



Vol.7 (2012.9)

ISSN 2187-2902

東京大学 法科大学院ローレビュー

社債権者集会決議による社債の元金減免の可否と社債権者の
合理的意思決定

岩間郁乃

相続税法と遡及効
——裁判例・裁決例の分析から——

長戸貴之

限定責任信託における受託者の第三者に対する責任

藤岡祐治

「大学の自治」に関する試論
——社会・正当性・構造——

本郷 隆

施設内処遇に続く社会内処遇の検討

山名淳一

監査役および社外取締役へのストックオプション付与について

吉川 慶

ホルムズ海峡と国際法

中谷和弘

もしも最高裁が民法 900 条 4 号ただし書の違憲判決を出したら

中村 心

Montesquieu's Significance for Contemporary Japan
——What Japanese Constitutional Scholars Have Failed
to Learn from Montesquieu——

Yasuo HASEBE

The University of Tokyo Law Review

—目次—

1	第7巻の刊行にあたって	山口 厚
---	-------------	------

投稿論稿

3	社債権者集会決議による社債の元金減免の可否と 社債権者の合理的意思決定	岩間郁乃
28	相続税法と遡及効 ——裁判例・裁決例の分析から——	長戸貴之
55	限定責任信託における受託者の第三者に対する責任	藤岡祐治
66	「大学の自治」に関する試論 ——社会・正当性・構造——	本郷 隆
126	施設内処遇に続く社会内処遇の検討	山名淳一
158	監査役および社外取締役へのストックオプション付与 について	吉川 慶

寄稿論稿

177	ホルムズ海峡と国際法	中谷和弘
191	もしも最高裁が民法900条4号ただし書の違憲判決 を出したら	中村 心
199	Montesquieu's Significance for Contemporary Japan ——What Japanese Constitutional Scholars Have Failed to Learn from Montesquieu——	Yasuo HASEBE

—Contents—

1	Foreword (<i>in Japanese</i>)	Atsushi YAMAGUCHI
3	Bond Restructuring through Majority Vote: The Possibility and the Protection for the Bondholders (<i>in Japanese</i>)	Ayano IWAMA
28	Inheritance Tax Act and Retroactive Effect —— Case Analysis —— (<i>in Japanese</i>)	Takayuki NAGATO
55	Trustee Liability to Third Parties on Limited Liability Trust (<i>in Japanese</i>)	Yuji FUJIOKA
66	Academic Freedom and University Autonomy (<i>in Japanese</i>)	Takashi HONGO
126	Community-based Treatments after Corrections (<i>in Japanese</i>)	Junichi YAMANA
158	Stock Option Plans for Statutory Auditors and Outside Directors (<i>in Japanese</i>)	Kei YOSHIKAWA
177	The Strait of Hormuz and International Law (<i>in Japanese</i>)	Kazuhiro NAKATANI
191	The Effects of Unconstitutional Judgement on the Proviso to Art. 900(4) of the Civil Code (<i>in Japanese</i>)	Kokoro NAKAMURA
199	Montesquieu's Significance for Contemporary Japan —— What Japanese Constitutional Scholars Have Failed to Learn from Montesquieu ——	Yasuo HASEBE



第7巻の刊行にあたって

ここに東京大学法科大学院ローレビュー第7巻を世に送り出す。2006年に刊行が始まった本ローレビューは、本年、7冊目を刊行することができた。第7巻には、厳正な審査の結果選ばれた、学生諸君の投稿論文6編が掲載されている。いずれも力のこもった、水準の高い力作であり、これらの論文執筆者の努力に敬意を表するとともに、東京大学法科大学院の学生諸君が研究に対して強い関心を持ち、またそれを遂行する能力を実際に備えていることを、大変誇りに思う次第である。

未だ十分な解決の与えられていない問題について、学説におけるこれまでの検討内容・結果や関連する判例・裁判例、さらには、同様の問題に関する外国法の状況等を分析・検討し、一定の結論を説得力ある形で論じるということは、法曹養成教育という観点から見たときにも、極めて意義の高いことである。したがって、演習や授業において、特定の課題についてペーパーを作成することは重要なことであり、さらに、東京大学の法科大学院では、「リサーチペーパー」、さらには「研究論文」という科目を用意して、そうした教育の必要性に対応しようとしている。法科大学院の学生諸君も、そうした機会を利用して、リサーチ、研究活動に携わることが強く推奨される。法科大学院ローレビューは、そのような研究活動の成果を公表する場を提供して、研究に向けた学生諸君の努力を奨励・促進しようとするものである。

今回は、合計25編の論文が学生諸君から投稿された。このこと自体、大変喜ばしいことである。それを、教員の意見をも徴しつつ、学生が主体となって運営する編集委員会が厳正に審査し、その結果、掲載されることになったのが、収録されている合計6編の論文である。本ローレビューの刊行は、このような法科大学院の学生諸君の努力の積み重ねによって実現しているのであり、このこと自体、世の中に誇るべきことであると考えている。

なお、本巻には、学生諸君の投稿論文のほかに、東京大学法科大学院の教員により執筆された論文も、創刊号以来の各巻と同様、併せて掲載されている。今回は3編の論文を収録することができた。当初は、主として実務家教員による研究成果の公表の場として考えられていたようであるが、現在は、研究者教員にとっても重要な論文発表の場となっている。今後さらに充実した論文の掲載を期待したい。

本巻の刊行は、論文執筆者、編集委員による尽力の賜である。法学政治学研究科長として、関係者に対して感謝の意を表したい。

2012年8月

東京大学大学院法学政治学研究科長

山口 厚

東京大学法科大学院ローレビュー第7巻には、投稿締切日である2012年3月4日までに、25編の学生論稿の投稿がありました。これらの論稿の中から、第7期編集委員会は、掲載論稿として6編を選出いたしました。

たくさんのご投稿をいただき、誠にありがとうございました。

第7期編集委員会

論説

社債権者集会決議による社債の元金減免の可否と 社債権者の合理的意思決定

2010年4月入学

岩間郁乃

I. はじめに

II. 社債の元金減免についての見解の対立

1 基本的な見解の対立軸

2 社債の元金減免に対する否定説

(1) 否定説の根拠

(2) 倒産実務における対応

3 社債の元金減免に対する肯定説

(1) 文理上の解釈

(2) 社債権者に対する手続的な保護

(3) 社債権者集会の沿革・趣旨

(4) 平成5年改正等の影響

a 社債権者集会の開催の円滑化

b 合理的な判断を担保する手続の補強
——社債管理者

c 自己責任原則と社債権者集会の権限

4 社債権者集会決議認可事例

(1) 元金減免決議の認可事例の紹介

(2) 上場廃止の意思表示の効力停止等仮処分申立事件

(3) 損害賠償請求事件

(4) 小括

5 本稿の立場

III. 私的整理手続の一環としての社債の元金減免

1 立法試案の内容

(1) 立法試案の目的

(2) 債権者平等原則と清算価値保障原則

(3) 代表社債権者の調査権

2 個別的な検討

(1) 「社債権者集会」の開催単位

(2) 裁判所の審査能力

(3) 社債権者の利益代表

(4) 反対社債権者の社債買取請求権

a 買取価格決定の困難と元金減免決議
の成立可能性

b 株式買取請求権との比較の観点

c 少数社債権者の保護のあり方

3 立法試案の位置づけ

(1) 今後の立法試案の方向性

(2) 倒産法的な考え方

IV. 一般的な元金減免と社債権者の合理的
意思決定

1 一般的な元金減免への可能性

(1) ケネディックスの事例——資金繰り行き
詰まりへの対応

(2) 社債の元金減免を認める有用性

(3) 社債権者集会による元金減免が認めら
れることの明文化

2 会社法上の社債権者集会の意義

3 社債権者の合理的な意思決定に向けて

(1) 社債権者集会における情報開示

(2) 社債権者集会の定足数

(3) 社債管理者の活性化と課題

a 社債権者集会において期待される社
債管理者の役割

b 社債管理者制度の課題

(4) 代表社債権者への着目

V. おわりに

I. はじめに

社債権者集会において社債の元金減免は可能か。従来、開催することや決議を取るものの難しさからその利用が避けられてきた社債権者集会¹⁾が私的整理の局面で注目を浴びている。それは、私的整理にあたって、金融機関の債権カットのみならず、社債権者集会決議による社債の元金減免を行って、より実効的な事業再生が行えないかという問題意識が生じているからである²⁾。このような問題意識を受けて、事業再生研究機構主催のシンポジウムにおいて、社債の元金減免を可能とする立法試案（以下、「立法試案」という。）が提案された。

しかし、そもそも社債権者集会については議論の蓄積が少なく、いまだ明らかになっていないことも少なくない³⁾。そこで、本稿は社債権者集会における社債の元金減免について、社債権者集会の意義と絡めながら広く論じたものである。

本稿では、まず、現行法の解釈として社債権者集会による社債の元金減免が可能かどうかについて論じた（Ⅱ）。次に、立法試案について、その詳細を紹介した後に、立法試案から生じる個別的な問題について論じた（Ⅲ）。最後に、立法試案のような私的整理の局面に限らず、一般的に社債権者集会による社債の元金減免を認めることの有用性を述べた後、社債権者集会の「社債権者の合理的な意思決定を可能とする場」としての意義につ

いて論じ、その意義を実現するための方策について検討した（Ⅳ）。

本稿で一貫しているのは、一見すると社債権者にとって不利益となるような社債の元金減免であっても、社債発行会社が経営破綻の危機に瀕し社債の価値が毀損されているような場合には、社債権者の経済的利益⁴⁾の最大化を図る手段として、社債の元金減免を積極的に捉えることが可能であるとの視点⁵⁾である。さらに、本稿では社債権者集会をこのような社債権者の経済的利益の最大化のための合理的・実質的な意思決定を可能とするための場として定義し、機能させることの重要性を強調したい。

本稿の価値は、第一に、商法学説でほとんど認識されてこなかった社債権者集会決議による社債の元金減免が可能かどうかという問題を論じた点にある。実際に地裁の支部で社債の元金減免を行った社債権者集会決議に対して認可が出されていることは注目に値する。第二に、会社法上で社債権者集会決議による社債の権利内容の変更が認められている意義について、「社債権者の経済的利益を最大化するための合理的意思決定を可能とするための場」というひとつの視点を提示したことである。

本稿において、社債権者集会の法的意義についての議論に一石を投じることができ、社債権者の権利保護のあり方について、そのあるべき姿をより一層追究していくことができれば幸甚である⁶⁾。

1) 藤田友敬「社債権者集会と多数決による社債の内容の変更」鴻常夫古稀『現代企業立法の軌跡と展望』217頁、218頁（商事法務研究会、1995）、大杉謙一ほか「座談会 会社更生手続と社債をめぐる諸論点（1）」金法1635号6頁、8頁〔田頭章一発言〕（2002）、同14頁〔瀬戸英雄発言〕。

2) 社債権者集会の活用事例として、元金減免ではないものの社債権者集会決議を利用した社債のリスケジュール（以下、「リスケ」という。）の事例が報告されている（井出ゆり「事業再生における社債権の変更について」NBL960号12頁、13頁（2011））。

3) 藤田・前掲注1)218頁。

4) この「利益」は、社債権者ごとの個別的利益ではなく、社債権者の共同の利益を指す（鴻常夫『社債法』174頁（有斐閣、1958））。

5) 経営破綻の危機に瀕している発行会社の社債の元金減免に応じることにより発行会社が救済され、結果として社債権者の利益につながることを指摘するものとして、江頭憲治郎編『会社法コンメンタール16——社債』146頁〔藤田友敬〕（商事法務、2010）、上柳克郎ほか編集代表『新版注釈会社法（10）社債（1）』169頁〔神田秀樹〕（有斐閣、1988）、田頭章一「社債発行会社のディフォルトと投資家の権利保全・行使（下）」金法1466号18頁、20頁（1996）、具体例として藤田・前掲注1)220頁がある。

6) なお、本稿においては、国内普通無担保社債を念頭に議論を進める。

Ⅱ 社債の元金減免についての見解の対立

Ⅱでは、まず社債権者集会決議による社債の元金減免を認めるかどうか見解の対立があることを示し (1)、その上で、すでにされている議論に加えて、関連する議論も援用して、社債権者集会による元金減免を否定する見解 (2) と肯定する見解 (3) について想定されうる議論を論ずる。また、下級審裁判例の事実認定を通じて社債の元金減免を行った社債権者集会決議の認可があったことおよびそれに対する裁判所の態度を紹介し (4)、最後に本稿の立場を明らかにする (5)。

1 基本的な見解の対立軸

社債権者集会決議による元金減免が現行法で可能かどうかについては、否定する見解と肯定する見解との両方がありうるが、この問題は、社債権者集会の権限に社債の元金減免が含まれているのかという問題に帰着する。

社債の元金減免は、文言上明確には社債権者集会の決議事項とはされていない (会社法 (以下、法令名を省略する。)) 716 条、724 条 2 項 1 号、706 条 1 項)。そのため、社債権者集会の特別決議事項とされている「当該社債の全部についてするその支払の猶予、その債務の不履行によって生じた責任の免除又は和解」(706 条 1 項 1 号) が何を指すのかが問題となる。

社債権者集会のあり方と元金減免に対する捉え方についても、肯定説と否定説の間で見解の対立がある。社債権者集会の権限には原

則として制約がないと考えるのが、前者の見解であり、仮に事前の同意があったとしても、元金減免は社債権者の基本的な権利の侵害であるとして多数決により行うことは許されないと考えるのが後者の見解である⁷⁾。

2 社債の元金減免に対する否定説

(1) 否定説の根拠

元金減免に対して否定的な見解は、「債務の不履行によって生じた責任」とは、素直に読めば遅延損害金のみを指し、元金を含まないとする⁸⁾。また、「和解」が、社債管理者に包括的な和解権限を与えることを指すと考えれば、元金減免も社債権者集会決議でできるように思われるが、この点についても「債務の不履行によって生じた責任の……和解」と読み、和解の権限を限定して考える。

否定説で大きな根拠として挙げられることは、多数決によって、少数社債権者の同意なくして社債権者の基本的・中心的権利である社債の元金減免をすることは許されないということである。裁判所の認可制度によって、少数社債権者の利益の保護が図られているものの、一般的な問題として、裁判所が社債の元金減免の認可をする際にどの程度まで判断能力を発揮できるのかという問題がある。また、個々の権利者に判決手続を保障せずに、非訟手続に基づく裁判所の認可のみで元金に対する権利を奪えるか疑問があるといった指摘が考えられる⁹⁾。

会社法が「支払の猶予」(706 条 1 項 1 号) には特別決議を要求しているにもかかわらず、社債権者の権利制約の程度がより大きい元金減免については、社債権者集会の特別決

7) 須藤英章「私的整理か民事再生か」事業再生研究機構編『民事再生の実務と理論』278 頁、285 頁 (商事法務、2010)。投下資本の回収に関する手続的な権利の個別行使は社債権者の中心的な利益であるとして、これを社債権者集会決議で制限することに反対する見解として、松下淳一「社債管理会社の地位・権限と民事手続法との関係について」学習院大学法学部法学会雑誌 31 巻 1 号 35 頁、53-54 頁 (1995)。上述のシンポジウムにおいては、社債権者集会での社債の元金減免の可否について、明言を避けたものの、これを否定する前提に立って、立法試案が提案されている (井出・前掲注 2)14 頁)。

8) 立案担当者は、『不履行二因リテ生ジタル責任ノ免除』とは、社債の償還期限を徒過したことによる履行遅滞の損害賠償責任の全部または一部を無償で消滅させる単独行為である (民五一九条)。と説明している (吉戒修一『平成五年・六年 改正商法』286 頁 (商事法務研究会、1996))。

9) 松下・前掲注 7)54 頁、57 頁。少数社債権者の個別の権利行使という手続的利益の制約に関する指摘だが、元金の減免という実質的権利の制約の場面にあたっても妥当する指摘であると考えられる。

議の対象として明示的に書かれていないことは、元金減免を認めない趣旨だとする見解もある¹⁰⁾。

なお、古い学説では、社債権者集会の権限については、これを一応無制限としつつ、その権限の限界を画するものとして社債権者の基本的権利ないし固有権につき、法がこれを明定していくことが望ましいとする見解がある¹¹⁾。もっとも、この基本的権利ないし固有権についてどの程度のものが想定されているのかは明らかではない¹²⁾。

(2) 倒産実務における対応

元金減免に対して、倒産事件を多く扱う実務家は慎重な態度を取ることが多い。それは、Ⅱ 2(1)で挙げた根拠に加えて、そもそも問題自体に対する認知度が低く定説がないため法的安定性に欠けるといった懸念や社債権者集会の開催そのものに莫大なコストがかかるといった実務的な配慮¹³⁾があるからだと思われる。なお、法的安定性の問題については、倒産実務家の慎重な態度から社債権者集会決議による元金減免が私的整理の手段として選択されないために、裁判所の判断が示されることもなく、問題が解消されないという状態が生じているように思われる¹⁴⁾。

以下で紹介するアイフルとウィルコム的事例では、社債の元金減免はできないとの前提に立ち、処理が行われた。

まず、アイフルの事業再生 ADR 手続においては、社債以外の金融債権について権利変更をしつつ、社債の権利変更はなされなかった。その結果、2009 年 10 月、事業再生 ADR 手続申請後も、アイフルの社債は額面通り償還された。

次にウィルコムの場合、事業再生 ADR 手続による処理が試みられていたものの、社債の権利変更が困難であったことが、最終的に会社更生手続が選択される要因のひとつとなった¹⁵⁾。すなわち、社債権者集会での元金減免ができないとなると、社債債務の減免について個別の同意が必要となるが、社債権者が債権者である場合には、流動性が高いことから、社債権者が誰であるかを特定することが難しく、個別の同意を全員から得ることは困難が予想される。さらに、事業再生 ADR 手続は債務者が金融支援を依頼する債権者全員の同意が必要であるため、社債権者がひとりでも反対すると、事業再生 ADR 手続全体が成立しなくなり、結果として事業再生ができなくなるおそれがあったためである。

3 社債の元金減免に対する肯定説

(1) 文理上の解釈

商法学説においても、この問題についてははっきりと言及したものは少ない¹⁶⁾。以下

10) 須藤・前掲注 7)285 頁。こうした指摘があることについて、西村あさひ法律事務所＝フロンティア・マネジメント株式会社編『私的整理計画策定の実務』637 頁〔濱田芳貴〕(商事法務, 2011)。

11) 鴻・前掲注 4)175 頁。

12) アメリカにおいては、信託証書法 316 条 b 項が、期限の到来した元金の支払を受け、支払を求める訴えを提起する各社債権者の権利は、当該社債権者の同意なく侵害できないとしており、元金支払について社債権者による個別の権利行使を保障している(藤田・前掲注 1)223 頁、神作裕之「社債管理会社の法的地位」鴻古稀・前掲注 1)183 頁、202 頁)。また、ドイツでは、倒産手続開始前は、元本の放棄は認められず、債権者の権利の放棄または制限については、支払不能または倒産手続の開始を回避するため、かつ 3 年以内という時間的制限のもとでのみ権利を放棄・制限することができるとの規定だった(大杉謙一ほか「座談会 会社更生手続と社債をめぐる諸論点(2)」金法 1636 号 32 頁、41-42 頁〔神作裕之発言〕(2002))。しかし、2009 年の社債法改正により、社債権者集会の特別決議をもって、元利金の減免やデット・エクイティ・スワップ等、社債のリストラクチャリングに必要なほぼすべての権利変更を行うことができることになった(ドイツ社債法の 2009 年改正については脱稿後に触れた井出ゆり「ドイツの 2009 年社債法——社債権者集会決議による社債の元本減免を認めた立法例」事業再生研究機構編『事業再生と社債——資本市場からみたリストラクチャリング——』212 頁(商事法務, 2012)に拠っている)。

13) 大杉ほか・前掲注 12)35 頁〔小柳志乃夫発言〕。

14) 須藤・前掲注 7)285 頁では、裁判所も同様に社債の元金の減免を社債権者集会の権限とすることについて否定的であるとされる。

15) 井出・前掲注 2)12 頁。

16) あえて挙げるとすれば、大杉ほか・前掲注 12)37-38 頁〔藤田友敬発言〕が、社債権者集会による社債の元金減免を肯定することを前提とする発言をしている。

では、必ずしも明示的に社債の元金減免について論じたものではないが、これを肯定する解釈として考えられうるものも対象として、社債権者集会決議による社債の元金減免を肯定する見解を検討する。

まず、社債権者集会による元金減免を「和解」(724条2項1号、706条1項1号)に読み込む見解がある。「そ(筆者注:社債)の債務不履行によって生じた」が「和解」に係るといった読み方をすべき必然性はなく、債権者と債務者が債務の不履行を未然に防ぐためにする債務の減額と残債務の履行条件等に関する合意は、和解の一種として行われるものであるとする見解である¹⁷⁾。

仮に文言上社債の元金減免が特別決議の対象として含まれていないとしても、会社法が、社債権者集会の権限を「この法律に規定する事項及び社債権者の利害に関する事項」とだけ定めており(716条)、元金減免に対する禁止規定がない以上、原則として可能であると解するべきである。このとき、社債権者への影響が大きいことからすると、724条2項1号の類推適用により、社債の元金減免を行うには特別決議が必要であると考えることが適切である。

実務上、社債の元金減免はなされていないものの、利息の減免は頻繁に行われている。仮に利息の減免は許されると考えているならば、どちらも社債権者の重要な権利であるにもかかわらず元金の減免だけが許されないとする理由が明らかでない。

(2) 社債権者に対する手続的な保護

社債権者集会には、強行法規として、様々な社債権者保護規定があり、手続的な保護が図られている(715条～742条)。

社債権者集会は招集手続が定められ、知れ

ている社債権者への通知(720条1項、2項)、参考書類および議決権行使書面の交付義務が定められている(721条)。社債権者への影響が大きい事項については特別決議が必要とされ、議決権者の5分の1以上の賛成を必要とする(724条2項)。社債権者集会後の検証可能性を確保するために議事録作成義務も定められている(731条1項)。

さらに、社債権者集会決議を裁判所の後見的機能の下に置く目的で、社債権者集会の効力要件として裁判所の認可が要求されている(734条)¹⁸⁾。このように手続的に一定の合理性が社債権者集会決議で確保されるように工夫されている¹⁹⁾。

これらの手続的配慮は、社債の権利内容の変更を認めることにより生じる弊害を防止するためのものだといえ、現行法はある程度強度の権利内容の変更を想定していると考えられる。そうであるならば、支払の猶予や「債務の不履行によって生じた責任の免除」と区別して、社債権者集会決議での社債の元金減免を認めないとするには合理的な理由がなく、社債権者集会決議で認められる社債の権利内容の変更の対象として、元金減免まで含んでいたとも考えられる。

(3) 社債権者集会の沿革・趣旨

社債権者集会の制度は、社債権者の自主的・団体的意思決定を可能にすることによってその保護を図るという大陸法系の立法である²⁰⁾。社債権者集会制度は、債権の一部放棄等社債契約の内容の変更につき全社債権者の同意を得ることは、社債権者が多数にのぼる例が多く、また集合行為としての弊害が出やすいため困難なので、多数決によりそれを可能とする制度²¹⁾として捉えられている。特に、社債発行会社が危機的状況に陥ったと

17) 西村あさひ法律事務所＝フロンティア・マネジメント株式会社編・前掲注10)637頁〔濱田芳貴〕。この見解に対しては、支払の猶予も「合意」に含まれるにもかかわらず、なぜ別に示されているのか、といった疑問が生じうる。

18) 鴻・前掲注4)188頁、上柳ほか編代・前掲注5)171頁〔神田秀樹〕。

19) なお、本記述は、会社法上の建付として、裁判所の判断が適正であるという前提のもとに、裁判所の認可が社債権者保護に一定の役割を担っているため、会社法が社債権者集会による元金減免を肯定していると理解できるとする議論であり、実際の裁判所の判断能力への疑義は後述する(Ⅲ2(2))。

20) 神作・前掲注12)185頁、鴻常夫『社債法の諸問題Ⅰ 商法研究第三巻』148頁(有斐閣、1987)。

21) 江頭憲治郎『株式会社法(第3版)』744-745頁(有斐閣、2009)、鴻・前掲注4)168-169頁、藤田・前掲注1)219-225頁、大杉ほか・前掲注12)32-33頁〔神作裕之発言〕。

きに、当該会社の救済のために社債の権利内容の変更を認めた制度と考えられており、その制度趣旨から考えると社債の元金減免まで可能とすることを会社法は想定していたと考える方が自然である²²⁾。

また、社債権者集会決議の効力要件となっている裁判所の認可は民事再生法の前身である和議法にならった制度であること²³⁾や、「決議が社債権者の利益に反するとき」(733条4号)として清算価値保障原則(民事再生法174条2項4号等参照)が定められている²⁴⁾ことから、社債の元金減免まで想定して、現行法の社債権者集会の制度は作られたと考えられる²⁵⁾。

(4) 平成5年改正等の影響

a 社債権者集会の開催の円滑化

平成5年改正から一連の流れとして、書面による社債の議決権行使制度の導入(726条)、議決権の不統一行使制度の導入(社債の信託利用への対応のためである、728条)、定足数の廃止²⁶⁾(724条参照)、無記名式債権の供託制度の廃止(723条3項参照)等の措置が順次取られている。従前、社債権者集会の開催に多数の困難があったため、社債権者集会の利用がなされてこなかった。これらの改正は、その反省を踏まえて、社債のデフォルトが実際に発生した場合、または発生のおそれがある場合に、社債権者集会をより

開催しやすくし、その決議をより円滑に成立させるために行われたものである。このような改正の流れの中では、社債権者集会の権限を制限的に捉えることはそぐわないと考える。

b 合理的な判断を担保する手続の補強 ——社債管理者

また、平成5年改正では新たに社債権者保護の制度として社債管理者制度が定められた(702条～714条)。社債権者集会は、社債権者が自治的判断をすることにより、社債権者の利益を守る制度とされてきたが、情報に通じない一般投資家である社債権者に高度な判断を期待することには無理があるとして、社債権者集会の限界が指摘されていた²⁷⁾。

英米法系諸国は、信託の法理を利用して、社債の管理を主として受託者(受託会社、trustee)に委ねている。信託とは、ある者が専門的知識等を有することを理由に、他者から信頼を受けて、権限と裁量を与えられ、当該他者の利益のために行動するという関係であり、英米法系諸国では、社債権者と社債発行会社との間に受託者を介入させ、受託者に社債権者の利益保護を担わせている²⁸⁾。これにならって、わが国でも、社債受託会社の制度を廃止して、社債管理者の設置強制が定められた²⁹⁾。社債管理者は、信託の受託者の地位³⁰⁾に立ち、社債権者に対し、社債

22) 同旨の指摘として、西村あさひ法律事務所＝フロンティア・マネジメント株式会社編・前掲注10)637頁〔濱田芳貴〕。

23) 鴻・前掲注4)194頁。

24) 江頭編・前掲注5)240頁。清算価値保障原則の内容についての詳細は後述する(Ⅲ1(2))。

25) 清算価値保障原則に違反するかについて判断するにあたって、社債権者の不利益となるような措置であっても、会社が更生して社債権者の利益となる可能性について言及し、すべての事情を実質的に考察するべきだとするものとして、上柳ほか編・前掲注5)169頁〔神田秀樹〕がある。

26) 会社法制定前は、特別決議に定足数として総社債権者の議決権の3分の1以上という定足数が要求されており、それを確保することが実務上難しかった。そこで、会社法では定足数を廃止することとし、その代わり、上述の要件が定められた。5分の1以上という基準は、従来の定足数の下限(3分の1)に、決議要件の下限(3分の2)を乗じた数(約22.2%)を参考にしたものである(野村修也「新会社法における社債制度」ジュリ1295号119頁、127頁(2005))。

27) 上柳ほか編・前掲注5)9頁〔鴻常夫〕、同・147頁〔江頭憲治郎〕、鴻・前掲注4)79頁、166頁、鴻・前掲注20)147-149頁。その他多数決の構造的問題点について広く論じたものとして藤田・前掲注1)225-238頁。

28) 上柳ほか編・前掲注5)9頁〔鴻常夫〕、鴻・前掲注4)139頁、鴻・前掲注20)148頁。

29) わが国の社債管理者制度と信託法理に基づく社債管理制度の比較について、神作・前掲注12)193-201頁。

30) 吉戒・前掲注8)273-274頁は、社債管理委託契約を第三者のためにする契約とするが、それは同契約を信託的な性質を持つ契約と捉えることとなら相互排他的な関係にあるわけではない(神作・前掲注12)195頁)。現行法では、社債権そのものが信託に付されているわけではなく、あくまで比喻にすぎない。もっとも、社債管理者制度は、社債権者に信託の受託者のような保護を与えるべきだとの発想から採用され(鴻・前掲注4)166頁、江頭憲治

管理に関する公平・誠実義務（704条1項、信託法33条参照）および善管注意義務（704条2項、信託法29条2項参照）を負う。これは、無担保社債の社債管理者も、信託の受託者である担保付社債の受託会社に類似する義務（社債権者に対する一種の忠実義務、信託法30条参照）を負うとの法思想の表れであり³¹⁾、社債管理者には社債権者全体のために適切な判断を下すという大きな役割が会社法上で期待されている。

このような社債権者の利益を代表するための主体が設置された以上は、社債権者集会の権限を初めから限定するよりは、社債管理者の権限行使の適正化を図っていくという手段によって、社債権者の利益保護を図るべきである³²⁾。すなわち、社債管理者の設置によって社債権者集会における社債権者の実質的な利益判断が可能になったといえ、それに伴って社債権者集会の権限を広く認めるという方向性も十分にありうると考える³³⁾。

c. 自己責任原則と社債権者集会の権限

格付制度の定着に伴い、投資家の自己責任原則を適用するための環境が整備されてきている³⁴⁾。すなわち、かつては社債がデフォルトした際には、社債発行会社のメインバンクがすべて社債を買い取っていた³⁵⁾。しかし、銀行の体力の低下³⁶⁾、メインバンク制度の変容³⁷⁾や投資家がリスクを負担してで

もより多くのリターンを得ることを望むようになったこと等により、こうした事実上の元本保証はなくなり、投資判断に失敗した場合には投資家が直接その損失を負担することが求められるようになった。金融の自由化が進められた金融ビッグバンや投資家への情報開示を目的のひとつとする金融商品取引法（金融商品取引法1条）が整備されたこともこの流れの一環である³⁸⁾。

そして、この流れを社債権者集会決議による社債の元金減免に照らし合わせて考えるならば、社債権者自身の判断で、元金減免に応じるというリスクを負担してでも会社の再建に協力し、最終的な弁済額の増大といった自らの利益の最大化を図ろうとすることも十分に考えられる。それにもかかわらず、社債権者集会の権限から社債の元金減免を除くという自己抑制的な態度を法が採用し、社債権者が自らの経済的利益を考えた結果、社債の元金減免に応ずるという選択肢を排除することは、自己責任原則による適切なリスク分配を通じて投資の活性化を図る流れと合致しないようにも思われる³⁹⁾。

4 社債権者集会決議認可事例

(1) 元金減免決議の認可事例の紹介

次に、裁判所が社債権者集会の元金減免決

郎「社債の管理に関する受託会社の義務と責任」鴻常夫還暦『八十年代商事法の諸相』105頁、109頁（有斐閣、1985）、また、実際の運用においても信託の概念を利用した考察が行われている（「金融取引におけるフィデューシャリー」に関する法律問題研究会「金融取引の展開と信託の諸相」金融研究29巻4号179頁、182頁、222-234頁（2010））（<http://www.imes.boj.or.jp/research/papers/japanese/kk29-4-9.pdf>, 2011年12月18日最終閲覧）。

31) 江頭憲治郎「社債法の改正」ジュリ1027号34頁、37頁（1993）、近藤弘二「社債の発行」鴻古稀・前掲注1)173頁、177頁。

32) 江頭・前掲注31)39頁では、改正法の下では、重大事項の決定の実質的責任は社債管理者・受託会社にあり、社債権者集会は一般社債権者に対するディスクロージャーの機会であるとの位置づけの下に、集会開催の抜本的容易化が図られるべきだったのではないかと、この提案もなされている。

33) 神作・前掲注12)203頁も、個別的権利行使という手続的権利についてであるが、「社債管理会社の、総社債権者のための管理機能的な位置づけがより明確になった結果、そのかぎりにおいて社債の団体性が強まったと解される可能性がでてきた」と指摘しており、この指摘は元金減免についても妥当すると考える。もっとも、社債管理者制度の課題について後述（IV 3(3) b）。

34) 江頭・前掲注31)35頁、近藤・前掲注31)176頁。

35) 大杉ほか・前掲注1)9頁〔松尾順介発言〕。

36) 大杉ほか・前掲注1)13頁〔瀬戸英雄発言〕。

37) 西村あさひ法律事務所＝フロンティア・マネジメント株式会社編・前掲注10)635頁〔濱田芳貴〕。

38) 山本和彦「倒産法と消費者」ジュリ1139号116頁、117頁（1998）。

39) 投資における自己責任について、西村あさひ法律事務所＝フロンティア・マネジメント株式会社編・前掲注10)635頁〔濱田芳貴〕、マネタリー・アフェアーズ現代社債投資研究会編著・徳島勝幸監修『現代社債投資の実務（第3版）』321-323頁（財経詳報社、2008）。

議をどのように扱っているのか検討する。しかし、そのような社債権者集会決議の効力が直接争いとなった事案は管見にして見つからなかったため、裁判例の事実認定の中で、社債権者集会決議での社債の元金減免に対して裁判所の認可が与えられている事案を紹介する⁴⁰⁾。

(2) 上場廃止の意思表示の効力停止等仮処分申立事件

本件は、社債権者からの債務免除によって、ジャスダック証券市場の株券上場廃止基準第2条第4号（上場会社が債務超過の状態となった場合において、1か年以内に債務超過の状態でなくならなかったとき）に該当しなくなったとして、債権者（株式会社ペイントハウス）が上場廃止処分の効力の停止を求めたのに対し、債務者（株式会社ジャスダック証券取引所）がこれを争った事件である⁴¹⁾。

裁判所が認定した社債権者集会決議に関する事実は下記のとおりである。

ペイントハウスの第1回無担保転換社債について、平成17年8月3日の第1回社債権者集会において、社債権の額面のうち90%に相当する総額117億円の債務免除を内容とする決議が可決承認され、同月22日、同決議の認可決定がされた。

これを受けて、上記決議に基づく和解契約が締結され、同年10月21日債権者は、和解金13億円を支払っている。

「債権者の主張する……趣旨は、実質的に平成17年8月期において、和解内容が確定しており、……、13億円を支払えば債務免除になり、債務超過状態が解消されることが明らかであったというものと解される。そして、実質的に考えると、13億円の支払いが即時可能な状況にあり、これを支払いさえすれば債務免除益が生じることがほぼ確定していたとすると、この時点において債務免除益が生じたと解釈したとしても、あながち不合

理ではないということができる。しかし、……、その時点においては、未だ13億円の支払いを受けることによりその余の債務を免除する旨の意思表示はされていなかったと評価せざるを得ないのであり、そうすると、平成17年8月期において、近い将来債務免除益が生じる相当高度の蓋然性があったということとはできるとしても、やはり、債務免除益が発生していたとみることは困難である。」（※下線筆者）

裁判所は、上場廃止基準に触れるかどうかの判断に必要な範囲でしか判示していないため、社債権の元金減免を内容とする社債権者集会決議およびその認可の効力について明言はしていない。しかし、下線部から考えると、債務免除を内容とする社債権者集会決議およびその認可から、直ちに債務免除の法的効果が生じることについては慎重な姿勢を取っているが、債務免除の効果が生じること自体は否定していないように思われる。

もっとも、本事案はこの後、上場廃止の意思表示無効確認等請求事件⁴²⁾として争われているが、この第1回社債権者集会決議は、認可決定が確定した場合に社債権者が本件債務免除を内容とする和解契約を締結するについての権限を社債管理会社であるUFJ銀行に付与するという内容にすぎないと事実認定されている。

(3) 損害賠償請求事件

上記東京地決平成18年と同じ社債についての事案で、社債権者が社債権管理会社に対して、その責務を果たさなかったとして、社債券面額相当の損害賠償を請求した事案である⁴³⁾。

社債権者集会についての事実関係は下記のとおりである。

A（社債発行会社、以下同じ。）は、横浜地方裁判所相模原支部より社債権者の利害に重大なる関係を有する事項について決議を行う許可を得て、元金130億円のうち13億円

40) なお、社債権者集会決議への裁判所の認可に対しては、公告が義務付けられている（735条）が、官報に掲載された公告の大部分は、支払期限の猶予や利息の改定を内容とする社債権者集会決議であった。

41) 東京地決平成18年7月7日判タ1232号341頁。

42) 東京地判平成19年4月27日判例集未登載（平成18年（ワ）第14207号）。

43) 東京地判平成19年6月11日判例集未登載（平成18年（ワ）第18942号）。

を受領するのと引換に、その余の支払義務を免除する内容の和解契約の締結権限を社債管理会社に授与する旨の議案について、平成17年8月、Aの本社において、第1回社債権者集会を開催した。当該議案は可決され、横浜地方裁判所相模原支部において認可決定がされ、確定した。

これに対して、社債権者は、社債管理会社がその当然の義務として、期限の利益喪失の意思表示をしたのであれば、Aの資産が減少する前に直ちに法的整理を強行すべきであったにもかかわらず、Aが本件社債債務免除による事業再建計画を明らかにするまでの間、何も有効な法的整理の手段を取ろうとはしなかったとして、善管注意義務違反を主張した。そのため、社債管理会社の社債権者集会における行動が問題となった。

この点について、裁判所は「被告は、……、社債権者集会にあたって、社債権者宛に議案の賛否についてはAから配布された資料を参照し、あるいは直接問い合わせるなどして慎重に判断してほしい旨及びAが本件社債について90%の債務免除を受けると債務超過でなくなる可能性があり、本件社債権者以外の債権者の債権回収可能性が現状よりも高まる可能性がある旨記載した意見書を提出したことが認められる。これらの事実を照らせば、被告は、社債管理会社として、本件社債の期限の利益喪失を前提に全額についての支払を求めるべく行動しており、他方、Aは再建策の一環として本件社債について社債権者集会を開催して90%の債務免除を受ける議案を提出し、これに対して、本件社債権者らが社債権者集会において上記議案を可決した結果、本件社債について90%の債務免除の効果が発生したものといえる。」との判断を示した。(※下線筆者)

このように裁判例は再建策の一環としての社債権者集会の決議による債務免除を肯定した上で、社債管理会社として取るべき法的措置を取らなかったとはいえないとした。あくまで社債管理会社の対応が争点となっているため、社債権者集会の決議の効力を全面的に認めたとはいえないが、少なくとも社債管理会社が社債権者に対して情報提供をし、社債

権者に慎重な判断を呼びかける等の適切な対応を取った場合には、社債権者集会の決議による社債の元金免除を認めている。

(4) 小括

上記事実認定のとおり社債の元金減免を内容とする社債権者集会決議に対して認可を出した裁判所は存在する。

もっとも、社債権者集会決議による社債の債務免除の効力を直接争った裁判例は管見の限りでは見当たらなかった。上記二判決のように同一の社債権者集会についても、その決議の効力については事案によって態度に差があり、いまだ裁判所の考えは判断がつかねる。しかし、少なくとも元金減免決議の認可の効力自体を問題とはしていないことから、社債権者集会決議による元金減免に対して否定的とはいえないように思われる。

5 本稿の立場

以上を踏まえて、社債権者集会による元金減免について私見を述べたい。

社債権者集会による元金減免についての否定説は、少数社債権者の権利をその同意なくして制限することを問題としていた。

しかし、「権利の制限」についてももう少しその実質に踏み込んで検討してみたい。社債権者集会による元金減免が問題となるような社債は、社債の元金減免がなされなければ破綻に陥るような発行会社の社債であり、実質的な経済的価値は券面額から大きく下落している場合がほとんどであると考えられる。すなわち券面額が実質を伴っていない社債について、その券面額をどうするかが争いになっているのである。

その場合には、社債の券面額を維持することが必ずしも社債権者の「権利保護」であるとはいえないのではないかという問題がある。社債権者の最終的な目的が弁済総額の経済的利益の最大化であるとすれば、むしろ社債権者が社債の元金減免に応じて発行会社の破綻を防ぐことに協力し継続的な弁済を得ることの方が、結果的に社債権者の利益になることは十分に考えられる。

そして、社債権者の利益ということを考え

たときに、追求されるべきはその経済的利益であり、社債の券面額の維持も元金減免も最終的な弁済額の増大に向けたひとつの手段にすぎないであろう。実際にそのような場面におかれた社債権者の身になって考えたときに、すでに発行会社の経営不振により社債の価値が毀損されている以上、社債の元金減免によって新たな権利制約がなされていると感じるよりも、元金減免に応じるのと応じないのとどちらが自らの経済的利益に適うかを判断の方が先に立つのではないだろうか。

つまり、社債権者集会による元金減免について問題となっているのは、少数社債権者に対する同意なき権利制約の可否という制度レベルの話ではなく、具体的状況の下で元金減免を行う場合とそうでない場合とでどちらが社債権者の経済的利益の増大に資するかという、事案レベルの話なのである。

そうであるとすれば、社債の元金減免を直ちに社債権者の権利制約であると捉えて、社債権者集会による元金減免は多数決による少数社債権者の同意なき権利制約であるから認められないとするよりも、社債権者が自らの経済的利益の最大化を図るための選択肢を広げるという観点から社債権者集会による社債の元金減免を肯定的に捉え、その上で社債権者が自らの経済的利益を図るための合理的意思決定を可能にするための環境を整えるべきであると考ええる。

したがって、本稿は少数社債権者の権利制約を理由として社債権者集会での社債の元金減免をア・プリオリに否定する見解は失当であると考え、現行法の枠内でも社債権者集会決議による社債の元金減免は認められると考える。もっとも、後述（IV 3）するように、

現行法の社債権者保護には不十分な点も存在し、社債権者が経済的利益の最大化を図るという社債権者集会の機能を十分に発揮させるためには社債権者保護制度、とりわけ社債権者の合理的意思決定を可能とするための環境整備がなされることが望ましい⁴⁴⁾。

Ⅲ. 私的整理手続の一環としての 社債の元金減免

Ⅲでは、事業再生研究機構が主催したシンポジウムで提案された立法試案についてその内容を紹介し（1）、次いで、社債権者の保護という観点から個別の事項について検討する（2）。そして、最後にこのような立法試案の意義と必要性をあらためて確認した後に、立法試案についての議論がより深まることを求めるものである（3）。

1 立法試案の内容

（1）立法試案の目的

実務では、上述（Ⅱ 2 (2)）したように、社債の元金減免に否定的な見解が少なくなく、社債の存在が私的整理手続を用いた事業再生の障害となると認識されている。そこで、事業再生研究機構が主催したシンポジウム⁴⁵⁾では、社債権者集会の特別決議によって社債の元金減免⁴⁶⁾を可能とするために、ひとつの試みとして下記のような立法試案が提案された⁴⁷⁾。

立法試案⁴⁸⁾

1 「社債権者集会」の特別決議により、
会社が発行する全部又は一部の社債に

44) この点について、仮に現行法の保護が不十分であれば、社債権者集会による元金減免を認めるべきでないとする指摘もありうる。しかし、社債権者が自らの経済的利益の最大化のために元金減免決議をしたならば、わざわざ現行法の保護の不十分さを理由として、当該元金減免決議の効力を認めないとすることは、社債権者保護のあり方として本末転倒であるようにも思われる。

45) シンポジウム「事業再生と社債——資本市場からみたリストラクチャリング」（2011年5月28日開催）井出・前掲注2)12頁。

46) 立法試案では、社債の元金のみならず、利息の減免も立法の対象としているが、元金と利息について、シンポジウムでも別異に捉えられていないため、本稿内では表記の統一の観点から、「元金減免」の問題として取り扱う。これは、利息の減免の問題について元金減免と分けて取り扱う趣旨ではない。

47) 立法試案の詳細について、脱稿後に触れた事業再生研究機構編・前掲注12)所収の論文が出典となる場合には、当該論文を挙げる。

48) 井出・前掲注2)14頁。

についてその元本及び利息の減免をすることができる。

- 2 前項に掲げる行為についてした社債権者集会の決議は、以下の条件を満たす場合に限り、認可することができる。

① 当該権利変更は、一般に公表された債務処理を行うための手続についての準則に従い又はこれに従った債務処理手続とともに行われるものであること

② 当該権利変更の内容が、会社の他の債権者が受ける権利変更の内容と実質的に衡平なものであること

③ 当該権利変更後の社債権者の権利が、会社を清算した場合に社債権者が受けるべき弁済を下回らないこと

- 3 第736条に定める代表社債権者が選任された場合、代表社債権者は、第1項に掲げる行為をするために必要があるときは、裁判所の許可を得て、社債発行会社の業務及び財産の状況を調査することができる。

この立法試案の眼目は、社債発行会社でも事業再生ADR手続の利用を可能とすることである。すなわち、現状では法的整理手続によらない社債の元金減免は不可能であると考えられているため、事業再生ADR手続を含めた私的整理手続を利用するためには、社債を発行していない、もしくは、社債金を償還できるだけの資金を有している会社であることが必要であり、ウィルコムのように未償還の社債を大量に抱える会社は事実上事業再生ADR手続を利用することができない⁴⁹⁾。し

かし、法的整理手続を利用するか私的整理手続を利用するかは、本来、事案の性質を総合的に判断して決せられるべき問題であって、社債発行の有無もその考慮要素のひとつに過ぎず、社債を発行しているとの一事をもって、私的整理手続の利用が不可能となることは妥当ではない。立法試案は、このような事態を打開し、社債発行会社であっても、社債権者集会による社債の元金減免を可能とすることによって、事業再生ADR手続を利用できるようにするために提案されたものである⁵⁰⁾。

立法試案2項1号の「一般に公表された債務整理を行うための手続についての準則」とは、事業再生ADR手続その他の制度化された私的整理手続⁵¹⁾（以下、「事業再生ADR手続等」という。）を指し、この手続の中で、または、これと並行して、社債の元金減免を目指すものである。そのため、清算型手続や事業再生ADR手続等を利用しない私的整理手続の場合に用いることは想定されていない。

社債権者集会による社債の元金減免を一般的に可能とする立法も考えられうるが、立法試案は、少数社債権者の権利を個別の同意なく変更するということの重要性に鑑みて、事業再生ADR手続等を利用する場合に限って、社債の元金減免を認めるとしたものである⁵²⁾。「一般に公表された債務整理を行うための手続についての準則」という文言は、法人税法施行令24条の2第1項第1号にならったものである⁵³⁾。同項は、再生計画認可決定があったことに伴い評価益の益金算入がなされる場合を定めた規定（法人税法25条3項）を受けたものであり、同項の中で事

49) 須藤・前掲注7)284-285頁でも、多額の公募社債を発行していないことが私的再生手続を利用するための条件として挙げられている。その他、理由ははっきりとしないが、多数の社債権者の存在が私的整理の障害となることを指摘したものとして、大杉ほか・前掲注12)38頁〔高木新二郎発言〕。

50) 井出ゆり「社債の元利金減免に関する立法試案の概要」事業再生研究機構編・前掲注12)200頁、204頁、松下淳一「事業再生における社債権の変更に関する立法試案について」事業再生研究機構編・前掲注12)215頁、215-216頁（商事法務、2012）。

51) 事業再生ADR手続に限らず、私的整理に関するガイドライン、中小企業再生支援協議会、RCC（整理回収機構）企業再生スキーム、企業再生支援機構（ETIC）もこれに当たる。

52) この点、本稿と社債の元金減免に対する捉え方が異なるが、あくまで立法試案の前提としての考え方であることについて注意を促しておく。

53) 井出・前掲注2)15頁、井出・前掲注50)204頁。

業再生 ADR 手続等が評価益の益金算入の対象となっているということは、(下位法令ではあるが) 法的に事業再生 ADR 手続等が適正な再建型手続であると認められたことを示す。そのため、立法試案においては、同じ文言を用い、このような手続の適正さが確保されたと考えられている事業再生 ADR 手続等と同時にされる社債の元金減免は正当化できると考えられている⁵⁴⁾。

立法試案は、具体的には事業再生 ADR 手続等に関する特別法として、現行法の社債権者集会とは別の制度として設計することを想定している。

(2) 債権者平等原則と清算価値保障原則

次に、立法試案 2 項 2 号、3 号に示された債権者平等原則と清算価値保障原則について検討したい。

債権者平等原則は、倒産法制における基本原則であり、また倒産手続の指導理念ともいえるものである(破産法 194 条 2 項、民事再生法 155 条 1 項、会社更生法 168 条)⁵⁵⁾。ここでは、同一種類の社債権者間にとどまらず、事業再生の局面において権利変更を受けるすべての債権者間の平等を問題にしている⁵⁶⁾。

清算価値保障原則は、再建型手続の概念であり、民事再生手続および会社更生手続において破産手続による配当より低い弁済しか受けられないということはないことを保障する原則である。個々の再生債権者から見ると、予想破産配当額は個別の同意なしに奪われることのない利益とする建前である。清算価値保障原則を定めた民事再生法 174 条 2 項 4 号

の「再生債権者の一般の利益」とは、破産による清算が行われた場合の弁済(配当)額を意味する⁵⁷⁾。これは、再建型手続の基本原則であり、事業再生を目的とする社債権者集会での元金減免を認めるためには、欠くことのできない原則である。

これらの債権者平等原則および清算価値保障原則の遵守については、私的整理にすべてを委ねることはできず、多数決における少数社債権者の保護のための最後の砦として裁判所によるチェックが必要であると考えられ、裁判所の認可事由とされた⁵⁸⁾。

(3) 代表社債権者の調査権

立法試案 3 項の調査権は、代表社債権者(736 条)に社債管理者と同様の調査権(705 条 4 項)を与えたものである。多数決による権利変更の前提として、少なくとも他の金融機関債権者と同様に、社債権者に対する十分な情報開示と実質的な協議および交渉の機会が保障されていなければならない。そこで、立法試案では、法的に情報開示の機会を保障するために、代表社債権者に調査権限を付した。

あえて代表社債権者に調査権限が付された趣旨は、現状では社債管理者不設置債(FA 債⁵⁹⁾)が多く⁶⁰⁾、社債管理者制度が機能していないために、代表社債権者に調査権限の行使を期待したものである⁶¹⁾。

2 個別的な検討

(1) 「社債権者集会」の開催単位

立法試案における「社債権者集会」は、会

54) 松下淳一「事業再生における社債権の変更に関する立法試案メモ」NBL960 号 17 頁、17 頁(2011)。

55) 伊藤眞『破産法・民事再生法(第2版)』12 頁(有斐閣、2009)。

56) 井出・前掲注 50)204-205 頁。

57) 松下淳一『民事再生法入門』149 頁(有斐閣、2009)。

58) 松下・前掲注 54)17 頁。

59) 社債管理者に代えて財務代理人(Fiscal Agent)を置くことからこう呼ばれる。財務代理人は、社債発行会社の代理人であり、社債権者に対して責任を負わない(マネタリー・アフエアーズ現代社債投資研究会編著・徳島監修・前掲注 39)124-125 頁)。

60) 2008 年度に発行された公募社債のうち、不設置債は額面ベースで約 6 割を占める(「金融取引におけるフィデューシャリー」に関する法律問題研究会・前掲注 30)223 頁)。江頭編・前掲注 5)130 頁[藤田友敬]、西村あさひ法律事務所=フロンティア・マネジメント株式会社編・前掲注 10)640 頁[濱田芳貴]、マネタリー・アフエアーズ現代社債投資研究会編著・徳島監修・前掲注 39)121 頁等。

61) 井出・前掲注 50)206 頁。もっとも、代表社債権者制度もほとんど利用されていないため、代表社債権者の調査権を認めることにどれだけ意味があるのかは疑問が残る(マネタリー・アフエアーズ現代社債投資研究会編

社法上の社債権者集会と異なりうる。すなわち、会社法上の社債権者集会は、社債の種類ごとに開催される（715条）が、立法試案における「社債権者集会」は、事業再生ADR手続等の一環、すなわち倒産手続における債権者集会・関係人集会の延長として捉えられることも視野に入れており⁶²⁾、社債の種類ごとではなく、社債権者をひと括りにして社債の種類を問わない「社債権者集会」の可能性を認めている。倒産手続においては、債権者集会の開催にあたって、破産債権者や再生債権者の有する債権ごとに手続を分けるといったことはしないのが通常であること（破産法135条以下、民事再生法114条以下等）に加え、社債の種類ごとに社債権者集会を開催することは、手続的に煩雑であり、仮にひとつの社債権者集会でも決議が否決された場合には、事業再生ADR手続等が頓挫するため、手続遂行の困難度が増すからである⁶³⁾。

しかし、立法試案にあるような社債の元金減免の決議を認める「社債権者集会」を、社債の種類を問わないで開催することは適切でないと考える。なぜならば、種類を異にする社債権者の間には、ひと括りの社債権者集会を認めるべき社会・経済的基礎があるとはいえないからである⁶⁴⁾。社債は発行回数によって担保の有無、償還時期や契約内容（特に財務上の特約（コベナンツ））の差が大きい⁶⁵⁾。それにもかかわらず、社債の種類を問わない「社債権者集会」の決議で足りるとすることは、異なる種類間で社債権者に生じる利害対立を軽視しすぎているように思われる。同じ種類の社債権者間でも、個々の利害関係の違いは生じうるが、少なくとも社債契約の内容は同じであり、会社法上当然に利

害の対立が生じるとはいえない。しかし、異なる種類の社債権者間では、利害対立が生じる蓋然性が高い。したがって、社債権者をひと括りにして扱う「社債権者集会」の決議で元金減免を可能にすることは、本来保護すべき社債の種類ごとの社債権者の利益を無視するものであり、妥当でないと考える。

また、事業再生ADR手続においては、個別の債権者の同意を得ることが条件とされている⁶⁶⁾。社債権者集会決議によって社債の元金減免を可能とする場合、社債権者集会の決議を社債権者の同意に代替させていると考えられるが、上述のように社債は種類ごとに大きく利害関係が異なるため、社債権者であるというだけで、個々の社債の種類を問わない「社債権者集会」の決議を個別の債権者の「同意」と同視することは、仮にこれらの社債権者集会が事業再生ADR手続と並行的に行われるとしても、「全債権者の同意」を得るという事業再生ADR手続の精神に悖り、立法提案としても、その正当化はできないのではないか。

立法試案が社債権者をひと括りにする「社債権者集会」の可能性を認めた理由は、手続の簡易化を図り、事業再生ADR手続等をより成立させやすくするためである。しかし、必ずしもそうなるとは限らないと考える。私的整理手続において、社債の種類に応じて権利変更の内容に差をつける場合を考える。仮に元金減免を受けない社債権者が存在した場合には、「社債権者集会」として社債権者をひと括りにすることによって、かえって特別決議を得るための分母となる社債の金額の合計額が増えてしまうため決議の成立が難しくなる⁶⁷⁾。したがって、社債権者をひと括り

著・前掲注39)130頁)。

62) 井出・前掲注2)15頁において、社債権者の多数決を会社法上の社債権者集会の延長として捉えるか、それとも倒産手続における債権者集会・関係人集会の延長として捉えるか、との松下淳一教授による指摘が示されている。

63) 井出・前掲注50)209-210頁、松下・前掲注50)217-218頁。

64) 鴻・前掲注4)173頁。

65) 江頭・前掲注21)745頁、上柳ほか編・前掲注5)205-206頁〔神田秀樹〕。

66) 仮に、不同意の債権者がいれば、事業再生ADR手続は終了する。その後は、特定調停の手続に移ることも、法的整理に移行することもある（事業再生実務家協会『事業再生ADR活用ガイドブック』9頁（2008）（<http://www.turnaround.jp/adr/index.html>, 2011年12月18日最終閲覧））。

67) ある種類の社債にはリスクを行うが、別の種類の社債は額面が大きすぎるため、リスクでも償還できないとして元金の減免をしようとする場合等を想定している。特に元金の減免をされない社債権者は自らの利害に開

にした「社債権者集会」が、会社法上の社債権者集会を要求することよりも、常に手続的に容易であるとはいいいがたいのではないか。

(2) 裁判所の審査能力

裁判所の関与については、法的倒産手続によらない迅速な事業再生を実現するという観点から、裁判所の審査対象は手続規制を中心とし、権利変更の内容の適正といった実質にわたる事項については、立法試案2項に規定されている要件を満たす限り、裁判所がそれ以上積極的に探知すべきものではないという指摘がある。すなわち、事業再生ADR手続等の制度化された私的整理において、社債権者以外の金融債権者が真剣に交渉した結果、同意した権利変更との実質的公平が確保されており（立法試案2項2号）、かつ、清算価値保障原則が満たされていれば（立法試案2項3号）、そのような権利変更は、少数社債権者に強制するだけの合理性のある権利変更であるという推定が可能であるという⁶⁸⁾。

しかし、この点には疑問がある。単なる元金減免のみではなく、エクステンジ・オファー（交換募集）やデット・エクイティ・スワップを伴う等、権利内容の変更が複雑であった場合には、実質的公平を裁判所が形式的にだとしても審査することができるのか。エクステンジ・オファーやデット・エクイティ・スワップの目的物となる社債や株式の価格の算定には専門的知識が必要であり、また、これらの算定を正確に行うためには時間を要することが考えられ、かえって事業再生ADR手続等の長所のひとつである迅速性を損ねるおそれがある。このような裁判所の判

断能力の限界から社債の権利内容の変更については複雑な条項を付けられないのではないか。また、金融債権者の真剣な交渉があったとしても、社債権者の知識・判断能力の不足や、裁判所の審査能力の限界を利用して、社債権者以外の金融債権者が通謀して、社債権者に負担を押し付けることが考えられるため、形式審査では十分とはいえない。仮に迅速性等の観点から形式審査で足りるとするのであれば、あくまで後述のように社債権者の利益を代表する者の手続関与が必要であると考え⁶⁹⁾。

(3) 社債権者の利益代表

実質的な協議・交渉の機会を確保する⁷⁰⁾ためには、多数にのぼる社債権者が一致した行動を取ることは困難であるから、何らかの者が社債権者全体の利益を代表して、交渉を行うことが望ましい。社債権者集会での元金減免決議は、事業再生ADR手続の枠内で行うとすれば手続実施者の、並行して行うならば社債管理者または社債権者が選任した代表社債権者（736条1項）のイニシアティブによることが考えられる。

しかし、事業再生ADR手続の手続実施者は事業再生実務家協会（JATP）が選定した者⁷¹⁾であり、その職務は債権者と金融機関等との間の和解の仲介である。したがって、必ずしも社債権者の利益を代表する者とはいえない。資産および負債に関する情報についての中立的な第三者がいれば足りるとする考え方もありうる⁷²⁾が、社債権者の保護という観点からは中立的な第三者であるだけでは足りず、明確に社債権者の利益を代表する者

係がないとして、元金の減免についての「社債権者集会」には出席しないことが考えられる。

68) 井出・前掲注2)15頁、松下・前掲注50)217頁。

69) 会社法上の社債権者集会決議の不認可条件について詳しく検討したものとして、上柳ほか編・前掲注18)168-170頁〔神田秀樹〕、西村あさひ法律事務所＝フロンティア・マネジメント株式会社編・前掲注10)638頁〔濱田芳貴〕。逆に、社債権者の合理的意思決定を尊重するために、裁判所の実質審査による後見的機能を排除すべきであるとして、社債権者集会決議に裁判所の認可を要求すること自体に疑問を提起するものとして、藤田・前掲注1)239-240頁、243頁がある。

70) その必要性は上記シンポジウムで繰り返し指摘された（井出・前掲注2)15頁）。

71) 具体的には、会社更生事件の管財人や民事再生事件の監督委員・管財人を務めた経験のある弁護士、私的整理ガイドラインの専門家アドバイザー経験を有する弁護士・公認会計士等事業再生の専門家が想定されている（事業再生実務家協会・前掲注66)15頁）。

72) 井出・前掲注2)15頁、松下・前掲注54)17頁。松下・前掲注50)216-217頁は、代表社債権者の調査権を中立な第三者の関与の亜種として位置づけるが、社債権者の利益代表を重視する本稿の立場からは適当でないと考ええる。

が必要であると考え⁷³⁾。

社債管理者に会社法上期待されている職務は、まさにこのような社債がデフォルトの危機に瀕している場合に社債権者全体の利益を図ることであるが、社債管理者不設置債が多く、また社債管理者が設置されていたとしても、社債管理者に就任するのは多くが発行会社のメインバンクであり、事業再生ADR手続等の成立に大きな利害関係を有しているため⁷⁴⁾、必ずしも社債権者の利益のために働くことを期待できるとはいえない。

したがって、立法試案が適用されたとしても、社債の元金が減免されようとする局面にあって、社債権者の利益を適切に代表する者がいない。立法試案では、代表社債権者に調査権を認めることでそれを解決しようとしているが、代表社債権者制度はこれまで実績がなく、代表社債権者の選任自体に社債権者集会の決議が必要であるため、その利用には実際上困難が多いといわれているため、このような重要な判断局面において社債権者の保護として十分であるかは未知数である。

そこで、立法試案を適用して、社債の元金減免をしようとする局面では、少なくとも現行法の枠内では社債管理者の設置が不可欠ではないかと考える。このとき、既発の社債管理者不設置債は社債管理者がいないために社債権者集会決議による社債の元金減免ができないように思われる。しかし、事後的に社債管理者を設置する方法もありえ⁷⁵⁾、仮に社債権者集会決議による元金減免をするにあたって厳格に社債管理者の設置を要求したとしても、事後的に社債管理者を設置することにより、もともと社債管理者不設置債であった社債でも元金減免をすることが可能である

と考える⁷⁶⁾。

(4) 反対社債権者の社債買取請求権

買取価格決定の困難と元金減免決議の成立可能性

社債権者集会での反対社債権者の保護のために、反対株主の株式買取請求権（116条、117条、469条、785条、786条等）にならって、社債権者に社債買取請求権を付与することが提案されることがある。

しかし、反対社債権者による社債買取請求権が適用される場面を考えたとき、社債権者集会が開催されるのは、会社の信用が揺らぎ、社債の償還が困難になった場合である。そのようなデフォルトの危機に瀕している場合に、社債買取請求権といった発行会社に出捐を義務付ける仕組は妥当とはいえない。

また、仮に反対社債権者の社債買取請求権を認めたとして、その場合の買取価格をどうすべきか。券面額での買取をすることは、過大な保護を当該社債権者に与えることになる。市場価格であったとしても、リスク回避的な個人投資家が殺到して、多額の償還資金が必要になり、結果として元金減免決議を行う意味が損なわれるおそれがある。さらに、買取価格の決定に技術的判断を要するとなると、紛争の火種を後に残して、事業再生の障害となるおそれがある。

次に、決議の成立可能性という観点から考える。社債買取請求権という形で、券面額もしくは市場価格による一定の補償がなされたとすると、元金減免に応じて発行会社の経営再建に協力することにより先の読めない社債の償還を待つよりも、社債買取請求権を行使した方が得だとして、ほとんどの社債権者が事業再生計画の社債の元金減免決議に対して

73) 大杉謙一ほか「座談会 会社更生手続と社債をめぐる諸論点（3・完）」金法1637号44頁、53頁〔藤田友敬発言〕。

74) 従来、社債管理者と社債権者の利益相反の問題は指摘されている。マネタリー・アフエアーズ現代社債投資研究会編著・徳島監修・前掲注39)126頁、北村雅史「社債管理会社の義務と責任——利益相反関係を中心として」ジュリ1217号10頁、11-13頁（2002）、神作・前掲注12)206頁、「金融取引におけるフィデューシャリー」に関する法律問題研究会・前掲注30)222頁。

75) 設置義務に反して、社債管理者を設置していない場合だが、事後的な社債管理者の設置方法として、714条1項の類推適用により、社債権者集会の同意を得る、もしくは同意に代わる裁判所の許可を得ることを指摘するものとして、上柳克郎ほか編集代表『新版注釈会社法 第2補巻（平成5年改正）』168頁〔神田秀樹〕（有斐閣、1996）。

76) ただし後述（IV 3(3) b）するように、社債管理者を事後的に設置した場合であっても、社債権者保護の観点からはなお課題は残る。

反対の決議をすることも考えられる。この場合には社債権者集会決議が成立せず、事業再生ADR手続等を遂行することができない。このような社債権者の行動を誘発しかねない社債買取請求権は事業再生の局面において適切とはいえないのではないか。

b 株式買取請求権との比較の観点

次に、株式買取請求権の対象となっている行為との均衡から考えた場合にも、社債の元金減免について反対社債権者に社債買取請求権を認めることは妥当でないと考える。

たしかに、株式買取請求権と社債買取請求権は、多数決によって犠牲にされた少数者の保護という点では構造が同じであるように見える⁷⁷⁾。しかし、株式買取請求権が認められる対象は、定款変更(116条、117条)、事業譲渡(469条、470条)と組織変更(785条、786条等)であり、特に、本稿で問題としている社債買取請求権が多数決を行った際の少数社債権者の保護を目的としていることを考えれば、社債買取請求権との比較の対象にすべきなのは、定款変更のうち、ある(種類)株式が譲渡制限株式となる場合(116条1項1号、107条1項1号および116条1項2号、108条1項4号)と全部取得条項付株式となる場合(116条1項2号、108条1項7号)であろう⁷⁸⁾。譲渡制限株式は譲渡という株式の投下資本回収の原則的な方法(127条参照)を制限した株式であり、全部取得条項付株式は100%減資のために用いる等、対象となる株式の株主の同意なく株主としての地位を奪うことを可能とする株式である。すなわ

ち、事業譲渡や組織再編といった会社のあり方に大きく関わる場合や、そもそも種類株主総会が省略されており多数決による意思決定の機会すらない場合(116条1項各号、322条2項)には株式買取請求権が広く認められているが、株主としての地位や株式の権利内容自体が議決の対象となっているような定款変更の場合については、株式買取請求権の対象となる定款変更の内容は、投下資本の回収方法を著しく制限する場合と同意なき株主の地位の剥奪を可能とする場合に限られているのである。これは、株式の権利内容自体を変更する旨の株主総会決議については原則として当該株主総会決議を尊重するべきであり、わざわざ少数株主の保護を図る必要はなく、株主の権利に対する影響が極端な場合に限って少数株主の保護を図ったものといえるのではないか⁷⁹⁾。

そうだとすれば、社債の元金減免がこのような社債権者の権利に対する影響が極端な場合といえるかについては疑問の余地がある。すなわち、元金の全額免除の決議がなされる場合は別として、一部減免のみであれば、あえていえば株式の剰余金の配当についての定款変更(108条1項2号)⁸⁰⁾に相当し、社債買取請求権を認める必要性があるほどの権利変更とはいえないのではないか。元金の全部免除であれば社債権者の権利に対する影響が極端といえるかもしれないが、社債権者が経済合理性に従うならば元金減免決議に応じるにより最終的な弁済総額の増大を目指すのであり、弁済が全くなされなくなる元金の

77) 株式買取請求権は従来、少数株主の保護をその目的としてきたとされている(酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法第2巻 株式・1』134頁〔岡田昌浩〕(中央経済社、2008)、森本滋編『会社法コンメンタール18——組織変更、合併、会社分割、株式交換等(2)』95-96頁〔柳明昌〕(商事法務、2010))。

78) 同じ株式買取請求権であっても、その目的とする行為によって、その趣旨は異なりうる。組織再編(事業譲渡を含む。以下同じ。)においては少数株主の保護に加えて、組織再編行為に対する株主によるチェック機能が重視されてきている(森本編・前掲注77)96頁〔柳明昌〕、藤田友敬「新会社法における株式買取請求権」江頭憲治郎還暦『企業法の理論(上)』261頁、276頁(有斐閣、2007))。藤田・同も組織再編の局面で生じる株式買取請求権と組織再編以外の局面で生じる株式買取請求権を区別している。また、定款変更の中でも種類株主総会の省略が定款で定められているときに当該種類株主に損害が生じるおそれがある行為をする場合(116条1項各号、322条2項)の趣旨は、種類株主総会の省略されることの代償として捉えられている(酒巻＝龍田編・前掲注77)136頁〔岡田昌浩〕)。

79) 株式買取請求権一般についてであるが、何が株式買取請求権の対象となる「会社の基礎的変更」であり、いかなる基礎的変更により株式買取請求権を認めるべきか理論的には必ずしも明確ではないことを指摘するものとして、森本編・前掲注77)94頁〔柳明昌〕。なお、本稿の趣旨を外れるため、定款変更に対して株式買取請求権の行使が限定されている趣旨をより深く検討することは避ける。

80) 種類株式の剰余金の配当についての定款変更は株式買取請求権の対象として認められていない。

全部免除については決議がなされることはないと考えられるので、問題とならないであろう。したがって、株式買取請求権が認められている定款変更の場合と比較して、社債の元金減免決議に対して少数社債権者の社債買取請求権を認めることは広きに失し、適当ではないと考える。

c 少数社債権者の保護のあり方

上述のような社債買取請求権の行使価格にまつわる困難、社債権者に対し元金減免に反対するインセンティブを与えてしまうことや株式買取請求権の対象となる定款変更との比較の観点から、社債買取請求権を社債の元金減免決議にあたって認めることは、社債権者集会における少数社債権者の保護手段としては不適切であると考ええる。

社債の元金減免が認められるのは、あくまで実質的には社債権者全体の経済的利益が増大する場合であるので（むしろそのような場合でなければならない）、社債権者全体の経済的利益が増大するための手続的・制度的保障がなされるならば、少数社債権者の保護はその意味ですでに図られているといえる。したがって、社債買取請求権という形で社債権者集会で反対した少数社債権者の個別的な保護を図るよりも、このような社債権者集会決議が社債権者全体の経済的利益の増大に資する合理的選択となることをそもそも目指すべきであろう。

3 立法試案の位置づけ

(1) 今後の立法試案の方向性

事業再生ADR手続等の私的整理を行った際に、社債権者のみが全額償還されるのは、社債権者と同じく金融債権者である金融機関が債権カットを迫られることと比べて優遇されている感が強い⁸¹⁾。特に金融機関の債権

には担保が付されて、法的には無担保社債権者よりも優先されるべき場合が多いことを考えると⁸²⁾、社債権者の数が多いことや社債権者の捕捉が困難ということのみで、金融機関の債権よりも社債が事実上優先されることには違和感がある。また、仮に金融機関がこのような不公平感を強く持った場合には、社債の元金減免をしない私的整理手続への同意が得られず、私的整理手続の交渉が長引いたり、法的整理を余儀なくされたりするおそれがある。

社債発行会社の裾野の広がりにより、社債発行会社が経営危機に陥る例も増えているが、仮に社債発行があるという一事によって、事業再生ADR手続等が使えないこととなれば、企業が社債の発行をためらうおそれがあり、資金調達の一手段として社債制度を設けた趣旨が損なわれる。その点で、上記立法試案の必要性にはうなずける。

立法試案は社債の元金減免の可能性を認める問題提起として重要であり、今後その内容についてはより深く検討されるべきであろう。

特に、情報開示の点については、代表社債権者に調査権を認めるだけでなく、社債権者集会において法定開示事項を定め、社債権者が事業再生ADR手続等に伴う再建計画や他の債権者の債権の減免率等について正確な情報を得ることができるよう配慮するべきだと考える⁸³⁾。

(2) 倒産法的な考え方

最後に、立法試案の検討の視点として、社債権者集会の多数決を会社法上の社債権者集会の延長として捉えるか、それとも倒産手続における債権者集会・関係人集会の延長として捉えるかという問題があり、その背後に会社法と倒産法の思想の違いが存在することについて触れたい⁸⁴⁾。

81) 前述のアイフルの事例（Ⅱ2(2)）がこれにあたる。同旨の指摘について、西村あさひ法律事務所＝フロンティア・マネジメント株式会社編・前掲注10)635頁〔濱田芳貴〕。

82) 法的再生手続が利用された場合には、社債権者は再生債権者（民事再生法）、更生債権者（会社更生法）となるが、担保を有する債権者は別除権者（民事再生法）、更生担保権者（会社更生法）として優先権を得る。

83) 田頭・前掲注5)21頁。社債権者への情報提供を評価したと見られる判例として、東京地判平成19年6月11日前掲注43)。

84) 社債については、社債権者集会や社債管理者が承認されている等倒産法制全般にわたって会社法のルールが入り込んでいることを指摘するものとして、大杉ほか・前掲注12)33-34頁〔藤田友敬発言〕。

法的整理手続において、債権カットが可能となるのは、権利の減免を受ける債権者の多数決という自律的な決定に根拠がある⁸⁵⁾。そのため、ひと括りの「社債権者集会」の決議で足りるとする考え方は、個々の社債権者の合理的意思に基づいた多数決による自律的決定が可能であることを前提としていると思われる。しかし、そもそも会社法上の社債権者集会が導入された趣旨は、一般投資家が権利者となる社債においては、個々の社債権者に判断を委ねると合理的な判断ができないおそれがあるため、まずは利害関係を同じくする同種類の社債権者内での団体的意思決定により合理的な判断を可能としようとした点にある。そうであるとすれば、多数決による自律的決定といっても社債権者個人の合理的意思決定を前提とした立法試案の「社債権者集会」と会社法上の社債権者集会は、大きくその発想を異にするといえる⁸⁶⁾。

また、倒産手続の前倒しと考えると、事業再生の面を重視することになり、簡便性・迅速性のために、同じ優先順位の債権者を等しく扱うことを強制する⁸⁷⁾ ことになり債権者の権利保護は相対的に軽くなる。再生手続あるいは更生手続であれば、他の種類の債権もまとめて1つの組で決議を行うことになり、そのような決議では否決に持ち込めるだけの議決権を有していない債権者に、立法提案のスキームの中であらためて事実上拒否権を付与する必要はないのではないか、という考え方もある。

しかし、私的整理の段階においては、公平性を保つ工夫は重ねられているものの、それは債権者間での相互監視に依存しており最終的には債権回収競争となる側面を否定できな

い。仮に私的整理の局面になったときに、債権者の中に社債権者がいた場合、社債権者は一般投資家も簡単になることができ、企業の経営状態に関する情報収集や債権回収のノウハウについて他の債権者よりも劣っているために、私的整理手続の中で事実上劣後することが容易に想像できる。また、社債権者の数が多数にのぼることから意思決定の遅れ、不合理な意思決定の可能性も十分に考えられる。これらの事態が頻発すれば、一般投資家は社債への投資を敬遠することになり、ひいては、社債発行会社の社債による資金調達に支障を来すおそれがある。このような資金調達という目的達成とのバランスから、あくまで私的整理手続の段階では、社債権者の保護を第一の目的とする会社法上の社債の規律⁸⁸⁾を原則とすることが適当ではないだろうか⁸⁹⁾。

IV. 一般的な元金減免と社債権者の合理的意思決定

IIIでは、立法試案を中心に、社債の元金減免について論じた。しかし、立法試案のような事業再生ADR手続等を利用する場合に限られず、より広く一般的に社債の元金減免を認める余地はないだろうか。IVでは、より一般的な社債の元金減免を可能にするものの有用性を検討し(1)、それを踏まえて、会社法上の社債権者集会の意義について考察する(2)。そして、最後に、社債権者の経済的利益を最大化するための合理的・実質的意思決定をより一層促進するための方策について検討する(3)。

85) 松下・前掲注54)17頁。

86) 会社更生手続において社債権者が主体的に手続参加するというイメージについて、違和感を表明するものとして、大杉ほか・前掲注73)46頁〔藤田友敬発言〕。また、社債権者の方が、一般的な債権者に比べて受動的な性格が強いと考えるものとして、同52頁〔大杉謙一発言〕。

87) 大杉ほか・前掲注73)47頁〔松下淳一発言〕。

88) 鴻・前掲注4)165頁、江頭編・前掲注5)5頁〔江頭憲治郎〕。

89) 会社更生手続においては、管財人が裁判所の監督下で行動するため、社債権者も平等・合理的な扱いがなされることが高い蓋然性で期待されることを根拠として、社債権者集会での社債権者の団体的意思形成や社債管理者を通じた権利実現にこだわる必要はないとする見解がある(大杉ほか・前掲注73)47頁〔大杉謙一発言〕。私的整理手続にこのような高い蓋然性が認められないとすれば、やはり社債権者集会での団体的意思形成や社債管理者を通じた権利実現にこだわるべきなのではないか。

1 一般的な元金減免への可能性

(1) ケネディックスの事例——資金繰り行き詰まりへの対応

転換社債（外債でありわが国の会社法が適用されない）ので、社債権者集会の利用はできなかった）の繰上償還期日における資金繰りに問題を有していたケネディックスは、公募増資によって調達する資金によって社債の一部を償還し、社債の残額部分については償還期限を延長した新たな転換社債に交換するエクスチェンジ・オファーを行った⁹⁰⁾。

このように、事業再生の場面に限らず、社債償還の資金繰りに行き詰まった会社の対応策として、社債の元金減免を認めることがありうる。特に、好況時に、株式となって償還の必要がなくなることを期待して転換社債を大量に発行した会社が、昨今の株価の低迷により思ったように株式への転換が進まず、社債償還のための大量の資金需要により資金繰りに窮する例が多いが、社債を除けば財務状況は良好である会社にとっては社債権者集会による社債の元金減免が可能になることは、抜本的な再建のために有益なことであると考えられる。

(2) 社債の元金減免を認める有用性

一般的な社債の元金減免を認めた結果、濫用事例が頻発して、安易な社債発行を招いたり、社債の信用性を低下させたりすることは適当ではない。しかし、事業を順調に継続で

きる会社が一時の資金繰りの悪化で直ちに法的整理に至るよりは、事業をそのまま継続した方が、弁済の継続により社債権者の経済的利益が最大化することも十分に考えられるように思われる⁹¹⁾。

すなわち、社債権者としても、法的整理手続による割合的弁済（その弁済額が低いことは十分に考えられる。）しか得られない⁹²⁾よりは、元金減免に応じて、最終的な償還額を多くできる可能性を残した方がその利益に適う。社債権者の保護は、元金減免が行われるのが社債権者の経済的利益の最大化に適う場合に限定されるよう環境整備をしていくことで図るべきである。

社債権の権利内容の変更を全く不可能とする立法もありうる⁹³⁾が、そのような立法をしているアメリカにおいてもエクスチェンジ・オファーによって実質的な権利内容の変更が行われており、社債の権利内容の変更を可能とすることへの要請は強いと考えられる⁹⁴⁾。特に、一般に投資家の自己責任原則が浸透した現在⁹⁵⁾においては、元金減免やデフォルトの危険は高い利率によって賄われると考えられ、社債を必ず全額償還される投資対象として定義する必要性は低い。

もっとも、エクスチェンジ・オファー等の市場原理による解決⁹⁶⁾を先決とし、少数社債権者の権利をその同意なく制限する手段が最後の手段とされるべきことは当然である⁹⁷⁾。また、社債権者集会決議による社債の元金減免が最終的に可能であるということ

90) 井出・前掲注2)13頁。アメリカでは社債の元金の減免が禁止されていることもあり盛んに行われている（藤田・前掲注1)223-224頁）。ケネディックス株式会社「第15期報告書」8-10頁（http://www.kenedix.com/cms/doc4/20100330_165038eKgH.pdf, 2011年12月18日最終閲覧）に当該会社の側から見たエクスチェンジ・オファーの様子、意義が掲載されている。

91) 特定社債の償還期限のみが迫っているような場合には、特に他の債権者との間での債権者平等原則等を考慮する必要はない。

92) 倒産手続に入った場合の債権の回収率は極めて低い。会社更生手続においても更生計画において債権額をかなりカットされるのが通常である（神作・前掲注12)185頁）。また、法的倒産手続固有のコストに言及するものとして、藤田・前掲注1)219-220頁。

93) 藤田・前掲注1)245-246頁に指摘されている。

94) 藤田・前掲注1)223-224頁。

95) 田頭・前掲注5)21-22頁、マネタリー・アフェアーズ現代社債投資研究会編著・徳島監修・前掲注39)25-27頁。

96) もっとも、国内債においては技術的にエクスチェンジ・オファーが難しいとの指摘がある（井出・前掲注2)14頁）。なお、株式についてはあるがエクスチェンジ・オファーの難しさを説明するものとして、弥永真生『会社法の実践トピックス24』99頁（日本評論社、2009）。

97) 井出・前掲注2)15頁。また、社債権者集会決議による元金減免は決議が可決されるか否決されるかしかなく、可決されることがほぼ確実な場合を除いて、元金減免がなされるかどうかについて不透明性があることや、

は、社債発行会社から社債権者に対する譲歩を迫るための圧力材料となることが十分考えられるため、その点についての配慮が必要である⁹⁸⁾。

(3) 社債権者集会による元金減免が認められることの明文化

社債権者集会決議による社債の元金減免を事業再生の場面に限らず一般的に認める有用性は高く、それが社債投資のあり方にもふさわしいものとする。もっとも、本稿は現行法の解釈上も社債権者集会による社債の元金減免は可能であるとするが、実務上は必ずしもそう捉えられておらず、社債の元金減免について今後の法的安定性を確保するためには明文化が必要であるとする。具体的には、「元金の減免」を706条1項1号に加えることが考えられよう⁹⁹⁾。さらに、後述するような社債権者保護の仕組みをより一層充実させ、社債権者が適切に自らの利益を実現できるようにすることが必要である。

明文化は、社債権者の予測可能性¹⁰⁰⁾を高め、発行会社の経営危機の際には社債権者にとってその経済的利益を最大化するための選択肢が広がることになるので、社債の価値を高めることにつながる。同時に、社債発行会社にとっても、財務戦略の選択肢を増やすことになり、より柔軟な経営が可能になる。このように、社債の元金減免の可否を明文で明らかにすることは、社債権者と社債発行会社双方にとってメリットとなり、ひいては社債市場の発展にもつながりうる¹⁰¹⁾。

2 会社法上の社債権者集会の意義

社債権者集会の会社法上の意義は何か。上記のような社債権者集会での一般的な社債の元金減免を認める有用性とは別に、これを正当化する根拠は何か。それは社債の元金減免があくまで社債権者の経済的利益の最大化に貢献するということである。

社債権者集会決議による元金減免に対する否定説の根拠は、社債権者の個別の同意なくして、その権利を侵害することは許されないということであった。それは社債の元金減免が「権利の侵害」であることを前提としている。しかし、それは前述(Ⅱ 5)のとおり適切な理解ではない。

たとえば、事業再生の場面について考えると、社債の元金減免を不可能とし、①法的再生手続と②社債を除いた私的再生手続との選択肢しか認めないか、社債の元金減免を認め、③社債を含めた私的再生手続の選択肢まで認めるかという問題になる。この場合、①②を取ったとしても、会社が再建されるならば、社債の元金減免を認めないことが社債権者の利益になるが、③に比べて①②の方が、社債発行会社が事業再生できず④清算手続に至る危険性は高い。したがって、④清算手続に至るリスクを織り込むと、必ずしも社債の元金減免を否定することが社債権者の保護につながるとはいいがたい。そうだとすると、社債の元金減免は社債権者の「権利の侵害」と位置づけることは妥当ではなく、むしろ社

社債権者集会決議を開催するにあたっては、その旨の公表が必要であり市場へのレピュテーションリスクがあること等を考慮すると、エクステンション・オファー等を先行して行うことが現実的である。

98) その対策としては、裁判所による認可制度を十分に機能させることや後述(Ⅳ 3 (2))のように社債権者集会決議の定足数を厳格にすることが考えられる。

99) 本来、706条1項は社債管理者の権限に関する規定であるため、社債管理者の権限として「元金の減免」を可能とすることの可否も問題となるが、社債権者集会決議(706条1項柱書)がある場合には、社債権者の利益のために、社債管理者に社債の元金減免をすることも認めてよいと考える。

100) 社債権者の予測可能性の観点からは社債契約に明記することも考えうる。しかし、社債契約に信用低下を前提とした記述をすると、社債がデフォルトに陥る可能性があるとして市場から判断されて、社債発行時の格付けが低下する等の不利益を被るおそれがあるため、社債契約への明記は社債発行会社が現実的に取れる手段とはいえない。

101) かねてからわが国の社債市場の低調が指摘されているが、社債がデフォルトした際の社債権者の債権保全についての共通の理解の形成や、コスト負担のあり方等の検討が進んでいないことが、わが国の社債市場の発展を阻害する要因のひとつとして指摘されている(日本証券業協会社債市場の活性化に関する懇談会「社債市場の活性化に向けて」4頁(2010年6月22日)(http://www.jsda.or.jp/katsudou/kaigi/chousa/shasai_kon/files/100622_r1.pdf, 2011年12月17日最終閲覧))。

債権者の経済的利益の最大化を図るための積極的な戦略として位置づけることができる。

このような経済的利益の最大化を図るための実質的な判断は、内容自体が高度であるため、元金減免という表面的な不利益に捕らわれず、冷静にどの選択が自らの経済的利益の最大化につながるのかといった合理的な判断が求められる。同時に、仮に社債権者の一部が同意したとしても、全体で同意しなければ会社の再建が不可能であるといった具合に統一的意思決定ができなければ意味がない。したがって、社債権者集会という形で社債権者を団体的に扱うことにより、専門家からの助言を容易に得る機会を提供し、社債権者間の議論を促すことで合理的な意思決定を可能にすること、さらに多数決による決定を社債権者全体に及ぼすことによってその意思決定を実効的なものとするのが社債権者集会の意義であると考ええる。すなわち、社債権者に対して自らの経済的利益の最大化を図るための合理的意思決定を可能とさせ、その意思決定に対し実効性を持たせるための場として社債権者集会を定義することができる。

しかし、現状ではこのような社債権者集会の意義が広く認識され、その機能を十分に果たしているとはいえない。そこで、以下では、このような社債権者集会の意義を実現するために求められる規律について検討する。

3 社債権者の合理的な意思決定に向けて

(1) 社債権者集会における情報開示

どのような権利変更を行うとしても、社債権者集会決議による権利変更がなされる前提として、少なくとも他の債権者と同じ程度に、社債権者に対する十分な情報開示と実質的な協議・交渉の機会の保障がなされていなければならない。

現行法では、社債権者集会の開催にあたって、社債権者集会参考書類の交付が義務付けられている（721条）が、その他の事項については社債管理者の職責や社債権者と発行会社の直接の交渉に委ねられており、社債権者が合理的な判断をするための情報開示に対する配慮が見られない¹⁰²⁾。現在、社債発行規制が緩和され、社債権者の自己責任が問われるようになったが、自己責任原則の前提は、判断の基礎となる適切な情報の開示である。社債権者集会は、全社債権者が唯一集合することができる場であり、情報を得る重要な機会であることを重視して、社債管理者や発行会社の説明義務（314条参照）を検討すべきではないか¹⁰³⁾。

(2) 社債権者集会の定足数

社債権者集会の定足数は、決議の取得を容易にするために平成17年改正で撤廃された¹⁰⁴⁾。しかし、社債権者集会での社債の権利内容の変更にあたっては、社債権者による議論の場を確保するという観点と社債発行会社のモラルハザードを防ぐという観点から、やはり社債権者集会の議決を採るに際して定足数は必要だと考える。

すなわち、社債権者集会の決議が社債権者の合理的な意思決定であるというためには、議論が尽くされることが必要であり、実質的な議論を可能とするためにはある程度の議論への参加者が必要だと考える。しかし、定足数を不要とすることは議論がされない可能性が高まることを許容したことになる。社債権者集会決議を社債権者の自治的判断というならば、一定数の賛成で足りるとするのはなく、実質的な議論を確保するための定足数という観点も必要ではないか。

次に、定足数を要求しない現行法では、特別決議であっても、議決権総額の5分の1以上の賛成が集まれば、社債権者集会決議を得ることができる（724条2項）。仮に、社債

102) もっとも、少なくとも更生手続に至った場合には、社債権者集会の場で、社債管理者から詳細な意見陳述書が出るようである（大杉ほか・前掲注73)53頁〔瀬戸英雄発言〕）。

103) 大杉ほか・前掲注12)33頁〔神作裕之発言〕、江頭・前掲注31)39頁。社債権者への情報提供について、提供すべき情報の内容、その開示・伝達方法についてさらなる検討を要するという指摘をするものとして、大杉ほか・前掲注73)54頁〔高木新二郎発言〕。

104) 野村・前掲注26)127頁。

権者集会の出席者に、議決権総額の5分の1以上を占める賛成者がいる場合、賛成の決議を阻止するためには、10分の1以上の反対者の出席が必要である。これは、反対の意思表示をする方法として、社債権者集会の欠席という手段がなくなることを意味する。社債権者集会は通常、社債権者にとって不利になる場合に開かれることが多い。このようなときには、社債権者は社債発行会社に対して不信感を持っているため、必ずしも社債権者（特に決議への反対者）が出席するとは限らない。そして、このような社債権者が社債権者集会の仕組を正確に理解しているとも限らない。社債発行会社は、これを利用して、5分の1以上の賛成者を集めることで足りるとして、社債権者全体の利益を図らずに社債権者集会決議を得ようとするおそれがある¹⁰⁵⁾。このような社債発行会社のモラルハザードを防ぐためには、一定程度の定足数が必要であると考えられる。仮に社債権者集会への一定数の出席も見込めないような、社債の元金減免計画しか定められないならば、公平性が確実に担保される法的手続に移行するべきであろう¹⁰⁶⁾。

(3) 社債管理者の活性化と課題

社債権者集会において期待される社債管理者の役割

a

社債権者集会による団体的自治の限界はたびたび指摘されている¹⁰⁷⁾。そこで、社債権者集会における合理的意思決定がスムーズにできるように、社債権者集会において社債管理者制度の活性化を図れないだろうか。

会社法は、社債管理者という英米法系の制度と社債権者集会という大陸法系の制度の両方を取り入れている。これはわが国の社債管

理制度の大きな特色であり¹⁰⁸⁾、両者を上手く組み合わせて社債権者の保護を図ることが法の趣旨に適う¹⁰⁹⁾。

まず、社債権者集会の多数決の欠陥を克服するという役割を社債管理者に期待できる。すなわち、多数決による意思決定については、細分化した社債権しか有しないために社債の管理コストが、得られる利益を上回り、社債権者が「合理的無関心」に基づく行動を選択するという問題点や、他の社債権者が自分と同じ適切な行動を取らないことをおそれて、社債発行会社への猶予を必要以上に拒絶するという「戦略的行動」を取りがちになるという問題点がある。このふたつの問題点に対して、誰かひとりまたは少数の人間に管理を委ねれば管理コストを節約でき、さらには、個別社債権者の「戦略的行動」を制約することができるので、社債管理者に積極的な意義が認められる¹¹⁰⁾。

また、社債管理者には、前述（Ⅱ3(4)b）のとおり専門的知識を有する者としての受託者の役割が期待できる。専門的判断を社債権者に提供することにより、社債権者は大衆性を乗り越えて、自らの議決権の行使にあたって、その経済的利益の最大化につながる判断をすることが可能になる。

b 社債管理者制度の課題

以上のように、社債権者集会において、社債管理者に期待される役割は大きい。しかし、社債管理者の設置は原則として強制されているものの、設置強制の例外規定（702条但書）を利用した社債管理者不設置債の発行が実際には多い。そのため、現状としては社債管理者に頼ることができるとは必ずしもいえない状況となっている。

105) 株主総会の定足数について同旨のものとして、大杉ほか・前掲注12)38-39頁〔神作裕之発言〕。社債権者集会開催の困難さと社債権者の保護の調和を図るために、一律に社債権者の割合で定足数を定めるのではなく、社債権者数（社債の総額を当該種類の各社債の金額の最低額で除して得た数（会社法施行規則169条））ごとに定足数を定めることも考えうる。

106) 大杉ほか・前掲注12)34頁〔大杉謙一発言〕。

107) 神作・前掲注12)184頁、上柳ほか編代・前掲注5)147頁〔江頭憲治郎〕。

108) 大陸法系諸国においても、英米法の精神・長所を取り入れる傾向が見られ、ベルギー会社法およびアルゼンチン社債法は、その典型例といえる（鴻・前掲注4)79頁、166頁）。

109) 社債管理者と社債権者集会のうち効率的に機能するどちらかの制度で足りると考えることも可能であるとする指摘もある（「金融取引におけるフィデューシャリー」に関する法律問題研究会・前掲注30)234頁）。

110) 藤田友敬「社債の管理と法」公社債引受協会編『公社債市場の新展開』336頁、337-338頁（東洋経済新報社、1996）。

社債管理者不設置債が多い理由としては、社債発行会社の側からは、社債管理者設置の効果が曖昧な割には、手数料が高い¹¹¹⁾ということが指摘されている。しかし、1996年から1999年までの間に発行された社債を対象とした実証研究によると、不設置債は他の社債と比べて応募者利回りが高く設定されており、この高めの利回りは、デフォルトの際の債権回収リスクの高さや社債発行会社に対するモニタリングの弱さに対する市場の評価という観点からも理解できるという¹¹²⁾。したがって、社債管理者設置債はリスクが低い分、利率を抑えることができるため、発行会社にとっては低い利率で資金調達できるというメリットがある。この点を捉えれば、発行会社には社債管理者を設置するインセンティブがあると評価することができる¹¹³⁾。

また、社債管理者の側からは、社債管理者が行行使できる権限の範囲が明らかでないにもかかわらず、善管注意義務違反に対して損害賠償責任が問われること（710条1項）からすると、リスクが大きすぎるという問題点がある¹¹⁴⁾。特に社債の元金減免等形式的には明らかに社債権者の損失となる行為については、社債管理者がその判断に対する責任を問われかねず、社債管理者の判断を萎縮させる可能性を否定できない。

さらに、社債管理者不設置債が多いという現状に加えて、社債管理者が存在した場合にも、問題が生じうる。

社債管理者には社債発行会社のメインバンクになることが多いが、これらのメインバンクは社債発行会社に対して自らも融資をしていることが多く、債権回収の場面において、

社債権者と利益相反の關係に容易に立ちうる。その対策として、近年サービサー法の制定および施行によって、わが国でも債権回収の専門会社が活躍する場が整備されてきたので、債権回収専門会社が社債管理者に就任するという方向性を模索することがありうる¹¹⁵⁾。

メインバンクが社債管理者となることのひとつの問題点として、メインバンクは社債発行会社の経営を指導していることが多く、社債権者からは社債発行会社と同様に責任を負う存在と捉えられやすいことが挙げられる¹¹⁶⁾。そうすると、仮に社債の元金減免が社債権者にとって実質的な利益になるとしても、社債管理者から社債の元金減免を提案することは非常に困難になる。

社債管理者に義務違反があった場合に、社債権者による責任追及がどのような態様でなされるかも問題となる。例えば、社債管理者が義務に違反した場合に、社債権者が個別にその責任を追及または免除できるのか、それともそのような場合にも社債の団体的法的制約が及ぶのか。会社法は社債管理会社の責任を追及するにあたって、具体的な規定を置いておらず問題である¹¹⁷⁾。また、社債管理者に報酬を支給するのが社債発行会社であるとする、社債をデフォルトにさせたくないというインセンティブの歪みが生ずるおそれがある。すなわち、社債発行会社が危機的状況に陥っても、できるだけ長期にわたって手数料収入を得るため、また社債発行会社の意を汲んでできるだけデフォルトを先延ばしにすることが十分に考えられる¹¹⁸⁾。

そして、最後に社債の元金減免のような、

111) マネタリー・アフエアーズ現代社債投資研究会編著・徳島監修・前掲注39)122-123頁、「金融取引におけるフィデューシャリー」に関する法律問題研究会・前掲注30)228頁。

112) 江頭編・前掲注5)130頁〔藤田友敬〕が紹介している。

113) 市場が社債管理者の設置を価格形成に織り込むかについて言及したものとして、藤田・前掲注110)340頁。

114) 江頭編・前掲注5)140頁〔藤田友敬〕。

115) マネタリー・アフエアーズ現代社債投資研究会編著・徳島監修・前掲注39)127頁。イギリスでは、受託専門会社が社債管理者を引き受けており、メインバンクが社債の受託会社になることは避けられている（神作・前掲注12)200頁）。

116) 大杉ほか・前掲注12)35頁〔瀬戸英雄発言〕、同36頁〔大橋正春発言〕。

117) 社債権者が個別的に社債管理者に責任追及とできるかを問題とするものとして、神作・前掲注12)211頁。社債管理者の責任の範囲が明らかでないことを問題とするものとして、「金融取引におけるフィデューシャリー」に関する法律問題研究会・前掲注30)228頁がある。

118) 「金融取引におけるフィデューシャリー」に関する法律問題研究会・前掲注30)229頁。

形式的には社債権者の不利益になるが実質的にはその経済的利益の増大につながるといった判断をすることが社債管理者に可能なのか、ということが疑問として挙げられる。社債管理者の社債発行後の機能としては、元金の受領（705条1項）に加えて、財務状況や財務上の特約の履行および充足状況の監視を行っている。そして財務状況の変化に応じて、担保付社債への切り替え等の債権保全措置を実施することもある¹¹⁹⁾。しかし、社債管理者は、社債権者から善管注意義務違反を問われないようにということを中心に行動しているように見えるという指摘¹²⁰⁾があり、仮にこれが事実だとすると、善管注意義務に違反しないために、社債管理者は原則としてリスク回避的行動を取ることが考えられる。そうだとすると、形式的には不利益となるが実質的には経済的利益の増大となる社債の元金減免に応じるかどうかといった社債権者の実質的利益を図るための判断は、財務上の特約に係る判断を除いて社債管理者には期待できないことになる。

(4) 代表社債権者への着目

社債権者とは全く別の主体である社債管理者に、実質的意思決定を委ねることの限界は上述のとおりである。そのため、社債管理者に代わって、代表社債権者の制度（736条）を社債権者集会での社債権者の合理的意思決定をするためにもっと有効に活用することも検討すべきであると考えられる。すなわち、社債管理者には、デフォルトの危機発生時の社債権者集会の開催のみを義務付け、その社債権者集会の中で代表社債権者を選任し、その代表社債権者が実質的判断を行うといったことも考えられる¹²¹⁾。社債管理者に比較して、自身が直接の権利者である分だけ、上記の利益相反の問題や実質的判断を避けるといったおそれが少ない。代表社債権者の能力の担保

や代表社債権者が社債とは別の債権を発行会社に対して有していた場合等の新たな問題は起こりうるが、より社債権者全体の実質的利益を図ることにつながる可能性も十分にある。

従前、公募債の社債権者は一般投資家であると考えられていたため、社債権者の議決権の10%以上を要求する代表社債権者の選任は困難であると考えられていたが、信用が揺らいだ企業においては、一般投資家が有する社債は流通市場に放出され、合理的な数の投資家に集約していく場合もあるとの報告がある¹²²⁾。そうだとすれば、従前考えられていたほど、代表社債権者の選任は困難ではなく、社債権者の保護の手段としてその有効性を検討されるべきものであると考える¹²³⁾。

V. おわりに

従来、利用されることが少なかった社債権者集会について、事業再生研究機構による立法試案を足がかりとして、解釈での社債の元金減免の可否、立法試案の内容、一般的な元金減免を認める可能性について検討した。本文中で述べたとおり、基本的には現行法の解釈でも社債権者集会決議による社債の元金減免は可能だと考えるが、倒産実務の元金減免に対する慎重な態度は看過できないように思われる。立法試案を提案するほどに至った社債権者集会決議による社債の元金減免のニーズを正確に汲み取り、社債権者集会による元金減免が可能であることの明文化を図るべきである。そして、明文化にあたっては、立法試案のように事業再生ADR手続等と併用される局面に限らず、社債権者の経済的利益の最大化に資し、その実質的な利益となるならば広く社債権者集会決議による社債の元金減免は認められるべきである。しかし、現行の

119) 大杉ほか・前掲注 1)18 頁〔小柳志乃夫発言〕。

120) 大杉ほか・前掲注 1)19 頁〔瀬戸英雄発言〕。もっとも、善管注意義務違反に問われないように行動することと社債権者保護は基本的に矛盾しないという反論がある（同 20 頁〔小柳志乃夫発言〕）。

121) 江頭・前掲注 21)749-750 頁がこの点の議論を紹介している。

122) 井出・前掲注 2)13 頁。

123) 鴻・前掲注 4)196 頁、西村あさひ法律事務所＝フロンティア・マネジメント株式会社編・前掲注 10)636 頁〔濱田芳貴〕、マネタリー・アフエアーズ現代社債投資研究会編著・徳島監修・前掲注 39)130-131 頁。

社債法の規定は社債権者の合理的・実質的判断を確保するのに必ずしも十分とはいえないことも否定できない。したがって、情報開示、定足数、社債管理者、代表社債権者と種々の考えられる方策を本文中で検討したが、これらを含めてさらに社債権者保護についての議論が深められ、より一層の社債制度の充実が図られることを希望する。

社債は、考えられるだけでも、集団性、大衆性、定型性、市場性と他の会社債権とは大きく違う特色を有する。これらの特色が社債の処理を難しくしている。新会社法が平成17年に制定されて、条文が整備されたが、いまだ社債法は平成5年商法改正で大きな改正があったのみで、規律が十分に行き届いているとはいえないように思われる。

本文中でも触れたが、かねてから日本の社債市場の低調が指摘されており、これらの規律の整備をすることは、社債をより魅力的な投資商品とするために不可欠であると考ええる。日本経済の停滞がいわれて久しいが、社債は個人や機関投資家の有力な金融商品であり、また企業にとっては重要な資金調達手段のひとつである。このような社債をより使いやすくしていくことは、地道な日本再生への一歩となると考える。

なお、脱稿後に事業再生研究機構編『事業再生と社債——資本市場からみたリストラクチャリング——』（商事法務、2012年3月30日）に触れた。同書に本稿のテーマに関係する箇所は多々あるが、補正段階では2009年のドイツ社債法の改正と立法試案の詳細についてのみ、本書を出典として補足することとした。

謝辞

本稿のもととなったリサーチペーパーの指導教員である藤田友敬先生に心から御礼申し上げます。ご多忙にもかかわらず、リサーチペーパーの面談を熱心にしてくださり、拙い私の論稿に対して多数のご指導を賜りました。本稿に見るべき点があるとすれば、すべて藤田先生のご指導によるものです。

また、本稿はサマーインターンシップ中に鈴木学先生からいただいた示唆に基づくものです。篤く御礼申し上げます。

その他名前を挙げることはできませんが、多数の教員・実務家の方に本稿のテーマについてお話を伺いました。本当にありがとうございました。

最後に、私の法科大学院生活を支えてくれた両親・友人・先輩後輩に御礼を申し上げたいと思います。周囲の皆さまのおかげで、法科大学院生活を楽しく送り、本稿を書き上げることができました。心からの感謝とともに筆を擱きます。

(いわま・あやの)

論説

相続税法と遡及効

——裁判例・裁決例の分析から——

2010 年 4 月入学

長戸貴之

I. 序

II. 基本的事項の整理

- 1 概念整理
- 2 現行の相続税の課税方式

III. 問題設定——裁判例と裁決例から

- 1 大阪高判平成 14 年 7 月 25 日
 - (1) 事案
 - (2) 判旨
- 2 国税不服審判所裁決平成 19 年 11 月 1 日
 - (1) 事案
 - (2) 判断
- 3 最判平成 22 年 10 月 15 日
 - (1) 事案
 - (2) 判旨
- 4 概観と問題設定
 - (1) 概観
 - (2) 問題設定

IV. 展開

- 1 租税法上も、遡及効が及ぶか否か——事例Ⅰ・Ⅱと事例Ⅲの整合性
 - (1) 整合しないとの議論
 - (2) 検討
 - a 前提
 - b 私法上の効果
 - c 私法上の制度による遡及効と公法上の制度による遡及効
- 2 相続財産の評価が帰属か
 - (1) 前提となる価値判断

(2) 相続財産の評価

- a 時効取得される経済的地位の相続財産性
- b 財産の客観的価値

(3) 相続財産への帰属による解決手法

- a 渋谷説
- b 検討

3 相続税法と遡及効——改めて、遡及すべきか

(1) 相続税の捉え直し——「相続又は遺贈により取得した」の解釈論

(2) 分類軸 1——借用概念論

- a 借用概念論に関する伝統的議論
- b 固有概念としての「所得」とその含意
- c 論点

(3) 分類軸 2——取得税構成と財産税構成

- a 所得税の補完税としての相続税
- b 課税根拠
- c 論点

(4) 帰結

- a 説 1-1：借用概念・財産税構成
- b 説 2-1：固有概念・財産税構成
- c 説 2-2：固有概念・取得税構成
- d 説 1-2：目的論的解釈・取得税構成

(5) 評価

- a 「取得」≠固有概念
- b 財産税構成か取得税構成か、ではなく立法論的契機へ

(6) 遡及効が明らかにしたもの

V. 結語に代えて

I. 序

本稿は、他の法分野における遡及効が、相続課税の課税関係にどのような影響を及ぼしているのかを、具体的事案をもとに分析し、考察するものである。この問題への接近を試みるために、以下のような手順を踏む。まず、相続課税に関する概念について、本稿における意味を定義・整理した上で、現行の相続税の課税方式を確認する(Ⅱ)。

次に、他の法分野における遡及効の相続税の課税関係への影響が問題となった三つの裁判例及び裁決例を紹介し、その特徴を明らかにした上で、課税実務上、一貫した取扱いがなされているのかにかかわる問題を設定する(Ⅲ)。なお、三つの裁判例及び裁決例は、判断主体や審級の異なるものであり、最高裁判例相互の整合性を問うのとは自ずと性質が異なることは否めない。しかし、ある程度確立した課税実務を題材に、現行の相続課税の実務上の問題点を抽出するという本稿の目的からは十分だと考える。

そして、設定した問題について、1) 租税法と私法の関係、及び、2) 課税根拠を中心とする相続税の性格、を相互に関連づけながら理論的な検討を施し、解釈論上の帰結を示すとともに、立法論上の視点を呈示する(Ⅳ)。

なお、本稿では、裁判例及び裁決例を分析の対象とし、三者の整合性を問う手法をとるが、個別事案の結論の可否を論ずる趣旨ではない。あくまで、現行相続税法が有する解決すべき理論的問題が、課税実務において顕在化していることを示すための素材とするものである。モデルを設定して分析するよりも、実際の紛争を分析対象にすることで、実務上の現象を踏まえることができ、考察が有意義なものになることを期待してのアプローチで

ある¹⁾。

本稿の目的は、伝統的な租税法と私法論をベースにしつつ、相続課税を租税法の体系上どのように位置づけるか、という基本的な問題について、具体的な事例から問題の所在を明らかにすることにある。

Ⅱ. 基本的事項の整理

1 概念整理

ここでは、本稿で論じる上で必要な相続税に関係する概念について、本稿における用語法を示しておく。なお、序においても、以下の用語法に従っている。

まず、「相続税」とは、相続税法によって課される相続税のことを指し、同じく相続税法によって課される「贈与税」とは区別する。他方、広く相続にまつわる課税関係については、贈与についての課税も含めて「相続課税」とする。但し、相続・贈与による「所得課税」(後述)については「相続課税」からは除く。

租税の種類について、「収得税」とは、人が収入(貨幣又はそれに代わる経済的価値の取得)を得ているという事実に着目して課される租税のことを指している²⁾。とりわけ、ある人の総合的担税力の標識である所得を直接に対象として課される租税を「所得課税」とする。所得税法によって課される租税のことは、「所得税」という。

他方、同じく租税の種類としての「財産税」は、財産の所有という事実に着目して課される租税のことをいうものとする³⁾。とりわけ、「財産税」の中でも、資産の移転に担税力を見出して課されるものを「資産移転税」ということとする⁴⁾。日本においては、相続税及び贈与税がこれに該当する。

相続課税の方式として「遺産税」と「遺産取得税」とがあるが、「遺産税」は、被相続

1) 具体的な立法論的提言をするためには、モデルを設定しての経済分析をすることが別途必要となるが、本稿では立ち入ることができない。

2) 金子宏『租税法(第17版)』13頁(弘文堂、2012)。

3) 金子・前掲注2)14頁。

4) 中里実「相続税の理論的問題点——研究ノート——」海外住宅・不動産税制研究会編著『相続・贈与税制再編の新たな潮流——イギリス、アメリカ、ドイツ、フランス、スイス、カナダ、オーストラリア、日本——』310頁、315頁(日本住宅総合センター、2010)〔初出1986〕を参考にした。

人の遺産を対象として課税する制度のことを指し、「遺産取得税」は、相続人が相続によって取得した財産を対象として課税する制度のことを指しているものとする⁵⁾。

2 現行の相続税の課税方式

現行の相続税法における相続税の基本的な課税方式を確認しておく。被相続人の死亡によって、相続が開始し（民法 882 条）、相続開始の時から、相続人（民法 887-890 条）は、被相続人に一身専属的に帰属するものを除き、被相続人に属した一切の権利義務を承継する（民法 896 条）。また、遺言者は、遺言によって、自らの財産を無償で他人に与えることができる（民法 964 条）。相続又は遺贈（贈与をした人の死亡により効力を生ずる贈与を含む。）により財産を取得した者は、相続税の納税義務者となり（相続税法 1 条の 3）、その者が「相続又は遺贈により取得した財産」（以下、「相続財産」という。）の全部に対し、相続税が課される（相続税法 2 条）。

相続人や遺贈を受けた者が複数いる場合は、民法所定の各相続人が民法所定の相続分に応じて被相続人の財産を相続したと仮定した場合の「相続税の総額」を計算し（相続税法 11 条）、それを各相続人及び受遺者に、その者が相続又は遺贈によって得た財産の価額に応じて按分することとしている（相続税法 17 条）。なお、相続、遺贈又は個人からの贈与により取得されるものの所得については非課税とする規定が所得税法に置かれている（所得税法 9 条 1 項 16 号）。

ここで注意しておくべきことは、課税物件が、「相続又は遺贈により取得した財産」であり、相続税が、資産移転税として課されていることである。そして、課税方式としては、基本的に遺産取得税の方式が採用されているが、相続財産がどのように分割されても

相続財産の総額がほぼ等しいことになる点（法定相続税課税方式）で、部分的に遺産税としての性格も残している。なお、ここではあくまで、現行の相続税の課税方式を確認するにとどめ、そもそもの相続税の課税根拠や沿革については、設定した問題について検討する過程で適宜触れることにする。

Ⅲ. 問題設定——裁判例と裁判例から

本章では、相続税に他の法分野における遡及効が絡んだ代表的な三つの事例を紹介した上で、三者で一貫した取扱いがなされているか、という観点から問題設定をする。

1 大阪高判平成 14 年 7 月 25 日⁶⁾

(1) 事案

原告 X1-X3（以下、「X ら」という。）は、被相続人 A から遺贈及び相続により取得した本件各土地について、移転登記をし、法定申告期限内に相続税の申告を所轄税務署長 Y に行った。

その後、A の他の子 B、C が提訴した X らを被告とする訴訟において、本件各土地について、B、C による時効取得が完成したことを認め、本件各土地について、X らに B、C への所有権移転登記を命ずる判決（以下、「別件判決」という。）が確定した。

この別件判決を理由として、X らは、本件各土地は、それぞれ B、C が占有を開始したとき（A が死亡する前）から、B、C の所有に属するから、相続財産から除外すべきであるとして、Y に対し、国税通則法 23 条 2 項 1 号による更正の請求を行った。

これに対し、Y は、更正の請求を認めない通知処分をしたので、X らは不服申立手続を経て、同通知処分の取消しを求めて出訴し

5) 金子・前掲注 2)520 頁。

6) 訟月 49 卷 5 号 1617 頁。以下、「事例 I」という。本判決の評釈として、品川芳宣「判批」TKC 税研情報 12 卷 1 号 27 頁（2003）、品川芳宣「判批」税研 107 号 90 頁（2003）、田島秀則「判批」水野忠恒ほか編『租税判例百選（第 4 版）』32 頁（2005）、高野幸大「判批」税研 148 号 145 頁（2009）、橋本浩史「判批」水野忠恒ほか編『租税判例百選（第 5 版）』192 頁（2011）がある。

た。第一審裁判所⁷⁾は、請求を棄却し、これに対して、Xらが控訴した。

争点は、相続開始後の取得時効完成の事実を認めた判決が確定したことが、国税通則法23条2項1号に規定する「課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実に関する訴えについての判決（判決と同一の効力を有する和解その他の行為を含む。）により、その事実が当該計算の基礎としたところと異なることが確定したとき。」に該当し、後発的理由に基づく更正の請求が認められることとなるか否かである。

(2) 判旨

「(2) 時効による所有権取得の効力は、時効期間の経過とともに確定的に生ずるものではなく、時効により利益を受ける者が時効を援用することによって始めて確定的に生ずるものであり、逆に、占有者に時効取得されたことにより所有権を喪失する者は、占有者により時効が援用された時に始めて確定的に所有権を失うものである。そうすると、民法144条により時効の効力は起算日に遡るとされているが、時効により所有権を取得する者は、時効を援用するまではその物に対する権利を取得しておらず、占有者の時効取得により権利を失う者は、占有者が時効を援用するまではその物に対する権利を有していたといえることができる。したがって、本件においては、本件相続開始（A死亡）時においては、本件各土地について、Bらによる時効の援用がなかったことはもちろん、時効も完成していなかったのであるから、その時点では、控訴人らが本件各土地につき所有権を有していたものである。

(3) 国税通則法23条2項1号にいう『その申告、更正又は決定に係る課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実に関する訴えについての判決により、その事実が当該計算の基礎としたところと異なることが確定したとき』とは、例えば、不動産の売買があっ

たことに基づき譲渡所得の申告をしたが、後日、売買の効力を争う訴訟が提起され、判決によって売買がなかったことが確定した場合のように、税務申告の前提とした事実関係が後日異なるものであることが判決により確定した場合をいうと解されるところ、本件においては、前記のとおり、本件相続開始時には、控訴人らは本件各土地につき所有権を有していたのであり、その点で食い違いはなく、別件判決(2)⁸⁾は国税通則法23条2項1号にいう『判決』には該当しないと解される。

課税実務上、時効により権利を取得した者に対する課税上の取扱いにつき、時効の援用の時に一時所得に係る収入金額が発生したものとし、時効により権利を喪失した者については、それが法人である場合は、時効が援用された時点を基準に時効取得により生じた損失を損金算入する扱いがされているが、正当な取扱いとしては是認することができる。

(4) 控訴人らは、時効の効力が起算日まで遡る以上、租税法の解釈としても同様に解すべきであり、遡及効という法的効果は無視することは許されない旨を主張する。しかし、時効制度は、その期間継続した事実関係をそのまま保護するために私法上その効力を起算日まで遡及させたものであり、他方、租税法においては、所得、取得等の概念について経済活動の観点からの検討も必要であって、これを同様に解さなければならない必然性があるものとはいえない。」（下線及び脚注は、筆者による。）

2 国税不服審判所裁決平成19年11月1日⁹⁾

(1) 事案

共同審査請求人総代Aほか2名（以下、「請求人ら」という。）が、相続により取得した土地について、相続開始前において既に取得時効が完成していた事実を認めた判決が確定

7) 神戸地判平成14年2月21日訟月49巻5号1623頁。第一審に係る評釈として、首藤重幸「時効と相続税」税務事例研究73巻43頁（2003）がある。

8) 「別件判決」のことを指す。

9) 裁決事例集74集1頁。以下、「事例Ⅱ」という。本裁決に係る評釈として、有賀武夫「判批」税務弘報57巻8号135頁（2009）がある。

したことから、国税通則法 23 条 2 項 1 号の規定により更正の請求をしたところ、原処分庁が更正をすべき理由がない旨の通知処分を行ったことから、その全部の取消しを求めた事案である。

争点は、相続開始前において既に取得時効が完成していた事実を認めた判決が確定したことが、同号に該当し、後発的理由に基づく更正の請求が認められることとなるか否かである。

(2) 判断

「(1) 本件規定について

イ 通則法第 23 条第 2 項の趣旨は、納税申告時には予想し得なかった事由が後発的に発生し、これによって課税標準等又は税額等の計算の基礎に変更を生じて税額の減額をすべき場合にも更正の請求を認めないとする、帰責事由のない納税者に過酷な結果が生じる場合があると考えられることから、例外的に、一定の場合に更正の請求を認めることによって、保護されるべき納税者の救済の道を拡充したものであると解される。

また、本件規定が、その救済すべき場合として、判決により申告時に基礎とした事実と異なる事実が確定した場合を挙げているのは、課税計算の前提となる諸事実は広範囲かつ多岐にわたっており、その中には、納税義務が成立する時点で必ずしも権利関係等が明確でなく、当事者間では最終的に確定し難い事実も多く、このような事実を課税の基礎とせざるを得ない場合もあり、そのような事実を課税の基礎とするときには、判決等による事実関係の確定を得て、その段階で課税の適切な是正を図るべきものとするのが妥当であるという趣旨に基づくものと解される。

ロ 本件規定の『その事実が当該計算の基礎としたところと異なることが確定したとき。』という文言と上記イの趣旨にかんがみると、本件規定にいう『事実』とは、課税標準等又は税額等の計算に影響を与える事実を広く含むと解すべきであり、事実が『異なる』とは、事後的な実体法上の権利関係の変動に限られず、納税者が納税申告の際に基礎とした事実と判決で認定された事実との比較において、相異があれば足りると解すべきであ

る。

(2) 本件規定の適用について

イ 上記 1 の (2) の口の事実によれば、請求人らは、本件相続に係る相続税の申告に当たり、本件相続開始日において、本件土地は D に対して使用貸借により貸し付けているという事実、換言すると、D らによる取得時効の完成が認められないという事実を基礎とし、そのため本件土地を自用地としての価額で評価して申告したが、その後の本件判決によって、本件相続開始日前には既に所有権の取得時効の期間が満了し、本件土地の取得時効は完成していたという事実が確定したものである。

このことは、申告の基礎とした事実と本件判決で確定した事実とに相違があるといえる。また、本件判決で確定した事実は、本件相続開始日において、本件土地には、時効の援用以外の取得時効の要件が満たされており、請求人らの意思いかんにかかわらず、D らの時効の援用があれば一方的に所有権を時効取得される状態にあったということであり、これは、本件土地の価額に影響を及ぼすべき事情として、相続税の課税標準、ひいては税額の計算に影響を与えるものといえる。

そうすると、本件判決によって、申告の基礎としたところと異なる事実が確定したものであるから、本件規定の要件を満たしていることになる。

ロ なお、請求人らは、本件判決が確定し、民法第 144 条の遡及効によって本件土地は被相続人の遺産ではなくなることから、本件相続に係る相続税の課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実が異なることとなった旨主張する。

ところで、民法第 162 条及び第 145 条が、一定期間の権利の行使と時効の援用により取得時効の効果が生じると規定していることからすると、取得時効の効果は、時効期間の経過とともに確定的に生じるものではなく、時効により利益を受ける者が時効を援用することによって初めて確定的に生じるものと解され、他方、ある一つの権利の取得時効の時期と喪失の時期とは同一であるとするのが合理的であるから、時効取得されたことにより権

利を喪失する者は、時効が援用されたときに初めて確定的に権利を失うものと解される。すなわち、時効により所有権を取得する者は、時効を援用するまでは所有権を取得しておらず、他方、取得時効により所有権を失う者は、時効が援用されるまではその所有権を失っていないといえることができる。

これに対し、民法第144条は時効の遡及効を規定するが、この規定の趣旨は、時効による権利の得喪から生じる諸問題について、永續する事実状態を尊重しつつ、一挙かつ簡明に処理するため、時効の私法上の効力について起算日まで遡及させるところにあり、この規定は、経済実態的にも原状回復を指向する民法第545条《解除の効果》第1項などと異なり、経済実態的な事実関係までも遡及的に覆すものではなく、時効の効果は民法第145条に規定する時効の援用を停止条件として確定的に生じると解されることからすれば、相続による遺産の取得という経済実態に対する課税場面である本件に民法第144条の規定は適用されず、課税上、所有権の時効取得の効果は遡及しないというべきである。

そうすると、本件においては、所有権の取得時効が援用されたのは本件相続開始日より後のことであり、本件判決によっても、本件相続開始日においては、本件土地は被相続人の遺産であったことに変わりはないから、時効の遡及効により本件土地が被相続人の遺産でなくなったことを前提にして、異なる事実が確定したものということとはできない。

したがって、この点に係る請求人らの主張は採用できない。

(3) 本件土地の相続税の課税価格に算入すべき価額について

相続税法第22条に規定する時価とは、客観的な交換価値を示す価額であると解されているところ、客観的な交換価値というものがあるが、必ずしも一義的に確定されるものではないことから、課税実務上は、財産評価の一般基準として財産評価基本通達が定められ、同通達

においては、財産の種類ごとにその評価方法が定められるとともに、同通達1の(3)において『評価に当たっては、その財産の価額に影響を及ぼすべきすべての事情を考慮する。』とされており、この取扱いは、当審判所においても相当と認められる。

これを本件についてみると、本件土地については、相続開始時において既に時効期間が経過しており、相続人にとっては、所有権を確保すべき攻撃防御方法がないために、相手方に時効を援用されれば所有権の喪失を甘受せざるを得ない状態の土地であることが本件判決の確定によって明らかとなったところ、このような状態の土地は、相続人が所有権を確保しようとすれば、時効を援用する相手方に対し、課税時期現在における当該土地の客観的交換価値に相当する金員の提供を要するのが一般的である土地といえることができるから、そのことを価額に影響を与える要因として考慮すると、土地の価額と提供を要する金額が同額であるから、結局のところ、その財産の価額は零円になると理解するのが相当と認められる。(下線は、筆者による。)

3 最判平成22年10月15日¹⁰⁾

(1) 事案

本件は、X(原告、被控訴人、上告人)の実母Aの死亡により相続した財産に係る相続税の申告をしたところ、Aが生前提訴しXがその地位を承継していた所得税更正処分取消請求事件について取消判決が確定したことから、過納金及び還付加算金がXに還付された。これをXが一時所得として確定申告したところ、所轄税務署長が過納金をAの相続財産と認定して、その相続税の更正処分及び過少申告加算税の賦課決定処分を行った。これに対し、Xは異議申立てをし、国税不服審判所は、過少申告加算税賦課決定処分については、国税通則法65条4項の「正当な理由」があるとして取り消す旨の裁決を下

10) 民集64巻7号1764頁。以下、「事例Ⅲ」という。本判決に係る評釈として、鎌野真敬「判解」ジュリ1426号171頁(2011)、大高由美子「判批」税研154号82頁(2010)、橋本守次「判批」税務弘報59巻2号78頁(2011)、林仲宣「判批」ひろば64巻2号62頁(2011)、駒宮史博「判批」ジュリ1416号62頁(2011)、増田英敏「判批」判評631号152頁(2011)、瀧圭吾「判批」水野ほか編・前掲注6(第5版)182頁がある。

したが、更正処分については異議が認められなかったため、Xが過納金の還付請求権は相続開始後に発生した権利であるから相続財産を構成しないと主張して、処分の一部取消しを求めた事案である。

争点は、相続開始時点では、未だ係属中の更正処分取消訴訟についての取消判決が確定したことにより、取消判決の遡及効によって、過納金の還付請求権が相続財産を構成するか否かである。

第一審¹¹⁾は、「Aの死亡時すなわち相続開始時には、別件所得税更正処分取消訴訟が係属中であり、未だ本件過納金の還付請求権が発生していなかったことは明らかである」と述べ、相続財産を構成しないとし、Xの請求を認容した。原審¹²⁾は、「取消訴訟の確定判決によって取り消された行政処分の効果は、特段の規定のない限り、遡及して否定され、当該行政処分は、当初からなかった状態が回復される」とし、したがって、「別件所得税更正処分の取消判決が確定したことにより、Aが別件所得税更正処分に従い納税した日に遡って本件過納金の還付請求権が発生していたことになり」、「別件所得税更正処分の取消判決の遡及効を制限する特段の規定も存在しない」と述べ、本件過納金の還付請求権は、相続財産を構成するとし、第一審判決を取り消し、Xの請求を棄却した。Xが上告した。

(2) 判旨

上告棄却。

「所得税更正処分及び過少申告加算税賦課決定処分の取消判決が確定した場合には、上記各処分は、処分時にさかのぼってその効力を失うから、上記各処分に基づいて納付された所得税、過少申告加算税及び延滞税は、納

付の時点から法律上の原因を欠いていたこととなり、上記所得税等に係る過納金の還付請求権は、納付の時点において既に発生していたこととなる。このことからすると、被相続人が所得税更正処分及び過少申告加算税賦課決定処分に基づき所得税、過少申告加算税及び延滞税を納付するとともに上記各処分の取消訴訟を提起していたところ、その係属中に被相続人が死亡したため相続人が同訴訟を承継し、上記各処分の取消判決が確定するに至ったときは、上記所得税等に係る過納金の還付請求権は、被相続人の相続財産を構成し、相続税の課税財産となると解するのが相当である。」（下線は、筆者による。）

4 概観と問題設定

(1) 概観

事例Ⅰから事例Ⅲから読み取れるのは、以下のような課税実務及び裁判所の判断である。第一に、事例Ⅰと事例Ⅱから看取できるように、相続開始時に相続財産に属していた財産について、時効取得(民法162条、163条)がなされ、その時効が、相続開始後に援用(民法145条)された場合であっても、時効の遡及効(民法144条)は、相続税の課税上は、斟酌されない(以下、「取扱いⅠ」という)。

第二に、事例Ⅰと事例Ⅱの比較からわかるように、時効の遡及効は相続税の課税上斟酌されないとしても、相続開始時に、既に時効が完成していた場合は、相続財産の評価の段階で、既に時効取得されたものとして土地の評価がなされ、その限りで時効について斟酌される(以下、「取扱いⅡ」という)。他に、このような相続財産の「評価」の局面において、取得時効の事実を斟酌するものとして、

11) 大分地判平成20年2月4日訟月56巻2号165頁。第一審に係る評釈として、林隆一「判批」税理51巻6号84頁(2008)、橋本守次「判批」税務弘報56巻7号123頁(2008)、増田英敏「判批」月刊税務事例40巻8号1頁(2008)、岸田貞夫＝高橋心也「判批」TKC税研情報18巻1号1頁(2008)、林仲宣＝高木良昌「判批」税務弘報57巻10号58頁(2009)がある。

12) 福岡高判平成20年11月27日訟月56巻2号153頁。原審に係る評釈として、朝倉洋子「判批」旬刊速報税理27巻36号19頁(2009)、本山敦「判批」月報司法書士449号36頁(2009)、林＝高木・前掲注11)58頁、橋本守次「判批」税務弘報57巻5号43頁(2009)、谷口智紀「判批」専修法研論集45号123頁(2009)、西本靖宏「判批」税研148号151頁(2009)、伊川正樹「判批」速報判例解説「(法セ増刊)5号」291頁(2009)、大淵博義「判批」税務弘報57巻2号2頁(2009)、山田二郎「判批」税経通信64巻13号144頁(2009)、高野幸大「判批」税経通信64巻13号153頁(2009)、三木義一「判批」ジュリ1402号154頁(2010)がある。

賃借権の時効取得がなされた事案である国税不服審判所裁決平成14年10月2日¹³⁾がある。

第三に、事例Ⅰ・Ⅱと事例Ⅲの比較からわかるように、課税上、時効取得の遡及効については、一般的にこれを否定するのに対し、処分取消判決の遡及効に関しては、当然にこれを肯定し、相続税の課税上も、これを斟酌している（以下、「取扱いⅢ」という）。

(2) 問題設定

このような取扱いが相互に整合するものであるのか、また、相続税の課税として適切なものといえるかを、問題として設定する。この問題設定について、判旨を分析し、さらに学説の見解を踏まえて検討していくが、枝分かれして生ずるあらゆる処理方法を検討するため以下のような段階を踏むことにする。

第一に、取扱いⅢは、取扱いⅠと矛盾するものではないかを問う。同じく遡及効が問題になりながら、遡及効が課税上斟酌された事例とされなかった事例とで、遡及効の性質の違いがないかを論ずる。そして、遡及効を課税上認めない取扱いに一応の整合的な説明が可能であるかを検討する。そして、その背後にある課税庁ないし裁判所の思考様式を探る。

第二に、取扱いⅡは妥当かを問う。ここでは、第一の問題とは別に、私法上の遡及効が課税上斟酌されないという取扱いは前提とした上で、実質的に時効取得の影響を斟酌する手法の妥当性を問題にする。

第三に、取扱いⅡが妥当でないとすれば、取扱いⅠはどう評価すべきか、を問う。第二の問題の検討によって取扱いⅡの妥当でない点が明らかになれば、自ずと遡及効が課税上斟酌されないことの正当性を改めて問う必要があるからである。

IV. 展開

租税法上も、遡及効が及ぶか否

1 か——事例Ⅰ・Ⅱと事例Ⅲの整合性

同じく遡及効が関係していながら、事例Ⅰ・Ⅱと事例Ⅲとの関係について詳細に論じたものはないようであるから、取扱いⅠと取扱いⅢの整合性を検討してみる¹⁴⁾。

(1) 整合しないとの議論

事例Ⅲの判旨では、「所得税更正処分及び過少申告加算税賦課決定処分の取消判決が確定した場合には、上記各処分は、処分時にさかのぼってその効力を失うから、上記各処分に基づいて納付された所得税、過少申告加算税及び延滞税は、納付の時点から法律上の原因を欠いていたこととなり、上記所得税等に係る過納金の還付請求権は、納付の時点において既に発生していたこととなる」として、被相続人が上記各処分の取消訴訟提訴後係属中に相続が起きた場合、「過納金の還付請求権は、被相続人の相続財産を構成し、相続税の課税財産となると解するのが相当である」としている。

その一方で、事例Ⅰの判旨では、「控訴人らは、時効の効力が起算日まで遡る以上、租税法の解釈としても同様に解すべきであり、遡及効という法的効果が無視することは許されない旨を主張する。しかし、時効制度は、その期間継続した事実関係をそのまま保護するために私法上その効力を起算日まで遡及させたものであり、他方、租税法においては、所得、取得等の概念について経済活動の観点からの検討も必要であって、これを同様に解さなければならない必然性があるものとはいえない。」としている。

同様に、事例Ⅱの判断でも、「民法第144条は時効の遡及効を規定するが、この規定の趣旨は、時効による権利の得喪から生じる諸問題について、永続する事実状態を尊重しつつ、一挙かつ簡明に処理するため、時効の私

13) 裁決事例集 64 集 1 頁。

14) 両者についてごく簡単に紹介するものとして、渚・前掲注 10)183 頁。

法上の効力について起算日まで遡及させるところにあり、この規定は、経済実態的にも原状回復を指向する民法第 545 条《解除の効果》第 1 項などと異なり、経済実態的な事実関係までも遡及的に覆すものではなく、時効の効果は民法第 145 条に規定する時効の援用を停止条件として確定的に生じると解されることからすれば、相続による遺産の取得という経済実態に対する課税場面である本件に民法第 144 条の規定は適用されず、課税上、所有権の時効取得の効果は遡及しないというべきである。」としている。

かたや、租税法上も遡及効が及ぶことを当然に肯定し¹⁵⁾、他方では、租税法における「経済活動の観点」、「経済実態」を持ち出すことによって、租税法上遡及効を否定するのは、いかにもダブルスタンダードであり、整合的でないと議論が可能である。とりわけ、事例Ⅲの上告受理申立理由書の中には、還付請求権が納付時に遡って発生したとされる場合であっても、それは一種の擬制にすぎず、租税法においては、相続財産の取得の概念については、経済活動等の観点からの検討も必要であり、これを民法上の効果と同様に解さなければならない必然性があるとはいえないとの主張がなされているのに対し¹⁶⁾、最高裁は何ら応答せずに判決を下しており、取扱いⅠとの整合性が問われることになる。なお、ここでは、両判決を整合的に説明できるかを問うにとどめ、そもそも租税法上も遡及効を認める「べきか」否かの議論は後ほど別途行うこととする。

(2) 検討

a 前提

「過納金」とは、租税手続法的にみて、納付又は徴収の時に法律上の原因があったが、後に法律上の原因を欠くに至った税額のことであり、実体法的にも手続法的にも納付又は

徴収の時点から既に法律上の原因を欠いていた税額である「誤納金」と区別される¹⁷⁾。過納金は、有効な確定処分に基づいて納付ないし徴収された税額であるから、基礎になっている行政処分が取り消され、公定力が排除されない限り、納税者は不当利得としてその還付を求めることができない¹⁸⁾。

b 私法上の効果

取得時効においては、時効の援用によって占有開始時に遡って目的物への権利を原始取得する。他方、取消判決においては、所得税更正処分及び過少申告加算税賦課決定処分の取消判決の確定によって、還付請求権が納付時に遡って発生することになるが、この還付請求権は、その実質が民法上の不当利得返還請求権である¹⁹⁾。よって、時効取得された権利と不当利得返還請求権とは、いずれも私法上の権利が遡及的に発生するという点で、一応は共通するようである。

では、取扱いⅠと取扱いⅢは矛盾するのか。事例Ⅲが最高裁判決であり、事例Ⅰは下級審判決、事例Ⅱに至っては国税不服審判所の判断にすぎないから、そのような結論を問題視する必要がないとの立場もありえよう。しかし、ここでは少し踏み込んで、両者は整合的に理解する余地がないかを検討する。

c 私法上の制度による遡及効と公法上の制度による遡及効

(a) 何が遡及するか

結論から言えば、取得時効の遡及効と取消判決の遡及効とは、「何が」遡及的な効果を有するかの点で区別できる。事例Ⅰ・Ⅱでは、遡及効を有するのは、取得時効という、いわば私法上の法現象そのものであり、取得時効の遡及効によって時効取得された権利自体が遡及的に存在したものととして擬制される。事例Ⅰの判旨も述べるように、「時効制度は、その期間継続した事実関係をそのまま

15) 鎌野・前掲注 10)172 頁も、還付請求権が納付時に遡って発生することを当然の前提としていると解すべきとしている。

16) 民集 64 卷 7 号 1777 頁。

17) 金子・前掲注 2)703 頁。

18) 金子・前掲注 2)703 頁。

19) 金子・前掲注 2)701 頁。

保護するために私法上その効力を起算日まで遡及させたもの」である²⁰⁾。

他方、事例Ⅲでは、取消判決により遡及的に擬制されるのは「処分が存在しなかったこと」である。判旨も、取消判決の確定によって、処分が処分時に遡ってその効力を失い、処分に基いて納付された税が、納付の時点から法律上の原因を欠いていたこととなるから、過納金の還付請求権は、納付の時点において既に発生していたこととなる、という論理構成をとっている。そうすると、事例Ⅲについては、むしろ、還付請求権が、不当利得返還請求権として本来当然に発生すべきだったところ、公定力が間接付随的な障碍となって、その私法上における発生が妨げられていたとみることができる²¹⁾。

公定力については、現在では、立法政策として取消訴訟の排他的管轄を有する取消訴訟制度が設けられている²²⁾ ことの結果、反射的に認められる効果にすぎないとされている²³⁾。したがって、公定力は、積極的に私法上の権利関係を創出するものというわけではなく、いつてみれば私法上の権利関係に対しては無関心だといえる。

そうであれば、取得時効の遡及効については、私法上の権利関係自体の擬制とみることが適切である一方、取消判決の遡及効については、もともと発生してしかるべきところの不当利得返還請求権について、取消訴訟制度

による公定力の反射的效果として、取り消されるまではひとまず「法律上の原因」があったことになるためにその発生が取消訴訟の機能によって妨げられていたにすぎないと解すべきである²⁴⁾。したがって、取消判決によって妨げがなくなれば、本来の私法上の権利関係としての形で顕在化するだけであるとみることができる。

このように、遡及効を有するのが私法上の制度ではなく、公法上の制度であって、相続財産としての債権が、事実経過としての相続開始当時に私法上本来的に発生していたはずのものだった、という点で、事例Ⅲは事例Ⅰ・Ⅱと区別できると思われる。

(b) 私法上の遡及効を無視する可能性

だが、遡及効を有するのが私法上の制度であるからといって、課税上それを無視することが当然に正当化されるわけではない。時効が援用された場合、占有開始時に取得時効の効果が遡り（民法 144 条、162 条）、結果的に相続人は相続開始時に当該財産を所有していなかったことになることと解されてきた²⁵⁾。それにもかかわらず、遡及効を有するのが私法上の制度の場合には課税上これを無視する取扱いの背後には、以下のような課税庁ないし裁判所の思考様式があるのではなかろうか。すなわち、一旦租税「債権」が有効に成立したのであれば、その後の私法関係の遡及的な変動によっては、それ以前に生じた租税

20) 民法学説上も、長く続いた事実状態をそのまま法律状態に高めようとするものとして時効制度の趣旨を捉えた上で、時効完成までの果実や利息の返還を要求することはこの趣旨に反するものであるから、時効による権利変動を簡明に処理するために、これに遡及効を認めたものとされている（我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法——総則・物権・債権——（第2版追補版）』289頁（日本評論社、2010））。

21) この点、増田・前掲注 11)7 頁は、相続開始時点において金銭的価値を具体的に累積することができない財産は相続財産から排除されるとして、相続開始時点に本件過納金の還付請求権が具体的に存在していたかが問われなければならないとする。増田・前掲注 10)154-155 頁も、相続税法 22 条の存在から、相続財産は、金銭的価値に評価しうる財産に限定されるところとして、訴訟係属中の還付請求権は金銭的価値により測定評価することが困難であるから、相続財産にあたらないとする。これは、申告納付する際の、納税者の困難を適切に指摘するものである。しかし、相続財産は財産権の対象となる一切の物及び権利が含まれるとするのが一般的であり（金子・前掲注 2)507 頁）、評価の困難性の問題と相続財産に含まれるかの問題は峻別して考えるべきである。さらに、相続財産の評価が困難であることと、不可能であることも一応は分けられるように思われる。

22) 塩野宏『行政法Ⅰ（第5版）』145頁（有斐閣、2009）、宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第4版）』326-327頁（有斐閣、2011）。

23) 鎌野・前掲注 10)172 頁。

24) 高野・前掲注 12)160 頁も公定力について同様の理解を示すものと言える。

25) 金子・前掲注 2)117 頁。占部裕典「時効が課税関係に及ぼす影響——相続税法における時効取得と特別の更正の請求の可否を中心に——」同志社法学 58 巻 4 号 61 頁、91 頁（2006）も同旨。但し、民法上、占有開始後、援用までの間の所有権移転までがなくなることにはならないとも考えられるが、遡及効との関係が明らかでない。

「債権」は法的安定性の見地から影響を受けない、というものである。

そのための立論としては以下の二つの考え方がありうる。第一に、取得時効の遡及効によっては一度開始した相続がなくなるわけではないという立論である。仮に、占有開始後時効援用までの間に、時効取得された土地が相続されたとき、時効援用があったとしても、被相続人と相続人との間での相続による所有権移転の事実がなくなることにはならないと解される。そうすると、相続人を、相続の事実から派生的に租税債権を取得する国家に置き換えてみると、相続の事実がなくなるわけではない以上、相続開始時に相続財産に含まれていた財産について租税債権を取得したのであれば、それが事後的になくなることにはならないと解する余地がある。この場合、相続開始が時効完成前であったか後であったかを問わず、一律に取得時効の遡及効を課税上無視できることになる。

第二に、いわば国家を「第三者」としてみる考え方である。このような考え方は、遡及効が絡んだ他の裁判例からもうかがえる。それは、合併無効判決に関する大阪高判平成14年12月26日である²⁶⁾。同判決は、合併無効判決の不遡及効を定めた旧商法415条3項が準用する旧商法110条の規定²⁷⁾について、「いったん合併が行われると、合併が有効にされたことを前提に多数の法律関係が積み重ねられるものであり、民法の一般原則のとおり遡及効を認めると、取引の安全を害

し、いたずらに法律関係の混乱を招くおそれがあることから、合併無効判決が確定しても、従前の権利義務には影響がないとして、合併無効判決の遡及効を制限しているものと解される。そして、租税法上、課税関係における合併無効判決の効力に関する規定はないが、私法上の効力と別異に解すべき理由はなく、課税関係においても、合併無効判決の効力は遡及しないと解するのが相当である。」として、合併無効判決が確定しても、既になされた合併に係る清算所得課税及びみなし配当課税には影響がないと判断している。私法それ自体が遡及効を制限しているのであれば、「第三者」たる国家も当然それによって保護される、ということになるのである²⁸⁾。このような思考様式を法的に基礎づけることは、第三者保護を認める不遡及効規定のような私法上の明文規定がなければ、基本的には困難であろう。だが、解釈論上の可能性が全くないわけではない。

後発的理由に基づく更正の請求においては、解釈上、納税者に「法23条1項所定の期間内に更正の請求をしなかったことにつきやむを得ない理由」を求める（無帰責性要件）のが判例²⁹⁾の立場であり、これを肯定的に受けとめる学説もある³⁰⁾³¹⁾。この判例は、虚偽の遺産分割協議に基づいて相続税の申告をし、後に遺産分割協議無効確認判決が確定したとして後発的理由に基づく更正の請求がなされたことに対し、上記「やむを得ない理由」の存在を否定したものである。これは、

26) 訟月50巻4号1387頁。なお、上告受理申立てに対しては、最決平成17年6月2日税務訴訟資料255号順号10046によって不受理決定が出されている。

27) 同条は、「合併ヲ無効トスル判決ハ合併後存続スル会社又ハ合併ニ因リテ設立シタル会社、其ノ社員及ビ第三者ノ間ニ生ジタル権利義務ニ影響ヲ及ボサズ」と定めていた。会社法では839条に相当する。

28) 金子宏「会社の成立・合併・分割の無効判決の効果の不遡及と租税法関係——『租税法と私法』に関する一考察——」『租税法理論の形成と解明（下）』107頁、109-110頁（有斐閣、2010）〔初出2002〕も、国家が「第三者」にあたるとする。但し、合併等、無効となる組織行為自体には、不遡及規定の適用対象外であると私法自体を解釈することによって、結論として判旨には反対する。しかし、会社法839条のもとでは、このような解釈が困難になった（太田洋「判批」税研148号94頁、97頁（2009））。

29) 最判平成15年4月25日訟月50巻7号2221頁。

30) 神山弘行「判批」ジュリ1266号208頁、209頁（2004）。反対するものとしては、高橋祐介「判批」税法学550号127頁、144頁（2003）がある。

31) 課税当局に比較的近い立場からは、国税通則法23条2項は、明文では規定していないが、23条1項と2項との関係から、「1項所定期間内に更正の請求をしなかったことにつきやむを得ない理由」＝無帰責性を要求していると解している（武昌昌輔監修『DHC 国税通則法コンメンタール § 1-55』1441の5頁（第一法規、1982）〔最終加除：2011〕、蔵重有紀「判決を後発的理由とする更正の請求の要件」山田二郎喜寿『納税者保護と法の支配』193頁、214頁（信山社、2007））。

通謀虚偽表示との関係での「第三者」たる国家を保護したと読めなくもない³²⁾。このように、一定の要件を満たすと租税法律関係の安定を真実の権利関係より優先させることがあることは示唆的である。以上のような思考様式を国税通則法 23 条 2 項の解釈論として理論的に基礎づける方向性は十分にありうるものと思われる³³⁾³⁴⁾³⁵⁾。

結論としては、取消判決の遡及効を課税上斟酌するのはいわば当然であるとはいえる。しかし、私法上の制度である取得時効について遡及効を認めないという立論によって「相続財産」に含まれるとの帰結を導くには、可能性はあるものの、解釈論上どこに位置づけるのかという点でなお検討を要するということになる。この点については、後述する。

2 相続財産の評価か帰属か

(1) 前提となる価値判断

本節では、事例Ⅰと事例Ⅱを中心に、私法上の遡及効が相続税法上は影響しないことを前提とした場合の紛争解決方法を検討する。まず、事例ⅠとⅡの判旨からうかがえる価値判断を確認する。

事例Ⅰでは、「本件においては、本件相続開始（A死亡）時においては、本件各土地について、Bらによる時効の援用がなかったことはもちろん、時効も完成していなかったものであるから、その時点では、控訴人らが本件各土地につき所有権を有していたものである。」としているのに対し、事例Ⅱでは、遡

及効を相続税法上は同様に否定しつつ、「相続開始時において既に時効期間が経過しており、相続人にとっては、所有権を確保すべき攻撃防御方法がないために、相手方に時効を援用されれば所有権の喪失を甘受せざるを得ない状態の土地であることが本件判決の確定によって明らかとなったところ、このような状態の土地は、相続人が所有権を確保しようとすれば、時効を援用する相手方に対し、課税時期現在における当該土地の客観的交換価値に相当する金員の提供を要するのが一般的である土地ということが出来るから、そのことを価額に影響を与える要因として考慮すると、土地の価額と提供を要する金額が同額であるから、結局のところ、その財産の価額は零円になると理解するのが相当と認められる。」として、相続財産の評価（相続税法 22 条）の局面で、原告の救済を図っている。ここからうかがえる価値判断は、以下のようなものである。すなわち、相続開始時に時効が完成していないのであれば、時効の中断によって、時効取得を防ぐことができたのであるから、原告救済の必要性は低い。一方で、相続開始時に時効が既に完成していた場合は、もはや時効の中断をすることができないから、原告救済の必要性が高いというものである。

もちろん、このような価値判断自体には疑問が生じうるところである。なぜなら、時効完成前に相続が開始した場合であっても、何らかの事情でやむを得ず時効の中断をすることができない場合というのが想定できるから

32) 渡辺徹也「判批」民商 130 巻 1 号 142 頁, 145 頁 (2004) は、脱税目的の虚偽表示に対する処理の背後にクリーンハンズ原則やパブリック・ポリシー（公序）のような発想があったと指摘する。

33) このような処理が手続法による処理であり、租税実体法の議論をすべきだとの批判も考えられるが、国家を租税債権者と捉えることは、ある種手続法を実体法化する思考であるともいえる。

34) 仮にこのような思考様式が存在したとしてその正当化を試みるとするならば、相続課税の歴史的沿革が、中世ヨーロッパ封建領主の領有権から派生した私的なものであるという分析（中里実「財政法の私法的構成（下）」ジュリ 1403 号 169 頁, 175 頁 (2010)）は、示唆を与えてくれるものである。すなわち、国家も、租税債権という私債権について、実体法的に第三者として登場してくる余地があるという方向性につながりうる。但し、一方で同時に相続制度自体の財産権としての性格の分析も不可欠となり、相続制度と国家の関係を考えていくことになる。

35) 最判昭和 48 年 4 月 26 日民集 27 巻 3 号 629 頁は、登記を冒用された納税者への譲渡所得の課税処分の当然無効が認められるかという問題について、傍論部分ではあるが、「事後において明示または黙示にこれを容認していたとか、または右の表見的権利関係に基づいてなんらかの特別の利益を享受していた等の、特段の事情のない限り、」課税処分の不可争の効果による不利益を甘受させることは著しく酷であるとしている。この判示は、国家を「第三者」とする表見的権利関係を想定していると読めなくもない。

である³⁶⁾。そのような場合が想定できるにもかかわらず、時効の完成の前後という一律の基準によって割り切るのは妥当でないといえる³⁷⁾。とりわけ、後述するように、時効完成後に相続が開始した場合に、一律にその評価額を零円とする運用を肯定する立場にあっては、時効取得された財産の相続財産該当性の議論に立ち入らないため、時効完成前であっても、時効中断ができないような事情がある場合に対応することができないという問題がある。しかし、取扱いⅡが現実存在する以上は、ひとまず上記価値判断自体の当否は措き、この価値判断を前提にして、租税実体法上の議論を試みる。具体的には、上記価値判断を相続財産の評価によって実現することによどのような問題があるのか、また、そもそも相続財産に含まれないといった議論が可能なのか、さらにはそれが適切なのか、といった点を論ずることとする。

(2) 相続財産の評価

ここでは、事例Ⅱや国税不服審判所裁決平成14年前掲注13)の採用した、相続開始時に取得時効が完成していたことを相続財産の評価に反映させるアプローチについて検討する。確認しておくべきは、両裁決ともに、直接には、後発的理由に基づく更正の請求における「課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実」(国税通則法23条2項1号)にあたるかが問題となったことである。両裁決は、共に課税上取得時効の効果が遡及することを明示的に否定した上で、相続開始時に既に時効が完成していた場合は、時効の援用が

あれば一方的に所有権ないし賃借権を時効取得される状態にあったということであり、これは、本件土地の価額に影響を及ぼすべき事情として、相続税の課税標準、ひいては税額の計算に影響を与えるものとして、当該条項に該当すると判断している。

このような評価方法によって原告の実質的な救済を図る手法には、一応の合理性があるが、いくつか考えるべき問題点もある。

時効取得される経済的地位の相続財産性

第一に、時効取得される経済的地位を相続財産としてどう評価するか、という問題がある。事例Ⅱでは、これを土地の評価に織り込んで扱っている。すなわち、財産評価基本通達1(2)は、「財産の価額は、時価によるものとし、時価とは、課税時期(括弧内略)において、それぞれの財産の現況に応じ、不特定多数の当事者間で自由な取引が行われる場合に通常成立すると認められる価額」をいうとしている。しかし、時効が完成しているからといって、必ず援用されるわけではないのであるから、時効完成の事実のみをもって、その評価額を零円とすることは、結論を先取りしたあまりにも乱暴な評価方法だと思われる³⁸⁾。

そもそも、見方によっては、相続人は、時効の援用という一種のオプションの行使によって原資産たる時効取得された土地の所有権を失う、というマイナスの経済的地位を相続したとみる可能性がある³⁹⁾⁴⁰⁾。ありうる解決手法としては、そのマイナスの経済的

36) 金子宏「更正の請求について」税大ジャーナル3号1頁, 11頁(2005)は、後発的理由に基づく更正の請求の要件の文脈で、時効の中断をしなかった場合でも更正の請求が認められてもよい場合がありうることを指摘する。その上で、そもそも後発的理由に基づく更正の請求の対象とならない場合でも、後発的無効の理論によって救済を図ることの検討の必要性を指摘する。

37) 但し、後述するように、時効の完成をオプションの付与とみるのであれば、時効の完成の前後による取扱いの区別には合理性が認められることになる。

38) 渋谷雅弘「相続税課税価格の減額方法」税務事例研究120号54頁, 62頁(2011)。

39) 法人所得課税の文脈であるが、保険とデリバティブの扱いを同じにする観点から、デリバティブのショートポジションをとった場合には、将来の支払可能性を時価評価して負債計上することの可能性を指摘するものとして、中里実「法人課税における保険とデリバティブの境界」落合誠一選譯『商事法への提言』925頁, 942頁(商事法務, 2004)。

40) 釧路地判平成13年12月18日訟月49巻4号1334頁は、先物取引の建玉について、反対取引を委託して差金決済できる契約上の地位として、その相続財産性を認めている。但し、この事案の解決としてはよいとしても、すべての契約上の地位等が相続税の課税財産となると考えるわけにもいかないであろうとの指摘もある(中里実「デリバティブ取引と所得課税——研究ノート」日税研論集55号27頁, 61頁(2004))。

位について、債務控除（相続税法 13 条 1 項 1 号）を受けるといものである。しかし、そのような地位は、「債務」（相続税法 13 条 1 項 1 号）と認められるか問題である上、仮に「債務」にあたるといえたとしても、時効が援用されるか否かが不確定であるため、「確実」（相続税法 14 条）とは認められず、控除は認められないであろうとの指摘がある⁴¹⁾。

そこで、事例Ⅱでは、相続財産であるといやすい時効取得された土地の評価において、そのマイナスの経済的地位を加味する手法をとったものと思われる。実際に援用がされたのだから過去を振り返ってみて結局は零円だったと評価できるとの議論はすべきでなかろう。評価基準時は相続開始時（相続税法 22 条）だからである⁴²⁾。仮にその地位を土地の評価に便宜的に織り込むのであるとしても、絶対に援用がなされるとは限らない以上、コールオプションを行使されうる地位の負担付きの土地の評価額は零円にはならないと思われる。仮に零円と評価した場合、時効が援用されないうちに処分できたとき、そのマイナスの地位から逃れたことについて一時所得として計上し、別途申告を要求することが合理的とも思えない。

このように土地の評価にこの経済的地位を読み込む場合、理論上は時効援用の有無が評価に影響しないことになるが、時効の援用規

定を良心規定と解する起草者以来の民法上の伝統的通説⁴³⁾の趣旨が、租税法上没却されないかという問題が残る⁴⁴⁾⁴⁵⁾。また、より困難な問題は、一律に援用がされる可能性を算定して財産評価をするという運用に実現可能性がないのではないかという点である。ここに評価による解決の困難性がうかがえる。

b 財産の客観的価値

第二に、事例Ⅱでは、時効が完成しているという事実は、財産の内容ではなく、帰属の問題であるから、財産自体の客観的価値は変わらないのではないかと、という議論がありうる⁴⁶⁾。そこで、財産評価の基準時である相続開始時に、相続された土地が譲渡された場合を想定してみる。時効が完成した土地が譲渡された場合、判例⁴⁷⁾上、時効完成後の第三者は第三者対抗要件を具備することによって、完全な所有権を取得できるとされている。すると、時効取得者から土地を改めて買い受けることによってしか時効取得された土地を保持できない相続人からすれば、当該土地の主観的価値は零円に近くなろう。しかし、対抗要件を具備させることによって完全な所有権を移転し、当該土地を処分できるのであれば、時効が完成していることについて相続財産の評価として斟酌する必要はなくなろう⁴⁸⁾⁴⁹⁾。そして、財産評価基本通達 1 (2) は、時価を、「……（略）……課税時期（括

41) 渋谷・前掲注 38)67 頁。

42) 釧路地判平成 13 年前掲注 40) は、先物取引の建玉の評価額を、相続開始 3 日後に差金決済されたその決済益であると判断している。浅妻章如「判批」ジュリ 1230 号 129 頁、130 頁 (2002) は、基準時について従来の時価の考え方にそぐわないと指摘しつつも、納税者に不可能を強いることはできないから解釈論として許容できると評する。

43) 梅謙次郎『民法要義巻之一（復刻版）』315 頁（信山社、1992）〔初出 1897〕。

44) 渋谷・前掲注 38)70 頁は、時効の援用の有無が理論上は影響しないことに疑問を呈する。

45) もちろん、租税法上は、相続財産として取得した経済的価値を評価して課税するのであるから、民法上の規定とは無関係であるという議論は可能である。

46) 渋谷・前掲注 38)62 頁。

47) 最判昭和 33 年 8 月 28 日民集 12 卷 12 号 1936 頁、最判昭和 57 年 2 月 18 日裁判集民 135 号 201 頁。

48) ここでは、既に時効取得者が対抗要件を具備しているような場合には、譲受人は買い受けず、確実に対抗要件を具備できる場合に買い受けるという仮定を置くことになるが、土地を買うに際しては対抗要件を具備できる可能性を考慮すると思われるので、このような仮定は十分にありうるものと考えられる。もちろん、買受人が背信的悪意者ならば対抗要件の具備には意味がなくなるが、土地について占有者がいることを確認してただけで背信的悪意と評価されるところまでは判例は到達していないと思われる（最判平成 18 年 1 月 17 日民集 60 卷 1 号 27 頁は、「多年にわたる占有継続の事実」の認識を要求している）。ありうるとすれば、不法占拠者がいることについて一般に相場が低くなるという社会的事実に基づく評価額の低落である。買受人一般が背信的悪意者だと仮定して、買い受けても当該土地を使用収益できないから処分できないと想定することが妥当とは思われない。

49) しかし、国税不服審判所裁決平成 14 年前掲注 13) のように、土地賃借権が時効取得されたような場合には、

弧内略)において、それぞれの財産の現況に応じ、不特定多数の当事者間で自由な取引が行われる場合に通常成立すると認められる価額」としている。この通達に合理性を認め、これに従うのであれば、基準にすべきは時効取得された者が時効取得者に払うことになるであろう額ではなくて、一般的に第三者が買い受けるときの価額となると解すべきことになる。もちろん、事実上の問題として、時効が完成していることや土地に占有者がいることが売却価額を下げているという社会的事実があるのであれば、それが、財産評価基本通達1(3)に定める「その財産の価額に影響を及ぼすべきすべての事情」に該当するものとして一定程度考慮され、低く財産評価されるということにはなろうが、このことは、一律に零円と評価すべきか否かの議論とは別の議論である。

このように考えると、財産自体の客観的価値が変わらない、という議論は基本的に妥当である⁵⁰⁾。このような批判の背後には、コールオプションを付与した地位という、マイナスの経済的地位を原資産たる土地の評価に便宜的に織り込むという手法への懐疑があると思われる。

そして、このような手法は、その経済的地位の評価の困難性に加え、そのような経済的地位を読み込むことのできる適切な財産がないときに限界を生じる。具体的には、事例Ⅲのような、未だ公定力によって潜在しており、発生ないし行使を妨げられている還付請求権を遡及的に取得しうる地位である。これは、見方によっては、条件付権利とみることも

もできる。未だ発生していない還付請求権を勝訴確率によって割引くようなことがありうる」とすれば、ひいては、訴訟係属中に相続した民事上の請求権一般についてその地位をどう評価するのかという問題までも生じてしまいかねない。いわば条件付きの権利である更正処分が取り消される前の還付請求権については、相続税法基本通達1の3・1の4共-9が、条件付遺贈・贈与について、財産取得時期を条件成就時としていることにも配慮して考えることが必要であろう。

従来の取扱いでは、裁判例⁵¹⁾・裁決例⁵²⁾において、買戻特約が付されている事実、すなわち、あらかじめ決められた価格により財産を譲渡しなければならないという事実が財産評価上考慮されていないが、そのこととの整合性も問題となる⁵³⁾。

以上より、相続財産の評価による原告の救済は、事例Ⅱの事案の解決としては一定の合理性があるとはいえ、そもそも相続財産に含まれるか否かを検討すべきところ、その問題をあいまいにしたまま、課税庁の裁量が認められる相続財産の評価によって問題を解決しようとしていることが明らかになった⁵⁴⁾。このような解決は、課税庁による便宜的な運用という側面が否定できず、他の取扱いとの統一性・整合性にも欠けるところがあり、問題がある。租税法律主義の観点からは、このような手法を一般的な規範として受け入れることは難しいであろう。

(3) 相続財産への帰属による解決手法

次に、租税法上、取得時効の遡及効が影響しないことを前提とした上でも、なお相続財

借地権であれば借地上登記建物という形で対抗要件(借地借家法10条1項)が具備されている可能性があり、その場合は、賃借権負担付きの土地として相続財産の時価評価をすることには合理性がある。しかし、この事案では、時効取得された土地は、農地であった。とはいうものの、同事案において提出された私企業による不動産鑑定評価書においては、(請求人が提出するものであるから当然とはいえるものの)土地の買受人は、買い受け後に時効が援用されたときに、時効取得者に対して「解決金」を支払うものとして評価している。現実には明渡しを求めるためのコスト等も加味して評価されるからであろうか。

50) 譲受人は対抗要件を具備することによって、その土地を自由に使用・収益・処分することができる(民法206条)のであるから、その土地が生む将来キャッシュフローの合計の割引現在価値たる資産の客観的価値に、時効取得されたことが反映されることはない。

51) 大阪地判昭和63年12月27日シュトイエル331号1頁、仙台地判平成3年11月12日判時1443号46頁。

52) 国税不服審判所裁決平成2年6月18日裁決事例集39集401頁。

53) 渋谷・前掲注38)62頁。

54) 現に、このような手法がとられているのは、国税不服審判所における裁決においてであり、裁判所が行ったことはない。

産に該当しない、との議論によるアプローチを検討する。

a 渋谷説

渋谷雅弘教授は、以下のような立論で相続財産に該当しないという処理を提案する。すなわち、相続税法基本通達 11 の 2-1 が、「相続財産」の意義について、「(3) 質権、抵当権又は地役権（区分地上権に準ずる地役権を除く。）のように従たる権利は、主たる権利の価値を担保し、又は増加させるものであって、独立して財産を構成しないこと。」と規定していること、また、相続税法基本通達 11 の 2-6 が、譲渡担保について、債権者については、譲渡担保目的物ではなく、債権金額相当額を課税価格計算の基礎に算入し、他方で債務者については、担保目的物の財産価額相当額を課税価額計算の基礎に算入することを定めていること、最判昭和 61 年 12 月 5 日訟月 33 卷 8 号 2149 頁が、被相続人が売主として土地の譲渡契約を締結した後、これに付された条件が未成就のうちに死亡したため所有権がまだ留保されていた事例について、相続財産は担保目的で留保した土地の所有権ではなく、売買代金残代金債権であると判示したこと等、従たる権利が相続財産を構成しない例を挙げた上で、民法上は相続財産に含まれる場合であっても、相続税の課税財産を構成しない場合というのを想定してもよいのではないか、とする⁵⁵⁾。

そして、具体的な手続として、後発的理由に基づく更正の請求（国税通則法 23 条 2 項 1 号）では、相続財産の値下がり等、相続開始後の事情は原則として考慮されないことから⁵⁶⁾、更正の請求の特則（相続税法 32 条）への該当性を考える。しかし、現行法上は、私法上有効に相続した財産が事後的に租税法上相続財産から外れることを想定した明文の規定はないことから、相続税法 32 条 6 号、相続税法施行令 8 条 2 項の規定の拡充を求め

る⁵⁷⁾。

b 検討

上記のような渋谷教授の解決方法は、おそらく、被相続人が売主の場合の売買途上相続事例においては、課税物件が、相続した土地の所有権ではなく、売買代金債権であるとする判断が下級審でも踏襲されているという取扱いを前提に⁵⁸⁾、事例Ⅱのような場合にも確立した取扱いの射程を及ぼして問題を解決しようとする試みであると思われる。しかし、以下のような問題点を指摘できる。

第一に、最判昭和 61 年自体が、相続財産を、所有権留保している土地の所有権ではなく、売買代金残代金債権であるとした点については学説上の批判が強いところであり⁵⁹⁾、それを安易に事例Ⅱにも及ぼすことには理論上の観点から問題がある。

第二に、渋谷教授の例示する相続財産を構成しない事例と、事例Ⅱには、事案として隔たりがあり、その射程を及ぼすのは難しいのではないかということである。すなわち、最判昭和 61 年は、売主に留保された所有権については、その実質が売買代金債権を確保するための機能を有するにすぎないものであることを指摘しつつ、売買目的物たる土地の所有権を相続財産から除外している。また、上記通達でも、主たる権利の価値を担保又は増加させるものが挙げられている。しかしながら、時効取得の局面については、時効による取得自体に従たる権利としての側面はうかがえない。

第三に、時効取得の場合は、その効果が占有開始時に遡及することによって、事実経過としては、相続開始当初に相続財産とされたものが、遡及効によって民法上も相続財産に含まれなくなる点で、「民法上相続財産を構成しても、租税法上相続財産を構成しない場合」にあたることはないのではなかろうか。

よって、仮に相続税法が、私法上相続され

55) 渋谷・前掲注 38)64-66 頁。

56) あくまで、時効取得の遡及効は相続税法上影響を与えないと考えるから、時効の援用は事後的な事情となる。

57) 渋谷・前掲注 38)67-70 頁。租税手続法に関する立法的手当を必要とすることになる。

58) 東京地判昭和 62 年 10 月 26 日行集 38 卷 10 号 1431 頁等。

59) 金子・前掲注 2)525 頁は、相続財産は、譲渡代金の残金の請求権ではなくその土地であると解すべきだとする。他に、岩崎政明「判批」水野ほか編・注 6)（第 5 版）144 頁、145 頁。

る財産であっても、相続税法上は相続財産を構成しない財産の存在を予定していたとしても、ただちに上記取扱いの射程が取得時効の場合にも及ぶとして、取得時効について、「実質的には、時効完成によってその財産は失われていた」とみることは難しいのではない。また、射程が及ぶかが疑わしいということはすなわち、いかなる場合に相続財産にあたらなくなるかが不明確であるという問題も孕む。

私法上有効に相続された財産について、相続税法上「相続財産」に含まれないとする帰結を解釈上導きだすにあたっては、改めて、私法との関連を整理しつつ、相続税法2条1項の「相続又は遺贈により取得した」という文言の解釈に立ち返る必要があるといえる。そこで、この点について節を改めて論ずることとする。

3 相続税法と遡及効——改めて、遡及すべきか

(1) 相続税の捉え直し——「相続又は遺贈により取得した」の解釈論

ここでは、相続税法2条1項の「相続又は遺贈により取得した」という文言の解釈について、あらかじめ、ありうる解釈を示しておくこととする。分類軸は、以下の二つである。第一に、相続税法2条1項の「取得」の文言を固有概念と捉えるか、借用概念と捉えるか、さらには、借用概念としつつも、意味関連から別意に捉えるべき場合にあたるとして目的論的解釈をとるか、である。第二に、相続税を、財産税と捉えるか、所得税と捉えるか⁶⁰⁾、である。これらの分類軸によると、中心的には以下の四つの説がありうることになる。

説 1-1：借用概念・財産税構成

説 1-2：目的論的解釈・所得税構成

説 2-1：固有概念・財産税構成

説 2-2：固有概念・所得税構成

以下、分類軸について敷衍していく。

(2) 分類軸 1——借用概念論

a 借用概念論に関する伝統的議論

ここでは、第一の分類軸となる租税法と私法の関係についての伝統的な議論、とりわけ借用概念論について確認した上で、それが相続税法2条1項の解釈にあたってどのような方向性を与えるかを検討したい。

金子宏教授の述べるところによれば、「租税はもともと、私的部門で生産され蓄積された富の一部を、公的欲求の充足のために国家の手に移すための手段であって、各種の私的経済生活上の行為や事実を対象として課されるが、これらの行為や事実は、第一次的には私法によって規律されており、租税法がこれらの行為や事実をその中にとり込むに当たっては、これらを生の行為や事実としてではなく、私法というフィルターを通して——ということは私法を前提としてそれを多少なりともなぞる形で——とり込まざるを得ない場合が多い。そのため、租税法は、程度の差はあれ宿命的に私法に依存する関係にあり、租税法の立法においても、その解釈及び適用においても、私法との関係がたえず問題となる」とされている⁶¹⁾。

そこから、金子教授は、租税法上の概念について、ドイツのクルーゼの区別に従い、固有概念と借用概念に分けた。すなわち、前者は、「他の法分野で用いられていない租税法独自の概念」であり、後者は、「すでに他の法分野で用いられている概念」のことである⁶²⁾。固有概念の解釈にあたっては、私法上の法律関係にとらわれることなく、租税法独自の見地からその解釈をなすべきこととなり、他方、借用概念の解釈については、ドイツの租税法解釈論の影響を受けて、独立説、統一説、目的適合説の対立があった⁶³⁾⁶⁴⁾。日

60) 「財産税」、「所得税」の定義は、本稿Ⅱ1を参照。

61) 金子宏「租税法と私法——借財概念及び租税回避について——」『租税法理論の形成と解明（上）』385頁、385頁（有斐閣、2010）〔初出1978〕。

62) 金子・前掲注61)386頁。

63) 金子・前掲注61)388頁。独立説としては、田中勝次郎博士が挙げられるが、極端な独立説ではない。他方、

本では、独立説は少数説であり、統一説と目的適合説が有力である⁶⁵⁾。そして、統一説といえども、租税法規がその意義を明文の定めで修正している場合や、明文の定めがなくとも、規定の趣旨や意味関連からそれを別意に用いていることが明らかな場合にまで、その本来の意義に拘泥するものではなく⁶⁶⁾、また、目的適合説も、その本来の意義から離れた自由な解釈を認めるものではない。この点で両者の対立は相対的なものと評価できる⁶⁷⁾。統一説は、目的適合説だと、借用概念について、その本来の意義から離れた自由な解釈が行われやすく、法的安定性や予測可能性が損なわれる危険性があることを警戒する立場にあるといえよう。近時においても、判例上、金子教授がいうところの統一説の優位が揺らいでいないとの評価がある⁶⁸⁾。

b 固有概念としての「所得」とその含意

金子教授が固有概念として挙げるのが、「所得」という概念である⁶⁹⁾。「所得」は、人の担税力を増加させる経済的利得を意味し、特に戦後の所得税法については、包括的所得概念を採用していると解されている⁷⁰⁾。それゆえ、私法上不法ないし無効な利得であっても、現実に利得者の支配に服している限りは所得として課税の対象となると解すべきことが判例⁷¹⁾・通説⁷²⁾とされている。

但し、所得が固有概念であるといえども、

経済的利得は、犯罪行為のような例外的な場合を除き、当事者の私法上の行為を前提として、当該行為に従って（法律効果として）もたらされるため、私法上の行為をまったく無視して課税することが許されることにはならない、との中里実教授の指摘がある⁷³⁾。中里教授は、違法所得に関するいわゆる管理支配基準について、金子教授が、一貫して私法を尊重するところから、違法所得、無効所得の場合においてのみ、正面から私法を無視するわけにはいかないために、包括的所得概念の立場を採用した上で、所得は固有概念だとして管理支配が及ぶ場合に例外的に、違法所得・無効所得への所得課税を正当化したものとの理解を示している⁷⁴⁾。渋谷教授も、固有概念たる「所得」の計上時期に関する所得税法36条の「収入すべき金額」の解釈を例に挙げて、権利確定基準をとるのであれば、結局は私法に依拠して決められることになるとしている⁷⁵⁾。このように、固有概念であるとしても、なお、私法に依拠している側面があるといえよう⁷⁶⁾。

c 論点

以上を踏まえると、相続税法2条1項の「取得」が借用概念か、固有概念かがまずは問題になり、さらに借用概念だとした場合には、別意に解すべき場合、すなわち相続税の性質から「取得」を私法上のそれとは異なっ

統一説としては、中川一郎博士が挙げられ、目的適合説としては、田中二郎博士が挙げられる（金子・前掲注61)393-394頁）。

64) ドイツの議論を紹介したものとして、金子・前掲注61)の他に、水野忠恒『租税法と私法』論の再検討』『所得税の制度と理論——『租税法と私法』論の再検討——』2頁（有斐閣、2006）〔初出1979, 1987〕がある。

65) 金子・前掲注61)393-394頁。

66) 例えば、所得税法60条1項1号の「贈与」には、負担付贈与は含まないとした最判昭和63年7月19日裁判集民154号443頁があり、金子・前掲注2)113頁もこの立場を肯定する。

67) 金子・前掲注61)395頁。谷口勢津夫『税法基本講義（第2版）』42頁（弘文堂、2011）も同旨。

68) 洲圭吾「租税法と私法の関係」学習院大学法学会雑誌44巻2号13頁, 19頁（2009）。

69) 金子・前掲注61)387頁。

70) 金子宏「租税法における所得概念の構成」『所得概念の研究』1頁, 47-49頁（有斐閣、1995）〔初出1966, 1968, 1975〕。

71) 違法所得に関する最判昭和46年11月9日民集25巻8号1120頁。

72) 金子・前掲注61)387頁。

73) 中里実「タックス・シェルターと租税回避否認」税研83号61頁, 65頁（1999）。

74) 中里実「法人税における時価主義」金子宏編『租税法の基本問題』454頁, 472-473頁（有斐閣、2007）。

75) 渋谷雅弘「借用概念解釈の実際」金子宏編『租税法の発展』39頁, 43頁（有斐閣、2010）。

76) この意味で、占部裕典「私法上の「遡及効」と課税関係」北野弘久古稀『納税者権利論の展開』273頁, 280-283頁（勁草書房、2001）が批判する、経済的成果への管理支配による把握を貫徹する経済的成果説とはなお距離を置くものといえる。

て解し、課税が認められる場合に当たるかが論点となる。

進んで、固有概念か借用概念か（さらに目的論的解釈をすべき場合か否か）によって相続税法上どのような違いを生ずるかについて明らかにするため、分類軸2について説明する。

(3) 分類軸2——所得税構成と財産税構成

a 所得税の補完税としての相続税

第二の分類軸に、相続税を所得税と捉えるか、財産税と捉えるか、という軸を据えたのには以下のような理由がある。すなわち、相続税は、相続財産という財産を課税物件とする財産税であると理解されるのが一般的であるが⁷⁷⁾、その沿革や課税根拠に立ち返れば、実際には、所得税の性質を有しており、所得課税と捉え直すことが可能だと思われるからである。この点を相続課税の課税根拠に立ち返って明らかにする。

b 課税根拠

現代における相続税の課税根拠については、議論が錯綜しており、必ずしも決定的なものはない⁷⁸⁾。我が国においては、平成12年度の税制調査会答申「わが国税制の現状と課題——21世紀に向けた国民の参加と選択

——」において、相続税の課税根拠として(i)遺産の取得による担税力の増加、(ii)富の再分配、(iii)被相続人の生前所得の清算課税、(iv)資産の引継ぎの社会化、が挙げられている⁷⁹⁾。しかし、これらの課税根拠は、本来並列的に列挙されるべきものではなく、いずれを中心に据えるかによって課税方式に大きな影響を与えるのであって、相続課税を考える上での基礎土台となる。このうち、相続税を所得税と捉える契機となるのは、(i)である。

遺産の取得による担税力の増加を課税根拠とした場合、相続課税は、相続人にかかる所得税の補完税と位置づけうる⁸⁰⁾。課税方式としては、財産税のうち資産移転税、すなわち相続に伴い相続人の財産の保有高が増加したときに、その時点で課税する租税であるというのであれば、遺産取得税の方式をとることになる。他方、遺産の取得による収入があつて所得が把握できるようになったというのであれば、所得税として所得課税の方式をとることが可能性としては浮上してくる。なお、(iii)の課税根拠に親和的なのは、遺産税である。この場合、遺産税は被相続人の生前所得の清算課税としての性格を持つように

77) 水野正一「資産課税の理論と課題——資産課税の概念とその根拠——」『21世紀を支える税制の論理 第5巻 資産課税の理論と課題（改訂版）』1頁、2頁（税務経理協会、2005）は、資産課税のうち資産移転税として相続税と贈与税を挙げる。

78) 世界的な相続課税の歴史的沿革については、ここでは立ち入ることができない。歴史的沿革については、岩崎政明「相続税を巡る諸問題」水野編著・前掲注77)179頁、180-183頁。また、英米と独仏の相続課税制度の比較を中心に、日本の相続税法を觀察するものとして、来栖三郎「相続税と相続制度」田中二郎古稀『公法の理論(中)』745頁（有斐閣、1976）がある。最近のものでは、欧米各国の相続・贈与税制について沿革にも立ち入ったものとして、海外住宅・不動産税制研究会編著・前掲注4)所収の各論文がある。

79) 税制調査会「わが国税制の現状と課題——21世紀に向けた国民の参加と選択——」290-291頁（1999）。

80) ここでは、沿革についてごく簡単に触れる。もともと、主税当局では、登録税として相続税を位置づけるフランスの影響を受け、相続税として独立に課税することには、批判的な立場が主流であったとされる。しかし、日露戦争の戦費調達のため相続税が創設されるに至った（大村巍「相続税の誕生」税大論叢9号107頁、122-123頁（1975））。数ある相続税の課税根拠論のうち、相続税創設時には、偶然所得課税説によっていたと指摘されている（同131頁）。この論文でも紹介されているように、明治38年の相続税導入後間もない時期に出された当局の相続税解説書が、「相続税の根拠をもって一時の所得に課税するものなりと言うの明、且つ簡なるに如かざるを信ぜんとす。そもそも、課税の基礎は、各人の資力に在ること吾人の一般に承認するところにして、相続によりて財産を取得する者は、偶然の事実により、経済上における地位分限を増進せるものなり。」（引用にあたって、平仮名書きに改め、句読点を付した。）と述べており（稲葉敏編著『相続税法義解』20頁（自治館、1906））、遺産税の方式を取りながらも、相続人の所得に着目していた点は示唆的である。他方で、相続税創設前段階の議論として、登録税による相続、贈与財産に対する課税を、フランス流の相続税の一形態と受け取ってさらに一般的な相続税への発展を希望した学説もあった（大村・同121頁）。しかし、相続税創設時には、相続税は、財産取得の事実課税である一方、登録税は、第三者に対抗するための手数料であつて課税根拠を別にすると結論づけられた（同133頁）。

なり、みなし譲渡課税との関係が問題になってくる⁸¹⁾。しかし、我が国では、遺産税方式は採用していない⁸²⁾。

平成21年度税制改正において、現行の遺産税と遺産取得税の折衷的な課税方式から、遺産取得税方式への移行が議論された⁸³⁾。これも遺産の取得による担税力の増加に相続税の課税根拠の重点が置かれて理解されていることを示すものといえる。

現行法上も、遺産の取得による担税力の増加を「所得」と捉えていることをうかがわせる規定がある。所得税法9条1項16号は、相続、遺贈又は個人からの贈与により取得された所得についての非課税規定である。相続により取得した財産は、まぎれもなく、包括的所得概念のもとでの所得を構成するのである。この規定からは、現行相続税法は、(ii) 富の再分配どころか、相続という偶発的事情によって、所得税が累進税率のもとで課されると負担が重くなるため、累進性の緩和と高い基礎控除によって、ある種、所得課税の分離課税による軽減措置を設けたものとも理解しうる⁸⁴⁾。そして、このような見地からは、所得税において「相続所得」という新たな所得類型を設けることの検討の余地も生ずるのである⁸⁵⁾⁸⁶⁾。

c 論点

以上のように、相続税を取得税と捉え直すことによって、「所得」概念に引きつけて相続課税を考える方向性が出てくる。すなわち、固有概念である「所得」についての課税のタイミングの基準として用いられる管理支配基準のような形で、「相続財産の取得」を把握し、当初適法に相続財産を「取得」した

のであるから、事後的な私法上の遡及効の影響を課税上考えなくてよい、とする立論が成立する契機となる。

分類軸1との関係にも付言する。たとえ、「取得」を固有概念と捉えても、租税法独自の見地からの解釈として、相続税を取得税として把握するのでない限り、相続開始当初の課税を正当化する理論は演繹的には導かれない点で意味を持ってくる。また、分類軸1を捨象して、相続税を一律に取得税として解釈するか、財産税として解釈するかに関係に収斂させて考えればよい、ということにはならないと思われる。なぜなら、相続税を取得税として考える際に、「取得」を借用概念と捉えた上で取得税的に目的論的解釈をする方法をとるのか、はじめから固有概念として把握する方法をとるのかで、なお違いがあると思われるからである。すなわち、目的論的解釈がなされるのは例外的な場合であり、その目的による正当化が具体的に要求されるのに対し、固有概念とされれば、一般的に租税法独自の解釈がなされる危険が大きくなる。もちろん、固有概念についても、その解釈に際しては、私法を無視した解釈がなされることが許容されるわけではないことは前述の通りである。しかし、租税法が課税に際して、当局の行為規範としても作用することに鑑みれば、目的論的解釈と固有概念とを峻別することには、なお意味があると思われる。実際、現在の課税実務には、一般に「取得」を「所得」と近づけて解釈することで課税を正当化する風潮がみられないでもないが、それを否定した上で、目的論的解釈を施すことで対応していく考え方もありうるからである。その

81) 中里実「相続税の理論的問題点に関する暫定的メモ」トラスト60『国際商取引に伴う法的諸問題(16・完)』85頁, 94頁(トラスト60, 2010)。

82) そもそも、相続税創設時にも、遺産税方式が採用されたのは、徴収の便宜の観点があったからである(稲葉・前掲注80)4頁)と指摘されている(大村・前掲注80)133頁, 三木義一「相続税の基本原理の法的再検討」租税法研究23号1頁, 9頁(1995))。

83) 税制調査会「平成21年度の税制改正に関する答申」5-6頁(2008)。

84) 柴由花「相続税と所得税の統合——課税ベースからの考察——」横浜国際社会科学研究所8巻1号81頁, 87頁(2003), 渋谷雅弘「相続税の本質と課税方式」税研139号22頁, 23頁(2008), 中里・前掲注81)91-92頁。

85) 柴・前掲注84)94頁, 中里・前掲注81)92頁。

86) 富の再分配を相続税の課税根拠に据えているのであれば、相続課税がなくなったと仮定した場合、包括的所得課税のもとでも、所得税法9条1項16号の規定を存続させるのでなければ、相続税が富の再分配効果を有するとはいえない。

際の目的によって、両者に違いが出てくることは後述する。以下では、具体的に説ごとの帰結を事例ⅠからⅢにあてはめる形でみていくことにする。説明の便宜上、説 1-1、説 2-1、説 2-2、説 1-2 の順に検討する。

(4) 帰結

a 説 1-1：借用概念・財産税構成

この立場は、「取得」の文言について、私法上の意味と同じく解するので、私法上、相続人が問題となっている財産を取得したか、が問題となる。したがって、相続開始時における時効の完成の有無にかかわらず、事例Ⅰ・Ⅱともに、判決により土地が時効取得されたことが確定すれば、遡及効によりその土地は占有開始時から時効取得者に帰属することとなり、租税実体法上は、相続人の相続財産を構成しないことになる。したがって、相続税申告納付時の「計算の基礎としたところと異なることが確定」（国税通則法 23 条 2 項 1 号）するものといえ、後発的理由に基づく更正の請求が原則として認められることになる⁸⁷⁾。時効取得者側には、裁判例上、時効援用時に一時所得として所得税が課されるが⁸⁸⁾、相続税について更正の請求が認められることで、納税義務者は違うとはいえ、相続税と所得税の経済的二重課税となることが避けられる。しかし、相続開始時に時効が完成していなかった場合は、時効の中断が可能であったことから、実質的利益衡量の余地を

認める無帰責性要件を満たさないことになり、更正の請求が認められなくなる、という租税手続法上の解釈による解決の余地がある⁸⁹⁾。

事例Ⅲにおいては、同じく遡及効により課税処分が取り消されるので、還付請求権は過納金納付時から遡及的に発生していたことになり、これが相続財産に含まれる。その評価は、相続財産が、訴訟係属中の還付請求権を取得しうる地位ではなく、遡及効によって完全に発生した還付請求権自体である⁹⁰⁾から、額面額で評価してよからう。この場合の問題点は、実際上の問題として、遡及効により相続財産の範囲の事後的な変動が必ず生じてしまう点である。確かに、当初の相続税の申告が覆るのは納税者にとって煩瑣である。しかし、相続財産は、判決確定により遡及的に発生した還付請求権であるから、相続税の申告当初において係属中の請求権を取得しうる地位についての困難な評価を求めるわけではなく、過少申告加算税も生じないと解することで足りると思われる。課税の基礎となった事実の事後的な変更については、後発的理由に基づく更正の請求の制度があり、とりわけ相続税法においては、事後的な相続税法上の理由による相続財産の変動を予定した規定（相続税法 32 条）があり、後発的理由に基づく更正の請求において無帰責性要件を実質的な利益衡量のための要件と捉えることができ

87) 金子・前掲注 2)118 頁, 540 頁, 745 頁。但し、同 520 頁は、遺産取得税の類型の相続税は実質的に所得税の補完税であるとしつつも、同 15 頁で日本の相続税・贈与税を財産税に分類している。他方、占部・前掲注 25)90-91 頁は、所得課税において権利確定基準によって時効援用時に計上することと、相続開始時に相続財産に含まれるかの問題を明確に峻別し、私法尊重の立場から、時効取得の援用によって遡及的に相続財産に含まれないことになるとして更正の請求を認めるべきとする。

88) 東京地判平成 4 年 3 月 10 日訟月 39 卷 1 号 139 頁。但し、田中治「判批」水野ほか編・前掲 6) (第 4 版) 86 頁, 87 頁は、時効取得の効果を争う訴訟の判決確定時とすべきだとする。

89) 金子・前掲注 2)118 頁, 540 頁, 745 頁。

90) 渕・前掲注 10)183 頁。

91) 金子・前掲注 2)745 頁は、事例Ⅰについても相続人が時効の中断の手続をとるいとまがなかった等、真に保護に値する場合には、更正の請求をすることができると解すべきであるとしており、国税通則法 23 条 2 項について広く実質判断を可能とする解釈をしている。しかし、「相続開始前に時効の中断ができたこと」が、「1 項所定期間内に更正をしなかったことについてのやむを得ない理由がないこと」にあたるのはただちに言えないことに注意する必要がある。最判平成 15 年前掲注 29) に関する神山・前掲注 30) のいうところの「強度の悪性」が、「時効を中断しなかったこと」についてまで認められるとは容易にはいえないであろう。他方で、岡村忠生「判批」判評 551 号 172 頁, 176 頁 (2005) は、帰責事由の対象の例示として、事例Ⅰの第一審判決を挙げている。国税通則法 23 条 2 項については、より広く実質判断をするための解釈論を展開する余地がある。さらにはそのことの是非を検討していく必要もある。そして、そのような実質判断を可能にするための解釈論は、「第三者」としての国家を保護する思考様式の法律上の根拠の問題と重なってくることになるのではないか。

るのであれば⁹¹⁾、手続上の弊害も大きな問題にはならないと思われる。

b 説 2-1：固有概念・財産税構成

この立場は、「取得」を固有概念として把握する。固有概念と捉えることが、「所得」に引きつけて、収得税的に相続税を把握することと親和的であることからすれば、相続税を財産税と捉えることと相容れず、この構成には理論的に問題がある。しかし、むしろ、実務上この立場に近い取扱いをしているならば、その一貫性のなさが現れているといえる。具体的には、事例Ⅰが「時効制度は、その期間継続した事実関係をそのまま保護するために私法上その効力を起算日まで遡及させたものであり、他方、租税法においては、所得、取得等の概念について経済活動の観点からの検討も必要であって、これを同様に解さなければならない必然性があるものとはいえない。」としていることが挙げられる。事例Ⅰについては、その判旨において、「その時点⁹²⁾では、Xらが本件各土地につき所有権を有していたものである」と述べており、相続開始時というある時点におけるストックに着目して課税要件の充足を検討していることから、財産税構成をとっているとも読める。そうならば、取得について所得に引きつけて解釈することには問題があろう。他方で、事例Ⅰは「所得」と「取得」を並置して論じており、贈与税に関する東京高判平成13年3月15日⁹³⁾と同様に、実質的には、相続税を収得税と捉えている可能性も否めない。その意味で、財産税と収得税の違いを意識しているかには疑問が生じるところであり、固有概念・財産税構成には問題がある。

固有概念・財産税構成を貫徹するならば、事例Ⅰ・Ⅱについては、相続開始時において確かに土地を相続により「取得」したことになる、これは、時効の援用による遡及効に左右されない。そして、収得税ではないから、

所得税のように、事後的に経済的利得が失われた場合に調整するというものにもならない。したがって、相続開始時には既に時効が完成しており、時効中断ができなかった場合について実質的な救済をするには、事例Ⅱのように、相続財産の評価で「工夫」を要することになる。しかし、そのような「工夫」に問題があることは、前述した通りである⁹⁴⁾。

事例Ⅲについては、相続開始時には、還付請求権は公定力により潜在しているにとどまり、未だ発生していなかったと考えるのであれば、相続開始時に当該還付請求権を「取得」しておらず、相続税は課されない。のちに取消判決が確定しても遡及効は影響しないから、相続税は課税されないはずである。所得税の課税について、取消判決の確定によって還付請求権が「確定」したときに、一時所得として所得税が課されることになるはずである⁹⁵⁾。しかし、事例Ⅲの判旨は、このような処理を結論として認めない⁹⁶⁾。

他方、還付請求権もその実質は不当利得返還請求権であり、公定力により潜在しているとはいえ、相続財産に含まれると考えることも可能である。この場合の問題は、申告時にどう評価するかであるが、相続するのは、還付請求権を取得しうる地位ではなく、あくまで還付請求権自体である。通常の金銭債権として評価することになるのであろうか⁹⁷⁾。事後的に敗訴した場合は、そもそも還付請求権が相続財産に含まれないのであるから、後発的理由に基づく更正の請求が可能となると解すべきである。

c 説 2-2：固有概念・収得税構成

この立場は、「取得」を固有概念と捉え、実質的にも、収得税として所得課税において議論される権利確定基準や管理支配基準を計上時期の判断に用いる。すなわち、相続開始時に、権利確定や管理支配が認められるかを判断することになる。このような取扱いをし

92) 相続開始時点のこと。

93) 訟月 48 卷 7 号 1791 頁。

94) 本稿Ⅳ 2 (2)。

95) 最判昭和 53 年 2 月 24 日民集 32 卷 1 号 43 頁。

96) 原告は、当初、還付請求権を一時所得として申告していたところ、更正処分を受けた。

97) 本稿Ⅳ 2 (2) b。

たものとして、東京高判平成13年前掲注93)がある。同判決は、「贈与税は、贈与契約等の原因行為そのものではなく、その結果として取得した経済的成果に担税力を認めて課税するものであるから、仮に原因行為が実体的に無効であるとしても、当該経済的成果が原因行為の無効を基因として現実に除去されない限り、贈与税の課税物件（課税客体）を欠くことにはならないものと解するのが相当である。」と判示している。贈与税は、相続税の補完の意味で相続税法上に規定が置かれ⁹⁸⁾、「贈与により取得した財産」を課税物件とする点で相続税と共通するから、この考え方は相続税にも援用できると思われる⁹⁹⁾。

事例Ⅱにおいても、国税不服審判所は、「取得時効の効果は、時効期間の経過とともに確定的に生じるものではなく、時効により利益を受ける者が時効を援用することによって初めて確定的に生じるものと解され、他方、ある一つの権利の取得時効の時期と喪失の時期とは同一であるとするのが合理的であるから、時効取得されたことにより権利を喪失する者は、時効が援用されたときに初めて確定的に権利を失うものと解される。」として、違法所得については事後的に違法所得が失われた場合に更正の請求が認められること（所得税法152条、所得税法施行令274条）と平仄をあわせるかのような判断をしているようにも読める。

この立場からは、事例Ⅰ・Ⅱのような相続開始後に時効援用がされた場合、一旦は、相続開始によって有効に相続人の権利が確定した土地について収得税としての相続税が課され、続いて、時効の援用により、時効取得者が一時所得として所得税が課されることにな

る¹⁰⁰⁾。事例Ⅰの判断は結論としてこれと一致する。ここで、時効取得された者について、何らかの対応処置がないかが問題となる。しかし、所得税法152条、所得税法施行令274条1号のような規定が、相続税関連法令には存在しない。さらに、法人税で、時効援用時に広く損金算入が認められる（法人税法22条3項3号）のとは異なり、所得税法では、土地を失ったことを資産損失として計上しようとしても、その必要経費控除が、事業用資産（所得税法51条1項、所得税法施行令140条）又は業務用資産（所得税法51条4項）についてしか認められず、雑損控除は、「災害又は盗難若しくは横領による損失」に限って認められるにとどまる（所得税法72条）。事例Ⅱについては、加えて評価の問題があることは前述した¹⁰¹⁾。

事例Ⅲについては、最判昭和53年前掲注95)によれば、相続開始時には、たとえ経済的利得が発生していたと解しても、権利確定も、管理支配もないと解すべきであろうから、還付請求権に相続税は課されない。判決確定時に、一時所得として所得税が課されることになろう。しかし、事例Ⅲではこれを認めなかった。

d 説1-2：目的論的解釈・収得税構成

この立場は、本稿Ⅳ2(3)で取り上げた渋谷説を想定している。渋谷説は、相続財産の評価によってではなく、そもそも「相続財産」にあたるのかという局面における解決を提案する。この点で、「取得」を固有概念と解して私法上の遡及効を相続財産該当性判断において無視し、代わって相続財産の評価において救済を図る立場とは異なる。ただ、「民法上は相続財産に含まれるものであっても、相

98) 金子・前掲注2)542頁。

99) 神山・前掲注30)211頁は、「所得」等固有概念が問題となる所得税・法人税についての最判平成2年5月11日訟月37巻6号1080頁の射程は、相続税・贈与税には及ばないとしつつ、それでも東京高判平成13年前掲注93)が上記最判平成2年にならったとしたのであれば、贈与と遺産分割無効における相続をどう区別するか、という議論を展開する。しかし、その議論は、遺産分割無効の事案に限って両者を区別するものであり、ここでは用いることができない。

100) さらに、「譲渡」（所得税法33条1項）の解釈にもよるが、値上がり益が生じているのであれば、時効援用時に時効取得された者に譲渡所得も生じることになると思われる。しかし、東京地判平成4年前掲注88)は、「当該土地の時効援用時までの値上がり益は、右一時所得に係る収入金額として所得税の課税の対象とされる」としている。

101) 本稿Ⅳ2(2)。

相続税の課税財産を構成しない場合」の存在を想定する点で、借用概念について、目的論的解釈をして私法上と別意に解しているものと理解しうる¹⁰²⁾。そして、渋谷教授自身は、相続税・贈与税について、無効な贈与契約と贈与税の関係について述べる文脈で、無効な行為により生じた経済的成果が失われた場合に更正の請求を認める所得税法152条、所得税法施行令274条1号のような規定が、相続税関連法令には存在しないからといって、贈与契約が無効である場合に、その経済的成果が贈与税の対象にならないわけではないとしている。そして、相続税・贈与税が、富の取得に対する課税であるという点で所得税と共通性を持ち、所得税の補完税の性格を有すること等を理由に、経済的成果が生じている限り、贈与税の課税が生じるとする¹⁰³⁾¹⁰⁴⁾。このような立場は、もはや相続税・贈与税を財産税としてではなく、取得税として捉えているものと見受けられる。

事例Ⅰについては、相続開始時に時効が完成していないことから、「取得」があったとして、相続税の課税を肯定することになる。他方、事例Ⅱについては、相続開始時に時効が完成していたことを捉えて目的論的解釈を施し、時効援用によって経済的成果が失われたときに「取得」を否定し、相続税法上の「相続財産」性を否定することになる。しかし、いかなる場合にそうなるかが不明確であることは前述した。

事例Ⅲについては、cと同じである。

(5) 評価

各説によった場合の帰結を提示してみたが、事例Ⅰ・Ⅲ及び関連裁判例すべてに一貫

して適用される論理構成は存在しなかった。この検討から、具体的事案を通じて、現行法の解釈論の限界をみることができた。そこで、資産移転税としての相続課税がどうあるべきか、という視点から評価を試みる。

a 「取得」≠固有概念

まず、「取得」の文言を固有概念として理解する説2-1、説2-2のような解釈論には疑問がある。なぜなら、たとえ「取得」という文言自体は、私法上用いられているわけではないとしても、相続税法が「相続又は遺贈により取得した」（相続税法2条1項）、「贈与により取得した」（相続税法2条の2第1項）と規定しているのであれば、相続・遺贈・贈与といった私法上の法現象の効果として取得されたことを含意していると解すべきだからである。相続税法22条が、相続財産の評価を「取得の時の時価」によることとしていることについて、「相続開始後相続税の申告までの間に相続財産の価額が下落したときは、その下落した価額によるものと解することは、相続財産の価額を、当該財産の取得の時（相続開始の時）における時価とした相続税法22条の明文の規定に反する」と判示した裁判例¹⁰⁵⁾も、「取得」が、相続による承継取得であって、借用概念であることを例証するものといえるのではないか。不動産取得税については、「不動産の取得」が「不動産所有権の取得」を意味する借用概念であることは学説の一致するところである¹⁰⁶⁾。

相続財産についても、一律に「取得」を固有概念であると安易に解して、私法を無視する契機とすることは、そもそも借用概念論が提唱された理由である、法的安定性・予測可

102) 但し、時効取得の遡及効の場面では、そもそも相続財産にすら含まれないのではないかと、という疑問については、本稿IV 2(3)で述べた。

103) 渋谷雅弘「贈与の錯誤無効と贈与税」税務事例研究108号69頁、72-73頁（2009）。

104) ここでは、相続開始時における時効の完成の有無によって目的論的解釈をする点で、固有概念とは区別できる。

105) 大阪地判昭和59年4月25日行集35巻4号532頁。

106) 金子・前掲注2)668頁、金子宏「判批」ジュリ579号122頁、123頁（1975）は、不動産取得税の「不動産の取得」（地方税法73条の2）について、「不動産所有権の取得」を意味するとして、借用概念に位置づける。北野弘久「判批」民商71巻5号119頁、125頁（1975）もこれに賛成する。確井光明「不動産取得税における『不動産』及びその『取得』の意義（二）」自治65巻8号18頁、26-27頁（1989）は、「不動産の取得」が借用概念であることを前提とした上で、譲渡担保については、私法上の解釈が変遷していることから、もはや譲渡担保は「不動産の取得」の要件を満たさないと論ずる。

能性の確保の見地からは是認できないように思われる¹⁰⁷⁾。流通税である特別土地保有税に関する最判平成14年12月17日¹⁰⁸⁾も、固有概念を緩やかに認めたことの現れであると思われ、一般に学説の批判が強い¹⁰⁹⁾。

b 財産税構成か取得税構成か、ではなく立法論的契機へ

説1-1と説1-2は、いずれも一定の論拠のあるものである。しかし、解釈論としては、説1-1の処理をするのが望ましいと思われる。なぜなら、文言上の無理がなく、運用上も許容される余地があるからである。一般に財産税と分類される相続税について、そのまま財産税として扱うことができ、また借用概念の解釈にも忠実である。目的論的解釈をすることに正当化理由があるのか不明確であるという問題があることも前述した。私法上の解釈に沿った場合、遡及効により必然的に事後的な修正処理が生じることになるが、そのような場合、なお議論を精緻化する必要があるものの、現行法の制度上対応可能なものであり、またそれが許容できないとまではいえないことも前述した¹¹⁰⁾。

だが、我が国租税法における体系上、相続税をどう位置づけるか、という視点からは、解釈論上の困難が見受けられる取得税構成にも、大きな意義があると思われる。現在の相続税が、相続による相続人の担税力の増加を課税根拠にし、所得税の補完税と理解されているのであれば、取得税構成をとる解釈論は、事柄の性質に適合しているといえるからである。しかし、解釈論においては、しばしば、個々の事案における適切な解決を図るためにその場限りの解釈が展開されることが不可避であり、相続税に遡及効が影響した事例を分析した本稿でも、それが明らかにされ

た¹¹¹⁾。

そこで、実務でも学説でも、相続税法の改正、とりわけ遺産取得税方式への移行が盛んに検討されている現在¹¹²⁾、そもそも財産税であることは前提としてしまつてよいのか、という議論の必要性を、本稿で検討した相続税と遡及効の問題は顕在化させているということがいえよう。

(6) 遡及効が明らかにしたもの

ここでは、本稿が分析対象とした事例及びその関連裁判例が明らかにした、現行の相続税の位置づけについてまとめる。

まず、現行相続税法は、相続開始時点における相続財産を課税物件にし、相続財産の時価を課税標準とすることによって相続税額を決定する。そのため、相続開始時という一時点におけるストックに対する課税であるのがその建前である。

しかし、現行の相続税は、固定資産税等とは違い、相続による「資産の移転」に相続人の担税力の増加を見出して課されるものであるから、フローに対する課税である所得課税における「所得」、「収入」という概念と親和性がある。そのため、課税実務、裁判実務では、財産税という性格が薄まり、場合によっては、所得課税と同様のロジックによってその課税がなされるようになった。

それが顕著に現れたのが、相続税課税に遡及効が関係する場面である。遡及効は、相続開始後、遡及的に私法上の相続財産（ストック）の範囲を変動させる。しかし、相続財産の事後的な変動は、手続的面倒を生じさせ、ときに相続税の法的安定性を害する。そのため、相続財産の「取得」（フロー）を所得課税同様の固有概念と捉えることで、当初の相続税課税を適法なものとするのである。他方

107) 本稿IV 3(2)。

108) 判時1812号76頁。

109) 判旨に反対するものとして、金子・前掲注2)116頁、668頁、山田二郎「判批」判自239号112頁(2003)、岩崎政明「判批」判評538号168頁(2004)がある。今村隆「判批」ジュリ1262号173頁、174頁(2004)は、結論には賛成するが、「土地の取得」は法律上有効に所有権を取得することだとしている。

110) 本稿IV 3(4)a。

111) 本稿IV 3(4)b c d。

112) 税制調査会・前掲注79)。学説上も、三木義一「遺産取得税方式と法定相続分方式の差異」税研139号38頁(2008)、小池正明「遺産取得課税方式を採用する場合の論点整理」税研139号43頁(2008)、品川芳宣「遺産取得課税方式へ変更した場合の実務への影響」税研139号50頁(2008)等が挙げられる。

で、所得税においては違法な所得もその利得が失われれば所得税も修正されるところ、相続税においては、建前上は財産税であることから、錯誤無効に関する贈与税の事案ではともかく、本稿が分析対象とした遡及効が影響する場面ではそのような修正の余地を正面から認めることはない。場合によって、課税庁の影響力が強い相続財産の評価の局面で調整がなされているのが現状である。

このような、相続税・贈与税の財産税としての性格と所得税としての性格を混在させた一貫性のない課税実務・裁判実務の存在を遡及効は明らかにしたのであり、このような取扱いは、やはり租税法律主義の観点から問題があろう。

V. 結語に代えて

本稿では、三つの事例を中心的に分析し、段階的な三つの問題設定をして、遡及効が相続税にもたらす影響を分析してきた。

第一に、取消判決と時効取得の遡及効とで違いはあるか、である。ここでは、公定力により発生が妨げられている還付請求権が、その実質は不当利得返還請求権であることから、公定力がなくなれば、当然に取消判決の遡及効が認められ、相続財産性が肯定される一方、時効取得の遡及効については、私法上の法現象として課税上は無視しようとの立論が可能であり、整合的に説明することができるものと結論づけた。

第二に、課税上はひとまず無視する時効取得の遡及効を、相続税の相続財産該当性判断の上でどう取扱うか、という点を論じた。ここでは、私法上の遡及効が相続税課税に影響を与えないという前提に立った上で、実質的に妥当とされる価値判断を仮定し、それを実現するための解釈論を検討した。しかし、私

法上の遡及効を無視した解釈には、自ずと限界があることが明らかになった。すなわち、相続財産の評価による解決は、実質的に課税庁の裁量判断の余地が大きくなり、租税法律主義の点から問題がある。また、私法上の遡及効を無視した上で、そもそも相続財産に該当しない、という議論による解決には、まずもってそのような場合がありうるのか、いかなる場合にそれにあたるのかが不明確になるという問題があった。

最終的に、私法上の遡及効がそもそも相続税の課税上及ぶべきなのかという第三の問題に取り組むことになった。その際、ありうる解釈の軸として、1) 相続財産の「取得」について私法上の解釈をとるか否か、2) 相続税を財産税と捉えるか、所得税と捉えるか、というものを置いた。その結果、現在の実務では、固有概念・所得税構成をとっていると思われる場面があるが、必ずしもそれを貫徹していないことが明らかになった。固有概念と捉えることに問題があることも論じた。

他方で、理論上は、借用概念・財産税構成か、目的論的解釈・所得税構成が有力な解釈と思われ、特に解釈論としては、前者が望ましいと結論づけた。但し、後者の見解は、暫定的ではあるものの、現時点での我が国における相続税の位置づけにふさわしい解釈である。その意味で、相続税の所得税としての性質と相続税法の建てつけの齟齬が具体的事案において問題を生じさせていることが明らかになった。遡及効は、今後相続税法改正がなされうる状況で、相続税を財産税として残すのならどう位置づけるか、財産税としては廃止し、所得税として所得税に統合するのならどう設計すべきか、といった点を論ずることに意味を与える一つの素材となると思われる¹¹³⁾。

なお、最後に付言しておかなければならな

113) 中里・前掲注81)98-100頁、中里実「総括」海外住宅・不動産税制研究会編著・前掲注4)291頁、304-305頁は、相続税を所得税の一類型とした場合の譲渡所得課税との関係を論じる。さらに、前者は、財産税とするのであれば、相続人の相続以前に保有していた財産の多寡も考慮にいれることを提案している点で、財産税とみることから立法論を発展させる可能性を示すものといえる。また、藤谷武史「受益者連続型信託に対する資産移転税の課税方式に関する一考察」トラスト60『金融取引と課税(1)』105頁、113-114頁(トラスト60, 2011)は、受益者連続型信託についての資産移転税について、所得税と捉えた場合にありうる現行の課税方式への批判を提示する。このように、相続税の基礎土台をどこに置くかという問題は、資産移転税について派生的に問題を生じさせるものと思われる。

い点がある。本稿では、裁判例や裁決例といった課税実務を分析の対象に置いた関係で、所得税については、自ずと包括的所得概念を前提とせざるを得なかった。しかし、理論的には、包括的所得概念自体への疑問は数多く提起されており、豊富な考察がなされている¹¹⁴⁾。したがって、包括的所得概念を採用している所得税法と相続税法の関係にとどまらず、更なる展開として、例えば消費型所得概念のもとでの所得税との関係で相続税はどう位置づけるか¹¹⁵⁾、といった問題が生じてくるところである。

また、そもそも相続とは何なのか、ということ自体が未だ民法の分野においても十分に解明されていないように思われ¹¹⁶⁾、この点の理解次第で相続課税の位置づけも変わってこよう¹¹⁷⁾。だが、本稿では、ひとまずこれらの問題には立ち入らず、現行の所得税法と相続税法の関係を、課税実務の具体的文脈のもとで明らかにすることに注力した。今後の課題としたい。

(ながと・たかゆき)

114) 数多くあるが、例えば、中里実「所得概念と時間——課税のタイミングの観点から——」金子宏編『所得課税の研究』129頁（有斐閣、1991）、Joseph Bankman & David A. Weisbach, *The Superiority of an Ideal Consumption Tax Over an Ideal Income Tax*, 58 STAN. L. REV. 1413 (2006)、藤谷武史「所得税の理論的根拠の再検討」金子編・前掲注 74)272頁が挙げられる。

115) 例えば、金子宏「所得税の課税ベース——所得概念の再検討を中心として」前掲注 70)161頁、168頁〔初出 1989〕。

116) 来栖・前掲注 78)781-782頁において、相続権を生活保障のためだとする中川説とこれに対する批判が展開されている。

117) ローマ法において人間が財産権の対象であったという点や、リバタリアンの自己所有権といった議論に着想を得つつ、それを配偶者や親族に及ぼして相続及び相続税を理解し、相続課税を制限的に理解しようとする試みとして、中里実「無償取引と対価」トラスト 60・前掲注 113)23頁、42-48頁。但し、リバタリアンの中でも、森村進『財産権の理論』111-115頁、201-203頁（弘文堂、1995）、森村進「リバタリアンな相続税」一橋法学 6巻 3号 1153頁、1156頁（2007）のように、死後の財産移転制度は自己所有権からはただちに出てこないとして相続税を正当化できるとする見解もある。

論説

限定責任信託における 受託者の第三者に対する責任

2010年4月入学

藤岡祐治

I. 序論

II. 問題の所在の確認

- 1 現状における21条1項8号に関する議論
 - (1) 規定の概観
 - (2) 固有財産と信託財産との関係

III. 限定責任信託の位置付け

- 1 信託設定の目的
 - (1) 財産分離
 - (2) 限定責任信託の特徴
- 2 他の制度との比較
 - (1) 責任財産限定特約とのバランス
 - (2) 商事信託法要綱における受託者の有限責任制度とのバランス
 - (3) 参考：外国の法制との比較——アメリカの統一信託法典
 - (4) 小括

IV. 提唱——望ましい解釈論及び立法論

- 1 21条1項8号のありうべき解釈
 - (1) 本号における「不法行為」の意味
 - (2) 解釈の指針——他の組織体との比較
 - a 信託財産の取引の主体としての受託者
 - b 信託内部のガバナンス・メカニズムに関するルール
 - (3) 留意されるべき点
 - (4) 小括——解釈論の試み
- 2 立法論の提案
 - (1) 217条1項括弧書における21条1項8号引用の妥当性
 - (2) 21条1項8号に掲げる債務と224条1項に掲げる債務の差異

V. 結論

I. 序論

平成 18 年改正信託法（以下「現行信託法」という）では新たに限定責任信託が導入された。しかし、受託者の有限責任を基礎付ける肝腎の 217 条 1 項及びその括弧書で引用される 21 条 1 項 8 号の解釈には疑義が残る¹⁾。そのせいか、その具体的利用例に関する情報は乏しい。もっとも、本稿では、限定責任信託の利用例が少ない直接の原因についての考察を主たる目的とはしない。本稿は、限定責任信託に関する条文の解釈に一定の示唆を与えることを主たる目的とする。その際、立法論についても言及したい。

そこで、以下では、問題の所在の確認（Ⅱ）、他の制度との比較による限定責任信託制度の分析（Ⅲ）、その分析から得られた知見をもとにした解釈論及び立法論の提言（Ⅳ）の順で論を進める。

なお、本稿で引用する条文は、特に断らない限り、現行信託法の条文である。

Ⅱ. 問題の所在の確認

1 現状における 21 条 1 項 8 号に関する議論

(1) 規定の概観

限定責任信託は、216 条等所定の要件を満たすことによって、217 条が定める効果享受することができる。すなわち、21 条 1 項各号掲記の信託財産責任負担債務に係る債権を有する者は、受託者の固有財産に属する財

産に対しては強制執行をすることができない（2 条 12 項，21 条 1 項 8 号も参照）。ただし、以下の二つの例外に該当する場合は、受託者はその固有財産でも責任を負わなければならない。一つは、受託者が信託事務を行うについて悪意又は重過失があったときに負う受託者の第三者責任であり（224 条 1 項）、もう一つは受託者が信託事務を処理するについてした不法行為責任である（217 条 1 項括弧書，21 条 1 項 8 号）。

本稿との関係で問題となる後者の趣旨は、立案担当者によると、自ら帰責性を有する不法行為をした受託者についてまで限定責任信託の利益を認めるのは適当ではないと考えられるからだと説明されている²⁾。それゆえに、受託者がその固有財産でも責任を負うのは、受託者に何らかの帰責事由の存することが責任発生要件とされている場合、あるいは、帰責事由の存しないことが免責要件とされている場合であるとする。具体的には、一般不法行為責任（民法 709 条）、使用者責任（同法 715 条 1 項）、占有者責任（同法 717 条 1 項本文）、運行供用者責任（自動車損害賠償保障法 3 条）、製造物責任（製造物責任法 3 条）が挙げられている。これに対し、所有者責任（民法 717 条 1 項但書）については、21 条 1 項 8 号ではなく、同項 9 号に該当するため信託財産のみが責任財産となるとする³⁾。そして、所有者責任に係る債権者については、様々な債権者保護の措置が講じられているため、その権利が不当に害されることにはならないとしている。

信託法改正要綱が公表された時点では、21 条 1 項 8 号に該当する債権についても有限責

1) そもそも、有限責任信託というのは、信託から内在的に説明するのが難しいとも言われる（能見善久ほか「シンポジウム『信託法改正の論点』」信託法研究 30 号 1 頁，123 頁〔能見善久発言〕（2005））。

2) 以下につき、寺本昌広『逐条解説 新しい信託法（補訂版）』420 頁（商事法務，2008）。なお、能見善久「新しい信託法の理論的課題」ジュリ 1335 号 8 頁，14 頁（2007）は、不法行為債務については、受託者のモラル・ハザードを根拠に、限定責任信託の場合であっても、不法行為上の過失ある受託者は固有財産による責任を免れないことが重要だとする。

3) 寺本昌広ほか「新信託法の解説（5・完）——金融実務に関連する部分を中心に——」金法 1797 号 39 頁，44 頁（2007）も 21 条 1 項 8 号に該当しないとするが、その理由付けは、所有者責任は物を所有することから生ずる責任であるからと述べるにとどまる。また、佐久間亨「限定責任信託」道垣内弘人ほか編『新しい信託法の理論と実務』金判増刊 1261 号 185 頁，186 頁（2007）は、文理上 21 条 1 項 8 号に該当すると解することはできないとし、21 条 1 項 2 号に該当すると述べていると思われる。一方、中田裕康「信託法改正要綱の意義」信託 226 号 10 頁，14 頁（2006）は、少なくとも 21 条 1 項 9 号には当たると解すべきだろうと慎重な言い方をしている。

任とされていたが⁴⁾、成立した信託法では除外されていることからわかるように起草過程で争いがあったと想像される⁵⁾。なお、受託者自身に不法行為の要件が満たされているならば、受託者がその固有財産をもって不法行為責任を負うことについては争いがない⁶⁾。

(2) 固有財産と信託財産の関係

受託者は、信託事務を処理するのに必要と認められる費用を固有財産から支出した場合、費用償還を信託財産に対して請求できる(48条1項)。そして、受託者がその任務を怠ったことにより信託財産に損失が生じた場合、受益者の請求により、受託者はその損失を填補しなければいけない(40条1項1号)。これらの規定からすると、受託者の不法行為により固有財産から賠償をしたとしても、信託の目的ないし信託財産又は受益者との関係に照らして、受託者の行為が任務懈怠を構成しないならば、費用償還が認められる。しかしながら、費用の償還がたとえ認められたとしても、信託財産の無資力リスクを受託者が負担することになってしまうという問題は残る。ゆえに、21条1項8号に該当するかが非常に重要な意義を有することとなるので⁷⁾、以下検討していく。

Ⅲ. 限定責任信託の位置付け

1 信託設定の目的

(1) 財産分離

信託の最も重要な機能の一つは、受託者の下での財産の分離、すなわち、受託者の債権者が信託財産をその債権の引当てとすることができないことにある⁸⁾。この財産分離は二つの段階からなっており、第一段階が個人資産から独立した財産プールの設定であり、第

二段階がその結果出現した財産プール及び個人資産に対する債権者に優先権を割り当てることである。そして、第二段階における優先権の割り当てについては、新たに設定した財産プールについてその債権者が優先する「積極的」財産分離と、個人資産については個人債権者が優先する「防御的」財産分離がある。

一般の信託においては、信託財産については信託債権者が優先し、委託者や受益者の債権者は信託財産にかかっていくことができず、受託者についてみてもその個人債権者は、信託財産にかかっていけないことから、積極的財産分離が実現されている。しかしながら、信託債権者からの防御的財産分離は実現されていない。

(2) 限定責任信託の特徴

これに対し、限定責任信託は、一般の信託と異なり、信託債権者は原則として信託財産にのみかかっていくことができ、受託者の個人財産に対してはかかっていくことができない点で、防御的財産分離も実現されている。

2 他の制度との比較

次に、限定責任信託により実現される防御的財産分離の程度が問題となる。この点を考えるにあたって、信託法内で不均衡が生じるのは妥当でないことから、現行信託法が認める責任財産限定特約との関係が問題となる。その他にも、限定責任信託が事業信託等にも用いられうることを考えると、商事信託法要綱が定めた受託者の有限責任制度との関係も考える必要がある。

(1) 責任財産限定特約とのバランス

責任財産限定特約を結んだ債権者の信託債権の責任財産は信託財産に限定される。このような特約の締結は、私的自治からすると当然認められることであろう。限定責任信託と

4) 法制審議会信託法部会「信託法改正要綱」第67(2006年2月8日)(<http://www.moj.go.jp/content/000004925.pdf>, 2012年7月27日最終閲覧)参照。

5) この点については、能見善久ほか「信託法セミナー(第9回) 信託財産(6)」ジュリ1421号74頁, 75頁[沖野眞已発言](2011)参照。

6) 寺本・前掲注2)86頁。

7) 52条により、信託財産が債務超過にある場合、受託者はその信託を終了することができるが、受託者が固有財産での負担を余儀なくされる点では変わらない。

8) 以下については、森田果『金融取引における情報と法』49頁以下(商事法務, 2009)を参照した。

異なり、当該信託債権以外は受託者の固有財産もその引当てになると考えられそうだが、21条2項4号における「信託債権」の範囲が問題となる。なぜなら、本号を広く解釈し、例えば信託債権を履行するに際して生じた不法行為債権がこの「信託債権」の範囲に含まれるとすると、限定責任信託とのバランスが悪くなるおそれがあるからである。すなわち、限定責任信託だと固有財産にかかっていけるものが、より簡易な責任財産限定特約を結ぶことにより、かかっていけなくなるという事態が妥当であるかということである⁹⁾。

たしかに信託は様々なアレンジメントを可能にする制度であり、個別具体的にどのような特約を結んでも差し支えないはずである。しかしながら、現行信託法は限定責任信託という特別の類型を同じ法律内に設け¹⁰⁾、21条1項8号に該当するものについては固有財産でも責任を負うという整理をしている。それゆえに、そのバランス上、原則としてその文言に忠実に、「信託債権」を広く解釈せず、少なくとも21条1項8号に該当しないものに限られると解すべきである。このように解すれば、限定責任信託とのアンバランスは生じないと考えられる。したがって、責任財産限定特約を結んだとしても、信託債権の履行に伴い生じる取引的不法行為や事実的不法行為は受託者の固有財産でも責任を負うこととなると考えられる。それゆえ、信託債権者が受託者の固有財産にかかっていくことができる場合は比較的多く、責任財産限定特約によって実現される防御的財産分離はあまり強くないと言える。

(2) 商事信託法要綱における受託者の有限責任制度とのバランス

商事信託法要綱¹¹⁾では、711条3項に基づいて「受託者である旨明示して取引した場合」の受託者は有限責任を享受することがで

きる。しかしながら、この受託者の有限責任には債権者保護のため二つの制限があり、それらに該当すると固有財産であっても責任を負うこととなる。一つは、詐欺的な配当をした場合（同条4項）であり、もう一つは悪意又は重過失により信託事務の処理を行い、第三者に損害を生じさせた場合（商事信託法要綱443条）である。

したがって、取引的不法行為による損害については、受託者の事務処理につき悪意又は重過失がない限りその責任財産が信託財産に限定されることになると考えられる。また、事実的不法行為については、第三者責任として整理したと考えられる。

これに対し、所有者責任や公租公課等については、責任財産は信託財産だけでなく受託者の固有財産にも及ぶ。なお、信託財産が負担すべき公租公課の類や信託財産の保有者に課せられる責任（工作物責任等）についても、信託財産だけが負担すべきであるという政策論は十分にありうるにもかかわらず、商事信託法要綱において有限責任の対象とされなかったのは、この種の類型を過不足なく規定することが困難であったこともその要因とされている¹²⁾。

以上より、商事信託法要綱における受託者の有限責任制度の方が、現行信託法において認められている責任財産限定特約に比べ、防御的財産分離が強いと言えるだろう。ここで定められている受託者の有限責任制度が債権者保護制度に裏打ちされたものであることを考えると、当然の結果であろう。

(3) 参考：外国の法制との比較——アメリカの統一信託法典

アメリカにおける伝統的法理は、形式的にはその法主体性、実質的には不法行為防止効果及び信託債権者保護の見地から、受託者の無限責任が原則であった¹³⁾。しかしながら、

9) 中田直茂「限定責任信託の受託者の負う不法行為責任——他の組織体との競争可能性——」金法1828号38頁、45頁（2008）は公序良俗に反しない限り有効とする。

10) 信託法要綱改正草案を公表した段階では、信託法内に有限責任信託（仮称）という新しい類型の信託を設けるかには争いがあったため、その点について、甲案・乙案という形でパブリック・コメントに付された。法務省民事局参事官室『信託法改正要綱草案と解説』別冊NBL104号227-229頁（2005）。

11) 商事信託協会『商事信託法の研究 商事信託法要綱およびその説明』（有斐閣、2001）参照。

12) 信託協会『商事信託法コンメンタール——商事信託研究会報告——』136頁（信託協会、2005）。

13) GEORGE G. BOGERT et al., THE LAW OF TRUSTS AND TRUSTEES SECTIONS 671 to 750, § 731 (3d ed. 2009).

受託者に故意又は過失がない限りその責任を負わない方向に変わりつつある¹⁴⁾。このように、アメリカでは受託者の有限責任が認められる傾向にある。

(4) 小括

責任財産限定特約はもちろん、商事信託法要綱では、事実的不法行為であれ、取引的不法行為であれ、それによって生じた損害は基本的には受託者の固有財産で責任を負うことになると考えられる。ただし、商事信託法要綱による場合、信託事務の処理をするにつき軽過失又は無過失であれば信託財産のみが責任財産となる。これは、むしろアメリカの統一信託法典に近い考え方だと言える¹⁵⁾。

これに対して、限定責任信託の場合、その利用には様々な要件が課されているので、防御的財産分離がさらに強くなることが認められると考えられる。ここで、具体的に問題となるのは、信託事務の処理をするにつき、受託者に無過失責任が課される場合や、所有に伴って責任が課せられる場合である。

Ⅳ. 提唱——望ましい解釈論及び立法論

1 21条1項8号のありうべき解釈

(1) 本号における「不法行為」の意味

21条1項8号に該当するか否かは、限定責任信託の設定にあたって非常に重要な意味を持っているにもかかわらず、その規定の仕方はあまりにも簡素であり、混乱を招きやすい。一番の原因は、「不法行為」という語を用いていることである。すなわち、たしかに「不法行為」という語は民法第三編第五章で出てくるが、不法行為という語の定義規定は

ない。不法行為にも様々な性質を有するものが存するにもかかわらず、それを一口に「不法行為」と括ってしまっていることに問題がある。

そこで、この「不法行為」の意味が問題となる。21条1項8号は、「受託者が信託事務を処理するについてした不法行為によって生じた権利」と規定しているので、そこから生じる責任を限定する解釈の仕方としては二つの方法が考えられる。一つが、「不法行為」という文言を限定責任信託の目的から限定解釈する方法である¹⁶⁾。もう一つが、「受託者が信託事務を処理するについて」(傍点筆者)という文言を限定解釈する方法である¹⁷⁾。

前者は、自ら帰責性を有する不法行為をした受託者についてまで限定責任信託の利益を認めるのは適当ではないので、帰責事由の存しないことが免責要件とされるとする考え方である¹⁸⁾。しかしながら、「不法行為」という21条1項8号の文言からそのように読み取ることは文理上極めて困難であると言わざるをえない。さらに、使用者責任や占有者の工作物責任等、所謂中間責任といわれるものについて当然に21条1項8号に該当すると考えることにも疑問がある。なぜならば、これらは中間責任といっても、帰責事由の不存在の証明はほぼ不可能に近いからである。この点について、アメリカの統一信託法典は、過失があるかどうかで区別をしている点が注目される。

後者については、特に物の危険の実現に基づく責任との関係で問題となる。受託者が行うことはほぼすべて「信託事務を処理するについて」とも言える。このような責任について21条1項2号に該当するゆえに、同項8号に該当しないとする考え方もあるが¹⁹⁾、

GEORGE G. BOGERT et al., CASES AND TEXT ON THE LAW OF TRUSTS, ch. 20 (8th ed. 2008).

14) See Uniform Trust Code § 1010(b) (2000).

15) 信託協会・前掲注12)136頁によれば、商事信託法要綱711条3項は、アメリカの統一信託法典を参考に起草している。

16) 寺本・前掲注2)420頁。

17) 佐久間・前掲注3)186頁、中田・前掲注3)14頁。ただし、この点については、中田・前掲注9)42頁注10は、不法行為上の「行為」は、不作為も含む規範的概念であるので、受託者の「行為」を原因とする責任が否か、というメルクマールの有用性については疑問があるとする。特に、工作物の占有者責任について疑問を呈している。

18) 本稿Ⅱ1(1)参照。

19) 佐久間・前掲注3)189頁、新井誠『信託法(第3版)』387頁(有斐閣、2008)。

同項2号が想定しているのは信託財産である土地に付随していた抵当権等であり、これと同様に考えられるかはやや疑問がある。いずれにせよ21条1項8号にも該当する可能性が残っている限り、問題は解決しないと考えられる。

(2) 解釈の指針——他の組織体との比較

このように、条文上の文言だけを手掛かりとして21条1項8号が指す「不法行為」の内容を正確に理解することは非常に困難である。現行信託法が定めている債権者保護措置を考えると、限定責任信託には、責任財産限定特約や商事信託法要綱における受託者の有限責任制度に比べ、より一層高い防御的財産分離を認める余地がある。そこで、どの程度まで認めうるかが問題となるが、そこでは株式会社、有限責任中間法人、合同会社、有限責任事業組合等との対比をすることが有用だと考えられる。これらとの対比において、限定責任信託は、第三者の利益保護の観点から遜色がないと考えられる²⁰⁾。それゆえに、単純に考えると、受託者が固有財産で責任を負うのは、例えば株式会社だと会社法429条に該当する場合、すなわち224条1項の第三者責任に該当する場合のみともなりそうである²¹⁾。

しかし、信託がこれらの組織体と異なる点がある。第一に、取引の主体となるのが受託者のみであるという点である。第二に、信託においては、内部的な意思決定が柔軟であるというメリットが、逆にガバナンス・メカニズムに関するルールを必要最小限にしてしまう点である²²⁾。

a 信託財産の取引の主体としての受託者

これらのいずれの点についても、限定責任信託は明確な方針を示している。すなわち、

前者の取引の主体の点については、限定責任信託の登記、名称規制及び取引の相手方に対する明示義務(216条、218条、219条等)を課している。それゆえ、限定責任信託の受託者と取引に入る相手方は、責任財産が当然信託財産に限られていると知って契約に入っていると言える。すなわち、契約の相手方は、受託者の固有財産からではなく、あくまで信託財産から生ずるキャッシュ・フローに着目して契約関係に入っているのである。ゆえに、契約の相手方については受託者の第三者責任を認める余地はあるが、それ以外については受託者が固有財産で責任を負うことはないと考えべきである。

他方、不法行為債権者については、債務者のキャッシュ・フローに着目して債権債務関係に入ってきたわけではないので問題となる²³⁾。しかしながら、不法行為債権者の場合、無資力リスクは原則として債権者が負う。ただ、株式会社や合同会社等については、取締役及び業務執行有限責任社員はその職務を行うについて悪意又は重過失があったときは連帯して第三者に生じた損害を賠償する責任を負うが(会社法429条1項、430条、597条)、これは第三者保護のためだとされている²⁴⁾。したがって、それ以外の責任は基本的には負わないと考えられる。

信託についても同様に考えられそうだが、問題はここでも法的主体として存在するのが受託者のみであるという点である。もっとも、受託者は法的主体としては一つであるが、固有財産とそれから分離された信託財産を有しており、不法行為債権者がどの財産にかかっていけるかは、受託者が法的主体としては一つであることとは別の問題である。それゆえに、法的主体が受託者であることの論

20) 法務省民事局参事官室・前掲注10)228頁。

21) 有限責任事業組合については、組合財産から生じた工作物責任等、組合の業務に関し第三者が損害を負ったときは、組合員は、組合財産をもって損害を賠償する責任を負い、組合員の責任はその出資価額に限定される(有限責任事業組合契約に関する法律17条、15条)。

22) 森田・前掲注8)63-64頁。

23) 森田果「お前のものは俺のもの(1)——優先権付与の理論的構造」NBL875号29頁、35頁(2008)。なお、同37頁注26では、「自ら選んで」債権者の地位に立ったのではなく、不法行為によってやむをえずに債権者の地位に立たされる点に着目して、会社法の有限責任性について、不法行為債権者については財産分離を認めるべきではないという主張があることも紹介している。

24) 江頭憲治郎『株式会社法(第4版)』469頁(有斐閣、2011)。

理的帰結として固有財産をもって損害を賠償しなければならないということにはならない。

そこで、不法行為債権者としてはどの財産にかかっていけるかを考える必要がある。頻繁に問題となる物の危険の実現等による無過失の責任²⁵⁾については、信託財産の公示及び分別管理義務を果たしていたかどうかがメルクマールになると考えられる²⁶⁾ (14条, 34条)。何が不法行為債権の責任財産になるかはこの公示により区別されるべきであろう。例えば、土地所有者責任についてはこのメルクマールにより、どの財産に不法行為債権者がかかっていけるかの区別が可能であろう。そして、このように考えることにより、複数の信託財産を有する場合でも、登記をメルクマールに何が責任財産に該当するかを判断することができるようになる。また、所有していることに伴い生じる公租公課の類²⁷⁾についても同様に考えるのが妥当であろう²⁸⁾。

しかしながら、使用者責任については登記のようなメルクマールとなるものは存在しない。使用者責任について現在の支配的な理解は、自己責任ではなく、他人の不法行為についての代位責任と考え、報償責任・危険責任を根拠とする²⁹⁾³⁰⁾。そうすると、自らの活動から利益を上げている者及び危険源を創

造・管理している者が責任を負うべきであると考えられる。したがって、信託では、受託者ではなく、受益者に利益が存すると考えられるので、信託財産(受益者)が責任を負うのが妥当だと考えられる。もっとも、受託者も報酬を得ている点を考えると、利益が受益者のみに帰属するとは言いにくい。この点21条1項8号の文言から考えると、さらに困難なこととなる。なぜならば、同号においては、「受託者が」と書かれているからである。すなわち、一方で、代位責任と考えると受託者による不法行為だとは言いがたいが、他方で、自己責任と考えると受託者による不法行為だと容易に言えることになる。なお、アメリカの統一信託法典やイギリスの2000年受託者法では、どちらかという自己責任と捉え、その選任・監督上の過失がなければ責任を負わないという整理をしていると思われる³¹⁾。

無過失責任が定められている例はその他にもあるが、それらの多くについては保険制度が整備されており賠償の負担が軽減されている³²⁾。例えば、自動車の運行供用者の責任(自動車損害賠償保障法3条)は責任保険が強制されている。したがって、保険料の支払いについては、信託財産を引当てとする債務となり、たとえ受託者に運行供用者としての賠償責任が生じたとしても、保険で填補され

25) 具体的には、自動車の運行供用者の責任(自動車損害賠償保障法3条)、原子力事業者の責任(原子力損害の賠償に関する法律3条)、鉱区の鉱業権者の責任(鉱業法109条)、汚染物質排出事業者の責任(大気汚染防止法25条、水質汚濁防止法19条)、船舶所有者の責任(船舶油濁損害賠償保障法3条、1992年の油による汚染被害についての民事責任に関する国際条約、1992年の油による汚染被害の補償のための国際基金の設立に関する国際条約)、独禁法違反の競争制限行為をした事業者の責任(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律25条)、金商法上の責任(金融商品取引法18条1項本文・23条の12第5項、18条2項・23条の2第5項、21条の2第1項)等がある。

26) 同様の考えを示唆するものとして、今泉邦子「限定責任信託の特例」道垣内ほか編・前掲注3)92頁、95頁。

27) 具体的には、固定資産税が考えられる。固定資産税の納税義務者は、固定資産の所有者とされているため、受託者が納税義務者となる(地方税法343条1項)。なお、同条8項もあるが、適用される事例は少ないと思われる。

28) ただ、これだけでは、受託者の固有財産が責任財産にならないとは言えない。

29) 内田貴『民法Ⅱ(第2版)』455頁(東京大学出版会,2007)、潮見佳男『債権各論Ⅱ 不法行為法(第2版)』6頁、120頁(新世社,2009)、窪田充見『不法行為法 民法を学ぶ』184-185頁(有斐閣,2007)。

30) 限定責任信託ではなく、21条1項8号についての議論だが、不法行為の責任に関する性質が立法時に議論されなかった点については、能見ほか・前掲注5)83頁[道垣内弘人発言]参照。

31) もっとも、アメリカやイギリスでは信託財産にかかっていけないのが原則ゆえ、同列に論じてよいわけではない。

32) 以下では、内田・前掲注29)476-477頁を参考にした。

るため実質的に問題はない³³⁾。さらに、21条1項8号との関係で考えると、運行供用者の責任が報償責任や危険責任と考えられている³⁴⁾ことからわかるように、ここでも、使用者責任と同じく「受託者が」という文言には該当しないと考えられる。

これと同様のことが、原子力事業者の責任(原子力損害の賠償に関する法律3条)、鉱物の採掘による損害賠償責任(鉱業法109条)、排出事業者の責任(大気汚染防止法25条、水質汚濁防止法19条)、船舶所有者の責任(船舶油濁損害賠償保障法3条)、製造物責任(製造物責任法3条)についても言える³⁵⁾。これらは、仕組みは様々であるが、保険制度が発達している点では共通していることに加え、その責任の根拠はいずれも運行供用者の責任と同様に報償責任・危険責任と解されるため、その不法行為責任の責任財産は信託財産に限られるとの解釈が導けると考えられる。

このように様々な不法行為に基づく賠償責任についても、当該不法行為責任を負う根拠に遡って解釈すると、妥当な結論を導きうると考えられる。

b 信託内部のガバナンス・メカニズムに関するルール

次に、後者の信託内部のガバナンス・メカニズムに関するルールが必要最小限であるという点についてであるが、会社法における株式会社も組織法の中の一つのデフォルトルールにすぎない。そして、限定責任信託は、株式会社に比べ機関設計については柔軟である一方で、財産保全については株式会社に比肩するものである。そこで、信託における受益

者と債権者との利害対立と、株式会社における株主と債権者との利害対立がパラレルに捉えられると思われるため、その調整方法につき、考察を加えたい。

株式会社においては、事前規制として会社財産の分配規制があり、事後的・一般的規制として会社法人格否認の法理や第三者責任がある³⁶⁾。まず、事前規制³⁷⁾たる会社財産の分配規制については、詐害行為の禁止という一般的なルールを配当規制という実効性のある形に変容させることで、株主と債権者間の利害対立を緩和する点で意味があるとされる³⁸⁾が、現行信託法でも同様の規制が設けられている(225条ないし228条)。次に、事後的・一般的な規制については、法人格否認の法理に対応する規定とはやや異なるが詐害信託の禁止規定が存在する(11条)。また、第三者責任については、現行信託法でも同様の規定がある(224条)。以上より、限定責任信託には、株主と債権者との間の利害調整に類似した規定があり、債権者保護に十分なガバナンス・メカニズムが存すると評価できるので、限定責任信託についてもその受託者の有限責任性が、その柔軟な内部構造にかかわらず認められうると考えられる。

(3) 留意されるべき点

ガバナンスに関する点について、会社法における株式会社との対比を行ったが、一つ考えておくべき点がある。それは、会社法では会社分割を行うに際し、環境汚染や薬害等に対する損害賠償のような巨大な偶発債務を負った会社が、被害が顕在化しない段階で会社分割を行うことにより責任を免れようとすることを防止する規定が置かれている点であ

33) 自動車損害賠償保障法16条1項より、被害者は保険金額の限度において、保険者に対して損害賠償額の支払いをなすべきことを請求することができる。このように第三者が保険者に対して保険給付を直接請求する権利を直接請求権といい、被害者が損害をより迅速に回復できる(山下友信『保険法』436頁(有斐閣、2005))。

34) 内田・前掲注29)475頁、窪田・前掲注29)229頁、潮見・前掲注29)6頁。

35) 製造物責任について報償責任や危険責任の考え方を根拠に、受託者が個人責任を負うべきでないとする中田・前掲注9)43-44頁も同様の考え方を示すが、21条1項8号との関係でどのような解釈をとるのかについては明らかにしていない。

36) 藤田友敬「Law & Economics 会社法(5) 株主の有限責任と債権者保護(2)」法教263号122頁、124-125頁(2002)。

37) なお、旧法では、事前規制として、資本充実に関する原則も挙げられていたが、現行法では廃止されている。藤田・前掲注36)127頁は、資本充実の原則の経済学的な説明は難しいとする。ただし、江頭・前掲注24)35頁は反対。

38) 藤田・前掲注36)126頁。

る³⁹⁾ (同法 789 条 3 項及び 810 条 3 項)。会社法では、この場合分割会社も債務を負うことになるのだが、現行信託法では、これに対応する規定がない。21 条 1 項 8 号がこのためにあると考えることも不可能ではないが、文理上の解釈からは厳しいであろう。そうであるとすれば、現行信託法においては、受託者に故意や過失がない場合には、委託者の不法行為責任を追及するしかないであろう。

(4) 小括——解釈論の試み

契約責任に関わるものについては、基本的に 224 条 1 項に基づく受託者の対第三者責任を追及することで債権者保護を十分図ることができると思われる。もちろん、それらの責任は 21 条 1 項 8 号に該当する場合も出てくると考えられるが、224 条 1 項に比べ 21 条 1 項 8 号の要件を充足することは難しい。まず、前者の文言が「信託事務を行うについて」であるのに対し、後者の文言は「信託事務を処理するについてした」であり、後者の方がやや要件として狭いように思われる⁴⁰⁾。また、前者であれば、後者と異なり、第三者は受託者の信託事務を処理するについての悪意又は重過失、損害及び受託者の行為と損害との間の因果関係を立証すれば、第三者の権利侵害についての受託者の故意又は過失を立証せずに、損害賠償を請求できる点も指摘することができ、それらの点で 224 条の方が有利である。

他方、事実的不法行為においては、21 条 1 項 8 号が大きな問題となる。もちろん、当該不法行為が 224 条 1 項に該当すれば問題は顕在化しないが、該当しない場合には問題となってくる。具体的には、無過失責任や反証が非常に難しい中間責任等である。ここでは、法的主体が受託者一人であるにもかかわらず、

信託財産と固有財産という二種類の責任財産が存在するため、その債務がどちらに帰属するかが問題となる。そして、それはすべて 21 条 1 項 8 号の解釈により解決されるべき問題である。

まず、所有者ゆえに負う無過失責任につき、14 条及び 34 条より信託の登記ができるものについては、登記上、信託財産である旨が明示されているので、21 条 1 項 8 号の「受託者が……した不法行為」(傍点筆者)には該当しないという解釈をするのが妥当だと考えられる⁴¹⁾。すなわち、登記によって責任の主体が信託財産だと示されているのだから、いわば「信託財産による不法行為」と捉え、21 条 1 項 8 号に該当しないと考ええる。

次に、その他の責任についてだが、多くは報償責任や危険責任といった根拠に基づくものであり、受託者の自己責任というよりは、代位責任と考えられているものが多い。そうであるとする、これらについても、その不法行為を行ったのは、「受託者」ではないと解釈できる。他方で、これらの責任の多くは保険制度と一体となっているものが多く、保険制度との兼ね合いも問題となる⁴²⁾。なお、委託者が報酬を受けて莫大な利益を得ていた場合の責任については、以上のように考えられないため、その解釈は留保したい。

最後に、所有者ゆえに負う公租公課についてだが、有限責任を貫徹するには、相当な困難が伴う。すなわち、登記上は信託財産に属するとされていても、法律上の支払義務者が受託者となっている点が問題となるのである。ただ、固有財産について強制執行がなされたら、異議を主張し、21 条 1 項 9 号に該当する信託財産責任負担債務と主張することが考えられる。

39) 江頭・前掲注 24)847 頁。

40) 224 条 1 項が会社法 429 条 1 項の文言をそのまま用いたに過ぎない可能性がある。しかし、誤解を招きうる表現であると考えられる。

41) なお、この帰結として、217 条 1 項括弧書で引用されている場合の 21 条 1 項 8 号の解釈と、そうでない場合の 21 条 1 項 8 号の解釈が異なることとなる。同一の条文の文言の解釈が異なるが、限定責任信託との関係では別の意味内容として解釈したとしても、問題は大きくないと考ええる。

42) 藤田友敬「海洋環境汚染」日本海法会創立百周年祝賀『海法大系』77 頁、92-93 頁 (商事法務、2003)によると、油による汚染被害についての民事責任に関する国際条約は、強制保険制度の実効性の確保という技術的要請から登録船主を責任主体とし、その結果、実質的な事業主体とは言えない者が排他的な責任主体となり、過失を帰責事由とすることの合理性が疑わしくなったとする。

2 立法論の提案

(1) 217条1項括弧書における21条1項8号引用の妥当性

217条1項括弧書において、21条1項8号が引用されているが、既に述べたように、その経緯は明らかでない。もっとも、21条1項8号が信託財産責任負担債務とされたのは、民法旧44条や民法715条とのバランスを考慮した結果という側面がある⁴³⁾。より根本的には、受託者の無資力リスクを受益者と被害者のどちらかが負担するかという観点から、受益者に負担させるのが妥当だと考え、信託財産責任負担債務とされた。民法旧44条は、法人自体が不法行為を行えないことを前提としつつ、法人の不法行為責任は「他人の行為による責任」であるものの、「法人の不法行為」として評価されてよい社会的な実体が存在するので、いかなる行為について法人が責任を負うか明らかにしたものだとされる⁴⁴⁾。そして、会社法350条も民法旧44条と同様の趣旨に基づき定められている⁴⁵⁾。たしかに、これらのことを念頭に21条1項8号のような規定が入れられたことの妥当性は否定できない⁴⁶⁾。

しかし、問題は、217条1項括弧書でこの規定を引用し、信託財産だけでなく受託者の固有財産に対する強制執行を認めている点である。そこで考えてみると、両条項は明らかに想定している場面が異なる。すなわち、217条1項は信託財産が責任を負うことを前提として、受託者の固有財産へも被害者がかかっていけるかが問題となっているのに対し、21条1項8号は、受託者の固有財産だけでなく、信託財産へもかかっていけるかが問題となっている⁴⁷⁾。したがって、ここで

の引用は適当でないと思われる。

(2) 21条1項8号に掲げる債務と224条1項に掲げる債務の差異

既に述べたように、21条1項8号により負う債務と224条1項により負う債務は、取引的不法行為の場合、実質的に重なる。したがって、取引的不法行為を考えるに際しては、217条1項で21条1項8号を引用する必要性はないと言わざるをえない。

そこで、問題となるのが事実的不法行為における場合である。もっとも、上で検討したように、問題となりうる無過失責任や実質的には反証が難しい中間責任に基づく損害賠償債務については、受託者の固有財産を引当財産とすることは、その賠償責任の趣旨に合致しない。

それゆえに、21条1項8号の引用を削除することも考えられる。しかしながら、その前提として、もしこの引用をやめたら不都合な場合が出てくるかを考える必要がある。この点、不法行為債権者が害されるという主張もあろうが、不法行為債権者は基本的にはその債務者の無資力リスクを負うのが原則であり、それが妥当でないケースにおいては保険等が整備されている。また、受託者自身について民法709条の不法行為が成立すれば、受託者に対する不法行為責任の追及も可能である。これは、会社法における規律と同様であり、それ以上に債権者を保護する必要はないと思われる。ただ、上記IV1(3)で述べた点には問題があるので、偶発債務を避けるためになされた信託についての規定が必要だと考えられる。

したがって、217条1項括弧書で21条1項8号を引用する必要性はないと考えられる⁴⁸⁾。また、解釈論では導き難い所有していることにより当然発生する公租公課につい

43) 寺本・前掲注2)86-87頁。他方で、会社や法人との比較の点について、能見ほか・前掲注5)78頁〔藤田友敬発言〕は、内部分担の点まで考えると、趣旨は完全に一緒ではないかもしれない、とする。

44) 大村敦志『民法読解 総則編』171頁（有斐閣、2009）。

45) 落合誠一編『会社法コンメンタール8——機関（2）』24頁〔落合誠一〕（商事法務、2009）。

46) 同号の妥当性自体についても検討の余地がある点については、能見ほか・前掲注5)75頁以下〔沖野眞已発言〕参照。

47) 中田・前掲注9)40-41頁。

48) ただし、この点に対する反論も想定される。すなわち、21条1項8号を引用する217条1項括弧書は、受託者に対して慎重に行動するよう促す政策的規定（例えば、土壌汚染の疑いのある土地を安易に引き受ける受託

ては、明文の規定を置くことが望まれる。もちろん、その他にも信託財産のみでもって責任を負うべきものも存在しうる。しかしながら、問題が大きいものから順に明文で定め、解釈上の疑義をなくしていく方法が妥当である。

V. 結論

本稿では、限定責任信託における受託者の第三者に対する責任について検討してきた。そして特に解釈上疑義が生じうる 217 条 1 項括弧書で引用されている 21 条 1 項 8 号について、ありうべき解釈論や立法論につき検討を行ってきた。問題は、217 条 1 項括弧書が安易に、21 条 1 項 8 号を引用してしまったことに起因するが、問題のより根本は受託者が固有財産及び信託財産という二種の財産を有しており、不法行為法が想定する「所有者」と齟齬を生じている点にある。

本稿では、限定責任信託をその周辺の制度との関連で、その防御的財産分離についての考察を行うと同時に、不法行為についてはその制度趣旨を踏まえ、ありうべき解釈の提言を行った。詳細は省略するが、結論としては、「受託者」による不法行為と解しないことによる解決を目指した。

しかしながら、依然として残された問題がある。第一点は、受託者が高額な報酬を得ていた場合、報償責任を負うのは当然であり、受託者の固有財産も責任財産とすべきではないかという点である。第二点は偶発債務を避けるためになされた信託への対応が現行法では不十分ではないかという点である。これらの点については、更なる検討を要する。

以上の解釈論を踏まえ、本稿では、立法論としては、217 条 1 項括弧書における 21 条 1 項 8 号の引用は不要であるという結論に達した。その他、政策的規定の制定も望まれるところである。

以上は、一つの解釈論及び立法論の提言にすぎない。今後より議論が盛んになされ、限

定責任信託がより活発に利用されるようになることが望まれる。

※本稿は、2010 年 12 月に提出した同名のリサーチペーパーに、若干の加筆修正を施したものである。

リサーチペーパーのご指導を頂いた藤田友敬先生にはこの場を借りて厚く御礼申し上げたい。

(ふじおか・ゆうじ)

者の出現の防止を図る）であり、同号の引用を削除することは妥当でないというものである。しかしながら、この点については、本文で述べたような弊害を考えると、上記政策の目的を実現する方法としての妥当性それ自体を検討すべきである。また、上記政策そのものについても、十分な議論がなされているか検討すべきである。

論説

「大学の自治」に関する試論

——社会・正当性・構造——

2010年4月入学

本郷 隆

I. 序

- 1 ポポロ事件判決
- 2 問題提起
- 3 本稿の構成

II. 歴史

- 1 中世
 - (1) 大学の誕生
 - (2) 大学の「死」
- 2 近代以降
 - (1) ドイツ
 - (2) 米国
- 3 日本：戦前
 - (1) 帝国大学の成立
 - (2) 私学の誕生
 - (3) 自治の萌芽
 - (4) 抑圧の時代
- 4 日本：戦後
 - (1) 新制大学制度発足から学生叛乱まで
 - (2) 改革の時代

III. 構造

- 1 根拠論
 - (1) 制度的保障論への疑問
 - (2) 功利主義からのアプローチ
 - (3) 職責からのアプローチ
 - (4) 機能的自由からのアプローチ
 - (5) 教育権からのアプローチ
- 2 外部関係
 - (1) 実質的意味の大学
 - (2) 「諸学部之争い」
 - (3) 法学の多層性
 - (4) 「大学性」

- (5) 自律性の限界

3 内部関係

- (1) 「教授会自治」の再定位
- (2) 私立大学の内部関係
- (3) 国公立大学の内部関係

4 内容

- (1) 自治内容の諸要素
- (2) 人事自治権
- (3) 財政自治権
- (4) 警察権からの自由

5 まとめと展開

- (1) 議論の小括
- (2) 「大学」の核心と辺縁
- (3) 司法審査
- (4) 「学問界」の構造

IV. 現代的課題

- 1 産学連携と専門職大学院設置
- 2 専門職大学院化について
 - (1) 経緯
 - (2) 大学への影響
- 3 産学連携について
 - (1) 経緯
 - (2) 大学への影響
- 4 検討
 - (1) 大学性の低減
 - (2) 教授会自治の限界
 - (3) 公共財としての国立大学

V. 結

- 1 本稿の狙いあるいは成果
- 2 大学及び大学人に対して
- 3 憲法学に対して

I. 序

1 ポポロ事件判決

ポポロ事件判決¹⁾は、今日においてなお、大学の自治についての最重要判決である。同判決は、憲法 23 条の学問の自由について、「学問的研究の自由とその研究結果の発表の自由とを含むものであつて」、「一面において、広くすべての国民に対してそれらの自由を保障するとともに、他面において、大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とすることにかんがみて、特に大学におけるそれらの自由を保障することを趣旨としたものである」と述べ、特に大学については、憲法の 23 条の趣旨と学校教育法 52 条とに基づいて、「大学において教授その他の研究者がその専門の研究の結果を教授する自由は、これを保障されると解するのを相当とする。すなわち、教授その他の研究者は、その研究の結果を大学の講義または演習において教授する自由を保障されるのである」という。その上で、「大学における学問の自由を保障するために、伝統的に大学の自治が認められている」と述べ、憲法上「大学の自治」が保障されていることを宣言した。

学説も憲法上「大学の自治」が保障されていること自体について異論は見られない。ただし、その説明の仕方については、若干のヴァリエーションが見られる²⁾。その中、戦

後の通説はドイツの学説の影響もあり³⁾、憲法 23 条は、学問の自由という主観的な権利と並んで、「大学の自治」という客観的な制度を保障したものと理解してきた⁴⁾。

2 問題提起

このような理解に対して、二つの根本的な疑問を提起したい。

第一の疑問は、憲法 23 条によって保障されると言われる自由と制度は容易に併存し得るものかということである。樋口陽一は、主権の担い手である集権的国家と人権の主体である個人とが対面する二極構造を貫徹するために、憲法が国家と個人の間に介在する中間集団を否定してきた歴史を強調する⁵⁾。このような憲法観からは、大学もまさに国家と個人との間に介在する中間団体として浮かびあがり⁶⁾、そうすると憲法 23 条の中に併存する自由と制度の間には、緊張関係が潜むことに気づく。

ところで、日本の学説が参照したドイツのボン基本法 5 条 3 項は、「芸術及び学問、研究及び教授は自由である」と規定する。彼国の伝統的な通説が、「学問的思想の自由に対する基本権を意味するだけでなく、一種の制度体保障、すなわちドイツの大学の〈基本権〉をも意味する」と理解してきた点はわが国と共通する⁷⁾。ただし、ドイツでは、この自由と制度との間に潜む緊張関係への自覚があり、特に戦後以降、両者の論理的脈絡づけのための活発な議論が展開されており⁸⁾、わが

1) 最大判昭和 38 年 5 月 22 日刑集 17 卷 4 号 370 頁。

2) 成嶋隆「学問の自由」小林孝輔＝芹沢斉編『基本法コンメンタール憲法（第 5 版）』別冊法セ 189 号 175 頁、180-181 頁（2006）参照。

3) 法学協会編『註解日本国憲法上巻』464 頁注 13（有斐閣、1948）。

4) 例えば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第 4 版）』159 頁（岩波書店、2007）、佐藤幸治『憲法（第 3 版）』509 頁（青林書院、1995）。

5) 樋口陽一『憲法 I』28-30 頁（青林書院、1998）。

6) 樋口は、近代市民革命＝フランス革命以前の大学は、特権の牙城として破壊されるべきものであったとするが、近代立憲主義の確立期＝第三共和制という歴史的断絶を経た後の大学は積極的に肯定する（樋口陽一「学問と大学」社会科学の方法 1 卷 2 号 10 頁、11 頁（1968））。

7) 守矢健一『「学問の自由」に係る日本の憲法解釈論の性格をめぐって」大阪市立大学法学雑誌 54 卷 1 号 376 頁、382 頁（2007）。

8) ドイツにおける学説の展開については、守矢・前掲 7)382-389 頁を参照。なお、今日のドイツの学説では、大学の自治を制度的保障の名のもとに語るのは、一般的ではない（玉井克哉「産学連携と学問の自由——ドイツの職務発明制度改革から見る大学の将来像」玉井克哉＝宮田由紀夫編『日本の産学連携』（玉川大学出版部、2007）119 頁、120 頁）。

国の状況とは対照的とも言える。

第二の疑問は「大学」とは何か、ということである。国立大学は、国立大学法人法の改正という立法行為により、また公立及び私立大学は、認可という行政処分により設立される⁹⁾。果たして、こうして設立される大学はおよそ、憲法により自治が認められるのか。憲法 20 条及び 89 条の「宗教的結社」は、法律上の「宗教法人」とは異なる概念とされているはずだが、これとの比較で、憲法 23 条の想定する「大学」と法律上の「大学」とが当然に一致するとしてよいかは疑わしい。さらに、大学が急増し、自治能力があるか疑わしい大学も存在する中、単に「大学」というレッテルを貼れば、大学の自治を享有できるかということは問題にされてしかるべきである¹⁰⁾。

3 本稿の構成

本稿は、以上のような問題意識を基底に据え、大学の自治を法学的に分析し、さらに試論を提示するものである。

Ⅱでは議論の前提として、大学の歴史を顧みること、社会環境がいかに変化し、それに応じて大学がいかに変容したかを概観する。Ⅲでは、大学の自治の法的根拠を探り、それを軸に、憲法的保護に値する大学の範囲や、大学の自治の構造等について議論を行う。ここが本稿の根幹になる。さらに、そこで獲得された視角を前提に、Ⅳでは、現在まさに大学で起きている変化をいかに捉えるべきか検討する。そして、Ⅴで総括を行い、今後に向けた展望を示すこととしたい。

Ⅱ. 歴史

まず、大学及び大学の自治の史的展開を眺めたい。ここで確認したいことは、大学が

「学問の府」として輝かしい歴史を歩んできたということではない。確認すべきは、寧ろ大学の闘争であり、敗北であり、墮落であり、変貌である。生々しい大学の姿を謙虚に受け入れることで、大学及び大学の自治について虚心坦懐に検討していく糧としたいのである。

なお、紙幅の都合上、通史を叙述する余裕はない。ここでは、Ⅲ以下の検討に必要な範囲で、特に注目すべきトピックを取り上げ、簡単に指摘していくスタイルを採る¹¹⁾。

1 中世

(1) 大学の誕生

「大学」の誕生は、1158 年、ボローニャ大学へ神聖ローマ帝国皇帝による特許状が付与されたことに遡る。その後、パリ大学の設立が続く、大学は、一気にヨーロッパ全土へ拡大した。かかる拡大の基礎には、アリストテレス哲学がイスラム経由で流入し、ヨーロッパ中で知的関心の高まりがあったことが指摘されている。知識欲に燃える青年は師を求めて集まり、高度の教育衝動に駆られた教師が多数の青年をひきつけ、自ずから各地で学問研究集団が形成されていったのである。

当時の大学は、大学構成員の自発的結合体として自治的に運営がなされていた。一般的な大学は、大学自らが選出し、大学構成員に対する裁判権を持ったレクトール（総長）によって管理され、比較的短期の任期で互選され交代するデカン（学部長）を長とする学部により成り、ドクトル学位賦与の試験及び昇任権並びに教授認可権を独占していた。そして、大学はこれらの特権を護り確保するために、「課業停止」と「移住」という武器を有していた¹²⁾。大学がこれらの措置をとることは、経済的に大学に依存していた都市にとって、多大なダメージとなることから有効

9) 国立大学は、国立大学法人法別表第二の改正による（同法 2 条 1 項、2 項）。公立・私立大学は、文部科学大臣の設置認可による（学校教育法 4 条）。

10) 伊藤正己ほか「研究会 大学自治の基本問題」ジュリ 356 号 26 頁、29 頁〔伊藤正己発言〕（1966）参照。

11) 本文中の史実は、主に、吉見俊哉『大学とは何か』（岩波書店、2011）及び高柳信一「学問の自由——歴史の序論——」『学問の自由』（岩波書店、1983）〔初出 1967〕に依る。

12) 高柳・前掲注 11) 3 頁。

に機能したと言われる¹³⁾。

中世の大学の特徴は、「移動の自由」が基盤にあることである。特に初期の大学は、固定的施設を有さず、学生団や教師団は、都市から都市へ移動が可能であり、また複数の権威と多元的に結びつくことも可能だったのである¹⁴⁾。さらに、どの地方の大学も、使用言語はラテン語であり、カリキュラムも共通性が高く、このような普遍性も教師や学生たちの移動を容易ならしめていた¹⁵⁾。

ただし、このような大学は、元々身分制と自己規律をその本質とする職業団体の一種であり、その目的とするところは構成員の共通の利益の確保・擁護であったと言われる¹⁶⁾。そして、ローマ教会の最高権によって担保された強固な一元的な真理の体系の支配が存在し、学者の研究の自由ないし学問の自由は、原則的に否定されていた点で、現在の大学とは様相を異にしていた¹⁷⁾。

(2) 大学の「死」

大学は、ヨーロッパ世界の知的水準向上に貢献したが、このような状況が長く続いたわけではない。まず、13世紀以降、大学を神学教育に利用しようと考えた教会が、大学におけるプレゼンスを強め出した。本来これに対するべき大学側も、教授が教会での出世ルートを開拓することや教会と結託して野心を実現することに熱中し始め、大学と教会との緊張関係は失われていく。

さらに宗教革命以降のドイツでは、領邦国家が各宗派と結合することで存立の基礎を築くようになったが、そのような中、大学は領邦教会の正統教義の普及防衛のための伝道所としての役割を担わされるようになっていく。こうして、大学は、国家に取り込まれ、世俗的権力との緊張関係も失われていったのである。

また、中世的環境の喪失にも留意すべきだ

ろう。各地で主権国家が台頭してくると、領域を定める国境が強く意識されるようになる。これにより、中世の大学の存立を支えていた移動の自由は大きな制約を受けることとなった。また、大学自身も図書館や講堂といった物理的施設を備えるようになり、かつてのようなモビリティは失われていた。

こうして大学が教会や世俗の権力との緊張関係を失い、従属的な地位に甘んじるようになると、もはや大学内部でリベラルな学問は実現できず、旧套墨守で凝り固まった場所へと堕していく。社会学者・吉見俊哉が「大学の死」と評するところである¹⁸⁾。

なお、注意すべきは、この「死」の原因を専ら大学外に求めるわけにはいかないということである。教会との癒着は、神学部を中心とする大学人の振舞いの帰結である。また、領邦国家において大学人は国家官僚となることで、「自律性の喪失と引き換えに財政上の安定を手に入れ」たのであり、「領邦国家による大学の取り込みは、上からの強制というよりも、むしろ下からの選択の結果であった」のである¹⁹⁾。そのような意味で、当時の大学が自己浄化できず、自己防衛的な制度に陥った原因として大学の自治の腐敗を指摘する、教育学者・潮木守一の見解は鋭い²⁰⁾。

大学が凋落する一方で、グーテンベルクによる印刷術の発明は、出版産業・出版文化の興隆をもたらした。これにより、書斎や図書館で研究ができるようになり、大学に依存しない、新しいタイプの知識人が出現することになる。彼らの眼は、新しい知として登場してきた人文主義や自然科学へ向かい、中世以来のスコラ哲学を捨て切れない大学は関心の外へ置かれることとなった。16世紀以降、彼らが集ったのは、新興の有力者の保護を受けて設立された「アカデミー」であった。イタリアに始まったアカデミーは、その後ヨー

13) 吉見・前掲注 11)30 頁。

14) 吉見・前掲注 11)27-28 頁参照。

15) 吉見・前掲注 11)36-37 頁。

16) 山元一「大学の自治」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』181 頁、181 頁（弘文堂、2005）。

17) 高柳・前掲注 11)3 頁。

18) 吉見・前掲注 11)64-66 頁。

19) 吉見・前掲注 11)61 頁。

20) 潮木守一『世界の大学危機』59 頁（中央公論新社、2004）。

ロッパ全土へ広がり、やがて国家自身も設立するようになる。アカデミーでは、大学よりずっと柔軟に、実学的で先端的な教育がなされていたという。この時代、大学ではなく、アカデミーこそが知の先導者だったのである²¹⁾。

2 近代以降

近代以降、大学は、各国民国家の中で独自の進化を遂げていく。ここでは、戦前の日本の大学のモデルであったドイツと、戦後のモデルである米国について概観する。

(1) ドイツ

大学が復権を果たすのは19世紀初頭のドイツである。ナポレオン戦争に敗北し、危機意識が高まっていたプロイセンでは、ヴィルヘルム・フォン・フンボルトが中心となって大学改革が進められた。いわゆる「フンボルト型大学」の特徴は、研究と教育の一致にあり、その象徴が、ゼミナールや実験室である。従来の大学では、知識が既に定まったものであるという考えのもとに講義による教育がなされていたが、フンボルト型大学では、知識は教師と学生との対話の中で絶えず新たに生成されていくものだという考えを前提に、新しい知識を構築していくプロセスの習得が目標とされた。そして、この理念こそフンボルト型大学が今日の大学につながる直接の先行者であると言われる所以である²²⁾。

このようなフンボルトの理念に沿って設立された大学が1810年創設のベルリン大学である。ベルリン大学では、学問の要求と国家の権力要請との調整につき、国家内における最大限可能な自由を大学に保障する方向で実現するものとして構想された。つまり、「大学は、国家機関であるが、国家目的に完全に従属するものではない。国家は、大学におけ

る研究と教育に関しては、それを外的に管理し及び組織することを通じて間接的にこれに干与し、また、一般警察権にもとづく監督権をもつにすぎない」とされたのである。これは、近代ドイツ大学自治の原型となり、「ベルリンの自由」として他の大学のモデルとされた²³⁾。こうして国内に浸透していった「学問の自由」は、1849年のフランクフルト憲法152条で「学問およびその教授は自由である」として初めて憲法上保障され、1850年のプロイセン憲法20条でそのまま採用されることとなった。

なお、当時のドイツの学問の自由の特徴については、①国家が大学をつくったこと、②大学の自治の担い手が市民一般ではなく、少数エリート層であったこと、③大学の政治的中立性が要求されたこと、④個人の自由というより制度的保障に近い性格を有していたこと等の指摘がある²⁴⁾。

ドイツにおける学問の自由及び大学の自治については、1973年のいわゆる「大学判決」が重要な判示を行ったが、これについては後述の関連個所で指摘したい。

(2) 米国

米国では、植民地時代以降、大学(college)は紳士教育の場にしかすぎなかったが、19世紀に入ると、「真も偽もいちおうの真であり、偽であるにすぎない。本当に真であるかどうかは不断の探求によって検証されなければならない」という真理観を前提とするダーウィニズムの浸透を基礎に²⁵⁾、ドイツ留学帰りの教育者たちの手によって大学改革が進められた²⁶⁾。その到達点が1876年設立のジョンズ・ホプキンス大学である。同大学は、フンボルト型大学を米国で実現するために、学部課程の上により高度な研究型教育を旨とする「大学院」を置いた点に特徴がある。その後、同大学が、優秀な研究者や学生を集

21) 吉見・前掲注11)74-78頁参照。

22) 吉見・前掲注11)79頁及び87-90頁参照。

23) 高柳・前掲注11)15頁。

24) 大浜啓吉「学問の自由と大学の自治」『公共政策と法』2頁、7頁(早稲田大学出版部、2005)。

25) 酒井吉栄「学問の自由」芦部信喜ほか編『アメリカ憲法の現代的展開 1 人権』113頁、119頁(東京大学出版会、1978)。

26) 酒井・前掲注25)120頁。ハーバード大学を中心に繰り広げられた改革の試みについては、潮木守一『アメリカの大学』52-79頁、116-145頁(講談社、1993)が詳しい。

めることに成功すると、大学院制度は米国全土に広がっていくこととなった。

ところで、米国では、「学問の自由 (academic freedom)」は、まず慣行あるいはイデオロギーとして確立された。伝統的に私立が多く、運営資金を集める必要がある米国の大学では、理事会が、教員に対して資金提供者の歓心を買うような見解をとらせるべく干渉してくる危険がかねてより指摘されていた²⁷⁾。そこで、教授の科学的精神と公平無私な探究を可能ならしめるために、素人 (laymen) 理事会による圧力を排除するための概念として “academic freedom” を確立する必要があった。その先導に立ったのが、米大学教授連合 (American Association of University Professors, “AAUP”) であり、その成果が「1915 年宣言」である²⁸⁾。同宣言は、教授が理事会の干渉を受けることなく自由に教育や研究ができるということを軸に “academic freedom” の概念を組み立てたものである。この内容は、その後まもなく、米国の大学界に浸透し、広く承認されるに至った。ただし、これはあくまで AAUP の宣言であり、大学内規、任用契約、労働契約等へ組み込まれない限り法的執行可能性を持つものではない²⁹⁾。

他方、連邦最高裁が「学問の自由」を語るのは、1950 年代後半以降になってからである。すなわち、Sweezy 事件³⁰⁾においてウォーレン法廷意見が「アメリカの大学コミュニティにおいて学問の自由の重要性はほぼ自明である」とした上で、「教師と学生は、探求し、研究・評価し、新たな成熟と理解を獲得する自由を常に維持しなければならない」と判示し、その後の Keyishian 事件³¹⁾

で、ブレナン法廷意見が、学問の自由について「修正 1 条の特別な関心事項 (special concern of the First Amendment)」と位置づけたのである。両判決は、個人の学問の自由を認めたものであるが、その後、Bakke 事件³²⁾では、大学自体も学問の自由の享有主体となることが示された。一連の判決は曖昧な表現に終始するものが多く、連邦最高裁の認める「学問の自由」については、その輪郭の不明瞭が指摘されている³³⁾。なお、AAUP の「学問の自由」概念とは異なり、連邦最高裁の認める「学問の自由」は対政府的な権利であるため、私立大学の教員が大学に対して主張することはできないとされる³⁴⁾。また、ドイツや日本とは異なり、教員団が大学の運営に参加する権利も憲法上、認められていない³⁵⁾。

3 日本：戦前

(1) 帝国大学の成立

わが国に大学が誕生するのは明治時代である。当時の政府にとって国力増強のため、西欧の学問を輸入することは急務であり、この目的のために高等教育機関が相次いで設立された。ただし、これらは統一的理念に沿って設立されたものでもなく、また幕府の学問所を引き継いだという性格もあり、その系譜は複雑である³⁶⁾。

その中で大きな転換点は、1886 年の帝国大学令の制定及び帝国大学の設立である。帝国大学令 1 条は、帝国大学の目的について「国家ノ須要ニ応スル學術技芸ヲ教授シ」と規定した。この文言は後の大学令 1 条にも受け継がれ、戦前の学問の基調となる。つま

27) Ernest Van Den Haag, *Academic Freedom in the United States*, 28 LAW & CONTEMP. PROBS. 515, 518-19 (1963).

28) AAUP, *Declaration of Principles* (1915), reprinted in LOUIS JOUGHIN ed., *ACADEMIC FREEDOM AND TENURE*, app. A at 157-76 (1969).

29) 松田浩「合衆国における『二つの学問の自由』について」一橋論叢 120 巻 1 号 84 頁, 85-87 頁 (1998) 参照。

30) Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).

31) Keyishian v. Board of Regents, 385 U.S. 589 (1967).

32) Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1977).

33) David M. Rabban, *A Functional Analysis of “Individual” and “Institutional” Academic Freedom under the First Amendment*, 53 LAW & CONTEMP. PROBS. 227, 230 (1990).

34) Rabban, *supra* note 33, at 231.

35) Minnesota State Board for Community Colleges v. Knight, 465 U.S. 271 (1984).

36) 吉見・前掲注 11) 116 頁の系図を参照。

り、この時期の高等教育は国家主義的性格を帯びていたのである。その一つの具体的現れが、帝国大学の官僚養成機構としての性格であり、法科の重視であったのは周知のとおりである。また、その他の特徴として、高等教育の内容が実利的・応用的性格を有していたことも指摘される。当時のヨーロッパの大学はリベラル・アーツ中心であって、技術系の学問が総合大学に含まれていなかったのとは対照的である³⁷⁾。

なお、帝国大学令制定後の1889年に明治憲法が發布された。明治憲法は、プロイセン憲法を範としたわけだが、学問の自由については規定されていない。これは、伊藤博文に憲法を講じたモッセやグナイストが、学問の自由は、無益で国を混乱させる原因になるので日本では不要であると説いたことが影響したと言われている³⁸⁾。

(2) 私学の誕生

私立の専門学校は既に明治初期には誕生しており、特に法学系を中心に多数の学生を集めていた。それらは、高い教育水準にもかかわらず、長らく公的に学校制度の中に位置づけられない状態にあったが、1903年の専門学校令により、官立諸学校を補完する役割、若しくはそれとは異なる目的を果たす役割のものとして初めて学校制度の中に位置づけられることとなった。ただし、あくまで法的には「帝国大学」とは区別された「専門学校」としてである³⁹⁾。その後、私学が正式に「大学」と位置づけられるのは、1918年の大学令を待たなければならなかった。

しかし、私立大学の誕生は、それ以前に見ることができるともかもしれない。幕末期、当時の知識人とも呼べる志士たちは、日本中を旅しながら私塾で有力な教師について翻訳された知識を学び、旧套打破を図ろうとしてい

た。そのような私塾の代表が緒方洪庵による適塾であり、佐久間象山による五月塾である。このような状況は、中世ヨーロッパの大学勃興期にも類似する。大学は、制度である以前に知識の生成や継承、革新の実践的な場であるという観点からは、日本の大学は既に1850年代以前に生まれていたとも言えよう⁴⁰⁾。そして、このような見方からは、最初に帝国大学ができ、それに続いて私学ができたという理解ではなく、維新期における旧士族の危機感を背景とした私塾の興隆があり、そのような草莽の知が自由民権運動に結びつくことに対する危機感から、帝国大学が創設されたという異なる理解も可能となる⁴¹⁾。ここで問われているのは、まさに「大学とは何か」ということなのである。

(3) 自治の萌芽

その後時代が下って起きた大正デモクラシーは、大学内外の知のあり方にも変化をもたらした。吉野作造ら当時の大学教授らは、『中央公論』等の雑誌に論文を発表し、これが知的欲求の高まっていた一般市民に受容されていく。従来、閉じられた学知の空間であった帝国大学は、開かれた空間としての性格を帯びるようになり、大学アカデミズムの外に「民間アカデミズム」と呼べる領域が形成されていったのである⁴²⁾。

大学内部に目を移すと、この時期、帝大七博士事件(1904年)及び京大・澤柳事件(1913年)が起きている。いずれも政府による大学人事への介入に端を発する事件であったが、大学教授陣一丸となった抵抗が功を奏し、結果として、大学側は国に対して、教授会が教授人事に関与することを認めさせることに成功した⁴³⁾。このような人事自治権は、決して法定されたものではなく、慣行として成立したものとはいえ、ここに、大学の自由・自

37) 大浜・前掲注24)9-13頁参照。

38) 大浜・前掲注24)8頁、圓谷勝男「学問の自由と教育の自由」東洋法学43号91頁、94頁(2000)。

39) 天野郁夫『大学の誕生(上)』366-368頁(中央公論新社,2009)。

40) 吉見・前掲注11)112-114頁。

41) 吉見・前掲注11)159-160頁。

42) 吉見・前掲注11)161-168頁。なお、同時期、法学分野では、穂積重遠及び末広徹太郎らが出版や大学開放運動に力を注いでいた(大村敦志『民法改正を考える』185-186頁(岩波書店,2011))。

43) 山本悦夫「大学の自治——人事の自治を中心として——」熊本ロージャーナル5号3頁、13-14頁、17頁(2011)。

治の萌芽を見てとれる⁴⁴⁾。

(4) 抑圧の時代

しかし、このようなリベラルな時代は長くは続かなかった。1918年制定の大学令1条で、大学の目的として「人格ノ陶冶及国家思想ノ涵養」に留意することが規定され、これが、その後の大学教授の研究教育への大きな制約を加える契機となった⁴⁵⁾。

大学教授らによる出版メディアを通じた自由な発言は、次第に政府の反発を呼ぶようになり、弾圧の端緒となっていく。森戸事件(1919年)、滝川事件(1933年)、天皇機関説事件(1935年)と、当時の社会風潮にそぐわない内容の出版物が弾圧され、教授たちが職を辞するという事件が相次いだのである。その後、戦争に突入するに及んで学問は戦争目的の達成や戦争遂行のために政府によって強力な統制下に置かれるようになり、学問の自由は地を払うこととなる⁴⁶⁾。そして、このような苦い経験が戦後の新憲法下の「学問の自由」の下敷きとなったのである。

しかし、無視してはならないのは、大学の自由への制約に、大学自身も加担していたという事実である。当時の大学では、保守的思想の教授陣が一定の勢力を有していたことが知られている。彼らの存在により、教授会は正常に機能せず、リベラルな思想の教授たちの追放に一役買っていたのである⁴⁷⁾。大学を単なる「被害者」と見るなら、それはあまりにナイーブな認識と言わざるを得ない。

4 日本：戦後

(1) 新制大学制度発足から学生叛乱まで

新制大学制度は、1949年に発足する。戦前は、「帝国大学」「大学」「専門学校」「師範学校」「旧制高校」等の異なる形態の高等教育機関が複雑にひしめいていたが、これらが一挙に「大学」へと一元化されることとなった。

私学の膨張は、戦後の大学制度の特徴の一つである。戦前と比べ大学設置基準も、国による監督も大幅に緩和された上、公的助成も講じられることとなり、次々と私立大学が新設され、既設の大学も規模を拡張していった。こうして大学は一気に大衆化が進んだが、一部の私学は商業主義に走り、学生数の増加に見合った教師数や設備の拡充を行わなかったために、教育の質の著しい低下という弊害を生むこととなった⁴⁸⁾。

また、理工系の拡張も指摘すべきだろう。戦後の経済復興から高度経済成長の時代にかけて、産業界からの強い要請で理工系学生の増募が図られた。その結果、国立大学では学生数・教員数ともに工学系が最大多数派となるに至った。ただし、このような産業界との関係は、戦後に特有のものではない。寧ろ、戦中期の総力戦体制のもとで築かれた理工系の学部、産業界、そして科学技術政策を主導するテクノクラートのネットワークが、大規模化していったものと見るべきだという指摘が注目される⁴⁹⁾。

このような大学の質の低下あるいは戦中期への回帰といった変化に対する学生の不満が爆発したのが、1960年代の学生叛乱であっ

44) 人事権以外の大学自治の制度と慣行の原型については、既に明治20年代にはほぼ完成していたという研究もある(樋口陽一ほか編『憲法Ⅱ』118頁〔中村睦男〕(青林書院, 1997)参照)。

45) 山本・前掲注43)16頁。

46) 法学協会編・前掲注3)456頁。

47) 典型は1937年の矢内原事件である。東京帝国大学の矢内原忠雄教授の論文「国家の理想」が反戦的だとし、保守的教授陣たちが槍玉にあげたところ、教授会はこの問題について意見をまとめられず、処理を総長に一任することとした。これに対して、当時の文部大臣は、東大総長に圧力をかけ、結果として矢内原は職を辞することとなった(伊ヶ崎暁生『学問の自由と大学の自治』81-82頁(三省堂, 2001)参照)。なお、大浜・前掲注24)16頁の指摘も参照。

48) 吉見・前掲注11)201-204頁, 197-199頁。

49) 吉見・前掲注11)230-231頁。

たのである。

(2) 改革の時代

1960年代後半の日大紛争と東大紛争を経て、1971年、中央教育審議会（当時森戸辰男委員長）はいわゆる「四六答申」⁵⁰⁾を出した。ここで高等教育の基本的課題として示された諸点は興味深い。パラフレーズしながら紹介すると、①高等教育が大衆化する中、教育と研究を不可分としてきた伝統的な大学モデルは維持し得なくなっている、②社会や学生が大学に要求する、基礎的な教養教育にも、職業生活のための高度の専門教育にも、大学は応えられていない、③大学の巨大化・複雑化により全学の効率的な管理が困難になっている、④大学が自主性を強調するあまり、社会的な使命を果たさず、閉鎖的な独善に陥る傾向がある、⑤大学間に財務的格差が生じる中、国が計画性をもって大学に対し調整と援助を行う必要が生じている、というものである⁵¹⁾。この答申は、学生叛乱に対する教育行政の応答であると同時に、それ以降の大学改革の基調をなす行政の大学への基本認識でもあった。

戦後、様々な大学改革が実施され、それに応じて大学は変容を遂げ、その一方で弊害も表面化している。例えば、私立学校振興助成法を始めとする私学教育強化は、私立大学の財務基盤強化につながったが、その一方、大学の大衆化が加速し、いわゆる「大学のレジャーランド化」を招いた。また、大学院では90年代以降の大学院重点化により、高学歴人材の輩出が急増したが、その半面、オーバードクター問題や大学院の質の低下をもたらしたのは周知のとおりである。近年では、産学連携、専門職大学院の設置といった新しい現象も生じているが、それらについてはIVで詳述する。

なお、近年における最大の大学改革は、やはり2004年の国立大学法人化だろう。90年

代以降の行政改革の流れで、一部行政機能の独立行政法人化が進む中、大学についても独立行政法人化が検討されたことに端を発する。その後、政府と大学との間で論争が繰り返されたが、最終的には、独立行政法人とはやや性質の異なる国立大学法人が国立大学を設置することを定めた国立大学法人法の成立によって決着した⁵²⁾。同法の最大の特徴は、トップダウン型管理運営の導入である。従来、大学の意思決定は、学部教授会から積み上げられた上になされるという意味においてボトムアップ型であったのが、同法では、学長らの権限が強化されることとなったのである。しかし、この点については、一般的な危機に反し、現在のところ、各大学において従来型の意思決定方法を重視するという慣行が尊重されている結果、一般的にはさほど大きな混乱は生じていないようである⁵³⁾。

寧ろ、法人化の弊害は財務面にあると言われる。法人化以前から、いわゆる基盤校費が圧縮される一方、科学研究費や特別教育研究費のような競争的資金が増強される傾向はあったが、法人化後においては基盤的予算が運営費交付金に一本化され、これが毎年減額されていくことが制度化された。こうして大学の競争的資金への依存度が高まったことにより、すべての学部や研究科は、新たな事業を展開して予算を獲得するの でなければ、継続的に定員削減をしていかなければならない状態となっていると言われる⁵⁴⁾。

既述のとおり、戦後の大学改革の基底には、四六答申の問題意識が潜んでいる。ここでは、同答申の認識の正否や改革の方向性の適否は問わない。問題提起したいのは、戦後の公法学が同答申の問題意識をどのように受け止め、理論化に繋げたかということである。「伝統的な大学モデル」はいまだ妥当なのか、それとも見直されるべきか、この点は、本来、今日において「大学法」を語る出

50) 中央教育審議会「今後における学校教育の総合的な拡充整備のための基本的施策について（答申）」（1971年6月11日）。

51) 中央教育審議会・前掲注50)第3章第1参照。

52) 塩野は、国立大学法人と独立行政法人が形式的には類似しても、実質的には異質であることを強調するようである。塩野宏『行政法Ⅲ（第3版）』92頁（有斐閣、2006）参照。

53) 市橋克哉「国立大学の法人化」公法68号160頁、169-172頁（2006）参照。

54) 吉見・前掲注11)230-231頁参照。

発点に据えられるべき前提であろう。

Ⅲ. 構造

大学のこれまでの歩みを踏まえ、以下では、「大学の自治」の構造について法学的分析を行う。伝統的あるいはモデル的な大学の自治について確認し、それに対し現在いかなる手直しが求められるのかを探る、というのが本稿の基本的スタンスである。

なお、大学の自治については、それを外部関係と内部関係に分け、外部関係では大学の自律性、内部関係では学問の自由に支えられた教授会自治がその内容となるとして議論されることが多い⁵⁵⁾。そこで、まず憲法によって大学の自治が保障される根拠を探り(1)、その上で、外部関係としての大学の自律性(2)、内部関係としての教授会自治(3)について検討する。その後、視点を変え、自治が認められる対象ごとに検討を行い(4)、最後に議論の小括を行い、併せて派生する論点について議論する(5)。

1 根拠論

まず、大学の自治の構造について議論する前提として、自治が保障される根拠について検討する。従来、制度的保障として語られてきた領域ではあるが、近年は、それ以外の説明もなされている。そこで、諸説を批判的に検討し、その上で、大学の自治の根拠論について本稿の考え方を提示し、議論の基礎としたい。

(1) 制度的保障論への疑問

ポポロ事件判決は、大学の自治について、「大学における学問の自由を保障するために、伝統的に大学の自治が認められている」と述

べるだけで、その根拠について明示するわけではない。ただし、通説的見解は、大学の自治の性質を制度的保障と解し、「大学が学術の中心であることにかんがみて、……、大学における研究・教育の自由を外的な権力ないし権威の介入から擁護し、特別に保障するために、大学自治の原則が狭義の学問の自由と不可分なもの」として認められると説いてきた⁵⁶⁾。そして、このように制度的保障として大学の自治を捉えることの意義は、①大学の自治は学問の自由から独立して存し得るものではなく、学問の自由を保障する目的の上で必要不可欠な制度としてのみ存在していること、②大学の自治が制度として保障されていることから、大学の自治の具体的内容は法律によって規律されることを妨げるものではないが、単なる法律により当該制度を廃止したり、その本質的内容に及ぶ制約を加えたりすることができないことにあると言われる⁵⁷⁾。

しかし、果たしてこのような説明は説得的だろうか。大学の自治と学問の自由の不可分性を示すには、大学が一般に後国家的存在であることを考えると、学問の自由の意義から演繹的に大学の自治を保障する必要性を導くことは難しいと思われる。そこで、歴史的・経験的説明に依ることになるが、では、その歴史や経験とは何か。わが国の歴史的・伝統的に形成された既存の制度そのものに「大学の自治」として守るに足る内容があるか問われれば、希薄であると答えざるを得ない⁵⁸⁾。中世の大学にはそのような不可分性は認められない一方、近代以降のドイツ等の伝統に依るならば、かかる不可分性を肯定することができるかもしれない⁵⁹⁾。他方、米国では、“self-government”としての大学の「自治」は存在しないという指摘もあり⁶⁰⁾、さらには、

55) 戸波江二「学問の自由と大学の自治」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』ジュリ増刊 142 頁, 143 頁 (2008)。

56) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論 (1) (増補版)』223 頁 (有斐閣, 2000)。

57) 芦部信喜編『憲法Ⅱ 人権 (1)』382 頁〔種谷春洋〕(有斐閣, 1978)。

58) 大浜・前掲注 24) 19 頁。わが国の大学の自治の慣行は、戦前は勿論のこと、「戦後においても民主憲法に相応しい輝かしい歴史と内容を伴っていたとは必ずしもいえない」だろう (同 35 頁)。

59) ドイツでも、ボン基本法 5 条 3 項が保障する自由と制度の間の脈絡づけに苦心していることは既に指摘した。本稿 I 2, 特に玉井・前掲注 8) を参照。

60) 松田浩『『大学の自律』と『教授会の自治』——autonomy と self-government の間』憲法理論研究会編『憲法と自治』113 頁, 122-123 頁 (敬文堂, 2003)。

『大学の自治』(＝大学の自主・自律)に抗して『学問の自由』が勝ち取られた」という事情もあり⁶¹⁾、大学の自治と学問の自由との不可分性は容易に説明し難い。

また、制度的保障論の説く「法律によっても制約することのできない本質的部分」というものも、不明確であると言わざるを得ない⁶²⁾。特に、私立大学についても大学の自治を認めるならば、その内部では、大学の設置管理者として学校法人＝理事会が、教授会による自治を一定程度制約するという場面もたしかにあるのであり⁶³⁾、少なくとも「教授会自治」という意味での大学の自治は既に理念的なフィクションとなってしまうというとも思われる⁶⁴⁾。

昨今では、そもそも制度的保障論について、その概念自体に疑問が提起されているところではある⁶⁵⁾。しかし、それ以前の問題として、大学の自治を制度的保障として位置づける議論は、憲法 23 条が主観的な権利保障とは性格の異なる客観的な制度を保障したということを説明する道具にはなり得ても、それ自体から憲法上、大学の自治が保障されることの根拠を導くのは難しいように思われる。

(2) 功利主義からのアプローチ

長谷部恭男は、功利主義的な見地から、学問の自由及び大学の自治が憲法上保障される理由を説く。つまり、当該学問分野で受け入れられた手続き及び方法に基づくという意味での「自律的」な研究活動から生み出される知識が社会全体の利益に資するということを所与とし、学問の自由の保障を学問の自律性の保障と位置づける。そして、大学が学術の

研究教育において果たしてきた役割を考えれば、学問の自律性の保障が大学の自治の保障を含むことは自然であると説明する。さらに、学問の自由に対する制約に関して、究極的には大学等の研究機関における学問の自由は、極めて重要な公共の利益を実現するために必要な場合には、一定の規制を受ける可能性があることを容認するのである⁶⁶⁾。

大学の歴史を顧みたとき、大学が果たしてきたとされる役割や、学問の自律性の保障と大学の自治の保障との具体的関連について疑問もあるが、ここでは長谷部の見解に対し、相互に関連する 3 つの疑問を提起したい。

第一は、「社会全体の利益」とは何かということである。学問的営為が生み出す公益としては、まず「真理の発見」ということが思い浮かぶが、長谷部は、学問の自由を保障することから直ちに真理が発見されるわけではないとする⁶⁷⁾。そうすると、自律的な研究活動がもたらす「社会全体の利益」とは、「真理の発見」以外のことを意味するということになるだろうが、その中身が明らかではない。

第二は、なぜ自律的な研究活動から生み出される知識が、社会全体の利益に資するのかということである。民間の研究所等においても研究活動はなされているが、そのような場について、大学と同程度の学問の自由が実現されているという見解を採る者は多くないだろう。現実にも、企業内のヒエラルキー構造の中、上位者の指揮命令下で、下位者がいわば「他律的」に研究活動を行う場合も少なくはない。しかし、そのような環境からも新技術の開発や新製品の発明等社会的有用性のある成果が創出されていることは事実である。

61) 中富公一「国立大学法人化と大学自治の再構築——日米の比較法的検討を通して——」立命館法学 333・334 号 1035 頁, 1052 頁 (2010)。

62) 芦部・前掲注 56)223 頁は、明確だと主張するが、具体的には示されていない。寧ろ、大学の自治については、「概念の内包も外延もはっきりしない、一種のスローガンとしての『大学の自治』コンセプトが、あるレベルで、それとなく機能しているという法社会学的な事実の現れであるらしく思える」という評価の方が妥当だろう (奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』205 頁 (有斐閣, 1993))。

63) 本稿Ⅲ 3 (2) c を参照。

64) 松田浩「大学の自律と学問の自由——プリンストン大学事件・再考——」一橋法学 2 巻 2 号 515 頁, 516 頁注 3 (2003) 参照。

65) 小山剛「人権と制度」西原博史編『岩波講座憲法 2 人権論の新展開』49 頁, 53-55 頁 (岩波書店, 2007)。特に公法上の制度保障については、同 65-66 頁も参照。

66) 長谷部恭男『憲法 (第 5 版)』223-224 頁, 226 頁 (新世社, 2011)。

67) 長谷部・前掲注 66)223 頁。

つまり、他律的な研究活動であっても社会全体の利益に貢献することはあり得るのであり、翻って考えると、自律的な研究活動が特に社会全体の利益に資するということは決して自明ではないものと思われる。

第三は、学問の自由への規制根拠となり得る「より重要な公共的利益」とは何かということである。この点が明らかでなければ、学問の自由が実際に規制されようとする場面において説得的な議論を貫くことはできず、ただ規制がなされた後において、当該規制の合理性を事後的に説明するだけに陥るのではないかという懸念がある。

以上の3つの疑問は、いずれもいわば「功利性」の内実にかかるものであり相互に関連する。しかし、この点を曖昧なままに残して、抽象的な議論に終始するならば、立論としては弱いと言わざるを得ない。

(3) 職責からのアプローチ

蟻川恒正は、「職責」という概念を軸に大学の自治の根拠づけを試みる。蟻川によれば、「職責」とは、「専門職能にもとづいて発生する、〈義務＝自由〉」であり、換言すれば、「一面において、それをなすことを職業上の義務として課せられ、命ぜられているという自由制限的契機と、他面において、かかる義務を尽すことに対して外部から掣肘が加えられることを排除する自由指向的契機とが、分ち難く結合したところに成立する現象」である⁶⁸⁾。その上で、文化機関の設立・管理一般について、「政府は、公的資源を投入して、一定の価値を振興・奨励するプログラムの『基本方針』を策定することができるが、プログラムの具体化が、当該価値についての専門職の関与を俟って実現されるものである場合には、右専門職は、その職責を全うするために、当該『基本方針』を『解釈』する自律的権能を付与されるべきである」⁶⁹⁾と論じる。なぜなら、専門職が自らの職能を全うで

きないならば、国家が設定したプログラムの基本方針が十全に実現され得ないこととなり、それは背理だからである。

この理を大学（ここでは国立大学を念頭に置く）に具体化すれば次のとおりである。大学とは、国家が学問研究の興起を図るという基本方針を策定し、研究者を教授職として雇用する（すなわち、研究者に教授職を供給する）巨大な助成プログラムである。教授職として雇用された研究者は、自ら重要であり真実であると思うところのものを発見し、教えることが職責となる。この場合、国家は、教授職にある研究者が、雇用主たる国家の顔色を窺うことなく、自由に研究活動ができるように、彼の言論にいかなる条件も附けてはならない⁷⁰⁾。

その上で、蟻川は、教授職にある研究者が「職責」を果たしているか否かは、彼が帰属する教員団が判断を下さなければならないと説く。なぜなら、当該教員団は、彼を教員団に加入させるに当たり、銓衡して、適格と認めた者として責任を負うからだとする。さらに、不適格の嫌疑をかけられた彼は、自分を選んだ教員団に責任をとらせたくなければ、研究・教育を再開するか、又は自ら職を辞するより他に途はなく、彼は職責に基づいて「辞職の自由」を行使できるとされる⁷¹⁾。

こうして、蟻川において、大学における教員の研究・教育活動の自由は、「辞職の自由」を極限的「職責」行使として留保した、厳格な「職責」の体系であると意味づけられる。そして、教員の「職責」遂行を担保するのは、相互に銓衡された者同士としての「同僚」の観念と、それに基づいて不断に更新される相互信頼と相互批判のプロセスであると説くのである⁷²⁾。

蟻川の説明は、教員及び大学が享受する自由と、他方で負担する責任の両側面を体系づけて説明しつつ、さらに、研究者の個人権と

68) 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、216-217頁（岩波書店、1997）。

69) 蟻川・前掲注68)196頁。

70) 蟻川・前掲注68)200-201頁参照。

71) 蟻川恒正「国立大学法人論」ジュリ 1222号60頁、66頁（2002）。

72) 蟻川・前掲注71)66頁。

大学の自治という制度との連関を示すことに一応成功しており注目すべきものである。さらに、内部的に教授会自治が必要とされる根拠をも示しており、優れた理論構成であると思われる。

ところで、このように職責を軸に論じるのは、米国、とりわけ AAUP の「学問の自由 (academic freedom)」観に影響を受けたものと推察される⁷³⁾。しかし、まさに AAUP の「学問の自由」観が、連邦最高裁の説く学問の自由概念と異なり、それ自体は法的概念ではないことを考えると、疑問が湧いてくる。それは、「職責」とは何か、ということである。2つの疑問を提起したい。

第一の疑問は、「職責」の法的性格である。「職責」のうち、〈自由指向的契機＝自由〉については、それが自由に対する制限を排除する権利であるという点で法的性格は明らかと言えよう。しかし、〈自由制限的契機＝義務〉の法的性格についての理解は難しい。例えば、大学教員の職責の内容として、不適格の嫌疑のある教員に対して、同僚として彼にその職責を果たさせるように（すなわち、研究・教育の再開、若しくは辞職のいずれかを選択するように）判断を下すことが含まれるとされる⁷⁴⁾。しかし、このような場面で「職責」が果たされない場合（すなわち不適格な教員が研究・教育の再開も辞職も行わない場合、あるいは彼の同僚が彼に対して批判的な判断を下すことをしない場合）、どうなるのだろうか。現行法のもとでは、このような「職責」懈怠に対して何らかの法的制裁が下されるとは考えづらい⁷⁵⁾。そうすると、ここで職責に基づく義務とされているものは、法的義務ではなく、倫理的義務にすぎないことになる。そして、このような法的性格が曖昧な「職責」という概念を基盤に、憲法的

保障の対象となる「大学の自治」という概念を組み立てる議論が、果たして説得的な法律論たり得るのかという疑問が生じるのである。

第二の疑問は、「職責」の前提となる「専門職能」の射程の問題である。蟻川は、職責による議論が説明能力を発揮するのは、国家が文化振興目的のもとに様々の文化機関を設立・管理する場面であると言う⁷⁶⁾。しかし、専門職の職責を問題にするならば、それは文化機関に限られる必要はなく、例えば医師や弁護士等についても同様の議論は妥当するはずである。このように解した場合、弁護士、医師、会計士、司法書士等の専門職について、憲法はその自治を保障することになるのだろうか⁷⁷⁾。仮に、専門職一般について職責論からの自治を肯定する場合、法解釈としては憲法 23 条に依拠することになるだろうが、そもそも大学教員を専門職能の典型に据えるのは、不自然な感じが否めない。

たしかに、蟻川のアプローチは魅力的であり、立憲国家における民主制の理解としては卓越したものかもしれない。しかし、少なくとも現時点では、「職責」概念に曖昧さが残り、これを媒介として立論を行うのは困難ではないだろうか。

(4) 機能的自由からのアプローチ

a 機能的自由

高柳信一は、大学の自治とは、真理の探究という過程ないし機能そのものを保障するものであると説く。

まず、学問という知的営為について、知識は絶えざる検証と修正を必要とし、現在の知識上の命題は常に部分的で不完全だという認識を前提に据える。そして、真理とは、現在のところ、一応、自然と社会の諸現象を矛盾なく統一的に説明できる暫定的仮説にすぎ

73) AAUP の主張する「学問の自由」によれば、学者としての能力水準に満たない教授や教師としての地位を濫用する教授は、学問の自由の保障を受けず、規律される対象とされる。さらに、そのような能力の判定は一義的には同僚による審査によらなければならないとされている。See AAUP, *supra* note 28, at 170, 173-74.

74) 蟻川・前掲注 71)66 頁。

75) 実態として、大学教員は、教育公務員特例法等によって強力な身分保障があったため、「無能教授」を追放することは、長らく法制度に阻まれていたという指摘には留意しておく必要がある（山元・前掲注 16)186 頁）。つまり、蟻川が主張するような職責行使は、法によって阻まれていたのである。

76) 蟻川・前掲注 68)197 頁。

77) See ERIC BARENDT, ACADEMIC FREEDOM AND THE LAW 69 (2010).

ず、それは観察用具・認識視覚の発達によって従来の仮説で説明できない新しい現象が見出されたときには、それをも統一的に説明できる新しい仮説によって修正され、これによってとって代わられるべきであると説く⁷⁸⁾。

ある仮説が真理と呼ぶに値するものかどうかは、事実によって検証され、思想の自由市場における競争において勝ちぬけるかどうかという、時間的契機を含んだプロセスの結果に依る。そこでは、あらゆる思想が「思想の自由競争」に登場する権利を持つことが保障されなければならない、思想の自由とその自由なる交易が守られなければならないとされる⁷⁹⁾。そして、大学は、古くから研究教育の主要な場であり、自由であり独立であることが特に強く求められ、それゆえに大学は一定のあり方を要求するものと理解されている。すなわち、大学における研究教育が政治産業社会の提供する資金に依存せざるを得ない状況下では、大学の機能がその設置者によって歪められるおそれがあるので、大学を外的勢力(公権力、設置者の権能等)の制約・拘束から解放し、大学がその本体的機能(研究教育)を自主的自律的に決定遂行し得るようにしなければならない。これが、大学の自治の根拠とされるのである⁸⁰⁾。

このような高柳の所説の特徴は、思想表現・交換が学問として営まれる「作用」にアクセントを置き、学問の送り手と受け手の相互の流通機能自体を保障の眼目と理解することにある⁸¹⁾。

b 思想の自由市場の妥当性

高柳は、「思想の自由市場」を基礎に議論を組み立てるが、これに対して、長谷部は、

「結果的に市場を支配した思想が真理とされるとの極端な相対主義の立場をとらない限り」「真理が何かは多数決では決まらない」のであり、また「真理は虚偽に打ち勝つ」ということもないのだから、「思想の自由市場」のアナロジーを真実の探究を目的とする学問分野に当てはめることは妥当でないと言う⁸²⁾。

果たしてそうか。あらゆる「真理」とされる命題は、批判に対してオープンであると考えすることは、少なくとも学問の世界において正当だろう。そのような前提をとる限り、学問において「絶対的真理」はないと理解されることになる。それでもなお、「真理」なるものを観念するならば、それは「暫定的真理」でしかあり得ない。そして、ある仮説がいかにして「暫定的真理」となるかと問われれば、それは他者によって当該仮説が承認され、受容されることに依るのである。自ら構築した仮説を真理であると独り信じて、それは暫定的にも「真理」の名に値しない。その仮説が、論理性や証拠によって自らの真理性について他者を説得し、大多数の他者に承認・受容されることで初めてそれが「(暫定的)真理」となるのである。

この「他者」は、通常、一般市民全体を意味するわけではない。寧ろ、当該分野について十分な知識を有し、他者の仮説について、それを理解した上で、正当な評価を下す能力を有する者、すなわち当該分野の専門家集団である⁸³⁾。彼らは自らの印象や感情によって、他者の仮説を承認・受容するわけではない。あくまで論理性や証拠を基礎にした理性的思考によって決定する⁸⁴⁾。逆に言えば、ある仮説は十分に根拠を有する論理性や証拠

78) 高柳信一「学問の自由——原理——」前掲注 11)43 頁, 120 頁〔初出 1968〕。

79) 高柳・前掲注 78)120 頁参照。

80) 高柳信一＝大浜啓吉「学問の自由」有倉遼吉＝小林孝輔編『基本法コンメンタール憲法(第3版)』別冊法セ 78 号 98 頁, 101 頁(1986)。

81) 森田明「大学の自治の内部問題」奥平康弘＝杉原泰雄編『憲法学 2 〈人権の基本問題Ⅱ〉』126 頁, 129 頁(有斐閣, 1976)。

82) 長谷部・前掲注 66)223-225 頁。

83) 尾高は、真理について「論争の中から、良識のある人々によって次第に汲み取られて行くであろう」(傍点筆者)と説く(尾高朝雄「学問の自由」国家 63 卷 7・8・9 号 39 頁, 52 頁(1949))。

84) 仮に、ある専門家が理性的思考による判断を下さない場合には、彼は専門家としての評判を落とし、最終的には専門家集団から、専門家として認められなくなるであろう。

を備えていれば、他者を説得し、承認・受容を獲得することができるのである⁸⁵⁾。したがって、このようなフォーラムにあっては、正当な仮説は、専門家間での吟味を経て、暫定的真理としてのステータスを獲得できることになる。

このような考えに対しては、「なぜ真理を手に入れるべきかが判然としなくなる」⁸⁶⁾という批判があるかもしれない。しかし、「古い真理」を破壊して構築された「新しい真理」は、「古い真理」によって説明できた事項を包含して説明するものとして、発展的に構築されるものなのだから、それは、観念的にのみ存在する「絶対的真理」に一步近づいたことになり、そのことに価値が認められる。そして、このような「(観念的な)絶対的真理」への弛まぬ歩みこそが、学問の本質である⁸⁷⁾。

したがって、学問において、「思想の自由市場」を指定することは正当であり⁸⁸⁾、寧ろ、思想の自由市場を確保することは、学問的営為を保障することと同値と言ってよい。

c 大学判決

かつてのドイツの通説がボン基本法5条3項について制度的保障を定めたものと解していたことは既に述べたが、戦後比較的早い段階には、その考えは否定され、寧ろ、機能的自由の保障と考える理解の浸透が見られる。

その嚆矢となったのが、1973年のいわゆる「大学判決」⁸⁹⁾である。同判決は、「学問の自由の保障は、ドイツの大学の伝来の構造モデルを基礎においておらず、また、大学における学問運営に関し特定の組織形態を定めていない。(一定の)限界内で大学の組織を

定め、今日の社会的および学問社会学上の所与に適合させるのは立法者に委ねられている」(括弧内筆者)と述べ、大学の組織について立法者に裁量を認める。

その上で、「基本法5条3項から大学の自治……を読み取るときでも、立法者が上述の諸原則を守る限り、違ったモデルの大学自治を採択することができ」、「大学立法の組織規範の合憲性は、その規範が個々の学者の研究・教授の基本権、または『自由な学問』という制度そのものの機能を促進するか、阻害するか、またはその程度いかにによって判断される」と判示した。つまり、同判決によれば、ボン基本法は、ある一定の固定的な「大学」という概念を保障するのではなく、「自由な学問」という機能を保障しているということになる。換言すれば、自由な学問的営為そのものに国制的な価値が認められたということになる⁹⁰⁾。わが国の憲法とほぼ同じ規定を有し、伝統的にわが国の学説が参照してきたドイツにおいて、機能的自由を軸にして憲法解釈を行っていることは、留意に値する。

d 「学問的コミュニケーション」

本稿は、高柳が説く「機能的自由」を基礎に、『大学の自治』とは、大学における学問的コミュニケーションの保障を意味する」と理解する。詳細は次のとおりである。

学問は、真理を探究する人間の精神的営為である。そして、真理自体に価値があると憲法が認めるからこそ、学問は憲法上も明示的に保障される。では、「真理」とは何か。この問いへの正確な答えは、哲学的難問であるが、現実的な問題としては、学問分野ごとの専

85) 学問のこのような性格を「学問の自己法則性」と呼べるだろう(大浜・前掲24)18頁参照)。この点は、学問上のコミュニケーションが、憲法19条や21条が基礎とする「物語的言語」を用いるコミュニケーションとは異なる点である(阪本昌成『憲法理論Ⅲ』182-183頁(成文堂、1995)参照)。

86) 長谷部・前掲注66)224頁。

87) 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』39頁(嵯峨野書院、2001)が、「情報の淘汰過程としての自由市場論にとって重要なのは、そのような真偽判断の究極点としての真理よりも、むしろ、かかる真偽判断の基準自体をひたすら不安定化し再審議にかけ続ける意思と論争を牽引する『より偉大なもの』としての真理である」と説くのも、直接的には学問的表現について論じているわけではないが、本文で述べたことと同じ趣旨であろう。

88) 米国においても、学問の自由を「修正1条の特別な関心事項」と述べたKeyishian事件判決は、「特に、教室は、『思想の市場(marketplace of ideas)』である」と説く(385 U.S. at 603)。

89) BVerfGE 35, 79, Urteil v. 29. 5. 1973. 邦語による同判決の紹介として、阿部照哉「学問の自由と大学の自治——大学判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社、2003)。

90) 守矢・前掲注7)385-386頁。

門家コミュニティにおいて承認・受容された仮説だと言ってよいと思われる。すなわち、ある仮説が、それに関連する専門家集団において真であると承認され、受容されることによって、その仮説は「暫定的真理」という意味での「真理」となる。無論、この承認は単なる多数決によるのではなく、ある仮説が適切な論理や証拠の上に構築され、それが他者を説得することによってなされるものである。

承認・受容の主体は、およそすべての一般市民と考えるのは現実的ではない。学問の進歩が著しい今日にあっては、ある学問分野について、一定の知識・理解を共有し、理解能力を有する専門家集団を第一次的な承認・受容の主体として考えるべきだろう。つまり、専門家相互間で、仮説の構築及びその表出、建設的批判を伴う議論・検討、仮説の破壊・再構築がなされ、最終的に専門家集団によって承認・受容された仮説が「(暫定的) 真理」なのである。この意味で、「真理」と、専門家間のコミュニケーション、すなわち「学問的コミュニケーション」は表裏一体の関係にあると言える⁹¹⁾。

e 大学の役割

では、このような学問的コミュニケーションがなされる場とは何か。学問の専門分化が進み、専門分野ごとに学会が形成され、ジャーナルが刊行される今日、先端的なコミュニケーションが行われるのは、それはまず学会やジャーナルかもしれない。そこでは、国内の専門家同士は当然、国外の専門家とのコミュニケーションも重要となろう。ただ、このような学会やジャーナルにおける学問的コミュニケーションを確保するには、憲法 21 条による表現の自由や結社の自由、出版の自由あるいは、通信の秘密を保障すれば十分にも思える。

それにもかかわらず、憲法 23 条が『大学』の自治」を認めるのはなぜか。ここで、大学が学問の発展に果たしてきた役割を強調するのは、大学の歴史（例えば、アカデミーの興隆等）や近年における民間研究機関のプレゼンスを考えると、議論として心もとない。この点、米国の議論を参照しつつ、研究機関に雇用された「教員研究者が市民としてはもつところの、しかし研究機関の外的管理権力のゆえに、研究機関の内部に妥当しえないところの市民的自由（思想の自由、思想の表現・交換の自由）を、研究教育機関の内部において貫徹させ、教育研究者をしてこれを回復させる」⁹²⁾ という意味での“academic freedom”⁹³⁾を確保する必要があると説くのは、実態に即した議論と言えよう。学会やジャーナルでの活動のためにも、その前提として研究者たちの地位や身分が確保され、自由な研究が可能となる条件が整備されなければならない。しかし、そのことから導かれるのは、せいぜい研究者個人としての“academic freedom”の保障、あるいは、それを適正に評価するためのピア・レビュー（peer review、同僚による審査）の必要性にとどまるのではないか。このようないわば消極的権利が実現されることは当然必要ではあるが、わが国において伝統的に理解されてきたように、研究者たる教員が積極的に運営に携わるという意味での「大学の自治」を説明するには、それを超えたもう一段の説明が必要だと思われる⁹⁴⁾。

そして、その説明としては、端的に、わが国において「大学」とは「被用者たる研究者（教員）の“academic freedom”の実現を確実なものとするために、ピア・レビューを基礎にして、当該研究機関の一義的な運営を研究者（教員）に委ねた組織である」と理解するしかないのではないだろうか⁹⁵⁾。つまり、

91) 尾高は、「発表されない研究というのは、学問の修業の場合をのぞいては、ほとんど意味をなさない」と言う（尾高・前掲注 83）40 頁）。

92) 高柳＝大浜・前掲注 80）99 頁。

93) 通常、憲法学で議論される「学問の自由」が対国家的な権利であるのとは異なり、ここにいう「学問の自由」は国公私立の別を問わず、研究機関の設置者に対する権利であるという意味である。その点で、「学問の自由」というよりも、さしあたり“academic freedom”と呼んでおきたい。

94) See BARENDT, *supra* note 77, at 32-33.

95) バレントは、研究者たる教員が自ら治める（self-rule）ことは、英国の大部分の大学でも、また米国でも実践されていないことから「望ましい保護ではあるが、必須ではない」と言う（*Id.* at 71）。このことから、わが国

大学とは、学問について無知又は無関心な管理権者（すなわち大学設置者）による教員の研究への干渉をできる限り排除し、教員らの自由な研究を実現するために⁹⁶⁾、相互にピア・レビューを行う教員たちに、当該研究機関の運営権の多くを委ねるものとして設計された組織であると考えるのである。

そして、大学において教員たちによるピア・レビューが基底にあることは、大学内部でも学問的コミュニケーションが確保されることをも含意する。ピア・レビュー自体が、相互の信頼・批判のプロセスであるということは、当然に、教員相互の助言・批評等が可能となる空間が存在することを意味する。さらに、ピア・レビューを可能ならしめるために、大学は、隣接ディシプリン（学問分野）を専攻する教員が集う構造が基本となっているということは、大学内部において、教員間での共同研究や大小の研究会、相互の研究活動への助言等が可能であることを意味し、こうした大学内での真理探究に向けた協同が大学運営の基礎となることを期待されていると見てよいだろう。そして、大学の常態として学生が所属するのだから、講義、試験、ゼミナール、実験等を通じた教員と学生間のコミュニケーションもビルトインされた構造と捉えることができる。このように、「大学」とは、いわば「学問行為としてのコミュニケーション（議論）としての手続を模写した手続」⁹⁷⁾がとられる場として設計されており、これによって研究者らの自由な活動がより実効的なものとなり、ひいては真理の探究

がなされることが予定されている⁹⁸⁾。そして、研究機関として他の組織形態ではなく、「大学」を選択し設置した者は、このような学問的コミュニケーションの価値を原則として承認しているので、学内において少なくとも一定程度はそれが実現されるような体制を構築する義務があると言えよう。

こうして本稿は、憲法が「大学の自治」を保障する意義を、大学に雇用された研究者たちによる実効的な学問的コミュニケーションを可能ならしめることに求めるのである。そして、およそ団体は「結社」として内部的な自治や外部からの公権力の介入から保障されるが⁹⁹⁾、大学が果たすこのような機能ゆえに、通常の団体とは異なる、より強度の高い自治が憲法 23 条によって認められると解することになる。

f 学問的コミュニケーション確保の諸条件

大学内における学問的コミュニケーションを実効的たらしめるには、憲法 21 条で保障される表現の自由を前提としつつも、例えば、コミュニケーション主体の適格性の確保や、環境の整備等、それ以上が要求される。このように、個人としての権利を超えて、一定の制度を求めるところにこそ、憲法 23 条が主観的な権利としての学問の自由とは別に、客観的な制度を保障することの意義が導かれる¹⁰⁰⁾。ただし、このようにして導かれる客観的な制度について、全体像を示すのは難しい。そこで、学問的コミュニケーションの実効性を確保するために、いかなる条件が

あるいはドイツで伝統的に理解されてきた大学の自治概念を専ら演繹的に導出するのは無理があることが窺える。

96) See *id.* at 70.

97) 山本隆司「学問と法」城山英明＝西川洋一編『法の再構築 III 科学技術の発展と法』143 頁、158 頁（東京大学出版会、2007）。

98) 「大学」であっても、学内の学問的コミュニケーションはほとんど機能せず、各教員が学会やジャーナルでの活動に専念しているものも現実には存在するかもしれない。そこで問われるべきは、そのような大学に自治を認める必要があるのかということであろう。仮に、大学設置者が教授会等に諮ることなく、新たに教員を採用した場合、他の教員に影響がないならば、少なくともそのような「大学」に人事自治権を認める必要はないのではないか。

なお、大学とは何か、という問題については、「大学性」の問題として後にさらに検討する（本稿Ⅲ 2 (1)ないし (4)参照）。

99) 佐藤幸治「司法権と団体内部の紛争」法セ 321 号 126 頁、126 頁（1981）。竹下守夫「団体の自律的処分と裁判所の審判権」書研所報 36 号 1 頁、10-11 頁（1990）も参照。

100) 大学の自治を、研究者によって設立された学問上の結社（研究教育者団）が主体となる主観的な公権であると論じる見解もある（阪本・前掲注 85）198 頁）。しかし、このような見解からは、本文で指摘したような大学内部における規整が、大学の自治の保障の射程外に落ちてしまうのではないかと懸念される。

充足される必要があるかという点から、いくつか指摘をしたい。

まず、主体について言えば、研究者として相応の能力を有する者が就くこと、彼が一定の能力を維持・向上するために必要な環境が整備されることが考えられる。さらに、学問をするためには、一定の資金も必要となる以上、研究活動自体が研究者の経済的負担とならないようにすることも充足されるべきだろう。

また、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行」うとされる裁判官（憲法 76 条 3 項）とのアナロジーで考えれば、学問的活動にかかる免責特権や身分保障等も導かれよう¹⁰¹⁾。

なお、組織構造については、ヒエラルキー型の構造は適しておらず¹⁰²⁾、寧ろ、「学問行為との関係が直接的な事項は、同質的な研究者団から構成される『研究機関』（学部等）が決定し、関係が間接的な事項は、複数の研究機関を統合する『運営機関』が決定する」という、「徹底して個人的性格の基本権に基礎づけられた、合議体のネットワークを軸とする」¹⁰³⁾形態が指向されるという指摘がある。大学において、個人的性格の基本権を徹底させることの適否はともかく、通常の組織とは異なる構造が求められるという点では興味深い。

(5) 教育権からのアプローチ

大学の自治の根拠については、多くの学説は憲法 23 条に根拠を求めるが、26 条の教育権に求める見解¹⁰⁴⁾や、23 条と 26 条の双方に求める見解¹⁰⁵⁾も根強い。本稿は、大学の自治の根拠について、上述のとおり 23 条から導出されると考えるが、他方で、大学の自

治の根拠を 26 条に置くことは難しいと考えるので簡単に述べる。

このような説の理論的難点は、自治の主体が明らかでないことにある。「自治」とはその字の如く、その事柄に関係する者が自分のことを自分で決定・処置することをいうのであり、自治を議論するには、その主体を決するのが必須となる。教育権から自治を導出する説は、自治の主体を教育権の享有主体と考えるのであろう。しかし、この点については、かねてより「教育権の所在」として議論があることは周知のとおりである。一方に、教育権の主体を国家であるとする説があり、他方には、親を中心とする国民全体が教育権の主体であるとする説がある¹⁰⁶⁾。最高裁は、旭川学テ事件判決¹⁰⁷⁾において、両説を「極端かつ一方的」とであると否定し、教師に一定の自由が認められることを肯定しながらも、児童生徒には教育内容を批判する能力がなく、教師に強い影響力があること、子どもの側に学校・教師を選択する余地が乏しいこと、全国的に一定の水準を確保すべき要請が強いこと等を理由として、国も一定の範囲で教育内容について決定をする権能を有すると判断している。

憲法 26 条を自治の根拠とする説は、大学のみならず、初等中等学校についても自治が肯定されると説く¹⁰⁸⁾。しかし、旭川学テ事件判決の論理を前提にするならば、教育について国家が当然に介入できるとしながら、国家等からの干渉を排除するという意味で「自治」を説くのは、「自治」の定義に照らして背理ではないかと思われる。

では、同判決の射程を初等中等教育に限定して考える場合や¹⁰⁹⁾、あるいは、同判決の

101) See Rabban, *supra* note 33, at 233.

102) 山本隆司「独立行政法人」ジュリ 1161 号 127 頁, 132 頁 (1999)。

103) 山本・前掲注 97)158-159 頁。

104) 永井憲一「大学の自治」芦部信喜ほか編『演習憲法』278 頁, 281-282 頁 (青林書院, 1984)。

105) 成嶋・前掲注 2)181 頁, 圓谷・前掲注 38)117-121 頁。

106) 野中俊彦ほか『憲法 I (第 4 版)』496-497 頁 (野中俊彦) (有斐閣, 2006), 芦部・前掲注 4)259 頁参照。

107) 最大判昭和 51 年 5 月 21 日刑集 30 卷 5 号 615 頁。

108) 成嶋・前掲注 2)180-181 頁。

109) 同判決が国家による教育への介入を肯定する根拠として掲げる理由について、全国的に一定の水準を確保すべき要請という点については、特に専門職大学院を念頭に置くと、大学についてもやはり妥当し、国家による介入の余地を否定しきれないのではないかとも思われるが、この点については後述する (本稿 IV 4 (1)参照)。

論理を無視して、教育権は専ら国民全体に所在すると考える場合はどうか。このような見解をとる場合でも、教育権の主体者の中で、親、教師あるいは生徒・学生のいずれが自治の主体となるかは、容易には決まらない¹¹⁰⁾。特に、国民全体の中でも親がその中心であり、教師はその付託を受けた者だと考えるならば、大学において教授が自治の主体となることを説明するのは難しいように思われる¹¹¹⁾。また、大学職員も自治の主体となると考える説も有力であるが¹¹²⁾、そのような者が教育権を有することを理論的に説明するのは、なおさら難しいように思われる。

このように大学の自治の根拠として、副次的にであれ憲法 26 条を掲げることは、理論的説明が不十分であり、首肯し難い。

2 外部関係

では、大学の自治の保障の根拠を、大学における学問的コミュニケーションの保障に見るとき、憲法上の保護が与えられる「大学」とはどのような「場」なのか。以下では、「大学」の意義について検討した上で、外部関係における大学の自治、すなわち大学が自律性を主張することの正当性を明らかにする。それは、逆に言えば大学外の権力が、大学の行為に介入することが、いかなる場合に認められるのかということにも繋がる。

(1) 実質的意味の大学

一般論として、「大学の自治」にいうところの「大学」とは、単に大学という名称を有する教育機関ではなく、「もっぱら最も高い程度の純粋学術の研究および教授を任務と

する研究教育機関を意味する」と説明される¹¹³⁾。しかし、より詳細な説明が展開されることはあまりなく、この「もっぱら最も高い程度の純粋学術の研究および教授を任務とする研究教育機関」が何を指すのかは決して明らかではない。ただし、このような言説は、憲法が保障する「大学の自治」の享有主体が「大学」（という名称の機関）に限定されず、それ以外の研究教育機関であっても、憲法 23 条による自治が認められる余地があるということを示唆するためになされているように見える。

しかし、特に戦後のわが国の大学の変容を顧みるとき、果たしてすべての大学が、「もっぱら最も高い程度の純粋学術の研究および教授を任務とする研究教育機関」と言い得るだろうか。大学の大衆化あるいは専門職大学院の設立が進む今日、ある種の大学における使命あるいは機能は、高水準の研究活動ではなく、寧ろ一定水準の知識の伝達、すなわち専門的教育（場合によっては職業訓練）等にあるようにも見受けられる。

また、大学はかつてのように真理探究を目指す精神活動としての学問、すなわち純粋学問だけを行っているのではなく、応用研究等、有用性の観点から道具的な知識の開発等を目指す学問領域も拡充させている¹¹⁴⁾。ここでもやはり「純粋学術」を実践するという理念的な大学像からの乖離を見てとれる。

本稿は、大学の自治の根拠を学問的コミュニケーションの保障に求めるわけだが、既に述べたように、これは真理の探究を目的とするものであり、まさに純粋学問の分野において妥当する。理論研究（≒純粋学問）と応用

110) 事実、初等中等学校の自治を肯定する学説の中でも見解が分かれる。いわゆる「教師団の自治説」は、自治の主体として職員会議を決定機関と捉え、その権限を重視するが、「学校の自治論」からは、職員会議を核とする教師集団の自治を基本としつつも、同時に父母の学校運営参加や子ども自身の自治への関わりをも展望するとされる（成嶋・前掲注 2）183 頁）。

111) 専ら教師（若しくは教授）を自治の主体とし、親を排除する説は、「付託」の論理を通して、個々の教師の教育活動に対する親の側のコントロール権が断ち切られると考えるようである。これに対し、坂田は「教師、保護者（親）、地域住民の自立というスローガンのフィクション性と、それを通じて、『教師の教育の自由』へと転嫁された『教育自治』の内実がクローズアップされてくる」と手厳しく批判する（坂田仰「憲法の教育自治に対する先行性——公教育における価値の教え込み機能——」憲法理論研究会編・前掲注 60）99 頁、102 頁）。

112) 永井・前掲注 104）281 頁。

113) 宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』396 頁（有斐閣、1971）、芦部・前掲注 56）203 頁。

114) 松元忠士「憲法 23 条の学問の自由」ドイツ憲法判例研究会編『未来志向の憲法論』477 頁、478 頁（信山社出版、2001）参照。

研究という安易な二分論には注意が必要だが、やはり真理の探究を直接の目的とはしない応用研究においては当然に学問的コミュニケーションを保障する必要性は決して自明ではないと考えられる¹¹⁵⁾。また、ある大学の主機能が、一方向的な情報の伝達という意味での教育にあるような場合にも、やはり学問的コミュニケーションを保障する要請は弱い。このような場では、専ら真理探究を目指す純粋学問を基礎とする大学の自治は修正を余儀なくされると考えるべきであろう¹¹⁶⁾。

そこで以下、憲法の規律が及ぶ「大学」について検討する。学校教育法にいう大学を「形式的意味の大学」とした上で¹¹⁷⁾、以下の議論で概念の獲得を目指す、憲法上自治が認められる大学を「実質的意味の大学」と呼ぶことにしたい。

(2) 「諸学部之争い」

実質的意味の大学の概念を探究するために、まずは、カントの大学論を概観したい。19世紀のドイツに近代大学の礎を築いたのはフンボルトであるが、フンボルトの大学論に思想的核心を与えたのは、カントである¹¹⁸⁾。カントは『諸学部之争い』の中で、コペルニクスの大学論を展開し、その後のシェリング、フィヒテ、シュライエルマッヘルらのドイツ思想家たちに影響を与えた。その流れが集約されたのがフンボルトの大学論であり、彼のベルリン大学における実践であったと言える¹¹⁹⁾。

カントは、学部を上級と下級に分け、神学部、法学部、医学部を上級学部とし、哲学部を下級学部とする。そして、社会的有用性を旨とする上級学部と、理性の自由を旨とする

下級学部は知の成り立ちが原理的に異なると考え、両者を峻別する。上級学部は、政府に対して依存的・非独立的であることを本質とし、国家の手厚い保護と引き換えに国家の支配、介入、要求に忠実に服従する義務がある。そこでは、下級学部が行うような理性的詮索は回避すべきものとされる¹²⁰⁾。他方、下級学部である哲学部は、専ら学問的関心、すなわち真理の追究に従事する自由を持っており、政府の意思や命令から独立であるとされる。そして、真理を追究するために可能な限り自由でなければならないと同時に、自由に判断する能力という意味での「理性」の立法だけに従うべきであると説かれる¹²¹⁾。その上で、カントは、下級学部、上級学部のすべての学説について、その真理性を吟味に投ずることを要求することができるという位置づけを与え¹²²⁾、下級学部を「大学の中心」に置こうとしたのである¹²³⁾。こうして、カントにおいて大学は、下級学部と上級学部との絶えざる弁証法的葛藤として捉えられることになる¹²⁴⁾。

かかるカントの大学論を本稿の問題意識と照合するならば、理性に基づいて、真理の探究を行うことを使命とする下級学部こそ、最も学問的コミュニケーションを保障する要請が強いということになる。逆に、国家による干渉を許容し、専ら理性による討議に委ねるだけでは済まない上級学部では、必ずしも学問的コミュニケーションは絶対的に保障されなければならないものでもなかろう。そして、実質的意味の大学という観点から見れば、大学の中でも下級学部こそこれに最も適合的であり、一方、上級学部はそれからやや

115) 現に、応用研究は、一般には憲法23条による自治が保障されないと考えられる企業内の研究開発部門等で行われていることである。

116) 松元・前掲注114)493頁。

117) 阪本・前掲注85)195頁参照。

118) 吉見・前掲注11)81頁。

119) 酒井吉栄「ドイツにおける『近代大学自治』思想の展開——カントからシュライエルマッヘルへ——」愛知大学法経論集法律編68号59頁、62-63頁(1972)参照。

120) イマヌエル・カント(角忍=竹山重光訳)『諸学部之争い』『カント全集18』(角忍ほか訳)1頁、29-31頁(岩波書店、2002)。

121) カント・前掲注120)37-38頁。

122) カント・前掲注120)39頁。

123) 島田雄次郎「カントの大学論」思想298号116頁、118頁(1949)。

124) 吉見・前掲注11)82頁。

距離を置くものと捉えられる。

(3) 法学の多層性

今日、カントの大学論の「上級」と「下級」の区別を考える上で「諸学部之争い」で示されたとおりに形式的に捉える必要はない。その区別は、あくまで当時におけるドイツの伝統的な大学の組織と形態をもとにしたものであり、純理論的観点からそれとは異なる区分けも可能であろう。すなわち、「上級」と「下級」との区分は、学問そのものによるではなくて、専ら政府が学問に持つ関心に基づいて分けられるのである¹²⁵⁾。

このように学問の現象的側面に着目するとき、法学教育及び法学にかかる大村敦志の論考¹²⁶⁾は興味深い。大村は、「法」という営みに関与する者について、一般市民、法実務家、法学者の3つの階層があると考え。そして、各階層に属する人々は、それぞれの階層に特有の法ハビトゥス（法意識や法行動を含めて主体に内面化された法、という意味）を有するとした上で、法実務家にとってのハビトゥスは法技術的な要素を中核としている点に、法学者のハビトゥスは法現象を分析する法理論を背景とする点に特徴があるとする。法学¹²⁷⁾は、複数の法ハビトゥスの再生産のプロセスとして捉えられ、法ハビトゥスが複数存在するという理由により、法学も複数存在し得ることになる。①法曹養成のための（一般市民の法ハビトゥスを法実務家の法ハビトゥスに転換させる）法学、②法理論を背景とする法の見方を知らせる法学、③各人のうちに内在する法ハビトゥスを確認する（一般市民の法ハビトゥスを自覚させる）法学等である。

たしかに、大村は、法学を政府による関心という観点から分類するのではない。しかし、カントが法学部の特質を、実定法としての法典の中に求める¹²⁸⁾ことにより、法学部を上級学部として下級学部と区別したことを

想起すれば、大村の法学の分類についても、カントによる「上級」と「下級」との区別との共通性を見出せるものと思われる。すなわち、より実定法に即した学問である①や③は上級学部的性格が強く、他方、法理論を追求する②の法学は下級学部的性格が強いことになるだろう。

こうして、カントが「法学部」として括ったものもその内部は決して一様ではなく、理性による真理の探究あるいは学問的コミュニケーションへの要請は、対象とする学問の性格ごとに異なることが分かる。この理は、哲学部、医学部、神学部は勿論、その他の学部における諸学問についても当てはまると考えて問題はないだろう。

(4) 「大学性」

a 概念

これまでの検討をまとめると、大学の中でも下級学部こそ学問的コミュニケーションの保障の要請が強く、実質的意味の大学として「大学の自治」を保障する要請が強い、ただし、「上級」と「下級」の区別は、実質的に判断しなければならない、ということになる。

上述の法学についての検討からも、また現実になされている学問の観察からも分かるように各学問は、「上級」と「下級」に明確に分類できるわけではなく、寧ろ両要素が併存・融合するような在り方で存在する場合も少なくない。ただそうはありながら、各要素の濃淡は自ずからあり、それによって、下級学部への接近度、すなわち実質的意味の大学への接近度にも差があり得る。そこで、かかる実質的大学への接近度を「大学性」という概念で表現することとしたい。つまり、自由な理性に基づく学問的コミュニケーションを最も必要とし、それ以外の影響力を極力排除すべき学問を行うような場合は、高度の「大学性」が認められ、まさに憲法が保障する大

125) 酒井・前掲注 119)67-68 頁参照。

126) 大村敦志「現代日本の法学教育——法学部における教育を中心に」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法 15 現代法学の思想と方法』305 頁、324-325 頁（岩波書店、1997）。

127) 大村・前掲注 126) は、「法学教育」について論じたものだが、そこで示された法学教育についての考え方を「法学」に一般化することに問題はないだろう。

128) カント・前掲注 120)39 頁。

学の自治の原理が強く当てはまる場となる。他方、「大学性」が低い場合には、大学の自治が全く無視されるわけではないものの、学問的コミュニケーションを確保する必要性が希薄化するため、大学としての意思決定や権限行使の場面で、国等の外部からの介入をある程度許容せざるを得ない契機があると考えられる。

b 単位

大学性の問題が、大学の外部関係における自律性にかかるものであることを考えると、大学性は、原則として大学を総体として観察した上で判断されることになる。

ただし、大学には学部等が、大学院には研究科等が設置されることが常例とされており（学校教育法 85 条、100 条。以下では、これらをまとめて単に「学部」という。）、さらに、伝統的に、学部教授会の意思決定を大学が尊重するという意味でのボトムアップ型の意思決定がなされてきたこともあり、大学としての意思決定や権限行使を、学部のそれとして認めることができる場合も少なくない。このような場合は、学部を単位として大学性を判断すべきだろう。

なお、個別具体の事案において、大学と学部のいずれを単位とするかは、外部からの介入が何を対象にしているのかという事柄の性質に応じて決すべき問題だと考える。以下では、さしあたり大学及び学部の双方を睨みつつ、一般論について述べる。

c 影響因子

大学性を左右する因子としてはいくつか考えられる。

まずは、学問の性格である。例えば、カントが下級学部として示した哲学部は、後に理

学部と文学部へと分割されるが、このような学問がなされる場合はやはり大学性は高いと思われる。他方、ドイツでいう「政策基盤研究 (Ressortforschung)」は、国家の政策形成・立法・行政を補助する目的で行われる学問だが、これについては「必ずしも学科目の規準に方向づけられ、学科目における議論によって検証され、学科目の発展のために利用されるわけではないこと、研究成果はむしろ、うまく実用されるかどうかによって検証されること」¹²⁹⁾ に特徴があるとされる。このような研究の場は、大学性が低いものの典型だろう。また、専ら実用目的の工学等が実践される場合は、一般論としては、大学性は低いと考えてよいのではないか。すなわち、これらの学問は必ずしも真理の探究が目的とされるわけではなく、寧ろ実利が求められることが多い。そこでは、研究の密行性が求められることこそあれ、学問的コミュニケーションが必然とされないことも少なくないと思われる¹³⁰⁾。さらに、「教育的配慮をなすこと自体が一つの学問的实践」¹³¹⁾ とされるような教育学についても、その実践的性格に重きが置かれるならば、それがなされる場は大学性が低いことになるだろう¹³²⁾。

また、大学性に影響を与える因子としては、当該大学において研究が主眼とされているのか、あるいは教育が主眼とされているのかという視点もあり得る。学校制度においては、教師の教授活動は下級学校に下るにつれて教育的性格が強まり、上級学校の方に上るにつれて学問的性格が強くなると言われる¹³³⁾。学問的性格が弱く、教育的性格の強い学校は、一般に、「暫定的真実の不断の探究」という意味での真の学問がなされている

129) 山本・前掲注 97)148 頁。なお、ドイツでは、大学は学問の自由という基本権を享受する主体たり得るが、政策基盤研究組織については基本権主体性を認めない見解が多い（同 159 頁）。

130) 特に自然科学の分野では、研究と実用の截然たる境界が消失しているとも言われるが（山本・前掲注 97)149 頁参照）、そのような明確な境界が存在しなくとも、いずれの側に近いかという判断はなお可能だと思われる。

131) 東京地判昭和 45 年 7 月 17 日判時 604 号 29 頁（第二次家永教科書裁判のいわゆる「杉本判决」）からの抜粋。

132) 本文で例示した工学や教育学等についても、その場でなされる学問の性格によっては、真理探究が目指される場合もあり、そのような場合には学問的コミュニケーションは必須のものとなり、大学性が強いと認められることはあり得る。

133) 松元・前掲注 114)481 頁。なお、ここにいう「上級学校」「下級学校」は、当然のことながら、カントの「上級」「下級」という用法とは無関係である。

というよりも、寧ろ「獲得済みのものとしての『真実』の伝達」がなされているものとして、大学性が低いと考えてよいと思われる。そして、上級学校及び下級学校という区分を、学校教育法上の大学、高等学校、中学校、小学校等の形式的な分類に拘束されず、実質的に考えるならば、一般には上級学校とされる大学の中でも、学問的性格より教育的性格が強いような場合には、大学性が低いと認める余地もあるだろう¹³⁴⁾。逆に、米国の著名大学の多くはいわゆる「研究大学 (Research University)」と分類されているが¹³⁵⁾、このような高度な研究に主眼を置く大学こそ、まさに大学性の高い典型と言えよう。

大学性を決定する因子としては、以上のような研究教育の内容だけでなく、当該大学あるいは学部において、現実に学問的コミュニケーションがどれだけ重視され、実践されているかという点も考慮されてよい。極端な例を挙げれば、教員たちが相互に独立しており、相互にコミュニケーションを行うことが認められていないような大学・学部にあつては、もはや憲法的な保護を与えるべき「大学」としての体をなしておらず、大学性は低いと言える¹³⁶⁾。現実にはそのような事態は稀であると思われるが、学内の学問的コミュニケーションについて不活発な状況が認められるならば、大学性は低くなると考えてよいと思われる。

(5) 自律性の限界

a 諸考慮事項

これまでの検討を通じて、大学性が低い大学については、憲法 23 条によって自律性を特に保障する要請は希薄化すると考えられ、大学に対する外部からの介入が容認される場合があり得ることを指摘した。ただし、大学の自律性あるいは外部からの介入の許容性を考えるにあたっては、大学性以外にも考慮すべき事項がある。つまり、大学側の事情としては、介入の対象となる事務が学問的コミュニケーションに与える影響が問題となり、また、介入する側からは自らの行為に課せられる法的制約が問題となる。

以下では、大学以外の法的主体の中で、最も大学に対して関心を有し、それゆえに大学に対して介入することが多いであろう政府との関係を念頭に置いて、大学による意思決定や権限行使への制限について検討する¹³⁷⁾。

b 事務の性質

本稿は、憲法 23 条が大学の自律性を保障する根拠を、大学における学問的コミュニケーションを確保することに求める。そのような観点からは、学問的コミュニケーションに関する事項については、大学の自律性を特に尊重する必要があるが、それとは関係のない事項については、そのような要請は必ずしも働かない。例えば、大学構内の消火・保安・衛生設備等については、当然に一般と同じ権力的規制に服すると言われるのも、その

134) 松田・前掲注 60)122 頁は、現実の大学について「完全な批判的学問を保障する最もリベラルな大学から、特定教義のインドクトリネーションに従事するセクト主義の大学まで、その間に無限のヴァリエーションをもって存在し得る」と説く。

なお、塩野は、設立前の放送大学構想について、同大学が、「教育機関」としての色彩が強く、他方で研究基盤が軟弱であることを捉えて、「従来の意味での『大学』と考えることができるかという問題が生ずる」と述べていた(塩野宏『放送大学』をめぐる諸問題——その法的枠組みを中心として——)ジュリ 468 号 51 頁, 56-57 頁 (1970) 参照)。

135) 潮木・前掲注 20)176-182 頁参照。

136) AAUP は、教員団に学問の自由を認めない大学は、真の大学としての機能を果たしていないと主張する。See AAUP, *supra* note 28, at 158-60.

137) 例えば、大学に多額の研究資金を拠出する民間企業が大学の意思決定へ圧力行使をする場合等のように、政府以外の法的主体が大学の自律性に制限を加えることも考え得る。この場合、大学の自治の性質を大学の主観的公権の保障ではなく(阪本・前掲注 85)197-198 頁)、客観的な制度あるいは価値の保障と考えるならば、一般に議論される私人間効力が問題となる典型的な場面とは若干異なる。寧ろ、私人に対して憲法的価値の尊重を求める場面と言えるだろう。なお、穴戸は、私人間効力論の一つの発展の方向性として、「民主主義社会の基本的前提の確保」掲げる(穴戸常寿「私人間効力論の現在と未来——どこへ行くのか」長谷部恭男編『講座 人権論の再定位 3 人権の射程』25 頁, 42-45 頁(法律文化社, 2010))。

ような意味においてだろう¹³⁸⁾。問題は、その中間に位置するような事項、すなわち、学問的コミュニケーションに対して限定的な影響を与えるような事項について、いかに考えるべきかである。

この点、ドイツでは、大学に関する事務を国家と大学とで分担する上で、大学の任務を、中核領域、協力領域、周辺領域の三段階に分けて議論がなされる。中核領域は、研究及び教授に直接関わる領域であり、国家による処理から遠ざけられるべき領域として位置づけられる。協力領域は学術関連性を有するがゆえに自治領域に組み込まれるが、他方で国益及び高度の公益性を有するがゆえに国家の影響力を排除し得ない領域である。周辺領域は、研究及び教授の自由に関連しない領域であり、原則として国家の優位的規制が可能とされる¹³⁹⁾。

大学内の学問的コミュニケーションの保障を重視する本稿の立場からは、このような発想は、問題とされる個々の事務について、学問的コミュニケーションとの関係性の濃淡に応じて、大学の自律性に強弱をつけるものと理解され、受け入れやすい。また、実践を考えても、大学の事務について、大学が優越するか、政府が優越するかの二分論で考えるのは、あまりに硬直にすぎ、その中間を認めることは納得のいくものである。

なお、上述のような検討の結果、大学が政府に対して、憲法 23 条に基づく自律性を主張し得ない場合であっても、憲法 21 条の結社として保護を受けることがあり得ることは、別次元の問題として当然あり得る。

c 行政の一般原理

こうして憲法 23 条が大学内の学問的コミュニケーションを保障するという理解からは、大学性の高低及び対象となる事柄の性質に応じて、行政による大学の行為への介入が許容される場合もあると考えられる。ただし、政府が監督権限の行使等を通して、大学の行為に制約を及ぼすに当たっては、行政の

一般原理にも留意する必要がある。

ここで特に重要なのは、比例原則であろう。目的が正当であることは前提であるが、達成されるべき目的に必要な限度での手法が選択されなければならない¹⁴⁰⁾。なお、ドイツでは、上述の「協力領域」において、協力の形態として、大学の意見表明の聴聞、大学との協議、大学による提案・同意、協力組織の設置等複数の方法があり得るが、大学と政府との間でいかなる形態の協力がなされるかは、規律される事務の学問の自由の中核領域からの距離と保護されるべき公益の重要度に応じて決定されるというもの¹⁴¹⁾、比例原則の現れと見てよいだろう。

さらに、ドイツでは、「親大学行態原則 (Grundsatz des hochschulfreundlichen Verhaltens)」が説かれている。つまり、国家は、積極的に学問の自由保障の空洞化を予防する義務を負い、決定に際して大学の固有性を尊重しなければならず、具体的には、監督権限の発動の理由に争いがある場合には、監督の実施が抑制されることになる。たしかに、大学の自律性が容易に阻害されては、憲法 23 条によって学問的営為が手厚く保障される趣旨に反する。法律による明文の根拠なく、ドイツのような法原則を直接わが国に持ち込むのは難しいと思われるが、大学と政府との訴訟の場面において、司法審査の密度、あるいは立証責任の負担に関するサブルールとして観念することはあながち無理でもないと思われる。

d 伝統的理解への評価

最後にわが国の伝統的な大学の自治論と、ドイツにおける大学の自律性の理解あるいは、それを好意的に捉える本稿の理解とを簡単に比較しておく。

わが国の伝統的な大学の自治論は、大学の任務について、半ば無自覚的に、中核領域と周辺領域の二段階のみを想定し、その中間の領域に関心を払ってこなかったのではない。さらに、周辺領域以外の事務という意味

138) 橋本公亘『憲法 (改訂版)』206 頁 (青林書院新社, 1976) 参照。

139) 徳本広孝『学問・試験と行政法学』9 頁 (弘文堂, 2011)。

140) 徳本・前掲注 139)14 頁。

141) 徳本・前掲注 139)16-17 頁。

での「中核領域」に当たる大学の事務については、政府がいかなる目的を有していようと、当然に大学の自治が政府に対して優先すると考えられてきたので、比例原則の適用等を考える余地がなかったようにも思われる。

これに対して、ドイツにおける理解は、中核領域について大学側に強い保障を与えるものの、そこから距離がある事項については、一定の原則のもとで、政府による監督権限行使が許容される。本稿もこのような理解に同調するものであるが、それに加えて、本稿は、大学性が低い大学については、大学意思決定に対する政府による制約がより認められやすくなると考える点に特徴がある。

3 内部関係

次に、大学の内部関係に目を転じる。従来、「教授会自治」が妥当すると言われてきたところであるが、以下ではその正当性を検証したい。その上で、大学意思決定メカニズムを法的にいかに関与するかということを検討する。

(1) 「教授会自治」の再定位

a 判例及び学説

ポポロ事件判決は、「大学の教授その他の研究者の有する特別な学問の自由と自治」と述べ、大学の自治の担い手は、教授たちであるという理解を示した。学説では、かかる判示も踏まえ、大学の自治は教授会自治を意味すると解するのが支配的となっている。すなわち、大学としての意思決定は、教授会において同僚たる教員たちの判断によってなされるべきだということである。なお、教授会とは、学校教育法 93 条に規定され、大学における重要な事項を審議するために設置される組織である。その構成員について法は准教授及びその他の職員を加えることができると規定するだけで（同条 2 項）、構成及び意思決定方法等についてそれ以上の規定は置かれて

いない。ただし、学部には所属する全教授によって構成されるとするのが通例のようである。

では、自治の主体が、同僚教員の集合でなければならないとしても、なぜそれが「教授会」でなければならないのか。学説の多くはこの点を論じることではないが、この問題について蟻川は自覚的である。蟻川は、学問研究にかかる事象の正否、適否の裁定は、学問共同体が専ら学問の理由から審査することが期待され、そこにいう学問共同体は、本来的には、学会でも、学界でも、あるいは常設の機構ではない、問題ごとにつくられる審査委員会でもよいはずであると言う。しかし、このような多様な選択肢があるにもかかわらず、大学における学問共同体が、教授会に凝集するのは、大学ないし学部が教育の単位であることによるものだとする。すなわち、大学において研究と教育は不可分であり、大学における教育は教授の学問研究の現在進行中の成果の公開の場、ないし学問研究の現場そのものであるが、大学ないし学部こそが大学における研究＝教育の責任を分有する場であるからこそ、その意思決定機関である教授会が大学における学問共同体、すなわち自治の担い手であると考えるのである¹⁴²⁾。

しかし、仮に大学ないし学部が教育の単位であるとしても¹⁴³⁾、そのことから自治の担い手を論じることが正当であろうか。たしかに、フンボルト型大学の特徴が「研究と教育の一致」であることはよく知られている。しかし、それを強調し、法的議論の基礎とするのは危険であると思われる。そもそも、真に研究と教育が一致するならば、教授と学生という 2 つの身分を措くこと自体が正当ではない。あるいは、異なる身分を認めるとしても、この場合、大学の自治の担い手としては、教授のみでなく学生も含まれると議論を進めるのが筋だろう。しかし、そうではなく、教授と学生という異なる身分の存在を認め、そ

142) 蟻川・前掲注 68)201-202 頁参照。

143) 学校教育法は、「大学は…教育研究を行い、その成果を広く社会に提供することにより、社会の発展に寄与するものとする」と規定し、（同法 83 条 2 項）、また学部については「専攻により教育研究の必要に応じ組織されるものであつて、…」と規定するだけである（大学設置基準第 3 条）。大学及び学部はあくまで「教育研究」のために組織されるものであり、専ら教育の単位であるという理解はしていないようである。

ここに一定の意義を見て区別するというならば、そこでは「師」たる教授のもとで学生が学ぶという、「研究」とは異なる「教育」という営為が大学に存在していることを認めることになる。そして、大学が初等中等教育機関と区別して特別の地位を認められてきたのは、大学で行われる「教育」ではなく、「研究」にこそ理由があったのは異論のないことであろう。その意味で、大学における「教育」は、あくまで「研究」に次ぐ存在であると言ってもよい。それにもかかわらず、大学の自治の担い手如何という憲法 23 条の根幹にかかる事項を、「研究」ではなく、「教育」という作用から議論するというのは無理があると思われる¹⁴⁴⁾。

b 大学判決からの示唆

ところで、前出のドイツの大学判決は、自治の主体についても、興味深い判示をしている。同判決は、まず、大学の使命及び役割について「フンボルトによれば、ドイツの大学は、教える者と教えられる者との『無目的の (absichtslos)』共同体と考えられ、『孤独と自由のなかで』無目的の学問に専念することにより、学問上の認識を超えて倫理的行為規範を調達する、研究と教授の緊密な結びつきを特質とするものであった」、「しかし、19・20 世紀の過程で大学を取り巻く状況は大きく変化した」と述べ、大学を取り巻く環境の変化を指摘する。その上で、大学に対して、「自然科学、医学、工学の発展はめざましく、専門領域の細分化、大学の巨大化、技術的に組織化が進む工業社会の要請に大学は応えることができるのか」と問いかけを発し、「大学自治が講座担当者によって担われていた伝統的な教授（会）中心大学……は現実には適合せず、社会の要請との間に緊張関係を生み、

大学教育改革の契機となる」¹⁴⁵⁾と述べ、教授会を中心に据える伝統的な大学像がもはや維持し得なくなりつつあるという憂慮を表明する¹⁴⁶⁾。

この判決の事案は、1971 年制定の「臨時ニーダーザクセン総合大学法」が、大学構成員を機能と利害により教員、研究補助者、学生及びその他の（非研究）職員に分け、グループごとに選出された代表者たちに、大学管理の合議制機関における評決権を配分し、大学教員の人事に関する提案を含めて、当該合議制機関が大学として決定するという仕組みを採用したことに対して、同大学の大学教員らが、自らの基本権及び法的地位の侵害を主張して争ったというものであった。連邦憲法裁判所は、上述のような大学観を前提に議論を進め、同法が、かかる合議制機関を設置し、それを大学の意思決定機関とすることも、ボン基本法 5 条 3 項の価値決定に反しないとして、大学教員らの主張を退けた¹⁴⁷⁾。

この大学判決については、歴史的に形成された伝統的大学の形態を維持することに主眼のあった制度的保障論を否定したと解されている¹⁴⁸⁾。ただ、ここでは、ドイツにおいても、学問の自由を保障するために、教授会自治を保障することが、もはや当然の要請ではないと判断していることを確認しておきたい。また、併せて、憲法裁判所が、大学の自治を議論する上で、大学をめぐる環境の変化やそれへの対応について熟慮していることにも留意しておいてよいだろう。

c 意思決定の実質的主体

では、わが国ではどのように考えるべきか。まず確認すべきは、大学（特に学部）における教員間の学問的コミュニケーションが、学問にとって極めて重要かつ必須である

144) 蟻川は、その後の論考（蟻川・前掲注 71）では、大学の自治の主体は、「教員団 (faculty)」であるとして議論を展開する。「教員団」とは、学術研究と高等教育とに携わる専門職集団としての教員集団を指し、「教授会」は「教員団」の最も典型的に組織化された例であるが、弱い組織化しか獲得していない教員集団や、未組織の教員集団も、原理上、「教員団」たり得ると述べている（同 61 頁）。ここでは、教授会は教員団の典型ではあるが、「大学における学問共同体は、教授会に凝集する」という考え方は採られていないように見受けられる。

145) 阿部・前掲注 89)205 頁。

146) 大学判決が、今から 30 年以上前の判決であることを改めて確認しておきたい。

147) 阿部・前掲注 89)204, 206 頁。

148) 徳本・前掲注 139)5-6 頁。しかし、大学判決は伝統的な教授会を否定しながらも、本文の引用箇所以外の部分では、学問の自由の実現のために大学教師に卓越した地位を認めてもいる（同 45 頁参照）。

ことである。既述の如く、大学における日常的な相互干渉——例えば、全体カリキュラムの編成、組織的又は未組織の共同研究、大小の研究会の設営、相互の研究・教育活動への助言・批評、その他日常的な情報・刺戟の交換等——は、教授たちの研究教育にとって、そして学問的営為のために不可欠な要素である。そもそも、大学の自治が保障される根拠を大学における学問的コミュニケーションの保障に求める本稿からすれば、このような教員同士の相互干渉こそ価値を認めるのである。

他方で、教授会について認識しておくべきは、そこに所属する教員が必ずしも相互に研究教育内容について熟知しているとは限らないということである。学問の専門分化は、学問分野の蛸つば化を生みだしているという指摘もあるように、同じ学部にも所属する教員間でも自らの専攻する学問分野以外の分野については全くの門外漢であるということも往々にして存在する。つまり、教授会が学問にかかる意思決定をしようとしても、その構成員である教授たちすべてに共通する知的基盤あるいは共通の理解は、それほど深くないこともあり得るのである。

そこで、本稿は、教授会が大学における基礎的組織であり、重要な事項を審議するという教育基本法の建前を前提にしつつ、学問的コミュニケーションの保障という目的を実現するための解釈論・実践論として、学校教育法施行規則 143 条に規定する代議員会あるいは専門委員会等（以下、「代議員会等」とい

う。）を媒介項として考えたい。代議員会等とは、教授会に属する職員のうちの一部の者をもって構成される組織であり、教授会の定めるところによって、代議員会等の議決をもって、教授会の議決とすることができるとされる（同条 1 項及び 2 項）。大学において教員たちは相互に日常的なコミュニケーションを図り、それが研究教育の基礎となっているが、通常、その主体の範囲は「教授会」と異なる。そのようなコミュニケーションは、特定の研究教育の対象に関心のある者同士で行われるのが常だからである。そこで、かかる学問的コミュニケーションの主体を代議員会等の構成員と定めることができれば、大学あるいは学部が直面する事項について最も利害関係¹⁴⁹⁾を有する者によって意思決定がなされることになる。勿論、かかる代議員会等は関係する事項によって、その規模あるいは意思決定方法¹⁵⁰⁾は様々であり得る。そして、このような代議員会等は予め一定の形式が与えられるものではないという点で、アドホックかつカジュアルなものであり、さらに多分に観念的なものでもある。そこで、代議員会等のこのような性格を踏まえて、以下では「同僚団」と呼称したい¹⁵¹⁾¹⁵²⁾。

教授会の意思決定について、実質的決定と同僚団で行う場合、教授会に求められる役割は、同僚団が議題の事柄に応じて適正なメンバーから構成され、適切な方法によって意思決定がなされることを確保すること、及び、同僚団の決定を尊重し、原則としてそれを教授会の意思決定とするということになる

149) 「利害関係」とは、無論、経済的な意味においてのそれではなく、各教員の研究教育にとってのその意である。

150) 常に単純多数決がよいとも限らない。

151) 「代議員会等に係る事項については、学内規程等において明確にしておくこと」（平成 7 年 12 月 26 日文高大 320 号文部事務次官通達二（5））とされていることに鑑みれば、通常、「代議員会等」はある程度、定型的でオーソドックスな組織が想定されていると思われる。

152) 和田は、教育学部のような総合学科目制の学部では、教授会に所属する教授も、他の教授が専攻する学問については、素人であり適切な意思決定が期待できないという問題意識を前提に、「学部自治」ではなく、「学科目自治」が取り入れられるべきではないかと提言する（和田鶴蔵「大学自治についての疑問」ジュリ 466 号 11 頁、12 頁（1970））。

本稿も同様の問題意識を共有するものである。ただし、「同僚団」として想定するのは、より柔軟性を持った組織である。また、和田が指摘するような教授会の現状は、総合学科目制の学部に限定されるわけではなく、大学一般に普遍化できると思われる。

153) 同僚団による意思決定について、教授会が学問的見地に照らして受け入れ難いと判断するときには、教授会が同僚団による意思決定を拒絶することもあり得る。

う¹⁵³⁾。同僚団の構成や意思決定方法等については、裁量の幅が認められるべきではあるが、それが著しく不合理と認められるときには、かかる同僚団及びそれに基づく教授会による意思決定は正当性に欠けるものとして、後述する大学設置者等の意思決定によって覆される契機を孕むと考えるべきである¹⁵⁴⁾。

ところで、教授会の意思決定をこのように解する場合、教授会が適正な意思決定を行うことを担保するメカニズム、あるいは、かかる意思決定の「正当性」の根拠も従来とは異なるものとして見えてくる。蟻川のように、教授会を職責の総体と見る場合、教員は教授会において真摯に審議しなければならないという義務を負って意思決定を行うので、その意思決定は適正なものになると考えるのだろう。しかし、その義務とはいかなるものか明らかではなく、その実効性に疑念の余地があることは既に論じたとおりである。他方、同僚団が教授会の実質的意思決定を行うと考える場合、関係教員が適正な意思決定を行うのは、義務に突き動かされるからではない。それは、そのような意思決定が自分の研究教育と密接に関連し、そこに利害関係があるからである。つまり、同僚団を通じて、教授会が「良い」意思決定をすれば、それは自らの教育研究にとってもプラスになる。このような意味で、同僚団を媒介とした意思決定は、インセンティブに基づくものなのである。

d 限界

このように同僚団が行った実質的意思決定が、教授会の意思決定となるというメカニズムを前提にしても、それは「教員団 (faculty)」としての意思決定であり、専ら学問の見地あるいは研究教育上の見地によるものである。

しかし、「大学 (university)」(あるいは「学部」)は、研究教育と同程度に重要性を持つ多様な諸目的——例えば、学生への職業訓練の提供、地域社会の文化センター、スポーツ振興等——をも内包する組織体である¹⁵⁵⁾。したがって、大学や学部として意思決定を行う上では、このような多目的性格を有する大学の設置者と教員団との間で調整が行われなければならない。そして、Ⅲ 3 (2)及び(3)ではこの調整メカニズムを検討する。

ただし、それ以前に教員団による意思決定自体の限界についても認識しておくべきだろう。まずは能力の限界の問題である。大学教員は、あくまで学問にかかる専門職能を果たす主体であり、だからこそ教授会の学問的判断も尊重される。そして、当然ながら学問に関しない事項については、大学教員は、通常は素人 (laymen) である。そうすると、学問に関連しない事項については、教員団によって適切な意思決定が行われることは担保されていない。ここでヒントになるのは、既に指摘した事務の性質に関する議論である¹⁵⁶⁾。学問的コミュニケーションに密接に関連する事務については、教員あるいは教授会の意思決定に強い正当性が認められるが、そこから遠ざかるにつれて、非学問的観点からの判断も求められるようになり、教授会の意思決定は、「正当性」が希薄化される結果、必ずしもその意思が完全に尊重されるわけではないと考えてよいと思われる。

もう一つの限界は、教員団の機能不全である。教授会もその部分集合である同僚団も、比較的小規模な人間集団である以上、内部で緊張感を喪失し、相互批判性を欠いた存在になることがあり得る。また、教授会内の教員

154) 教授会の意思決定を、同僚団に委ねるというのは突飛な考えに思えるかもしれない。ただし、ここにいう同僚団がアドホックかつカジュアルで、観念的であるという性格に留意すれば、本文に述べたことは、要するに教授会の中でも当該決定について最も利害関係を有する者が教授会としての意思形成に積極的に関与し、他方で当該決定が自らに関係ない者は意思形成には関与しない、あるいは関与してはならないということである。教授会の意思決定について利害関係のない者の不関与という点は、特徴的であるかもしれないが、それ以外は、現象としては現実の教授会の実践とさほど差はないと思われる。

なお、利害関係のない者を意思決定に参加させないのは、このような者は、当該意思決定に対して、専ら学問的見地から意思決定プロセスに参加するためのインセンティブに欠け、教授会としての適正な意思決定を歪めかねないからである。

155) 松田・前掲注 60) 118-119 頁。

156) 本稿Ⅲ 2 (5) b 参照。

たちが批判的視座に不寛容になり、守旧派が異端派を疎外することもあり得る¹⁵⁷⁾。このような状態にある教員団の意思決定を「大学の自治」の名のもとに保護する必要があるかと言えば疑問であろう。本稿は、このように大学内部において学問的コミュニケーションが実現されなくなっている大学は、大学性が低下したものとして、外部関係においてその自律性を保護する要請は弱いと考えるが、大学の内部関係においても、このような教員団の意思決定はもはや保護の必要性は低くなると考えるべきだと思われる¹⁵⁸⁾。

e 実質的主体の拡張の可能性

教授会における意思決定の実質的主体として同僚団を観念することは上述のとおりであるが、大学にかかる諸々の事項について、学問的コミュニケーションの保障を図るために、最も関心のある者あるいは利害を有する者に、実質的意思決定権限を与えるという考えを貫く場合、その主体は、必ずしも当該学部には所属する教員に限る必要はないだろう。意思決定の実質的主体の資格者を学部所属の教員以外にも拡張する余地があると思われるのである。

一つの拡張の可能性は、学生及び職員を構成員とすることである。ポポロ事件判決は、学生が大学における自治の担い手となることを否定したが、その後の学説では、学生も大学自治の担い手であるべきだという議論も根強く、学生は大学自治の運営について要望し、批判し、あるいは反対する権利を有する等と説かれる。ただし、その場合も学生の参加がどのような形で具体化されるかは、それ

ぞれの大学が法律の範囲内で自主的に定めるところに委ねられるとされている¹⁵⁹⁾。他方、大学職員については、わが国の学説では顧みられること自体が稀である¹⁶⁰⁾。

たしかに、学生一般が大学における意思決定（典型的には、教授選考等）について利害関係を有することは考えにくく、彼らを一律に自治の主体とする必要はないだろう。しかし、研究室に所属する博士課程の学生や博士研究員、技術者等については、教授選考等にかかる大学の決定が自らの研究にとって重要な意味を有する場合もあり得る。そして、彼らの研究活動は、まさに、憲法によって保障される、大学における学問的コミュニケーションの一環をなすものである。そのような場合に同僚団において、彼らに何らかの関与を認めることはあり得る選択肢ではないかと思われる¹⁶¹⁾。

もう一つの拡張の可能性は、他の学部等に所属する教授の関与である。学問の専門分化が進行していることは既に指摘したが、一方で、従来の学部の枠にとらわれない、いわば学部横断的な学問も登場している。さらに、大学においては学部以外に研究所等の組織も設置され(学校教育法 85 条ただし書き参照)、これらの組織には既存の学部における学問と密接な関連を有する学問を専攻する教員が所属することも周知のとおりである。そして、大学における日常的なコミュニケーションが、学部の枠を超えてなされることを踏まえば、大学における学問的コミュニケーション保障の観点からは、学部外の教員を教授会における実質的な意思決定の主体に含めるこ

157) 松田・前掲注 60)120-121 頁。

158) 樋口・前掲注 6)11 頁は、この問題、すなわち「大学自治によって学問の自由が実質的に損なわれるときに、どう考えるべきであるか」という問いについて正面から向きあう。ただし、その結論は、大学の自治という形式を守り抜くことで、長期的には学問の自由という実質を守ることになると説く(松田・前掲 60)119 頁も同旨だろう)。

しかし、大学の歴史の中で、大学の自治が「自制」ではなく、寧ろ「自壊」をもたらしたことも間々あったことを考えると、そのような見解は楽観的にすぎるように思われる。

159) 芦部・前掲注 56)228 頁。

160) 大学の自治を教育権から基礎づける見解は、一般に学生や職員を自治の主体に含めるべきだと主張する。本稿Ⅲ 1(5)参照。

161) 本文に述べたような観点からは、大学における研究及び教育機能の活性化を図ることを目的とした上で、①学生の所属する学部等の部局、②参加の対象となる事項・案件、③学生の学年段階(大学の学部、大学院修士課程、同博士課程)を考慮しつつ、大学の管理運営への学生参加の可能性を示唆する見解(樋口ほか編・前掲注 44)130 頁〔中村睦男〕に、賛成したい。

ともあり得てよいように思われる¹⁶²⁾。

なお、学校教育法施行規則 143 条は、代議員会等が「教授会に属する職員のうちの一部の者をもつて構成される」と規定する。したがって、教授会の構成員以外の者が同僚団の構成員となる場合（特にそれが学生である場合¹⁶³⁾）、かかる同僚団は、代議員会等そのものではないことになろう。ただし、教授会意思決定方法は法定されているわけではなく、教授会に裁量があるので、彼らの意見を教授会に反映させることは、現行の学校教育法の下においても不可能な運用ではないと思われる。

(2) 私立大学の内部関係

a 学説

大学の自治に関する議論の多くは、まず国立大学を念頭に置いて議論を行い、そこで肯定される大学の自治が私立大学においても基本的に妥当するという論法を採る。しかし、本稿では敢えてこの順を逆にしたい。というのは、国立大学では、一般公権力の発動も大学の設営も、ともに国家という一つの法主体が行うので、ともすればそれらが区別されることなく議論されることが多いからである¹⁶⁴⁾。しかし、一般公権力主体としての国家との関係は、既に外部関係として検討した問題であり、以下で議論したいのはあくまで大学設置者との関係である。そこで、まず、一般公権力主体とは区別された大学設置者の存在が明確である私立大学の内部関係を検討した上で、その応用として国立大学及び公立

大学の内部関係を議論する。

通説的見解は、大学の自治は国公立に限定されるものではなく、私立大学についても認められるとする。ただし、私立大学はそれぞれ独自の教育方針を持つことができるので、教員の人事について国公立とは異なる特別の規律を設けることも、合理的である限り、許される場合があると解している¹⁶⁵⁾。しかし、これ以上議論を進めるものはあまりなく、私立大学における自治の理解については多分に曖昧さが残されている¹⁶⁶⁾。

b 理事会

私立大学には、意思決定機関として理事会が存在する(私立学校法 36 条 2 項)。そこで、教授会の意思と理事会の意思との調整、すなわち教学と経営の調整が求められることになり、これが私立大学における大学の自治のポイントとなる。

そもそも理事会は複数の「顔」を持つ組織である。

第一に、経営的観点から大学管理を行う「管理者」としての性格を持つ。このこと自体に異論はないだろう。

第二に、建学の精神を引き継ぐ「教育者」としての性格がある。昭和女子大学事件判決¹⁶⁷⁾は、「私立学校においては、建学の精神に基づく独自の伝統ないし校風と教育方針とによって社会的存在意義が認められ」、「伝統ないし校風と教育方針を学則等において具体化し、これを実践することが当然認められる」と述べる。同判決は、このような権能の

162) 伊藤ほか・前掲注 10)33 頁〔伊藤正己発言〕は、従来の学部わけ方ではうまくいかないような新しい研究教育分野の登場によって、学部を基礎として大学が意思決定を行うのでは、うまく機能しなくなるのではないかという懸念を表明する。

163) 教授以外の職員については、教授会の構成員になる余地はある（鈴木勲編著『逐条学校教育法（第 7 次改訂版）』804-805 頁（学陽書房，2009））。

164) 米国連邦最高裁も、公立大学(州立大学)について、「政府が同時に表現者(speaker)であり規制者(regulator)であるので、修正 1 条の適用上複雑な問題が生じる」と述べている。University of Pennsylvania v. EEOC, 493 U.S. 182, 198, Fn.6 (1990)。

165) 芦部・前掲注 56)227 頁，法学協会編・前掲注 3)461-462 頁。

なお、松井は、私立大学の場合、憲法 21 条の保障を受ける「結社」と考えられるから、本来敢えて大学の自治を保障する必要性は乏しく、国の機関である国立大学においてこそ 23 条で自治を保障する意味があると説く（松井茂記『日本国憲法』486 頁（有斐閣，1999））。この見解の背景には、教授会ではなく、大学が自治の主体であるという考えがあるが（同 487 頁）、このような見解は、大学の自治が保障される根拠を曖昧にさせる点で首肯し難い。なお、本稿Ⅲ 5 (4)の議論も参照。

166) 君塚正臣「私立『大学の自治』の再検討——第三者効力と制度的保障の交点？——」国際公共政策研究 4 巻 1 号 129 頁，134 頁（1999）参照。

167) 最判昭和 49 年 7 月 19 日民集 28 巻 5 号 790 頁。

所在について直接判示するわけではない。しかし、学問的見地から研究教育を任務とする教授会には、建学の精神、伝統や校風の維持といった役割は期待しづらい。そうすれば、このような教育者としての地位は一義的には理事会が担っていると考えるのが自然だろう。

第三に、やはり建学の精神を引き継ぐ者として「(学問の自由を行使する者としての)研究者」としての性格も認めるべきだと思われる。建学者は、私立学校の中でも私立大学を選択し設立したということは、教育だけでなく、研究についても一定の目的があったと考えられる場合が少なくないだろう。彼は、いかなる目的でいかなる研究を行うか等の理念を打ち出し、その理念の実現に向けて、資財を投じ、教員を招聘し、大学という研究を主眼とする組織を設立した。わが国の通説は、憲法 23 条の学問の自由の人権享有主体を大学研究者に限定せず、一般国民に広く認めているが¹⁶⁸⁾、それを前提にすれば、建学者による大学設営もまさに憲法 23 条に基づく権利行使と見てよいと思われる。そして、それを引き継ぐのはやはり教授団であるとは考えにくく、理事会ということになるだろう。

すなわち、理事会と教授会との間で衝突があったときに、理事会は、管理者、教育者、研究者としての「顔」のいずれか又はその複数を有する場合がある。さらに、教育者及び研究者としての「顔」が前面に出てくる場合は、人間の精神的活動に関わることから、高次の憲法的価値に支えられていると考えられる場合もあり、「学問の自由」あるいは「大学の自治」を理由に安易に教授会に軍配を上げるわけにもいかないのである。

c 経営と教学との調整

理事会・教授会間の意思決定の調整方法について、現状は、各大学によってまちまちで

ある。そもそも経営・教学関係の構造についても、小規模大学に適した学長付託型、中規模大学に見られる理事長・学長兼務型、大規模大学に相応しい経営・教学分離型等があるとされる。さらに、教授会・評議員会が諮問機関となっているところ、寧ろ議決機関となっているところ、逆に理事会が強く追認機関的なところ等があると言われる。理事会の権限の強弱や選任方法も各大学の事情によっており、統一的な型があるわけでもない¹⁶⁹⁾。

これに応じて、学説は、一方では、教学の優位を前提に教授会が自治の主体となるとする見解があり、他方では、教員は建学の精神の具現化の教育研究のために招聘されたものにすぎないとして理事会が優位すると考える説があり、この両極端の間で様々なヴァリエーションがある¹⁷⁰⁾。また、裁判例も判断が分かれるところである¹⁷¹⁾。

この難題について、明快な解決策は難しく、個別の事情に応じて、理事会の意思と教授会の意思とを総合判断して妥当性を決する問題なのかもしれない。しかし、その前提として、両者の意思が正当な主張と言えるかは検討されるべきだろう。

まず、教授会について見れば、これはまさに上記(1)で検討したように、その意思決定の正当性が問題となる。(観念的な同僚団が適正に機能することで)適正なメンバーによって、適正な方法に従って教授会としての意思決定がなされたか、教授会は問題となっている事項について適切に判断をする能力があるのか、あるいは教授会は機能不全に陥っていないかといったことが問われなければならない。このような検証の結果、教授会の意思決定について正当性が低いと判断されれば、理事会の意思が優先しやすくなるだろう。

他方、理事会については、いかなる「顔」を前面に出して主張するかによって、その意

168) 芦部・前掲注 56)205-206 頁。

169) 君塚・前掲注 166)143 頁。鈴木・前掲注 163)807 頁参照。

170) 笹川紀勝「私立大学と大学の自治」奥平＝杉原編・前掲注 81)161 頁、163-164 頁。

なお、学説ではこれを私人間効力の問題として捉える学説も有力である(阪本・前掲注 85)190 頁等)が、その典型的な場合とは異なるだろう。注 137) も参照。

171) 教授会の優越性を認めたものとして、名古屋地判昭和 34 年 11 月 30 日判時 210 号 6 頁(名城大学長罷免事件)、福岡地決平成 4 年 9 月 9 日労判 616 号 73 頁(西日本短期大学事件)、逆に理事会の優越性を認めたものとして、大阪高判平成 10 年 11 月 26 日労判 757 号 59 頁(甲南大学事件)等がある。

思の正当性を精査すべきである。第一に、「管理者」として現れる場合、三菱樹脂事件¹⁷²⁾や昭和女子大事件で最高裁が判示したように民法1条や90条等の私的自治の一般原則が尊重される必要がある。第二に、建学者の精神を引き継ぐ者として「教育者」や「研究者」として現れる場合も、かかる精神が大学制度と適合的なのかという判断が必要となる。例えば、普遍的な教育目的実現のための学問の自由の尊重（教育基本法2条）、差別教育の禁止（4条1項）、全体の奉仕者たる教員の性格（9条）、教育への不当な支配の排除と国民全体への教育の直接責任（16条1項）等に適合していなければ、建学者の精神といえども尊重されるわけではない¹⁷³⁾。第三に、理事会の意思が、当該大学の慣行に照らして合理的であるか、という点も留意すべきだろう。例えば、過去長年に渡って、当該大学の慣行とされてきた事情は、もはや建学者の意思の具体化として取り込まれたものとみなすことができ、後の理事会が容易にそれを変更できなくなると考える余地もある。

(3) 国公立大学の内部関係

a 国立大学

私立大学について検討した判断枠組みは、国立大学についても基本的に当てはまる。国立大学について確認すべきは、既に指摘したように大学の内部関係において問題となるのは、一般公権力主体としての国家ではなく、大学設置者としての国家であるということである¹⁷⁴⁾。つまり、国立大学では、教授会と対抗関係に立つのは、あくまで学長あるいは役員会（国立大学法人法11条1項及び2項）等である。

そして、大学設置者としての国家について

も、私立大学の場合と同様に、複数の「顔」を観念することはできる。ただし、前掲昭和女子大事件判決が、「特に私立学校においては、建学の精神に基づく独自の伝統ないし校風と教育方針とによって社会的存在意義が認められ」（傍点筆者）と述べたように、建学の精神は私立大学については妥当しても、国立大学において当然に当てはまるわけではない。そうすると、国立大学においては教育者あるいは研究者としての顔は基本的に考慮される事項ではないだろう¹⁷⁵⁾。

そして、このような大学設置者、すなわち役員会等の意思を反映した学長の意思と、教授会の意思とが衝突する場合には、調整が必要となる。そこでは一方では、教授会の意思決定の正当性が問題とされ、他方では主として国の管理権行使の正当性が問題となる。そして、私立大学の場合と比較すれば、国の権限の契機はさほど強力ではない以上、教授会の意思が優越する人が多いだろう。

ただし、確認しておいてよいのは、国立大学が専ら管理者として意思決定を行い、権限を行使する場合に、それが必ず教授会に劣後すると考えるのはあまり的確ではないということである。例えば、国家は、単科大学を設置することで大学に対して特定の研究教育目的を設定することは可能であり、現に行っている。仮に、そのような大学で、教授会側がかかる研究目的を大幅に逸脱するような研究を行うために教授を招聘するような場合には、国は管理権者としての地位に基づき、その就任を拒むことも十分に許されるだろう。同様の議論は、学部や研究科の枠についても妥当するはずである¹⁷⁶⁾。

172) 最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁。

173) 笹川・前掲注170)164-165頁。

174) 高柳＝大浜・前掲注80)103頁。

なお、国立大学法人法施行後においても、この理は妥当する。国立大学法人法によれば、国立大学を設置するのは、国立大学法人ではあるが、学校教育法2条及び5条も併せて解釈すれば、国立大学は、国家行政組織法上の国の組織ではないものの、国が法律で設けたものであり、国が管理と費用負担を行うものとなっていることが分かる（市橋・前掲注53)168頁）。

175) 本文で述べたように、教育者としての「顔」は、大学内部の関係ではあまり問題とならないと考えられる。ただし、これとは別の次元として、国が大学に対して「設置者」としてではなく「規制者」あるいは「外部者」として教育に関して権限行使をすることは十分にあり得る。

176) ドイツの学説でも、「目標に方向づけられた学問のマネジメントは、学問のプロセスに自由な余地を残す限り、憲法上排除されない」と言われている（山本・前掲注97)158頁）。

b 公立大学

公立大学の自治は、私立大学の自治以上に上げられることのない問題である。学説の中には、国立大学と同様に論ずればよいとするものも見られるが¹⁷⁷⁾、果たしてそうか。公立大学は、自治体が自ら予算を投じて設立するものである。その際に、自治体が完全に純粋に学問的目的から、公立大学を設立するとは考え難い。そもそも学問の振興自体は、通常は自治体の任務とはされない事柄であり、それにもかかわらず、自治体が大学を設置するということは、当該自治体への何らかの価値の還元を想定しているものと推測される¹⁷⁸⁾。そうすると、公立大学の法的性格は、国立大学よりも、寧ろ「建学の精神」が重視される私立大学に接近して観念される。すなわち、大学設置者としての自治体が、大学において比較的強力な意思決定権限を有すると見る余地がある。

公立大学の設置目的について、自治体財政が潤沢であった時期にあってはあまり顧みられることもなかったが、長引く不況により自治体財政が逼迫する中、特に近年は、自治体側から、住民の税金で運営する公立大学は、より地域に即した事柄への貢献が求められ、そうした性格に特化すべきではないか、という問題提起が見られるのは興味深い¹⁷⁹⁾。このような動きに対しては、大学の自治の侵害に当たるとして否定的に捉える向きもある。公立大学内部の意思決定の内実が、教授会と大学設置者としての自治体とのせめぎ合いたり得ることを考えれば、教授会側からこのような反応がでるのは十分に予想されることである。ただし、敢えて指摘すれば、短期的には自治体の権限が強化されることは、大学教員にとっては制約になるかもしれないが、長期的に考えれば、自治体が公立大学設営のメ

リットを実感できるようになれば、他の自治体でも大学設営の流れが加速し、結果的に学問的コミュニケーションの場の拡大に繋がるようにも思われる。

4 内容

これまでの議論から明らかなように、大学の自治に関する個別具体の事案について、外部関係において大学の自律性の正当性を検討する場合でも、内部関係において教授会自治の正当性を検討する場合でも、問題となる事柄、すなわち事務の性質に応じた考慮が必要となる。そこで、以下では、大学の自治の内容を確認した上で、大学の自治が問われる複数の局面について、いかなる考慮がなされるべきかを検討する。

(1) 自治内容の諸要素

大学の自治の内容について、従来の通説的見解は、①学長・教授その他の研究者の人事、②大学の施設の管理、③学生の管理を挙げる¹⁸⁰⁾。ポポロ事件判決も、若干の差はあるものの、ほぼ同様の範囲で自治を肯定している。

自治の内容としてこれらを列挙することは、大学を営造物として観念するならば、自然と言えよう。行政法学上、「営造物」とは、「国又は公共団体等の行政主体により、公の目的に供用される人的及び物的施設の総合体」を指し、営造物法の主たる観点は、利用関係のあり方と営造物組織法の観点であるとされる¹⁸¹⁾。そのことを大学関係の中で考えれば、まさに営造物組織法の主要目的である研究者の人事と、利用の客体である大学の施設、及び利用者である学生というのは当然出てくる観点である¹⁸²⁾。

なお、学説では、上記の3つに加えて、④

177) 君塚・前掲注 166)133 頁。

178) 一例として、公立大学法人大阪市立大学定款 1 条は、その目的として、「優れた人材の育成と真理の探究という大学としての普遍的な使命を果たすとともに、人とその活動が集積する都市を学問創造の場としてとらえ、都市の諸問題に英知を結集して正面から取り組み、その成果を都市と市民に還元することにより、地域社会ひいては国際社会の発展に寄与することを目指す大学を設置し、及び管理することを目的とする」と規定する。

179) 人見剛「公立大学における法人化問題」法の科学 32 巻 161 頁、166 頁 (2002)。

180) 野中ほか・前掲注 106)334 頁 [中村睦男]、芦部・前掲注 56)225 頁。

181) 塩野・前掲注 52)356 頁参照。

182) 学説上は、大学を営造物と捉え、学生をその利用者とみなすことについて否定的である。例えば、芦部・

研究教育の内容及び方法の自主決定権、⑤予算管理における自治をも取り込み、大学の自治の内容をできるだけ広く解する学説が有力化している¹⁸³⁾。

そもそも、大学の自治の内容は、事柄の性質上、可変的であって明確でない点が多く、事実、国の沿革、法制度、経済的・社会的・政治的諸条件によって異なることが多い。これは大学の自治が、国家権力を始め外部勢力の侵し得ない限界を画するものとして機能するばかりでなく、立法や行政に対してとるべき方向を示すという意味も併せ持つからだと言われる¹⁸⁴⁾。したがって、大学の自治の内容について画定を図るのは無理があることを前提に、大学の自治が機能する範囲や各局面における機能の仕方については、弾力性を認めなければならないことには留意しておく必要がある。

以下では、大学の自治の内容の中でも、最も基礎的なものと考えられてきた人事自治権、及び大学にとって特に今日大きな意味を持つとされる財政自治権について検討する。その後、判例及び通説が、伝統的に大学の自治の内容として議論してきた警察権からの自由について検討を行うこととする。

(2) 人事自治権

a 判例及び学説

大学の自治の核心が人事の自治であることについて学説上異論は見られない。そして、個々の教員の実質的人事権を持つのは研究教育の専門性を共通し、その運営の基本単位である教授会でなければならないとされている¹⁸⁵⁾。

事実、ポボロ事件判決も、大学の「自治は、特に大学の教授その他の研究者の人事に関して認められ、大学の学長、教授その他の研究者が大学の自主的判断に基づいて選任される。また、大学の施設と学生の管理についてもある程度で認められ」と述べ、人事の自

治については、「ある程度」という限定されないことから、憲法上、特に強く保障されることを示したものと解釈できる。さらに、その後、下級審ではあるが、いわゆる九大井上事件判決¹⁸⁶⁾は、「大学自治の原理、なにかなく右原理の中核ともいべき大学における人事の自治に鑑みれば」と述べ、人事自治権が大学の自治の中心的地位にあることを肯定した。

しかし、大学の自治の核心がなぜ人事の自治であるのかということについて理論的に説明するものは意外に少ない。そのような中で、蟻川は、共に研究・教育活動を担う教員団の構成員を銓衡・決定する教員人事は、それによって選ばれ、迎えられた教員との相互交渉を通して、そこでの「教育研究」の在り方を直接決定づけ、変化させるための始動作用といふべきものであることから、教員人事以外の業務といった外的・制度的なものよりも、より自治の要請が高いという説明を試みる¹⁸⁷⁾。しかし、かかる理由づけは、教授会への信頼が希薄化するとき、逆の方向へ作用するはずである。すなわち、教員人事が教育研究の在り方を直接決定づけるという重要な意味を有するならば、そのような重要な決定権を専ら教授会に委ねることはできない、という議論も可能となるのではないか。

b ドイツの教授選考制度

学問の自由及び大学の自治の理念の母国であるドイツでは、大学の人事自主権はそれほど強くないことには注意しておいてよい。ドイツでは、大学には教授選考・任命権はなく、通常は州文教大臣が、大学側の推薦した3名の候補者のリストに基づいて、大学教授を任命することとされている。大学は、このような推薦権を有するだけであり、しかも大学が付した推薦順位にも拘束力はないとされる¹⁸⁸⁾。

このような教授選考制度の由来は、フンボ

前掲注 4)163-164 頁等。

183) 野中ほか・前掲注 106)334 頁〔中村睦男〕。

184) 橋本・前掲注 138)203-204 頁参照。

185) 松井幸夫「学問の自由と大学の自治」ジュリ 1089 号 205 頁、210 頁 (1996)。

186) 東京地判昭和 48 年 5 月 1 日訟月 19 卷 8 号 32 頁。

187) 蟻川・前掲注 71)66 頁参照。

188) 高柳＝大浜・前掲注 80)102 頁。なお、ドイツにおける教授選考の近年の状況については、徳本・前掲注

ルト、そして彼の大学論に直接的かつ多大な影響を与え、またベルリン大学の初代神学部長を務めたフリードリッヒ・シュライエルマッヘルにまで遡ることができる。シュライエルマッヘルは、大学では激しい学派間の争いがあるから、大学自身に教授選任を委ねたら、大騒動が起こりかねないと考え、上述のような大学が候補者を推薦し、大学監督官がその中から選抜するという制度を提唱していた¹⁸⁹⁾。このような懸念はフンボルトも共有するところであり、大学には内部対立と軋轢がつきものだから、教授の選考権は大学にわたすべきではないという趣旨を自らの論文で述べ、ベルリン大学の創設当時の教授人事も教授会との相談抜きで、ほとんど政府の手によって行わしめたのである¹⁹⁰⁾。

その後も、教授選考権は、大学側ではなく、文部省が握り続けた。特に指摘しておくべきは、1882年から1907年までの25年間にわたって、ドイツの学会全体を支配した強力な文部官僚フリードリッヒ・アルトホーフの存在である。アルトホーフは、教授として優れた人材を発見すると、文部省の持っている選考権を用い、大学の意向に反してでもその人物を教授ポストに据えることを行っていた¹⁹¹⁾。アルトホーフの手法は、ドイツの大学人から反感を買い、大学の自治を侵害するものとして批判された。しかし、他方で、彼は、当時の学部教授会の偏見ゆえに正教授となるのが不可能若しくは困難とされてきた社会民主党員、ユダヤ人、カトリック教徒らを差別せず、彼らが正教授へとなる途を開いている¹⁹²⁾。このような事情に加え、19世紀後半は、ドイツの科学技術が飛躍的に進歩し、科学史上類を見ないほどの圧倒的な学問的覇権をドイツの大学が確立した時期であることも併せ考えると、大学の教授選考権を一手に

独占したアルトホーフが、学問の自由の守護者であったという評価があることにも頷ける。

このようにドイツにおいては理想的にも制度的にも、大学に強力な教員選考権を認めてこなかった。その背景には、シュライエルマッヘルやフンボルトあるいは、アルトホーフらの大学に対する理解からも明らかなように「教授会」という組織に対する不信が根強く存在していたのである。

c わが国の事情

ドイツにおける大学の教授選考制度を踏まえると、憲法が大学の自治を保障することから直ちに人事自治権を導出することが必ずしも自明ではないことが理解される。では、それでもなお、わが国で大学の自治の内容として人事自治権を肯定するならば、その根拠は何か。憲法23条制定の経緯を踏まえるならば、それは、おそらく国家や大学設置者に対する不信と、その裏返しとしての教授会への信頼・期待ということになるのではないか。一方の端で、国家や大学設置者に対して、「大学の設置者（とくに国立大学の設置者としての国）は、教員の人事任命過程に介入することによって、大学（教育）が持つ危険な要素を排除・抑圧し、もって“好ましい”大学づくりに専念しがちである」という認識があり、「もしかりにこのような状態を許すならば、大学における学問の自由は設置者の認めるかぎりの学問の自由に転落し、大学自治は根底からくずれることになる」¹⁹³⁾という強い懸念が存在してきた。そして、もう一方の端で、教授会に対しては、「学問的専門能力と知的誠実性を正しく評価できる同僚たる教員研究者自身（教授会）」¹⁹⁴⁾というイメージが描かれてきた。そして、わが国における大学の人事自治権は、このような関係性の上に初めて理解できる。つまり、戦前の滝川事

139)23-25 頁を参照。

189) 酒井・前掲注 119)121 頁。

190) 潮木守一『フンボルト理念の終焉?——現代大学の新たな次元』67 頁（東信堂、2008）。

191) アルトホーフがこのように大学人事を差配できた背景には、彼がドイツの学界中に情報収集網を張り巡らし、学者たちの資質や評判に関する情報を入手し、分析していたことがあると指摘されている。潮木・前掲 190)92-95 頁参照。

192) 潮木守一『ドイツの大学』280-281 頁（講談社、1992）参照。

193) 野上修市「大学の自治と外部権力」奥平＝杉原編・前掲注 81)142 頁、151 頁。

194) 高柳＝大浜・前掲注 80)101 頁。

件や天皇機関説事件等を通して大学人事が国家により突き崩されたという歴史が存在し、戦後になり大学がその反省として人事を中心に自治を確立しようとしてきたまさにその産物が、現在の（人事）自治の有り様であると理解するのが正当だと思われる。

しかし、人事自治権の基礎にある関係性は、地殻変動によって修正を余儀なく求められているのかもしれない。まず、国家の立ち位置について、2000年成立の産業技術力強化法を見ておきたい。同法は、産業活動において利用される技術に関する研究及び開発の推進のために、国、大学、企業等が連携することをその理念として掲げる（同法3条1項）。いわゆる「産学官連携」である。ここにおいて国家と大学はもはや単なる対立関係に立つのではなく、一面では協力関係にあることが法令上も謳われている。

他方で、教授会への信頼・期待への揺らぎも見られる。1997年制定の大学の教員等の任期に関する法律は、大学教員の任期制度を導入したが、これに対しては、大学教員の身分保障を脅かし、憲法23条の趣旨に悖るものとして批判が強い¹⁹⁵⁾。すなわち、専ら教授会が同僚教授の任免を決するような権限を有する場合、ある教授が学内派閥の多数派に属しないがために、同僚教授によって恣意的に免職に追い込まれるということもあり得るとの懸念が表出されている¹⁹⁶⁾。留意すべきは、このような見解が、教授会が学問的見地から常に適正な判断を下せるという前提に立っていないということである。

d 検討

大学の自治の法的基礎を学問的コミュニケーションの保障に求める立場からすると、その実質的な担保のためには、コミュニケーションの主体となるメンバーが相応しい者でなければならない。その意味で、人事自治権

は、大学の自治においてやはり重要な内容である。そして、かかる人事を実質的に決定するのは、ある教員の大学における存在が、自らの研究教育に密接に関わりを持つ者たち、すなわち、そのような者らによる同僚団であるべきだと考えられる。

しかし、同僚団若しくは教授会の意思決定とはいえども、常にその正当性が肯定されるわけではない。人事が与える影響に鑑みれば、そこには私利や親族関係等非学問的な動機が働く可能性が潜んでいる。このような教授会の機能不全を理由に、国家や大学設置者等が教授会の意思決定を覆すことには、慎重さが求められるものの、だからといって当然に人事権を教授会に独占させるのも適当ではないように思われる。

e 国立大学の学長選考

教員人事権に関連して、近時話題になっている国立大学の学長選考について言及しておきたい。国立大学法人法によれば、学長の任命は文部科学大臣が行うが（同法12条1項）、その選考は学長選考会議によってなされる（同条2項）。この学長選考会議のメンバーは、教育経営評議会のメンバー、教育評議会のメンバー、学長又は理事から構成される（同条2項及び3項）。問題は、従来の国立大学の慣行とは異なり、学長選考に、経営評議会のメンバーや理事といった非大学人が含まれていることである。これに対しては、多くの国立大学では従来の慣行を尊重し、学長選考会議は、意向投票等を通じて学内者の意向聴取を行っている¹⁹⁷⁾。しかし、既に複数の国立大学で、学内者の意向とは異なる者を学長選考会議が学長として選出するということが起きており、これに対して教員らが文部科学大臣による学長任命処分の取消し等を求めて訴えを提起しているのである¹⁹⁸⁾。

この問題を考えるための先決事項は、国立

195) 米国では、学問の自由（academic freedom）が議論される場合に、デニユアー（終身雇用権）がそれに含まれるとされる（酒井・前掲注25）129頁、139-150頁参照）。しかし、そもそも教員団による自治が制度的に認められていない米国は、わが国と状況が異なると考えるべきである。

196) 阿部泰隆「大学教員任期法の違憲性・政策的不合理性と大学における留意点」法時76巻3号69頁、70頁（2004）、山元・前掲注16）185-186頁参照。

197) 各国立大学での現状については、中富公一「国立大学法人による学長選考と文部科学大臣の学長任命権——高知大学学長任命処分取消訴訟を素材として——」岡山大学法学会雑誌60巻1号35頁、53-56頁（2010）を参照。

198) 山本・前掲注43）37-38頁参照。

大学あるいはその学長の法的・社会的性格である。学長が単に同僚教員たちの首席である、あるいは、専ら研究教育上の責任者であるというならば、そのようなポストを専ら教員の意向に基づいて選考することは自然なことである。しかし、今日、国立大学は、単なる学術研究機関としての使命だけではなく、地域活性化への貢献や地域医療の拠点等それ以外の使命も強く期待されている。また、法人化後は各大学に組織、人事、財務会計面で大幅な裁量が与えられるようになり経営的能力も重要になる中¹⁹⁹⁾、学長はその最高意思決定権者として君臨する。このような状況において、学長の地位は果たして専ら学術的見地から決せられるべきなのかということが考えられなければならない。

仮に、学長選考が、専ら学問的見地からなされるわけではないというならば、学内者たる教授会の意思決定の正当性は低下する。なぜなら、教員は、学問的見地以外の判断については、原則として素人 (laymen) のはずだからである²⁰⁰⁾。いずれにせよ、現実の社会あるいは大学制度に適合した判断が求められる問題である。

(3) 財政自治権

a 大学財政制度について

財政自治権については、学説の多くがこれを大学の自治の構成要素とするが²⁰¹⁾、それらの主張する中身には、ヴァリエーションがある。高柳は財政自治権の必要性について、特に強く主張する。彼は、教育研究費が教育研究者の社会的使命達成を可能ならしめるだけ十分に支給され、その配分・使用について、教育研究者集団の実質的な自主決定の権能が認められなければならないと説き²⁰²⁾、

それにもかかわらず、わが国の財政自治権は皆無に近い状態だと評する²⁰³⁾。そして、このような見解に立つ論者は、大学にそもそも予算編成権が与えられていないことで、財務・文部科学行政による大学財政の統制、財政誘導が進行していることへ強い懸念を表明している²⁰⁴⁾。

たしかに実効的な研究のためには、相応の資金が必要となろう。しかし、詳論は避けるが、財政制度をいかに構築するかは、需要側の論理だけで決まるものではない。財政をいかなるものとして設計するかは、財源の確保やその公正な分配等様々な事情を考慮した上での判断が必要となる。「大学の自治」概念から必然的に特定の制度が導かれるわけではなく、財政制度全体の整合性と併せて議論しなければならない問題である。

b 外部資金への依存増について

大学の財政を巡る問題で、特に注目したいのは、大学予算に占める外部資金の割合が増加していることへの評価である。既に指摘したように、近年の大学予算の配分においては基本的な研究教育費の比率が低下し、公的な研究費の中心が科学研究費補助金等に移行している。さらに法人化後の国立大学については、従前のいわゆる積算校費に基づく大学予算の確定と配分に代えて、業績評価に基づく運営費交付金の配分が行われることになり、裁量的に支出される予算の割合が増加していることが指摘されている²⁰⁵⁾。

このような変化に対しては、研究教育費の傾斜配分を通じて大学の自主性を奪い、その研究教育の内容をコントロールするという手法だとして批判されており²⁰⁶⁾、かかる大学財政政策が、大学の財政的自立・自治の弱体

199) 文部科学省「国立大学法人化後の現状と課題について (中間まとめ)」(2010年7月15日) (http://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/houjin/_icsFiles/afieldfile/2010/07/21/1295896_2.pdf, 2012年7月16日最終閲覧)。

200) 日本の大学人の矜持・自意識として、「研究費ならともかく、自分のお金のことに頭を使っているようではよい研究はできない。研究者たるもの、金銭とは無縁でなければならない」「世のため人のために高尚な研究に従事する者が、株等に手をだすことはばかられる」という思いが近年になっても存在していたという指摘もある(玉井克哉「産学連携と大学のアイデンティティ」応用物理75巻1号63頁, 63-64頁(2006)参照)。

201) 成嶋・前掲注2)182頁。

202) 高柳・前掲注78)109頁。大浜・前掲注24)23-25頁も同旨。

203) 高柳=大浜・前掲注80)103頁。

204) 二宮厚美「大学改革と財政問題」法時72巻12号25頁, 27頁(2000)。

205) 成嶋・前掲注2)182頁。

206) 成嶋・前掲注2)182頁。

化を進めることになるという危惧も表明されている²⁰⁷⁾。

しかし、外部資金の増加は、大学にとって、あるいは学問にとって有害なのであろうか。教授会が学部に配賦された予算を研究者に分配するという典型的な局面を考えてみたい²⁰⁸⁾。たしかに、各大学教員は専門分野において高度な知見を有しているであろうが、学問の専門細分化が進む今日、同僚の専攻分野についてはもはや素人同然ということもあり得る。このことを予算が配分される教員の立場から見ると、自らの研究予算が、「素人」あるいは「準素人」とも言える同僚教員たちの集合的意思決定に依るということである。他方、例えば、科学研究費補助金の分配では、専門分野の近い複数の研究者による審査（ピア・レビュー）が行われることとされている²⁰⁹⁾。すなわち、いわば当該専門分野の「玄人」たちによって予算配分がなされていると言える。ピア・レビューは、学問の自由概念にとって、極めて重要な意義を有するが²¹⁰⁾、このような事情を勘案すると、後者の分配の方がよりの確なピア・レビューを行い得るように思われる。すなわち、優秀な研究者に対する適正な水準の研究費の分配、あるいは国の研究教育予算の適正な分配の観点からは、寧ろ外部資金こそが望ましいとも考えられ、外部資金の相対的増加を一概に否定するのは難しいように思われる。

このような外部資金のアンビヴァレンスについて、高柳は早い時期から問題意識を有していた。すなわち、学外から研究者個人に対

する補助金が直接交付されることにより、「研究者個人の直接的な研究の自由は伸張するが、かれの研究の自由を政治的経済的圧力に対する関係において防護している制度的支えは、内部的亀裂を被る」のであり、「学問研究共同体は、内部的緊張に直面し、克服を迫られることになる」²¹¹⁾と説いていた。そして、高柳は、結論において「大学の自由と研究者個人の自由との関係について、学問研究共同体内部で、真に自由な民主的な討論を重ねて、共通の理解と合意を形成する努力をしなければならない」²¹²⁾として、学問共同体自らがこの問題を解決すべきであると言う。大学の自治に対する外部からの脅威に対して、まずは大学内部で対応を図ることを求めるという意味で、示唆に富む見解である。具体的な方法論としては、外部資金の一元的受け皿設置と適切な分配によって、教員個人の研究教育の実施と大学という組織の維持・向上との調整を図る等の方策を大学教員自らが決すること等が考えられよう。大学における学問的コミュニケーションを確保するために、大学人自らが対応できるならば、まずはそれを実行するということは、まさに自治の観点に照らしても、大学に求められてしかるべきだろう。

なお、ここに現れた問題をより一般化するならば、教授会は、個々の教員を拘束するという点において、大学の自治と学問の自由は緊張関係に立ち得るということである²¹³⁾。この点について、従来学説はあまり議論してこなかったように見えるが²¹⁴⁾、本来かかる

207) 二宮・前掲注 204)27 頁。常本照樹「大学の自治と学問の自由の現代的課題」公法 68 号 1 頁, 11 頁, 15 頁(2006)も参照。

208) 大学の内部関係において、意思決定の実質的主体として、同僚団を觀念することは本文で論じた。学部に配賦された予算を学部の構成員たる大学教員間で分配するという場面では、所属するすべての大学教員はかかる意思決定に利害関係を有することから、そのような者全員が参加する同僚団、すなわち教授会自身が、意思決定の実質的主体となるべきだと考えられる。

209) 独立行政法人日本学術振興会「科学研究費助成事業 審査・評価について」(http://www.jsps.go.jp/j-grants/inaid/01_seido/03_shinsa/index.html, 2012 年 7 月 16 日最終閲覧)参照。

210) See AAUP, *supra* note 28, at 173. 松田・前掲 60)115-116 頁も参照。

211) 高柳・前掲注 78)115 頁。

212) 高柳・前掲注 78)116 頁。

213) 松井・前掲注 185)210 頁。

214) 常本・前掲注 207)8-16 頁は、学問の自由及び大学の自治について、①教員—国の関係、②教員—大学管理機関の関係、③大学—国の関係、④教授会—学長の 4 面関係で分析・検討を行うが、そこでは「教員—教授会」という関係は議論の対象とはされていない。

緊張関係の存在は留意されてしかるべきだろう²¹⁵⁾。

(4) 警察権からの自由

a 判例及び通説

通説は、大学の自治の一内容である施設管理の自治の派生として、警察権からの自由があると理解している²¹⁶⁾。その理由として、学問研究＝真理の探究とは、既成の価値や現在の認識を再検討することによって新しい価値を創造し、自然と社会の法則を発見していく人間の精神活動であって、それが警察権力の監視と統制のもとにあるならば、学問研究活動は到底その十分な発達を見ることができず、また教員・学生相互間の自由な学問的交流が妨げられるということが言われる²¹⁷⁾。

この理は、判例も概ね容認するところであり、ポポロ事件判決は、大学における「真に学問的な研究と発表」のための集会については、警察が立ち入ることが禁じられるという趣旨の判示をしている。さらに、その後の裁判例では、愛知大学事件控訴審判決²¹⁸⁾が、一般論として、「緊急その他已むことを得ない事由ある場合を除き、大学内への警察官の立入りは、裁判官の発する令状による場合は別として、一応大学側の許諾または了解のもとに行うことを原則とすべきである。ここに…警察権行使の大学自治への干渉にわたらない限界を画することができると考えられる」として、大学の自治の保障によって警察権行使が制限される余地を肯定する。また、大阪学芸大学事件控訴審判決²¹⁹⁾も、警察権が制限される程度についてはやや異なる判断をするものの、一般論として大学における警備情報収集の活動が、大学の自治によって制限されることを認めている。

b 疑問

では、果たして大学構内への警察権の立入りを制限する法的説明として「大学の自治」を持ち出すことは適切なのだろうか。ここでは、専ら警備公安活動を念頭に置いて、2つの疑問を提起したい。

第一の疑問は、教員や学生の大学構外での学問的活動の保護をどう考えるかということである。公式・非公式の研究会、学会活動、ゼミナール等が、公共施設や民間施設を利用して、大学構外で行われることが頻繁にあるのは周知のとおりである。しかし、警察権からの自由が「施設管理の自治」の一環として位置づけられるならば、大学の施設管理権が及ばない場所での学問的活動は、少なくとも「大学の自治」によっては保護をされないことになる。そこでは、せいぜい教員や学生が利用している施設の管理権あるいは住居権によってしか保護されるにすぎないだろう。しかし、学問的活動の価値及び要保護性は、それが大学の構内でなされようと、構外でなされようと異なるところはないはずである。このようなアンバランスをいかに説明すればよいのだろうか。

第二の疑問は、学問的活動以外の他の精神的活動は警察権からいかに保護されるのかということである。警察権力の監視と統制によって精神的活動が影響を受けてしまうことを仮に「精神的活動の『脆弱性』」とでも名付けるならば、このような脆弱性はひとえに学問的活動に限られるものではなく、宗教的活動や芸術的活動等他の精神的活動についても妥当するのではないか。つまり、大学構内に警察権力が立ち入ることによって、学問的活動が妨げられるのと同様に、例えば、宗教

215) 蟻川は、教員と教授会との緊張関係の所在に自覚的である点で稀有な存在である。「憲法23条の自由が、何らかの集団的な基盤の上に成り立つ自由なのか、それとも、徹底的に個人の自由とされるべきものなのか、という二者択一は、——それが本当に二者択一であるのかという点も含めて——」「決着をつけられるべき問題として横たわっている」と問題提起を行っている（蟻川恒正「学問・教育の自由」樋口陽一ほか編『新版 憲法判例を読みなおす——下級審判決からのアプローチ』133頁、133-134頁（日本評論社、2011））。

なお、かかる緊張関係が訴訟として現れた事案として、仙台地判平成11年12月22日判時1727号158頁がある。

216) 例えば、芦部・前掲注56)228-232頁。ヨーロッパにおいても大学の自治の一内容として警察権からの自由が説かれるようである。See Van Den Haag, *supra* note 27, at 515.

217) 野上・前掲注193)142頁。

218) 名古屋高判昭和45年8月25日判時609号7頁。

219) 大阪高判昭和41年5月19日下刑集8巻5号686頁。

的祭礼（説法会やミサ等）や芸術イベント（メッセージ性を有するコンサート等）に警察が立ち入ることになれば、そこで行われる宗教的活動や芸術的活動も妨げられるように思われる。

これらの疑問（特に第二の疑問）に対する応答としては、「真の知を目指す哲学の成果は、往々にしてその時々 of 社会の通念や支配的教義の正当性を攻撃するものとなりかね」ず、「支配者や社会の多数派からの迫害・抑圧」の対象となるという、学問の性格が挙げられるかもしれない²²⁰⁾。つまり、他の精神的活動と比較して、学問は迫害・抑圧の対象となることが多いのだから、要保護性が高いと言うのである。しかし、果たしてそのような事実認識は現在において正当性を有するのだろうか。一般に学問が攻撃的かと問われれば、その答えは否だろう。現状の社会通念を所与としてそれを深化させる学問や、既存の支配層が関心を持たない事柄を追求する学問等は十分に想定可能であり、現にそのような学問も少なからず存在する。では、学問以外の精神的活動は攻撃的ではないのか、と問われれば、その答えも否だろう。例えば、宗教的活動や芸術的活動が既存の支配層を批判するものであったり、あるいは支配層から憎まれたりすることは、決して稀ではない²²¹⁾。

つまり、大学の自治を直接の理由に警察権からの自由を議論することは、本来警察権から保護しなければならないと思われる精神的活動の範囲を無用に制限する法律構成となるおそれがあるように思われるのである。

c あり得る法律構成

そこで、「大学の自治」を直接の根拠とすることなしに、大学における警察権からの自由を説明するための2つの法律構成を提示す

る。

(a) 「行政警察活動の限界」構成

警備公安警察活動は、行政警察活動の一つである。行政警察活動は、犯罪の予防や鎮圧を目的とする点において、犯罪の訴追や処罰を目的とする司法警察活動すなわち捜査とは区別される。しかし、行政警察活動が捜査でないことから刑事手続きと何らの関係も持たないということを意味するわけではない。寧ろ、当該活動による証拠の発見や嫌疑の具体化によって、それが刑事手続きへ発展していく可能性があるという点、及びその過程で発見された資料等が、刑事裁判において犯罪を証明するための証拠として利用される可能性があるという点において、刑事手続きとの関連性が認められる場合があるとされている²²²⁾。

かかる行政警察活動については、憲法、法律、行政法の一般原則等による規律が及ぶが、ここで問題とすべきは比例原則である。すなわち、「警察権の行使が、個々の事案において、公共の安全と秩序の維持という目的達成のために必要なものであって、かつ、それによる自由の侵害が目的である利益と均衡を失するものであってはならない」²²³⁾ということである。裁判例においても、行政警察活動として実施された、公道上の電柱に設置したテレビカメラによる監視の違法性が問題となった事件で、裁判所が「当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合であり、あらかじめ証拠保全の手段、方法をとっておく必要性及び緊急性があり、かつ、その撮影、録画が社会通念に照らして相当と認められる方法でもって行われるときには、現に犯罪が行われる時点以前から犯罪の発生が予測される場所を継続的、自動

220) 長谷部恭男「学問の自由と責務——レオ・シュトラウスの『書く技法』に関する覚書——」吉田善明古希『憲法諸相と改憲論』203頁、206頁（敬文堂、2007）参照。

221) 宗教的活動については、警視庁公安部がモスク内でイスラム教徒を監視していたことが明らかになった事件を想起されたい（「時時刻刻 大揺れテロ捜査網」朝日新聞朝刊東京本社版2010年11月3日、2面参照）。

芸術的活動については、例えば、明治期において、自由民権運動の高まりを受け、時の政府が政談演説を禁止したのに民衆が対抗して、「歌を用いた演説」を行ったのが、演歌の発祥であることを指摘しておく（森田哲至『昭和歌謡』成立の系譜と黎明期の展開——日本橋と『昭和歌謡』の関係についての一考察——）日本橋学研究5頁、7頁（2010）。

222) 川出敏裕「行政警察活動と捜査」法教259号73頁、73頁（2002）。

223) 川出・前掲注222)76頁。

的に撮影、録画することも許される」²²⁴⁾と判示したのも、比例原則の適用によるものである。

この比例原則の考えをポポロ事件のような場合に当てはめるなら、警察による立入りが、公共の安全と秩序の維持という目的から必要であり、かつ、立入りに伴って生じる侵害が、それによって得られる利益と均衡を失うものであってはならないということになるだろう。この場合、損害とはプライバシーの権利に類似する、あるいはそれを拡張した意味での「調査されない自由」ということになるだろう²²⁵⁾。特に大学においては、この損害の程度が甚大であるということになれば、余程の事情がない限り、このような警察の立入りは、比例原則に反する違法なものということになるはずである。

このような法律構成によるならば、上記 b で指摘した第一の疑問については、大学外における学問活動であっても比例原則を厳格に適用すれば警察権からの自由を確保できることになる。また、第二の疑問については、学問以外の精神的活動についても、警察の立入りによって阻害されることによる権利・利益の程度が大きいと考えれば、やはり比例原則の適用によって警察権からの自由を実現することが可能である。

(b) 「住居権」構成

いま一つの法律構成は、施設管理権あるいは住居権（以下、併せて単に「住居権」という。）からのアプローチである。大学がプライバシーあるいはそれに類する権利を有すると考えた上で、住居権を有すると考えれば、憲法 35 条 1 項により、警察は、司法警察活動目的か行政警察目的にかかわらず、令状なしに大学構内に立ち入ることはできない。この点、大学における学内集会等は原則として、学外者は自由に参加できない性質のものだと解することができれば、かかる主張

は通りやすいだろう²²⁶⁾。

しかし、仮に大学構内が一般に公開されているものだとしても、なお、警察の立入りを住居権者の意思に反するものと解する余地はある。それは、建造物侵入罪に関する 2 つの最高裁判例で示された住居権に関する判断を基礎とする。まず、平成 19 年判決は²²⁷⁾、刑法学説上、議論されてきた刑法 130 条の建造物侵入罪の「侵入」について、それが管理権者の意思に反するものであれば、立入りの外観が一般人と異なることがなくても違法な侵入に当たることを認めた。そして、それに先立つ昭和 58 年判決²²⁸⁾では、「管理権者が予め立入り拒否の意思を積極的に明示しない場合であっても、該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理権者の態度、立入りの目的等から見て、現に行われた立入り行為を管理権者が容認していないと合理的に判断されるときは」建造物侵入罪に当たると判示していた。これら 2 つの判決は、刑法 130 条の保護法益である住居権の性質について重要な判断を行っており、一般化すれば、「住居権者の意思は、明示されれば当然、明示されなくともその意思が合理的に推認される場合は、その存在を認めることができる。そして、その住居権者の意思に反して建造物に立ち入ることは、違法な『侵入』に当たる」ということができる。これを大学について当てはめれば、大学の明示的又は黙示的な住居権者としての意思に反して警察が大学構内に立ち入れれば、刑法 130 条の構成要件に該当することになるだろう。警察が令状なしに同条に当たる「侵入」を行うことは、憲法 35 条 1 項によって当然に禁じられると解することに問題はないはずである。そして、前提となる大学の住居権者としての意思についても、明示的な表示がなくとも、従来の慣行を前提にすれば「大学の許可または同意のない警察の大学構内への立入りは認めない」という黙示的な意思を

224) 東京高判昭和 63 年 4 月 1 日判時 1278 号 152 頁。

225) 平野龍一「警察官による調査こそ問題——ポポロ判決の問題点」判評 59 号 4 頁、5 頁（1962）参照。

226) 高柳信一「学問の自由と警察権——ポポロ事件最高裁判決をめぐって——」前掲注 11)269 頁、308-313 頁〔初出 1964〕参照。ポポロ事件判決の入江ほか補足意見は、問題となった学生集会が非公開だったと考えるようである。

227) 最決平成 19 年 7 月 2 日刑集 61 卷 5 号 379 頁。

228) 最判昭和 58 年 4 月 8 日刑集 37 卷 3 号 215 頁。

肯定することは可能だと思われる²²⁹⁾。

このような理解からは、警察が、令状も大学の許可・同意もなく、大学構内に立ち入ることは、憲法35条1項により許されないことになる。そして、上記bで示した第一の疑問に対しては、大学外の施設を利用する者は、利用者としての立場に基づく施設管理権の行使として警察の立入りを拒める。また、第二の疑問に関しては、大学以外の施設についても、その管理者が明示的又は黙示的に警察に対して立入り不許の意思表示をすることで、保護が図れると考えることになる。

(c) 両構成の比較

「行政警察活動の限界」構成、「住居権」構成のいずれも、従来の学説が主張するように、大学の同意又は許可なしに大学構内で行政警察活動が行われることは許されない、という結論を導くことは十分に可能である²³⁰⁾。

ただし、前者は、個別の事案ごとの利益衡量に基づく判断であるのに対して、後者は施設管理者である大学の意思を基準に一律の判断を行う点で本質的には異なる。

また、ポポロ事件判決との整合性という点では、前者の構成に関しては、有力な学説が、大学の自治による警察権からの自由を、警察権の限界に関する諸原則として捉えるように²³¹⁾、従来の判例・学説との連続性を認めることができる。他方、後者の構成に関しては、ポポロ事件判決が、「大学構内への立入

り」ではなく、「学生による学内集会への立入り」を問題としたことから見てとれるように²³²⁾、そこに施設管理者の視点は登場しておらず、従来の判例・学説とは若干の距離がある。

d 検討

ここで確認しておきたいのは、いずれの法律構成が妥当かということではない。そうではなく、大学の自治の内容として、「警察権からの自由」を含める必要はないということである²³³⁾。従来の判例で問題となった事案の解決あるいは、学説の主張を導くためには、「大学の自治」という概念に頼る必要はない。寧ろ、警察権からの自由を大学の自治に還元して議論するならば、まさに現在問題となっている、宗教的施設における警備公安活動²³⁴⁾等の新しい事象への対応を難しくしてしまう。

このように考えると、ポポロ事件判決及びそれに続く一連の学生運動関連の判決は、時代特殊的なものだったと評価できるのではないか。一方で、学生紛争の中で、大学の自治を援用する主張が訴訟の場に出され、裁判所はそれに応える必要があったという当事者側の事情があった²³⁵⁾。また、学界及び一部の法曹にとって、戦後憲法下で大学の自治を確立・擁護することは、戦前への反省として重要な課題だったという法律家としての事情もあった²³⁶⁾。ポポロ事件判決及び後続の裁判例は、このような時代背景を汲み取った上で

229) 平野は、ポポロ事件の集会管理者が、警察官の立入りについて錯誤に基づいて瑕疵ある承諾をしたと見て、その違法性を問うことで事案を解決できたという旨を述べている(平野・前掲注225)5頁)。

230) 本文で提示した構成以外に、ポポロ事件判決の入江ほか補足意見が示唆したように「集会の自由」の侵害を問題にするという構成もあり得るかもしれない。ただし、このような意味での集会の自由に関する議論は、その後特に進展していないようである。また、仮に集会の自由を問うにしても、結局は、本文で提示した構成とほぼ同様の議論になるのではないだろうか。

231) 佐藤・前掲注4)512頁。ただし、蟻川・前掲注215)136-137頁は、最高裁判決が、警察による大学立入りによって侵害される利益について考慮しなかった点を強調する。

232) この点を指摘するものとして、広中俊雄「大学の自治と警察の警備情報活動」ジュリ 277号38頁、38-39頁(1963)。

233) 守矢は、「警察権力は、学問の自由に介入してならないのと同じように、思想の自由、表現の自由に介入してはならないはずだから、『大学の自治』は論拠にする必要がそもそもない」と言う(守矢・前掲注7)407頁注65)。

234) 注221)参照。

235) 公表されている裁判例の中で、大学の自治と警察権の問題が取り上げられたのは、岡山大学事件判決(岡山地判昭和50年3月28日判時788号116頁)が最後のものである。

236) 守矢・前掲注7)395頁。なお、ポポロ事件判決の裁判長は、戦前から東京帝国大学教授を務め、戦後まもない1948年に東京大学法学部長に就任した横田喜三郎である。そして、横田は最高裁長官在任中の特に印象に残っ

理解すべきではないか。大学が、自らの自律力ではなく警察力によって紛争を鎮静化させたという経験を経て、かつてのような警察アレルギーが免疫化されたとされる今日において²³⁷⁾、一連の判決の意義については再考が求められよう。

5 まとめと展開

これまでの議論の結果、本稿は、従来の通説的見解との比較では、大学の自治を相対化して考えることとなった。以下では、これまでの議論のまとめと、そこから派生する展開的問題について見ていく。

まず、これまでの議論の小括を行い、到達点を確認する(1)。そして、従来の学説が前提としていた大学像を探るとともに、「大学」概念の広がりについて検討する(2)。ところで、大学の自治の相対化を過度に進めることは、学問の自由の求める価値を危殆化させかねない。そこで、その歯止めとなる司法審査のあり方を考える(3)。その上で、それらを俯瞰して、憲法下における「学問界」の構造について議論する(4)。

(1) 議論の小括

ここまでの議論を整理すると、以下のようになる。

まず、憲法23条が保障する「大学の自治」の趣旨について、絶対的真理は存在しないという学問観を前提にした上で、それでも真理探究に向けた人間の営みを可能ならしめるために、仮説の構築、発表、議論といった学問的コミュニケーションの実現を図ることと捉える。そして、大学とは、多数の研究者を雇用し、学生を受け入れることで、このような学問的コミュニケーションを尊重する組織として設計されたものであるから、そこでは原則として、学問的コミュニケーションが実現されなければならないと考える。

その上で、大学と外部者との関係を考える場合、外部者による介入から大学を保護するのは、あくまで学問的コミュニケーションの

確保との関係から考えられるべきであり、大学性の低い大学や、あるいは学問的コミュニケーションとの関連性が薄い事務については、要保護性は低くなる。そして、ドイツの慣行も参照すれば、国家による大学への監督権行使についても従来、学説上説かれてきたよりも柔軟に考えてよいと思われる。

大学内部に目を転じれば、「教授会自治」の正当性は決して自明ではない。そこで、それに代わる内部自治の正当化根拠として、教授会の実質的な意思決定を「同僚団」が行うという構成を試みた。ただし、いずれにしても教授会の意思決定について、大学設置者との衝突が生じ得る。教学と経営の関係は難しい調整問題を孕むが、少なくとも、教授会の意思及び理事会の意思それぞれについて、それらが尊重される根拠に遡り、その正当性を精査することは必要だろう。なお、同様の調整は、国公立大学においてもなされるべきものであり、また公立大学においては、国立大学よりも寧ろ私立大学とパラレルに考える余地が大きいと思われる。

なお、内部関係及び外部関係を問わず、大学に対してどの程度の自治を認めるかは、問題となる事務の性質にも依るが、従来、大学の自治の中心に据えられてきた人事自治権や、あるいは近年、注目される財政自治権について、単に教授会による意思決定を尊重すればよいのではないということも理解されたと思う。また、かねてより議論の多い、警察権からの自由については、それを大学の自治の問題に含めるのは疑問視されるべきだろう。

以上のような考えの基礎には、大学内の学問的コミュニケーションの保障について最も適切に判断ができるのは、原則としてそこに属する教員団(faculty)であるという推定がある。したがって、学問的コミュニケーションとの関連が強い事項ほど、教員団らによる判断が重視されるし、関連が薄くなる場合には教員以外の者の関与が許容されると考えることになる。その意味で、内部関係も外部関

た裁判としてポポロ事件を挙げていることも指摘しておく(野村二郎『最高裁長官の戦後史』97頁(ビジネス社、1985)参照)。

237) 米田泰邦「判批」判タ298号97頁、102頁(1973)参照。

係も、教員団を中心とするいわば同心円状のものとして観念される。ただし、教員団への信頼が「推定」であるということから明らかなように、それは破られ得るものである。その場合は、もはや「大学の自治」を単純に主張・援用することができなくなり、より実質的な判断が必要になる。

(2) 「大学」の核心と辺縁

a 大学モデル

さて、本稿は結果として、大学の自治概念を相対化することになったが、そもそも戦後の公法学は、大学に強力なあるいは絶対的な自治を認めようとしてきた。このような学説の傾向は、戦前への反省あるいは反動として理解できなくもないが、そこでは、大学に強力かつ絶対的な自治を認めるがために、大学はともすれば理想化され、ときには現実から乖離した姿で措定されてきたことは認識されてしかるべきである。以下、学説がモデルとしてきた大学像の特徴を簡単に指摘しよう。

まず、国立大学で認められる大学の自治を私立大学にも応用するという論法からも明らかなように、大学モデルの第一の特徴は、国立である。日本の大学及び公法学に多大な影響を与えたドイツにおいて、長年に渡って大学は専ら州立であったことが基底にあるのだろう²³⁸⁾。さらに、戦後になり国立大学で自治が承認されるようになると、大方の私立大学では、それがモデルとして準拠され、又は憧憬的となったという事情も指摘されている²³⁹⁾。しかし、戦前の大学史でも紹介したように、大学の設立は私立が先行し、国立がそれに続いたという見方もある。そして、何より、周知のとおり現在のわが国では、私立が大きなプレゼンスを持っているのは確かである。このような状況において従来どおり国立大学を前提に大学の自治論を構築するのが妥当かは、再考の余地があるだろう。

第二の特徴は、あらゆる大学で研究が重視されているという前提である。この点、大学による学位授与の濫発とそれへの反省という歴史を経た米国では²⁴⁰⁾、社会的概念とはいえ、大学の中でも「研究大学」や「修士課程大学」、「学士課程大学」等の分類が意識されている。これに対して、戦後の大学の濫立とレジャーランド化、あるいは国主導で医師・教師の養成を主目的とした医学部・医科大学や教育学部・教育大学の設置が全国各地で進められた歴史を考えたとき、わが国のすべての大学を「研究大学」とみなせるかは疑問なしとしない。

第三は、「学部教授会」は、「個々の教員研究者の学問上のディシプリンを基礎にして、隣接ディシプリンの専攻者という資格で結合する組織体である」²⁴¹⁾という認識である。戦後になると、「文理学部」「教養学部」「学芸学部」等、一つの学問体系を中心とするわけではなく、いろいろな種類の専門家が集まって学部が組織されることも現に起きている²⁴²⁾。このような場では、教員が相互の学問について素人にすぎない場合も出てくるだろう。ただ、このような状況は、学問の細分化が進む今日では、どの学部でも程度の差はあれ、認められるのではないか。「隣接ディシプリンの専攻者」同士だということで、容易には「結合」ができないという、ディシプリン間の「断絶」の問題は無視し得ないように思われる。

以上、学説がモデルとしてきた大学像の特徴を簡単に指摘した。本稿はこのようなモデルから乖離する大学の現状を踏まえて、大学の自治という法概念に修正を施そうとするものとも言える。一方で、そのようなモデルからの乖離にもかかわらず、従来のような絶対的な自治の保障を求めるという論法もあり得るのかもしれない。しかし、その場合は、大

238) ドイツの主な私立大学としては、小規模な教会立大学及び近年設立が進んでいるビジネス系の大学がある(潮木・前掲注 20)96-97 頁参照)。

239) 奥平・前掲注 62)205 頁。

240) 潮木・前掲注 20)159-171 頁参照。

241) 松田・前掲注 60)118 頁。なお、本文に記した説明は、同論考における「教員団(典型的には学部教員団)」の定義である。

242) 伊藤ほか・前掲注 10)33 頁〔伊藤正己発言〕、和田・前掲注 152)11-12 頁が指摘する総合学科目制としての教育学部の状況に関する指摘も参照。

学の現状をどのように認識し、それをいかに理論に組み込むかというプロセスを経なければ、空虚な理論になりかねないことには留意すべきである。

b 大学以外の研究機関

上記の大学モデルとの比較の意味も込め、形式的意味の大学以外の研究機関における自治について検討したい。学説は、自治が認められるのは、大学という名称を有する教育機関に限定する必要はないと説いてきたが²⁴³⁾、具体的な議論がされることは稀である。そこで、本稿で提示した分析視角をもとに、これらの機関における自治について検討したい。

まず、指摘できるのは、これら研究機関は総じて大学性が低いと思われるということである。これらの研究機関の主目的は、一部の例外を除けば²⁴⁴⁾、教育訓練の提供や²⁴⁵⁾、実用的な研究²⁴⁶⁾であり、真理の探究を使命とする機関は少ないようである。本稿の立場からは、そのような機関では、憲法 23 条により学問的コミュニケーションを保障する要請はさほど強くはなく、大学の自律性を基礎づける大学性は低いものと見てよいと考えられる。

また、内部組織については、大学が教授会を基礎として比較的フラットな組織を構成し、研究者の自発性を重視した研究がなされるのに対して、大学以外の研究機関では、組織としての目標が規定され、その実現に向けた研究をヒエラルキッシュな構造で行うことが多い²⁴⁷⁾。このような組織は、そこで学問的コミュニケーションの確保が要求されてい

るのかという点で、その大学性をさらに低下させる要因になりかねないし、大学における教授会と平行な研究者集団をいかに組織すればよいのかという点で、内部自治の正当性について疑念を生じさせる。この点、ドイツのマックス・プランク協会 (Max-Planck-Gesellschaft) が基礎研究の担い手であるにもかかわらず、設置者の権限が強い一方で、最も適切な専門知識を有する部門（すなわち研究者たち）の関与権が弱いことを捉えて、同協会が規範的に学者の自治組織としての性格を持たないと指摘されるのも納得のいくところである²⁴⁸⁾。

さらに、仮に教授会に相当する研究者集団を觀念し得たとしても、設置者との衝突が起きた場合に設置者の意思を制約する根拠が乏しい。つまり、大学にあっては、設置者が建学の精神を主張する場合であっても、大学であるがゆえに教育基本法や学校教育法の規定や精神を尊重する必要がある、一定の歯止めが存在する。しかし、大学以外の研究機関では、このような歯止めは原則として存在せず、設置者の意思が優越することが多くなると考えられる。この理は、国立の研究機関にも妥当する。つまり、国立大学では、設置者が教育者や研究者としての顔を前面に出すことは考えにくいと述べたが、大学以外の国立の研究機関にあっては、設置者たる国がそのような顔を持って研究者集団と対峙することもあながち不当とは言えないだろう²⁴⁹⁾。

このように考えれば、大学以外の研究機関では、例外的な場合を除き²⁵⁰⁾、憲法 23 条

243) 芦部・前掲注 56)203 頁。

244) 例えば、独立行政法人理化学研究所法 3 条を参照。

245) 例えば、防衛省設置法 15 条 1 項 (防衛大学校)、職業能力開発促進法 27 条 1 項 (職業能力開発総合大学) 等を参照。

246) 例えば、独立行政法人産業技術総合研究所法 3 条、独立行政法人原子力開発機構法 4 条等を参照。

247) 例えば、産業技術総合研究所では、研究所の重点化方針や中長期的な方針に沿った研究がなされ (独立行政法人産業総合研究所組織規程 7 条及び 8 条)、各長のもとに研究部門・研究センターが組織された上で (同規程 24 条及び 25 条)、研究統括、副研究統括等を通して、理事長の命を受けてトップダウン型で研究がなされることがとされている (同規程 42 条及び 43 条参照)。

248) 徳本・前掲注 139)86 頁。

249) 神里彩子「科学研究規制をめぐる『学問の自由』の現代的意義と課題」社会技術研究論文集 7 巻 221 頁、214-215 頁 (2010) は、研究に関するわが国の実定法を分析し、国が研究を推進する「アクセル」としての役割を果たすことが法に組み込まれている場合があることを強調する。

250) 例えば、大学共同利用機関法人 (国立大学法人法 2 条 4 項) については、本来大学に付置されてしかるべきであるという性格に鑑みれば、大学同様の自治を認めて差し支えないかもしれない (杉村敏正「国立大学に付

により一般の大学と同様の自治が認められる可能性は低いと思われる。ただし、そのような場合もなお21条による結社として憲法上保護される途があることには留意しておきたい。

(3) 司法審査

大学の自治を絶対的なものとして認めるならば、訴訟において大学の自治が問題となっても、その解決は、大学の自治を援用できる地位にある者が原則として勝つという意味で比較的容易いものになるはずである。しかし、大学の自治を相対的な概念として捉えるならば、訴訟においても難しい判断が要求される。そこで、以下では、大学の自治が問題となり得る訴訟について、いかなる訴訟が可能であり、そこでいかなる調整が必要となるのかを検討したい。紙幅の都合上、すべての論点を網羅することはできないので、以下では、いかなる訴訟が可能か、また各訴訟で立証責任はどのように分配されるべきかという点に絞って検討する。

なお、問題を単純化するため、「国—大学（学長）—教授会—教員」という構造を前提に考える。すなわち、教員が教授会を組織し、教授会の審議が大学の意思決定に反映され、他方で国が大学に対して監督権限を行使するという社会構造である²⁵¹⁾。

a 訴訟形態

(a) 外部関係

想定されるのは、国が大学の行為に介入する場合における国・大学間の訴訟である。私立大学については、このような訴訟を提起することに特段の問題はないが、国立大学の場合、「法律上の争訟」たり得るかが問題となる。国立大学は、長らく国家行政組織法上の施設等機関（同法8条の2）とされてきたこ

ともあり、かかる争いは、権利義務の主体間の紛争ではなく、法律上の争訟たり得ないのではないかという懸念が、国立大学法人法制定後もくすぶっている²⁵²⁾。

これに対しては、「法律上の争訟」には、私人の人権に関する権利の保護のみならず、行政組織における独立性・「距離」の保護も含まれると説いたり²⁵³⁾、あるいは大学内部の構成員の学問の自由が制限されているならば、それを大学が大学自治の保障に依拠して主張できると説明したりすることで²⁵⁴⁾、法律上の争訟に当たると考える学説が有力である。裁判所の態度が明らかでない現時点では決め手を欠くが、少なくとも国立大学の自律性強化を眼目とする法人化後にあっては、国立大学法人に国に対して訴訟を提起する能力を認めることも合理的な判断だと思われる。（なお、以下、このようにして肯定される訴訟類型を、「類型A」と称する。さらに、必要に応じて、私立大学（①）、国立大学（②）、公立大学（③）の場合に分けて、「類型A-①」「類型A-②」「類型A-③」と細分する。）

(b) 内部関係

ドイツでは、大学内部における訴訟を二分して議論がなされる。一つは、同一法主体内部の機関間の紛争で、機関間訴訟（Interorganstreit）である²⁵⁵⁾。大学の代表者としての学長と教授会との争いはこれに当たる。いま一つは、当該機関とその一部（機関の成員）との間で生ずる紛争又は機関の一部同士で生じる紛争で、機関内訴訟（Intraorganstreit）と呼ばれる²⁵⁶⁾。教員と教授会との訴訟はこれに当たる。

前者の具体例としては、大学あるいは学長が、教授会の意思決定に反した作為・不作為を行うときに、それを是正するための訴訟等

置されない『国立大学の共同利用の研究所』の研究職員の身分保障』『憲法と行政法——問われる行政の姿勢』60頁、61-67頁（勁草書房、1972）参照。

251) ここで検討するのは、大学の自治が関係する場面であるから、専ら主観的権利としての学問の自由のみが問題となる場面、すなわち「国—教員」や「大学（学長）—教員」という訴訟類型については検討から外す。ただし、後述するように結果として、「大学—教員」間の訴訟を認めざるを得ないが、これは別問題である。

252) 徳本・前掲注139)31-32頁、塩野・前掲注52)92頁参照。

253) 山本・前掲注102)129頁。

254) 徳本・前掲注139)32-33頁。奥平・前掲注62)205-206頁も参照。

255) 徳本・前掲注139)48頁。

256) 徳本・前掲注139)48頁。

が想定される。このような訴訟追行については、ドイツでは、教授会が訴訟追行の主体となる場合もあると考えられていることを前提に、教授会が大学の部分社团であるという認識のもと、教授会は「学問の自由・大学の自治に裏づけられた法定の固有の権限（権利）を訴訟で争うことができる」と説く見解もある²⁵⁷⁾。ただ、この問題をわが国で考える上では、民事訴訟法 29 条の下、教授会が権限能力なき社团として訴訟能力を有するかという問題を避けて通れない。法律上、教授会が大学内部の一審議機関の性質を有するにすぎないことを考えれば、それ自体社会的に独立の人格を持つものとは考えづらい²⁵⁸⁾。寧ろ、事案の解決としては、教員に学校法人の構成員の性格を認め、彼に学校法人に対し教授会の決議の執行を求める実体的請求権を認めて訴えを提起させる方が、株主代表訴訟との親和性もあり、わが国の民事訴訟になじむように思われる²⁵⁹⁾。つまり、「教授会—大学（学長）」間の訴訟としてではなく、「教員—大学」間の訴訟として構成されることになる。（このような訴訟類型を「類型 B₁」と称する。私立・国立・公立の違いによって、細分する場合があるのは前記同様である。）

他方、教員と教授会との訴訟については、例えば、教授会が教員の学問の自由を侵害するような決定を行うときに、教員がその取消を求めること等が想定される。ただし、このような場面でも、教授会自身が訴訟主体となることは考えづらい以上、教授会の決定を大学の決定とみなした上で、「教員—大学」間の訴訟として構成することになろう。（このような訴訟類型を「類型 B₂」と称する。私立・国立・公立の違いによって、細分する場

合があるのは前記同様である。）

すなわち、大学内部の訴訟については、教授会が訴訟主体となると考えない限りは、原則として類型 B₁ も類型 B₂ も「教員—大学」間の訴訟として追行されることになる。

なお、大学内部の訴訟については、いわゆる「部分社会の法理」が問題となり得る。富山大学単位不認定事件判決²⁶⁰⁾ は、大学が「一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成している」ことを前提に、「一般市民法秩序と直接の関係を有するものではない」事項については、「純然たる大学内部の問題として大学の自律的な判断に委ねられるべきもの」であるとして、司法審査が及ばないと判断した。この判決については、その趣旨に不明瞭さが残り、後の判例も同判決を直接援用することがなく、先例的価値については疑問も呈されているが²⁶¹⁾、最高裁も大学内部（本件の場合は教授会）の措置の適法性について法令や学則等、裁量濫用等の一般原理に照らして判断される可能性を全く否定するものとは言えないと解されている²⁶²⁾。寧ろ、修了認定について司法審査を認めた同日の判決²⁶³⁾ をも整合的に説明するには、大学内部の決定に司法審査が及ぶことは、大学の自治に対する侵害となり得ることを前提にしつつ、大学の行為によって侵害される権利・利益との間で、憲法価値の衡量・調整が図られたと見るべきだろう²⁶⁴⁾。そのように考えれば、教員あるいは教授会が自由の制限を受けている場合は、直接的に憲法 23 条の権利あるいは価値の侵害があると見ることができ、要保護性が高いので²⁶⁵⁾、司法審査が及ぶと考えることは十分に可能である。

257) 徳本・前掲注 139)68 頁。

258) 石川明「学問の自由と学部自治」判タ 438 号 2 頁, 3 頁 (1981) 参照。

259) 石川・前掲注 258)3 頁。

260) 最判昭和 52 年 3 月 15 日民集 31 卷 2 号 234 頁。

261) 渡辺康行「司法権の対象と限界——富山大学事件最高裁判決を読み直す」法教 357 号 17 頁, 19-21 頁 (2010) 参照。

262) 高木光「判批」法協 95 卷 10 号 116 頁, 123 頁 (1978)。

263) 最判昭和 52 年 3 月 15 日民集 31 卷 2 号 280 頁。

264) 中野貞一郎「憲法と民事訴訟」判タ 798 号 49 頁, 50-51 頁 (1993) 及び渡辺・前掲注 261)18 頁参照。

265) 前出富山大学単位不認定事件の原告は、学生であった。学生を「営造物の利用者」と見るポポロ事件判決以来の最高裁の姿勢を前提にすれば、少なくとも大学教員や教授会との比較においては、学生の権利は要保護性が低いことになろう。

b 審査密度及び立証責任

各訴訟類型において、大学の自治をいかに評価すればよいか検討するために、審査密度及び立証責任について簡単なスケッチを示す。なお、ここでいう「立証責任」とは、訴訟法上の厳密な意味でのそれではない。大学の自治あるいは学問の自由といった憲法 23 条の権利や価値が訴訟の中で、(主要事実レベルであれ、間接事実レベルであれ)争点化した場合に、いかに整序するかを決するための準則という意味で用いている。

(a) 外部関係

類型 A の訴訟では、端的に国の行為が大学の自治を侵害しないかが問題となる。従来の学説の理解からすれば、少なくともある国の行為が大学における研究教育に関わるものであるならば、大学の自治を侵害するものとして、およそ適法とされる余地はないと考えられていたのではない。本稿も、学問的コミュニケーションを通じて、真理探究がなされる価値の重要性に鑑み、国の行為について厳格に審査される必要があること自体に異論はない。しかし、常にそのような厳格な審査が必要とされるわけではなく、大学性が低い大学や学問的コミュニケーションとの関連が薄い事務に関しては、大学の自治が保障される趣旨に照らし、審査密度が低くなると考えてよいだろう。その上で、国の行為について比例原則等に照らして、その適否が判断されるべきである。

ただし、ここで審査密度が低くなる事由等、大学の自治に対抗する主張についての立証責任は、憲法 23 条の価値が安易に侵害されないようにするために、国が負担すると考えるべきだろう。そのような意味で、上述のドイツの「親大学行態原則」をわが国においても観念できると思われる。

(b) 内部関係

・私立大学について

類型 B₁-①あるいは類型 B₂-①の訴訟は、基本的には私人間の紛争として生じる。憲法上、私人間効力に関する議論も華々しく展開されているが、実践的には、両当事者間の民

事訴訟において、大学の自治を援用する主張について、その立証責任をいずれの当事者が負担するかが、訴訟の帰趨に影響を与える。

この点について、「個人の学問の自由を保障するために大学がある」と考えれば、教員と大学との関係では、教員の保護を手厚くするために、大学側に立証責任が課されることになろう。一方、「大学の自治が確保されることによって、教員は、(司法を含む)学外者からの脅威に怯えることなく研究教育を行える」と考えるならば、寧ろ教員側に立証責任が課されることになろう。

詳しくは後述するが、私立大学においては、「建学の精神」を尊重する必要があると考えられ、原則として経営は教学に優先し、立証責任は教員側に負担させてよいだろう。すなわち、教員が大学に対して、大学の自治(類型 B₁-①の場合)あるいは学問の自由(類型 B₂-①の場合)の侵害を主張するのに対して、大学側は、それが管理者、教育者あるいは研究者としての権限行使の範囲内だと抗弁する限り、大学側の判断を優先させてよいと考える。ただし、このような大学側の主張に対しては、それが教育基本法や学校教育法等に適合していなかったり、一般私法秩序に照らして容認できないものであったりすることを教員側が立証し、かつ教員側の主張が、憲法 23 条の趣旨に照らして正当なものであることを立証すれば、大学側の抗弁は排斥されてよく、結果として教員側にも勝つ余地はある。このような意味で、私立大学については、類型 B₁-①あるいは類型 B₂-①にかかわらず、教員側の負担が重くなることを認めることになる。

・国立大学について

類型 B₁-②あるいは類型 B₂-②は、行政訴訟(特に当事者訴訟)として提起される。しかし、その構造に着目すれば、寧ろ上記で検討した私立大学における民事訴訟の問題とパラレルに考える方が整合的ではないか。そう解すると訴訟の帰趨を決するのは、審査基準よりも、寧ろ、立証責任を国と教員のいずれが負担するかである²⁶⁶⁾。

266) 米国では、公立大学において学問の自由が訴訟で争われた場合の立証責任について、連邦最高裁を含め、一定の蓄積があるが、論理矛盾を抱えていたり、相互に一貫性を欠いていたりしており、批判にさらされている

まず、国立大学にあつては、私立大学とは異なり、建学の精神が問題となることはほとんどない。寧ろ、純粋な学問的コミュニケーションの確保が私立大学より一層強く求められ、それこそが国立大学の役割とも言える²⁶⁷⁾。そして、そのような判断についての適任者は、大学設置者あるいは教員個人よりも、大学内に学問的コミュニケーションを確立する主体である教員団、すなわち教授会であると考えられる。したがって、立証責任としても、教授会の判断が尊重されるべく組み立てられるべきだろう。

したがって、類型 B₁-②では、大学の自治を理由に教授会の意思を大学内で貫徹しようとする原告教員の側ではなく、それに対する被告大学の側に、大学の自治に関する主張の立証責任を負担させるべきである。つまり、大学側としては、訴訟の争点となっている事項に関して、教授会が判断する能力を欠如していたり、機能不全に陥っていたりする等、教授会の意思が正当性を欠く事情を主張・立証し、寧ろ自らが大学として適切な判断を行えることを立証しなければ、大学の自治を援用する教員の主張を覆せないと考えるべきだろう。

類型 B₂-②は、原告教員が学問の自由の侵害を理由として、教授会の行った意思決定を争う類の訴訟である。この場合、原告教員、被告大学とも憲法 23 条に基づく主張をなすことになるが、学問的判断については、個人たる教員よりも、教員の集団たる教授会の方がより適切な判断を行う蓋然性が高いと考えられるから、類型 B₁-②とは逆に、教授会の

意思を反映する大学側ではなく、教員側に重い立証責任が課せられてしかるべきだと考えられる²⁶⁸⁾。

・公立大学について

類型 B₁-③あるいは類型 B₂-③も行政訴訟として争われるが、やはり立証責任の分担が重要となる。公立大学については、既に述べたように、大学設置者である自治体の「建学の精神」とも呼べる意思を尊重し、基本的には、私立大学とパラレルに考えるのがよいと思われる。したがって、立証責任の負担も類型 B₁-①及び類型 B₂-①と同様に考えてよいだろう。ただし、大学設置者が自治体であることに鑑みれば、「建学の精神」としての自治体の意思は、少なくとも当該自治体・地方に貢献するものあるいは広く万人に貢献するものという制約がかかるので、私立大学以上に制限的に解されることになる。

(4) 「学問界」の構造

a 絶対主義的 autonomy 論と相対主義的 autonomy 論

かつて、田中耕太郎は、司法審査のあり方に関連して、「国家なる社会の中にも種々の社会、例えば公益法人、会社、学校、社交団体、スポーツ団体等が存在し、それぞれの法秩序をもつて」おり、それらの「特殊的法秩序」と「国家法秩序即ち一般的法秩序」との関連をどの程度にするかは、「国家が公共の福祉の立場から決定すべき立法政策上の問題である」という「法秩序の多元性」論を説いた²⁶⁹⁾。同様の議論は、大学の自治についても応用可能であり、上記(3)で検討した司法審査のあり方は、「学問界 (academic world)」

ため、安定した準則が確立された状況には至っていないようである。See Elizabeth Mertz, *The Burden of Proof and Academic Freedom: Protection for Institution or Individual?*, 82 Nw U. L. R. 492, 494-499 (1988).

267) 米国では、公立大学が憲法上の精神的自由規定の制限を受けて、リベラルな教育目的にコミットする義務を負うとされる(松田・前掲注 64)530 頁)。See *id.* at 524.

268) マーツは、米国の判例を分析した上で、連邦最高裁が、大学の学問の自由 (institutional academic freedom) よりも、個人の学問の自由 (individual academic freedom) を優先させているという理解を得た上で (*Id.* at 516), それを反映させた立証責任のルールを提唱する。すなわち、第 1 段階として、原告である教員が、学問の自由が侵害されたことについて、証拠の優越によって一応の立証 (prima facie case) をする。第 2 段階では、立証責任が被告である大学側に移り、被告は自らの動機が潔白であることを明白かつ確信を持つに足る証拠で主張しなければならないとされる。そして、原告は被告の主張が口実にすぎないことを反証で覆せると説く (*Id.* at 536)。

わが国の訴訟形態に合わせて多少の修正は必要となろうが、伝統的な学説が説くように「大学の自治は学問の自由を保障するための制度である」と考えるならば、マーツと同様の議論を行い、国立大学における訴訟について上記のような帰結を導くことはできるだろう。

269) 最大決昭和 28 年 1 月 16 日民集 7 卷 1 号 12 頁における田中少数意見を参照。

のあり方と密接に関連してくる。以下で議論するのは、まさに、学問を巡る「法秩序の多元性」をいかに整序するかという問題である²⁷⁰⁾。

まず、一方の極に、大学における研究が大学外の権力により影響されないように、大学の自律性を強調する見解がある。この立場を徹底すれば、そもそも大学の意思決定に司法審査が及ぶことも、行政や立法による大学への介入と同様に、大学の自律性を揺るがすものとみなされるので、類型B₁や類型B₂の訴訟（とりわけ類型B₁-①や類型B₂-①の訴訟）に司法審査が及び、大学としての意思決定に修正を求められる事態になることは極力避けられるべきだということになる²⁷¹⁾。このような立場を絶対主義的 autonomy 論と呼ぶ。

絶対主義的 autonomy 論が想定する学問界は、建学の精神を色濃く反映した大学が多数存在し、互いに競争しあう、制度多元的な性格を有する。ただし、各大学内部には、原則として司法審査すら及ばないから、必ずしも学問的コミュニケーションの確立が保障されるとは限らない。

他方、絶対主義的 autonomy 論と対置される考えとして、徹底した相対主義的 autonomy 論が存在する。これは、各大学内部において教員の学問の自由が十全に確保されることを前提に、それが他者から侵害されないようにするために、大学の自律性が求められると説くものである。この立場の論者は、司法府に対して、立法府や行政府とは異なり、政治性が薄く、熟慮を重ねる機関であるとして好意的な立場を示し²⁷²⁾、類型B₁や類型B₂の訴訟において、ある程度実質的な司法審査がなされることにも寛容である²⁷³⁾。

そして、徹底した相対主義的 autonomy 論から導かれる学問界は、国公立の別を問わず、各大学内において、大学設置者による研

究教育への干渉が極小化され、真理探究のための学問的コミュニケーションがほぼ完全実現されることになる。他方で、建学の精神を反映した大学の設営は困難となり、最終的には、大学設置者の異同を問わず、すべての大学は同質の存在になるものと観念される。

b 国による大学への干渉の許容性

絶対主義的 autonomy 論は、既述の如く、司法を含む大学外の権力による大学への干渉を防ぐために、大学の自律性を強調する。しかし、かかる意味で自律性を強調することは、当初の目的を危うくしないだろうか。つまり、この立場から導かれる学問界においては、大学内部で学問的コミュニケーションの確立が保障されない結果、大学の真理探究機能が希薄化しかねない。また、社会の中で、多数の大学が並立し、相互に競い合うとしても、その対象は、論理性や証拠に基づく様々な仮説ではなく、あくまで各大学の建学の精神だということになり、やはり社会全体としても、真理探究機能は弱まることになる。このような状況においては、大学、とりわけ私立大学において、国の干渉に対して防御論として主張できるのは、「(大学の) 学問の自由」を基礎とする大学の自律性ではなく、せいぜい「結社の自由」に基づく自律性になる²⁷⁴⁾。したがって、類型A-①（あるいは類型A-③）の訴訟における審査密度は弱まることになるとと思われる²⁷⁵⁾。

これと対比すると、相対主義的 autonomy 論のもとでは、大学内において学問的コミュニケーションが保障され、各大学の大学性は相対的に高くなるので、国による大学への干渉は極力排除されることが求められる。その結果、類型A-①（あるいは類型A-③）の訴訟における審査密度も高くなるだろう。

c 国立大学の意義

私立大学あるいは公立大学が、独自の建学

270) 本文中の議論は、松田・前掲注 64)519 頁以下の議論を基礎とする。

271) See Frederick Schauer, *Is There a Right to Academic Freedom?*, 77 U. COLO. L. REV. 907, 919-921 (2006).

272) Rabban, *supra* note 33, at 286-287.

273) *Id.* at 287-288.

274) 松田・前掲注 64)526 頁参照。

275) このような社会は、たしかに憲法 23 条の価値とは適合的ではないが、必ずしも否定されるべきものではないだろう。つまり、大学設置者である私人が、大学設営を通じて自らの建学の精神を発揮しやすいという意味では、憲法 13 条的な価値がより重視された社会とも評価できるのである。

の精神を設定する自由が一定程度ある状況において、国立大学は、憲法上の精神的自由規定の制限を受けて、リベラルな研究教育目的にコミットする義務を負うと期待するのは理に適っているだろう²⁷⁶⁾。ただし、そのような期待の強度は、いかなる autonomy 論に与するかで差が出てくる。

つまり、絶対主義的 autonomy 論のもとでは、各大学内（特に私立大学内）においても、あるいは大学が並立する学問界全体においても、そこから真理が析出されることへの期待は相対的に低くなることは既に述べた。このような学問界にあっては、完全な学問的コミュニケーションが確立されているという意味でのリベラルな国立大学は特別な地位を有するものとして、その設営が強く期待されることになろう。

一方、徹底した相対主義的 autonomy 論から導かれる学問界では、私立大学や公立大学内部において、既に学問的コミュニケーションが相当程度実現されており、リベラルな存在としての国立大学の特殊性は比較的小さいものとならざるを得ない。したがって、多分に観念的な比較ではあるが、後述する公共財としての国立大学の提供義務との関係では、相対主義的 autonomy 論に立つ方が、政府に要求される適正な国立大学の供給量は相対的に少なくなることになろう。

d 検討

まず、少なくとも現在のわが国で、絶対主義的 autonomy 論は採り得ない見解だと思われる。私立大学等で「建学の精神」が実践されるとしても、そこには教育基本法や学校教育法等の規律が及ぶことは既に述べたとおりである。また、憲法レベルで考えるならば、私立大学とて「大学」であるがゆえに、学内での学問的コミュニケーションの保障に対して一定の尊重が求められると考えるべきだろう。仮に学問的コミュニケーションを完全に無視した意味での「セクト主義的大学」が存

在するならば、憲法的には「大学」と呼ぶに値せず、「大学」としての自律性は否定されると考えるべきである²⁷⁷⁾。つまり、「大学」の定義を実質的に捉えることで、絶対主義的 autonomy 論は否定されることになる。

他方、徹底した相対主義的 autonomy 論も与し難い。この見解のもとでは、大学設置者の建学の精神は極小化されるが、そのような状況は、私立大学や公立大学を設営しようとする者にとって、自らの理念を実現する途は閉ざされることになり、ひいては彼らの大学設営の正当なインセンティブをそぐことになりかねない。わが国の大学制度において私立大学や公立大学が確固たる地位を占める中、それらの存立基盤を危殆化することは避けるべきだと思われる。

そこで、本稿としては、国立大学ではできる限り学問的コミュニケーションを保障しつつ、私立大学や公立大学においては、原則として建学の精神が尊重されるような学問界の構造が適当ではないかと考える。私立大学や公立大学においても、大学であるがゆえに、少なくとも一定程度は学問的コミュニケーションを尊重しなければならないという制約が課されるならば、たとえ結果として教授会の意思よりも建学の精神が尊重されることがあっても、そこでは「ある程度リベラルな学問空間」は実現されていると言える。このような「ある程度リベラルな学問空間」は真理の探究にとって、必ずしも最適組織ではないかもしれないが、重要なことは、このような空間が存在しないよりは、存在している方が望ましいということである。仮に、建学の精神のために、真理探究のための研究教育に多少の非効率性が生じるとしても、長期的に見れば、それが健全な学問界の形成に資すると思われるのである。そして、その一方で、国立大学においては、私立・公立大学では担えない「完全にリベラルな学問空間」の実現が図られるべきだと考えることになる²⁷⁸⁾。

276) 松田・前掲注 64)530 頁。なお、本文中の説明は米国の公立大学（州立大学）についての記述ではあるが、「連邦立大学」のない米国における州立大学の使命は、わが国では国立大学について最も妥当すると考えられるだろう。

277) See J. Peter Byrne, *Academic Freedom: A "Special Concern of the First Amendment"*, 99 YALE L.J. 251, 338 (1989).

278) すべての国立大学が、完全にリベラルな学問空間であるべきか、という点については、後に検討する。本稿 IV 4 (3) 参照。

IV. 現代的課題

1 産学連携と専門職大学院設置

戦後の日本の大学の歴史の中でも指摘したが、近年の大学改革は、大学に対して様々な影響を与えている。紙幅の都合上、それらすべてを論じることはできないので、ここでは産学連携と専門職大学院設置について検討したい。

産学連携が主に理工系の分野を中心として進み、他方、専門職大学院が、法科大学院、会計大学院、教職大学院に代表されるように主に文系の分野で設立されていることを考えると、両者を同時に語るのはやや違和感があるように思われるかもしれない。しかし、この2つの流れは、1990年代の新自由主義改革の影響を受け、財界からの強い要請に応えた大学改革の一環であるという点において、同根なのである。

70年代頃から先進諸国で広がり始めた新自由主義改革の背景には、資本のグローバル化とそれに基づく世界規模での資本間の競争激化があった。グローバル化した資本にとって、世界市場での競争に勝ち抜くために何よりも競争力強化が必要となる。しかし、改革の波に乗り遅れた日本では、新自由主義の改革が本格的に始まるのは90年代になってからであった。そのような中、日本企業の競争力回復のために着目されたのが、一つは先端的科学技術の開発であり、90年代以降財界はいっせいに大学に理工系の充実を要請するようになる。そして、従来から比較的産学協同が進んでいた工学部よりも、その上流に位置する理学部、すなわち基礎的科学技術部門の強化拡充が図られたのである。

また、当時の財界は大学における人材育成についても影響力を発揮した。すなわち、新自由主義改革が進行するにつれ、新たな新自

由主義社会の担い手となる法律家、コンサルタント、ソフトウェアの技術者等エリートを養成する機関としての大学に対する期待が浮上し、それがビジネススクールやロースクール設立の要請となったのである²⁷⁹⁾。

このように、産学連携と専門職大学院設立は、新自由主義改革の中で財界からの強い要請を受けて、大学自身さらには大学と社会との関係を変化させるものであったという点で共通する現象である。そこで、以下、この2つの潮流について、それらが大学あるいは大学の自治にいかなる影響を与えるものか考察する。

2 専門職大学院化について

(1) 経緯

専門職大学院は、科学技術の進展や社会・経済のグローバル化に伴う、社会的・国際的に活躍できる高度専門職業人養成へのニーズの高まりに対応するため、その養成に目的を特化した課程として、2003年に創設された制度である。対象とする分野は、法律、会計、ビジネス・MOT、公共政策、公衆衛生、教育等へ広がりを見せている²⁸⁰⁾。

専門職大学院の特徴は、「研究者教員だけでなく、高度な実務能力を有する実務家教員を一定割合配置」し、「研究中心ではなく、理論と実務を架橋した高度で実践的な教育」を実践し、「研究者ではなく、高度で専門的な職業能力を有する人材を養成」する点にあるとされる²⁸¹⁾。さらに、専門職大学院においては、専門職大学院の教育課程、教員組織その他教育研究活動の状況について、原則として5年以内の期間ごとに、文部科学大臣の認証を受けた認証評価団体から認証評価を受けるものとされる（学校教育法109条3項、学校教育法施行令40条）。

そこで、このような専門職大学院の設置の流れが、大学の自治にいかなる影響を与えて

279) 渡辺治「新自由主義戦略としての司法改革・大学改革」法時72巻12号10頁、11-12頁、18-19頁（2000）参照。

280) 文部科学省専門職大学院室「専門職大学院制度の概要—Professional Graduate School—」1頁（2011年4月）（http://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/senmonshoku/_icsFiles/afieldfile/2011/06/23/1236743_1.pdf, 2012年7月16日最終閲覧）。

281) 文部科学省専門職大学院室・前掲注280)1頁。

るのかについて、ここでは、法科大学院の問題を中心に2点、紹介したい。

(2) 大学への影響

まず、「認証」若しくは大学外部者による評価への懸念が挙げられる。先述のとおり、専門職大学院は、文部科学大臣の認証を受けた認証評価団体による認証評価を受けることとされているが、これ自体、そもそも専門職大学院の自主性の希薄化の契機となるものかもしれない。なぜなら、専門職大学院以外の大学については、大学は教育研究等の状況について自ら点検及び評価をすることができる（学校教育法109条1項参照）ことと比較すれば、第三者機関たる認証評価団体の認証評価が要求される点で教育内容等についての自主性はある程度制限されているとも言えるからである。しかし、このような認証評価団体による認証評価自体については、「大学が、社会に対して一定の説明責任を果たすとともに、各自における教育研究の質の向上を図るため、教育研究に関する評価や調査を受ける必要がある」²⁸²⁾という意見にも見てとれるように、否定的に捉える見解はあまり多く見られない。しかし、それ以外の政府による法科大学院への評価（具体的には総務省による政策評価等）に対しては、法科大学院についても当然に大学の自治が認められることを前提に反対が根強いところである²⁸³⁾。

第二点は、法科大学院における教員の選考について、教授会が具体的人選を決定できないことが、大学の自治を侵害するのではないかという懸念である。「法科大学院への裁判官及び検察官その他の一般職の国家公務員の

派遣に関する法律」は、法科大学院へ派遣される裁判官及び検察官について、派遣の方法や派遣された者の地位等について規定する。それによれば、裁判官や検察官の派遣は法科大学院の要請に基づくものであるが、その具体的人選は、それぞれ最高裁判所及び任命権者としての法務大臣に留保されている（同法3条、4条1項及び3項、国家公務員法55条1項参照）。このような制度が、大学の自治の根本たる教員人事権を侵害するのではないかという憂慮が示されているのである²⁸⁴⁾。

3 産学連携について

(1) 経緯

「産学連携」とは、さしあたり「産業セクターと大学セクターを本格的に架橋し、それによって『学術研究に基礎づけられた産業』を活発化することを目指す諸活動の総称」ということができる²⁸⁵⁾。産業界と大学界との相関関係は、戦前に端を発し、戦後も存続したが、1970年代の学生運動の高まりの中、「大学の自治」の名のもと、かかる関係はタブー視され、両者の関係は非公式なものとなっていった²⁸⁶⁾。そのような関係が再び脚光を浴びるのは、1980年代以降であり、特に産学連携（あるいは「産学官連携」）が進んだのは、90年代に入ってからのことである。この時期に、「産学連携」を目的として、法律、予算、税制等複数の側面から総合的に政策が進められることとなった。法律面では、TLO（Technology Licensing Organization）制度について規定した大学等における技術に関する研究

282) 法科大学院協会「プレスリリース 法曹人口の拡大及び法曹養成制度改革に関する政策評価に対する意見」2項（2011年6月15日）（<http://www.lawschool-jp.info/press/press11.html>、2012年7月16日最終閲覧）。

283) 法科大学院協会・前掲282)2項。法科大学院協会が、総務省による法科大学院の評価に反対する論拠について、真に合理性があるかは疑わしい。同協会は、総務省による政策評価へ反対する一方で、「認証評価機関による第三者評価・適格認定や中央教育審議会大学分科会法科大学院特別委員会による調査においては、大学関係者や法曹関係者によるピアレビューが確保される等、この点に関する制度的・手続的な手当てがなされている」として肯定的に捉えている。しかし、ピア・レビューが「同僚による審査」という意味であるならば、法科大学院にとって、法曹関係者は部外者であり、ピア・レビューの主体にはなりえない。その点で、総務省による政策評価と本質的な違いはないはずである。

284) 参議院法務委員会「第156回国会 参議院法務委員会会議録第8号」〔宮澤節生参考人発言〕（2003年4月23日）。榊原秀訓「法科大学院設置審査手続きにおける問題点」法時76巻3号80頁、81頁（2004）参照。

285) 西村由紀子＝澤田芳郎「日本の産学連携——その背景」玉井＝宮田編・前掲注8)9頁、9頁。

286) 塚原修一「大学と産業社会の相関システム——新しい時代におけるその構築——」国立教育政策研究所紀要135巻11頁、19-20頁（2006）参照。

成果の民間事業者への移転の促進に関する法律（1998年）、「日本版バイ・ドール法」とも言われた産業活力再生特別措置法（1999年）、国立大学教官による企業の研究指導や営利企業の役員兼業を可能にした新事業創出促進法（1999年）等の整備がなされた²⁸⁷⁾。特に注目されるのは、2000年に施行された産業技術力強化法であり、同法6条1項は、大学の責務について「大学は、その活動が産業技術力の強化に資するものであることにかんがみ、人材の育成並びに研究及びその成果の普及に自主的かつ積極的に努めるものとする」と規定する。

なお、一言に産学連携とは言ってもその形態は多様である。主な形態としては、大学と民間企業等の研究者が対等の立場で共同実施する「共同研究」、大学が民間企業等からの委託を受けて実施する「委託（受託）研究」、大学側が有するライセンスを民間企業等へ供与することにより、その対価を得る「ライセンス（実施許諾）」、複数の民間企業等や大学等が研究資金を支出して行う研究組織である「コンソーシアム」、民間企業等による奨学金寄付金によって設置される「寄附研究・寄附講座」、民間企業等に対して大学教員がアドバイスをを行う「コンサルティング」等がある²⁸⁸⁾。

(2) 大学への影響

大学と産業との関係は、本来決して親和的ではない。一般に産業側は、大学を一種の企業とみなした上で、大学を経済原理に導かれ、組織目標に照らして具体的な資源配分が

行われるべきものと捉え、大学そのものを投資の対象にも、マーケットメカニズムによる淘汰の対象にもなると考える。他方、大学側は、学問それ自体は富を生まないという学問観を前提に、大学は学問を維持し発展させるための社会制度であると考えられる傾向がある。産学連携の場面では、この産業側の大学モデルと大学側の大学モデルが衝突する可能性があることが指摘されている²⁸⁹⁾。

大学と産業との間には、かかる緊張関係が存在する以上、伝統的な大学が、部分的とはいえ、産業界の論理を取り込むことは、困難が伴うように思われる²⁹⁰⁾。しかし、一般に産学連携の推進自体は、大学界にも産業界にも比較的好意的に受け止められているようである²⁹¹⁾。ただし、産学連携の現場においては、企業のニーズが大学の研究者の研究内容、方法に意識的にあるいは無意識的に与える影響も増大しているものと推察され、このことが研究教育の内容・方法・対象の自主的決定という大学の自治や学問の自由の根幹を揺るがす可能性を持っていることを考えれば、本来、真剣に討議されるべき筋合いのものである²⁹²⁾。ここでは、2点を指摘しておく。

一点目は、産学連携によって生じる大学教員の研究発表への制限である。2つの側面がある。一つは、大学教員が自ら発見・発明した事柄が企業等との契約により、自由に公表できなくなること、もう一つは、逆に大学教員が公表を望まず、秘匿したい成果についても企業等によって公表が強制されるおそれが

287) 西村＝澤田・前掲注285)12-18頁参照。

288) 西村＝澤田・前掲注285)18-21頁参照。

289) 西村＝澤田・前掲注285)22頁。

290) 大学の論理と産業の論理との併存の難しさを示す具体的なエピソードとして、1885年頃の東京大学理学部と工部大学校との合併時の議論は興味深い。両者とも、現在の東京大学の前身たる組織ではあるが、帝国大学が伝統的な「大学」概念に基づく学理追求を目的とする組織だったのに対し、工部大学校は工部省によって設立された教育機関であり、こちらは実学が中心とされていた。合併に対しては、工部大学校の学生を中心に反対意見が根強く、「そもそも工部大学校の教育法たる、理論と実践とを兼ね教え、其理学は、後実業の基礎となり、企業心の原動力と」なるものであるのに対し、東京大学は、「専ら学術の真理を考究し、寧ろ実業に疎きも、理論の考究を怠らず、理学の研究を第一の眼目とする」ものであり、「東京大学、工部大学校は、同く大学の名称を有するも、其精神の存する所、組織のある所に至りては、全く相同じからず」（現代仮名遣筆者）という批判が展開されていたようである。天野・前掲注39)96-97頁参照。

291) 日本学術会議・学術と社会常置委員会報告「現代社会における学問の自由」5-6頁（2005年6月23日）（<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-19-t1030-16.pdf>, 2012年7月16日最終閲覧）は、本文で言及した緊張関係の存在は認識しているものの、その解決については楽観的に捉えているようである。

292) 常本・前掲注214)15頁参照。

あることである。この問題は、基本的には大学教員の主観的権利としての学問の自由の問題であり²⁹³⁾、本稿の直接の関心事項ではない。しかし、学問の本質を「コミュニケーション」と見る場合、このように研究発表の自由が制約された上でなされる大学教員の営為は、果たして「学問」と呼ぶに値するものか、さらには、そのような営為がなされる現場は「実質的意味の大学」たり得るのかという問題意識は共有されてよいだろう²⁹⁴⁾。

二点目は、「アカデミック・キャピタリズム」をいかに考えるかという問題である。産学連携は、つまるところ大学が連携先の産業とともに市場での競争に参加することである。そして、大学が産業界との連携を深化させるほど、大学が、大学のみに限った論理を展開するのは難しくなる²⁹⁵⁾。そのような状況になると、伝統的なアカデミック・フリーダムと対置される概念としての「アカデミック・キャピタリズム」が大学を支配するようになるという指摘がある。「アカデミック・キャピタリズム」とは、さしあたり、研究補助金、研究契約、サービス契約、産業界や政府との協力、技術移転、授業料等の外部資金を獲得しようとする、大学及び大学教員による市場努力ないし市場類似努力であると定義されるが²⁹⁶⁾、これが伝統的な大学人の行動と異なることは明らかである。そこで、大学人としてこの問題にいかに対処すべきかということが議論されているのである。つまり、「経済社会の規範と学問研究の規範の間にある現在の微妙な均衡を崩し、前者の一方的な優位をもたらす一階梯となりかねない」²⁹⁷⁾という懸念である。このような議論は主に社会学や教育学において、またわが国よりも、

大学と産業との結合が強い米国において、特に活発になされているが²⁹⁸⁾、わが国では、産学連携が始まってまだ日が浅いこともあってか、少なくとも公法学の中ではいまだ目立った議論はなされていないように見受けられる。

4 検討

以上の経緯及び現状を踏まえ、産学連携及び専門職大学院設置の流れが大学及び大学の自治に与える影響を、本稿としていかに考えるかを論じたい。テーマは3つである。すなわち、(1)大学は対外的関係でいかなる存在に変化するのか、(2)大学は内部関係において、いかなる変化が求められるのか、(3)大学が変化する場合に歯止めはあるのか、という問題である。

(1) 大学性の低減

まず指摘すべきは、大学性の低い大学の創出である。専門職大学院や産学連携が進められる大学は、伝統的な学問や大学の基本的姿勢であった「真理の探究」や「リベラルな知」の獲得よりも寧ろ「実用的な知」の取得を求める傾向が強い。このような大学は、憲法が自治を保障することで学問的コミュニケーションを確保しようとしてきた実質的な大学からは距離があるという意味において、大学性が低い大学であると評価できる。

まず、産学連携については、そこで求められる学問が、消費されたリソース量に対して得られた知識が多いという意味での効率的な学問や、短期間に効用を生むという意味での即効性のある学問であるというならば、そこでは、まさに「効率／非効率の技術的ゲーム」

293) この問題に関するドイツにおける議論の状況については、玉井・前掲注 8)131-139 頁を参照。

294) ドイツでは、成果の公表を予定しない産業研究等の研究活動は、学問の自由の保護対象から除外し、保護されるとすれば、その根拠は、学問の自由より保護水準の低い職業活動の自由や財産権等によるとされている（山本・前掲注 97)152 頁）。このような状況を玉井は、『学問の自由』の射程は、皮肉なことに、その本来の担い手たる教員自身の手で、徐々に狭まりつつある」と評する（玉井・前掲注 8)148 頁）。

295) 玉井・前掲注 200)66 頁。

296) S. スローター＝L.L. レスリー（成定薫訳）「アカデミック・キャピタリズム」広島大学高等教育研究開発センター編『COE 研究シリーズ 8 高等教育システムにおけるガバナンスと組織の変容』79 頁，84 頁（2004）参照。

297) 玉井克哉「情報と財産権」ジュリ 1043 号 74 頁，80 頁（1994）。

298) 米国における近時の状況を踏まえた研究として、上山隆大『アカデミック・キャピタリズムを超えて アメリカの大学と科学研究の現在』（NTT 出版，2010）がある。本稿との関係では同書第 2 章及び第 9 章を参照。

が妥当すると言えるかもしれない²⁹⁹⁾。そして、ここで実践される学問はもはや真理を探究するという意味での伝統的な学問とは距離を置くことに気づかされる。

また、専門職大学院については、研究活動よりも、人材養成という教育の契機が重視される組織であることが着目される。法科大学院での法曹養成について、それが「国家的な事業」であり、「公務員養成」であると説かれることがあるのはそのような趣旨であろう³⁰⁰⁾。そして、既に獲得された知の伝承が主目的とされるという意味で、真理の探究を旨とする伝統的な大学の使命とは距離が認められ、大学性の低減が生じていると言えよう。

なお、このように大学が大学性を低下させていること自体は、特に悲観する必要はないように思われる。社会が大学に期待する役割は、時代の流れとともに多様化しつつあり、その中には「リベラルな知」よりも「実用的な知」の創出を求めるというものも含まれるし、大学がそれに応えるのも自然なことに思われる³⁰¹⁾。ただし、そのような場合、大学の自治が要請される根拠が希薄化することは認めざるを得ず、大学が外部関係において、完全には自律性を主張し得なくなる契機になると考えるべきだろう。学外者による介入が許容される範囲は、その目的との兼ね合いで判断されるが、例えば、産学連携の場面では、

資金提供者（国や企業等）が大学教員の行う実験に対して、その効率性や有用性を問いただすことが許容される場合もあろう。また、専門職大学院においては、大学院での教育効果が低いと認められる場合に、国等が当該大学院に対して指導することも、一概に大学の自治を侵害するとは限らないものと思われる³⁰²⁾。

(2) 教授会自治の限界

大学において、学問的コミュニケーションの意義が低下することは、大学内部にも影響を及ぼすはずである。つまり、伝統的な「教授会自治」の存立基盤が揺らぐことになり、大学内部での意思決定過程における教授会のプレゼンスが低下する契機になることが想定される。

まず、専門職大学院では、実務的教育を実施する必要から、教授会自治は一定の制約を受けている。つまり、専門職大学院では、実務家教員を配置することが義務づけられている上に³⁰³⁾、既述の如く法科大学院へ派遣される裁判官や検察官については、大学に選任権はない。さらにかかる実務家教員は、教授会の一員としてあるいはそれ以外の身分として、教育課程の編成その他の組織の運営について責任を果たすこともある³⁰⁴⁾。すなわち、専門職大学院では、実務家の養成という使命を担っているがために、教授会自治が一部修正され、学外者である実務家教員の関与

299) 阪本・前掲注 85)181-182 頁。

300) 上田寛ほか「座談会 どうなる法科大学院構想——その論点と解決策」『法科大学院の基本設計』月刊司法改革臨時増刊 20 頁〔上田寛発言、近江幸治発言〕(2000)。

他方、広渡は、法科大学院が裁判所ないし法務省の下に設置されず、大学に設置されることを捉えて、「教える者の創造的な研究を基礎にした教育を通じて法実務に対して批判的創造的契機を与えることが期待され、そのような点において司法研修所の実務教育とは区別される」と主張し、本文のような見解を批判する（広渡清吾「法曹養成の公共性と法科大学院」法時 72 巻 12 号 43 頁、45 頁 (2000)）。しかし、法科大学院の性格に関する広渡の議論が正当だとしても、そのことから直ちに「国家的な事業」や「公務員養成」としての性格が完全に否定されることにはならないはずである。

301) 法科大学院についてはその予備校化を指摘する見解も根強い。仮にそのような現象が真であるとしても、かかる批判を展開する上では、「大学が社会の要請に反して予備校化していること」を問題視するのか、それとも「大学が社会の要請に応じて予備校化していること」を問題視するのかを区別して議論するべきだろう。両者は、そもそも大学が大学性を低下させている現象に対して、正反対の評価を下すはずである。

302) 多くの論者は、特に断りもなく法科大学院にも大学の自治が保障されることを前提に議論を展開している。法科大学院協会・前掲注 282)、榎原・前掲注 284)81 頁、参議院法務委員会・前掲注 284)〔宮澤節生参考人発言〕参照。

303) 平成 15 年文部科学省告示第 53 号（専門職大学院に関し必要な事項について定める件）2 条 1 項及び 3 項参照。

304) 平成 15 年文部科学省告示第 53 号 1 条 3 項及び 2 条 2 項参照。

が制度上組み込まれているのである。

これに対して、産学連携が問題になる場面では、寄附講座設置により大学に招聘される研究者は、通常は客員教授や客員助教授の身分であり³⁰⁵⁾、教授会の一員となるわけではないので問題は小さいように見える。しかし、問題はより根本的な次元に存在する。つまり、特に、先般の福島第一原発事故以降、大学教員と民間企業との密接な関係が疑問視されるようになったが³⁰⁶⁾、そもそも大学における研究を専ら大学教員のみで（あるいは民間企業による事実上の影響力行使を受けて）決定してよいのかという問いかけが社会から投げかけられている現状がある。

そもそも、科学と市民との関係一般について、科学技術社会論からは、従来、科学は、専門家集団による自己完結的な営みであり、それが生み出す客観的な知識・技術が一般の社会ないし市民に提供され则认为されてきたが、現在では、人々の生活が高度な科学技術によって支えられるものになり、また、科学技術から環境問題や生命倫理の問題、食品安全の問題等の社会的課題が生じるようになり、さらに科学技術の進展のために多額の公金が投入されるようになったことで、科学技術と一般の社会との新たな関係が模索されるようになると説かれている³⁰⁷⁾。このような状況下で法が果たすべき役割について、わが国の議論は未成熟だが、ドイツでは、学問による知識創出の過程、あるいは技術開発の過程において、一定程度、関係利益の均衡を図り、また利害関係者、公衆のために均衡のとれた参加の枠組を用意することを法の役割として考える見解が浸透しているようである³⁰⁸⁾。仮にわが国でもこのような見解を採り、制度として装備する場合には、研究教育

内容を専ら教授若しくは教授会で決定するのが建前となっている現在の大学制度についても見直しが求められることになるのではないか。

(3) 公共財としての国立大学

このような大学の変化に対する歯止めの有無を、大学の「公共財」としての性格から検討したい。「公共財」とは、経済学の用語であり、通常、非排除性あるいは非競合性の少なくとも一方を有する財と定義され、その特徴として、市場メカニズムに任せるとフリーライダーが出現するため、十分な量が供給されないという点が挙げられる。わが国で、この公共財を憲法学上に積極的に位置づけようとするのは長谷部である。彼は、自由な表現空間が公共財であることについて、「表現活動が自由に行われる空間が確保されることで、多様な情報が社会全体に豊かに行き渡ると、それは何が社会全体の利益に資する適切な政策決定であるかを審議し、決定する民主的政治過程の維持にも役立つし、各個人が自分の生き方を考え、決める際のさまざまな選択肢を提供することで、自律的な生の実現にも役立つ」とした上で、国家がかかる公共財を提供すべき義務を負う場合があると説く³⁰⁹⁾。この理は、大学、とりわけ国立大学にも応用可能だと思われる。そこでは差し詰め、国立大学について「学問活動が自由に行われる空間が確保されることで、多様な仮説やアイデアが表出されると、それは学問的コミュニケーションを通して真理探究を確保することにも役立つし、各個人、とりわけ大学教員が自分の研究を発表・議論・検証し、学問研究を実践するのに役立つ」という位置づけがなされ、かつ、私立・公立大学とは異なり、建学者の精神が具現化されない一方、学

305) 西村＝澤田・前掲注 285)20 頁。

306) 桜井林太郎「原爆と原発 2 安全性論議 科学者の沈黙」朝日新聞朝刊東京本社版 2011 年 7 月 23 日、3 面参照。

307) 中山茂樹「科学技術と民主主義——憲法学から見た『市民参加』論——」佐藤幸治選『国民主権と法の支配（上巻）』79 頁、80 頁（成文堂、2008）。

308) 山本・前掲注 97)163 頁。具体策としては、①法益侵害の危険・リスクが大きい研究に対しては、自省のステップが研究プロセスに組み込まれるよう、誘導あるいは義務づけることや、②社会に開かれた形態で公衆、利害関係者、専門家が参加し議論するテクノロジーアセスメントのためのコンセンサス会議の設置等が例示されている（同 164 頁参照）。

309) 長谷部恭男「国家による自由」『憲法の理性』128 頁、136 頁参照（東京大学出版会、2006）。

問的コミュニケーションが完全に確保されているという意味での「完全にリベラルな大学」は、市場メカニズムだけでは十分な量が供給されないと考えられるから、政府は国立大学を設営する義務があると考えることになるだろう。

このように解すれば、「およそ国立大学は、完全にリベラルな空間でなければならない」という命題が成り立つように思えるが、それは正しくない。なぜなら、社会が要請する一定量のリベラルな空間が政府によって提供されるならば、国立大学のすべてが完全にリベラルである必要はないからである。

また、国立大学がリベラルであるべきことを、その公的性格から規範づけるのは困難である³¹⁰⁾。仮に「国立大学は、公的機関だからリベラルであるべきだ」というならば、それは、国立大学が「万人にかかわる＝皆の<common>」という意味で「公的<public>」であるから、国立大学は、<common>であるためにリベラルであるべきだという論法になるだろう。しかし、国公立大学が<public>であるのは、あくまで事実として「国家・政府にかかわる<official>」という意味にすぎず、そこから当然に万人の利益を目指しているとか、万人に開かれているという意味で<common>であるというべき結論は出てこない³¹¹⁾。このことは、例えば、司法研修所は<official>という意味で<public>な機関ではあるが、当然に<common>とは言えないことから明らかである。そして、国立大学が<common>な組織であることが必要でないならば、国立大学が完全にリベラルである必要もないということになる³¹²⁾。

そして、現実の問題として、国立大学を含めて産学連携が進行し、大学外の産業界の影響を受け、大学性の低い大学・学部が増加し

ている現象は、国立大学の一部が既に「完全にリベラルな学問空間」でなくなっていることの具体的現れであると言えよう。あるいは、国立大学に設置された専門職大学院について、専ら実務的な研究教育が重視され、真理を探究する伝統的な学問の基盤が弱体化しているならば、そのことも、「およそ国立大学は、完全にリベラルな空間でなければならない」という命題の一つの反証と位置づけられる。

こうして、時代の要請に従い、一部の国立大学が「完全にリベラルな大学」でなくなるとしても、それでもなお政府がそれとは別に公共財としての「完全にリベラルな大学」を提供している限りは、政府の公共財提供義務は果たされていると見ることができるだろう。それでも、国立大学の公共財としての性格から何らかの制約が存在するならば、それは、学問的コミュニケーションがなされる場としての国立大学を政府が十分に供給しているかという観点から議論することが可能ではないか。しかし、そのためには、数多の学問の目的、体系、広がり、深さ、あるいは研究者の所在、能力、構成、さらには研究設備の要請を始めとする諸般の事情を総合考慮して決する高度に複雑な判断が必要となるだろう³¹³⁾。

V. 結

1 本稿の狙いあるいは成果

大学を「象牙の塔」と形容する者はいまだに多い。しかし、「象牙の塔」が「社会から隔絶・独立した存在」を意味するならば、それはフィクションである。歴史上、大学は常に社会的存在であり、その時々を所与

310) 本文に述べた「公<public>」にかかる議論は、森村進「公権力の民営化」西原編・前掲注(65)81頁、特に91-94頁を参考にした。

311) 森村・前掲注(310)94頁。

312) 仮に国立大学が<common>であるとしても、それは程度問題であり、字義どおり「万人」に関わる必要はない(森村・前掲注(310)93頁)。

313) このような高度で複雑な判断を避けるために、「およそ国公立大学は、完全にリベラルな空間でなければならない」という明確な基準によって解決するという戦法も考えられなくはない。しかし、この立場をとれば、すべての国立大学がリベラルであれば、その供給量が過小であっても政府の公共財提供義務は尽されたということにならないか、という懸念がある。

にして存立し得たのである。本稿は、このような問題意識のもと、まず大学を取り巻く社会に着目した。歴史研究や比較法分析、あるいは実定法分析は、そのような社会イメージの輪郭を際立たせてくれる。また、社会は外部的にだけでなく、大学内にも存在する。従来自覚がされてこなかった、この内部社会の有様も、大学を考察する上で、無視してはならない。

そして、大学に関わる社会の抽出・分析を通じて、初めて「大学の自治」がどのように正当化されるか明らかにできる。さらに、自治を正当化する根拠を見出すことは、従来、「大学の自治」というヴェールの中で当然に憲法上の絶対的保障が及ぶと解されてきた事柄について、その相対化を図ることへと繋がる。

こうして発見された正当化根拠を前提として、初めて大学の自治の構造を獲得することができる。そして、このような思考プロセスによれば、大学に関係する社会のパラダイム・シフトが起きるならば、それに応じて「大学の自治」も修正を迫られ得ると考えるのは当然のこととなる³¹⁴⁾³¹⁵⁾。

以上が、抽象的次元での本稿の狙いであった。その成否はともかく、こうして手に入れた「大学の自治」概念は、従来のそれとは異なるかもしれないが、それはまさに上記のようなプロセスを経たことに伴うものである。かつて藤田宙靖は、「学問の研究・教育という事業を効率的に行うことができる制度のあり方は何か」³¹⁶⁾という問いを発した。本稿は、その問いへの応答である。

2点を付言する。

2 大学及び大学人に対して

今日の大学(形式的意味としてのそれ)が、「実質的意味の大学」から乖離しつつあることは既に議論した。多くの大学及び大学人は、このような乖離についてあまり自覚することなく寧ろそれに加担する一方で、本来、「実質的意味の大学」にこそ認められるべき「大学の自治」を当然視し、擁護に勤しんでいる。

では、このような状況にあって、大学はどうすべきか。ここでは、玉井克哉の議論を紹介したい。彼は、産学連携が大学のアイデンティティーに与えるインパクトを念頭に置きつつ、2つの戦略を提示する³¹⁷⁾。

第一の戦略は、大学が市場におけるプレーヤーだと正面から認めることである。これは、大学が「実質的意味の大学」から乖離する現状を肯定する立場である。この場合、大学は、本質において一般の市民や法人と異なる存在ではなくなる。大学はその公共性等ゆえに制限されている事柄についても、そこからの解放を主張し得る方向へ進むことになる。一方で、大学が、一般の市民や法人よりも手厚い保護を憲法上受ける根拠は希薄化するのであり、「大学の自治」の相対化も許容せざるを得ないはずである。

第二の戦略は、逆に、大学が伝統的に本務としてきた教育と研究こそ最も重要な任務だと再確認することである。換言すれば、「実質的意味の大学」への回帰である。このような大学に対して、伝統的に認められてきた「大学の自治」を保障することは、理に適う。しかし、かかる戦略をとる場合は、大学は「実質的意味の大学」の本旨に悖るような行為については、自省と自制が求められる³¹⁸⁾。

314) この点に関連して、吉見・前掲注 11)240-249 頁が、モビリティの発達、英語という普遍的コミュニケーションツールの普及、情報化の進展による知識の非ハード化等、まさに変化しつつある今日の社会について、中世の大学の基盤となった社会との共通性を見出すのは示唆的である。

315) 伝統的に「弁護士会自治」が認められてきた弁護士会においても、社会情勢の変化は、自治のあり方を見直す契機となっている(今関源成「司法制度改革と弁護士自治」憲法理論研究会編・前掲注 60)127 頁、特に 136-138 頁。ただし、今関は結論としては弁護士会自治の擁護の必要性を説く)。

316) 藤田宙靖「国立大学と独立行政法人制度」ジュリ 1156 号 109 頁、120 頁(1999)。

317) 玉井・前掲注 200)66-67 頁参照。

318) 大学自身が、例えば行動基準の定立等を行い、「良き実践」を確立することは第一歩だろう(山本・前掲注

すべての大学が同じ方向に進む必要はないのであり、いかなる戦略を選択するかは、各大学の判断に委ねられよう。ただし、第一の戦略をとりながら、第二の戦略、すなわち教育と研究への回帰を図ろうとしても、社会はそのような大学の主張を信用も認容もしないことを、大学及び大学人は強く認識しておくべきである³¹⁹⁾。

「大学の自治」は、壮大なテーマであるにもかかわらず、かねてより自明とされ、あまり顧みられないことがない。本稿は、このような現状に対する一つの挑戦を試みたものである。

(ほんごう・たかし)

3 憲法学に対して

本稿は、「大学の自治」概念を相対化することで、結果として、大学は、従来唱えられてきたよりも狭い、あるいは弱い程度の自治を享受するにすぎないという結論に至った。しかし、これは「大学の自治」の価値を軽視するがための議論ではなく、その本質的価値を明らかにして、それを保護せんがための議論である。

大学法人化問題に際しては、憲法学あるいは法律学の内外を問わず、大学人から大学の自治について多様な議論が表出された。しかし、その多くは、既存の大学の自治を所与として、それに対する一切の制約を否定するものだったように思われる。一体、大学の本質に遡っての深い議論がなされたのは、いかほどであったろうか。日本の憲法学に対して、隣接分野から「学問の自由について、経済的・政治的・道徳的な圧力に対抗し得る、明瞭な法解釈論を構築し得ていない」、その背景には、「憲法学が、その『学問の自由』という言説の不明瞭さを支える大学イメージと大学に勤める『大学教授』に対する社会的イメージを言語化することによって直視しようとしなかった」(亀甲括弧内筆者) ことがあるのではないかという痛烈な批判には真摯に耳を傾けるべきだろう³²⁰⁾。

97)152-155 頁参照)。

319) 玉井・前掲注 200)68 頁。

320) 守矢・前掲注 7)404 頁。

論説

施設内処遇に続く社会内処遇の検討

2010年4月入学

山名淳一

I. はじめに

II. 社会内処遇の意義

1 拘禁刑の弊害と処遇の必要性

- (1) 拘禁刑の弊害
- (2) 社会復帰のための処遇の必要性

2 施設内処遇とその限界

- (1) 施設内処遇の内容
- (2) 施設内処遇の意義と限界

3 社会内処遇の意義

- (1) 社会内処遇の意義と必要
- (2) 保護観察制度
- (3) 社会内処遇の枠組み

III. 現行仮釈放制度の問題点

1 現行仮釈放制度とその特色

- (1) 現行仮釈放制度の概観
- (2) 現行仮釈放制度の特色

2 現行仮釈放制度の問題点

- (1) 「改悛の状」要件の厳格な運用
- (2) 非常に短い保護観察期間
- (3) いわゆる「仮釈放のジレンマ」

3 仮釈放の積極運用による解決？

IV. 現行仮釈放制度に代わる、施設内処遇に続く社会内処遇の制度案の検討

1 四つの制度案

- (1) 考試期間主義と残刑猶予主義

- (2) 必要的仮釈放

- (3) 刑の一部執行猶予

- (4) 分割刑

2 筆者の考え

- (1) 保護観察の刑罰化

- (2) 処遇の目標

- (3) 保護観察刑の対象範囲

- (4) 社会安全に対する不安について

3 諸制度案の検討

4 再収容の制裁を置かない保護観察刑の検証

- (1) 再収容の制裁の効果と発動場面

- (2) 代替的手段の検証

- (3) 裁判所侮辱罪の可能性

- (4) 小括

V. 残された検討すべき論点

1 保安処分との関係

2 導入予定の刑の一部執行猶予制度案について

3 保護観察態勢の不十分さ

4 他の社会福祉政策との均衡

VI. おわりに

I. はじめに

「私がぬけ出そうと試みたあの汚辱ははなはだ人を害うものです。徒刑場は囚人を作るものです。少しくこの点を考えていただきたい。徒刑場にはいる前、私は知力の乏しい一個のあわれな田舎者でした、一種の白痴でした。しかるに徒刑場は私を一変さしてしまった。愚鈍であった私は、悪人となった。一個の木偶にすぎなかった私は、危険な人物となった」¹⁾。

ヴィクトル・ユーゴーの名作『レ・ミゼラブル』の中で、主人公ジャン・ヴァルジャンは19年間の徒刑場生活が自らに与えた悪影響をこのように言い表した。彼が徒刑場に入っていたのは1796年から1815年までとされている。当時の徒刑場と今日の刑事施設とでは、その運用は大きく異なるものであろう。しかし、刑事施設での拘禁刑による弊害は現在でも引き続き指摘されており、その内容はジャン・ヴァルジャンが訴えたところのもの、そして『レ・ミゼラブル』の中で描かれるものと、大して変わりはない。

本稿は、拘禁刑による弊害を緩和するために、受刑者を施設内処遇に続けて社会内処遇に付することの必要性を主張するものである。

社会内処遇とは「犯罪者を社会内で自律的な生活を営ませ、その改善更生および円滑な社会復帰を図る制度」である²⁾。社会内処遇に関する基本制度は、保護観察、更生緊急保護、執行猶予、仮釈放の四つである³⁾。本稿

では仮釈放及びそれに伴う保護観察を対象に議論を進める。

以下ではまず、社会内処遇の意義について検討し、施設内処遇に続く社会内処遇の必要性を指摘する。社会内処遇の中身である保護観察制度についても概観する。次に、社会内処遇の枠の一つである仮釈放について、その制度を概観して問題点を確認する。その後、現行仮釈放制度の問題点を解決するための新しい制度案を検討していく。

II. 社会内処遇の意義

1 拘禁刑の弊害と処遇の必要性

(1) 拘禁刑の弊害

刑事施設での拘禁刑は、現在の刑罰の中心に位置する。それは、身体に対し苦痛を与える刑罰でないので残虐性が薄いという人道的側面からの長所⁴⁾、犯罪者を一定期間社会から隔離して国家の管理下に置き無害化することで社会安全に資するという保安的側面からの長所⁵⁾、「閉じ込める」ことによる苦痛（行動の自由の制限という客観的利益の剥奪⁶⁾）が罰としての効果を十分に有しているという応報的側面からの長所等、拘禁刑が様々な長所を有しているからであろう。

しかし、拘禁刑は多くの長所を持つ一方で、多くの弊害も指摘されるところである⁷⁾。拘禁刑の弊害は、受刑者の内的問題と、社会からの外的問題に分けて考えることができる。

受刑者の内的問題としては、社会不適応を

1) 『レ・ミゼラブル』第1部第7編11「シャンマティユーますます驚く」より。ユーゴー（豊島与志雄訳）『レ・ミゼラブル（一）』478頁（岩波文庫、1987）。

2) 大谷實『新版 刑事政策講義』267頁（弘文堂、2009）。

3) 川出敏裕＝金光旭『刑事政策』224頁（成文堂、2012）。恩赦等を含むとする考え方もある。

4) この観点から、鞭打ちや鼻削ぎ等の身体刑は廃止された。また、死刑も世界的に廃止の方向へ進んでおり、廃止国と事実上の廃止国を合わせると140ヶ国が死刑を廃止している。対して、存置国は58ヶ国である。川出＝金・前掲注3)79頁。

5) 拘禁刑の効果として保安機能が認められることは、それが刑罰であることを否定しない。

6) 小池信太郎「量刑理論における罪刑均衡原理と予防的考慮（3・完）——日独における最近の諸見解の検討を中心として——」慶應法学10号21頁、37頁（2008）は、「自由刑において制度上予定されている害悪の本質的内容は、自由という客観的利益の剥奪であって、それに事実上伴う『苦痛』ではない。」とする。

7) 染田恵『犯罪者の社会内処遇の探究——処遇の多様化と修復的司法——』17頁以下（成文堂、2006）、岩井宜子『刑事政策（第5版）』153頁（尚学社、2011）、土井政和「社会復帰のための処遇」菊田幸一＝海渡雄一編『刑務所改革——刑務所システム再構築への指針』69頁、72頁（日本評論社、2007）等。

招くこと、人格の他律化、自尊心の低下、犯罪性の進行等が指摘される。

拘禁刑は受刑者を社会から隔絶する刑であるが、それゆえに受刑者の社会不適応を招く危険が大きい。ここでの社会不適応は、収容中の社会の変化についていけないという物的な意味でもあり、刑務官や他の受刑者との狭く固まった人間関係の中での生活が続くことにより、出所後に社会の中で人間関係を構築することが下手になるという心的な意味でもある。特に物的意味での社会不適応は、発展スピードが著しい現代社会においては大きな問題となるだろう。

絶えず刑務官の監視の下でその指示に従って行動することが義務付けられる刑務所生活は、受刑者の自律性を奪い、他律的な人間を作ることに繋がる。自律性の喪失は自尊心の低下に直結する。

また、刑事施設へ拘禁するだけでは、受刑者の有する問題性向は改善されない。そればかりか、刑事施設では周りの誰もが犯罪者という環境で生活するため、むしろ問題性向が進展することがあると言われている。

社会からの外的問題としては、人間関係の喪失、失業と再就職の困難、「刑務所帰り」という烙印を押されること等が指摘できる。

刑事施設に入ると、それまでの生活環境から切り離されるため、従来の人間関係が失われる。罰金刑と異なり拘禁刑は刑罰を受けていることが誰の目からも明らかであり、また収容中は一般社会との繋がりが強く制限される。そのため、友人知人は徐々に遠ざかっていく。受刑者へ向けられる世間の厳しい目から逃れるために、家族ですら離れていくこともありえよう。

実刑が確定すると、ほとんどの場合に受刑者は職を失う⁸⁾。仕事を失うことは、人間関係の喪失に繋がるうえ、生活基盤を失うことになり社会生活を困難とする。出所後の再就

職も簡単ではない。

なにより最も大きな問題は、「刑務所帰り」という烙印を社会から押されることである⁹⁾。刑期を終えて出所してきた人間に対して社会は厳しい。出所者に好んで近づいてくる人間はいない。それどころか、世間はしばしば積極的に彼らを排除しようとする。出所者に対する社会からの排斥が、人間関係の喪失や失業等の根本原因となっている。そのため、受刑者は出所しても社会の中で孤立する。

以上指摘した内的外的弊害はどれも、受刑者の社会復帰を阻害する要因となっている。物的社会不適応、失業、再就職の困難といった事情は、出所した受刑者が通常の社会生活を営むことを物的側面から妨げる。人間関係の喪失により彼らは他人に助けを求めることもできず、心的社会不適応、人格の他律化、自尊心の低下は受刑者が出所後に新たな人間関係を築くことの障害となる。加えて、社会からの排斥は、彼らをますます孤立させる。これらの事情が相乗して、受刑者の社会復帰を難しくしている。

このような拘禁刑の負の効果を、社会的制裁の一つの表れとして肯定する考え方はあるかもしれないが、筆者は賛成できない。確かに、社会的制裁による「代替的害悪」はわが国の実務及び学説において軽減的な量刑事情として扱われており、社会的制裁が全く否定されるべきものという態度は一般に示されていない¹⁰⁾。しかし、社会的制裁を認めるとしても、一個の犯罪に對しいつまでも制裁を科し続けるというあり方は肯定できない。出所後の受刑者の社会復帰を妨げるという形での社会的制裁は、不当に長期かつ過酷な制裁であり、とても認められないと考える¹¹⁾。

(2) 社会復帰のための処遇の必要性

筆者は、受刑者の社会復帰は促進されるべきであり、そのために拘禁刑の弊害の緩和が目指されるべきであると考えます。そして、弊

8) 一定の刑に処せられることが特定の職業に就くことの制限事由となるという、資格制限の効果を刑罰が持つこともある。例えば弁護士法7条1号等。川出＝金・前掲注3)105頁。

9) 有罪判決により「犯罪者」という烙印を押すことは、それ自体が有罪判決を言い渡し刑罰を科すことの目的の一つであって、弊害とは言えない。しかし、刑期を終えた受刑者に対して、さらに「刑務所帰り」という烙印を押すことまで有罪判決の目的に含まれると考えることには抵抗がある。

10) 小池・前掲注6)39-42頁。

11) 量刑の軽減事由として考慮された程度を超える社会的制裁を肯定する理屈を立てるのは、難しいだろう。

害の緩和は行刑を通じて図られるのが効率的である。しかし、受刑者の社会復帰を促進するための施策を、なぜ国家が行わなければならないのだろうか¹²⁾。

受刑者の社会復帰に重点を置いた処遇を行刑の目標とすることは、自明の理ではない。受刑者処遇については、受刑者の社会復帰を目標に置く立場（「社会復帰モデル」という）と、受刑者の罪に応じた公平な取扱いを重視して処遇を否定する立場（「公正モデル」という）の対立があり、世界的に見てどちらが優勢というわけではない。国連は1955年に「被拘禁者処遇最低基準規則」(Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)を決議し、処遇の目的が社会復帰にあることを表明した。一方、1970年代以降の欧米、特にアメリカでは、社会復帰を目的とした処遇の困難さが指摘され、公正モデルが台頭している¹³⁾。

わが国では、一貫して社会復帰モデルが採られていると言ってよい¹⁴⁾。このことは、

本来犯罪者処遇の基本理念は刑罰の根拠に連動し、「応報刑論——公正モデル」「目的刑論——社会復帰モデル」となるところ、わが国においては応報刑論が支配的であること¹⁵⁾を考えると、少しおかしく感じるかもしれない。とはいえ、刑罰の根拠と犯罪者処遇の基本理念が必ず連動しなければいけないという理由はない¹⁶⁾。

社会復帰モデルと公正モデルのどちらが優れているかについて議論を進めることは、筆者には荷が重いし、本稿の目的でもない¹⁷⁾。ここでは、受刑者の処遇において社会復帰を促進する施策を採ることがどのような観点から要請されるかを指摘して、社会復帰のための処遇の必要性を説明したこととしたい。

社会復帰を促進する施策の必要性については、第一に、再犯防止という刑事政策的要請が考えられる。平成22年に検挙された者のうち再犯者¹⁸⁾の割合は42.7%¹⁹⁾、平成22年に刑事施設へ入所した受刑者のうち再入者²⁰⁾の割合は56.2%²¹⁾であり、再犯の防

12) 土井・前掲注7)75頁は、同じことを「受刑者は、社会的援助を受ける権利を保障されるのであろうか。」という形で問うている。土井教授は、「自由刑としての刑の執行と行刑作用としての処遇を区別すべき」とする自由刑純化論に立ち、刑事施設での作業や指導等の処遇を「受刑者に対する個人的問題解決のための援助」とであると理解したうえで、そのような援助を受刑者が特別に受けられる根拠を問題とする。筆者は、処遇を拘禁刑の一内容と考えるので、土井教授の問いの枠組みには賛同しかねるが、受刑者が処遇を受ける根拠を考えるという点は参考になる。

13) 藤本哲也『刑事政策概論（全訂第6版）』219頁以下（青林書院，2008）。アメリカにおける社会復帰モデルから公正モデルへの転換と、それに伴う刑罰運用の変遷について、簡潔にまとめられている。

14) 川出敏裕「監獄法改正の意義と今後の課題」ジュリ1298号25頁、26頁（2005）、大谷・前掲注2)210頁、藤本・前掲注13)221頁。ダニエル・H・フット「日米比較刑事司法の講義を振り返って」ジュリ1148号165頁、171頁（1999）は、わが国で社会復帰思想が採られていることについて、「改善更生とリハビリテーションの考え方を熱心に取り入れた、〔日本の制度の〕明るい面」〔 〕内筆者）であると評価している。

15) 刑罰の本質に関する現在の通説は、「刑罰の本質は応報としての害悪・苦痛であるが、その目的は犯罪の防止であるという相対的応報刑論」である。西田典之『刑法総論（第2版）』19頁（弘文堂，2010）。一方で、刑罰の目的、正当化根拠を「犯罪予防・抑止の立場から理解」する目的刑論も有力である。山口厚『刑法総論（第2版）』2-3頁（有斐閣，2007）。刑罰理論について、筆者は、個人処罰の正当化として応報刑論を採り、国家が刑罰を科すことの正当化として一般予防論を採る、とする佐伯教授の主張に魅力を感じている。佐伯仁志「刑法の基礎理論」法教283号43頁、45頁（2004）。

16) 小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（1）——日独における最近の諸見解の検討を中心として——」慶應法学6号1頁、71頁（2006）に引用される、「刑罰理論から量刑理論への直接的な変換は排斥される。……ある制度の適用ルールは、その制度の存在根拠と一致する必要はない」というヘルンレの言葉は、犯罪者処遇の基本理念にも当てはまるだろう。

17) 社会復帰モデルと公正モデル（正義モデル）の間に繰り広げられた論争については、瀬川晃『犯罪者の社会内処遇』72頁以下（成文堂，1991）が詳しい。

18) 前に道路交通法違反を除く犯罪により検挙されたことがあり、再び検挙された者をいう。

19) 法務省法務総合研究所編『犯罪白書（平成23年版）——少年・若年犯罪者の実態と再犯防止——』162頁（2012）。同4-6-1-1図も参照（資料①）。資料は本稿の末尾にまとめて掲載した。

20) 刑事施設の入所度数が二度以上の者をいう。

21) 法務省法務総合研究所編・前掲注19)167頁。同4-6-3-1図も参照（資料②）。

止は犯罪件数の減少に直結する。受刑者の社会復帰を促進することは、彼らが再犯に至ることを防止し、もって犯罪件数を減らして安全な社会を作るという刑事政策的要請に合致する²²⁾。

次に、弱者救済という社会福祉的要請がありうる。「刑務所帰り」という烙印を被差別者のスティグマと同視すれば²³⁾、もしくは元受刑者という社会的ハンディキャップを障害者の負う身体的ハンディキャップと同視すれば、受刑者もまた社会的弱者である。そして、福祉国家において、社会的弱者の救済は国家の責務である²⁴⁾。

また、犯罪者への社会的制裁の可及的排除という要請が認められる。これは、法的制裁の純化という理論面からの要請でもあるが²⁵⁾、筆者は、量刑の平等化に向けた効果という実践的側面に、より意義を見出した。すなわち、量刑理論において、拘禁刑による非社会化のリスクは、特別予防的考慮や代替的害悪の考慮を通じて量刑を軽減する事情として考えられている²⁶⁾。これに従えば、非社会化のリスクが大きいと考えられている、定職に就き安定した社会生活を営む者の

量刑軽減事情は、そうでない者に比べてより大きく評価される。しかし、この公式が一般に適用されると、安定した社会生活を送る者に言い渡される量刑が、そうでない者に言い渡される量刑よりも全体的に軽いという、いわゆる「階級司法」と評される結果が導かれることになる²⁷⁾。この結果は、たとえ量刑理論に反しないとしても、一般国民の目には生活安定者に対する優遇と見えるだろうし、非生活安定者に不平等感を与えるものであって、望ましくない。そこで、社会復帰を促進して非社会化のリスクを抑える施策を採ることは、両者の量刑の差を小さくすることに繋がり、理論だけでなく結果としても望ましい量刑状況へと改善することに繋がると考えられる²⁸⁾。

このように様々な観点から、受刑者の社会復帰のための処遇は、刑事政策または社会政策としてその必要性を肯定されるのである。決して、受刑者の利益のために、社会復帰のための処遇が求められるわけではない。

22) 瀬川晃「行刑改革の現在と課題」ジュリ 1414 号 138 頁、144 頁 (2011) は、「再犯の防止こそがわが国の刑事政策の今日的な課題である」と指摘して、受刑者処遇の必要性を示す。また、法務省は、平成 24 年 7 月 20 日に、犯罪対策閣僚会議において「再犯防止に向けた総合対策」を策定し、刑務所出所者の 2 年以内再入率を平成 33 年までに 20% 以上減少させることを目標に再犯対策を推進することを決定した。法務省犯罪対策閣僚会議「再犯防止に向けた総合対策」16 頁 (2012 年 7 月 20 日) (<http://www.moj.go.jp/content/000100471.pdf>, 2012 年 7 月 30 日最終閲覧)。

23) 被差別者に対する社会的排除と、出所者に対する社会的排除を、同じ「社会からの排除」として論じるものとして、炭谷茂「ソーシャル・インクルージョンの課題と展望～私の行政経験と社会的実践活動から考える～」犯罪と非行 159 号 5 頁、13-14 頁 (2009)。

24) 社会復帰思想の「根底にあるものとは、一口にいえば、ヒューマニズム、人権の思想にほかならない。」とする森本益之「受刑者処遇に関する原則規定」法時 53 巻 7 号 82 頁、83 頁 (1981) や、「受刑者の人間としての自己発達権から社会的援助を受ける権利を根拠づける」とする土井・前掲注 7) 76 頁も、弱者救済と類似の発想と言える。ただし、受刑者の権利として社会復帰のための施策を位置付けるこれらの主張は、処遇の強制を否定する立場に由来しており、筆者の立つところではない。弱者救済が国家の責務であるとしても、それは受刑者の権利性を認めるものではない。

25) 土井・前掲注 7) 75 頁は、自由刑純化論の立場から、「国は自由刑執行に必然的に伴う弊害を除去する義務を負って」いるとする。

26) 小池・前掲注 6) 29 頁。量刑の一般理論については後掲注 88) 参照。

27) 例えば、租税犯等の経済犯に対しては、窃盗等の一般の財産犯より広く執行猶予が認められていることが指摘できる。

28) 量刑の不平等感に対して同様に憂慮を示すものとして、小池・前掲注 6) 49-50 頁。ただ、筆者は、そもそも生活安定者と非生活安定者との間で典型的に非社会化のリスクに差があるという評価自体が間違っているのかもしれない、と思わないでもない。つまり、非生活安定者が拘禁刑に科されることによって生活安定状態からさらに遠ざかる不利益は、生活安定者が生活安定状態を失う不利益と、実は変わりはないのではないだろうか。なお、この見解は、非社会化のリスクをあらゆる被告人について一律に軽減されるべきと考える立場ではない。小池・前掲注 6) 31-33 頁参照。

2 施設内処遇とその限界

(1) 施設内処遇の内容

ところで、種々指摘される拘禁刑の弊害に対し、刑事施設は手をこまねいているわけではない。特に、平成18年に監獄法が改正され成立した「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」（以下、「刑事収容施設法」）の下では、施設内処遇の重要性が改めて意識され様々な取り組みが始められている。

a 矯正処遇

刑事収容施設法は、矯正処遇として従来の刑務作業に加え改善指導と教科指導を導入し（同法84条1項）、これを受刑者の義務とした（同法74条2項9号）。

改善指導は、広く受刑者全体に対して実施される「一般改善指導」（同法103条1項）と、特定の問題性傾向を有する受刑者を対象とする「特別改善指導」（同2項）に大別される²⁹⁾。現在、一般改善指導として、被害者感情理解指導や行動適正化指導等が行われており³⁰⁾、特別改善指導として、①薬物依存離脱指導、②暴力団離脱指導、③性犯罪再犯防止指導、④被害者の視点を取り入れた教育、⑤交通安全指導、⑥就労支援指導、の六種類のプログラムが実施されている³¹⁾。

教科指導（同法104条）は、小中学校における教育内容に準じた指導である補修教科指導を中心とし、さらに特別教科指導として高等学校教育などその者の学力に応じた指導が行われる場合もある³²⁾。

また、刑務作業においても社会復帰に向け

た処遇の意識が取り入れられている。「作業は、できる限り、受刑者の勤労意欲を高め、これに職業上有用な知識及び技能を習得させるように実施する」（同法94条1項）とされており、さらに、相当と認められる場合には刑務作業として職業訓練を受けることができる（同法2項）。職業訓練の内容は、例えば理容師や自動車整備士、溶接技能やホームヘルパー等多岐にわたり、非常に多くの受刑者が職業訓練を受けている³³⁾。職業訓練を受けて資格や免許を取得することも可能であり、その数も多く、合格率は一般の受験者に比べて高いと言われている³⁴⁾。

これらの矯正処遇は、受刑者の個性に沿った内容であることが求められる（個別処遇の原則、同法30条）。そのため、受刑者は刑事施設に入所した最初の1か月から2か月の間に処遇調査がなされて処遇要領が決められる（同法84条2項3項）。

そのほか、入所時の指導や、釈放後の社会生活において必要となる知識の付与等を目的とした釈放前指導が義務付けられている（同法85条1項各号）。

b 行刑の社会化

行刑の閉鎖性、密行性を緩和するという意味で行刑の社会化が主張される中、刑事収容施設法は行刑の社会化に関連した規定をいくつか置いている³⁵⁾。

例えば、施設の拘禁度を緩和した開放的処遇が明文で認められた（同法88条）。開放的処遇は、交通刑務所で主に実施されているほか、一般の刑事施設においても開放的処遇に適すると認められる受刑者や仮釈放前の受刑者に限って実施されている³⁶⁾。

29) 瀬川・前掲注22)139頁。

30) 法務省矯正局「矯正の現状」曹時63巻11号2689頁、2743頁（2011）。

31) 法務省矯正局・前掲注30)2743-2744頁。

32) 法務省矯正局・前掲注30)2744頁。

33) 平成22年度に職業訓練を修了した受刑者は合計で11,885人に及ぶ。法務省矯正局・前掲注30)2740頁第24表（資料③）。なお、平成22年の受刑者の刑事施設1日平均収容人員（収容延人員を年間日数で除した人員）は64,998人である。同2719頁第10表。

34) 平成22年度の資格又は免許の取得者は5,919人であり、合格率は87.1%に至る。法務省矯正局・前掲注30)2742-2743頁第26表（資料④）。

35) 川出・前掲注14)26頁。川出・前掲注14)は、2005年に成立した「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律」について言及したものであるが、行刑の社会化の趣旨に関して、同法と刑事収容施設法とで異なることはないことから、ここで引用している。

36) 法務省矯正局・前掲注30)2731頁。

また、受刑者と外部社会との繋がりを維持するための方策として、外出・外泊制度を創設し（同法 106 条）、外部通勤制度（同法 96 条）を設けている³⁷⁾。外出・外泊制度の実施例としては、企業の採用面接に参加するための外泊、ハローワークへの就職相談のための外出、保護司宅や更生保護施設を訪問するための外出等がある³⁸⁾。外部通勤制度は、現在は奈良少年刑務所等一部の刑事施設で実施されている³⁹⁾。外部通勤ではないが、職員の下、刑事施設外の事業所で刑務作業を行う構外作業も実施されている。

(2) 施設内処遇の意義と限界

ここまで見てきた施設内処遇は、受刑者がもともと有していた問題性向や受刑者に生じる拘禁刑の弊害を緩和するために、大きな役割を果たしている。一般及び特別改善指導は受刑者の犯罪性向を改善するために行われる。教科指導や職業訓練、就労支援は、社会で生きていく力を受刑者に身につけさせ、出所後の社会生活を手助けする。特に職業訓練は出所後の就職に大いに役立つだろう。開放的処遇は受刑者の自律性を高め、外出・外泊制度や外部通勤制度等は受刑者と外部社会の繋がりを持たせることで社会適応力を維持させることに寄与する。

しかし、施設内処遇はそれだけでは拘禁刑の弊害の緩和として不十分である。その不十分性は、二つの点から指摘できる。

一つは、拘禁刑であることからくる限界である。行刑の社会化が主張され開放的処遇や外出・外泊制度等が導入されたが、これらは拘禁刑の趣旨に反して実施されるわけにはい

かない。すなわち、行動の自由という客観的利益の剥奪が受刑者に対し十分に生じない状況は、応報的效果が不十分であるから、拘禁刑の執行として認められないのである。受刑者を社会から隔絶することは、拘禁刑の弊害を生む要素である一方で、それがまさにこの刑罰の中心的内容であることを忘れてはならない⁴⁰⁾。実際、外出・外泊はごく例外的にしか許可されておらず、外部通勤や開放的処遇も一部でしか行われていない。

もう一つは、施設内での強制処遇が対応できるのは受刑者の内的問題に限られるという点である。施設内処遇は受刑者の社会適応性や自律性を養い、問題性向を改善することに一定の効果を期待できる。しかし、社会からの外的問題、特に社会からの排斥という最も大きな課題に対しては、施設内処遇は有効な手段となれていない。刑事施設で改善指導等の処遇を受けていることは、社会の受刑者に対するイメージを少しばかり良くするかもしれないが、それだけでは刑務所帰りという烙印を消すことはできない。社会からの外的問題を解決するためには、受刑者の内的問題を解決するだけでは足りず、それを社会へと、具体的にはコミュニケーションをとる中で自分の周囲の人々へと見せることが必要である。そしてそれは、刑事施設の中には行うことができない。ここに、施設内処遇では代替できない、社会の中で処遇を行うことの必要性が認められるのである。

37) 川出＝金・前掲注 3)176-177 頁。

38) 法務省矯正局・前掲注 30)2732 頁。

39) 法務省矯正局・前掲注 30)2738 頁。

40) 裁判所が拘禁刑を科したということは、それだけ大きな行為責任が当該受刑者に認められると判断したということである。行刑は、受刑者の行為責任に対する裁判所の判断を尊重してなされるべきであり、それをないがしろにするような刑の執行をしてはならない。責任主義は量刑だけでなく行刑にもかかってくる原理であると考えられる。「行為責任や犯情の程度といった観点は、刑の執行段階においても重要な観点であり続けるという印象を持っている」と指摘する、山口厚ほか「現代刑事法研究会〔第 5 回〕制裁の多様化」ジュリ 1403 号 123 頁、136 頁〔橋爪隆発言〕(2010) 参照。一方、同 136 頁〔岡上雅美発言〕は、自由刑の執行自体が既に応報の観点であることから、「具体的な執行方法をどうするのかということについて、応報刑という理念が出てくると、どのようなことになるのかは逆に疑問です。」と、行刑の執行に応報の観点を入れることに反対する。なお、責任主義は、行為責任を超える刑罰は認められないという刑の上回りのみを否定する原理ではなく、行為責任に対応した刑罰が応報の観点から要求されるという刑の下回りのみを否定する原理として理解されるべきであろう。小池・前掲注 6)47-51 頁。

3 社会内処遇の意義

(1) 社会内処遇の意義と必要

Ⅱ 2(2)において、施設内処遇だけでは拘禁刑の弊害のうち社会からの外的問題は解決できないとした。では、社会内処遇であればそれが解決できるのか。そもそも、外的問題のうち最も根本的な問題である、刑務所帰りという烙印による社会からの排斥は、どうすれば解決できるのだろうか。

刑務所帰りという烙印を社会に押させないという手段も考えられるが、これは現実的ではないだろう。刑務所帰りという烙印とはすなわち、受刑者に対する負のイメージの総体である。そこには犯罪を犯したことへの軽蔑があれば、犯罪を犯しかねない人という恐怖心、不安感がある。このような負のイメージを一般国民が受刑者に対して持つことは、もちろんないことが望ましいことは間違いないが、しかし仕方がないことではないだろうか。人は弱い。不確定要素や危険を周りにから排除しようとするのは致し方なく、それを倫理的主張で覆すことには限界がある⁴¹⁾。

筆者は、負のイメージを持たれるのは甘受したうえで、自らの行動でもってそれを一つずつ解消していくことが烙印を消す近道であると考えている。そして、ここに社会内処遇の意義と必要を認めるものである。

受刑者に対する恐怖心、不安感は、その受刑者に接して危険性がないことを確認してもらわなければ解消できない。社会の中で保護

観察に付することは、人々が個々の受刑者に接するハードルを下げることに資する。国による一定の監視下にあることが、その受刑者に対する恐怖心、不安感を担保する役割を果たす。

また、犯罪を犯したことに対する軽蔑を解消するためには、償いの姿勢を見せることが重要である。刑事施設の中での反省は世間に見えない。社会の中で反省と償いを表すことが必要となる。

このように、社会からの排斥を解消するために最も有効な手段であることが、社会内処遇の主たる意義である。さらに、社会内処遇には他にもメリットが認められる。

まず、施設内処遇よりも効果的な改善指導が行えるという利点が指摘できる。施設内での改善指導が教室での講義だとしたら、社会の中での改善指導はその実践である。刑事施設で学んだことを単なる知識で終わらせないために、社会へ出た後も継続して改善指導を受けさせるべきであって、そのために社会内処遇は有用である⁴²⁾。

また、社会内処遇を促進することが刑事施設の過剰収容対策となることは無視できない⁴³⁾。施設内処遇のコストを削減することを効果として指摘する考え方もありうる⁴⁴⁾。

以上、社会内処遇の意義と必要を説明してきたが、これは施設内処遇の意義と必要を減退させるものではないという点は注意しておく。社会内処遇は社会と受刑者の接点を作ることで社会の持つ受刑者一般への負のイメージを個別的に解消することに意義が認められ

41) このことは、悪意をもって受刑者を社会から排除することを肯定するものではない。受刑者に対して必然的に抱く負のイメージと、そこから生じる生理的な忌避行為は仕方がないことと受け入れるが、悪意に基づく積極的な排除行為はそれとは全く異なるものである。

42) 特に薬物犯罪では、「再犯を防止するためには、薬物を手に入れようと思えば手に入れられる状況において、その誘惑に打ち勝って薬物を使用しない状態を継続できるようにすることが必要であり、その点からは、物理的に薬物との接触が断たれた施設内ではなく、社会内での処遇が重要な意味を持つ」。川出＝金・前掲注 3)388 頁。

43) 社会内処遇の推進が目指されるとき、その背景には刑事施設の過剰収容問題があることが多い。瀬川・前掲注 17)148 頁は、1967 年にパロールを導入したイギリスにおいて、「パロールの隠された目的のうちで最も主要なものは、過剰拘禁を背景として刑務所人口の顕著な減少を目指したものであるということである。」と指摘する。1970 年代に社会復帰モデルを捨てたアメリカにおいても、過剰拘禁を解消するために施設での監視から社会における監視への転換が求められ、電子監視や在宅拘禁といった新しい社会内処遇の方策が導入された。藤本・前掲注 13)225 頁。わが国でも、後述するように、社会内処遇が議論された場合は「被収容人員適正化方策に関する部会」であって、社会内処遇拡充の目的の一つに過剰収容の解消があることは明らかである。

44) ただし、実効的な社会内処遇を実施するためにはそれなりのコストが予想され、施設内処遇と比べて割安と言えるかは難しいところであろう。

るが、そのためには施設内処遇によってその受刑者の内的な問題が解決されていることが前提となっている。受刑者個人の問題が解決されないままに社会との接点を作ったとしても、その受刑者への負のイメージが解消されないばかりか、逆に負のイメージの定着強化がなされる場合もあろう。大切なことは、適切な施設内処遇と適切な社会内処遇の組み合わせであり、両者の連携である。どちらか一方で足りるというわけではない。

(2) 保護観察制度

社会内処遇の意義と必要を確認したところで、社会内処遇の中身である保護観察制度について簡単に見ておこう。

保護観察制度は、現在は平成 19 年に成立した更生保護法によって定められている⁴⁵⁾。

更生保護法は 1 条において、「犯罪をした者及び非行のある少年に対し、社会内において適切な処遇を行うことにより、再び犯罪をすることを防ぎ、又はその非行をなくし、これらの者が善良な社会の一員として自立し、改善更生することを助ける」と法律の目的を明らかにする。保護観察中の再犯は改善更生の致命的な障害となるので、対象者にとって改善更生のための再犯防止が重要となる⁴⁶⁾。また、更生保護制度は対象者の改善更生による再犯の防止を目的とするものである⁴⁷⁾。すなわち、対象者個人にとっては改善更生のための再犯防止、政策上の制度目的としては対象者の改善更生を通じた再犯防止が求められており、そのため法は対象者の改善更生と並んで再犯防止を目的として明記している。

保護観察の実施者は主に、一般職国家公務員である保護観察官及び民間のボランティアである保護司である（同法 31 条、32 条）。

彼らが対象者に対し指導監督及び補導援護を行うことにより、保護観察は実施される（同法 61 条）。

指導監督は、対象者が遵守事項等を守るように指導し取り締まることである。その手段として、①面接等によって対象者との接触を保ち、その行状を把握すること、②対象者が遵守事項を遵守し、生活行動指針に即して生活し行動するように、必要な指示その他の措置をとること、③特定の犯罪的傾向を改善するための専門的処遇を実施すること、が定められている（同法 57 条 1 項）。「指導監督は対象者への心理的強制の性質を有する権力的なものである点に特色がある」⁴⁸⁾。一方、補導援護は、対象者が自立した生活を営むために行われる支援である（同法 58 条）。その方法は、宿泊場所の援助、生活環境の調整等、多岐にわたる。補導援助は「非権力的・福祉的な性質を有する点に特色がある」⁴⁹⁾。

対象者の遵守事項は、一般遵守事項と特別遵守事項に分かれる。

一般遵守事項とは対象者の誰もが義務付けられる事項で、健全な生活態度を保持することという生活上の規範のほか、保護観察官や保護司との面接義務など保護観察を受ける者にとっての当然の義務が定められている（同法 50 条）。面接義務等により、保護観察官や保護司が対象者の生活実態を把握することが容易になる。

特別遵守事項は対象者の個性に従って、法に決められた類型に沿って特に必要と認められる範囲で具体的に課される遵守事項である（同法 51 条）。特に、特定の犯罪性向を改善するための処遇を受けることが特別遵守事項として対象者に義務付けられることは重要で

45) 更生保護法成立の経緯について、吉田雅之「更生保護法成立の経過」ひろば 60 巻 8 号 12 頁（2007）。また、旧法（犯罪者予防更生法及び執行猶予者保護観察法）と比較した更生保護法の特徴について、小新井友厚「更生保護法の概要」ひろば 60 巻 8 号 20 頁（2007）。なお、更生保護法の下で保護観察の対象となるのは、①保護観察処分少年、②少年院仮退院者、③仮釈放者、④保護観察付執行猶予者である（同法 48 条）。

46) 「保護観察においては、改善更生の結果として再犯・再非行が防止されることを待つだけでなく、その過程でも常に再犯・再非行の防止を図らなければならない」。藤本哲也「更生保護法成立の意義」ひろば 60 巻 8 号 4 頁、6 頁（2007）。

47) 川出＝金・前掲注 3)249 頁、川出敏裕「更生保護改革への期待——更生保護法制定の意義と今後の課題——」犯罪と非行 154 号 5 頁、9-10 頁（2007）。

48) 大谷・前掲注 2)290 頁。

49) 大谷・前掲注 2)290 頁。

あり（同条2項4号）、現在は、①性犯罪者処遇プログラム、②覚せい剤事犯者処遇プログラム、③暴力防止プログラム、④飲酒運転防止プログラム、の四種類の専門的処遇プログラムが実施されている⁵⁰⁾。

以上の遵守事項に違反すれば、執行猶予や仮釈放の取消事由（裁量取消）となる（刑法26条の2第2号、29条1項4号）。執行猶予や仮釈放の取消しによる刑事施設への（再）収容の処分を不良措置という。更生保護法において特別遵守事項の設定に類型性、具体性が要求されることになったが（同法52条2項）、これによって、遵守事項違反の判断を明確にして適切な不良措置の実施を促し、もって指導監督がより実効性を持つこと、また再犯防止に資することが期待されている⁵¹⁾。

更生保護法下での保護観察制度はまだ始まったばかりであるから、本稿ではその内容の評価には立ち入らない。保護観察官の増員や社会奉仕活動など新たな処遇方法の導入⁵²⁾、専門的処遇プログラムの更なる充実等、対応すべき課題は少なくないが、ひとまずは現在の制度の適切な運用を目指すべきであろう。

(3) 社会内処遇の枠組み

ここまで、社会内処遇の意義と必要を確認し、その具体的中身である保護観察制度を概観した。では、どのような枠組みで受刑者は社会内処遇に付されるべきか。

一つに、拘禁刑を避けて初めから社会内処遇でもって受刑者に対応する枠組みが考えら

れる。これに適するのは、拘禁刑を科すべき要請や施設内処遇を受ける必要が、その弊害よりも小さい受刑者である。犯罪が軽微で応報要請が強くない場合や、犯罪性向が進んでおらず改善指導を受けずとも内的問題が解決されていると見込まれる場合には、拘禁刑を科すべきでない。保護観察付（全部）執行猶予がこの枠組みに該当する⁵³⁾。

もう一つは、拘禁刑を科すべき要請が強く避けることができない場合に、拘禁刑による弊害を緩和するため、施設内処遇に続いて社会内処遇に付すという枠組みが考えられる。現行制度では仮釈放がこれに当たる。

ここからは、施設内処遇に続く社会内処遇の枠組みとして、最も効果的な形はどのようなものであるか、探求していく。まず、Ⅲにおいて現行仮釈放制度の問題点を確認する。そしてⅣにおいて、その問題点を解決するための新たな枠組みを提示することを目指す。

Ⅲ. 現行仮釈放制度の問題点

1 現行仮釈放制度とその特色

(1) 現行仮釈放制度の概観

仮釈放とは、拘禁刑の満了前に、受刑者を一定の条件を付して刑事施設から仮に釈放することをいう。

仮釈放の要件は、①「改悛の状」、②有期刑なら刑期の3分の1、無期刑なら10年を経過していること、③行政官庁の決定、の三点である（刑法28条）。

50) 法務省保護局「更生保護の現状——平成21年度、22年度の統計を中心として——」曹時63巻6号1295頁、1317頁（2011）。また、しょく罪指導プログラムが同法57条1項2号の「必要な指示その他の措置」として実施されている。岡田和也「保護観察の充実強化——保護観察対象者の改善更生と再犯防止の実現」ひろば60巻8号28頁、36頁注16（2007）。各プログラムの具体的内容については、辻裕子「社会内処遇における専門的処遇プログラムの現状と課題」犯罪と非行165号70頁（2010）参照。

51) 更生保護のあり方を考える有識者会議「更生保護制度改革の提言——安全・安心の国づくり、地域づくりを目指して——」16頁（2006年6月27日）（<http://www.moj.go.jp/content/000010041.pdf>、2012年7月30日最終閲覧）。

52) 社会奉仕活動をわが国で導入する場合、特別遵守事項の一つとする案が一般的であるように思う。社会奉仕活動については、今井猛嘉「犯罪者に社会奉仕を義務付ける制度について」ジュリ1353号108頁（2008）等。

53) この点、小池信太郎「量刑理論からみた刑の執行猶予」刑法雑誌52巻2号掲載予定が、量刑理論に基づいた刑の（全部）執行猶予の選択基準として、「刑事責任の程度、及び、猶予期間の無事経過により示されるであろう再犯の恐れの小ささ・社会内更生の見込みを考慮したときに、判決の宣告及び猶予期間中の心理的負担を内容とする実質的制裁で済ませることが相当であること」という第1基準、及び「猶予に伴う特別予防上のリスク引受けが相当であること」という第2基準を提示する。なお、社会内処遇に付すことすら不要という場合には、起訴猶予処分等のいわゆるディバーションでの対応が適している。川出＝金・前掲注3)124頁以下。

「改悛の状」については、「犯罪をした者及び非行のある少年に対する社会内における処遇に関する規則」28条が定めを置いており、①「悔悟の情」がある、②「改善更生の意欲」がある、③「再び犯罪をするおそれがない」、④「保護観察に付することが改善更生のために相当であると認める」、⑤「社会の感情がこれを是認すると認められないとき」でない、という考慮要素が挙げられている。

仮釈放の決定を行う行政機関は、地方更生保護委員会（以下、「地方委員会」）である（更生保護法16条1号）。

仮釈放の期間は刑の残りの期間、すなわち仮釈放の日から刑期の終了する日までである（残刑期間主義）。取り消されることなく仮釈放期間を終えたときは、仮釈放が終了するだけでなく、刑の執行も終了したとみなされる（残刑執行主義）。明文の規定はない。ただし、仮釈放が途中で取り消され、対象者が刑事施設に再収用された場合には、釈放中の期間は刑期に算入されない（刑法29条2項）。残刑執行主義の例外である⁵⁴⁾。

仮釈放期間中は、必ず保護観察に付される（更生保護法40条）。

(2) 現行仮釈放制度の特色

現行仮釈放制度の特色として、四つの点が指摘できる。

a 「改悛の状」を要件とすること

仮釈放の要件の中で最も重要なものは、「改悛の状」である。「改悛の状」が要求されていることより、現行の仮釈放は、拘禁刑を継続する要請が低下した受刑者を社会内処遇に付すための制度として設置されているとい

える⁵⁵⁾。

b 地方委員会が決定権限を持つこと

仮釈放の許可及び取消しは、行政官庁である地方委員会がその処分権限を有する。すなわち、裁判所等の司法機関が仮釈放の決定に関与していない⁵⁶⁾。このことは、現行仮釈放制度の下では問題は小さいが、異なる制度を採用した場合には後述する問題が生じうる。

c 残刑期間主義、残刑執行主義

仮釈放の期間や残刑の扱いについて、後述する考試期間主義や残刑猶予主義という考え方もあるが、わが国は残刑期間主義と残刑執行主義を採用している。

d 低い仮釈放率と高い執行率

わが国の仮釈放率⁵⁷⁾は低い水準を維持している。平成9年に58.3%を記録したのをピークに以後は年々低下傾向にあり、平成22年には49.1%と、半分を下回った。半数以上の出所者が、刑の満了まで刑事施設に拘禁されていたことになる⁵⁸⁾。

また、仮釈放を許可された受刑者の、刑の執行率⁵⁹⁾が高いことも指摘できる。平成21年に仮釈放を許可された者のうち、刑の執行率が7割未満であった者は、全体の2.3%にとどまる。初犯者に限れば、7割未満の者が3.2%、7割以上8割未満の者が30.3%となる（これ自体、決して高い数値ではない）が、累犯者の場合にはそれぞれ0.1%、4.2%と急激に低下する。すなわち、初犯者の大半と累犯者のほとんどが、刑を8割以上執行されなければ仮釈放を許可されていない⁶⁰⁾。

低い仮釈放率と高い執行率が示すものは、消極的な仮釈放の運用実態である。「改悛の

54) 大谷・前掲注2)281-282頁、川出＝金・前掲注3)238頁、244頁。

55) 類似の考え方として、1960年代後半にイギリスで主張された「ピーク理論」がある。ピーク理論によると、「受刑者に対する施設内の教育・訓練がつけられるなかで、受刑者の改善・更生が順調にすすみピークに達した時点でパロールによって釈放すれば、受刑者の社会復帰に役立ち、逆にそれ以後拘禁をつづければ社会復帰にマイナスになる」と考えられている。ただし、ピーク理論は、実証性に欠ける等の様々な批判を受け、1970年代後半には下火になっていった。瀬川・前掲注17)77頁以下。わが国の現行制度は、拘禁刑の要請が低下した時点での積極的な仮釈放の執行を求めるものではなく、この点にピーク理論との違いがあるものの、仮釈放に対する基本的な考え方は共通している。

56) これに対し、ドイツでは裁判官が刑の執行に関与して仮釈放を決定する制度が採られている。佐伯仁志「刑事制裁・処遇のあり方」ジュリ1348号81頁、93頁（2008）〔同『制裁論』52頁（有斐閣、2009）所収〕。

57) 当該年の全出所者に対する仮釈放者の割合。

58) 法務省保護局・前掲注50)1307頁第1表（資料⑤）。

59) 判決で言い渡された執行すべき刑期に対する執行済みの期間の割合。

60) 法務省保護局・前掲注50)1312頁第5表参照（資料⑥）。

状」の厳格な判定と言い換えてもよい。わが国において、仮釈放はなかなか許可されていない。

2 現行仮釈放制度の問題点

右に見た現行仮釈放制度の特色は、そのまま問題点に繋がっている。現行仮釈放制度の問題点として、大きく三点が指摘できる。

(1) 「改悛の状」要件の厳格な運用

「改悛の状」を要件として掲げ、かつそれを厳格に判定していることで、現行仮釈放は施設内処遇の効果が顕著に表れた受刑者に対する措置として位置付けられている⁶¹⁾。これは、全面的に否定される事情ではない。Ⅱ3(1)で述べた通り、社会内処遇が必要であるとしてもそれは施設内処遇を不要とする趣旨ではなく、施設内処遇によって内的問題が解消されずに社会内処遇に付されることは、受刑者の社会復帰にマイナスの影響を与えることにもなりかねない。

しかしながら、十分な施設内処遇を行う利益が認められるとしても、なお現在の厳格な仮釈放許可の基準は不利益が大きいと考える。仮釈放許可を得るまでに刑期の大半が執行されるため、次に指摘するように社会内処遇のための十分な保護観察期間が確保できない。また、仮釈放が許されない満期出所者が多くなるが、満期出所者には社会内処遇が用意されていない。社会内処遇の意義と必要を前提とすれば、このような仮釈放のあり方が望ましくないことは明らかである。社会内処遇だけでは不十分であるのと同様に、もしくはそれ以上に、施設内処遇だけでは受刑者の処遇として不十分である。

(2) 非常に短い保護観察期間

残刑期間主義を採り、かつ高い執行率が要求されることで、必然的に仮釈放期間が非常に短くなっている。平成21年の有期刑仮釈放者のうち、仮釈放期間が6か月以内である者は74.9%、1年以内である者は97.5%となっている⁶²⁾。仮釈放期間の短さは、社会内処遇の期間の短さである。現在の仮釈放制度、運用では、社会内処遇のための十分な期間が確保できていない⁶³⁾。

(3) いわゆる「仮釈放のジレンマ」

受刑者の半数以上が満期出所となることは先に指摘した。そして満期出所者に対する社会内処遇は用意されていない⁶⁴⁾。仮釈放が社会内処遇に適した受刑者を社会内処遇に付す制度として設計されたため、社会内処遇に適さないと判断された受刑者は社会内処遇すら受けずに社会へと放り出されることになる。「仮釈放のジレンマ」と呼ばれる問題がここにある⁶⁵⁾。

3 仮釈放の積極運用による解決？

以上、現行仮釈放に対する三つの問題点を指摘した。筆者はこのうち特にⅢ2(1)の問題が根本的な問題であると考えている。しかし、仮釈放を積極的に運用したとしても、現行制度の下では十分な社会内処遇が実施できるようにはならない。

仮釈放の積極運用は、仮釈放の早期化と仮釈放許可者の拡大の二つの面を持つ。しかしまず、仮釈放の早期化には限界があり、十分な保護観察期間の確保に繋げることは難しい。すなわち、わが国の受刑者は3年以下の短期受刑者が約8割を占めており⁶⁶⁾、仮に

61) 仮釈放の当初の趣旨は、受刑態度の良い受刑者への褒賞だった。岩井・前掲注7)199-200頁。

62) 法務省保護局・前掲注50)1313頁第6表参照(資料⑦)。

63) 太田達也「保護観察の実態と改善策」刑法雑誌47巻3号438頁、439頁(2008)は、「仮釈放の取消率が7%と比較的低いの、釈放後5年間の〔刑事施設への〕再入率が40%近くにも達するというギャップは、現在の3号観察〔仮釈放に伴う保護観察〕の保護観察期間が対象者の監督や援護の必要な期間よりも遥かに短いことを示している。」(〔 〕内筆者)と指摘する。

64) 更生保護法には満期出所者に対する更生緊急保護の制度が用意されている(同法85条以下)。しかし、更生緊急保護は、保護観察における指導監督に当たる措置がないもっぱら出所者への援助のための制度であり、またその開始は対象者からの申出に依る点で、社会内処遇としてはなはだ不足である。

65) 太田・前掲注63)440-441頁。

66) 平成22年の新受刑者(懲役刑受刑者に限る)のうち、刑期3年以下の者は全体の80.9%にのぼる。法務省矯正局・前掲注30)2725頁第16表参照。

彼らに対し保護観察期間を2年間確保しようとすれば入所して1年以内に仮釈放しなければならないことになるが、それが現実的でないことは明らかであろう。そうでなくとも、早期の仮釈放が裁判所の量刑判断に適合的であるかは疑問が残るし、施設内処遇のための期間が短期化することはそれ自体が問題である⁶⁷⁾。

また、仮釈放許可者を拡大したとしても、満期出所者は依然残るうえ、現在の基準であれば仮釈放が許されないような受刑者には早期の仮釈放は認められないであろうから、十分な保護観察期間は確保できない。結局、「仮釈放のジレンマ」は異なる形で残存することになる。

このように、現行の仮釈放制度の下、その運用を積極的にしたところで、Ⅲ2(2)やⅢ2(3)の問題は解決できないのである。

したがって、Ⅳでは、Ⅲ2で確認した問題を解決するような、施設内処遇に続く社会内処遇の新たな枠組みについて検討する。

現行仮釈放制度に代わる、施設内処遇に続く社会内処遇の制度案の検討

Ⅳでは、「仮釈放」の枠組みにとらわれずに、どのような形で施設内処遇に続く社会内処遇を設計すればよいかを検討する。まずは考えられる四つの制度案を紹介し、その長所と批判を確認する。そして、筆者がどのような考えに立って施設内処遇に続く社会内処遇のあり方を検討しようとしているか明示した

うえで、その考えに従って四つの制度案を分析する。最後に、再収容の制裁を置かない保護観察刑について、さらに踏み込んだ検討を行う。

1 四つの制度案

ここでは、法制審議会「被収容者人員適正化方策に関する部会」（以下、「部会」）において議論された、四つの制度案を紹介する⁶⁸⁾⁶⁹⁾。

(1) 考試期間主義と残刑猶予主義

考試期間主義とは、「仮釈放の期間を残刑期間とするのではなく、再犯の危険性を標準として仮釈放の期間を定め、その間保護観察に付すもの」である。このとき、仮釈放期間中は残りの刑期は進行せず、その執行が猶予された状態になる（残刑猶予主義）。現行制度では仮釈放の期間について残刑期間主義と残刑猶予主義が採られているところ、それを考試期間主義と残刑猶予主義へ転換しようとする主張である。

考試期間主義の長所は、まず社会内処遇に必要な期間を受刑者個人の問題性に即して柔軟かつ個別的に確保できる点に認められる⁷⁰⁾。考試期間主義を採用した場合、対象者の保護観察期間は仮釈放の許可とともに地方委員会が決定することになる。その際に、施設内処遇の達成度や出所後の生活環境等を勘案して当該対象者の社会内処遇の必要性を判断し、それに見合った期間を保護観察期間とすることができる。

また、別の視点として、無期刑の仮釈放者

67) 太田達也「仮釈放と保護観察期間～残刑期間主義の見直しと考試期間主義の再検討」研修705号3頁、7-9頁（2007）。太田教授は、「早期に釈放することだけが社会復帰や改善更生に資するというのは余りにも楽観的であり、また無責任でもある。」と指摘する。筆者も強く賛同したい。なお、アメリカにおける量刑忠実法の制定について、太田達也「自由刑と保護観察刑の統合——アメリカの新しい二分判決制度を手掛かりとして——」慶應義塾創立一五〇年記念『慶應の法律学 刑事法』25頁、40頁以下（慶應義塾大学出版会、2008）。

68) 以下に紹介する四つの制度案の定義は、部会配布資料27『その他の社会内処遇及び中間処遇の在り方』の検討事項における定義に従った。なお、同資料では他に「中間施設における処遇制度」及び「刑執行終了者に一定の支援的処遇を受けることを義務付ける制度」が示され、部会で議論されているが、本稿では検討しない。法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会「法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会第12回会議配布資料27『その他の社会内処遇及び中間処遇の在り方』の検討事項」（2008年2月4日）（<http://www.moj.go.jp/content/000003835.pdf>、2012年7月30日最終閲覧）。

69) なお、本稿と同様に、部会で検討された四つの制度案に着目して分析するものとして、金光旭「中間処遇及び刑執行終了者に対する処遇」ジュリ1356号142頁、145頁以下（2008）。

70) 太田・前掲注63)442頁。

にとっては、考試期間主義が採用されることで、保護観察期間を一定期間に制限できる、というメリットもある。残刑期間主義ならば無期刑仮釈放者の保護観察期間は終身となるが、考試期間主義を採れば終身よりも短い期間で保護観察から解放されることもありうる⁷¹⁾。

一方、考試期間主義は責任主義との関係で問題があると批判される。保護観察ではいくつもの遵守事項が対象者に課されるのだから、拘禁刑に比べればはるかに軽いとはいえ、一定の権利の制約がある。そのため、長期の保護観察期間を設定することは、対象者の権利を不当に長く制約し、責任主義の枠を逸脱することになりかねない。

仮に、対象者の権利制約の側面に配慮して、責任主義に反しない保護観察期間の設定が求められることになったとしても、それを行政庁である地方委員会が決定するという仕組みになっていることが問題として残る⁷²⁾。刑期の判断は裁判所の専権であるところ、実質的に刑罰の事後的変更となる保護観察期間の設定を行政庁の一存で行うことは、適正手続を定める憲法 31 条や司法権の独立を定める憲法 76 条に反するのではないか⁷³⁾。

以上の批判に対しては、現在の（全部）執行猶予の運用も、執行猶予が途中で取り消され拘禁刑へと移行したときは、単に実刑を科

される場合よりも権利制約の期間が長くなっているが問題視されていない、との反論が考えられる。仮釈放が途中で取り消され再収容された場合も同様である⁷⁴⁾。また、地方委員会が保護観察期間を決定することの問題に対しては、現在の仕組みが問題であれば、保護観察期間の決定に司法のコントロールが及ぶような制度にすれば解決すると考えることもできる⁷⁵⁾。

(2) 必要的仮釈放

必要的仮釈放とは、「刑期の一定割合を経過すれば必ず仮釈放の処分をして保護観察に付すもの」である。

その長所は、全ての受刑者に社会内処遇を受けさせることができる点にある。社会内処遇の必要性を十分に理解した制度といえる。

しかし、この点は批判的でもある。まず、「改悛の状」のない者に仮釈放を認めることは仮釈放の本質に反する、と批判される。また、刑期の一定割合を経過すれば必ず仮釈放がなされるとすると、裁判所がそれを見越して、今までよりも長い刑期を設定するようになるのではないかと憂慮されている。

実体的な批判としては、保護観察に付しても遵守事項に反する行為を行うことが明らかな受刑者を仮釈放したところで、すぐに刑事施設に帰ってくることに意味がない、と

71) 法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会「法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会第 12 回会議事録」18 頁（2008 年 2 月 4 日）(<http://www.moj.go.jp/content/000003834.pdf>, 2012 年 7 月 30 日最終閲覧)。

72) 考試期間主義及び残刑猶予主義は、事後的に執行機関において刑の一部執行猶予を決める制度と見ることができる。

73) このような観点から、佐伯・前掲注 56)93 頁は、考試期間主義は「裁判官が刑の執行に関与して仮釈放を決定する制度と整合的であるように思われる。」とする。また、金・前掲注 69)147-148 頁も参考。岩井・前掲注 7)200-201 頁は、考試期間の決定には対象者の同意を必要とするとしている。

74) 太田・前掲注 67)「仮釈放と保護観察期間」14-15 頁。ただし、太田教授は「仮釈放によって残刑を猶予され、社会に早く復帰できるわけであるから、受刑者にとっても利益となるばかりでなく、保護観察対象者は指導監督以外にも補導援護を受けることができるのである。」と、保護観察の利益性をもってその権利制約を正当化しようとしているが、これは間違いであろう。保護観察の利益性はパターンリズムの見地からの説明であり、説得力が弱い。

75) 太田・前掲注 67)「仮釈放と保護観察期間」18-19 頁。また、太田・前掲注 63)442 頁は、「判決においても刑期とともに、法定の要件を満たす場合には残刑の執行猶予を行い、一定の期間内（例えば、1 年から 5 年以内）で保護観察を行うことができる旨の宣告をしておけば（実際の期間の決定は仮釈放の審査・決定機関が行う）、不当な権利侵害ということにはならない」という。これは、裁判所が刑の一部執行猶予の実施とその期間を一定の枠をもって決定し（この点で、考試期間主義というより、後述する刑の一部執行猶予に近い制度と言える）、実際の期間の決定は保護観察移行時における対象者の特別予防の必要性を判断できる地方委員会に委ねるというもので、一定の合理性が認められる。ただし、この制度は保護観察期間について不定期刑の要素を有しており、不定期刑に対しては批判的見解が一般であることは見逃せない。不定期刑について、川出＝金・前掲注 3)86-89 頁。

いわれる⁷⁶⁾。この批判は例えば暴力団構成員の受刑者を念頭に置いたものである。

これらの批判に対しては十分な反論が可能である。仮釈放の本質に反するという批判があるが、必要的仮釈放で目指されている仮釈放のあり方は従来の仮釈放とは異なる。むしろ、仮釈放に「改悛の状」を要件とすることを克服し、施設内処遇に続けて社会内処遇に付すまでをセットで一つの刑罰として設計するものであるから、この批判は的外れである⁷⁷⁾。裁判所による量刑の重化は単なる杞憂に過ぎず、裁判所が仮釈放によって社会内処遇に付す意義を理解すれば、批判が考える事態は生じないと思われる。

仮釈放がすぐに取り消されて刑事施設に帰ってくる者が現れることは事実だろう。しかし、だからそのような受刑者を仮釈放することは意味がなく必要的仮釈放制度は問題がある、ということにはならないと考える。社会内処遇は受刑者に社会との接点を提供するものであり、それによって改善更生の意思が芽生える者もいる可能性を考えると、すぐに取り消されるという高い予測があったとしても、その受刑者に社会内処遇を受ける機会を与える意味はあるだろう。また、一部に制度になじまない対象者がいることが、その制度の全てを否定する理由になるとは思えない。

必要的仮釈放の真の問題は、それが社会内処遇に付す者の選定及び社会内処遇に付す時期に係る制度にとどまるから、十分な保護観

察期間を確保するためには考試期間主義を採用しなければならないという点にある⁷⁸⁾。つまり、考試期間主義に対する批判から必要的仮釈放は逃れられない。

(3) 刑の一部執行猶予

刑の一部執行猶予とは、「判決において、一定期間の懲役刑又は禁錮刑を言い渡すと同時に、その刑の一部の執行を猶予して保護観察に付すことを可能とするもの」である⁷⁹⁾。

刑の一部執行猶予は、受刑者の社会内処遇を裁判所がコントロールする点に大きな特徴がある。したがって、考試期間主義に比べ責任主義に反する恐れが小さい。また、必要的仮釈放に比べ、個別事情を考慮した運用ができるという長所がある。

しかし、一部執行猶予への疑問は少なくない。まず、制度設計の段階で、どのような受刑者を対象として設計するかが問題となる。初めて刑事施設へ入る短期受刑者へのショック療法として設計運用されるか、何度も入所してくる長期受刑者への社会内処遇の徹底として設計運用されるかで、制度の性格は異なってくる⁸⁰⁾。前者は、被害が軽微で全部執行猶予となるような犯罪を繰り返す者に対して、実刑では重すぎるが全部執行猶予が有効ではないことが分かっている場合に、一定の刑期を示して刑事施設に収容しつつも、比較的短期で出所させて後は社会内処遇で対応するという制度である⁸¹⁾。この場合、制度の重点は、受刑者を一度刑事施設へ収容する

76) 太田・前掲注 63)441 頁。また、太田・前掲注 67)「仮釈放と保護観察期間」11 頁は、「微罪処分、起訴猶予、執行猶予といった様々なダイバージョンを活用する我が国の刑事司法制度の中で刑事施設に収容される者の中には更生の意欲に乏しい者や施設内でも再犯を明言する受刑者が少なからず存在することを考えると、ただ自動的に期間の経過によって仮釈放にするという必要的仮釈放制度は、そうした受刑者の再犯防止上望ましくないばかりか、その他の受刑者の更生意欲を阻害することにもなりかねない。」として、必要的仮釈放に反対する。

77) 佐伯・前掲注 56)92 頁は、「そもそも仮釈放制度に一定の決まった本質があるわけでもない。」として必要的仮釈放へのこの批判に反論する。

78) 太田・前掲注 67)「仮釈放と保護観察期間」11 頁も、必要的仮釈放の採用を主張するならば「現在よりはるかに長期の保護観察が可能となるような制度を併せて主張するのではなければならない。」と指摘する。同様に、金・前掲注 69)146 頁は、「必要的仮釈放制度を採用すべきとの見解に立つならば、効果的な処遇が可能な保護観察制度を合わせて主張するのではなければ、十分な説得力をもち得ないであろう。」と指摘する。

79) 刑の一部執行猶予は導入が閣議決定され、平成 23 年 11 月 4 日、第 179 回国会（臨時会）に「刑法等の一部を改正する法律案」として提出された。その内容と評価は V 2 参照。

80) 法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会・前掲注 71)22 頁。また、佐伯・前掲注 56)93 頁。ショック・プロベーションについて、太田・前掲注 67)「自由刑と保護観察刑の統合」34-35 頁。ただし、ショック・プロベーションは、自由刑の判決を言い渡し執行を始めた後で、裁判所が残りの刑を猶予しプロベーションの再判決を行う点で、短期の刑の一部執行猶予とは異なる制度である。太田教授は、ショック・プロベーションについて否定的である。太田・同 58 頁。

ことにある。対して、後者の制度は、受刑者を裁判所のコントロールでもって社会内処遇に付すという部分に重点が置かれている。ただし、性格の違いはあれ、どちらも施設内処遇に続けて社会内処遇に付すことに変わりはなく、大きな違いがあるとまでは言えないかもしれない。

仮に、短期受刑者を対象とした一部執行猶予が導入された場合、裁判所において実刑と全部執行猶予の中間刑として便利に用いられ、社会内処遇の必要性を考慮した利用がなされない可能性がある⁸²⁾。また、一部執行猶予は判決の時点で社会内処遇に付す時期及びその期間を宣告することになるが、社会内処遇に適した時期を事前に判断することはできないという批判もある。

制度設計に対する疑問はともかく、裁判所の運用に対する不安は、運用指針を明確にすることで回避できるものである。そして、社会内処遇に適した時期を事前に判断することができないという批判に対しては、適した時期に社会内処遇に付す制度ではなく、決められた時期に社会内処遇に移行する制度であるから、批判は当たらないと反論できる。どちらも致命的な問題ではない⁸³⁾。

(4) 分割刑

分割刑とは、「判決において、一定期間の懲役刑又は禁錮刑とその後の一定期間の保護観察の両方を言い渡すことを可能とするもの」である⁸⁴⁾。

分割刑の特徴は、保護観察期間中の遵守事

項違反に対して、刑事施設への再収容という制裁を置いていないことにある⁸⁵⁾。保護観察をより独立した処分として位置付けている。

もちろん、刑事施設への再収容という制裁を置かないことに対しては、対象者に遵守事項を守らせるための心理的強制力に不安があるとの批判が考えられる⁸⁶⁾。しかし、刑事施設への再収容という制裁を置くことは、結果として出所後社会内処遇を受けずに社会へと出る受刑者を認めることになる。それを避けるためには、刑事施設への再収容と異なる形の制裁を考えるべきである。

2 筆者の考え

IV 1で紹介した諸制度案を検討する前に、筆者がどのような考え方に立って諸制度案を検討していくか、明らかにしておきたい。

(1) 保護観察の刑罰化

筆者は、保護観察を、拘禁刑や罰金刑と並んだ一つの刑罰として位置付けるべきであると考え。このとき、社会内処遇は保護観察刑において行われる処遇として、拘禁刑における施設内処遇と対応する。

刑罰として保護観察を位置付けるべき理由は二つある。

一つは、保護観察の権利制約性を自覚し、行き過ぎた保護観察期間の設定を防ぐためである。保護観察対象者は一般及び特別遵守事項を課され、かつ、その遵守を促すための働

81) このほか、短期の刑の一部執行猶予は、薬物の自己使用者に対して、最初の拘禁により一定期間確実に薬物を断つ環境に身を置かせる、という効果を持つ。

82) 太田哲也「刑の一部執行猶予と社会貢献活動」刑法雑誌 51 巻 3 号 397 頁、403 頁 (2012) は、一部執行猶予が実刑と全部執行猶予の中間に位置することは認めつつ、「やはり実刑か一部執行猶予かの選択には、刑事責任の程度 (応報) だけで決するのではなく、施設内処遇と社会内処遇の連携という一部執行猶予に期待される個別予防上の判断が重要となる。」として、社会内処遇の必要性を考慮した一部執行猶予の選択を求める。一方、金・前掲注 69) 149 頁は、「ほとんど完全な自由が認められる執行猶予と、事実上満期近くまで拘束される実刑との間に、一部の自由と一部の拘禁とを結合させた『中間』を設けるのも、裁判官の量刑選択肢の幅を広げる上で、合理性があるのではないと思われる。」と、一部執行猶予の中間刑としての性格を肯定的に評価している。

83) 一部執行猶予に対する裁判所の適切な判断を助けるために、判決前調査制度の導入が提言されることがある。金・前掲注 69) 150-151 頁、川出=金・前掲注 3) 143-145 頁等。

84) IV 1(3)の「刑の一部執行猶予」を指して「分割刑」と呼ぶこともあるので、注意が必要である。分割刑という語感からは、実刑部分を分断し間に保護観察を挟む「刑の一部執行猶予」のほうが分割刑と呼称されるべきであり、IV 1(4)の「分割刑」は「混合刑」「複合刑」と呼称すべきとの意見もある。法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会・前掲注 71) 23 頁。本稿では、部会の定義に合わせて「刑の一部執行猶予」「分割刑」を使用する。

85) この点、刑の一部執行猶予は、「分割刑+制裁としての残刑」と見ることができる。

86) 金・前掲注 69) 149 頁。

きかけを受けることで、行動の自由その他一定の権利を制約されている。この権利制約の根拠は対象者の犯した犯罪の行為責任以外にはありえない。保護観察を課す根拠が行為責任にあることを意識すれば、自ずと比例原則（罪刑均衡）及び責任主義の限界が保護観察にもかかってくる⁸⁷⁾。処遇の重要性はこれまで十分に述べてきたところであるが、その重要性をいくらか上積みしたとしても、行為責任を超える権利の制約はできないことを、強く意識しなければならない⁸⁸⁾⁸⁹⁾。

もう一つは、「仮釈放」の仕組みから保護観察を引き離すためである。「仮釈放」として保護観察を捉えた場合、「仮釈放の要件」

という議論がどうしても先行する。しかし、拘禁刑と保護観察刑を分離して、拘禁刑の終了と同時に保護観察刑へと移行する形の刑罰のあり方を認めることができれば、「仮釈放の要件」に当たる議論は不要となる。このことは、施設内処遇から社会内処遇へ移行するタイミングを、判決の時点で裁判所が判断することに道を開くことにも繋がる⁹⁰⁾。

このように、保護観察の刑罰性を正面から認めることで、刑罰の枠の中ではあれ、保護観察に拘禁刑と独立した柔軟な役回りを与えることが可能となるのである⁹¹⁾。

なお、注意的に記せば、保護観察を刑罰と構成することはその援助的性格と矛盾するも

87) 金・前掲注 69)148 頁も、責任主義との関係から、「自由刑から独立した保護観察処分」の創設に言及する。

88) 処遇目的が責任主義を超えることが許されないことは、量刑の一般理論にも表れている。現在わが国で支配的な量刑理論は「責任刑の幅の範囲内で予防目的を考慮しようとする『幅の理論 (Spielraumtheorie)』……である。それによれば、裁判所は、まず、有罪判決される犯行に対する責任からしてどの程度の刑が相当であるかを問わなければならないが、責任刑は一点で定まるのではなく、それには一定の幅……が認められるから、その範囲内において、予防の必要性に応じて最終刑を決めることが許される」。小池・前掲注 16)12-13 頁。そして、特別予防（処遇）の必要性によって刑が加重されるとしても、それは責任刑の幅の中に収まらなければならない、幅の上回りは（保安の性格を認めない限り）認められない。小池・前掲注 6)67-69 頁。

89) 佐伯・前掲注 56)93 頁は、「重要なことは、どのような制度を採るにしても、責任主義の原則から、実刑と保護観察の期間を併せた総体が犯罪者の責任と釣り合ったものでなければならないことである。」と指摘する。佐伯教授は、罪刑均衡の原則の対象は刑罰に限られるものではなく、行政制裁も含めて当該犯罪を契機に科される権利制約全体にかかる原則であると分析する。佐伯仁志「二重処罰の禁止について」同『制裁論』73 頁、95-96 頁（有斐閣、2009）〔初出 1994〕。この考えに従えば、保護観察を刑罰と構成するか否かに関わらず、保護観察にも比例原則と責任主義の限界がかかることになる。筆者は佐伯教授の分析を妥当と考えるが、責任主義の限界をより意識付けすることの必要性和裁判所が刑事裁判の判決によって言い渡すという形式から、保護観察を刑罰として再構成することを本稿で主張している。

また、処遇の重要性が行為責任の幅を超えられないことは、公正モデルが社会復帰モデルより妥当であるということの意味しない。社会復帰モデルであっても比例原則と責任主義の限界を超えられないのは当然である。なお、中山研一「受刑者の権利と義務」法時 53 巻 5 号 93 頁、95 頁（1981）は、「原理的には公正モデルが基本であって、その上にもみ処遇モデルが正当化されるべきであろう。」として、処遇目的による権利制約の過剰を問題視する。

90) 部会第 13 回会議においてある委員が述べられた意見が、同様のことを指摘している。少々長いが、以下に引用する。法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会「法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会第 13 回会議議事録」11 頁（2008 年 3 月 28 日）(<http://www.moj.go.jp/content/000003837.pdf>, 2012 年 7 月 30 日最終閲覧)。

「保護観察を伴った社会内処遇というのは、やはり個別の人の特性を見て、その人を社会に戻しても大丈夫だという判断の下に個別的に運用すべきものなのだという発想を前提にして考えていきますと、では、そういうことが事前に判決段階で判断できるのか、むしろ釈放に近接した時点でなければ判断は難しいのではないかという議論の流れになっていくのかと思います。ただ、社会内における保護観察を付した処遇というのも、これは一つの刑罰の在り方であると、刑事施設に収容して行う自由刑とは違うある種の刑罰の在り方だと、それはもちろん何でもそういうものを刑事施設に収容して行う自由刑とは別に設けるのかといえ、それは社会復帰に向けた、そういう刑事政策的な要請もあるのかもしれませんが、そういう考慮に支えられた一つの刑罰の在り方というふうに考えれば、判決の段階で、被告人の行為責任の範囲内で、刑罰の在り方として、刑事施設に収容する実刑と保護観察を伴う社会内処遇とを組み合わせた量刑の判断をすることも十分に考えられるのではないかと。そのように、ある種ざっくりとした議論、考え方を余地というのも出てくるのではないかと思います。」

91) 染田・前掲注 7)30 頁は、社会内処遇であっても監督機能を強化すれば拘禁刑に準ずる厳しい処分となるとして、プロベーションの場において「社会内自由刑」という概念を提唱する。拘禁刑に続けて科す保護観察刑を「社会内自由刑」に当たるほど強度の権利制約とするかはともかく、保護観察を独立の刑罰として位置付けようとする試みは共通するところである。

のではない。拘禁刑のように応報効果にはつきり重点が置かれている刑罰ですら、その中で行われる矯正処遇や職業訓練には援助的性格が認められる。逆に、少年法の保護処分のように少年の改善教育とそれによる再非行の防止を目的とする処分ですら、その権利制約の根拠は刑罰と同じく侵害原理に求めなければならない⁹²⁾。刑罰性と援助的性格が矛盾しないことはこれらを見ても明らかであろう⁹³⁾。

(2) 処遇の目標

処遇のためだけの刑の長期化が許されないのだから、処遇に一定の達成すべき基準を設定することは適切ではない。目指すべきは、定められた刑期における、処遇のできる限りの達成である。そしてこのことは、施設内処遇について一定の基準を達成した者に仮釈放を許可するという現行仮釈放制度のあり方、及び施設内処遇の目標に達していない者を再収容するあり方が妥当でないことを示す。施設内処遇と社会内処遇は共に実施されるべきであることを考えると、拘禁刑の期間内で施設内処遇を出来る限り実施するが、その期間が終了すれば保護観察の期間として社会内処遇へと移行するという、ある意味割り切ったあり方が、両処遇の調整として最適であると考えられる。

(3) 保護観察刑の対象範囲

施設内処遇に続く社会内処遇は、どの受刑者に対しても必ず行われることが望ましい。施設内処遇で受刑者の内的問題を解決し、社会内処遇で社会との接点を作り外的問題を解決するという処遇枠組みが、拘禁刑の弊害を緩和し受刑者の社会復帰を促進するのに最も効果的と考えられるからである。社会内処遇

は、刑事施設からの仮釈放を許可された受刑者にたまたま実施されるのではなく、施設内処遇と適切な連携をもって計画的に実施されるべきである。

また、施設内処遇であれ社会内処遇であれ、処遇を行う意味のない受刑者はいないと考える。もちろん処遇効果が薄い受刑者は少なくないだろうし、費用対効果も悪かろう。しかし、処遇は自発的に社会復帰を目指す受刑者の助けとなるだけではなく、処遇を通じて、受刑者に社会復帰を目指すように働きかける効果も期待できる。だから、少しずつでも処遇の対象を拡大していくべきである。

そうすると、保護観察における制裁として刑事施設への再収容を置くことは、社会内処遇を経ずに社会へ出される受刑者を生むことになるので、理想的には望ましくない。これに対しては、再収容の制裁の持つ心理的強制力等の効果を根拠に、再収容の制裁を置くべきであると主張されうる。しかし、これらの効果は再収容の制裁に依らずとも維持できるものである。

(4) 社会安全に対する不安について

「改悛の状」を要件としない早期の出所を認めることに対して、社会安全の面から不安の声が上がるだろう。しかし、「改悛の状」が認められない等の理由で仮釈放が許されなかった満期出所者が現在でも全体の5割を超えること、IV 1で挙げた諸制度案はどれも満期出所者に対する社会内処遇を確保することを目的の一つとするもので、むしろ現行制度よりも社会安全に資する要素があることから、当該不安は正当でないと考えられる⁹⁴⁾。

92) 佐伯仁志「少年法の理念——保護処分と責任——」猪瀬慎一郎ほか編『少年法のあらたな展開——理論・手続・処遇』35頁、41-42頁（有斐閣、2001）。一方、川出敏裕「少年法の概要と基本理念」法教331号146頁、155-156頁（2008）は、少年法が虞犯少年をも対象にしていることと、非行事実と処分との均衡が少年の要保護性に応じた処分の選択を妨げるのであれば少年法の目的に反することより、保護処分を侵害原理だけで基礎付けることは妥当でないとする。ただし、川出教授の見解も、「現行少年法においては、侵害原理と保護原理がともに国家による介入の根拠とされている」としており、侵害原理による根拠付けの必要性を認めるものである。

93) 金・前掲注69)149頁は、「保護観察の目的を再犯の防止及び改善更生に求めることと、保護観察に伴う自由制限を正当化する根拠を行為責任に求めることは、なんら矛盾がないと思われる。」と述べる。

94) 懲役5年の実刑と懲役4年保護観察2年では、当該受刑者の完全無害化期間は1年しか変わらない。冷めた物言いをすれば、拘禁による受刑者の無害化は所詮その場しのぎにすぎず、治安維持への寄与はそこまで大きくない。

3 諸制度案の検討

IV 2 で示した筆者の考えに従って、IV 1 で紹介した四つの制度案の優劣を検討していく。

まず、考試期間主義、残刑猶予主義は、その基本的な考え方は妥当であるが、保護観察の権利制約性を意識した場合、行政庁が保護観察期間を決定する制度では、やはり比例原則及び責任主義に反する可能性があることは認めざるを得ない。また、刑事裁判が厳格な手続きの下で行われていることに鑑みれば、仮釈放の許否及び保護観察期間の判断にただ裁判所が関わればよい、という話でもない。仮釈放の要件として「改悛の状」が要求されることの問題は何度も述べた。

次に、必要的仮釈放だが、これは考試期間主義が伴わなければ十分な保護観察期間が確保できないという点で、上記と同じ批判が当てはまる。また、必要的仮釈放の実質は機械的な必要の一部執行猶予である⁹⁵⁾と考えると、裁判所の判決によって猶予される拘禁刑の期間や保護観察の期間を決定する方が、対象者の個性を考慮した柔軟な運用ができるように思う。

そうになると、拘禁刑と保護観察刑を併せた形の刑罰が裁判所により言い渡される制度が求められる。四つの制度の中では、一部執行猶予または分割刑に当たる形の刑罰である。

具体的には、次のような制度が考えられる。まず、義務違反に対して再収容の制裁を置く保護観察刑と、再収容の制裁を置かない保護観察刑を設置する。そして、裁判所が拘禁刑を判決として言い渡すときは、必ずどち

らかの保護観察刑を続けて科すこととする。再収容の制裁を置く保護観察を科した場合が一部執行猶予に相当し、拘禁刑の制裁を置かない保護観察刑を科した場合が分割刑に相当する⁹⁶⁾。

再収容の制裁が置かれていることの効果を肯定的に評価すれば、再収容の制裁を置く保護観察刑を付する形を原則とすべきようにも思える。しかし、実際に制裁を発動して再収容が実行される不利益に比べれば、その効果の利益は小さいし、再収容の制裁の効果は他の手段で代替可能である。筆者は、再収容の制裁を置かない保護観察刑を科す形を原則とすべきであるとする。この点について、IV 4 でさらに検証を加えたい。

また、施設内処遇の役割を終えた受刑者に対し、いつまでも拘禁刑を執行し続けることは弊害を生むだけなので、現行の仮釈放制度も並行して存置するべきである。この場合の仮釈放は残刑期間主義、残刑執行主義を採り、拘禁刑の期間の終了した後はそのまま判決で言い渡された保護観察刑が執行されるという制度が考えられる。ただし、保護観察刑の併科により出所後の保護観察期間が確保されていることから、仮釈放の運用が積極的に行われる必要は全くない。むしろ、原則として裁判所の宣告した量刑判断を尊重し、仮釈放が認められるのは例外的な場合に限定されるべきである。

4 再収容の制裁を置かない保護観察刑の検証

ここでは、再収容の制裁を置かない保護観察刑の可能性を検証する。

95) 「必要の一部執行猶予」とは、有期刑の宣告は必ず一部執行猶予の形で行うとする制度を指す。

96) 佐伯・前掲注 56)93 頁は、施設内処遇と社会内処遇を結びつけた継続的処遇を行うための枠組みについて「裁判官が、実刑と釈放後の保護観察を併せて言い渡す制度」を考えた場合、それは「保護観察を独立の刑罰として規定して、これを自由刑と併科する制度にするか、あるいは、言い渡す自由刑を分割して、その一部の執行を猶予して保護観察に付するという制度にするか、どちらかである。」とする。また、金・前掲注 69)148 頁は、「考試期間主義と同様な目標を目指し、かつ、これを司法の権限で行うことを可能にするのは、やはり、『刑の一部執行猶予』と『分割刑制度』であろう。したがって、その二者のいずれか、あるいは、二者の併用が考えられる。」とする。太田・前掲注 67)「自由刑と保護観察刑の統合」59 頁も、「自由刑に保護観察刑という刑罰を併科して言い渡す制度」としての「複合判決」を提案する。ただし、佐伯教授、金教授とも、結論としては刑の一部執行猶予が導入しやすいとしてこちらの制度を推し、太田教授も「保護観察刑を一種の執行猶予に伴う保護観察のような効果をもつ制度とすることが、最も合理的且つ実現可能性が高いように思われる。」としている(太田・同 63 頁)。

再収容の制裁を置かないことに対しては、対象者（受刑者⁹⁷⁾）に遵守事項を守らせる心理的強制力の不足が不安視されることは想像に難くない。心理的強制力の不足は、保護観察刑の実効性を脅かすものである。さらに最近では、心理的強制力に止まらず、保護観察の実効性を保ち再犯を防止するために、不良措置の適切な（積極的な）実施が求められている。

しかし、果たして再収容の制裁がなければ保護観察刑の実効性は保てないのだろうか。再収容の制裁が対象者に及ぼす心理的強制力を直接に計ることができればよいのだが、それは不可能である。本稿では代わりに、次のような手順で再収容の制裁の必要性を批判的に検証し、再収容の制裁を置かずとも保護観察刑の実効性を保つための手段を模索する。まず、IV 4 (1)において、再収容の制裁が更生保護の目的に資さないこと、及び再収容の制裁を科す必要がある場面はないことを明らかにし、その意義が純粋に心理的強制力（消極的一般予防効果）に止まることを示す。そして、IV 4 (2)において、そのような心理的強制力の役割を確認したうえで、代替する他の手段を検討する。さらに、IV 4 (3)では、代替手段として有効性が認められる裁判所侮辱罪の導入可能性について、少しばかり触れる。

(1) 再収容の制裁の効果と発動場面

a 不良措置の運用状況

現在、保護観察の不良措置は、仮釈放者及び保護観察付執行猶予者のどちらにおいても、再犯を契機に実施されることがほとんどである⁹⁸⁾。保護観察付執行猶予者について見ると、平成22年における執行猶予を取り消された対象者は保護観察終了人員全体の24.9%だが⁹⁹⁾、再犯に基づく再処分を受け

ずに取り消された対象者は1.8%に止まる¹⁰⁰⁾。仮釈放者の場合、統計上はそれぞれ4.2%、3.6%となり、再犯を契機としない仮釈放の取消が多いようにも見える。しかし、これは仮釈放期間が短いために期間中に再処分が確定するに至らなかった再犯者に対して遵守事項違反による不良措置を実施しているからであり¹⁰¹⁾、実際には再犯を契機とした仮釈放の取消が多いと思われる。

このような消極的な不良措置の運用は対象者が再犯に至る一因になっていると批判され、更生保護のあり方を考える有識者会議は適切な不良措置の実施を提言した¹⁰²⁾。有識者会議の提言を受けて、更生保護法では目的規定に「再犯の防止」が明記され、特別遵守事項が類型化、具体化されたことはII 3 (2)で既に述べた。

b 再収容の効果

しかし筆者は、有識者会議が提言した不良措置の適切な（積極的な）実施が更生保護の目的に沿った再犯防止に繋がるという考えに対し、重大な疑義を抱いている。

更生保護の目的は、対象者にとっては自らの改善更生であり、その過程で大きな障害となる再犯を防止することは改善更生を達成するために求められる。一方、刑事政策上の制度目的は、対象者を改善更生させることによって再犯防止を達成することにある（II 3 (2)参照）。

再犯に至る前の適切な不良措置の実施が更生保護の目的に資するという主張は、次の三点から理由付けすることができそうである。まず、①再犯に至らなかったこと自体が対象者の改善更生に資するということが考えられる。これは具体的には、再犯による対象者の規範意識の鈍磨を回避するという内的側面

97) 保護観察刑を想定すれば、そこで保護観察を受ける者は「受刑者」である。ただし、現行の保護観察を受ける者を「対象者」と呼ぶこととの関係から、混乱を避けるため以下では「対象者」の呼称で統一する。

98) 以下、IV 4 (1) a における数値は、法務省法務総合研究所編・前掲注 19) 170 頁 4-6-4-2 表（資料⑧）に基づく。

99) 取消率。「取消率」は、保護観察終了人員に占める遵守事項違反又は再犯により仮釈放又は保護観察付執行猶予を取り消された者の人員の比率をいう。

100) 「取消・再処分率＝再処分率」により算出。「取消・再処分率」は、保護観察終了人員に占める保護観察期間中に刑事処分等を受け、又は仮釈放等を取り消された者の人員（双方に該当する場合は1人として計上される。）の比率をいう。

101) 川出＝金・前掲注 3) 242 頁。

102) 更生保護のあり方を考える有識者会議・前掲注 51) 16 頁。

と、「再犯を犯した人」という周囲からのラベリングを回避するという外的側面として説明できる。次に、②再犯に至る前の遵守事項違反を施設内処遇の不足の表れと見て、再度施設内処遇を受けさせることが対象者の改善更生のために必要であり、そのために再収容が求められる、と見ることもできる。①と②は、再収容が対象者にとって更生保護の目的に利益となることの根拠となる。加えて、刑事政策上の目的からの理由付けとして、③再収容することで対象者を無害化し再犯を防止できることが指摘できる。

しかし、これらの理由付けは相当でない。不良措置の実施による再収容では、更生保護の目的は達成できない。

①再犯による再収容と不良措置による再収容の間に、対象者及び周囲の人々にとっての違いはほとんどない。不良措置による短いスパンでの刑事施設への帰還¹⁰³⁾は、刑事施設へ送られることに対する慣れに繋がり、対象者の規範意識が鈍磨していく要因となる。また、処分理由はどうあれ、刑事施設に送られたという外観をもって社会は「刑務所送り」のレッテルを貼る。したがって、「再犯に至る前の不良措置」が「再犯に基づく再収容」に比べて対象者の改善更生に資するというのは、素直に首肯できない。

②対象者に再度施設内処遇を受けさせるために不良措置を用いるというのは、「改悛の状」を要件とする「仮釈放」の発想である。施設内処遇と社会内処遇の適切な連携を目的とする保護観察刑において、社会内処遇はそれに適した受刑者が受けるのではなく、拘禁刑の期間が終了し保護観察刑に移行した受刑者が受けるものであるから、施設内処遇が「不足」しているから刑事施設に引き戻すということにはならない。また、再収容した場合、再び社会内処遇を受けさせることは難し

い。そうすると、社会内処遇を経ずに刑事施設から社会へ直接出される受刑者が生じることになり、施設内処遇と社会内処遇の適切な連携を欠くという、対象者の改善更生にとって大きな不利益を招く。

そして、③対象者の改善更生に繋がらない不良措置によって再犯の防止を達成することは、「対象者の改善更生による再犯防止」という更生保護の目的に即したものではない。そのような不良措置の実施は、単に「対象者の無害化による再犯防止」であって、権利制約の根拠は過去の行為責任に求められるとしても保安処分の運用と評価できるし¹⁰⁴⁾、長期的に見れば再犯防止に資さない。

以上の指摘が正しいとすれば、再犯防止を不良措置によって達成することは、更生保護の目的にそぐわないものであり、不利益が大きいと言えるだろう。

c 不良措置の発動場面

仮に保護観察刑に再収容の制裁を置いたとして、再収容による対象者の改善更生効果及び対象者の改善更生を通じた再犯防止効果に対する疑いを前提としたとき、再収容の制裁を科す必要がある場面は理論的に見当たらない。

遵守事項違反は繰り返したが保護観察期間中に再犯に至ることはなかった対象者に対して、不良措置を実施する理由はない。遵守事項違反の事実が、期間中に再犯に至らなかった現実を超えて再収容を要求するほどの再犯可能性を示すという状況は、容易に想像できない。再収容の利益をどのように捉えても、このグループに不良措置を拡大してはならない。

保護観察期間中に再犯に至ったが、当該再犯事件について実刑判決を免れた対象者に対する不良措置の実施は、謙抑的であるべきである。再犯事件に対する刑事司法の過程にお

103) 現行制度ではもちろん、社会内処遇に関するどのような制度を採用しようとも、保護観察期間は長くて5年程度が想定される。例えば、太田・前掲注67)「自由刑と保護観察刑の統合」68頁は、「現在の満期釈放者の再入率を見ると、釈放後五年間で再入率が頭打ちとなることから保護観察刑の長期は五年とするのが適当ではないかと当面は考えている。」とする。そうすると、不良措置は出所から5年と経たない間に（おそらくより早期に）なされることになる。

104) 川出・前掲注47)11頁は、有識者会議による適切な不良措置の実施の提言が、「保護観察自体の内容としてではなく、この面から、再犯の防止を直接の目的とした対応をとることを要求」するものであることを認めている。

いて、被疑者ないし被告人が保護観察中であることは当然考慮されている。そのうえで行為責任及び特別予防の必要性を判断した結果、当該対象者に起訴猶予、罰金刑、再度の執行猶予といった実刑を避ける判断が下されたのであるから、直近の刑事司法の量刑判断は尊重されるべきである。したがって、実刑を免れた対象者に対し不良措置を採るべきではない¹⁰⁵⁾。

保護観察期間中に再犯に至り、当該再犯事件について実刑判決を受けた対象者はどうか。対象者の改善更生に繋がらない再収容を保安処分の運用と断ずれば、再犯に至る前段階での不良措置はすべきでない。一方、再犯に基づく不良措置をためらう理由はなさそうである。しかし、当該対象者は再犯事件に基づいて実刑判決を受けるのであるから、裁判所において対象者が保護観察中であることを量刑の加重事由として考慮し、拘禁刑の期間を量定すれば足りるのではないだろうか。直近の刑事司法による判断が下される場面で、わざわざ過去の判断に基づく再収容を重畳する必要があるとは思わない。

d 小括

ここまでの検討により、保護観察対象者に対して再収容の制裁を実際に発動した場合、利益はなく不利益が大きいことを確認した。また、不良措置が取られる必要がある場面は理論的に存在しないことを確認した。したがって、保護観察刑に再収容の制裁を置く意義は、制裁の発動を担保として対象者に遵守事項を守らせるという、心理的強制力（消極的一般予防効果）に限定される。IV 4 (2)では、この心理的強制力を他の手段によって代替できないか、その手段を模索する。

(2) 代替手段の検証

保護観察刑は、対象者に設定された遵守事項を守らせることが、その権利制約の内容である。遵守事項には、健全な生活態度の保持

義務、保護観察官や保護司との接触義務といった一般的遵守事項と、一定の行動制限や専門的処遇プログラムの受講義務といった特別遵守事項がある（更生保護法 50 条, 51 条）。再収容の制裁には、これらの遵守規定を対象者に守らせるための、心理的強制力としての効果が期待されている。

しかし、遵守事項を守らせる効果は再収容の制裁にしか認められないわけではない。規範の実効性を担保する手段としては、①規範の遵守に対して報償を与える肯定的サンクション、②規範の違反に対して不利益を科す否定的サンクション（間接強制）があり¹⁰⁶⁾、また③直接強制も制裁ではないが遵守事項を守らせる手段となる。

①肯定的サンクションとしては、特別遵守事項の取消しが考えられる。現行制度でも更生保護法 53 条に規定が置かれている。保護観察刑を導入する場合、遵守事項は刑罰の内容として裁判所が設定するので¹⁰⁷⁾、その取消しは刑の事後の変更のようにも思える。けれども、現行制度で仮釈放が認められていることに鑑みて、法律に根拠規定を置くことを条件に特別遵守事項の取消しを執行機関の決定で行うことは認められると考える。肯定的サンクションは、自ら遵守事項を守る意欲を持った対象者に対して、その意思を保持強化させるインセンティブとして有効である。

②否定的サンクションとしては、過料の設定を検討したい。過料は行政上の義務違反に対する秩序罰として科される制裁であるが、その対象は軽微な秩序違反に限定されるわけでは必ずしもない¹⁰⁸⁾。過料導入に当たっての問題は、保護観察刑の遵守事項は刑罰の一種内容となること、それを行政上の義務として構成できるかという点である。行刑は行政作用であることを考えると遵守事項を守る義務を行政上の義務と構成できると思われるが、できないとしても、間に保護観察所の長

105) 特に、仮釈放の取消しの判断主体は地方委員会である（更生保護法 75 条 1 項）から、司法の判断を尊重することが一層求められる。

106) 佐伯仁志「わが国の行政制裁体系」『制裁論』7 頁, 8 頁（有斐閣, 2009）〔初出 1998〕。

107) 現行の保護観察付執行猶予の場合にも裁判所が実質的に特別遵守事項を設定しているが、形式的には裁判所の意見に基づいて保護観察所の長が定めることになっている（更生保護法 52 条 4 項）。

108) 佐伯・前掲注 106) 10-11 頁。

による遵守命令を設置し、その命令違反に対する制裁と構成すれば問題なろう¹⁰⁹⁾。否定的サンクションは、遵守事項を守る意欲の弱い対象者に対して効果を発揮する。

③直接強制の手段としては、引致を利用することが提案できる。更生保護法においても、居住義務違反の場合、又は遵守事項違反の疑いに十分な理由がありかつ地方委員会や保護観察所の長による出頭命令に対象者が応じない若しくは応じないおそれがある場合に、保護観察所の長が裁判官のあらかじめ発する引致状によって対象者を引致することが認められている（同法 63 条 2 項）。筆者は、引致の認められる場面をさらに拡大して、遵守事項のうち作為義務（出頭滞留義務）を定めるもの——保護観察官や保護司との面接義務、専門的処遇プログラムの受講義務等——の違反全般に引致の利用を認めることを提案する。これに対しては、直接強制によって面接や専門的処遇プログラムを受けさせたところで処遇効果は上がらないという批判が考えられるが、全く受けないよりもはるかに良いし、対象者には今までも再収容の制裁という強力な間接強制がかかっており、自らの意思で面接や専門的処遇プログラムを受けていたとは言い難い者もいよう。また、対象を拡大すると引致の実行手段に不足するという批判もありうるが、警察との連携によって引致の実行手段は確保できると考える¹¹⁰⁾。直接強制は、遵守事項違反が著しい悪質な対象者に作為義務を実行させるために、再収容の制裁よりも強力かつ実効的な手段となりうる。

以上、再収容の制裁に代わる強制力とし

て、特別遵守事項の取消し、過料の設定、引致の対象の拡大と、三つの手段を検討した。これらの間接又は直接強制手段を対象者の性質に応じて適切に使い分けることで、再収容の制裁を置かずとも保護観察刑の強制力を確保できると考える。もちろん、これらの手段を用いる前に、保護観察官及び保護司が対象者に対し自ら遵守事項を守る意欲を持つよう働きかけることが、最も重要であることは言うまでもない。

(3) 裁判所侮辱罪の可能性

最後に、裁判所侮辱罪（contempt of the court）の導入可能性について、一言言及したい。裁判所侮辱罪とは、裁判所の発した命令に違反することを構成要件とする犯罪類型であり、コモンローの伝統に基づく¹¹¹⁾。裁判所侮辱罪を設定すれば、保護観察刑の遵守事項違反を新たな犯罪と構成して、罰金や再度の保護観察刑を新たな行為責任に基づいて科すことができる¹¹²⁾。非常に柔軟な対応が可能となるうえ、刑事司法の流れに乗せることで対象者に対し強い感銘力を与えることが期待できる。

コモンローの伝統のないわが国に裁判所侮辱罪を輸入できるかどうか、議論があるところである。筆者は導入可能性がないとは考えていない。性質は全く異なるが、少年法上の保護処分において、形式が類似した制度が採用されたからである。

そもそも再収容の制裁が置かれていない保護観察は既に存在する。少年法上の保護処分としての保護観察処分である（少年法 24 条 1 項 1 号）。保護観察処分には遵守事項違反

109) 懲役受刑者における作業義務は懲役刑の内容だが（刑法 12 条 2 項）、刑事施設の長は作業を怠らないことを遵守事項として設定し（刑事施設収容法 74 条 1 項 9 号、92 条）、遵守事項違反に対して懲罰を科すことができる（同法 150 条 1 項）。そして、この懲罰は行政処分であり、審査請求の対象となる（同法 157 条 1 項 14 号）。このように、刑罰の内容としての義務が行政上の義務に転換する仕組みは、例がないわけではない。

110) 引致の実行に警察の協力を求めることは既に行われている。平成 17 年 3 月より、保護観察中の所在不明者対策として、警察との協力の下、警察活動中の警察官が所在不明者を発見した場合には即時に保護観察所に連絡し、連絡を受けた保護観察所が更生保護法 63 条 2 項の引致状をもって対象者を引致するという運用が始まり、これによって所在不明者の比率は劇的に減少している。田中一哉「これからの更生保護 更生保護における改革施策」ひろば 60 巻 8 号 43 頁、45 頁（2007）。所在不明者比率の変化は、法務省保護局「更生保護の現状——平成 17 年度、18 年度の統計を中心として——」曹時 59 巻 6 号 1785 頁、1820 頁第 16 表（2007）、及び法務省保護局・前掲注 50)1330 頁第 16 表を参照。

111) 佐伯・前掲注 56)90 頁。

112) 拘禁刑を法定することも可能だが、それでは再収容の制裁を置くことと変わらないので、本稿では遵守事項違反の罪では法定刑に拘禁刑を置かないことを想定している。

を直接の理由として施設内処遇に移す措置が設けられておらず、「このことが保護観察処分少年の指導監督に際して、困難な状況を生じさせる一因となっていた」¹¹³⁾。そこで、平成19年の少年法改正に際して、少年法26条の4及び犯罪者予防更生法41条の3（現在の更生保護法67条）が導入された。

制度概要は次の通りである。まず、保護観察所の長が保護観察処分少年に対し警告を発し、少年がそれでも遵守事項を遵守せず、その程度が重いと認めるときは、家庭裁判所に決定の申請をすることができる（更生保護法67条）。家庭裁判所は申請に基づき調査、審判を行い、上記の要件が満たされ、かつ、保護観察を継続することによっては本人の改善更生を図ることができないと認めるときは、少年院送致決定又は児童自立支援施設等送致決定を行う（少年法26条の4）¹¹⁴⁾。

この制度は、「重大な遵守事項違反を少年法3条1項掲記の3つの非行事実とならぶ新たな審判事由とした上で、それが認定され、加えて、少年に上記の意味での要保護性が認められる場合に、少年院送致決定又は児童自立支援施設等送致決定という新たな保護処分を行うものである」¹¹⁵⁾。

保護処分は刑罰ではなく、非行事実は犯罪ではない。よって、少年法26条の4が「重大な遵守事項違反を少年法3条1項掲記の3つの非行事実とならぶ新たな審判事由とした」ことをもって、直ちに保護観察刑における遵守事項違反を犯罪構成要件とする裁判所侮辱罪の導入が可能である、とするのは乱暴な議論である。けれども、この制度の運用がうまくいくのであれば、裁判所侮辱罪の導入可能性が見えてくるかもしれない¹¹⁶⁾。

(4) 小括

IV 4(1)において、再収容の制裁が実際に発動される必要がある場面が存在しないことを明らかにした。そしてIV 4(2)の検討によって、特別遵守事項の取消し、過料の設定、引致の対象の拡大により、再収容の制裁の役割は十分に代替できることを示した。IV 4(3)ではより効果的な手段となりうる裁判所侮辱罪の導入可能性について触れると同時に、再収容の制裁を否定する筆者の主張とは反対の方向へと改正された少年法26条の4について紹介した。この制度の運用が今後どうなっていくか、注目しておく必要がある。

V. 残された検討すべき論点

Vでは残された検討すべき論点として、1 保安処分との関係、2 導入予定の刑の一部執行猶予制度案、3 保護観察態勢の問題、4 他の社会福祉政策との均衡の問題について、簡単に触れておこうと思う。

1 保安処分との関係

保安処分はわが国では認められていない¹¹⁷⁾。拘禁刑に続けて保護観察刑を科すことが保安処分ではないかと疑問が持たれうるので、そうではないことを説明する。

まず、保安処分は対象者の将来の犯罪の危険性を根拠として科されるのに対し、刑罰である保護観察刑はあくまで受刑者の犯罪の行為責任を根拠として科される、という根本的かつ最も重要な違いがある。更生保護法1条は保護観察対象者の再犯防止を目的として掲げるが、それは対象者の改善更生を達成する

113) 生駒貴弘「少年法改正の意義 ④少年保護観察の視点から」ひろば60巻10号42頁、44-45頁（2007）。

114) 川出敏裕「終局決定（2）」法教349号113頁、116-117頁（2009）。

115) 川出・前掲注114)117頁。

116) 少年法26条の4の導入に対し批判的な見解として、斎藤豊治「少年法の第2次改正」斎藤豊治＝守屋克彦編『少年法の課題と展望 第2巻』271頁、310頁（成文堂、2006）。

117) 保安処分とは、「特定の者の犯罪行為に対して、その者の将来の犯罪の危険性のために、……裁判所が言い渡すところの、自由の剥奪または制限を伴う隔離・治療、改善を内容とする処分をいう」。大谷・前掲注2)156頁。刑罰が行為責任を根拠として科されるのに対し、保安処分は将来の犯罪の危険性を根拠に科されるものである。将来の予測に基づくという不確かさゆえ、保安処分は人権侵害の危険性を本質的に内包しており、よって軽々に用いられてはならない。わが国では保安処分は認められていないとされているが、心神喪失者等医療観察法による医療観察制度を保安処分であるとする立場もある。大谷・前掲注2)428頁以下。

ための手段として目的とされているのであり、再犯防止を権利制約の根拠としているわけではない。また、保護観察刑の保安機能はその刑罰性を否定しない。

理屈としては以上の説明が正しいとしても、実施されている制度は実質的に保安処分なのではないか、という疑問は依然残ろう。拘禁刑の後に保護観察刑を科すという制度は、保護観察を保安処分と位置付けたとしても設計できるからである。しかし、保安処分によって同じ形の制度が設計できることは、その制度を刑罰として設置することを否定するものではない¹¹⁸⁾。大切なことは、保安処分としてではなく刑罰として保護観察を位置付けたということであり、それによって保護観察の実施に限界を設定したことである。

2 導入予定の刑の一部執行猶予制度案について

平成 23 年 11 月 4 日、被収容者人員適正化方策に関する部会がまとめた要綱に沿った形で刑の一部執行猶予の導入が決定され、そのための刑法等の一部を改正する法律案（同法律案により改正される刑法について、以下、「刑法改正案」）及び薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律案（以下、「法律案」）が、第 179 回国会（臨時会）に提出された。

その内容は、3 年以下の懲役刑又は禁錮刑及び薬物の所持又は使用にかかる罪に対して、「犯情の軽重及び犯人の境遇その他の情状を考慮して、再び犯罪をすることを防ぐために必要であり、かつ、相当であると認められるとき」に、1 年以上 5 年以下の期間その刑の一部の執行を猶予することができる、というものである（刑法改正案 27 条の 2 第 1

項、法律案 3 条）。また、原則として一部執行猶予中の保護観察は裁量的に科されるが（刑法改正案 27 条の 3 第 1 項）¹¹⁹⁾、薬物事犯者場合には必要的に科されるうえ（法律案 4 条 1 項）、薬物離脱のための専門的処遇プログラムの受講が特別遵守事項として義務付けられることとなっている（更生保護法改正案 51 条の 2 第 1 項）¹²⁰⁾。

短期刑及び薬物事犯に対象を絞って刑の一部執行猶予を導入していることから、この刑の一部執行猶予制度はショック療法の性格を強く持つもので、社会内処遇の必要性を求める性格は弱くなっている。しかし、まずはこれでよいと思う、制度をいちどきに変えることはできないのだから。今回の刑の一部執行猶予制度の導入がなされれば、将来の社会内処遇制度改革への一里塚になると思われる¹²¹⁾。

3 保護観察態勢の不十分さ

全ての受刑者が社会内処遇を受けられるような制度が望ましいとしても、今すぐに制度を改革して全ての受刑者を社会内処遇に付す制度を導入することは不可能である。そのような制度を導入すれば、保護観察対象者の数が現在の数倍に膨らむことが予想されるが、その数に対応できる処遇態勢は全く整っていない。「率直に言って従来のままの処遇体制のもとで仮釈放を原則化すれば、仮釈放者の犯罪は激増し、社会の反発を招いて、再び仮釈放の消極的運用へと逆戻りすることは必定であろう。仮釈放制度の適正な運用にとっては、なによりも、保護観察官不足の解消、帰住地確保のための施策、保護司の能力の向上など、社会内処遇における人的・物的条件の改善が必要である」¹²²⁾。この点からも、対

118) 死刑や拘禁刑であっても、同じものを保安処分として設計できる。

119) 保護観察が必要的でないことを批判するものとして、太田・前掲注 82)400 頁。

120) 刑法等の一部を改正する法律案及び薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律案の内容につき、法務省「第 179 回国会からの継続案件（刑法等の一部を改正する法律案及び薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律案）」（2011 年 11 月 4 日）（http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00051.html, 2012 年 7 月 30 日最終閲覧）。

121) なお、第 179 回国会（臨時会）に提出された法律案等は、採択されず、衆議院法務委員会において閉会中審議に付されることとなった。平成 24 年 7 月 16 日現在、第 180 回国会（常会）で継続審議中とされている。

122) 大谷・前掲注 2)287 頁。

象を限定した刑の一部執行猶予がまず導入されることは、肯定的に評価することができる。物的設備的人資源の整備に合わせて、社会内処遇のため制度も対象を拡大していけばよいだろう。

4 他の社会福祉政策との均衡

受刑者に対する処遇が充実することは望ましい。しかし、一般国民に対する社会福祉政策に比べてその充実が過ぎるということになれば、両者の均衡の問題が生じる。この点につき、平成18年4月から始まった「刑務所出所者等総合的就労支援対策」のうち、試行雇用制度及び職場体験講習の二つの取組みが、厚生労働省の予算により行われているということに触れておく¹²³⁾¹²⁴⁾。

これ以上具体的に検討する材料を持たないので、ここでは問題の指摘にとどめる。

VI. おわりに

本稿では施設内処遇に続く社会内処遇について検討してきた。まずⅡで社会内処遇の意義と必要を確認し、Ⅲで現行制度である仮釈放という枠組みの問題点を明らかにした。Ⅳでは四つの制度案を検討し、その中から、拘禁刑に保護観察刑を必ず併せて宣告する分割刑の形が最善であることを主張した。さらに、再収容の制裁を置かない保護観察刑が望ましいことから、再収容の制裁に代わる手段のあり方を模索している。Ⅴでは残された論点をいくつか消化した。現在導入が目指され

ている刑の一部執行猶予制度案についても、簡単ながら解説を加えた。

筆者は本稿で、受刑者を社会内処遇に付すことの重要性を主張している。これは、受刑者の利益になるからではなく、わが国の刑事政策及び社会政策上、そのような施策が必要だと考えているからである。したがって、本稿の主張は、受刑者を早く刑事施設から出すことを求めるものでは全くない。筆者の提案する保護観察刑が導入されたとしても、受刑者の拘禁期間は大きくは変わらないことを想定している。

さて、本稿を執筆するにあたり、筆者が常に気を付けていたのは、「地域社会の人々」の存在を忘れないことである。社会内処遇においては、保護観察対象者や保護観察官、保護司、裁判所だけがプレイヤーなのではない。社会の中で処遇を受けさせるのであるから、そこで日常を過ごす地域社会の人々もまたプレイヤーである。したがって、社会内処遇については、専門家の間だけで話を終わらせるような議論をしてはならない。常に、地域社会の人々がそれをどう見るか、という視点を持つべきだと考えている（もちろん過度な考慮は禁物であるが）。つまらないことだが、このような視点から、本稿では「犯罪者」という呼称は可能な限り避け、「受刑者」「対象者」という呼称を使っている。

社会情勢が犯罪情勢に影響を与えることはよく指摘されるところである¹²⁵⁾。同様に、社会内処遇の成否も社会のあり方に大きく左右されるのである¹²⁶⁾。過ちを犯した者に対する社会の寛容さが求められる。

123) 田中・前掲注110)44-45頁。

124) また、更生保護と社会福祉の連携の重要性を指摘するものとして、生島浩「更生保護と社会福祉との連携の意義と課題——犯罪者の地域生活支援を担う——」犯罪と非行167号26頁(2011)。

125) 例えば、川出＝金・前掲注3)18頁以下。佐伯・前掲注56)93頁は、「犯罪の防止に果たす刑事制裁の役割は限定されている……。格差社会の問題が顕わになってきている現在、『最良の社会政策が最良の刑事政策』という箴言の重要性を再確認すべきであろう。」と述べる。

126) 犯罪及び犯罪者と社会との関係の重要性を指摘するものとして、ニルス・クリスティ「他者との出会い（他者を知る）」日本犯罪学会編『持続可能な刑事政策とは——地域と共生する犯罪者処遇』18頁（現代人文社、2012）。小長井賀興「地域に根ざした犯罪者処遇——犯罪者を地域福祉に繋ぐ——」犯罪と非行171号30頁、35頁（2012）は、「関係機関・団体と連携して、犯罪者を地域の包括的なケアのネットワークに繋ぐ……。その結果、犯罪者は人間としての全体性を取り戻し、同時に地域内で居場所と住民としての承認を得ていく。」と、地域社会における出所者等の処遇のあり方を説く。また、法務省は昭和26年から毎年「社会を明るくする運動」という名称で、「犯罪の防止と犯罪をした人たちの立ち直りには、一般市民の理解と協力が不可欠である」との認識の下、一般市民への啓発活動を継続している。平成22年からは、運動の名称が「“社会を明るくする運動”～犯罪や非

冒頭に引いた言葉に続けて、ジャン・ヴァルジャンはこう語る。「そして過酷が私を破壊したと同じく、その後寛容と親切とは私を救ってくれたのである」。

謝辞

本稿は、2011年度冬学期に開講された「刑事政策」の発表レポートに、いくつかの加筆修正をしたものです。開講時には刑事政策が何なのかもわかっていなかった筆者が、今回一応の議論を示すことができるようになったのは、偏に担当教官である川出敏裕先生のおかげです。また、学部、ロースクールと続けてゼミを受講させていただいた佐伯仁志先生が刑事政策を専門とされていることが、刑事政策に興味を持つきっかけとなりました。刑罰の効果や影響を考えるきっかけを与えてくださったのは樋口亮介先生です。樋口先生や成瀬剛先生には、論文を書く際に注意すべきことを間接的に教わりました。慶應義塾大学の小池信太郎先生は、量刑と行刑の関係という問題意識を教示してくださったのみならず、未掲載論文への言及を快諾していただきました（注53）。先生方には感謝の念にたえません。

本稿は投稿原稿から大きな補正と小さな補正を繰り返しましたが、そのため編集担当の岩川隆嗣さん、柳澤諭さんには大変なご迷惑をおかけしました。丁寧なチェックに感謝しています。そして、長い発表につきあってくれた「刑事政策」のメンバー、特にべ切直前に貴重なアドバイスをくれた武田夕子さんに、御礼申し上げます。

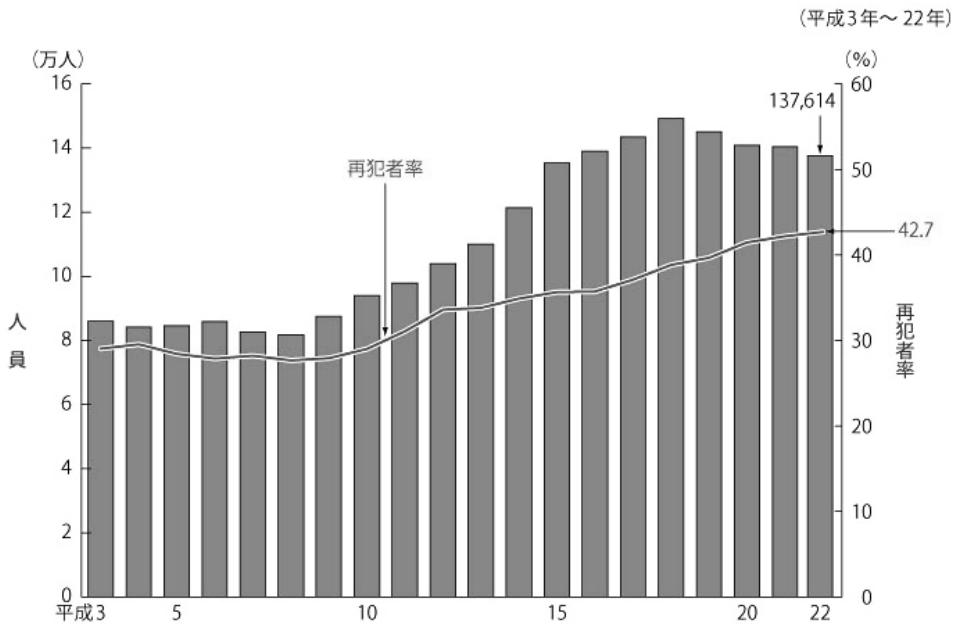
（やまな・じゅんいち）

行を防止し、立ち直りを支える地域のチカラ～」へと変更された。法務省「“社会を明るくする運動”～犯罪や非行を防止し立ち直りを支える地域のチカラ～」(http://www.moj.go.jp/hogo1/kouseihogoshinkou/hogo_hogo06.html, 2012年7月30日最終閲覧)。

資料①

4-6-1-1 図

一般刑法犯検挙人員中の再犯者人員・再犯者率の推移



注 1 警察庁の統計による。

2 「再犯者」は、前に道路交通法違反を除く犯罪により検挙されたことがあり、再び検挙された者をいう。

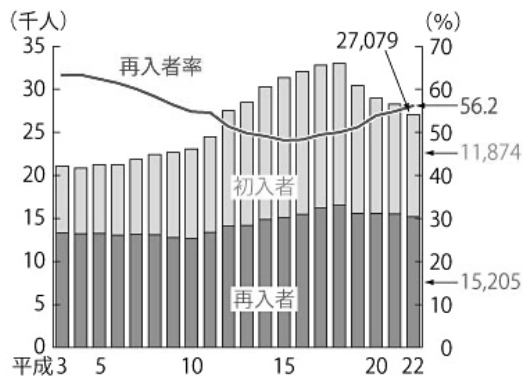
3 「再犯者率」は、検挙人員に占める再犯者の人員の比率をいう。

資料②

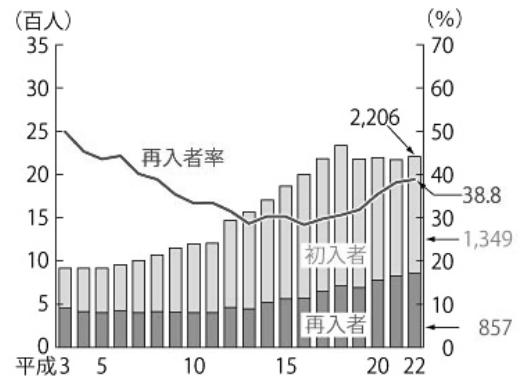
4-6-3-1 図

入所受刑者人員（初入・再入別）・再入者率の推移（総数・女子別）

① 総数



② 女子



注 矯正統計年報による。

資料③

第24表 職業訓練種目別修了人員表（平成22年度）

（単位：人）

訓練種目	修了人員	訓練種目	修了人員	PFI訓練種目	修了人員	PFI訓練種目	修了人員
ビル設備管理科	290	建築科（畳）	18	安全衛生・品質管理・環境問題科	1,457	介護科	29
フォークリフト運転科	247	建設機械科(クレーン運転)	17	ビジネス基礎科	1,287	PC基礎文書作成科	26
溶接科（基本）	112	美容科	15	PC基礎科	998	コールセンター科	24
小型建設機械科	101	配管科	14	社会貢献意識啓発科	701	神楽面・衣装製作科	24
情報処理技術科(情報処理)	99	工芸科（竹工芸）	12	手話基礎科	649	石州和紙製作科	23
ビルハウスクリーニング科	93	測量科	11	ボランティア啓発科	647	販売士検定科	22
溶接科（導入）	84	印刷科	10	安全衛生・品質管理・環境配慮科	641	手話奉仕員養成科	22
溶接科（専門）	76	建築科(建築模型製作)	10	ビジネス能力修得科	641	パン職人養成科	22
ホームヘルパー科	68	総合美容技術科	10	ITスキル養成科	518	石見焼製作科	22
縫製科	67	工芸科（革工芸）	9	共通基礎コース科	517	バラ栽培科	22
情報処理技術科(パソコン基礎)	66	点字翻訳科	8	社会復帰直前科	127	ビルクリーニング科	21
社会復帰科	64	内装施工科（総合）	8	園芸科	105	DTP科	18
農業園芸科	61	船舶職員科	7	農園芸科	105	DTP専攻科	16
内装施工科（標準）	60	土木科	7	建設系技能士養成科	85	デザイン・モザイク科	16
電気通信設備科	57	機械科（機械加工）	6	電気工事士科	82	PC応用データ活用科	13
CAD技術科	55	工芸科（石材）	5	デジタルコンテンツ編集科	77	竹細工科	13
自動車整備科(整備)	49	工芸科（漆器）	4	窯業科	61	クレイアニメーション科	11
建築塗装科	49	自動車整備科(タイヤ整備)	4	PC上級科 CS	60	音訳科	10
販売サービス科	46	理容科（短期理容）	4	医療事務科	59	フォークリフト運転科	10
建設機械科(建設機械)	45	建築科（表具）	3	点字専攻科	48	建築科（玉掛け）	10
工芸科（木材工芸）	45	工芸科（織布）	3	農業科	47	ホームヘルパー 2 級科	9
数値制御機械科	36	工芸科（剣道具）	2	福祉住環境コーディネーター科	44	建設機械科(クレーン)	9
工芸科（窯業）	32	板金科（塑性加工）	1	点訳科	43	ホームヘルパー科	8
建築科（建築）	31			皮革工芸技能習得科	40	プログラムシステム設計科	8
工芸科（木工）	30			PC上級科 CAD	40	ボランティア科	7
クリーニング科	28			ビジネス基礎訓練科	38	第二園芸科	5
理容科（理容）	27			フードコーディネーター養成科	35	クリーニング科	2
建設く体工事科	21			ビジネス会計科	31	木工科	2
情報処理技術科(事務処理)	21			調理師科	30		
小 計			2,248	小 計			9,637
合 計							11,885

資料④

第26表 過去3年間における

種 目		溶接技能者	ボイラー技士	クレーン運転士	電気工事士	無線通信用士	自動車整備士	理容師	美容師	訪問介護員(ヘルパー)	クリーニング師
平成20年度	受験者	590	358	8	75	3	94	35	10	73	37
	合格者	550	314	8	68	2	93	35	10	69	33
平成21年度	受験者	479	321	12	62	8	88	38	9	107	43
	合格者	414	273	12	62	8	83	37	8	107	38
平成22年度	受験者	363	298	13	65	5	73	40	14	137	37
	合格者	337	251	8	58	5	71	38	14	136	35

資格又は免許の取得状況表

(単位:人、%)

自動車運転免許	海技従事者	情報処理技術者	危険物取扱者	手動ガス圧接工	消防設備士	技能検定	特別教習	技能講習	技能照査	その他の	合計	合格率
41	16	206	968	11	31	89	449	768	37	1,158	5,057	85.9
41	16	101	743	9	19	84	449	765	36	897	4,342	
38	10	249	1,130	19	40	99	440	1,404	20	1,748	6,364	85.5
38	10	146	906	18	25	93	439	1,393	19	1,315	5,444	
40	7	239	1,026	20	47	69	660	1,632	9	2,000	6,794	87.1
39	7	135	802	12	32	67	656	1,625	9	1,582	5,919	

資料⑤

第1表 満期積放者・仮積放者の推移

(昭和58年～平成22年)

年	A 満期積放者数	B 仮積放者数	C=B÷(A+B) 仮積放率(%)
昭和58	14,561	16,885	53.7
59	13,791	18,716	57.6
60	14,143	17,795	55.7
61	13,687	18,130	57.0
62	13,413	17,603	56.8
63	13,300	16,540	55.4
平成元	12,572	16,200	56.3
2	11,557	14,896	56.3
3	10,211	13,831	57.5
4	9,714	12,417	56.1
5	9,504	12,532	56.9
6	9,233	12,517	57.5
7	9,233	12,138	56.8
8	9,053	12,316	57.6
9	9,160	12,829	58.3
10	9,292	12,948	58.2
11	9,870	13,256	57.3
12	10,459	13,256	55.9
13	11,291	14,423	56.1
14	11,990	15,318	56.1
15	12,386	15,784	56.0
16	12,836	16,690	56.5
17	13,605	16,420	54.7
18	14,503	16,081	52.6
19	15,465	15,832	50.6
20	15,792	15,840	50.1
21	15,324	14,854	49.2
22	14,975	14,471	49.1

(注) 矯正統計年報による。ただし、平成22年は同年報資料(仮集計)による。

資料⑥

第5表 仮釈放を許す旨の決定を受けた有期刑受刑者の刑執行率
(平成21年)

執行すべき刑期	総 数	59%以下	60～69%	70～79%	80～89%	90～94%	95%以上	
総 数	計	14,981 (100)	9 (0.1)	333 (2.2)	3,435 (22.9)	6,863 (45.8)	3,183 (21.2)	1,158 (7.7)
	初犯	10,750 (100)	7 (0.1)	328 (3.1)	3,257 (30.3)	4,824 (44.9)	1,705 (15.9)	629 (5.9)
	累犯	4,231 (100)	2 (0.0)	5 (0.1)	178 (4.2)	2,039 (48.2)	1,478 (34.9)	529 (12.5)
6 月以内	初犯	48	—	4	3	25	—	16
	累犯	6	—	—	—	5	—	1
1 年以内	初犯	672	1	19	152	349	143	8
	累犯	402	1	2	24	198	173	4
1 年 6 月 以 内	初犯	1,654	1	107	639	726	176	5
	累犯	824	—	0	64	537	219	4
2 年以内	初犯	1,866	2	48	776	741	202	97
	累犯	1,051	—	2	73	586	257	133
3 年以内	初犯	3,104	—	99	1,012	1,441	425	127
	累犯	1,300	1	1	13	561	567	157
5 年以内	初犯	2,576	2	45	593	1,223	494	219
	累犯	557	—	—	4	141	225	187
10年以内	初犯	763	1	6	80	300	239	137
	累犯	88	—	—	—	11	35	42
15年以内	初犯	64	—	—	2	18	26	18
	累犯	3	—	—	—	—	2	1
15年を 超える	初犯	3	—	—	—	1	—	2
	累犯	—	—	—	—	—	—	—

(注) 1 保護統計年報による。
2 ()内は構成比である。

資料⑦

第6表 有期刑仮釈放者の仮釈放期間別内訳（平成17～21年）

年次	総数	1月以内	2月以内	3月以内	6月以内	1年以内	2年以内	2年を超える
平成17年	16,407 (100.0)	240 (1.5)	2,619 (16.0)	2,808 (17.1)	5,805 (35.4)	4,179 (25.5)	705 (4.3)	51 (0.3)
平成18年	16,077 (100.0)	204 (1.3)	2,505 (15.6)	2,763 (17.2)	5,943 (37.0)	4,053 (25.2)	588 (3.7)	21 (0.1)
平成19年	15,830 (100.0)	152 (1.0)	2,615 (16.5)	2,848 (18.0)	6,089 (38.5)	3,645 (23.0)	462 (2.9)	19 (0.1)
平成20年	15,835 (100.0)	191 (1.2)	2,569 (16.2)	2,849 (18.0)	6,189 (39.1)	3,597 (22.7)	428 (2.7)	12 (0.1)
平成21年	14,848 (100.0)	188 (1.3)	2,444 (16.5)	2,690 (18.1)	5,798 (39.0)	3,349 (22.6)	359 (2.4)	20 (0.1)

(注) 1 保護統計年報による。
2 () 内は構成比である。

資料⑧

4-6-4-2表 保護観察終了者の再処分率・取消率等の推移

① 仮釈放者										(平成13年～22年)				
年次	保護観察 終了人員	再処分 人 員	再処分率	処 分 内 容								取消率	取 消・ 再処分率	
				懲役・禁錮				罰 金		拘留・ 科 料	起 訴 予			その他
				実刑	観 察 付 猶 予	単 猶 予	純 予	一般	交通					
13年	13,906	97	0.7	0.2	-	-	0.1	0.3	0.0	0.1	-	7.1	7.5	
14	14,697	134	0.9	0.4	-	-	0.1	0.3	0.0	0.1	-	7.1	7.5	
15	15,576	153	1.0	0.3	-	-	0.1	0.4	0.0	0.2	-	6.6	7.1	
16	16,539	177	1.1	0.5	-	-	0.1	0.3	0.1	0.1	-	6.2	6.7	
17	16,793	181	1.1	0.6	-	-	0.1	0.3	0.0	0.2	-	5.8	6.2	
18	16,496	133	0.8	0.4	-	-	0.1	0.2	0.0	0.1	-	6.3	6.6	
19	16,430	99	0.6	0.2	-	-	0.0	0.2	0.0	0.1	-	5.0	5.3	
20	16,054	109	0.7	0.4	-	-	0.0	0.1	0.0	0.1	-	4.5	4.7	
21	15,364	88	0.6	0.3	-	-	0.1	0.1	0.0	0.1	-	4.3	4.5	
22	14,481	82	0.6	0.2	-	-	0.1	0.1	0.0	0.1	-	4.2	4.4	

② 保護観察付執行猶予者											(平成13年～22年)			
年次	保護観察 終了人員	再処分 人 員	再処分率	処 分 内 容								取消率	取 消・ 再処分率	
				懲役・禁錮				罰 金		拘留・ 科 料	起 訴 予			その他
				実刑	観察付 猶 予	単 猶 予	純 予	一般	交通					
13年	5,286	1,875	35.5	30.5	0.0	-	1.5	2.6	0.1	0.8	-	32.5	37.2	
14	5,377	1,999	37.2	32.2	0.1	-	1.1	2.6	0.0	1.2	0.0	34.1	38.8	
15	5,391	1,917	35.6	30.3	0.0	-	1.4	2.5	0.1	1.2	-	32.7	37.7	
16	5,324	1,786	33.5	28.4	0.1	-	1.4	2.5	0.1	1.0	0.0	30.6	35.5	
17	5,261	1,809	34.4	29.3	0.0	-	1.3	2.4	0.0	1.3	0.0	32.1	36.9	
18	5,108	1,745	34.2	28.8	0.1	-	1.3	2.3	0.0	1.6	-	32.1	37.1	
19	4,816	1,467	30.5	25.3	0.1	-	1.5	1.9	0.0	1.6	-	28.4	33.1	
20	4,711	1,384	29.4	24.1	0.0	-	1.7	2.1	0.1	1.4	-	26.1	31.1	
21	4,576	1,331	29.1	24.1	0.1	-	1.6	1.9	0.2	1.2	-	26.4	31.3	
22	4,123	1,151	27.9	22.7	0.0	-	1.8	1.9	0.1	1.3	-	24.9	29.7	

注 1 保護統計年報及び法務省大臣官房司法法制部の資料による。
2 「再処分人員」は、保護観察期間中に再犯により刑事処分等（刑事裁判については、その期間中に確定したものに限る。）を受けた者の人員をいい、「再処分率」は、保護観察終了人員に占める再処分人員の比率をいう。「処分内容」の数値は、各処分内容別の再処分率である。
3 「観察付猶予」は、保護観察付執行猶予であり、「単純猶予」は、保護観察の付かない執行猶予である。
4 「罰金」のうち、「交通」は、危険運転致死傷、自動車運転過失致死傷等、道交違反並びに道路運送法、道路運送車両法及び自動車損害賠償保障法の各違反によるものであり、「一般」は、それ以外の罪によるものである。
5 「取消率」は、保護観察終了人員に占める遵守事項違反又は再犯により仮釈放又は保護観察付執行猶予を取り消された者の人員の比率をいう。
6 「取消・再処分率」は、保護観察終了人員に占める保護観察期間中に刑事処分等を受け、又は仮釈放等を取り消された者の人員（双方に該当する場合は1人として計上される。）の比率をいう。

論説

監査役および社外取締役への ストックオプション付与について

2011年4月入学

吉川 慶

I. はじめに

II. 日本の現状

- 1 監査役および社外取締役
- 2 インセンティブおよび報酬

III. スtockオプションの機能

- 1 エージェンシー問題への対処としての
ストックオプション
- 2 通常型ストックオプションと株式報酬
型ストックオプションとの比較

IV. 監査役および社外取締役へのストック オプション付与の評価

- 1 業務執行取締役の場合
 - (1) 業務執行取締役の任務
 - (2) 業務執行取締役の任務に照らした、ス
tockオプション付与の評価
 - (3) 業務執行取締役にストックオプション
を付与する場合の問題点
 - (4) 小括
- 2 監査役および社外取締役の場合

- (1) 監査役および社外取締役の任務
- (2) 監査役および社外取締役の任務に照ら
した、ストックオプション付与の評価
- (3) スtockオプション付与の問題点の考
慮の必要性
- (4) インセンティブの内容に影響を与える
他の条件
- (5) 小括

V. 監査役および社外取締役へのストック オプション付与をめぐる規律

- 1 現行法の規律
 - (1) 報酬決定権限
 - (2) 開示
 - (3) 最低責任限度額
- 2 望ましい規律
 - (1) 報酬決定権限
 - (2) 開示
 - (3) 最低責任限度額
 - (4) 社外取締役の導入および裁判所の審査
との関係

VI. 結び

I. はじめに

本稿は、報酬を役員のインセンティブを設計する手法と捉えた場合に、監査役および社外取締役役ストックオプションを付与することがどう評価されるか、ならびに監査役および社外取締役役へのストックオプション付与に関連してどのような規律を置くべきかを検討することを目的とする。

各章の内容は以下のとおりである。まずⅡで、日本における監査役や社外取締役の実態および役員報酬の実態について概観する。Ⅲでは、ストックオプションにどのような機能があるのかを検討する。あわせて、通常型ストックオプション（以下、権利行使価格が付与時の株価を基準とした価格に設定されるストックオプションを「通常型」という）と株式報酬型ストックオプション（以下、権利行使価格が1円と設定されるストックオプションを「株式報酬型」という）とで、機能に違いがあるのかも検討する。Ⅳにおいて、監査役や社外取締役にストックオプションを付与することがどのように評価できるかを、業務執行取締役へのストックオプション付与と対比する形で検討する。Ⅴでは、Ⅳの評価を踏まえ、監査役や社外取締役へのストックオプション付与に関して、どのような規律が必要となるかを検討する。

本稿の結論を簡略に示すと、以下のようになる。監査役および社外取締役に對してストックオプションを付与する場合には、業務執行取締役の場合に比べ、いっそう株主の慎重な判断を担保する必要がある。この観点から見ると、現行法の規律には不十分な部分があり、Ⅴで述べるような規律が必要である。

なお、本稿では、上場会社かつ監査役会設置会社であることを前提に検討することとする。

Ⅱ. 日本の現状

1 監査役および社外取締役

以下では、東京証券取引所の公表した資料に依拠して、日本の監査役や社外取締役の実態がどのようなものを概観する。

まず、組織形態に関しては、東証上場会社2294社のうち、監査役設置会社が2243社、委員会設置会社が51社と、監査役設置会社が大多数を占めている¹⁾。

監査役設置会社の全社が監査役会を設置している²⁾。1社当たりの監査役の平均人数は3.82名であり、うち2.53名が社外監査役である³⁾。

監査役設置会社のうち、47.6%の会社が社外取締役を選任している。社外取締役の1社当たりの平均人数は、監査役設置会社のうち社外取締役を選任している会社だけで見れば1.74名である。監査役設置会社のうち、取締役会の3分の1以上を社外取締役が占めている会社は8.8%、過半数を社外取締役が占めている会社は1.0%にとどまっている⁴⁾。

2 インセンティブおよび報酬

次に、インセンティブおよび報酬関係の状況を概観する⁵⁾。東証上場会社のうち、ストックオプション制度を実施している会社が31.4%、業績連動型報酬制度を導入している会社が19.7%となっている⁶⁾。

ストックオプション制度を導入している監査役設置会社のうち、社内監査役を付与対象者とする会社は25.5%、社外監査役を付与対象者としている会社も25.5%、社外取締役に付与対象者とする会社は20.5%存在している。また、社外取締役にストックオプションを付与している会社は、社外取締役を選任し

1) 株式会社東京証券取引所「東証上場会社 コーポレート・ガバナンス白書2011」16頁（2011年3月22日）。同白書における分析は、2010年9月10日現在の東証上場会社の報告書データに基づくものである。

2) 株式会社東京証券取引所・前掲注1)29頁。

3) 株式会社東京証券取引所・前掲注1)30頁。

4) 株式会社東京証券取引所・前掲注1)18-19頁。

5) 株式会社東京証券取引所・前掲注1)53-56頁。

6) 株式会社東京証券取引所・前掲注1)54頁。

ている会社のうち 21.9%（東証上場会社全体では 6.9%）を占める⁷⁾。

以上から、監査役または社外取締役にストックオプションを付与している会社は、多数とは言えないまでも、相当程度存在することがわかる。

Ⅲ. ストックオプションの機能

Ⅲでは、役員報酬としてストックオプションの利用が説かれる理由について整理したうえで、ストックオプションが与えるインセンティブの内容につき、通常型と株式報酬型とでどのような違いがあるかを検討する。

1 エージェンシー問題への対処としてのストックオプション

公開会社では、所有と経営が分離するため、役員が株主価値を図るよう行動することをいかに確保するかが問題となる。このような株主と役員とのエージェンシー問題を解決するための方法の一つとして、インセンティブ報酬の付与が考えられる。インセンティブ報酬を役員に付与することで、役員自身の利益と株主価値とが連動するようにすれば、役員が役員自身の利益を図ることが、同時に株主価値を図ることにもなるためである⁸⁾。

ストックオプションは、インセンティブ報酬の代表例ということができる。ストックオプションを付与された役員は、株価が上昇すればするほど大きな利益を得ることができる。そのため、ストックオプション付与により、役員に、株価上昇のインセンティブを与えることができる⁹⁾。多くの場合、株価上昇は株主価値の増大につながるため、エージェンシー問題の解決の手段たりえることにな

る¹⁰⁾。

役員が任務を懈怠した場合に損害賠償責任を認めることで、企業価値を毀損する行為を慎むインセンティブを与えることは可能であるが、企業価値や株主価値を積極的に増大させるインセンティブを与えることはできない。ストックオプション付与は、株価上昇のインセンティブを与えることで、株主価値増大のインセンティブを与えることができる点に特色があるといえる。

通常型ストックオプションと株式報酬型ストックオプションとの比較

では、権利行使価格が付与時の株価を基準とした価格である通常型と、権利行使価格が1円である株式報酬型とで、付与対象者に与えるインセンティブにどのような違いがあるのだろうか。大きく異なるのは、当該ストックオプションが与える株価上昇のインセンティブの強度および株価下落の際のダウンスайдリスクの有無である¹¹⁾。

まず、株価上昇のインセンティブの強度は、通常型の方がより強いものとなる。権利行使価格が高く設定されている分だけ、通常型の方が株式報酬型より一単位当たりのストックオプションの値段が割安となる。そのため、付与総額が同じであれば、通常型の方が株式報酬型よりもストックオプションの付与数が多くなるので、株価上昇に対する権利行使利益の増加分が大きいことになるためである。

次に、通常型では役員がダウンスайдリスクを一切負わないのに対して、株式報酬型ではダウンスайдリスクも負うという点が異なる。通常型の場合、株価が権利行使価格を下回った場合には権利行使をしなければ済むた

7) 株式会社東京証券取引所・前掲注 1)56 頁。

8) 伊藤靖史「インセンティブ報酬（ストック・オプション）および市場による規律」法セ 648 号 26 頁、26-27 頁（2008）。

9) 伊藤・前掲注 8)27-28 頁および伊藤靖史「役員へのストック・オプションの付与と報酬規制の関係」浜田道代＝岩原伸作編『会社法の争点』ジュリ増刊 88 頁、88 頁（2009）。

10) もっとも、ストックオプションを付与することによって生ずる問題点も指摘されている。それらの問題点については、IV 1(3)を参照。

11) タワーズペリン編『「経営者報酬」の実務詳解』48-49 頁（中央経済社、2008）。

め、株価が権利行使価格を下回っている場合には、いくら株価が落ちようと（ストックオプションに関する限りでは）役員の実害に影響がない。他方、株式報酬型の場合、権利行使価格が1円であるため、会社が破綻しない限りは、株価下落も常に役員の実害となる。

監査役および社外取締役への IV. スtockオプション付与の評価 価

IIIで検討したストックオプションの機能を踏まえたうえで、IVでは、役員に任務実行のインセンティブを与えるか否かという観点から、監査役および社外取締役にストックオプションを付与することの評価を行う。まず、業務執行取締役に対するストックオプションについてどのような議論がなされているかを概観し、その次に、業務執行取締役と対比する形で、監査役および社外取締役にストックオプション付与について検討する。

なお、以下では、通常型ストックオプションを念頭において検討する。株式報酬型ストックオプションについては、IVの注43)で簡単に検討する。

1 業務執行取締役の場合

(1) 業務執行取締役の任務

業務執行取締役の任務は、業務執行の決定およびその遂行行為である業務の執行である。取締役会設置会社では、業務執行の決定は、取締役会において行うのが原則であり（会社法362条2項1号。以下、条文数のみで会社法の条文を引用する）、また重要事項

以外については個々の取締役に決定を委任することもできる（同条4項）。そして、業務執行は権限を有する個々の取締役が行う。

(2) 業務執行取締役の任務に照らした、ストックオプション付与の評価

業務執行決定においては、事業の失敗の恐れなども勘案しつつ、適切なリスクテイクがなされることが望ましい。そのため、適切な経営判断が行われれば、企業価値が増大し、ひいては株価が上昇する可能性が高くなるといえる。また、業務執行を適切に行うことは、企業価値を増大させ、ひいては株価を上昇させることにつながると思われる。

したがって、業務執行取締役にストックオプションを付与することは、業務執行取締役に対して任務実行のインセンティブを与えることができる。

(3) 業務執行取締役にストックオプションを付与する場合の問題点

しかし、その一方で、業務執行取締役・経営者へのストックオプションの付与については、いくつか問題点も指摘されている。大きく分けて、以下の三点が挙げられる。

第一は、取締役の努力によらない株価上昇によっても役員の実害額が増大してしまう点である。たとえば①経営者個人の努力と無関係な株価の上昇によっても、役員報酬が増大してしまう場合がある¹²⁾、②オプション付与ないし行使のタイミングに合わせて、経営者が自分に都合の良い情報をリリースする恐れがあり、その結果報酬が過大となってしまう場合がある¹³⁾、③経営者が会計情報等の情報を操作する恐れがある¹⁴⁾などの指摘がされている。

第二は、株価上昇のインセンティブを与え

12) LUCIAN BEBCHUK & JESSE FRIED, PAY WITHOUT PERFORMANCE 138-140 (2004), 伊藤靖史「米国における役員報酬をめぐる近年の動向——1990年代の役員報酬額の増加と2000年代初頭の不祥事の後で——」同志社法学58巻3号1頁, 33頁(2006), 伊藤靖史「役員報酬の守られなかった約束」アメリカ法2006-1号80頁, 84頁(2007), 久保克行『コーポレート・ガバナンス 経営者の交代と報酬はどうあるべきか』173-174頁(日本経済新聞出版社, 2010), 宮島英昭「役員報酬制度とコーポレート・ガバナンス——適切な報酬制度の設計に向けて」監査役572号94頁, 95頁(2010)。胥鵬「経営者の報酬制度とコーポレート・ガバナンス」フィナンシャル・レビュー68号79頁, 88頁(2003), BEBCHUK & FRIED, *op. cit.*, at 161が指摘している、オプションの行使価格が付与時の株価と等しく設定されているという問題も、この問題に含まれる(理由を問わず、付与時から行使期間までの間に株価が上昇すれば、取締役の報酬額が増大することになるため)。

13) 胥・前掲注12)88頁, BEBCHUK & FRIED, *supra* note 12, at 163-64, 伊藤・前掲注12)「米国における役員報酬をめぐる近年の動向」33頁, 宮島・前掲注12)95頁。

14) 伊藤・前掲注8)29頁, 伊藤・前掲注9)88頁。

ることが、必ずしも長期的な株主価値の増大へのインセンティブを与えることとはなっていないという点である。たとえば、①経営者が短期的な株価上昇につながる近視眼的戦略を選択する恐れがある¹⁵⁾といった指摘がされている。また、②通常型ストックオプションの場合、経営者がダウンスайдリスクを負わないため、過度のリスクテイクの恐れが強くなる¹⁶⁾と指摘されている。

第三は、そもそもエクイティ報酬の付与が必ずしも株価上昇へのインセンティブを与えているわけではないという点である。たとえば、①経営者が既に株式や未行使ストックオプションを保有している場合、オプションの新規付与を受けた後に持株を売却する可能性があるため、必ずしも経営者の株式保有比率が高まるとは限らない¹⁷⁾、②経営者がヘッジを行うことによって、期待された効果が生じなくなっている場合がある¹⁸⁾、③ストックオプションの行使価格の引き下げなどの報酬体系の変更や、株価下落後におけるエクイティ報酬の新規付与が行われてしまうと、株価上昇のインセンティブが減殺されてしまう¹⁹⁾といった指摘がされている。

(4) 小括

以上まとめると、業務執行取締役にストックオプションを付与することは基本的には任務実行のインセンティブを与えるものということができるが、他方、適切な任務実行によらずに株価を上昇させるインセンティブも与えてしまうという弊害がある、株価上昇への

インセンティブの強度を調整する必要がある、報酬によって設計されたインセンティブ構造を取締役が変更してしまわないようにする必要のあるといった問題点もあるということができる。

2 監査役および社外取締役の場合

では、監査役および社外取締役に對するストックオプション付与はどうであろうか。

監査役および社外取締役の場合、業務執行取締役と異なり、「ストックオプションを付与することが、任務実行のインセンティブを与えるか」ということ自体問題になりうると考えられる。ストックオプションは株価上昇へのインセンティブを与えるものである。そのため、ストックオプションが任務実行のインセンティブを与えるというためには、当該役員の任務が、適切な任務実行をすれば株価上昇につながるという性質のもでなければならない。そうすると、監査役および社外取締役の適切な任務実行が、株価上昇につながるといえるかどうか問題となる。

(1) 監査役および社外取締役の任務

まず、監査役または社外取締役に期待されている任務の内容がどのようなものであるかを検討する。監査役または社外取締役に期待されている任務の内容としては、①適法性のモニタリング、②妥当性のモニタリング、③助言機能、④透明性の向上といったものが挙げられる²⁰⁾。

15) 伊藤・前掲注 9)88 頁、宮島・前掲注 12)95 頁、尾崎悠一「金融危機と役員報酬規制」資本市場研究会編『金融危機後の資本市場法制』129 頁、156-157 頁（財経詳報社、2010）。報酬が単年度主義で支払われると、就任期間中一年でも好業績の年があれば、退任時に大きく業績を悪化させたとしても、巨額の報酬を手になくしてしまうという批判につき、久保・前掲注 12)172-173 頁。

16) 胥・前掲注 12)86-87 頁、宮島・前掲注 12)95 頁、尾崎・前掲注 15)156 頁。

17) 胥・前掲注 12)87 頁、BEBCHUK & FRIED, *supra* note 12, at 177.

18) BEBCHUK & FRIED, *supra* note 12, at 176-177、伊藤・前掲注 12)「米国における役員報酬をめぐる近年の動向」33 頁、伊藤・前掲注 12)「役員報酬の守られなかった約束」84 頁。

19) 胥・前掲注 12)87-88 頁、BEBCHUK & FRIED, *supra* note 12, at 164-67、伊藤・前掲注 12)「米国における役員報酬をめぐる近年の動向」33 頁、伊藤・前掲注 12)「役員報酬の守られなかった約束」84 頁、久保・前掲注 12)174 頁。

20) 本稿では、取締役会の機能および社外取締役の機能としていずれを重視すべきか、アドバイザリーモデルとモニタリングモデルのどちらが望ましいかという問題や、取締役会の決議事項の範囲をどのように法定すべきかという問題については、取り扱わない。なぜなら、本稿の主題である「役員に期待されている任務内容に照らして、ストックオプション付与が適切か」という問題は、「期待されている任務を果たすためには、どのような機関構成をとる必要があるか」「どのような権限分配が適切か」という問題とは独立に扱うことが可能であると考えられるためである。前者の問題については落合誠一「独立取締役の意義」新堂幸司＝山下友信編『会社法と商事法務』219 頁（商事法務、2008）を、後者の問題については齊藤真紀「監査役設置会社における取締役会」森本滋

①適法性のモニタリングは、監査役と社外取締役の双方に期待される役割である。

具体的な内容としては、監査役の場合、業務監査および会計監査²¹⁾が中心となる。業務監査の中でも、内部統制システムの監査が重要な意味を持つ²²⁾。社外取締役の場合は、取締役会における内部統制システムの構築および運用が中心となる²³⁾。

②妥当性のモニタリングは、社外取締役に期待される役割といえる²⁴⁾。監査役にも妥当性のモニタリングを期待する見解もある。しかし、監査役には代表取締役の選定および解職や、報酬額の決定といった権限がないため、監査役が妥当性のモニタリングを行うことには、限界があると思われる²⁵⁾。

妥当性モニタリングの具体的な内容は、一定の業績目標の達成度に関する事後的な評価である²⁶⁾。全くの職務怠慢など極端な例や、

後述する利益相反事項のチェックを除けば、個別の業務執行行為に照準を合わせたモニタリングまで予定されているわけではない²⁷⁾。妥当性モニタリングは、業務執行取締役の報酬額の決定や、代表取締役の人事を通じて、実現されることになる²⁸⁾。

なお、利益相反性の監視と呼ばれる事項については、適法性モニタリングか妥当性モニタリングのいずれかに分類することができると思われる²⁹⁾³⁰⁾。たとえば、横領や特別背任、粉飾決算を防止することは適法性モニタリングに含まれ、他方、冒険的な経営を防止することや、経営陣が過度にリスク回避的になっている場合に適切なリスクテイクを促すこと³¹⁾は、妥当性モニタリングに含まれると考えられる。利益相反事項の個別的チェック、たとえば利益相反取引の承認決議や、敵対的買収への対応、配当額の決定、赤字事業

還暦『企業法の課題と展望』161頁（商事法務，2009），大杉謙一「取締役会の監督機能の強化（上）——社外取締役・監査役制度など——」商事1941号17頁，19-20頁（2011），大杉謙一「取締役会の監督機能の強化（下）——社外取締役・監査役制度など——」商事1942号18頁，18-20頁（2011）を参照。

21) 公益社団法人日本監査役協会「監査役監査基準」（2011年3月10日）参照。具体的な権限である調査権限，是正権限および報告権限については，江頭憲治郎『株式会社法（第4版）』490-495頁（有斐閣，2011）参照。

22) 公益社団法人日本監査役協会「内部統制システムに係る監査の実施基準」（2011年3月10日）参照。

23) 中村直人『社外取締役』39頁（商事法務，2004），齊藤「企業統治」商事1940号18頁，20頁（2011）。

24) 本稿では、「妥当性モニタリングの機能を発揮させるためには，社外取締役につきどのような要件を要求すべきか」という問題，具体的には社外性の要件の内容をどのように定めるべきかという問題および独立性を要求すべきか否かという問題については扱わない。「役員に期待されている任務内容に照らして，ストックオプション付与が適切か」という本稿の主題と，「期待されている任務を果たすためには，どのような人物である必要があるか」という問題とは独立に扱うことが可能であると考えられるためである。これらの問題については，たとえば，落合・前掲注20)および大杉・前掲注20)「取締役会の監督機能の強化（下）」24頁参照。

また，注20)で述べたのと同様の理由から，本稿では，「社外取締役の設置強制が望ましいか」という問題についても取り扱わない。この問題については，たとえば，齊藤真紀・前掲注23)22-23頁，大杉・前掲注20)「取締役会の監督機能の強化（上）」20-22頁参照。

25) 中村・前掲注23)14-15頁，大杉謙一「監査役制度改造論」商事1796号4頁，6-7頁（2007），大杉謙一「株主による経営者の直接的な監視および取締役会・監査役会による監視」法セ648号19頁，24頁（2008）。

26) 齊藤真紀・前掲注23)22頁。川濱昇「取締役会の監督機能」森本滋ほか編『企業の健全性確保と取締役の責任』3頁，28頁（有斐閣，1997），中村・前掲注23)26-28頁も同旨。

27) 川濱・前掲注26)28頁，齊藤真紀・前掲注23)22頁。

28) 川濱・前掲注26)29頁，齊藤真紀・前掲注23)22頁，大杉・前掲注20)「取締役会の監督機能の強化（上）」19頁。

29) 齊藤真紀・前掲注23)20頁参照。

30) 株式保有構造の分散の程度によって，問題となる利益相反の内容は変わると考えられる。株式保有が分散している場合には，取締役と株主間の利益相反が主に問題になる。これに対し，株式保有が集中している場合には，大株主と少数株主との間の利益相反が問題になってくる。神作裕之「取締役会の実態とコーポレート・ガバナンスのあり方」商事1873号17頁，25頁（2009）。

しかし，どちらの場合も，任務内容としては妥当性モニタリングという限りで同一であり，任務実行と株価上昇との関係に特に違いがあるとは思われないので，以下では，一括して扱うこととする。

31) 武井一浩『監査委員会設置会社』の解禁」商事1900号13頁，17頁（2010）。後者につき，奈須野太「独立役員制度と今後の企業統治の在り方」金法1909号41頁，49頁（2010）。

の清算の決定³²⁾といった内容も、妥当性モニタリングに含まれると考えられる。

③助言機能は、社外取締役の一部に期待されている役割といえる。経験や知識を生かし、経営戦略に対して助言を行う機能である³³⁾。

④透明性の確保機能は、社外取締役に期待されている役割といえる。たとえば、外部の人間である社外取締役に納得できるような説明がなされることで、業務執行が企業価値増大のために行われていることが外からも見えやすくなる³⁴⁾、外部の目を入れることで会社経営に緊張感を与え、公正な社風をもたらす³⁵⁾などの効用が期待されている。

(2) 監査役および社外取締役の任務に照らした、ストックオプション付与の評価

では、①～④の各任務を適切に果たすことが、株価上昇につながるといえるだろうか。

まず、①適法性モニタリングを行うことは、積極的な株価上昇とはつながりにくいものと思われる。その理由は、以下の二点である。第一に、内部統制システムの構築運用などに尽力しても、その尽力が株主に観察されとは限らない³⁶⁾。適切に内部統制システムを構築することで、問題を未然に防ぐことができた場合には、株主の視点からは何も起こらなかったことになるためである。第二

に、尽力が株主に観察可能な形になったところで、株価が上昇するとは限らない。結果として問題の発生を防ぐことができたとしても、会社内部に問題の火種が存在していたことが発覚すれば、株価の上昇にはつながりがないと思われる。

②妥当性モニタリングについては、基本的には株価上昇とはつながりにくいものの、会社の状況次第では、株価上昇につながる場合もあると考えられる。

妥当性モニタリングは、適切な業務執行の決定を担保するための機能であり、株価上昇との関係は、「妥当性モニタリング→適切な業務執行決定→株価上昇」という間接的な関係にとどまる。そのため、基本的には株価上昇とのつながりはそれほど密接ではない。

しかし、以下の二つの場合には、妥当性モニタリングと株価上昇とがより密接につながるとと思われる。第一に、今後の成長が見込まれる会社や、新たに取り組んだ業務分野に関して、妥当性モニタリングを行う場合である。なぜならば、適切な業務執行を担保することが、収益性の増加につながるため、モニタリングが株価上昇とよりつながりやすいからである。第二に、現状において非効率な会社経営が行われている場合である。たとえば、経営者がリスクを恐れ過度に保守的な経

32) 中村・前掲注 23)30-33 頁。また、東京証券取引所上場制度整備懇談会「独立役員に期待される役割」商事 1898 号 35 頁、35-37 頁（2010）は、独立役員の役割は一般株主の利益保護であると述べ、また一般株主の利益に配慮することが必要な場面の例として、MBO、買収防衛策、第三者割当増資を挙げている。その趣旨は、独立役員に妥当性モニタリングを期待するというのとはほぼ同様と考えられる。

33) 中村・前掲注 23)24 頁、神作・前掲注 30)23 頁。

株式会社東京証券取引所・前掲注 1)27 頁によれば、社外取締役に選任する理由として、71.2%の社外取締役に付き「専門性」と記載されており、専門性の一つの例として、当該業種に関する知識が豊富であることが挙げられている。また、齋藤卓爾「日本企業による社外取締役導入の決定要因とその効果」宮島英昭編著『日本の企業統治』181 頁、188-189 頁（東洋経済新報社、2011）によれば、2008 年において社外取締役となっていた者 463 名のうち、銀行関係者、弁護士、学者、会計士、元官僚などを抑えて、現役の経営者・退任後の経営者が多数（合計 206 名）を占めている。これらは、社外取締役に期待される役割の一つに、助言機能がありうることを示すものといえるだろう。

「そもそも社外取締役に助言機能を期待すべきか」という問題については、本稿では取り扱わないことにつき、注 24) を参照。

34) 中村・前掲注 23)36-37 頁が「アカウンタビリティのチェック」、武井一浩「独立取締役の地位と職責」富山和彦＝落合誠一監修『独立取締役ハンドブック』11 頁、21-22 頁（中央経済社、2010）が「対外的説明責任」と指摘する機能に対応する。

35) 中村・前掲注 23)41 頁が「企業風土の改善」、武井・前掲注 34)23 頁が「社内特有の論理にとらわれない客観的基準を導入する機能」と指摘する機能に対応する。

36) 監査役の権限行使につき、外から見えない権限行使こそ重要であることを指摘するものとして、山口利昭「監査役の権限」岩原紳作＝小松岳志編『会社法施行 5 年 理論と実務の現状と課題』ジュリ増刊 37 頁、40-41 頁（2011）。

営判断を行っている場合、経営者が冒険的な経営を行っている場合、業績の低下に際して大規模な改革が必要であるにもかかわらず、改革の実行をためらっている場合、過度に事業の多角化が進められている場合などが挙げられる。この場合は、妥当性モニタリングによって、問題ある経営が改められることで、収益の増加につながり、ひいては株価上昇につながると思われるためである³⁷⁾。

③助言機能についても、最終的に判断を下すのは業務執行取締役であるため、基本的には株価上昇との関係は間接的なものにとどまると思われる。ただし、以下の条件のいずれかを満たす場合には、株価上昇につながりやすいと考えられる。第一は、助言が、大局的判断に対してではなく、個別の業務執行決定に対するものであることである。第二は、会社に成長性が見込めること、または、会社の規模がある程度大きくても、助言対象となる事業が新たにに取り組む事業であって収益の拡大につながりうることである。両方の条件を満たす場合には、助言機能と株価上昇とのつながりがより認められやすくなるであろう。

④透明性向上については、透明性向上が株主から好意的に評価され、株価の上昇につながるというシナリオも十分ありうると思われ

る³⁸⁾。もっとも、④の機能を果たすことで株価が上昇するためには、現状において透明性が低いと株主に評価されていることおよび当該社外取締役の独立性が認められることなどの条件が必要となると考えられる。また、上場会社の大半が社外取締役を導入した場合には、透明性向上が株価の上昇につながるのか定かではなくなるだろう。その意味において、透明性向上が株価の上昇につながるか否かは、②と同様、当該会社の状況次第と思われる。

要約すると、以下のようによい。①適法性モニタリングは株価上昇とつながりにくい。②妥当性モニタリング・③助言・④透明性は、基本的には株価上昇と直結はしないが、当該会社の状況(②、③の第二の条件、④)や当該役員に期待される役割(③の第一の条件)によっては株価上昇とつながりやすい。

以上を踏まえ、①から④の各任務の適切な実行のインセンティブを与えるために、ストックオプションの付与が適切といえるかを検討すると、以下のようになると思われる。

②から④の役割が期待される役員のうち、その任務の実行が株価上昇とつながりやすいといえる条件を満たしている場合には、ス

37) 久保・前掲注12)94-102頁は、日本企業では業績の悪化が社長交代に結びつかないことを指摘する。同98-99頁は、日経225採用企業につき1992年から2006年までのデータを分析した結果、ROA1%の上昇で交代確率が0.59%しか変化しないとしている。

この分析結果を前提とするならば、業績悪化時における代表取締役の交代が、妥当性モニタリングの重要な内容をなすといえる場合は、十分に考えられる。

38) 現に海外からは独立取締役ないし社外取締役の導入により企業の透明性を高めるべき旨が主張されている。たとえば、最低3人の独立社外取締役を指名すべきである旨、長期的には社外取締役を取締役会の2分の1まで増員する旨などを提案するものとして、Asian Corporate Governance Association (ACGA)「ACGA 日本のコーポレート・ガバナンス白書」7頁、21-26頁(2008年5月15日)。独立取締役制度の導入が必要である旨および独立取締役の要件を主張するものとしてAsian Corporate Governance Association (ACGA)「ACGA 日本のコーポレート・ガバナンス改革に関する意見書」7-11頁(2009年12月15日)。

また、議決権行使助言会社のInstitutional Shareholder Services Inc. (ISS)は2012 Japan Proxy Voting Summary Guidelines, 6-8 (Dec, 19, 2011)の中で、2013年から施行予定という留保をつけながら、監査役設置会社につき、取締役会に社外取締役(ただし、独立性は問わないとされている)が一人もいない場合には、経営トップに反対することを推奨するとしている。

したがって、独立取締役ないし社外取締役を導入し、外国人投資家の声に答えることは、株価上昇につながりうると思われる。

また、内田交謹「取締役会構成変化の決定要因と企業パフォーマンスへの影響」商事1874号15頁、20-21頁(2009)は、2003年度または2004年度に社外取締役数を増加させた244社につき、会計ベースのパフォーマンス指標(ROA)には明確な改善効果が観察されない一方、株式市場ベースでのパフォーマンス指標(Tobin's Q)に優位な改善が観察されるとしている。この結果は、社外取締役導入により会社の透明性が高まることから、投資家に好意的に評価され、株価が上昇するというシナリオが現実的でありうることを示すものと解釈しうるのではなかろうか。

ストックオプションの付与が任務実行のインセンティブを与えるものと評価できる。他方、①の役割が期待される役員の場合や、②から④の役割が期待される役員のうち、株価上昇とつながりやすいといえる条件を特に満たしていない場合には、ストックオプションの付与が任務実行のインセンティブを与えるものとはいえないと考えられる。

(3) スtockオプション付与の問題点の考慮の必要性

ストックオプションを付与するかどうかを考える際には、ストックオプションの問題点も考慮する必要がある。とりわけ、ある時点の株価がストックオプションの行使価格を上回っている場合には、アップサイドの利益は大きいダウンサイドのリスクを負わないという通常型ストックオプションの特徴のために、IV 1 (3)で掲げた第二の問題点が前面に出てきやすい。そうすると、適法性モニタリングおよび妥当性モニタリングの任務を懈怠するインセンティブを与えることになってしまう。

そのため、ストックオプションの付与が任務実行のインセンティブを与えない場合には、かえって任務懈怠のインセンティブだけを与えるという恐れがあることに留意する必要がある。

(4) インセンティブの内容に影響を与える他の条件

IV 2 (2)では、任務実行のインセンティブとストックオプションとの結びつきを検討したが、その他にもストックオプションの付与が役員に与えるインセンティブの内容に対して影響を与える要素はいくつか考えられる。本款では、三点につき検討する。

a 監査役および社外取締役が負う責任の限定

社外監査役および社外取締役については、責任限定契約を締結することが可能である(427条)が、責任限定契約が締結されている場合³⁹⁾には、現行法上ストックオプション

を付与することによる弊害が顕在化しやすくなっているといえる。

理由は以下の通りである。責任免除額は、役員等が負う賠償責任額から最低責任限度額を減じた額(425条1項)に制限される。社外監査役および社外取締役の最低責任限度額は①会社から職務執行の対価として一事業年度中に受ける財産上の利益の合計額の二倍(425条1項1号ハ)、②有利発行として引き受けた新株予約権を就任後に行使または譲渡した場合の利益の全額(425条1項2号、会社法施行規則(以下「会社則」と略す)114条)の合計である。職務執行の対価として付与された新株予約権については、付与時における当該新株予約権の公正価値が①に含まれるものの、その行使または譲渡による利益は②に含まれない⁴⁰⁾。よって、職務執行の対価として新株予約権が付与された場合、最低責任限度額はストックオプション付与時のオプションの公正価値を基礎に計算されることになる。すると、オプション行使時に役員の任務懈怠に基づく株価上昇が生じており、その際にオプションを行使し株式を売却して転売益を得たという場合であっても、当該転売益は最低責任限度額に含まれない。つまり、転売益を吐き出さずに済むことになる。したがって、責任限定契約が締結されている場合に報酬規制に従ってストックオプションを付与してしまうと、転売益の獲得を目的に、役員が任務を懈怠するインセンティブを与えてしまうからである。

また、社内監査役も含め、株主総会の特別決議または定款の定めに基づく取締役会の決定により、責任の一部免除も可能である(425条および426条)。総会の特別決議による場合は、責任の一部免除にあたって事後的な決定が要件とされているため、先に述べた弊害が生じる恐れは小さくなっているといえよう。しかし、定款により取締役会の決定で責任の一部免除が可能とされている場合には、なお弊害は残るかもしれない。

39) 株式会社東京証券取引所・前掲注1)27頁、35頁によれば、監査役設置会社において、会社との間に責任限定契約を締結する社外取締役は71.0%を、社外監査役は55.1%を占める。

40) 江頭・前掲注21)449-450頁注20、山田泰弘「取締役等の責任の一部免除と和解」浜田道代＝岩原紳作編『会社法の争点』ジュリ増刊164頁、164頁(2009)。

b 監査役および社外取締役の保有株式数・新株予約権数

監査役および社外取締役の保有株式数・新株予約権数が多いほど、株価上昇によって得られる利益が大きくなる。そのため、ストックオプションの付与が任務実行と結びつかない場合には、任務を懈怠して株価を上昇させるインセンティブだけが高まってしまう。ストックオプションの付与が任務実行のインセンティブにつながる場合であっても、過剰な株価上昇のインセンティブを与えることになる恐れがある。したがって、監査役等がすでに株式または新株予約権を一定数保有している場合は、ストックオプションを付与するか否かにつき、より慎重な判断が必要になるといえよう。

c 業務執行取締役の保有株式数・新株予約権数

業務執行取締役が株式や新株予約権を大量に保有していれば、業務執行取締役は株価上昇によって多額の利益を得られるため、過度のリスクテイクをする恐れが高まる。そのため、過度のリスクテイクを防止するためのモニタリング⁴¹⁾の実効性を確保することが重要になってくる。しかし、この場合に監査役および社外取締役にストックオプションを付与してしまうと、株価上昇を優先する結果、任務を懈怠するインセンティブを与えかねない。したがって、業務執行取締役が多数株式や新株予約権を保有している場合は、監査役および社外取締役へのストックオプション付与は否定される方向に傾くと思われる⁴²⁾。

(5) 小括

監査役および社外取締役に對してストック

オプションを付与する際には、ストックオプションが与える任務実行のインセンティブと、任務懈怠のインセンティブとのどちらが大きいかを総合判断したうえで、付与するか否かの決定がなされる必要があると思われる。その際、基本的な考慮要素となるのは、任務実行と株価上昇の結びつき (IV 2 (2) で検討した点) と、ストックオプションを与えることによる弊害 (IV 2 (3) で検討した点) である。IV 2 (4) で挙げた三点も付随的な考慮要素となるといえる⁴³⁾。

a 監査役

監査役の場合、監査役に期待される任務である適法性モニタリングの適切な実行と、株価上昇との間にそもそもつながりが希薄である。任務実行のインセンティブとは異なる観点からストックオプションの付与が必要となる場合もありうる⁴⁴⁾が、その場合には、任務実行のインセンティブの観点からは問題がありうることを踏まえてなお付与が望ましいといえる必要があると思われる。

そのため、ストックオプションを付与する際には、株主価値に資するといえるかどうかについて、株主の慎重な判断を担保する必要があると思われる。

b 社外取締役

ストックオプションが、社外取締役に對して任務実行のインセンティブを与えるか否かには、「当該社外取締役にどのような機能を期待するか」および「当該会社の現状をどのように評価するか」が大きく影響することになる。そのため、社外取締役にストックオプションを付与するかどうかは、その会社のガバナンス構造において社外取締役にどのよう

41) 適法性モニタリング、妥当性モニタリングの両方が問題になりうると思われる。

42) もっとも、久保・前掲注 12)153-165 頁は、日本の経営者報酬は、株式投資収益率や株式時価総額とほとんど連動していないため、日本の経営者には株価を増大させるインセンティブが乏しいことを指摘している。そのため、ここで述べた問題を、そこまで重視すべき必要はないということではできる。

43) 株式報酬型ストックオプションの場合、付与対象者がダウンスайдリスクを負うため、IV 1 (3) で掲げた第二の問題点はある程度緩和される。しかし、株価が下がることを恐れ粉飾決算の露見を防ごうとするなどの、任務懈怠のインセンティブを与える懸念はなお存在する。そのため、通常型ストックオプションより程度は弱いものの、やはり弊害もあるといえる。他方、任務実行のインセンティブを与えるか否かについては、IV 2 (2) で検討したところと同様のことがいえると思われる。

したがって、株式報酬型の場合も、通常型と同じように、任務実行のインセンティブと任務懈怠のインセンティブを総合判断して、付与するか否かの決定がなされるべきであると考えられる。

44) たとえば、江頭・前掲注 21)501 頁が指摘するように、ベンチャー企業等において人材を得るために必要である場合が考えられる。

に位置づけるかという基本的な判断と直結することになる。

そのため、社外取締役に対するストックオプション付与にあたっては、株主の判断を介在させるようにする仕組みが必要になると思われる。

監査役および社外取締役への V. スtockオプション付与をめぐる規律

Vでは、監査役および社外取締役へのストックオプション付与をめぐる、どのような規律がなされることが望ましいかを検討する。まず、現行法の規律がどのようなものかを概観する。次に、IVの最後で述べた観点、すなわち監査役および社外取締役に対しストックオプションを付与する際には株主の判断を担保する仕組みが必要であるという観点から、現行法の規律が妥当といえるかどうか検討を行う。

1 現行法の規律

(1) 報酬決定権限

a 監査役

監査役の報酬等は、定款または株主総会決議でその額を定める必要がある(387条1項)が、監査役が二人以上ある場合で定款または株主総会が各自の報酬額を定めていないときは、定款または総会決議の範囲内で、監査役の協議によって個々の監査役の報酬額が定められる(同条2項)。

ストックオプションの付与については、新株予約権の有利発行規制の適用と、報酬規制との両方が問題になる⁴⁵⁾。

まず、有利発行規制について述べる。会社法の下では、監査役による役務の提供の対価と認められる範囲内で新株予約権を発行すれば、有利発行にあたらないと考えられている。役務の提供の対価と認められるかどうかは、新株予約権の公正価値が、株主総会決議によって決議された報酬額の範囲内かどうかで決まることになる⁴⁶⁾。有利発行にあたらない場合には、取締役会設置会社では、取締役会が募集新株予約権の募集事項を決定することが可能となる(240条1項、238条2項)。有利発行にあたる場合または有利発行にあたらずとも念のために特別決議を得ることとした場合には、238条1項の事項の定める募集事項および発行会社が任意に定めた新株予約権の内容⁴⁷⁾につき、株主総会の特別決議で定めることになる(238条2項)。

次に、報酬規制に関して述べる。監査役に対するストックオプションの付与方法については、説が分かれている。立案担当者は、ストックオプションについて額が定まるものであれば支給が可能であるとし、その場合、定款または株主総会では387条1項および2項に基づき監査役に対する報酬額を定めれば足り、ストックオプションの付与方法や具体的内容等を定めることは不要であると説明している⁴⁸⁾。他方、監査役の報酬についても361条1項各号および2項を類推適用すべきという立場⁴⁹⁾からは、取締役に対しストックオプションを付与する場合と同様、新株予約権

45) 伊藤・前掲注9)88頁。

46) 伊藤・前掲注9)88-89頁、江頭憲治郎「子会社の役員等へのストック・オプションの付与」商事1863号4頁、4-5頁(2009)、江頭・前掲注21)426-427頁、神田秀樹『会社法(第14版)』153-154頁(弘文堂、2012)。

ただし、子会社役員に対して親会社のストックオプションを付与する場合、有利発行規制を受けるかどうかについては争いがある。原則として有利発行規制を受けるとする見解として、江頭・「子会社の役員等へのストック・オプションの付与」5-7頁、江頭・前掲注21)427頁、神田・同154頁。少なくとも完全親子会社を前提にすれば、有利発行規制を受けないとする見解として、澤口実=石井裕介「ストック・オプションとしての新株予約権の発行に係る問題点」商事1777号35頁、36頁(2006)。断定を避ける落合誠一編『会社法コンメンタール8——機関(2)』183-184頁〔田中亘〕(商事法務、2009)も参照。もっとも、本稿では、これ以上この問題には立ち入らない。

47) 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール6——新株予約権』46頁〔吉本健一〕(商事法務、2009)。911条3項12号ハを参照。たとえば、行使条件などが該当する。

48) 相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法』408頁(商事法務、2006)。

49) 江頭・前掲注21)501頁、落合編・前掲注46)435頁〔田中亘〕。なお、太田洋ほか編集代表『新株予約権ハ

自体を報酬として支給する方法または相殺構成による方法がとられることになる⁵⁰⁾。

b 社外取締役

社外取締役の報酬については、取締役の報酬と同様に定められることになる。取締役の報酬等は、361条1項1号ないし3号の区分に応じて、所定の事項を定款または株主総会決議で定める必要がある(361条1項)。

確定額報酬については、その額を定める必要がある(361条1項1号)。ここにいう「額」とは、最高限度額でよいとされている。判例上、株主総会では取締役全員の報酬総額の最高限度のみを定め、その枠内で各取締役に對する配分を取締役の決定に委ねるという総額枠方式も是認されている⁵¹⁾。また、裁判例においては、株主総会で限度額を決定すれば、その限度額を変更するまでは、新たに株主総会決議を経る必要はないと解されている⁵²⁾。そして、株主総会の委任を受けた取締役会は、多数決によって報酬等の具体的な配分を決めることができる⁵³⁾、当該決定において各取締役は特別利害関係人にあたらない⁵⁴⁾とするのが、判例・裁判例である。また、報酬額の具体的な配分を、取締役会が代表取締役に再一任することも、判例・裁判例は認めている⁵⁵⁾。

不確定額報酬については、その具体的算定方法を定める必要がある(361条1項2号)。確定額報酬につき総額枠方式を認める判例の立場を前提にすれば、不確定額報酬についても、取締役全員の総額が最も高額になる算定

式のみを決議し、その枠内での運用を取締役会に委ねることも許容され则认为られる⁵⁶⁾。

非金銭報酬については、その具体的内容を定める必要がある(361条1項3号)。

ストックオプションの付与は、新株予約権の有利発行規制と報酬規制との両方の適用を受けることは前述したとおりである。以下では、報酬規制についてのみ概観する。

ストックオプションの付与方法については、新株予約権自体を報酬として支給する方法と、相殺構成による方法がある。前者については、①報酬等のうち額が確定しているもの(以下「確定額報酬」という)かつ報酬等のうち金銭でないもの(以下「非金銭報酬」という)として総会決議を取る方法⁵⁷⁾と、②ストックオプションを付与時まで額の確定しない報酬とみて不確定額報酬(以下報酬等のうち額が確定していないものを「不確定額報酬」という)かつ非金銭報酬として総会決議を取る方法⁵⁸⁾、行使時にはじめて額が確定する報酬とみて不確定額報酬かつ非金銭報酬として総会決議を取る方法⁵⁹⁾とがある。後者の場合は、定款または総会決議においては、付与を予定する新株予約権の公正評価額に相当する金額を金銭報酬として支給する旨を定め、その後の取締役会決議において、新株予約権を取締役に対して公正評価額で発行し、報酬請求権と払込請求権を相殺するという方法がとられる。この場合、確定額報酬の決議を行えば足り、非金銭報酬としての決議

『ハンドブック』403頁(商事法務、2009)によれば、監査役の報酬についても、361条1項3号の「具体的な内容」に相当する事項を株主総会の決議内容に含める事例も多いようである。

50) 詳細については、V 1(1)bの記述を参照。

51) 取締役会設置会社につき、最判昭和60年3月26日判時1159号150頁。非取締役会設置会社につき、大判昭和7年6月10日民集11巻1365頁。

52) 大阪地判昭和2年9月26日新聞2762号6頁。

53) 大判昭和7年6月10日前掲注51)。

54) 名古屋高金沢支判昭和29年11月22日下民集5巻11号1902頁。

55) 最判昭和31年10月5日民集23号409頁、名古屋高金沢支判昭和29年11月22日前掲注54)、東京地判昭和44年6月16日金判175号16頁。

56) 落合編・前掲注46)163頁〔田中亘〕。

57) 落合編・前掲注46)180頁〔田中亘〕。

58) 相澤ほか編著・前掲注48)314頁、澤口=石井・前掲注46)38頁、落合編・前掲注46)180頁〔田中亘〕。

59) 神田・前掲注46)216-217頁注9。落合編・前掲注46)181-182頁〔田中亘〕によれば、株式が市場で流通していない企業など、付与時にオプションの公正価値が評価できない場合が、この方法が用いられる場面として想定されている。

は不要とされる⁶⁰⁾。

(2) 開示

a 役員選任時における株主総会参考書類
による開示

監査役については会社則 76 条 2 項 1 号により、社外取締役については取締役一般に適用のある会社則 74 条 2 項 1 号により、候補者の有する当該株式会社の株式の数が、株主総会参考書類に記載される。

b 報酬決議時における株主総会参考書類
による開示

監査役については会社則 84 条 1 項各号の定める事項が、社外取締役については会社則 82 条 1 項各号の定める事項が、株主総会参考書類に記載される。社外取締役に關する事項は、それ以外の取締役とは区別して記載される（会社則 82 条 3 項）。

c 株主への募集事項の公告

取締役会が募集新株予約権の募集事項を決定した場合には、株主に対し、募集事項を通知または公告しなければならない（240 条 2 項・3 項）。また、240 条 4 項の定めるように、金融商品取引法上の開示規制により公示されている場合（具体的内容は会社則 53 条を参照）には、240 条 2 項の規定は適用されない。

d 事業報告による開示・金融商品取引法
上の開示

公開会社については、会社則 121 条 3 号・4 号によって、会社役員の報酬の開示が要求されている。もっとも、個別開示については各会社が任意に採用できるとされているにとどまり（同条 3 号ロおよびハ）、取締役、監査役、会計参与または執行役ごとに報酬等の

総額を員数と共に開示すれば足りる（同条 3 号イ）とされている。ただし、社外役員については、社外役員の報酬等の総額について別途開示する必要がある（会社則 124 条 6 号）。社外役員についても個別開示は要求されておらず、総額および員数の開示で足りる。

また、職務執行の対価として当該株式会社が交付した新株予約権等を、当該株式会社の役員が有している場合には、会社則 123 条による開示の対象となる。取締役（同条 1 号イ）、社外取締役（同条 1 号ロ）、それ以外の役員（同条 1 号ハ）といった区分ごとに、新株予約権の内容の概要⁶¹⁾および新株予約権を有する者の人数を記載する。各役員が保有する新株予約権の個数の記載は要求されていない。

さらに、上場会社については、企業内容等の開示に関する内閣府令第二号様式記載上の注意（57）a（d）によって、役員報酬についての開示が要求されている⁶²⁾。具体的開示内容は、役員報酬等の総額、個別の役員報酬等、役員報酬等の額またはその算定方法の決定に関する方針である。役員報酬等の総額については、社外取締役を除く取締役、社外監査役を除く監査役、執行役、社外役員の四つの区分ごとに開示がなされる。報酬等の総額、報酬等の種類別の総額および対象となる役員の員数が開示される。個別役員報酬の開示は、報酬等の総額が一億円以上の者に限ることができるとされている。算定方針については、方針がない場合にはその旨を記載すれば足りるとされている⁶³⁾。

60) 相澤ほか編著・前掲注 48)314 頁。

もっとも、相殺構成による場合でも、実質を考慮して新株予約権の内容等を明らかにすることが望ましいとする見解もある。澤口＝石井・前掲注 46)38 頁，落合編・前掲注 46)181 頁〔田中亘〕，太田ほか編代・前掲注 49)374-375 頁。なお，太田ほか編代・同 376 頁によれば，実務上は，相殺構成の場合であっても，非金銭報酬としての決議をとることが多いようである。

61) 新株予約権等の内容の概要としては，会社法 236 条 1 項に掲げられた事項を記載すべきであることにつき，弥永真生『コンメンタル会社法施行規則・電子公告規則』690 頁（商事法務，2007）。

62) 以下の内容につき，谷口義幸「上場会社のコーポレート・ガバナンスに関する開示の充実等のための内閣府令等の改正」商事 1898 号 21 頁，23 頁（2010）。

63) 住友信託銀行証券代行部編『有価証券報告書における役員報酬開示の事例分析』別冊商事 349 号 132 頁（2010）によれば，方針がないと明記する会社および方針と考えられるものの記載がない会社を合計すると，対象会社の 26.2%に達する。

また，方針の内容として，報酬制度の目的や狙いのある会社は 6.6%，種類ごとの構成比などの考え方に関する記載のある会社は 0.8%にとどまっている。

(3) 最低責任限度額

IV 2(4) a で概観したとおりである。そこの記述を参照されたい。

2 望ましい規律

以下では、IVで述べた観点から、現行法の規制が適切といえるかを検討する⁶⁴⁾。

(1) 報酬決定権限

a ストックオプションを付与するか否かの判断

まず、監査役に対しストックオプションを付与する際に、387条1項により監査役に対する報酬総額を定めれば足りるという立場をとると、ストックオプションを付与するかどうかおよびストックオプションの具体的内容をどのように定めるかという点につき、株主の判断を経ないままストックオプションを付与することが可能になってしまう。したがって、報酬総額を定めれば足りることは妥当でなく、ストックオプションを付与する旨の決議を要求するべきだと思われる。

次に、監査役および社外取締役に共通して、相殺構成をとる場合には、確定額報酬の決議を行えば足り、非金銭報酬としての決議は不要という立場をとると、株主の判断を経ずにストックオプションを付与することが可能になってしまう。前段落で述べたところと同様に、非金銭報酬としての決議を要求するべきだと考える。

b ストックオプションを何個付与するかの判断

現行法上は、監査役および社外取締役という区分ごとに総額枠を決定すれば、その中でどのように配分するか、ストックオプションと金銭報酬とをどのように組み合わせるかは、監査役間の協議または取締役会に委ねられることになる。

個々の役員の報酬内容まで株主総会で判断させるのが困難である⁶⁵⁾ことは確かである。しかし、監査役および社外取締役へのストックオプション付与について株主の判断を担保すべきという本稿の視点からは、前段落で述べたような広汎な裁量を監査役間または取締役会に認めることには問題があるのではないと思われる。

まず、総会決議では、ストックオプションと金銭報酬とを合わせた総額枠を定めれば足りることに、問題があると思われる。ストックオプションと、金銭報酬とで、別個に総額枠を定める決議をとる⁶⁶⁾ことを要求すべきである⁶⁷⁾と考える。

次に、ストックオプションについて総額枠を定めた中で、個々の役員への配分について一切制約がかからないということにも、問題があると思われる。第一に、社外取締役については、複数の社外取締役が存在する場合に問題が生じうる。社外取締役ごとに期待される役割が違う場合、とりわけ任務の実行が株価上昇とつながるかどうか異なる場合に、

64) なお、V 2(1) a の前半を除けば、業務執行取締役へのストックオプション付与をめぐる規律としても、本節で述べたところとほぼ同様の議論が妥当しうものと思われる。

もっとも、業務執行取締役についてはV 2で述べる規律を及ぼすべきでないといえる要因として、以下の二点が存在することを考慮する必要がある。第一に、IVで述べたように、業務執行取締役と、監査役および社外取締役では、任務実行と株価上昇とのつながりの有無について違いがある。第二に、久保・前掲注 12)153-165 頁が指摘するように、日本では業務執行取締役の報酬の業績連動性が極めて低いことに鑑みると、業務執行取締役に對してはストックオプションの付与が行われることが望ましいといえる場合が多いと考えられる。しかし、V 2で述べるような形で規制を強化してしまうと、そもそもストックオプションが付与されなくなる恐れがある。そのため、ストックオプションがさしあたり付与されることによるメリットと、ストックオプションが付与されることで生じうるデメリットとでどちらが大きいかを吟味する必要がある。

関連して、後掲注 72) も参照。

65) 伊藤靖史「取締役・執行役の報酬に関する規制のあり方について——経営者の監督・インセンティブ付与手段という観点からの問題点——」同志社法学 55 巻 1 号 1 頁, 47 頁 (2003)。

66) 太田ほか編・前掲注 49)368 頁が、総額方式と対比する形で、別枠方式と呼んでいるものに対応する。

67) なお、太田ほか編・前掲注 49)365 頁注 132, 403 頁は、総額枠を定める総会決議時に、その内訳としてストックオプションが含まれる可能性が想定されていなかった場合には、総額を変更しない場合であっても、総額枠の趣旨を明確にするために、再度 1 号決議を取ることが望ましいとの考え方がありうるとしている。この考えの方向性は、妥当であると考えられる。

株主が期待したとおりのストックオプションの付与・不付与がなされない恐れがあるためである。第二に、監査役および社外取締役に共通して、期待されている役割が同じであるにもかかわらず、一部のものには多くのストックオプションが付与され、一部のものには全く付与されないというアンバランスな付与がされる恐れもないとはいえない。以上のような問題を解消するために、ストックオプションの総額枠の設定は、少なくとも監査役および社外取締役については、個々の役員ごとになされる必要があるのではないかと思います。

第三に、ストックオプションの総額枠の中で、個々の監査役および社外取締役に、適切な付与もしくは不付与の決定がなされるかおよびストックオプションの行使条件がどのように定められるかという問題がある。前述したように、株主が個々の報酬内容の詳細についてまで判断することが適当とはいえないため、この問題の解決は開示に委ねることになると思われる⁶⁸⁾。

(2) 開示

以下で述べるうち、acdはIV 1 (3)で述べた第三の問題点に対応するための規律である。bとあわせて、株主が監査役および社外取締役の有する株式および新株予約権数を知るこ

とで、ストックオプション付与の適否を判断する手がかりを得るためのものである。他方、eは、会社が報酬の算定方針について開示することで、株主に、会社側提案の妥当性を判断するための情報を与えることを目的とする。

a 選任時における新株予約権の開示

会社則 76 条 2 項 1 号や会社則 74 条 2 項 1 号では、会社への関与の程度を明らかにする情報を開示すべきという観点⁷⁰⁾から、候補者が有する株式についてのみ開示が要求されている。しかし、株式および新株予約権の値上がりや値下がりや役員に与えるインセンティブを問題にするという観点からは、株式だけでなく、候補者が保有する新株予約権についても開示する必要がある。会社則 121 条 3 号・4 号や会社則 123 条では、報酬または職務執行の対価として付与された新株予約権しか開示の対象になっていないため、選任前から有していた新株予約権については、選任時に開示がなされる必要があると思われる。

b スtockオプションに関する事業報告による開示・金融商品取引法上の開示

上場会社の監査役および社外取締役のストックオプションについての主要な開示をまとめると、以下のような開示がなされることになる。まず報酬開示としては、企業内容等

68) 株主によるコントロールによる以外に、取締役会や監査役間の監督機能の向上や、裁判所の審査により問題を解決する可能性もありえないではない。

取締役会の監督機能向上を目的とした社外取締役の導入による問題解決の可能性、裁判所の審査による問題解決の可能性については、V 2 (4)で検討する。

取締役の個別報酬額の決定に関し、取締役会から代表取締役への再一任を禁止すべきとする見解（上柳克郎ほか編集代表『新版 注釈会社法（6） 株式会社の機関（2）』391頁〔浜田道代〕（有斐閣，1987）、伊藤・前掲注 65)45 頁など）や、取締役全員の同意が必要であるとする見解（大隅健一郎＝今井宏『会社法論 中巻（第3版）』171 頁注(5)（有斐閣，1992））がある。しかし、取締役会に個別報酬の決定を委任することを認めるのであれば、取締役会決議は原則として出席取締役の過半数の賛成があれば可能であり（369 条 1 項）、かつ報酬決議に關してのみ決議要件を変えることの妥当性も定かでない以上、代表取締役が出した案を取締役の過半数で議決することが可能である。そのため、代表取締役への再一任を禁止するだけでは、さほどの意義は大きくないのではないかと思います。

実際には役職別の支給基準に従って報酬額が決定されていることを踏まえ、再一任を受けた代表取締役が恣意的な決定をした場合には任務懈怠責任が生じるという解釈を前提として再一任は可能であるとする落合編・前掲注 46)167 頁〔田中亘〕も参照。

69) IV 1 (3)で指摘した問題に対処するためには、行使条件として、インデックスオプションとすること（経営者の努力と無関係な株価上昇により、報酬額が増大することを防止する）やクローバック条項の利用（違法な決算等により過大な報酬の支払がなされた場合に備える）が考えられる。前者につき BEBCHUK & FRIED, *supra* note 12, at 141-142 および伊藤・前掲注 12)「米国における役員報酬をめぐる近年の動向」34 頁を、後者につき尾崎・前掲注 15)192-201 頁や松尾直彦＝太田洋「公開会社の役員報酬ガバナンス」商事 1903 号 20 頁、25-26 頁（2010）を参照。

70) 弥永・前掲注 61)433 頁、408-409 頁。

の開示に関する内閣府令第二号様式記載上の注意(57)a(d)により、社外監査役を除く監査役、社外役員といった区分ごとに、ストックオプションの総額および員数が開示される。また会社則123条により、社外取締役、取締役以外の役員といった区分ごとに、ストックオプションの内容の概要および人数が開示される。個別開示は、報酬等の総額が一億円以上でない限りは強制されない。

しかし、個々の監査役および社外取締役に、ストックオプションの適切な付与もしくは不付与の決定がなされているかを判断するための情報を株主に与え、是正の機会を与えるという観点からは、少なくともストックオプションに関しては個別開示が必要ではないかと思われる⁷¹⁾⁷²⁾。

SARおよびファントムストックに関

o する事業報告による開示・金融商品取引法上の開示

SAR (stock appreciation right) はストッ

クオプションと同様の経済的効果を金銭により達成しようとするもの、ファントムストックは譲渡制限株式と同様の経済的効果を金銭により達成しようとするものである⁷³⁾。たとえば、SARとしては、付与時の株価と、行使時の株価との、差額に相当する金額の支給を受ける請求権が与えられることになる。

現行法上、SARやファントムストックについては、報酬決議時に株主総会参考書類における開示はなされる(会社則82条1項)ものの、事業報告における開示は要求されていない。また、企業内容等の開示に関する内閣府令第二号様式記載上の注意(57)a(d)の要求する開示においては、報酬の種類別の開示が要求されているが、基本報酬と区別して、SARやファントムストックを取り出した開示が求められているのかは定かではない。

しかし、SARは通常型ストックオプションと、ファントムストックは株式報酬型ス

71) 伊藤・前掲注65)72頁。同69頁に、その根拠が述べられている。

72) 本文で述べたようにストックオプションについて個別開示を要求すると、個別開示がなされることを避けるため、そもそも監査役および社外取締役にストックオプションが付与されなくなってしまうのではないかと懸念が生じる。それでもなお個別開示を要求することが望ましいといえるのであろうか。

まず、ストックオプションがさしあたり付与されることのメリットと、ストックオプションが付与されることによるデメリットとのどちらが大きいか問題になると思われる。以下場合を分けて考える。

第一に、ストックオプション付与が業務執行のインセンティブを与えない場合には、メリットに乏しいため、ストックオプション付与がなされなくなることはむしろ望ましいといえる。

では、第二に、ストックオプションが業務執行のインセンティブをある程度与えるといえる場合、具体的には一定の条件を満たす社外取締役の場合は、どうか。

この問題を考えるにあたっては、日本の社外取締役のうち、ストックオプション付与が業務執行のインセンティブを与えるような社外取締役がどの程度の割合で存在するかが一つのポイントとなる。筆者は実証的な根拠をもってこの点の判断をすることができないが、IV2(2)で検討したように、インセンティブを与えるといえるための条件は相当程度限定されていることから、インセンティブを与えない社外取締役の方が高い可能性が高いのではないかと想像される。

また、ストックオプション付与のメリットが生じるのはストックオプションが付与されかつ一定の条件を満たす社外取締役のみであるのに対し、デメリットはストックオプションが付与された社外取締役全体に生じる。だとすれば、インセンティブを与えるような社外取締役の方が多数であっても、なおデメリットの方が大きい可能性もあると思われる。

もし前二段落で述べたことが妥当するのであれば、個別開示によって社外取締役に對してストックオプションが付与されなくなってしまうとしても、個別開示規制を要求するべきであると考えられる。

さらに、業務執行取締役と比べ、監査役および社外取締役の報酬中でストックオプションが占めるべき割合は、低いものと思われる。すると、ストックオプションについてのみ開示を要求しても、開示額および開示額の報酬全体に占める割合は小さいものとなる。だとすれば、本稿の考えるような開示を要求しても、監査役および社外取締役の抵抗感さはほど大きくならず、一定程度ストックオプションが付与されるということも期待しうるのでないだろうか。

73) 高田剛＝タワーズペリン経営者報酬コンサルティング部門『経営者報酬の法律と実務』別冊商事285号54-57頁(2005)。なお、譲渡制限株式とは、譲渡制限が付された現物株式を報酬として付与するという方法である。譲渡制限株式と株式報酬型ストックオプションとは、役員に与える株価上昇へのインセンティブの強度および株価下落の際のダウンサイドリスクの存在の点で共通するため、ほぼ同様の経済的効果を有する。

ストックオプション⁷⁴⁾と、それぞれ機能的には等価である以上、未行使のSARやファントムストックについても事業報告等で開示を要求するのが適切であると考えられる⁷⁵⁾。

d 役員が取引を行った場合の開示

株主が予定したインセンティブ構造を、役員の側で操作することを防ぐために、役員が株式や新株予約権を購入または売却した場合には、一定の規律が必要になると思われる。

金融商品取引法上の不公正取引規制が既に存在しているが、その規制の趣旨は市場運営の公正さを害し、資本市場の機能を損なうことを防止することにある⁷⁶⁾ため、不公正取引規制だけでは本稿における問題に十分に対応しきれないと思われる。ガバナンスの観点から、監査役および社外取締役が、自らの属する会社の株式または新株予約権を市場で取引した場合には開示を行うなどの規律を行うことも必要なのではないだろうか。

e 報酬の算定方針についての金融商品取引法上の開示

企業内容等の開示に関する内閣府令第二号様式記載上の注意(57)a(d)においては、算定方針がない場合にはその旨を記載すれば足りるとされている。しかし、監査役および社外取締役にストックオプションを付与する際には、株主が当該付与の適切性を判断する材料を与えるために、なぜ当該監査役および社外取締役にストックオプションを付与することが望ましいのか、ストックオプションを付与する必要があるのかについて会社が理由を明らかにすることが必要であると思われる。そのため、方針についての開示を必要なものにすることが適切であると考え⁷⁷⁾。

(3) 最低責任限度額

IV 2(4)aで述べたように、責任限定契約が結ばれている場合には、転売益の獲得を目的に、役員が任務を懈怠するインセンティブを与えてしまうという問題がある。この問題に

対処するために、最低責任限度額の算出にあたり、職務執行の対価として付与された新株予約権の行使または譲渡により得られた利益も含めるべきではないかと思われる。

(4) 社外取締役の導入および裁判所の審査との関係

V 2(1)および(2)では、株主総会の報酬決定のあり方や開示のあり方など、監査役および社外取締役の報酬決定について、株主が適切なコントロールを及ぼすことを可能にするための規律を検討した。しかし、監査役および社外取締役の報酬決定の適切さを担保するための方法は、株主によるコントロールに限られない。そのため、株主によるコントロールによらずとも、他の方法で適切な報酬決定の実現が担保されるのであれば、V 2(1)および(2)で述べたような規律は不要なのではないかという疑問の余地がある。そこで、以下では、株主によるコントロール以外の方法として、社外取締役の導入および裁判所による審査を取り上げ、それらが機能すれば、株主によるコントロールは不要になるといえるか否かを検討する。

結論からいえば、社外取締役の導入や裁判所による審査は、個別報酬額の決定の適正化に一定程度資する可能性はあるものの、なおV 2(1)および(2)で述べたような株主総会による総額枠の設定や、開示の必要性を減殺するものではないと思われる。

a 社外取締役

社外取締役が妥当性モニタリングの一環として、報酬決定を適切に行えば、個別報酬額の決定が適正化される可能性は存在する。しかし、社外取締役の妥当性モニタリングが機能するためには、二点の障害があると思われる。

第一に、現在、大部分の会社において、社外取締役の人数は少ないため、モニタリングに限界がある⁷⁸⁾。判例上、株主総会決議の

74) 譲渡制限株式と株式報酬型ストックオプションとで経済的效果がほぼ同様であるため、ファントムストックと株式報酬型ストックオプションとでも経済的效果はほぼ同様といえることができる。

75) 高田＝タワーズペリン経営者報酬コンサルティング部門・前掲注73)55頁参照。

76) 山下友信＝神田秀樹編『金融商品取引法概説』281頁〔松井秀征〕(有斐閣、2010)。

77) 伊藤・前掲注65)72-73頁。

78) II 1の記述を参照。

定めた最高限度額の枠内で、個別報酬の額を取締役会の決定で決めることが認められ、そして取締役会決議は原則として出席取締役の過半数の賛成により成立する（369条1項）ため、社外取締役が少数に過ぎない場合には、社外取締役がモニタリングを行うといっても限界があると考えられる。

第二に、社外取締役が報酬決定の議決権の過半数を占めたとしても、なお社外取締役によるモニタリングには一定の限界があるのではないかと思われる。この問題に関しては、Bebchuk & Fried の議論が参考になる。

Bebchuk & Fried は CEO の報酬契約に関して、取締役会や報酬委員会に独立した取締役を加えるだけでは、取締役と CEO との対等の交渉は保障されないと結論づけている⁷⁹⁾。その理由は、以下の三点である。第一に、CEO が取締役選任議案の作成に影響力を有するため、取締役は CEO に有利な報酬契約を決定するインセンティブを有する。その他にも、CEO は取締役に経済的・非経済的インセンティブを与えていること。第二に、以上のようなインセンティブを相殺するような費用が取締役に発生することがないこと。第三に、取締役が報酬契約を決定するにあたっては、会社の人事部門・報酬コンサルタントの情報に依存せざるを得ないが、人事部門・報酬コンサルタントは CEO の影響下にあることである。

日本でも、委員会設置会社以外の取締役会設置会社においては、株主総会に提出される取締役選任議案は取締役会決議で決定される（298条1項5号、会社則63条7号イ、298条4項）ため、Bebchuk & Fried が指摘する問題が発生する恐れはあると思われる。そのため、社外取締役を取締役会に参加させれば、直ちに適切な報酬契約が締結されるようになるとは期待できないと思われる。

社外取締役にエクイティ報酬を付与すれば、社外取締役が適切な報酬契約を締結するインセンティブを与えることができるとも考えられる。しかし、Bebchuk & Fried は、取締役にエクイティ報酬を付与することについても否定的である⁸⁰⁾。エクイティ報酬を付与しても問題が解消しない理由は以下の三点である。第一に、確かに取締役にエクイティ報酬の付与は株主ひいては取締役の利益を減らすような決定を避けるインセンティブを与える。しかし、CEO と対立してまで当該決定に反対するよりも、取締役に居続けることによって得られる利益の方が大きい。第二に、報酬額が大きくなるほど再任へのインセンティブが大きくなる。取締役の指名は株主でなく指名委員会によってなされるので、再任へのインセンティブは株主価値増大のインセンティブとは直結しない。第三に、取締役の役員報酬が高くなれば、一株当たりの価値の増大より、保有株数および新株予約権数の増大に関心を持つようになる。

また、Bebchuk & Fried は、取締役への適切なエクイティ報酬の設計を取締役会自身が行うことは、株主・取締役間のエージェンシー問題が存在するため、そもそも期待できないとも指摘している⁸¹⁾。

これらの指摘が日本においてどこまで妥当するかは定かでない⁸²⁾。しかし、先に述べたように、取締役選任議案の提出が取締役会によってなされることも鑑みると、「社外取締役を導入すれば、それだけで個別報酬決定が適切になされるようになる」と断言することはできないように思われる。

b 裁判所の審査

裁判所による報酬の相当性審査については、そもそも裁判所が報酬の相当性を審査すべきか、裁判所による審査を認めるとしてどのような審査基準で審査すべきかが問題にな

79) BEBCHUK & FRIED, *supra* note 12, at 23-44, 伊藤・前掲注 12)「米国における役員報酬をめぐる近年の動向」29-30 頁。

80) BEBCHUK & FRIED, *supra* note 12, at 205. 伊藤・前掲注 12)「米国における役員報酬をめぐる近年の動向」37 頁, 60 頁。

81) BEBCHUK & FRIED, *supra* note 12, at 206.

82) 日本では、委員会設置会社でない場合、社外取締役の指名は株主総会で行われるため、第二の指摘は直ちに妥当しないと思われる。また、それ以外の指摘についても、日本において指摘通りといえるかは、実証によらなければ定かではない。

る。仮に審査を認めるとしても、取締役会に大幅な裁量を認めるべきという前提をとる以上、審査基準は緩やかなものにならざるを得ず⁸³⁾、裁判所による相当性審査に多くを期待することはできないと考える。

VI. 結び

本稿では、監査役および社外取締役へのストックオプション付与に際しては、ストックオプションが任務実行のインセンティブおよび任務懈怠のインセンティブをどの程度与えるかを考慮したうえで、付与の決定がなされる必要があるという立場をとった。そして、そのような判断を株主が行えるようにするために必要な規律をすべきであるという観点から、望ましい規律を検討した。

本稿の提案した規律が意味を持つためには、株主が、望ましい報酬のあり方については積極的に考え、ときには行動に移る必要がある⁸⁴⁾。株主側の行動と、それに呼応する役員側の行動とが影響を及ぼしあう中で、より良い報酬設計がなされるようになることを望みたい。

※本稿は、2011年度に提出したリサーチペーパーに最低限の加筆修正を施したものです。リサーチペーパーのご指導をいただいた加藤貴仁先生および田中亘先生に、この場をお借りして厚くお礼を申し上げます。

なお、本稿では、リサーチペーパー提出後の文献を踏まえた加筆はできておりません。本稿の主題と密接に関連すると思われる文献として、飯田秀総「取締役の監視義務の損害賠償責任による動機付けの問題点」民商 146 巻 1 号 33 頁 (2012) を挙げさせていただきます。

(よしかわ・けい)

83) 伊藤靖史「取締役・執行役報酬の相当性に関する審査について」同志社法学 58 巻 5 号 55 頁, 119-125 頁 (2006)、伊藤靖史「取締役報酬規制の問題点」商事 1829 号 4 頁, 12-13 頁 (2008)。

84) その前提として、株主が、株主の保有する当該株式自体から得られるキャッシュフローを最大化するために、議決権行使をするインセンティブを有している必要がある。そのため、議決権に関する種類株式の設計、デリバティブや貸株によるリスクヘッジ、株式持合いなどにより不当にその前提が崩れることがないようにする必要がある。どのようにしてその前提を担保するかは重要な問題であるが、本稿ではその問題の検討を行うことはできない。

論説

ホルムズ海峡と国際法

東京大学教授

中谷和弘

- I. ホルムズ海峡の死活的重要性
- II. ホルムズ海峡に関するオマーン、イラン両海峡沿岸国の立場
- III. イランの言動に対する主要諸国の反応
- IV. 省察

I. ホルムズ海峡の死活的重要性

ホルムズ海峡はペルシャ（アラビア）湾の出入口である。US Energy Information Administration (EIA) によると、「世界で最も重要な oil chokepoint」である。2011年には1日当たり約1700万バレルの原油が通航し、これは海上で取引される原油の約35%、世界で取引される石油の約20%に相当する。平均して1日当たり14隻の原油タンカーが同海峡を通航し、その85%以上は日本・インド・中国・韓国をはじめとするアジア市場向けである¹⁾。2010年における我が国の輸入原油の86.6%は中東原産であって、その約9割はホルムズ海峡を通過してタンカーで輸送されていることから、同海峡は我が国にとって死活的重要性を有する海域である。マラッカ・シンガポール海峡も我が国にとっては西アジア・中東・欧州と我が国を結ぶシーレーンに位置する極めて重要な海域であるが、ロンボク海峡やオーストラリアの南海岸沖及び東海岸沖といった迂回路が存在するため、極論すれば、大幅な時間とコストを費やせば同海峡を通航しなくても海上輸送は不可能ではない。これに対して、ホルムズ海峡を通航することなしに、GCC諸国の石油・ガスを海上輸送することは不可能であり、また同海峡を通航する海上輸送をまかなえるほど大規模なパイプラインも整備されてい

1) U.S. Energy Information Administration, Country Analysis Briefs: World Oil Transit Chokepoints, at http://www.eia.gov/cabs/World_Oil_Transit_Chokepoints/Full.html.

い²⁾。そのため、パイプラインを使用して国際市場に出すことは非常に困難である。alternative route の不存在は、ホルムズ海峡を世界で最も重要な海域にしているといっても過言ではない。ホルムズ海峡においては分離航路帯（国連海洋法条約第 41 条参照）が設けられている。分離航路帯は 1972 年の海上衝突予防国際規則の Rule 10 に基づくものであり、同海峡では中間線よりもオマーン側に一定の航路帯が設定されている（分離ゾーンを挟んで、東方向への航路帯が南側に、西方向への航路帯が北側に、それぞれ設定されている）³⁾。

イラン・イラク戦争においては、イランによるホルムズ海峡の封鎖が強く懸念されたものの、実際には同海峡封鎖には至らなかった。国連安保理は、1983 年 10 月 31 日の決議 540 において、「国際水域における自由な航海及び通商の権利を確認し、すべての国家にこの権利を尊重することを要請し、また交戦者に対してすべてのシーレーン、航海可能な水路、港湾作業、ターミナル、オフショア施設、海への直接又は間接のアクセスを有す

るすべての港湾を含む Gulf（ペルシャ（アラビア）湾）地域におけるすべての敵対行動を直ちに中止し、他の沿岸国の保全を尊重するよう要請する」（第 3 パラグラフ）とした。1987 年 6 月 9 日のヴェネチア・サミットにおける「イラク・イラン戦争及びペルシャ湾の航行の自由に関する声明」では、「われわれは、ペルシャ湾における航行の自由の原則はわれわれにとって、また他の諸国にとってもこの上もなく重要であり、かつ堅持されなければならないことを再確認した。ホルムズ海峡を経由する石油の自由な流れ及び他の通航は妨げられることなく続かなければならない」と宣言した⁴⁾。2008 年 1 月 6 日には、ホルムズ海峡において 3 艘の米国の軍艦に 5 艘のイランの沿岸警備艇が接近して緊張が高まった。イランの核開発疑惑のため 2011 年末の時点では、国連安保理諸決議に基づく対イラン非軍事的強制措置が課されており、また欧米諸国が対イラン経済制裁措置を強化する動きが見られたが⁵⁾、これに対して、同年 12 月 24 日にイラン海軍はホルムズ海峡を含む周辺海域で軍事演習を開始し、また同月

2) 但し、アラブ首長国連邦のハブシャーン油田・フジャイラ間の石油パイプラインが 2012 年 7 月 15 日に運用を開始し、1 日当たり 180 万バレルのホルムズ海峡を迂回した原油輸送が可能となった（「ホルムズ迂回のパイプライン」読売新聞朝刊全国版 2012 年 7 月 17 日、9 面）。

3) 詳細は、International Maritime Organization, *Ships' Routeing*, 5th ed. (1984), part B, IV/3; 海上保安庁水路部編『ペルシア海湾水路誌：オマーン海湾・ペルシア海湾』（1995 年）113-116 頁。なお、軍艦等の非商業目的の政府船舶は分離通行帯の航行を義務づけられない（奨励されるにとどまる）。この点につき、Charles A. Allen, "Persian Gulf Disputes", in Myron H. Nordquist & John Norton Moore (eds.), *Security Flashpoints: Oil, Islands, Sea Access and Military Confrontation* (1998), pp.341-342 参照。

4) 外務省「G7/G8 第 13 回会議 ヴェネチア・サミット イラク・イラン戦争及びペルシャ湾の航行の自由に関する声明（仮訳）」（http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/summit/venezia87/j13_c.html）。

5) オバマ米国大統領は、2011 年 12 月 31 日、2012 会計年度国防権限法 (National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012) に署名したが、Sec.1245(d)(1)(A) では、イラン中央銀行と金融取引を行う外国金融機関の米国内にある銀行口座の開設・維持を禁止する旨、規定する（イランからの原油輸入を相当量削減したと認定された国家については Sec.1245(d)(4)(D) により適用除外となる）。このような措置は、狭義の域外適用（制裁主体の範囲の拡大）とは区別された「拡大されたボイコット」（制裁対象の範囲の拡大）として把握する方が妥当である。拡大されたボイコットにつき、拙稿「輸出管理法令の域外適用と国際法」村瀬信也＝奥脇直也編集代表『国家管轄権—国際法と国内法—（山本草二先生古稀記念）』（勁草書房、1998 年）410-412 頁。

EU 外相理事会は、2012 年 1 月 23 日、イラン原油の輸入禁止を正式決定した（新規契約は即時禁止、同年 7 月 1 日からは既存契約を含めて完全に禁止）。これに対してイランは、同年 2 月 19 日、英国及びフランス向けの原油輸出を停止した。同年 3 月 20 日、米国は、イラン産原油の輸入大幅削減をした日本及び輸入禁止を決定した EU 加盟国中の 10 か国を同法に基づく制裁の適用対象から除外するとした（同年 6 月には韓国、中国等も適用除外となった）。同法は同年 6 月 28 日に発効した。我が国がイラン原油の輸入規制措置をとることについては、イランは GATT/WTO の締約国ではなくまた両国間には効力を有する二国間通商条約も存在しないため、国際法上の問題は特に生じない。なお、EU が同年 7 月 1 日からイラン産原油を輸送するタンカーに関する域内の保険会社による再保険の引受を禁止することへの対応として、イラン産原油を日本に輸送するタンカーが事故に遭遇した場合に再保険で補償される分を日本政府が肩代わりする仕組みを定めた「特定タンカーに係る特定賠償義務履行担保契約等に関する特別措置法」が同年 6 月 20 日に成立した。

27日にはイランのラヒミ第1副大統領が、「制裁を科せば、重要なホルムズ海峡から石油が一滴も流れなくなるだろう」と述べ⁶⁾、ホルムズ海峡封鎖を示唆することで欧米諸国を牽制した。これに対して、ハモンド英国国防相は2012年1月5日、パネッタ米国国防長官は同月8日、イランがホルムズ海峡を封鎖した場合には軍事的行動も辞さないと言明した⁷⁾。同月8日には、イラン指導部は同国の原油禁輸に制裁が科された場合にはホルムズ海峡の封鎖を命じることを決定したとの報道がなされた⁸⁾。もっとも、ホルムズ海峡の危機は専らイランのみから生じるとは限らず、オマーン（2011年からの北アフリカ・中東における「アラブの春」という民主化運動の中で、オマーンの内政がどう影響を受けるのか、また独身のカブース国王の後継者問題がどうなるのか、それらがホルムズ海峡の通航にどう影響するのかは、現時点では未知数である）、事故（狭い海域ゆえ、タンカーの座礁等の事故が懸念される）、テロ（2010年7月28日には商船三井が所有する原油タンカー M. STAR（マーシャル諸島船籍）がホルムズ海峡西方海域のオマーン領海内において、外部からの攻撃が原因と思われる爆発により、船体への損傷を受けた⁹⁾。その後、アルカイダ系武装勢力のアブドラ・アッザム旅団が犯行声明を出した）、海賊（オマーン湾には最近海賊が出没している。2012年1月6日にはオマーン湾で米国海軍駆逐艦キッドが海賊の人質となっていたイラン漁船の乗組員ら13名を救出した¹⁰⁾）といった様々な「危機のシナリオ」を想定しておくこともまた、国家安全保障を真剣に考えるのであれば

非常に重要であろう。

以下、本稿においては、ホルムズ海峡におけるオマーン、イラン両海峡沿岸国の立場及びイランの言動に対する主要諸国の反応について概観した上で、若干の考察をすることとしたい。

ホルムズ海峡に関するオマーン、イラン両海峡沿岸国の立場

海峡沿岸国であるオマーン（同国の飛び地であるムサンダム半島がホルムズ海峡に面している）及びイランの両国は、同海峡を国際海峡とは認めず、領海であると主張し、同海峡を通航する船舶については原則として無害通航権が認められるとしてきた¹¹⁾。イランは「領海の限界等に関する1934年7月19日法」第4条において、「領海における無害通航権は外国の軍艦（水面上を航行する潜水艦を含む）に対して承認される」と規定し¹²⁾、また、オマーンは1972年7月17日の国王勅令第1条において、「オマーン国は国際海峡を通航する他国の船舶及び航空機の無害通航の原則並びに関連する同国の法令と調和して、同国の領海、領空並びに領海の海底及びその下に対する完全な主権を行使する」と規定して、同海峡における外国船舶の無害通航権を承認した¹³⁾。もっとも軍艦の通航に関しては、その後、後述するように事前許可制に服せしめることが明確化されるとともに、イランは一般の船舶についても国内法において無害でない場合を国連海洋法条約第19条2項で掲げられている場合よりも広めに設定

6) 「イラン副大統領『ホルムズ海峡封鎖も』」日本経済新聞朝刊全国版2011年12月28日、7面。「原油禁輸実施ならホルムズ海峡封鎖 イランが警告」読売新聞夕刊全国版2011年12月28日、2面。

7) 「親イラン国も原油輸入変調 中国が削減 トルコ、見直し示唆」日本経済新聞朝刊全国版2012年1月6日、6面。「米国防長官 イランに警告『ホルムズ海峡封鎖なら行動』」読売新聞朝刊全国版2012年1月10日、2面。

8) 「『制裁なら海峡封鎖』決定か」日本経済新聞朝刊全国版2012年1月9日、7面。

9) 株式会社商船三井「原油タンカー“M. STAR”ホルムズ海峡西方海域における船体損傷の件」2010年7月28日（<http://www.mol.co.jp/pr-j/2010/j-pr-1040.html>）。

10) C. J. Chivers, *Bold Lie Turns High-Seas Run-In into Dramatic Rescue*, N. Y. TIMES, Jan. 8, 2012, at A6, at <http://www.nytimes.com/2012/01/08/world/middleeast/iranians-tell-of-six-weeks-of-fear-with-somali-pirates.html>.

11) Bing Bing Jia, *The Regime of Straits in International Law* (1998), p.104.

12) United Nations Legislative Series, *Laws and Regulations on the Regime of the Territorial Sea* (1957), p.24.

13) United Nations Legislative Series, *National Legislation and Treaties Relating to the Law of the Sea* (1974), pp.23-24.

している。

ホルムズ海峡における最も狭い海域(Larak島と Quain 島の間)は21カイリであり、12カイリを主張する両国の領海が重なっている。両国間では1974年7月25日に大陸棚境界画定合意が署名され、1975年5月28日に発効している。基本的に等距離中間線に基づく境界画定であるが、上部水域には影響を与えない旨の条項が含まれている。なお、署名前に両国は「地域の安定の維持とホルムズ海峡の通航の自由の確保を目指す協定を共に希望する」旨を表明した共同コミュニケを発している¹⁴⁾。

オマーン代表 Al-Jamali は、1974年7月10日の第3次国連海洋法会議第2会期(カラカス)総会第36回会合において、国際海峡に関して次のような発言を行っている¹⁵⁾。「海峡は領海の一部であるから特別のレジームの下におくべきではない。沿岸国によって作成された規制は遵守されるべきである。1973年の海底委員会に提出されたキプロス等8か国による『国際航行に使用されている海峡を含む領海の航行に関する条文草案』(国際海峡での無害通航を認め、軍艦の通航につき沿岸国は事前通告又は許可を要求できるとの内容を有する)を支持する。」

同月22日にオマーンはマレーシア、モロッコ、イエメンとともに、「国際航行に使用されている海峡を含む領海の航行に関する条文草案」(全23条からなる)を提出した¹⁶⁾。沿岸国の権利を強く打ち出しているのが特徴的であり、例えば第1部「領海の無害通航の権利」では、軍艦の通航については、沿岸国は事前通告又は許可を要求できる(同草案第15条3項)、指定されたシーレーンを通航するよう要求できる(同草案第16条)と規定している。第2部「国際航行に使用されている海峡の無害通航の権利」(同草案第

20条～第23条)は次のように規定する。

第20条(海峡)「これらの条項は、国際航行に使用されておりかつ一国又は二か国以上の領海の一部を構成するすべての海峡に適用される。」

第21条(無害通航の権利)「第22条に従うことを条件として、海峡を通過する外国船舶の通航は第1部に含まれる規則によって規律される。」

第22条(沿岸国の特別の義務)「1. 外国商船による海峡の通航は、無害であると推定される(*shall be presumed to be innocent*)。2. 外国船舶による海峡の無害通航は停止してはならない。3. 沿岸国は海峡において領海を通過する外国船舶の無害通航を妨害してはならず、迅速な通航を確保するためあらゆる努力をしなければならない。とりわけ、ある特定国の船舶又はある特定国への、ある特定国からの若しくはある特定国のための貨客を運送する船舶を、形式的に又は事実上、差別してはならない。4. 沿岸国は、海峡の航行経路に当該海峡を航行する船舶の通航を妨害しうるいかなる種類の設備、構造物又は装置をも設置してはならない。沿岸国は、海峡における航行上のあらゆる障害及び危険のうち知れているものを、適切に公表しなければならない。」

第23条(沿岸国の特別の権利)「沿岸国は、海峡における航行上の施設の設置及び維持のため関係諸国及び適当な国際組織の協力を求めることができる。」

同日の第2委員会第14回会合においてオマーン代表 Suleiman は、同草案第2部につき、①同草案第20条は国際司法裁判所「コルフ海峡事件」判決によって定義された海峡をカバーするものであり、歴史的に国際航行に使用されていない海峡には適用されない、②同草案第22条は外国の商船の無害通航が推定されたとしたことが新しい考え方である

14) Jonathan I. Charney & Lewis M. Alexander (eds.), *International Maritime Boundaries*, vol.II (1993), pp.1503-1510.

15) A/CONF.62/SR.36, in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol.I (1975), p.152; *The Law of the Sea: Straits Used for International Navigation: Legislative History of Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Vol.II (1992), p.10.

16) A/CONF.62/C.2/L.16, in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol.III, pp.192-195. マレーシアはマラッカ海峡、イエメンはバベルマンドブ海峡、モロッコはジブラルタル海峡に面している。

が、これは商船が人類に対する国際的責務と発展の道具となる国際貿易における重要な役割を果たしたことが認められるゆえ正当化される、と指摘した¹⁷⁾。

オマーンは、1981年2月10日の「領海、大陸棚及び排他的経済水域に関する国王勅令」第1条において、「オマーン国は、国際海峡を通航する他国の船舶及び航空機の無害通航の原則並びに関連する同国の法令に合致して、領海、領空並びに領海の海底及びその下に対する完全な主権を行使する」と規定している¹⁸⁾。

オマーンは、1983年7月1日、国連海洋法条約署名時に次の解釈宣言を行っている¹⁹⁾。「本条約第19条、第25条、第34条、第38条、第45条の諸規定の適用は、沿岸国が自らの平和及び安全の利益を保護するために必要な適当な措置をとることを妨げるものではないというのが、オマーン国政府の理解である。」²⁰⁾

オマーンは、さらに、1989年8月17日、国連海洋法条約批准時に次の解釈宣言を行っている²¹⁾。

「領海に関する宣言1: 1. オマーン国は1981年2月10日の勅令15/81第2条に従って、自国の領海が基線の最も近接した地点から計測して海の方に12カイリに及ぶことを決定する。2. オマーン国は、関連する国内法令に従いまた無害通航の原則に関する本条

約の規定に合致して、領海とその上空及び地下に対する完全な主権を行使する。

オマーン領水を通航する軍艦の通航に関する宣言2: 無害通航は、事前の許可の下に、オマーン領水を通航する軍艦に対して保障される。このことは潜水艦に対しても、海面上を通航し自国の旗を掲げることを条件として、適用される。

オマーン領水を通航する原子力船等の通航に関する宣言3: 外国の原子力船及び核物資又は健康・環境に本質的に危険・有害な他の物質を運搬する船舶に関しては、事前許可の下での無害通航権が、軍艦が否かを問わず認められる。この権利は、海面上を通航し自国の旗を掲げることを条件として、同様の潜水艦にも保証される。

(接続水域に関する宣言4, 排他的経済水域に関する宣言5, 大陸棚に関する宣言6は省略。)

本条約の下での紛争の解決のために選択される手続に関する宣言7: 本条約第287条に従って、オマーン国は、本条約の解釈又は適用に関する他国との間に生じるいかなる紛争の解決についても、附属書VIによって設立される国際海洋法裁判所及び国際司法裁判所の管轄権を受諾することを宣言する。」

イランは、1974年の第3次国連海洋法会議第2会期(カラカス)において、国際海峡に関して次のような発言を行っている²²⁾。

17) A/CONF.62/C.2/SR.14, in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol.II, p.136.

18) *The Law of the Sea: Current Developments in State Practice* (1987), pp.78-79.

19) *Law of the Sea Bulletin*, vol.25 (1994), p.33.

20) Said Mahmoudi, "Passage of Warships through the Strait of Hormuz", *Marine Policy*, vol.15, iss.5 (1991), pp.345-346 は、オマーンが第45条(無害通航の制度が適用される特別の海峡に適用される規定)に言及した理由として、①同条をホルムズ海峡に適用しようとしたことと、②領海における安全の保護のための必要な措置をとる権利を留保しようとしたことが考えられると述べる。しかし、①については本条が現実に対象とした海峡はアカバ湾及びチラン海峡であるためホルムズ海峡を対象に含めるのは無理があることを、②については保護措置の対象となる領海は海峡を形成する領海とは区別された通常の領海であるためこれも無理があることを指摘する。

21) *Law of the Sea Bulletin*, vol.25 (1994), pp.16-18.

22) 1974年7月22日の第2会期第2委員会第11回会合におけるイラン代表 Kazemi の発言。A/CONF.62/C.2/SR.11, in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol.II, pp.123-124. 但し、Kazemi は同月1日の第2会期総会第23回会合において、「満足いく解決は領海の法的性質を否定することなく達成できるかもしれない。外国船舶の自由通航を保障しながらも沿岸国の安全、海洋環境の保護及び海の回廊を通る船舶の通航規制といった問題を勘案した規則が編み出されよう」と述べている。A/CONF.62/SR.23, in *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol.I, p.72. この立場は事前許可制を主張し続けるオマーンの立場よりも柔軟であったが、その理由として、Mahmoudi, *supra* note 20, pp.343-344 は、軍艦が実際にはオマーンの領海を通航していたことを挙げる。

「海峡の通航に関するルールは既存のルール（特に領海条約）に基づくべきである。領海幅は海峡を通過する船舶の実際の航行に影響しない。さらに少なくとも平時においては、沿岸国は国際航行に使用される海峡の通航にめったに規制を課していない。それゆえ、海峡に関する草案は沿岸国の領海に及ぼす主権の性質及び範囲を勘案すべきであり、その安全と秩序を害してはならない。また、国際貿易・通信の利益のために沿岸国の主権に対する一定の例外はありうるものの、海峡を包含する領海の地位を変更すべきではない。」

イランは、1982年12月10日、国連海洋法条約の署名時に次の解釈宣言（同国の表現では了解宣言）を行っている²³⁾（なお、イランは今日まで同条約を批准していない）。

「イラン・イスラム共和国の了解は次の通りである。

(1) 一般的適用及び立法的性質という本条約の意図された性格にもかかわらず、諸条項のいくつかは必ずしも義務的性質を有するとみなされる既存の慣習又は確立された慣行（実行）を法典化することを意図しない、対価（quid-pro-quo）の産物にすぎない。それゆえ、本条約の締約国のみがそれによって創出される契約的権利から利益を受けることは当然でありまた条約法条約第34条に調和する。上記の考慮に該当するのは特に次のものである（これらに限定される訳ではない）。

- ・ 国際的航海のために使用される海峡の通過通航権（第3部第2節第38条）
- ・ 『排他的経済水域』の概念（第5部）
- ・ 国際海底区域及び『人類の共同遺産』に関するすべての問題（第11部）

(2) 慣習国際法の観点から、第21条の条項は、第19条（無害通航の意味に関する）及び第25条（沿岸国の保護権に関する）と合わせて読むと、自国の安全保障上の利益を保

護するため、とりわけ領海の無害通航権を行使しようとする軍艦に対する事前許可の要件に関する国内法令の採択を含む措置をとる沿岸国の権利を（黙示的とはいえ）承認している。

(5) 閉鎖海及び半閉鎖海に位置する小島であって、人の居住又は独自の経済的生活を潜在的に維持できるが気候条件、資源の制約又は他の制約ゆえにこれまで開発されてこなかったものは、『島の制度』に関する第121条2項の条項に該当し、それゆえ関係する沿岸諸国の海域の境界画定において完全な効果を有する。」²⁴⁾

なお、同宣言においてイランは、「第287条に基づく国際裁判の手續を受け入れない」旨を宣言している。

1993年5月2日、イランは「ペルシャ湾及びオマーン海におけるイラン・イスラム共和国の海域に関する法律」を制定している²⁵⁾。全23条からなる同法は、第1部「領海」（第1条～第11条）、第2部「接続水域」（第12条～第13条）、第3部「排他的経済水域及び大陸棚」（第14条～第21条）、第4部「最終条項」（第22条～第23条）から構成されている。ホルムズ海峡に直接かかわる第1部「領海」については、次のように規定する。

第1条（主権）「イラン・イスラム共和国の主権は、その陸域、内水並びにペルシャ湾、ホルムズ海峡及びオマーン海にあるイランの島嶼を超えて、領海として説明される基線に隣接する帯状の海域に及ぶ。主権は、領海上空並びに領海の海底及びその下に及ぶ。」

第2条（領海の限界）「領海の幅は基線から測定して12カイリである。1カイリは1852メートルである。イランに属する島は、領海の内外にあるものを問わず、本法に従って、それ自身の領海を有する。」

第3条（基線）「ペルシャ湾及びオマーン海においては、領海の幅を測定する基線は閣

23) *Law of the Sea Bulletin*, vol.25 (1994), pp.29-30.

24) この宣言から明らかなこととして、Mahmoudi, *supra* note 20, p.345 は、①イランは原則としてこの通過通航権を承認している、②イランは通過通航は国際法の漸進的発達にすぎないと考えている、③イランは通過通航（拡張された領海）と国連海洋法条約上の他の法体制（排他的経済水域や深海底）とのバランスを十分意識している、とする。しかしながら、①③につきそこまで positive な評価を与えられるか疑問である。

25) *Law of the Sea Bulletin*, vol.24 (1993), pp.10-15.

僚理事会により 1973 年 7 月 22 日に決定されたデクレ No.2/250-67 による。他の地域及び島嶼においては、沿岸の低潮線が基線となる。領海の基線の陸側の水域及びイランに属する島の間の水域（島の間の距離が 24 カイリを超えない場合）は、イラン・イスラム共和国の内水を形成しその主権に服する。」

第 4 条（境界画定）「イランの領海が向かい合っているか又は隣接する海岸を有する国の領海と重複しているあらゆる場合には、イランの領海と当該国の領海の分割線は、両国で別途合意される場合を除き、そのあらゆる地点が両国の基線の最も近い点から等距離である中間線とする。」

第 5 条（無害通航）「外国船舶の通航は、第 9 条において規定される場合を除き、イラン・イスラム共和国の良き秩序、平和及び安全を害しない限り、無害通航の原則に従う。通航は、不可抗力の場合を除き、継続的かつ迅速になされなければならない。」

第 6 条（無害通航の要件）「外国船舶の通航は、当該外国船舶が次のいずれかの活動に従事する場合には、無害とはみなされず、関連する民事及び刑事の法令に従うものとする。

- (a) 武力による威嚇又は武力の行使であって、イラン・イスラム共和国の主権、領土保全若しくは政治的独立に反するもの又は国際法の諸原則に違反する他のあらゆる方法によるもの
- (b) 兵器（種類のいかなを問わない）を用いる訓練又は演習
- (c) イラン・イスラム共和国の国家安全保障、防衛又は経済的利益を害することとなるような情報の収集を目的とする行為
- (d) イラン・イスラム共和国の国家安全保障、防衛又は経済的利益に影響を与えることを目的とする宣伝行為
- (e) 航空機若しくはヘリコプター又は軍事機器若しくは軍事要員の他の船舶若しくは海岸への発着又は積込み
- (f) イラン・イスラム共和国の法令に反する物品、通貨又は人の積込み又は積卸し
- (g) イラン・イスラム共和国の規則及び規制に反する海洋環境の汚染行為

(h) 漁業又は海洋資源の利用行為

(i) 科学的調査、海図製作及び震動による探査又はサンプル活動

(j) イラン・イスラム共和国の通信系又は他の施設若しくは装置への妨害

(k) 通航に直接の関連を有しないその他の活動」

第 7 条（補足的な法令）「イラン・イスラム共和国は、自国の安全保障上の利益及び無害通航の適切な実施の保護のために必要な他の規則を採択する。」

第 8 条（無害通航の停止）「イラン・イスラム共和国は、自国の高度の安全保障上の利益により鼓舞されまた自国の安全を防衛するため、自国の領海の一部において無害通航を停止することができる。」

第 9 条（無害通航の例外）「軍艦、潜水艦、原子力船又は核物質若しくはその他の本質的に危険若しくは環境に有害な物質を運搬する他の浮遊物体若しくは船舶は、領海の通航には、イラン・イスラム共和国の関連する当局の事前の許可に服する。潜水艦は海面上を航行し、自国の旗を掲げなければならない。」

第 10 条（刑事裁判権）「次の場合においては、領海を通航する船舶上でなされたあらゆる犯罪に関する捜査、訴追及び処罰は、イラン・イスラム共和国の管轄権に服する。

- (a) 犯罪の結果がイラン・イスラム共和国に及ぶ場合
- (b) 犯罪が同国の平和及び秩序又は領海の公序を乱す性質のものである場合
- (c) 当該船舶の船長又は旗国の外交官若しくは領事官が援助及び捜査を要請する場合
- (d) 当該捜査及び訴追が麻薬又は向精神薬の不正取引を防止するために必要である場合」

第 11 条（民事裁判権）「イラン・イスラム共和国の権限のある当局は、次の場合には、差押命令又は裁判所の判決を執行するために船舶及び乗組員を停止、航路変更又は留置することができる。

- (a) 当該船舶がイランの内水から出た後、領海を通航している場合
- (b) 当該船舶がイランの領海に停泊している場合
- (c) 当該船舶が領海を通航している場合。但

し、差押命令又は裁判所の判決の淵源が当該船舶自体の民事責任から生じた義務又は要件に存する場合に限る。」

なお、同法第3部（排他的経済水域及び大陸棚、第14条～第21条）のうち、第16条（禁止活動）においては、「外国の軍事活動及び軍事演習、情報収集並びに排他的経済水域及び大陸棚におけるイラン・イスラム共和国の権利及び利益と両立しない他の活動は、禁止される」と規定する。

Ⅲ. イランの言動に対する主要諸国の反応

上記のイランの言動に対して、米国は以下のような反応を示している。

まず、1982年12月の国連海洋法条約署名時になされたイランによる解釈宣言に対して米国は、国連海洋法会議において次の発言を行っている²⁶⁾。「(イラン等の)少数のスピーカーが通過通航は本会議で採択された条約において反映された『新しい』権利であると主張した。しかしそれとは逆に、長期にわたる国際慣行が、国際航行に使用される海峡を通航するすべての国家の権利を裏付けている。さらに、これらの権利は国際法上、十分に確立されている。これらの航海及び上空通過の自由の継続的な行使はある国家に対してその同意なしに否定することはできない。」

1987年4月30日のイラン側からの外交通牒に対する返答として、同年8月17日、米国はアルジェリア（外交関係断絶後のイランの利益保護国）に対してイラン外務省に次の内容を伝えるように要請した²⁷⁾。

「米国は、国連海洋法条約に規定されている国際航行に使用されている海峡の通過通航の権利が契約的な権利であって既存の慣習又は確立された慣行の法典化ではないという主

張を否認する。同条約に反映されている通過通航の体制は、長期にわたる慣習の実行に明確に基づくものであって、すべての国家（同条約に署名・批准したか否かを問わず）の間の権利及び利益のバランスを反映したものである。同様に、米国は、国際航行に使用されている海峡の通過通航の権利の船舶による合法的な行使に干渉するイランの権利を否認する。」

1993年のイラン法（「ペルシャ湾及びオマーン海におけるイラン・イスラム共和国の海域に関する法律」）制定に対しては、米国は1994年1月11日に抗議を行っている²⁸⁾。抗議内容は多岐にわたるが、ここでは、①同法第7条は国際法（特に国連海洋法条約第21条、第24条）の下で容認されている以上の権利を付与することはできない、②同法第8条は領海の無害通航の停止は一時的であって適当な方法で公表された後においてのみ効力を有するとの要件を取り除くことはできない、③同法第9条の事前許可の要件は国連海洋法条約に基礎を有しないものであり、米国はすべての船舶の無害通航の権利の行使に当該要件を課す試みを国際法違反として否認し続ける、という3点のみを指摘しておきたい。これに対してイランは、国連海洋法条約の規定の多くは発効後に締約国のみを拘束するにすぎない契約的なものである、多くの国家が同条約と両立しない国内法を制定していること自体が確固たる慣行が形成されたとはいえない兆候であるとの前提の下に反論を行っている²⁹⁾。

さらに、このイラン法に対しては、EU（ドイツが代表）、サウジアラビア、アラブ首長国連邦、クウェート、カタール、バーレーンが国際法違反であるとして抗議・異議申立を行っている³⁰⁾。EUは、「同法はとりわけ、国連海洋法条約第5条、第7条、第19条、

26) *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol.XVII, p.244; J. Ashley Roach & Robert W. Smith, *United States Responses to Excessive Maritime Claims*, 2d ed. (1996), pp.309-310.

27) *Ibid.*, p.312; *The Law of the Sea: Practice of States at the Time of Entry into Force of the United Nations Convention on the Law of the Sea* (1994), p.91.

28) *Law of the Sea Bulletin*, vol.25 (1994), pp.101-103.

29) *Law of the Sea Bulletin*, vol.26 (1994), pp.35-38.

30) Allen, *supra* note 3, pp.342-344.

第56条、第58条、第78条に違反する」とする³¹⁾。サウジアラビアは、「同法に基づき行使される国際法又は国際慣行に違反した管轄権、権能又は実行、及び、同法に基づくホルムズ海峡の通航を含むGulf（ペルシャ（アラビア）湾）及びオマーン海における国際通航へのいかなる規制又は賦課をも、承認又は了解することを拒否する」とする³²⁾。アラブ首長国連邦も、「同法の規定は国際法と両立せず、ホルムズ海峡の通過通航を含むGulf（ペルシャ（アラビア）湾）の航行を阻害する」とする³³⁾。クウェートは、イランがその海洋の境界画定を行う権利自体には異議を唱えないとしつつも、自国は国連海洋法条約の諸規定に反するイラン法には拘束されないとする³⁴⁾。カタールは、同法に対して以下の批判を展開する³⁵⁾。①イランの海岸には直線基線の採用を正当化する地理的現象がないため、慣習国際法及び国連海洋法条約に違反する、②島の間の水域（島の間の距離が24カイリを超えない場合）が内水になるとの規定は、明らかに海洋法に違反する、③同法第6条(g)は、国連海洋法条約第19条2項(h)とは違背する、④同法第7条は、国連海洋法条約第21条4項で規定されているよりもイランに広範な権利を付与するものではない、⑤同法第9条で要求していることには国連海洋法条約上、根拠がなく、カタールは無害通航権に対するそのような規制を拒否する。バーレーンは、国際法及び国際慣行、とりわけ国連海洋法条約の要件と一致しない同法の

部分を認めないとする³⁶⁾。これらの抗議・異議申立に対して、イランは反論を行っている³⁷⁾。

IV. 省察

ホルムズ海峡は国際海峡（即ち、国連海洋法条約第37条にいう「公海又は排他的経済水域の一部分と公海又は排他的経済水域の他の部分との間にある国際航行に使用されている海峡」）に該当すると解せられる³⁸⁾。それゆえ、あらゆる外国船舶³⁹⁾に対して通過通航権（同条約第38条）が認められ、通過通航は停止してはならない（同条約第44条）。このことは結論としては正しいとしても、外交の現実の中で国際法を考える必要がある以上、そう言うだけで済ますことはできないであろう。これに関連して、以下の諸点を指摘しておきたい。

第1に、無害通航に該当しない場合を列挙した1993年イラン法第6条と国連海洋法条約第19条2項との対応関係について。前者は、後者とは次の点において異なっている。①後者(a)にある「国際連合憲章に規定する」という文言が、前者(a)ではなくなっている。②後者(c)(d)にある「防衛又は安全」という文言が前者(c)(d)では「国家安全保障、防衛又は経済的利益」となっている。③前者(e)では後者(e)に比べて「ヘリコプター」が追加され、また、「軍事要員の他の船舶若しくは海岸への」という文言が追加さ

31) *Law of the Sea Bulletin*, vol.30 (1996), pp.60-61.

32) A/50/1028, annex, in *Law of the Sea Bulletin*, vol.32 (1996), p.90.

33) A/50/1033, in *ibid.*, p.91.

34) A/50/1029, in *ibid.*, p.88.

35) A/50/1034, annex, in *ibid.*, pp.89-90.

36) A/51/659, in *Law of the Sea Bulletin*, vol.33 (1997), p.83.

37) EUに対して *Law of the Sea Bulletin*, vol.31 (1996), pp.37-38. サウジアラビアに対して A/51/545, in *Law of the Sea Bulletin*, vol.33 (1997), pp.86-87. アラブ首長国連邦に対して A/51/547, in *ibid.*, p.89. クウェートに対して A/51/544, in *ibid.*, p.86. カタールに対して A/51/546, in *ibid.*, pp.87-88.

38) 小松一郎『実践国際法』（信山社、2011年）118頁注19は、国連海洋法条約は、通過通航制度が適用される「国際海峡」を、①公海又は排他的経済水域を相互に結ぶという「地理的基準」及び②国際航行に使用されている「使用基準」という加重的な基準で定義しているとし、②については、将来の使用と可能性ではなく、実際の使用実績が確立していることが要件と一般に解されているとする。ホルムズ海峡については、タンカーをはじめとする諸国の船舶の使用実績という「使用基準」を十分満たしている。「地理的基準」も満たしているが、後述するようにペルシャ（アラビア）湾という（半）閉鎖海をどう考えるかという問題がさらに存在する。

39) 軍艦を含むと解するのが文言上も自然であり、*travaux préparatoire*（同条の起草過程）においても軍艦を含むとの理解が一般的であった（Jia, *supra* note 11, pp.138-139）。

れている。また、「軍事機器の発着又は積込み」については後者では (f) にあるが、前者では (e) にまとめられている。④後者 (g) では、「沿岸国の通関上、財政上、出入国管理上又は衛生上の法令」となっているが、前者 (f) では単に「イラン・イスラム共和国の法令」となっており、国内法令の範囲限定がなされていない。⑤後者 (h) では、「この条約に違反する故意のかつ重大な汚染行為」となっているのに対して、前者 (g) では、国内法令違反であれば国連海洋法条約違反でなくとも対象となり、また「故意のかつ重大な」という要件がはずされている。⑥後者 (i) では「漁獲活動」であるのに対して、前者 (h) では「海洋資源の利用行為」が加えられている。⑦後者 (j) では「調査活動又は測量活動の実施」となっているのに対して、前者 (i) では「科学的調査、海図製作及び震動による探査又はサンプル活動」とより具体的に記述されている。⑧後者 (k) では「妨害を目的とする行為」となっているのに対して、前者 (j) では「妨害」となっており、範囲がより限定されている。このように概して、国連海洋法条約で明示されている場合よりも広く「無害ではない場合」の範囲をイラン法では規定していることが特徴として指摘できる。

第2に、無害通航と通過通航の相違について。両者の実際上の主要な相違は、①潜水艦その他の水中航行機器は、領海においては、海面上を航行し、かつ、その旗を掲げなければならない（国連海洋法条約第20条）のに対して、国際海峡においては、海面上を航行

する必要がなく海中を航行してよい、②領海の上空は領空であるため、外国航空機は沿岸国の許可なしに飛行することはできず、もし飛行すると領空侵犯という国際法違反となってしまうのに対して、国際海峡においては、航空機に上空通過の自由が認められる（同条約第38条2項）、という点にあると指摘でき、これだけを見ると船舶の航行自体については大差がないように見えるが、③軍艦が外国領海において無害通航権を有するか、沿岸国の事前通告又は事前許可の下に服せしめられるかについては見解の対立がある⁴⁰⁾のに対して、国際化された海域である国際海峡においては後者の見解をとることは一層困難となる⁴¹⁾という差異があり、また、④次にみるように、対抗措置の射程範囲について基本的な差異があると考えられる。もっとも、③に関連して、Mahmoudi は、前述の1991年の論文において、イランとオマーンは（公式の立場とは裏腹に）外国軍艦によるホルムズ海峡の実際の通航に対して正式に抗議をしたことがないと指摘する⁴²⁾ため、この時点までに同海峡の軍艦通航につき両国による黙認が成立したとの立論を展開することも不可能ではないかもしれない。

第3に、対抗措置として無害通航を否定できるかという問題について。外国船舶の旗国が沿岸国に対して国際法違反を犯した場合には、被害国たる沿岸国は対抗措置として当該船舶の無害通航権を否定できるのであろうか。これを否定する見解はあるものの⁴³⁾、領海における外国船舶の無害通航を認めるこ

40) 我が国は、軍艦も領海において無害通航権を有するが核搭載艦の通航は無害通航とは認められないとの立場をとっている。

41) 国際司法裁判所「コルフ海峡事件」判決は、「国家は平時において、自国の軍艦を国際航行のため公海の2つの部分を結ぶ海峡を沿岸国の事前の許可なしに通航させる権利を、当該通航が無害である限り、有する」旨、判示した（The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), ICJ Reports 1949, p.28）。

42) Mahmoudi, *supra* note 20, p.346.

43) Omer Yousif Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law* (1988), p.114 は、次のような議論を展開する。①領海条約第16条3項及び国連海洋法条約第25条3項から引き出される推論として、沿岸国は領海における外国船舶の無害通航を阻害することはできない（自国の安全のために一時的に当該通航を停止することは認められる）。②海洋法は外交関係法同様の独自の特徴を有するシステムであるため、無害通航の原則と外交関係を規律する原則との間にはアナロジーが作用し、それゆえこのシステムの中に対抗措置のレジームを導入することは適切ではない。③相互主義の抑止効果が外交関係法同様、海洋の通航についても存在する。おそらくその要因ゆえ、対抗措置として無害通航が停止された国家実行は存在しない。④沿岸国の行動の自由によって課された制限の結果生じうる不正義を除去するため、沿岸国は国際法違反を犯した旗国に対して別分野での対抗措置をとることは認められる。なお、海上での武力紛争に適用される国際法に関するサンレモ・マニュアルのバ

とが「一般国際法の強行規範に基づくその他の義務」(国家責任条文第50条1項(d))とまでは断言できず、そうである以上、対抗措置の法的可能性はアプリオリには排除できないと言わざるを得ない。これに対して、国家領域ではなく国際化された海域である国際海峡においては、そのような対抗措置の可能性はあらかじめ排除されることになる(国連海洋法条約第44条は、海峡沿岸国は通過通航を妨害してはならない旨、規定する)⁴⁴⁾。ホルムズ海峡については、イラン及びオマーンは同海峡を国際海峡とは認めず領海だと主張しているため、例えば、イランが「欧米諸国の国際法違反に対する対抗措置として、欧米諸国を旗国とする船舶のホルムズ海峡の無害通航を否定することは正当化される」と主張する可能性はありえよう⁴⁵⁾。

イラン・イラク戦争の際には、イラクを支援したとしてクウェートがイランにより報復的措置(retaliation)の標的とされたため、クウェートは1987年3月に11艘の自国船籍のタンカーを米国船籍に移したという先例がある⁴⁶⁾。もっとも、このような船籍変更や便宜置籍船にも対抗するため、イランは、欧

米企業が実質所有する船舶については、旗国如何にかかわらず、当該船舶のイラン領海(ホルムズ海峡)の無害通航を否定すると主張するかもしれない。

第4に、イラン及びオマーンによる共同パトロールについて。両国は1974年及び1977年にホルムズ海峡の共同パトロールについて合意した⁴⁷⁾が、その後、1979年のイラン革命後には共同パトロールは行われていない。同じイスラム諸国とはいっても外交上のスタンスを大きく異にする両国が共同パトロールを実施することは今後とも困難であろう。

第5に、衝突事故防止協定の必要性について。Caffioは、米国等の軍艦がホルムズ海峡を通航する際に生じかねない「衝突」を回避するため、米ソ公海事故防止協定⁴⁸⁾(INCSEA, 1972年)にならって衝突事故防止協定が締結されるべきであると提案し、同海峡の主要な利害関係国である米国、日本、EUの積極的な役割が望まれる旨、指摘している⁴⁹⁾。INCSEAは公海上及びその上空における事故防止のために、航行規則の遵守、船舶のとるべき措置、航空機のとるべき措置、信号・点灯、通告・通知、情報交換等につき

ラグラフ33は、国連海洋法条約第45条1項に該当する海峡(同項(a)は例えばメッシナ海峡を、(b)は例えばアカバ湾などを対象にしていると考えられる(小田滋『注解国連海洋法条約 上巻』(有斐閣, 1985年)157頁)。ホルムズ海峡は同項に該当する海峡とは考えられない)につき、「国際法によって一定の国際海峡において認められる停止されない無害通航権は、武力紛争時においても停止されてはならない」と規定する(Louise Doswald-Beck (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea* (1995), p.108, 人道法国際研究所(竹本正幸監訳)『海上武力紛争法サンレモ・マニュアル 解説書』(東信堂, 1997年)65頁)。同解説書の趣旨は、次注で指摘するパラグラフ27と合わせて考えると、同条約第37条の海峡についても沿岸国の権限がより強い同条約第45条1項の海峡についても、平時であるか武力紛争時であるかを問わず、通過通航権と無害通航権がそれぞれ認められ続けるということであると解することができる。

44) なお、海上での武力紛争に適用される国際法に関するサンレモ・マニュアルのパラグラフ27は、「平時において国際海峡に適用される通過通航権は、武力紛争時においても適用され続ける」旨、パラグラフ89は、「国際海峡における通過通航は、安全かつ便利な代替航路が提供されない限り阻害してはならない」旨、規定する(Doswald-Beck (ed.), *supra* note 43, pp.105, 174; 人道法国際研究所(竹本監訳)・前掲書(注43)61, 150頁)。いうまでもなくホルムズ海峡には「安全かつ便利な代替航路」はない。

45) 但し、この立論がたとえ成立するとしても封鎖が可能な海域はイランが領海だと主張する海域に限定される。分離通航帯はオマーン側にあるため、この立論に基づく分離通航帯自体の封鎖は無理であろう。

46) このような船籍変更(reflagging)をめぐる諸問題につき、Myron H. Nordquist & Margaret G. Wachenfeld, "Legal Aspects of Reflagging Kuwaiti Tankers and Laying of Mines in the Persian Gulf", *German Yearbook of International Law*, vol.31 (1988), pp.138-164.

47) R. K. Ramazani, *The Persian Gulf and the Strait of Hormuz* (1979), pp.140-142.

48) 和訳については、藤田久一＝浅田正彦編『軍縮条約・資料集(第3版)』(有信堂高文社, 2009年)329-330頁参照。

49) Fabio Caffio, "Lo Stretto di Hormuz e le minacce al regime internazionale di transito", in Norman A. Martínez Gutiérrez (ed.), *Serving the Rule of International Maritime Law: Essays in Honour of Professor David Joseph Attard* (2010), pp.205, 215.

規定するものであるが、必要な変更を加えて、オマーン・イラン両沿岸国と主要関係国が中心となってホルムズ海峡事故防止協定を早急に制定することは、同海峡が衝突事故等から使用できなくなることから生じる甚大なパニックの可能性を小さくするという点で極めて重要かつ有益であろう⁵⁰⁾。もっとも、次に見るペルシャ湾の閉鎖海・半閉鎖海としての性質を重視する立場からは、このような協定の締約国はペルシャ湾の沿岸諸国に限定したほうが現実的かもしれない⁵¹⁾。

第6に、閉鎖海・半閉鎖海としてのペルシャ湾の法的地位がホルムズ海峡の通航にどう影響するか（しないか）について⁵²⁾。1974年の国連海洋法会議第2委員会の討議では、ペルシャ湾は12の閉鎖海・半閉鎖海の1つに挙げられている⁵³⁾。国連海洋法条約第9部の規定は、第122条の定義規定及び第123条の海洋生物資源の管理・保存・探査・開発や海洋環境の保護・保全についての国際協力の規定しかなく、船舶の通航に直接関連する規定はない。他方、イランは、同委員会の同年の第38回会合において、ペルシャ湾、バルト海、黒海を半閉鎖海（semi-enclosed sea）の例として挙げた上で、ペルシャ湾の沿岸諸国の船舶にはホルムズ海峡の通航の自由があるのに対して、他の諸国の船舶にはペルシャ湾内の港への寄港目的の場合のみ航行が認められる旨、指摘した⁵⁴⁾。また、イランは、同委員会の同年の第43回会

合では、閉鎖海（enclosed sea）と密閉海（closed sea）との区別を重視して、前者は、後者（カスピ海やアラル海など）のように外洋への出口が全くない完全な密閉海ではなく、ペルシャ湾やバルト海のように少なくとも1つの海洋への出口を有する水域である旨、指摘した⁵⁵⁾。カスピ海のように完全に外洋と遮断された水域であれば、沿岸国の船舶のみが通航できるとすることは合理的であり、実際、カスピ海における船舶の通航はそう限定されている⁵⁶⁾が、これに対して、特に外国船舶の通航制限規定のない閉鎖海・半閉鎖海一般については、イランの主張がどこまで通用するか疑問である。

第7に、ホルムズ海峡において米国等の外国軍艦は通過通航権を有するが、国連海洋法条約第39条1項の諸要件、とりわけ、(b)「武力による威嚇又は武力の行使であって、海峡沿岸国の主権、領土保全若しくは政治的独立に対するもの又はその他の国際連合憲章に規定する国際法の諸原則に違反する方法によるものを差し控えること」を遵守する必要がある⁵⁷⁾。他方、一方の海峡沿岸国であるイランが同海峡周辺で軍事演習を行うこと自体は禁止されてはいないとしても、他方の海峡沿岸国オマーンとの関係で同項(b)を遵守する必要があると同時に、「通過通航を妨害してはならず、また、海峡内における航行上又はその上空における飛行上の危険で自国が知っているものを適当に公表する」（同条約第44

50) 理想論を言えば、さらに、海峡沿岸国であるオマーン、イラン両国及び主要な同海峡利用諸国を当事国とする条約において、ホルムズ海峡が国連海洋法条約上の国際海峡であること及び同海峡は常時通航可能であることを確認することが望ましいが、イランの現在のスタンスからは近い将来にはこれは困難であろう。

51) S. H. Amin, “The Regime of International Straits: Legal Implications for the Strait of Hormus”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol.12 (1981), pp.402-403 では、湾岸諸国間での地域的協定においてホルムズ海峡の自由通航を規定すべきとの Al-Awadhi の 1977 年の提案を紹介している。

52) 半閉鎖海としてのペルシャ湾につき、Shapour S. Milan, “The Legal Status of the Persian Gulf as a Semi-Enclosed Sea”, *Archiv des Völkerrechts*, vol.25 (1987), pp.92-105.

53) Satya N. Nandan & Shabtai Rosenne (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Vol.III (1995), p.348, note 1. ちなみに、他の 11 の海域は、アンダマン海、バルト海、黒海、カリブ海、セレベス海、東シナ海、地中海、紅海、日本海、オホーツク海、南シナ海である。

54) Ramazani, *supra* note 47, p.83.

55) Nandan & Rosenne (eds.), *supra* note 53, pp.348-349.

56) 拙稿 “Oil and Gas in the Caspian Sea and International Law”, in N. Ando, et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol.2 (2002), pp.1103-1114.

57) Jia, *supra* note 13, p.150 は、国連海洋法条約第38条3項が通過通航に含まれない活動に何が該当するかにつき沈黙しているゆえ、同条約第39条1項の違反は通過通航に影響しないものの、同項(b)の違反に対しては、海峡沿岸国は自衛権を行使しうると指摘する。

条) ことが義務となる。

第8に、懸念されるイランによるホルムズ海峡のいわゆる封鎖について。封鎖の具体的内容は想像の域を出ないものの、①地对艦ミサイルや軍艦による外国船舶の通航阻止及び②水雷敷設が主要形態であると考えられる。いずれも、前述のように国際海峡という国際化された水域での外国船舶の通過通航権の阻害・妨害となるゆえ国際法違反となることに加えて、たとえ「ホルムズ海峡が沿岸国の領海である」というイラン及びオマーンの主張を認めるとしても、前述のように分離通航帯はオマーン側（上記の主張に従うとオマーンの領海内）にあるため、「領域主権の侵害である」としてオマーンから抗議を受けることになる⁵⁸⁾。なお、自国領海内に水雷を敷設することも全く自由という訳ではなく、「人道の基本的考慮」及び「自国領域を他国の権利に反する行為のために使用されることを知りながら許可しない義務」ゆえ事前通告

が必要であること、領海内での水雷の爆発により生じた損害につき賠償責任を負うことは、国際司法裁判所「コルフ海峡事件」判決において判示されている⁵⁹⁾⁶⁰⁾。

第9に、本稿においては検討できないが、ペルシャ（アラビア）湾内にはイランが物理的支配をしてアラブ首長国連邦との間で領土紛争となっている Abu Musa 島, Greater Tunb 島, Lesser Tunb 島の帰属問題があり、この問題はホルムズ海峡問題を一層不安定化させるおそれがある。

第10に、ホルムズ海峡と我が国のシーレーン防衛との関連について。1983年3月15日の政府見解は、日本国民の生存を確保するため必要不可欠な物資（石油はそれに該当する可能性が十分であろう）を運搬する外国船舶が公海上で攻撃された場合に、日本が個別的自衛権を行使することは容認されうとの見解を示している⁶¹⁾。このような広範な自衛権の主張が一般国際法上容認されるかに

58) なお、今回の事態にはおよそあてはまらないが、イランに対する武力攻撃があった場合にこれに対してイランが自衛権の行使としてホルムズ海峡を封鎖することは全面的には禁止されないであろう。細かい議論はここではできないが、冷戦期の1982年に宗谷・津軽・対馬の三海峡封鎖の可能性が議論された際、質問主意書に対する政府答弁書(同年7月10日)は「我が国がいわゆる三海峡封鎖のような実力の行使をすることが認められるのは、あくまでも我が国が自衛権の行使として行う場合に限られる」とした。なお、太平洋戦争の勃発と同時に我が国は、宗谷海峡、津軽海峡を含む12箇所に防御海面を設けた。ソ連の抗議に対して我が国は、1942年3月14日付口上書をもって、太平洋が戦場となっている以上、自国沿岸防護の措置は当然の権利に基づくものであり、宗谷・津軽両海峡には日本海軍の特許によって通航できる途を開いている旨を述べた(外務省欧亜局東欧課作成・竹内桂編・解題『戦時日ソ交渉史 上巻』(ゆまに書房, 2006年) 378-381頁, 油橋重遠『戦時日ソ交渉小史 (1941年～1945年)』(霞ヶ関出版, 1974年) 42-43頁)。

59) The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), ICJ Reports 1949, pp.22-23.

60) なお、戦時国際法(海戦法規)が適用される状況に該当する可能性は一層想定し難いものの、封鎖に関する海戦法規であるロンドン宣言(海戦に関する宣言, 1909年, 未発効)第1条では、「封鎖は、敵国又は敵国占領地の港及び沿岸に限り実施すべきものとす」と規定しており、イランによるホルムズ海峡の封鎖は「敵国又は敵国占領地の港及び沿岸」という要件を満たさないであろう。

61) 谷川和徳防衛庁長官回答「有事における海上交通の安全確保と外国船舶について」において、日本政府は次のように述べている。「3 国際法上、公海において船舶が攻撃を受けた場合、個別的自衛権の行使として、その攻撃を排除し得る立場にあるのは、原則として当該船舶の旗国である。したがって、わが国は、公海において外国船舶が攻撃を受けた場合に、当該船舶がわが国向けの物資を輸送していることのみを理由として、自衛権を行使することはできない。」「4 (1) わが国に対する武力攻撃が発生して、わが国が自衛権を行使し、その一環として海上交通の安全確保に当たっている場合に、外国船舶がわが国向けの物資の輸送にどの程度従事することとなるか不明であり、どのような外国船舶がいかなる状況において攻撃を受けるかをあらかじめ想定することは困難である。(2) しかし、理論上の問題として言えば、わが国に対する武力攻撃が発生し、わが国が自衛権を行使している場合において、わが国を攻撃している相手国が、わが国向けの物資を輸送する第三国船舶に対し、その輸送を阻止するために無差別に攻撃を加えるという可能性を否定することはできない。そのような事態が発生した場合において、たとえば、その物資が、わが国に対する武力攻撃を排除するため、あるいはわが国民の生存を確保するため必要不可欠(原文ママ)な物資であるとすれば、自衛隊が、わが国を防衛するための行動の一環として、その攻撃を排除することは、わが国を防衛するため必要最小限度のものである以上、個別的自衛権の行使の範囲に含まれるものと考えられる。」(参議院予算委員会「第98回国会参議院予算委員会会議録第6号」2頁〔谷川和徳発言〕(1983年3月15日))。

については異論もあろう。いずれにせよ、我が国のシーレーン防衛の射程範囲は、航路帯に関しては 1000 カイリ程度の海域までであり、遠隔地にあるホルムズ海峡自体はその射程範囲外ということになろう⁶²⁾。

(なかたに・かずひろ)

62) 「イラン危機へ対処検討 ホルムズ海峡 海自の派遣視野」日本経済新聞朝刊全国版 2012 年 2 月 16 日、2 面は、政府はホルムズ海峡の封鎖を想定し、民間船舶の警護や機雷除去のための海上自衛隊派遣を視野に入れ、法制面の検討に入ったとする。

論説

もしも最高裁が民法 900 条 4 号ただし書の 違憲判決を出したら

東京大学法科大学院客員准教授・判事

中村 心

I. 民法 900 条 4 号ただし書の現在

II. 問題の所在

III. 個別的効力説と一般的効力説の対立

IV. 再審、錯誤、不当利得

V. 終わりに

I. 民法 900 条 4 号ただし書の現在

民法 900 条 4 号ただし書前段の規定（以下「本件規定」という。）は、嫡出でない子（以下「非嫡出子」という。）の相続分を、嫡出である子（以下「嫡出子」という。）の相続分の 2 分の 1 とする旨を規定しているが、この規定の憲法 14 条適合性については、周知のとおり激しい議論がある。

最大決平成 7 年 7 月 5 日民集 49 卷 7 号 1789 頁（以下「平成 7 年大法廷決定」という。）は、本件規定が憲法 14 条に違反しない旨の判断をしたが、5 人の裁判官による反対意見が付された。その後も、各小法廷において、平成 7 年大法廷決定を引用した合憲判断が繰り返されたが、複数の裁判官による反対意見が付されたことも、本件規定は極めて違憲の疑いが濃いものである旨の補足意見が付されたこともあった¹⁾。また、平成 10 年にはドイツ、平成 13 年にはフランスにおいて、非嫡出子と嫡出子の相続分に差を設ける規定が撤廃され、主要先進国で類似する規定を持つ国は、我が国以外にはなくなった²⁾。しかし、我が国の立法の動きはというと、平成 8

1) 最二判平成 15 年 3 月 28 日判タ 1120 号 87 頁、最一判平成 15 年 3 月 31 日判タ 1120 号 87 頁、最一判平成 16 年 10 月 14 日判タ 1173 号 181 頁、最二決平成 21 年 9 月 30 日判タ 1314 号 123 頁。上記判タ 1173 号 181 頁の無署名コメントは、「僅差の合憲判決」と評する。

2) 棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリ 1336 号 26 頁、29 頁（2007）、岩志和一郎「ドイツの新親子法（下）」戸籍時報 496 号 26 頁、33 頁（1999）、幡野弘樹「フランス相続法改正紹介（一）」民商 129 卷 1 号 141 頁、150 頁（2003）等。

年には法制審議会総会において非嫡出子と嫡出子の相続分を同等とする旨の条項を含む「民法の一部を改正する法律案要綱案」が決定され、法務大臣に答申されたものの、法案の国会提出はされないまま現在に至っている³⁾。

こうした中で、平成 22 年、本件規定の憲法適合性を論旨とする特別抗告事件が最高裁に係属し、最高裁第三小法廷は同事件を大法廷に回付した。合憲判断をするのであれば小法廷でも可能であり、実際にこれまではそのようにされてきたのであるから、大法廷に回付されたということは、少なくとも当該小法廷においては合憲説の裁判官が多数意見を形成できなかったという事態を強く示唆する。そのため、いよいよ本件規定の違憲判断がされるのではないかという予測がされ、同事件は社会の注目を集めた。

ところが、最高裁が大法廷において口頭弁論期日を指定するため相手方と連絡をとったところ、原決定に対する特別抗告がされた後、当事者間において、特別抗告事件を終了させることを合意内容を含む裁判外の和解が既に成立し、和解金の支払いも終わっているという予想外の事実が判明した。そのため、同事件は、大法廷から第三小法廷に回付された上で、同小法廷において抗告の利益を欠くものとして不適法却下の決定⁴⁾がされ、本件規定の憲法適合性について最高裁の判断が示されることはなかった。

しかし、その後も高裁レベルで本件規定の違憲判断が出されており⁵⁾、近い将来に同種の争点を含む事件が最高裁に係属した場合に

は、違憲判断がされる可能性が高いように思われる。もちろん、これは私の個人的な憶測にすぎないが、おそらくは多くの実務家も共通して持っている感覚ではないだろうか。

なお、本件規定の憲法適合性については、判決ではなく特別抗告に対する決定という形で判断が示される可能性が高いが、本稿では、特に区別せずに「違憲判決」と表記する。

Ⅱ．問題の所在

1 憲法適合性の基準時

最高裁が本件規定の憲法適合性を判断する場合、判断の基準時が問題になる。相続は死亡によって開始し（民法 882 条）、遺産分割の効力は相続開始時にさかのぼる（同 909 条）ことからすれば、被相続人が死亡し相続が発生した時点において本件規定が有効であったか無効であったかが、非嫡出子の相続分が嫡出子の相続分の 2 分の 1 であるか、それとも同等であるかの結論を分けるものと解される。

したがって、本件規定の法令違憲判決をするのであれば、違憲確認判決や将来効判決等の手法をとらない限り、相続発生時において本件規定が違憲無効であったという判断を示さなければならないはずである⁶⁾。そして、被相続人が死亡して相続が発生してから相続人間で紛争が生じ、最高裁に事件が係属するに至るまでには、それなりの時間を要するのが普通である。例えば最三決平成 23 年 3 月 9 日前掲注 4) の事案では、平成 14 年が相続

3) 要綱案は法制審議会民法部会「民法の一部を改正する法律案要綱案」ジュリ 1084 号 126 頁（1996）に掲載されている。また、野党から同旨の法案が数回にわたり国会に提出されたが、いずれも審議に至らず廃案とされた。

4) 最三決平成 23 年 3 月 9 日民集 65 卷 2 号 723 頁。なお、平成 7 年大法廷決定の事案でも、大法廷で任意的口頭弁論が開かれた（野山宏「判解」最判解民事篇平成 7 年度 633 頁，675 頁（1998））。

5) 大阪高決平成 23 年 8 月 24 日金判 1382 号 40 頁。なお、同決定に対する特別抗告はなく、確定したようである。

6) 最二決平成 21 年 9 月 30 日前掲注 1) の竹内裁判官補足意見は、このことを指摘している。少なくとも、非嫡出子側の上告又は特別抗告を理由ありとして、本件規定を適用し相続分を嫡出子の 2 分の 1 とした原裁判を破棄するのであれば、基準時である相続開始時において本件規定は無効であったことを明らかにしなければならないであろう。

なお、三権分立を前提とする付随的違憲審査制を採用する我が国において、裁判所の違憲立法審査権は具体的な事件の解決に必要な限りで行使されるべきであると解されており、これとの関係で違憲確認判決や将来効判決等の手法をとることの可否については議論があるが、本稿では触れない。

発生時であり、基準時となる。もし、この事案で最高裁が違憲判決をするのであれば、「遅くとも平成14年の時点において本件規定は違憲無効であった」という判断がされたものと考えられる。

2 違憲判決により発生する問題

それでは、最高裁が本件規定を無効とする違憲判決をした場合において、当該違憲判決の基準時以降に発生した他の相続であって相続人中に嫡出子と非嫡出子とが含まれる事案で、違憲判決以前に本件規定を合憲有効なものとしてされた裁判が確定していたり、又は本件規定が合憲有効であることを前提に遺産分割協議や調停が成立したりしたものについて、違憲判決によりこれらの裁判や協議、調停等の効力に関し、どのような問題が発生するであろうか。

最初に確かめておきたい基本的な価値観として、確定した裁判や遺産分割協議等に基づき形成された権利義務関係が覆滅されることは法的安定性を害し、望ましくないといえることができる。しかし、同時期に発生した相続であるのに、早期に裁判がされたか否かという偶然の事情により、ある非嫡出子は救済され、別の非嫡出子は救済されないという結論は公平を失するのではないかという疑念も生ずる。

これまでに憲法学や民法学の立場から本件規定の憲法適合性に関して論じた文献⁷⁾は枚挙にいとまがないし、違憲判決の効力に関する文献⁸⁾も多数あり、私の非才をもってこれらに付け加えることなど何もないが、これらの文献の中にも、違憲判決の後に発生するであろう具体的な紛争の処理をどうするかという実務的な問題にまで立ち入ったものはほとんどないように思われる。そこで、本稿

では、実務家の立場から、本件規定の違憲判決が実務に与える影響、具体的には、①本件規定を適用した遺産分割審判や、遺留分減殺請求訴訟の判決が確定している事案、②本件規定を前提とする遺産分割調停又は遺産分割協議が成立している事案、③相続財産中の可分債権を本件規定に従った割合で嫡出子と非嫡出子が相続している事案に、本件規定の違憲判決がどのような影響を与えるのかを考えてみたい。

Ⅲ. 個別的効力説と一般的効力説の対立

1 両説の接近傾向

法令違憲判決の効力については、伝統的に個別的効力説と一般的効力説が対立していたが、近年では、両説は接近、融合傾向にあり、いずれが正しいかについて論じることの意味は余らないとされている⁹⁾。すなわち、個別的効力説を採用して当該規定が一般的に無効になるものではないと解しても、違憲とされた法律の規定を内閣が誠実に執行すべき義務を負う（憲法73条1号）というのは不合理であるし、実際にも違憲とされた法律の規定がそのまま適用され続けることは相当ではない。そのため、現在、個別的効力説の論者でも、違憲裁判の効果は当事者以外には全く及ばず、違憲とされた法律の規定が適用され続けることを是とする者は存在しない。最高裁により違憲とされた法律の規定については内閣の誠実執行義務が解除されるとか、政治的礼譲として執行を差し控えるべきであるなどという説明がされており、さらに、内閣や国会に対しても何らかの拘束力を認めるべきであるという考え方が有力になっているといわれる。

7) 代表的なものとして、水野紀子「子どもの平等権——非嫡出子問題をを中心に——」家族〈社会と法〉10号155頁（1994）、米倉明「非嫡出子の法定相続分の平等化について——合憲説の論じ方を中心に——」みんけん470号12頁（1996）を挙げておく。

8) 代表的なものとして、覚道豊治「違憲法律の効力」阪大法学72・73号1頁（1970）、佐藤幸治「違憲判決の効力——将来効の問題を中心に」論叢94巻3・4号182頁（1974）を挙げておく。

9) 戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』395頁（有斐閣、2008）、大沢秀介「法令違憲判決の効力」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』ジュリ増刊280頁（有斐閣、2008）等。

一方、一般的効力説からも、違憲とされた法律の規定が当初から無効であったという一般的遡及効を無制限に認めてしまうと、当該規定が有効であるとして形成された権利義務関係が遡及的に覆滅され、これを信じて行動した者が不利益を受けたり、法的安定性を害する結果が生じたりする場合があることから、訴訟当事者以外に対する遡及効については何らかの制限をすべきであるとの主張がされている。

学説の多数説は、上記の修正された個別的効力説であると思われる（以下では、このような修正された個別的効力説のことを、「個別的効力説」という）。

2 実務の運用

個別的効力説をとるのか一般的効力説をとるのかを明確に示した最高裁判例は見当たらないが、実務の運用は個別的効力説を前提にしているといわれる。

例えば、刑法 200 条の尊属殺重罰規定について違憲判決がされた後、同条が平成 7 年法律第 91 号により削除されるまでの行政機関の対応は、次のようなものであった。違憲判決後、立法により当該規定が削除されるまでの間、最高検察庁は各地検に対して尊属殺人事件についても普通殺人罪で起訴すべきことを指示し、それに従った取扱いがされた。係属中の事件については、訴因変更手続がとられた¹⁰⁾。また、過去に尊属殺人罪による有罪判決が確定し服役中の者については、法務省が恩赦の職権上申につき配慮を求める旨の通達を発し、個別的な恩赦により救済が図られた。違憲判決の一般的遡及効を認めるのであれば、刑法 200 条は遡及的に無効になり、従前の確定判決にも無効な規定に基づき判決した違法があることになるから、非常上告（刑事訴訟法 454 条）による救済が考えられ

たところである。しかし、現実には上記のような措置がとられたことからすれば、実務は、一般的遡及効は存在しないことを前提にして運用されているように思われる。

3 一般的遡及効に対する言及

ところが、本件規定に限っていえば、これまでの最高裁判例は、一般的効力説、それも一般的遡及効を認める一般的効力説に傾斜しているのではないかと思われるふしが見受けられる。

すなわち、個別的効力説を前提とする限り、本件規定の違憲判決がされたとしても、当該事件については基準時である相続発生時に遡って本件規定は無効とされるものの（個別的遡及効）、既に裁判が確定し又は遺産分割協議等が成立した他の事案に対して影響が及ぶことはなく、今後の同種事案につき本件規定の適用が事実上差し控えられるにとどまるはずであるとされていた。しかるに、平成 7 年大法院決定の反対意見は、「最高裁判所は、法令が憲法に違反すると判断する場合であっても、従来その法令を合憲有効なものとして裁判が行われ、国民の多くもこれに依拠して法律行為を行って、権利義務関係が確立している実態があり、これを覆滅することが著しく法的安定性を害すると認められるときは、違憲判断に遡及効を与えない旨理由中に明示する等の方法により、その効力を当該裁判のされた時以降に限定することも可能である。私たちは本件規定は違憲であるが、その効力に遡及効を認めない旨を明示することによって、従来本件規定の有効性を前提にしてなされた裁判、合意の効力を維持すべきであると考えたものである。」と述べている。上記反対意見は、違憲判決の遡及効は、当該事件のみならず、既に裁判が確定し又は遺産分割協議等が成立した他の事案にも及ぶことを

10) 参議院法務委員会「第 71 回国会参議院法務委員会議事録第 7 号」17 頁〔安原美徳政府委員（法務省刑事局長）答弁〕（1973 年 5 月 8 日）。また、衆議院法務委員会刑法改正に関する小委員会「第 71 回国会衆議院法務委員会刑法改正に関する小委員会議事録第 2 号」2 頁〔田宮重男最高裁判所長官代理者（最高裁事務総局総務局長）答弁〕（1973 年 7 月 13 日）等は、違憲判決がされた場合にその裁判書正本を内閣、国会に送付し、判決文を官報で公告する旨の最高裁判所裁判事務処理規則 14 条の規定の趣旨につき、単なる通知であり最高裁として内閣、国会に対し立法等の措置を要求するものではないと述べている。これは、伝統的な個別的効力説に立つものとみられる。

前提にしているようにも読める¹¹⁾。

この反対意見は、違憲判決に一般的遡及効があることを前提にしたものなのだろうか。それとも、個別的効力説を前提としつつも、他の事案に影響が及び法的安定性を損なう事態が発生すると考えているのであろうか。

次に、一般的効力説と個別的効力説のそれぞれについて、他の事案にどのような影響が及ぶのか個別に検討する。

Ⅳ. 再審、錯誤、不当利得

1 確定判決又は審判に再審事由があるか

本件規定を適用して嫡出子Aと非嫡出子Bの法定相続分を2対1の割合とした遺産分割審判又は遺留分減殺請求訴訟の判決がされたが、その確定の後に、別の当事者の事件で最高裁がその相続より前を基準時とする本件規定の違憲判決をした場合を想定する。

確定判決については既判力があるので、非嫡出子Bがこれを覆すためには再審の方法によるしかない。審判については再審の規定が適用されるか否かについては議論があるが、最高裁は準再審による救済を認めている¹²⁾。

兼子一＝竹下守夫『裁判法（第4版）』98頁（有斐閣，1999）は、違憲判決には一般的遡及効があることを前提に、違憲無効の法令を適用した民事の確定判決に対しては、再審を申し立てることができる¹³⁾と述べる。民事訴訟法338条1項8号に規定する「判決の基礎となった民事若しくは刑事の判決その他の裁判又は行政処分が後の裁判又は行政処分

により変更されたこと」の趣旨は、当該確定判決が、別の裁判や行政処分という公的判断を基礎としてされたものであったが、その基礎が通用力を失ったために、もはや維持できないものとして再審事由を認めたものである。確定判決において適用された法令が後に違憲無効と判断されたという事実は、確定判決の基礎となる公的判断が通用力を失ったという点で8号の再審事由と共通点がある上、確定判決の基礎となった裁判や行政処分が変更されたことよりもはるかに重大な瑕疵であると考えられるので、8号の再審事由を類推ないし拡張適用することが可能であると思われる。

もちろん、再審は確定判決を覆す非常の不服申立方法であることに照らし、再審事由を安易に類推、拡張解釈すべきものではない。しかし、厳格に制限列举であることを貫くとかえって再審制度を認めた法の趣旨に反する結果になるとして、近年では一定程度の類推、拡張解釈を肯定する見解が有力であり、判例も同様の扱いである¹⁴⁾。

なお、郵便法損害賠償制限規定違憲判決（最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁）の後、以前に同種の国家賠償請求訴訟を提起したものの当該規定を適用した棄却判決を受けた者が再審請求をした事案において、再審開始決定をした大阪高決平成16年5月10日判例集未登載（平成15年（ラ）第1352号）は、理由中で上記兼子説を引用し、同説に立つことを明らかにした。もっとも、同決定は、再抗告期間を経過していることを看過して再審事由の判断をしたものであったため、最高裁は、再審事由の有無に論

11) 個別的効力説を前提とすれば遡及効を認めても他の事案に影響はないのが原則のはずであるから、これらの説示はあえていうまでもなかった（内野正幸「婚外子相続差別と法の下の平等」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例（第2版）』51頁，53頁（1996））とか、反対意見のみならず、多数意見も法的安定性を考慮しているのだから、最高裁は一般的効力説を前提としている、少なくとも純粹の個別的効力説ではない（工藤達朗『「違憲判決の効力」論の再検討」法政理論39巻4号186頁，202頁（2007））との指摘がされている。

12) 最二判平成7年7月14日民集49巻7号2674頁。

13) 竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力」三ヶ月章古稀『民事手続法学の革新（中）』669頁，707頁（有斐閣，1991）は、個別的効力説を前提に、違憲判決の「特別拘束力」の効力として、再審事由の規定の類推を原則とする。

14) 最二判平成7年7月14日前掲注12)，菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』370頁（日本評論社，1986），中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義（第2版補訂版）』624頁（有斐閣，2006），兼子一原著・松浦馨ほか『条解民事訴訟法（第2版）』1723頁（弘文堂，2011）等。

及することなく同決定を取り消し（最三決平成 16 年 9 月 17 日判タ 1169 号 169 頁）、この点についての最高裁の判断は示されなかった。

以上のように、一般的効力説をとった上で一般的遡及効を認めるのであれば、確定判決又は審判については再審事由があるということができると思われる。

これに対し、個別的効力説（一般的遡及効を認めない一般的効力説でも同じであると思われる。）によれば、本件規定の違憲判決がされた場合、その違憲判決の当事者との関係においては、本件規定は基準時に遡って無効とされ適用が排除されるものの、他の当事者、他の事件との関係においてまで当然に効力が失われるわけではない。国会により立法措置がとられるまでの間、他の当事者、他の事件との関係においては、本件規定はいまだ有効なものである。尊属殺重罰規定違憲判決の際の取扱いと同様に、違憲判決の後は裁判所や各種行政機関は本件規定の適用を差し控えるであろうが、そうであるとしても、違憲判決より前の時点における本件規定の効力が直ちに失われるわけではない。

そうすると、個別的効力説によれば、違憲判決がされたとしても、確定判決又は審判の基礎となった法律が無効になったわけではなく、単に別件で無効と判断されたという事実が発生したというにすぎない。このことは、文言上民事訴訟法 338 条 1 項 8 号の再審事由に当たらないのみならず、確定判決の基礎となる公的判断が通用力を失ったという共通項もないわけであるから、この場合に同号の規定を類推適用することは、再審事由の類推の幅を広げすぎるものであって許されないのではないだろうか。個別的効力説に立つ限り、確定判決又は審判に再審事由はなく、違憲判決によって確定判決や審判が覆され法的安定性が害される事態は生じないということになる¹⁵⁾。

もちろん、このように解すると、同じ時期に相続が発生した事案であっても判決や審判

等が確定した時期の先後により結論が異なってしまう、不公平感があることは否めない。しかし、尊属殺重罰規定違憲判決のような刑事事件の場合は、原則として違憲無効とされた法令を適用されて有罪判決を受けた者の利益を考慮すればよいのに対し、民事事件においては、違憲無効とされた法令に基づく権利義務関係が形成されており、これを覆すことにより利益を受ける者もいる反面、予想外の不利益を受ける者もいることを考慮しなければならないことからすれば、無理をして再審事由の類推解釈の幅を広げるべきではないと考える。

2 遺産分割調停、協議

嫡出子 A と非嫡出子 B の相続分を 2 対 1 の割合とした遺産分割調停又は遺産分割協議が成立した後に、最高裁が本件規定の違憲判決をしたため、非嫡出子 B が、本件規定は違憲無効であるのに有効であると誤信して調停等を成立させたことにつき要素の錯誤があり、調停等は無効であると主張した事案を想定する。

一般的効力説に立ち一般的遡及効を認めるのであれば、遺産分割調停等の成立時に既に本件規定は無効になっていたわけであるから、これを有効であると信じて調停等を成立させた非嫡出子 B には誤信があったということになる。

これに対して、個別的効力説（一般的遡及効を認めない一般的効力説も同じであると思われる。）によれば、ある事件で違憲判決がされても他の事件との関係において本件規定が直ちに無効になるわけではないから、非嫡出子 B には何の誤信もないように思える。しかし、個別的効力説によっても、別の訴訟において本件規定の違憲無効の主張をすることまでは妨げられないから、非嫡出子 B が別の訴訟で「遺産分割調停等を成立させた当時、本件規定は違憲無効であったのに、これを有

15) 最二決平成 21 年 9 月 30 日前掲注 1) の今井裁判官反対意見は、本件規定を違憲無効と判断したとしても、そのことによって本件規定を適用した確定判決や確定審判について再審事由があるということにはならないと述べており、本件規定を違憲無効とすることにより法的安定性が害されるおそれに言及した平成 7 年大法廷決定以降の個別意見とは違いを見せている。

効であると誤信した錯誤があった」と主張した場合には、同訴訟の受訴裁判所は、本件規定の憲法適合性について判断し、最高裁の判断に従って違憲無効であったという結論をとらざるを得ないように思われる。そうすると、個別的効力説を前提としても、非嫡出子Bは、本件規定は無効であったのにこれを有効であると誤信して調停等を成立させたということになるから、この事案では一般的効力説を採用するか個別的効力説を採用するかによって結論が異なることはない。

本件規定は違憲無効であったのに有効であると誤信して本件規定に従った割合で遺産分割調停等を成立させた場合、その錯誤は、通常、動機の錯誤であるということになろう。伝統的な判例の立場¹⁶⁾によれば、動機の錯誤は原則として民法95条の錯誤に当たらないが、明示又は黙示に表示された動機の錯誤であって、要素の錯誤に当たるものは、同条の錯誤に当たるとされている。

非嫡出子Bが、「本来、嫡出子Aと同等の財産を取得したいが、本件規定が存在するので、その2分の1の割合でやむを得ない」と述べて遺産分割調停を成立させたような場合は、動機の表示がされているといえる。また、錯誤がなければ意思表示がされていないという関係があり、かつ、客観的に見てもその錯誤は重要であるというならば、要素の錯誤に該当することになろう。

しかし、実際には上記のような事案は必ずしも多くないように思われる。遺産分割調停や協議に当たって、相続人らは、様々な事情を総合的に考慮しつつ最終的な合意に至る。本件規定が有効なものとして存在することもその考慮要素の一つではあろうが、他にも、紛争の早期解決や、相続人間の人間関係の改善等の諸事情を考慮して相互に譲歩し合意に至るという事案も多いであろう。結果として各相続人の取得分が本件規定を適用した法定相続分に近いものであったとしても、本件規定が有効なものとして存在することが調停等の成立につき重要な要素であるといえない事

案もあろう。

また、和解契約において、紛争の対象である事項の前提ないし基礎として当事者が予定した事項（争いもなく互譲もされていない）についての錯誤はその効力に影響を及ぼすが、和解によって止めることを約束した紛争の目的であった事項の錯誤は、影響を生じないというのが通説である¹⁷⁾。これと同様に、遺産分割調停及び協議においても、本件規定の憲法適合性が争点となっていた事案では、被相続人は、本件規定がその後に違憲と判断されたことをもって錯誤無効の根拠とすることはできないと思われる。

このように、本件規定の違憲判決がされると、本件規定を前提として成立した遺産分割調停又は協議の錯誤無効を主張して訴訟の提起等がされることが考えられるが、錯誤が成立するか否かはケースバイケースであるといえることができる。

3 可分債権

被相続人が3000万円の預金債権を残して死亡し、法定相続分に従って嫡出子Aが2000万円、非嫡出子Bが1000万円の払戻しを受けたが、その後本件規定の違憲判決がされたため、非嫡出子Bが嫡出子Aに対して500万円の不当利得返還請求訴訟を提起した事案を想定する。

共同相続人が相続財産中の可分債権につき権限なく自己の相続分以外の債権を行使した場合には、他の共同相続人は、侵害された自己の相続分につき、不法行為に基づく損害賠償又は不当利得の返還を求めることができる（最三決平成16年4月20日裁判集民214号13頁）。

相続財産中の可分債権については、法定相続分に応じて当然分割されてしまうため、確定裁判や契約等が存在せず、弁済という事実行為（準法律行為）のみが存在するという点で、問題がある¹⁸⁾。

一般的効力説と個別的効力説のどちらを採

16) 大判大正6年2月24日民録23巻284頁等。

17) 我妻栄『民法講義 債権各論 中巻二』880頁（岩波書店、1962）等。

18) 可分債権を含めて遺産分割協議がされた場合は、前記の錯誤無効の成否の問題になる。

用するにしても、過去にされた確定裁判や契約等の効力が問題にされる余地はない。嫡出子 A が当該預金債権のうち 500 万円分の払戻しを受けたことの原因は本件規定ということになるから、不当利得返還請求訴訟において本件規定が基準時に違憲無効であったと判断されれば（最高裁がそのように判断した以上、その後に係属した訴訟でも同旨の判断がされることになろう。）、嫡出子が 500 万円を取得することにつき法律上の原因は存在しないものというほかない。

法的安定性を重視する立場からは、信義則等の一般条項を用いて非嫡出子 B の不当利得返還請求を制限することが考えられなくはない。例えば、本件規定の違憲無効を主張することなく本件規定に従った額の払戻しを受けておきながら、その後本件規定の違憲無効を主張することは禁反言則により許されない、という法律構成である。しかし、払戻し当時は有効な法令であった本件規定に従って行動したことを責めることはできないので、上記のような構成をとることは実際には難しいであろう。そうすると、消滅時効が成立しない限り、不当利得返還請求は認容されるという結論になる。

ただし、その当時は有効とされていた本件規定に従って払戻しをした金融機関などの債務者に過失があるとはいえないので、非嫡出子 B が債務者に対し差額払戻請求訴訟を提起したとしても、民法 478 条の適用により棄却されることになり、債務者が二重払いの危険にさらされるおそれはない。

V. 終わりに

以上の検討によれば、学説の多数説であり尊属殺重罰規定違憲判決の際の実務とも整合する個別的効力説を前提とした場合、本件規定の違憲判決がされると、①確定した判決や

審判が再審等により覆されることはないものの、②成立した遺産分割調停ないし協議は事案により錯誤無効とされる余地があり、③相続財産中の可分債権については消滅時効が完成しない限り不当利得返還請求が認容されるという事態が生じることになる。また、一般的遡及効を肯定する一般的効力説を前提とすると、これに加えて、確定した判決や審判についても再審事由が認められる。

遺産分割が遺留分減殺請求訴訟の判決や遺産分割審判を経て決着に至った事案は、発生した相続全体からみればごくわずかであり、多数の相続は、当事者間の遺産分割協議により解決している。その全てが錯誤無効になるわけではないとしても、錯誤の成否が微妙な事案等は訴訟に至ることもあろう。また、被相続人が預貯金債権等の可分債権を有していた事案は非常に多く、そのほとんどについて不当利得が成立することになる。

そうすると、個別的効力説を前提とした場合であっても、相続人中に嫡出子と非嫡出子が含まれる事案は、その相当な割合について、違憲判決の影響を受けるものといわざるを得ない。我が国では、欧米各国に比べれば非嫡出子の割合は少ない¹⁹⁾とはいえ、決して無視できない数の紛争が発生することになる。しかも、それは当事者の間では、既に解決したという信頼が存在する事案である。平成 7 年大法廷決定の反対意見等が、本件規定の違憲判決をした場合に確立した権利義務関係が覆滅され法的安定性が害されるという問題に言及しているのは、このような事態を想定しているのかもしれない²⁰⁾。

将来、最高裁が本件規定の違憲判決に踏み切る場合には、実務の混乱を防止し、関係者に与える不利益を最小限にとどめるため、最高裁が判決中において以上のような問題点につき何らかの解決の指針を示すことが強く期待される。（なかむら・こころ）

19) 厚生労働省平成 22 年度人口動態統計特殊報告によると、2009 年（平成 21 年）の出生に占める嫡出でない子の割合は 2.1%である。ちなみに、ヨーロッパでは出生数の約半分が非嫡出子である国も珍しくない。

20) このように、個別的効力説を前提としても法的安定性が害される事態は生じ得るから、平成 7 年大法廷決定の反対意見等が個別的効力説を否定するものであると断定することはできないであろう。もっとも、同反対意見は、裁判により確立した権利義務関係も覆される可能性があるような表現ぶりをしており、個別的効力説によれば確定判決や審判に再審事由があるということは困難であることからすれば、同反対意見が一般的効力説に傾斜していることは否定できない。

論説

Montesquieu's Significance for Contemporary Japan

—What Japanese Constitutional Scholars Have Failed to Learn from Montesquieu*—

Professor, The University of Tokyo

Yasuo HASEBE

Every textbook on constitutional law in Japan refers to Montesquieu's doctrine of the separation of powers,¹⁾ and several to the Eisenmann-Troper thesis in particular.²⁾ Yet in regard to Montesquieu, I have come to suspect that we Japanese constitutional scholars have not yet developed a sufficient understanding. Let me explain.

In his *Esprit des lois*, Montesquieu describes how the English state guarantees the political freedom of its people by organising the functional separation of the three powers, as well as the balance of the different social classes in the legislative process (XI, 6).³⁾ Since the legislative process is so arranged that a new statute is enacted only with the agreement of all of the social classes, it yields a state of law in which everyone's liberty, "the right to do ev-

erything the law permits" (XI, 3), is secure.⁴⁾ Montesquieu supplements this argument by also describing how the two-party system in the English Parliament sustains political passions and contributes to the maintenance of freedom (XIX, 27). At the same time, however, he characterizes the political freedom in England as "extreme", and he explicitly says that he does not recommend the English constitution as a model for other countries.⁵⁾

On the contrary, Montesquieu seems to support the preservation of a monarchical constitution in the French state. According to his analysis in book II, chapter 4, "intermediary powers" are essential for monarchies and the typical intermediary power is that of the nobility.⁶⁾ "No nobility, no monarch; rather, one has a despot" (II, 4), Montesquieu rea-

* This paper was read at several conferences, including those at École normale supérieure in August 2010, the University of Oslo in August 2010 and the Seoul National University in September 2010. I am grateful to participants in those occasions, in particular, Michel Troper, Eivind Smith and Cho Hong Sik.

1) The first Japanese translation of *Esprit des lois* was published in 1875-76 (GA NORIYUKI, BANPOU SEIRI (1875-76)).

2) For example, my textbook, YASUO HASEBE, KENPO [CONSTITUTIONAL LAW] (5th ed. 2011), p. 16, refers to the Eisenmann-Troper thesis.

3) This is to be read as book XI, chapter 6.

4) The "liberty" of this definition, understood literally, is compatible with highly oppressive regimes. We should presume that the said "law" cannot be the results of simple decrees of the legislator. In Montesquieu's view, arbitrary laws are not genuine laws. "It should be recognised that equitable relations precede positive laws which establish them" (I, 1). See, on this point, Céline SPECTOR, *Montesquieu: liberté, droit et histoire*, 2010, pp. 41-49.

5) See the last several paragraphs of book XI, ch. 6. Cf. SPECTOR, *supra* note 4, pp. 188-91.

6) In restating Montesquieu's argument, I draw heavily here on ANNELIEN DE DIJN, *FRENCH POLITICAL THOUGHT FROM MONTESQUIEU TO TOCQUEVILLE* (2008), pp.22-32. A similar understanding of Montesquieu's views on "intermediary powers" is expressed by YOSHIE KAWADE, KIZOKU NO TOKU, SHOGYO NO SEISHIN [ARISTOCRACY AND COMMERCE: MONTESQUIEU AND THE PROBLEM OF DESPOTISM] (1996), in particular, pp. 214-17.

sons. In the absence of intermediary powers that work as barriers to the concentration of a monarch's power, the monarch will become a despot who rules not by law, but by will and caprice (II, 1). Montesquieu points out that along with intermediary powers, a depository of laws should also be established in monarchies. He alludes here to the French *Parlements*, which reviewed whether royal decrees conformed to the fundamental laws of the kingdom.⁷⁾ In despotic states, he argues, there is no depository of fundamental laws, since there is no fundamental law in such states (II, 4).

In Montesquieu's view, the English state is not a monarchy, in which one person rules in accordance with the laws (II, 1), because of its characteristic absence of intermediary powers (II, 4).⁸⁾ Hence, the political freedom of the English should be protected by their artificially constructed constitution. Because the English do not have a nobility or a judiciary powerful enough to work as barriers against the government, infringement of their constitutional principle of separation of powers can lead to their being ruled arbitrarily. Montesquieu predicts that if the English people were to lose their liberty, they would become one of the most enslaved of the world's peoples (II, 4).

It follows that in Montesquieu's understanding, a monarchy equipped with powerful aristocrats and an independent judiciary is more effective in preserving liberties than a state equipped with an English-style constitutional mechanism with no intermediary powers.

Equality within the populace, for Montesquieu, is not in itself a good. Indeed, in view of the equality they provide, democratic states are similar to despotic states: "Men are all equal in republican government; they are equal in despotic government; in the former, it is because they are everything; in the latter, because they are nothing" (VI, 2). Moreover, while a republic demands that its citizens embrace virtues that contribute to the public welfare (III, 3),⁹⁾ a monarchy requires only that its nobility ascribe to values of respect for their own honour (III, 5 & 6), thus realising good governance more efficiently.¹⁰⁾ A monarchy is sustainable independent of "all the heroic virtues which we find in the ancients but know by just hear-say" (III, 5).¹¹⁾

If my description of Montesquieu's views thus far is accurate, the essential question that Montesquieu poses for us is less that of how to organise the three functions of the state than of how we can preserve liberty in a modern society in which people are regarded as inherently equal but are more concerned with their private affairs than with the general welfare. Such a society presents the risk of an electoral dictatorship which concentrates political legitimacy in its own hands, and which attacks intermediary bodies as "illegitimate powers". While the majority in such a society may realise general interests of the society as a whole, it is also possible that the political majority will, under the façade of general interests, direct social and economic benefits only to its supporters, polarising the political process. This risk has become reality in sever-

7) Cf. SPECTOR, *supra* note 4, pp. 102-05.

8) England is rather "a republic hiding behind a form of monarchy" (V, 9). Cf. SPECTOR, *supra* note 4, p. 176.

9) In his foreword to *Esprit des lois*, Montesquieu makes it clear that what he calls "virtue in a republic" is its citizens' 'love for their fatherland, that is love for the equality'.

10) "Everyone contributes to the general good, believing that he is realizing his own interests" (III, 7).

11) However, Pierre Rosanvallon points out that for the ancient Greeks, effective systems of oversight were more fundamental to realising good government than individual virtue or talent: "one might say that the Greeks did not count on benevolence and virtue to achieve the common good; they relied instead on the self-interest of individuals, since every official had a direct interest in avoiding 'reproach' for misconduct (the penalties could be quite severe)" (PIERRE ROSANVALLON, COUNTER-DEMOCRACY (2008), p.86).

al Asian states in recent years.

And this is the risk that Japan now faces, following the first significant change of ruling party since World War II. The successive governments of the Liberal Democratic Party (LDP) allocated the benefits of Japan's post-war economic growth not only to their natural supporters, including farmers, doctors, and rich industrialists, but also to supporters of opposition parties, including labourers, teachers, and small business owners. However, as economic growth slows and global economic competition increases, this inclusiveness has become unsustainable. Pareto-superior policy options have become increasingly rare; political competition has become polarised with regard to who should acquire what at the expense of whom. Since the electoral victory of the Democratic Party in 2009, the newly formed government has tried to concentrate political power in its own hands, attacking bureaucrats, public prosecutors, and the mass media as wielding *de facto* powers that lack political legitimacy. Moreover, the general electorate, which believes itself to have brought about the change of ruling party, has become much more confident than before, and is actively supporting the government's campaign against these "elitist others".¹²⁾ Members of the electorate may believe that they are encountering a constitutional moment in Ackerman's sense.¹³⁾ Montesquieu's question of

how to preserve liberty in a modern democratic society is thus of particular relevance in Japan today.

Let us consider three not mutually exclusive answers to Montesquieu's question. The first, which is Montesquieu's own answer, is to adopt an English-style, functional separation of powers, thereby spurring the development of a two-party system within the Parliament. However, Montesquieu's doctrine of the balance of powers in the legislative process presupposes the existence of different social classes,¹⁴⁾ the re-establishment of which our modern, levelled society would not tolerate. At least, we have to find supplemental means of securing our liberties from infringement by the central government. Instituting supervisory or preventive powers, following the model of the Lacedaemonian ephorate or the Roman tribunate, might be one option.¹⁵⁾ I suspect that the Special Division of the Tokyo Prosecutor's Office in effect has acted as such a negative power in contemporary Japan. The Cabinet Legislation Bureau, which, like the Conseil d'Etat in France, examines the constitutionality, coherence, and consistency of all legislative bills sponsored by the government, is another such institution.¹⁶⁾

The second answer to Montesquieu's question is provided by Carl Schmitt. In addition to endowing an electorate with equal rights to participate in democratic processes, a consti-

12) Since 2009, the Special Division of the Tokyo Prosecutor's Office investigated a series of financial scandals surrounding the Secretary-General of the Democratic Party, Ichiro Ozawa, who in response attacked the prosecutors as politically motivated. Ozawa and his allies have also attacked the mainstream news media as colluding with the prosecutors in propagating information damaging to the Democratic Party. In some domains of public opinion, in particular the internet, this campaign has found broad support. Such a response would have been almost inconceivable under the long reign of the LDP, during which the public trusted public prosecutors to hold politicians accountable, and believed that elections played no role in the prosecutors' performance of their duties. In contemporary France, in contrast, the trend seems to be the inverse: a judicialisation of politics has materialised there. *See id.*, ch. 10.

13) Cf. 1 BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE* (1991).

14) Cf. Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, 1980, pp. 121-25.

15) *See* ROSANVALLON, *supra* note 11, pts. 1 & 2.

16) Recently Bruce Ackerman proposed to create the "Supreme Executive Tribunal" to put the American executive branch under the rule of law. *See* BRUCE ACKERMAN, *THE DECLINE AND FALL OF THE AMERICAN REPUBLIC* (2010), ch. 6.

tution can establish several specific institutions as intermediary powers, such as the bureaucracy, universities, and perhaps churches, each dedicated to upholding legitimate apolitical ideals such as impartiality and/or universal, rational knowledge. In the course of defending their privileges, such institutions may work as shields against the concentration of centralized political power.

However, this answer presupposes a judiciary, in particular, a constitutional court, that will effectively police the boundaries of the privileges of these institutions.¹⁷⁾ It is not certain that the courts would exert their powers of control in an atmosphere of unitary political power, since they would themselves be subject to attack as “elitist others”. Moreover, the advent of the “risk society” has eroded people’s trust in scientific, rational knowledge, and therefore, their trust in the legitimacy of privileged institutions.

The third answer is suggested by Alexis de Tocqueville. In the United States, which was the exemplary levelled society of his time, Tocqueville found various associations that he viewed as performing the same role as the nobility in a monarchy.¹⁸⁾ Tocqueville firmly believed that aristocracies cannot be re-established in the modern world. Instead, “citizens can associate with each other to constitute affluent, influential, and strong entities, that is, aristocratic moral persons”.¹⁹⁾ Such associations, in Tocqueville’s argument, work to defend their rights against the demands of the powers, in so doing, preserving liberties as common interests. Tocqueville explicitly refers to the press as the healer of most of the

evils resulting from the equality pervading a democratic society. In his view, people living in aristocracies can do without freedom of the press, but those living in democracies cannot. Neither grand political assemblies, parliamentary prerogatives, nor the proclamation of popular sovereignty can compensate for its absence (II, 4, 7).²⁰⁾ However, with the development of the internet in recent years, the power and status of the press has been severely eroded in the eyes of the general public.

Hence, there is no clear and easy answer to Montesquieu’s question. Perhaps the answer entails properly arranging constitutional powers, guaranteeing the privileges of specific apolitical institutions, and defending freedoms of association and the press at the same time. Certainly, it entails educating the public not to place too much trust in the monist principle of popular sovereignty. The political process is too complex for this principle alone to sustain the public good and the political freedom.

(Yasuo HASEBE)

17) I do not share the widely held view that the Supreme Court of Japan has been extremely passivist in exercising its power of constitutional review. See Yasuo Hasebe, *The Supreme Court of Japan*, 5(2) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW (2007), pp.296-307.

18) See DE DIJN, *supra* note 6, pp. 150-51. Yoichi Higuchi has analysed this aspect of Tocqueville’s theory, contrasting the Tocquevillian vision with the Jacobin vision of democratic monism. See YOICHI HIGUCHI, KINDAI KOKUMIN-KOKKA NO KENPO-KOZO [CONSTITUTIONAL THEORY OF THE MODERN NATION-STATE] (1994). See also Yoichi HIGUCHI, *Les deux modèles de l’État-nation, Le constitutionnalisme entre l’Occident et le Japon*, 2001.

19) Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, tome II, 1961 (1840), p. 442 (II, 4, 7).

20) In Tocqueville’s view, the judiciary performs a similar role in democracies. See *id.*, p. 443 (II, 4, 7).

執筆者一覧

岩間郁乃	2010 年 4 月既修コース入学・2012 年 3 月同コース修了
長戸貴之	2010 年 4 月既修コース入学・2012 年 3 月同コース修了
藤岡祐治	2010 年 4 月既修コース入学・2012 年 3 月同コース修了
本郷 隆	2010 年 4 月既修コース入学・2012 年 3 月同コース修了
山名淳一	2010 年 4 月既修コース入学・2012 年 3 月同コース修了
吉川 慶	2011 年 4 月既修コース入学
中谷和弘	大学院法学政治学研究科教授
中村 心	大学院法学政治学研究科客員准教授・判事
長谷部恭男	大学院法学政治学研究科教授

編集委員一覧

学生編集委員

大橋久維 岩川隆嗣 岩間郁乃 宇賀神崇 小峯庸平 瀬戸口祐基
田勢華也子 角田龍哉 長戸貴之 藤岡祐治 柳澤諭 呂佳叡

教員編集委員

松下淳一 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.7 2012 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.7 (2012.9)

The University of Tokyo Law Review

**Bond Restructuring through Majority Vote:
The Possibility and the Protection for the Bondholders**

Ayano IWAMA

**Inheritance Tax Act and Retroactive Effect
— Case Analysis —**

Takayuki NAGATO

Trustee Liability to Third Parties on Limited Liability Trust

Yuji FUJIOKA

Academic Freedom and University Autonomy

Takashi HONGO

Community-based Treatments after Corrections

Junichi YAMANA

Stock Option Plans for Statutory Auditors and Outside Directors

Kei YOSHIKAWA

The Strait of Hormuz and International Law

Kazuhiro NAKATANI

**The Effects of Unconstitutional Judgement on the Proviso
to Art. 900(4) of the Civil Code**

Kokoro NAKAMURA

**Montesquieu's Significance for Contemporary Japan
— What Japanese Constitutional Scholars Have Failed
to Learn from Montesquieu —**

Yasuo HASEBE