済専門職」の意思決定プロセスの透明性、説明責任の強度等が担保されなければ、新たな問題を生起することになる点に注意を要する。

2 再定位

(1) 本稿の成果

本稿は、ますます拡大する給付行政の適切な規律を構想するに当たり、そのもたらす不利益をより深く把握するため、「自由意識の喪失」という新しい法学的概念の採用を提唱するものである。

本稿が辿り着いたのは、暫定的なものに過ぎないが、「自由意識の喪失」概念の、次のような定式化である。すなわち、定式ivによれば、「自由意識の喪失」とは、①国家による、②継続的な利益的作用の持つ中毒性によ

285) 公法的観点からみた中央銀行についての研究会「公法的観点からみた日本銀行の組織的法性格と運営のあり方」(<http://www.imes.boj.or.jp/japanese/kinyu/2000/kk19-3-1.pdf>, 2011年3月1日最終閲覧) 23-25頁(日本銀行金融研究所, 2000) 参照。

286) 公法的観点からみた中央銀行についての研究会・前掲注 285)22頁。もっとも、同頁によれば、「日本銀行条例下において大蔵卿が創立委員を任命していることや、1942年改組の際に主務大臣による改組委員の任命(旧日本銀行法附則52条)等、特殊法人の設立と同じ方法がとられていることは、日本銀行の公共性の高さに関する国家的関心の強さを示すものであり、行政組織法一般理論上の非行政主体とはいえ、通常の『私法人』と同様には捉えられない」との指摘もある。

287) 公法的観点からみた中央銀行についての研究会・前掲注 285)28頁。

288) 公法的観点からみた中央銀行についての研究会・前掲注 285)28頁。

289) 公法的観点からみた中央銀行についての研究会・前掲注 285)28-29頁。

り、③人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利について、④自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識それ自体を喪失し、⑤国家の言う通りにしておけばよいという受動的な精神状態に陥るものであり、⑥当該受益者を越えて、広くは民主主義を骨抜きにし、経済分野においては市場全体の活力を奪い、芸術・学問分野においては価値基準を捏造するものである。

これは、補助金交付行政、租税優遇措置、文化助成、情報提供の、それぞれの分野において若干形を変えながら、しかし同様に生じ得る「自由意識の喪失」を、体系的に把握するために定式化されたものである。そして、この概念は、法的概念としての認識可能性を持ち、その発生が基本権上の要回避性を持つものである。

本稿は、これを受けて、部分的・導入的ではあるが、「自由意識の喪失」概念の導入による給付行政の法的統制の新たな展開可能性についても概観した。すなわち、第一に目的確定理論、第二に「法律の留保」、第三に「切斷」である。もっとも、まだ実践に値しない荒削りのものばかりであり、その精緻化は今後の課題としたい。

本稿が示そうとしたのは、第一に、こうした「自由意識の喪失」の法的問題としての重要性であり、第二に、給付行政における諸問題の「自由意識の喪失」概念の下における体系的把握の可能性であり、第三に、それを受けた給付行政の法的統制論の新たな展開の可能性であった。

(2) 人間の「弱さ」

ここでは、最後に、より広い視野に立ち、「自由意識の喪失」を公法学の中に再定位してみたい。

公法学は、その誕生のときから、国家と私人との間の「適切な距離関係」を模索してきたと言ってよい。あるときは国家を敵視して私人からできるだけ遠ざけようとし、あると

きは国家に助けを求めてその積極性を引き出そうとし、歴史は、その間を振り子のように行ったり来たりしてきた。それは、国家像をめぐる争いであり、あるいはその裏返しとして、人間像をめぐる争いであったとも言えるであろう。すなわち、国家は人間のためであるものであるから、国家の理想像は、どのように人間を理解するかに依存するように思われるのである²⁹⁰。

そもそも、国家と人間は対置されるものであるのか。本稿は、基本的に両者を峻別し、国家なる確固たる存在を想定して、それと私人とを対置させた。しかし、国家とは何なのか。つまるところその都度の多数派を意味するとすれば、問題は、どこまで行っても人間対人間である。しかし、我々は、無意識のうちに、人間の集合体ということ以上のものをそこに認め、そこにある種神秘的な正統性を込めてはいないか。「レヴァイアサン」にせよ「乳牛」にせよ、その存在は、何に立脚しているのか。国家という「のっぺらぼう」の正体は、いったい何であるのか。本稿は、残念ながら、この点について立ち入るものではなかった。

一応、国家と人間が対置するものであるとしよう。この人間について、それは強く理性的な存在であり、放っておいても合理的に行動するという「人間像」を前提にするなら、私人の自由領域は出来るだけ広い方がよく、国家は出来るだけ「小さい」方がよい。それに対し、人間は弱く情緒的な存在であり、放っておくと自ら墮落してしまうという「人間像」を前提にするなら、国家による指導は一定程度必要であり、その分だけ国家は「大きく」なることが要請される。しかし、国家は必ずしも正しくない。ときには誤りを犯し、それどころか悪意をもって人間を破滅に導くこともある。そうすると、国家は大き過ぎていけぬ。本稿は、こうした国家と人間との「適切な距離関係」を考察するにあたっての考慮事項として、「自由意識の喪失」を追加しようとしたものである。

290) 憲法とその措定する人間像の変容について、佐藤幸治・前掲注97)12-13頁。

それだけに留まらない。事態は、複雑である。国家が人間を指導するとして、その指導はどちらを向いているべきか。国家は、人間のためにある。人間のためというのは、人間の幸福のためということである。では、人間の幸福とは何か。たとえ「自らの意思で主体的・積極的に自らの行為を選択し決定しようという意識」を喪失し、国家にその全てを委ねていたとしても、経済的に豊かであれば、それは幸福であるのか。そこに人格の自律性は不要なのか。

ここで、「自由意識の喪失」という概念により捕捉されるべき問題は、本稿が確認してきたように、大きく二つに分かれる。

第一に、短期的に国民の幸福をもたらす給付行政作用でも、「自由意識の喪失」を強く伴うものであれば、長期的には失敗するということである。すなわち、全体的作用の問題である。

確かに、給付行政の必要性・有用性を否定することはできない。給付行政は、何よりもまず私人の貧困を是正し得る。あるいは私人の行動を一定の望ましい方向に誘導することで社会全体を豊かにし得る。さらに、「資本主義のもとで言論市場が一定の私的権力によって独占される危険性がある場合に、国家は、そうした環境にあっては容易に登場しそうにはない私人の表現行為に財政援助をなすことで、言論市場をより豊かなものにするによって、民主主義や個人の自律といった価値に貢献することができる」²⁹¹⁾。

しかし、同時に国家は、失敗するものである。この失敗を是正するのが、民主主義である。この民主主義の前提にあるのが、国家の構成員の自律的判断である。国民が国家に「洗脳」されていたら、国家の失敗を是正することは困難である。しかし、給付行政は、「自由意識の喪失」をもたらすものであり、国民の「洗脳」にも使われ得る。そして、肥大化した国家は、この「洗脳」の手段を、既に手にしてしまったのである。

第二に、国家の失敗の如何に関わりなく、「自由意識の喪失」は私人から人格の自律性を剥奪し、それ自体が、たとえ見た目に豊かであっても、人間の幸福を阻害するという問題である。すなわち、個別的作用の問題である。それは、確かに、實際上個別的には把握され難い。しかし、そうした問題が個々の人間の基本権上の問題として生じ得ることを見逃すべきではあるまい。

20世紀における社会国家化は、こうした問題を浮き彫りにした。すなわち、「社会国家の追求は、国家の巨大化・硬直化を内包する“管理化国家”ともいうべき事態を惹起する危険を随伴して」おり²⁹²⁾、こうした「管理化国家」の下で、私人は「自由意識」を喪失し、表面的な豊かさの中に埋没してしまう。

佐藤幸治氏は、この点について、次のように言う。すなわち、「社会主義国家にあっては、個人の自由の保障のあり方に大きな問題があることが次第に知られるようになり、ソ連邦の解体は、従来秘密のヴェールに包まれていた現実の姿を白日の下に晒した。立憲主義諸国にあっても、社会国家の進展に伴う官僚主義的国家化ないし管理化国家的傾向に悩まされ、個人の自律的“生”(autonomous life)の確保が大きな課題となってきた。今日『人格的自律権』ないし『自己決定権』ということが力説されるようになってきているのも、このことと無関係ではない」²⁹³⁾。

本稿が正面から捉えようとしたのは、まさにこの点にある。人間は、人格的存在である。人格的存在は、人格の発展にこそ意義を持つ。人格の発展は、自律をその前提とする。自律は、「自由意識」をその前提とする。そうすると、人間からこの「自由意識」を奪うことは、その存在意義を奪うことに等しいのではないか。それによって如何に豊かで平穩であっても、如何に一見して「幸福」であっても、それは見せ掛けに過ぎないのではないか。国家は、必要である。しかし、「自由意

291) 阪口・前掲注 200)33 頁。

292) 佐藤幸治・前掲注 97)9 頁。

293) 佐藤幸治・前掲注 97)387 頁。

識の喪失」をもたらさないように、何らかの規律が必要なのではないか²⁹⁴⁾。

人間は、弱いものである²⁹⁵⁾。人間は、思うより簡単にその「自由意識」を失ってしまうものである。そうした人間の「弱さ」を前提にして、国家と私人との「適切な距離関係」を構想していくべきであろうと思う²⁹⁶⁾。

※ 本稿は、本稿筆者が法科大学院3年次に選択科目として履修し、2010年12月に提出した同名の研究論文に、若干の加筆修正を施したものである。

どこへ行くとも分からぬ私の立論を温かく導いてくださった指導教員の山本隆司先生、金銭的なご支援をくださった財団法人末延財団、そしてまた、行き詰った私の議論にいつも付き合ってくれた学友の北永久氏に、この場を借りて厚く御礼申し上げたい。

ありがとうございました。

(にしがみ・おさむ)

294) 蟻川・前掲注202)94頁も、「政府が『囚われの聴衆 (captive audience)』に向けて言論を発する場合」及び「政府が自らの存在を伏して、すなわち『腹話術師 (ventriloquist)』として、言論を発する場合」には、「情報の送り手である政府によって言論市場に不公正な影響力が行使されているため、政府情報の受け手は、言論の自由市場が本来提供すべき環境的条件とは異った条件のもとで当該情報の性質・内容を評価せざるを得ず、情報を受領する上での真正な自己決定を阻害されている。ゆえに、かかる仕方による政府の表現活動に対しては、言論の自由市場を正常に機能させる前提を確保する見地から、憲法上の規制を及ぼす必要がある」とする。

295) 佐藤幸治・前掲注144)84頁は、ドゥオーキンが人間をもって、①それぞれいかに生くべきかについて聡明に判断し行為できる存在と捉えつつ、他方で、②苦しみや挫折感をもつ弱き存在として捉えていることにも重要な意味を認めなければならないとし、現実の具体的な人間の生活のあり方に則して憲法を理解しようとするならば、この二つの面を絶えず視野に入れて考えなければならないのではないかとする。

296) 個人の自己決定を、その前提まで含めて保障しようとする本稿の立場は、その限りで「強い個人」像を前提にしている。しかし、「強い個人」像は理論的な前提であるとしても、相当にフィクショナルなものである。この点につき、樋口陽一『国法学 人権原論 (補訂)』68-69頁 (有斐閣,2007) は、弱者が弱者のままではなく、『自由』が弱者の側の願望だということを前提として、「強者であろうとする弱者」という擬制のうえにはじめて、「人」権主体は成り立つとする。本稿は、「強い個人」像を理論的な前提としながら、しかしそのフィクション性を承認した上で (人間の「弱さ」)、国家に弱者が強者たらんとする過程を妨害してはならないという行為規範を課すことで、承認したフィクション性の減殺を図ろうとするものである。

性同一性障害者をめぐる 法及び社会制度についての考察

2009年4月入学

根本 拓

- I. はじめに
- II. GID 特例法制定の経緯
 - 1 性同一性障害者が抱えていた問題
 - 2 GID 特例法の制定
- III. GID 特例法の評価
 - 1 肯定的評価および私見
 - 2 否定的評価および私見
- IV. 法および社会制度の検討の方向性
 - 1 残された問題点
 - 2 検討方針
- V. ⑤要件の改正
 - 1 検討の枠組み
 - 2 当事者の不利益
 - 3 社会秩序
 - 4 改正案
- VI. 個別具体的な場面における修正
 - 1 刑務所
 - 2 学校
 - 3 公衆浴場
 - 4 その他
- VII. 制度—性別表記—
 - 1 不必要な性別表記の削除
 - 2 法的性別と異なる性別の記載
 - 3 私人間文書
- VIII. おわりに

I. はじめに

「人間は男と女の二つの性により成り立っている」。この命題は有史以来、自明であることが疑われず、一方で20世紀後半から激しい論争的となった。

1970年代以降、フェミニストは「性」を、生物学的性別としての「セックス」と社会的文化的性別としての「ジェンダー」とに区別し、後者が社会的、文化的及び歴史的に構築されたものであると主張した¹⁾。これは「男」と「女」という記号から我々が想起させられる、「男らしさ」、「女らしさ」というイメージの自明性を掘り崩すものであった。

これに対し、性同一性障害 (Gender Identity Disorder) は、フェミニズムの分類でいえば、自然的で先天的な性別としての「セックス」にかかわる。性同一性障害とは、生物学的には男/女であるにもかかわらず、性の自己認識は女/男であるといった、生物学的な性と、自己認識における性が一致しない状態のことを指す²⁾。「身体的な性」と「心の性」の不一致があるとも言いかえられる。そして、後述する通り、いくつかの説は、この原因を先天的なものに求める。

最初に挙げた命題は、生物学的な性と自己認識における性が一致することを疑わず、少なくとも「男」か「女」かという「セックス」については先天的に決まることを前提としていただろう。しかし、生物学的な性と自己認識における性が先天的に異なる当事者は、どちらの「セックス」に決定されていたと言えるのだろうか。「セックス」の基準を先天的な「心の性」とすることはなぜ許されないのだろうか。このように、性同一性障害は、「ジェンダー」の基盤として、少なくとも

も確固たる「セックス」が存在することの自明性までも掘り崩す³⁾。

性同一性障害者の性を、法的にいかに取り扱うべきか。本稿では、この問題に対処するために制定された、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」(以下、「GID特例法」とする)の制定経緯及び内容を概観し、その評価について述べる。次に、その評価を前提として、GID特例法の改正の方向性を提示し、さらに広く性同一性障害者をめぐる法及び社会制度の在り方について考察する。

II. GID 特例法制定の経緯

1 性同一性障害者が抱えていた問題

前述のとおり、性同一性障害とは、生物学的な性と自己認識における性が一致していない状態を指し、医学的な疾患名⁴⁾である。GID特例法2条の定義は、「生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別(以下「他の性別」という。)であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であって、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているもの」となっている。生物学的な性が男性であり、自己認識における性である女性へ移行しようとする者、及びした者は一般にMtF (Male to Female)、その逆はFtM (Female to Male)と呼ばれる。

GIDの原因ははっきりとはわかっていないものの、脳の形態変化によるとする説、性

1) 上野千鶴子『差異の政治学』3頁(岩波書店, 2002)。

2) 南野知恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱い特例法』72頁(日本加除出版株式会社, 2003)。

3) これとは異なる視点で、ジュディス・バトラーは、身体は文化や言語に先立って存在するという考え方が言説によって作られたものであり、「セックス」は「ジェンダー」によって構築されたものであるとする。バトラーは「セックス」もまた社会的構築物であることを宣言するという方法で、「セックス」の基底性を否定するのである。現代位相研究所編『本当にわかる社会学』41頁[大河原麻衣](日本実業出版社, 2010)、上野千鶴子編『ラディカルに語れば…』160-161頁[上野千鶴子、竹村和子](平凡社, 2001)。

4) 針間克巳ほか『性同一性障害と戸籍』14頁[針間克巳](緑風出版, 2007)。

ホルモンの影響によるとする説、遺伝子によるとする説、心理的及び社会的な要因によるとする説、複合的な要因によるとする説などがある⁵⁾。GIDの原因を、心理的及び社会的な要因という後天的な要因に求めた場合、社会における「ジェンダー」が解消されたならば、社会的文化的影響のもとで作られるGIDも生じないことになる。これは、性差の宿命性を否定するフェミニズム⁶⁾と親和的な理解である。しかし、この説には、生物学的な男性を幼年期より女性として育てたにもかかわらず、女性としての自意識が形成されなかった研究結果などにより、近年疑問が投げかけられている⁷⁾。一方、脳の形態変化によるとする説や性ホルモンの影響によるとする説⁸⁾などの先天的要因説に立てば、むしろ、性の自己認識とはジェンダーによっては塗り替えられない、宿命づけられたものであるということになる⁹⁾。

性同一性障害者の身体違和は、精神科領域の治療（精神的サポートと実生活経験）と身体的治療（ホルモン療法、乳房切除術、性別適合手術（Sex Reassignment Surgery:SRS））によって¹⁰⁾、ある程度解消することができ

る¹¹⁾。また、戸籍上の名前を、他の性を想起させる名前へ変更することは、GID特例法制定以前より、比較的緩やかに認められてきた¹²⁾。一方で、性同一性障害者による、法的性別の根幹にある戸籍上の性別表記の訂正申立が認められたことはなかった¹³⁾。

自己認識における性に基づく承認を法的に受けられないことにより、性同一性障害者は様々な不利益を被る。例えばMtFについて、銭湯や温泉の女風呂への入浴や、近年増えてきた女性専用車両への乗車において、法的性別が男であることがわかった場合には、見た目が女であっても、それらを拒否することが許される可能性がある。また、強姦罪の適用や、男性収容所と女性収容所のいずれに収容されるかを始めとする刑務所における処遇¹⁴⁾も、法的性別を基準として判断される¹⁵⁾。

法的に承認されない不利益は、法的承認を基礎とする社会からの承認を受けられない不利益につながる¹⁶⁾。たとえば正社員として採用されるためには、性別記載のある年金手帳などを示さなければならない。その結果、法的性別変更を認められない当事者は、外見

5) 南野監修・前掲注2)72頁。

6) 辻村みよ子ほか『岩波講座現代の法11ジェンダーと法』38頁〔紙谷雅子〕（岩波書店、1997）。

7) 南野監修・前掲注2)28頁〔針間克巳〕。

8) 山内俊雄『性の境界』84頁（岩波書店、2000）はホルモン因説が有力であるとする。

9) とはいえ、先天的要因説に立ったとしても、根本にある性の自己認識が、成長過程で社会的文化的な影響を受けることは否定できないであろう。南野監修・前掲注2)29頁〔針間克巳〕は『人間のジェンダーアイデンティティはその基盤に生物学的差異が考えられ、その上に社会的養育環境等の後天的要素が関与し形成されていく』との考えが主たるものとなってきている」とする。このような意味で、性同一性障害とは「身体と社会の間にある『こころ』の問題であり、生物学的な側面と社会学的な側面の両方を含んでいる」と理解することが適切であるように思われる。野宮亜紀ほか『性同一性障害って何？』49頁〔野宮亜紀〕（緑風出版、2003）。

10) 性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン（第3版）10頁。

11) 野宮ほか・前掲注9)34頁〔針間克巳〕。

12) 性同一性障害の診断書と、一定期間の使用実績を証明することで、戸籍法上の名前の変更を認めるための「正当な事由」があるとされた。石田仁編『性同一性障害：ジェンダー・医療・特例法』252頁〔谷口洋幸〕（お茶の水書房、2008）。

13) 東京高決平成12年2月9日高民集53巻1号79頁など。東京高決平成12年2月9日は、戸籍訂正の可否は「立法に委ねられるべきもの」とした。

14) 刑事施設において男性受刑者は原則として髪を短く切るよう要請される。この調髪処分の差し止めを求めて、MtFの受刑者が訴えを起こした事件がある（名古屋地判平成18年8月10日判タ1240号203頁）。裁判所は、戸籍上男性となっていること、及び男性器が一部残っていることを理由として男性受刑者として処遇することに裁量権の逸脱・濫用はないとした。

15) 南野監修・前掲注2)99-100頁。

16) 石川准『人はなぜ認められたいのか アイデンティティの心理学』193頁（旬報社、1999）は社会においてある性別を有していると認められるためには、「法による『社会的な身分保証』」が必要であるとする。

における性別と法的性別が異なるため、雇主に理解がない限り、パートやアルバイトで生計を立てなければいけなくなる¹⁷⁾。

さらに、住民票、健康保険証、パスポート、さらには選挙の投票所入場券といった日常的に用いる書類には性別記載欄があり、我々は数々の場面でそれらの提示を要求される。例えば、性同一性障害者は病院で生物学的な性が記載されている健康保険証を示すことを求められる。このことから、自己認識における性に基づく容姿及び服装をしている当事者は、健康保険証を提示することをためらう。その結果、勇気を出して病院に行ったときには手遅れとなるケースがあるようである¹⁸⁾。

また、書類に性別記載を求められることも多い。行政文書だけではなく、私人間の関係においても、レンタルショップの会員カード一枚作るにも申込書に性別の記載を要求される。

生活の中で、性別の提示または記載を求められる場面はことのほか多い。性同一性障害者はこれらの証明書の提示や書類への性別の記載を要求されるたびに、自己認識とは異なる性別を意識させられ、その性別に基づいた取扱いを受ける不快感さらには耐え難い苦痛を感じることになる¹⁹⁾。

適切な承認は人間の尊厳ある生にとって不可欠なものである。しかし、性同一性障害者は、個人の意思ではいかんともしがたい要因に基づいて、自己のアイデンティティとは異なる「歪んだ承認」を法及び社会から受けていたのである。

2 GID 特例法の制定

この性同一性障害者の法的性別の変更につき立法的解決を図るべく、2003年7月10日にGID特例法が成立した(2003年7月16日公布、2004年7月16日施行)²⁰⁾。

性同一性障害者が性別を変更できる要件は、前述した法2条の「性同一性障害者」の定義に該当する者が、①20歳以上であること(3条1号)、②現に婚姻をしていないこと(3条2号)、③現に子がいないこと(3条3号 2008年に「現に未成年の子がいないこと」に改正された)、④生殖腺がないことまたは生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること(3条4号)、⑤その身体についてほかの性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること(3条5号)である。この要件を充たし、家庭裁判所によって性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、「民法」「その他の法令の規定の適用について」、別段の定めがない限り、「その性別につき他の性別に変わったものとみな」される(4条1項)。これに伴い、新たな性別に基づく新戸籍が編成される(附則4条)。そして、具体的な規定はないものの、住民票や被保険者証など行政文書に記載された性別も変更されるという取扱いがなされているようである²¹⁾。

GID特例法により、2009年末までに、1711人が性別変更を認められた²²⁾。

17) 針間ほか・前掲注4)75頁〔上川あや〕。

18) 虎井まさ衛『男の戸籍をください』163-174頁(毎日新聞社、2003)。

19) 針間ほか・前掲注4)74-76頁〔上川あや〕。

20) GID特例法の立法過程については南野監修・前掲注2)2-13頁、及び谷口功一『性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律』の立法過程に関する一考察』日本法哲学会編『ジェンダー、セクシュアリティと法(法哲学年報2003)』212頁、214頁を参照。衆院本会議での可決に至るまでの議会における公式のプロセスはわずか10日という、異例なまでの速さで成立した。

21) 南野監修・前掲注2)147頁。

22) 性同一性障害を抱える人々が、普通に暮らせる社会を目指す会(gid.jp)のホームページ(<http://gid.jp/index2.html>、平成23年7月16日最終閲覧)参照。

Ⅲ. GID 特例法の評価

1 肯定的評価および私見

GID 特例法により、一定数の性同一性障害者が、自己認識における性を法的に承認され、それに伴い、その性で暮らすことについての社会的な承認も受けることとなった。この点を評価する声は多い。

私見では、GID 特例法の大きな意義は、このような当事者の救済のほか、生物学的性と法的性別の結びつきを弱めたことにある。

従来の法は、法的な男女の性別について、「遺伝学的に規定される生物学的性によって決定されるという建前をとって」いた²³⁾。確かに、人間はほとんどの場合、発生学的に XX 染色体を持つ者と XY 染色体を持つ者とに分類できるし、卵巣を持つ者と精巣を持つ者とに区別できる。外性器の形もおおむね二つに区別できる²⁴⁾。しかし、このような生物学的な分類を、法的な「女」と「男」という記号の中身を確定する上での絶対的な基準とする必然性は本来的にはない²⁵⁾（さらに言えば、性同一性障害の要因を、脳形態や性ホルモンなどの生物学的なものに求めるのであれば、「生物学的性」の要素として、これらを考慮せず、性染色体や生殖腺のみを考慮する必然性も本来的にはない）。そうであるにもかかわらず、法的な男女の性別の判断の基礎に生物学的な分類があった背景には、生物学的な性と、自己認識における性との間にずれが生じることはないという前提のもと、身体的な外観という明確な基準によって男女

の分類を固定化しておくことが、社会秩序の維持という観点から便利であったからだと思われる²⁶⁾。法的な性別の決定について、自己認識における性別ではなく生物学的な性別を基準とし、さらにそもそも多様であり得る性を「男女」という単純な二分法のもとに押し込めている点について、自明性のヴェールをまとった密かな政治的決定がなされていたと言える。

GID 特例法は、生物学的には男ないし女でない者について、その自己認識が女ないし男であることを根拠として、一定の要件を充たした場合に、法的性別を変更することを認めた。これは、法的な性別の基礎となる基準の決定は政治的になされているものであること、越境不可能と思われていた男女の障壁は乗り越えられるものであること、さらには、その男女の障壁をより低くすることも論理的には可能であることを明らかにしたのである。

2 否定的評価および私見

一方で、GID 特例法にはいくつかの批判が寄せられている。

そのうちのひとつに、GID 特例法は「家」単位の血統と身分関係を国が管理する権力と差別の体系であるところの、家父長制的な戸籍制度を維持しようとするものであるという批判がある²⁷⁾。この主張は、性別変更は、戸籍制度に傷をつけない範囲でしか認められなかったとする。

確かに戸籍制度の制度設計に問題はあるかもしれない。しかし、GID 特例法は 4 条で規定されている通り、法的な性別の取扱いを変更することを目的とするものであり、それ

23) 東京高決平成 12 年 2 月 9 日・前掲注 13)。生物学的性とは正確には、発生学的性（性染色体の型）のほかに、新生児の外性器の形態、生殖腺の性、内分泌学的な性、形成手術の結果も考慮して決定されることになる。大島俊之「判批」法時 73 卷 3 号 114 頁、116 頁（2000）。

24) ごくまれに、XXY 染色体を持つ者（クラインフェルター症候群）、生殖腺が卵巣と精巣を兼ね備えている者（真正半陰陽）、性染色体は XX（もしくは XY）であり、生殖腺は卵巣（もしくは精巣）のみであるが、表現型が男性型（もしくは女性型）になっている者（女性／男性半陰陽）がいる（これらの者は「間性」と呼ばれる）。このうち、男性仮性半陰陽の者について、女性から男性への性別の訂正（「変更」ではない）を認めた裁判例（東京家裁昭和 37 年 5 月 27 日審判判例集未登載）がある。大島俊之「性転換と法」判タ 484 号 77 頁、81 頁（1983）。

25) 大島・前掲注 23)103 頁が同旨。

26) 河合隼雄『とりかへばや 男と女』78-79 頁（新潮社、1991）参照。

27) 長谷川清美「抹消される多様性・あいまいさ」世界 717 号 137 頁、138 頁（2003）参照。

がなされた結果として戸籍が変わるに過ぎない。戸籍制度がどのように設計されていると、GID 特例法の制定や要件に影響が出ることはなかったであろう。②非婚要件が入ったことも戸籍制度との矛盾が理由であったのではなく、同性婚を認めない我が国の法秩序との整合性が理由であったと考えるのが自然である²⁸⁾。このような批判は、「立法およびそれを支える制度の内容に関してなんらの内在的視点をも含まない」²⁹⁾。

他方、多様な性を男女二分法に押し込めようとする点で、GID 特例法は本来捨て去られるべき男女二分法を強化したという批判もある³⁰⁾。

確かに、男女二分法が社会的構築の産物であることは否定しがたく、多様な性秩序の在り方が考えられる中で、法的性別について男女二分法をとることは必然ではない。しかしそれでもなお、この批判には反論が可能であると考える。

第一に、既存の法秩序との整合性が挙げられる。法的性別も法的地位、すなわち「身分」のひとつであり、それに基づいて何らかの権利義務ないし法律効果が発生する。ここで、現在の日本法に目を向ければ、憲法（たとえば 24 条で婚姻は「両性の」合意のみに基づくと定める）をはじめとして、民法（たとえば 731 条で婚姻適齢について「男」は 18 歳、「女」は 16 歳と定める）、刑法（たとえば 176 条で強制わいせつの客体を 13 歳以上の「男女」と定める）といったあらゆる法律において、男女二分法が前提となっており、これに基づいて権利義務ないし法律効果が規定される。かかる法秩序のもと、新たな性を法

的に作り出したうえで特有の権利義務ないし法律効果を観念したり、または性別という法的地位を消去してそこから生じていた権利義務ないし法律効果を否定したりすることには、膨大な立法作業が必要になるという問題があるとともに、今までの法秩序との整合性の観点から疑問がある。また、それによっていかなる権利義務ないし法律効果が新たに生まれるのかという不明確性の問題もあるように思う。このように考えると、GID 特例法は、男女二分法を強化したとは言い切れず、むしろ既存の法秩序に合わせてそれを維持したにとどまるのではないだろうか。

第二に、概念自体の基盤は崩れているとはいえ、社会において、男女二分法が広く承認されていることは事実として否定しがたい。そうであるにもかかわらず、男女二分法を持つべきでない価値観として法的に否定することは、その価値観のもとにある性同一性障害を持たない者のアイデンティティを不安定化させるのみならず、生物学的な性とは反対の性として承認されたいという性同一性障害者の願望及び承認に向けた行動を否定し、その者のアイデンティティをもかえって不安定化させることがありうる³¹⁾。さらに、男女二分法は否定されるべきという主張の中には、性の多様性を社会に承認させるために、構築されてしまっている男女二分法との消極的な妥協として性転換をし、二分法の元で生きようとするような当事者に対して、「境界線上にいることを示し続け」³²⁾たり、「トランスジェンダー³³⁾としてのプライド」³⁴⁾を持つたりすることを要求すると思われるものがある。ここに、社会的には十分に承認され

28) 南野監修・前掲注 2)88 頁。

29) 谷口功一「ジェンダー／セクシュアリティの領域における『公共性』へ向けて」思想 965 号 102 頁、103 頁 (2004)。

30) 吉野靱「『多様な身体』が性同一性障害特例法に投げかけるもの」Core ethics : コア・エシックス Vol.4 385 頁 (2008)、長谷川・前掲注 27)137 頁。

31) 谷口・前掲注 29)115 頁。谷口教授はこのような懸念を示したうえで、「被構築性に関する事実に記述からただちにアイデンティティ／差異からの離脱・浮遊が当為として導かれるわけではなく、仮にそのような当為を主張するならば、そこでは事実からただちに当為を導出するような方法二元論的錯誤が犯されている」とする。

32) 吉野・前掲注 30)389 頁。

33) 「トランスジェンダー」は多義的な意味で使われる言葉ではあるが、広くは生まれた性別とは異なる自己認識を持っていて、体と異なる性別を生きようとする人を指す。野宮ほか・前掲注 9)48 頁 [野宮亜紀]。

34) 田原牧「見失ったプライドと寛容性」情況第 3 期 4 巻 9 号 194 頁、200 頁 (2003)。

ていない男女とは別のカテゴリーを法的に承認した場合に、そのカテゴリーに属することを強いるような、集団における内的抑圧の弊害が生じる危険が見て取れるように思う³⁵⁾。

このような状況に鑑みれば、GID 特例法が男女二分法を維持したことには、一定の合理性があるのではないだろうか。

GID 特例法が、男女二分法を維持したことについての批判はそれでもなおあろう。しかし GID 特例法は、前述したとおり、少なくとも、従来は越境不可能と信じられてきた男女の壁を乗り越えられるものと規定し、絶対的であった男女の区別を相対化した。改革は、社会文化的次元での人々の意識と、実体的な法制度という二つの次元での相互作用により少しずつ進めていくほかない³⁶⁾。そう考えると、GID 特例法の制定は、男女二分法を否定する立場からも評価されてよいのではないかと思う³⁷⁾。

IV. 法及び社会制度の検討の方向性

1 残された問題点

GID 特例法は今後どのように改正されていくべきか。またそれとともに社会制度はどう構成されていくべきか。その方向性を検討する前提として、現段階で残されている問題を整理する。

まず、法的性別変更の要件に関する問題を述べる。

第一に、現行法の要件は、性別変更を望んでも何らかの理由によりそれが不可能ないし著しく困難である当事者を生む（問題 I）。例えば、③未成年の子どもがいる当事者は、子どもが成長しない限り、性別変更を

することができない。

第二に、現行法の要件を充たそうとすることによって、当事者が、望まない不利益を不可避免的に被るという問題（問題 II）がある。例えば②婚姻している当事者が性別変更をしようとする場合、望まない離婚を強いられることになる。

第三に、問題 I から性別変更ができない、または問題 II の不利益を避けるために性別変更をしない当事者が、性別を生物学的な性のままにとどめることによって不利益を被るという問題（問題 III）がある。ここでは、前述した、法的及び社会的に自己認識における性に基づく承認を受けられないことによる不利益が、GID 特例法の要件を充足しないために性別変更を認められない当事者にも、引き続き生じることとなる。

問題 III に関して特に、GID 特例法の制定に伴って生じた新たな問題として、性同一性障害者に法的性別の変更を認めたことが、性同一性障害者の社会的な認知、及び承認を加速させた一方で、かえって、法的性別の変更が認められない、またはしない当事者が、医学的には GID であるにもかかわらず、社会から「偽物」と見られ、性同一性障害者として認知されないという事態を生んだことが挙げられる³⁸⁾。性別の越境可能性が認められたことのみが認知され、その越境困難性が十分に認識されていないことによる問題である。この事態の解消のためには、性同一性障害者であれば直ちに性別変更をするものではない（すなわち性別変更をしない性同一性障害者も「偽物」ではない）という認識を社会に広めるとともに、「偽物」と取り違えられる性同一性障害者を、性別の越境を容易にすることで減らすことが求められる³⁹⁾。

自己認識における性に基づいた承認を法的

35) 谷口・前掲注 29)111 頁はかかる状況を「過剰な公的コミットメントの要求」とであるとす。

36) 谷口・前掲注 29)103 頁、118 頁。

37) GID 特例法について同様の評価をするものとして、野宮ほか・前掲注 9)213-214 頁〔野宮亜紀〕。

38) 吉野・前掲注 30)385 頁、二宮周平「判批」判タ 1204 号 47 頁、49 頁 (2006)。

39) しかし、ここに、性別の変更を容易にすればするほど、それでも性別変更を希望しない、または希望してもできない性同一性障害者が「偽物」と認知される危険が大きくなるというディレンマがあるように思う。この解決困難なディレンマに対しては、社会において性同一性障害に対する正しい認識を促進していくと同時に、後述の方法で、社会における性別の意味を希薄化させていくしかないのではないかと考える。

及び社会的に受けるという利益は、それをどこまで保護するかという問題はあるものの、基本的には法的保護に値する利益である。なぜなら、「性別」は現在の社会観念の下において人々のアイデンティティーを規定する最も大きな要素の一つであり⁴⁰⁾、自己認識における性に基づく承認を受けることは、「個人として尊重」(憲法13条)されるために必要なものであると考えられるからである⁴¹⁾。

以上の問題意識から、法的性別変更の要件が緩和できないか、できるとしたらいかなる程度までかが、改正を検討するにあたっての論点となる。

さらに、当事者の不利益を緩和する方法は、法的性別変更の要件を緩和することに限られない。

前述したとおり、性同一性障害者が不利益を被る場面の一つに、性別の記載された証明書の提示や文書への性別の記入を求められる場面がある。しかし、このような文書の性別記載に果たして意味があるのかという問題提起はかねてよりされていた。法的性別については二分法を維持せざるを得ないとしても、人間の性別に対するアイデンティティーが多様であることが明らかになった今、当事者のアイデンティティーと矛盾するような男女二分法が、社会において必要以上に強調されるべきではない。

そこで、社会において不必要に性別を意識させられる機会をどう減らしていくかが次の論点となる。

2 検討方針

ここまでの議論より、性同一性障害をめぐる法及び社会制度の在り方をめぐる論点は以下のように整理される。

(前提) 法的男女二分法は動かさない。

論点Ⅰ 法的性別変更の要件の緩和(性別の越境可能性を高めること)について検討する。

論点Ⅱ アイデンティティーの多様性を包摂するための仕組みとして、不必要に性別を意識する機会をなくすための制度の在り方を検討する。

(前提) は、既述のとおり、現段階での法秩序との整合性、男女二分法を捨てたときに生じる新たな権利義務ないし法律効果が不明確であること、及び社会的になお男女二分法が広く受け入れられていることより導かれる。

論点Ⅰについて、②非婚要件を撤廃せよという主張に対しては、同性婚を認めない現行法秩序との関係で困難な問題が生じるという反論がなされている⁴²⁾。私見では、同性婚を認めるべきかという婚姻秩序の根本にかかわる問題があるものの、現段階の法秩序との整合性という観点より、かかる反論は説得的である。

③は2008年まで「子なし要件」と呼ばれており、その立法趣旨として、父=男、母=女という図式が崩れること、及び子の福祉が挙げられていた⁴³⁾。しかし特に後者に対し、例えば法的性別変更前の治療(ホルモン治療やSRS)段階において、子どもは親の外観上の変化に直面して何らかの反応を示しているはずであり、法的性別の変更によって新たな影響を受けることはないといった強い反論がなされており⁴⁴⁾、これを受けて、法改正が行われた。この改正は父=男、母=女という図式を崩すことを認めるものであり(つまり婚姻は解消されているが、父母がともに男であったり女であったりする状態が生じる)、

40) 石川・前掲注16)186-187頁。

41) なお、かかる利益を「性的自己決定権」として捉える見方もあるが、性同一性障害は個人の意思によって動かせないものであるから、複数の選択肢から何かを自己決定することとは性質が異なる。自己認識における性の承認を要求する権利(または利益)と捉えるべきであろう。

42) 南野監修・前掲注2)88頁。

43) 南野監修・前掲注2)89頁。

44) 二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か(2)一特例法を読む」戸籍時報559号2頁,11頁(2003)など。

極めて画期的なものであると思われる。この改正を一定程度評価する声がある⁴⁵⁾。

一方で、ここまで見直されていない④生殖能力喪失要件、及び⑤外性器要件については4(1)で述べた当事者の被る不利益の大きさに鑑みれば、緩和の余地を検討すべきものであると考える。特に後述するように⑤の要件では当事者の不利益と、社会秩序との衝突が生じており、法的性別を変更する利益を人権と呼べるなら、「人権と秩序のバランスという困難な問題」⁴⁶⁾がここに生じている。そこで、本稿では、論点Ⅰについて⑤要件に焦点を当てて検討したい⁴⁷⁾。

一方、論点Ⅱについては、書類における不必要な性別記載をどこまで無くすることができるか、またもし無くせない書類があるとしたら、法的性別と別の性別を記載することは可能か、といった点について検討する。

V. ⑤要件の改正

1 検討の枠組み

⑤要件の改正の検討はいかなる枠組みのものでなされるべきか。

自己認識における性の承認の要求は、国家に対してむけられるとともに、社会の構成員に、生物学的な性ではなく自己認識における

性を持つ者として相互の関係性を構築せよという形で向けられる。そして、GID 特例法の要件は、この要求を相手方が拒むことが許されるかという基準となる。このうち、⑤要件の立法趣旨について、『性同一性障害取扱特例法逐条解説』は「例えば公衆浴場で問題を生じるなど、社会生活上混乱を生じる可能性があることなどが考慮された」としている。すなわち、⑤要件の定立においては、②非婚要件とは異なり、既存の法秩序との整合性というよりも、性同一性障害者の利益と、この利益を尊重した場合に「混乱」させられることになる社会の構成員の利益の衝突の調整が問題となっている。

この衝突の調整のためにいかなる立法をすべきかは、判断の基準となる立法が無いときに、一方当事者の要求を拒否するような法律行為ないし事実行為について、公序良俗違反やそれを理由とする不法行為を成立させるべきかという問題状況一例えば女性専用車両にMtFが乗車することを禁止する運送契約は公序良俗に反するのかと類似性を持つ⁴⁸⁾。そこで、以下、この点についての山本教授と大村教授の議論を参照する。

山本教授はかかる問題状況を、個人の「基本権」同士が相互に衝突し、その調整が必要となる場面であると捉える⁴⁹⁾。なにが「基本権」となるかというその解釈については憲

45) 子の福祉という目的そのものの評価を留保しつつ、目的と手段の均衡が取れているとするものとして、石田編・前掲注12)267頁〔谷口洋幸〕。

46) 大村敦志「性転換・同性愛と民法(下)」ジュリ1081号61頁, 63頁(1995)。

47) 一方、④要件の立法趣旨は、「残存する元の性別の生殖機能により子が生まれるようなことがあるならば、様々な混乱や問題を生じることにもなりかねず、また、生殖腺から元の性別のホルモンが分泌されることで、身体的・精神的に何らかの好ましくない影響を生じる可能性を否定できない」ことにある。南野監修・前掲注2)93頁。特に、前半の「様々な混乱や問題」について分析したうえで改正が検討されるべき問題であると思われるが、紙幅の都合上、本稿は⑤要件の検討に絞りたい。

48) 本文では、事前の立法のあり方を論じるため、「判断の基準となる立法がない場合」を想定した。一方、事後的な司法的判断がなされる場合、乗車拒否に関する立法は無くとも、法的な「男/女」がいかなるものであるかということについての立法はあるため、本文に挙げた例でも広い意味では裁判所が判断するときに参照する立法が存在することになる。判断の基準となる立法がある場合、裁判所は立法尊重義務があるから、基本的にはこの立法による決定を尊重することになる。山本敬三『公序良俗論の再構成』56頁(有斐閣, 2000)参照。本文の例では、現行法を前提とした場合、法的性別変更をしていないFtMは、法的には「女」と認められない。しかし、判断の基準となる立法がある場合であっても、裁判所はその決定を補完する役割を持つ。同書78頁, 86頁参照。すなわち、法的に「女」と認められない者であっても、具体的場面において乗車を拒否することは、その者の利益を過度に侵害し許されないのではないかという判断を裁判所は行うのである。

49) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)」論叢133巻4号1頁, 18頁(1993)。この結果として、一定の場合には、基本権の侵害からの保護を国家に要求する保護請求権が一方に生じ、裁判所が当該法律行為を公序良俗違反とすることで、当事者を救済する。

法を参照する。また、民法 90 条は基本権保護を目的とした規定であるから、社会において妥当する道德規範のうち「良俗」として考慮されるものは、基本権保護という観点により取捨選択される⁵⁰⁾。そして、「基本権」の衝突の調整は「暗黙の共通感覚によって判断せざるを得ない」場合があることを認めつつ、暗黙の共通感覚の基礎を、一方の「基本権」が「善き生」の構想を迫るために必要なものであるか、という憲法が依拠するところのリベラリズムの思想に求める⁵¹⁾。

かかる考え方によれば、⑤要件では、性同一性障害者の基本権と、性同一性障害者と関係性を築く他方の私人の基本権との衝突の調整が問題となっており、双方の「基本権」の解釈及びその衝突の調整を、憲法及びリベラリズムを基礎として図ることになる。

これに対して、大村教授は、コアとして承認されている基本権の保護の必要性を認める一方で、基本権の外延の確定としてなされる「基本権の解釈」においては、社会における「道德的規範」や人々の持つ「暗黙の共通感覚」としての「社会常識」を考慮せざるを得ないのではないかと問題提起する⁵²⁾。大村教授によれば、「良俗」として問題となる、社会における「道德的規範」や「暗黙の共通感覚」は、「リベラリズム」や「基本権」の被分析項となるのではなく、むしろこれらを分析項とするものでもあるということになる。そして、公序良俗が問題となる場面は、当事者の利益とともに、「秩序」ないし「共同性」が保護法益となっていると分析する⁵³⁾。

以上の議論を前提として検討するに、性同一性障害者の承認をめぐる公序良俗違反が問題となる場面では、単に性同一性障害者の固有の利益と、その者と関係性を構築する具体的な私人の固有の利益とが裸の衡量をされるのではない。そこには、性同一性障害者の要求が、またはその相手方となる具体的な個人の行為が、具体的な個人固有の利益とは別個のものであり、社会の構成員の規範意識の表れである、「道德的規範」や「暗黙の共通感覚」としての「社会秩序」に即しているかという観点が入り込むことが不可避であると考えられる。ここでは個人の利益の衝突とともに、「個人の支配領域」と「社会の支配領域」（「社会秩序」）との衝突が生じているのである。

個人の支配領域と社会の支配領域が衝突する場合、この線引きの判断の中心に、善き生の特殊構想を実現する基盤となる基本権を置くべきであることはリベラリズム及びそれを基礎とする憲法の観点から疑いない。かかる観点より、性同一性障害者が何らかの要件を充たしたときに、「自己認識における性」として承認される利益は、その尊厳ある生に不可欠なものであり、「基本権」としての保護が要請される。

一方で、基盤となる基本権がどこまで広がり、その確保を個人が社会に対してどこまで要求できるかという外延は、時代時代に応じて異なる社会における人々の規範意識、そしてそれを基礎とする社会秩序に依拠せざるを得ないように思う⁵⁴⁾。もちろん、いかなる社会秩序も、そのような秩序があるというだ

50) 山本・前掲注 48)61 頁。

51) 山本・前掲注 48)24 頁, 69 頁。山本教授はこのような判断が必要となる場面として、代理出産契約やエイズテストを受けることを条件とした入院契約など、一方が自己の基本権の制約に同意していたとしてもなおその同意の法的有効性を否定すべき場合とは何か問われる場面を挙げる。

52) 大村敦志『もう一つの基本民法 I』23 頁 (2005)。

53) 大村敦志「山本敬三『公序良俗論の再構成』を味わう」民商 125 巻 2 号 248 頁, 274 頁 (2002), 大村・前掲注 52) 18 頁。

54) 長谷部恭男『憲法 (第 4 版)』156 頁 (2008) は、憲法 13 条により保障されるプライバシー権の範囲の問題について、「私的な領域と公的な領域とは複雑に絡み合っており」、「具体的にどこまでを私的な生活領域の問題として保護すべきかは、社会の慣習や通念によって定まる部分が大い。」としたうえで、「人は私的な生活とともに、公的な生活をも生きており、公的な生活領域はほかのすべての社会の構成員に共有されている」なかで、「私的領域の限界が同時に公的領域の限界でもある以上、独自の線引きを許すならば、社会生活そのものが成り立たなくなる恐れがある」とする。そして、「私的領域の線引きの問題は、財産制度のルール設定と同様、調整問題の一種である」と述べる。

けで、基本権の範囲を制約するものとして許されるわけではなく、リベラリズムの観点から、個人が共生するための秩序として正当化可能なものでなくてはならない⁵⁵⁾。しかし、社会秩序がもし秩序として存在することが許されるようなものであれば、性同一性障害者も「個人」である一方で、「社会」ないし「共同体」の構成員の一員であり、そこでの共生を求められる以上、性同一性障害者の保護される利益が、社会秩序により限定されることもやむを得ないのである。

以上より、⑤要件の検討の枠組みとしては、基本権同士の対立の衝突の調整という枠組みよりも、「社会秩序」の観点をより重視し、そもそも性同一性障害者の「基本権」が「社会秩序」との関係でどこまで広がるか、そしてその保護を、関係性を構築する相手方や社会に対してどこまで要求でき、一方で相手方や社会はその要求をどこまで受け入れるべきか、という枠組みのもとで考察するべきである⁵⁶⁾と考える。

2 当事者の不利益

そこでまず、性同一性障害者の「基本権」を考える前提として、当事者が現行法の⑤要件により被っている不利益について概観する。

当事者が、現行法上設定された性別変更要件により被る一般的な不利益については既に述べた。そこで、ここでは特に⑤要件がある

ことにより当事者が被っているとされる不利益について述べる。

まず、問題Ⅰとして、外性器を備えるためのSRSには高額の手術費がかかり、さらに身体的負担を伴うという問題がある。日本で手術する場合、健康保険が適用されないため、FtMであれば400万円から450万円、MtFであれば約230万円の費用がかかると言われる⁵⁷⁾。性同一性障害者は就労しにくい⁵⁸⁾ため、一般に収入が低いとされており⁵⁸⁾、この手術費は当事者にとって大きな負担となる。日本でSRSを実施している医療機関がわずかである⁵⁹⁾こととも相まって、手術費の安いタイなど国外での手術を選ぶケースも多いが、言語の問題から医師との意思疎通が十分に図れないといった危険が指摘されている⁶⁰⁾。さらに、手術には常に身体的な危険が伴う⁶¹⁾。

SRSがこのようなものであることにより、経済的な余裕がない当事者及び手術に耐えられない身体を持つ当事者は、法的性別を変更する道が閉ざされる。

これを問題Ⅱの視点から見ると、望まない手術を当事者が強いられるという問題となる。性別違和がどのような治療により解消されるかは人それぞれである⁶²⁾。例えばFtMの中でも男性ホルモンの投与や、乳房切除術によって性別違和を解消できるような者もいる。しかし、このような当事者も、性別違和が無いにもかかわらず、法的性別を変更するためだけに身体への侵襲を伴うSRSを受け

55) このような観点から90条の「良俗」も取捨選択されるべきである。「良俗」を基本権保護の観点から取捨選択するとされる山本教授の見解と発想は近い一方で、「良俗」は必ずしも基本権保護に向けられている必要はなく、基本権保護に向けられていないものであってもリベラリズムの観点から共生のためのルールとして正当化可能であれば、「良俗」として考慮すべきである⁵⁵⁾と考える。

56) このように考えると、⑤要件の定立は、性同一性障害者と社会秩序をどのように調整するかが問題となっている点で、大村敦志『法源・解釈・民法学』172頁（有斐閣、1995）が言うところの、それぞれの社会に存在する社会規範を考慮せざるを得ないという家族法の立法の問題と同質性を有することになる。

57) 石田編・前掲注12)17-18頁〔石田仁〕。

58) 石田編・前掲注12)47頁〔田端章明・石田仁〕。

59) 2006年当時、公的にSRSを行っている病院は4院しかない⁵⁹⁾とされている。セクシュアルマイノリティ教職員ネットワーク編『セクシュアルマイノリティ：同性愛、性同一性障害、インターセックスの当事者が語る人間の多様な性（第2版）』107頁〔土肥いつき〕（明石書店、2006）。

60) 石田編・前掲注12)26頁〔石田仁〕。

61) セクシュアルマイノリティ教職員ネットワーク編・前掲注59)120-121頁〔土肥いつき〕。

62) 野宮ほか・前掲注9)34-35頁〔針間克巳〕。

なければいけなくなるのである⁶³⁾。

そして、問題Ⅲとして、SRSが受けられない、もしくは受けることを望まない当事者は、既述のとおり、法的承認が得られないことによる不利益、さらにそのことを基礎として、社会から「歪んだ承認」をされる不利益を受ける。

3 社会秩序

次に、基本権の外延を確定する上で考慮されるべき、日本社会における「社会秩序」について検討する。

この問題を論じるにあたっては、第一に、我々の社会の社会秩序及びそれを支える規範意識はいかなる内容のものであるのかが確定されなければいけない。

⑤要件は、「男／女」と認められるためには外性器を備えていなければいけない、より抽象化すれば「見た目の男／女らしさ」を備えていなければいけないという規範意識、及びそれに支えられる社会秩序が存在することを前提としている。

しかし、もし仮に調査の結果として、そのような規範意識が存在せず、または立法趣旨が説くような場面で、外性器を備えていなかったとしても混乱が特に生じないのであれば、⑤要件を厳格に設定する正当化根拠が失われることになる。

したがって、この点についての法社会学的な調査が重要になる⁶⁴⁾。

第二に、前述したとおり、かかる社会秩序は、リベラリズムの観点から正当化可能なものでなければならぬ。例えば、1960年代までのアメリカでは、通学する学校やバスの中で座る席を、黒人と白人で「区別」という「社会秩序」が法的に保護されていた。

この社会秩序は、黒人を二級市民とみなす、一定数の白人の規範意識に支えられていたであろう。しかし、このような差別的な社会秩序は、それを支える規範意識が特に南部で残っていた時代に、黒人の権利利益を制約する正当化根拠とすべきではないという観点から、裁判所⁶⁵⁾及び立法府⁶⁶⁾により否定された。この事例は、社会秩序が存在するというだけでは、個人の保護される権利利益の範囲を制約する正当化理由とならないことを表す。

リベラリズムの立場からは、法に正統性が認められるために、それが正義概念に則っていること、すなわち、善き生の特殊構想に依拠せず、個別的同一性が捨象された、普遍主義的理由による正当化可能性を満たしている必要がある⁶⁷⁾。

では、「男」または「女」と認められるためには外性器を備えていなければいけない、より抽象化すれば「見た目の男らしさ」または「見た目の女らしさ」を備えていなければならぬという社会秩序ないし規範意識は、かかる要請を満たし、黒人に対する白人の差別意識と質的に区別されうるだろうか。自己認識における性ではなく、生物学的な性により「男／女」を規定することについての正当化理由が要求される。

まず、社会秩序は人々の選好充足度を最大化する秩序の表れであるという純粋な功利主義的議論は取るべきではない。なぜなら、この議論は、「性同一性障害者は社会における異端な存在であり、この者の法的性別の変更など到底受け入れるべきではない」といった、普遍主義的な正当化が不可能である差別的な外的選好を、選好集計に含めてしまうからである⁶⁸⁾。

そこで、一つの解答を「公示」に求める。

63) 吉野・前掲注30)388頁。石川・前掲注16)189-190頁は、「社会からの圧力」が当事者をSRSに追い込むとする。

64) 大村・前掲注56)179頁注16。

65) 黒人と白人の学生を分離した公立学校の設立を定めたカンザス州の州法を違憲とした *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) など。

66) 1964年に公民権法 (Civil Rights Act) 制定。

67) 井上達夫『法という企て』16頁 (東京大学出版会, 2003)。

68) ここに、不正な外的選好も無差別に選好集計に含んでしまうという功利主義の大きな問題点 (この問題に

ある個人が異性に対して感じる性的羞恥心または性的不安などの性的利益が法的保護に値することにほとんど異論の余地はないであろう。ここで、例えば見た目がいまだ「男」に見える MtF が女性専用車両に乗ったとしても、その MtF の性指向が男性に向いていれば、乗客である女性の性的利益が害される危険はない。しかし、自己認識における性が、男であるのか女であるのかというのは、外見によっては公示されず、判断することができない。そして、一般的に見た目が男であれば、自己認識における性も男であり、かつ性指向が女性に向いている蓋然性の方が高い。そうだとすると、見た目が男であるということは、自己認識が男であると社会的には公示されているということになり、性的利益が害される抽象的な危険が生じるのである。その他の女性／男性専用施設や、刑務所における処遇についても同様のことが言える。このように、自己認識における性が公示されないことから生じる、性的利益への危険から社会の構成員を保護する必要があるという理由により、かかる社会秩序は正当化されるのである。

しかしこの考え方は、突き詰めると困難な問題を生じる。例えば、技術が発達して、女性専用車両や女子トイレの入り口に、自己認識における性が女性である者のみを判別し、入ることを許すようなセンサーが取り付けられた場合、中にいる者は全て自己認識における性が女性であることが担保されるから、女性の性的利益を侵害する危険は生じない⁶⁹⁾。また、職場など特定人との間の人的関係しか問題とならないようなときは、性同一性障害者であると伝えることで公示の要請が充たされているとも評価されうる。しかし、このよ

うな場合であっても、当該 MtF の見た目が「男」のままであったならば、その外見とは異なる女性として扱うことについて、社会の構成員は性的羞恥心を感じ、抵抗感を持たざるを得ないと思われる。このような感覚は、社会的に構築された本来持つべきでない感覚であり法的保護に値しない、したがって、社会の構成員はそのような性的羞恥心を感じることも受忍すべきとなるのだろうか。

私見では、ここでの抵抗感は、元をただせば性同一性障害に対する差別意識ないし偏見に由来するものであっただろう。しかし、性同一性障害者と関係性を構築する者は、性同一性障害者の実情及び不利益を一応理解し、その者が自己認識においては異なる性を持っていることを一応承認したとしても、なお見た目の男らしさ、女らしさについての観念を社会から強固に植え付けられて育った結果、それを満たさない者を逆の性として扱うことに、決して小さくはないであろう心理的負担を囚らずも感じてしまうと考えられる。このような観念は社会的に構築された持つべきではないものであるとしても、事実として当人に帰責性なく植えつけられてしまった以上、反射的に感じてしまう抵抗感を否定されることによる心理的負担を課されない利益は、人々の規範意識が徐々に変化するまで、なお保護に値するものとして普遍的正当化の要請を満たすのではないだろうか⁷⁰⁾。

このような理由により、見た目の男／女らしさを、男女としての承認に要求する規範意識、それに支えられた社会秩序は、暫定的で将来に向かって徐々に変えられるべきものであるという強調すべき重要な留保が付きつつも、現段階では保護される。これが「公示」の要請に続く第二の解答である。

については井上・前掲注 67)272 頁が現れている。

69) 厳密には性的指向が女性に向いているとかかる危険が生じうる。

70) このように考えると、黒人差別問題についても、黒人が一級市民として承認されたのちの移行期間においては、それまでの社会規範により植えつけられた固定観念ゆえに、人々が黒人を一応承認していてもなお感じてしまう抵抗感については、これを保護することが許されるということになる。しかし、後述のとおり、制度設計の問題としては、かかる抵抗感が保護に値するとしても、具体的場面において、少数者の被る不利益の内容及び程度と抵抗感の内容及び程度を検討したうえで、その抵抗感を受忍すべきとする場面が生じうる。したがって、抵抗感が保護に値するということが、それを保護するような制度設計を正当化することには直ちにつながらず、これはまた別の問題である。

以上より、「社会秩序」は、保護に値する社会の構成員の利益に還元される形で、性同一性障害者の利益を制約する正当化理由となると考える。

4 改正案

以上に基づいて、具体的な改正案を検討する。

なお私見では、後に詳述するように法的性別はあくまでも当該性同一性障害者をいずれの性として取り扱えばいいかについての原則であって、それが妥当でないときには、原則に対する例外として、個別具体的な場面ごとに立法的対応をすべきである。したがって、ここではまず、その原則ないしベースラインをどこにおけばいいかという問題を検討することになる。

⑤要件の改正については、まず現状維持案が考えられる。ドイツ⁷¹⁾、フランス⁷²⁾、オーストリア⁷³⁾、アメリカの多くの州⁷⁴⁾、カナダのほとんどの州⁷⁵⁾の法が外性器要件を要求している。しかし、日本の多くの見解は性同一性障害者の被る不利益の大きさを主な理由として、⑤要件を今のまま維持することに批判的である⁷⁶⁾。

問題Ⅲの不利益は、後述する個別的場面における性同一性障害者の取扱いについて原則に対する例外を認めることや、文書において不必要な記載を禁止することで一定程度緩和することが可能である。しかし、問題Ⅰ、問題Ⅱとして生じる、高額な手術費、危険を伴う手術、法的性別の変更が一生不可能になる

当事者を生み出すという問題は、現状を維持する限り消えることはない。特に、自己認識における性に基づく承認を受ける利益が、人格的生存に不可欠であることを前提とすれば、法的性別の変更が著しく困難、または一生不可能となるような当事者を生み出すことは問題である。一方で、性同一性障害者はホルモン治療により、MtFは乳房の増大及びあごひげや体毛の発育の減少が生じることによって、また FtMは声帯の変化や髭及び体毛の増加が生じることによって⁷⁷⁾、見た目の上では「女／男らしさ」をかなりの程度獲得することができる。そうだとすれば、社会に対する混乱が、外性器を伴わないこと自体を原因として生じるのは、立法趣旨がまさに述べるところの、外性器が露出される公衆浴場の場面にほぼ限られるのではないだろうか。そして、公衆浴場の場面で男／女とされるのに必要な外性器を備えない者が入浴することによる、他の入浴者の混乱は保護に値するが、これには後述するとおり、原則に対する例外として取り扱うことで足りると考える。

当事者の被る大きな不利益、及び社会秩序との抵触が限定的であることを考えれば、外性器を備えなくても自己認識における性としての法的承認を受ける利益は「基本権」として認められるべきである。そして、公衆浴場という限られた場面における社会の混乱の保護を理由として、この利益を原則として制限することは、目的は合理的であっても、手段として過剰であり妥当性を欠く⁷⁸⁾。

次に、性同一性障害であると診断されたこ

71) 大島俊之『性同一性障害と法』157頁（日本評論社、2002）。

72) 大島・前掲注71)148頁。

73) 大島・前掲注71)170-171頁。

74) 大島・前掲注71)212頁。

75) 大島・前掲注71)223頁。10州のうち8州についてSRsが必要であり、残りの2州については資料が入手できなかったとされている。したがって、残りの2州については不明である（同書214頁）。

76) 大島・前掲注23)116頁、石田・前掲注12)270-271頁〔谷口洋幸〕、二宮・前掲注44)8頁など。

77) 野宮ほか・前掲注9)79-91頁〔内島豊〕。

78) 大村・前掲注52)21頁は公序良俗違反の判断において、当事者の利益が社会秩序にも照らし合わせて基本権といえるか、という基準とともに、「合理的な目的と手段の妥当性」の基準を挙げる。一方、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（二）」論叢133巻5号1頁、17-18頁（1993）は、アレクシーの議論をひいて、衝突する基本権同士の利益衡量を「一方の原理の非充足または侵害の程度が高ければ高いほど、他方の原理の充足の重要性が大きくなければならない」という衡量法則（狭義の比例原則）を基礎とし、さらに適切性と必要性

とのみを要件とすること、すなわち⑤要件に該当するものを削ることが考えられる。このような要件で認める立法は諸外国には見当たらない。

このような緩やかな要件は、当事者の利益を強く保護することになる一方で、見た目に関し「男／女らしさ」が無い者を、男ないし女として承認することを社会の構成員に要求することになる（例えば、外見は「男」にしか見えない MtF が女性専用車に乗ってきたときに、乗客の女性はこれを受け入れることを要求される）。しかし、これは公示がないことによる混乱の問題、及び見た目の「男／女らしさ」を承認の条件とする規範意識との大きな抵触を生む。前述のとおり、見た目に関し「男／女らしさ」を要求する社会秩序は現段階では保護に値する。そうであるとすれば、性同一性障害であるということから直ちに「自己認識における性」に基づく法的身分を得られる利益は、社会秩序との抵触が大きいという理由により、現段階では「基本権」として認めることは困難であると考えられる。したがって、要件をこの程度までゆるめるのは妥当でない。

そこで、上の二つの中間の領域において線を引き出すことが考えられる。

諸外国の立法を見ると、イギリスの「Gender Recognition Act」は⑤要件に対応するものとして、性別違和を有するもしくは有してきたことを前提として、申し立てがなされた日の時点で獲得した性別で二年は生活していることと、死亡するまで獲得した性別での生活を続ける意思があることを要件とする⁷⁹⁾。手術に関する要件はない。また、スウェーデン法も、子供のときから法的な性と異なる性に属する生き方をしてきて、かつ長期間その性によって生活し、かつ将来もそのような性によって生きていこうとする者であることが要件となっている⁸⁰⁾⁸¹⁾。

これらは客観的な「継続性」の要件と、主観的な「継続意思」の要件と言える。そして基本的には、日本法においても現行法の⑤要件に代えてかかる要件を定立すべきであると考える。

まず「継続性」について、ここまで性別が問題となる状況—刑務所、職場、女性／男性専用施設など—において、男女の区別を外見において判断する規範意識、及びそれに支えられる社会秩序は正当性を持つとしてきた。このことより、「基本権」の外延は外見において「男／女らしさ」を有しているかということにより画さざるを得ないと思われる。逆に、通常 of 社会生活において、外見上「男」または「女」であると承認できるのであれば、外性器が無くとも性同一性障害者は「男」または「女」と扱われるべきである。したがって、このような内実を持つ「継続性」を新たな要件とすべきである。

この「継続性」の有無は、自己認識における性によって社会生活を送っている年数、社会における服装、生活態様、ホルモン治療の結果として生じてくるような身体的特徴などの総合考慮により、社会通念上、外見的な「男／女らしさ」を備えているかという観点から決せられるものと考えられる。ここで、「外見上の男／女らしさ」という要件は漠然としており、裁判所にとっての明確性や一定の外観を備えていることを担保する必要から、例えば自己認識における性によって社会生活を送っている年数についてイギリスのように最低期間を設けるべきか、またはホルモン治療を受けていることを総合考慮の要素ではなく要件とすべきかなどが問題となりうる。しかし、このような要件の明確化は一方で、外見上は十分に「男」または「女」に見える当事者が、要件が充たされないことにより性別変更を認められないおそれを生じさせる。より多くの事例を検討しない限り、いずれが良いとも言

の原則によって行うとする。いずれも具体的なあてはめにおいて実質的な違いはないと考えるが、ここでは大村教授の枠組みに従った。

79) 針間他・前掲注 4)121 頁〔針間克巳〕。

80) 大島・前掲注 71)151 頁。

81) なお、アメリカのいくつかの州も、SRS を要求していない。大島・前掲注 71)212-213 頁。

い難い。

さらに、ホルモン治療により乳房が増大する MtF と異なり、FtM の場合、ホルモン治療によっても乳房の変化はほとんど認められない⁸²⁾。乳房切除術を行っていない FtM について、外見上は「男」になっているとして継続性の要件をみたす場合がありうることを認めていいのかという困難な問題が残る。「継続性」の内容を詰めていく上で一つの焦点となるであろう。

一方、「継続意思」は、性別変更時点のみならず、将来的にも外見上の「男／女らしさ」が継続することを、当事者の主観によって担保するものであり、これも改正後の要件とすべきである⁸³⁾。

以上より、⑤要件は、現在の外性器要件から、上で述べた内容を持つ継続性要件と継続意思要件へと改正がなされるべきであると考ええる。

なお、繰り返しになるが、かかる改正案は、外見が「男／女」であれば、その者を「男／女」として扱っていいという規範意識が現在において存在することを一応の前提としている。したがって、実際の検討にあたっては、これを確かめるための社会調査が不可欠である。とはいえ、立法は、現状を追認するためだけになされるわけではない。調査はあくまでも事実の観察にとどまるのに対し、立法には将来に対する展望も必要になるのである⁸⁴⁾。性別の意義はより相対化されるべきではないかという思いも込めて、かかる改正を提案したい。また、社会秩序は時代にに応じて変わるため、この先もかかる改正案が正当性を維持するとは限らないことも改めて付け加えたい。

VI. 個別具体的な場面における修正

法的性別は、具体的場面において、性同一性障害者をいずれの性として扱えばいいのかについての第一の基準となる。しかし、それを絶対的なものとするべきではない。目的の合理性と手段の妥当性が、具体的な適用場面においても追及されなければならない。具体的場面において、法的性別を基準として性同一性障害者を取り扱うことが妥当でなく、法的性別を変更していない当事者が、法的性別と反対の性に基づく取扱いを受けるべき場合がある。逆に、法的性別を変更した当事者を、法的性別と逆の性として扱うべき場合がある。以下、論点 I に付随する問題として、これらを検討する（なお、前者については、⑤要件に限らず、①要件ないし⑤要件のいずれかを充たさないために法的性別変更をしていない性同一性障害者が、かかる利益を有する場面について検討する）。

1 刑務所

刑務所の収監及びその後の処遇は、法的性別に応じてなされる⁸⁵⁾。例えば MtF は、法的性別の変更をしていなかった場合、男性刑務所に収監される。しかし、MtF の自己認識における性は女性である。したがって、当該 MtF が雑居房に收容されると、男性に囲まれて常に性的不安を感じ続けることになる。また、例えば MtF はホルモン治療や SRS の効果などにより、身体的な外観も女であることがある。このときは、性的不安にとどまらず、周りの男性収監者との関係で、性

82) 野宮ほか・前掲注 9)89 頁〔内島豊〕。

83) この外見上の「男／女らしさ」が将来においても継続することについて「継続意思」はその担保力がそこまで強くない。これを制度的に担保するために、SRS 及びホルモン治療を健康保険の適用対象とすべきと考える。野宮ほか・前掲注 9)229-230 頁〔原科孝雄〕など。これは、性同一性障害者のみならず、社会の構成員にとっても、性同一性障害者との関係が安定するという点で利益になると思われる。大島・前掲注 71)19-23 頁によれば、ベルギー、フィンランド、フランス、イギリス、スウェーデン、ノルウェー、ドイツなど多くの国が、SRS 及びホルモン治療の費用を保険がカバーしている。日本もこれと歩調を合わせるべきであろう。

84) 大村・前掲注 56)218 頁。

85) 南野監修・前掲注 2)99-100 頁、名古屋地判平成 18 年 8 月 10 日前掲注 14)。

的危険が及びかねない⁸⁶⁾。さらに、外見において異性であると感じさせる者を他の受刑者と同じ雑居房に入れることは、他の受刑者、さらには刑務所の秩序維持との関係でも望ましくない。一方で逆に、自己認識における性に基づいて性同一性障害者を扱うとすると、SRSまで終えている場合を除き、雑居房にいる自己認識における性と同性の収容者に混乱を生じさせるおそれがあり不都合である。

したがって、当事者の性的利益の保護や刑務所の秩序維持という目的を達成するための妥当な手段は、法的性別の変更をしていない性同一性障害者のうちSRSまで終えている者は自己認識における性に基づき収容し、残りの性同一性障害者は、独居房へ収容もしくは FtM または MtF 同士で収容することであると考える⁸⁷⁾。また、髪型等についても、自己認識における性に基づく取扱いがなされるべきである。裁判例として、法的には男性であるが SRS を受けていた MtF は、被疑者留置規則 12 条 1 項、監獄法 3 条 1 項の趣旨に照らし、その名誉、羞恥心及び貞操等を保護し、留置場内の規律を維持するために男子と区分して留置すべきであったとして、この者を男子と共同留置したことには裁量の範囲を逸脱した違法があるとしたものがある⁸⁸⁾⁸⁹⁾。この裁判例は、監獄法及び被疑者留置規則の解釈により事件を解決しているが、一定の場合に、法的性別と異なる取扱いを認める明確な立法的措置をすることが望まし

い。

2 学校

未成年は①要件により、性別変更が認められない。そうすると、未成年、特に中高生の性同一性障害者は、例えば MtF であれば自己認識における性別が女であるにもかかわらず、男子用の制服を着用させられ、男子と一緒に体育の授業を受け、また長髪について学校から咎められる危険がある⁹⁰⁾。自己認識における性として振る舞うことで、いじめを受けることもある⁹¹⁾。一方で 18 歳以上でないと、ホルモン療法も受けられないため⁹²⁾、身体的特徴は法的性別通りの性を表すと考えられる。そうすると、仮に性同一性障害者を反対の性として扱ったとしても、周りの理解がない限り、いじめの対象となる危険が残るように思う。また、例えば自己認識における性と同性の生徒たちと同じ更衣室を使用することを許すと、その性を持つ一般生徒の混乱を生む可能性がある。このように、中学または高校において、性同一性障害者をどう取扱うかは非常な難問である。更衣室などの場面に配慮しつつ、性同一性障害であると診断された場合には、自己認識における性に基づいて扱うことを立法により認めるべきと考えるが、問題提起にとどめたい。教員を始めとする周囲の配慮が何よりも重要であることは言うまでもない⁹³⁾⁹⁴⁾。

86) 野宮ほか・前掲注 9)207 頁 [大島俊之]。

87) 大島俊之「拘置所・刑務所における性同一性障害者の処遇」ジュリ 1212 号 73 頁, 74 頁 (2001) は、MtF について① SRS を完了している者は、女子施設に収容② SRS を完了していないが、すでに男性としての生殖能力を喪失している者も女子施設に収容 (ただし、ほかの被収容者のプライバシーに配慮して、ある程度、隔離すべきとする) ③ SRS を完了しておらず、生殖能力を保持している者は男子施設に収容するが、本人の安全等に配慮してある程度隔離すべきとしている。

88) 東京地判平成 18 年 3 月 29 日判時 1935 号 84 頁。

89) 実際の運用においても、性別変更はなされていないものの SRS を終えた MtF について、基本的には男性として処遇しつつ、四六時中ほかの男性の被収容者から隔離して扱ったという例があるようである。野宮ほか・前掲注 9)207 頁 [大島俊之]。

90) 野宮ほか・前掲注 9)118 頁 [野宮亜紀]。

91) 野宮ほか・前掲注 9)118 頁 [野宮亜紀]。

92) 性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン (第 3 版) 16 頁。

93) 野宮ほか・前掲注 9)137-140 頁 [虎井まさ衛]。

94) 本文では共学を想定した。しかし、さらに男子校/女子校に法的性別とは反対の自己認識における性を持

3 公衆浴場

公衆浴場において、外性器を備えていない者が入浴した場合、他の入浴者に混乱が生じる場合がありうる。本来、性同一性障害者が自己認識における性に基づいて入浴した場合、他の入浴者が、性的対象として見られる不利益を被ることはない⁹⁵⁾。しかし前述した公示の問題があり、さらに反射的に感じてしまう抵抗感は保護に値する。また、公衆浴場で自己認識における性に基づいて入浴する性同一性障害者の利益は、人格的生存に不可欠とまでは言えないと思われる。かかる観点から、例えば改正案の⑤要件の充足により法的性別を変更したものの、SRSを行っていない性同一性障害者に対して、公衆浴場の経営者が変更後の法的性別での入浴を拒否したとしても、他の入浴者の性的安心感を保護するという目的には合理性があり、その目的のために性同一性障害者の入浴を制限するという手段も妥当なものと言わざるを得ないと考える。したがって、その拒否行為は公序良俗に反して不法行為に当たるとまでは言えなくなる。

4 その他

(1)ないし(3)で論じた場面以外にも、法的性別と異なる取扱いをすべきか否かが問題となる場合がある⁹⁶⁾⁹⁷⁾。事前に予想することができ、ある程度一般化が可能な場面については、明確性及び法的安定性を確保するため、なるべく立法措置をとることが望ましい。それ以外の場面については、裁判例の蓄積が待たれる。

VII. 制度—性別表記—

ここまで、法的性別においては、男女二分法を前提としつつ、その越境のハードルを低くする方針を提示し、またその境界線は個別具体的な場面において動かすべきものであるということを論じた。次に、論点Ⅱについて、社会の構成員の多様なアイデンティティを包摂するために、この前提となっている男女二分法を相対的に希薄化⁹⁸⁾する試みについて検討する。

1 不必要な性別表記の削除

行政文書における不必要な性別表示の削除、及び行政文書の記入の場面での不必要な

つ性同一性障害者の入学を許可すべきかという問題がある。私立学校については、未成年の性同一性障害者は外見において法的性別通りの性が現れており、生徒に混乱を生じさせる可能性があるため、当該学校法人の学校運営の自由、教育の自由の一環として、このような生徒の入学を許可しないことも認められるように思う。一方、公立の男子校／女子校については学校運営の自由は観念できないが、男子／女子しかいないという秩序があることを前提に入学してきた他の生徒の、反対の性の外見を有する者と空間を共にすることで生じる困惑ないし混乱は、なお法的保護に値するように思うことを理由として、このような生徒の入学を許可するのは困難であるとするのもやむを得ないと考える。

95) 厳密には、性同一性障害者の性的指向が自己認識における性と同性に向いていた場合は、他の入浴者がかかる不利益を被る危険がある。しかし、これは性同一性障害者ではない者で、同性愛指向を持つ者が入浴する場合にも生じる問題である。

96) 会社が法的性別を変更していないMtFからの女性として扱ってほしいという申し出に対し、適切な対応を取らなかったということの一つの理由として、懲戒解雇の相当性が否定された事例として東京地決平成14年6月20日労判830号13頁。

97) 強姦罪の保護法益は女性の性的自由である。自己認識における性が女性であり、SRSにより外性器を備えたMtFについては、法的に性別変更をしていなくとも、姦淫された場合の不利益状況は、SRSを受け、かつ法的に性別変更をしたMtFと同一であると考えられる。このような者は「女性」としての性的自由を有するとして強姦罪の客体に含めるべきではないだろうか。

98) 男女二分法に基づくアイデンティティを持つ人もまた社会に包摂されるべきという観点から、男女二分法を否定はするべきではない。あくまでもその重要性を相対的に低くするのである。

性別記載の要求の否定は、多くの論者が主張し、また当事者が希望するところでもある⁹⁹⁾。性別の表示及び記載要求は、絶対的な基準ではない男女二分法を維持することにつながる。そして、単純な男女二分法とは異なるアイデンティティーを持つ者が、その他の構成員と同様に抵抗感なく社会生活を送ることを困難にし、そのような者を社会が包摂することを阻害する。

法定の身分証明書の存在しない日本においては、住民票、パスポート、社会保険証、運転免許証などが身分証明書としての役割を果たすことが多い¹⁰⁰⁾。このうち、運転免許証には性別記載がないが、住民票、パスポート及び社会保険証にはこれがある。そして、不動産契約、正規社員としての雇用契約、医療契約などの締結にあたってこれらの証明書を提示することが求められ¹⁰¹⁾、そのたびに性同一性障害者は苦痛を感じることになる。しかし、住民票や社会保険証に性別を記載する必要性は見いだせない¹⁰²⁾。選挙の投票所入場券なども含め、不必要な性別記載は削除されるべきである。また、印鑑登録証明書の申請用紙や各種行政サービスの申込書などの行政文書を記載するにあたって、無意味に性別の記載を求めることもやめるべきである。東京都小金井市（性別記載欄がある申請書等300件、うち削除可能なものが108件）、千葉県市川市（性別記載欄がある申請書等306件、うち削除可能なものが125件）、東京都世田谷区（性別記載欄がある申請書等300件、うち削除可能なものが171件）などの地方自治体が、これに取り組んでいる。削除不能とされた文書については、身体介助において法

が同性介助を原則としているなどやむを得ないものもある一方で、法律・政令等に性別記載が定められており、地方自治体の裁量を超えるために削除できなかったものもあるようである¹⁰³⁾。後者については、国の対応が求められる。

2 法的性別と異なる性別の記載

次に、性別記載の表示が必要である書類について、法的性別と異なる性別を記載することを許容すべきかが問題となる。結論としては、書類が性別記載を要求する趣旨から個別具体的に考えていくしかない。そこで、ここではその一例としてパスポートを取り上げる。

パスポートはほかの書類に比べて、名義人の同一性確認の必要性の度合いが高いと言え¹⁰⁴⁾、また性別記載が国際標準であるように思うので、性別記載が必要な証明書であると言える。そしてパスポートは、海外に渡航する者と旅券保持者の同一性を公に証明し、外国に対して保護を依頼するために政府が発行する身分証明書¹⁰⁵⁾であるから、相手国政府との関係で、性別欄には法的性別を記載しなければならないとも思える。しかし、法的性別と別の性の外見を有する性同一性障害者は、パスポートに法的性別が記載されることで、入出国の手続き時、パスポートの提示が求められるような買物時などに、名義人との同一性が疑われる不利益を被る可能性がある¹⁰⁶⁾。また、差別犯罪が多発するところでは命の危険さえある¹⁰⁷⁾。さらに、相手国政府や、相手国で性同一性障害者と関係性を構

99) 石田編・前掲注12)58頁〔田端章明・石田仁〕。

100) 大村・前掲注46)61頁。

101) 針間ほか・前掲注4)74-75頁〔上川あや〕。

102) 大村・前掲注46)62頁、針間ほか・前掲注4)169-170頁〔大島俊之〕など。健康保険証については、医師が治療を行うにあたって、性別を確かめることが必要な場合があるが、これは医師が実際に診療をするにあたって必要があるときに個別に確かめればよいのであり、単なる風邪の治療のような場合も含めて一律に窓口で性別を確認する必要はないと思われる。

103) 地方自治体の取り組みについては南野監修・前掲注2)252-257頁。

104) 大村・前掲注46)68頁注(1)。

105) 芦部信喜『憲法（第4版）』217頁（岩波書店、2007）。

106) 野宮ほか・前掲注9)119頁〔野宮亜紀〕。

107) 虎井・前掲注18)20-21頁。アメリカネブラスカ州で男性として生きてきたMtFが実は法的には女性である

築する者にとって、同一性確認のためにはむしろ、外見上の性別が記載されているほうが望ましい¹⁰⁸⁾。したがって、①ないし④要件を充たさないがために法的性別を変更できない当事者についても、改正案における⑤要件を充たすことにより、パスポートの性別記載は変更することが認められるべきと考える¹⁰⁹⁾¹¹⁰⁾。

3 私人間文書

行政文書については国及び地方自治体が対応することにより、不必要な性別記載を無くすことができる。しかし、私人間で交わされるありとあらゆる文書—各種会員登録申込書、街頭アンケートなど—について、その性別記載が一见、不必要であると思われる場合であっても、これを法律で規制するのは困難であり、また性別記載を求める私人の利益との関係から法律によって規制すべきではないと思われる。したがって、これらの文書において性別記載を要求されることによる不利益へは、そのときに同時に提示を求められる身分証明書から性別記載をなくすこと、法的性別を記載しなければならない絶対的な必然性がない場合には、自己認識における性に近い性別を記載することを当然に許容することで対応すべきと考える¹¹¹⁾。

VIII. おわりに

法的な性別とはなにか。法的性別はどこに向かうのか。この問いに答えて本稿を終えたい。

法的性別とは、それに基づく権利義務ないし法律効果を発生させるものである。

法的安定性の見地からは、「男」または「女」という法的身分から発生する権利義務ないし法律効果は一定であることが望ましい。したがって、例えば病気などにより夫婦のいずれかが生殖能力を欠くとしても、妻が婚姻中に懐胎した子については民法 772 条 1 項により嫡出推定が働くことになる。従来法は、「男」ないし「女」に該当する者を固定化し、そこに属する集団を、同一の権利義務を有し、同一の法律効果が発生する主体として扱った。

しかし、法的性別は一方で、社会において特定の性別を有する者として承認されるための基礎となる。

したがって、法的性別の変更が認められないことによって、個人が社会から承認されない不利益を被り、かかる不利益を個人に受忍させることが妥当でない場合には、法的性別は内容を変更することを迫られる。かかる要請に基づき、GID 特例法は、男女の法的身分の越境可能性を認めた。

本稿ではかかる要請をより重視し、特に⑤

と発覚し、殺されたブランドン事件を描いた映画としてキンバリー・ピアース監督『ボーイズ・ドント・クライ』(1999)がある。

108) 大村・前掲注 46)68 頁注(1)。

109) アメリカやオーストラリアはパスポートの性別記載の変更に関する要望について柔軟に対応している。針間ほか・前掲注 4)170 頁〔大島俊之〕。

110) 本文における検討では短期滞在を考えた。しかし、特定の外国に長期間滞在する場合、そこで男女が問題になる法律関係(例えば男子校/女子校への入学、刑務所への収容など)を形成するに当たり、男女の証明にパスポートを用いることがある可能性がある。パスポートの機能についてより詳細な検討が必要である。

111) 今後、雇用契約締結時に法的性別と同じ性別を表示することを求めることが不法行為を構成するか、または法的性別と異なる性別を表示して雇用契約を締結したことが懲戒解雇事由にあたるかが、性別表示を求める絶対的な必然性の問題として議論になりうると考える。後者の問題について、荒木尚志『労働法』398 頁(有斐閣、2009)は、経歴詐称が重要な経歴に関するものである場合、労使双方の信頼関係に基礎を置く継続的契約上の信義則違反であり、懲戒事由の一つとなすとする。私見では、法的な男女が決定的に重要な職業である場合を除き、法的性別と異なる性に基づいて契約を締結したとしても、職務に支障が出るとは考えられず、労使間の信頼関係を害するというのも説得的でないので、懲戒事由には当たらないと考える。大学中退の秘匿は経歴詐称として懲戒事由にあたるが、刑事事件の有罪が確定していない段階で賞罰なしとした点はこれに当たらないとした最判平成 3 年 9 月 19 日労判 615 号 16 頁も参照。

要件について、社会秩序とのバランスを取りつつ、法的身分の越境可能性を高めることを提案した。そして、これにより社会秩序との関係で具体的場面において不都合が出る場合、また具体的場面において性同一性障害者の利益保護について不十分さが残る場合、当該法的性別に通常認められていた権利ないし法律効果を制限し、また一方で当該法的性別に通常認められていなかった権利ないし法律効果を拡張することが妥当であるとした。

かかる取扱いを許容することは、性別という法的身分から一律の権利義務ないし法律効果を発生させるという、従来の法的性別の意義を揺るがすものである。

しかし、それでもいいのではないかと、むしろそうせざるを得ないのではないかと考えている。

従来の法的性別は、その身分が認められる主体の均質性—同じ外性器、同じ染色体、同じ生殖腺を持つ者—を予定していた。ところがGID特例法は、従来の法が予定していなかった主体を、法的性別の枠の中に取り込んだ。主体の均質性という前提を、GID特例法は突き崩したのである。そうであるとしたら、かかる前提がもはや成り立たない以上、同一の権利義務、同一の法律効果という帰結も、論理必然ではないが変更されることが許され、主体の特質に応じた権利義務、主体の特質に応じた法律効果を認めるところまで進んでよい、もしくは進まざるを得ないのではないだろうか¹¹²⁾。比喩的に言えば、両端に法が従来予定していた「男」と「女」の特質を有する主体とそこから生じる権利義務ないし法律効果があり、その間はグラディエー

ションになっている。絶対的であった法的性別を、このように一定程度相対化することを認めてもよいのではないだろうか¹¹³⁾。

本稿で、性同一性障害が法的性別に対して投げかけた問題を題材にして検討したかったのは、究極的には、個人が自律的存在として尊重されつつ社会において共生していくということについてであった。今後の検討課題は多く残ったが、この問題について一定の方向性を提示したことをもって、本稿を終えたい。

謝辞

本稿を執筆するに当たり、大村敦志先生には、お忙しいなか何度もお時間をとっていただき、本稿についてのご指導を賜りました。本稿に見るべきものがあるとすれば、それは先生のご指導によるところが大きく、逆に多々ある不十分な点は、自分の力不足によります。本稿の執筆は自分にとって大きな挑戦でしたが、それを温かく見守ってくださった先生には感謝の念が尽きません。

また、編集担当になっていただいた加納さやかさん、幸田雅美さんには、校正にあたり、多大なるご迷惑をおかけしたとともに、その鋭さに脱帽するしかないご指摘をいただきました。さらに、友人である木澤愛子さんには、司法試験前の忙しいときにもかかわらず、原稿を読んでもらい、貴重なコメントをいただきました。その他、本稿を話題にしたときにヒントをくれた他分野で活躍する友人を含め、これらの方々に改めて深く御礼を申し上げます。

(ねもと・たく)

112) この点に関して、法的性別を男に変更し結婚した FtM が、第三者の精子を用いて妻との間に人工授精で子をもうけた場合について、法務省は、嫡出子としては扱われない（嫡出推定が働かない）としている。朝日新聞 2010 年 1 月 10 日朝刊。法務省は朝日新聞の取材に対し、GID 特例法は生物学的な性まで変更するものではなく、遺伝的な父子関係がないのは明らかである以上、嫡出子としては認められないと回答したようである。このような取扱いについては、平等原則違反であるという批判もある。しかし、通常他人の精子を使う非配偶者間人工授精は、遺伝的な父子関係がないことが明らかであるにもかかわらず、一般的には嫡出子として受理されていることとのバランスも含め、平等原則違反についての慎重な検討が必要となる一方で、私見のように考えると、同じ「男」であっても、嫡出指定について異なる取扱いをすることを許す余地が論理的には生じることになる。

113) とはいえ、文字通りの個別具体的場面ごとに、当該主体にいかなる権利義務ないし法律効果の発生を認めるかを検討しなければならぬとすると、法的安定性の要請が大きく害されることになる。したがって、本文 5 (4) で述べたとおり、通常とは異なる取扱いが要請される場面ごとに、発生する権利義務ないし法律効果とその要件を、あらかじめ立法で定めておくことが望ましい。そうでなければ、裁判例の蓄積が待たれることになる。

外資規制法の構造分析

——安全保障を理由とする投資規制の比較法的分析と事例研究——

2010年4月入学

本郷 隆

- I. はじめに
- II. 日米の外資規制法の概要と近年の動向
 - 1 米国
 - (1) 個別業法による規制
 - (2) エクソン・フロリオ条項
 - (3) 近年の事例
 - 2 日本
 - (1) 個別業法による規制
 - (2) 外為法 27 条
 - (3) 近年の事例
- III. エクソン・フロリオ条項と外為法 27 条の比較分析
 - 1 外資規制の対象となる投資
 - (1) 米国：エクソン・フロリオ条項
 - (2) 日本：外為法 27 条
 - (3) 考察
 - 2 安全保障上の脅威の判断
 - (1) 米国：エクソン・フロリオ条項
 - (2) 日本：外為法 27 条
 - 3 審査体制
 - (1) 米国：エクソン・フロリオ条項
 - (2) 日本：外為法 27 条
 - 4 小括
- IV. J パワー事件の検討
 - 1 規制対象とされた投資
- 2 安全保障上の脅威の判断
 - (1) 政府の判断
 - (2) 安全保障の意義
 - (3) 判断過程の審査
 - (4) 脅威を減殺する措置
- 3 審査体制
 - (1) 審査主体
 - (2) チェック機能
- 4 小括
 - (1) J パワー事件の射程
 - (2) 補論：いわゆる黄金株について
- V. 安全保障を理由とする投資規制の正当化根拠
 - 1 概念の整理
 - 2 「国の安全」に係る業種≒防衛産業
 - (1) 国内の防衛生産・技術基盤の維持
 - (2) 我が国の安全を損なうおそれのある技術の流出防止？
 - (3) 国際的な平和・安全の保全
 - 3 「公の秩序」の維持に係る業種≒重要インフラ関連業種
 - (1) 「公企業の特許」とのオーバーラップ
 - (2) 公企業特許と外資規制との関連
 - 4 それ以外の業種≒警備業及び生物学的製剤製造業
 - 5 結論

I. はじめに

グローバル化の進行は、物やサービスの貿易のみならず、投資の世界においても着実に進行している。しかし、WTO協定などの包括的な国際規範による規律が存在する貿易とは異なり、投資の世界では、国際的な投資活動を規律する包括的な国際規範は未だ存在しておらず、代わりに二国間協定や地域協定等による規律が機能しているだけである。このような協定の中でも、日本や米国を含む先進国にとって重要なのはOECD資本自由化コードである。同コードは、投資の自由化促進を目的として、OECD加盟国に対し、国際的資本取引に関する国内法上の制限の撤廃や軽減を求めるものである。

ただし、このような取極めには例外が当然のつきものであり、同コード3条は、①公の秩序の維持又は公衆の衛生、モラル及び安全の保障のために必要な行動、②重大な安全保障上の利益の保護のために必要な行動、③国際の平和及び安全に関する義務の履行のために必要な行動をとることは妨げられないと規定する。そして、この規定に基づき、各国は公の秩序維持や安全保障を目的とした国内規制を整備している。各国の規制態様は様々であるが、基本的には個別業法による規制と、業種横断的な規制の2種類のいずれか若しくは両者の組み合わせによって規制する例が多い。

本稿ではこのような外資規制の中でも日本と米国の規制、その中でもとりわけ業種横断的な規制に着目して分析を行う。近年、日米両国とも、外資に関連して社会的に注目を集

める事件が起きたことや、いわゆる政府系ファンド (Sovereign Wealth Fund, SWF) の動きが活発化していることがあり、政府・産業界において外資規制について論じられる機会が増えた。そして、近年、日米両国とも外資規制の見直しを行い、規制内容等に変更が加えられたことにより、両国の外資規制法制は新たな局面を迎えようとしている。

このような外資規制法は、それ自体決して新しい分野ではない。日本においては、1950年に「外資に関する法律 (外資法)¹⁾」が制定され、長年、対内直接投資は同法により規制されてきた。しかし、外資規制などの国境をまたいで展開される行政、「際の行政 (border control)」に関しては、国際法学からのアプローチはともかく、国内法学 (とりわけ行政法学) からのアプローチによる議論はきちんとなされてこなかったのが実情である²⁾。たしかに外資規制に関連して訴訟まで発展した事例は少なく³⁾、国内実定法学の関心を集めにくいところはある。しかし、後述する外国為替及び外国貿易法 (以下、「外為法」という。) 27条に基づいて外国投資家が行った事前届出の件数は2007年度が462件、2008年度は500件以上を記録しており、また、事後報告に至っては、2005年度以降の3年間で約1万件がなされており⁴⁾、その頻度に照らせば、外資規制法は、学問的に検討・分析をせずにおける分野ではないと思われる。

そこで、本稿は、行政法学やその他関連する実定法学の知見を動員しつつ、日米の業種横断的な外資規制法の構造を分析し、それらの機能を確認し、また課題を明らかにする。

IIにおいて日米の外資規制法制を概観した上

1) 外資法は、1980年の外為法改正に伴い、廃止され、その規定内容は外為法に引き継がれた。

2) 櫻井敬子「行政法講座37 外資規制」自治実務セミナー47巻10号10頁(2008)参照。

3) 外為法の対内直接投資規制に関して訴訟となった事件で、公刊されているものとしては、東京地判昭和59年5月30日行裁例集35巻5号649頁がある。しかし、同判決の争点は、抗告訴訟の対象となる「行政処分」の意義であり、本稿で議論するような外資規制の意義等について本格的な議論はなされていない。

4) 財務省「報道発表(平成21年3月31日)外国為替及び外国貿易法に基づく対内直接投資等の事前届出について、審査期間を短縮します」(http://www.mof.go.jp/international_policy/gaitame_kawase/gaitame/recent_revised/tainaichokutou_210331.htm, 2011年7月20日最終閲覧)、同「外国為替及び外国貿易法に基づく対内直接投資制度の概要」3頁(http://www.mof.go.jp/international_policy/gaitame_kawase/gaitame/recent_revised/taimai_chokutou_gaiyou.pdf, 2011年7月20日最終閲覧)。

で、Ⅲでは、米国のエクソン・フロリオ条項及び日本の外為法 27 条について比較分析を行う。Ⅳでは、それまでの検討を踏まえ、後述する J パワー事件における日本政府の判断の合理性・正当性について検討する。J パワー事件は外為法 27 条の規制が発動された唯一の事例であり、事件の分析自体も重要であるが、Ⅲで検討する日米の外資規制法の内容・機能・課題等を具体的事例に照らして検討することで、より立体的な理解が可能になるものと思われる。そして、Ⅴでは、そもそも外為法 27 条による「安全保障を理由とする外資規制」がいかなる原理によって正当化されるのかということについて試論を展開している。

なお、本稿は、法律レベルのみならず、政省令・告示等の下位法令も含めて可能な限り詳細に両国の法制を検討している。現実の当事者にとって行為規範として働くのは、下位法令も含めた法令全般であり、Ⅲ及びⅣの検討で明らかになるが、法律の本当の内容は、行政立法である施行令、施行規則のレベルや、その附則、別表のレベルまで降りて見ないと分からないのである⁵⁾。

Ⅱ. 日米の外資規制法の概要と近年の動向

日米両国の外資規制法制を概観する。先に要点を示せば、日米両国とも、個別業法による外資規制と包括的な外資規制法とを組み合わせることで規制を実施している。前者の規制は、外国人等が一定比率以上の内国法人の株式を取得することや、一定の権利を取得・保持することを、案件ごとの審査にかからしめることなく、一律に禁止することを原則とする。他方、後者の規制は、個別具体の案件について政府がその許否を判断することとしており、運用次第では、弾力的な規制発動が可能な制度となっている。

1 米国

(1) 個別業法による規制

米国は、連邦法により複数の分野で、個別業法による外資規制を行っている。具体的には、海運・造船、漁業、航空運送、放送・電気通信事業、動力関係事業（原子力発電、水力発電等）、天然資源などの産業分野において、外国人及び外国人によって支配されている会社が、米国企業を支配することとなる場合に、一定の制限がある。これら個別業法による外資規制の特徴は、当該分野に属する米国企業の一定比率以上の株式を外国人・外国法人が取得することを一律に禁じたり、外国人・外国法人が特定の権利を取得することを禁じたりするなど、外資に対して政府の審査にかからしめることなく、画一的な規制を敷いていることにある。

これらの分野は、そもそも公共性が強く、私企業の活動に対して国家が一定の規制を加えており、かかる分野において外国企業の参入を認めると、例えば緊急事態において国家の安全保障に重大な影響がある等の理由から、参入を規制していると説明されている⁶⁾。

(2) エクソン・フロリオ条項

1980年代後半、外国企業による米国企業の買収が相次いだという事情があり、米国企業が外国企業に支配されることによって国家安全保障が脅かされる場合に備えた規制の必要性が説かれるようになった。上記の個別業法による外資規制では、それら以外の業種に係る買収については、米国政府が介入の必要を感じてもそれができないという難点があった。そこで、包括的な国家安全保障を目的とした直接投資規制として、「1988年包括通商法（The Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988）第 5021 条により修正された 1950 年国防生産法（The Defense Production Act of 1950）第 721 条」、いわゆる「エクソン・フロリオ条項」が設けられ、業種にかか

5) 稗貫俊文「戦後の対日直接投資の規制と競争政策——残存する官民協調とその法意識への影響——」社会科学 50 巻 4 号 71 頁, 75 頁 (1999) 脚注 10。

6) 松下満雄『国際経済法（第 3 版）』259 頁（有斐閣, 2001）。

わりなく外資規制を行うための法制が導入された⁷⁾。

エクソン・フロリオ条項はその後数回の改正を経たが、その規制の仕組みの大枠に変化はない。すなわち、米国企業の株式等を外国人・外国法人が取得し、これによって当該米国企業が外国人・外国法人に支配されるに至る場合、大統領は、かかる取得・支配が米国の国家安全保障に脅威を与えるおそれがあると思料するときには、自ら調査を行い、若しくはその指名する者に命じて調査を行なわせ、その結果、米国の国家安全保障を害すると認めるときには、かかる取得の禁止又は停止等を命じることができるというものである。そして、大統領に代わって実際にこのような調査・審査を行うのが、主要閣僚から構成されるCFIUS (Committee on Foreign Investment in the United States) である。

エクソン・フロリオ条項に係る具体的な手続きの流れは、概ね次のとおりである。CFIUSは、当事者の自発的な申立て若しくは職権によって、国家安全保障上問題のある取得について、30日以内の調査 (review) を行う⁸⁾。当該調査の結果、安全保障上の脅威があると判断された場合、CFIUSはさらに45日以内の審査 (investigation) を実施する⁹⁾ (なお、以下では“review”と“investigation”を併せて単に「審査」という)。CFIUSは、審査結果に規制措置を取るべきか否かの勧告を付して大統領に通達を行い、大統領は、審査完了から15日以内に必要な措置を講ずることができる¹⁰⁾。

なお、これまでにエクソン・フロリオ条項によって大統領による禁止命令が発動されたのは1989年に中国国営航空技術輸入公司

(CATIC) が米国の航空機部品メーカーであるMAMCO社を買収しようとした案件の1件にとどまる¹¹⁾。

エクソン・フロリオ条項は、2007年外国投資及び国家安全保障法 (Foreign Investment and National Security Act of 2007, FINSA) の施行により大幅な改正がなされている。主な改正点としては、①CFIUSに法律上の根拠を与え、メンバーを強化した、②議会への通知制度を確立した、③外国政府が絡む場合に調査を義務付けた、④調査・審査にあたって考慮すべき事項の拡大を行った、⑤影響軽減契約 (mitigation agreement) に法律上の根拠を与えた、などの点が挙げられる¹²⁾。

(3) 近年の事例

エクソン・フロリオ条項に関して、近年特に注目を集めた事件として、Unocal-CNOCC事件及びDPW-P&O事件がある。

Unocal-CNOCC事件は、2005年、中国海洋石油有限公司 (CNOCC) が米国の石油会社であるUnocal社を買収しようとした事件である。この計画に対しては、議会が強く反発し、下院は2005年6月に344号決議を可決し、本件買収が安全保障上の脅威に当たるとして、大統領に対しエクソン・フロリオ条項に基づく審査を行うことを求めた。さらに、2005年7月、議会はエネルギー政策法の改正案を通過させ、これによりエネルギー省と国務省が対内直接投資に関する幅広い調査を終えてからでなければ、CFIUSはUnocal社の買収についてエクソン・フロリオ条項の審査に入ることができなくなり、CNOCCによるUnocal買収はますます困難となった。その結果、買収の困難を理由にCNOCCはUnocal社の買収を断念したのである¹³⁾。

7) 吉川満「米国における外国人の企業取得の規制——エクソン・フロリオ条項施行規則案の概要——」商事1194号17頁、17-18頁(1989)参照。

8) 50 U.S.C.app. §2170 (b) (1).

9) 50 U.S.C.app. §2170 (b) (2).

10) 50 U.S.C.app. §2170 (d).

11) Michael Petrusic, *Oil and the National Security: CNOOC's Failed Bid to Purchase Unocal*, 84 NORTH CAROLINA L.REV. 1373, 1380-1381 (2006).

12) 榊田淳二「エクソン・フロリオ条項改正法の制定～国家安全保障に基づく米国企業買収の規制強化～」国際商事法務35巻10号1337頁、1339-1340頁(2007)。

13) See PETRUSIC, *supra* note 11, at 1373-1375. なお、Petrusicは、本件買収に反発する議会の主張は、経済的理

DPW-P&O 事件は、2005 年、アラブ首長国連邦の港湾管理会社である Dubai Ports World 社 (DPW) が、イギリスの企業である Peninsular and Oriental Steam Navigation Company 社 (P&O) を買収しようとした事件である。DPW が国土国家安全保障省の求めに応じ、P&O の事業を現状通り維持することについて覚書を提出するなどしたこともあり、本件買収は当初 CFIUS に承認されていた。しかし、P&O のアメリカにある子会社が、アメリカ国内の主要な港湾施設を管理していたため、議会から強い反対が表明されることとなった¹⁴⁾。その後、米国政府からアラブ首長国連邦への働きかけなどにより、DPW が P&O の港湾管理事業をアメリカ企業に売却する意向を表明し、これにより事件は終息に向かった¹⁵⁾。

いずれもエクソン・フロリオ条項の正規の手続きによって投資の中止・変更が命令されたものではないが、政府・議会の働きかけにより投資が変更・断念された事例として社会的にも注目を浴びた事件であった。なお、両事件とも買収者の株主には、各母国政府が名を連ねており、実質的に外国政府が米国の主要企業を買収するという性格を有するものであった点も両事件に共通する特徴として挙げられる。

2 日本

(1) 個別業法による規制

日本でも複数の分野で、個別業法によって外資規制がなされる例がある。例えば、通信分野では、電波法¹⁶⁾、放送法¹⁷⁾、日本電信電話株式会社等に関する法律 (NTT 法)¹⁸⁾ が、内航海運分野では船舶法¹⁹⁾ が、天然資源分野については鉱業法²⁰⁾ がそれぞれ外国企業の参入を制限している²¹⁾。

米国における規制と同様、日本においても、個別業法による規制は、外国投資家による日本企業の一定比率以上の株式取得や特定の権利の取得を禁止しており、政府の審査によることなく、画一的な規制を敷いている。

(2) 外為法 27 条

業種横断的な外資規制は、1980 年の外為法改正以前は、外資法が行っていた。1980 年の外為法改正により外資法は廃止されたが、その規制は従前とほぼ同一の仕組みのまま、外為法に引き継がれた²²⁾。その後、日米構造協議等を経て、1992 年に再び外為法改正が行われ、①対内直接投資等について、これまでの審査付き事前届出制に代えて原則として事後報告制とすること、②ただし、国の安全等に係る対内直接投資等に当たりうる

由に基づくものであり、安全保障を目的とするエクソン・フロリオ条項からは正当化できないものだったと論じる。Id. at 1378-1387.

14) 当時、アメリカ国内の港湾を管理していたのは、P&O の子会社である P&O Ports North America Inc. であった。See Greg Hitt, *Lawmakers Keep UP Pressure on Dubai Ports Firm*, W.S.JOURNAL, March 16, 2006 at A4.

15) See Jason Cox, *Regulation of Foreign Direct Investment After the Dubai Ports Controversy: Has the U.S. Government Finally Figured Out How to Balance Foreign Threats to National Security Without Alienating Foreign Companies?*, 34 J. CORP. L. 293, 300 (2008).

16) 電波法 5 条 1 項は、外国法人等に無線局の免許を与えない。

17) 放送法 52 条の 8 第 1 項は、上場する一般放送事業者等について、その議決権の 5 分の 1 以上を外国人等が占めるに至った場合、当該事業者は、外国人によるさらなる株式取得に対して、株主名簿の名義書換請求を拒めること等を規定する。さらに同条 3 項により、かかる外国人による議決権の行使は認められないこととなる。

18) NTT 法 6 条は、NTT の外国人等議決権割合が 3 分の 1 以上となることを制限する。

19) 船舶法 3 条は、日本船舶のみが内航海運を行えると規定し、1 条は「日本船舶」とは、日本政府、日本国民、及び代表者全員が日本人である日本法人などが所有する船舶であると規定する。その結果、内航海運において外国企業は排除されることになる。

20) 鉱業法 17 条は条約に特段の定めがある場合を除き、日本国民又は日本国法人以外が鉱業権者となることを認めない。

21) 情報はやや古いですが、日本の国内法において外国人及び外国会社に特別な規制を設けている法律を列挙したのものとして、道垣内正人「経済の国際化と『外国』的なものの日本における法規制——日本法における『日本』と『外国』の区別——」ジュリ 875 号 238 頁 (1987)。

22) 外国為替貿易研究グループ編『逐条解説改正外為法』449 頁 (通商産業調査会出版部, 1998) 参照。

業種については、引き続き事前届出の対象とすることを基本原則として、現在の外為法 27 条の規制が整備された²³⁾。

外為法 27 条によれば、日本企業等に直接投資を行う外国投資家²⁴⁾のうち、国の安全等に係る業種について投資を行おうとする者は、事前に財務大臣及び事業所管大臣に届出が必要とされる（以下、「事前届出」という）。外国投資家は、事前届出後一定期間、投資の実行を禁じられるが、その間、財務大臣及び事業所管大臣は審査を行うこととなる。財務大臣及び事業所管大臣は、事前届出のされた投資が国の安全等に係る対内直接投資等に該当すると判断した場合、関税・外国為替等審議会の意見を聴いた上で、当該外国投資家に対して投資の内容の変更又は中止を勧告でき（外為法 27 条 5 項）、当該外国投資家が勧告を応諾しない場合、投資の内容の変更又は中止を命令できる（10 項）。なお、事前届出を要しない投資については、外国投資家は、投資実行後に報告をすることとなっている（55 条の 5）。

このように外為法 27 条は、「審査つき事前届出制」という独特のスキームを取っているが、これは対外取引が原則自由であるという法目的に適合的であるよう配慮されたものである。法文上は「届出」とされているが、事前届出を要する場合には、審査にパスしなければ投資活動が阻止されるという点で、許可制とその骨格を一にする²⁵⁾。

なお、外為法 27 条による対内直接投資規制も、2007 年の政省令・告示改正により、規制内容が大幅に変化した。具体的には、①事前届出業種の見直し、②規制対象とする取引類型の整理（連結子会社等において規制対象事業を行う場合の規制対象への追加等）、③行政手続きの見直し等を目的として改正が

行われた²⁶⁾。これら改正の意義・影響については、主にⅢで検討する。

(3) 近年の事例

外為法 27 条の対内直接投資規制がクローズ・アップされた事件として、J パワー事件がある。これは、2008 年 1 月イギリスの投資ファンドであるザ・チルドレンズ・インベストメント・ファンド（以下、「TCI ファンド」という。）が、日本の電力会社である電源開発株式会社（以下、「J パワー」という。）の株式を 20%まで買い増す計画を届け出たことに端を発する。財務大臣及び事業所管大臣である経済産業大臣（以下、併せて「政府」ということがある。）は、TCI ファンドによる J パワー株式取得の是非を検討し、株式取得が、「公の秩序を妨げるおそれ」があるとして、同年 4 月 16 日に株式取得の中止を勧告した。その後、TCI ファンドが勧告の応諾を拒絶したため、5 月 13 日に政府は TCI ファンドに投資の中止を命令した（以下、「本命令」という）。TCI ファンドは 7 月 14 日に不服申立て等を見送る旨の声明を発表し、事件は行政不服審査・行政訴訟に進むことなく終息した。本件は、外国人による対内直接投資に対し、外為法の規制が発動され、中止が命令された初の事件であり、裁判所の判断こそ明らかにならなかったが、外資規制の在り方等を検討する上で重要な実例と評されている²⁷⁾。

また、同時期に外資規制に関して社会的注目を集めた事件として、日本空港ビルデング事件がある。これは、オーストラリアのマッコーリー・グループが、2007 年 10 月以降、羽田空港ビルの管理を行う日本空港ビルデング株式会社の株式のおよそ 2 割を保有し続けた事件である²⁸⁾。空港ビル管理に関して外資規制条項を有する個別業法はなく、外為法

23) 外国為替貿易研究グループ編・前掲注 22)33-35 頁。

24) 「外国投資家」の定義は外為法 26 条 1 項に規定されている。

25) 櫻井・前掲注 2) 11 頁。

26) 経済産業省「報道発表（平成 19 年 9 月 4 日）外国為替及び外国貿易法に基づく対内投資規制の見直しについて」（<http://www.meti.go.jp/press/20070904001/toushiminaoshi-1.pdf>, 2011 年 3 月 1 日最終閲覧）。

27) 古城誠「TCI ファンドによる J パワー株式の取得——外為法と外資規制」法教 337 号 8 頁（2008）参照。本事件については、本稿Ⅳで詳論する。

28) 鈴木裕「外国人投資家への保有規制をどう見るか」経営戦略研究（大和総研グループ）18 号 54 頁，55 頁

もこのような業種を規制対象業種に含めていなかったため²⁹⁾、外資規制を発動することができなかったという事情があった。本事件を受け、政府はその後、有識者による研究会を設置し、空港インフラについての外資規制導入の検討を開始することとなった³⁰⁾。本事件は、外為法が直接に関係するものではなかったが、外為法 27 条による外資規制の限界を示すという点で興味深い事件だと言える。

Ⅲ. エクソン・フロリオ条項と外為法 27 条の比較分析

以下では、日米の外資規制の中でも業種横断的かつ包括的な規制であるエクソン・フロリオ条項及び外為法 27 条について比較分析する。両法について、政府による審査の枠組みを俯瞰するため、①いかなる投資が規制の対象に含まれるのか、②安全保障上の脅威はいかに判断されるのか、③誰が審査し、審査の正当性はいかに担保されるのか、という観点から検討していく。

なお、以下では、「安全保障上の脅威」（あるいは単に「脅威」とも言う。）という文言は、エクソン・フロリオ条項及び外為法 27 条が外資規制を発動する根拠となる事象を包括的に表現するものとして用いることとする。したがって、詳細は後述するが、「安全保障上の脅威」は、「national security」を害するも

の（エクソン・フロリオ条項の場合）、「国の安全」「公の秩序の維持」「公衆の安全」等を妨げるもの（外為法 27 条の場合）という意味で用いている。

1 外資規制の対象となる投資

まず、エクソン・フロリオ条項及び外為法 27 条によっていかなる投資が外資規制の対象となっているかを分析する。このことは、いかなる投資が外資規制の対象とならないかということと同値であり、外国投資家の視点に立てば、特定の投資が典型的に外資規制の網から除外されるか否かという点において、予測可能性とも密接にかかわる。以下、この論点について、①投資の形態、②規制対象業種、③子会社等への間接的投資³¹⁾の3点から考察しよう。

(1) 米国：エクソン・フロリオ条項

a 投資形態

エクソン・フロリオ条項で規制の対象となる取引は、“covered transaction”と呼称され、「1988年8月23日以降に、外国人によりなされる、米国で州際取引を行う者に対する合併、取得、買収であって、当該外国人が支配を取得することとなるもの³²⁾」と定義される。したがって、この定義によれば、後述の外為法 27 条の規制とは異なり、新規に米国に法人や支店を設立・設置するいわゆる「グリーンフィールド投資³³⁾」等は“covered

(2008)。なお、日本空港ビルデングは、その後、自社株の株式公開買付けを実施し、マコーリー・グループがそれに応じた結果、同グループは日本空港ビルデングへの投資から完全に撤退した。日本経済新聞朝刊 2009 年 5 月 20 日 9 面参照。

29) 外為法が規制する業種については、本稿Ⅲ 1 (2) b 及びⅢ 2 (2) a を参照。

30) 2008 年 10 月、内閣官房長官及び国土交通大臣の下に「空港インフラへの規制のあり方に関する研究会」が設置された。同研究会の最終報告は既に出されているが (<http://www.mlit.go.jp/common/000029926.pdf>, 2011 年 3 月 1 日最終閲覧)、この報告書をもとに何らかの法令改正がなされるには至っていない。

31) 3 点目は、前 2 点とはやや異なる視点ではあるが、いわゆる「間接取得規制」の問題である。外国人・外国法人がある内国会社に対して投資を行うと、間接的に当該内国会社の子会社等へも投資することになるが、このような間接的な投資も外資規制の対象となるかということである。

32) 50 U.S.C.app. §2170 (a) (3)。

33) グリーンフィールド投資とは、外為法 27 条により規制される対内直接投資等のうち、完全子会社に関するものとされる。具体的には、完全子会社の新規設立に伴う株式又は持分の取得、完全子会社の増資に伴う株式又は持分の取得、完全子会社の事業目的の実質的な変更に関し行う同意、完全子会社に対する金銭の貸付け又は完全子会社の発行する私募債の取得、支店等（支店、工場その他の事業所をいう。）の設置又は支店等の種類若しくは事業目的の実質的な変更を意味する。財務省「報道発表（平成 21 年 3 月 31 日）対内直接投資等の事前届出に関する審査期間について」 (http://www.mof.go.jp/international_policy/gaitame_kawase/gaitame/recent_revised/)

transaction”には含まれないことになる。

“covered transaction”の定義中の用語については、連邦規則に詳細な定義が置かれている。特に重要なのは、「control（支配）」の定義であり、大要「対象者の総議決権、取締役、委任票等の過半数若しくは支配的少数を握ることにより、重要事項の決定や指示をすることができる、直接または間接的な影響力³⁴⁾」とされている。この点、外為法のように一定の比率以下の株式の取得を規制対象から除外するという規制方法は採用しておらず、ただ「総議決権数の10%以下の取得であり、専ら受動的投資を目的とするもの」は規制対象から除外するとされているだけである³⁵⁾。

ただし、この連邦規則によっても、「control（支配）」の定義が意味するところは、一般人にとって必ずしも十分に明確になっているとは言いがたく、規制範囲の明確さという点で問題があることは認識しておいてよいだろう。

b 規制対象業種

エクソン・フロリオ条項は、外為法27条とは異なり、規制対象となる業種を限定していない。わずかに、玩具・ゲーム、食品、ホテル、レストラン、法的サービスに関する取引は安全保障とは関係ないと理解されているが³⁶⁾、いわば当然のことであり、限定と呼べるものにはなっていない³⁷⁾。

c 子会社等への間接的投資

エクソン・フロリオ条項において、間接取得規制の取扱いは法文からは必ずしも明らかではない。しかし、前述の“covered transaction”の定義中の「control（支配）」の定義として、外国人・外国法人による「直接又は『間接』の影響力」が考慮されていることに照らせば、外国人・外国法人による親会社の買収により、当該外国人・外国法人が子会社

等へ間接的に影響力を行使できるようになることも、“covered transaction”の“control”の要件の中に入れて解釈されるのだろう。したがって、外国人・外国法人が米国企業の子会社等を間接的に支配することにより、安全保障上の脅威が認められれば、エクソン・フロリオ条項の外資規制が発動されるはずである。

なお、DPW-P&O事件は、P&O自体はイギリスの会社であったが、その子会社が国内の主要な港湾施設を管理していたことを理由にCFIUSによる審査がなされた事例であった。このことに鑑みれば、CFIUSは、現実にも、子会社等への影響も踏まえてエクソン・フロリオ条項の審査を行っているものと言えよう。

(2) 日本：外為法27条

a 投資形態

外為法26条2項は、27条で規制の対象となる「対内直接投資等」として、①非上場会社の株式又は持分の取得、②非居住者となる以前から引き続き所有する非上場株式会社の株式又は持分の譲渡、③上場会社等の株式の発行済株式総数の10%以上の取得、④会社の事業目的の実質的な変更に関し行う同意、⑤日本国内における支店の設置等、⑥本邦に主たる事務所を有する法人に対する期間1年超の貸付けを列挙する。

エクソン・フロリオ条項は、外国人・外国法人の米国企業に対する合併・買収・取得等を問題にし、そこでの関心は米国企業の支配権が米国人の手から外国人・外国法人へ移転することにあつた。他方、外為法27条はそのような支配権の移転を念頭に置いたつくりにはなっておらず、基本的には、エクソン・フロリオ条項と比較してより広範な投資形態を規制対象としている。たとえば、外国投資家による完全子会社の新規設立に伴う株式又

tainaihochokutou_210331_2.htm, 2011年7月20日最終閲覧) 参照。

34) 31 C.F.R. §800.204 (a).

35) 31 C.F.R. §800.302 (b).

36) David Bailey et al., *US Policy Debate Towards Inward Investment*, JOURNAL OF WORLD TRADE, Vol.26 Iss.4, 65, 81(1992).

37) 吉川・前掲注7) 19頁。

は持分の取得や、完全子会社の増資に伴う株式又は持分の取得である、いわゆる「グリーンフィールド投資」も規制対象となっているのである³⁸⁾。

b 規制対象業種

外為法はエクソ・フロリオ条項とは異なり特定の業種に係る投資を規制することとしており、具体的には「国の安全を損ない、公の秩序の維持を妨げ、又は公衆の安全の保護に支障を来すことになるおそれがある対内直接投資等に係る業種」若しくは「我が国が経済協力開発機構の資本移動の自由化に関する規約第二条 b の規定に基づき留保している対内直接投資等に係る業種」(対内直接投資等に関する政令(以下、「直投令」という。))3条2項1号)がそれに当たるとしており、その詳細は、告示(「対内直接投資等に関する命令第三条第三項の規定に基づき財務大臣及び事業所管大臣が定める業種を定める件」(内閣府、総務省、財務省、文部科学省、厚生労働省、農林水産省、経済産業省、国土交通省、環境省、平成20年告示第1号)(以下「業種指定告示」という。))に規定されている。そして、投資先がここに定められた業種(以下、「事前届出業種」という。)を営んでいる場合に、外国投資家は、投資に先立って財務大臣及び事業所管大臣に事前届出を行うことが求められるのである(外為法27条1項)。

2007年の政省令・告示改正により、規制

範囲の明確化などを目的として³⁹⁾、事前対象業種のうち製造業の一部については、輸出貿易管理令を引用して規定されることとなった(業種指定告示別表第1第5号及び第6号)⁴⁰⁾。このような業種の定め方について、規制対象が明確になったとも評されているが⁴¹⁾、果たしてそうなのか、検討したい。

輸出貿易管理令は、外為法48条の規定に基づき、国際的な平和及び安全の維持を妨げると認められる、特定の地域を仕向地とする特定の種類の貨物の輸出を制限するための要件を規定する政令である。同政令はそもそも当該製品を輸出しようとする者が、当該製品に係る情報を熟知・把握していることを前提にしている。だからこそ、同政令は輸出規制の対象となる製品について、スペックを省令⁴²⁾に委任し、極めて細かく規定しているが、それでも輸出者は輸出品のスペックに係る情報を取得できるのだから、規制の実効性が失われることはない。しかし、外国投資家が、日本国内で製造業を営む法人に投資する場面において⁴³⁾、外国投資家は、当該製造業者が業種指定告示の引用する輸出貿易管理令に規定される製品の製造を行っているか否か判断できるのだろうか。この点につき、会社法その他の法令は、外国投資家がたとえ株主の地位にある場合であっても、かかる者に対して、投資先の製造品目や各製品のスペックにかかる情報を取得するための術を用意し

38) 外為法27条の審査において、グリーンフィールド投資に関しては、事前届出後の審査期間が、通常2週間かかるところが、原則として5営業日に短縮されることとなっている。財務省・前掲注33)参照。

審査期間が短縮されたことに鑑みれば、このような投資は、外国投資家による日本企業の買収等と比較して、典型的に安全保障上の問題が少ないと考えられているのだろう。しかし、このような類型の投資は、そもそも日本の安全保障に影響を与える余地はなく、外国投資家に事前届出を求める必要に欠けるのではないかという疑問は残る。

39) 経済産業省「グローバル経済下における国際投資環境を考える研究会 中間取りまとめ」参考編 (<http://www.meti.go.jp/press/20070426006/houkokusho-set.pdf>, 2011年3月1日最終閲覧)10頁(2007)参照。

40) 本文で指摘したように、業種指定告示は、別表第1第5号及び第6号で輸出貿易管理令を引用するが、第1号で武器や原子力に関する製造業を指定するに際しては、輸出貿易管理令を引用してはいない。同一告示内で、このような異なる取扱いがされている理由は定かではない。

41) 渡井理佳子「アメリカにおける対内直接投資規制と重要産業基盤の確保——2007年外国投資および国家安全保障法を中心に——」大沢秀介=小山剛編『自由と安全——各国の理論と実務』204頁、221-222頁(尚学社、2009年)参照。

42) 輸出貿易管理令別表第一及び外国為替令別表の規定に基づき貨物又は技術を定める省令。

43) 業種指定告示が輸出貿易管理令を引用するのは、投資先が製造業を行う場合である。業種指定告示別表第1第5号及び第6号柱書参照。

ていない⁴⁴⁾。そうすると、そもそも外国投資家が、日本国内で製造業を営む者に投資するに当たって、その投資先が事前届出業種を営むか否かを正確に判断するのは、事実上不可能となろう⁴⁵⁾。業種指定告示が輸出貿易管理令を引用することによって生じる不都合を別の観点から考察してみよう。外為法及び輸出貿易管理令は、その運用の中で「包括許可制度」を実施している⁴⁶⁾。これは、外為法で許可が必要な製品を輸出する場合、外為法の輸出許可は、本来は個々の契約や輸出等に関して個別に当局の審査を経てなされるが、輸出者自身が審査機能を自主管理の下で担える場合には、個別許可の申請を行うことなく、一定の範囲について包括的に許可を受けて、輸出等を行うことを可能とする制度である。包括許可制度が存在するという事実は、政府が輸出貿易管理令の解釈について、「一定の能力を備えている者以外の通常の輸出者は、輸出品が輸出貿易管理令別表に該当するか否かを有権的に解釈する権限はない」という考えを前提にしているはずである。

既述のとおり、外国投資家が製造業者に投資をする場合、当該外国投資家は当該投資先が事前届出業種を営んでいるか否かを判断しなければならず、そのためには、投資先が製造している製品の輸出貿易管理令への当てはめが不可避となる。しかし、「包括許可制度」が存在するという事は、そのような当てはめは、原則として、輸出者≒投資先自身ですら単独で判断できない性質のものであること

を意味する。そして、投資先の外部者に過ぎない外国投資家に、投資先の製造品について、かかる当てはめを判断させるのは、なおさら無理を強いるものであることは明らかである。それにも関わらず、外国投資家に、事前届出時にこのような当てはめを求めるならば、それは外為法という一つの法令の中で、輸出規制の場面と外資規制の場面とで、輸出貿易管理令の解釈について不整合・矛盾を来していることになろう。

c. 子会社等への間接的投資

2007年の政省令改正により、投資先のみならず、投資先の子会社等⁴⁷⁾が、事前届出業種を営む場合についても、外国投資家の事前届出が義務化された。すなわち、外国投資家としては、投資先のみならず、その子会社等についても事前届出業種を営むか否かを判断した上で、所要の手続きを取ることが求められるようになったのである。

このような間接取得規制を設けること自体は、外資規制の脱法行為を防ぐ観点から、その必要性を理解できる。しかしながら、現行の外為法の法構造の下で、安易に政省令を改正することで間接取得規制を行おうとすることは、法的な無理がある。外国投資家に外為法の規定を遵守させようとするならば、以下で論じるように、外国投資家に不可能を強いる法制度になっているのである。

直投令3条2項1号は、投資先の子会社等が事前届出業種を営む場合も、事前届出が必要であるとし、「子会社」の定義として会社

44) 外国投資家が株主である場合に、会社法に基づき、会社に情報を請求するにしても、せいぜい会計帳簿の閲覧ができる程度である(会社法433条1項)。しかし、本文のような判断が外国投資家に求められる場面で、このような情報はほとんど価値を有さない。

45) 外国投資家が製造業を行う者へ投資をする場合に必要となる調査を順に挙げれば、①投資先が製造業を行っているか否か、②投資先が何を製造しているか、③投資先が製造している物が業種指定告示に掲げられた物に当たるか、ということになる。

③の調査が困難であることは、本文において詳述したが、①及び②の調査も容易ではない。①については、定款上の事業目的に記載がなくとも、投資先が実際に行っている業種によって判断されるので(日本銀行国際局国際収支課外為法手続グループ「外為法Q&A(対内直接投資編)(平成22年8月改定)」(http://www.boj.or.jp/about/services/tame/faq/data/t_naito.pdf, 2011年3月1日最終閲覧)13頁注3参照。公示された会社登記の確認だけでは調査として足りない場合がある。また、②についても投資先の製造する物を網羅的に把握するのは会社法433条1項の帳簿閲覧請求権を行使したとしても不可能である。

46) 包括許可取扱要領(平成17・02・23貿局第1号輸出注意事項17第7号)。

47) 会社法の子会社に該当せず、関連会社に過ぎない場合であっても、外為法上は子会社と同様に扱われる場合がある(直投令3条2項1号, 対内直接投資等に関する命令3条4項)。

法2条3号を引用する。会社法上の子会社の定義は、議決権の過半数といった形式基準ではなく、実質的な要素を加味したものである⁴⁸⁾。会社法がこのような基準を採用する以上、親会社・子会社関係の判定は、親会社自身若しくは子会社自身によってしかできないはずである。現に、会社法が、親会社・子会社関係を規定としている場合を例示すると、子会社による親会社株式の取得の禁止(135条)、親会社による子会社の保有する親会社株式の取得規制(163条)、親会社の監査役兼任規制(235条2項)、親会社検査役による子会社の業務調査(358条4項)、親会社の監査役による子会社監査(381条3項)など親会社・子会社若しくはその役員等だけが関係する場面であり、それ以外の第三者は登場しないことに気づく。すなわち、会社法は第三者が特定の2社について親会社・子会社関係を判定するような場面を想定していないと言える。

しかしながら、既述のように現在の外為法27条の制度においては、外国投資家は、投資先の子会社等が事前届出業種を営むか否かということ判断しなければならず、そのためには、投資先の子会社等にはどのような会社があるのか、そして、各会社がいかなる事業を営むのかということ判断しなければならない。そして、外国投資家がそのような判断をするために必要な情報は、会社法上の制度によっても⁴⁹⁾、金融商品取引法上の制度

によっても⁵⁰⁾取得することはできない。その意味で、現行の制度は外国投資家に無理を強いているのである。

(3) 考察

a 委任立法の限界

2007年の外為法の政省令・告示改正は、規制対象業種の見直しや間接取得規制を導入することを目的とするものであった。しかし、その改正が会社法や輸出貿易管理令の規定を引用したことで法的矛盾が生じ、その結果、外為法27条の規制は、外国投資家が事前届出の要否を自ら正確に判断することができない制度となってしまったことは既述のとおりである。

そもそも、1992年の外為法改正は、外国投資家による対内直接投資等について事後報告を原則化し、事前届出を一部の業種に限定するものであった。当時の立法者は、外国投資家が事後報告で足りるのか、事前届出を要するかを自ら判断し得るよう手当てすることの必要性を認識しており、そのような考慮から業種指定告示をはじめとする関連法令の整備がなされた⁵¹⁾。すなわち、外為法は1992年改正により、投資自由化の観点から外国投資家に対する不合理な障壁を除去する方向へ舵を切ったのであるが、2007年の政省令・告示改正は、このような外為法の方向性と整合しないものだったと評価できる。

行政法学上、委任命令が委任の趣旨目的を照らして、委任の範囲を超える場合は、委任

48) 江頭憲治郎『株式会社法(第3版)』8頁注12(有斐閣,2009)。たとえば、親会社・子会社関係がある場合として、他の会社等の議決権の総数に対する自己の計算において所有している議決権の数の割合が百分の四十以上である場合であり、自己が他の会社等の重要な財務及び事業の方針の決定を支配する契約等が存在する場合がある(会社法2条3号、会社法施行規則3条3項2号ハ)。しかし、このような契約の存在を知りえない第三者は、当該2社が親会社・子会社の関係にあることを認識しえないだろう。

49) 会社法442条4項によって、投資先の子会社等の財務諸表を閲覧するということが考えられる。しかし、それによっても、①外国投資家が投資先の株主でなければならない、②裁判所の許可が必要である、③子会社等の財務諸表に当該子会社等の事業が詳細に記載されているとは限らないなどの難点があり、有効な手段とは言えない。

50) 「連結財務諸表の用語、様式及び作成方法に関する規則」13条は、連結財務諸表に連結の範囲を記載することを求める。しかし、これについても、①同規則が適用されるのは、金融商品取引法上有価証券報告書の作成が求められている会社に限られる、②13条2項は主要な連結子会社の名称の記載を求めているだけで、全ての子会社等が明らかになるわけではない、③子会社等の事業内容の記載は必要ではないなどの難点を抱え、やはり有効な手段とはなりえない。

51) 中平充「対内直接投資等及び技術導入契約の締結等に関する手続きの簡素化」時の法令1419号6頁,9頁(1992)参照。

命令自体が違法になると説かれている⁵²⁾。判例もいわゆる幼年者接見禁止事件判決⁵³⁾において、当時の監獄法施行規則 120 条が監獄法 50 条の委任を超え、無効と判示したが、同判決は法律と委任命令との表層的な文言の齟齬のみならず、法の趣旨・目的に立ち返り、委任命令が法律の範囲内と認められるかを判断するという手法をとっている。

同様の判断は、外為法を含め他の委任命令に対しても適用可能であろう。そうすると、外為法（法律）は、投資自由化の観点から外国投資家が事前届出の要否を自ら判断できる制度を予定していたにも関わらず、前述の政省令・告示（委任命令）がそのような判断を不可能とならしめ、外国投資家に対して合理的とはいえない制約を課している以上、それは委任立法としての限界を超えたものと評価できるのではないかと考えられるのである。

b 実務的な対応策

外為法及びその委任命令がこのような問題点を有するとは言え、実務的には何らかの対応策が必要である。なぜなら外為法 27 条の事前届出をせず、または虚偽の届出をした場合は刑事罰が予定されている（外為法 70 条 22 号）上、外為法に違反してなされた投資は、民事的にも効力が否定されるという解釈も根強く存在しているからである⁵⁴⁾。

このようなリスクを回避するためには、投資先が真に事前届出業種を営んでいるか否かに関わらず、念のため事前届出を行っておくというのが合理的な選択になろう⁵⁵⁾。さら

に、投資先が事前届出業種を営んでいるかを調査するのは決して容易でないことも既に指摘したが、このような調査に要する時間とコストを嫌う外国投資家にとっても、同様に念のための事前届出を行うことが合理的な行動となる場合もあるだろう。

c 事前届出方式と事後介入方式との対置？

外資規制の方式について、①日本などが採用する事前届出方式と、②米国などが採用する事後介入方式の 2 類型が存在すると言われ、両者が対照的に説明されることがある⁵⁶⁾。しかしながら、少なくとも日米を比較する上で、このような対比は決して有効ではない。

まず、エクソン・フロリオ条項については、投資終了後に、同規制が適用されることを嫌う当事者は、CFIUS に自主的な申立てを行うことができる⁵⁷⁾。これによって、CFIUS の審査が始まるが、その結果として問題ないという判断がなされた場合には、審査において提出した資料等に重大な情報の欠如がある場合を除き、原則として再びエクソン・フロリオ条項の対象となることはない。したがって、エクソン・フロリオ条項で問題とされる可能性がある場合には、当事者は CFIUS に審査の申出を行うのが通例となっていると言われる⁵⁸⁾。

他方、外為法 27 条については、既述のとおり、投資先が真に事前届出業種を営んでいるか否かに関わらず、事前届出を行うこと

52) 塩野宏『行政法 I（第 5 版）』（有斐閣，2009）97-98 頁。

53) 最判平成 3 年 7 月 9 日民集 45 卷 6 号 1049 頁。

54) 神田秀樹ほか「上場会社法制の課題と展望」商事 1865 号 51 頁，62-63 頁〔武井一浩発言〕（2009），須藤純正「実務相談 外為法違反の株式取得と名義書換の許否」商事 981 号 40-41，12 頁（1983）参照。

55) 外国投資家としては投資先の日本法人に、事前届出業種を営んでいるか否かを照会することも考えられないではない。しかし、①投資先が、自らが事前届出業種を営んでいるか否かを正確に判断できるとは限らない、②投資先は外国投資家からの照会に対して返答する義務はない、といった難点がある。

仮にこのような投資先への照会が何らかの法的意味を持つとしても、せいぜい外為法 70 条違反の刑事責任が追及される段階で、外国投資家の過失がなかったと判断するための材料になる程度だろう。

56) 経済産業省・前掲注 39)47 頁，廣瀬信己「外資誘致と外資規制」調査と情報（国立国会図書館）600 号 8 頁（2007），下井善博「初めて発動された外為法に基づく中止命令～TCI ファンドによる J パワー株式の追加取得の事例について」ファイナンス 517 号 21 頁，25 頁（2008），濱田和章『日本版エクソン・フロリオ条項』導入の必要性に関するひとつの考察」法と経済学研究 4 卷 1 号 1 頁，4 頁（2009）など参照。

57) 50 U.S.C.app. §2170 (b) (1)。

58) 神谷光弘ほか「米国対内投資規制の改正と実務への影響」商事 1813 号 23 頁，24 頁（2007）。

が、外国投資家にとって合理的な選択となることが多いと思われる。

従って、エクソン・フロリオ条項でも外為法 27 条でも、外資規制法上の問題がありうると考える外国投資家は、政府に申立てや事前届出を行い、政府の審査実施を促し、その結果を待ってから投資を実行に移すことになる。そして、いずれの法制度においても、仮に申立てや届出に記載された内容に誤りがある場合、外国投資家の責任追及や当該投資の有効性について、政府が事後的に介入し得る。その意味で、エクソン・フロリオ条項と外為法 27 条を事前届出方式と事後介入方式として対置することは、事の本質をとらえていないものと思われる。

d 予見可能性の考え方

エクソン・フロリオ条項や外為法 27 条を含め、外資規制法を適切に評価するための重要なポイントの一つとして、「当事者（外国投資家）の予見可能性確保」が挙げられる。当事者が、ある規制についてそれが自らに適用される場合を予見できないならば、当該当事者にその規制の遵守を求めることは無理である。したがって、外資規制法を評価するに当たっても、当該規制が、当事者にとって行為規範としていかに機能するのかということ、当事者の立場から真摯に考察することが必要である。

2007 年の外為法の政省令・告示改正に対して、規制対象を明確にすることで、法的安定性及び手続きの透明性が確保される⁵⁹⁾という評価も見られるが、「予見可能性」の真の意味を考えれば、このような評価は正当とは言えない。これまで検討したように、たとえ規制対象が明確となっても、それを当事者

が自らの投資に当てはめ、判断することができなければ、決して法的安定性や手続きの透明性は確保されない。すなわち、規制対象の明確性だけでなく、当事者の認識可能性及び認識容易性も確保されて初めて、当事者の予見可能性が実現されるのである。

当事者の予見可能性について、このような視点から考察すると、外為法 27 条が事前届出業種を指定して規制していることについても従来とは異なる評価が出てくる。一般的な考え方は、事前届出制は、事前届出業種に係る投資のみを規制対象とするのだから、それ以外の業種に係る投資を規制対象外として除外するという意味で、規制制限機能を有するというところになる。しかし、現行制度のように当事者が事前届出業種の該非を自ら正確に判断できないならば、そのような規制制限機能は働かなくなる。また、仮に当事者が事前届出業種の該非を自ら判断できたとしても、その該非判断が容易にできないというならば、外国投資家はあまり本質的とは言えない調査のために、コストと時間を費消することになりかねない⁶⁰⁾。

したがって、業種指定を伴った事前届出制を維持するならば、投資先が事前届出業種を行っているか否かを、外国投資家が容易に判断するための仕組みを整備しない限り、外国投資家の予見可能性は確保されないことになる⁶¹⁾。

2 安全保障上の脅威の判断

国外からの直接投資が、安全保障上の脅威を有するかは、基本的には当該国の主観的判断で決定される。しかし、恣意的な国家安全

59) 渡井・前掲注 41) 222 頁。

60) 米国のデータではあるが、2006 年中にクロスボーダーの M&A は約 1730 件あった。そのうち、CFIUS への申出がなされたのは、6.5% に当たる 113 件に過ぎない。Thomas E. Crocker, *What banks need to know about the coming debate over CFIUS, foreign direct investment, and sovereign wealth funds*, 125 BANKING L.J. 457, 458 (2008).

このような事情は日本においてもほぼ同様であると考えられる。すなわち、全投資案件の中で安全保障上の脅威がありうるものは、ごく少数に過ぎない。それにもかかわらず、対内直接投資一般について、外国投資家に対してこのような調査を要求することは、社会的に見て効率的ではないかもしれない。

61) 外為法 27 条のように、事前届出業種のみを外資規制の対象とすることのその他の問題点としては、事前届出を要しないと従来考えられていた業種について、突発的に外資規制の発動が必要になった場合に対処できないということもある。日本空港ビルデング事件はまさにそのような点が問題となったものである。

保障を理由とする国境を越えた投資の規制は、予測可能性と透明性を欠くものとなることを否めないし、投資の自由化に関する国家間合意を空洞化させるおそれもある⁶²⁾。以下では、エクソン・フロリオ条項及び外為法27条において、安全保障上の脅威の有無がどのように判断されるか検討する。まず、両国の法が安全保障の定義・内容をどのように規定しているのかを確認した上で、政府の判断に対する規律を考察する。また、安全保障上の脅威があると判断された場合に、当該脅威を減殺して投資を容認するための措置があるかという点についても併せて検討する。

(1) 米国：エクソン・フロリオ条項

a 安全保障の定義・内容

エクソン・フロリオ条項は、“national security”について定義を置いていない。定義規定が設けられなかったのは、ケース・バイ・ケースの柔軟な対応を可能にするためであるとされており、その結果、外国企業による買収の規制は、解釈・運用に大きく委ねられてきた⁶³⁾。

議会での審議及び実務上の取扱いにおいて、エクソン・フロリオ条項の制定当時、“national security”は、専ら買収の対象となった米国法人が国防省等との関係で果たしてきた役割との関連で判断されていた。それは、今日との比較では、“national security”について限定的な解釈がなされていたことを意味する⁶⁴⁾。このような解釈の背景として、米国では、長年にわたって米国への投資を促進する政策が取られており、外資規制は対内投資に水をささないよう消極的かつ限定的に運用されてきたということが指摘されている⁶⁵⁾。

しかし、米国法において“national security”という概念自体は時代の流れとともに変遷しやすいものであり、特に9.11事件以降、その意味は大きな変容を遂げた⁶⁶⁾。エクソン・フロリオ条項の関係でも、2007年のFINSAの制定により、“national security”の定義の中に「重要なインフラ施設(critical infrastructure)」も関連することが明示されることとなった⁶⁷⁾。これにより、“national security”の概念が従来のものであり、国防関連産業とは直接の関係がなくとも、インフラ施設に対する影響が大きい産業等についてもエクソン・フロリオ条項の規制が及ぶ可能性が出てきたと言われている⁶⁸⁾。

なお、エクソン・フロリオ条項は、“national security”の定義について規定は置かないものの、“national security”を判断するために、考慮しなければならない11の要素を以下のとおり明文で定めている⁶⁹⁾。

- ①国防上の要求に必要な国内生産
- ②国防上の要求に合致する国内産業の能力（人的資源、製品、技術、資材、その他供給品やサービスを含む）
- ③外国人による国内の産業及び商業活動のコントロール
- ④テロ支援国家やミサイル・大量破壊兵器拡散国家への物資・装備・技術の販売に当該取引が与える影響
- ⑤米国の安全保障に影響を与える分野における米国の技術上のリーダーシップに当該取引が与える潜在的効果
- ⑥主要なエネルギー資産を含む米国の重要なインフラ施設への安全保障上の潜在的影響

62) 中谷和弘「国境を越えた企業合併・買収と国際法」国際法外交雑誌 105 巻 3 号 1 頁, 14-15 頁 (2007) 参照。

63) 神谷ほか・前掲注 58) 25 頁。

64) Dale C. Turza & Anthony F. Essaye, *New Foreign Investment. Provision has Potential for Broad Restriction: The Exon-Florio Amendment*, 37 FED. BAR NEWS & J. 146, 149-150 (1990).

65) 神谷ほか・前掲注 58) 23 頁。

66) See Elizabeth A. Cheney, *Introduction to Special Project: National Security*, 58 VAND. L. REV. 1623, 1624 (2005).

67) 50 U.S.C.app. §2170 (a) (5).

68) 神谷ほか・前掲注 58) 27 頁参照。See George Stepanov Georgiev, *The Reformed CFIUS Regulatory Framework: Mediating Between Continued Openness to Foreign Investment and National Security*, 25 YALE. J. ON REG. 125, 129 (2008).

69) 50 U.S.C.app. §2170 (f).

- ⑦米国の重要な技術への安全保障上の影響
- ⑧外国政府の支配・影響
- ⑨当該国の核不拡散防止体制への遵守具合、テロ対策活動などに関する当該国と米国との関係などの現況に関する調査
- ⑩エネルギー及びその他の重要な資源・原料に対する米国の需要の長期的展望
- ⑪その他、大統領及びCFIUSが当該取引との関係で考慮すべきとしたその他の要素

これらの要素は、“national security”の直接の定義や明確な基準を示すものではないが、それでもなお、米国政府が“national security”として何を念頭に置き、どのような観点から審査を行おうとしているのかという方向性は映し出していると思われる。

この点に関し、Zaringは、通信分野について28の影響軽減契約（影響軽減契約の詳細は後述）の内容を考察し、CFIUSが“national security”についてどのような考慮を働かせているのかということ进行分析している⁷⁰⁾。それによれば、投資者の母国がOECD加盟国であるか、また、投資者が外国政府によって支配されているか、という点が重要なファクターとして機能しているのである⁷¹⁾。上記の11の要素との関係では、特に⑧及び⑨が重視されていることを意味しよう。この分析は、通信分野に限定してなされたものではあるが、一般論としても上記の11の要素は必ずしも等価値ではなく、それらの中に軽重がありうることを示唆しており、興味深い。

b 政府の判断に対する規律

エクソン・フロリオ条項の特徴として、安全保障上の脅威の判断に係る規律について明文の規定を設けていることがある。

まず、手続き面に関しては、ある案件につ

いて安全保障上の脅威があるとして大統領が権限を発動するためには、そのような脅威が存在することについて信頼できる証拠(credible evidence)の存在が明文で要求されている⁷²⁾。たしかに曖昧さを残す規定ではあるが、これにより大統領の恣意的な権限発動は許されないことになる。

また、実体面に関しては、大統領がエクソン・フロリオ条項に基づき権限を発動できるのは、エクソン・フロリオ条項及び国際緊急経済権限法⁷³⁾以外の法律が、大統領が安全保障を確保するための十分かつ適切な権限としない場合に限定される⁷⁴⁾。すなわち、安全保障上の脅威について他の法令の適用では対処しきれない場合に初めてエクソン・フロリオ条項の適用が検討されるのであり、この意味で、エクソン・フロリオ条項の発動要件として「補充性」があると言える。

c 脅威を減殺する措置の有無

ある投資について安全保障上の脅威が認められるからといって、当然に当該投資がエクソン・フロリオ条項によって制限されるわけではない。すなわち、外国投資家と、懸念を表明したCFIUSのメンバーの出身母体である政府機関との間で、影響軽減契約を締結することで、外国投資家は、その契約の条件下で、投資を実行することができる⁷⁵⁾。影響軽減契約の具体的な内容としては、政府による対象企業の立入調査権・書類調査権、安全保障の観点からの監督を行う責任者の設置、問題となっている米国内の資産に対するアクセスの制限、ひいてはコントロールの完全な排除に関する義務等が規定される⁷⁶⁾。

この影響軽減契約は、特に2005年以降増加を見せ、2006年以降CFIUSが審査した買収の約35%においてこの契約が締結されている。また、近年では、CFIUSは、影響軽

70) See David Zaring, *CFIUS As A Congressional Notification Service*, 83 SOUTHERN CALIFORNIA L.REV. 81, 110-116 (2009).

71) *Id.* at 116.

72) 50 U.S.C.app. §2170 (d) (4) (A).

73) 50 U.S.C.app. §1791 et seq.

74) 50 U.S.C.app. §2170 (d) (4) (B).

75) 影響軽減契約は、FINSAにより初めて法律上の根拠が与えられた。50 U.S.C.app. §2170 (l).

76) 神谷ほか・前掲注58) 25頁。

減契約の違反があった場合に、外国投資家に金銭的なペナルティーを課すにとどまらず、審査を再開し、買収した事業の売却を可能とするような条項を含めるように主張するようにもなっている⁷⁷⁾。

このように、エクソン・フロリオ条項では、影響軽減契約が重要な意味を有している。すなわち、一見安全保障上の脅威が存する投資であっても、CFIUSは、影響軽減契約を活用することで、当該投資を単純に拒否することなく、条件付きで容認することが可能となり、これによって、柔軟な外資規制の運用を可能ならしめているのである。

(2) 日本：外為法 27 条

a 安全保障の定義・内容

外為法 27 条は、安全保障上の脅威について同条 3 項 1 号イに規定している。当該規定の解釈について、政府は、「国の安全を損ない、公の秩序の維持を妨げ、又は公衆の安全の保護に支障を来すことになること」という文言を分節し、「国の安全」に係る投資、「公の秩序の維持」に係る投資、「公衆の安全の保護」に係る投資という 3 類型が規制されていると考えている。そして、類型ごとに規制対象とする業種を定め、「国の安全」に係る業種として、武器、航空機、原子力、宇宙開発に関連する製造業、軍事転用の蓋然性が高い汎用品の製造業を、「公の秩序の維持」に関連する業種として電気業、ガス業、熱供給業、通信業、放送業、水道業、鉄道業、旅客運送業を、「公衆の安全」に係る業種として生物学的製剤製造業、警備業を定める⁷⁸⁾。したがって、外為法によって、対内直接投資を規制するときには、各業種に係る投資について、規制対象とされる理由（「国の安全」、「公の秩序の維持」、「公衆の安全」）に沿って判断されることになろう。

しかし、外為法及びその関連法令は、「国の安全」、「公の秩序の維持」、「公衆の安全」

という概念についての定義を設けていない。「国の安全」については、政府の研究会が、「国の安全」を構成する要素として、①我が国の安全を損なう恐れのある技術の流出防止と、②国内の防衛生産・技術基盤の維持を挙げてはいるが⁷⁹⁾、「公の秩序の維持」及び「公衆の安全」については、政府による解釈等も存在しない。後述する J パワー事件はまさにこの「公の秩序の維持」が問題となったケースであるが、そこでもこの定義について明確化されることはなく、むしろ、広範かつ不明瞭な概念を理由として投資を容認しなかったことについて批判も加えられている⁸⁰⁾。

なお、ここで指摘しておくべきは、エクソン・フロリオ条項における“national security”の概念と、外為法 27 条における「国の安全」の概念とは異なることである。エクソン・フロリオ条項の“national security”は従来、国防産業との関連で捉えられてきたものであったが、FINSIA 制定以後、その射程範囲は拡大し、重要インフラの保全も含む概念へと変容していることは既述のとおりである。しかし、外為法 27 条における「国の安全」は、現在に至るまで防衛産業に係るものと解釈されている。そして、重要インフラ等に関する投資規制は、「国の安全」とは別の概念である「公の秩序の維持」を理由に規律されている。安全保障を理由とする投資規制について一般的な検討は、V に譲るが、後述する J パワー問題のような重要インフラに係る規制が、米国では広義の“national security”として、日本では「公の秩序の維持」として議論されることは確認しておいてよい。

b 政府の判断に対する規律

外為法 27 条は、エクソン・フロリオ条項とは異なり、政府による判断を規律するための規定を設けていない。したがって、この点については、他の法令又は解釈に委ねられることになる。

77) 榊田・前掲注 12) 1341 頁。

78) 財務省・前掲注 4) 1 頁。

79) 経済産業省・前掲注 39) 5 頁。なお、このような理解が正当かということについては、本稿 V 2 で詳しく検討する。

80) Noboru Kashiwagi, *Foreign direct investment, public order and national security: Lessons from the case of J Power*, 6 UNIVERSITY OF TOKYO JOURNAL OF LAW AND POLITICS, 45,49-51,54 (2009).

(a) 手続的規律

手続き面で重要なのは行政手続法の適用である⁸¹⁾。まず、行政手続法14条1項は不利益処分の際して、行政庁に対し処分の理由を提示することを義務づけている。理由提示の程度については、行政手続法制定以前から判例法理が形成されており⁸²⁾、一般にいかなる根拠に基づいていかなる法規を適用して処分がなされたかを名宛て人において書面の記載自体から了知しうるものでなければならないとされている⁸³⁾。

また、外為法27条の事前届出は、前述のとおり許可制とその骨格を一にするものであるが、同条10項の命令は、行政手続法上は不利益処分に該当するため、処分の相手方たる外国投資家には処分に先立って、弁明の機会が付与される(行政手続法13条1項2号)。

(b) 実体的規律—その1

外為法は国の安全等を守るため、外国人の投資を規制する権限を政府に与えているが、どの程度の「おそれ」がある場合に規制するかについては、政府の判断の自由が広く認められていると言われることがある。その根拠としては、①マクリーン事件判決⁸⁴⁾に照らし、憲法上、国には、外国人の投資を制限する権限が広く認められている、②外国人の投資をどの程度規制するかについては、公の秩序維持の必要と、外資規制の結果、投資が縮小してしまう弊害との衡量が必要であり、それは専門的政策的な判断だから行政庁に広い判断の余地が認められる、ということが挙げられている⁸⁵⁾。

たしかに、外為法27条の判断について政府の広範な裁量が認められるのは確かだろ

う。しかし、広範な裁量が認められるとしても行政庁の恣意が許されるわけではない。判例・学説は行政庁の裁量権行使をコントロールするために、裁量権の逸脱・濫用の統制を伝統的に認めており、取消訴訟の要件を規定する行政事件訴訟法30条もこれを前提にする。詳論は避けるが、一般に、重大な事実誤認、目的違反ないし動機違反、平等原則違反、比例原則違反等が裁量権の逸脱・濫用を構成すると言われている⁸⁶⁾。

なお、松下教授は、外為法27条3項に基づき、ある投資が「国の安全を損ない、公の秩序の維持を妨げ、又は公衆の安全の保護に支障を来すおそれがある」という認定をするに当たっては、外為法が対内直接投資等については原則自由の立場をとっている点を考慮すると、単なる抽象的可能性では不十分であり、蓋然性(probability)が必要であろうと述べられている⁸⁷⁾。この見解は、政府の裁量には必ずから限度があることを前提に、外為法27条により認められる裁量の幅がさほど広くないということを示唆しているが、法の趣旨に立脚した解釈として正当な指摘だと思われる。

(c) 実体的規律—その2

エクソン・フロリオ条項は、その適用の要件として補充性を明文で規定していることは前述のとおりだが、外為法27条の対内直接投資規制についても類似の規律は存在するのだろうか。

この点で示唆的なのは、いわゆる薬事法判決⁸⁸⁾である。同判決中が示した営業の自由の制限の一般論について、職業規制を(A)事後的な内容・業態規制と(B)許可制などの事

81) 外為法27条の手続きについても、行政手続法の適用はある(行政手続法2条、外為法55条の12の反対解釈)。

82) たとえば、最判昭和38年5月31日民集17巻4号617頁、最判昭和60年1月22日民集39巻1号1頁など。後者は旅券法に基づく旅券発給の拒否処分についての判決であるが、最高裁は、理由付記の程度について「いかなる事実関係に基づきいかなる法規を適用して一般旅券の発給が拒否されたかを、申請者においてその記載自体から了知しうるものでなければならぬ」としている。

83) 宇賀克也『行政法概説I(第4版)』415頁、430-431頁(有斐閣、2011)参照。

84) 最判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。

85) 古城・前掲注27)11-12頁参照。

86) 塩野・前掲注52)133-134頁参照。

87) 松下・前掲注6)274頁。

88) 最判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。

前規制とに区別し、後者をさらに、(B-1)資格制等、主観的な条件による事前規制と、(B-2)距離制限等、客観的な条件による事前規制とで区別しており、A, B-1, B-2の順で、私人の人格的価値がより強いダメージを受けることになるので、違憲審査の密度も段階的に高められているという判断がなされたものだという指摘がある。そして、同判決はドイツの憲法判例で採用されている「段階理論」を下敷きにしたものであり、比例原則によって説明されると言われる⁸⁹⁾。

たしかに同判決は、日本国民・日本法人について判示したものであり⁹⁰⁾、憲法22条の職業選択の自由に関する同判決の議論が、外国人・外国法人に対して適用されるかは明らかではない⁹¹⁾。しかし、同判決の段階理論が比例原則のあらわれであるならば、外国人・外国法人に憲法22条の職業選択の自由が認められないとしても、行政法の一般原則である比例原則⁹²⁾の発現の一形態として、外国人・外国法人に対しても段階理論の趣旨を適用することも可能だと思われる。すなわち、外国人・外国法人が職業選択を行うことに対して憲法ランクの保護が与えられないとしても、政府から不合理な制約を受けずに職業選択をできるという程度では、彼らも自由を享受しているはずである。そして、政府が外国人・外国法人に対して、このような自由を制約する場面において、行政法の一般原則としての比例原則が登場する余地が考えられる。

ここで改めて外為法の構造を振り返ろう。

外為法は20条以下で資本取引等を規制し、26条及び27条で対内直接投資を規制する。そして、外国投資家による日本法人の株式取得のうち、対内直接投資に当たらないもの(例えば、外国投資家による上場会社の10%未満の株式の取得等)は、資産運用を目的とする証券の取得(いわゆるポートフォリオ・インベストメント)と整理され、外為法20条5号の資本取引の規律を受ける⁹³⁾。このような資本取引とは区別された「直接投資」の定義自体は外為法26条2項に列挙されているが、その実質は、「一国の居住者—直接投資家—による、それ以外の国の居住者への永続的な利益の獲得をめざすこと」であり、その「永続的利益とは、直接投資家と企業との長期間の関係の存在ならびに当該企業の経営に対する重大な影響の存在」を意味するのである⁹⁴⁾。

このような資本取引と直接投資との区別を念頭に置くと、外為法27条の直接投資規制は、単に外国人・外国法人による投資活動を規制するだけのものではなく、外国人・外国法人が日本において永続的に事業を行うことをも規制するものと捉えられる。そして、そのような規制は、薬事法判決で示された段階理論の枠組みに従えば客観的な条件による事前規制に当たると言いえよう。そうすると、仮にある投資について安全保障上の脅威がありそうな場合であっても、事後的な内容・業態規制によって、そのような脅威を回避することが可能であれば、外為法27条による規制を行うのではなく、事後的な内容・業態規

89) 石川健治「批判」憲法判例百選I(第5版)206頁,207頁(2007),同「憲法の解釈 30年越しの問い——判例に整合的なドグマティックとは」法教332号58頁,62頁以下(2008)参照。

90) 薬事法判決の原告は、日本法により設立された株式会社であった。

91) いわゆる東京都管理職選考受験拒否事件の控訴審判決(東京高判平成9年11月26日高民集50巻3号459頁)は、「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、外国人にも等しく及び、憲法第22条第1項の職業選択の自由……についても、原則として、その保障が及ぶものというべきである」と判示した。しかし、上告審判決(最判平成17年1月26日民集59巻1号128頁)は、外国人に憲法22条1項の保障が及ぶのかという点について判断することなく結論を導いたため、この点を最高裁がいかに捉えているかは明らかではない。

92) 宇賀・前掲注83)53-55頁,塩野・前掲注52)84頁,134頁参照。

93) 外国為替貿易研究グループ編・前掲注22)456頁。

94) Organization for Economic Co-operation and Development, OECD BENCHMARK DEFINITION OF FOREIGN INVESTMENT, 7-8 (3d ed)(1999), 関下稔「海外直接投資の概念と規定に関する一考察——OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, Third Edition を中心にして——」立命館国際研究14巻4号91頁,95頁(2002)参照。

制を優先的に適用し解決を図るのが、比例原則の要請ではないかと考えられる。したがって、このような考慮を前提にすれば、外為法27条の適用についても、エクソン・フロリオ条項と同様に、外資規制法以外の法令（多くの場合、事業法がこれに当たるだろう）により、懸念を解消できるならば外資規制法の適用は控えるべきであるという補充性が要求されているという解釈を導くことができると思われる。

○ 脅威を減殺する措置の有無

外為法には、エクソン・フロリオ条項のような影響軽減契約に係る規定は存在しない。ただし、行政法学上、行政機関と相手方との合意による契約によって規制がなされる場合があると言われており、かかる合意による規制については、立法規定による根拠がなくとも、一定の範囲内でも有効だと解されている⁹⁵⁾。そこで、外為法27条の運用として、このような合意を活用できないかということが考えうる。しかし、合意による規制が可能だとしても、相手方が合意に違反した場合、行政機関は相手方に対して民事手続による強制以外に実力を行使することは許されていないと言われる⁹⁶⁾。外為法27条違反の対内直接投資は、安全保障上の脅威という重大な結果をもたらすことを考えると、相手方の合意違反の制裁として民事上の強制手段に訴えるしかないというのでは、規制の実効性上、問題があると言わざるを得ない。したがって、外為法27条の規制に関して、行政上の合意を活用するのは困難であろう。

むしろ、現行の外為法の枠組みを前提とするならば、27条5項の変更の勧告等を活用して、外国投資家に投資内容の変更を促すことが考えられる。ただし、外国投資家がこのような勧告を踏まえ、条件を付して事前届出

を行った場合の法的効果は外為法に規定されておらず⁹⁷⁾、外国投資家が条件に違反した時の扱いについて解釈上の問題を残す。政府もこのような考えから、現行の外為法で事前届出に条件を付与することは不可能とは言い切れないが、検討の余地を残すとして、将来の課題としている⁹⁸⁾。

要するところ、ある対内直接投資に安全保障上の脅威がありうる場合に、当該脅威を減殺する措置を講じながら当該投資を容認するという運用は、外為法27条の現在の運用としてはなされていないのである。

3 審査体制

以下では、外資規制の審査体制について、①いかなる法的主体が審査を行うのか（審査主体）、②審査の公正さをチェックし、担保するためにいかなる手段が取られているのか（チェック機能）という観点からエクソン・フロリオ条項及び外為法27条を比較検討する。

(1) 米国：エクソン・フロリオ条項

a 審査主体

従来、CFIUSは行政命令によって創設・運営されてきたが、2007年のFISA制定により法律上の根拠を持つ組織となった。現在、CFIUSのメンバーは財務長官、国土安全保障長官、商務長官、国防長官、国務長官、司法長官、エネルギー長官、労働長官（ただし、議決権なし）、国家情報長官（ただし、議決権なし）を基本とする⁹⁹⁾。安全保障及び投資に関連する行政機関の長官が幅広く集められており、問題となる投資について、多角的かつ包括的に調査が実施できる体制が整えられていると言えよう¹⁰⁰⁾。

さらに、大統領は適当と決める行政機関等

95) 小早川光郎『行政法(上)』261-263頁(弘文堂, 1999)参照。

96) 小早川・前掲注95)262頁。

97) 外為法の前身である外資法は、対内直接投資を、外資委員会による認可にかからしめていたが、外資委員会は認可に当たって条件を付せることが明文で認められていた(旧外資法14条)。そして、行政実務としてもかかる条件付与が積極的なされていた。稗貫・前掲注5)74-83頁参照。

98) 経済産業省・前掲注39)12-13頁参照。

99) 50 U.S.C.app. §2170(k)(2)。

100) 渡井・前掲注41)210頁。

の長官を CFIUS の常設あるいはアドホックのメンバーとして追加することができ¹⁰¹⁾、CFIUS を機動的かつ機能的なメンバー構成とすることが可能になっている。

なお、CFIUS の活動の中で、現実的にもっとも影響力を行使しているのは、国防長官及び司法長官であると言われている¹⁰²⁾。エクソン・フロリオ条項が、“national security”の観点から投資を審査し、しかも従来“national security”が国防産業との関連で考えられてきたことに照らせば、両行政機関が CFIUS の中で主導的な役割を果たしてきたことはいわば当然とも言えよう。

b チェック機能

議会による CFIUS の監督権限を明確化し、強化するために、CFIUS による議会への通知制度が FINSA によって確立された。具体的には、CFIUS が検討した取引すべてについて、CFIUS の行動及び判断を明らかにした報告書を議会に提出することが要求される¹⁰³⁾。また、CFIUS が検討した取引すべての詳細を記載した年次報告を議会へ提出することも求められる¹⁰⁴⁾。さらに議会への年次報告から取引に係る機密情報を除外したものについては、情報公開目的から一般にも公表されている¹⁰⁵⁾。

このように FINSA によって、議会の CFIUS に対する監督権限が強化されたことについては、従来 CFIUS をはじめ政府がエクソン・フロリオ条項の適用に消極的であったため、議会が CFIUS の権限発動を促す目的で改正がなされたのだという指摘もあ

る¹⁰⁶⁾。また、エクソン・フロリオ条項の中で議会は法に規定された主体ではないものの、現実には極めて重要な役割を果たしており、CFIUS 等の行政府よりも、議会の方がより能動的なアクターとして機能しているという評価もある¹⁰⁷⁾。

しかし、エクソン・フロリオ条項は、大統領が講じる措置に対して司法審査は及ばないこととしているので¹⁰⁸⁾、個別の案件については、大統領の判断が終局的なものとなることには留意が必要である。

(2) 日本：外為法 27 条

a 審査主体

外為法では、外国投資家が事前届出を行った場合、財務大臣及び事業所管大臣が審査を行うものとされている（外為法 27 条 1 項、2 項）。財務大臣については、外為法に規定する対内直接投資等の管理及び調整をなすことが所掌事務として定められてはいるものの（財務省設置法 4 条 53 号）、事業所管担当大臣については、通常「〇〇事業に係ること」「所掌に係る事業の発達、改善及び調整に関すること」がその任務として規定されており¹⁰⁹⁾、安全保障上の検討について明示的に所掌事務として規定されていない。しかし、このような場合も外為法を媒介として、事業所管大臣が所掌事務として外為法に基づく対内直接投資等の審査をできることは一般に認められており¹¹⁰⁾、この点での問題はない。

むしろ指摘しておくべきは、防衛や防衛産業ともっとも密接な関わりを持つ防衛大臣¹¹¹⁾が審査主体に含まれていないことであ

101) 50 U.S.C.app. §2170 (k) (2) (J).

102) James A. Lewis, *New Objectives for CFIUS: Foreign Ownership, Critical Infrastructure, and Communications Interception*, 57 FED. COMM. L.J., 457,465(2005).

103) 50 U.S.C.app. §2170 (n).

104) 50 U.S.C.app. §2170 (m).

105) 50 U.S.C.app. §2170 (m) (2). 2007 年以降の年次報告書は米国財務省 HP より入手可能である (<http://www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Pages/cfius-reports.aspx>, 2011 年 3 月 1 日最終閲覧)。

106) ZARING *supra* note 70 at 90-98.

107) See ZARING *supra* note 70 at 98-102.

108) 50 U.S.C.app. §2170 (e).

109) 総務省設置法 4 条 66 号、経済産業省設置法 4 条 32 号等を参照。

110) 宇賀克也『行政法概説Ⅲ（第 2 版）』38-39 頁（有斐閣、2010）参照。

111) 防衛省設置法 4 条 1 号、13 号参照。

る。「国の安全」について厳格に解するとしても、それが防衛若しくは国防と密接な関わりを持つことはおそらく否定できない。現に、既述のとおり、エクソン・フロリオ条項の運用では、司法長官と並んで国防長官が、CFIUS内で主導的な役割を果たしているのである。

それにも関わらず、防衛大臣が「国の安全」に係る審査の主体から欠けているのは、審査の実効性・正当性からは疑問だろう。すなわち、財務大臣及び事業所管大臣のみによって、真に「国の安全」に必要な審査ができるのかということである。例えば、外国投資家による日本法人の買収によって自衛隊の物資調達に影響がでないかというような判断が求められる場面で、財務大臣及び事業所管大臣だけで、この判断に必要な資料（例えば、自衛隊の物資調達状況や関係物資の代替可能性等に係る情報は最低限必要であろう。）を収集し、適切な判断をすることが可能なのだろうか。

たしかに、財務大臣及び事業所管大臣並びに防衛大臣の間で任意に情報提供が行われるならば、このような懸念はある程度解消できよう。そして、そのような運用が望ましいのは確かである。しかし、少なくとも外為法27条が規制する対内直接投資等の中でも「国の安全」に係るものについては、防衛大臣に判断を求める必要こそあれ、判断主体から除外する理由はないはずである。適切な主体が、適切な情報に基づいて、適切な判断を下すためにも、立法の見直しがなされるべきであろう¹¹²⁾。

b チェック機能

財務大臣及び事業所管大臣は、事前届出のあった対内直接投資等が国の安全等に係ると判断した場合、関税・外国為替等審議会の意見を聴取することとなっている（外為法27

条5項）。CFIUSによる審査に対して議会が強い関心を有し、監督権限の行使が期待できる米国とは異なり、国会がそのような関心をあまり見せない我が国においては¹¹³⁾、この関税・外国為替等審議会が、財務大臣及び事業所管大臣の判断を適切にチェックすることが期待される。

他方、審議会に対しては一般に消極的評価がなされることも多い。塩野教授は、このような評価が、審議会委員の人選に問題があることと、審議過程がオープンでないことに由来するとした上で、情報公開法等の活用を通じて審議会の合理的活用を図るべきだと説く¹¹⁴⁾。このような指摘は、関税・外国為替等審議会にも妥当するはずであり、同審議会が有効に機能しているかを確認する際の重要な視点となろう。

なお、当然のことながら、外為法27条はエクソン・フロリオ条項とは異なり、司法審査を排除するような規定はない。したがって、財務大臣及び事業所管大臣の命令に不服のある外国投資家は最終的には訴訟の場で自らの正当性を主張することが可能である。

4 小括

以上、エクソン・フロリオ条項との対比で外為法27条及びその関連法令について批判的に検討を行った。これは決して、エクソン・フロリオ条項を絶対視するものではない。現にエクソン・フロリオ条項についても、たとえば制度面では大統領命令に司法審査が及ばないとされる点や、運用面ではまさにUnocal-CNOCC事件やDPW-P&O事件のようにエクソン・フロリオ条項が、特に議会によって恣意的に解釈されることにより投資が事実上制限されることがある点¹¹⁵⁾など、課題は抱えている。しかし、それでも、エク

112) 航空機製造事業法2条の2は、航空機の製造又は修理に係る事業を行う者は、経済産業大臣の許可が必要であると規定するが、2条の5第2項は、武器を装備し、又は搭載する構造を有する航空機の製造又は修理の事業については、経済産業大臣は、あらかじめ、防衛大臣の意見を聴かなければならないとしている。このような仕組みが参考になるだろう。

113) See KASHIWAGI *supra* note 80 at 53.

114) 塩野宏『行政法Ⅲ（第3版）』80-81頁（有斐閣、2006）。

115) See PETRUSIC, *supra* note 11 at 1392-1393.

ソン・フロリオ条項が数次の改正を通じて、透明かつ詳細な調査実施の必要性和、対内投資促進の利益との間で慎重なバランスをとってきた¹¹⁶⁾ことは評価されてよく、現に、エクソン・フロリオ条項を参考にした法制度の採用がドイツ、インド等でも検討されている¹¹⁷⁾。我が国では、エクソン・フロリオ条項についてその恣意性が批判されがちだが¹¹⁸⁾、法文をつぶさに読み解けば、そのような評価が一面的なものに過ぎないことに気づくだろう。

むしろ、重要なことはエクソン・フロリオ条項との比較から、外為法がいわば「制度疲労」を抱え込んでいることを素直に認識することである。それによって、外為法について必要な処置を真摯に検討することが可能となり、エクソン・フロリオ条項に対してもより高い次元からの検討・批判が可能となるものと思われる。

IV. Jパワー事件の検討

Jパワー事件は、外為法 27 条の対内直接投資規制について、初めて政府による中止命令が出された事件であり、現時点において唯一の事件でもある。TCI ファンドは政府による命令が出された後、行政不服審査及び行政訴訟に訴えることなく、Jパワーへの追加投資を断念した。したがって、本命令は、司法審査を受けておらず、一つの行政先例に過ぎないものとも言える。しかしながら、本事件が、外為法 27 条が発動された唯一の事例であることは看過できない事実であり、ここで示された政府の判断が当面の間、実務にとって先例的意義を有することになることは容易

に想定される。しかれば、本命令がいかなる考慮に基づいて発出されたのか、いかなる限界を抱えているか、本命令の射程範囲はいかほどか等々について検討するのは意義のあることであろう。

そこで、以下ではⅢで提示した判断枠組みに沿って、本命令について分析を行う。なお、Jパワー事件で問題とされたのは、主に「安全保障上の脅威の判断」若しくは「公の秩序を妨げるおそれの判断」であった。そこで、「1 規制対象とされた投資」及び「3 審査体制」では問題点を簡潔に指摘するに留め、「2 安全保障上の脅威の判断」について政府の判断を特に詳細に分析・検討する。

1 規制対象とされた投資

政府の認定したところによれば、TCI ファンドは、Jパワーが「発電所」「変電所」「電気事業所」に係る事業を行うことを前提に事前届出を行い、それに対して、政府は、財務大臣以外には、経済産業大臣のみを事業所管大臣として審査・勧告・命令を行っている¹¹⁹⁾。一連のプロセスには一見問題がないようにも見えるが、Ⅲ 1 で検討した現行の外為法の規制の仕方に照らすと、これでは不十分のはずである。

Jパワー及びその子会社等が営んでいる事業のうち、事前届出業種に当たるものは、他にも公表資料から確認できるだけで、上水道業、沿海貨物海運業、インターネット利用サポート業、電子機器製造業等がある¹²⁰⁾。そして、その場合、事業所管大臣は、経済産業大臣にとどまらない¹²¹⁾。しかし、本命令は、電力関連業種以外の業種については、TCI

116) GEORGIEV *supra* note 68 at 131.

117) See ZARING *supra* note 70 at 86-87.

118) 本稿Ⅲで引用した邦語文献などを参照せよ。

119) 財務省 = 経済産業省「報道発表(平成 20 年 5 月 13 日) TCI の投資に係る外為法に基づく中止命令について」別添 4 勧告書 2 頁 (http://www.mof.go.jp/international_policy/gaitame_kawase/gaitame/recent_revised/tci20080513-03.htm, 2011 年 7 月 20 日最終閲覧)。

120) Jパワーの主な子会社については、Jパワー第 56 期(平成 19 年 4 月 1 日 - 平成 20 年 3 月 31 日) 有価証券報告書 10-12 頁を参照。その他、Jパワー「ニュースリリース(2007 年 7 月 2 日) Jパワー、三井鉱山(株)から水道事業を取得」(http://www.jpowers.co.jp/news_release/news070702.html/, 2011 年 3 月 1 日最終閲覧) 参照。

121) 上水道業、沿海貨物海運業については国土交通大臣が、インターネット利用サポート業については総務大臣が、それぞれ事業所管大臣となる。

ファンドによるJパワーの株式取得がいかなる与える影響を与えるかという点について沈黙しており、この点について政府がいかなる判断をしたかは明らかではない。

やや細かい話にはなるが、およそ事前届出がなされていれば、たとえ投資先が届出中で指摘した業種以外の事前届出業種を営む場合にも、当該届出は有効と扱われ、政府による審査がなされるべきであろう。たとえそのような形式的不備のある届出でも、関係する行政庁は事前届出がなされた時点で当該投資の可否を審査する機会が一応はあったのであるから、財務大臣若しくは事業所管大臣がかかる届出について事後的に不適法を主張することは、外国投資家の信頼を保護する観点から避けるべきと思われる。

2 安全保障上の脅威の判断

(1) 政府の判断

本命令は、TCI ファンドによるJパワーの株式取得が、公の秩序の維持を妨げるおそれがあると認定するに当たり、大要、以下のような論理を展開する¹²²⁾。

- ① TCI ファンドがJパワーの発行済株式総数の10%以上を取得すると、Jパワーの経営に影響を与える。
- ② TCI ファンドはJパワーの経営陣に対してROE 10%、ROA 4%という経営指標の目標値を設定し、その達成について経営陣が説明責任を負うことを要求しているが、その具体的な実現方法は明確ではない。このため、TCI ファンドはJパワーの経営や送電線・原子力発電所をはじめとする基幹設備に係る計画・運用・維持に影響を及ぼし、それらを通じて電気の安定供給や原子力・核燃料サイクルに関する我が国の政策に影響を与えるおそれがあると認

められる。

- ③ TCI ファンドが提案した議決権の不行使等に関する提案では、原子力発電所等に間接的な影響を生じるおそれ等を払拭できず、電気の安定供給や原子力政策・核燃料サイクルに影響を与えるおそれは払拭できない。

(2) 安全保障の意義

前述のとおり、本命令は、Jパワーが「発電所」「変電所」「電気事業所」に係る事業を営むことを問題としている。政府の解釈によれば、これらの事業は「公の秩序の維持」に係るものであるから¹²³⁾、TCI ファンドによる投資も「公の秩序の維持」を妨げるか否かという点が判断されている。

たしかに、「公の秩序」自体は抽象的な概念であり、明確な基準として機能するとは言いがたい¹²⁴⁾。ただし、ここでは、政府が「公の秩序」を「電力の安定供給」とほぼ同義として用いていることだけを確認しておき、この点についての詳細な検討はVに譲る。

(3) 判断過程の審査

本命令は、①及び②において、TCI ファンドによるJパワーの株式取得が公の秩序の維持を妨げるおそれがあると述べる。このような事実認定、推論、判断が正当なものであったのか、以下検討しよう。

a 事実誤認? : ①について

①では、TCI ファンドがJパワーの10%以上の株式を取得することにより、他の株主への働きかけなどを通して、Jパワーの経営に影響を与えることができるという認定・推論を行っている。

このような認定・推論には、複数の批判が可能であろう。(ア) TCI ファンドがJパワーの総議決権の3分の1未満の株式しか保有しないならば、TCI ファンドはJパワーに対して会社法上の主要な権限を行使しえないのではないか¹²⁵⁾、(イ) TCI ファンドが他の株

122) 財務省 = 経済産業省・前掲注 119) 本文参照。

123) 本稿 III 2 (2) a 参照。

124) See KASHIWAGI *supra* note 80 at 49-51.

125) 特定の株主が会社の総議決権の3分の1以上の株式を保有していれば、当該株主は株主総会においてい

主から委任を受けて自ら保有する株式以上の権限を行使することは、株主の意見を会社運営に適切に反映することであり、非難されるべき事柄ではないのではないかと、(ウ) TCIファンドが、Jパワーの10%以上の株式を取得することでJパワーの経営に関与し、公の秩序の維持を妨げるという政府側の論理は10%未満の株式取得しかない場合にもあてはまるのではないかと¹²⁶⁾、などの批判が可能だろう。

たしかに、それぞれもっともな見解かもしれない。ただ、外為法は、外国投資家による上場会社の株式取得について、それが10%を超える時点で初めて外資規制の対象としているという政策的選択を行っている。そのような外為法の政策的選択に鑑みれば、TCIファンドがJパワーの10%以上の株式を取得する時点を捉えて、TCIファンドの行動を審査し、公の秩序の維持を妨げるおそれについて判断することは、現行法の運用としてあながち合理性に欠けるといってもないだろう。おそらく要件への当てはめについての裁量として許容されるものと考えられる。

b 事実誤認? : ②について

②において、政府は、TCIファンドがROE, ROAに係る経営指標を設定し、経営陣にそれについて説明責任を求めることから、「大間原子力発電所の建設の凍結や大幅な遅延、基幹設備に係る設備投資及び修繕費の削減」が生じるおそれがあると議論を進める。この認定・推論は正当であったのか、初歩的なファイナンス理論を使って検討しよう。

まず、ROE, ROAを上げるためには、様々な手法があることは確認しておく必要がある。ROA(総資産利益率)は「 $ROA = \text{純利益} / \text{総資産}$ 」で定義され、通常、「 $ROA = (\text{純利益} / \text{売上高})^{127)} \times (\text{売上高} / \text{総資産})^{128)}$ 」と分解して分析される。また、ROE(株主資本利益率)は「 $ROE = \text{純利益} / \text{株主資本}$ 」で定義され、通常「 $ROA = ROE \times (\text{総資産} / \text{株主資本})^{129)}$ 」と分解・分析される¹³⁰⁾。このような分析をもとにすれば、ROAを改善する策としては、たとえば、販路の拡大、単価アップ、営業費用の削減、経常費用の削減、不採算資産の売却、子会社等の事業縮小・売却などが考えられるだろうし、また、ROEの改善のためには、それらに加えて社債発行、自己株式の取得等が考えられることが分かる。

では、「大間原子力発電所の建設の凍結や大幅な遅延、基幹設備に係る設備投資及び修繕費の削減」は、JパワーのROE及びROAを改善するための数多ある選択肢の一つたりえたのだろうか。

まず、大間原子力発電所の建設の凍結や遅延の可能性を考えよう。発電所のように、建設に年数がかかる電気事業固定資産については、取得に要した支出の額はその建設中は建設仮勘定に振り分けられ、完成後に建設価額が電気事業固定資産勘定に計上される¹³¹⁾。そして、完成し、運転が開始するまでの間、収益が認められないのが原則である¹³²⁾。仮に、Jパワーが、大間原子力発電所の建設を遅らせ、本来支出が予定されていた建設費をより短期的に高収益が期待できる案件に投資

ば拒否権を有するのと同じ地位にあるが(会社法309条2項(特別決議の要件))、本件でTCIが取得を目指したのは、Jパワーの株式のせいぜい20%である。

126) 政府は、TCIファンドが投資先企業に対して積極的な行動をとることの例証としてTCIファンドによるドイツ証券取引所の株式取得の事例を挙げるが(財務省=経済産業省・前掲注119)別添4勧告書16頁)、この事例においてTCIファンドが保有するドイツ証券取引所の株式は、8%前後であった(詳細は、ドイツ証券取引所元CEOのザイフェルト氏らが著した、ヴェルナー・G. ザイフェルト=ハンス・ヨハヒム・フォート(北村園子訳)『も言う株主』14-31頁(講談社、2008)参照)。

127) 売上純利益率。

128) 資産回転率。

129) 財務レバレッジ。

130) K・G・バレーほか(斎藤静樹監訳)『企業分析入門(第2版)』213-216頁(東京大学出版会、2001)参照。

131) 電気事業会計規則5条及び6条。

132) 電気事業会計規則9条参照。

すれば、Jパワー全体として、資産を圧縮しつつ、収益を向上させることが可能であり、結果としてROEやROAが改善すると推測される。したがって、TCIファンドがJパワーにROEやROA改善を求めることにより、大間原子力発電所の建設に影響が出ると懸念することには理由がないわけではない。

では、基幹設備に係る設備投資及び修繕費の削減はどうか。たしかに、このような財務戦略をとることで、営業費用を削減でき、純利益は増加するように思われる。しかし、電気事業法22条は、卸電気事業者の供給条件を経済産業大臣の監督に服さしめ、卸電気事業者の料金は必要と想定される適正な原価に事業報酬を加えて算定する原価主義を採用することとしている¹³³⁾。そして、設備投資に伴う減価償却費や修繕費が削減されれば、それに伴って原価も低減し¹³⁴⁾、さらには料金も引き下げられることとなる。したがって、営業費用を削減しても、売上高もほぼ同じだけ縮減するため、結果として売上純利益率の変動はほぼないはずである。ゆえに、ROEやROA改善のために、Jパワーが基幹設備に係る設備投資及び修繕費の削減という財務戦略をとることは考えにくく、この点で本命令の認定には事実誤認のおそれがあると思われる。

c 比例原則違反？

外為法の適用に当たって、比例原則を媒介として補充性が認められてよいのではないかということについては既に述べた¹³⁵⁾。本命令も外為法27条の命令を発出するに当たり、電気事業法による規制の可否について一応検討しており、政府もかかる補充性を一概に否定しているわけではないだろう。そこで、以下、外為法の適用に補充性が要求されるという解釈を前提に、Jパワー事件で懸念された「公の秩序の維持」の妨げを、電力業を規制する基本法である電気事業法によって対処できなかったのかということを検討する。仮に電気事業法による事後的な規制によって「公

の秩序の維持」を図れるならば、およそTCIファンドにJパワーの事業への関与を認めないという意味で制限態様の強い外為法によって規制することは、まさに「雀を撃つのに大砲を使う」ものとして比例原則に反するものと評価されよう。

まず、電気事業法29条は、Jパワーを含む電気事業者に対して長期にわたる供給計画（電気の供給並びに電気工作物の設置及び運用についての計画）を作成し、経済産業大臣に届け出ることを求める。経済産業大臣は、この供給計画が広域的運営による電気事業の総合的かつ合理的な発達を図るため適切でないと認めるときは、その供給計画の変更を勧告でき、さらに命令を発することもできる（同条3項及び4項）。また、この命令に違反した者は、刑事罰が科せられる（118条1号）。Jパワーの供給計画にとって大間原子力発電所が供給する予定の電力は大きな比重を占める。したがって、電気事業法の規定を活用することで、経済産業大臣はJパワーの供給計画をコントロールし、間接的に大間原子力発電所の建設についても適切な監督を実行できるはずである。

次に、送電設備を含む事業用電気工作物の維持・運用については、電気事業法42条により、設置者は保安規程を定めることとなっており、設置者による自主的な保安が予定されている。そして、設置者は、事業用電気工作物を技術基準に適合するように維持することが義務づけられており（39条1項）、技術水準に適合しなければ、経済産業大臣は設置者に修理・改造等を命令することができる（40条）。さらに命令に違反した者に対して、刑事罰が予定されている（116条2号、118条7号）。したがって、経済産業大臣は、かかる権限を行使することで、Jパワーの基幹設備に係る設備投資及び修繕費についても、それらが技術水準に適合するように監督することは可能である。

したがって、経済産業大臣が電気事業法上

133) 卸供給料金算定規則3条。

134) 卸供給料金算定規則4条2項4号及び6号参照。

135) 本稿Ⅲ2(2)b(c)参照。

の適切な権限を行使すれば、大間原子力発電所の建設の凍結や大幅な遅延、基幹設備に係る設備投資及び修繕費の削減を避けることは可能であり、公の秩序の維持を実現できるものと考えられる。しかしながら、本命令は、電気事業法は、「民間電気事業者が自主的に原子力発電の建設等を行うことを前提として所要の行為規制を行うものである」として、電気事業法による対処は不可能であったと判断する¹³⁶⁾。果たして、このような電気事業法の理解は正当なのだろうか。

一般に電気事業法は、後述する「公企業特許」が妥当する典型例として扱われている¹³⁷⁾。公企業特許が妥当する分野では、公共の福祉の増進を最大限に確保するという見地から、事業経営義務、締約強制、約款・料金の規制等々を含む、事業経営全般についての立ち入った規制が法定されていることが指摘されている¹³⁸⁾。そのような制度設計及びその背後の思想を前提にすれば、電気事業法について「民間電気事業者が自主的に原子力発電の建設等を行うことを前提として所要の行為規制を行うもの」と解するのは、法の解釈として正当なものか疑わしい¹³⁹⁾。

政府が電気事業法による規制権限行使に消極的であることの説明を採す上で、阿部教授の指摘は示唆的だろう。阿部教授は、電気事業法等を例にとりながら、「現行法は普通は免許取消・停止¹⁴⁰⁾制度をおくだけなので、発動したら公共サービスが中断して担当官庁も困る」ので、規制権限はいわば「伝家の宝刀」としてよほどのことがないと発動されな

いと述べる¹⁴¹⁾。しかし、阿部教授も指摘されるとおり、本来はより実効性のある規制を整備すべきなのであり、かかる規制の不備のつけを外国投資家に押し付けるような形で、電気事業法による対処可能性を否定し、その代わりに外為法規制を発動するのは、やはり補充性若しくは比例原則に違反するのではないかと思われる。

(4) 脅威を減殺する措置

本命令は、③において、TCI ファンドによる J パワー株式取得から生じるであろう「公の秩序の維持」を妨げるおそれを減殺する措置について検討を見せる。しかし、この点について本命令の考えを理解するのは難しい。

先述のとおり、政府はかつて、外為法 27 条の届出について外国投資家が一定の条件を付して事前届出を行っても、実効性の面で疑問が残るので、そのような取扱いは将来の課題としていた¹⁴²⁾。仮に政府が、本命令の時点で依然として、そのような考えを有していたならば、TCI ファンドがいかなる内容の提案をしても、政府はそもそも外為法が条件を付した事前届出を許容していないと考えているのであるから、両者に妥協の可能性はおよそなかったはずである。そうすると、本命令中で TCIF ファンドの提案した条件を吟味しているのは、単なるリップサービスに過ぎなかったことになる。このように、外為法 27 条について条件を付した事前届出の扱いについて政府の姿勢が固まらないにもかかわらず、TCI ファンド側にそれに係る提案をさせ、その提案が実効性に欠けるとして拒絶したと

136) 財務省 = 経済産業省・前掲注 119) 別添 1 の 3.(3) ④参照。

137) 宇賀・前掲注 83) 83-84 頁、塩野・前掲注 52) 117-118 頁、小早川・前掲注 95) 204 頁など参照。

138) 小早川・前掲注 95) 204 頁。

139) J パワー事件後の 2008 年 10 月、政府が OECD 投資委員会において本事件を説明する際に、「なぜ特定分野の政策では、本件に対処するのに不十分なのか」という OECD 事務局からの問いに対して、本命令で言及された電気事業法のみならず、電気事業法や核原料物質、核原料物質及び原子炉の規制に関する法律（原子炉等規制法）についても言及している（藤田輔「OECD 投資委員会の活動——FOI プロジェクトに焦点を当てて——」外務省調査月報 2009 年 5 月号 1 頁、27 頁）。その場でも、両法は「民間電気事業者によって自主的に原子力発電の建設等が行われることを前提として、所要の行為規制を行うもの」という説明がなされている（同前）。原子炉等規制法についてはこのような解釈も適当と考える余地はあるが、電気事業法の解釈としては本文で述べたとおり無理があると思われる。

140) 電気事業法の場合は、許可の取消しである（同法 15 条）。

141) 阿部泰隆『行政の法システム（上）（新版）』165 頁（有斐閣、1997）。

142) 本稿 III 2 (2) c 参照。

いうならば、このような対応は法の執行機関として不誠実だと思われる。

あるいは、政府は本命令時には、条件を付した事前届出を許容する方針へ転換していたという可能性も考える。そうすれば、政府がTCIファンドと条件の内容について協議することも意味はあるかもしれない。しかし、本命令は、TCIファンドの提案について「原子力発電所等に間接的な影響を生じるおそれ等を払拭でき」ないと述べて、拒絶する¹⁴³⁾。ここでの難点は「間接的な影響」が何を意味するか、である。およそ発行済株式数の一定割合以上の株式を有する株主は、たとえば株主総会の決議等の場において、自らの議決権を行使するか否かに関わらず、決議の成立若しくは不成立に何らかの影響を与えないことはあり得ない。それにも関わらず、TCIファンドに対して、Jパワーへの経営への「間接的な影響」の排除を求めるといふならば、それは不可能を強いていることになり、政府とTCIファンドとの協議は当初から妥結しえないものだったということになる¹⁴⁴⁾。

3 審査体制

(1) 審査主体

本命令は、Jパワーの主たる事業が「発電所」「変電所」「電気事業所」であることを前提に、経済産業大臣だけが事業所管大臣とされた。しかし、Jパワー及びその子会社は他の事前届出業種も営んでおり、その関係では、他の大臣が事業所管大臣として名を連ねてもよかった案件である。この点に関する問題点は1で指摘したとおりである。

また、Jパワー事件は、直接的には国防・防衛産業に関係する投資ではなかった。しかし、このような案件についても防衛大臣が審査主体に加わってよいかもしれない。「公の秩序の維持」に係る業種についての投資であっても、重要インフラを利用した外国からの攻撃の可能性等を考慮すれば、国防・防衛的視点を加味すべき場合があるのではないかと思われるからである¹⁴⁵⁾。

(2) チェック機能

政府は、本命令及びそれに先立つ勧告が出される前の段階で、外為法27条5項に基づき関税・外国為替等審議会（外国為替等分科会外資特別部会）の意見を聴く手続きを経た。同部会の名簿及び議事要旨も公開されている¹⁴⁶⁾。

ここでは、同部会について詳細な検討は行わないが、III3で指摘したように、(ア)審議会委員の人選について、「公の秩序の維持」若しくは「電力の安定供給」という主題に見合っていたのか、(イ)審議過程について、審議会が十分な議論のもとに意見を形成したのかという点は重要である。それらが適切に実現されることにより、初めて関税・外国為替等審議会によるチェック機能が有効に機能するはずであり、政府によるフリーハンドの判断を抑止することにもつながると考えられる。

4 小括

(1) Jパワー事件の射程

既述のとおり、Jパワー事件は外為法27条による外資規制が発動された初のケースであり、現時点で唯一のケースである。このこ

143) 財務省 = 経済産業省・前掲注119)別添1の3.(2)③参照。

144) 本命令中、政府はTCIファンドがJパワーの会社提案に対して反対してきた態度を捉えて、否定的に評価している(財務省 = 経済産業省・前掲注119)別添1の3.(3)②参照)。そこから推測すると、政府はTCIファンドに対して会社提案に従うことを求めていたのかもしれない。しかし、株主が会社提案に従うことが、当然に電力の安定供給ひいては「公の秩序の維持」につながると考えるのは根拠のないことであり、外為法の守備範囲を超えたドグマの押しつけではなからうか。

145) 電力と同様重要なインフラである通信について、米国では外国投資家による通信事業者の買収の場面で、国防省が積極的に権限を行使している。See LEWIS *supra* note 102 at 467-468.

146) 財務省(http://www.mof.go.jp/about_mof/councils/customs_foreign_exchange/sub-foreign_exchange/index.html, 2011年7月20日最終閲覧)参照。

とは、本事件が当面の間、外為法 27 条の判断についての事実上の先例となることを意味しよう。

しかし、以上の検討に鑑みると、本命令が、TCI ファンドによる投資が公の秩序の維持を妨げるおそれがあったと判断したことは合理性を欠き、裁量権の逸脱・濫用があったのではないかという疑いが強い。しかし、それにも関わらず、かかる命令が出され、それが行政不服審査又は行政訴訟の場でレビューされずに事件が終息したことは、将来の外国投資家への影響を慮ると遺憾と言わねばなるまい。

そもそも外資規制は、保護主義的な感情が介入しやすい分野であり¹⁴⁷⁾、厳格な法の解釈・運用が妨げられやすい要素を孕んでいる。それに加え、本件のような事例で真っ先に機能すべき電気事業法については、既述の如くその規制が実効性を欠く上に、政府自身も「現下の電気事業法が、法律学的・立法技術的に見て必ずしも完璧なものとは言えず、「電気事業法自身が、その論理の整合性や法体系の無謬性をかなぐり捨てて」いるという意識を有しており¹⁴⁸⁾、電気事業法の積極的な活用は期待しにくい状況にあった。

このような事情を踏まえれば、本事件を外為法 27 条に関する一般的な先例として見るべきではないということになる。あくまで電気事業という特殊な分野について、規制法の不備を前提に、ある種の政治的判断をもとに外資規制がなされたものと見るべきであり、本事件の射程は極めて限定的に捉える必要があると思われる¹⁴⁹⁾。本事件は、たしか

に一行政実例には過ぎないのではあるが、その先例性に鑑みれば、その限界は明確に認識しておく必要があると思われる。

(2) 補論：いわゆる黄金株について

なお、J パワー事件との関連で、参考になる法的制度設計について言及しておきたい。それは、国際石油開発帝石株式会社（以下、「INPEX」という。）の例である。

INPEX は、石油・天然ガス等の調査、探鉱、開発、生産、販売を主な事業とする企業であり、J パワー同様、エネルギー政策において国策の一端を担っている。この INPEX は、会社法 108 条 1 項 8 号により認められる拒否権付種類株式（いわゆる「黄金株」）を発行し、経済産業大臣が、取締役の選解任、重要な資産の全部または一部の処分等、定款変更、統合、資本金の額の減少、解散について拒否権を有する。そして、経済産業大臣はこの拒否権発動について、告示¹⁵⁰⁾によりガイドラインを定め、「中核的企業として我が国向けエネルギー安定供給の効率的な実現に果たすべき役割に背反する形での経営が行われていく蓋然性が高いと判断される場合」、または「中核的企業として我が国向けエネルギー安定供給の効率的な実現に果たすべき役割に否定的な影響が及ぶ蓋然性が高いと判断される場合」、または当該黄金株の「議決権行使に影響を与える可能性のある場合」に拒否権を発動するとしている。

仮に J パワーが INPEX 同様、黄金株を発行していれば本件のような事態は避けえただけである¹⁵¹⁾。事実、INPEX の前身である国際石油開発株式会社（以下、「旧 INPEX」と

147) See ZARING, *supra* note 70 at 131.

148) 資源エネルギー庁電力・ガス事業部＝原子力安全・保安院編『2005 年版電気事業法の解説』28-29 頁（経済産業調査会、2005）。

149) 仮に本命令の判断プロセスが正当であるならば、J パワーが営む電力関連事業以外の事前届出業種（たとえば上水道業など）についても、同様の判断プロセスに沿って、公の秩序の維持の妨げになると判断されていたであろう。しかしながら、本命令は電力関連事業のみを対象としており、他の業種に係る大臣は事業所管大臣として名を連ねず、本命令に関与していない。このことは、本命令の判断プロセスが政府部内でも必ずしも共有されていないことを暗に示しているようでもあり、示唆的である。

150) 平成 20 年 10 月 9 日経済産業省告示第 220 号「経済産業大臣が管理及び処分する国際石油開発帝石株式会社の発行した甲種類株式の議決権行使の基準を定める件」。

151) Kazuhiro Nakatani, *Restrictions on Foreign Investment in the Energy Sector for National Security Reasons: The Case of Japan*, in PROPERTY AND THE LAW IN ENERGY AND NATURAL RESOURCES 311, 321 (A. McHarg, B. Barton, A. Bradbrook eds., 2010).

いう。)は、2004年の東京証券取引所上場に当たり、「投機的な買収や外資からの買収等の可能性を排除しつつ、民間企業としての特性を最大限生かした経営を可能とするとする措置として『種類株』の活用によって、政府が必要最小限の拒否権を留保できる仕組みを講じること¹⁵²⁾」の必要性を認識しており、旧石油公団に対して黄金株を発行していた。しかし、Jパワーは前年の2003年に民営化・東京証券取引所上場を果たしたものの、そのような措置を講じることが検討された形跡はない。また、2006年には東京証券取引所が、黄金株を発行する株式会社について、一定の要件の下で上場を許容するに至ったが¹⁵³⁾、Jパワーはその後も新たに黄金株を発行することなく、現在に至っている。

Jパワーが黄金株を発行せずにきた理由は明らかではない。推測の域を出ないものの、(ア)Jパワーの民営化・上場に当たっては完全民営化が目指されたが¹⁵⁴⁾、一部とはいえ政府がJパワー株式を保有することになれば、この政策を修正せざるをえなくなること、(イ)従来、公益事業における黄金株発行に積極的だったヨーロッパにおいて、黄金株発行が欧州共同体条約に抵触すると欧州裁判所が判断する例があらわれ、黄金株の見直しが進んでいること¹⁵⁵⁾などは、Jパワーが黄金株発行に躊躇する背景にあろう¹⁵⁶⁾。ただし、これらの事情は、Jパワー事件において政府が外為法27条の規制発動に当たって

考慮してよい事情でもあり、やはり本件において政府にはもっと慎重な判断が求められていたものと思われる。

V. 安全保障を理由とする投資規制の正当化根拠

本稿は、エクソン・フロリオ条項及び外為法27条の比較分析及び事例研究を通じて、安全保障を理由とする投資規制について考察してきた。本稿の冒頭で述べたとおり、安全保障を理由とする投資規制を敷くこと自体は、OECD資本自由化コードによっても認められてはいるが、当然、「安全保障」と名がつけばいかなる措置でも無限定に認められるわけではない¹⁵⁷⁾。しかし、従来、外為法27条について、「安全保障」あるいは「国の安全」、「公の秩序の維持」、「公衆の安全」といった概念がマジックワードのように使用され、それらの概念の精確な理解が疎かになっていた面は否めない。現に、Jパワー事件でも「公の秩序の維持」という概念を定義づけることなく、TCIファンドに対して中止命令が発動されたのである。

しかし、立法規定がこのような不確定概念を含む場合、行政機関には、一体どのような事実状態がその概念に包摂され、どのような事実状態が包摂されないかについての、何らかの妥当な判断基準を模索する作業が要求される¹⁵⁸⁾。この趣旨を明文化した行政手続法

152) 旧INPEX「株式売出届出目論見書」(2004年10月)(http://www.inpex.co.jp/ir/library/pdf_inpex/00044034.pdf, 2011年7月20日最終閲覧)39頁。

153) 株式会社東京証券取引所「買収防衛策の導入に係る上場制度の整備等に伴う株券上場審査基準等の一部改正について」(2006)(http://www.tse.or.jp/rules/regulations/060307_a1.pdf, 2011年3月1日最終閲覧)6頁参照。

154) 2004年のJパワーの民営化・上場時には、特殊会社の民営化・上場には珍しく、一度の売出で政府が保有する全ての株式が市場に放出された。国土交通省航空局「今後の国際拠点空港のあり方に関する懇談会」第3回配布資料5野村証券株式会社ヒアリング資料10頁(2006)(http://www.mlit.go.jp/koku/04_outline/08_shin-gikai/16_kokusaikyoten/h181208_img/05.pdf, 2011年3月11日最終閲覧)参照。

155) 浜田道代「黄金株」法教306号2頁,3頁(2006),小塚莊一郎「公益を理由とした株主の権利の制約—黄金株に関する欧州裁判所判決の教訓—」上智法学論集52巻1・2号9頁,13-21頁,27-34頁(2008)参照。

156) Jパワーが本事件の後においても、新たに黄金株を発行せずにいる理由としては、「上場後に議決権種類株式を導入する場合は、上場株式を保有する一般株主が不測の損害をこうむる可能性がある」という懸念があるのだろう。株式会社東京証券取引所「議決権種類株式の上場制度に関する報告書」5頁(2008)(<http://www.tse.or.jp/rules/seibi/b7gje60000005zht-att/shurui.pdf>, 2011年7月20日最終閲覧)参照。

157) See Susan Rose-Ackerman & Benjamin Billa, *Treaties and National Security*, 40 N.Y.U.J. INT'L L. & POL. 437, 489 (2008).

158) 小早川光郎『行政法講義(下I)』24頁(有斐閣,2002)。

12条は不利益処分について、行政庁に処分基準を定め、公表することを求めるが、これは努力義務にすぎず、外為法27条の関係では少なくともかかる基準が公表されるには至っていない。そこで、以下では結びに代えて、「安全保障」等の概念の明確化を図りながら、それを通じて安全保障を理由とする投資規制がいかなる根拠・原理に基づいて正当化されるのか、さらには規制の発動に当たっていかなる要素が考慮されるべきなのかということについて、試論を提示したい。

たしかに「安全保障」のような概念の明確な定義は困難ではある。しかし、不明確は不存在を意味するわけではない。「外縁部分」が不明確であっても「中核部分」は確かに存在するはずである¹⁵⁹⁾。以下、議論の多少の粗雑さを厭うことなく、そのような「中核部分」へのアプローチを試みたい。

1 概念の整理

エクソン・フロリオ条項における“national security”について、Zaringは「機微な産業について、米国市民による提供がなされ、かつ米国の法執行及び情報機関が権限を行使できること」という定義づけを行っている¹⁶⁰⁾。既述のとおり、米国における“national security”の概念は、従来、国防産業との関連で捉えられていたものが、FINSA制定以降、重要インフラ保全も含む広範な概念へと拡張されたものである。そのような広い意味を有する“national security”については、Zaringが提示する包括的なあるいは抽象的な定義づけもある程度の説明力を有しているだろう。

しかし、これも既述したが、政府は、外為法27条の運用に当たり、「国の安全」、「公の秩序の維持」、「公衆の安全」を独立する3つの概念として整理し、それぞれについて対応する業種を規制対象として定めることとして

きた。したがって、外為法の解釈としては、27条全体を貫く包括的な概念を探求する必要は必ずしもなく、個別の概念について検討すればよいと思われる。

なお、エクソン・フロリオ条項と外為法27条の比較として、「国の安全」が狭義の“national security”と重なり合い、「公の秩序の維持」が新たに拡張された“national security”と重なり合う¹⁶¹⁾という観察事実は指摘に値する。外為法27条が採用してきた規制理由の区分があながち不合理とは言えないことを比較法的にも示唆していると考えられるからである。

そこで、以下、①国の安全に係る業種、②公の秩序の維持に係る業種、③その他の業種（公衆の安全に係る業種）についてそれぞれ検討していく。

2 「国の安全」に係る業種≒防衛産業

「国の安全」≒「狭義の“national security”」は、エクソン・フロリオ条項においても最も基礎的な外資規制の理由とされてきたが、その理は我が国でも変わらない。既述のとおり¹⁶²⁾政府のある研究会は、その報告書の中で「国の安全」の構成要素として、①我が国の安全を損なうおそれのある技術の流出防止と、②国内の防衛生産・技術基盤の維持を挙げているので、これをベースにもう少し立ち入って検討してみたい。

(1) 国内の防衛生産・技術基盤の維持

「国の安全」を目的として経済活動が規制される理由として、直ちに想起されるのは国内の防衛生産・技術基盤の維持であろう。ここでは、憲法9条の解釈論には立ち入らず、自衛隊及び自衛隊法の存在を前提に、防衛の担い手として専ら自衛隊を想定する¹⁶³⁾。自衛隊は、「我が国の平和と独立を守り、国の

159) 中谷和弘「国家安全保障に基づく外資規制及び貿易規制」法教332号149頁、155頁(2008)。

160) See ZARING, *supra* note 70 at 90, 131.

161) なお、外為法が規制理由とする「公衆の安全」は、現在のエクソン・フロリオ条項の“national security”の概念に含めるのは困難だと思われる。

162) 本稿Ⅲ2(2)a参照。

安全を保つため、直接侵略及び間接侵略に対し我が国を防衛することを主たる任務¹⁶⁴⁾とし、その任務実行のために、武器の保有や防衛のための武力行使が予定されている¹⁶⁵⁾。自衛隊のこのような活動を十全ならしめるためには、自衛隊が防衛のために必要となる武器・装備等を確実に調達できるようにしておくことが必要はらずであり、その意味において、防衛産業に国家が関与することは、自衛隊法等の趣旨に整合的であると言える。

そもそも防衛産業は、いずれの国でも、国の防衛力の一翼を担う産業であるため、国家の厳重な監督下に置かれている¹⁶⁶⁾。しかし、自国の防衛産業に係る事業者を、外国人・外国法人が実効的に支配するに至った場合、有事に当該事業者が自国政府の意に反して必要な調達品を供給しなくなる事態が生じる可能性は皆無ではない¹⁶⁷⁾。そこで、外資規制の必要性が生じるのである。

このような理由から外資規制が正当化されることに鑑みれば、外為法の対内直接投資規制審査においても、基本的には、自衛隊等の安定的な調達が確保されるかという観点が必要である。具体的には、投資先(=日本の防衛関連事業者)の製品の防衛上の必要性、当該製品の特殊性、当該製品の代替可能性、当該外国投資家の政府調達契約の履行実践具合、日本と当該外国投資家の母国との関係などの点を主な要素として審査・判断がなされるべきであろう。

(2) 我が国の安全を損なうおそれのある技術の流出防止？

次に、「我が国の安全を損なうおそれのある技術の流出防止」が外為法 27 条によって保護されるのか検討しよう。

外為法は 27 条で対内直接投資を規制するが、一方 23 条は日本から海外への対外直接投資を規制する。対外直接投資も原則として事後報告を要するのみであるが、一定の業種に係る対外直接投資については、事後報告では足りず、事前に届出が求められる。その業種とは、①漁業、②皮革又は皮革製品の製造業、③武器の製造業、④武器製品関連設備の製造業、⑤麻薬等の製造業である¹⁶⁸⁾。仮に、外為法 27 条が国境を超える直接投資によって「我が国の安全を損なうおそれのある技術の流出」することを「防止」する目的を有するならば、外為法 23 条の対外直接投資規制に当たっても同様の趣旨から規制がなされてしかるべきだろう。なぜなら、日本人が海外で投資を行い、現地で高度な技術を有する事業を行う場面(対外直接投資)と、外国人が日本に投資を行い、日本で高度な技術を有する事業を行う場面(対内直接投資)とを比較すれば、両者間において我が国の技術が海外に流出する可能性に差はないはずである。それにも関わらず、対内直接投資規制の場合についてのみ、「我が国の安全を損なうおそれのある技術の流出防止」を問題とし、対外直接投資規制については、かかる技術の流出防止を考慮しないというのは、外為法の整合的な解釈論とは言えないだろう。

(3) 国際的な平和・安全の保全

外為法 23 条による対外直接投資規制は、「我が国経済の円滑な運営に著しい悪影響を及ぼすこと」及び「国際的な平和及び安全を損ない、又は公の秩序の維持を妨げること」を防ぐことを目的とする(同条 4 項 1 号及び 2 号)。ここで検討している「国の安全」との関連では、「国際的な平和及び安全」とい

163) 国の安全の担い手として、自衛隊の他に警察や海上保安庁をも想定するならば、そのような組織の活動を十全ならしめる観点も必要となってくるだろう。

164) 自衛隊法 3 条 1 項。

165) 自衛隊法 87 条及び 90 条、92 条の 4、92 条の 5 等、武力攻撃事態等におけるアメリカ合衆国の軍隊の行動に伴い我が国が実施する措置に関する法律 12 条などを参照。

166) 青井未帆「『武器輸出三原則の見直し』について——法的安定性強化という視点の必要性」民主主義科学者協会法律部会編『軍事同盟のない世界へ——安保条約改定から 50 年』法時増刊 160 頁、164 頁(2010)参照。

167) 典型的には、交戦国の私人や法人が自国の防衛関連事業者を支配している場合を想定せよ。

168) 外国為替に関する省令 21 条。

う観点が重要である¹⁶⁹⁾。

外為法 23 条は、特定の業種について事前届出制を採用していることは既述のとおりであるが、その他にも特定地域への直接投資や、特定業種に係る特定地域への対外直接投資をも規制することを予定している¹⁷⁰⁾。また、21 条によって、国際平和のための国際的な努力に我が国として寄与することを妨げることとなる事態を生じるような資本取引などについては、許可制とされている¹⁷¹⁾。このような法的スキームを踏まえると、外為法 27 条は、流出先を限定することなく単に「我が国の安全を損なうおそれのある技術の流出防止」を防ぐことを目的とするのではなく、特定の地域へ特定の高度な技術が流出することによって「国際的な平和及び安全」が脅かされることになる事態を防ごうとする趣旨だと解するのが正当と言える。

かかる理由により外資規制が正当化されると考えれば、外為法 27 条の審査にあたっては、投資先の製品の技術的高度性、当該製品の武器への転用可能性、当該製品の独自性の他、当該外国投資家の素性、当該外国投資家の母国の国際平和への取組具合などを主な判断要素として考慮すべきということになるう。

3 「公の秩序」の維持に係る業種＝重要インフラ関連業種

(1) 「公企業の特許」とのオーバーラップ

公の秩序の維持に係る業種として外為法の規制対象として指定されている業種は、電気業、ガス業、熱供給業、通信業、放送業、水道業、鉄道業、旅客運送業である。これらの業種に共通する特徴として、従来行政法学において、「公企業の特許」として語られてきた分野であることが挙げられる。

伝統的な行政法学は、行政行為の分類として、許可と特許を区別する。「許可」は本来誰でも享受できる個人の自由を公共の福祉の観点からあらかじめ一般的に禁止しておき、個別の申請に基づいて特に問題がなければ禁止を解除する行政行為であるのに対し、「特許」は、本来の私人の自由に属しない特権ないし特別の能力を行政庁が私人に付与することであるとして、両者を区別して説明がなされる。さらに、特許の中に「公企業の特許」と言われるものがあり、これは伝統的に国家の任務とされてきた事業を行う特権を私人に特別に与えるものである¹⁷²⁾。具体的には、電気・ガス・水道などの供給事業や、鉄道・自動車などの運送事業に対する許可がこれに属するとされるほか¹⁷³⁾、放送業の免許¹⁷⁴⁾、電気通信事業の認定¹⁷⁵⁾等も公企業の特許として語られている。また、熱供給業は、比較的新しい産業ではあるが、熱供給事業法の許

169) 貨物の輸出を規制する外為法 48 条 1 項も「国際的な平和及び安全の維持」という文言が用いられている。この解釈としては、冷戦後の今日では、「西側諸国」の安全保障に限定せずに、“世界的な”安全保障の維持を意味するようになっていくという指摘がなされている。青井末帆「武器輸出三原則を考える」信州大学法学論集 5 号 1 頁, 19 頁 (2005)。

170) 外国為替令 12 条 1 項 1 号及び 2 号。ただし、現時点では、両号が予定している財務省令が規定されていないため、かかる規制は現実には実施されていない。

171) その詳細は告示で定められているが、たとえばテロ支援国家等への投資には許可が必要となる。平成 10 年 3 月 30 日大蔵省告示第 99 号「外国為替及び外国貿易法第二十一条第一項の規定に基づく財務大臣の許可を受けなければならない資本取引を指定する件」参照。

172) 櫻井敬子「行政法講座 22 公企業の特許」自治実務セミナー 45 巻 6 号 12 頁, 12-13 頁 (2006)。

173) 櫻井・前掲注 172) 13 頁。

174) 雄川一郎ほか「座談会 事業の免許制・許可制——いわゆる特許企業の理論をめぐる諸問題——」ジュリ 293 号 6 頁, 26-27 頁 [塩野宏発言] 及び 27 頁 [雄川一郎発言] (1964) 参照。

175) 宇賀・前掲注 83) 84 頁参照。

可も公企業の特許に含めてよいだろう¹⁷⁶⁾。したがって、「公の秩序の維持」に係る業種は、いずれも「公企業の特許」に関する議論が妥当する分野であると言えよう。

しかし他方で、時代の変化により、公企業の特許について国家から与えられる特権という色彩が次第に希薄化していることもあり、「許可と特許の区別の相対化現象」が進行するという状況もある¹⁷⁷⁾。いわゆる群馬中央バス事件¹⁷⁸⁾は、道路運送法に基づく一般旅客自動車運送事業の免許申請却下処分に関して争われた事件だが、「自動車運送事業の免許の性質を公企業の特許と解するかどうかは、必ずしも、本件の結論に影響があるものとは考えられない」と強調しており、このことも「許可と特許の区別の相対化現象」のあらわれと見ることができるともかもしれない。さらに、塩野教授はこの相対化を推し進め、許可と特許について「一方を命令的行為、他方を形成的行為として質的に異なった領域に妥当するものとするのは困難であって、等しく営業の自由に対する規制であって、その手法を異にするものと見るのが妥当であろう¹⁷⁹⁾」と述べ、許可と特許の区別を否定するに至る。

しかし、一方で許可と特許を完全に相対化して区別できないとすることについては疑問も提起されている¹⁸⁰⁾。小早川教授も「公企業特許制の観念を維持することは必ずしも適切でないと考えられる」としながら、「公企業特許」概念を「公益事業許可制」と組み替

えた上で、「公益事業許可性が実定法上、それ以外の事業許可制、とりわけ営業警察許可制」と比較して「独自の特徴を具えた一つの類型を構成するということを否定するものではない¹⁸¹⁾」と述べられる。このような見解をもとに考えると、伝統的に「公企業の特許」として語られてきた分野が、外為法において外資規制の対象とされている現状は、「公企業の特許」という概念・類型が、未だ実定法上の意義を有していることの発露と見るができるものと思われる。

(2) 公企業特許と外資規制との関連

a 公企業特許の特徴

では、なぜ公企業特許（小早川教授の整理では「公益事業許可制」）が妥当する分野において外資規制がなされるのか。

この点について、「経営権の国家独占」等を媒介とする特許企業の理論からの説明は難しい。このような特許企業の理論は、前近代の家産国家的レガリア思想に遡ることのできるものであるが、営業の自由を保障する現行の憲法にそぐわない等の指摘がなされている¹⁸²⁾。そこで、現行の憲法や法令を前提とした上での公企業特許の理論を考えていく必要があるわけだが、その上で参考になるのは、小早川教授と森田教授の指摘である。

小早川教授は、公益事業許可制の特徴として、①当該事業者によるその事業を行わせることがどれだけ公共の福祉の増進に資するかを考慮して許否を判断すべきことが、立法において予定されている場合が多いこと¹⁸³⁾、②公

176) 熱供給業が電気事業、ガス事業、水道事業との公益事業に続く新たな公益事業として位置づけられていたという沿革（資源エネルギー庁公益事業部計画課編『熱供給事業法の解説』34頁（通商産業調査会、1973）参照。）に加え、熱供給事業法が電気事業法やガス事業法と類似の構造をとっていることを踏まえれば、本文のように解することに問題はないと思われる。

177) 櫻井・前掲注172) 13頁。

178) 最判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁。

179) 塩野・前掲注52) 118頁。

180) 櫻井・前掲注172) 14-15頁、森田寛二「許可・公企業の特許などの合理的構成（下）——『自由』に関する『法律学』的研究・第一部」自治78巻8号3頁、24-28頁（2002）参照。

181) 小早川・前掲注95) 202-203頁。

182) 小早川・前掲注95) 202-203頁。その他、原田尚彦「特許企業の意義」ジュリ300号114頁、114頁（1964）も参照。

183) この点に関連して興味深いのが、主に経済法学の立場から提起されている、公企業特許や政府の公共性の本質を独占の保障の必要性や利用者保護に求める見解である（来生新「公企業の規制改革と競争政策」日本経済法学会年報23号1頁、4-12頁（2002）など参照）。公企業特許の概念が現在においても意義を有することを説明

共の福祉の増進を最大限に確保するという見地から、事業経営全般についての立ち入った規制が、多くの場合には行政機関のいわゆる監督処分としての各種事項に関する下命・禁止等々やその他の関与の仕組みを伴って法定されていること、③許可を受けた者による公益事業の経営について法の強い保護を与えられることを挙げる¹⁸⁴⁾。

また、森田教授は、「伝統的行政法学において公企業の特許の性格を有するとされてきた『許可』や『免許』などについては、『許可』や『免許』を受けた者（特許企業者）が当該事業を営む・営まないことを自律的に決定しうるシステムは当該個別法の上ではとられていない」と論定する¹⁸⁵⁾。それを講学上の「許可」と「特許」について言い換えると、「許可」を受けた者は、その事業について「双方向への自由」——《する方向への自由とししない方向への自由》——を有するが、「特許」を受けた者は、その事業について「一方向への自由」——《する方向への自由》——を持つということになる¹⁸⁶⁾。森田教授のこの見解を敷衍すれば、特許企業者はその事業について自己の任意に廃業することを得ない義務を負うのであり、翻って行政庁の立場からは、特許企業者がその事業を廃業しないように措置を講じ、場合によっては強制することが要求されていると言えよう。さらに、特許企業者が事業を行うに当たって、それがいかなる態様であってもよいということはないだろうから、そこでは自ずから行政庁は、特許企業者

に対して適正な事業実施を求めることになろう。

b 行政庁による監督の必要性

公企業特許と外資規制との関連を考える上では、小早川教授の指摘する公益事業許可制の2点目の特徴及び森田教授の見解から敷衍される点が有用である。これらによれば、ある日本法人が公企業特許を受けた場合、行政庁は何らかの監督を行う必要が出てくる場合がある（小早川教授の指摘に基づけば、公共の福祉の増進を最大限に確保するための監督ということになるだろうし、森田教授の指摘に基づけば特許企業者が任意に廃業せず、適正に事業を実施するための措置ということになるだろう）。そして、当該日本法人＝特許企業者が外国投資家による実効的支配を受ける場合¹⁸⁷⁾、かかる監督が事実上困難となってしまうという点に公企業特許で外資規制が要求される契機がある。

公企業特許を規定する事業法は、行政命令や罰金等のエンフォースメント手段を備え持つので、これらを発動することで、このような場合においても、行政庁が日本法人である特許企業者自身に対して監督権限を行使することは、一定程度は期待できる。しかし、外国投資家による特許企業者の支配が強力で、特許企業者のみでは事業ができないような状況にあっては、特許企業者のみならず、その支配者たる当該外国投資家に対しても行政庁が監督権限を行使することが期待される¹⁸⁸⁾。このような監督権限の行使は、事業法の域外

する根拠として重要な指摘ではあるが、外資規制との関連を説明する本稿との関係では、議論がややそれてしまうのでこれ以上立ち入らないこととする。

184) 小早川・前掲注95) 203-205頁参照。

185) 森田寛二「許可・公企業の特許などの合理的構成（上）——『自由』に関する『法律学』的研究・第一部」自治78巻7号22頁、30頁（2002）。

186) 森田・前掲注185) 31-32頁参照。

187) 典型は、特許企業者の経営陣に経営に関する実質的な意思決定権限がなく、専らそれを支配する者（親会社など）が当該特許企業者の意思決定を行っているような場合である。その他にも、特許企業者自身の事業執行能力や財務力は弱く、専ら親会社等の支配する者が資金調達を行い、実質的に事業を実行するような場合も含めてよい。

188) 特許企業者はあくまで日本法人であるので、それを支配する外国投資家が事業法による規律の直接の客体となることはあまりないだろう。このような場合、刑法の共犯理論を応用することで、外国投資家をはじめとする特許企業者の背後にいる者に対して、罰則等のエンフォースメント手段を発動していくことになると考えられる。公企業の分野でこのような事例は見つからないが、独禁法に関する議論として、白石忠志『独禁法講義（第5版）』113-114頁（有斐閣、2010）を参照。

適用によらざるを得ないが、法の域外適用には困難が伴い¹⁸⁹⁾、行政庁としては、このような特許企業者の事業を適正に監督できなくなる可能性が出てくる。多くの場合、特許企業者からサービス等の提供を受ける受益者（具体的には、たとえば電気や水道などの供給を受ける者など）は不特定多数の一般私人であり、行政庁の監督不十分ゆえに特許企業者により十全なサービス等が提供されないことになれば、それはまさに公益に反する事態と言える¹⁹⁰⁾。そしてこのような考慮の上で初めて、公企業特許に係る分野における外資規制は正当化されうると考えられるのである¹⁹¹⁾。

c. 外資規制発動にあたっての考慮要素

このような理由から外資規制が正当化される以上、外為法27条の審査に当たっても、公企業特許により保護すべき法益の性質・程度、当該事業について政府が監督すべき必要性、投資先（＝特許企業者）が当該事業において占める地位や果たしている役割、当該外国投資家が事業規制法に違背する蓋然性、事業規制法の域外適用による監督の可能性などの点が考慮されるべきであろう。

なお、既述のように比例原則は尊重されるべきである。すなわち、外国投資家が特許企業者を支配する場合であっても、特許企業者自身に対して事業法の規律を及ぼすことや事業法の域外適用によって、当該特許企業者及び外国投資家を監督し、行政目的を実現できるのであれば、外国投資家にとって強度の規制である外資規制の発動は控えることが求められよう。

4 それ以外の業種＝警備業及び生物学的製剤製造業

2及び3での議論によって説明がつかないのが、「公衆の安全」を理由として規制される警備業及び生物学的製剤製造業に係る外資規制である¹⁹²⁾。「公衆の安全」という文言は、我が国の法令では、外為法関連以外ではわずかに関税定率法施行令に用例があるのみで、その文言から、外資規制の正当化根拠を解釈によって見出すのは困難である。ここでは、両業種について、国の事業者に対する監督の必要性が説かれていることを指摘しておきたい。

まず、警備業については、警備業法が制定された1972年当時、警備員による粗暴な行為から生じた不祥事件が続発し、社会問題化していた。そこで、このような事犯の再発防止等を目的として警備業法が制定されたが、その後も、悪質、不適格業者の存在や警備員の非行の多発等が報告され、依然として業者規制の必要性が説かれている¹⁹³⁾。このような警備業の特性・実態に鑑みると、警備業法の法的仕組みはともかく、国は警備業者に対して強い監督権限を発動できるようにしておきたい意思を有していると推測される。かかる監督権限行使の実効性を確保するための一つの法的仕組みが外資規制と言えるのかもしれない。

また、生物学的製剤製造業については、生物学的製剤を含む生物由来製品について特別の感染リスク等に対応した対策を要するため、薬事法は、68条の2から68条の11までの規定により、通常の医薬品とは異なり特

189) 龍田節『企業法と国際社会（第2版）』196-197頁（有斐閣，1999）参照。

190) この点においても、講学上の特許制と許可制は異なりうるだろう。許可制（たとえば、食品衛生法上の営業許可等）の下では、許可を受けた者が行政庁の監督に従わない場合、行政庁は、食品衛生法等で予定された措置（営業停止命令や営業許可取消処分等）を発動すれば、それで行政目的は一応達成される。それと比して、特許制は、一般私人の受益という意味での「公益」をより強く意識しなければならず、営業免許取消のような大鉦を振るような措置を安易に取ることはできない。

191) 龍田・前掲注189)9頁は、電波法5条1項の無線局の免許に係る外資規制の根拠について、「外国人は規制しにくい面もあるので、免許を与えないことにしたのだろう」と述べる。極めて簡潔ではあるが、正鵠を射た指摘である。

192) 警備業及び生物学的製剤製造業が、「公衆の安全」を理由として規制される業種であることについては、本稿Ⅲ2(2)a及び財務省・前掲注4)1頁参照。

193) 社団法人全国警備業協会編『警備業法の解説（11訂3版）』3-14頁（社団法人全国警備業協会，2009）参照。

に厳格な規制を敷いている¹⁹⁴⁾。ここでも、生物学的製剤製造業者に対して、国による特別な監督が予定されている。

したがって、やや曖昧さは残すものの、公衆の安全に係るこれら2業種に対する外資規制についても、基本的には、国の実効的な監督権限行使を可能とするために外資規制が正当化されるのであり、「公の秩序の維持」に係る業種の場合の応用として考えればよいと思われる。

5 結論

2から4まで各類型について外資規制が正当化される根拠及び、対内直接投資規制に係る審査において考慮されるべき事項について試論を提示した。外資規制の正当化根拠を改めて簡潔に記せば、(1) 防衛産業については国内の防衛生産・技術基盤の維持及び国際的な平和及び安全の保全、(2) 重要インフラ関連産業については、国による実効的な監督権限の行使、(3) その他の産業についても基本的には国による実効的な監督権限の行使、ということになる。

なお、政府は、「国の安全」に係る投資、「公の秩序の維持」に係る投資、「公衆の安全」に係る投資を3つの相互に独立な類型と見ていることは既述したが、原理的には、これらが重なりあう場合も十分に考えうる。立法論にもかかるが、今後、複数の観点から外資規制を行う必要がある場合も、以上で示した枠組みを組み合わせ対応することは可能だろう。

ところで、IVで検討したJパワー事件は、このうち重要インフラ関連産業に係る投資についての事件であった。政府が発した中止命令において示された理由が合理性に欠けることは詳述したが、以上で検討した枠組み（特に3）に沿って改めて事件を判断するならば、事実認定のいかんによっては、結論としてやはり外為法27条に基づく中止命令若しくは変更命令の発動が正当だったと評価される可

能性もないわけではない。ただし、かかる命令が正当化される理由は、Jパワーが外国投資家に支配されることにより、電気事業法に基づく国のJパワーに対する実効的な監督が困難になると認められるからであり、電気事業法による規制が不十分であるから外為法がそれに代替するというものではないことには厳に注意すべきである。

(ほんごう・たかし)

194) 加藤良夫編著『実務医事法講義』488-489頁（民事法研究会，2005）。

論説

裁判員制度への人々の態度： 裁判員等の記者会見と守秘義務について

東京大学教授

太田勝造

I. はじめに

II. 本稿の質問事項設定の趣旨：記者会見と守秘義務

III. 本稿の調査の質問内容と単純集計結果

- 1 記者会見への意向調査
- 2 守秘義務に対する態度

IV. 記者会見応諾意向および守秘義務態度・評価と関連する事項

- 1 裁判員制度への態度を測る尺度
- 2 記者会見応諾意向と守秘義務緩和について

V. 終わりに

I. はじめに

2009年5月21日から始まった裁判員制度も満2年を経過し、評価見直しの時期を迎えつつあるといえる¹⁾。日本学術振興会科学研究費補助金基盤研究(A)「裁判員制度の受容と望ましい制度運用について：裁判員制度は成功するか？」(2007～2010年度、研究代表者：松村良之千葉大学法経学部教授)を得て、裁判員制度に対する人々及び弁護士との態度・評価を研究してきた。この研究の一環として、一般市民に対する質問票調査を2回実施した。すなわち、裁判員裁判が開始する前の段階である2008年2月～3月と、開始された後の段階である2011年2月に、(1)情報化社会における生活態度に関する質問群、(2)社会生活に関する態度についての一般的な質問群、(3)裁判員裁判や刑事司法についての経験や関わりについての質問群、(4)刑事司法についての態度・評価に関する質問群、(5)裁判員制度についての知識や態度・評価に関する質問群、(6)要因計画法の手法を用いたシナリオ・スタディー(ヴィニエット・スタディー)の質問群²⁾、及び(7)フェイス・シート質問群で構成されている質

1) 「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」(平成16年5月28日法律第63号)の附則の第9条は、「政府は、この法律の施行後三年を経過した場合において、この法律の施行の状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて、裁判員の参加する刑事裁判の制度が我が国の司法制度の基盤としての役割を十全に果たすことができるよう、所要の措置を講ずるものとする。」と規定している。

2) 2008年の事前調査における要因計画法によるシナリオ・スタディーの結果の一部については、太田勝造「裁判員裁判の実証的研究——要因計画による制度運用への示唆——」法社会学72号88頁、88-116頁(2010)を参照。

問票を構築して調査を行った。2008年の事前調査と2011年の事後調査では、原則として同一の質問事項を同一の文言で尋ねたが、裁判員裁判が始まる前を前提とする表現と始まった後を前提とする表現は修正し、また、事前・事後の間の比較を主たる研究テーマとしていない(6)の要因計画法の質問事項など、質問票の全体的な構成や分量などが大きく異なる限内で、一部は質問事項を入れ替えている³⁾。本稿の対象は、正にこのような質問群であり、具体的には第二派調査(2011年調査)で新規に導入した質問群である。

II. 本稿の質問事項設定の趣旨： 記者会見と守秘義務

2011年に新規に導入した調査事項の中で、本稿が扱うのは、裁判員経験者に課せられる守秘義務をめぐる諸問題についてである。2009年5月の裁判員裁判の開始後、マス・メディアの注目が集中し、裁判の終了後に裁判員経験者にメディアが記者会見を求められ、それに裁判員経験者の全員ないし一部が応じて、種々の報道がなされることが続いて

いる。とりわけ世間やメディアの注目を集める刑事事件については、裁判員経験者に対してメディアが記者会見を求めることが今後も続くであろうと思われる。

裁判員経験者から見れば、記者会見を求められた場合、(1) それに応じるか否か、応じる場合に(2) 自己のアイデンティティをどこまで開示するか(名前、写真など)、そして記者会見での発言に関して(3) 裁判員に課せられる守秘義務との関係でどこまで開示するか、開示できるか、の判断をしなければならない。これまでのところ、裁判員全員が記者会見に応じた場合や⁴⁾、一部のみが応じた場合、応じた場合に写真撮影に応じた場合と応じなかった場合などがある。

守秘義務に関しても、記者会見をめぐる問題が顕在化している。日本の裁判員裁判の第2号の事件での記者会見で、判決言い渡しの際に裁判長が被告人に「十分やり直しが効く年齢」などと説諭した点に関して、記者が「これは裁判員のみさんの言葉を代弁したものなのか」と質問した際に、立ち会っていた地方裁判所職員が裁判員に対して発言の静止をしたと報道されている⁵⁾。また、山口地方裁判所では、裁判員と補充裁判員の合計5

3) 2008年の事前調査の主要部分についての調査結果については、基礎データの基本集計結果の報告として、松村良之ほか「裁判員制度と刑事司法に対する人々の意識」北大法学論集 59 巻 4 号 2228 頁、2228-2302 頁(2008)があり、2009年の明治大学での日本法社会学会での報告に基づく研究成果として、松村良之「人々の裁判員制度と刑事司法への態度——その評価を中心に——」法社会学 72 号 70 頁、70-87 頁(2010)、太田・前掲注 2) 88 頁、木下麻奈子「人々の裁判員裁判への態度——裁判員になることを規定する要因の構造——」法社会学 72 号 117 頁、117-134 頁(2010)がある。

4) たとえば、裁判員裁判の第1号の事件について「【裁判員 判決】国民参加の結論は懲役15年 裁判員全員が記者会見へ」産経新聞 2009年8月6日では、6名全員の裁判員と補充裁判員の1名が記者会見に出席する意向を示したと報じられ、「【裁判員裁判】初の経験者『7番』が語る『被告の顔を見る責任があった』」産経新聞 2009年8月6日では「アルバイトの男性(61)」が8日に司法クラブで記者会見に応じた内容が報道されている。

裁判員裁判の第2号でも裁判員6名と補充裁判員2名が記者会見に応じている(「【裁判員2例目】守秘義務に抵触? 会見で地裁が発言制止」産経新聞 2009年8月12日参照)。

裁判員裁判の第3号の事件では女性1名を含む4名の裁判員が記者会見に応じている(「【裁判員3例目 会見(1)】『性犯罪、見たり聞いたりで苦しかった』 女性含む4人が心情を吐露」産経新聞 2009年9月4日)。この4名のうちの男性一人は写真撮影にも応じている。

暴力団が関与する覚醒剤の密輸事件の被告人の事件では、裁判員6名のうち5名と補充裁判員2名の7名が記者会見をしている(「【裁判員 大阪地裁会見詳報】『量刑は数学の足し算を解くのと違う』」産経新聞 2009年9月9日)。

裁判員が記者会見に応じたことに基づく報道としては、例えば、「【裁判員 神戸地裁判決】20代女性裁判員『親の気持ち伝わった』」産経新聞 2009年9月9日がある。

なお、「裁判員裁判：フィリピン人被告に実刑 言葉の壁『意図通じた』——さいたま地裁」毎日新聞 2009年9月12日では補充裁判員も含めた8名が記者会見に応じ、そのうちの一人は「30代の会社員、〇〇さん」と実名も報道されている。以上はすべてWEB版によっている。

5) さいたま地方裁判所の裁判員裁判の記者会見で、記者の質問に対して3人の裁判員が答えた後、4人目の裁

名による記者会見終了直後、
「保護観察に関するやりとりについて、地裁側が『守秘義務に反する可能性がある』と指摘して報道の自粛を各社に要請。約3時間後に一転して撤回し、謝罪する一幕があった。」と報道されている⁶⁾。

まず、メディアの記者会見要請については、報道を見た限りでは、裁判員経験者も裁判所も、積極的とまでは言えなくとも、どちらかと言えば前向きに対応しているという印象がある。

しかしながら、最高裁判所の『裁判員等経験者に対するアンケート（平成22年度）』

(2011年3月)によれば⁷⁾、裁判員経験者から自由解答欄にメディアの取材や報道に対する批判的意見が述べられており⁸⁾、裁判員になることのディスインセンティブになりうるという趣旨の指摘と解釈することができる。

これを受けて、本稿の第一の調査テーマとして裁判員経験後に記者会見等に応じる用意があるか否かについて、一般人に対して調査をすることにした。これは、裁判員制度の運用について、メディアとの関連をいかにするべきかの観点からの政策的提言の要否とその内容を考察するための資料を提供することを目的とするものである。

次に裁判員の守秘義務⁹⁾に関しては、制

判員が、部屋の後ろに控えていた地裁職員に「言っていないですか」と尋ねると、職員が首を振って制止し、記者が抗議したと報道されている（『【裁判員2例目】守秘義務に抵触？ 会見で地裁が発言制止』産経新聞2009年8月12日、WEB版による）。

毎日新聞夕刊2010年11月13日には、札幌地方裁判所の強制わいせつ致傷事件の裁判員裁判の判決後の会見に実名で応じた男性裁判員が「評議の大多数の意見を重要視するというで判決を出した。腹の中を言う甘い」と発言し、それを聞いた補充裁判員の男性が「守秘義務違反になる」と激昂して退席した、と報道されている。

甲府地方裁判所での被告人の手錠を裁判員の前で外したことをめぐり記者会見での発言制止については樋川義樹「冒頭撮影拒否など課題が続出——甲府地裁の事例から（裁判員制度と取材・報道（第5回）」新聞研究708号30頁、31頁（2010）が紹介し論じている。

阪口由美『『聖域』への扉をどう押し開けるか——福岡地裁の事例から（裁判員制度と取材・報道（第5回）」新聞研究708号33頁、34頁（2010）は福岡地方裁判所から「守秘義務に抵触する恐れがあるので配慮願いたい」と通告があった事例を紹介している。

小泉敬太「貴重な声を制度検証に生かすために——裁判員記者会見1年の成果と課題（裁判員制度と取材・報道（第5回）」新聞研究708号26頁、29頁（2010）によれば新聞協会会員社が地裁ごとに分担して2010年1月から2月に実施したアンケートで、裁判所担当者が裁判員経験者の発言を守秘義務違反の疑いで制止するケースが23件出ていた。裁判員経験者の記者会見に関する詳細については梓澤和幸「裁判員制度と公開」山梨学院ロー・ジャーナル5号37頁、55-61頁（2010）参照。

6) 『【裁判員 山口地裁】守秘義務めぐり報道自粛を要請、一転撤回』産経新聞2009年9月9日（WEB版による）。

7) 22年度調査の対象は2010年1月以降、同年12月末日までに全国60の地方裁判所本庁または裁判員裁判取扱支部において、裁判員裁判に参加した裁判員及び補充裁判員並びに裁判員等選任手続期日に出席した裁判員候補者である。質問票の回収数は、合計44,040名で、内訳は、裁判員経験者が8,285名、補充裁判員経験者が2,673名、裁判員候補者経験者が33,082名であった。調査対象期間中にアンケート用紙を配布した人数を分母とした場合の回収率は、裁判員経験者が96.5%、補充裁判員経験者が90.9%、裁判員候補者経験者が96.6%である。最高裁判所『裁判員等経験者に対するアンケート調査結果報告書（平成22年度）』（2011年3月、WEB版による）を参照。

8) 裁判員経験者への質問票の間14お気づきの点（全般的に）「これまでお聞きしたもののほか、お気づきのことを何でも自由にお書きください。」との質問に対する自由記載内容を最高裁判所が類型化して整理した項目である「第5 報道等について（以下のものを含め21件）」の【主な記載例】に、

「・マスコミの報道で、インタビューに答えてしまったら新聞に年齢と職業を書かれ、その後に裁判員に選ばれたと書かれて、知っている人に分かれてしまったので、こまってしまった。出来れば、報道する時、選任された人の情報は出さないでほしい。

・裁判員選任当日及び裁判中に駅等でマスコミの方に色々聞かれましたが、裁判所からマスコミに裁判員及び補助員に取材等しない様にキビシク言っておかないと、今後裁判員になられる方々もいやがって来られない様になる事があると思われます。一般市民なんですから！」

との記載が紹介されている（146頁）。

9) 裁判員の守秘義務についての法規定は、「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（裁判員法）（平成16

度設計の段階から議論のあった点である¹⁰⁾。とりわけ、裁判員になることを心理的に妨げる要因であると批判されていた。そして、上記に見たように裁判員経験者による記者会見に際しては、裁判所側とメディアの側での対立的状況も見られる。

また、前出の最高裁判所『裁判員等経験者に対するアンケート（平成22年度）』でも、裁判員経験者や補充裁判員経験者から、裁判員等になることへのためらいの要因の一つとして守秘義務の存在を指摘する自由回答が寄せられている¹¹⁾。

裁判員裁判2周年を契機に朝日新聞が裁判員・補充裁判員経験者を対象にして200名の回答を得た調査結果の報道においても¹²⁾、「裁判員経験者に課される『守秘義務』も、心のケアの壁になる。」と批判されている。関連して、裁判員裁判の傍聴を続けている市民団体「裁判員ネット」による「制度の検証や裁判員経験者の負担軽減のための『守秘義務』の緩和」を盛り込んだ提言も紹介している¹³⁾。同じく裁判員裁判2周年を契機に読売新聞が裁判員・補充裁判員経験者を対象にして121名の回答を得た調査結果の報道もな

年5月28日法律第63号)の第9条第2項が裁判員の義務として「第70条第1項に規定する評議の秘密その他の職務上知り得た秘密を漏らしてはならない。」と定め、裁判員等による秘密漏示罪を定める第108条で評議の秘密その他の職務上知り得た秘密を漏らしたときは、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処すると規定している。立法段階での諸政党、日本弁護士連合会、報道関係3団体等の裁判員の守秘義務についての意見は中根憲一「裁判員制度——主要論点に対する各界の提案・意見」レファレンス54巻5月号75頁、84-86頁(2004)に整理されている。三井誠ほか「裁判員制度をめぐって」ジュリ1268号6頁、23-25頁(2004)、小野正典「裁判員制度(4)『守秘義務』をどう考えるか——3年後検証に向けて」月刊民放41号(2月号)、24頁、24-29頁(2011)、齋藤哲「司法における守秘義務—裁判員制度の施行を契機として—」獨協ロー・ジャーナル6号3頁、3-29頁(2011)も参照。

10) 裁判員の守秘義務の根拠としては、評議の内容が公開されるのでは、裁判員が自由な意見を言えなくなる虞れが生じることや(例えば、裁判員裁判実務研究会編『実践! Q & A 裁判員裁判』50頁(ぎょうせい, 2009))、事後に評議の内容を議論するのでは裁判の公正および裁判の公正への信頼性を害すること(大出良知「意見表明に枠をはめる規定は妥当か——裁判員・裁判官の守秘義務をめぐらる問題(裁判員制度と取材・報道(第5回))」新聞研究708号36頁、37-38頁(2010)、池田修『解説裁判員法—立法の経緯と課題(第2版)』91-93頁(弘文堂, 2009))などが挙げられる。村瀬均「裁判員裁判と報道」原田退官『新しい時代の刑事裁判—Criminal Trials in a New Era』393頁(判例タイムズ社, 2010)も参照。これらの根拠に対しては、大出・同38-39頁は詳細に検討した上で「裁判員に守秘義務を要求している理由に十分な説得力があるとは考えがたい」と結論づける。青野篤「裁判員制度の憲法的一考察——裁判員制度合憲判決(東京高等裁判所2010年4月22日)を踏まえて——」大分大学経済論集62巻5・6合併号203頁、226-228頁(2011)も疑問を提示する。渕野貴生「刑事司法改革と犯罪報道・世論との相互作用がもたらす適正手続上の問題——裁判員の予断、守秘義務を中心として」法の科学特別増刊号(通算36号)51頁、56頁(2006)も「実証的な検討が必要である」と慎重な模索の必要性を説く。レヴィン・マーク=タイス・ヴァージニア(榎本雅記訳)「裁判員の守秘義務：裁判員制度にかくされた陥穽」季刊・刑事弁護60号91頁、96-97頁(2009)は、イギリスやアメリカ合衆国など諸外国における陪審員等の守秘義務の制度の中で日本法を位置付けて緻密な検討をした上で「不正行為を誠実に開示するための守秘義務の明示的な例外の構築が必要である」と論じる。梓澤・前掲注5)55頁は「裁判員の守秘義務違反刑事処罰規定は立法論上撤廃すべきであり、運用は緩和すべきである」と論じる。ジョーンズ・コリン P.A.『アメリカ人弁護士が見た裁判員制度』190頁(平凡社新書, 2008)は守秘義務が裁判員制度の運用と裁判官に対する批判を萎縮させると主張して批判する。真田範行「裁判員法と守秘義務」梓澤和幸=田島泰彦編『裁判員制度と知る権利』167頁、181-184頁(現代書館, 2009)は、公務員や裁判官の守秘義務との比較、報道機関との関係などの検討に基づいて批判する。

11) 「裁判員経験者への質問」の間9「裁判員に選ばれる前、裁判員に選ばれることについてどう思っていましたか。」への回答として、「3あまりやりたくないと思っていた」または「4やりたくないと思っていた」と回答した者へ、その理由を尋ねた自由記載質問への回答の【主な記載例】として、「…選ばれた後の心労や守秘義務等選ばれると不利益が多かったです。裁判員制度自体の意図に納得していませんでした。」(136頁)が挙げられている。

また、「補充裁判員経験者への質問」の間8「補充裁判員に選ばれる前、裁判員に選ばれることについてどう思っていましたか。」への回答として、「3あまりやりたくないと思っていた」または「4やりたくないと思っていた」と回答した者へ、その理由を尋ねた自由記載質問への回答の【主な記載例】に、「・守秘義務などについて少し不安があったから。」(160頁)が挙げられている。

12) 「Check! 裁判員時代：3年目への提言(下)」朝日新聞朝刊東京本社版2011年5月23日、38面参照。

13) 「制度改善に向け市民団体が提言」朝日新聞朝刊東京本社版2011年5月22日、38面参照。

されている¹⁴⁾。

とはいえ、自由記載等が逸話的なものにするにすぎないことや、読売新聞の調査のパーセンテージからは、むしろ裁判員経験者の大多数は守秘義務を受け入れているとも理解できる。事実、『産経新聞』2009年8月12日(WEB版)の裁判員の記者会見では、6名全員が守秘義務の存在にどちらかと言えば肯定的な態度を示している¹⁵⁾。

以上から、裁判員の守秘義務が本当に人々の批判の対象となっているかも調査する必要があると思われる。これが本稿の第二の調査項目である。

Ⅲ. 本稿の調査の質問内容と単純集計結果

以上、Ⅱで述べた二つの問題意識に基づいて、記者会見への意向と守秘義務についての態度を調査する質問群を、2011年調査では新たに設けた。

1 記者会見への意向調査

記者会見に応じる意向があるか否かについては、一般人に対して、裁判員を経験したと想定した場合の、人々の記者会見への意向を一般的に尋ね、その上で、氏名の公表や写真の撮影について、より詳しく尋ねる形式とした。本研究の主眼は同一の質問に対する2008年調査と2011年調査の変化の有無と方向性の探求であるので、新規に導入する質問が、比較対象の他の質問に悪影響を与えるこ

とのないよう、スペースと質問数が大幅に制約された状況での質問設計となった。

質問文の具体的内容は以下のとおりである。

問 23B あなたが裁判員になったとして、次の質問にお答えください。

(1) 判決が出た後、新聞・テレビから記者会見を求められたとします。あなたは、記者会見に応じますか、応じませんか。

(○は1つ)

1. 応じない 2. たぶん応じない 3. どちらともいえない 4. たぶん応じる 5. 応じる

(2) もしも、新聞・テレビの記者会見に出席することになった場合、次のことにあなたは応じますか、応じませんか。(それぞれ○は1つずつ)

(ア) 撮影すること

1. 応じない 2. たぶん応じない 3. どちらともいえない 4. たぶん応じる 5. 応じる

(イ) 氏名を公表すること

1. 応じない 2. たぶん応じない 3. どちらともいえない 4. たぶん応じる 5. 応じる

調査では、性別と年齢による全国二段階層化ランダム抽出に基づく留置法の調査として実施し、配布数1,600名、有効回答数1,109件、回収率69.3%であった。

まず、(1)記者会見に応じるか否かについての集計結果は、下記の表1と図1である。

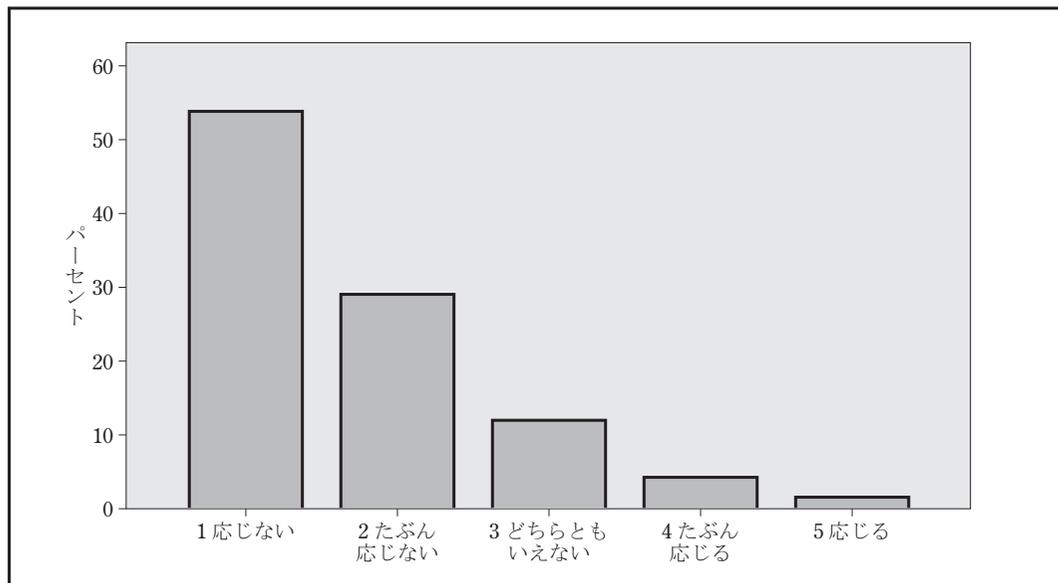
14) 読売新聞朝刊2011年5月20日、27面参照。「読売新聞のアンケートでは、罰則の重さについて、裁判員経験者の62%が『ちょうどよい』と回答したが、『重すぎる』『必要ない』との回答も合計34%に上った。」と報道されている。

15) 記者の「評議の内容に守秘義務があり、なかなかしゃべれないことについてどう思うか。守秘義務をずっと守っていくことに自信はありますか。」との質問に「プライバシーの面などを含めて守秘義務があるのは当然だと考えています。」(1番：男性会社員)、「守秘義務は必要だと思います。今後細かい内容を誰にも言えないと思います。経験すると(参加者全員が)そう思うと思います。」(2番：30代男性)、「こういう制度に選ばれたのだから守るのは当然です。」(3番：自営業男性)、「当然義務はあるものと思います。」(4番：無職男性)、「守秘義務は評議で自由に発言できるためにも必要だと思う。」(5番：40代男性)、「守秘義務は義務なので守りたいと思います。」(6番：男性会社員)と答えている。

表 1：裁判員になったとして、判決後記者会見を求められたら応じますか

問 23B (1)		度数	パーセント	有効パーセント	累積パーセント
有効	1 応じない	594	53.6	53.8	53.8
	2 たぶん応じない	320	28.9	29.0	82.7
	3 どちらともいえない	130	11.7	11.8	94.5
	4 たぶん応じる	46	4.1	4.2	98.6
	5 応じる	15	1.4	1.4	100.0
	合計	1105	99.6	100.0	
欠損値	9	4	0.4		
合計		1109	100.0		

図 1：裁判員になったとして、判決後記者会見を求められたら応じますか



このように、83%という圧倒的多数が「1 応じない」又は「2 たぶん応じない」と記者会見に対して非常に消極的である。写真撮影

および氏名公表については次の表 2、表 3にあるようになお一層消極的である。

表 2：撮影すること

問 23B (2) (ア)		度数	パーセント	有効パーセント	累積パーセント
有効	1 応じない	743	67	67.3	67.3
	2 たぶん応じない	254	22.9	23	90.3
	3 どちらともいえない	75	6.8	6.8	97.1
	4 たぶん応じる	23	2.1	2.1	99.2
	5 応じる	9	0.8	0.8	100
	合計	1104	99.5	100	
欠損値	9	5	0.5		
合計		1109	100		

表 3：氏名公表すること

問 23B (2) (イ)		度数	パーセント	有効パーセント	累積パーセント
有効	1 応じない	817	73.7	73.9	73.9
	2 たぶん応じない	212	19.1	19.2	93.1
	3 どちらともいえない	49	4.4	4.4	97.6
	4 たぶん応じる	15	1.4	1.4	98.9
	5 応じる	12	1.1	1.1	100
	合計	1105	99.6	100	
欠損値	9	4	0.4		
合計		1109	100		

以上の結果に鑑みると、初年度の裁判員経験者が、メディアの記者会見要請に比較的積極的に応じていたように思われた点と齟齬があるように見える。考えられる解釈としては、(A) 仮想的なメディアの記者会見要請の場合での質問票への回答と、現実にメディアの記者会見要請を受けた場合とは異なり、後者の場合はより積極的である、(B) 裁判員を経験する前は消極的でも、実際に裁判員として公判を経験し、評議をした後では、メディアの記者会見要請に対してより積極的にと態度を変容させる、(C) 初年度は世間の注目を集めていたので、メディアからの記者会見の要請にも答えようとしていた（よって今後、裁判員裁判一般に対する世間の注目度が低下すれば、特殊な世間の注目事件以外では、メディアからの記者会見要請に消極的になるかもしれない——ただし、目立たない事件ではそもそもメディアからの記者会見要請がなされないであろう）、(D) 裁判員制度の導入時期で、裁判所の側もメディアからの記者会見要請について、裁判員に記者会見参加を促す方向の有形無形の後押しをした¹⁶⁾、など様々な仮説を導くことができるであろう。これらの仮説のどれが尤もらしいかの確定は、今後の調査に残された課題である。

2 守秘義務に対する態度

人々の守秘義務に対する態度を調査し、現状の守秘義務の修正等の要否を探求する目的で以下の質問をした。

問 23C 裁判員になった人は判決後も、裁判員や職業裁判官がどのような意見を述べたかなどの評議^{ひようぎ}の内容を人に言うことは、現在の法律では禁じられています。

それに対して「評議の内容^{ひようぎ}について自由に話せるようにすべきだ」という意見がありません。

あなたはこの意見について、賛成ですか、反対ですか。(○は1つ)

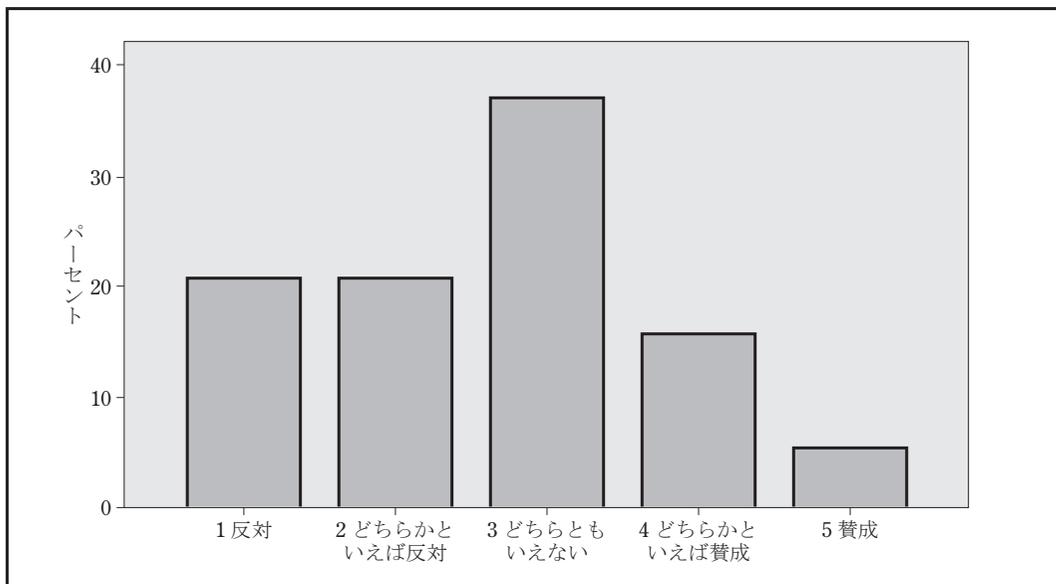
回答は、「1 反対」、「2 どちらかといえば反対」、「3 どちらともいえない」、「4 どちらかといえば賛成」、「5 賛成」、の5段階尺度で記入する形式を採用した。このように、回答を程度で記入してもらう質問であるため、評価対象たる意見は「評議の内容^{ひようぎ}について自由に話せるようにすべきだ」という断定形の文言とした。集計結果は下記の表4と図2である。

16) 小泉・前掲注5)28頁によれば2009年6月に東京地方裁判所と司法記者クラブの間の合意が、裁判員経験者の記者会見についての各地の運用のモデルとなっている。

表4：「評議の内容について自由に話せるようにすべきだ」という意見について、賛成ですか、反対ですか

問 23C		度数	パーセント	有効パーセント	累積パーセント
有効	1 反対	230	20.7	20.8	20.8
	2 どちらかといえば反対	230	20.7	20.8	41.7
	3 どちらともいえない	410	37	37.1	78.8
	4 どちらかといえば賛成	174	15.7	15.8	94.6
	5 賛成	60	5.4	5.4	100
	合計	1104	99.5	100	
欠損値	9	5	0.5		
合計		1109	100		

図2：「評議の内容について自由に話せるようにすべきだ」という意見について、賛成ですか、反対ですか



このように、「1 反対」および「2 どちらかといえば反対」が同数あり、合わせて42%ほどの回答者は反対の意見である。他方、「5 賛成」および「4 どちらかといえば賛成」は合わせて21%であり、賛成派對反対派は1対2の割合で反対派の方が多い。評議の秘密についての守秘義務を緩和する方向での要望は一般の人々の間ではそれほど強いものではないということになる。

この結果については、先に述べたように、評価対象の文言が「評議の内容について自由に話せるようにすべきだ」という制約なしの自由化を意味する意見であったために「にわ

かに賛同しがたい」という反応を導いた可能性は否定できない。とはいえ、「現状よりもある程度自由化するべきである」というような程度のある言明であった場合、それに対して「どちらかといえば賛成」というような程度のある回答がなされたとき、それをどのように解釈するかは困難であり、明確な態度言明を評価対象とせざるを得なかった。

また、人々にとって個人的には守秘義務は重く感じられ、裁判員就任をためらわせるものではあるが（パーソナル意見）、法制度としては必要である（インパーソナル意見）、という評価をしているものと解釈することも可

能である。人々は裁判員となった場合、「話す側」ともなりうるとともに「話される側」にもなりうる存在であり、その両面を顧慮したとき、安易に評議の秘密の公開を自由化することもまたためられるのかもしれない。

いずれにせよ、裁判員裁判の評議の様相などの報道を求めるメディアの側は、今後も情報開示の方向で評議の秘密についての守秘義務の緩和を要求し続けるであろうと思われるが、裁判員となる可能性のある一般の人々の間での守秘義務緩和の要望はそれほど強いものではなく、法制度の改正が進むことはそれほど期待できなさそうである。

IV. 記者会見応諾意向および守秘義務態度・評価と関連する事項

1 裁判員制度への態度を測る尺度

この研究では、裁判員制度への態度と評価以外にも、メディアに対する態度・評価、刑事司法制度に対する態度・評価など種々の質問群を尋ねている。以下では、それらへの回答を尺度化（指標化）して、記者会見応諾意向や守秘義務への態度・評価と関連する事項を探求する。

まず、多数の質問群から幾つかの尺度（指標）を導出することにする。

質問票では、まず人々のメディアに対する態度・評価を尋ねる質問を下記のようにしている。

問1 あなたはテレビやラジオ，新聞（インターネット版を含む）のニュースを，見たり，聞いたりする方だと思いますか，思いませんか。（○は1つ）

見たり聞いたりする方ではないと思う	どちらかといえば見たり聞いたりする方ではないと思う	どちらともいえない	どちらかといえば見たり聞いたりする方だと思う	見たり聞いたりする方だと思う
1	2	3	4	5

問2 あなたは，ご自分が，犯罪や刑事裁判をあつかった小説，映画，テレビドラマを読んだり見たりする方だと思いますか，思いませんか。（○は1つ）

読んだり見たりする方ではないと思う	どちらかといえば読んだり見たりする方ではないと思う	どちらともいえない	どちらかといえば読んだり見たりする方だと思う	読んだり見たりする方だと思う
1	2	3	4	5

問3B 裁判員裁判についてのテレビや新聞などの報道に関心がありますか，ありませんか。（○は1つ）

全く関心がない	どちらかといえば関心がない	どちらともいえない	どちらかといえば関心がある	非常に関心がある
1	2	3	4	5

これら3つの質問群をまとめてひとつの尺度（指標）とすることの信頼性を測る尺度（Cronbachの α ）の値は0.603であり、スコアとしては通常欲しいとされる値である0.7を下回っているが、0.6は超えているので、

差し当たりこれら3つの質問群の平均値スコアを「メディア利用度」として使用することにする（スコアが大きいほど「メディア利用度」が高い）。

以下では多数の質問群について、因子分

析、信頼性尺度分析などによって尺度として構成しようと判断されたもののみ説明する¹⁷⁾。

問9では、犯罪の捜査取調段階に関する言明文を7つ提示し、それぞれについて「1 そう思わない」から「3 どちらともいえない」を経て「5 そう思う」に至る5段階尺度で回答を求めた¹⁸⁾。問10では、罰として犯罪者を刑務所に入れることの目的に関する言明文を7つ提示し、それぞれについて「1 反対」から「3 どちらともいえない」を経て「5 賛成」に至る5段階尺度で回答を求めた¹⁹⁾。問11では日本の刑事裁判制度についての言明文を7つ示し、それぞれについて、「1 そう思わない」から「3 どちらともいえない」を経て「5 そう思う」までの5段階尺度で回答してもらった²⁰⁾。問12では警察に対する態度・評価に関して「日本の警察の犯罪取り締まりは厳しいと思いますか、思いませんか。(○は1つ)」との質問に「1 厳しくない」から「3 どちらともいえない」を経て「5 厳しい」に

至る5段階尺度で回答してもらった。さらに、問13では刑事捜査における手続的正義(違法収集証拠の排除法則)に関連して「警察官に強制されて犯人が自白しました。その自白に基づいて新たな証拠が発見されました。その新証拠が犯罪の立証に必要なものである場合、裁判で用いてもよいと思いますか、用いるべきではないと思いますか。(○は1つ)」との質問に「1 用いるべきではない」から「3 どちらともいえない」を経て「5 用いてよい」に至る5段階尺度で回答してもらった。これら23の質問は、刑事司法制度や刑事手続に関する一般的言明から具体的言明に至る質問群であり、人々の刑事司法制度・手続きに対する態度・評価を測る上で相互に関連性があるとの仮定に基づいて設定したものである。そして、これらの回答を分析することで、刑事司法制度・手続きに対する人々の態度・評価の構造を探求できるものと期待して構築したものである。

これら刑事司法制度・手続きに関する23

17) たとえば、問5では、下記の13の文に対して、「1 そう思わない」、「2 どちらかといえばそう思わない」、「3 どちらともいえない」、「4 どちらかといえばそう思う」、「5 そう思う」の5段階尺度で回答してもらったが、尺度として構成するに足る構造は析出できなかった。

問5 (1) ほとんどの人は信頼できる、問5 (2) 国の政治がどう変わろうとも、自分の生活には関係がない、問5 (3) 公共の利益のためには、個人の権利が制限されてもやむを得ない、問5 (4) 私たちは、世のため人のためにつくすべきだ、問5 (5) この世の中では努力はいつか報われるようになっている、問5 (6) 社会にとって重大なことは、専門家に任せべきだ、問5 (7) 私は新しい生活スタイルや考え方を受け入れる方だ、問5 (8) なにごとにお上りまかせという態度が日本を悪くしてきた、問5 (9) トラブルに巻き込まれても専門家まかせにしてはだめだ、問5 (10) 犯罪を犯すような人は、社会の落伍者である、問5 (11) 政府は私たち国民を守って当然だ、問5 (12) 社会がよくなるかどうかは、自分たち次第である、問5 (13) この世の中では、悪いことやまちがったことをしても見逃される人が数多くいる。

18) 問9で用いた文は以下である。問9 (1) 凶悪な事件の場合には裁判所の逮捕状がなくても、容疑者を逮捕できて当然だ、問9 (2) 弁護士は被告人に黙秘を勧めるべきではない、問9 (3) 警察に逮捕されても有罪と決まったわけではないのだから、それだけで勤務先をクビになるのはおかしい、問9 (4) 捜査で真実を発見するためには、多少無理な取り調べもやむを得ない、問9 (5) 凶悪な事件の被告人には弁護士をつけることを許すべきではない、問9 (6) 凶悪な事件の被告人といえども、刑事裁判においては人権が十分に尊重されなければならない、問9 (7) 真犯人でないなら、長時間にわたって厳しい取調べを受けても、自分がやってもいけない犯罪を自白することはない。

19) 問10で提示した文は以下である。問10 (1) 犯罪者を罰することで、罪を犯した分だけその犯罪者に苦痛を与える、問10 (2) 犯罪者を罰することで、犯罪を犯せばどうなるかを人々に示して、同じ犯罪が起こることを抑制する、問10 (3) 犯罪者を刑務所に入れて、犯罪者がまっとうな人間になるよう教育する、問10 (4) 犯罪者を罰することで、被害者に代わって仕返しをする、問10 (5) 犯罪者に、罪人というレッテルをはることによって、その社会で面目を失わせる、問10 (6) 犯罪者を罰することで、社会のルールを人々が再確認する、問10 (7) 犯罪者を刑務所に入れておいて、犯罪者が犯罪を行えないようにする。

20) 問11で提示した文は以下である。問11 (1) 死刑は廃止すべきだ、問11 (2) 犯罪者の人権は尊重されている、問11 (3) 裁判所は犯罪者に甘すぎる、問11 (4) 警察に捕まらない犯罪者が多すぎる、問11 (5) 弁護士は、金のために被告人の弁護をしている、問11 (6) 死刑は凶悪な犯罪の防止に役立っている、問11 (7) 被害者の人権は尊重されている。

の質問について因子分析を行って整理して2つの因子を抽出した(付録(1)参照)。それぞれの因子を構成する質問群について、信頼性分析を施し、クロンバックの α の値が0.7を超えるように²¹⁾、因子負荷量の値の小さいものを必要に応じて外した質問群の平均スコアを計算して尺度(指標)とした。各因子を構成する質問群の内容に鑑みて、第一因子を刑事処罰の種々の機能を評価するものとして「処罰肯定意識」²²⁾と呼び(スコアが高いほど刑事処罰の意義を肯定する)、第二因子を取調べ・刑事訴追において刑事被疑者・被告人に対して厳しい取扱いを肯定するものとして「厳格手続肯定意識」と差し当たり呼ぶことにする²³⁾(スコアが高いほど被疑者・被告人に対して厳しい手続を肯定する)。

次いで、質問票では、問19で裁判員裁判に対する期待や不安に関する13の文を示し²⁴⁾、問20では裁判員の判断についての予想・評価に関する文を9つ示し²⁵⁾、それぞれに対して「1 そう思わない」から「3 どちらともいえない」を経て「5 そう思う」に至

る5段階尺度で回答してもらった。さらに問21では裁判員になる意向を5段階尺度で尋ねた²⁶⁾。これら問19から問21は裁判員裁判に対する具体的な態度や評価に関する質問群であり、裁判員裁判に対する人々の態度・評価の構造を探索できるものと期待して構築したものである。

裁判員裁判に関する23の質問について因子分析を行って整理して3つの因子を抽出した(付録(2)参照)。それぞれの因子を構成する質問群について、信頼性分析を施し、クロンバックの α の値が0.7を超えるように、因子負荷量の値の小さいものを必要に応じて外した質問群によって尺度(指標)を構築した。各尺度(指標)を構成する各質問の内容に鑑みて、第一因子を、刑事裁判を一般の人々にとって身近で分かりやすくし民主主義的参加を促進する側面を評価するものとして「参加民主主義志向」²⁷⁾と呼び(スコアが高いほど裁判員の民主主義的意義を評価する)、第二因子を裁判員の判断が誤判のリスクの高いものになると危惧するものとして「過誤判

21) 回答の方向性が逆の逆転項目は、スコアを「逆転スコア=6-スコア」で逆転させて使っている。

22) 「処罰肯定意識」の質問群は、問10(2)、問10(6)、問10(1)、問10(7)、問11(6)、問11(1) R[逆転項目]、問10(3)、問10(4)、問11(2)、問13である。クロンバックの α の値は0.706である。

23) 「厳格手続肯定意識」の質問群は、問9(5)、問9(6) R[逆転項目]、問11(3)、問11(5)、問10(5)、問9(1)、問9(3) R[逆転項目]、問9(2)、問9(4)、問12R[逆転項目]、問11(4)である。クロンバックの α の値は0.712である。

24) 問19で提示した文は以下である。問19(1)裁判員による裁判は、職業裁判官のみによる裁判より望ましい、問19(2)裁判員による裁判が導入されると裁判がわかりやすいものになる、問19(3)裁判員による裁判はマスコミや世論に影響される、問19(4)裁判員による裁判の導入によって、裁判が信頼できないものになる、問19(5)裁判員による裁判は、職業裁判官のみによる裁判より、民主主義の原理にかなっている、問19(6)多くの国民は裁判員の経験をしてみたいと思っている、問19(7)理由なく裁判員になることを拒(こば)む人には刑罰を科すべきだ、問19(8)裁判員による裁判が導入されると裁判が身近(みぢか)なものになる、問19(9)裁判員による裁判は、職業裁判官のみによる裁判より、同じような事件でも刑罰の重さがばらつく、問19(10)裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より人を公正に裁く、問19(11)裁判員による裁判では真実を発見することができない、問19(12)裁判員による裁判は、職業裁判官のみによる裁判より社会の常識を反映する、問19(13)裁判員による裁判は弁護士の能力によって結果が左右される。

25) 問20で提示した文は以下である。問20(1)裁判員は被告人の権利を尊重する、問20(2)裁判員は裁判官よりも重い刑を科そうとする、問20(3)裁判員は無実の人を有罪にしがちだ、問20(4)裁判員は感情で判断をしがちだ、問20(5)裁判員は被害者の権利を尊重する、問20(6)裁判員は死刑判決を出すのをためらう、問20(7)裁判員は真犯人を無罪にしがちだ、問20(8)裁判員は裁判官の言いなりになる、問20(9)裁判員は、多く発言する人の意見に引きずられる。

26) 問21では「あなたは、裁判員になる呼び出しをうけたとき、差しさわりがなかったら裁判員になろうと思いませんか、思いませんか。(○は1つ)」と質問し、「1 なりたくない」から「3 どちらともいえない」を経て「5 なると思う」に至る5段階尺度から回答してもらった。

27) 参加民主主義志向因子を構成する文は、問19(2)、問19(8)、問19(12)、問19(5)、問19(10)、問19(6)、問21、問19(1)である。クロンバックの α の値は0.769である。

断危惧²⁸⁾」と呼び（スコアが高いほど裁判員の判断が間違っているのではないかという危惧を感じる）、第三因子を裁判員が裁判官やマス・メディア、世論や声の大きな裁判員の影響を受けて不確実・不安定になると危惧するものとして「判断不確実性危惧²⁹⁾」と差し当たり呼ぶことにする（スコアが高いほど裁判員は種々の影響を受けて不確実・不安定な判断を示すのではという危惧を感じる）。それぞれの因子を構成する質問群の平均値スコアを出して、それぞれの尺度スコアとした。

さらに、問23Aでは、回答者自身のパーソナルな評価・態度を聞くために、「もしもあなたが裁判員になったとしたら、そのことをどう感じると思いますか。」として8つの文を示し³⁰⁾、「1 全くそう思わない」、「2 そう思わない」、「3 どちらかといえばそう思わない」、「4 どちらかといえばそう思う」、「5 そう思う」、および「6 強くそう思う」の6段階尺度で答えてもらった。これら8つの質問は、回答者自身が裁判員になった場合を想定した質問としてまとめたものであり、記者会見応諾や裁判員の守秘義務に対する態度・評価に直結するものであると期待して構築したものである。

問23Aのこれら8つの質問について因子分析を行って整理して2つの因子を抽出した（付録(3)参照）。それぞれの因子を構成する質問群について、平均スコアを出して尺度スコアとした。各因子を構成する質問文の内容に鑑みて、第一の因子は自分が裁判員にな

る場合の「裁判員としての不安³¹⁾」と呼び（スコアが高いほど裁判員として不安を感じる）、第二の因子は自分が裁判員になることに感じる「裁判員としてのやり甲斐³²⁾」と差し当たり呼ぶことにする（スコアが高いほど裁判員にやり甲斐を感じる）。

以上に構築してきた、「メディア利用度」、「処罰肯定意識」、「厳格手続肯定意識」、「参加民主主義志向」、「過誤判断危惧」、「判断不確実性危惧」、「裁判員としての不安」、「裁判員としてのやり甲斐」、の各因子の相互間の相関係数（単相関）は付録(4)に示した。有意水準1%で統計的有意な相関で、かつ、相関係数が0.2以上のものに注目してみると以下の点が読み取れる。

「メディア利用度」とは、「参加民主主義志向」、および「裁判員としてのやり甲斐」と正の相関が見られ、世の中の情報や裁判員についての情報をより多く摂取する者ほど肯定的に裁判員制度を評価する傾向が見られる。この点は、「メディア利用度」と「裁判員としての不安」とが負の相関を示していることからも見取れる。

刑事制裁としての「処罰肯定意識」と被疑者・被告人に対してより厳しい手続を肯定する「厳格手続肯定意識」とは正の相関が見られる。予想通りの結果であるが、被疑者・被告人段階では真犯人であるとも有罪であるとも決まっていないこと、および無罪の推定の原則に鑑みると、このような高い相関($r=0.399$)は法意識として問題であると評価すべきであろう。

28) 過誤判断危惧因子を構成する文は、問20(3)、問20(7)、問19(11)、問19(4)、問20(2)、問20(8)、問19(7)である。クロンバックの α の値は0.704である。

29) 判断不確実性危惧因子を構成する文は、問20(9)、問20(6)、問20(4)、問19(3)、問20(5)、問19(9)、問19(13)である。クロンバックの α の値は0.702である。

30) 問23で提示した文は以下である。問23A(1)裁判員に選ばれたら、私はそれを誇らしく思う、問23A(2)私には死刑判決は出せない、問23A(3)裁判員に選ばれたら、私の人生の貴重な経験になる、問23A(4)私の関わった裁判の話は他人にはいけけないのは負担だ、問23A(5)私が裁判員に選ばれたら、有罪となった人から恨まれそうだ、問23A(6)私は裁判員に選ばれたら、国民の重要な義務なので仕方がない、問23A(7)私は裁判員に選ばれたとしても、人を裁く自信がない、問23A(8)社会の注目を浴びた事件だと、私はプレッシャーに耐えられない。

31) 裁判員としての不安因子を構成する質問は、問23(8)、問23(7)、問23(5)、問23(2)、問23(4)である。クロンバックの α の値は0.766である。

32) 裁判員としてのやり甲斐因子を構成する質問は、問23(3)、問23(1)、問23(6)である。クロンバックの α の値は0.695と0.7を下回ったが、項目数が3つで因子負荷量も高いのでそのまま尺度とした。

「厳格手続肯定意識」と、裁判員の判断が過誤を犯しやすいのではないかと危惧(「過誤判断危惧」)および裁判員の判断は多様な要因の影響を受けて不確実・不安定となるのではないかと危惧(「判断不確実性危惧」)とは共に正の相関が見られる。

「参加民主主義志向」は、上記のように「メディア利用度」と正の相関が見られるが、それ以上に「裁判員としてのやり甲斐」と非常に大きな正の相関が見られることが注目される($r=0.603$)。裁判員制度を参加民主主義に即した制度であると位置づける者ほど裁判員となることにやり甲斐を感じるのである。陪審制度を民主主義の具現の一つとして積極的に位置づけるアメリカ合衆国の理論に対応するものといえよう³³⁾。また、「参加民主主義志向」は、「裁判員としての不安」と大きな負の相関を有しており、参加民主主義的意義を裁判員制度に認めるほど、裁判員となることへの不安が小さいことがわかる³⁴⁾。

裁判員に判断の過誤を危惧する傾向(「過誤判断危惧」)は、上記のように「厳格手続肯定意識」と正の相関を有しているとともに、裁判員の判断が種々の影響を受けて不確実・不安定になるのではないかと危惧する傾向(「判断不確実性危惧」)と強い正の相関を有するが、これは因子の内容から見て当然に予想される相関である。

裁判員の判断の不確実性を危惧する傾向(「判断不確実性危惧」)は、上記の「厳格手続肯定意識」および「過誤判断危惧」と正の相関を有する。

「裁判員としての不安」因子は、上記のように「メディア利用度」および「参加民主主義志向」と負の相関を有するとともに、「裁判員としてのやり甲斐」因子とも強い負の相関を有する。これも因子の内容から見て当然

に予想される相関である。

「裁判員としてのやり甲斐」因子は、上記のように、「メディア利用度」、「参加民主主義志向」と正の相関を有し、「裁判員としての不安」と負の相関を有している。

2 記者会見応諾意向と守秘義務緩和について

以上見てきた4.1の尺度(指標)の構築を準備作業として、以下では裁判員経験後の記者会見に応じる意欲(問23B(1))、および裁判員の守秘義務の緩和についての態度・評価(問23C)と、これらの尺度との関係を見てゆくことにする。

問23B(1)ならびに問23Cと、「メディア利用度」、「処罰肯定意識」、「厳格手続肯定意識」、「参加民主主義志向」、「過誤判断危惧」、「判断不確実性危惧」、「裁判員としての不安」、「裁判員としてのやり甲斐」の各尺度(指標)との相関分析の結果(単相関)は付録(5)に示しておいた。判決後に記者会見に応じるか(問23B(1))と有意な相関が見られるものは、問23Cの他、「メディア利用度」(1%有意で正)、「処罰肯定意識」(5%有意で正)、「参加民主主義志向」(1%有意で正)、「過誤判断危惧」(1%有意で負)、「判断不確実性危惧」(5%有意で負)、「裁判員としての不安」(1%有意で負)、「裁判員としてのやり甲斐」(1%有意で正)となっていて、多くの尺度と相関を有している。

裁判員の守秘義務について「評議の内容について自由に話せるようにすべきだ」という意見への賛否(問23C)を尋ねた結果と有意な相関が見られるものは、上記に見た問23B(1)の他では、「厳格手続肯定意識」(1%有意で正)、「過誤判断危惧」(1%有意で正)、

33) 例えば、HANS VALERIE P. & VIDMAR NEIL, *AMERICAN JURIES: THE VERDICT* (2007) 参照。

34) 問24の「あなたが身に覚えのない犯罪を犯したとして、裁判にかけられたとします。もし選べるとしたらあなたは裁判員による裁判と職業裁判官のみの裁判のどちらを選びますか。(○は1つ)」に「1裁判員による裁判」から「3どちらもいえない」を経て「5職業裁判官のみによる裁判」の5段階尺度で回答してもらったが、その結果を従属変数として、ここで開発した8つの尺度を独立変数として回帰分析をしたところ(ステップワイズ法)、参加民主主義傾向(係数-0.454)、判断不確実性危惧(係数0.178)、裁判員としての不安(係数0.101)、および判断過誤危惧(係数0.117)となった。裁判員裁判を選択させる上で参加民主主義傾向が最も大きな貢献をすることになる。

および「判断不確実性危惧」（5%有意で正）と3つの尺度のみである。

これら尺度群との関係をより詳しく見るために、問23B（1）や問23Cを従属変数とし、

これらの尺度を独立変数として回帰分析（ステップワイズ法）を試みた結果が下記である。

従属変数：問23B（1）						
モデル		標準化されていない係数		標準化係数	t 値	有意確率
		B	標準偏差誤差	ベータ		
3	（定数）	1.482	.197		7.543	.000
	裁判員としての不安	-.199	.027	-.228	-7.454	.000
	裁判員としてのやり甲斐	.133	.031	.152	4.286	.000
	参加民主主義志向	.189	.051	.132	3.700	.000

従属変数：問23C						
モデル		標準化されていない係数		標準化係数	t 値	有意確率
		B	標準偏差誤差	ベータ		
2	（定数）	1.200	.219		5.479	.000
	厳格手続肯定意識	.357	.065	.168	5.502	.000
	過誤判断危惧	.149	.061	.074	2.426	.015

このように、「裁判員としての不安」は記者会見に応じない方向で関連し、「裁判員としてのやり甲斐」および「参加民主主義志向」は記者会見に応じる方向で関連している。また、「厳格手続肯定意識」および裁判員に対する「過誤判断危惧」は、守秘義務の緩和の方向で関連している。

以上の結果をいわば外挿法的に適用して、ヒューリスティックな仮説をここで述べるのが許されるなら、まず第一に、現実の裁判員経験者の多くがメディアの記者会見要請に応諾していることの説明として、現実の裁判員裁判を経験して評決までやり遂げることで、「裁判員としての不安」は解消する傾向にあり、「裁判員としてのやり甲斐」を強く感じ、「参加民主主義志向」を肯定する裁判員評価を強くすることで、裁判員としての経験が、記者会見に応じる方向に態度変容をもたらしている可能性が読み取れる。第二に、「厳格手続肯定意識」の高さが守秘義務の緩和の方向で関連していることの背景に、被疑者・被告人の権利保護への配慮意識の強弱が作用しているのかもしれない、裁判員に対する「過誤判断危惧」の高さが守秘義務の緩和の方向で

関連していることの背景には、守秘義務が評議のブラックボックス化につながりうることへの意識が作用しているのかもしれない。

V. 終わりに

本稿では第一に、裁判員経験者が判決後に記者会見に応諾して新聞、TV等に現れる現象を目の当たりにして、潜在的裁判員である一般の人々の記者会見以降について質問票調査をした結果を紹介し、メディア、刑事司法制度、裁判員制度、および自らが裁判員となった場合の態度・評価などについて尋ねた結果との関連性を検討した。記者会見に応諾することについては大多数が消極的であることが判明した。また、自らが裁判員となった場合に種々の不安・危惧を抱いている場合には、事後の記者会見に消極的となる傾向が見られること、および、逆に、裁判員になることにやり甲斐を感じたり、裁判員制度について参加民主主義に適うものと位置づける方向の態度・評価を持っている場合には、記者会見に応じる方向が見られることが示された。

本稿では第二に、評議の秘密に関する裁判

員の守秘義務について、その緩和の方向が望まれているのか否かについて、調査した。その結果は、ほぼ40%対20%の割合で現状を支持する意見の方が多かった。本稿で構築した尺度との関連を見たところ、被疑者・被告人について厳しく取り扱うべきであると考える傾向、および、裁判員は判断において間違うのではないかとの危惧を抱く傾向が強いほど、守秘義務の緩和に賛成する傾向が見られた。

本稿の調査研究の結果に鑑みれば、裁判員の守秘義務を自由化したり緩和したりする喫緊の社会的要請は人々の間には必ずしも明確には見いだせなかったことになり、むしろ法理論的な面からの再検討の方が重視されることになろう。

(おおた・しょうぞう)

《付録（1）》

	パターン行列 a	
	因子	
	1 処罰肯定意識	2 厳格手続肯定意識
問 10 (2) 犯罪者を罰することで犯罪を犯せばどうなるかを人々に示して同じ犯罪を抑制する	.750	-.103
問 10 (6) 犯罪者を罰することで社会のルールを人々が再確認する	.663	-.139
問 10 (1) 犯罪者を罰することで罪を犯した分だけその犯罪者に苦痛を与える	.581	.137
問 10 (7) 犯罪者を刑務所に入れて犯罪を行えないようにする	.453	.086
問 11 (6) 死刑は凶悪な犯罪の防止に役立っている	.375	.115
問 11 (1) 死刑は廃止すべきだ	-.358	-.231
問 10 (3) 犯罪者を刑務所に入れてまっとうな人間になるよう教育する	.314	-.284
問 10 (4) 犯罪者を罰することで被害者に代わって仕返しをする	.304	.289
問 11 (2) 犯罪者の人権は尊重されている	.244	.01
問 13 強制された自白に基づいて発見された新証拠が犯罪の立証に必要な場合、裁判で用いてもよいと思いますか	.234	.108
問 11 (7) 被害者の人権は尊重されている	-.112	-.043
問 9 (5) 凶悪な事件の被告人には弁護士をつけることを許すべきではない	-.205	.746
問 9 (6) 凶悪な事件の被告人といえども人権が十分に尊重されなければならない	.053	-.622
問 11 (3) 裁判所は犯罪者に甘すぎる	.185	.486
問 11 (5) 弁護士は金のために被告人の弁護をしている	.102	.431
問 10 (5) 犯罪者に罪人というレッテルをはることによって面目を失わせる	.157	.418
問 9 (1) 凶悪な事件の場合には逮捕状がなくても容疑者を逮捕できて当然だ	.251	.337
問 9 (3) 逮捕されても有罪と決まったわけではないのだから勤務先をクビになるのはおかしい	.266	-.329
問 9 (2) 弁護士は被告人に黙秘を勧めるべきではない	.220	.283
問 9 (4) 真実を発見するためには多少無理な取り調べもやむを得ない	.045	.282
問 12 日本の警察の犯罪取り締まりは厳しいと思いますか	-.035	-.272
問 11 (4) 警察に捕まらない犯罪者が多すぎる	.181	.242
問 9 (7) 真犯人でないなら、長時間にわたって厳しい取り調べを受けても、自分がやってもいない犯罪を自白することはない	.067	.141

因子抽出法：主因子法

回転法：Kaiser の正規化を伴うプロマックス法

a. 3 回の反復で回転が収束しました。

《付録 (2)》

	パターン行列 a		
	因子		
	1 参加民主主義志向	2 過誤判断危惧	3 判断不確実性危惧
問 19 (2) 裁判員による裁判が導入されると裁判がわかりやすいものになる	.668	-.052	.089
問 19 (8) 裁判員による裁判が導入されると裁判が身近なものになる	.628	-.077	.131
問 19 (12) 裁判員による裁判は職業裁判官のみの裁判より社会の常識を反映する	.592	-.050	.151
問 19 (5) 裁判員による裁判は職業裁判官のみの裁判より民主主義の原理にかなっている	.569	-.100	.078
問 19 (10) 裁判員による裁判は職業裁判官のみの裁判より人を公正に裁く	.550	.051	-.144
問 19 (6) 多くの国民は裁判員の経験をしてみたいと思っている	.512	.268	-.293
問 21 あなたは呼び出しをうけたとき差しさわりがなかったら裁判員になると思いますか	.502	-.019	.053
問 19 (1) 裁判員による裁判は職業裁判官のみの裁判より望ましい	.418	.069	-.031
問 20 (3) 裁判員は無実の人を有罪にしがちだ	.037	.751	.005
問 20 (7) 裁判員は真犯人を無罪にしがちだ	-.043	.658	-.014
問 19 (11) 裁判員による裁判では真実を発見することができない	-.221	.473	.047
問 19 (4) 裁判員による裁判の導入によって裁判が信頼できないものになる	-.269	.435	.002
問 20 (2) 裁判員は裁判官よりも重い刑を科そうとする	.220	.416	.083
問 20 (8) 裁判員は裁判官の言いなりになる	-.062	.416	.283
問 19 (7) 理由なく裁判員になることを拒む人には刑罰を科すべきだ	.279	.363	-.255
問 20 (1) 裁判員は被告人の権利を尊重する	.148	.167	-.076
問 20 (9) 裁判員は多く発言する人の意見に引きずられる	.017	.289	.558
問 20 (6) 裁判員は死刑判決を出すのをためらう	-.050	-.201	.509
問 20 (4) 裁判員は感情で判断をしがちだ	.050	.321	.492
問 19 (3) 裁判員による裁判はマスコミや世論に影響される	.034	.082	.436
問 20 (5) 裁判員は被害者の権利を尊重する	.227	-.088	.408
問 19 (9) 裁判員による裁判は職業裁判官のみの裁判より刑罰の重さがばらつく	-.017	.102	.385
問 19 (13) 裁判員による裁判は弁護士の能力によって結果が左右される	.005	.233	.372

因子抽出法：主因子法

回転法：Kaiser の正規化を伴うプロマックス法

a. 13 回の反復で回転が収束しました。

《付録（3）》

	パターン行列 a	
	因子	
	1 裁判員としての不安	2 裁判員としてのやり甲斐
問 23 (8) 社会の注目を浴びた事件だとプレッシャーに耐えられない	.856	.011
問 23 (7) 裁判員に選ばれたとしても人を裁く自信がない	.767	-.148
問 23 (5) 私が裁判員に選ばれたら有罪となった人から恨まれそうだ	.611	.153
問 23 (2) 私には死刑判決は出せない	.507	-.111
問 23 (4) 私の関わった裁判の話を他人にはいけないのは負担だ	.441	.057
問 23 (3) 裁判員に選ばれたら人生の貴重な経験になる	.076	.837
問 23 (6) 裁判員に選ばれたら国民の重要な義務なので仕方がない	.033	.596
問 23 (1) 裁判員に選ばれたら私はそれを誇らしく思う	-.019	.585

因子抽出法：主因子法

回転法：Kaiser の正規化を伴うプロマックス法

a. 3 回の反復で回転が収束しました。

《付録(4)》

		相関係数							
		メディア 利用度	処罰肯定 意識	厳格手続 肯定意識	参加民主 主義志向	過誤判断 危惧	判断不確 実性危惧	裁判員と しての不安	裁判員と してのや り甲斐
メディア利用 度	Pearson の 相関係数	1	.168**	-.031	.273**	-.197**	-.053	-.238**	.268**
	有意確率 (両側)		.000	.305	.000	.000	.081	.000	.000
	N	1109	1108	1108	1107	1105	1105	1106	1104
処罰肯定意識	Pearson の 相関係数	.168**	1	.399**	.143**	-.019	.174**	-.143**	.159**
	有意確率 (両側)	.000		.000	.000	.518	.000	.000	.000
	N	1108	1108	1108	1106	1104	1104	1105	1103
厳格手続肯定 意識	Pearson の 相関係数	-.031	.399**	1	.052	.235**	.209**	-.067*	-.016
	有意確率 (両側)	.305	.000		.087	.000	.000	.026	.606
	N	1108	1108	1108	1106	1104	1104	1105	1103
参加民主主義 志向	Pearson の 相関係数	.273**	.143**	.052	1	-.198**	-.048	-.387**	.603**
	有意確率 (両側)	.000	.000	.087		.000	.110	.000	.000
	N	1107	1106	1106	1107	1105	1105	1105	1103
過誤判断危惧	Pearson の 相関係数	-.197**	-.019	.235**	-.198**	1	.493**	.192**	-.170**
	有意確率 (両側)	.000	.518	.000	.000		.000	.000	.000
	N	1105	1104	1104	1105	1105	1105	1103	1101
判断不確実性 危惧	Pearson の 相関係数	-.053	.174**	.209**	-.048	.493**	1	.196**	.018
	有意確率 (両側)	.081	.000	.000	.110	.000		.000	.553
	N	1105	1104	1104	1105	1105	1105	1103	1101
裁判員として の不安	Pearson の 相関係数	-.238**	-.143**	-.067*	-.387**	.192**	.196**	1	-.379**
	有意確率 (両側)	.000	.000	.026	.000	.000	.000		.000
	N	1106	1105	1105	1105	1103	1103	1106	1104
裁判員として のやり甲斐	Pearson の 相関係数	.268**	.159**	-.016	.603**	-.170**	.018	-.379**	1
	有意確率 (両側)	.000	.000	.606	.000	.000	.553	.000	
	N	1104	1103	1103	1103	1101	1101	1104	1104

(注) * は 1%水準で有意, ** は 5%水準で有意

《付録（5）》

相関係数			
		問 23B 裁判員になったとして、判決後記者会見を求められたら応じますか	問 23C 評議の内容について自由に話せるようにすべきだ」という意見について、賛成ですか
問 23B 裁判員になったとして、判決後記者会見を求められたら応じますか	Pearson の相関係数	1	.103**
	有意確率（両側）		.001
	N	1105	1102
問 23C 評議の内容について自由に話せるようにすべきだ」という意見について、賛成ですか	Pearson の相関係数	.103**	1
	有意確率（両側）	.001	
	N	1102	1104
メディア利用度	Pearson の相関係数	.182**	-.045
	有意確率（両側）	.000	.136
	N	1105	1104
処罰肯定意識	Pearson の相関係数	.067*	.054
	有意確率（両側）	.027	.072
	N	1104	1103
厳格手続肯定意識	Pearson の相関係数	.050	.185**
	有意確率（両側）	.095	.000
	N	1104	1103
参加民主主義志向	Pearson の相関係数	.316**	.003
	有意確率（両側）	.000	.921
	N	1104	1103
過誤判断危惧	Pearson の相関係数	-.078**	.113**
	有意確率（両側）	.009	.000
	N	1102	1102
判断不確実性危惧	Pearson の相関係数	-.066*	.073*
	有意確率（両側）	.028	.015
	N	1102	1102
裁判員としての不安	Pearson の相関係数	-.335**	.020
	有意確率（両側）	.000	.510
	N	1105	1103
裁判員としてのやり甲斐	Pearson の相関係数	.316**	-.019
	有意確率（両側）	.000	.540
	N	1103	1101

(注) * は1%水準で有意, ** は5%水準で有意

論説

賃貸人の「貸す債務」と民法（債権関係）改正論議

—東日本大震災の借地借家相談を素材として—

弁護士（2006年度から2011年度「倒産処理研究」担当）

岡 正晶

- I. 東日本大震災の借地借家相談
 - (2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理
- II. 地震等による物理的損壊に基づく賃貸借契約の終了
 - 1 賃借物の「滅失」による契約の当然終了
 - (1) 現民法下の解釈
 - (2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理
 - 2 「貸す債務の履行不能」（全部使用不能＋修繕義務不発生）による契約の終了
 - (1) 現民法下の解釈
 - (2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理
 - a 修繕義務の不発生
 - b 危険負担法理の廃止
- III. 賃貸人の修繕義務不履行に対する賃借人の対抗措置
 - 1 修繕義務の履行請求
 - (1) 現民法下の解釈
 - (2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理
 - 2 修繕未了の間の賃料減額
 - (1) 現民法下の解釈
- IV. 物理的損壊以外の理由による「使用収益の不能」
 - 1 ライフラインの一時的停止
 - 2 避難命令等
- 3 修繕義務不履行に対する損害賠償請求
 - (1) 現民法下の解釈
 - (2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理
- 4 修繕義務の自力救済
 - (1) 現民法下の解釈
 - (2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理
- 5 修繕義務不履行を理由とする契約解除
 - (1) 現民法下の解釈
 - (2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理
 - a 目的物の一部が利用できなくなった場合（賃貸人・賃借人双方の帰責事由を問わない契約解除の特則）
 - b 修繕義務不履行の場合（債務不履行解除に関する通則）

I. 東日本大震災の借地借家相談

筆者は、法制審民法（債権関係）部会の委員として、平成21年（2009年）秋以降、民法（債権関係）の改正論議に参加してきた。同部会での議論を民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理¹⁾（以下「中間論点整理」という。）としてまとめている最中に、あの東日本大震災（平成23年3月11日）が起きた。

大震災の直後から、現地・地元・日本全国の弁護士が法律相談等に立ち上がり、メーリングリスト等には法律相談例が多数報告された²⁾。

民法関係では土地建物の賃貸借契約に関する相談が目立ち、民法（債権関係）の中では、やはり賃貸借契約が市民にとって重要であることを再認識した。具体的には、地震・津波・原発事故により、借地の地割れ・液状化、建物の滅失・一部滅失等の「賃借物の客観的使用不能」が生じたが、①賃貸借契約は当然終了となるのか？その判断基準は？、②貸主に修繕を求めることができるのか？自分で修繕してよいのか？、③賃料はどうなるのか？全額払わないと解除されるのか？、等の相談が多かった。

これらの相談に対する回答を調査・議論する中で2つのことを感じた。

第1に、これらと同様の相談は、阪神・淡路大震災（平成7年1月17日）後にも多数寄せられ、当時活発に議論され、現民法下での解釈・回答はかなり整理されていること³⁾。

第2に、法制審民法（債権関係）部会で議

論した「立法案」は、網羅的なもので、大震災時の賃貸借契約を規律する任意法規についても多くの「立法案」が提案されていること。

そこで、本稿では、賃貸借契約における賃貸人の「貸す債務」に焦点を絞って、現民法下での解釈（法律相談に対する回答の道筋）及び判決例と、その論点に関する民法（債権関係）改正論議の内容を、実務家の観点から整理・概観してみたい。

II. 地震等による物理的損壊に基づく賃貸借契約の終了

1 賃借物の「滅失」による契約の当然終了

(1) 現民法下の解釈

第1に、賃貸借の目的物たる家屋が「滅失」した場合には、賃貸借契約は当然に終了する（最判昭和42年6月22日民集21巻6号1468頁。類焼の事案⁴⁾）。なお土地の滅失の判決例は見当たらなかった。

第2に、「滅失」は、物理的滅失より広く解釈されている。前記最判昭和42年6月22日は、「家屋が火災により滅失したか否かは、家屋の主要な部分が消失して、全体としてその効用を失い、賃貸借の趣旨が達成されない程度に達したか否かによって決めるべきであり、それには消失した部分の修復が通常費用では不可能と認められるかどうかも斟酌されるべき」という。修復可能な場合でも、修繕費用が「通常でない」場合は、「滅失」判断がありうるのである。

第3に、このため「家屋の滅失」判断は微妙で難しい。阪神・淡路大震災事案の下級審

1) 民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理（平成23年6月3日補訂）（<http://www.moj.go.jp/content/000074989.pdf>, 2011年7月10日最終閲覧）。

2) 極めて多種多様な相談がなされた。生活再建支援金等の支給対象である「世帯主」の判定基準、瓦等が落ち隣家の車等を壊した場合の賠償義務の有無、買ったばかりの自宅・船が流されローンだけが残ったいわゆる2重ローン問題等も目立った。

3) もっとも詳細なものとして升田純『大規模災害と被災建物をめぐる諸問題』（法曹会、1996）（それまでに公刊された文献は同書332頁に網羅されている）。その後の文献として塩崎勤ほか編集代表『裁判実務大系（28）震災関係訴訟法』（青林書院、1998）が有益である（本稿との関係では、石黒清子「建物の損傷と修繕義務、賃料減額請求」（同書437頁）と杉田雅彦「建物の取壊しと損害賠償」（同書446頁）が特に有益である）。

4) 最判平成10年9月3日民集52巻6号1467頁は、「災害により賃借家屋が滅失し、賃貸借契約が終了したときは、特段の事情がない限り、敷引特約を適用することはできず」と、当然終了を前提とした判示をしている。

判決例が参考になる⁵⁾。

大阪地決平成8年11月11日判タ925号258頁は、罹災都市借地借家臨時処理法（以下「罹災都市法」という。）14条の「滅失」についてであるが⁶⁾、推定修理費が新築の場合の費用（1億420万円）の約74%もかかること、専門家が「修理して恒久的に再使用することは勧められない」としていることを踏まえ、物理的には修理が可能であるとしても、修理に「莫大な費用」を要するうえ、恒久的な建物として使用されることを考慮すると、被災建物は経済的に判断して滅失したものとみなすのが相当であると判示した。

大阪高判平成7年12月20日判時1567号104頁は、「目的物件が使用不能になったとき、あるいは天災地変、火災等によって損壊したときは、本契約は当然に効力を失う」との特約の解釈についてであるが、一審判決（神戸地判平成7年8月8日判時1542号94頁①事件）を覆して、本件建物は地震により賃貸用居室建物としての社会経済上の効用を喪失し、その一室である本件居室の賃貸借契約は、その趣旨が達せられない状況のため存続させることが社会通念に照らして相当でなくなったと判断すべきである、そうすると本件居室は損壊し、これにより賃貸借契約は当然に終了したというべきである旨、判断した。この事案では、①震災後しばらくの間は物理的・技術的には修復可能であった、②補修費（見積）は3000万円から3350万円、建替費用（見積）は2億円以上であった、③ただし震災の影響でこの修復を平成7年内に行うこと自体困難であった（優先順位が低い）、④取壊しは公費で負担される、等の事情があり、これらを踏まえて高裁は「社会経

済上、本件建物を取り壊すことの方が有利であるとの（賃貸人の）判断も合理性がある」と理解を示した。地裁は、上記①②を重視し、「通常の費用で修復可能」と認められるから滅失したとはいえないと判断していた。

第4に、「滅失」の柔軟解釈は優れているが、文言上、限界がある。「貸す債務の履行不能」に基づく危険負担（民法536条1項）による契約の終了を、もっと利用してよいのではないかと（次②参照）。

特に、土地については、文言上「滅失」とは、海水による永久的水没等しかあたらなないと考えられる。地割れ・液状化・擁壁崩壊等による物理的な「使用不能」は、「貸す債務の履行不能」として考えるのが相当ではないか。

第5に、民法では当然消滅することになる「賃借人の借家権」を、政策立法によって保護することはありうる。現に罹災都市法14条は、滅失した罹災建物の借家人に、再築建物に関する優先借家権を認めている⁷⁾。ただこれについては立法政策的批判が強く、現行法のままで東日本大震災に適用することには強く反対するとの意見が弁護士会等から出されている。

(2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理

中間論点整理「第45 賃貸借」「7 賃貸借の終了」（139頁）は、賃借物の全部が滅失した場合は、賃貸借契約が終了することを「条文上明記する方向」と整理している。

「滅失」の定義規定を条文化することかどうか、滅失以外の理由により「目的物を利用することがもはや不可能であることが確定した場合」も条文化してはどうか⁸⁾、賃借人の

5) 大阪高判平成9年1月29日判時1593号70頁は、鉄筋コンクリート造の賃貸共同住宅につき、オーソドックスに「その修復が事実上不可能となった」ことを重視した「滅失」判断をしている。補修しても元の強度に回復することは不可能であること、建物全体の滑動防止を行う必要があるが、これを建物が存在する状態で行うことは非常に困難であり、実質上は不可能であること等を理由とした。

6) 罹災都市法の適用がある場合、賃借人が滅失を主張して、優先借家権の取得を主張することが多い。罹災都市法の適用がない場合は、賃貸人が滅失を主張して、賃貸借契約の終了を主張することが多い。このねじれに基づくエピソードにつき、杉田・前掲注3)452頁参照。

7) 鎌田薫ほか座談会「震災復興と民事法制（上・中・下）」ジュリ1314号116頁、1315号114頁、1316号148頁（2006）。小柳春一郎『震災と借地借家』（成文堂、2003）。

8) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針IV各種の契約(1)』309-310頁（商事法務、2010）。

責めに帰すべき事由による滅失の場合でも契約は当然終了とする規律になるがそれだけでよい（危険負担より広い規律になる）等の論点⁹⁾が残っているが、「確立した規律は法律に書く」との原則から、明文化に賛成である。

2 「貸す債務の履行不能」（全部使用不能＋修繕義務不発生）による契約の終了

(1) 現民法下の解釈

「(天災等による)全部使用不能＋修繕義務不発生」の場合は、当事者双方の責めに帰することができない事由による「貸す債務の履行不能」となり、民法536条1項により、反対給付債務(賃料支払債務)も消滅し、賃貸借契約も終了すると解されている。

新版注釈民法(15)債権(6)は次のようにいう。

「賃貸人の修繕義務は、修繕が可能な場合にのみ生ずる(通説)。修繕の不可能な場合には、……修繕義務の問題を生じない。修繕不可能のために使用収益が全部不能な場合には賃貸借は終了」する。「……通説は、単に物理的ないし技術的不能だけでなく、経済的ないし取引上の観点からみて不能な場合にも修繕義務はない」とする¹⁰⁾。

星野英一「民法概論IV(合本新訂版)」は次のようにいう。

「修繕の費用が著しくかかる場合にも修繕義務があると解すべきか否かが問題となっているが、新築と同視されるほどの著しい費用がかかる場合に限り修繕義務がないとする多数説が妥当であろう。ただ、賃料が著しく低廉な場合などは、それとの見合いで、修繕義務なしとされる場合もある。

修繕を必要とするに至った原因が天災地変等の不可抗力であっても修繕義務がある(大判大正10年9月26日民録1627頁)¹¹⁾。

また土地に焦点を当てて、前記新版注釈民

法(15)債権(6)は次のようにいう。

「通常の地代水準の下では、例外的に必要なとなる土地の修繕工事を賃貸人の義務とすることは妥当ではないから、借地関係では特約、その他特別の事情がない限り賃貸人の事後的な修繕義務は排除される、という見方が生ずる(鈴木・借地下615・617)。……事後の災害等による土崩れ等についても原則としては修繕義務があることを認めようとして、今日の土地賃借権(借地権)がもつ実際上の長期安定性、地代の低廉さ(これらは修繕義務を軽減する要因となる)、土地の修補を必要とするに至った要因(たとえば、前掲東京地判昭和61年7月28日¹²⁾)では、もともとの擁壁工事に欠陥のあったことがあわせて考慮されている)とその費用額などを総合的に斟酌して、各事案ごとに修繕義務の限界を決定すべきものと思われる¹³⁾。

要するに、天災等による損壊の場合で、物理的滅失には至っていないが、「使用収益は全部不能」というとき、賃貸人に修繕義務が発生すれば契約は当然終了しないが、修繕義務が発生しなければ「貸す債務の履行不能」となり、危険負担(民法536条1項)により、契約は当然終了すると解されているのである。

こうなると修繕義務が発生するかしないかが極めて重要な争点となるが、上記のとおり、経済的公平の観点(特に賃料との対比)から修繕義務の不発生を認める考え方が従来からあることが、注目される¹⁴⁾。これらの規律は、主として建物の老朽化事案で確立されてきたものであるが、天災(地震・津波)による土地建物の損壊事案にも基本的にあてはまるものと考ええる。

なお借地契約については、契約終了となると、賃借人に地上構築物の撤去義務が生じ、賃借人に大きな損失・費用をもたらすことが多いと考えられる。その負担等は修繕義務を

9) 基本方針IV・前掲注8)308-309頁。

10) 幾代通ほか『新版注釈民法(15)債権(6)(増補版)』213頁(有斐閣、2000)。

11) 星野英一『民法概論IV(合本新訂版)』199-200頁(良書普及会、1986)。

12) 東京地判昭61年7月28日判タ624号186頁。修繕義務を認めた裁判例である。

13) 新版注釈民法(15)債権(6)・前掲注10)219-220頁。

14) 石黒・前掲注3)438-439頁参照。

認める方向の要因になろう。経済的公平（バランス）をどう取るかが困難な問題となる。実務的には、賃借人に一定の負担（修繕費用一部負担、地代値上げ等）を求めた上で、賃借人に修繕義務を認める和解的解決案が考えられる。

(2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理

a 修繕義務の不発生

中間論点整理「第2 履行請求権等」「3 履行請求権の限界」（5頁）は、履行請求権の行使には限界があるとされていることから、そのことを確認する明文規定を設けるべきであるという考え方が紹介されている。外国法等では、履行の経済的不合理性（給付に伴う債務者の負担と給付から受ける債権者の利益との重大な不均衡）、履行することが債務者に不合理な費用をもたらす場合などが、限界事由として定められている¹⁵⁾。

修繕義務¹⁶⁾についていえば、修繕義務につき経済的公平の観点（特に賃料との対比）から限界があるという従来からの考え方を明文化することなので、賛成である。ただ、債権総論又は契約総論に抽象的な規定（例えば、履行をすることが「契約の趣旨に照らして」債務者に合理的に期待できない場合）を置くより¹⁷⁾、賃貸借の修繕義務のような議論が集積されている個別論点については、個別規定（賃貸人は、契約の趣旨に照らして必要かつ相当な修繕をする義務を負う等）を置く方が、実務家にはわかりやすい（現民法606条は「賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う」とシンプルに定めるのみである。）。

b 危険負担法理の廃止

中間論点整理「第6 危険負担」「1 債務不

履行解除と危険負担との関係」（17頁）は、①解除は不履行をした債務者への制裁ではなく、相手方（債権者）を契約の拘束力（反対債務の履行義務）から解放することを目的とすると理解すべきであり、解除の要件としての債務者の帰責事由を不要とする考え方があり、②その場合には、「双方無責の履行不能」の場合、危険負担制度と解除制度の適用範囲が重複するところ、③反対債務からの解放を当事者の意思に委ねる方が私的自治の要請にかなう、法律関係の明確化に資するので、「双方無責の履行不能」の場合の処理は、解除制度に一元化すべきである、との考え方が紹介されている。

「（天災等による）全部使用不能＋修繕義務不発生」の場合でも、賃借人が解除の意思表示をしない限り、契約は終了しない（ただし賃料は全部使用不能なので零円に減額される。III 2 参照）との規律は、賃貸人の強引な終了主張を封じることができるという意味では、賃借人の保護になりそうである。しかし賃借人としても「（天災等による）全部使用不能＋修繕義務不発生」が認定されれば、契約を存続させておく利益・理由は無い。履行不能の場合には反対債務が自然消滅すると思えるのが常識的な場面が多いとの見解に共感を覚える。

解除一元化説は、反対債務の消滅という利益・救済は、行動した者だけに与えればよく、行動（選択）しない者に与える必要はないとの思想が背景にあるように思われる。市民の自由を重視し、司法謙抑的で、一つの考え方である。しかし、現民法は、上記の常識的な考え方に基づき、この場面では自由より公平を重視し、危険負担法理を100年以上維持してきた。この定着した実務、日本人の感

15) 法制審民法（債権関係）部会資料5-2（<http://www.moj.go.jp/content/000059836.pdf>, 2011年7月10日最終閲覧）第1の9-14頁、特に比較法資料。

16) 賃貸人の修繕義務を瑕疵担保責任の一環として理解する見解もある。この見解にたてば、修繕請求権は追完請求権（債務者が不完全な履行をした場合に債権者に認められる権利）の一環となる。追完請求権についても一般的・総則的な規定を設けること、及びその限界事由（修補に過分の費用を要すること等）を定めること、追完方法が複数ある場合の選択権等の問題提起がなされている。中間論点整理「第2 履行請求権等」「4 追完請求権」5頁。

17) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針II 契約および債権一般(1)』194-198頁（商事法務, 2010）。

性を考えると、ここであえて危険負担法理を廃止することには反対である。

また実務家からみれば、「全部使用不能＋修繕義務不発生」により賃料が零円になることが承認されれば（Ⅲ 2 参照）、契約が存続しているか終了しているかは、ほとんど意味がない。現行法を改正しても、実務的にはあまり意味がない点については、あえて現行法を改正する理由・必要性はないと考える。なお、解除一元化説の論者も、「賃貸物を利用することがもはや不可能であることが確定した場合」には契約が当然終了する規律を認めるようである（Ⅱ 1 (2) 参照）。

Ⅲ. 賃貸人の修繕義務不履行に対する賃借人の対抗措置

1 修繕義務の履行請求

(1) 現民法下の解釈

現民法 414 条に、強制履行の請求ができること、債務の性質が強制履行を許さない場合には間接強制できることが、定められている。なお現民法 608 条 1 項「賃借人は、賃借物について賃貸人の負担に属する必要費を支出したときは、賃貸人に対し、直ちにその償還を請求することができる。」は、賃借人が自ら修繕できることを前提とした規定である（4 参照）。

(2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理

中間論点整理「第 2 履行請求権等」「2 民法第 414 条（履行の強制）の取扱い」（4 頁）が、現民法 414 条を取り上げているが、実体法的規定か手続法的規定か規定の趣旨が不明確であるとの問題意識に基づくもので、実務家からの関心は高くない。

2 修繕未了の間の賃料減額

(1) 現民法下の解釈

現民法 611 条 1 項は、「賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失したときは、賃借人は、その滅失した部分の割合に応じて、賃料の減額を請求することができる。」と定める（なお借地借家法 11・32 条にも賃料減額請求権の規定がある¹⁸⁾）。

この民法 611 条 1 項は活用されている。

第 1 に、一部滅失以外の場合にも、例えば修繕義務違反の場合等にも類推適用等されている。東京地判平成 9 年 1 月 31 日判タ 952 号 220 頁は、「貸主に求められる管理、修繕の義務を尽くしたものと認めがたく、これによる本件店舗の使用上の不都合は重大なものがあり、本件店舗は、本件賃貸借契約が想定した通常の賃貸店舗からみて、少なくともその効用の二五パーセントが失われていたものと認めることができる。」と判示し、減額の意思表示により 25% 減額されたことを認めた。東京地判平成 10 年 9 月 30 日判時 1673 号 111 頁は、賃貸人の貸室を使用収益するに適した状態に置くべき債務に一部不完全履行があった事案¹⁹⁾に民法 611 条を類推適用し、減額の意思表示により約 1 割程度減額されたことを認めた。

第 2 に、意思表示をしないと減額しないのは不当であり、修繕義務の不履行によって不便が生じている場合は、危険負担の原則から、使用・収益が妨げられた割合に応じて賃料債権が当然に減額されるとの学説²⁰⁾が有力である。なお前掲東京地判平成 9 年 1 月 31 日は、当該賃料減額の意思表示には、既に発生した修繕義務違反に基づく損害賠償請求権を賃料支払債務と相殺する旨の意思表示が含まれるとして、意思表示前の賃料につい

18) 中間論点整理「第 45 賃貸借」「5 賃借人の義務」「(1) 賃料の支払義務（事情変更による増減額請求権）」138 頁は、この借地借家法の規定などを参照しつつ、契約締結後の事情変更による賃料の増減額請求権の規定を、賃貸借一般を対象として設ける立法提案を紹介している。

19) 3 階と 6 階を一体として利用するための賃貸借であったにもかかわらず、賃貸人が 4・5 階に大衆居酒屋を入居させ、1 機しかないエレベーター（6 人乗り）を、居酒屋営業時間中は、他の賃借人が満足に利用できない状況に陥れたこと等を不完全履行と認めた。

20) 内田貴『民法Ⅱ債権各論（第 3 版）』204 頁（東大出版会、2011）。

ても当然減額と同じ結論を導いている。

第3に、いわば第1と第2を合わせ、(修繕義務違反による)全部使用不能の場合に、危険負担法理から、賃料支払債務が当然に消滅すると判断した判決例がある。大阪高判平成9年12月4日判タ992号129頁は、天災(阪神・淡路大震災)によって賃貸借の対象物が滅失に至らないまでも損壊されて修繕されず、使用収益が制限され、客観的にみて賃貸借契約を締結した目的を達成できない状態になったため賃貸借契約が解約された²¹⁾ときには、賃貸人の修繕義務が履行されず、賃借人が賃借物を使用収益できないままに賃貸借契約が終了したのであるから、公平の見地から、民法536条1項を類推適用して、賃借人は賃借物を使用収益できなくなったときから賃料の支払義務を負わないものと解するのが相当であると判示した。

(2) 法制審民法(債権関係)部会の中間論点整理

中間論点整理「第45 賃貸借」「5 賃借人の義務」「(2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等」138頁は、①使用収益の対価である賃料は、使用収益の可能性がなければ発生しないものとすべきであるという理解に立って、目的物の一部が利用できなくなった場合には、その理由を問わず(賃借人に帰責事由がある場合も含めて²²⁾)、賃料が当然に減額されるものとする考え方、②目的物が一時的に利用できない場合に関しても、同様に賃料の当然減額(零円になることを含む)を認める考え方、③これらの考え方を明文化する場合には、「滅失」という用語ではなく、目的物の機能が失われたことに着目した文言を用いる考え方、を紹介している。これらの考え方によれば、賃貸人が修繕義務を不履行している期間、その程度に応じて賃料が当然

に減額される(零円もありうる)。修繕義務が発生しない一部損壊等²³⁾もありうるが、その場合も同様である。

明文化にあたりどのような文言を採用するかの問題は残っているが、賃借人に帰責事由がある場合を含めるかの論点(Ⅱ1(2)参照)を除けば、いずれも、現民法下で活用されていた実務の考え方であり、震災による借地借家問題をも公平に規律すると考えられるので、明文化に賛成である。

この賃料債務の当然減額規律は、貸す債務の不完全履行に対する損害賠償請求権との相殺とは別に(並行して)、直接「契約の対価的均衡」を実現するもので、簡明であるが強力である。中間論点整理においては、同様の発想に基づき、売買における代金減額請求権(中間論点整理「第39 売買-売買の効力(担保責任)」「1 物の瑕疵に関する担保責任(民法第570条)」「(4) 代金減額請求権の要否」119頁)、請負における報酬減額請求権(中間論点整理「第48 請負」「5 瑕疵担保責任」「(4) 報酬減額請求権の要否」146頁)が取り上げられている。これらの規律案は、実務家感覚にあうもので、実務家からは賛成意見が強い。

同様の問題が雇用契約においても生ずるが、雇用には従来から特有の規律があり、「労務提供債務に履行不能」があっても、使用者(債権者)側に帰責事由がある場合は、民法536条2項により、反対債務たる賃金支払債務は消滅しない、あるいは例外的に発生するとされてきた。この点については、①反対債務たる賃金支払債務が消滅しない、②上記「契約の対価的均衡」(ノーワーク・ノーペイの原則)から反対債務たる賃金支払債務は消滅するが、特有の法理により同債務が発生する²⁴⁾、③②と同様に反対債務たる賃金支払

21) 賃借人は、大震災後、全く居住せず、居住できないので賃貸借契約を解約すると平成7年1月中に申し入れ、賃料支払も拒絶していた。

22) この場合も含めた規律にするということは、危険負担法理に基づく規律ではなくなる。基本方針Ⅳ・前掲注8)284頁は、雇用契約等におけるノーワーク・ノーペイの原則にも対応するものという。なお賃借人に帰責事由がある場合は、賃借人が別途損害賠償義務を負う。

23) 修繕義務が発生しない全部損壊は、履行不能となり、契約終了となる(Ⅱ2参照)。

24) 中間論点整理「第51 雇用」「2 報酬に関する規律」161頁参照。この②の考え方に基づく、使用者の義務違反によって労務を履行することが不可能になったときか、使用者側に起因する事由によって労働できないとき

債務は消滅するが、何らかの理由（受領義務違反、契約侵害など）により別途、損害賠償義務が発生するととどまる、等の説明がなされている。

賃貸借契約で、貸す債務の履行不能につき、賃借人（債権者）に帰責事由がある場合にも、上記3つの考え方がなりたちうる。現民法は①の考え方と思われるが、③の考え方を明文化しようとするのが改正論議の主流である。②は雇用契約に特有の法理と考えられる。

3 修繕義務不履行に対する損害賠償請求

(1) 現民法下の解釈

Ⅱ 2(1)で述べたとおり、賃貸物が天災地変等の不可抗力によって損壊した場合でも、賃貸人に修繕義務は生じうると解されている。よって、生じると判定された修繕義務の不履行がある場合、免責事由がない限り、賃貸人は損害賠償義務を負う。

従来の通説は、債務不履行に基づく損害賠償義務につき、明文（現民法 415 条後段）がある履行不能だけでなく、その余の債務不履行全部について、「債務者の責めに帰すべき事由によらない」場合（債務者に故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由がない場合）は免責されると解釈してきた。

なお修繕未了の間はその割合に応じて賃料が当然減額されるとの解釈（2参照）をした場合は、請求できる損害は、減額分賃料を超える損害に限られる。事業用店舗の賃貸借であれば、営業上の逸失利益が考えられる²⁵⁾。

大規模地震で修繕業者を長期にわたり手配できないことは（Ⅱ 1(1)の大阪高判平成 7 年 12 月 20 日の③参照）、免責事由にあたりと考える。大規模地震で賃貸人が無資力になったこと（修繕工事費用を調達できないこと）も、免責事由にあたりうると考えるがどうか（賃料の当然減額によって最小限の公平は実現できる。）。ただし現民法 419 条 3 項（金銭債務の債務不履行に基づく損害賠償義務につき不可効力を免責事由とはしない）が、金銭の調達不能は、債務不履行に基づく損害賠償義務の免責事由とはしない旨まで趣旨として規定しているとも解されるところから、微妙な問題である²⁶⁾。

(2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理

中間論点整理「第 3 債務不履行による損害賠償」 「2『債務者の責めに帰すべき事由』について（民法第 415 条後段）」 8 頁が、この論点を取り上げている。

改正論議が始まったころ、大きな議論を巻き起こした論点である。民法（債権法）改正検討委員会（以下「検討委員会」という。）が、損害賠償責任の帰責根拠は契約の拘束力に求めるべきである、伝統的通説である過失責任主義は変更されるべきである、免責事由を表す文言も「契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには」に改めるべきである、これがヨーロッパの最近の潮流である、日本の従来の判例とも齟齬しない等の意見を発表したため²⁷⁾、弁護士が猛反発をしたのである。弁護士も、免責が認められるケースは極めて少ないこと、不可抗力+アルファ程度であろう

などの立法案が紹介されている。

25) 最判平成 21 年 1 月 19 日民集 63 卷 1 号 97 頁は、まさに修繕義務不履行の事案において、事業用店舗の賃借人が、賃貸人の債務不履行により当該店舗で営業できなくなった場合には、これにより賃借人に生じた営業利益喪失の損害は、債務不履行により通常生ずべき損害として民法 416 条 1 項により賃貸人にその賠償を求めると判示した。そしてさらに、民法 416 条 1 項にいう通常生ずべき損害の解釈上、本件において賃借人が「損害を回避又は減少させる措置」を執ることができたと解される時期以降については、その損害のすべてについてその賠償を請求することは条理上認められない旨も判示した。中田裕康「判批」法協 127 卷 7 号 1008 頁参照（2010）。

26) なお現民法 419 条については、中間論点整理「第 3 債務不履行による損害賠償」 「6 金銭債務の特則（民法第 419 条）」 「(1) 要件の特則：不可抗力免責について」11 頁で、一定の免責を認める立法案が紹介されている。この改正がなされれば、資力不足による免責が認められやすくなる可能性がある。

27) 基本方針Ⅱ・前掲注 17)244-245 頁。

ことは承知しつつも、従来の基準で実務に支障は生じていない、提案された「契約において債務者が引き受けていなかった事由」は誤解を招く文言であり実務では到底使えない、このような研究者主導の非実務的な改正検討であればそれ自体を止めるべきである等と訴えたのである。

検討委員会の提案も、実務における結論・取扱いを変えるものではなく、法律の文言を変えるだけの趣旨のようである。そして、そもそも実務で決定的な争点になることが稀な論点であること、検討委員会提案の文言を明文化しても「判断指針として」現民法と大差ないように思われることから、現民法の文言を変える必要はないと考える²⁸⁾。

ただし、ここでなされた議論は、実務家にとって大変有益であった。前述のように、大規模地震で貸借人が無資力になって修繕義務を履行できないことが、損害賠償責任の免責事由になるかなどについて問題となるので、この機会に議論を深めておきたいところである。

また中間論点整理「第3 債務不履行による損害賠償」「3 損害賠償の範囲（民法第416条）」9頁以下は、「通常生ずべき損害」の文言を廃止し、「当事者が債務不履行の結果として予見し、又は予見すべきであった損害」等「当事者の予見」を基軸にする考え方を紹介している²⁹⁾。通常生ずべき損害と当事者が予見すべきであった損害とはほぼ重なるであろうが、条文の文言としては、通常生ずべき損害の方が、現在の日本人の法感情（公平感）には適し納得感が得られると考えるがどうか。

4 修繕義務の自力救済

(1) 現民法下の解釈

現民法608条1項は「賃借人は、賃借物について貸借人の負担に属する必要費を支出したときは、貸借人に対し、直ちにその償還を請求することができる。」と定めている（2

項は有益費について貸借終了のときに貸借人に償還義務が生じることを定める）。

特約がない場合において、貸借人が修繕義務を負うにもかかわらず修繕しない場合には、賃借人が自らその修繕を行うことができ、その場合その修繕費は通常本条1項の「貸借人の負担に属する必要費」となり、貸借人に対し「直ちに」償還請求できると解されている。

これは、賃借人に、修繕履行請求権につき、一種の自力救済権があることを認めたものと解される。ただし、賃借人は、修繕を要する事実が生じたときは、遅滞なくその旨を貸借人に通知しなければならない（民法615条）。通知なく、無断で修繕した場合は、償還請求が否定されることもありえよう。

(2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理

中間論点整理「第45 貸借」「4 貸借人の義務」「(2) 貸借物の修繕に関する賃借人の権利」137頁は、賃借人が自ら必要な修繕をする権限があることを明文化すること、及び貸借人への事前の通知の要否など具体的な要件に関する問題を、更に検討することを提案している。

現民法下で当然の前提とされていた取扱いであり、貸借契約の特性に適合した公平な規律でもあって、適正な手続も含めて明文化することに賛成である。

なお、貸借人が相当と考える修繕内容と、賃借人が相当と考える修繕内容が異なる場合に、どちらが優先するかという問題がある。一般的には、所有者であり、貸す債務の債務者である貸借人に選択権を認めるのが公平と考えられる。このような論点につき、中間論点整理「第2 履行請求権等」「4 追完請求権」「(2) 追完方法が複数ある場合の選択権」5頁は、立法提案を紹介している。債務者（貸借人）に追完権（債務の不完全履行を追完する権利）を認める提案（中間論点整理「第8 債務不履行に関連する新規規定」「1 追完権」19頁）も同様の問題意識に基づくものであ

28) 法制審民法（債権関係）部会資料5-2・前掲注15)31頁。

29) 基本方針Ⅱ・前掲注17)262頁。

る。

そのような問題があり、そのような解決基準が正しいような印象は受けるが、実務家としては、判決等個別事案での事実即した総合的検討結果の先例が一切ない状況下で、観念的な議論だけで立法に踏み切ることに、躊躇を感じる。今回行った議論を公表すれば、個別紛争においてこの議論が利用され、裁判結果として積み重ねられていくと考えられる。それを見てから立法化するので遅くはないと考えるがどうか。

5 修繕義務不履行を理由とする契約解除

(1) 現民法下の解釈

第1に、現民法611条2項は、賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失した場合において、残存する部分のみでは賃借人が賃借をした目的を達することができないときは、賃借人は、契約の解除をすることができる旨定める。これは、修繕を問題とするまでもなく、一部滅失により契約目的を達成できない場合には、契約解除を認めるとの特別の規律を含んでいる。一部滅失という、貸す債務の一部履行不能において、債務者（賃貸人）に帰責事由がなくとも、債権者（賃借人）に契約解除権を認めるものである。

第2に、賃貸人が修繕義務を不履行するときは、賃借人は民法541条により催告解除できる。契約解除の場合にも、従来の通説は、明文（現民法543条）がある履行不能だけでなく、その余の債務不履行全部について、「債務者の責めに帰することができない事由による」とき（債務者に故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由がない場合）は、解除できないと解釈してきた。

第3に、債務不履行があれば直ちに契約を解除できるとは解されておらず、解除（契約終了）を基礎づけるに足る相応の債務不履行が必要と解されてきた。福岡高判平成19年7月24日判タ1278号207頁は、賃貸人の修繕義務違反（債務不履行）を明確に認定しながら、①本件建物が既に飲食店としての営業を継続することが困難な状況にあったとまで

はいうことができない、②賃借人は地盤の不等沈下の危険性を主張するが、一般的な危険性であり、賃借人の営業を困難ならしめるような具体的な危険があったと認めるには足りない、③賃借人による契約解除及び退去は、地盤沈下による影響が理由ではなく、多分に営業政策的な理由に基づくものではないかとみる余地すらあるものといわなければならない、としたうえで、本件建物の使用に支障が生じた限度での賃料の減額や損害賠償の問題が発生することはともかく、本件契約を解除することまではできないものというほかないと判断した。

(2) 法制審民法（債権関係）部会の中間論点整理

a 目的物の一部が利用できなくなった場合（賃貸人・賃借人双方の帰責事由を問わない契約解除の特則）

中間論点整理「第45 賃貸借」「5 賃借人の義務」「(2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等」138頁は、目的物の一部が利用できなくなったり、一時的に利用できなくなったりして、賃借をした目的を達せられなくなった場合には、その理由を問わず（賃借人に帰責事由がある場合も含めて）、契約の解除権を認める考え方を紹介している（2参照）。

明文化にあたりどのような文言を採用するかの問題は残っているが（特に「賃借をした目的を達せられなくなった」との要件）、賃借人に帰責事由がある場合を含めるかの論点を除けば、現民法611条2項の充実版であって2の論点とも連動しており、震災による借地借家問題をも公平に規律すると考えられるので、明文化に賛成である。

b 修繕義務不履行の場合（債務不履行解除に関する通則）

第1に、帰責事由不要説が提案されている。中間論点整理「第5 契約の解除」「2『債務者の責めに帰することができない事由』の要否（民法第543条）」15頁は、解除は不履行をした債務者への制裁ではなく、相手方（債権者）を契約の拘束力（反対債務の履行義務）から解放することを目的とすると理解すべきであり、裁判例においても帰責事由と

いう要件は重要な機能を営んでいないなどとして、解除の要件としての債務者の帰責事由を不要とする考え方を紹介している。

2で触れた、賃貸人が大規模地震で無資力になり（修繕工事費用を調達できず）、修繕義務を履行しない場合で、不履行者に帰責事由はないと「解釈」されたとき、帰責事由必要説に立てば、借入人からの契約解除は一律不可になる。しかし一律不可は硬直的に過ぎると考えられる。不履行の理由に帰責事由がないことを、不履行の態様の一要素として総合判断の中で考慮する考えの方が、具体的正義を実現できると考える。この意味で帰責事由不要説に賛成する。

第2に、契約解除の要件として新しい文言が提案されている。中間論点整理「第5契約の解除」「1債務不履行解除の要件としての不履行態様等に関する規定の整序（民法第541条から第543条まで）」13頁は、契約解除の要件の規定ぶりに関して、①契約をした目的を達することができないこと、②契約の重大な不履行ないし本質的な不履行、③軽微な不履行は除く、などの案を紹介している。いずれの案でも、一定の限定が必要であること、不履行の内容や債務の種類等の様々な事情を総合考慮することでは一致しているが、条文でどのような用語を用いるべきかについては、見解が大きく分かれたままである。②はウィーン売買条約等で使われている用語（fundamental breach of contract）と同じであり、グローバル基準に整合的でよいという意見と、国際取引基準及びその解釈に拘束されるので日本の民法としては不適であるという意見とに分かれている。筆者は、従来の経緯を重視して①案を支持する。

森田修教授は、「契約の重大な不履行」の要件がその裁量性によって不安をもたらすのに対して、「契約目的」の達成不能の要件は

なぜか安心をもたらすという、学説・実務のある種の雰囲気がある、「契約目的」概念を実定的な枠組みの中で用いるためには、「曖昧さ」を克服することが不可欠であると指摘する³⁰⁾。ご指摘のとおりであるが、実務家が安心感を抱ける条文・用語というのは、立法技術としてよい要素と考えるがどうか。

なお検討委員会は、修繕義務違反に基づく契約解除につき具体的提案をしている。「目的物の一部が利用できないこと（または目的物を一時的に利用することができないこと）を理由とする借入人からの修繕の請求に対して、賃貸人が修繕義務を履行しないことにより、契約の目的を達成することができない場合は、借入人は契約の解除をすることができる」である³¹⁾。ここでは①案が採用されている。

IV. 物理的損壊以外の理由による「使用収益の不能」

1 ライフラインの一時的停止

この論点については、半田吉信「震災と借地借家人の保護」民商法雑誌112巻4・5号675頁以下（1995）が詳しい。以下、本稿の分析順序（Ⅱ．契約の終了、Ⅲ．借入人の対抗措置）に沿って、回答の道筋を考える。

まずライフラインの停止は、原発事故による避難命令地域等を除けば、通常、一時的であって、遅くとも数か月程度では回復されると考えられる。これを前提とすれば、賃貸借契約の当然終了事由（目的物の滅失、貸す債務の履行不能）には通常あたらないと思われる。借入人として、ライフラインの復興がいつになるかわからないことを理由に、契約を終了したいときは、「契約の当然終了」の法律構成を採るのでなく、後記の、ライフライ

30) 森田修『『契約目的』概念と解除の要件論——債権法改正作業の文脈化のために——』下森傘寿『債権法の近未来像』（酒井書店、2010）231頁、256-257頁。「曖昧さ」につき、同教授は、『『契約目的』概念を重要な構成要素とするこの解除要件論は、そこでいう『契約目的』が契約内容になったといえるか否かを解除の可否の決め手とすることがしばしばである。』と述べたうえで、しかし、契約内容になるためにはいかなる要件を満たせばよいか、契約内容になるとはどういう法的意義を持つのかについては、不明確であり、契約目的概念を伴う解除要件論は「曖昧さ」をもつ旨、述べる。

31) 基本方針Ⅳ・前掲注8) 282-288頁。

ン停止は「賃借をした目的を達することができない」にあたるとした「契約解除」の法律構成を採ることが相当である。

また地震等によるライフラインの一時的停止は、賃貸人に修繕義務が発生するものではないので、賃借人は、賃貸人に修繕の履行請求をすることはできない。

賃料債務の当然減額（不発生）については、現民法の解釈としても、中間論点整理「第45 賃貸借」「5 賃借人の義務」「(2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等」(138頁)の考え方をとつても、ライフライン停止期間中、それに応じた賃料の当然減額の主張が可能と考える³²⁾。居住・営業が客観的に不可能な場合は、その期間中、賃料が零円になることもありうる（反対説もある³³⁾）。賃貸借契約の趣旨・目的は、目的物を居住用又は営業用として「使用・利用すること」であり、ライフラインを利用できることは契約の内容になっていると解するのが相当と考える。

ライフライン停止につき賃貸人に帰責事由はないので、賃借人は、賃貸人に損害賠償請求することはできないと考える。

賃借人からの契約解除については、民法611条2項の類推解釈³⁴⁾により、その一定期間の停止が「賃借をした目的を達することができない」とまで評価できるときは、解除が可能と考える。

2 避難命令等

強制力のある避難命令により、再使用できる見込みがない場合は、目的物の滅失に準じて、賃貸借契約は当然終了すると考える。

強制力のある避難命令により、一定期間、目的物を使用することができないときは、現民法の解釈としても、中間論点整理「第45

賃貸借」「5 賃借人の義務」「(2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等」138頁の考え方をとつても、その期間の賃料は当然に零円になると考える³⁵⁾。賃貸人に対し損害賠償請求できないこと、その一定期間の避難により「賃借をした目的を達することができない」とまで評価できるときは解除できることは、1のライフライン停止と同様である。

強制力のない避難勧告、屋内退避勧告の場合は難しい。その勧告により、契約目的である居住又は営業が、客観的に見てどの程度影響を受けているかにより決することになる。

その実態・現況如何によっては、賃料の当然減額を認めるべき場合も、賃借人からの契約解除を認めるべき場合もあると考える。勧告の原因が放射能にある場合は、放射能の影響に敏感であるべき乳幼児、子供、妊婦等がいる賃借人については、契約からの離脱（契約解除）を緩やかに認めるのが相当と考える。

(おか・まさあき)

32) 石黒・前掲注3) 440頁。

33) 半田吉信「震災と借地借家人の保護」民商112巻4・5号641頁、677頁(1995)。

34) 現行法の「(一部)滅失」の用語より、中間論点整理「第45 賃貸借」「5 賃借人の義務」「(2) 目的物の一部が利用できない場合の賃料の減額等」138頁の「目的物の機能が失われたこと」に着目した文言に直した方が、ライフライン停止の場合には適用しやすくなる。

35) 法務省民事局参事官室編『大規模災害と借地借家Q&A』36頁(商事法務研究会、1995)。

論説

「企業内法曹」について一考

東京大学教授

唐津恵一

I. 企業の法務部門の実態調査結果

II. 法務部門の役割

III. 職業倫理の必要性

IV. 欧米の企業内法曹

V. わが国の今後の方向性

I. 企業の法務部門の実態調査結果

社団法人商事法務研究会と経営法友会は、5年ごとに企業の法務部門の実態調査¹⁾を行っており、2010年に第10次の調査（以下「今回調査」という。）を実施し、同年11月に第10次法務部門実態調査結果（以下「今回調査結果」という。）が公表²⁾された。この調査では経営法友会会員会社1,037社及びその他の証券取引所上場会社等5,073社合計6,110社に対して2010年4月にアンケート用紙を配布し、1,035社から回答がなされている。質問項目は、1.法務部門の構成と法務担当者の位置付け、2.法務部門の役割、3.法務部門に対する意識等、4.弁護士、5.法務情報等、6.法律事務の分担状況、7.法務部門の将来、に大きく分けられ、全97問で構成されている。以下簡単に今回調査結果の中での興味深い点を紹介する。

法務専門部署を部レベル又は課レベル（法務部、法務課など）で持つ企業は70.3%で、資本金500億円以上の企業では90%を超える企業で法務専門部署を擁しており、企業の独立した組織として法務部門が存在するということはほぼ定着している姿が読みとれる。

1) 1965年以来5年ごとに実施されている。第1次（1965年）の調査は、社団法人商事法務研究会が実施し、その後第3次調査から経営法友会との共同調査となっている。

2) 小島武司＝米田憲市監修、経営法友会法務部門実態調査検討委員会編著『会社法務部【第10次】実態調査の分析報告』別冊 NBL135号（2010）。

ただ、法務部門が企業内の法務のどこまでをカバーしているかという点については各企業により異なり、法務部門の組織化以前から必須機能として組織化されていた労務部門や財務部門の中に、労務関連法務や財務・税務関連法務が機能として含まれている企業が多いのではないかと、と思われる。

企業の法務専任担当者の人員は、938社³⁾で7,189人で2005年の第9次調査結果⁴⁾(以下「前回調査結果」という。)では6,530人だったので、10%超増えている。初めて人員についての調査結果が出された1975年の第3次実態調査結果⁵⁾によると97社で企業の法務専従者が656人となっている。第3次実態調査結果の対象となっている企業は大手企業100社であり、今回調査結果では1,000億円以上の資本金の会社が105社あるので、ほぼ同数の企業数であるこれらを仮に比較すると、今回調査結果の105社の総数は2,562人であるので、35年間に約4倍の規模になっていることとなる。また、本年7月1日現在の日本弁護士連合会の会員弁護士数が30,469人⁶⁾であり、本年1月1日現在の日本司法書士会連合会の会員数は20,257人⁷⁾である。このように、企業の法務専任担当者の員数は右肩上がりが増えてきており、弁護士や司法書士の総数と比べても、相当の員数が企業内の法務専任担当者として働いていることとなり、員数規模では社会の中の法律事務従事者の中で一大勢力となってきている。

企業の法務専任担当者のうち、1,323人(18.4%)が中途採用者であり、法務専任担当者を中途採用した企業が調査対象企業全体の52.5%を占めており、特徴的である。通常、我が国企業では終身雇用前提の人事制度に基づき新卒者定期採用を基本とした採用活動がなされており、労働市場の流動性は極めて低いが、企業の法務専任担当者についてはそうではない実態が読み取れる。この背景に

は、企業の法務に対するニーズが飛躍的に高まる中で各企業が即戦力の人材を求めていることと、法務人材を仲介する労働市場が充実してきていることが考えられる。

社内弁護士に関する調査結果は面白い情報を提供してくれる。企業の法務部門に属する日本の資格を持つ弁護士数は93社168人と前回調査結果の32社53人と比べて大幅に増加した。ただ、企業の法務専任担当者総数に対する比率は2.3%ときわめて低い。このうち、法律事務所勤務経験者は77人で残りは企業のみでの勤務経験しかない弁護士である。比較的大きな企業での起用が目立ち、資本金1,000億円以上の企業のうち、約40%の企業が、法務部門に弁護士を擁している。ただし、弁護士を擁している企業の2/3は在籍者数1名である。また21社が直接採用ではなく、顧問法律事務所を含む外部の法律事務所からの派遣として擁している。処遇については、約70%の企業が「一般社員と変わらない」と回答している。弁護士会費の負担は約80%の企業で、会社が負担している。弁護士会活動については、「業務に影響がない範囲内で認める」も含めると、当番弁護士や委員会活動については約80%、国選弁護士についても、約70%の企業が容認している。当該企業以外の依頼人の業務を行うことについても、「業務に影響のない範囲で認める」や「勤務時間外の活動であれば認める」を含めて、40%超の企業が容認している。業務内容は、社内弁護士だからといって特殊な業務を行っているわけではなく、概してほかの法務専任担当者と同じ業務を行っているようである。これらの調査結果を見ると、①企業が即戦力を求める中で弁護士もその対象として考慮しているし、また弁護士も就職先として企業を考慮しているものの②処遇面の理由が中心と思われるがなかなか実現できておらず③処遇面で比較的恵まれている資本金規模の

3) 法務専任担当者がいると回答した企業数。

4) 社団法人商事法務研究会＝経営法友会『会社法務部【第九次】実態調査の分析報告』別冊NBL113号(2006)。

5) 経営法友会＝商事法務研究会『実態調査 法務部——現状と展望』別冊NBL2号73頁(1976)。

6) http://www.nichibenren.or.jp/ja/jfba_info/membership/index.html (2011年7月10日最終閲覧)。

7) <http://www.shiho-shoshi.or.jp/association/intro/summary.html> (2011年7月10日最終閲覧)。

大きい企業での採用にとどまっている、という実態が浮かび上がる。一方、弁護士としてのプロボノ活動に対する姿勢は寛容であり、また他の依頼者の業務を受けることも一部認めているなど、弁護士としての活動の自由度は高いようであるが、これらも処遇の一環としての配慮の結果かも知れない。

日本の法科大学院修了者（弁護士資格保有者を除く。）の所属状況は104社で129人である。法科大学院の修了者が2005年に初めて出て以来、2008年度の修了者までの累計修了者数が16,480人、新司法試験累計合格者数が6,968人である⁸⁾ことを考えると、法科大学院修了者のうち、きわめて少数の者しか企業の法務専任担当者になっていないということである。2010年7月に開催された、法科大学院協会、文部科学省及び法務省共催の企業法務シンポジウムにおいて参加した法科大学院生（修了者を含む。）を対象としたアンケート結果⁹⁾を見ると、企業への就職希望者の比率が非常に高いが、現実に企業の法務専任担当者となっている人数がきわめて少ないのは、即戦力を求める企業と法科大学院修了者の能力とのミスマッチに起因するところが多いのではないかと、思われる。

法務専任担当者のうち、企業内での法務以外の業務経験が全くない者が42.4%で、前回調査結果の34.0%から大幅に増加している。これも法務のニーズが飛躍的に高まる中での即戦力採用が増えてきた結果であろうが、逆にほかの部門の経験を有している者が過半であることは、旧来の年功序列前提のジェネラリスト育成の一環としてのローテーションの停留所の一つとして法務部門を位置づけている企業が多いことを示している。一方、今回調査結果の筆者が分析しているが¹⁰⁾「法務の資質を持つ社員として養成する」目的で法務部門に配属し、その後他部門に異動させるローテーションも存在するようである。

今回調査の調査項目には重要案件への対応

という項目があり、これは重要なプロジェクトや重要な契約にどのように法務部門が対応しているかということであるが、これは会社の重要な意思決定に法務部門がどのようにかかわっているかについて示唆するものである。これによると、80%を超える企業において、法務部門が何らかの形で関与しており、そのうち約50%の企業が規程・ルールに基づき参加・審査していると回答している。但し、法務部門の変更権・拒否権があるかどうかについては25%の企業でしかこのような権限はなく、規程等に基づき権限を有する企業はそのうち11.5%しかない。法務部門は経営の意思決定に関与するものの、意見具申程度の位置付けにおかれている企業が多いことを示している。

また、外部の弁護士の「意見書」等を求めた理由について、いくつかの選択肢がある中で、「法務部門の判断・意見の説得力を増すため」及び「訴訟等に備えるため」について、「取締役の善管注意義務を果たすため」という回答が多かった。企業全体の約50%、資本金1,000億円以上の企業では約80%が「取締役の善管注意義務を果たすため」に外部の弁護士に「意見書」の作成を求めており、今回調査結果の筆者の分析によれば、「規模が大きい企業ほど、株主代表訴訟にさらされる可能性が高く、その備えとして弁護士の意見書を利用しているものと考えられる。」¹¹⁾としている。これは、法務部門の業務の依頼者が「会社」なのか「取締役」なのかを混同している実態を示す調査結果である。この「意見書」に係る費用を取締役が負担したかどうかは明らかではないが、現状の企業の法務専任担当者が、「会社」が唯一の依頼者であることをまったく認識していないことを象徴している。この依頼者についての混同が、我が国における企業の法務専任担当者が、欧米における企業内法曹と大きく異なるところであり、我が国企業の健全な発展の阻害要因の一

8) http://www.soumu.go.jp/main_content/000082033.pdf (2011年7月10日最終閲覧)。

9) <http://www.lawschool-jp.info/report/enquate3.pdf> (2011年7月10日最終閲覧)。

10) 小島ほか・前掲注2)24頁。

11) 小島ほか・前掲注2)48頁。

つであるといえる。

II. 法務部門の役割

今回調査のアンケート票が設定している法務部門の業務を列挙してみると、次のようになる¹²⁾。1. 株式・総会関係, 2. 社債等, 3. 取締役会関係, 4. M&A 関連, 5. 子会社・関連会社関連, 6. 契約関係, 7. 投資・合併事業関係, 8. 債権管理・担保管理関係, 9. 訴訟等管理関係, 10. 法律相談関係, 11. 知的財産関係, 12. 内部統制 / コンプライアンス, 13. 文書業務関係, 14. トレード・シークレット, 個人情報関連。法律分野, 経営手法, 対象分野など, ばらばらな基準での項目立てになっているので具体的な業務がどの項目に入るのか特定することが困難であるが, ほぼ網羅されていると見てよからう。そもそも, 企業がその活動を行う過程で必要となる機能をどのような組織でもって遂行しようと各企業が自由に決めることである。一律に法務部門の機能はかくあるべし, というものはない。歴史的に見ても, 「わが国において最初に法務専管部署を設置した企業は三井物産であり, 1914 年に文書課として発足し, 1939 年に文書部に昇格, 初代の文書部長は弁護士であ」¹³⁾ ったといわれているが, それまでわが国の企業には, 法務部門という専任組織がなく, 上記に列挙したような機能を企業の中で誰かが担っていたわけである。前述のとおり, 今回調査結果によれば法務専門部署を擁している企業が大半であり, その約 1/4 が 1989 年以前, すなわち昭和の時代から擁しているという結果が出ているが, 1945 年以前に法務専門部署を設置していた企業は 11 社¹⁴⁾ で, 1960 年を境に増え始めたという歴史がある。当初は, 国際的なビジネスを

行っていた商社や商船会社などが国際渉外法務の専門家がほとんど国内に存在しなかった中で, 自前の専門家集団を育成, 組織化したことが企業内の法務部門の発祥だと思われるが, 高度経済成長時代の 1960 年代になると急速な工業化に伴う病理現象が顕在化, 複雑な因果関係論等を展開する公害訴訟対応などで代理人である外部の弁護士をサポートするための部隊として法務スタッフが形成されてきた。その後, 高度経済成長時代の終焉により, 輸出急増による貿易摩擦の激化, 新規事業の開拓, プラザ合意による円高に起因する拠点の現地化, バブルとその崩壊の過程での企業再編, 株主代表訴訟の増加, 規制緩和を中心とするビジネス法制の改革, 不祥事対応のための内部統制システム整備等の規制強化, グローバル競争の激化とサバイバル策の模索, といった事象を経る中で, 各企業の法務のスタッフが增強され, 専任組織が増えてきた。

企業の法務の機能について, ①臨床法務, ②予防法務及び③戦略法務に分けて語られることがある¹⁵⁾。臨床法務は, 紛争やトラブルが発生した後に措置を講じるもの, たとえば訴訟対応や債権回収などがこれに該当する。予防法務は, 紛争やトラブルの発生を未然に防止するための措置を講じるもの, たとえば契約作成や法務教育などがこれに該当する。戦略法務については, 諸説あるが, 筆者は, 企業の合法的・合理的な意思決定を法務部門が戦略的に主導して確保することだと考えている。株主利益最大化のために必要と思われる施策を提案することや, 個別のプロジェクトの中で株主利益最大化となるスキームを設計するようなことを念頭においている。具体的には, 有望な事業子会社がある場合のスピンオフ¹⁶⁾の提案, M&A におけるスキームの提案, グローバルグループマネジ

12) 小島ほか・前掲注 2)183 頁。

13) 高柳一男『国際企業法務』110 頁 (商事法務研究会, 2002)。

14) 高柳・前掲注 13)110 頁。

15) 高柳・前掲注 13)24 頁。

16) 1つの会社を資本関係のない2つの会社に分割すること。いわゆるコングロマリットディスカウントを解消して株主利益を最大化する方法として潜在的な需要は大きいと思われるが, 我が国の多くの経営者の株主利益最大化の意識が希薄であるため, 実施例は極めて少なく, 現実の需要がないことを理由に税制上の手当ても講じられていない。(草野耕一「M&Aの価値創造機能と課税」西村高等法務研究所編『西村高等法務研究所叢書① M&A

メントのための体制（事業形態、グループ間取引内容、出資比率など）の提案などである。よく、過去は臨床法務が中心で、そのうち予防法務に重心が移り、これからは戦略法務である、というように時系列的に論じられる場合があるが、筆者はこれらが必ずしも美しく時系列的に変遷してきているのではないと考える。臨床法務と予防法務はコインの表裏の関係であり、予防法務は臨床法務からのフィードバックにより進化し、これが新たな臨床法務を生み出す、という関係にあるのではないか。また、戦略法務は、臨床法務や予防法務とは次元が異なる概念で、臨床法務や予防法務の中にも戦略法務が存在し得る、戦略臨床法務や戦略予防法務というものも存在すると思う。たとえば、他社から特許抵触のクレームがあった場合に、単に当該クレーム対応措置に終始するのではなく、当該他社と自社が保有する特許とのクロスライセンスによる解決を図りつつ、クロスライセンスを梃子に当該自社特許の第三者への権利行使を図るという、株主利益最大化につながる施策を提案することである。

企業の法務部門の変遷やその業務内容について説明してきたが、筆者は、企業の法務部門の究極の役割は、企業の意思決定の合法性と合理性を確保することであり、合理性の基準は株主利益最大化原則¹⁷⁾に基づくべき、と考えている。企業の意思決定には株主総会決議事項から鉛筆一本の購入に至るまでさまざまなものがあるが、これらの意思決定が違法でないことと、株主利益最大化原則に鑑みて合理的であることを確保することが法務部門の役割と考える。臨床法務や予防法務に該当する業務も、個々の意思決定の集合体であり、そのつど合法性と合理性のスクリーニングを行うことである。例えば、前述の特許抵触の例でいえば、抵触の警告状を受領したときに徹底抗戦するか和解交渉をするか、徹底抗戦する場合に不抵触で戦うか、特許無効で

戦うか、または双方か、代理人を誰にするか、証拠・証人をどうするか、相手方の主張・立証により方針変更をするか、ライセンスによる和解を行う場合の条件をどうするか、など個々の意思決定の積み重ねである。それぞれの意思決定の際に、違法でないことを前提に、いくつかの選択肢の中からもっとも株主利益の最大化になる選択肢を選ぶということである。予防法務も同様である。新たに取り引を開始するに当たって売買基本契約を締結する場合に、その契約内容や契約締結そのものが違法でないことを前提に、当該基本契約締結により得られる価値とリスクとのバランスを評価し、最も株主利益最大化に資する内容で意思決定するということである。もちろん、企業内で毎日巨万とある意思決定のすべてを法務部門が審査することは不可能であるので、軽微なものについては、審査要領を作成・徹底した上で、審査権限を委譲するか、契約書の雛形のように、定型的な処理を行う場合には審査不要とするなどといった対応が必要となる。

筆者の主張する法務部門の究極の役割を果たすためには、企業の法務専任担当者は、①違法な内容や株主利益最大化の観点からは是とできない内容の意思決定がなされようとする場合に、毅然と「否」ということができることと②不断に企業活動を点検し合法性や合理性を確保するために必要と思われる施策については自らが提案することが必要である。①については、特に経営者と会社の利益が相反するような意思決定を行う場合には、自らの人事権を掌握する上司である経営者との間に挟まって、法務専任担当者は苦しむ場面があるだろうが、それでも毅然とした姿勢が必要である。企業（株式会社）の、合法的・合理的な意思決定の蓄積が、財・サービス・労働・資本等の各市場を介して広く社会に厚生をもたらすこととなるわけだが、企業の法務専任担当者はまさにこの厚生実現という公益

の新展開』60頁（商事法務、2007）、武井一浩「日本の経済成長への企業法制の役割・責任」商事法務1931号14頁、17頁（2011）参照。

17) 「株式会社の経営者は、株主利益を最大化するような経営を行う義務を負うということ」（落合誠一「新会社法講義第5回第2章株式会社の基本的特色(2)」法教311号28頁、30頁（2006））。

に資することを念頭に、企業的意思決定を行わせるという気概を持って職務を遂行すべきである。このような法務専任担当者の職務を効果的に遂行できる環境を整えるためにも、欧米のように社会的に認知された「企業内法曹」に昇華させるべきことについては後述する。

Ⅲ. 職業倫理の必要性

今回調査結果の中で、法務部門が外部の弁護士の「意見書」等を求めた理由について、「取締役の善管注意義務を果たすため」という回答が約50%の企業からあったということを紹介したが、ことほどさように企業の法務専任担当者の意識として「会社」のためと「取締役」のためと混同している。弁護士資格を持たない単なる被用者である法務専任担当者が大半を占める中、会社と雇用契約を締結しているからといって、事実上社長、人事部長、上司などの個人が生殺与奪の権限を持っている以上、無機質的な会社に対する忠誠心よりも社長等に対する忠誠心のほうを優先する意識を持ってしまうのは人間の弱い性のなせるわざかもしれない。しかし、社会の健全な発展のためには会社の合法的・合理的な意思決定を貫徹することが必須であることを肝に銘じて企業の法務専任担当者は職務を遂行しなければならないことは前述のとおりであり、また社長等の経営者は、ビジネス活動において会社の合法的・合理的な意思決定が企業ひいては公共の利益に資することを認識し、法務部門のそのような機能を当然のものとしてとらえるべきである。法治国家に身をおくものとして当然のことである。法務部門は会社を唯一の依頼人とする法

律事務所のような位置づけであり、弁護士が依頼人に対して有すべき職業倫理¹⁸⁾と同様の規律を、法律事務を行う企業の法務専任担当者は会社に対して有すべきである。すなわち、自由かつ独立な立場を堅持し、依頼者である会社の権利及び正当な利益の実現をはかり、秘密を保持しつつ、合法的・合理的な意思決定を確保するという企業の法務専任担当者の職務を遂行すべきであり、個人的利害や第三者（役員・従業員個人を含む。）の圧力による影響は排除しなければならない。外部の弁護士は、依頼者である企業から個別に受けた依頼業務をトリガーとしてしか業務を遂行できないが、企業内の法務部門は日常の意思決定に関わるものであるから、依頼者である会社の権利や正当な利益を実現し、株主価値最大化を図るための法務部門の機能は外部弁護士よりもはるかに重要である。その重要な機能を担う法務部門の職業倫理が強く求められる所以でもある。経営者やビジネスサイドからの圧力から独立し、公平無私に冷静に判断して、たとえ就労上の地位が脅かされようと、職業倫理をもって毅然と職務を遂行することが求められる。会社自体が売買対象となっている現在、特に会社と役員との利害が対立する可能性が高まっている中で、このような職業倫理を徹底することが、社会の健全な発展には必要であろう。

今回調査結果に見られるように、法務部門の存在感が高まっている中で、法務部門に上記の職業倫理を徹底しないと、下手に法律知識を持っている部隊だけに、例えば巧妙な違法行為の隠蔽や役員の実責任逃れの口実づくりなどに法務部門が加担することにもなりかねず¹⁹⁾²⁰⁾、かえってたちが悪い。東京証券取

18) 弁護士職務基本規程（日本弁護士連合会会規第70号）第三章依頼者との関係における規律参照。

19) 高柳一男「明治安田生命保険金の不当不払い事件における企業法務対応——メディア報道／インターネット情報ベースでの分析——（2005年12月15日研究会報告）」季刊企業と法創造2巻2・3合併号202頁、202頁（2006）によると、金融庁認定事項の中で「法務担当部が——不適切な記述が多数認められる「顧客対応マニュアル（Q&A）」を作成し、「正式な規程としてではなく」現場——に社外極秘で配布し、告知義務違反教唆を軽んじる風潮を助長した」とあり、「顧客対応マニュアル（Q&A）」は、保険金部門担当専務取締役と取締役法務部長が作成したもので、「不適切な記述」とは、告知義務違反教唆があっても告知義務違反を常に問うと解釈され得るような文言（「苦情1回目は払うな——本社主導「悪質」マニュアル」毎日新聞朝刊2005年9月16日）との記載があり、法務部門が違法行為に加担したかのような事例が紹介されている。

20) 「新日鉄の仮面を剥ぐ内部告発」FACTA39号26頁（2009）では、「法務部門等の管理部門も業界内で『な

引所に上場する企業の多くが買収防衛策導入に走る²¹⁾とともに株式持合いも解消していない²²⁾が、これらは経営者の保身効果にもつながるものであり、各企業におけるそれぞれの意思決定について、法務部門に求められるべき上記の職業倫理が働き、株主利益最大化の観点から合理的な判断がなされたかどうか疑念が残る。

IV. 欧米の企業内法曹

米国の企業の法務部門のスタッフは弁護士資格保有者である。また、欧州では必ずしもすべてが弁護士資格保有者とは限らない²³⁾²⁴⁾が少なくとも弁護士と同程度の能力を持つとみなされる法律学位保有者である²⁵⁾。米国では、米国法曹協会 (American Bar Association, 以下「ABA」という。) の会員弁護士数が約 40 万人²⁶⁾ いるのに対して、企業内法曹協会 (Association of Corporate Counsel, 以下「ACC」という。) の会員数は 2 万 8 千人²⁷⁾ と 6.5% を占めている。欧州では、欧州 31 カ国の法曹協会を正会員とする欧州弁護士会評議会 (Council of Bars and Law Societies of Europe, 以下「CCBE」

という。) の会員弁護士数が約 100 万人²⁸⁾ いるのに対して、欧州 22 カ国の企業内法曹協会の上位機関である欧州企業内法曹協会 (European Company Lawyers Association, 以下「ECLA」という。) の会員数が 3 万 2 千人²⁹⁾ と 3.2% を占めている。もちろん、会員として組織化されている比率がどの程度か不明であるので、この数字を直接採用することは適切でないかもしれないが、この数字を見る限り、企業内法曹の弁護士総数に対する比率は、欧米のほうが日本³⁰⁾ よりも低い。ただ、これは弁護士総数の桁が違うことが主因であり、欧米の企業内法曹が決して充実していないわけではない。現に絶対数で見ると欧米の企業内法曹は日本の法務専任担当者数よりもはるかに人数が多い。ACC が設立されたのが 1982 年、ECLA が設立されたのが 1983 年であり、いずれも第二次世界大戦後の規制緩和による経済の国際化と、市民や消費者を保護するための規制強化の動きの中で、企業内法曹の員数が飛躍的に増えたことに起因し、比較的歴史の新しい職業団体として発足した。

米国では企業内法曹のすべてが弁護士資格保有者であり、各州毎に採択された法曹倫理

かよしクラブ』を作り——情報交換や懇親を行っている」として公正取引委員会に対する課徴金減免申告の法務部門間で事前協議がなされたかのような事例が紹介されているとともに、カルテル事件にからむ総務部長の隠蔽工作があったとの内部告発を紹介している。

21) MARR189 号 25 頁 (2010) によると、2010 年 5 月末日時点の買収防衛策導入社数 547 社と減少傾向ではあるがまだ相当数の企業で導入している。

22) 伊藤正晴「銀行を中心に、株式持ち合いの解消が進展——株式持ち合い構造の推計：2010 年版——」(2010) (<http://www.dir.co.jp/souken/research/report/capital-mkt/cross-share/10112501cross-share.pdf>, 2011 年 7 月 10 日最終閲覧) が 2009 年度の株式持ち合い状況を分析しているが、2008 年度に比べて、持ち合いを行っている企業数、持ち合い株の比率 (対市場全体) は減少・低下したものの、事業会社の約半数及び銀行の 90% が持ち合い株式を保有しており、持ち合い株の比率 (対市場全体) は金額ベースで 6.5%、株数ベースで 4.9% を占めている。

23) 高柳・前掲注 13)47 頁に欧州各国の企業内法曹協会の加入条件が紹介されているが、その資格要件として、オランダは「オランダの大学で修士号取得試験に合格もしくはこれと同等な法学教育を受けた者と協会の理事長が認めた者」と、ベルギーは「法学博士又は法学位取得者」と、イタリアは「法律の学位を有する者」となっており、弁護士資格保有者以外の者も加入できる。

24) 高柳・前掲注 13)33 頁に「企業法務部門についての日仏比較」表があるが、1999 年調査によれば、フランス企業においては、法学修士 69%、弁護士資格試験合格者 11%、法学士 16% となっている。

25) 高柳・前掲注 13)4 頁。

26) http://www.americanbar.org/utility/about_the_aba.html (2011 年 7 月 10 日最終閲覧)。

27) <http://www.acc.com/> (2011 年 7 月 10 日最終閲覧)。

28) <http://www.ccbe.eu/index.php?id=375&L=0> (2011 年 7 月 10 日最終閲覧)。

29) <http://www.ecla.org/> (2011 年 7 月 10 日最終閲覧)。

30) 今回調査結果の法務専任担当者数が 7,189 人で、本年 7 月 1 日現在の日本弁護士連合会の会員弁護士数が 30,469 人で、比率は 23.6% となる。

規程に服しているが、各州の法曹倫理規程のモデル規程である ABA が定める法曹行動規範モデル規程 (Model Rules of Professional Conduct) には、企業内法曹を含む組織内法曹についての条項³¹⁾があり、組織の構成員である役職員が、組織の義務違反又は違法となる行為を行い又は行おうとすることを組織内法曹が知った場合で、その行為により組織に損害が発生する恐れがある場合の行動規範

を規定している。組織にとり最善 (best interest) となる施策を採るべきこと、組織の上位機関への報告、情報開示権などが規定されている。ACC では、この ABA のモデル規程をベースに、より企業内法曹の業務に適した企業内法曹倫理 (In-House Counsel Ethics)³²⁾を策定し会員に徹底している。

豪州企業内法曹協会 (Australian Corporate Lawyers Association, 以下「ACLA」という。)

31) Rule 1.13 Organization As Client

(a) A lawyer employed or retained by an organization represents the organization acting through its duly authorized constituents.

(b) If a lawyer for an organization knows that an officer, employee or other person associated with the organization is engaged in action, intends to act or refuses to act in a matter related to the representation that is a violation of a legal obligation to the organization, or a violation of law that reasonably might be imputed to the organization, and that is likely to result in substantial injury to the organization, then the lawyer shall proceed as is reasonably necessary in the best interest of the organization. Unless the lawyer reasonably believes that it is not necessary in the best interest of the organization to do so, the lawyer shall refer the matter to higher authority in the organization, including, if warranted by the circumstances to the highest authority that can act on behalf of the organization as determined by applicable law.

(c) Except as provided in paragraph (d), if

(1) despite the lawyer's efforts in accordance with paragraph (b) the highest authority that can act on behalf of the organization insists upon or fails to address in a timely and appropriate manner an action, or a refusal to act, that is clearly a violation of law, and

(2) the lawyer reasonably believes that the violation is reasonably certain to result in substantial injury to the organization,

then the lawyer may reveal information relating to the representation whether or not Rule 1.6 permits such disclosure, but only if and to the extent the lawyer reasonably believes necessary to prevent substantial injury to the organization.

(d) Paragraph (c) shall not apply with respect to information relating to a lawyer's representation of an organization to investigate an alleged violation of law, or to defend the organization or an officer, employee or other constituent associated with the organization against a claim arising out of an alleged violation of law.

(e) A lawyer who reasonably believes that he or she has been discharged because of the lawyer's actions taken pursuant to paragraphs (b) or (c), or who withdraws under circumstances that require or permit the lawyer to take action under either of those paragraphs, shall proceed as the lawyer reasonably believes necessary to assure that the organization's highest authority is informed of the lawyer's discharge or withdrawal.

(f) In dealing with an organization's directors, officers, employees, members, shareholders or other constituents, a lawyer shall explain the identity of the client when the lawyer knows or reasonably should know that the organization's interests are adverse to those of the constituents with whom the lawyer is dealing.

(g) A lawyer representing an organization may also represent any of its directors, officers, employees, members, shareholders or other constituents, subject to the provisions of Rule 1.7. If the organization's consent to the dual representation is required by Rule 1.7, the consent shall be given by an appropriate official of the organization other than the individual who is to be represented, or by the shareholders.

32) 全文は会員以外には公表されていないが目次は以下のとおりであり、ABA のモデル規程の特に Rule 1.13 の具体的な運用について記載されているようである。

Table of Contents

● Introduction

● Who is the Client? (Reporting Up the Ladder)

○ Model Rule 1.13: Organization as Client

- "Related to the Representation"
- "Gravity of the Wrongdoing"
- Duty of Loyalty
- Duty of Care

とニュージーランド企業内法曹協会（Corporate Lawyers Association of New Zealand, 以下「CLANZ」という。）が共同で作成した企業内法曹倫理（Ethics for In-house Counsel）では、企業内法曹の最善実行指針（Best practice guidelines）のなかで、「企業内法曹は、常に依頼者である組織の最善（the best interest）のために行動しなければならない。——企業内法曹は、専ら組織のために行動すべきであり、いかなる個人のために行動する

ものでもない。——企業内法曹は、株主の正当な利益（the legitimate interest）を斟酌しなければならない。」と明記している³³⁾。

CCBEが定める法曹倫理行動規範（Code of Conduct and Ethics for Lawyers）第2条³⁴⁾では「——個人的な利害や外部の圧力から生ずるすべての影響から絶対的に独立しなければならない。——」と法曹の独立性について規定している。そして、ECLAはこのCCBEの法曹倫理行動規範を採択し、各国の加盟協

■ “Substantial Injury to the Organization”

○ What Action Should the Lawyer Take?

○ Sarbanes-Oxley Act: “Reporting Up the Ladder”

○ Qualified Legal Compliance Committee

■ Corporate Ladder Analysis Under Model Rule 1.13

■ Reporting Up the Ladder for Lawyers Subject to the SEC Rules on Attorney Conduct Without a Qualified Legal Compliance Committee

■ Reporting Up the Ladder With a Qualified Legal Compliance Committee

○ Shareholders’ Derivative Action

○ ACC Resources

○ Other Resources

○ Sample Forms

● Conflicts of Interest

○ Model Rule 1.7: Current Clients

○ Model Rule 1.9: Former Clients

○ Working for Competitors

○ Waiver: Consent to Future Conflict

○ Model Rule 1.8: Doing Business with Clients, Prohibited Transactions

○ ACC Resources

○ Other Resources

● Client Confidentiality

○ Model Rule 1.6: Client Confidentiality

○ Which Communications are Governed by the Rule??

○ Preserving Confidentiality: The Attorney Client Privilege and Work Product Doctrine in the In-House Environment

○ “Over-the-Transom” Disclosure: Handling Inadvertently Received Privileged or Confidential Documents

○ Legal Advice/Business Advice

○ ACC Resources

● Multijurisdictional Practice

○ Model Rule 5.5: Multi-jurisdictional Practice and Unauthorized Practice of Law

○ ACC Resources

33) ACLA et al., Ethics for In-house Counsel 5 (2004) (http://www.clanzonline.org/wp-content/uploads/2008/07/ACLA-CLANZ_Ethics_Handbook.pdf, 2011年7月10日最終閲覧)。

34) 2.1. Independence

2.1.1. The many duties to which a lawyer is subject require the lawyer’s absolute independence, free from all other influence, especially such as may arise from his or her personal interests or external pressure. Such independence is as necessary to trust in the process of justice as the impartiality of the judge. A lawyer must therefore avoid any impairment of his or her independence and be careful not to compromise his or her professional standards in order to please the client, the court or thirdparties.

2.1.2. This independence is necessary in non-contentious matters as well as in litigation. Advice given by a lawyer to the client has no value if the lawyer gives it only to ingratiate him- or herself, to serve his or her personal interests or in response to outside pressure.

会に対し、この規範及び懲戒規則を遵守させることを指導している³⁵⁾。

ベルギーでは、2000年に企業内法曹協会(Institute des Juristes d'entreprise, 以下「IJE」という。)の設立を認める法律が成立し、①倫理規範に違反した場合の懲戒機関を整備することを条件に企業内法曹をプロフェッションとして認知すること②協会に加入することにより「企業内法曹」(Juristes d'entreprise)という資格名称の使用が許されること③依頼者の秘匿特権³⁶⁾を主張できること④協会への入会資格は i 法学博士又は法学士であり、ii 企業との契約により職業専門家としての企業に対して法的サービスを提供できる状況にあると IJE が判断すること、となっている³⁷⁾。IJE の倫理規範 (Code de Déontologie) の第 4 条に独立性、第 5 条に忠実義務等が規定されている³⁸⁾。

このように欧米においては企業内法曹が専門的な職業 (プロフェッション) として認知されており、企業内法曹の職業団体が独立して存在し、当該団体が定める倫理規範・懲戒規定に基づき、唯一の依頼者である企業 (会

社) に対して、独立性を保持してサービスを提供する社会的な仕組みが整っており、また経営者も含めて社会全体がこれを認知している。

V. わが国の今後の方向性

現在法務省法制審議会会社法制部会において議論されている会社法改正の中で、コーポレート・ガバナンス改善のための機関構造等が俎上に上っているが、この背景の一つとして、「我が国上場会社等のコーポレート・ガバナンスに」対する「内外の投資者等から強い懸念」³⁹⁾があるとしている。この強い懸念は、ROE (自己資本利益率) について、日本企業の平均が欧米等諸外国に比べて著しく低いこと⁴⁰⁾に示されるように、株主利益最大化に向けた経営が不十分であることに起因するとも言え、株主利益最大化のための意思決定を確保すべく、独立社外取締役等を含めた機関構造の改善が議論されていると認識する。このような機関構造の改善は、株主利益を意識した意思決定には少しは貢献するかも

35) 高柳・前掲注 13)56 頁。

36) 弁護士等代理人との間の秘密伝達情報の開示を拒否することができる本人の特権。

37) 高柳・前掲注 13)73 頁。

38) **Article 4 : Indépendance intellectuelle**

Le juriste d'entreprise exerce sa profession en toute indépendance intellectuelle. Il est conscient que la valeur de ses avis repose sur une objectivité et une intégrité intellectuelle absolues et s'engage à respecter ces principes, quelles que puissent être les circonstances ou les influences auxquelles il pourrait être soumis.

Article 5 : Exercice de la profession

Le juriste d'entreprise est conscient que l'objectivité et la qualité de ses avis sont à la fois fonction d'une connaissance approfondie de la loi, de l'entreprise dans laquelle il exerce sa fonction et du secteur dans lequel cette entreprise évolue. Il est conscient qu'une formation continue est indispensable pour lui permettre de se tenir au courant des nouveautés qui concernent l'entreprise dans laquelle il exerce sa fonction.

Le juriste d'entreprise exerce sa profession avec discernement, diligence et prudence. Il défend avec loyauté et bonne foi les intérêts de son entreprise, des entreprises qui lui sont liées et, s'il est employé par une fédération d'entreprises, des entreprises membres de cette fédération d'entreprises.

Le juriste d'entreprise veille à promouvoir l'application de la loi au sein de son entreprise. A cette fin, il veille à informer dans les meilleurs délais ses collègues sur les conséquences des nouvelles législations qui concernent son entreprise ou le secteur dans lequel elle évolue. Conscient de la technicité de certaines lois, il s'efforce de recourir, dans les avis et les conseils qu'il donne, à un langage clair et s'assure que la teneur de ses avis est bien comprise par ses interlocuteurs.

39) 「企業統治の在り方についての最近における主な指摘」法務省法制審議会会社法制部会第 1 回会議 (平成 22 年 4 月 28 日開催) 参考資料 1, 1 頁 (2010) (<http://www.moj.go.jp/content/000046835.pdf>, 2011 年 7 月 10 日最終閲覧)。

40) 「投資家から見た株式市場の課題について (岩間陽一郎参考人作成)」法務省法制審議会会社法制部会第 2 回会議 (平成 22 年 5 月 26 日開催) 参考資料 7, 6 頁 (2010) (<http://www.moj.go.jp/content/000047603.pdf>, 2011 年 7 月 10 日最終閲覧)。

しれないが、筆者は企業の法務専任担当者が「法曹」としての職業倫理を堅持し、経営者等の圧力の影響から独立して合法的・合理的な意思決定を導くことができれば、最も効果的なコーポレート・ガバナンス改善につながるのではないかと考える。

前述のとおり、人数的には法律事務職域の一大勢力となった企業の法務専任担当者であるが、その構成員の実態を見ると、魑魅魍魎が跋扈する世界といってもいいほど、学歴、職歴、能力などが多様な者の集まりである。職業倫理教育を受けたと思われる弁護士資格保持者や法科大学院修了者はほんの一部いるものの、キャリアアップの過程でたまたま在籍している者や、会社のためではなく経営者のためにもっぱら働いている者、ひどいケースでは違法行為や経営者の責任転嫁に荷担する者などなど、今のままでは企業内の法務専任担当者を到底専門的な職業人（プロフェッショナル）として認知できるものとはいえない。企業の法務専任担当者の自覚を促すことにより企業内法曹へと昇華できればいいが、雇用契約上の強い従属関係におかれる者に、法曹としての倫理性と独立性を求めても、理解力と自信のある経営者と信念を貫く法務専任担当者がある企業以外では、今のままではあまり期待できない。企業の法務部門の役割が会社の意思決定の合法性・合理性を確保することであるならば、その機能は取締役・執行役の業務執行の適法性（善管注意義務違反を含む。）監査を行う監査役や監査委員会の機能と重複するところが大きいので、法務部門を代表取締役・代表執行役傘下の執行系列からはずして、監査系列に組織上位置づけ、一部の企業で見られる監査スタッフの人事についての同意権を監査役が有するとしている⁴¹⁾のと同様に、人事権も監査系列に持たせることにより、独立性を確保することがひ

とつ考えられる。ただ、監査役や監査委員会の機能が十分果たされているのであれば、コーポレート・ガバナンス改善の議論も出て来なかったはずであり、監査系列に位置づけるだけでは効果はないかもしれない。これは、わが国の多くの企業で見られるように、監査系列が実質的に執行系列の支配下に置かれていることが原因であり、このような企業においては、上記のような仕組みをとったとしても、監査系列の人事権による従属関係は残り、監査系列の人事権も執行系列の意向に従いかねず、機能しない結果となりかねない。やはり、本質的に解決するためには、欧米の歴史に見られるように、企業の法務専任担当者を企業内法曹という専門的な職業人（プロフェッショナル）として法的に認知したうえで、企業内の法律事務は企業内法曹に独占的に行わせるものとし、会社の意思決定における拒否権⁴²⁾を、会社のルールで法務部門にもたせることである。また、個人を会員とする企業内法曹の職業団体を設けて、当該職業団体のルールで厳格に倫理規範を遵守させることである。この場合、米国のように弁護士が企業内法曹となる方法もあれば、ベルギーのように企業内法曹を、例えば「企業法務士」⁴³⁾のような名称の弁護士とは異なる資格として認める方法とがある。我が国の企業の法務専任担当者の員数が1万人近くの規模となっており、今後の需要も考えると、現在問題となっている司法試験合格者や法科大学院修了者の就職先としての大きな受け皿ともなりえ、法曹志望者の減少傾向という忌々しき傾向にもストップをかけることができることになるかもしれない。法曹が、単なる個人や法人の代理人としてではなく、社会のニーズに対応して、民間企業を含む各種の組織に浸透し、法の支配の理念の下、その健全な運営に貢献することが求められる⁴⁴⁾と

41) アサヒビール株式会社の例、(http://www.asahibeer.co.jp/csr/mng/mng_01.html, 2011年7月10日最終閲覧)。

42) フランス企業の85%以上が法務部門に拒否権(veto)を持たせている。高柳・前掲注13)33頁参照。

43) 新堂幸司先生は、「法務マンのためのマニュアル『法務士倫理』の制定」をかつて提起された(新堂幸司「法務マンのアイデンティティ」NBL488号13頁(1992))。

44) 「今後は、弁護士が、個人や法人の代理人、弁護士としての活動にとどまらず、社会のニーズに積極的に対応し、公的機関、国際機関、非営利団体(NPO)、民間企業、労働組合など社会の隅々に進出して多様な機能を発

した、司法制度改革の理念にも合致する。

但し、企業内法曹という専門的な職業（プロフェッション）を確立するためには、企業内法曹として必要な知識やスキルを、職業倫理を含めて徹底的に教育する必要がある。訴訟法務中心の現在の法曹養成教育の改善・充実が必要となろう。会社法、税法、独禁法等の法律科目はもとより、ファイナンス理論、交渉学、企業会計などの分野は企業内法曹となるには必修すべきであると思うが、法科大学院でこれらの科目を完備しているところは、少なくとも筆者の知る限り、存在しない。また、これにあわせて、受験勉強に集中せざるを得ない状況をもたらしている司法試験制度の資格試験化等による改善・検討もあわせて必要となろう。さらに、現状の弁護士倫理も含めて、法曹としての倫理規範の遵守を、もっと効果的に徹底できるための制度整備も必要となろう。

跋扈する魑魅魍魎を駆逐し、健全な企業内法曹による合法的・合理的な企業的意思決定が確保されることにより、資本市場からの信頼を取り戻し、我が国経済が健全に発展するためのひとつの施策として検討する価値はあると思われる。

(からつ・けいいち)

揮し、法の支配の理念の下、その健全な運営に貢献することが期待される。」（平成13年6月12日、司法制度改革審議会 司法制度改革審議会意見書 III 司法制度を支える法曹の在り方 第3 弁護士制度の改革 2. 弁護士の活動領域の拡大 <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai62/pdfs/62-3.pdf>, 2011年7月10日最終閲覧）。

論説

デジタル時代の事件報道に関する法的問題

東京大学准教授

穴戸常寿

I. はじめに

II. 事件報道と名誉毀損

- 1 相当性の法理と事件報道
- 2 事件報道と実名報道

III. 前科の公表

- 1 ノンフィクション「逆転」事件判決
- 2 検討

IV. 事件報道に対するデジタル化の影響

- 1 デジタルデータの特徴
- 2 “Web2.0”における地理・空間の相対化

V. 事件報道とインターネット上での記事配信

- 1 事件報道のあり方
- 2 ネット上での記事配信

VI. デジタル化と記事データベース

- 1 記事データベースの性格
- 2 事件報道のデータベース上での取り扱い

I. はじめに

インターネットの普及とデジタル化の進展によって、名誉・プライバシーに関する伝統的な法理は、様々な角度から再検討を迫られている。本稿では、報道の自由と人格権の調整という古典的論点の変容について、従来の法理を参考に、今後どのような対応がマスメディアに求められるのか、考えてみることにしたい。

日本新聞協会の「新聞・通信社の電子・電波メディア現況調査」(2011)によると、2010年には有料の電子新聞サービスが本格的に開始されるとともに、新聞協会加盟新聞・通信110社のうち34社が、ウェブ上で配信している記事にソーシャルブックマークを付す、「つぶやく」(twitter)、「いいね!」(facebook)ボタンによって記事を共有する等、ソーシャルメディアに対応するサービスを提供するようになっている。また、記事データベース提供事業には既に56社が参入している¹⁾。

しかし、このようにマスメディアがデジタル事業へ進出することによって、報道による直接的侵害とは別に、事件報道に接した一般ユーザ自らが直接知っている関連情報を発信したり、容疑者の親族関係・住所等の個人情報

1) 新聞協会企画開発部企画開発担当「2011年新聞・通信社の電子・電波メディア現況調査 有料コンテンツさらに発展——各社が電子版を創刊」新聞研究718号78頁(2011)。

報を検索・調査して公開したりといった、ネット上でのいわば2次被害、3次被害を誘発するような事態も生じている。こうした人格権侵害の法的責任を第一次的に負うのはもちろん当該表現者であるが、そのきっかけとなったマスメディアの報道は、ただ利用されただけであって被害の拡大とは無縁と言い切れるか、少なくとも倫理的責任を追及される余地はないであろうか。

こうした観点から、実名報道や前科の公表を含む事件報道のあり方、ネット上での記事配信や記事データベースのあり方について問題の所在を検討してみようというのが、本稿の目的である。前科の公表は特殊な態様とはいえ人格権侵害一般を考える上でのパラダイムたり得るし、また、記事データベースの問題も報道界の取り組みに蓄積のある分野であるから²⁾、デジタル時代の人格権侵害とそれへの対応を考える出発点としては、適切であるように思われる。

II. 事件報道と名誉毀損

1 相当性の法理と事件報道

議論の出発点として、犯罪報道と不法行為の関係を簡単に整理しておきたい³⁾。まず、人の社会的評価を表現活動によって低下させることは名誉毀損に当たるが、刑法230条の2は「前条第1項の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。」と定め(1項)、さらに「前項の規定の適用については、公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実は、公共の利害に関する事実とみ

なす。」(2項)としており、この尺度は民法でも適用される。

さらに、最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁⁴⁾以降の判例により、「もし、右事実が真実であることが証明されなくても、その行為者においてその事実を真実と信ずるについて相当の理由があるときには、右行為には故意もしくは過失がなく、結局、不法行為は成立しない」という相当性の法理が確立している。民事裁判における同法理の適用に関する一般的な指針としては、報道機関が特別の調査権限を有していない反面、報道の迅速性が要請されることから、裏付け資料に高度の確実性は要求できず、報道機関をして一応真実であると思わせるだけの合理的な資料または根拠があることをもって免責を認めるべきだとした裁判例(東京高判昭和53年9月28日判時915号62頁)がある。この指針は報道の自由に十分配慮しており、正当なものといえよう⁵⁾。

事件報道に関する裁判例では、最判昭和47年11月16日民集26巻9号1633頁が、捜査当局が公に発表していない段階で捜査の進展を報道したというケースで、「更に慎重に裏付け取材をすべきであった」として、相当の理由を認めていない⁶⁾。これに対して東京地判平成2年3月23日判時1373号73頁は、警察の逮捕の実名報道について結果的に被疑事実が成立しなかったというケースに関わるものであるが、「犯罪捜査にあたる警察署の捜査官が、捜査結果に基づいて判明した被疑事実を記者発表の場などで公にしたような場合には、その発表内容に疑問を生じさせるような事情がある場合は格別、そうでない限りは、当該事実を真実と信じたとしても相当な理由があるというべきである」としている。

こうしてみると、相当性の法理の運用が、

2) 堀部政男「判批」ジュリ1053号85頁、87頁参照(1994)。報道界の取り組みについては、個人情報保護と取材・報道研究会「記事データベースと個人情報保護をめぐって——今後も求められる自主的な対応策」新聞研究580号21頁(1999)、「【特集】最新データベース事情」新聞研究681号10頁参照(2008)。

3) 文献は数多いが、まず成田喜達「犯罪報道と名誉毀損」竹田稔＝堀部政男編『新・裁判実務大系9 名誉・プライバシー保護関係訴訟法』11頁参照(青林書院、2001)。

4) まず淡路剛久「判批」メディア判例百選50頁参照(2005)。

5) 竹田稔『プライバシー侵害と民事責任(増補改訂版)』304頁参照(判例時報社、1998)。

6) 尾島茂樹「判批」前掲注4)54頁参照。

事件報道の力点は容疑者逮捕の瞬間にある、という想定に基づくことに気づかされる。世間一般の受け止め方としても、裁判所による有罪・無罪の認定よりも「逮捕された」という事実により重きを置く傾向があるが、そのことと相互作用する形で、逮捕に最大の報道価値（ニュースバリュー）を認める「逮捕時中心主義」が現在の報道現場でもなお通用している。そして逮捕された容疑者が、後の捜査の進展によって不起訴処分とされたり、公判で無罪判決を勝ち取ったりしても、逮捕時の報道に警察の発表を理由に「相当の理由」が認められるという形で、マスメディアに対する法的バックアップが手当てされてきたもの、と見ることができる。

2 事件報道と実名報道

刑法 230 条の 2 第 2 項が「公共の利害に関する事実」として認めているとおり、事件報道には公共的性格があるものと考えられている。日本新聞協会「裁判員制度開始にあたっての取材・報道指針」(2008)⁷⁾等によれば、その理由としては、①真実解明機能、②犯罪再発の防止機能、③被害の予防機能、④社会的関心の充足機能、⑤捜査・裁判権力の監視機能等が挙げられている。なるほど、殺人犯が逃亡中であるというような事態や、振り込み詐欺事件等のことを考えると、②③の機能があるということは確かであろう。しかしそれは個々の事件報道に即して語り得るものであって、全体としての事件報道が直ちにこうした諸機能を果たしているとは限らない。個々の事件の性格や報道の内容を問わず、いかなる事件報道でも公共的なものとして人権侵害が容認されるはずもないことは、当然である。

また従来、事件報道は実名報道が原則であるとされてきた⁸⁾。実名を挙げて報道することで読者や視聴者に対する事実の訴求力が異

なること、実名報道が権力の追及につながることで、被害者の中にも実名で訴えたい人もいること、実名で取り上げることが人間の尊厳につながるのであって匿名化は逆に尊厳を奪うこと等の事情が、実名報道原則を支える理由として挙げられている⁹⁾。これらの理由はいずれも、上述した事件報道の公共性一般と重なるところが大きいが、とりわけ実名で真実に迫ることによって報道機関と事件の間に緊張感をもたらすことが、実名報道の固有の意義と考えられる。

こうした実名報道原則の意義は、裁判例でも承認されている。書類送検の事実を容疑者の実名しかも呼び捨てで報道したことの責任が争われた「呼び捨て訴訟」で、名古屋高判平成 2 年 12 月 13 日判時 1381 号 51 頁は、「報道における被疑者の特定は、犯罪ニュースの基本的要素であって、犯罪事実自体と並んで公共の重要な関心事である」と認め、その特定の方法・程度は「犯罪事実の態様、程度及び被疑者の社会的地位、特質（公人たる性格を有しているか）、被害者側の被害の心情、読者の意識、感情等を比較考量し、かつ、人権の尊重と報道の自由ないし、知る権利の擁護とのバランスを勘案しつつ、慎重に決定していくほかない」と述べていた。

これに対して最近では、実名報道に対する批判も高まっており、その一例を福岡高裁那覇支判平成 20 年 10 月 28 日判時 2035 号 48 頁に垣間見ることができる。このケースは、中学校教員が少女とみだらな行為をしたとして逮捕されたことが実名報道されたというものである。裁判所は、実名報道それ自体については名誉毀損を認めなかったにもかかわらず、次のように指摘している。

「逮捕された事実が一度実名で報道されると、後に、その事実について無実であったことが判明し、あるいは、起訴されずに手続が終了したような場合に、事後的に名誉を回復することは極めて困難であるから、このよう

7) http://www.pressnet.or.jp/statement/report/080116_8.html, 2011 年 7 月 27 日最終閲覧。

8) この問題については竹田・前掲注 5)325 頁以下、喜多村治雄「実名報道と人格権侵害」竹田＝堀部編・前掲注 3)326 頁参照。

9) 日本新聞協会編集委員会『実名と報道』44 頁以下 (2006)。

な観点からすれば、逮捕された事実を報道しておきながら、その後の手続経過（控訴人が本件被疑事件について起訴猶予処分とされた事実など…【中略】…）については、もはやニュースバリューがないとしてこれを報道しないという姿勢にも、報道機関の在り方として考えるべき点があるように思われる。

一般に重大事件の場合には、取材が逮捕時で止むことはなく、判決が出るまで後追い報道がなされるため、無罪判決が報道されることをまだしも期待することができよう。しかし、窃盗・痴漢等の「軽微」な事件報道による人権侵害の問題はこれまで看過される傾向があったように思われる。マスメディアが、逮捕時には報道価値があるとしてその事実を報道したにもかかわらず、例えば微罪処分が終わったことについては報道しないというダブル・スタンダードでよいのかという問題提起は、報道の自由の重要性を踏まえたとしても、なお真剣に受け止める必要があろう。

日本弁護士連合会は「人権と報道に関する宣言」（1987）において、実名報道の原則を止め、匿名報道の範囲を広げていくべきだとアピールし¹⁰⁾、その12年後の「報道のあり方と犯罪被害の防止・救済に関する決議」（1999）でも、匿名報道とすべき範囲の拡大を求めている¹¹⁾。実名報道にとっての状況はますます厳しくなっていることを、報道現場も十分認識しておくべきように思われる。

Ⅲ. 前科の公表

1 ノンフィクション「逆転」事件判決

前科は刑罰を科せられたという犯罪経歴そのものであるから、本来は「公共の利害に関する事実」として報道に値し、その意味でパブリック・レコードに属するものである。それがなぜ名誉・プライバシーと同様に人格

権の一内容として保護されるのかについて、実は明確な決着がとれているわけではない。

この問題についてのリーディングケースは、周知のとおり、ノンフィクション「逆転」事件の最高裁判決（最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁）である。同判決の要旨は、次のとおりである。

(1)「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから、その者は、みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有するものというべきである…【中略】…そして、その者が有罪判決を受けた後あるいは服役を終えた後においては、一市民として社会に復帰することが期待されるのであるから、その者は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穩を害されその更生を妨げられない利益を有するというべきである」。

(2)「もともと、ある者の前科等にかかわる事実は、他面、それが刑事事件ないし刑事裁判という社会一般の関心あるいは批判の対象となるべき事項にかかわるものであるから、事件それ自体を公表することに歴史的又は社会的な意義が認められるような場合には、事件の当事者についても、その実名を明らかにすることが許されないとはいえない。また、その者の社会的活動の性質あるいはこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによっては、その社会的活動に対する批判あるいは評価の一資料として、右の前科等にかかわる事実が公表されることを受忍しなければならない場合もあるといわなければならない…【中略】…。さらにまた、その者が選挙によって選出される公職にある者あるいはその候補者など、社会一般の正当な関心の対象となる公的立場にある人物である場合

10) http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/1987/1987_1.html, 2011年7月27日最終閲覧。

11) http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/1999/1999_3.html, 2011年7月27日最終閲覧。

には、その者が公職にあることの適否などの判断の一資料として右の前科等にかかわる事実が公表されたときは、これを違法というべきものではない。

(3)「そして、ある者の前科等にかかわる事実が実名を使用して著作物で公表された場合に、以上の諸点を判断するためには、その著作物の目的、性格等に照らし、実名を使用することの意義及び必要性を併せ考えることを要するというべきである」。

(4)「要するに、前科等にかかわる事実については、これを公表されない利益が法的保護に値する場合があると同時に、その公表が許されるべき場合もあるのであって、ある者の前科等にかかわる事実を実名を使用して著作物で公表したことが不法行為を構成するか否かは、その者のその後の生活状況のみならず、事件それ自体の歴史的又は社会的な意義、その当事者の重要性、その者の社会的活動及びその影響力について、その著作物の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性をも併せて判断すべきもので、その結果、前科等にかかわる事実を公表されない法的利益が優越するとされる場合には、その公表によって被った精神的苦痛の賠償を求めることができるものといわなければならない」。

2 検討

判旨(1)については、プライバシーという表現が慎重に避けられている点が注目される。それ故に学説上は、前科の公表によって損なわれる保護法益は、みだりに前科を公表されないことによって更生し社会に復帰するという刑事政策上の利益である¹²⁾、あるいは更生によって得た現状の社会的評価という実体的な名誉・信用である¹³⁾との理解も

有力に主張されている。もっとも、後の長良川リンチ殺人事件判決(最判平成15年3月14日民集57巻3号229頁)¹⁴⁾は、本判決をプライバシー権に関する先例として捉えている。ここでは対立の詳細には立ち入らず、保護法益に対してこのような見解の対立があること自体、前科の公表による不利益の構造を反映したものであることを指摘するとどめたい。前科の公表は、既に形成された家庭生活、職業生活等に不利益をもたらす点で、単なる自己情報コントロール権の侵害とは異なって実体的な損害を発生させるものであり、そのことを伝統的な不法行為法上のプライバシーと説明するか、あるいは刑事政策上の利益と見るかが問題になるのである¹⁵⁾。

判旨(4)は、前科の公表が許されるか否かの最終的な判断枠組として、利益衡量論を採用しているが、その前提として判旨(1)(2)では、前科が一定の法的保護に値するようになる理由について述べている。報道機関・公衆・被害者三者の視点から見れば、一般に事件や有罪判決から時間が経過するほど報道価値が低くなり、また、当初高かった公衆の関心が次第に減少していく反面、有罪判決を受け刑の執行が終わった者にとっては、時間が経つにつれて更生の機会を得て、新たな生活関係を形成しているという関係にある。こうした「時の経過」論が、本判決では採用されたものと理解されている¹⁶⁾。

判旨(2)は、前科の公表について、最初の逮捕時点あるいは有罪判決が出た時点ではなく、前科を公表する時点での歴史的・社会的意義等を考慮しており、さらに判旨(3)は、その著作物の目的・性格等を問題にしている。事件報道に関連して前科を公表する場合には、その時点での報道に値する社会的意義

12) 田島泰彦「判批」憲法判例百選Ⅰ(第5版)138頁(2007)。

13) 上村都「前科とプライバシー」栗城古稀『日独憲法学の創造力(上巻)』455頁,474頁以下参照(信山社,2003)。

14) まず右崎正博「判批」前掲注4)100頁参照。

15) 阪本昌成『表現権理論』(信山社,2011)第3章は、自己情報コントロール権説を批判する立場から、単なる「私生活上の事実の公表」によるプライバシー侵害という類型が、表現の自由の保障と鋭い緊張関係に立つことを指摘する。

16) 上村・前掲注13)455頁,467頁参照。

があるのかが問われることになる。この点では、最近の東京地判平成 21 年 9 月 11 日判例集未掲載（平成 20 年（ワ）第 12675 号損害賠償請求事件）でも確認できる。このケースでは、ネットニュースが 2007 年、マニラ保険金殺人事件（1986 年）により有罪判決を受け刑の執行が終わった者の前科を実名で取り上げたことの責任が争われた。東京地裁は、「逆転」事件判決を引用しながら、「本件記事の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性の有無及び程度、上記事実を公表されない法的利益が本件記事における上記意義及び必要性に優越するといえるか等」を検討し、後の時点であえて実名を報道することについての具体的な必要性を、報道側に要求している。

IV. 事件報道に対するデジタル化の影響

1 デジタルデータの特性

記事データベースの普及やインターネット上での記事の配信は、事件報道との関連では、どのような事態を生じさせるだろうか。ここでは思いつくままに、3 点挙げてみよう。①まず、複写・転載（コピペ）が容易となることにより、記事による人格権侵害の被害が、急速かつ広汎に拡大する可能性が生じる。②次に、紙媒体からデジタル媒体への移行によって、情報の検索も容易になる。記事データベースのようにそれ自体が検索に耐える形で製作されている場合はもちろんのこと、個人や事業者がそれを利用して更に 2 次的、3 次的なデータベースを作ることもできる。高度に発達したネット上の検索エンジンを通して、ネット上の情報全てを探し出し結合して、データベース化することも可能である。③最後に、デジタルデータの利用は、少なくともある一定の年齢層以下の若者にとっては、これまでの紙媒体と比べて利用が著しく容易である。そのようにして拡大した利用者層の中には、情報の発信者としてのトレーニングを十分に受けていない、リテラシーの低い表現者も含まれる。

このような①複写・転載の容易性、②検索の容易性、③利用者層の拡大に対して、マスメディアが、専らネガティブな現象として嘆く必要はない。むしろ、従来アクセスされなかった記事が検索で探し出され読まれるようになる等、報道の影響力の増大につながるポジティブな方向として受け止めるべきであろう。現に、ネット上の表現の相当部分は、マスメディアがネット上で配信した一次情報の子引き、孫引きしたものである。

その一方で、とりわけ匿名の情報発信がネット上では可能であるという事情によって、マスメディアが発信した情報がどのように利用されるか分からないという不安も、根拠のないものではない。逮捕等の報道に接して、直接的には「見ず知らず」の人だからこそ、家族関係やそれまでの経歴を探し出し、勤務先等に通報する等の社会的制裁を加える人々がいたりする、またそうした騒動を見て「他人の不幸で飯がうまい」等といって喜ぶような人々がいたりするというのも、ネットの現実の一面である。

2 “Web2.0”における地理・空間の相対化

いま述べたデジタル化の影響とも密接に関連するが、“Web2.0”サービスにおける地理・空間の相対化現象にも、マスメディアとしては注意を払うべきであろう。ソーシャル・ネットワークキング・サービス（SNS）によって、従来は消費者・情報の受け手であった一般の公衆が容易に情報を発信できるようになったが、そうした変化を通じて、インターネット上に現実社会の情報すべてが掲載され、それを誰もが簡単に検索、共有できるという「集合知」の世界が、“Web2.0”の行き着く先である、と指摘されている。

しかし、現実社会の情報すべてがネット上にも載るということは、当然に情報のあり方に本質的な変化をもたらす。第一に、空間の隔たりという前提が消滅する。事件報道についていえば、一定の地理的範囲やコミュニティーを念頭に置いて、「ここで殺人が起きて、犯人がまだ逃げているから気をつけよ

う」という類のローカルな公共性や報道価値が暗黙裏に前提とされていたはずであるが、そうした前提が崩壊することになる。

このような変化は、時間面でも生じる。事件報道との関連では、先に触れた「逮捕時中心主義」がもはや通用しなくなる。一度ネットに載せられた情報はどこかでキャッシュが残っているかも知れないし、あるいは誰かがコピーして保存し後に関連する事件が起きた場合に再びネット上に掲載される可能性がある。しかもそうした情報は、何度でも複製される可能性がある。

マスメディアの側が特定の地域・特定の時点でニュースバリューがあるから報じた、その後はニュースバリューがないから報道しないという姿勢を取り続けたとしても、遠く離れた地域の人にまで情報が拡散されたり、既に社会的関心が冷めているにもかかわらずネット上に情報が残り続けたりといった事態は既に生じている。現実の報道に際してそうした事態にどの程度配慮すべきなのかといった問いが、今後のマスメディアにとって突きつけられていくであろう。

こうした問題は、独り事件・犯罪報道の分野に限られない。今後はネット上の表現一般に対して、法律論としても報道倫理の問題としても、マスメディアが第一次発信者として責任を負う範囲と一般のユーザのリテラシーの問題との責任分解点を設定する作業が、求められる。当面の事件報道に問題を限定していえば、例えば警察の実名発表が、現状では記者クラブに向かってなされている以上、インターネットにその情報が流れるゲートになっているのは、紛れもなくマスメディアである。この分野でのマスメディアの責任の範囲は、少なくとも倫理的には、相当に広汎なものと考えられる。以下では、こうした問題をより具体的に取り上げてみたい。

V. 事件報道とインターネット上での記事配信

1 事件報道のあり方

まず、ひとたび逮捕された、あるいは有罪判決を受けたということが報道されたならば、その情報がインターネット上に残ってしまう。そこで、「“Web2.0”時代にはもはや犯罪者や逮捕された者には更生の機会・利益は観念できないのだ、全部丸裸でよいのだ」と考えるのは、もちろん不当である。それでは、マスメディアには、報道に際していかなる配慮が求められるのか。

一つの方向性は、こうした状況を考慮して、今後は事件報道の内容を狭めるというものである。事件報道の公共性という出発点から考えても、容疑者の属性や事件の重要性等によっては、匿名報道に踏み切る必要があるのではないか。あるいは、最初の逮捕時の報道には社会的関心が高いが、その後は急速に関心が冷めて注目されない事件についても、マスメディアとして丁寧な後追い取材・報道をするべきだという社会的・倫理的要請は、今後高まるであろう¹⁷⁾。

また、事件報道に再発防止機能等もあることからすれば、逮捕時の報道のあり方は諸々の要素を考慮しながら決められるべきであるが、刑事裁判の迅速化に加えて、逮捕時点での社会の受け止め方が変化してくるとなると、報道の時間的焦点を「逮捕時中心主義」から起訴時・判決時へと後ろへずらしていくことが望ましい。既に裁判員制度によってこれまで以上に慎重な事件報道が求められているが（前掲注7参照）、IVで触れたデジタル化の影響を踏まえれば、逮捕時の犯人視報道が許されないのは当然として、公衆にそのように受け止められないように報道を工夫することが、今後ますます求められる。

17) なお韓永學『報道被害と反論権』113頁以下（明石書店、2005）によると、韓国では反論権制度の一環として、追後報道請求権が法定されているとのことである。

2 ネット上での記事配信

次に、マスメディアが新聞・テレビで報道した記事をそのままインターネット上に配信することは、速報の一種であり従来の報道と一体的なものとして取り扱うべきである。しかしそうだとすれば、一定の期間（記事・媒体の性格、事件の展開等により、1日から1週間といった幅があり得る）の後、ネット上からは消去するという扱いがふさわしいであろう。逆に、ネット上の記事の配信を従来の報道とは異なるものとするならば、その扱いはVIで述べる記事データベースに接近していくことになる。

この点で、東京地判平成18年4月28日判タ1236号262頁は、名誉毀損の損害額の算定について、前者の考え方を採用している。このケースは、父親に対する傷害の容疑で逮捕された者を、殺人の疑いで逮捕されたという誤った字幕スーパー付きで放送し、1日間同内容の記事をネット上に掲載した、というものである。東京地裁は、「本件インターネット記事は、同日午前1時54分から24時間にわたって、被告が運営し、広く不特定多数人が閲覧できるホームページ上に掲示されたものであり…【中略】…本件インターネット記事は、検索サイトなどを通じてアクセスすることが可能であったことが認められることからすれば、本件インターネット記事による原告の社会的評価の低下の程度も、小さいものではない」として、検索サイトを通じて記事にアクセス可能であった点を重視している。他方、「本件報道は、ほぼ同一の字幕スーパー、画像及びニュース原稿により構成されていること、本件各放送は、複数回にわたるが、すべて同じ日の深夜から午前中にかけて報道され、本件インターネット記事の掲示も、24時間に限定してなされたものであって、長期間にわたってなされたものとまではいえないことに照らせば、本件各放送及び本件インターネット記事による名誉毀損によっ

て生じた損害については、これらを一連の報道として損害を算定するのが相当であり、これを構成する個々の放送・配信や掲示毎の損害額を積算して算定することには合理性はない。」として、放送とネット上の記事配信を一体のものとして捉えている。

この判決の立場を前提とすれば、従来の報道と一体のものとしてネットで記事を配信し早期に消去する限り、配信期間中の人格権侵害の責任はメディアに帰属する一方で、その期間後に複製された記事がネット上で用いられたという場合には当該ユーザが責任を負うべき独立の表現行為であるとするのが、適切であろう。ただしIでも触れたとおり、一般の人々に共有されるよう、「つぶやく」ボタン等を付けてネット上で記事を配信している場合には、その結果としてニュースが爆発的に拡散していく可能性があることには、マスメディア側として注意する必要がある。

以上の問題とは別に、見出し（ヘッドライン）による名誉毀損の問題についても、新たな配慮が必要になる。これまで裁判例は、新聞や雑誌の見出しについても、それ単独ではなく、本文記事と一体のものとして名誉毀損の成否を考えるべきであるという立場を採っており（東京地判平成19年12月5日判時2003号62頁、東京地判平成21年4月15日判タ1303号180頁）、さらに本文記事の内容についてある程度言葉を省略したり、刺激的・誇張的表現を用いたりすることも許される、としてきた（東京高判平成21年7月15日判時2057号21頁）。こうした判断は、「一般読者の普通の注意と読み方」（最判昭和31年7月20日民集10巻8号1059頁）を基準として社会的評価の低下の有無を判断するという従来の考え方に基づくものである。しかし今後は、携帯電話やスマートフォンでヘッドラインしか閲覧せず、本文記事までは読まないという読者が増えるかもしれない。そうであればこそ見出しの創作性がますます重視されるのであるが¹⁸⁾、その反面で本文記事を合わせて読めば名誉毀損にならないはずの

18) 知財高判平成17年10月6日TKC28102000は、新聞社がウェブサイトに掲載した記事見出しについて、「報道機関としての一連の活動が結実したもの」であり著作権法による保護の対象とまでは認められないものの、不

ヘッドラインについて、独立に名誉毀損が成立するというおそれもある。

このように見てくると、従来許されていた扱いが今後も許されるとは限らず、常に慎重さが求められる、といえよう。とりわけ限られた公共性しかもたない軽微な事件の報道については、本文記事では実名報道していたとしても、その記事をネット上で配信する際には匿名化措置を行うとか、そもそもネット上では同記事を配信しないということも、選択肢であるはずである。

Ⅵ. デジタル化と記事データベース

1 記事データベースの性格

以上は、従来の報道と一体化したインターネット上での記事配信の問題であった。最後に、記事データベースの問題について考えてみたい¹⁹⁾。

まず、記事データベースの性格をどのように考えるべきか、具体的には過去の記事データが新聞の縮刷版のような形で収録される場合と異なるのか、といった問題がある。この点は、事実上の利用者が新聞記者や研究者等の専門家に限られていた当初のCD-ROMでの提供とは異なり、現在ではDVDやオンラインで記事データが提供され、網羅的な検索ができる等の利便性が飛躍的に向上した結果、誰もがデータベースを利用可能な時代になったこととも、踏まえて考える必要がある。

日本新聞協会の『『個人情報保護基本法制に関する大綱案(素案)』に対する緊急声明』(2000年9月26日)²⁰⁾は、「報道目的の個人情報に記事データベースなどは当然含まれ

ると考える。記事データベースは、過去の新聞記事を検索しやすい形で保存・蓄積し、利用者に提供するという公共的な性格を持ち、利用者も、新聞報道の記録として参照している。従って、記事データベースは報道結果の蓄積であり、新聞記事やその縮刷版と同様、報道そのものである。」との立場を採っている。同様の立場は、個人情報保護法の適用除外規定である「報道の用に供する目的」(50条1項1号)の解釈論としても、肯定されているところである²¹⁾。

しかし、真の問題は、記事データベースがいかなる意味で「報道」なのかという点にある。著作物の性格に応じて実名公表の意義を検討するという「逆転」事件判決の立場によれば、過去の報道の記録(アーカイブ)の側面と現時点での報道の側面のいずれを重視するのかが問題となる。一方でデータベースは、前記のとおり縮刷版と同様の性格をもち、報道時点での「真実」は何であったかを後世に正しく伝える歴史的資料として、そう安直に改変すべきものではない。しかし、いかに過去の時点でデータベースとして整備したとしても、現在の時点で検索・閲覧に供している以上、現時点での情報発信という性格も併有している。過去の報道の記録だから、その時点での「真実」を掲載すれば足り、その後の「真実」が歴史の中で変化していったとしても、データベース上では一切放置しておいても構わない、とは即断できないはずである。この点では、歴史的事件に関する実名の公表に対して、とりわけ単行本としての性格に着目して、慎重な配慮が求められた南京事件・京都師団関係資料集事件(東京高判平成10年12月22日判時1706号22頁)も、ある程度参考になるように思われる²²⁾。

次に、報道の時点では「真実」であったが、

法行為法上の法的に保護された利益たりうるとしている。まず前田哲男「判批」著作権判例百選(第4版)10頁参照(2009)。

19) 以下の論点については、梅田康宏「NHKの『外部提供用データベース人格権等保護規程』」コピライト2009年8月号19頁が詳細な検討を行っている。赤尾光史「新聞社のデータベース・サービスと法的問題」青山学院大学法学部編『メディア文化と法』380頁、395頁以下(青山学院大学法学部、1995)も参照。

20) http://www.pressnet.or.jp/statement/privacy/000926_85.html, 2011年7月27日最終閲覧。

21) 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説(第3版)』198頁(有斐閣、2009)。

22) 和田真一「判批」前掲注4)158頁参照。

現在はそうではないという事実をデータベースに掲載した場合の被害者の救済方法も、今後は大きな問題になろう。横浜地判平成7年7月10日判タ885号124頁は、外国の工作員の指示によって、国内で各種の情報収集活動をしていたとの新聞記事について、真実と信じるについて相当の理由がないとされたケースである。原告側は、図書館所蔵のマイクロフィルム化された記事に訂正条項を載せる、新聞の記事データベースを改訂するといった救済を求めた。これに対して横浜地裁は、「当該図書館に対して付箋を送付したとしても、その付箋の貼付を実現するについては、各図書館の任意の履行に期待するほかはなく、送付を受けた各図書館においてどのような対応を取るのかが不確定である以上、このような方法はその実効性に疑問がある」とし、またデータベースへの付記も「本件事案の内容、原告の社会的評価の低下の程度等の事情に鑑みれば、金銭賠償に加えて、前記付記をさせるまでの必要を認めることはできない」として、損害賠償で救済は十分であるとの立場を採った。しかし、これは一般論というよりも事例判断と見るべきであって、その記事の社会的影響や、記事データベースの位置づけや機能が高まれば、将来的には、記事の削除や付記が求められる可能性も否定できないように思われる。

2 事件報道のデータベース上での取り扱い

次に、事件報道、例えば逮捕を報道した後、に裁判で無罪となったり、不起訴処分等になったりした場合の記事の扱いはどうだろうか。データベースを提供する各社の対応は、①無罪判決が出た場合、「続報注意」というタグをつける、②逮捕時に遡って匿名の扱いとする、③削除要請があればそれに応じる(オプトアウト)、④報道から一定の時間を経過した段階で自動的に削除する等、統一されていないのが現状である。

そこで、マスメディアとして事件報道をデータベース上でどのように扱うべきなのか、改めて考えてみたい。

(1) まず、報道の当初より誤報・虚報であったが、その時点で気づかなかった記事については、そもそも訂正報道の対象であるから、データベース上でも何らかの訂正がなされるべきであろう。

(2) 次に、検挙・逮捕後に無罪判決が出た、あるいは不起訴処分・起訴猶予処分となった場合の処理はどうか。もし当該事件について後追い報道がなされているのであれば、記事データに「続報注意」を付記するという扱いが適切であり、現にそうした扱いを行っているデータベースも見られる。これに対して後追い報道をしていない場合では、事件の性質、記事の地理的要素、さらに容疑者が公人か私人かといった人的要素等を勘案して、データベース収録時に匿名化しておくか、そもそも掲載しないという選択肢を採るべきではなかろうか。また、後に無罪判決が出たような場合にそのことを報道していなかったとしても、データベースとして体系的に情報を提供している限りは、「無罪判決があった」ことを追記することも検討に値しよう。これに対して不起訴処分等の場合には、データベースへ収録する時点では、再犯の可能性を含めてなお事態は流動的であろうし、また逮捕されたという事実自体に社会的関心が持続する場合も想定される。そうだとすれば、やはり事件の性格等から社会的関心の消滅をある程度抽象的な形で測って、一定の期間(1年や5年等)経過後にはこの種の記事は自動的に削除していくといった処理が妥当なのではないか。

(3) 有罪判決・刑の執行終了後に、事件・犯罪に関する記事をどのようにデータベース上で扱うかといった問題は、Ⅲで述べた前科の公表に類似するものであり、現時点で、過去の前科を発信する社会的意義があるか否かがポイントになる。しかし、データベースには特定の報道との具体的関連性がそもそも存在しないことからすれば、一定の時の経過により匿名化していくかデータベースから削除していくという扱いが、やはり合理的であろう。犯罪の性質によってはその社会的重要性や再犯率の高さ等を考慮して、匿名化・削除までの期間を長めに見積もる等の複雑な処理

が必要になることも考えられるが、データベースの提供によって収益を上げている以上、その分一定のコストを投じて、こうしたデータベースの管理を行うことも、今後は求められるのではなかろうか。

* 本稿は、マスコミ倫理懇談会全国協議会「メディアと法」研究会での報告（2010年11月30日）に多少の加筆を加えたものである。メディアの一線で活躍するメンバーが主体の研究会という性格上、細かい解釈論や外国法に立ち入った報告ではなかったが、これもまた情報法という特定の分野における理論と実務を架橋する試みの一つと見ることもできようから、あえて本誌に寄稿させていただいた次第である。

なお脱稿後の2011年6月15日、東京地裁は、新聞社が、「ロス疑惑」の元容疑者の死亡を伝える記事と併せて、同氏が逮捕時に手錠をはめられて連行される姿の写真を、ポータルサイト上で配信したことについて、サイト運営者にも人格権侵害の責任を認めた（平成22年（ワ）第5613号損害賠償請求事件）。本稿の主題との関連でも興味深い判決であるが、検討は今後の課題としたい。

（ししど・じょうじ）

論説

判例に関する覚書
——民事判例の主論を中心として

東京大学教授
土屋文昭

- I. はじめに
- II. 問題の所在 — 判決のどの部分が判例か
- III. 民事判例の主論
 - 1 判例の抵触
 - 2 主論判定のファクター
 - 3 主論の意義 — 見解の対立
- IV. 判例による法形成 — 我が国の特質
 - 1 判例による法形成
 - 2 制定法の下での法形成 — 我が国の特質
 - 3 判例としての定式化
- V. 主論の判定基準
 - 1 主論の定義
 - 2 事実抽出命題説の疑問への反論
 - 3 主論の妥当範囲（判例の射程）
- VI. 56年大法廷判決の判例となる部分
- VII. おわりに

I. はじめに

判例は実務を支配するといわれている。判例の実務上の重要性はいうまでもないところであるが、判例は、学問的な批評や研究の対象とされ、学問と実務との接点としても重要な役割を担ってきた。法科大学院の授業でも、法学教育の題材を社会的現実を求める上で、判決文そのものを教材として取り上げることが多くなっている。ところが、判決文がこのように多用され、検討されているのに、判例の基本的な性格や構造について、基礎的・理論的に検討された文献はそれほど多くはないのが実情である。

本稿は、判例の基礎的な問題点を、裁判による法形成という視点からあらためて考えてみようとするものである。なお、本稿で考察の対象とするのは、最高裁判所の民事判例である。

II. 問題の所在 — 判決のどの部分が判例か

判例の構造を考えるのに、興味深い実例がある。最判平成19年5月29日集民224号391頁（判時1978号7頁，判タ1248号117頁）である。これは、いわゆる横田基地事件において、将来の給付の訴えを提起することのできる請求権としての適格について判断したものである。

横田基地事件に先立ち、最高裁は、いわゆ

る大阪国際空港事件の大法廷判決（最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁，以下「56年大法廷判決」という。）において，将来の損害賠償請求については，一定の請求適格が備えられていることが必要であると，原審口頭弁論終結後に生ずべき損害の賠償を求める部分につきこれを否定した。これに対し，横田基地事件では，最高裁の上記判断と異なり，原審の東京高裁が，将来の損害賠償請求について，原審口頭弁論終結後であっても，原審の判決の言渡り日までの短期間に限ってこれを認めるとの判断をした。

そのため，原審の判断が最高裁の56年大法廷判決の判断に反するのではないかが問題となったのである。

ところで，56年大法廷判決は，民訴法226条（現行135条）の将来請求は，それが本来例外的にのみ認められるものであることを述べた上，次のように説示している¹⁾。

「たとえ同一態様の行為が将来も継続されることが予測される場合であっても，それが現在と同様に不法行為を構成するか否か及び賠償すべき損害の範囲いかん等が流動性をもつ今後の複雑な事実関係の展開とそれらに対する法的評価に左右されるなど，損害賠償請求権の成否及びその額をあらかじめ一義的に明確に認定することができず，具体的に請求権が成立したとされる時点においてはじめてこれを認定することができるとともに，その場合における権利の成立要件の具備については当然に債権者においてこれを立証すべく，事情の変動を専ら債務者の立証すべき新たな権利成立阻却事由の発生ととらえてその負担を債務者に課するのは不当であると考えられるようなものについては，前記の不動産の継続的不法占有の場合とはどうも同一に論ずることはできず，かかる将来の損害賠償請求権については，冒頭に説示したとおり，本来例外的にのみ認められる将来の給付の訴にお

ける請求権としての適格を有するものとすることはできないと解するのが相当である。」（以下「A命題」という。）

そして，56年大法廷判決は，このような一般論を事案に当てはめて，「飛行機騒音により空港周辺住民らが損害を被っていることを理由とする損害賠償請求権については，それが具体的に成立したとされる時点の事実関係に基づきその成立の有無及び内容を判断すべく，かつまた，その成立要件の具備については請求者においてその立証の責任を負うべき性質のものといわざるをえない。したがって，上記損害賠償請求のうち原審口頭弁論終結後に生ずべき損害の賠償を求める部分は，権利保護の利益を欠くものというべきである。」（以下「B命題」という。）との趣旨の判断をして²⁾，その部分につき訴えを却下した。

横田基地事件の最高裁判決の意見は分かれている。筆者が問題とするのは，法解釈上の実質的議論ではなくて，判例の抵触を判断するにつき56年大法廷判決のどの部分を判例とみるべきかという点にかかわるものである。この点について，法廷意見は，原審の判断は，56年大法廷判決の判例に反していると判断した。すなわち，上記のA命題も，B命題もいずれもこれを判例とみるべきであるとした³⁾（上田豊三，堀籠幸男両裁判官の補足意見は，上記のB命題につき，当該事件を解決した最も重要な事例判断から抽出される命題であり，この部分こそが狭義の「判例」として先例的な意義・価値を有し，拘束力をもつものであるとする⁴⁾）。これに対し，反対意見（那須弘平裁判官）は，原審の判断は，56年大法廷判決の判例に反しないと判断した⁵⁾。すなわち，A命題が判例であることを認めた上，原審のように，判決言渡り日までの短期間に限って将来請求を認容したとしても，A命題の趣旨には反するものではないと

1) 民集35巻10号1401頁。

2) 前掲注1)1402頁。

3) 判時1978号9頁，判タ1248号119頁。

4) 判時1978号10頁，判タ1248号119頁。

5) 判時1978号12頁，判タ1248号121頁。

した⁶⁾。

このような意見の対立を前にして、判例とみるべきものはどの部分か、A命題およびB命題の双方であるのか、それともA命題のみであるのか、またはB命題のみであるのか、その判定基準は何であるかが問題である。

Ⅲ. 民事判例の主論

1 判例の抵触

横田基地事件の最高裁判決では、判例の抵触が問題になった。事件を大法廷に回付する必要があるかどうかを判断するために、56年大法廷判決のどの部分が判例になるかが問題とされたのである。すなわち、最高裁判所が、「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」は、小法廷限りで判断することは許されず、大法廷で判断することが必要とされる(裁判所法10条3号)。判例を変更するには通常よりも慎重な手続を踏むことが求められているのである。

このほかに、民訴法で「判例」の抵触が問題となる場合としては、上告受理事由(民訴法318条1項)、許可抗告事由(同法337条2項)の2つの場合がある。

上告受理の申立ては、「原判決に最高裁判所の判例と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」について、申立てがされる。

最高裁判所は、決定により、上告審としての受理決定をすることができる(同法318条1項)。上告受理事由があるときは、最高裁判所は、原判決を破棄することになる(同法325条1項)。

許可抗告の申立ては、高等裁判所の決定及び命令について、「最高裁判所の判例と相反

する判断がある場合その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められる場合」について申立てがされ、高等裁判所がこれを許可したときにすることができる(同法337条1,2項)。最高裁判所は、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるときは、原裁判を破棄することができる(同法337条5項)。

これら2つの場合に、最高裁判所は、法令解釈に誤りがあるとして原裁判を破棄することができる。

現行制度は、最高裁判所の判例につき、その変更には慎重な手続を設けて、容易に変更ができないようにしている。のみならずこれに反する下級審の裁判があったときには、法令解釈の違背があるとして取り消すことができる(同法)としている。法令の安定的な解釈と事件を通しての事後的な法令解釈の統一を図るためである。このために、最高裁判所の判例には後の裁判所の判断に対し拘束力があるものと解されている⁷⁾。

2 主論判定のファクター

それでは、このような拘束力を有するのは、最高裁判決のうちどの部分であると考えべきか。この問題は、これまで判決の主論(ratio decidendi, レイシオ・デシデンダイ)は何か、どこまでが傍論(obiter dictum)なのかという視角から議論されてきた。主論には拘束力があるが、傍論には拘束力がないので、拘束力のある部分は何の部分であるかが問題とされてきたのである。

ところで、前記1のような判例の矛盾抵触を排し、実務上の法解釈を統一する制度が設けられている根本的な理由は何であろうか。それは、「同種の事件には、同一の解決を」という法的安定性ないしは平等の要請、あるいは「等しきものは等しく、等しからざるも

6) 同最高裁判決では、上記補足意見以外にも、原審が56年大法廷の判例に反するとの藤田宙靖裁判官の補足意見、判例に反するとしつつ、判例変更をすべきであるとする田原裁判官の反対意見がある。

7) 拘束力の性質の詳細には立ち入らないが、上記の限度で制度的な拘束力のあることは争いのないところであろう。

のは等しからざるように取り扱え」との形式的正義の要請であると考えられる⁸⁾。そうすると、裁判を受ける国民からみて、最高裁の判決文のうち、同様の事件であるにもかかわらず、異なる判断をすることが平等な取り扱いに反していると認められる部分が、とりもなおさず拘束力を有する部分、すなわち主論部分であるということになる⁹⁾。

さらに、前記の上告受理事由や許可抗告事由として規定された「法令の解釈に関する重要な事項を含んでいるもの」との文言に照らすと、主論となる部分は、法令の解釈に関する重要な事項に関わる部分であるといえる。規定上「判例」は、法令の解釈に関する重要な事項を含んでいるものの例示として挙げられていることが重要である。

いずれにしても、主論を判定する基準は、それが判例抵触を判断する基準であるだけに、裁判の運営上も、できるだけ一義的に明確なものであることが望ましい。

3 主論の意義 — 見解の対立

主論を判断する基準については、判例をどのようなものとみるかの本質論とも関係し、大きく見解が対立していて、いまだに決着がつかない問題であるといわれている¹⁰⁾。

(1) 事実抽出命題説 (中野判事)

これは、中野次雄判事が編集著作した『判例とその読み方 (三訂版)』(有斐閣, 2009年, 初版は1986年)において、同判事の執筆部分として、展開されている考え方である(ちなみに、同書は最高裁調査官経験者の共同執筆になるもので、実務上の手引書として、多大の影響を及ぼしている)。

中野判事は、刑事事件の裁判例を引用しつつ、判決理由を、結論命題と理由づけ命題とに分け、原則として、結論命題のみが主論に

なるとする¹¹⁾。結論命題は、判決が前提とした具体的事実からさらに重要な事実(material facts)を選別し、これと判決の法的結論との対応関係から帰納的に抽出される(ある程度抽象化された)命題のことである。理由づけ命題は主論にならないが、それが結論命題を抽象化したものと一致する場合には、例外的に主論になるとする。法概念の定義や法律関係をのべた一般的理由づけ命題(いわゆる「中間的な法命題」)は主論にはならない(中野判事の所説は、「結論命題説」と呼ばれているようであるが、ここでは、他の所説との区別を明らかにするために「事実抽出命題説」としておこう)。

もともと、中野判事の主張する結論命題と理由づけ命題との区別は必ずしも明らかでない。具体的な判決文の例でみてみよう。たとえば、判決理由の中で、一般的な命題を述べた上で、当該事件の事実関係について判断することがある。具体的には「……と解すべきであるから、本件の場合、……と解すべきである」という形式で判断が示されることが多い。次に掲げるのは、特定物引渡請求権者の詐害行為取消権についての最大判昭和36年7月19日(民集15巻7号1875頁)の判決文の一部である¹²⁾。

「民法424条の債権者取消権は、総債権者の共同担保の保全を目的とする制度であるが、特定物引渡請求権(以下特定物債権と略称する)といえどもその目的物を債務者が処分することにより無資力となった場合には、該特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができるものと解するを相当とする。けだし、かかる債権も、窮極において損害賠償債権に変じうるのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは金銭債権と同様だからである。……(中略)……本件において、原判決の確

8) 田中成明『法理学講義』62頁(有斐閣, 1994)。

9) 木南敦「判例理論」田中成明編『現代理論法学入門』158頁, 170頁(法律文化社, 1993)。木南教授によれば、裁判所が同種の事件で首尾一貫した法の解釈をすることが、裁判所に対する国民の信任と信頼を得てそれらを保つために必要であるとする。

10) 中野次雄編『判例とその読み方 (三訂版)』55頁(有斐閣, 2009)。

11) 中野編・前掲注10)39頁以下。

12) 民集15巻7号1877頁。

定したところによれば、被上告人は昭和25年9月30日訴外高野吉匡との間に本件家屋を目的とする売買契約を締結し、同人に対しその引渡請求権を有していたところ、高野は、他に見るべき資産もないのに、同27年6月頃右家屋に債権額8万円の抵当権を有する訴外本田卯市に対し、その債権に対する代物弁済として、10万円以上の価格を有する右家屋を提供し、無資力になったというのである。右事実を徴すれば、本件家屋の引渡請求権を有する被上告人は、右代物弁済契約を詐害行為として取り消しうるものというべく、したがって、原判決が『債務者がその特定物において他に資産を有しないにかかわらず、これを処分したような場合には、この引渡請求権者において同条の取消権を有するものと解すべきである』とした部分は結局正当に帰する。

上記判決文のうち、「民法424条の債権者取消権は、」から「と解するを相当とする。」までが一般的命題を述べた部分であり、「本件において」以下の説示が事実関係に対する法的判断の部分である。事実抽出命題説によれば、「本件において」以下の説示の事実関係と結論とを抽出した部分が結論命題に当たることになる。当該事件の重要な事実を前提として法的効果を述べる命題であるからである。それでは、上記の一般的命題を述べた部分はどうか。その部分は、結論命題以外の部分として理由づけ命題となるはずである。ところが、事実抽出命題説は、理由づけ命題にも2種類のものがあり、「その1つは、事件の結論を抽象化した結論命題と内容において一致する理由づけ命題であり、いま1つ

は、それよりも内容の広い、より一般化された法命題である。」という¹³⁾。そして、前者の理由づけ命題は、結論命題であると同時に理由づけ命題であるという両者の性質をもっているとする。そして、同書の他の箇所では、債権者取消権の上記一般的命題を、「結論との関係では結論命題であるとともに、抽象化されているので、理由づけ命題でもある。」と説明されているのである¹⁴⁾。筆者の理解に誤りがないとすれば、この実例が、さきに述べた、理由づけ命題が例外的に主論になる重要な実例である。

中野判事の主論のとらえ方は、判決の事実と結論との対応関係に注目し、何が重要な事実かを選別し、これにそくした規範を帰納的に抽出するというものである。これは、判例法主義をとる英米では、もともと判例解釈の基本とされるアプローチである¹⁵⁾。具体的な事実関係の法的な評価・選別を通して規範が形成されるという判例の形成過程にも合致したとらえ方であるといえることができる。中野判事は、刑事裁判官としての実務上の経験をもとに1986年当時の学問上の判例研究の方法論（特に川島武宜教授の学説¹⁶⁾）等の成果を踏まえて、この事実抽出命題説を提唱した。その後、事実抽出命題説は、裁判実務上も大きな影響を与え、学界においても、それが実務上の有力な見解として受け入れられてきた¹⁷⁾。

(2) 解釈命題説（中村判事、金築判事）

これは、中村治朗判事が、最高裁首席調査官在職中に司法研修所の判事補研修の際の講演「判例について」（司研1976年Ⅱ1頁（1976）、中村治朗『裁判の世界を生きて』

13) 中野編・前掲注10)46頁以下。

14) 中野編・前掲注10)358頁〔篠田省二判事執筆部分〕。

15) 田中英夫『英米法総論（下）』482頁以下（東京大学出版会，1980）。

16) 中野編・前掲注10)54頁には、川島武宜「判決と判決例——民事裁判に焦点を置いて——」兼子還暦『裁判法の諸問題（下）』651頁，674-675頁（有斐閣，1970）の引用がみられる。川島教授は、「最高裁判所が判決中に抽象的法律論を書くことによって『判例』という形式での『立法』をする、ということに承認することはできないのである。」と述べる。

17) 大村敦志ほか『民法研究ハンドブック』306頁以下（有斐閣，2000）は、民法研究者の判例研究の共通理解を示したものであるが、実務の見解として中野編・前掲注10)が引用されている。同書325，331頁。ただ、同書の記述では、理由づけ命題でもある部分を結論命題として引用しているようである。

313頁（判例時報社，1989）所収）の中で明らかにした考え方である¹⁸⁾。中村判事は、判例を「裁判所が、その裁判の理由の中で示すところの、結論を導く根拠とされた法規則命題の宣明」であるとし、判例の主論を「具体的事件における決定の不可欠の前提とされた法規則命題」であるとする。法規則命題（法解釈の結論）ではなく、そのような解釈をとる理由の説明の部分は傍論にすぎないとする。

金築誠志判事も、「主論と傍論——刑事判例について——」（司研1973年II 125頁（1973））と題する論説の中で、刑事判例についてではあるが、次のように述べる¹⁹⁾。すなわち、「事実関係に対する法律判断以上のものはおよそ主論ではないと割り切る必要はなく、一般的命題も主論となりうることを認めてもよいのではないかと思う。ただし、一般的命題は、事実関係に対する法的判断を、より広い枠で規制するものとして、裁判を方向づけるのに役立つものといつてよいからである。」「事実関係に対する法律判断のみでは、判例による法令解釈の安定性、統一性を確保するうえで、必ずしも十分ではないように思われる。」とする。もっとも、金築判事は、一般的命題が主論となりうるには、具体的事件の解決につき、それが「中間的規準」として機能したものでなければならないとする。同判事は、一般的法命題が判例であることを認めるが、これとともに事実関係に対する法律判断も同様に主論になるとする²⁰⁾（中村、金築両判事の所説は、民事、刑事とそれぞれ扱う分野が異なり、ニュアンスに相違があるが、いちおう「解釈命題説」としておこう。）。

前記(1)において引用した詐欺行為取消権の判決文を具体例として再び取り上げると、判決理由の「民法424条の債権者取消権は、」から「と解するを相当とする。」との一般的命題の部分は、詐欺行為取消権行使を肯定す

る結論に不可欠の前提とされた解釈命題であり、この部分が主論になると考えられる（上記判決文中、そのあとに続く「けだし、……」以下の部分は、そのような解釈をとった説明の部分であるから、傍論である。）。それでは、「本件において、……」以下の事案への当てはめの部分はどのように位置づけられるのか。その部分は、解釈命題を事実関係に適用した部分であって、事例判断として主論になるとする²¹⁾。

中村判事の主論のとらえ方は、中野判事のそれとは大きく異なっている。中野判事は、判例を、重要な事実と法的結論との対比から抽出される法命題ととらえている。これに対し、中村判事は、判例を、判決の理由中で宣明された法規則命題（ないしは解釈命題）ととらえていることが注目される。主論については、これを裁判の結論との直接的な関連性があることで位置づける点は同様である。しかし、中村判事は、中野判事よりはやや広く、結論を導くのに不可欠なものであれば、一般的な命題であっても、主論としての拘束力を認めることとしている。中村判事は、このように、主論を、事実関係から帰納的に抽出された法命題というよりは、むしろ一般的な法解釈命題のレベルでとらえている。金築判事も、解釈命題については、中村判事とほぼ同様の結論をとる。

このように主論の意義については、事実抽出命題説と解釈命題説とで見解が対立している。前記のように、事実抽出命題説が、結論の大前提となる理由づけ命題を主論に含むという筆者の理解が誤っていないとすると、両説の実際上の差異は、結論的判断に不可欠とされたいわゆる中間的命題を主論として扱うかどうかの点にあることになる。しかし、両説の対立の根は深く、判例そのものをどのようにみるかという判例観の相違がその根底にあることが明らかである。

中野判事の実事抽出命題説は巷間に広く流

18) 中村治朗「判例について」『裁判の世界を生きて』322頁，349頁以下（判例時報社，1989）。

19) 金築誠志「主論と傍論——刑事判例について——」司研1973年II 125頁，158-159頁（1973）。

20) 金築・前掲注19)135頁以下。

21) 中村・前掲注18)350頁以下。

布している。けれども、民事判例に関していえば、筆者の経験によれば、裁判実務の現場においては、中村判事の解釈命題説にしたがった判例のとらえ方による運用がされてきたことも多かったのではないかと思われる²²⁾。それはいかなる理由によるのであろうか。そのことを我が国における裁判による法形成の特殊性との関連で考えてみたい。

IV. 判例による法形成 — 我が国の特質

1 判例による法形成

裁判により規範性をもつ準則 (rule) としての法が形成されることは、しだいに認められるようになってきているといえよう²³⁾。裁判過程の現実の動態をみると、そこでは法が形成・創造されているのである。裁判所は、社会・経済の発展につれて、既存の法規を補充し、その形式を借りて新たな準則を形成・創造していくのである。このような裁判による法形成は、民主制や権力分立制との関係でも何ら矛盾するものでもなく、制度的に正当なものであると考えられる²⁴⁾。

田中英夫教授は、判例による法形成が生じ

る根拠について、次のように述べている²⁵⁾。

「裁判所が法律問題について判断を示すのは、ある具体的事件の解決のためである。しかし、いったん判決がなされると、(中略)後に同種の事件が生じた場合には裁判所は同じ解決を与えるべきであるとの要請——以下『平等の要請』とよぶこととする——が生ずる。そのために、ある判決が完全に既存の法準則の枠内でなされたのでないときは、直接には一回限りの具体的事件の解決を目指した判決から、その後の事件においても国家機関の一つである裁判所が適用し、強制することが期待される準則が形成されるのである。」

そして、田中教授によれば、判例法によって形成される準則は、具体的事実関係から重要な事実を「仮定」とし、法的効果を「結論」とする定理のようなものである。裁判所は、どれだけの適用範囲のある準則を形成するかについて裁量権を有しており、ある事実を重要な事実として扱うかどうかを「理由」を通して示すことによって、その判決で形成される準則の範囲を画定することができる。もともと、このように画定された準則も後の裁判所がその内容を判断することになり、その後、さらに拡張され、より精密なものとして変容が加えられることも当然のこと

22) 中野編・前掲注 10)55 頁以下。中野判事自身が「理由づけのための一般的法命題を判例だとする考えも根強いようにみえる。(中略)そういう考えは、特に実務家の間にかなり広く存在しているのではないかと想像される。」と述べている。

賀集判事も、判例研究の学説の影響を受けているのに、「『判決のなかに展開されている法律論が判例である』という考え方は、もう捨て去られてしまったものと思っていたところ、こうした考え方は私共のなかに相当根強く残っている。」と述べている(賀集唱「判例、立法と民事裁判」判タ 201 号 29 頁, 29 頁(1967))。

23) 田中英夫『法形成過程』1 頁以下(東京大学出版会, 1987), 団藤重光『法学の基礎(第 2 版)』167 頁, 189 頁(有斐閣, 2007), 同『実践の法理と法理の実践』242 頁以下(創文社, 198 年), 谷口正孝「裁判の拘束力と裁判官による法形成」天野和夫ほか編『裁判による法創造』82 頁(晃洋書房, 1989), 東孝行『判例による法の形成』(信山社, 1996)。なお、伊藤眞『民事訴訟法(第 3 版再訂版)』29 頁(有斐閣, 2006)は、判例の法源的機能を認める。

団藤博士は、「判例には法形成的な機能があるものとみななければならない。しかも、それは単なる法社会学的事実だというだけでなく、法的安定性および法における平等という法そのものの根本的な要請にもとづくものである。かような意味で、わが国の法制のもとでも、判例に——制定法や慣習法に対する関係では第二次的な——法源性をみとめるべきだとおもう。これは、刑法以外の領域については、現在では、すでにかなり有力な学説になっているといっても過言ではあるまい。」と述べる。博士は、刑法の領域でも、罪刑法定主義の範囲内で、判例の法形成機能を認める(団藤・前掲『法学の基礎(第 2 版)』167 頁)。

24) 田中成明「裁判による法形成」『新実務民事訴訟講座 1』49 頁, 55 頁以下(日本評論社, 1981)。田中成明教授は、我が国の判例を、原則として強制的・拘束的法源たる制定法に対して、許容的・説得的法源の性格の強いものをも含んでいる補充的法源と位置づける。

25) 田中英夫・前掲注 23)5 頁以下(初出は、「判例による法形成——立法による法形成との比較を中心に——」法協 94 卷 6 号 755 頁(1977))。

として予定されている。

田中教授は、裁判官は、このように判例が法形成機能をもつことを自覚し、その自覚の上に立って行動すべきであると主張する²⁶⁾。

2 制定法の下での法形成 — 我が国の特質

田中教授が述べる法形成についての上記の原則は、英米などの判例法主義国についてのものである。

ところが、我が国は、制定法主義の国であって、制定法が大部分の社会領域を規律している。そうすると、判例は、具体的な紛争が訴訟事件となったときに、裁判所が、制定法の解釈を通じて、法を宣言して裁定することによって形成されることになる。このように制定法の解釈を通じて法が形成されるという点が、法典法である我が国の裁判による法形成に特徴的なことである²⁷⁾。

田中教授は、制定法が存在する領域でも、判例による法形成の原則は妥当するけれども、制定法が存在する領域では、類推解釈、拡張解釈、縮小解釈、反対解釈等々の方法で制定法を画定または援用して法形成が行われることが、その特色となると指摘する²⁸⁾。

それは、裁判官が、法形成に当たり、制定法に準拠した法形成を求められることにはかならない。制定法（法規）の解釈とは、実践的には、法規を根拠としつつも、法的推論により具体的事案を解決するのに適切な法規範命題を形成ないし創出することである。

たとえば、不動産賃貸借契約の解除に関する典型的な事例で考えてみよう²⁹⁾。

Xは、Yに対し、甲乙両土地を賃貸していた。賃借人Yは、甲乙両土地に各1棟の倉庫を建築し、うち甲土地上の倉庫をAに賃貸していた。その後、2棟の倉庫が焼失したため、賃借人Yは、Xの承諾を得て、Aに対

し、甲土地の借地権を譲渡した。Aは、Yの借地上で、同じ建坪であれば、前に賃借していた倉庫の敷地である甲土地以外の場所に建物を建築しても差し支えないものと信じ、甲地に隣接する乙地にわずかにはみだして建物を建築した。そのことは、Yも了承していた。ところが、Xは、Yに対し、Xの承諾なしに乙土地の一部を転貸したとして、民法612条2項により、甲乙両土地の賃貸借契約を解除する意思表示をした。

民法612条2項によれば、賃借人が、賃借人の承諾を得ないで、第三者に賃借物の使用収益をさせたときは、賃貸人は、賃貸借契約を解除することができる規定されている。

Yが建物の敷地としてAに乙土地の一部を使用収益させていることは、YがAに乙土地を転貸したものとみることができる。確かにXは、乙土地については、譲渡の承諾はしていない。しかし、Aの建物の敷地とされた範囲はわずかであって、しかもYの借地である乙土地内であるから、Xに実害が生じるわけでもない。それにもかかわらず、同規定を文言どおりに適用すると、Yが借地を返還しなければならぬ。その結果はいかにも不当である。これを避けるには、同規定による解除の効果の発生を制限するような法解釈が必要になる。もともと不動産の賃貸借契約は、当事者の相互の信頼関係を基礎とする継続的な法律関係である。そうすると、契約の一方的解消が許されるのは、そのような信頼関係が破壊され、賃貸借を継続するのが耐えられないような事態にいたったときに限られるのではなからうか。そのような規範は、民法の規定に含まれていると考えられるから、民法の規定からこれを読みだすことができる。また、賃貸借が当事者間の信頼関係に基づいている以上、第三者に使用収益をさせること自体が例外に属するのであろう。そうだとすれば、賃貸借契約において賃借権の譲

26) 田中英夫・前掲注23)24頁以下。

27) 樋口範雄『はじめてのアメリカ法』48頁以下（有斐閣、2010）。樋口教授は、英米法的な帰納的思考方法と成文法国の条文による演繹的思考方法との相違が法的思考の上で重要であると指摘する。

28) 田中英夫・前掲注23)48頁。

29) 最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁の事例を参考にしたものであるが、判例がないという前提で考えてみよう。

渡・転貸は基本的に許されないことであるとみるべきであるから、賃貸人の承諾がない賃借権の譲渡・転貸につき解除権が発生するのを原則とすべきであろう。そのように考えると、賃貸人の承諾がないにもかかわらず、解除権の効果の発生を妨げるような何らかの特別な事情があることは、これは賃借人の方で主張立証すべき事柄になる。このような推論を経て、条文の文言上は明確ではないけれども、民法から導くことのできるものとして、不動産賃貸借の賃借人が賃貸人に無断譲渡・転貸があった場合でも、「賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があるときは」賃貸人の解除権は発生しないとの法命題が形成されることになる。そこで、判決文では、「賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益を為さしめた場合においても、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足りない特段の事情がある場合においては、同条（民法 612 条 2 項）の解除権は発生しないものと解するのを相当とする。」との一般的命題が提示され、事案へのあてはめがされるのである。ここで重要なことは、上記の一般命題は、不動産賃貸借を前提に形成されたものであるけれども、法規に準ずるような広範な適用が予想されるものであり、民法の要件・効果について、これを補充するような規範性があるということである。裁判実務上も、不動産明渡訴訟において、上記の「賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情」については、抗弁事実として、被告側がこれを主張立証すべきものとされている³⁰⁾。

このような通常の民事訴訟事件にみられるように、我が国の裁判では、新しい規範ないしは準則は、法解釈という操作を経ることによって、法解釈上の命題として生み出されて

きた（このような観察を前提とすると、法の解釈というの、新たな法の形成であり、創造であるということが出来る。ただ、それが法の解釈という操作によって行われるわけである。）。

中村治朗判事は、民事裁判官としての経験をふまえ、実践的観点から、法規が必ずしも明確とはいえない場合の解釈について、次のように述べている³¹⁾。

「直接適用されるべき有効な法規がみあたらない場合、法規があっても、その法規が多義的な、あるいはあいまいな概念を含んでいる場合、個別的事実が、その法規で用いられている概念のいわゆる『周縁的』部分にあたるような場合には、いずれも、そのままの状態では、上記のような厳密な推論によって一定の結論を導き出すことは不可能であって、推論の鎖の最後の部分につき、右のような三段論法の形式を可能とするためには、与えられた法規、すなわち一般的法規と個別的事実とを媒介する別の一般的規範命題が必要となる。つまり、与えられた一般的法規から出発し、なんらかの操作を経て、当該個別的事実を論理的に抱摂するような別の一般的規範命題を導出する過程がなければならぬのである。このような導出の過程、しかも通常は、後者の一般的規範命題が前者の中に含まれているものとして、これから取り出す思惟操作が、一般に法の解釈といわれるものである。」

もっとも、民事訴訟事件の判決では、事実を認定した上で、一般的法規を示すことなく、先行の一般的法規の当該事案への適用を認め、その適用による結論を肯定することもある。このような場合でも事案を包摂する規範を見出すことができる場合もあるし、法規の解釈とその適用（両者は分離しがたい連

30) 最判昭和 41 年 1 月 27 日民集 20 卷 1 号 136 頁等。

31) 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』90 頁（有斐閣、1970）。なお、大村敦志『基本民法 I 総則・物権総論（第 3 版）』365 頁以下（有斐閣、2007）には、裁判官の法適用過程において、規範と事実との視線の往復の作業についての説明がある。

ちなみにハーバード・ロースクールのキートン教授は、裁判官が解釈を選択するための推論を、形成的推論（informative reasoning）と呼び、これを演繹的推論や類推的推論と並んで裁判官の用いる法的推論の代表的なものとして位置づけている（ROBERT E. KEETON, JUDGING, p.2, 140 (1990)）。

続性がある)との限界的な事例とみることでできる場合もある³²⁾。

さらに、法の原理に基づいて、制定法によらずに法準則が形成される場合もある。その代表的な例として、最判昭和42年11月16日(民集21巻9号2430頁)をあげることができる。この判決があるまでは、消費貸借当事者間で、債務者が債務を履行しないときにそなえて、特定の不動産の所有権を債務者に移転することを予め約し、かつ、その予約に基づいて、所有権移転請求権の保全のための仮登記をしておくことがしばしば行われていた。その目的は実質的には担保のためであるけれども、実際は、契約自由の名のもとに本来の債務額の数倍を超える価額の不動産を丸取りすることが横行していた。これは不公平で理に反することといわなければならない。上記判例は、このような法の原理に基づき、代物弁済予約形式をとった契約の実質を担保権と同視して、法律上明文のない債権者の清算義務を新たに認めたものである。これはいわゆる法の創造である³³⁾。

このように、我が国の民事裁判実務では、原則として、事件の具体的事実関係をその前提としつつ、法規から導かれる一般的な規範命題(解釈命題)が、判例が形成した準則として扱われ、そのように機能することが多かつ

たのではないかと思量される³⁴⁾。

3 判例としての定式化

前記2で述べたことは、最高裁判所民事判例集の各判決の冒頭に付加されている「判示事項」「判決要旨」(これは、最高裁判所判例委員会³⁵⁾の厳密な検討により各判決に付加された部分である。)が、このような一般的な解釈命題を準則として掲げていることからもうかがわれる³⁶⁾。これは、裁判実務上は、単なる見出しや要約と異なり、判例の根幹部分を表示したものととして、しばしば参照されるものである³⁷⁾。

上記「判示事項」「判決要旨」の記載を基準とすると、実務上、判例は少なくとも以下の3つの類型に分類することができる³⁸⁾。

① 法理判例 これは、抽象的・一般的な法理を宣言するものである。判決要旨に、たとえば、「……と解するのが相当である」などと一般的な法解釈を示したのがこれに当たる。法理判例は、法規の要件・効果についての解釈を示すものとして定式化されている。

② 場合判例 これは、比較的少数であるが、判決要旨に「……場合」と摘示され、①の法理判例よりは限定された事実関係について判断したものである。法規の要件・効果に

32) 中村・前掲注31)97頁以下。

33) 筆者は、法の解釈も法の創造もいずれも法の形成とみるが、制定法の拘束力の範囲内かどうかで、法の解釈と法の創造とを区別したい。

34) 民事裁判実務の現場では、特に下級審裁判官は、判例とは、最高裁のした法解釈または採用した法理であるという受け止め方をしていることが多かったといえる。

35) 判例委員会は、最高裁内部の公式の委員会である。各小法廷から2名ずつ選出される裁判官により構成され、同委員会には、調査官全員が幹事として参加しており、判例委員会に上程する前に幹事としての調査官全員による検討会が開かれる。園部逸夫『最高裁判所十年』140頁(有斐閣,2001)。

36) この判例委員会による「判示事項」「判決要旨」の判決文からの摘出を、そのまま判例とみてよいか、これまで判例の学問的な研究の際に問題とされた点である。学問上は、事実との関係で先例規範の範囲を独自に抽出確定することが重要であるとされた。大村敦志ほか・前掲注17)318頁。

過去にも判決文と判示事項とがくいちがっているのではないかとされた例もある。中野編・前掲注10)30頁。

37) 伊藤正己『裁判官と学者の間』59頁(有斐閣,1993)。伊藤教授(判事)は、最高裁での執務を回顧して、「最高裁判例集に登載される裁判は、最高裁自身が判例として承認したものであり、裁判に関与した裁判官にとって判例的価値の大きいものと考えられることは当然である。(中略)とくにそこで判示事項とされ、判決要旨としてかけられるところは、一般的な命題の形でかかっているためにその射程範囲について問題はあっても、判例としての拘束力をもつことに疑いがない。」(傍点筆者)と述べている。

38) 田尾桃二「判例の先例拘束力について」判時830号12頁(1976)。田中豊『法律文書作成の基本——Legal Reasoning and Legal Writing』60頁(日本評論社,2011)。なお、学界においても、「原理判決」「事例判決」という判旨のタイプによる呼び方がある。大村ほか・前掲注17)331頁。

についての解釈を前提として、それが一定の場合（類型）に適用されるとしたものである。たとえば、三菱樹脂本採用拒否事件に関する最大判昭和48年12月12日（民集27巻11号1536頁）がこれに当たる（判示事項は「試用期間中に企業者が管理職要員として不適格であると認めるときは解約できる旨の特約に基づく留保解約権の行使が許される場合」とされている。）。

③ 事例判例 これは、具体的事実関係の下における法理を明らかにしたものである。判示事項に「……とされた事例」と摘示されたり、「……等の事情があるときは」と摘示されたりしていることが多い。法規の要件・効果についての解釈を前提として、当該事案の適用を示したものであるということもできる。

上記①から③までの判例のうち、①の法理判例が判例としての抽象度が高く一般性があるのに対し、③の事例判例は、当該事実関係に限定されているだけに個性が高く、一般には先例としてもごく狭い範囲のものといえる。②は、事案の抽象度からいえば、①と③との中間に位置している。これらの類型上の区別は、前記1のとおり、最高裁判所がその裁量により準則の範囲を事件の具体的事実との関係で画定する試みの一つといえることができる。

以上のとおり、裁判による法形成という見地から検討すると、法典国家である我が国では、裁判によって形成される準則は、原則として、法規から導かれる解釈命題（ただし、その内容は、抽象的なものから事実関係を取り込んだものまで一般化の程度に差異がある）であると考えられる。

V. 主論の判定基準

1 主論の定義

それでは、主論の判定の基準をどのように考えるべきか。その根底に判例をどのようなものとみるかという問題があることは、すで

に指摘したとおりである。これは判例そのものの本質にかかわる困難な問題である³⁹⁾。しかし、我が国では、判例は裁判によって形成される準則であること、制定法の解釈適用によって準則が形成されていること、最高裁判所も判例を法解釈命題として意識的に定式化することに努めていること等の実情からすると、判例とは、最高裁判所が具体的事件についてした制定法の解釈適用であるということになるであろう。

判例が、具体的事件についてした法規の解釈適用についての法的判断であるとすると、判決中の主論となる部分は、法規の解釈適用についての法的判断のいずれかの部分であると考えられる。

ところで、前記Ⅲ2で述べたように、判例が拘束力をもつとされる根本的な理由は、「同種の事件には同一の解決を」という平等の要請によるものである。事件の事実関係が同一である限り、同一の解決をすることが要請される。してみると、典型的な事案の同一性と法律的結論との対比をまず考えて、主論の範囲を決定しようとする事実抽出命題説の立論は、基本的には正しいものがあるといえるべきである。少なくとも同一の事実関係であるにもかかわらず、合理的な理由もないのに異なる結論の判決をすることは、不平等との非難を免れないであろう。

しかしながら、上記のように、判例を法の解釈適用についての法的判断にとらえると、平等の要請は、これとは別の場面ではたらくことになるのではなからうか。なぜなら、この場合には、前の事件でAという法解釈をしておきながら、同種の事件であるのに、Aとは異なるBという解釈をすること自体が、平等の取り扱いに反しており、不平等であると考えられるからである。もっとも、A、Bいずれの法解釈をとっても結論に違いはないというときは、實際上、問題は生じない。問題となるのは、AまたはBのいずれかの異なる法解釈をすることによって、結論が異なってくる場合である。このように考えるこ

39) 判例法主義をとるイギリスでも、判例をどのようにみるかにつき考え方が分かれているといわれている。内田力蔵「判例というものの考え方1」法セ75号46頁、47頁以下（1962）。

とができるとすると、法の解釈適用について不平等を生じるのは、判決の結論を左右するような異なる法解釈をした場合ということになるであろう。そうだとすれば、民事判決の主論は、判決の結論を左右するような法の解釈適用をした部分でなければならない⁴⁰⁾。

このように主論を定義することは、前記の上告受理事由（民訴法318条1項）および許可抗告事由（同法337条2項）に「判例」を例示として「法令の解釈に関する重要な事項を含むもの」と規定していることとも整合すると考えられる。

それでは、判決の結論を左右するような法の解釈適用をした部分というのは、具体的には、判決のどの部分がそれに当たるとみればよいか。判決文の形式はさまざまであって、形式的に判断するのは適当でないが、いちおう「……と解するのが相当である」、「……と解すべきである」などとして結論を左右するような重要な法解釈命題を選択した部分がメルクマールになるとと思われる。主論の範囲が判例変更（大法廷への回付）をしなければならない部分に合致すること、上告受理申立事由や許可抗告事由が「法令解釈の重要な事項を含むもの」という重い制約を課していることからすると、その範囲はできるだけ狭い範囲に設定することが適当である。このような考慮によれば、法解釈の結果の部分のみが主論となるのであって、それ以外の部分は傍論となるという区別をするのが相当であろう⁴¹⁾。

さらに、裁判所が事件につき定立した解釈命題を、具体的事案に当てはめて結論を引き出した部分はどのように考えるべきか。この

部分は、個別的具体的事実に解釈命題を適用して法律的結論を得る部分であるから、判例の規範を具体的事実関係に適用し解決した部分として主論になると考えられる。この部分はいわば事例判例とでもいうべき重要性を有している。なぜなら、当該事件で定立された判断基準としての解釈命題は、当該事件の事実関係を前提とし、それを解決すべき準則として形成されたものであるからである。それゆえ、少なくとも当該事実関係に関する限りは、それが妥当する事例として主論とみるべきである。平等の要請からみても、事実へのあてはめの結論となる部分を主論とする必要性を肯定することができる。

2 事実抽出命題説の疑問への反論

事実抽出命題説は、一般的法命題を判例とみることに疑問を呈している。その疑問は大きく2つである。

1つは、一般的法命題を判例とみると、最高裁が事前に法解釈について一般的指示を出すに等しいことになり、判例という形式で立法をすることになる、というものである⁴²⁾。

しかし、最高裁判所に法令解釈の統一という使命のあることは制度上も明らかなことである。具体的な事件の解決に必要な法解釈であれば、それを判決理由の中で宣明することは何ら問題のないことであると考えられる。一般的解釈を判例とみると、判例という形式の立法をすることになるという疑問についても、前記のとおり、裁判による法形成の現実を承認するという見地からは、これを肯定的に考えることになる⁴³⁾。

40) 中村治朗判事は、主論を「具体的事件の決定の不可欠の前提とされた法規則命題」であるとする。筆者の見解も、実質的に同じであるが、判決の結論との関係で考えるほうが、より明確に判定できるのではないかと思う。他に同様の見解として、東孝行・前掲注23)13頁、谷口正孝『裁判について考える』92頁（勁草書房、1989）。

41) もっとも、理論上、傍論とされる部分も、民事裁判実務においては事実上先例として機能している。そのために判決文の作成に周到な配慮がされることにつき、奥田昌道『紛争解決と規範創造——最高裁判所で学んだこと、感じたこと』208頁以下（有斐閣、2009）。

42) 中野編・前掲注10)55頁以下。

43) もっとも、裁判による法形成はあくまでも従位的な立法であって、後の立法によって変更されることもある（たとえば、最大判昭和42年9月27日（民集21巻7号1925頁）は、独立当事者参加の請求は、原告被告の双方を相手方としなければならないとしていたが、平成8年改正法により、「双方又は一方」を相手方にできるものとして立法された（民訴法47条））。田中英夫・前掲23)48頁。

いま1つは、裁判官の判断の特質から、事件の結論についての裁判官の法的直観的判断こそが重要なものであり、法解釈や理由づけにこれと同様な権威を認めることはできない、というものである⁴⁴⁾。

確かに裁判における結論の重要性については事実抽出命題説の説くとおりである。また、練達の裁判官の経験による法感覚は貴重なものであり、それは事件の見方全体にわたっていて、直観的判断が瞬時にされる場合があることも事実である。しかし、同説も認めているとおり、「裁判官がある法律問題に直面した場合、直観的判断によって一定の結論が正しいとした場合でも、その正しさを確かめるために学説を参照して論理的にそれを自己検証して最終的に結論を決めるのが通常であり、問題があれば、結論を留保して、判例・学説を調べ、それを参考にして自ら思索し、あれこれと思悩むことも多い」のである⁴⁵⁾。法律問題が複雑困難な事件になると、十分な理論的整合性が確認できてはじめて結論が決まることも少なくない。いちおう妥当と考えた結論であっても、法的理論構成が不可能であったり、拙劣と考えられるときは、当初の結論自体を変えなければならないこともある。重要な法律問題が争点となる民事訴訟事件の判決理由の中で、法的な理論構成が重要な位置をしめていることはいうまでもないことであろう⁴⁶⁾。

たとえば、いずれかの法解釈をとることによって、判決の結論が左右される端的な事例として、物上保証人が、保証人と同様にいわゆる事前求償権を行使することができるかという法律問題を考えてみよう。これが事件の主要な論点となると、当事者双方から、それぞれ自己に有利な法律論が展開される。「物上保証人は事前求償権を行使することができる。」という結論と「物上保証人は事前求償権を行使することができない。」というそれ

ぞれの結論について、これを基礎づける法律上の主張が展開される。裁判官は、当事者の法律論の応酬、討論をふまえて、学説（肯定、否定の両説がある。）や実務家の論稿を調査し、民法351条の文理、条文上の根拠、保証と物上保証の制度の比較、その差異、物上保証の場合に特に事前求償を認めた場合の実体上、手続上の問題点、金融法務の実務感覚などを考量し、現行法制度に整合するような、いずれかの法解釈を選択しなければならないのである。実際の上告事件では、最高裁は、「物上保証人は、被担保債権の弁済期が到来してもあらかじめ求償権を行使することはできない。」との法解釈を選択し、物上保証人である上告人の上告を棄却した（最判平成2年12月18日民集44巻9号1686号）。この事件では、当事者の個別的具体的事情の比較衡量に加えて、法制度上、この問題をどのように解決するのが相当かという視点が重視されている⁴⁷⁾。いずれにしても、裁判官は、このような法律問題を解決するためには、正反対の結論に至る2つの法解釈命題のいずれを選択すべきかを慎重に熟慮することを迫られる。

これは端的な一例にすぎないが、民事事件の法律問題の結論が必ずしも直観によって獲得されるものではないことがうかがえるのではなかろうか。

村松俊夫判事は、民事裁判の長い経験をもとに、「総合的判断である結論のみを重視するようになると、私はどうも結論が主観的なものに流れるのを恐れる。」といい、法の解釈の「実定法の枠とその解釈からもたらされる客観的な正しいものの存在」を信じこれを重視したいと述べている⁴⁸⁾。

3 主論の妥当範囲（判例の射程）

前記のとおり、一般的な法命題（法解釈）

44) 中野編・前掲注10)58頁以下。

45) 中野編・前掲注10)62頁以下。

46) 中村治朗判事が、法律問題に取り組む裁判官の法的思考を述べたものとして、中村・前掲注18)420頁。

47) 富越和厚「判解」最判解民事篇平成12年度501頁以下。

48) 村松俊夫「裁判についての一考察」『民事裁判の理論と実務』15頁、31頁（1967）。

を判例であると考え、判例の類型によっては（特に法理判例においては）、主論の及ぶ範囲が広がるのが予想される。したがって、事件の法的判断に当たっては、当該判例の射程距離をつねに念頭におくことが重要になる。

もともと民事裁判は、個別的事件の解決を目的とする。それだけに、裁判所が具体的な判決をし、法律の解釈として一般的な法理を宣明する場合にも、それが、ある特定の事実関係を前提とし、そのことを念頭においた準則であることは、裁判の性質上当然のことである。そうして、宣明された法理が当該事件を超えた広がりをもつこともまた予想されることである。

しかし、その法理は、あくまでも事件の事実関係を前提として形成されたという制約があるため、類似のどの事件にまで適用があるかは、その事件の事実関係との関係で慎重に決められなければならない。事実の一部の差し替えまたは新しい別個の事情の付加によって、法理の妥当性が失われる場合も少なくないのである（最高裁の判例の中に、よく「特段の事情のない限り」などと留保の付されるものもあるが、これは判例の硬直的な適用ないしは不当な一般化を避けようとする実務の知恵といえよう。）。

いうまでもなく裁判は個別具体的な事件の公平妥当な解決を使命とする⁴⁹⁾。訴訟当事者の主張、立証にじかに接する下級審の裁判官は、何よりもまず事件の事実関係に取り組んで、そのなかから具体的な妥当な法的判断を模索しなければならない⁵⁰⁾。厳密にいう

と同一の事件はありえないのである。その事件限りの微妙な差異や陰影にも目を配らなければならない。そして、到達した結論と判例の示す結論とに違いがあるときは、判例のもとになった事実関係と当面する事件の事実関係とを綿密に比較検討してみる必要がある⁵¹⁾（下級審の実務では、判例となった事件の事実関係を十分考慮した上、当該判例の趣旨を控えめに解釈して、具体的妥当性のある判断をすることもよく行われていることである⁵²⁾）。判例に盲従すること、判例を不当に一般化してこれに安易に依存することは慎まなければならないと思われる⁵³⁾。

VI. 56年大法廷判決の判例となる部分

それでは、横田基地事件において、56年大法廷判決の主論はどの部分であると考えたらよいであろうか。

これまでに検討したところによれば、主論とは、判決の結論を左右するような法解釈をした部分と解すべきである。継続的不法行為の将来の損害賠償請求について一般的解釈を明らかにしたA命題は、同請求につき限定的な解釈をとったものであり、その結果、同請求の請求適格を否定する結論と直結するものである。それゆえ、A命題は、主論に当たるといふべきである。さらに、空港騒音訴訟の具体的事実関係をふまえて将来請求の損害賠償請求権の請求適格を否定したB命題は、上記A命題の一般的命題を具体的事案に当てはめて、事件としての結論を出した部

なお、いわゆる法的推論の規制力について、碧海純一「裁判における論理の機能」日本法哲学会編『法的推論（法哲学年報1971）』27頁、36頁以下（1972）、同「裁判の客観性についての覚書」ジュリ554号34頁、36頁（1974）。

49) この点を強調するものとして、加藤一郎「はしがき——『判例の拘束力』について——」加藤一郎＝平井宜雄編『民法の判例（第2版）』ジュリ増刊2頁、2頁（有斐閣、1971）。

50) このような下級審裁判官の具体的事実関係との格闘が、新たな規範の形成につながり、最終的には、最高裁の判例の変更をうながすことにもなってきた。そのためには当該事件の訴訟代理人の法的理論構成がすぐれていることも必要になる。

51) 一見矛盾するような判例でも、事案との関係をみると、整合的に解釈できる例として、北川弘治「裁判の生命」司研2005年II1頁、30頁（2005）。

52) 英米法でも、いわゆる「区別」の技術として知られている。田中英夫・前掲注15)490頁。

53) いわゆる「判例の深読み」の危険を指摘するものとして、倉田卓次「民事裁判実務の昨今」ジュリ971号45頁、47頁（1991）。

分であるから、事例判断として主論に当たるものというべきである⁵⁴⁾。

したがって、56年大法廷判決のA命題、B命題の双方が判例に当たると考える。

横田基地事件では、56年大法廷判決の判例部分はA命題とB命題の双方であり、これに反する原判決は訴訟要件に関する法令解釈の誤りがあるとして、最高裁は、横田基地訴訟事件の原判決の判決言渡りまでの将来請求を認容した部分を破棄した⁵⁵⁾。

ところで、上田、堀籠両裁判官は、その補足意見の中で、「A命題（一般的命題）の先例的意義・価値を否定するものではないが、B命題（結論命題）こそが一般法理を当てはめて当該事件を解決した最も重要な事例判断から抽出される命題であり、この部分こそ狭義の「判例」としての先例的意義・価値を有し、拘束力を持つ」と説示している⁵⁶⁾。事実関係に対する法律判断の部分のほうを特に重視しているようである。しかし、筆者は、さきに論じたとおり、むしろA命題（一般的命題）が判決の結論を左右する法解釈命題として主論の本体的部分であり、B命題（結論命題）は解釈命題の適用事例として主論になると考えている。

筆者としては、那須裁判官の反対意見にみられる柔軟な姿勢に共感を覚えるところであ

る（実際、解釈命題説によれば、A命題は主論に当たると考えられるし、同判事が指摘するように、事実抽出命題説によっても、これを理由づけ命題として主論とみる余地がある。）。ただ、この問題は、事件によって不平等な扱いになるかどうかという形式論理的なものである。A命題のみが主論であるとしても、A命題の一般論の射程をゆるやかに解釈して56年大法廷判決と異なる結論を導くことは——わずかな差異であっても——それを訴訟当事者が真剣に問題にする以上は、同種の事件であるだけに、異なる解決をしたものとして平等の要請に反することになるのではなからうか。

以上のとおり、今後、大阪国際空港事件のような大規模損害賠償請求訴訟事件において、継続的不法行為による将来の損害賠償請求を認容するとすれば、最高裁の大法廷による判例変更により法解釈を改めることが必要になると考える。

VII. おわりに

判例は、「極めて *kasuistisch* な具体的事実と離れない微妙なもの」である⁵⁷⁾。しかし、民事裁判の実務では、裁判により法が形成され、現実には準則として機能している。本稿

54) もっとも、判例抵触の有無は、最終的には最高裁判所が判定する。実務上は、最高裁が「判例」であるとするものが判例である、ということになる。この意味では、すぐれて実践的な問題であって、主論の本質についての以上の議論も、理論上のものにすぎないといえよう。ちなみに、最高裁の判例集を通覧すると、最高裁判所は、民事判例について、結論命題と一般的（理由づけ）法命題の両方を判例として取り扱っているとの報告がある。中野編・前掲注10)149頁〔佐藤文也・宍戸達徳判事執筆〕。

なお、松尾浩也教授は、刑事判例について、最高裁は、一般的に前の判例を維持し当該事件の判決の補強に使う場合はゆるやかに採用する反面、前の判例を排斥しこれと異なる結論を導こうとする場合は厳格な限定を加える傾向がみられると指摘した。同様のことは民事判例についてもいえるのではないか。松尾浩也「刑事法における判例とは何か」『刑事訴訟法講演集』311頁、318頁（有斐閣、2004）。判例変更の事例を分析した労作として、西野喜一『裁判の過程』163頁以下（判例タイムズ社、1995）。

55) 同判決の評釈として、川嶋四郎「判批」法セ632号121頁（2007）、我妻学「判批」ひろば61巻4号66頁（2008）、渡辺森児「判批」法学研究81巻4号104頁（2008）、野村秀敏「判批」民商137巻4＝5号477頁（2008）、笠井正俊「判批」重判平成19年度（ジュリ臨増1354号）140頁（2008）、山本和彦「判批」判時1999号164頁（判例評論592号2頁（2008））等。

56) 同補足意見は、さらに、判示事項・判決要旨は、重要な導きとなるものであるが、「その判決が、どのような事案においてどのような法理を述べ、それを具体的事案に当てはめてどのような判断をし、解決をしたのかを理解し、先例としての意義・価値や拘束力があるのはどの部分であるかを探求すべきものである。」と説示している。

57) 「序」民法判例研究会『判例民法 第1巻』1頁、5頁（有斐閣、1923）。末弘厳太郎博士の執筆にかかるものといわれている。もっとも、末弘博士は、つとに判例の法源性を承認していた。末弘厳太郎「判例の法源性と判例の研究」『民法雑記帳上』35頁（日本評論社、1953）。

は、そのことを民事判例の主論を手がかりとして探ってみたものである。

法解釈について、学説と実務とは、判例をとおして相互に影響をおよぼしてきた。判例が、社会の実態・発展に即応した良質の法解釈論を積み重ねていくためには、学理による法理論面からの批判や支持が欠かせないと思われる。そのための学問上の研究方法は多様であっていいと思う。法律実務家にとって、そのいずれもが問題解決の参考となり、よりどころになるからである。なかでも、近時、平井宜雄教授が展開した「判決理由中の法律論が判例である」とする方法論⁵⁸⁾は、民事判例の法理的側面を実践的観点から重視するもので、法律実務家としても共感を覚えるものがある⁵⁹⁾。

これを機会に、判例の基礎的な問題について、いっそう議論が深まることを期待したい。

(つちや・ふみあき)

58) 平井宜雄「判例研究方法論の再検討3——続・法律学基礎論覚書2」「判例研究方法論の過去と現在」「民法における『判例』論の新段階」「『判例』を学ぶ意義とその限界」「法律学基礎論の研究 平井宜雄著作集I」263頁以下(有斐閣, 2010年)。

59) 特に平井教授が、問題解決者としての法律家が備えるべき能力として、「これまで想像もされなかった新たな権利義務関係を構想し、それを訴えかけ、『主張』し、『正当化』し、『再反論』に備えるという作業を通じて、全く新しい規範命題ないし法律論を生み出し、それらを共有する者から成る世界を作り出す、ということこそ、法律家の行う最も創造的かつチャレンジングな仕事であり、それを遂行できる能力こそ、真に優れた法律家に要求されるものなのである。」と述べる点は、判例による法形成ないし法創造との関係でも示唆的である(平井宜雄『判例』を学ぶ意義とその限界」・前掲注58)356頁)。

An Optimal Tax That Destroyed the Government

—An Economic Analysis of the Decline of the Tang (唐) Dynasty

Professor, The University of Tokyo

Minoru NAKAZATO

I . Introduction

II . History of Salt

- 1 Importance of Salt in European History
- 2 Ancient Chinese Salt

III . History of Taxation in Ancient and Medieval China

- 1 Before the Tang (唐) Dynasty
- 2 Tang (唐) Dynasty
 - (1) Brief History
 - (2) Zuyongdiao (租庸調) System
 - (3) Salt Monopoly
 - (4) The Double-Tax System (liangshuifa, 兩稅法)
 - (5) Development of Manors (zhuangyuan, 莊園) in Tang (唐) Dynasty

IV . History of Salt Tax and State Monopoly of Salt in Ancient and Medieval China

- 1 Salt and State Budget
- 2 Salt and Budget in China
- 3 History of salt smuggling in Tang (唐)

V . Economic Analysis

- 1 Optimal tax theory and history
- 2 Salt tax and Chinese dynasty changes
- 3 Conclusion: Tax Law and Political History

I . Introduction

In our book *“Japanese Law: An Economic Approach,”* Professor Mark Ramseyer and I explained modern Japanese behavior through micro-economic theory. I believe we can do the same in the Chinese context. This short paper is a micro-economic analysis of one aspect of ancient Chinese history.

In this paper, I illustrate the way that ancient Chinese people behaved in essentially the same way, that is rationally, as people in modern wealthy democracies. A micro-economic analysis of the ancient Chinese people would be possible, for example, in such various cases as the following:

One would be a study of the stories about merchants recorded in the famous “Historian’s Records” (Shiji, 史記) written by Sima Qian (司馬遷). Chapter 69 of its Biographies of Famous People (Liezhuan, 列傳) is entitled “Biographies of Merchants” (貨殖列傳). This chapter contains stories of important merchants. Here Sima Qian describes how hard these merchants worked to maximize their economic rents through entrepreneurship. He even notes that the reason Confucius became famous was that one of his disciples (子貢) supported him financially:

“夫使孔子名布揚於天下者，子貢先後之也。此所謂得執而益彰者乎？”

In the chapter, Sima Qian also clearly asserts that pursuing wealth is basic to human nature:

“富者，人之情性，所不學而俱欲者也。”

Another interesting study would be that of the economic policies adopted by the Prime Minister Guanzi (管子, 管仲), who supported Huangong (桓公, Duke of Qi (齊)) in 7 c. B.C. He proposed and pursued economic policies that were quite market-oriented, as is recorded in a chapter of a book which is a collection of what he said: Guanzi (管子輕重篇). In it, he writes that a country with ten thousand chariots surely had merchants with ten thousand pieces of gold, a country with a thousand chariots surely had merchants with a thousand pieces of gold and a country with a hundred chariots surely had merchants with a hundred pieces of gold:

“管子曰：「萬乘之國，必有萬金之賈。千乘之國，必有千金之賈。百乘之國，必有百金之賈。」”

These two examples would suggest that the ancient Chinese people were not much different from people in modern advanced economies, that is, they acted in a rational way and tried to maximize their utility.

Here in this paper, though, I focus on the political impact of the activities of salt smugglers (鹽賊) in the later part of the Tang (唐) Dynasty. The activities of salt smugglers in later dynasties, such as the Sung (宋), Yuan (元) and Ming (明), were also very important, but I focus on the Tang (唐). Most of the materials cited in this paper are available through the Internet. This reflects the fact that I wrote this piece while staying in the United States, and lacked access to the more complete libraries in Tokyo.

II. History of Salt

First, in order to explain why salt matters so much in ancient Chinese history, I start by reaffirming the simple fact that salt has been indispensable to human life in all places and all times.

1 Importance of Salt in European History

Many famous cities around the world have their origin in the salt trade. One of the oldest examples of the salt trading center almost 10,000 years ago was the city of Jericho¹⁾. Even Rome may have begun with the salt trade. The English word “salary” has its origin in the Latin phrase “*salarium argentums* referring to a portion of every Roman soldiers pay.”²⁾ The Latin phrase “*salarium argentums*” means “salt money.” On the importance of salt in the ancient Roman society, one author writes:

“In ancient times, salt (or the lack of it) could drastically affect the health of entire populations. Trade in salt was very important, and salt was valuable enough to be used as currency in some areas. The Latin phrase “*salarium argentums* (emphasis mine),” “salt money,” referred to part of the payment made to every Roman soldier, and the word has been carried down the ages into the English word “salary”. Everyone must have salt, so it has been a commodity much abused by attempts at monopoly, by individuals, corporations, cities, and nations. The city of Rome may have begun as a salt-trading center, like Venice after it. Certainly the salt traders of the Roman port of Ostia raised the price so high that the state was

1) The National Association for the Specialty Food Trade, *The Intricacies of Specialty Salt*, available at <http://www.specialtyfood.com/do/news/ViewNewsArticle?id=241> (last visited February 11, 2005).

2) Architecturals.net, Salt Shaker Lids, available at <http://www.architecturals.net/restore/home.cfm?page=subcats&CategoryID=40> (last visited February 11, 2005).

forced to take over the industry about 506 BC. Man-made salt-ponds along the Mediterranean shore date back to Roman times, and it is inevitable that we will find older ones. Salt was already being mined in the Alps when Rome was founded.”³⁾

Munich was also famous for its salt trade: there is the Salzstrasse (Salt Street) in the city. Salzburg (meaning “Salt Town”) even takes its name directly from the salt trade⁴⁾.

2 Ancient Chinese Salt

As the birthplace of one of the oldest civilizations in the world, China has a long history of manufacturing and trading salt. For example, the legendary emperor Huangdi (黃帝, Yellow Emperor) is associated with ancient stories about political battles over salt⁵⁾.

Various forms of salt production have been

used in China. There were basically five kinds of salt in China, namely, sea salt (海鹽), lake salt (池鹽), underground water salt (井鹽)⁶⁾, soil salt (土鹽), and rock salt (崖鹽, 岩鹽). Among these various forms of salt, in the ancient times lake salt was probably the most important. It is believed that the ancient Chinese civilization first started around the salt lakes (鹽池) in China. Historically, Yun salt (Yunyan, 解鹽) produced in Lake Yuncheng (解池) in the Province of Shanxi (山西省) was especially famous (解州鹽池)⁷⁾.

III. History of Taxation in Ancient and Medieval China

1 Before the Tang (唐) Dynasty

Here we provide a brief outline of how the tax system of the Tang (唐) Dynasty came to

3) Richard Cowen, *The Importance of Salt*, available at <http://teamwork.ucdavis.edu/~gel115/salt.html> (last visited February 11, 2005).

4) One study says:

“The great salt center of **Reichenhall**, in southern Bavaria, operated in Roman times, but was destroyed later, possibly by Attila the Hun but more likely by the German Odoacer. It was rebuilt and became the concession of the Bishop of **Salzburg**, who derived a great deal of power and money from the salt trade. The Bishops were promoted to Archbishops.”
(Cowen, *supra* note 3).

5) Mark Kurlansky says in his book:

“CHINESE SALT HISTORY begins with the mythical Huangdi (黃帝), who invented writing, weaponry, and transportation. According to the legends, he also had the distinction of presiding over the first war ever fought over salt.”

(MARK KURLANSKY, *SALT: A WORLD HISTORY* 18 (2001))

6) Zigong (自貢, 四川), which is famous for its underground water salt, is called the Capital of Salt (鹽都). In the United States, there are salt springs, too:

“**Salt springs** were utilized where groundwater percolated through deep rock salt deposits and reached the surface as brine. Salt was produced by boiling the brine in large cauldrons heated by wood fuel from the seemingly endless forests.”

(Walter Plinske, *The Salt of the Earth*, in *Natural Enquirer*, November/December, 2004, 3,3)

7) KURLANSKY, *supra* note 5, at 18 writes as follows:

“One of the earliest verifiable saltworks in prehistoric China was in the northern province of Shanxi. In this arid region of dry yellow earth and desert mountains is a lake of salty water, **Lake Yuncheng**. This area was known for constant warfare, and **all of the wars were over control of the lake**. (emphasis mine)”

“The earliest written record of salt production in China dates to around 800 b.c. and tells of production and trade of sea salt a millennium before, during the Xia (夏) dynasty. It is not known if the techniques described in this account were actually used during the Xia dynasty, but they were considered old ways by the time of this account, which describes putting ocean water in clay vessels and boiling it until reduced to pots of salt crystals.”

“Many Chinese, including Mencius (孟子), the famous Confucian thinker who lived from 372 to 289 b.c., were said to have worked **selling both fish and salt**. (emphasis mine)”

be historically⁸⁾. For that purpose, we start our story with the tax system of the Han (漢) Dynasty.

The Han (漢) Dynasty levied a variety of taxes, such as a tax on crops (田租), a tax on sea catch (海租), a tax on commercial profits (關布稅), a tax on salt (鹽稅), a tax on alcohol (酒稅), a poll tax (算賦・口賦), and labor duties (徭役)⁹⁾.

It is historically important that the Emperor Wudi (武帝) produced salt and iron under a state monopoly (專売). He used the funds raised through those state monopolies to fund his military expansion plans. He also tried to control the price of grain with statutes (均輸法・平準法) administered by the Minister of Agriculture 大司農, Sang Hongyang 桑弘羊, who was a son of a merchant, 143–80 B.C.). It might be possible for us to say that he adopted a kind of market-intervention policy here.

The Emperor Zhaodi (昭帝), in 81 B.C. (始元六年), convened a famous discussion group (鹽鐵會議) of some sixty scholars in order to discuss the state monopoly of salt and iron. Huan Kuan (桓寬)'s *Yantielun* (鹽鐵論), “**Discussions over Salt and Iron**”, is a historic record of the discussions that ensued¹⁰⁾. This book describes in detail the difference in opin-

ions among the various schools of thought at the time. One essay summarizes the discussions as follows:

“There were two parties that fought to gain control over the actual politics: The modernists and the reformers. Modernist statesmen like Sang Hongyang (桑弘羊) favoured the encouragement of agriculture and the intensification of state monopolies and the tax system to fill the state treasury. Reformists like Dong Zhongshu (董仲舒) protested against the growth of large landed estates in order to increase tax revenues and urged instead the privatization of estates, mines and commerce.”¹¹⁾

Following the discussions, the next Emperor Xuandi (宣帝) finally abolished the monopoly of salt and iron.

During the Western Jin (西晉) Dynasty, the Emperor Wudi (武帝) introduced a new land system (占田・課田法), and a new tax system (戶調式). The Northern Wei (北魏) Dynasty adopted the famous Prefectural Militia System (*fubing*, 府兵制) with the Equal Fields System (*juntian*, 均田制), which had a strong influence on the succeeding Sui (隋) and Tang (唐) Dynasties¹²⁾.

The Sui (隋) Dynasty basically followed the

8) Even though Zhou (周) Dynasty had various forms of tax on agriculture (助法, 徹法, 貢法), details are not quite clear.

9) It is said that “the first few rulers of the Han Dynasty did not politically interfere into the economy but rather relied on a **laissez-faire policy**. (emphasis mine)” (Chinaknowledge.de, Chinese History, *Han Dynasty 漢 (206 BC - 8 AD, 25–220) economy*, available at <http://www.chinaknowledge.de/History/Han/han-econ.html> (last visited February 11, 2005)).

10) It is said:

“traders highly profited from **the state monopoly on the transport of salt and iron**. Emperor Wudi's expansionist politics required an increased tax revenue that was partially ensured by defending the state monopole over cash minting, salt and iron/steel production and alcoholic liquors. (emphasis mine)”

(Chinaknowledge.de, *supra* note 9)

11) Chinaknowledge.de, Chinese Literature, *Yantielun 鹽鐵論 “Discussions on Salt and Iron”*, available at <http://www.chinaknowledge.de/Literature/Diverse/yantielun.html> (last visited February 11, 2005).

12) Edward Kaplan writes an interesting explanation (<http://www.ac.wvu.edu/~kaplan/H370/mp24.pdf>):

“For example, **the prefectural militia (*fubing* 府兵)** provided a way to settle barbarian aristocrats in particular localities, give them access to land (cf. below) but in return for that access make themselves available to constitute at the prefectural level … a kind of a national guard or army reserve which the government did not have to directly support because it had allocated land to its members. (emphasis mine)”

“This *fubing* prefectural militia's members supported themselves through what was called **the “equal**

Northern Wei (北魏) Dynasty and adopted its Equal Fields System (*juntian*, 均田制). And it adopted the tax system of *zuyongdiao zhi* (租庸調制)¹³. Under this system of taxation, three taxes in kind were imposed: namely, the tax in grain (*zu*, 租), the tax in labor or military service (*yong*, 庸) for 20 days every year, and the tax in textiles or other materials (*diao*, 調). Each household was assigned a certain area of land and had to pay the same amount of taxes irrespective of its income¹⁴. This system was imported in Japan during its Taika Reforms in 645 by Prince Naka-no-Oe.

2 Tang (唐) Dynasty

(1) Brief History

The Tang (唐) Dynasty first adopted the Sui (隋) Dynasty's Equal Fields System (*juntian*, 均田制) with *zuyongdiao zhi* (租庸調制). Later, however, the Tang (唐) Dynasty moved to the new Double-Tax System (*liangshuifa*, 兩稅法).

In addition to these, the dynasty heavily relied upon salt monopoly for revenues.

(2) *Zuyongdiao* (租庸調) System

Under the equal fields land system in the Tang (唐) Dynasty, the government, just as in Sui (隋) Dynasty, allocated land to all households. In return they paid three taxes in kind. Because of various tax preferences on land ownership for aristocrats and Buddhist temples, however, these privileged families soon began to acquire more and more land. In the end, there eventually developed a shortage of land for distribution under the Equal Fields System, which in turn caused a serious decrease in tax revenues to the government¹⁵.

(3) Salt Monopoly

As government declined after the rebellion of An Lushan (安祿山), the Tang (唐) Dynasty turned heavily to the revenues from the salt monopoly. Faced with a serious shortage in tax revenues, the Emperor Suzong (肅宗) appointed Liu Yan (劉晏) as the head of the salt

fields” or *juntian* 均田 system. This system originated when pastoral-nomads conquered oasis farmers out on the high plains. It was supposed to assure the oasis farmers equal access to land and their pastoralist conquerors access to agricultural products. It was carried over into first the borderlands and then North China. (emphasis mine)” (last visited, February 11, 2005)

13) It is said that “[t]he Sui Dynasty administration followed the equal field system (*juntianfa* 均田法) and the taxation system of the Northern Wei Dynasty (*zuyongdiao zhi* 租庸調制). (emphasis mine)” (Chinaknowledge.de, Chinese History, *Tang* 唐 (618-907), *Five Dynasties* 五代 (907-960), *Ten States* 十國 (902-979) *science, technology and inventions*, available at <http://www.chinaknowledge.de/History/Tang/tang-tech.html> (last visited February 11, 2005)).

14) “**The tax system of the Sui Dynasty was also not new.** It consisted of three parts, the tax in grain (*zu* 租), in textiles or other materials (*diao* 調), and in corvée labour or military service (*yong* 庸) for 20 days every year. ... From the begin of the equal-field system, a great problem of taxation was that the tax basis was the household. **Every household, irrespective of its production power and income, had to pay the same tax**, what meant a heavy burden for the average peasant, while **princes and high officials were exempt of taxes**. Furthermore, a large amount of the population did not possess their own household but sought employment with the rich landowners as servants (*nubi* 奴婢), labourer (*buqu* 部曲), and tenant farmers (*dianke* 佃客), and therefore did not pay taxes. (emphasis mine)”

(Chinaknowledge.de, Chinese History, *Sui Dynasty* 隋 (581-618) *economy*, available at <http://www.chinaknowledge.de/History/Tang/sui-econ.html> (last visited February 11, 2005)).

15) This tax system is explained:

“Under this system, although tax was raised from landowners, it took the form of a poll tax and was levied on the number of people in a family rather than on the acreage owned.” “**The amount of land available for distribution decreased as more was acquired by legitimate means by the aristocracy and members of the imperial clan.** These great estates and the **tax free land** holdings of the Buddhist monasteries failed to render tax, as did the land endowments held by the counties and prefectures. (emphasis mine)”

(TravelChinaGuide.com, Chinese Culture, *Social Economy of Tang Dynasty*, available at <http://www.travelchinaguide.com/intro/history/tang/economy.htm> (last visited February 11, 2005))

administration and reformed the salt monopoly¹⁶⁾ in order to raise more revenues.

(4) The Double-Tax System (*liangshuifa*, 兩稅法)

In order to increase revenue, the Emperor Dezong (徳宗) abolished the *Zuyongdiao* System (租庸調制) and introduced the Double-Tax System (*liangshuifa*, 兩稅法) in 780 A.D. with the help of the Prime Minister (*Zaixiang*, 宰相) Yang Yan (楊炎)¹⁷⁾. With this fundamental reform, the state ownership of land was finally abandoned. After this tax reform in 780, one half of the tax, which was imposed on households, was paid in cash, and the other half, which was imposed on land, was paid in

grain¹⁸⁾. This reform contributed to the increased tax revenues, and did so through a fairer tax system that introduced some aspects of the ability-to-pay principle.

(5) Development of Manors (*zhuangyuan*, 莊園) in Tang (唐) Dynasty

Because of the various tax preferences on land ownership for aristocrats and Buddhist temples, these privileged groups began to acquire more and more land even during the regime when the state formally owned the land. These privately owned lands were called manors (*zhuangtian*, 莊田, or *zhuangyuan*, 莊園)¹⁹⁾. Salt was the main source of tax revenue for the government now. This automatically

16) “The An Lushan rebellion had a deep impact on the financial situation of the central government. On the one side, much of the economy in northern China had suffered heavy losses, peasants were uprooted, had no land and could pay no taxes, on the other side, what was left from the economy in the north was occupied by mighty military governors who collected taxes for themselves and not for the imperial court in Chang’an. For a long time, **seventy percent of the tax revenue of the Tang court came from the state monopoly on the production and merchandise of salt.** (emphasis mine)”

(Chinaknowledge.de, Chinese History, *Tang Dynasty 唐 (618-907) event history*, available at <http://www.chinaknowledge.de/History/Tang/tang-event.html> (last visited February 11, 2005)).

17) The Double-Tax System is explained as follows:

“The **equal-field land system** was in full force early in the Tang. … This system held up through the middle of the Tang, despite inequities and favoritism, and helped the peasantry’s state of affairs. **Buddhist temples and monasteries acquired land without taxation.** The tax reforms of 780 instituted by the official **Yang Yan** (楊炎, 727–81) aimed at saving the declining equal-field system. This created a new structure known as the **double-tax system** (paid in summer and fall): **half was a household tax payable in cash**, indicating the rise of monetary economy; and **half was a land tax payable in grain.** (emphasis mine)”

(The Encyclopedia of World History, 6th Edition, 2001, b. Political Social and Cultural Patterns, available at <http://www.bartleby.com/67/370.html> (last visited February 11, 2005))

18) It is said that “[u]nder Emperor Dezong 唐徳宗 chancellor Yang Yan 楊炎 reformed the tax system. … The threefold tax system of grain, silk and corvée (*zuyongdiao* 租庸調) was given up, and instead, two times a year the household was taxed according to its income (*liangshuifa* 兩稅法 “two-tax system”).”

(Chinaknowledge.de, *supra* note 16)

It is also said:

“[t]his provided for tax collection twice a year, in summer and autumn, hence the title Double Tax System. This varied from the *Zuyongdiao* System inasmuch as it was based on the size of the land owned (land tax) and the amount of the harvest (income tax). To a certain extent the Double Tax System rectified the inequality of the level of taxes imposed on the rich and poor while increasing the revenues of the central government.”

(TravelChinaGuide.com, *supra* note 15)

19) It is explained:

“From the second half of the Tang Dynasty on manors or large estates (*zhuangtian* 莊田, *zhuangyuan* 莊園) were a normal form of land ownership. A great part of the manors were owned by members of the imperial family, and by high officials, but also by monasteries.”

“**A main source of tax revenue for the Tang state was now salt production and sales. … Private vending of salt and disturbing the salt distribution were prohibited.** (emphasis mine)”

“The burden of taxes on the population was quite high at the end of Tang, mainly because the central government had lost its grip on the different regions of the empire and because more and more land was purchased by large estate owners.”

caused state tax revenues to decline sharply.

The development of the same manors or large estates (*shoen* 莊園) took place in Heian period (平安時代) in Japan, too. This was, however, associated with the emergence of the *samurai* (侍, or *bushi* 武士) class in Japan. The *samurai* ultimately established the Kamakura Shogunate in 1192, as we will see in V1 below.

History of Salt Tax and State IV. Monopoly of Salt in Ancient and Medieval China

1 Salt and State Budget

In many countries, salt has long been used to raise revenues for the government either in the form of a state monopoly or in the form of an excise tax on it. China is no exception on this matter²⁰. Chinese governments depended heavily on revenues from salt after Tang (唐) Dynasty.

2 Salt and Budget in China

Salt was already important to the state budget during the Han (漢) Dynasty, as we saw above. The Emperor Wudi (武帝) of the Han (漢) Dynasty brought salt and iron under a state monopoly (專売). And the Emperor Zhao-di (昭帝) of the Han (漢) Dynasty, in 81B.C. (始元六年), convened a discussion group on salt and iron (鹽鉄會議), and the Emperor Xu-andi (宣帝) of Han (漢) Dynasty abolished the monopoly of salt and iron²¹.

During the Tang (唐) Dynasty, the Emperor Suzong (肅宗) appointed Liu Yan (劉晏) as commissioner for salt administration and reformed the salt monopoly in order to raise more revenue. Even though this change may seem trivial, it was crucial. It led to active salt smuggling²², and eventually destroyed the Tang (唐) Dynasty itself.

(Chinaknowledge.de, Chinese History, *Tang Dynasty* 唐 (618-907) *economy*, available at <http://www.chinaknowledge.de/History/Tang/tang-econ.html> (last visited February 11, 2005)).

20) France used salt as source of tax revenue, too, as is explained in one paper:

“Salt was taxed by governments from the ancient Chinese and Romans to late medieval Burgundy, where salt was taxed at more than 100% as it came from the salt-works. Extended to the whole of France when Burgundy was absorbed, the notorious salt tax “*la gabelle*” became necessary to the government. Cardinal Richelieu said that it was as vital to France as American silver was to Spain.”

(Cowen, *supra* note 3)

21) KURLANSKY, *supra* note 5, chapter 1, gives us detailed explanation of the debates in the discussion group on salt and iron:

“The central subject was to be the state monopolies on iron and salt. But what emerged was a contest between Confucianism and legalism over the responsibilities of good government—**an expansive debate on the duties of government, state profit versus private initiative, the logic and limits of military spending, the rights and limits of government to interfere in the economy.** (emphasis mine)”

22) It is said:

“A main source of tax revenue for the Tang state was now salt production and sales. The salt distribution and disposition was rigidly controlled by special salt agents (*yanguan* 鹽官) in 13 salt touring brokerages (*xunyuuan* 巡院) all over the country. Private vending of salt and disturbing the salt distribution were prohibited.”

(Chinaknowledge.de, *supra* note 16)

Mark Kurlansky writes:

“The state salt monopoly disappeared for 600 years. But it was resurrected. During the Tang dynasty, which lasted from 618 to 907, half the revenue of the Chinese state was derived from salt.

— Over the centuries, many popular uprisings bitterly protested the salt monopoly, including an angry mob that took over the city of Xi’an, just north of Sichuan, in 880. (emphasis mine)”

(KURLANSKY, *supra* note 5, 34-35)

3 History of salt smuggling in Tang (唐)

In the era of Emperor Muzong (穆宗), peasants suffered severely from the double tax system and the salt monopoly. During the era of the Emperor Xizong (僖宗), in 879, the rich salt merchant and smuggler²³⁾ Huang Chao (黄巢)²⁴⁾ combined with other salt traders Wang Xianzhi (王仙芝) and Shang Rang (尚讓) and began a revolt. The power of Tang (唐) Dynasty declined dramatically after this revolt. Local military commissioners took over the control of various regions. Even though Huang Chao himself was killed in 884, the Tang (唐) Dynasty itself was ultimately destroyed in 907 by a follower of Huang Chao²⁵⁾.

V. Economic Analysis

1 Optimal tax theory and history

What could we learn from this very brief history of China? Even though it might be

possible to explain the history with the traditional (and traditionally Marxist) idea of a revolution by the economically oppressed, simple micro-economic theory explains the historical events logically and straightforwardly.

We have already seen that the ancient Chinese governments relied heavily on revenues from the poll tax, land tax and salt tax (and salt monopoly). For the sake of convenience, we will not distinguish between the salt tax and salt monopoly here.

From the point of view of the optimal tax theory, all of the three taxes listed above seem to be economically efficient in the sense that they do not distort economic activities in the market. To put it in a very simple way, optimal tax theory states that hard-to-avoid taxes are more neutral and efficient. This is because they do not distort market activities – a taxpayer's behavior after taxation is not different from that before taxation when the tax payer finds that tax hard to avoid by changing behavior. Under optimal tax theory²⁶⁾, the following are generally considered examples of comparatively neutral and efficient taxes:

23) 舊唐書卷二百下、列傳第一百五十下 (朱泚・黄巢・秦宗權) says:

「黄巢，曹州冤句人，本以販鹽為事 (emphasis mine).」

24) Here is a brief biography of Huang Chao on a famous encyclopedia:

“**Huang Chao, or Huang Ch'ao**, died 884, **China**

Chinese rebel leader whose revolt against the **Tang** dynasty, though ultimately defeated, so weakened the dynasty that it collapsed shortly thereafter.

A **salt smuggler** turned rebel, Huang captured Guangzhou (Canton) in 879 and the **Tang** capital of Chang'an in 881. There he proclaimed himself emperor but was driven out by an alliance of government troops and Turkish nomads. One of his generals overthrew the **Tang** (907) and founded the first of the short-lived Five Dynasties.”

(“Huang Chao.” Britannica Concise Encyclopedia. 2004. Encyclopædia Britannica, available at <http://concise.britannica.com/ebc/article?eu=392780> (last visited February 11, 2005))

25) It is said:

“ **the rising salt price - as a state monopoly becoming almost the only source of revenue for the Tang state - caused many peasants to take part in the popular uprisings that shook the Tang empire from the 850es on.** (emphasis mine)”

“ **In 881 Huang Chao proclaimed himself emperor of a Qi Dynasty** 齊, Emperor Xizong 唐僖宗 had fled to Chengdu 成都 in Sichuan like Emperor Xuanzong 唐玄宗 some 125 years before. ... In 884 Huang Chao was finally defeated. (emphasis mine)”

(Chinaknowledge.de, *supra* note 16)

26) In the world of taxation, we have Ramsey rule. See, Andrew Irwin, *Fine Vintages?, A Study into Wine Taxation in Australia*, (2001) (http://www.aph.gov.au/senate/committee/economics_ctte/completed_inquiries/2002-04/tariff_02/submissions/sub06a.doc):

First, the poll tax (head tax) is considered neutral because it is difficult for a taxpayer to avoid it by changing his or her economic behavior. Of course, there ultimately exist several ways to avoid it, such as running away and hiding oneself, going out of the country, or even committing suicide.

Second, a regressive-rate income tax might be more neutral than other income taxes. This is because a taxpayer would have higher marginal after-tax return to his effort (that is, he would face a lower marginal tax rate) when he works hard and earns more. This income tax rate structure would thus stimulate productive people to work more. They do not lose their incentives to work under this rate structure.

Third, a land tax is generally considered neutral. It is essentially a tax on economic rent. As people are maximizing the economic rent in their market activities, a tax on rent does not generally affect people's behavior. It is a very famous fact that Henry George wrote a book *Progress and Poverty* in 1880 to advo-

cate the tax in the United States.

Fourth, excise taxes on necessities are usually considered neutral. As people will tend to consume a certain amount of necessities no matter what the price is, taxes on them generally do not affect taxpayers' behavior.

Thus most of the old taxes in ancient China seem to have been rather neutral and efficient at least theoretically. But could we say that those taxes were really efficient? Quite the contrary. Instead, even the formally neutral taxes distorted economic activities, and did so by causing people when the tax rate became too high to evade them illegally.

Occasionally such activities of tax avoiders or evaders (like salt smugglers) could even result in the collapse of the government itself, as we could see in the case of the establishment of Kamakura Shogunate in 1192 in Japan²⁷.

Japan directly imported the tax system of early Tang Dynasty in China. After the Taika Reforms in 645 (大化改新), the Japanese government established a new land policy (公地

"Ramsey put forward his model of efficient taxation in his 1927 article "A Contribution to the Theory of Taxation." The question he sought to answer was how to raise a given amount of revenue while incurring the least possible excess burden on society. From this analysis, he came up with the Ramsey rule:

"to minimize total excess burden, tax rates should be set so that the percentage reduction in the quantity demanded of each good is the same."

By utilizing elasticities, the Ramsey Rule can be transformed into the inverse-elasticity rule for goods that are unrelated in consumption. This rule basically results in inelastic goods being taxed the highest and elastic goods being taxed the lowest."

27) Minoru Nakazato & J. Mark Ramseyer, *The Tax Incentives That Destroyed the Government: An Economic Analysis of Japanese Fiscal Policy, 645-1192*, 社会科学研究 51 卷 3 号 3-12 頁 (1999).

"Although Kyoto aristocrats formally controlled the central government during the 7th to 12th centuries, this was the time when actual power shifted to the warrior class. There, power would remain for most of the next 700 years. These warriors began as armed landlords in eastern Japan (the Kanto area; now the greater Tokyo area). Initially, they lacked formal property rights to the farmlands they developed. In this short article, we show how they transformed their informal control over these lands into legally enforceable property rights and political power – and explain the crucial role that tax policy played in that transition."

"Rather than relying on a powerless Kyoto court, the armed landlords began to form rival private governments. They then fought each other for control, but the samurai who in 1192 eventually came to dominate them all was Minamoto Yoritomo. He based his new government in Kamakura, near present-day Tokyo. As a shrewd politician, he maintained a formally cordial relationship with the Kyoto court, and from the court obtained the title of *shogun* (generally translated "barbarian-subduing-generalissimo")."

"In Japan, a combination of high tax rates, illegal evasive efforts, and legal tax incentives led to the development of the class of armed landlords. As the new samurai class, they eventually displaced the Kyoto aristocracy. Hard-to-avoid taxes are good from the view point of the optimal tax theory, because these taxes do not distort taxpayers' activities (before tax activities and after tax activities are not much different). But even poll tax distorts economic activities as is shown in the example of Kamakura Shogunate."

公民制) with a new tax system (租庸調). Because the aristocrats, shrines and temples were generally exempted from taxation, however, local farmers began to “donate” their newly-developed lands to the privileged groups in order to avoid the taxes. These local farmers in fact controlled the land locally and paid rent, which was cheaper than the official taxes, to the aristocrats, shrines and temples. This is similar to the modern American tax shelter called “sale and lease back.” It is a typical form of tax arbitrage. These local farmers later became the powerful *Samurai* class (侍). During the Heian period (平安時代), there were plenty of such tax-free manors (荘園) all over Japan²⁸⁾. Even though the aristocratic families were able to amass considerable wealth by arbitraging their tax exemption to encourage “donations” of land to their estates, the government itself did not have enough revenue to supply such basic public goods as police service even in the capital city of Kyoto, as was vividly seen in a famous film “Rashomon (羅生門)” by Akira Kurosawa (黒澤明). And finally in 1192, a leader of these *samurais*, Minamoto Yoritomo (源頼朝) established his own government in Kamakura (鎌倉). The Kamakura Shogunate started first as a provisional military regime. It originally was

a kind of private government. Later, however, the *samurai* people acquired the total control of the country. The *samurai* class controlled the country politically for nearly 700 years till the Meiji Restoration (明治維新) of 1868.

Indeed in China, exactly the same thing happened. The Tang (唐) Dynasty was overturned after the revolt of the salt smuggler, Huang Chao. But in China one thing was quite different from Japan. The same overturn of the government happened repeatedly in later China. Later in Chinese history, salt smugglers continued to play a very important role as leaders of revolts, because the later dynasties continued imposing a heavy tax on salt (or trying to monopolize the salt trade). Why was China different from Japan?

2 Salt tax and Chinese dynasty changes

The production and trade of salt has been an important source of power in the history of mankind. It is by no means an exaggeration to say that “salt created and destroyed empires.”²⁹⁾ One could even say that the power of the British Empire came from “saltworks in the Bahamas and North American cod.”³⁰⁾

At the end of the discussion on an economic

28) Nakazato & Ramseyer, *supra* note 27, at 10.

“Here is a historical document on the effects of tax incentives in ancient Japan. Lord Kiyoyuki of Miyoshi (三善清行, 847 A.D. – 918 A.D.) submitted his “**Twelve Opinions to the Emperor Daigo**” (御意見封事十二箇条) in 914. It was a lengthy piece written in classical Chinese. Kiyoyuki himself was **Professor of Literature** (*monjo hakase* 文章博士) at the **university** (*daigaku* 大學). **Founded in the 8th century, the university was built to educate bureaucrats, and was the predecessor to the modern University of Tokyo.**

In this document, we find a description of the decline of the state land ownership. Kiyoyuki had hoped to restore the political system of the Taika Reforms. Shortly after those Reforms, the Fujiwara clan had come to dominate the Kyoto court. Although the leading scholar of his time, as a non-Fujiwara Kiyoyuki had only a lackluster bureaucratic career. It is thus not surprising that he would urge the court to restore the Taika system and pick bureaucrats by ability. (emphasis mine)”

29) “Salt” in <http://www.thefreedictionary.com> says:

“Salt was, until the 1900’s, one of the prime movers of national economies and wars. Salt has played a prominent role in determining the power and location of the world’s great cities. Timbuktu was once a huge salt market. Liverpool rose from just a port to Ireland to become the prime producer of the world’s salt in the 1800’s. Salt created and destroyed empires.”

30) “Salt” in <http://www.thefreedictionary.com> says:

analysis of the decline of Tang (唐) Dynasty, I cite the following from our own paper:

“That tax law can have apparently unanticipated political ramifications is obvious enough. A simple but vivid example comes from ancient and medieval China. Some imperial Chinese governments imposed a tax on the consumption of salt. They both monopolized the industry itself and taxed the product. This salt tax was an important source of state revenue, and the rate was usually very high -- sometimes 5000 percent.

Optimal tax theory suggests that a tax on necessities like salt can be economically efficient. Because the elasticity of demand for such goods is low, the tax does not affect behavior. People need salt, and need it in largely fixed quantities. As a result (to overstate the argument a bit), they can no more avoid the salt tax by changing the way they behave than they can avoid a poll tax. Because the tax does not distort market decisions, it raises revenue efficiently. Or so optimal tax theory might seem to suggest.

If fact, of course, the Chinese salt tax was not efficient. Chinese consumers may not have much changed the amount of salt they consumed, but they did change the way they acquired it. Because they aggressively tried to avoid the tax, the government’s fiscal policy led to the development of a large black market. That market, in turn, created a corps of illegal salt dealers. And those dealers, in turn, from time to time ... overturned the government.

The point is simple: even when demand for a good is inelastic, consumers will usual-

ly have alternative routes for acquiring it. As a result, a high tax rate will cause them to shift from taxable transactions to effectively (even if illegally) non-taxable transactions. Precisely because taxes generate their own evasion, they almost always distort market activity.

Tax incentives (as a legal form of tax evasion) can sometimes have similar effects. Given the presence of a tax, consumers will try to avoid it. Where the government offers a legal way to do so, (if the penalties for illegal evasion are sufficiently high) they will choose those legal tax incentives over simple evasion. Legally or illegally, the government loses the revenue. Either way (as we explain below), apparently unanticipated political consequences sometimes ensue.

The tax on salt generated its own evasion, and led to the overthrow of medieval Chinese governments.”³¹⁾

As later Chinese Dynasties continued imposing a salt tax, salt smugglers continued to maintain economic and social power. But the salt smugglers’ roles remained basically in the underground world. They could not become the leading social class, which was quite different from the *samurais* in Japan who not only maintained power but also became the new aristocrats in the main-stream society. This may be because Japanese governments did not impose a salt tax which inevitably creates smugglers. The land tax paid in the form of rice was the main tax in Japan. This kind of tax did not create underground commercial activities.

“The salt trade was based on one fact – it is more profitable to sell salted foodstuffs than to sell just salt. Thus sources of food to salt went hand in hand with salt making. Before the salt mines of Liverpool where discovered, a huge trade in British fish for French salt existed. This was not a happy accord, for each nation did not want to be dependent on each other. The search for fish and salt led to the Seven Years War between the two. With the British in control of saltworks in the Bahamas and North American cod, their sphere of influence quickly covered the world.”

31) Nakazato & Ramseyer, *supra* note 27 at 4-5.

3 Conclusion: Tax Law and Political History

At first, the story seems quite the same both in Japan and in China at least superficially after the 7th century. Both had an Equal Fields System (均田制) with three taxes in kind (租庸調). In both countries, the aristocrats and temples were exempt. And these privileged groups began to acquire land and created huge manors (荘園) all over. Both governments suffered from the shortage in tax revenues. And political struggles followed.

But the result seems quite different. In the later Chinese history, the same story of dynastic change repeated itself, just as it had done with the Tang Dynasty. In Japan, even though there were changes in political power several times after the establishment of the Kamakura Shogunate, power basically remained in the hands of *samurai* (侍) class until the late 19th century. Why was it so? A salt tax (or a salt monopoly) might be one reason. Japan basically did not have a heavy salt tax (or salt monopoly).

It might be possible for us to explain the repeated changes in dynasties in China with a salt tax (or salt monopoly). As one source puts it:

“When humans first became farmers instead of hunters, they lost meat, which was the main supply of salt. This common need for salt led to uprisings and revolts. In fact, it has often been attributed to whether salt was taxed or not whether the people were happy. Rome had a policy to not tax salt, while the often changing Chinese Dynasties rose or fell depending on their tax policy.”³²⁾

After all, a salt tax (or salt monopoly) produced powerful smugglers in China, whereas in Japan the land tax in kind produced the

samurai class, which might explain the later history in those two countries. In Japan, power struggles were confined within the *samurai* class, whereas in China salt smugglers could destroy the government repeatedly.

This is a revised version of my paper in the University of Tokyo COE Soft Law Discussion Paper Series, COESOFT LAW-2005-5 at <http://www.j.u-tokyo.ac.jp/coelaw/COESOFTLAW-2005-5.pdf>.

(Minoru NAKAZATO)

32) “Salt” in <http://www.thefreedictionary.com>.

論説

イタリア・コスタリカ借款事件仲裁判決

東京大学教授

中谷和弘

I. はじめに

イタリアによるコスタリカへの借款（タイド・ローン）の元利返済をめぐる1998年6月26日の国際（国家間）仲裁判決は、2006年になって公開された¹⁾。金融という国際法学では人気のない分野に関わるものであるためか、本判決はほとんど注目されていない²⁾が、政府開発援助（ODA）が国際裁判としてとりあげられた近年の稀有な事例であるとともに、外交の日常において今後もいかに発生しそうな事案であるため、主要なODA供与国である我が国にとって参考になりうるものである。さらに、本判決は、国家の言動の法的評価や衡平原則の適用について興味深い重要な判断を示している。

本稿では、事実の概要と判例の要旨を紹介した上で、若干の点について簡単に指摘することにした。

II. 事件の概要

1983年10月24日、イタリア・コスタリカ両国は、技術協力のための枠組協定（*Accord-cadre pour la coopération technique*、以下、枠組協定）に署名した（1988年3月21日発効³⁾）。両国は友好関係を想起して、経済・社会・財政・文化協力の重要性を表明する（前文、1条）、協力のための優先分野を明示する（2条、その1つとして建設業が明示されている）、当該分野において必要に応じて議定書（*Protocol*）を将来締結する（3条）、「両国は発効に必要な国内手続の完了を交換公文によって通報し、本協定は後の時点でなされた通報の日に発効する」（8条1項）、といった内容を有する（p.27）。

Monge コスタリカ大統領と Andreotti イタリア外相間でのやりとりの結果、1984年6月20日、両国は、開発協力の実施議定書

1) *Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica (litige portant sur un recouvrement de crédit)*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, 2006, pp. 21-82. 判決文はフランス語のみである。本仲裁判決の英文名称は、*Case concerning the Loan Agreement between Italy and Costa Rica (dispute arising under a financing agreement)* である。

2) 事実概要と判決要旨の紹介として、*Loan Agreement between Italy and Costa Rica*, in P.Hamilton, H.C.Requena, L.van Scheltinga and B.Shifman (eds.), *The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Resolution (Summaries of Awards, Settlement Agreements and Reports)*, 1999, pp. 202-205, 紹介と評釈として、Enrico Milano, *La sentenza arbitrale fra Italia e Costa Rica relativa ad un prestito*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 90 (2007), pp. 161-180 がある程度である。なお、筆者は、「国家の対外債務は返済しなければならないか（ロースクール国際法第3回）『法学教室』2008年6月号112-113頁及び「国家債務問題と国際法」中川淳司・寺谷広司編『国際法学の地平（大沼保昭先生記念論文集）』（東信堂、2008年）535-536頁において、本判決をごく簡単に紹介した。

3) *Accordo quadro fra Italia e Costa Rica per la cooperazione tecnica*, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n.165, 15 luglio 1988, pp. 7-10. 前文及び全8条からなる。

(Protocol exécutif de coopération au développement, 以下, 実施議定書) を締結した。そこでは, 優先プロジェクトの1つとして, コスタリカの太平洋岸の Puerto Caldera での浮ドックの建設プロジェクトが挙げられ, このプロジェクトのためにイタリアはコスタリカに 1300 万米ドルを貸し付ける (他のプロジェクトは贈与とする) とした (その後の契約で貸付額は 1299 万米ドルとなった)。コスタリカは, 本プロジェクトの運営者として既に INCOP (Instituto Costaricense de Puertos del Pacifico) を指定し, また INCOP の Bonilla 代表に全権 (pleins-pouvoirs) を委任するとし, その旨は官報に公示された。1985 年 7 月 22 日のコスタリカ法 (6995 号) は, コスタリカ国の名前で協定を締結する権限を INCOP に付与した (pp.28-30)。

1985 年 8 月 1 日, コスタリカ政府 (Bonilla によって代表された) とイタリアの Mediocredito Centrale 銀行は, 浮ドック建設に関する 1299 万米ドルの融資協定 (Convention financière) を締結した。Monge 大統領の 7 月 31 日付のメッセージ (Mediocredito Centrale は 8 月 16 日に受領) により, Bonilla が権限を有することが再確認された。Mediocredito Centrale は, 8 月 22 日に融資協定が発効したことを翌 23 日に INCOP に伝えた。10 月 10 日から翌 86 年 10 月 30 日にかけて 4 回に分けて資金の振込がなされた (pp.30-31)。

1985 年 9 月 25 日, コスタリカ国家計画・経済政策担当相は, 浮ドック建設プロジェクトに反対し, コスタリカ議会による承認がないとした (イタリアはこの反対を 1988 年 5 月まで知らされなかったと申述書で主張した)。1986 年 3 月 17 日, コスタリカ議会は枠組協定を承認する法律を可決した (p.31)。

1986 年 5 月 8 日, Bonilla は INCOP の代表の座を降りた。6 月 12 日及び 7 月 8 日, イ

タリアの駐コスタリカ大使は, コスタリカが融資協定において規定された 277,611 米ドルの返済が滞っているとして, コスタリカ対外関係相の注意を喚起した。コスタリカ対外関係相はイタリア側に支払期間の延長と貸付状態に関する説明を求めた。1988 年 1 月 11 日, Monge 大統領は Andreotti 外相への個人的書簡において, 状況を刷新するため貸付を贈与に変える可能性を検討することをイタリア政府に示唆した。1988 年 3 月 25 日, コスタリカの Arias Sanchez 新大統領も, 貸付を贈与に変えることを Andreotti 外相に求めた (pp.31-32)。

1988 年 2 月, コスタリカの Denusa 社 (浮ドックプロジェクトの運営企業) が破産した。浮ドックの資産額は 870 万米ドルと評価される。1988 年 5 月, コスタリカは債務返済のかわりに浮ドックをイタリアに譲渡すると提案したが, イタリアはこれを拒否した。1989 年 7 月, コスタリカはニカラグアに対して有する債権をイタリアに譲渡すると提案したが, イタリアはこれを拒否した (pp.32-33)。

1997 年 2 月 8 日の口上書において, 両国は本事件を 1910 年 1 月 8 日の両国間の一般仲裁条約⁴⁾に従って国際仲裁に付託することに合意した。1997 年 9 月 11 日, 両国はコンプロミー (付託合意) を締結した (pp.33-34)。コンプロミーでは, 「常設仲裁裁判所 (PCA) の二国間紛争の仲裁のための任意規則 (1992 年 10 月 20 日)」⁵⁾ に依拠して裁判を行うこと, 仲裁裁判所は, Lalive (スイス, 裁判長), Ferrari Bravo (イタリア), Vallé (コスタリカ) の 3 名から構成されること, 裁判はローマで行うこと, 常設仲裁裁判所国際事務局が関与すること等が定められた。

コスタリカの主張は, 次の通りである。融資協定は国際条約ではなく, イタリア法によって規律される契約であるため, 返済の義

4) Trattato generale di arbitrato fra l'Italia e la Repubblica di Costarica, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, Troisième série, Tome IV, 1911, pp. 713-718. 両国は外交交渉によって解決できない紛争を仲裁判断に委ねることを約束する (但し独立又は国家の名誉に関わると考える紛争の付託は拒める) という規定 (1 条) を有するものである。

5) Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/2STATENG.pdf>

務は国際法上の淵源を有しないし、契約から生じた金銭上の義務と枠組協定又は実施議定書の間には関連はない。さらに、枠組協定は実施議定書から2年後、融資協定から8ヵ月後ようやくコスタリカ議会で承認されたものであって1984-85年当時は効力を有さず、また融資協定はたとえ条約と考えられるとしても同意の有効な表明がないため無効である。実施議定書は融資協定が承認された日に効力を有しておらず、またBonillaには署名の権限がなかったため、融資協定は当事者を拘束しない(p.34)。

イタリアの主張は、次の通りである。融資協定は国際法上効力を有するものであり、コスタリカはその有効性に異議を唱えることはできない。コスタリカ議会は融資協定を承認しており、コスタリカの国内法に反するとの主張は条約法条約⁶⁾上の無効原因とはなりえない。Bonillaはコスタリカを有効に拘束するための全権を有していた(pp.34-35)。

裁判所に付託された問題は、①融資協定は有効であって全当事者を拘束するか、②その場合、両国は融資協定上の義務を履行したか、③コスタリカはMediocredito Centraleに返済する義務を負うか、その場合、どのような法原則に基づいて義務を負うか、というものであった、とまとめることができる⁷⁾。

Ⅲ. 判決の要旨

判決の主な内容は、次の通りである。

判決では、まず、「枠組協定が『技術協力』と銘打ち金銭的側面には明示的に言及していないゆえ融資協定には適用されない」との主張に関して、金銭的側面を含まない技術協力を

を想定することは困難であり、「技術協力」をそのように狭義に解することは不自然であって一般的経験に反するとする(pp.35-36)。

その上で、枠組協定がコスタリカ議会によって1986年3月17日まで批准されなかったことに鑑み、同協定はその時点まで効力を有しなかったかという問題について検討する。まず、諸判決や学説を引用しつつ、①重要なことは、コスタリカが枠組協定の有効性につき、議会による批准承認以前にその言動によって同意を与えたかということである、②批准が遡及効を有するか否かについては相反する実行があるため、コスタリカ議会による批准承認が遡及効を有するとは断定できない、③信義則から黙示的な批准や推定される言動が導き出されうる、旨を指摘する。さらに、国内法に合致しない批准の効力、国際法と国内法の関係、条約法条約で規定された条約の締結権限等についての諸判決や学説を紹介する(pp.36-51)。

「枠組協定、実施議定書、融資協定の3つが法的には連関がない」との主張に対しては、事実にも両国間の関係の歴史にも両国の共通の意思にも反するとする(p.51)。

まず、枠組協定の効力を否認する主張は、国内法に対する国際法の優位性ゆえに支持できない。コスタリカが「議会の3分の2の承認を得なかったこと⁸⁾が条約法条約46条1項にいう『違反が明白でありかつ基本的な重要性を有する国内法の規則に係るもの』である」と何年もの沈黙(枠組協定批准時には何ら主張しなかった)の後に主張することは、遅すぎる主張であって困難である。禁反言の原則は、一方の当事者が当該手段を援用する

6) ちなみに、イタリアは条約法条約に1970年4月22日に署名、1974年7月25日に批准し、コスタリカは1969年5月23日に署名、1996年11月22日に批准している。<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/vclt/vclt.html>

7) Hamilton et al (eds.). *supra* note 2, p.204.

8) コスタリカ憲法121条4号では、①議会は条約の承認又は否認の排他的権限を有する、②共通の地域的目標を達成するため共同体法に一定の権限を委譲又は移転する条約の承認には全議員の3分の2以上の多数決を必要とする、③議会によって承認された条約から生じる下位の議定書は議会の承認を必要としない、旨を規定する。同条15号では、①行政府が締結した融資協定又は公債務に影響する同様の協定の承認又は否認の排他的権限を有する、②外国での融資のための協定又は外資が融資する国内での融資のための協定の承認には、プロジェクト毎に全議員の3分の2によって承認されなければならない、旨を規定する。http://www.costaricalaw.com/legalnet/constitutional_law/constitutional.html コスタリカの条約締結手続については、外務省条約局『諸外国の条約締結手続に関する調査(第二分冊)』(1972年)31-34頁。

正当な利益の存在を立証することなしに自らに帰責し自らのみが阻止できる不正規性を援用することを禁じるものである。枠組協定署名後のコスタリカの言動は、黙示的な批准又は黙認と解されるものである。「枠組協定は効力を有しない」とのコスタリカの現在の主張では、コスタリカ大統領の書簡、実施議定書の署名、INCOPの指名及びBonillaへの全権委任の付与、コスタリカ国の名前で協定を締結する権限をINCOPに付与した1985年7月22日法、融資協定といった一連の言動を説明することが困難である。それゆえ、コスタリカは枠組協定を有効であって即座に効力を有したと考え、1986年3月17日の批准は実質的な影響はない形式的なものであると考えたと指摘できる。このことは、イタリアの援助の受益国として即座に効力が生じることによって最大の利益を有するのはコスタリカに他ならないから尚更である(pp.52-54)。

実施議定書については、枠組協定の実施行為であって自律的な又は独立した合意ではないことは明らかである。事後の行動により、両国(とりわけコスタリカ)は、実施議定書が有効であると考えたことが示された。*non venire contra factum proprium*(何人も自らの過去の行動に相反する立場をとることはできない)という規則及び信義則により、コスタリカは今日になって実施議定書の有効性に異議を唱えることはできない(pp.54-55)。

融資協定については、自律的行為ではなく枠組協定及び実施議定書の実施行為である。コスタリカは、「融資協定はイタリア法によって規律され国際法によっては規律されない契約である」と主張するが、コンプロミーでは、「常設仲裁裁判所の二国間紛争の仲裁のための任意規則33条(国際司法裁判所(ICJ)規程38条と実質的に同内容)により、国際法の妥当な規範に従って」判断することを仲裁裁判所に求めると規定している(pp.55-56)。

明らかに、コスタリカ大統領が憲法に違反して行動したと軽々しく認めること又はそう推定することは困難である。それゆえ、条約法条約46条1項にいう「明白な違反」つまり「条約の締結に関し通常の慣行に従いつ

誠実に行動するいずれの国にとっても客観的に明らかであるような場合」(同条2項)に該当するとのコスタリカの主張は、極度に困難な主張である。また、議会による承認は、単に国際協定の批准やその内容の承認にとどまるものではなく、行政府によって既に達成された行為の正規性又は合法性を承認するものである。政治的理由により議会が見解を変更して事後的に行政府の行為を批判したとしても、そのことは国際協定の有効性とそのコスタリカに対する義務的性質に何ら変化をもたらすものではない(pp.56-57)。

3分の2の多数決の要件を満たさないという不正規性については、信義則や*non venire contra factum proprium*を援用するまでもなく、国際法上、イタリアに対して対抗力を有しない(*inopposable*)。結局、国内法上の不正規性は主張されたものの立証されなかった(pp.57-58)。

さらに、コスタリカはイタリアに対する約束を、返済の延長の要請、新旧大統領による「貸付を贈与に切り替えてほしい」旨の提案、「ニカラグアに対して有する債権をイタリアに譲渡する」との提案等の一連の宣言によって明確に承認した。これらの宣言は国際法上、否定できない法的効果を有し、コスタリカは協定の無効を主張できなくなる(pp.58-59)。

融資協定が条約か契約かという点に関しては、一政府によって締結された私法上の契約ではなく、13条においてイタリア法に言及していることは、これが国際法に従う国際協定としての性格を弱めるものではなく、一般慣行に従って貸付国の法規を必要に応じて補足的に適用することを示すにすぎない(pp.60-61)。

国家契約については様々な議論があるが、①コンプロミーにおいては国際法のみを適用することを求めイタリア法への言及がない、②コスタリカ自身が融資協定は国際法に基づいて無効だと主張するがイタリア法に基づいて無効だとは主張していない、③イタリア民法に照らしても融資協定は効力を有しているとのイタリアの主張にコスタリカは反駁していない、④融資協定は枠組協定や実施議定書

といった国家間合意の実施行為であるばかりかイタリア政府の指示に基づいて **Mediocredito Centrale** によって締結された実質的には国家間合意である、といった理由ゆえ、この問題はここでは実益を有しない。コンプロミーにおいて両国が明確に国際法に基づいて解決するよう求めているゆえ、国際商業会議所 (ICC) の商事仲裁に付託する旨の融資協定の規定は必然的に無効となる。コンプロミーにおける融資協定上の当初の紛争解決条項からの修正とイタリア法から国際法への準拠法の修正について、両国は異議を唱えることはできないし、また唱えられなかった。融資協定への国際法の適用可能性についての結論に達したので、イタリアが主張する信義則や禁反言についての判断は不要である。1929年の常設国際司法裁判所 (PCIJ) 「セルビア公債事件」判決及び「ブラジル公債事件」判決の今日における有効性についての判断も不要である (pp. 62-63)。

コスタリカは、「Bonilla には融資協定の文言の確定をする権限しか付与されず、コスタリカ国を拘束する権限は付与されなかったため、融資協定は有効に締結されなかった。たとえ融資協定が国際協定であるとしても、Bonilla の署名は条約法条約 10 条 b に該当する条約文の確定にすぎない。融資協定は議会による承認を得られなかったためコスタリカによって批准されなかった。署名権限を有する者はコスタリカ政府によっても INCOP によっても指名されなかった」と主張する。この主張によると、Bonilla は権限踰越 (*excès de pouvoir*) を犯し、コスタリカ国の名前で協定を締結する権限を INCOP に付与した 1985 年 7 月 22 日法にもかかわらず、同法は異例かつ違憲だとしてコスタリカは融資協定によって拘束されなくなる。さらにコスタリカは、「イタリアは権限を踰越した者の行為に正当な信頼をおいたと主張することはできず、たとえ損害を蒙ったとしてもその損害は自己の過失によって引き起こされたものである」と主張する (pp.63-64)。

官報で公示されたデクレにおいて Bonilla に全権が付与され、大統領の書簡において「浮ドック建設に関して **Mediocredito Centra-**

le との融資協定をコスタリカ共和国の名において署名する」Bonilla の権限が確認され、さらに INCOP 役員会において Bonilla に融資協定を締結する特別の権限 (*poder especial*) が付与されたことに鑑みると、Bonilla には「限定的権限」のみが付与されたとするコスタリカの主張は文言の自然かつ通常の意味に反し、またコスタリカが権限踰越だと事後的に主張した時点までの両国の態度の通常解釈にも反する。「1985 年 7 月 22 日法は異例かつ違憲だ」とする主張に関しては、たとえ遅すぎると主張だという点を捨象したとしても、既に判示したように条約法条約 46 条の意味においてイタリアに対抗できない。国家は法の一般原則たる信義則 (*non venire contra factum proprium*) に反することなく既に表明した同意を否定することは認められず、このことは融資協定の締結にも実施行為の署名にもあてはまる (pp.65-66)。

「**Mediocredito Centrale** を通じて融資された資金がコスタリカの国庫に入っていない」とのコスタリカの主張は、融資協定の構造の無理解に基づくものである。資金は **Mediocredito Centrale** からイタリアの **Monte de Paschi di Siena** 銀行に振り込まれ、そこから浮ドック建設に関与するイタリアの業者に支払われている。また、「イタリア政府及び **Mediocredito Centrale** がコスタリカ議会による批准承認前にあわてて払込をした」とのコスタリカの主張も説得的ではない。貸付が早すぎたと借手の側が苦情を言うのは理解しがたいことである。コスタリカ大統領が何度も強調したように浮ドック建設に優先的性格と国益が存することを勘案すると、このような主張を正当化するような保護に値する利益は見出し難い (pp.66-67)。

書類提出と署名に関する不正規性 (*irrégularité*) についてのコスタリカの主張は、過度に形式主義的であって、技術協力と国際貸付の精神とは相容れないものであり、国際協力合意の受益者の側からこのような形式主義を援用することは容認しがたい。そのような主張をするのであれば、コスタリカは、Bonilla に全権を付与すべきでなかったし、国内法においてその権限を確認すべきでなかつ

たし、不正規性の存在をイタリア側に遅滞なく通知すべきであった。空欄の署名は通常の銀行実務に反するものではない。また、INCOPの代表が変更しても法人としての継続性には変更はなく、新代表は旧代表の行為の結果に責任を負わなければならない、承継の否認を主張することはできない。このような国内法上の事情はイタリアに対して対抗力を有しない。1986年5月8日にBonillaがINCOPの代表ではなくなったという事実に関しては、INCOPもコスタリカ政府もこのことをイタリアに通知しなかった。当然ながら、融資協定のいかなる条項にもBonillaがINCOP代表である期間のみ貸付が有効であるとの記載はない(pp.67-68)。

不当利得(enrichissement illégitime)に関しては、イタリアは、「コスタリカが供与された資金を返済しないと不当利得が生じる」と主張した。これに対してコスタリカは、「資金はコスタリカの国庫には入らず、イタリアの業者に渡され、コスタリカを利するものではなかった」と反論した。このコスタリカの主張は、既に指摘したように技術及び資金協力システム全体の無理解に基づくものである。コスタリカによる融資協定の不履行は明らかにコスタリカに物質的利得を生じさせるものである。もっとも、浮ドックが目的を達成しなかったこと、その価値が920万米ドル乃至870万米ドルと評価されることにも鑑みると、コスタリカは(融資元利総額の)1290万米ドル又は900万米ドルを超える不当利得を得たとは考えられない。もっとも不当利得の問題は本訴訟では簡単かつ補助的に主張されたにすぎないため、最終的にはあらゆる事情を勘案して両国間で決定すべき事項である(pp.68-71)。

コスタリカによる時効の主張に関しては、イタリアによる元利返済の要求が国際法上時効消滅したと立証されていないため、認められない(国際法上、時効に関しては慣習法規も一般原則も存在しないように思われる)。コスタリカはイタリア法の時効も主張したが、立証されていないし、また1986年のイタリア政府による要求、融資の存在を認めるコスタリカ政府による諸行為、両国間の交渉

といった時効中断事由に鑑みると尚更である(pp.71-72)。

両国間での討議と交渉の性質自体から、本訴訟の解決は融資協定の条項の厳格に契約上のかつ技術的な範囲での解決を超えた、政府間かつ外交上のレベルでの解決が求められているといえる。イタリア政府自身、このことを強調した。仲裁裁判所は両国間の関係という観点から、不履行の結果につき判示し、返済の態様や利子の問題を決定する(p.72)。

国際法は伝統的に法に内在する(infra legem)適用態様としての衡平原則(principes équitables)によって影響を受けてきた。なお、衡平の考慮(considérations équitables)の役割と衡平と善(ex aequo et bono)による決定とを混同してはならない。後者は両当事国の明示的な合意を要する。この衡平という性格ゆえ、裁判所は、支払期日、返済、遅延利息に関する融資協定の『技術的』条項のみを勘案することとどまらず、支払遅延の原因、コスタリカ側に生じた誤解や疑念、イタリア側と締結した複数の合意の効果及び範囲、一般的な両国の具体的状況及び行動、そして両国の友好・協力関係全般といった当該事案の状況全般を勘案することが求められる(pp.72-73)。

利息に関しては、計1290万米ドルの4回に分けての融資(A.1985年10月10日に7,144,500米ドル、B.1985年11月8日に2,598,000米ドル、C.1985年12月30日に2,598,000米ドル、D.1986年10月30日に649,000米ドル)に鑑み、別表A～E(pp.78-82)において詳細に定めるように、判決日(1998年6月26日)までは年利2.25%、判決日以降は年利8.5%で計算する。元利合計でA.は12,203,009.85米ドル、B.は4,417,803.16米ドル、C.は4,382,369.22米ドル、D.は1,048,768.09米ドルとなり、総計は22,051,950.92米ドルとなる(pp.73-74)。

仲裁裁判所はあらゆる事情を勘案の上、国際法の規範とりわけ正義の観念から生じる衡平原則に従って、コスタリカが支払うべき総額を判示することが求められる。当該事情には、一方で融資協定とその附属書においてコスタリカが返済条件を認めたという事実、他

方でコスタリカには900万米ドルを超える利得は生じていないという事実が含まれる。機械的に支払総額を2200万米ドルと定めることは国際法の原則及び慣行に反するであろう(pp.74-75)。

以上より、仲裁裁判所は、全員一致により、
I. 次の通り決定する。

(a) 融資協定は、実施議定書を履行し両国間の現存の政府間協力諸協定の枠内にあるものであって、完全に有効であり、両当事国を拘束する。

(b) イタリア側は融資協定、実施議定書及び両国間の現存の政府間協力諸協定を完全に履行した。

(c) 同様のことはコスタリカ側については言えない。コスタリカ側は上記の諸協定から生じる義務を履行しなかったばかりか、当該諸協定の文言に従う義務がないと考えたため履行しなかったと主張した。

(d) コスタリカ共和国は、締結した国際協定(枠組協定、実施議定書、融資協定)に基づいて、Mediocredito Centrale及び／又はイタリア共和国に対してMediocredito CentraleがPuerto Calderaにて予定された浮ドック建設のために1985年10月10日から1986年10月30日にかけて4回に分けて供与した計12,990,000米ドルを返済する義務を負っている。

(e) イタリア共和国及び／又はMediocredito Centraleによるコスタリカ共和国に対する貸方は、元利合計で1500万米ドルに達する。この金額は、一般的文脈、両国の関係全般及び開発協力の合意に照らして、両国を結びつけたとりわけコンプロミーにおいて想起された伝統的な友好関係を鑑みて、両当事国によって直接に合意される支払態様により支払われるべきである(p.76)。

II. 本仲裁裁判の経費は120,000米ドルと決定する。

IV. 省察

以下、第1に、本仲裁判決の全般的特徴について、第2に、当事国(特にコスタリカ)の一連の言動の評価について、第3に、衡平

原則の本事案への適用について、第4に、遅延利息の扱いについて、第5に、本仲裁判決の履行について、第6に、本事案の我が国をはじめとするODA供与国へのインプリケーションについて、簡単に指摘することとした。

第1に、本仲裁判決の全般的特徴について。本仲裁判決は、概して冗長であり、繰り返しの箇所も少なくない反面、判断を回避した箇所も散見され、概してわかりにくいものとなっている。推敲を重ねてより整理された判決文としたならば、説得性を増したのではないかと惜まれる。また、本仲裁判決には、先行判例や特に学説を詳細に引用・紹介しており、研究ノートの観を呈する箇所がある。学説を延々と引用することは、仲裁判決では時に見られる現象であり、本仲裁判決においては、「思考過程を記録として後世に残しておきたい」という裁判官の意向が働いたものと推定されるが、判決全体の流れをわかりにくいものにしてしまっているため、学説の引用は直接関連のある必要最小限なものにとどめ、また注に回すといった記述上の工夫を要したと思われる。他方で、本仲裁判決では、未公表乃至入手が容易でないコンプロミーや関連諸条約の条文の紹介・引用がなされていないため、「読者」に不親切なものとなっている。また、政治的な対立と利権の構造が垣間見られるものの、コスタリカ側の「変節」の理由も示されていない。特に残された浮ドック関連資産が融資額よりもはるかに低額となってしまった背景に何があったのか(当初の見積もりが杜撰であったのか、何らかの中間搾取がなされたのか)、このことがコスタリカ側の「変節」とどう関わるかは本事案の構造的理解にとって有用な論点であるが、本仲裁判決では何ら触れられていない。本仲裁判決には以上のような難点はあるものの、事実の判断やルールの解釈は全般的にオーソドックスであり、例えば、①「技術協力」には融資は含まれないとの解釈は不自然である、②借手側からの貸付が早すぎるとの苦情は理解しがたい、③大統領が憲法に違反して行動したと推定することは困難であるといった具合に、自然な判断や解釈を重視し

ているといえる。また、次にみるように、本仲裁判決には、当事国の言動を可能な限り勘案して判断するという現実的かつ柔軟な態度がみられる。

第2に、当事国（特にコスタリカ）の一連の言動の評価について。本仲裁判決は、①枠組協定署名後のコスタリカの言動は黙認と解され、コスタリカは同協定を即座に発効したと考え、同協定の批准は形式的なものであった、②コスタリカの言動に照らすと、信義則（とりわけその発現形態と考えられる *non venire contra factum proprium*）ゆえ、コスタリカは実施議定書の有効性に事後的に異議を唱えることはできなくなる、③融資協定は枠組協定及び実施議定書の実施行為であり、コスタリカ議会による枠組協定の批准承認の要件が満たされなかったという不正規性はイタリアに対して対抗力を有しない、旨を判示した。本仲裁判決は、次の2つの基本的判断に立脚してこれらのことを導いたと指摘でき、これらの判断は条約法の実務において重要な示唆を与えるものであるといえる。第1は、国家の言動からいわば「事実上の批准」に該当する場合があるという判断である。条約法条約18条は、条約の署名国は当該条約の批准前には条約の趣旨・目的を失わせる行為を行ってはならない旨を規定するが、本仲裁判決はその射程範囲をはるかに超えて、正式な批准がなくても国家の言動から批准をしたとみなしうるような場合が存在し、その場合には批准と同一の国際法上の効果を生じるという考え方である。これは意思を重視した考え方であるが、国際法上、国家の意思表示の形式が一般的に自由である⁹⁾以上、基本的に妥当な考え方であり、「批准の形式的要件を満たさない限り当該条約は国際法上当該国にとって一切拘束的とはならない」という考え方は条約法条約に規定されていない国家の言動の国際法上の評価を看過した近視眼的な考え方と言わざるを得ない。第2は、たとえ批

准が憲法上の要件に合致しないとしても、そのことは条約法条約46条1項但書にいう「違反が明白であり基本的な重要性を有する国内法の規則に係るものである場合」には必ずしも該当するとはいえない（その立証責任は条約無効を主張する側が負う）という判断である。Milanoが指摘する¹⁰⁾ように、この第2の点に関連した判断が、本仲裁判決後（但し公表前）の2002年10月10日のICJ「カメルーン・ナイジェリア間の領域と海洋境界事件」本案判決において示されている。同判決では、「ナイジェリアの国家元首によって署名されたが結局批准されなかったMaroua宣言は、ナイジェリア憲法では行政行為は最高軍事評議会によって又はその承認に基づいてなされなければならないと規定し、同宣言には同評議会によって批准されていないため無効だ」というナイジェリアの主張を否認し、「Maroua宣言は署名とともに発効した」と解釈したが、その中で次のような一般論を展開している。「国家が条約を締結する権限に関する規則は、基本的な重要性を有する憲法規則である。しかしながら、この点に関する国家元首の権限の制限は、少なくとも適切に公表されていない限り、条約法条約46条2項の意味における明白なものではない。とりわけ国家元首は7条2項により『職務の性質により、全権委任状の提示を要求されることなく』自国を代表すると考えられるため尚更である」¹¹⁾。ICJのこのような判断は、本仲裁判決と軌を一にするものであるといえる。さらに本仲裁判決は、融資協定の規定内容（準拠法はイタリア法とし、紛争は国際商業会議所（ICC）に付託する）は、コンプロミーや当事国の事後の言動によって、「準拠法は国際法とし、本紛争は仲裁に付託する」という内容にとって代わられた旨を判示した（それゆえ融資協定の法的性質につき検討する必要はないとした）。あらかじめ定められた準拠法や紛争解決手段の事後的な変更は異例で

9) この点に関して、拙稿「言葉による一方的行為の国際法上の評価（1）」『国家学会雑誌』105巻1・2号（1992年）45頁。

10) Milano, *supra* note 2, p.178.

11) ICJ Reports 2002, p.430.

はあるものの不可能ではなく、両当事国の言動を重視したこの判断自体は妥当なものである。

第3に、衡平原則の本事案への適用について。国際裁判では本案判決において金銭支払義務が認定されても具体的な支払金額は事後の別の判決で判示するとされることが少なくなく、また前者の判決後に両当事者間で支払金額について合意に達することも稀ではないことに鑑みると、本仲裁判決が支払金額を明示したこと自体、一定の注目に値するが、さらに大きく注目すべきは、本仲裁判決が衡平原則に基づいてこの支払金額の決定をしたということである。国際判決においては、衡平原則は主に大陸棚境界画定の文脈において援用されてきた。本仲裁判決は、大陸棚境界画定問題という「パイの配分」とは異なる法構造を有する債務不履行問題の文脈において衡平原則を援用した稀有な例であり、本判決最大の特徴はこの点にあるといえる。本仲裁判決が衡平原則を援用した背景には、①不当利得に言及しながら、融資額と残された資産額の間には大きなギャップがあったため、融資額及びそれに見合う利息の全体を支払額とすることは妥当ではなく、この点の調整が必要となった、②不当利得に依拠した先例はあるものの、その国際法上の要件・効果は必ずしも明らかではないため¹²⁾、イタリアが補助的にしか援用していないこととあわせ、不当利得に依拠することは容易ではなかった、といった事情に鑑みたとと思われる。「支払遅延の原因、コスタリカ側に生じた誤解や疑念、イタリア側と締結した複数の合意の効果及び範囲、一般的な両国の具体的状況及び行動、そして両国の友好・協力関係全般といっ

た当該事案の状況全般を勘案すること」は極めて広範な考慮であって、「衡平原則」の射程範囲を超えてむしろ「衡平と善」に基づく判断ではないかとの疑念も生じうるかもしれない。しかしながら、コンプロミーにおいて「衡平と善」という非法的要素への依拠が明示的に合意されていない以上、仲裁裁判所としては「衡平と善」への依拠は一切できず、あくまでこれらの考慮は「衡平原則」であると同前提せざるを得なかった。もっとも、例えば枠組協定においては「友好」への明示的言及があり、「友好」は二国間友好通商航海条約等において(単なる道義的な責務ではなく)実定法上の義務とされること¹³⁾にも鑑みると、友好関係全般への考慮が「衡平原則」に含まれると解することが妥当性を欠くとは必ずしも言えないであろう。いずれにせよ本仲裁判決では、「衡平原則」に基づいて、融資総額(元利合計)である約2205万米ドルの約68%にとどまる1500万米ドルの返済をコスタリカに求めた。

第4に、利息の扱いについて。本仲裁判決では、判決前の金利(pre-judgement interest)は年利2.25%、判決後の金利(post-judgement interest)は年利8.5%とした。判決前の金利とは別に判決後の金利を設け(このこと自体は時に見られる)、また判決後の金利を判決前の金利よりも高く設定したのが特徴である。国際判決における金利の問題について包括的な研究を行ったNevillは、判決後の金利は通常は判決前の金利と同一に判示されるが、但し稀に判決後の金利の方が判決前の金利よりも高く判示されることがあり、これは迅速な支払に対するインセンティブを増加させるためだろうと指摘する¹⁴⁾。本仲裁

12) 国際法における不当利得に関しては、Christoph H.Schreuer, *Unjustified Enrichment in International Law*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 22 (1974), pp.281-301 ; Charles Manga Fombad, *The Principle of Unjust Enrichment in International Law*, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 30 (1997), pp. 120-130.

13) この点につき、拙稿「友好通商航海条約の解釈・適用(ロースクール国際法第9回)」『法学教室』2008年10月号126-132頁。

14) Penelope Nevill, *Awards of Interest by International Court and Tribunals*, *British Year Book of International Law* 2007, p.337. Gabriele Salvio, *La responsabilité des États et la fixation des dommages et intérêt par les tribunaux internationaux*, *Recueil des Cours*, vol. 28 (1929-III), pp.281,284 では、判決後の金利を判決前の金利よりも高く設定することは可能だと指摘する(Nevill, p.337, note 467)。

判決において、判決前の金利を2.25%、判決後の金利を8.5%と設定した根拠については、仲裁判決中には説明はなされていないが、判決時の1998年においては、銀行による最優遇顧客向けの貸出金利 (lending interest rate) は、イタリアが8.64%、コスタリカが22.47%であった¹⁵⁾ ため、判決後の金利はイタリアのこの貸出金利に揃えたものと推測される。なお、金利については、PCIJ「ウィンブルドン号事件」判決(1923年)においては、「現在の世界の金融状況においては、また公債につき認められる状況に照らすと、6%が妥当である」と判示した¹⁶⁾。もっとも同判決では、「金利は判決日から生じる」としたが、Salvioliは、「金利は違法行為がなされた時点から生じる」としてこれを批判する¹⁷⁾。本仲裁判決では、金利は当初規定された返済日から生じるとの前提で計算をしている。

第5に、本仲裁判決の履行について。仲裁判決から約5年半後の2003年12月4日、両国は判決内容を履行する旨の合意に達し、この合意はコスタリカ議会の承認を得て2004年3月24日のコスタリカ官報において公表された¹⁸⁾。その主な内容は、1500万米ドルを6年間の猶予期間を含めて17年以内に金利年1%を加算して支払うというものであり、より詳細には、①元金については、半年毎に22回の連続分割払とし、第1回目の支払は両国代表による財務協定附則の署名後78ヶ月以内に完了する、②金利については、年1%の金利を半年毎に支払い、支払は当該附則の署名から6ヶ月後に開始する、というものであった。分割払とすること、6年間の返済猶予期間を設けること、金利は年1%という低金利にすることで合意がなされたが、これは両国間の全般的関係にイタリア側が配慮した結果であると解される。先述した判決

前の金利と判決後の金利の関係について、Nevillは、①判決前の金利が支払日までの損害の合計についてのみ生じる(諸費用・経費は含まれない)とし、判決後の金利を含まないとする方式、②判決前の金利とは別に判決後の金利を扱い、判決後の金利は判決の全金額(判示された利息分を含む損害額プラス諸費用・経費を含む)につき一定の猶予期間後から支払時までの期間生じるとする方式、③判決前の金利とは別に判決後の金利を扱い、判決後の金利は判決の全金額(判示された利息分を含む損害額プラス諸費用・経費を含む)につき猶予期間なしに判決日から支払日までの期間生じるとする方式の3方式が見られると指摘し、①の例としてイラン・米国請求権裁判所の慣行、②の例として欧州人権裁判所や米州人権裁判所の慣行、③の例として欧州第一審裁判所の慣行が挙げられるとした¹⁹⁾。本事案においては、本仲裁判決とこの2003年の両国間の合意をあわせて考えると、結局、②の方式に基づく処理がなされたことになる。

第6に、本事案の我が国をはじめとするODA供与国へのインプリケーションについて。ODA供与国としては、本仲裁判決が支払総額は元利合計になるとは限らない(衡平原則に基づき結果として減額される)と判示したことに留意する必要があるが、予防法学の観点からは、ODA供与国には、被供与国側の代表の条約締結権限の有無と被供与国における条約発効要件について被供与国の国内法を詳細に検討しておくこと、及び、被供与国における政権交代や被供与国側の実施機関の代表の変更があっても借款には何ら影響しないことを事ある毎に確認しておくことが、必要かつ有益であるといえる。ODAをめぐる供与国が被供与国を国際裁判に提訴まです

15) <http://www.tradingeconomics.com/italy/lending-interest-rate-percent-wb-data.html> (イタリア)
<http://www.tradingeconomics.com/costa-rica/lending-interest-rate-percent-wb-data.html> (コスタリカ)

16) PCIJ Ser.A, No. 1, p.32.

17) Salvioli, *supra* note 14, p.281.

18) Acuerdo entre la República de Costa Rica y la República Italiana con respecto a la devolución de un crédito de ayuda para el suministro de bienes y servicios italianos para la construcción de un dique seco en Puerto Caldera, *La Gaceta*, 24 de marzo del 2004, p.2.

19) Nevill, *supra* note 14, pp. 333-335.

る要因としては、被供与国が借款返済の能力があるにもかかわらずその意思が欠如している、供与された資金の意図的な目的外使用（特に不正流用）がなされる、両国間の全般的関係が良好とはいえない、そして協議が不調に終わる、といったことが一般には考えられよう。なお、我が国が締結する円借款取極（交換公文の形式をとる）²⁰⁾においては、国際協力銀行が相手国政府に対し円借款を供与することについての両政府の了解の確認がなされるが、紛争解決条項としては、「両政府は、この了解又はそれに関連して生ずることのあるいかなる事項についても相互に協議する」旨の相互協議条項があるのみであり、また、不返済の場合には弁済期限延長取極が締結されるのが一般的であろう。もっとも、ICJの強制管轄受諾宣言をしている国²¹⁾（2011年6月10日現在、日本を含めて66か国ある）のうち40か国は途上国であるため、これらの国に対しては、ODAをめぐる紛争が協議によって解決できなかった場合には、ICJへの付託は基本的には可能であるという事実は留意するに値しよう。

（なかたに・かずひろ）

20) 円借款取極の内容は、通常、円借款の目的と金額の明示、借款の条件及び「借款契約は国際協力銀行が計画の実行可能性を確認した後に締結される」との規定、借款の対象、「被供与国は生産物又は役務の調達に銀行の調達のためのガイドラインに従って調達されることを確保する」との規定、「被供与国は生産物の海上輸送及び海上保険に関して競争制限を差し控える」との規定、日本国民の入国及び滞在に関する便宜供与、借款及び利子に対する免税、借款の適正使用の確保、日本国政府及び国際協力銀行への計画の進捗状況についての情報・資料の提供、相互協議からなる。なお、正文についての規定は通常ないが、中国との円借款取極では、日本側書簡で日本語テキストが、中国側書簡で中国語テキストが示されるのに続いて「解釈に相違がある場合には英語の本文による」旨の「解釈正文に関する書簡」が交換され、英語のテキストが示されている。

21) この一覧は、<http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3>

Student-Edited Law Reviews and Their Role in U.S. Legal Education

Professor, The University of Tokyo

Daniel H. FOOTE

Introduction

- I . Facts and Figures
- II . History
- III . The Value of Law Review Membership
- IV . Criticisms and Concerns

Introduction

For well over a century student-edited law reviews have been a major vehicle for publication of scholarship on law in the United States. At those law reviews, students bear responsibility for nearly all aspects of the publication process, including the vitally important task of selecting what works will be published. Criticisms have been raised over various aspects of this system, but they have not stemmed the rise of student-edited law reviews. Today, such law reviews are firmly entrenched as a central feature of the U.S. legal system; and, facilitated by advances in technology, the number of student-edited law reviews continues to climb. Works published in those law reviews — including notes and comments written by students as well as articles written by scholars — have had great impact on the development of U.S. law. At the same time, law reviews serve as a valuable component of the U.S. legal education system.

After introducing a few facts and figures regarding the position occupied by student-edited law reviews, this Article examines their historical background. The Article then considers the value of law review membership, by reference to a discussion of the tasks performed by members. The Article closes with a discussion of various criticisms and concerns

that have been raised regarding student-edited law reviews.

I . Facts and Figures

In most academic disciplines in the United States, the central vehicle for publication of scholarship consists of peer-reviewed journals. Manuscripts submitted for publication are reviewed by other experts in the field — one’s “peers.” If deemed worthy of publication, the manuscripts then typically are edited by experts in the field.

In the field of law, as well, many peer-reviewed journals exist. The *2006 Directory of Law Reviews* (the most recent version of that directory in print) lists a total of 177 “non-student-edited peer review and trade journals.”¹⁾ As that directory notes, even for these peer-reviewed journals “students often play a variety of editorial roles in proofing and preparing ... works for publication,” but “students do not make principal editorial decisions about accepting and publishing works.”²⁾ Nearly all the peer-reviewed journals specialize in particular fields of law, such as criminal justice or intellectual property,³⁾ or particular disciplinary perspectives, such as law and economics or law and society.⁴⁾

Student-edited law reviews greatly outnumber the peer-reviewed journals, with over 500 student-edited law reviews listed in the *2006 Directory*.⁵⁾ For most student-edited law re-

views, a faculty advisor or a board of advisors (sometimes including practitioners or judges as well as faculty members) provides guidance. In nearly all cases, however, students themselves are responsible for all editorial matters, including selection of works for publication and the often extensive editing of those works prior to publication.

Student-edited law reviews fall into two broad categories: general law reviews and specialized law reviews. Virtually every law school in the United States has at least one student-edited law review. Typically, the first law review to begin operations at a law school bears the name of the school followed by either “Law Review” (e.g., *Harvard Law Review*, *UCLA Law Review*) or “Law Journal” (e.g., *Yale Law Journal*, *Georgetown Law Journal*); and, at most law schools where other specialized law reviews have been established, it is common to refer to the initial law review as the “main” or “flagship” law review. While many of these law reviews from time to time publish special symposia issues or issues devoted to particular topics, almost all publish a wide range of scholarship, and thus they have a *general* rather than a specialized focus. The *2006 Directory* lists 181 such “general” law reviews at accredited law schools in the United States.⁶⁾ Over two-thirds of these general law reviews publish at least four issues per year, including nearly 30 that publish six or more issues per year.⁷⁾

1) MICHAEL H. HOFFHEIMER, 2006 DIRECTORY OF LAW REVIEWS 41-56 (Lexis-Nexis, 2006), available at <http://www.lexisnexis.com/lawschool/prodev/lawreview/> (last visited May 16, 2011). Number of law reviews calculated by author.

2) *Id.* at vii.

3) A considerable number of these journals focus on even narrower niches within specific fields. As examples, journals listed under the “Criminal Law and Procedure” heading include the *Federal Sentencing Reporter* and *Women & Criminal Justice*, HOFFHEIMER, *supra* note 1, at 44-45.

4) For a recent exception to the special focus pattern, see *infra* text accompanying note 70.

5) See HOFFHEIMER, *supra* note 1, at 1-40. Number of law reviews calculated by author.

6) See *id.* at 1-14. Number of law reviews calculated by author. The *Directory* also lists three law reviews at law schools in Puerto Rico.

7) The *Directory* lists frequency of publication. By my count, of the 181 main law reviews listed, 131 publish four or more issues per year, of which 27 publish six or more (including five that publish eight times per year). See *id.*

At many law schools, students have established additional law reviews, focused on particular fields of law or particular disciplinary perspectives. The *2006 Directory* lists a total of 321 such “special focus student-edited law journals.”⁸⁾ The largest category of such specialized journals is international and comparative law, for which 75 journals are listed. Other large categories include environmental-related (32), science and technology-related (23), gender-related (19), and human rights/civil rights and public policy-related journals (18 each).⁹⁾ Not all law schools have such special focus journals. At some schools, though, several such journals exist; and the number of student-edited special focus journals continues to rise. At Harvard Law School, for example, the *2006 Directory* listed ten specialized journals, in addition to the *Harvard Law Review*. Since 2006 Harvard Law School students have launched four additional journals.¹⁰⁾ The special focus journals tend to be published on a less frequent basis than the main law reviews; of the 321 special focus journals listed in the *2006 Directory*, fewer than 50 publish more than three issues per year.¹¹⁾

As the above figures show, student-edited law reviews greatly outnumber peer-reviewed law journals. The student-edited law reviews also dominate the law review rankings.¹²⁾ The most common methodology utilized for rank-

ing U.S. law reviews involves citation studies, based on the number of times works published in those reviews have been cited in journals or judicial opinions. Numerous such studies have been conducted over the years. In an article published in 2002, the author compiled the results from fourteen such studies, conducted between 1930 and 2000, and calculated the average rankings from the various studies.¹³⁾ General student-edited law reviews dominated the resulting list. Three law reviews — *Harvard Law Review*, *Yale Law Journal*, and *Columbia Law Review* — were near the top of all the separate studies; those three occupied the top slots by a substantial margin. General student-edited journals occupied every one of the next seventeen positions, as well. The first special focus journal on the list, at number 21, was *Law and Contemporary Problems* — a faculty-edited journal founded in 1933 and based at Duke University School of Law.¹⁴⁾

Seeking to eliminate the bias in favor of journals that have been in publication for many years, another ongoing effort to rank law reviews takes into account only citations to works published in the most recent eight years, with further weighting for journals that commenced publication even more recently.¹⁵⁾ The data is compiled in a freely available database that provides users great flexibility to tai-

8) *See id.* at 15-40. Number of law reviews calculated by author.

9) *See id.*

10) *See* Harvard Law School, Student Organizations and Journals, Journals and Publications, <http://www.law.harvard.edu/current/orgs/journals/index.html> (last visited April 26, 2011). That Website lists a total of sixteen student-edited journals, in addition to the main *Harvard Law Review*. Of the sixteen, the *Harvard Law & Policy Review* (2006), the *Harvard Journal of Sports and Entertainment Law* (2010), the *Harvard National Security Journal* (2010), and the *Harvard Business Law Review* (2011) have commenced publication since 2006.

11) *See* HOFFHEIMER, *supra* note 1, at 15-40. By my count, of the 321 special focus law reviews listed, 49 publish four or more issues per year.

12) For a listing of various methodologies for ranking law reviews, with cites and links to leading examples of each approach, see Mary Whisner & Ann Hemmens, Writing for & Publishing in Law Reviews: Which Are the Best Law Reviews?, <http://lib.law.washington.edu/ref/lawrev5.html> (last visited May 20, 2011).

13) Kincaid C. Brown, *How Many Copies Are Enough? Using Citation Studies to Limit Journal Holdings*, 94 L. LIBR. J. 301 (2002).

14) *See* About L&CP, <http://www.law.duke.edu/journals/lcp/> (last visited May 3, 2011).

15) *See* Law Journals: Submissions and Ranking, <http://lawlib.wlu.edu/LJ/index.aspx> (last visited May 20, 2011).

lor searches. Based on that methodology, as well, general student-edited law reviews have continued to dominate the citation rankings.¹⁶⁾

Other efforts to rank law reviews have included assessments of author prominence¹⁷⁾ and surveys of experts.¹⁸⁾ Two of the author prominence studies have focused exclusively on general student-edited journals;¹⁹⁾ other studies of both types have focused on specialized journals. Accordingly, these studies do not attempt to compare general journals to special focus journals. Although the studies of specialty journals have ranked certain peer-reviewed journals highly,²⁰⁾ student-edited journals have dominated most of the top spots in the rankings for specialty journals, as well.

II. History

In 1987, for the one-hundredth anniversary of the founding of the *Harvard Law Review*, Erwin Griswold, who had been president of

that law review sixty years earlier,²¹⁾ prepared a commemorative essay.²²⁾ In the essay, Griswold, who was a strong supporter of the Review for the rest of his life, including the twenty-one years he served as dean of Harvard Law School, commented:

Perhaps the greatest thing about the *Harvard Law Review* is the fact that it has from the beginning depended on student initiative, and has been operated under student responsibility and is, for practical purposes, student controlled. The *Centennial History of the Harvard Law School* states that “[t]he Faculty were invited to take an active part in the management, but thought that the interests of the paper would be more advanced by their remaining in the background.”²³⁾

At the close of the essay, Griswold returned to the theme of student control. “Some people,” he observed, “are concerned that a major

16) Based on searches conducted by the author on April 26, 2011: On the “combined score” (a composite score calculated on the basis of a formula devised by the database compiler), general student-edited law reviews occupied every position through number 24. Similarly, general student-edited law reviews dominated the rankings in terms of journal citations and so-called “impact factor” (based on the number of citations per article published). The one category in which other types of journals appeared high in the rankings was that for citations in judicial opinions. If one limits the search to citations in cases, a peer-reviewed special focus journal, *The American Bankruptcy Law Journal*, ranked number one; another peer-reviewed specialized journal, *The Business Lawyer*, ranked number ten; and two student-edited special focus journals, *American Bankruptcy Institute Law Review* and *American Criminal Law Review*, ranked number five and number eighteen, respectively. Otherwise, even for citations in judicial opinions, all the top thirty spots were occupied by general student-edited law reviews.

17) See, e.g., Robert M. Jarvis & Phyllis G. Coleman, *Ranking Law Reviews: An Empirical Analysis Based on Author Prominence*, 39 ARIZ. L. REV. 15 (1997); Tracey E. George & Chris Guthrie, *An Empirical Evaluation of Specialized Law Reviews*, 26 FLA. ST. U. L. REV. 813 (1999).

18) See, e.g., Gregory Scott Crespi, *Ranking International and Comparative Law Journals: A Survey of Expert Opinion*, 31 INT’L LAW. 869 (1997) (hereinafter, Crespi, *International and Comparative*); Gregory Scott Crespi, *Ranking the Environmental Law, Natural Resources Law, and Land Use Planning Journals: A Survey of Expert Opinion*, 23 WM. & MARY ENVTL. L. & POL’Y REV. 273 (1998).

19) See Jarvis & Coleman, *supra* note 17; Robert M. Jarvis & Phyllis G. Coleman, *Ranking Law Reviews by Author Prominence: Ten Years Later*, 99 LAW LIBR. J. 573 (2007).

20) For example, two peer-reviewed journals, *The American Journal of International Law* and *The American Journal of Comparative Law*, rank at the top of the listings for international and comparative journals based on surveys of experts in those fields. See Crespi, *International and Comparative*, *supra* note 18, at 875.

21) See Editorial Board, 41 HARV. L. REV. 69 (1927).

22) Erwin N. Griswold, *The Harvard Law Review — Glimpses of Its History as Seen by an Aficionado*, HARV. L. REV.: CENTENNIAL ALBUM 1 (1987).

23) *Id.* at 14, quoting HARVARD LAW SCHOOL ASSOCIATION, *THE CENTENNIAL HISTORY OF THE HARVARD LAW SCHOOL* 140 (1918).

legal periodical in the United States is edited and managed by students. It is an unusual situation, but it started that way, and it developed mightily from its own strength."²⁴⁾

How did the *Harvard Law Review* and other student-edited law reviews come to occupy such a central position in U.S. legal scholarship? That is the topic to which I now turn.

Through the mid-nineteenth century, the principal sources of scholarship on law in the United States were treatises and law reports.²⁵⁾ The former, treatises, were lengthy academic works, sometimes extending to multiple volumes, seeking to set forth and explain the legal doctrine in a given field of law systematically.²⁶⁾ The latter, law reports, were the predecessors of today's case reporters; they reported recent judicial cases, typically including the opinions of the judges together with summaries of the facts and arguments of counsel.²⁷⁾

During the first half of the nineteenth century, there were a number of attempts to establish legal periodicals, which typically included news stories regarded as of interest to lawyers as well as reports on cases and other commentary; but these ventures rarely survived for more than a few years.²⁸⁾ The efforts to establish commercially viable legal periodicals continued, however; and at least two of the commercial ventures established after

1850 had a more academic orientation: the *American Law Register*, founded in 1852, and the *American Law Review*, founded in 1866.²⁹⁾ Both included scholarly articles and reviews of recent books on law, as well as news of legal events. Both also have special significance for the development of student-edited law reviews. Although the *American Law Register* initially was edited by lawyers, in 1896 students at the University of Pennsylvania Law School took over the editing. That journal still exists today, under the title *University of Pennsylvania Law Review*, making it the oldest continually published law journal in the United States.³⁰⁾ The *American Law Review* bears special note because of its connections to the *Harvard Law Review*. Two Harvard Law School graduates who were then practicing law in Boston started the *American Law Review*;³¹⁾ and the students who established the *Harvard Law Review* regarded that *Review* as a valuable model.³²⁾ In turn, it was the *Harvard Law Review* that paved the way for the rise of student-edited law reviews and set the pattern for subsequent reviews in the United States.³³⁾

Three major aspects of the *Harvard Law Review* bear particular note: the process by which it was established, its contents, and its success. Turning first to the process of establishment, in the fall of 1886 a group of highly

24) Griswold, *supra* note 22, at 19-20.

25) See Michael I. Swygert & Jon W. Bruce, *The Historical Origins, Founding, and Early Development of Student-Edited Law Reviews*, 36 HASTINGS L.J. 739, 742-750 (1985), and sources cited therein.

26) For an examination of the history of legal treatises, see A.W.B. Simpson, *The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature*, 48 U. CHI. L. REV. 632 (1981).

27) For an examination of the history of law reports, see Erwin C. Surrency, *Law Reports in the United States*, 25 AM. J. LEG. HIST. 48 (1981).

28) See Swygert & Bruce, *supra* note 25, at 751-755.

29) See *id.* at 755-758.

30) See *id.* at 756-757.

31) See *id.* at 757.

32) See, e.g., *id.* at 758, 762-763 & n. 205, 776 n. 304.

33) The *Harvard Law Review* was not the first student-edited law review. The first reportedly was the *Albany Law School Journal*, which commenced publication in 1875 but lasted just one year. See *id.* at 764-766. The *Columbia Jurist*, a weekly journal edited by students at Columbia Law School, also predated the *Harvard Law Review*. It began in 1885 but ceased publication midway through its third year. See *id.* at 766-768.

capable and deeply committed students took the lead in efforts to establish the *Review*.³⁴⁾ They approached faculty members with the idea, and received encouragement and strong support from a popular and highly regarded professor, James Barr Ames.³⁵⁾ It is not evident whether the dean at the time, Christopher Columbus Langdell, actively supported the establishment of the *Law Review* at the start;³⁶⁾ but Langdell contributed three works during the first year and a total of twenty-seven articles over the years,³⁷⁾ and soon became a strong supporter of the *Law Review*. A final essential element was financial support. Reportedly at the suggestion of Ames, the students approached leading alumnus (and later U.S. Supreme Court Justice) Louis Brandeis, who contributed funds himself and introduced students to other alumni likely to support the journal.³⁸⁾ The establishment of the *Harvard Law Review* thus involved the interaction of four elements — able and committed students, advice and support from a faculty member, acquiescence (if not active support) by the dean, and outside financial support. With these elements in place, the students commenced publication of the *Harvard Law Review* in the spring of 1887.

All four of the above elements continue to be of great relevance for the successful establishment of student-edited law reviews. If one of the four legs is sufficiently strong, it may overcome weakness in one of the other legs. Thus, for example, if the dean is deeply committed, the law school may provide adequate funding and thus obviate the need for outside support. Similarly, committed and knowledgeable alumni may provide sufficient advice and

support to overcome the absence of a capable and supportive faculty advisor. It is hard to imagine a law review succeeding without at least three of the four legs, however. Needless to say, the most essential component is the existence of a group of able and committed students.

A second noteworthy aspect of the *Harvard Law Review* is its contents. At the start, the *Review* sought to include news about events at the law school, akin to what one might find in newsletters today. Accordingly, for the first few years it included “notes about happenings at the school, reports of moot court arguments, [and] summaries of class lectures.”³⁹⁾ From the beginning, however, the founders’ goal was to establish a scholarly journal. The Harvard students decided to publish eight issues per year — in effect one issue for each month of the academic year. Each issue normally included at least two articles on important legal topics, typically written, in the *Law Review*’s early years, by professors or leading alumni of Harvard Law School. (In reflections on the fiftieth anniversary of the founding of the *Law Review*, one of the early editors commented: “We *knew* that our faculty comprised scholars of the highest standards and accomplishments in their fields. ... We yearned to see the fruits of their scholarship in print.”⁴⁰⁾) From the start the *Law Review* contained a “Notes” section which, in addition to reporting on news relating to the Law School, typically contained discussion of recent developments in the law, often accompanied by analytical commentary. Each issue also usually included a “Recent Cases” section containing comments on recent judicial decisions; initially,

34) *See id.* at 769-770.

35) *See id.* at 770-771.

36) *See id.* at 771.

37) *See id.* at 778.

38) *See* Griswold, *supra* note 22, at 3-5.

39) Swygert & Bruce, *supra* note 25, at 773.

40) John H. Wigmore, *The Recent Cases Department*, 50 HARV. L. REV. 862, 862 (1937) (emphasis in original).

most of the comments simply summarized the cases in question, but a few offered critical commentary on the decisions.⁴¹⁾ Finally, most issues closed with a section of book reviews, most of which offered critical evaluations of the works in question. Notably, the notes, case comments, and book reviews, and on occasion even lead articles, were written by the student editors.

After the first few years, the *Law Review* dropped the reports of moot court arguments and the summaries of lectures,⁴²⁾ and gradually reduced the coverage of law school events. Over time, moreover, the notes and comments (the latter subsequently divided into “Recent Cases,” “Recent Legislation” and “Recent Regulation”) became considerably more elaborate, and certain new features were added. And today the *Harvard Law Review* by no means views its primary role as to disseminate scholarship by authors affiliated with Harvard Law School; to the contrary, for most of its history the *Law Review* has viewed its role as to publish the best scholarship on law, regardless of the authors’ affiliation. On the whole, however, even today the *Harvard Law Review* follows the basic pattern set by the first editors. Moreover, the pattern set by the *Harvard Law Review* has become the norm for most other law reviews in the United States, as well. Most issues begin with lead articles written by legal scholars or knowledgeable practitioners; con-

tain sections of notes or comments on current legal issues or recent cases and legislation, written by student authors; and close with book reviews, some written by scholars and others by students.

A third noteworthy aspect of the *Harvard Law Review* is its success. Within a few years after its establishment, lawyers began to cite articles from the *Review* in their briefs and judges began to cite articles from it in their opinions.⁴³⁾ Law review articles also began to influence legislation.⁴⁴⁾ Lawyers began to look to law reviews as a source of information and ideas.⁴⁵⁾ Law review experience provided valuable educational benefits;⁴⁶⁾ and for that reason — as well as the common practice, discussed further in Part III below, of awarding spots on the law review to those with high grades⁴⁷⁾ — law firms began to treat law review members favorably in hiring decisions.⁴⁸⁾ For the *Harvard Law Review*, the focus in the early years on publication of works by professors and leading graduates of Harvard Law School helped establish the *Review*’s reputation. At the same time, its publication of those works helped enhance the reputations of those professors and graduates, and of Harvard Law School itself.⁴⁹⁾

These potential benefits, of course, were not unique to Harvard; and it did not take long for student-edited law reviews to spring up at a number of other leading law schools. In the

41) See *id.* at 864-865.

42) The summaries of class lectures reportedly were dropped after it was reported that some students had begun relying on those lecture notes and not attending class, see Griswold, *supra* note 22, at 10.

43) See, e.g., Swygert & Bruce, *supra* note 25, at 787-789 and sources cited therein; Roger C. Cramton, “The Most Remarkable Institution”: *The American Law Review*, 36 J. LEGAL EDUC. 1, 4 (1986).

44) See Swygert & Bruce, *supra* note 25, at 789 and sources cited therein.

45) See, e.g., *id.* at 789-790 and sources cited therein; Bernard J. Hibbitts, *Last Writes? Re-assessing the Law Review in the Age of Cyberspace*, 71 N.Y.U. L. REV. 615, 622-623 (1996), and sources cited therein.

46) See, e.g., Douglas B. Maggs, *Concerning the Extent to which the Law Review Contributes to the Development of the Law*, 3 S. CAL. L. REV. 181, 184-185 (1930); Hibbitts, *supra* note 45, at 622 and sources cited therein.

47) See *infra* text accompanying notes 88-92.

48) See, e.g., Swygert & Bruce, *supra* note 25, at 789-790 and sources cited therein; Hibbitts, *supra* note 45, at 622-623 and sources cited therein.

49) See Hibbitts, *supra* note 45, at 623-625.

fall of 1887, just months after the *Harvard Law Review* commenced publication, students at Columbia Law School started a journal.⁵⁰⁾ That journal ceased publication after six years; but in 1901 Columbia students tried again, and the resulting publication, the *Columbia Law Review*, soon became one of the nation's leading law journals. In the meantime, students at Yale Law School launched the *Yale Law Journal* (founded in 1891);⁵¹⁾ and, as mentioned earlier, in 1896 students at the University of Pennsylvania Law School took over the editing of the *American Law Register*.⁵²⁾ In the first few years of the twentieth century, faculty-edited law reviews commenced publication at the University of Michigan Law School and Northwestern University Law School;⁵³⁾ both those journals shifted to student editors by the 1930s.⁵⁴⁾ The number of law reviews continued to rise. By 1928 there were thirty-three law reviews; by 1937 there were fifty;⁵⁵⁾ and by 1951 there were seventy-six.⁵⁶⁾ Over time it came to be assumed that every accredited law school would have at least one student-edited law review.⁵⁷⁾

The rise in student-edited special focus journals occurred considerably later than the rise in general law reviews, but has been even more dramatic. The first law school-affiliated specialized journal was the *Journal of the American Institute of Criminal Law and Crimi-*

nology, established by the Northwestern University Law School in 1910.⁵⁸⁾ Five more specialty journals were established at law schools in the 1930s and 1940s.⁵⁹⁾ All these journals began as faculty-edited journals; in later years four shifted to student editors, while the other two continue to be edited by faculty members.⁶⁰⁾ In the 1950s, nine new specialty journals began at U.S. law schools.⁶¹⁾ Thereafter, the number of specialty journals began to surge. According to a study conducted in early 1998, twenty-seven new specialty journals commenced publication at U.S. law schools in the 1960s, sixty in the 1970s, ninety-one in the 1980s, and 137 between 1990 and early 1998.⁶²⁾ Although no such concrete statistics are available for the first decade of the twenty-first century, new specialty journals continue to appear at a rapid rate. Moreover, as the figures reported in Part I of this Article reflect, a substantial majority of these specialty journals are student-edited.

The development of word-processing software and information technology and, more recently, the advent of online journals have reduced some of the burdens involved. Even so, launching a new specialty journal remains a major undertaking. The same basic elements come into play as for establishing general law reviews — able and committed students; one or more supportive faculty members; law

50) See Swygert & Bruce, *supra* note 25, at 782.

51) See *id.* at 782-783.

52) See *supra* text accompanying note 30.

53) The *Michigan Law Review* was founded in 1902; the *Illinois Law Review*, later renamed the *Northwestern University Law Review*, was founded in 1906.

54) See Swygert & Bruce, *supra* note 25, at 783-786.

55) See Hibbitts, *supra* note 45, at 629 and sources cited therein.

56) See *id.* at 634 and sources cited therein.

57) See, e.g., Joshua D. Baker, Note, *Relic or Relevant?: The Value of the Modern Law Review*, 111 W. VA. L. REV. 919, 924 (2009) (“All 199 ABA-approved institutions sponsor at least one law review and many schools sponsor several.”).

58) See George & Guthrie, *supra* note 17, at 816.

59) See *id.*

60) Ascertained by author, by examining the current homepages of the six journals.

61) See George & Guthrie, *supra* note 17, at 818.

62) See *id.* at 818, 821-822 and n. 56 (count “accurate as of January 31, 1998”).

school support; and a source for funding, at least for the crucial startup period.

Motivations for starting specialty journals are varied. In some cases, law schools have encouraged the establishment of law journals specializing in fields in which those law schools are strong, thereby seeking to promote those strengths and enhance the law schools' reputation. Thus, for example, the University of Missouri School of Law "launched the *Missouri Journal of Dispute Resolution* as part of the law school's effort to establish itself as a leader in the dispute resolution field."⁶³ In some cases, law schools have encouraged new specialty law journals in order to provide a greater number of students with the opportunity to serve on law reviews. A prominent early example is then-Dean Griswold's support for the establishment of the first three special focus journals at Harvard Law School in the late 1950s and 1960s. As Griswold later explained, "[W]hen I was Dean I took steps to encourage the development of ... serious and substantial publications [in addition to the *Harvard Law Review*] in order to provide vehicles through which other students could have similar opportunities"⁶⁴ In what is probably the most common pattern for the establishment of specialty journals, groups of students with shared interests in particular fields, such as human rights or environmental law, or shared concerns, such as concerns over issues related to gender or race, have pushed to start journals focused on those fields or concerns.

As Griswold hoped, the proliferation of general and special focus journals has provided many students with the opportunity to serve on law reviews. According to a survey of over 6500 third-year law students at 77 U.S. law schools, conducted in the spring of 2010, nearly 35% of the respondents had participated in a law journal or planned to do so prior to graduation.⁶⁵ At law schools with multiple journals, well over half of all students may work on law reviews during their time in law school. Stanford Law School, for example, which currently has eight special focus law journals, in addition to the general *Stanford Law Review*,⁶⁶ reports that 69% of students work on law reviews or journals.⁶⁷

In explaining the dominance of student-edited law reviews, Griswold commented, "it started that way, and it developed mightily from its own strength."⁶⁸ Viewed in that manner, the central position occupied by student-edited law reviews today may be seen as a classic case of path dependence.

Yet that explanation begs the questions of why there was a gap that allowed the rise of student-edited reviews in the first place, and why peer-reviewed or faculty-edited journals did not arise thereafter and displace the student-edited journals. As mentioned above, even after the advent of student-edited journals, a few faculty-edited general law reviews were established, along with a considerable number of faculty-edited specialty journals. Some of those specialty journals survive in the faculty-edited format; in the past few decades

63) *See id.*, at 818.

64) Griswold, *supra* note 22, at 16.

65) *See* 2010 LAW SCHOOL SURVEY OF STUDENT ENGAGEMENT, *overview available at* <http://lssse.iub.edu/> (last visited May 17, 2011); relevant pages from analyzed data report prepared for the University of Washington School of Law on file with author.

66) *See* Stanford Law School, Student Journals, <http://www.law.stanford.edu/publications/journals/> (last visited May 5, 2011).

67) *See* Stanford Law School, Law School Facts, Student Activities, http://www.law.stanford.edu/school/facts/#student_activities (last visited May 5, 2011).

68) Griswold, *supra* note 22, at 19-20.

a large number of new faculty-edited specialty journals have begun publication;⁶⁹⁾ and, in a noteworthy recent development, in 2009 faculty members at Harvard Law School launched a new peer-reviewed *general* law journal.⁷⁰⁾ Nevertheless, in the United States it is not uncommon for journals that begin as faculty-edited eventually to shift to student editors.

A major reason why a gap existed to allow the rise of student-edited journals in the first place and why a fair number of faculty-edited journals shift to student editors lies in incentive structures.⁷¹⁾ Thorough editing, of the sort on which U.S. law reviews pride themselves, is highly time-consuming. For student editors, the rewards of law review membership include training in research, writing and other skills; at many law schools, academic credits; and, in what are almost certainly the most prized benefits, prestige and enhanced job prospects.⁷²⁾ Given these benefits, most students are willing to provide their services for free. Indeed, students typically feel honored to be offered that opportunity. In contrast, the incentive structure for faculty members works against their receptiveness to journal editing. For faculty members at U.S. law schools, conducting research and publishing articles are regarded as the most important factors for attaining academic positions, achieving promotion and tenure,⁷³⁾ and receiving research funds. Journal editing, on the

other hand, typically is accorded little weight in those decisions. Furthermore, journal editing usually does not pay very well. For these reasons, faculty members have relatively little practical incentive to take on the burdens of editing law journals.

Of course, if student-edited law reviews were not regarded as worthy vehicles for the publication of scholarship, faculty members would have a shared interest in establishing and maintaining well regarded journals. As noted earlier, however, in the United States the top student-edited journals are accorded great respect. For purposes of such matters as hiring, promotion and tenure, U.S. law schools do not demand publication of articles in peer-reviewed journals. If anything, U.S. law schools tend to accord greater weight to publication of articles in highly ranked general student-edited law reviews than in specialty journals, whether peer-reviewed or not. Accordingly, the combination of positive incentives for students and negative incentives for faculty members helps ensure the dominance of student-edited law reviews.

III. The Value of Law Review Membership

Within a few years after student-edited law reviews appeared, law firms began seeking to hire students who had served on those re-

69) See George & Guthrie, *supra* note 17, at 819-820.

70) The new publication, the *Harvard Journal of Legal Analysis*, is an online journal aimed at publishing legal scholarship from all fields of law and from all disciplinary perspectives. See Harvard Law School, News & Events, Spotlight at Harvard Law School, Faculty Research, *Ramseyer and Shavell launch peer-reviewed law journal, with open access online*, <http://www.law.harvard.edu/news/spotlight/faculty-research/ramseyer.shavell.html> (last visited April 26, 2011). This journal is available free online at <http://jla.hup.harvard.edu> (last visited August 22, 2011).

71) For an examination of the rise of the American law review that focuses on the incentives for law schools, law professors, and alumni to support the establishment of student-edited law reviews, see Hibbits, *supra* note 45, at 617-626.

72) For a discussion of the value of law review membership, see *infra* Part III.

73) For a discussion of the hiring process at U.S. law schools, see Daniel H. Foote, *Beikoku rō sukūru no uchigawa: kyōin no gakureki/shokureki tō no tōkei bunseki wo tsūjite* [An Inside View of U.S. Law Schools: Based on a Statistical Analysis of the Academic and Occupational Backgrounds of Faculty Members], 121 HŌGAKU KYŌKAI ZASSHI 1285, 1301-1311 (2004).

views.⁷⁴⁾ In later years, the view became widely accepted that law review members, especially those who had been selected for the main law review, enjoyed an advantage with respect to hiring as associates by law firms and hiring as law clerks by judges,⁷⁵⁾ and that law review experience also was an important credential for those seeking careers as law professors. Empirical studies have confirmed these perceptions.⁷⁶⁾

In 1991, students at Stanford Law School conducted surveys of attorneys, judges and professors regarding their views on and usage of law reviews.⁷⁷⁾ They found that “[m]ost former law review members ... highly value their law review experiences, both for improving their skills and for enhancing their employment prospects.”⁷⁸⁾ On the hiring side, they found that “[l]aw review membership is an important criterion in hiring decisions, [with] employers valu[ing] law review membership not only as a certification of ‘eliteness,’ but also for the education that law reviews impart.”⁷⁹⁾ This finding applied to all three groups of participants, with attorneys regarding law review membership as an important factor in hiring associates, judges in hiring law

clerks, and professors in hiring new faculty members.⁸⁰⁾ Professors, the study found, accorded especially great weight to law review membership.⁸¹⁾

Another study, the results of which were published in 2004, examined the impact of membership on the main *University of Chicago Law Review* on the careers of graduates of the University of Chicago Law School.⁸²⁾ The study found that, “[h]olding [grade point average] constant, *Law Review* membership dramatically increased the likelihood of completing a clerkship in a federal court”,⁸³⁾ and it also found a greater likelihood for those who had served on the *Law Review* to enter teaching careers.⁸⁴⁾

Similarly, in an examination I undertook of the backgrounds of over 500 faculty members at U.S. law schools, among the traditional tenure-track faculty members (a category that is largely equivalent to *kenkyūsha kyōin* at Japanese law schools) in the sample, nearly 60% had served on a law review, with higher percentages at higher rated law schools.⁸⁵⁾ At Harvard Law School, of the traditional tenure-track faculty members for whom biographical information was included in a national directo-

74) See Swygert & Bruce, *supra* note 25, at 790 and sources cited therein.

75) In the United States, some law school graduates serve as law clerks for federal or state court judges after graduation, and a select few go on to serve as law clerks for justices at the U.S. Supreme Court. These positions are highly prestigious. For a discussion of the law clerk system, see Daniel H. Foote, *Reflections of a Former Law Clerk*, in MATSUO KŌYA SENSEI KOKI SHUKUGA RONBUNSHŪ, GEKAN [Essays in Honor of Professor Kōya Matsuo on the Occasion of His Seventieth Birthday, Vol. 2] 796 (Kuniji Shibahara, Noriyuki Nishida and Masahito Inouye eds.) (Yūhikaku, 1998).

76) For a summary of various empirical studies, see Dexter Samida, Comment, *The Value of Law Review Membership*, 71 U. CHI. L. REV. 1721, 1721-1724 (2004).

77) Max Stier, Kelly M. Klaus, Dan L. Bagatell & Jeffrey J. Rachlinski, Project, *Law Review Usage and Suggestions for Improvement: A Survey of Attorneys, Judges, and Professors*, 44 STAN. L. REV. 1467 (1992).

78) *Id.* at 1468. The relevant results are discussed in more detail in *id.* at 1490-1492.

79) *Id.* at 1468. The relevant results are discussed in more detail in *id.* at 1487-1490.

80) *Id.* at 1488.

81) *Id.*

82) See Samida, *supra* note 76.

83) *Id.* at 1728.

84) *Id.* at 1729-1730.

85) See Foote, *supra* note 73, at 1326-1327.

ry of law teachers for 2007-08, nearly 80% had served on a law review.⁸⁶⁾

As the author of the University of Chicago study observed, one reason for the correlation between law review membership and judicial clerkships may be that law review members are more inclined to pursue clerkships than other students.⁸⁷⁾ Much the same might be said for the correlation between law review membership and faculty positions. The work of both judicial clerks and law professors involves extensive research and writing, just as does work on law reviews. It seems safe to assume that those who have experienced research and writing through law reviews — at least those who have found the experience enjoyable — are more likely to seek clerkships and faculty positions. In the case of judicial clerkships, another likely factor is the information network law reviews provide. It is typical for law schools to offer informational sessions and guidance for students considering judicial clerkships, but law review members often have access to more detailed information about the best strategies for securing clerkships, passed down from former law review members through the internal law review grapevine.

There can be little question, however, that the most important reasons law review membership confers benefits with respect to hiring lie in the prestige membership affords and the experience it provides.

Selection to the main law review is widely regarded as one of the highest honors for law school students in the United States. Traditionally, selection to most main law reviews

was based primarily on law school grades. In the early years of the *Harvard Law Review*, when vacancies occurred, members of the *Review* selected other students to fill those vacancies; grades evidently were important, but some subjectivity remained.⁸⁸⁾ By the early 1920s, the *Harvard Law Review* had moved to a system of selection based exclusively on grades; membership was reserved for students with the highest grade point averages.⁸⁹⁾ That approach persisted for about a half century; and during that period being “on law review” automatically meant one was at the top of his or her class.

In the 1970s, the *Harvard Law Review* switched to a system in which approximately half the members continued to be selected on the basis of grades, with the remaining members selected on the basis of performance in a writing competition.⁹⁰⁾ (In a telling indication that some law firms valued law review membership in large part as a proxy for high grades, at that time it was not uncommon for interviewers to inquire whether an interviewee had “made” law review “on grades” or had “written on.”) Since the 1980s, the *Harvard Law Review* has adjusted the selection process further, utilizing a range of considerations including grades, performance on the writing competition, and other factors.⁹¹⁾

Many other law schools also moved away from exclusive reliance on grades in determining membership. According to one empirical study, by the early 1980s the main law reviews at many law schools did not consider grades at all, and instead utilized systems in which applicants were evaluated on the basis of perfor-

86) See YUKIO YANAGIDA AND DANIEL H. FOOTE, HĀBĀDO: TAKUETSU NO HIMITSU — HĀBĀDO RŌ SUKŪRU NO EICHI NI MANABU [Harvard: Secrets to Its Preeminence — Learning from the Wisdom of Harvard Law School] 215 (2010).

87) See Samida, *supra* note 76, at 1727.

88) See Griswold, *supra* note 22, at 6.

89) See *id.* at 7.

90) See *generally id.* at 16.

91) For a summary of the current membership selection process, see Harvard Law Review Membership Selection Policies, http://www.harvardlawreview.org/hlr_477.php (last visited May 15, 2011).

mance on a writing competition or other factors.⁹²⁾ Furthermore, the standards for selection to special focus law reviews typically are less rigorous than for the main law reviews. Some special focus reviews utilize a writing competition or other competitive selection process; at others, membership is left entirely up to student choice. Even with the relaxation in standards, though, selection to a law school's main law review, and, in many cases, to a specialized law review, typically continues to signify high grades and/or excellence in research and writing.

The second major reason law review membership is important to prospective employers, and a key benefit of law review membership quite apart from any advantage it might confer in the search for employment, lies in the experience itself.⁹³⁾

Ordinarily, students are selected to law review prior to the start of their second (2L) year of law school.⁹⁴⁾ Early in that year, their responsibilities tend to involve so-called "cite-checking" and proofreading of pieces prior to publication. Both are time-consuming and tedious. In cite-checking, for example, the cite-checker must track down every source that is cited. Although many materials are now available online, the need to track down sources means that even today cite-checkers often must spend many hours in the bowels of the law library and frequently must visit other libraries; and they must become adept at using a wide range of research tools. If a quote is used, the cite-checker must ascertain that it corresponds precisely to the original, right down to the punctuation. If a source is cited as support, the cite-checker must make sure it truly supports the proposition for which it is

used. Under the prevailing law review philosophy, close is not good enough; the cited source must support the proposition exactly. (A further element of the prevailing law review philosophy is that support should be provided for all factual propositions. Typically, however, responsibility for pointing out propositions that require additional support is viewed as resting with the editor, rather than the cite-checker.) In addition, the cite-checker is expected to make sure the citation form is correct. As this description reflects, while tedious, cite-checking hones research skills; and both cite-checking and proofreading foster care and attention to detail.

As mentioned earlier, aside from book reviews, law reviews typically consist mainly of two categories of work: "notes and comments" — short pieces, generally no longer than twenty-five pages long, written by the student members of the law review, and typically focused either on a major recent case or piece of legislation or an emerging issue of law, and "articles" — works, often over fifty pages long, written and submitted by legal scholars (faculty members from one's own and other law schools and, from time to time, judges, practitioners, S.J.D. or LL.M. candidates, or even J.D. students).

For many members much of the 2L year is spent researching and writing the student's own note or comment. That process usually begins with a frantic search for an appropriate topic. Faculty members, other law review members, and alumni sometimes suggest topics; but the prospective author must take responsibility for finding a viable topic, and then must undertake a thorough "preemption check" to make sure no other law review has

92) See Josh E. Fidler, *Law-Review Operations and Management: An Empirical Study of the New York University Law Review Alumni Association*, 33 J. LEGAL EDUC. 48, 52-53 (1983).

93) The following account is based in part on my own experience as a member of the *Harvard Law Review* from 1979 to 1981, my experiences in publishing works at over a dozen U.S. law reviews, and my conversations with law review members at several law schools, as well as numerous sources cited in this article.

94) See Fidler, *supra* note 92, at 52-53.

published a piece dealing with the same topic.⁹⁵ The topic search and preemption check heighten students' attentiveness to new cases and legislation and emerging legal issues, and their awareness of recent legal scholarship.

Once the 2L member has located an appropriate topic, he or she undertakes extensive research and then writes and rewrites the piece numerous times under the intensive guidance of a third-year (3L) law review editor. A professor who specializes in the relevant field typically also serves as faculty advisor for the note or comment; but the 3L editor usually is far more demanding than the faculty member. Before the student author begins writing, the 3L editor typically expects a detailed outline; at that stage, the editor may note aspects that require further research and may suggest — or demand — significant changes in organization or focus. The editor usually keeps close tabs during the drafting process, often carefully reviewing each section as it is completed. After a full draft has been completed, it is common for the editor to undertake two or more major edits focusing on matters of substance and organization. Finally, even after the editor is satisfied that the piece is generally acceptable, the author and editor typically undertake at least two more full edits, in which they sit side-by-side and go through the entire piece line by line, reexamining matters of style and substance.

In the 3L year, the primary responsibility

for many law review members is to supervise 2Ls on their notes and comments. That is the editorial side of the process described above. Another group of 3L members bears responsibility for selecting and editing articles submitted by scholars. At many law reviews, especially recently established or lower-ranked law reviews, an important task for members of the articles office is to attract a sufficient number of articles worthy of publication; to do so, editors often must solicit articles or recruit potential authors. At higher-ranked law reviews, in contrast, a major task for the articles office is to sort through the articles submitted to determine those most worthy of publication. Apart from specially solicited articles or invited articles prepared for symposia issues, law reviews typically publish no more than ten to fifteen articles per year. To fill those slots, by the 1980s leading law reviews already were receiving several hundred submissions per year.⁹⁶ Aided by the rise in services permitting submission of articles online, the number of submissions has soared since then. According to a recent survey, it is common for law reviews at law schools ranked in the Top 50⁹⁷ to receive 1500 to 2000 articles per year, and often more.⁹⁸ Given this flood of submissions, selecting articles is difficult and time-consuming.⁹⁹ That is only the first step in the editing process, however. After they have accepted an article, the students themselves edit it meticulously prior to publication. While it generally

95) Even if another publication has addressed the same case, legislation or topic, if the proposed approach or orientation is sufficiently different from any previously published works, the law review editors may authorize the student author to proceed with research and writing. Even if a topic is not preempted at the start, though, for most student authors a constant fear is that the topic will be preempted — by another law review or by a new case or new piece of legislation — before the note or comment is published.

96) See Fidler, *supra* note 92, at 60 (in survey conducted in 1981, 8.9% of the 126 responding law reviews received over 300 article submissions per year).

97) The authors of the study utilized the 2006 law school rankings, as determined by the publication *U.S. News and World Report*. See Leah M. Christensen and Julie A. Oseid, *Navigating the Law Review Article Selection Process: An Empirical Study of Those with All the Power — Student Editors*, 59 SO. CAROLINA L. REV. 175, 180 n. 14 (2007).

98) See *id.* at 203-206.

99) For discussions of the article selection process, see, e.g., *id.*; Natalie C. Cotton, Comment, *The Competence of Students as Law Review Editors: A Response to Judge Posner*, 154 U. PA. L. REV. 951 (2006).

is not practicable for a student to sit down with a professor or practitioner for a line-by-line edit, the process of editing an article is often nearly as rigorous as the process of editing a student piece. On occasion student editors suggest changes to virtually every sentence in an article or even insist on major structural changes.

Book reviews constitute another standard element for most law reviews. Typically, though, in the law reviews of today relatively few books are reviewed. The *Michigan Law Review* stands as a striking exception to this pattern. Every year that *Review* devotes one entire issue to a survey of books related to the law, and the “book review issue” has achieved a well-earned reputation for excellence. Along similar lines, other law reviews have established traditions for special annual features. The *Harvard Law Review*, for example, has two such annual traditions. Ever since November 1949, that *Review* has devoted much of the first issue of each year to an examination of the preceding term of the U.S. Supreme Court.¹⁰⁰⁾ In addition to commentary by prominent scholars, the annual Supreme Court issue contains case comments on many of the Court’s decisions from the prior term, prepared by 3L members of the *Review*, as well as relevant statistics. In an annual spring tradition that also began in 1949, the *Harvard Law Review* has devoted much of one issue each year to a special feature entitled “Developments in the Law,” for which a team of 2L members, supervised by a team of 3Ls, explores various facets of a major current legal issue. In recent years, the Developments topics have included “Mental Illness and the Law” (February 2008) and “Access to Courts” (Feb-

ruary 2009).

Whether 3L law review members edit notes and comments or articles, work on book reviews or special projects, or serve as officers with broad supervisory authority, the responsibilities normally entail staying abreast of recent scholarship in a wide range of fields, intensive research, extensive writing and editing, and careful attention to detail. Law review is also very hard work. During peak periods, it is not unusual for members to spend 40-50 hours or more per week on law review responsibilities. Furthermore, law review work fosters teamwork. Perhaps the single greatest benefit of law review membership, though, is the intellectual stimulation it provides. In the keynote address for a 1995 conference on law reviews hosted by Stanford Law School, federal judge John Noonan, Jr., captured that quality well:

[Law reviews] provide the best — I am tempted to say the only — kind of education: education by peers. ... One can be self-taught by reading and one can be instructed by lectures. But to enter the heart of a discipline such as law, one has to exchange ideas on a plane of equality, argue for ideas, and point out to others the logical implications, the missing factual foundations, and the underlying assumptions of their ideas. One has to engage in intellectual combat; and the law review is, or can be, the most stimulating of environments for this civil conflict.¹⁰¹⁾

Given this wide range of educational benefits, one easily can understand why law firms, judges, and professors might value law review experience in hiring decisions, quite apart

100) The work of the U.S. Supreme Court is clearly demarcated into annual “terms.” The traditionally accepted starting point for each term is the first Monday in October, when the first oral arguments of that term take place. Ordinarily, the last oral arguments of the term are heard the following April. With rare exceptions, by mid-July the Supreme Court issues decisions for all cases that were argued during the term.

101) John T. Noonan, Jr., *Law Reviews*, 47 STAN. L. REV. 1117, 1118 (1995).

from the prestige associated with membership. One also can appreciate Griswold's desire to extend the experience to more students by supporting the establishment of special focus journals. Over sixty years ago a lawyer from a leading law firm suggested going even further. The title to his essay asserted, quite simply, "the law review should become the law school."¹⁰²⁾

IV. Criticisms and Concerns

Notwithstanding the benefits of student-edited law reviews, criticisms abound.¹⁰³⁾ One frequently voiced criticism is that there are too many law reviews. This criticism dates back at least as far as 1906, when there evidently were still fewer than ten law reviews in the entire United States. That year, in explaining why they had decided to focus exclusively on issues of the law of the State of Illinois, the founders of a new law review at Northwestern University proclaimed, "Undoubtedly the field for law reviews of a general character is already overcrowded."¹⁰⁴⁾

A criticism with even older roots questions the very ability of students to operate a high quality law review. Virtually as soon as the first student-edited law review appeared in 1875 at Albany Law School, the editors of a nearby commercial journal commended "the boys" for having started a "quite creditable"

journal, but then added, "Of course it is not a man's law journal."¹⁰⁵⁾ Over the intervening years, many other critics have attacked the competence of student editors. The litany of perceived inadequacies is long and varied.¹⁰⁶⁾ One frequent target is article selection. According to the critics, students do not have sufficient knowledge or experience to assess whether articles are worthy of publication, or, in a variant on the same theme, to assess which articles are most worthy of publication. Another commonly voiced set of complaints relates to editing style and editing ability. In the view of many critics, student editors "are obsessed with form to the detriment of substance, fixated with footnotes and the *Bluebook* [style guide]."¹⁰⁷⁾ Among the many other criticisms are complaints over delays, insufficient communication or poor communication style, and other aspects of management or operation.¹⁰⁸⁾

There is some truth to all these criticisms. Yet it is important to keep them in perspective.

In retrospect, it seems hard to believe that the field for general law reviews might have seemed overcrowded in 1906, when there were still only a handful of law reviews. Today, however, with over 500 student-edited law reviews, that concern seems much more justified. Hundreds of thousands of pages appear in law reviews every year, and no one has the time or energy to read all of them. Indeed, it

102) See Howard C. Westwood, *The Law Review Should Become the Law School*, 31 VA. L. REV. 914 (1945). Westwood was a partner in the prominent Washington, D.C., law firm Covington & Burling. See N.Y. Times, Obituaries, *Howard C. Westwood, Expert in Airline Law*, 84, March 21, 1994, available at <http://www.nytimes.com/1994/03/21/obituaries/howard-c-westwood-expert-in-airline-law-84.html> (last visited May 17, 2011).

103) For a bibliography of selected works on law reviews, containing many of the prominent works criticizing law reviews and many of the prominent works praising or defending them, see *The Role of the Law Review: A Select Bibliography*, 39(3) ALBERTA L. REV. 690 (2001) (compiled by Tracie Scott).

104) *Editorial Notes*, 1 ILL. L. REV. 39 (1906).

105) *The Albany Law School Journal*, 3 CENT. L.J. 136 (1876), quoted at Swygert & Bruce, *supra* note 25, at 764.

106) For an excellent summary of the standard criticisms, together with thoughtful rejoinders to those criticisms, see Cameron Stracher, *Reading, Writing, and Citing: In Praise of Law Reviews*, 52 N.Y. L. SCH. L. REV. 350, 354-365 (2007/08).

107) *Id.* at 360.

108) See, e.g., *id.* at 363-365; Hibbitts, *supra* note 45, at 642-645.

seems safe to say that many articles, not to mention notes and comments, are read by only a relatively small circle of people. Thus, when viewed strictly in terms of legal scholarship, a strong case could be made for limiting the number of law reviews. That said, one would be hard-pressed to try to establish an appropriate dividing line. Even in lower-ranked or relatively obscure journals, one frequently finds nuggets of excellence — valuable articles, thoughtful notes and comments, and outstanding symposia issues.¹⁰⁹⁾ Moreover, publication of legal scholarship is not the only relevant consideration; law reviews also play an important role in legal education, which simply cannot be replicated in classes or seminars.

Turning to article selection, it is true that students' limited exposure to certain fields, lack of practice experience, or insufficient knowledge regarding prior scholarship may mean they are less likely to recognize the value of some works or the weaknesses of others. Along similar lines, pointing to empirical studies, critics have charged that students are inclined to accept works in certain popular fields or fields viewed as readily accessible by student editors (such as constitutional law or criminal procedure),¹¹⁰⁾ or that, despite their claims to seek the best scholarship regardless

of author affiliation, students are highly brand conscious: law reviews at the top schools tend to accept works by faculty members at their own schools or other top-ranked schools,¹¹¹⁾ “thereby silencing voices from below.”¹¹²⁾

In response to the latter criticism, since the mid-1990s a number of highly ranked law reviews have instituted “blind” reviews of articles, in which the authors' names, affiliations and other identifying information are not disclosed to those making the evaluations.¹¹³⁾ As to the former criticism, it bears note that the proclivities with which student editors have been charged have shifted over time. In 1936, in what to this day remains the most famous critique of law reviews, Yale Law School professor and leading Legal Realist Fred Rodell attacked law review articles for focusing almost entirely on narrow doctrinal topics,¹¹⁴⁾ while ignoring broad themes relating to the law's potential for “solving the myriad problems of the world.”¹¹⁵⁾ By 1992, the perceived failings had changed dramatically. That year, federal judge (and former law professor) Harry Edwards chastised law reviews for including few doctrinal works and instead devoting most of their space to “impractical” scholarship consisting of “theory wholly divorced from cases.”¹¹⁶⁾ To their credit, neither Rodell nor Edwards blamed the law review editors as

109) To offer just one example, a publication that occupies a prominent place in my collection of works on legal education is a special symposium issue, containing articles on developments in over a dozen nations around the world, published in 2002 in the *South Texas Law Review*. On the combined score for citations over the past eight years, as of May 20, 2011, that *Law Review* ranked only number 265 in the United States (search conducted by author, utilizing Law Journals: Submissions and Ranking database, *supra* note 15).

110) See Stracher, *supra* note 106, at 355 and sources cited therein.

111) See Dan Subotnik & Glen Lazar, *Deconstructing the Rejection Letter: A Look at Elitism in Article Selection*, 49 J. LEGAL EDUC. 601 (1999).

112) *Id.* at 606.

113) See, e.g., Hibbitts, *supra* note 45, at 650-651 (describing the then-newly instituted blind read policy at the *Yale Law Journal*). Paradoxically, the blind evaluation approach also may help insulate law review editors from pressure at their own law schools in the event they reject articles by faculty members from the school — a situation that is not uncommon.

114) Fred Rodell, *Goodbye to Law Reviews*, 23 VA. L. REV. 38, 42-43 (1936).

115) *Id.* at 43.

116) Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 91 MICH. L. REV. 34, 46 (1992).

such for the states of affairs they decried. As both seemed to recognize, while the law reviews — and, by extension, the articles they select — may help to entrench certain modes of legal scholarship, it is primarily the legal scholars themselves who set the trends.

Virtually everyone who has published articles in student-edited law reviews in the United States can offer anecdotes about problems in the editing process: stiffness in style, revisions that alter the nuance or even the basic meaning of a phrase or section, or even grammatical or typographical errors introduced by the editors.¹¹⁷⁾ And virtually every author also can provide numerous examples of the “footnote fetish” common at U.S. law reviews: the notion that every proposition, no matter how patently obvious it may seem, requires a footnote containing a cite to some document in support.

Yet, for me — and, I would suggest, for any author who appreciates feedback, the positive experiences vastly outweigh the negative ones. Over the years, student editors have caught many citations that ended up in the wrong place when I made revisions, along with a considerable number of grammatical errors, typographical errors, and mistakes in citation form. They have pointed out sentences or paragraphs that seemed perfectly clear to me, but would have been confusing to readers. When I have written about Japanese law, as is usually the case, editors have alerted me to aspects of Japanese law or society that I take for granted, but that many American readers would not be familiar with. Even more importantly, on occasion editors have suggest-

ed changes in organization, thereby improving the flow, or have pushed me to explore related issues or expand my analysis. In doing so, they have strengthened my articles.

In reading the criticisms of student editors, I cannot escape the feeling that some article authors regard nearly every proposed revision of their works as an affront or insult, which they attribute to the incompetence of the students. That attitude, I would submit, all too often places the blame in the wrong place. If, for example, student editors have proposed a revision that changes the nuance or even the basic meaning the author intended, it probably means the nuance or meaning was not sufficiently clear in the first place.

Many of the critics also seem to assume that, if only all law journals were peer-reviewed or faculty-edited, the article selection process, the editing process, and all other aspects of law review management and operation would be vastly improved, if not perfect. That, of course, is a highly questionable assumption.¹¹⁸⁾ It is understandable that authors who receive drafts back from student editors with suggestions for major structural changes or proposed revisions to nearly every paragraph sometimes feel resentful. Yet that level of attention requires a tremendous investment of time and energy, which, given the existing incentive structures, faculty members simply could not match.

The care and attention by the student editors also reflect great commitment and dedication, based on a genuine desire to make the article as strong as possible. In my humble opinion, as authors we should be grateful, and

117) My personal near-nightmare involved the first footnote of one of my first major articles, in which I thanked several prominent Japanese scholars for their advice and assistance. In the later stages of the editing process, inexplicably, and without explanation or mention, someone involved in the editing process altered the spelling of their names. To my horror, as I was reviewing the final page proofs for the last time, I realized that the names of those I was seeking to honor were now misspelled. This was in the days before the Internet. When I called the journal I was told the pages already had been sent to the printer. To my great relief, after two or three more frantic phone calls I reached the editor-in-chief, who called the printer and made sure the page proofs were corrected.

118) See Hibbitts, *supra* note 45, at 653-654.

not resentful, to have such an important resource at our disposal. And, as educators, we should be proud to have a self-governing and self-sustaining system that provides such valuable education for so many students.

(Daniel H. FOOTE)

論説

金融商品取引法の国際的適用範囲

東京大学客員教授・弁護士

松尾直彦

- I. はじめに
- II. 国内法令の国際的適用範囲の理論
 - 1 概要
 - 2 国家管轄権
 - 3 属地主義と効果主義
 - 4 米国ドッド=フランク法
 - (1) 1933年証券法レギュレーションS
 - (2) 米国1934年証券取引所法
 - (3) 米国ドッド=フランク法
 - (4) 外国私募助言業者の登録義務の適用除外
 - (5) デリバティブに関する規定の域外適用規定
 - (6) 不正取引規定の域外適用規定
- III. 金商法令の国際的適用範囲
 - 1 4類型
 - 2 「内—内」取引類型
 - 3 「内—外」取引類型
 - 4 「外—内」取引類型
 - 5 「外—外」取引類型
- IV. 金商法令の国際的エンフォースメント
 - 1 執行管轄権
 - 2 国際的情報交換と金融商品取引法189条
 - 3 証券MOU
- V. おわりに

I. はじめに

国境を越えるクロスボーダーの金融商品取引や内外の金融機関の相互進出が増加するなど、金融商品取引・市場の国際化が大幅に進展していることから、金融商品取引法（以下「金商法」という。）の国際的な適用範囲を考察する必要性が増している。いわゆる国内法の「域外適用（extraterritorial jurisdiction）」の問題である。

この問題は、従来から「証券取引法の域外適用」の問題として論じられてきた¹⁾。

筆者が金融庁においていわゆる金融商品取引法制の整備（平成18年法律第65号及び第66号など）を担当したときに、金商法の適用範囲の論点に直面したが、その際には、金融法委員会「金融関連法令のクロスボーダー適用に関する中間論点整理——証券取引法を中心に——」（平成14年9月13日。以下「中間論点整理」という。）などを参考にして、一定の整理が行われている²⁾。

平成20年金融商品取引法等改正法（平成20年法律第65号）による銀行法改正により、銀行法に「外国銀行代理業務」に係る規制が導入されている（同法10条2項8号の2、52条の2第1項）ところ、外国銀行代理業務への該当性についても、基本的に同様の整

理が行われていると思われる³⁾。また、平成22年金融商品取引法等改正法（平成22年法律第32号）による金商法改正により、国内から外国投資信託を直接的に設定・指図する運用形態が投資運用業に追加された（金商法2条8項14号、金融商品取引法施行令（以下「金商法施行令」という。）1条の11、金融商品取引法第二条に規定する定義に関する内閣府令（以下「定義府令」という。）16条1項9号の2）ところ、当該業務への該当性についても、基本的に同様の整理が行われていると思われる⁴⁾。

これまで当該整理について包括的に論じたものは見当たらないように思われることから、本稿ではこれを試みることにする。

II. 国内法令の国際的適用範囲の理論

1 概要

日本法の国際的な適用範囲については、基本的に、①民事法、②刑事法、及び③行政法に区分して考察される⁵⁾。

民事法の国際的適用範囲については、従前の法例（明治31年法律第10号）を全部改正した法の適用に関する通則法（平成18年法律第78号）を基本とする準拠法決定ルール

1) 龍田節「証券の国際取引に関する法的規制」証券研究41巻3頁（1975）、沢木敬郎「証券取引法の域外適用」証券研究50巻82頁（1976）、龍田節「国際的な証券取引の法的規制」川又還暦『商法・経済法の諸問題』501頁、536-542頁（商事法務研究会、1994）や「証券の国際取引をめぐる法的問題——域外適用を中心として——」証券研究102巻（1992）所収の諸論文など。これら文献の収集については、日本証券経済研究所の萬澤陽子研究員の協力をいただいた。

2) 三井秀範＝池田唯一監修・松尾直彦編著『一問一答 金融商品取引法（改訂版）』265頁（商事法務、2008）（外国投資家の取扱い）、松尾直彦＝松本圭介編著『実務論点 金融商品取引法』57頁（金融財政事情研究会、2008）（外国集団投資スキームの取扱い）、井上聡＝松尾直彦ほか「座談会 金融商品取引法制と実務上の諸論点（1）」Lexis企業法務23号32-38頁（2007）（外国ファンドに関する論点）。また、金融庁『「金融商品取引法制に関する政令案・内閣府令案等」に対するパブリックコメントの結果等について』における「コメントの概要及びコメントに対する金融庁の考え方」（平成19年7月31日）における関係部分（例えば外国ファンド関係については35頁、63-65頁、91-93頁、541頁）。

3) 金融庁「平成20年金融商品取引法等の一部改正に係る政令案・内閣府令案等に対するパブリックコメントの結果等について」における「コメントの概要及びコメントに対する金融庁の考え方」（平成20年12月2日）41頁、44頁、47頁、48頁。

4) 金融庁「平成22年金融商品取引法改正に係る政令案・内閣府令案等に対するパブリックコメントの結果等について」における「コメントの概要及びコメントに対する金融庁の考え方」（平成22年12月21日）10-16頁。

5) 小寺彰「国家管轄権の構造——立法管轄権の重複とその調整——」法教254号121頁（2001）及び森下国彦「金融関係法令の国際的適用範囲」ジュリ1232号119頁（2002）参照。

により、決められる⁶⁾。刑事法の国際的適用範囲については、特別の規定がない限り刑法の規定が適用され(同法8条)、基本的に「日本国内において罪を犯したすべての者」に適用される(同法1条)。これは属地主義を定めるものである。

これに対して、行政法の国際的適用範囲について、一般的に定める法律は存在しない。従来から「独占禁止法の域外適用」の問題として論じられてきており、金商法の国際的適用範囲の考察にあたって、参考になる⁷⁾。

金商法には、民事法(不法行為による損害賠償責任の特則規定など)や刑事法(違反行為への罰則)の側面もあるが、以下では、その主要部分である行政法規の側面に着目して考察する。

2 国家管轄権

国際法では、国内法令を定立し、執行する権限を「国家管轄権」という。国家管轄権は、①法令の定立に関する「立法管轄権(又は規律管轄権)」、②具体的な事案についての裁判に関する「裁判管轄権」、及び③法令の執行に関する「執行管轄権」に区分される⁸⁾。

このことから、金商法の国際的適用範囲については、法令(立法管轄権)と行政上のエンフォースメント権限(執行管轄権)の各国国際的適用範囲に区分して、考察する必要がある。

3 属地主義と効果主義

金商法令(金商法並びに金商法に基づく政令及び内閣府令などを指す)の国際的適用範囲に関する考え方として、平成15年証券取引法等改正法(平成15年法律第67号)の立案担当者により、①規制対象行為の一部が国内で行われれば金商法令を適用するという「属地主義」、②金商法令が保護しようとする法益に対する侵害の可能性がある場合に金商法令を適用するという「効果主義」、③属地主義を基本としつつ、金商法令の目的が十分に達成できない場合に効果主義を加味して適用範囲を調整するという「修正効果主義」があげられるが、個々の事実関係に則して具体的に論点を検討する必要があると説明されている(以下「立案担当者整理」という。)⁹⁾。

属地主義は、行為主体の所在国が管轄権を行使しようという「主観的属地主義」と行為の結果発生国が管轄権を行使しようという「客観的属地主義」に区分される¹⁰⁾が、行為と結果の差異は必ずしも明確でないことから、上記①の「属地主義」は両方を包摂するものと考えらるべきである。効果主義は、金融危機対応のため米国で2010年7月21日に成立したドッド=フランク法¹¹⁾920 O条(b)(後述)を参考にすると、国外における行為が日本国内において「予測可能な実質的な効果」を有する場合に管轄権を認めるものである¹²⁾。

効果主義における「効果」を客観的属地主

6) 小出邦夫編著『逐条解説 法の適用に関する通則法』3-4頁(商事法務, 2009)。

7) 滝川敏明『『ダンピング規制と競争政策』『独占禁止法の域外適用』——独占禁止法渉外問題研究会報告書について——』公正取引472号4頁(1990)や村上政博『独占禁止法(第3版)』79-98頁(弘文堂, 2010)など参照。

8) 小寺彰「独禁法の域外適用・域外執行をめぐる最近の動向——国際法の観点からの分析と評価」ジュリ1254号64頁(2003)。

9) 高橋康文『詳解 証券取引法の証券仲介業者、主要株主制度等——平成15年における証券取引法等の改正——』39頁, 40頁(大蔵財務協会, 2004)。

10) 小寺・前掲注5)117頁。

11) ドッド=フランク法の正式名称は、「ドッド=フランク ウォール・ストリート改革及び消費者保護法(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)」である。

12) 村上・前掲注7)81頁では、「競争法の域外適用」について、「国外で行われた行為についても自国市場において直接的、実質的および予測可能な競争制限効果を及ぼすときに自国競争法を適用するという効果主義が国際的に認められた立法管轄権原則となっている」と指摘されている。

義における「結果」と同一視すれば、効果主義は属地主義の一形態であるとも考えることも可能であり¹³⁾、両者の区別は相対的であるといえる。

立案担当者整理は、中間論点整理を踏まえているものと思われる。中間論点整理では、『属地主義』を基本としつつ、それでは証券取引法の目的が十分に達成できない場合に『効果主義』を加味してその適用範囲を調整する（拡大する）というアプローチに従って検討を行うこととされており¹⁴⁾、立案担当者整理における「修正効果主義」は当該アプローチを指すものと思われる。筆者も基本的に、修正効果主義が金商法令の国際的適用範囲を検討するに当たっての適切なアプローチであると考えており、現在の金融行政においても修正効果主義のアプローチをとっているものと思われる。

4 米国ドッド=フランク法

(1) 1933年証券法レギュレーションS

米国連邦証券諸法の域外適用の取扱いについては、1933年証券法（Securities Act of 1933）5条に基づく証券発行の登録届出書（registration statement）の提出義務について、レギュレーションS（Regulation S）が属地主義（territorial approach）を採用している¹⁵⁾。レギュレーションSは、1933年証券法5条の適用のみに関するものであり、連邦証券諸法の不公正取引規定その他の規定に関するものではないと位置づけられている。

レギュレーションSでは、証券法5条は、「米国国内で行われる募集及び売付け（offers and sales that occur within the United States）」に適用され、「米国国外で行われる募集及び売付け（offers and sales that occur outside the United States）」には適用されない（規則901）。

そして、募集及び売付けが米国国外で行わ

れると認められる場合として、2つのセーフハーバーの規定が設けられている。第1は発行者などに関するセーフハーバーであり（規則903）、第2は「オフショア転売（offshore resales）」に関するセーフハーバーである（規則904）。

各セーフハーバーにおいては各別の特別要件が定められているが、いずれのセーフハーバーにおける一般要件として、①募集及び売付けが「オフショア取引（offshore transaction）」において行われること、及び②発行者などにより米国国内において「米国向け販売努力（directed selling efforts）」が行われないことが挙げられている。

上記②の「米国向け販売努力」とは、レギュレーションSに依拠して募集される有価証券の米国国内における市場付け（conditioning the market）を目的とする活動又はその効果（effect）を有すると合理的に見込まれ得る活動をいう（規則902c）。

(2) 米国1934年証券取引所法

1934年証券取引所法30条は、同法の国際的な適用範囲に係る規定を設けている。

第1に、ブローカー=ディーラーが、米国の管轄（jurisdiction）外又は管轄に服さない取引所において、SEC（証券取引委員会）が同法の脱法を防止するために必要又は適切なものとして定めることのできる規則・規制に違反して、米国の管轄内又は管轄に服する居住者、組織体又は主要な業務を行っている者である発行者の発行する証券に係る取引を行うために、郵便又は州際通商（interstate commerce）上の手段を直接又は間接に用いることは、違法であるとされている（同条（a））。

第2に、同法の諸規定又はその下でのいかなる規則・規制も、SECが同法の脱法を防止するために必要又は適切なものとして定めることのできる規則・規制に違反して取引を

13) 小寺・前掲注8)67頁。

14) 中間論点整理4頁。森下・前掲注5)123-124頁も、当該アプローチを支持する。

15) See MARC I. STEINBERG, UNDERSTANDING SECURITIES LAW at 80-90 (5th ed, 2008). また、青木浩子『国際証券取引と開示規制』65-90頁（東京大学出版会、2000）、黒沼悦郎『アメリカ証券取引法（第2版）』66-68頁（弘文堂、2004）を参照。

しない限りは、米国の管轄外で証券の取引をする者には適用されないとされている（同条(b)）。

(3) 米国ドッド＝フランク法

米国ドッド＝フランク法には、米国証券諸法の国際的適用範囲に係る規定がいくつか置かれており、金商法令の国際的適用範囲の問題を考察するに当たって参考になることから、以下紹介する。

(4) 外国私募助言業者の登録義務の適用除外

ドッド＝フランク法では、「外国私募助言業者 (foreign private adviser)」である投資助言業者について、1940年投資助言業法 (Investment Advisers Act of 1940) に基づく SEC への登録義務が適用除外されている (ドッド＝フランク法 403 条)¹⁶⁾。

外国私募助言業者とは、①米国における事業拠点を有しない投資助言業者であって、②その助言する私募ファンドの米国における顧客及び投資者の合計が 15 名未満であり、③米国における顧客及び投資者に帰属する運用資産の合計が 2500 万ドル又は SEC が規則で定めるこれを上回る金額未満であり、かつ、④自らを一般に米国における公衆に対して投資助言業者と示すことがなく、1940年投資会社法の下での登録投資会社に対する投資助言業者として業務を行っておらず、1940年投資会社法のもとで事業開発会社 (business development company) として選択していないものをいう (ドッド＝フランク法 402 条(a))。

上記定義における「米国における (in the United States)」の意味について、SEC が 2011 年 6 月 22 日に採択した規則である「ベンチャー・キャピタル・ファンドの助言業

者、運用資産 1 億 5 千万ドル未満の私募ファンド助言業者及び外国私募助言業者の適用除外 (Exemptions for Advisers to Venture Capital Funds, Private Fund Advisers With Less Than \$150 Million in Assets Under Management, and Foreign Private Advisers)」では、レギュレーション S における「米国の者 (U.S person)」の定義 (規則 902(k)) などが引用されている¹⁷⁾。

外国私募助言業者の登録義務の適用除外に係る規定は、米国における顧客及び投資者が投資している米国国外の私募ファンドに係る米国国外の投資助言業者に対しても、米国 1940 年投資助言業法が適用されることが前提となっているものと考えられる¹⁸⁾。

(5) デリバティブに関する規定の域外適用規定

ドッド＝フランク法により制定された非証券デリバティブ (swaps) に関する規定は、原則として米国国外の活動に適用されないが、①米国の通商 (commerce) における活動に直接的かつ重要な関連 (direct and significant connection) を有し、若しくは当該活動に直接的かつ重要な効果 (effect) を有する場合、又は② CFTC (商品先物取引委員会) が当該規定の脱法を防止するために必要若しくは適切なものとして定めることのできる規則・規制に違反する場合には適用されるとされている (722 条 (d))。これは、修正効果主義の考え方をとるものと思われる。

また、ドッド＝フランク法により追加された諸規定又はその下でのいかなる規則・規制も、SEC がドッド＝フランク法により追加されたいかなる規定の脱法を防止するために必要又は適切なものとして定めることのできる規則・規制に違反して取引をしない限り

16) 松尾直彦『Q&A アメリカ金融改革法——ドッド＝フランク法のすべて』261 頁 (金融財政事情研究会, 2010)。

17) 当該規則案 (2010 年 11 月 19 日提案) に関する解説として、杉田泰樹「ドッド・フランク法が日本のファンドマネジメントに与える影響」金融財政事情 2011 年 3 月 7 日号 35 頁。

18) この点に関する SEC の考え方は、2004 年 12 月 10 日付の連邦官報 (Federal Register) にて公布された SEC 規則「一定のヘッジファンド・アドバイザーの投資助言業法の下での登録 (Registration Under the Advisers Act of Certain Hedge Fund Advisers)」の説明において示されている (同連邦官報 72071-72073 頁)。なお、当該 SEC 規則は、2006 年 6 月 23 日に連邦控訴裁判所によって、1940 年投資助言業法に照らして無効と判断された (*Goldstein v. Securities and Exchange Commission*, 451 F.3rd 873(D.C.Cir.2006))。

は、米国の管轄外で証券デリバティブ (security-based swaps) の取引をする者に適用されないとされている (772 条 (b) による 1934 年証券取引所法 30 条 (c) の追加)。これは、1934 年証券取引所法 30 条 (b) と同旨の解釈規定 (rule of construction) である。

(6) 不公正取引規定の域外適用規定

ドッド＝フランク法は、1933 年証券法、1934 年証券取引所法及び 1940 年投資助言業法を改正し、これら法律の不公正取引規定 (antifraud provisions) の域外適用に関する規定を新設している (929P 条 (b))¹⁹⁾。

2010 年 6 月 24 日に、米国連邦最高裁判所は、1934 年証券取引所法 10 条 (b) 及び SEC 規則 10b-5 に基づく私的訴訟事件について、これらの規定は、米国の証券取引所に上場されている証券の売買又は米国における他の証券の売買に関してのみ適用されると判示した (Morrison v. National Australia Bank Ltd.)²⁰⁾。「取引テスト (transactional test)」と呼ばれている。

従来から、米国連邦第 2 巡回区控訴裁判所 (Second Circuit) では、①「効果テスト (effect)」(違法行為が米国又は米国市民に実質的影響を与えたかどうか)、及び②「行為テスト (conduct test)」(違法行為が米国において起きたかどうか) が採用されていた。「行為テスト」は当該行為の結果が米国国外において生じた場合に関するものである。しかしながら、当該連邦最高裁判決はこれを否定するものであった²¹⁾。

そこで、ドッド＝フランク法において、効

果テスト及び行為テストが部分的に立法化されたものである。

具体的には、米国連邦地方裁判所および米国属領の米国裁判所は、SEC 又は米国が、①証券取引が米国国外で起こり (又は当該違反が外国投資助言業者により行われ) 外国投資者のみが関係する場合であっても、米国国内における行為 (conduct) が当該違反の助長にあたって重要な段階を構成していること (constitute significant steps in the furtherance of the violations), 又は②米国国外における行為が米国国内において予測可能な実質的な効果 (foreseeable substantial effect) を有することのいずれかの行為に関するこれら法律の不公正取引規制の違反を主張してこれら裁判所に提起し又は開始した訴訟又は手続について、管轄権を有するとされている。

なお、当該改正はあくまでも SEC 又は米国が提起する訴訟などに適用されるものであり、私的訴権 (private rights of action) に適用されるものではないが、SEC は、1934 年証券取引所法の不公正取引規制のもとにおける私的訴権が上記①②に拡大して適用されるべき程度に関する調査研究を行い、ドッド＝フランク法成立後 18 か月以内 (2012 年 1 月まで) に、上院銀行・住宅・都市問題委員会及び下院金融サービス委員会に対して、報告書を提出し、勧告をしなければならないとされている (929Y 条 (a)(c))。当該調査研究は、①当該私的訴権の範囲、②当該私的訴権が国際礼讓 (international comity) に持ち得る意味合い、③国境を越える証券不正に対して私

19) 松尾・前掲注 16)275-276 頁。

20) 太田洋＝宇野伸太郎「米国連邦証券取引所法の域外適用——Morrison 判決と ADR 発行企業への影響——(上、下)」商事 1934 号 19 頁、1935 号 25 頁 (2011)、大橋宏一郎「米国証券法の域外適用に関する最近の動向」金融財政事情 2011 年 2 月 7 日号 48 頁参照。

21) 当該連邦最高裁判決を踏まえて、米国連邦ニューヨーク南部地区地方裁判所は、2010 年 12 月 30 日、ボルシェのフォルクスワーゲン (VW) 買収に関連して、原告であるヘッジファンドがボルシェ及びその役員による 1934 年証券取引所法 10 条 (b) 違反を主張して損害賠償請求をした事案において、米国国外の取引所で取引される株式を参照する証券デリバティブに係る合意は、たとえ米国国内において取引確認書 (confirmations) が署名されたとしても、ドイツの取引所で VW 株式を取引することと機能的に同等であり、その経済的実態は本質的に米国国外の取引所・市場で行われる取引であり、「米国国内の取引 (domestic transactions)」ではない、外国で取引される証券又は当該証券を参照するデリバティブ合意に係る買い手が米国に所在するのみでは「米国国内の取引」に含まれないと判示して、原告の請求を却下した (サリヴァンアンドクロムエル法律事務所の資料 (<http://www.sullcrom.com/Extraterritorial-Application-of-Section-10b-to-Security-Based-Swap-Agreements/>), 2011 年 7 月 27 日最終閲覧) を参照)。

的訴権を拡大する経済的コスト・便益、及び④より狭い域外適用基準が採用されるべきかどうかについて、検討・分析しなければならないとされている（同条 (b)）。

III. 金商法令の国際的適用範囲

1 4 類型

まず、立法管轄権の問題として、金商法令の国際的適用範囲の問題を取り上げる。具体的な考察に当たっては、行為主体の所在国などに応じて、①「内—内」、②「内—外」、③「外—内」、及び④「外—外」の4つの取引類型に区分することが有用である。ただし、これら各類型の境界は必ずしも明確でない場合もあり得ることから、以下はあくまでも概ねの類型化であることに留意する必要がある。

2 「内—内」取引類型

国内行為主体が日本国内において行為をする「内—内」取引については、属地主義（主観的属地主義）のもとで、金商法令が適用される。

国内行為主体の対象者が「非居住者」（外為法6条1項6号）である場合であっても、当該非居住者が日本国内に存在する場合などには、当該類型に該当すると考えることができる。たとえば、有価証券の募集への該当性を判断するに当たって、日本国内で取得勧誘された非居住者は取得勧誘の相手方の人数に含まれる²²⁾。

3 「内—外」取引類型

国内行為主体が国内において行為を開始して国境を越えてその結果が日本国外において生じる「内—外」取引については、国内行為主体が国内で行為をしていると考えることが

できることから、属地主義（主観的属地主義）のもとで、金商法令が適用される。

具体例をいくつかあげると、第1に、金商法は基本的には日本の「居住者」（外為法6条1項5号）である投資者を保護するものであると考えられ、非居住者である外国投資者は必ずしも保護対象とならないと考えられる。たとえば、日本国外において非居住者である外国投資者を相手方として市場デリバティブ取引に係る勧誘行為が行われる場合には、当該行為は基本的には外務員登録義務などの金商法の規制対象にならない²³⁾。これに対して、金融商品取引業者等が非居住者に対して日本国内から勧誘・販売する場合には、当該非居住者は保護対象となる。このような考え方を前提として、特定投資家私募の対象に非居住者が含まれ（金商法2条3項2号ロ(2)）、特定投資家の範囲に外国法人が含まれている（金商法2条31項4号、定義府令23条10号）。

第2に、有価証券報告書提出会社が発行者である有価証券の募集・売出しのうち発行価額・売出価額の総額が1億円以上であるものが日本国外で開始された場合、臨時報告書の提出事由となる（金商法24条の5第4項、企業内容等の開示に関する内閣府令19条1項・2項1号）。

第3に、投資者に国内の居住者が一切含まれない外国投資信託であっても、国内から直接的に設定・指図する運用形態については、投資運用業の登録が必要である（金商法2条8項14号、金商法施行令1条の11、定義府令16条1項9号の2参照）。

第4に、日本の上場国内会社の役員が当該上場会社にかかる業務等に関する非公表の重要事実を知って、日本国内から発注して米国ニューヨーク証券取引所（NYSE）に上場されている当該上場会社のADR（American Depositary Receipt（米国預託証券））を売買する場合、インサイダー取引に該当する（金

22) 金商法2条3項3号及び同条4項3号における「相当程度多数の者」の人数に含められるべき所有者は、勧誘行為が行われた場所が日本国内であると判断されるものについて、その結果として有価証券を所有するに至った者を意味する（金融庁・前掲注2)29頁）。

23) 金融庁・前掲注2)556頁。

商法 166 条 1 項, 163 条 1 項, 金商法施行令 27 条の 4 第 4 号)。

4 「外一内」取引類型

外国行為主体が日本国外において行為をして国境を越えてその結果が日本国内において生じる「外一内」取引についても、属地主義(客観的属地主義)の下で、金商法令が適用される。

具体例をいくつかあげると、第 1 に、非居住者投資者が日本の上場内国会社の発行する株券を日本国内の流通市場において売買する場合、大量保有報告規制、公開買付規制、売買報告書提出義務規制やインサイダー取引規制などが適用される。

第 2 に、非居住者投資者が日本の上場内国会社の発行する株券を日本国外において売買する場合はもとより、日本国外において発行された当該株券に係る権利を表示する預託証券(DR)を日本国外において売買する場合も、大量保有報告規制、公開買付規制、売買報告書提出義務規制やインサイダー取引規制が適用される(金商法 27 条の 2 第 1 項, 27 条の 23 第 1 項, 163 条 1 項, 166 条 1 項, 金商法施行令 6 条 1 項 5 号, 14 条の 4 の 2 第 3 号, 27 条の 4 第 4 号)。これは、効果主義が加味された取扱いであるといえる²⁴⁾。

第 3 に、外国証券業者は、登録を受けることなく国内にある者を相手方としてにおいて有価証券関連業に該当する行為を行うことを原

則として禁止されている(法 58 条の 2)。外国証券業者が国内にある者を相手方として外国から行う有価証券関連業に該当する一定の行為を適用除外するための要件として、「勧誘をすることなく」が定められている(同条ただし書, 金商法施行令 17 条の 3 第 2 号)が、属地主義の観点から、これは日本国内における勧誘の意味であると考えられる。いわゆる「コールド・コーリング」(電話による詐欺的な投資勧誘)は日本国外から行われるものを中心であり、当該電話が日本国内における勧誘に該当することはいうまでもない²⁵⁾。これに関連して、外国証券業者がホームページ等に有価証券関連業に係る行為に関する広告等を掲載する行為については、監督行政上、原則として「勧誘」行為に該当すると整理されている(金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針 X -1-2)が、この整理には効果主義が加味されているといえる²⁶⁾。

第 4 に、外国証券業者の引受業務の一部の許可制度が設けられている(金商法 59 条 1 項)ところ、引受業務の一部の許可の対象となる行為は、属地主義の観点から、「国内において行うこと」が要件とされているものと考えられる(同項, 金商法施行令 17 条の 4)。

第 5 に、いわゆる外国集団投資スキーム(外国ファンド)の自己運用行為が規制対象とされている(金商法 2 条 8 項 15 号ハ・2 項 6 号)。また、外国において投資助言業務または投資運用業を行う者は、登録を受けて

24) 中間論点整理では、取引規制(相場操縦や主要株主等による売買報告・短期売買差益返還義務)および付随規制(大量保有報告や第三者による公開買付け)が取り上げられている(同 7-12 頁)。証券法研究会編『金商法体系 I 公開買付け(1)』431-433 頁(商事法務, 2011)では、このような事例について、『『属地主義』を基本とする議論においては…手続の全てが日本国外において行われている場合には、通常、『行為』は海外で行われており、日本の金融商品取引法の規制は及ばないという結論に傾き易いように思われる。』と指摘されているが、客観的属地主義の下では、そのような結論にはむしろなりにくいように思われる。

25) 金融庁『『コールド・コーリング』(『電話による詐欺的な投資勧誘』) - 投資家への注意喚起 - (http://www.fsa.go.jp/ordinary/cold/index.html, 2011 年 7 月 27 日最終閲覧)。

26) 世界の証券規制当局が参加する任意の国際団体である IOSCO(証券監督者国際機構)は、「インターネットにおける証券活動」に関する報告書(1998 年 9 月)において、「発行者若しくは金融サービス提供者の勧誘若しくは販売の活動が規制当局の管轄内で行われる場合、又はこれらの者のオフショアの活動が規制当局の管轄内における居住者若しくは市場に重要な効果(significant effect)を有する場合、規制当局は、当該活動について規制上の要件(例えば免許・登録要件)を課すことができる。」と勧告している(勧告 B.15)。当該勧告は、「属地主義や効果主義といった古典的な枠組みを踏まえている」と評されている(青木浩子「外国証券業者に対する監督権の行使」江頭還暦『企業法の理論(下)』645 頁, 664 頁(商事法務, 2007))。

いない場合には、一定の者のみを相手方として投資助言業務または投資運用業を行うことができる（法 61 条）。たとえば、外国において投資運用業を行う者の投資運用行為が日本国外で行われる場合であっても、当該外国ファンドが日本の居住者である投資者から出資を受ける場合には、当該行為の結果が当該居住者に帰属することから、当該出資の勧誘が国内で行われたかどうかにかかわらず、金商法令が適用される²⁷⁾。この整理は、米国証券諸法の下での考え方と同様である。

第 6 に、外国の業者が日本国内の居住者に対して有価証券等管理業務を行う場合、当該外国業者は金融商品取引業の登録が必要となる（定義府令 16 条 1 項 15 号参照）²⁸⁾。

5 「外—外」取引類型

外国行為主体が日本国外において外国行為主体との間で行為をしてその結果も日本国外において生じる「外—外」取引については、属地主義のもとで、金商法令は原則として適用されない。

具体例をいくつかあげると、第 1 に、非居住者投資者が日本の上場外国会社の発行する株券を日本国外において売買する場合、大量保有報告規制、公開買付規制、売買報告書提出義務規制やインサイダー取引規制などは原則として適用されないと解されているようである²⁹⁾。

第 2 に、①外国証券業者が日本国外において非居住者である顧客の注文の取次ぎを行い、日本の金融商品取引業者に対し取引所取引の注文（委託の取次行為）を行う場合³⁰⁾、②外国において投資運用業を行う者が日本国外において非居住者である外国投資者との間で投資一任契約を締結して投資運用業を行う場合や、③日本国外に所在するファンド運営者が、日本国外において非居住者のみを相手方として当該ファンドへの出資持分の取得勧誘を行う場合や、非居住者のみから出資を受けた財産の投資運用を日本国外で行う場合³¹⁾、金商法令は原則として適用されない。

第 3 に、日本国外において非居住者の投資者を相手方として外国ファンド持分の取得勧誘が行われる場合や日本国外において当該外国ファンドの運用行為が行われる場合には、原則として、適格機関投資家等特例業務（金商法 63 条 1 項）の特例の適用要件（相手方が 1 名以上の適格機関投資家及び 49 名以下の一般投資家であること）の該当性を判断するに当たって、非居住者である外国投資者を考慮する必要はない³²⁾。

第 4 に、金融商品取引業者等の国外支店による日本国外における行為については、国内行為主体と同一の法人格ではあるものの、基本的には、その国外現地法人による日本国外における行為と同様に「外—外」取引として取り扱われるべきである。たとえば、金融商品取引業者等の国外支店において外国法人を

27) 金融庁・前掲注 2)535 頁, 542 頁。

28) 金融庁・前掲注 2)96 頁。

29) 中間論点整理 10 頁脚注 24, 11 頁脚注 25 参照。これに対し、中間論点整理では、国内の取引所に上場されている外国企業で本国の取引所を主要取引所とするものの株式に関する当該場合でも、「当該外国企業の株主の一定割合以上が日本に所在するか、あるいは国内取引所における売買高が一定以上存在する等の事情がある場合」に限り、旧証券取引法の適用対象とすることも考えられるとされている（同 8 頁, 10-12 頁）。さらに、取引規制（相場操縦や主要株主等による売買報告・短期売買差益返還義務）については、わが国における株主数や国内の取引所での取引量等に関わらず、当該行為がわが国市場における取引に対しても影響がある場合には、法益侵害のおそれは存在するのであり、旧証券取引法の適用対象とすべきであるという立場も考えられるとされている（同 9-10 頁）。

30) 高橋・前掲注 9)65 頁。

31) 金融庁・前掲注 2)63-65 頁, 91-93 頁。

32) 金融庁・前掲注 2)541-542 頁, 545-546 頁。ただし、日本国外で勧誘行為が行われる場合であっても、日本の居住者を相手方として行う場合もあり得ることなどから、「国内における勧誘行為によらない」場合が一律に金商法令の適用対象外となるものではない（金融庁・前掲注 2)542 頁）。これに対して、運用行為が国内で行われる場合には、非居住者である外国投資者も、当該人数要件の対象に含まれる（金融庁・前掲注 2)542-543 頁）。

相手方とする現地通貨取引については、一般的に金商法の適用が及ばないと解される³³⁾。また、金融商品取引業者等の国外支店において外国法人の発行する有価証券の引受けを日本国外で行うことについても、同様であると解される。

「外一外」取引については、金商法令の適用の脱法目的が認められるなど、効果主義の観点から正当化されるような例外的な場合に限り、金商法令の適用が肯定されるべきである。このような観点から、金融庁による「国内業者が、同一の法人格である海外支店を通じて外国投資信託の運用を行うような場合は、当該国内業者自身が投資運用業者として金商法の規制対象となる」との解釈³⁴⁾は、限定的に捉えられるべきである。

IV. 金商法令の国際的エンフォー スメント

1 執行管轄権

次に、金商法令の国際的適用が可能な場合であっても、金融庁と証券取引等監視委員会が金商法令違反行為に対してエンフォースメント（法の実現）をすることができるかどうかは、別問題である。執行管轄権の問題となるからである。立法管轄権とは異なり、執行管轄権を外国領土内で行使することは、被行使国の同意がある場合を除き、許されないと考えられている³⁵⁾。

たとえば、金融庁は、金融商品取引業者等の主要株主に対する報告・資料提出命令権限と検査権限を有する（金商法 56 条の 2 第 2 項）が、実際には外国主要株主に対して日本国外において当該権限を行使することはできない。逆に、たとえば外国当局の担当者が日本国内において金融商品取引業者等を訪問す

る実態がみられるようであるが、これはあくまでも任意に行われているものであって、当該担当者が日本国内において外国法令に基づく報告・資料提出命令や検査権限を行使することは許容されない。

2 国際的情報交換と金融商品取引 法 189 条

一方、金融商品取引・市場のグローバル化が一層進展している状況の下で、一国・地域の金融商品取引規制当局がその金融商品取引・市場の健全性を確保する観点からこれを適切に監視・監督するためには、外国当局と情報交換を行うことが必要不可欠となる。

日本の金融庁・証券取引等監視委員会が外国金融商品取引規制当局との間で行う金融商品取引・市場分野における情報交換には、①日本の当局が外国の当局に対して情報提供を要請して当該外国の当局が当該情報提供をする場合、②日本の当局が外国の当局に対して自発的に情報提供をする場合、③外国の当局が日本の当局に対して情報提供を要請して日本の当局が当該情報提供をする場合、及び④外国の当局が日本の当局に対して自発的に情報提供をする場合がある。

上記①②④については、金商法に特段の定めは置かれていない。上記②について、日本の当局は、国家公務員の守秘義務などの日本の法令の範囲内で、日本の公益または国民の権利利益の保護に留意しつつ、必要かつ適切な範囲内で任意に外国の当局に対して情報提供することになる。たとえば、証券取引等監視委員会からの情報提供を通じて、英国当局が英国のヘッジファンドに対して制裁金を課した事例（同委員会平成 18 年 8 月 2 日付報道発表）などがある³⁶⁾。

上記③の場合、日本の当局は、日本におけ

33) 金融庁・証券取引等監視委員会「金融商品取引法の疑問に答えます」（平成 20 年 2 月 21 日）質問⑨。松尾直彦「金融商品取引法の解釈について」金法 1831 号 14 頁，24 頁（2008）参照。

34) 金融庁・前掲注 4)12 頁。

35) 小寺・前掲注 8)66 頁。

36) これに対して、上記①に該当する事案として、ジェイ・ブリッジ（株）元取締役会長による同社株券に係るシンガポール所在の金融機関に開設したダミー口座を利用したクロスボーダーのインサイダー取引事件について、平成 13 年 12 月に金融庁とシンガポール通貨監督庁（MAS）との間で締結された情報交換協定（証券 MOU）

る公開情報等については外国の当局に対して任意に提供可能であるが、要請に応ずるため新たに関係者等から情報収集する必要がある場合には、法的根拠が必要となる。金商法 189 条が当該法的根拠を定めている³⁷⁾。金融庁長官は、外国金融商品取引規制当局から金商法に相当する外国法令の執行のための行政上の調査に関して協力要請があった場合には、一定の要件のもとで、有価証券の売買などの取引を行う者その他関係人又は参考人に対して、報告・資料提出命令を発することができる（同条 1 項）。

3 証券 MOU

日本の金融庁は、法 189 条の趣旨も踏まえて、世界の主要な証券規制当局との間で情報交換の枠組み（いわゆる証券 MOU（Memorandum of Understanding））について合意している³⁸⁾。

証券 MOU には、①多国間 MOU および②2 当局間 MOU の類型がある。金融庁は、多国間 MOU として、平成 20 年 2 月 5 日に IOSCO（証券監督者国際機構）のマルチ MOU に署名しており、また、2 当局間 MOU として、6 か国・地域の 7 つの市場規制当局（米国 SEC など）との間で証券 MOU を合意している。

ただし、これらの証券 MOU は、法的拘束力のない意図表明文書として位置づけられており、法 189 条などの既存の国内法令により許容される範囲内でのみ実施されるものである。

V. おわりに

金商法令の適用範囲については、属地主義の下では比較的明確性と予測可能性を確保することができると考えられるが、修正効果主義の下で効果主義を部分的に加味する場合には、論点ごとに個別に考察する必要が生じることから、必ずしも明確性と予測可能性を確保できるものではない。本稿は、理論的な整理とこれを踏まえた類型ごとの具体的な整理を包括的に行ったものにとどまるが、当該整理が少しでも金商法令に係る実務における指針になれば幸いである。

※ 本稿執筆にあたって、東京大学法科大学院ローレビュー編集委員の方々、特に幸田雅美さんと大橋純也さんに、丁寧に原稿を整理かつレビューしていただいた。ここに感謝の意を表したい。

（まつお・なおひこ）

に基づき MAS の協力を得て、平成 21 年 4 月 27 日に東京地方検察庁に告発したものがある（証券取引等監視委員会の平成 20 事務年度（平成 20 年 7 月 - 平成 21 年 6 月末）の「証券取引等監視委員会の活動状況」（平成 21 年 8 月 27 日公表）90 頁、91 頁）。本件は、監視委員会がクロスボーダーの不正取引について告発を行った初めての事案である。

37) 金商法 189 条については、上野善晴「外国証券規制当局の要請に基づく調査——改正証券取引法 184 条の 2 の解説——（上、下）」商事 1219 号 17 頁、1224 号 87 頁（1990）参照。

38) 証券 MOU については、松尾直彦「証券分野の国際的情報交換枠組みと証券取引法 189 条の課題」商事 1741 号 42 頁（2005）、同「証券分野における国際的な情報交換枠組みの進展状況について」神作裕之責任編集『ファンド法制—ファンドをめぐる現状と規制上の諸課題—』289 頁（資本市場研究会、2008）参照。

執筆者一覧

石塚翔太郎	2009年4月既修コース入学・2011年3月同コース修了
西上 治	2008年4月末修コース入学・2011年3月同コース修了
根本 拓	2009年4月既修コース入学・2011年3月同コース修了
本郷 隆	2010年4月既修コース入学
太田勝造	大学院法学政治学研究科教授
岡 正晶	大学院法学政治学研究科非常勤講師・弁護士（梶谷綜合法律事務所）
唐津恵一	大学院法学政治学研究科教授
穴戸常寿	大学院法学政治学研究科准教授
土屋文昭	大学院法学政治学研究科教授
中里 実	大学院法学政治学研究科教授
中谷和弘	大学院法学政治学研究科教授
ダニエル・H・フット	大学院法学政治学研究科教授
松尾直彦	大学院法学政治学研究科客員教授・弁護士（西村あさひ法律事務所）

編集委員一覧

学生編集委員

大橋純也 新井英章 宇賀神崇 鵜木崇史 江橋翔 加納さやか
幸田雅美 巽智彦 長戸貴之 西上治 藤岡祐治 峯崎雄大

教員編集委員

荒木尚志 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長
川出敏裕 大学院法学政治学研究科教授
原田 央 大学院法学政治学研究科准教授

東京大学法科大学院ローレビュー

The University of Tokyo Law Review

Vol.6 2011年9月発行

編集・発行 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会
〒113-0033 東京都文京区本郷7-3-1

東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻内

E-mail: sl-lr@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/sl-lr/>



※東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会へのご連絡は、原則としてE-mailにてお願いいたします。
※法律で認められた場合をのぞき、本誌からのコピーを禁じます。



Vol.6 (2011.9)

The University of Tokyo Law Review

Human Rights in International Investment Arbitration and Multilateral Rules on Investment	Shotaro ISHIZUKA
Government Benefits and “the Loss of <i>Freiheitsbewußtsein</i> ”	Osamu NISHIGAMI
The Law and System on Gender Identity Disorder	Taku NEMOTO
Structural Analysis of Foreign Investment Regulation: comparative analysis and case study of foreign investment regulation for national security	Takashi HONGO
People’s Attitude toward Saiban-in Seido (Lay Judge System): Press Interview and Confidentiality	Shozo OTA
“Lending Obligation” by Lessor and Current Discussion of Amendment of Part III (Claims) of Civil Code - Based upon Numerous Legal Consultations regarding Land and Building Leases Occurred after Great East Japan Earthquake	Masaaki OKA
A consideration to “in-house lawyers” in Japan	Keiichi KARATSU
Problems of Crime Reporting in Full-Digital Era	George SHISHIDO
A Memorandum of the precedent of civil cases	Fumiaki TSUCHIYA
An Optimal Tax That Destroyed the Government ---An Economic Analysis of the Decline of the Tang (唐) Dynasty	Minoru NAKAZATO
Case concerning the Loan Agreement between Italy and Costa Rica	Kazuhiro NAKATANI
Student-Edited Law Reviews and Their Role in U.S. Legal Education	Daniel H. FOOTE
Scope of International Application of the Financial Instruments and Exchange Act	Naohiko MATSUO