

—目次—

1	第 18 巻の刊行にあたって	山本隆司
---	----------------	------

投稿論稿

---

3	侮辱罪の保護法益と行為 ——法定刑の引上げと、ドイツ的な把握——	小杉麟太郎
44	地区詳細計画上の利益衡量 ——ドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開——	田中裕登
110	身分犯の共犯と業務上横領罪の構造	星川竜儀
125	意思表示の成立要件の検討 ——電子取引を題材に——	宮川将毅

寄稿論稿

---

139	金融商品取引法における支配株主の規制 ——その範囲と責任を中心に——	朱 大明
152	戦後世代の戦争責任	瀧川裕英
172	Merger Control in Japan: “In Informal Remedies We Trust”	Simon VANDE WALLE

---

189	投稿論稿選出理由	
-----	----------	--

---

–Contents–

1	Foreword ( <i>in Japanese</i> )	Ryuji YAMAMOTO
<hr/>		
3	Protected legal interests and act of Insult Law: German-Like understanding for increase in statutory penalties ( <i>in Japanese</i> )	Rintaro KOSUGI
44	Abwägung in der Planung ( <i>auf Japanisch</i> )	Hiroto TANAKA
110	The Structure of Complicity in Status Offenses and Embezzlement in Social Activities ( <i>in Japanese</i> )	Tatsunori HOSHIKAWA
125	Die Voraussetzungen von Willenserklärung: Aus der Analyse von elektronischem Handel ( <i>auf Japanisch</i> )	Masaki MIYAGAWA
<hr/>		
139	Regulation of Controlling Shareholders in Financial Instruments and Exchange Act —— Focusing on Its Scope and Responsibilities ( <i>in Japanese</i> )	Daming ZHU
152	War Responsibility of the Postwar Generation: A Case of Collective Responsibility ( <i>in Japanese</i> )	Hirohide TAKIKAWA
172	Merger Control in Japan: “In Informal Remedies We Trust”	Simon VANDE WALLE
<hr/>		
189	Editor’s Comments ( <i>in Japanese</i> )	
<hr/>		



## 第 18 巻の刊行にあたって

東京大学法科大学院ローレビューの意義は、2006年に電子ジャーナル方式で刊行された第1巻の「創刊の辞」の冒頭で、当時の高橋宏志研究科長が謳い、15年余の間、歴代の研究科長がそれぞれ熱を込めて、巻頭言に説いてきたとおりである。すなわち、専門職大学院である法科大学院の任務は、学生が、既存の法規範、既存の法解釈論、既存の実務に習熟し、具体的な問いにつき一義的に答えを導き出せるようにすることに尽きない。法科大学院は、既存の知見では十分な解決が得られない問題を的確に認識し、基本的な考え方に遡り、歴史的・国際的な比較による批判的視点をまじえて、既存の法規範・法解釈論・実務を反省し、さらに、新たに生じる可能性がある問題を展望しながら、新たな知見を創出していく場でなければならない。東京大学が、こうした法科大学院の理念を最も鮮明に体现する成果が、ローレビューである。

ローレビューの意義は、デジタル情報技術が急速に発展する社会において、ますます重くなっている。現在、多くの人々にとって大量の情報を即時に取得することが容易になり、人間が行ってきた判断やコミュニケーションが、アルゴリズムにより代替されることが増えている。こうした傾向は、今年に入り急速に普及した生成AIにより、さらに加速した。法律家には、他に代替できない論証と議論を行うことが求められている。こうした役割を果たせなければ、法律家は存在意義を発揮できず、社会的信用を失うであろう。今やローレビューは、法律家の役割と存在意義を顕かにする意味を持つといっても過言ではない。

第18巻となる本ローレビューには、学生諸氏から7編の論文が投稿され、うち4編が掲載された。厳しい審査を経て本誌に論文が掲載された学生諸氏に対し、卓抜を讃えたい。もともと、数の上では、投稿が例年に比して低調であった。多数の論文が執筆・投稿されることによって、法科大学院の上記の理念が実現され、また、ローレビューの質の向上に資する。今後、学生諸氏からの投稿数が復調することを期待したい。教員からは、3編の投稿をいただき、ローレビューに深みが与えられた。ここに、論文を投稿されたすべての教員および学生諸氏に対し、感謝申し上げます。

さらに、編集委員の学生諸氏には、投稿論文の全体構想から一言一句に至るまで、緻密な調査に基づき審査検討をしていただいた。その際には、専門分野の教員から貴重なご意見をお寄せいただいている。編集のプロセスについては、コロナ禍以前のスタイルに戻す途上にある。加えて、今年度から司法試験の在学中受験の制度が導入され、試験時期が遅くなったため、編集作業のスケジュールがタイトになった。こうした中で編集作業を進められた委員の諸氏にお礼を申し上げ、本巻を世に送り出すこととする。

2023年12月

東京大学大学院法学政治学研究科長

山本隆司

東京大学法科大学院ローレビュー第18巻には、投稿締切日である2023年3月24日までに、7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18期編集委員会は、掲載論稿として4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18期編集委員会

# 侮辱罪の保護法益と行為

## ——法定刑の引上げと、ドイツ的な把握——

2021年4月入学

小杉麟太郎

### I. はじめに

- 1 問題の所在
- 2 本稿の概略

### II. 日本における名誉犯罪の現在

- 1 名誉犯罪の保護法益と構成要件
  - (1) 外部的（社会的）名誉説
  - (2) 外部的（社会的）名誉説と構成要件との関連
    - a 客体（名誉の主体）
    - b 公然性要件
- 2 侮辱罪に関する近時の展開
  - (1) 判例にみる適用実態の遷移
    - a 従前の事例群
    - b 社会関連性が希薄な事例群
  - (2) 侮辱罪の改正及びその背景
    - a 侮辱罪の改正
    - b 改正の背景（現代的な態様の侮辱）
- 3 問題提起

### III. ドイツにおける侮辱罪の保護法益と行為

- 1 ドイツにおける名誉犯罪の基本構造
  - (1) 名誉犯罪（Ehrendelikt）の基本類型
  - (2) 侮辱罪の構成要件
    - a 客体（名誉の主体）
    - b 行為（Tathandlung）
    - c（事実の主張における）真実性
- 2 保護法益論の展開
  - (1) 名誉概念の古典的分類と外部的名誉説
    - a 名誉概念の古典的分類
    - b 内部的（倫理的）名誉説
    - c 外部的（社会的）名誉説
    - d 外部的（社会的）名誉説の限界）——

BGHSt 11, 67

- (2) 規範的名誉説——妥当価値と尊重要求

- a 規範的名誉説
- b 判例における規範的名誉説の採用——BGHSt 36, 145
- c 規範的名誉説の課題

- (3) 規範的名誉説の先へ——コミュニケーションのための名誉——

- 3 裁判例でみる侮辱行為の基礎付けと限定

- (1) 表明行為の存在
  - a 親密圏のコミュニケーション
  - b 非言語的な行為と「表明」
- (2) 表明内容の解釈
- (3) 表明内容と妥当価値との関連性

- 4 小括

### IV. 私見——日本における議論の来歴と指針——

- 1 現代的な態様の侮辱のドイツ的な把握
- 2 外部的（社会的）名誉説の経路依存性
  - (1) 議論の端緒としての用語法の確認
  - (2) 外部的（社会的）名誉説の通説化と固着
    - a 外部的（社会的）名誉説の導入から通説化まで
    - b 外部的（社会的）名誉説の固着
  - (3) 小括
- 3 公然性要件の経路依存性
  - (1) 現行侮辱罪の制定沿革
  - (2) 公然性要件の導入経緯
  - (3) 小括

### V. おわりに

## I. はじめに

### 1 問題の所在

令和4年に成立した侮辱罪（刑法231条）の法定刑を引き上げる改正は、軽微な罪であり適用例も少なく、学説においてすら恒常的に議論があったとは言い難いこの罪に、俄に脚光を当てた。立法過程ではインターネットにおける誹謗中傷を中心とする現代的な態様の侮辱を防止することに期待がかけられており、これに対して学説からは、構成要件を変更せずに法定刑を引上げるのみで対処することには限界（あるいは弊害）がある、現代的な態様の侮辱には別の立法により対処すべきであるなど、様々な議論が噴出している。

本論文は、名誉犯罪について積み上げられてきた伝統的な議論、つまり公然性要件に関する伝播性の理論の是非、230条の2の真実性の証明の位置付け、正当行為（35条）による違法性阻却などの論点と、直近の関心、すなわちインターネットにおける誹謗中傷への対処や、法定刑引上げによる萎縮効果への懸念などの論点との間隙に落ちた格好の、侮辱罪の保護法益を主題とする。我が国では、侮辱罪の保護法益について、強固な通説として外部的（社会的）名誉説が採用されている。しかし、現代的な態様の侮辱を把握し、法定刑引上げ後の侮辱罪を説明するためにはこのままでは不十分であり、人間の尊厳と社会における（対等な）コミュニケーションを保障するというドイツ的な把握の方が適しているという主張を提起するのが、本論文の目的である。

### 2 本稿の概略

本論文は、我が国の現況を踏まえてドイツを舞台とする比較法的調査を行い、その調査から得られた観点の有用性を示し、その導入にあたっての障害を検討するという順で進む。

Ⅱ「日本における名誉犯罪の現在」では、初めに我が国における名誉犯罪の保護法益論

の通説である外部的（社会的）名誉説について確認して、それが名誉の主体や公然性要件などの説明と連動している様子を概観する。次に、侮辱罪の適用実態をみて、外部的（社会的）名誉説で説明できる社会関連性の高い類型が処罰されていた従前の裁判例から、社会関連性の希薄な類型へ近時すでに処罰対象が拡がる兆しがあったことを示す。そして、法定刑引上げの根拠である現代的な態様の侮辱がこの後者の類型にあたることを説明して、外部的（社会的）名誉説に疑問を投げかけ、また、一部学説が提起する侮辱罪以外の立法による解決という方向性も有意義ではあるが、法定刑引上げ以後の侮辱罪をどう枠付けるかという問題への対処は回避できないことを指摘する。

日本の現況を踏まえると、侮辱罪の処罰根拠及び保護法益を、外部的（社会的）名誉説以外から調達する必要性が浮上する。そこでⅢ「ドイツにおける侮辱罪の保護法益と行為」では、ドイツにおいて、侮辱（*Beleidigung*）の保護法益をめぐる議論がどのように展開してきたかということ扱う。そこから分かるのは、ドイツでは「あらゆる生きている人間の名誉」の存在を承認するために名誉概念の規範的把握が優勢であり、人間の尊厳にしたがって生ずる妥当価値への尊重要求を保護法益とする規範的名誉説が判例・通説となったこと、そして、規範的名誉説に残る曖昧さを補充する近時の見解が「社会における（対等な）コミュニケーション」の保障という観点を導入する点において共通性を有することである。そして併せて、このドイツ的な把握により実際の事案がどのように規律されるか、いくつか判例をとりあげて描写する。

さらにⅣ「私見」においては、如上のドイツ的な把握こそ我が国における現代的な態様の侮辱への侮辱罪の適用を基礎付けるために有望かつ適切であることを述べたうえで、ドイツ的な把握の導入に対して主な障害となっている外部的（社会的）名誉説の強固さ（当然視）と公然性要件の存在について、それらの保護法益論への影響力を減ずるため、日本における保護法益論の展開（ドイツ学説の輸入のされ方）と旧刑法の編纂過程（ポアン

ナーの説明)を扱って、それぞれの経路依存性を示す。そして、そのようにすることで、法定刑引上げ以後の侮辱罪についての議論の指針として、既存の保護法益論や構成要件を所与のものとするのではなく、現代的な態様の侮辱に正面から向き合う保護法益論の構築を先行させ、それと合致する名誉犯罪の建て付けを検討すべきであるということを示す。

## Ⅱ. 日本における名誉犯罪の現在

日本における名誉犯罪(名誉に対する罪)とは、刑法230条の名誉毀損罪と刑法231条の侮辱罪である。本章では、まず、名誉犯罪の保護法益に関する通説である外部的(社会的)名誉説、及びその保護法益論と関連する構成要件の解釈について、簡潔に説明する(1)。そして続けて、法定刑を引き上げる改正があった侮辱罪に的を絞り、その適用実態及び改正の背景となった事象が、現状の解釈枠組みと整合するかを検討したうえで(2)、本稿の問題提起につなげる(3)。

### 1 名誉犯罪の保護法益と構成要件

#### (1) 外部的(社会的)名誉説

日本の通説及び判例は、名誉毀損罪と侮辱罪とを区別せず、名誉犯罪の保護法益とは、人間に対して社会が与える評価(あるいはそれと結びつく社会的地位)、つまり外部的(社会的)名誉であるとする<sup>1)</sup>。通説は、以下のようにこれを支持する。

①人間の名誉概念には、3種類の内容がありうる。第1に、人が人たることによって内在する、人間の真価である内部的名誉。第2に、人間が自分自身の価値を認めるという意識・感情としての名誉感情。そして第3に、

先述の外部的(社会的)名誉である。②もつとも、内部的名誉は全ての人間に客観的かつ同等に内在するもので、増減しえない絶対的性格を有するから、他者の行為によって侵害されえない。侵害されないものは、刑法上の保護法益にならない。③また名誉感情も、それが保護に値しないとまではいえないものの、犯罪の成否と軽重が客体の主観に依存すること、また仮に名誉感情が保護法益であるならば、後述の公然性要件は不要であることなどを踏まえると、やはり保護法益たりえない。④よって名誉犯罪の保護法益は外部的(社会的)名誉に限定される。

以上の通説的見解は、用語法などに多少の差異はあるが、述べていることの趣旨は大体同一であり、「外部的(社会的)名誉説」と呼称できる。そしてその要点は、まず名誉概念を内部的名誉・名誉感情・外部的(社会的)名誉の3つに分けること、そして、内部的名誉をその増減しえない絶対的性格を理由に考慮から除外し、また名誉感情も、その主観に依存する性質及び公然性要件との整合性を理由にやはり除外するという消去法的な議論展開により、外部的(社会的)名誉のみが名誉犯罪の保護法益とされることをほぼ論理の必然として描写することにある。

#### (2) 外部的(社会的)名誉説と構成要件との関連

名誉犯罪の保護法益を外部的(社会的)名誉だと解することは、名誉犯罪の構成要件の解釈とも関連する。ここでは後の議論にとってとりわけ重要な、客体(名誉の主体)と公然性要件に関する議論を、それぞれ簡潔に扱う。

##### a 客体(名誉の主体)

名誉犯罪の客体に関する議論は保護法益論と重複するが、名誉の主体について別途議論がありうる。これは大別すると、1つには自

1) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第3版)第12巻[第230条~第245条]』7頁[中森喜彦](青林書院, 2019), 大谷實『刑法講義各論(新版第5版)』167-169頁(成文堂, 2019), 高橋則夫『刑法各論(第3版)』167-168頁(成文堂, 2018), 西田典之『刑法各論(第7版)』121頁, 134-135頁(弘文堂, 2018), 山口厚『刑法各論(第2版補訂)』134頁, 147-148頁(有斐閣, 2012)など多数。なお, 大判大正15年7月5日(刑集12巻1590頁)も傍論であるが「刑法第二百三十一條所定侮辱罪ハ事實ヲ摘示セスシテ他人ノ社會的地位ヲ輕蔑スル犯人自己ノ抽象的判斷ヲ公然發表スルニヨリテ成立スルモノナルニ反シ同法第二百三十條第一項所定ノ名譽毀損罪ハ他人ノ社會的地位ヲ害スルニ足ルヘキ具體的事實ヲ公然告知スルニ依リテ成立スルモノナレハ……」と判示しており同旨を含む。

然人のみならず法人その他の団体が名誉の主体たりうるかという問題、また1つには、社会的地位を未だ有しない幼児や、(肯定的な)社会的評価を受けない犯罪者などにも保護法益としての名誉があるかという問題である。

まず、団体が名誉主体たりうることについては、外部的(社会的)名誉説により容易に説明がつく。法人その他の団体も、それが社会において統一的な意思の下に行動する活動単位である以上は、それに応じた社会的評価・地位の主体となるからである<sup>2)</sup>。判例も、このことを前提とする判断を下している<sup>3)</sup>。

一方で、社会的地位及び社会的評価を客観的には有しないようにも思われる者にも外部的(社会的)名誉があると解するのは、少なくとも当然ではない。そこで通説は、保護法益としての外部的(社会的)名誉を、現に存する社会的地位及び社会的評価から理論的に拡張することでこれを含めている。それは例えば「……名誉は現在の人に対する社会的評価であるが、現在の名誉は人の過去および将来にも関連するから、例えば、幼児の将来に対する社会的評価も含む」のように時間的に拡張する見解であり<sup>4)</sup>、またそもそも「いかなる人間についてもそれが社会に存する限り必ず認めるべき下限としての名誉がある」として、外部的名誉の下限を規範的に把握しなおす見解である<sup>5)</sup>。もっとも、いずれの見解も「自然人のなかで名誉の主体と認められない者がいる」という不穏当な結論を回避するための便宜としての説明になっている面があり、その意義及び出処については後に改めて

検討する。

#### b 公然性要件

名誉毀損罪と侮辱罪とは事実の摘示の有無により区別されており、名誉毀損または侮辱の表明行為を「公然と」することは両者に共通の要件である。

ここで公然とは「不特定または多数の者が直接に認識できる」状態をいう、構成要件的状况である<sup>6)</sup>。これは表明行為に相手の社会的評価を低落させうる危険があることを要求するものであり、名誉犯罪の保護法益を外部的(社会的)名誉だと解することと結びついているとされる<sup>7)</sup>。

確かに、公然性要件をあえて課している趣旨が、名誉毀損または侮辱の表明内容が被害者のみならず第三者へ、ひいては世間へ伝わり、被害者の社会的評価・地位を危殆化することの要求であるとすれば、公然性要件と外部的(社会的)名誉説との間には、相互に強い結びつきが存在するといえる。もっとも、とりわけ侮辱罪に関する近時の展開を見てゆくと、現代的な問題の焦点は必ずしも上述したような事象ではないということが示唆される。そこで以下では侮辱罪に絞って、法定刑引上げを含む近時の展開についてまとめてゆく。

## 2 侮辱罪に関する近時の展開

本論文の目標は、名誉犯罪の保護法益についての通説である外部的(社会的)名誉説に対して、まず侮辱罪を直接の対象として、オルタナティブを呈示することである。かかる

2) 佐伯仁志「名誉とプライバシーに対する罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 各論』76頁、77-78頁(日本評論社、2008)参照。大塚ほか・前掲注1)16頁〔中森喜彦〕、大谷・前掲注1)169-170頁、高橋・前掲注1)171頁、西田・前掲注1)122-123頁、山口・前掲注1)136頁など同旨。

3) 大判大正15年3月24日刑集5巻117頁(「名誉毀損罪又ハ侮辱罪ハ或特定セル人又ハ人格ヲ有スル團體ニ對シ其ノ名譽ヲ毀損シ又ハ之ヲ侮辱スルニ依リテ成立スルモノニシテ……」)、また日新火災海上保険株式会社を被害者とする侮辱罪の成立を認めた最判昭和58年11月1日刑集37巻9号1341頁など。

4) 大谷・前掲注1)170頁。

5) 大塚ほか・前掲注1)9-10頁〔中森喜彦〕。

6) 大谷・前掲注1)170頁など。なお、判例(大判昭和3年12月13日刑集7巻766頁など)においては「不特定多数ノ者ノ觀察シ得ヘキ状態」などと「直接に」という言葉がない。もっともいわゆる伝播性の理論を厳格に排除しない限りほとんど同旨に帰着するであろう。伝播性の理論についてはその採用及び運用に慎重な姿勢を示す学説も有力であるが(西田・前掲注1)123-124頁、山口・前掲注1)136-137頁など)、本稿の主題から逸れるため、深入りしない。

7) 大塚ほか・前掲注1)17頁〔中森喜彦〕、大谷・前掲注1)170-171頁、西田・前掲注1)109-110頁など。

目標設定の理由は、同罪をめぐる近時の裁判実務及び法改正の展開が、外部的（社会的）名誉説によっては把握しきれない側面を有していることにある。

### (1) 判例にみる適用実態の遷移

侮辱罪に関する裁判例は現時点では僅少である<sup>8)</sup>。しかし、侮辱に該当する表明行為・表明内容の社会関連性という観点から、侮辱の捉えられ方の遷移を示唆することはできる。

#### a 従前の事例群

戦前から昭和期における侮辱罪の適用事例には、表明行為の態様・対象・内容など様々な視角から、高度の社会関連性が認められる事案が多い。

まず、表明行為の態様については、新聞紙面<sup>9)</sup>、あるいはビラ配布やポスターの掲示によってなど<sup>10)</sup>、公開性が高く、性質上広く公衆に訴えかけることを意図した手法が用いられている事案が多数である。このうち大判大正15年7月5日刑集5巻303頁などは、その内容自体は岩手日報の記者が岩手毎日新聞の記者に対してその人格態度を揶揄するという私的でスケールの小さいものであるが、その揶揄を新聞紙面で展開している以上は相手の社会的評価・地位に与える影響もそれなりに大きい。

次に、表明行為の対象についてみると、政治家や実業家、あるいは公務員など、社会的評価・地位を確立した者や、公共性の高度な職務に従事する者を対象とする侮辱が多数挙げられる<sup>11)</sup>。これらの者に対してその人格あるいは資質を否定する言説を表明すれば、その社会的評価・地位を危うくすることが予

想される。例えば時の市長につき「強情テ貪欲テ佞奸邪智ノ権謀術数家テ悪辣ナル毒腕」と言えば、それ自体は抽象的な罵倒であっても（したがって、名誉毀損に当たらずとも）、世間的に市長としての適格が疑問視されうるであろう<sup>12)</sup>。

さらに、そもそも表明行為の内容が公的な事柄に紐づいていることもある。大判昭和10年4月8日刑集14巻401頁などはその一つの典型であり、鉄道会社社長から転身した鉄道参与官が、従前には反対していた新規鉄道の敷設に一転賛成したことを揶揄する目的で、当該新規鉄道の開設式場において「反対ノ行動ノミヲ為シタルモノナルニ拘ハラス……恰モ自己ノ努力ニ依リ開通セシメタルカ如キ祝辞演説ヲ為ストハ運命ハ皮肉ナモノ」などと書いたビラを配布したこの事案は、新規鉄道の敷設という公的な事柄についての鉄道参与官の振舞いが矛盾しているとして、その資質を批判するという意味で、内容が公的な事柄に強く結びついている。また時代を下って最判昭和58年11月1日刑集37巻9号1341頁も、知人の交通事故に際して、保険関連の交渉を有利に進めるため、「[日新火災海上保険は] 悪徳弁護士と結託して被害者を弾圧している」などと、法人及び弁護士の公的責任に直結しうる事柄を主張した事案であり、この類に属する。

これらの従前の事例群が示唆するのは、侮辱罪の適用に際し、問題となる表明行為に、その内容自体からにせよ、その態様や対象の属性・文脈等までを考慮してにせよ、対象の社会的評価・地位を危殆化するという意味での社会関連性があることが確かにある程度前

8) 侮辱罪の事案を収集した直近の研究によれば、侮辱罪の1年あたりの起訴人員は（近時はやや増加しているものの）10～30件程度で推移しており、そのうち事案や裁判の内容について断片的にでも知れるものとなると、公刊物掲載の判例に加えて、読売新聞・毎日新聞・朝日新聞（いわゆる三大紙）までを調査・収集してもなお20件程度に過ぎない（亀井源太郎「侮辱罪の法定刑引上げに関する覚書」法時94巻3号58頁、58-60頁（2022））。

9) 大判大正3年11月24日刑録20輯2230頁、大判大正15年7月5日刑集5巻303頁、大判昭和2年11月26日刑集6巻468頁、大判昭和8年2月22日刑集12巻154頁、大判昭和9年5月5日刑集13巻573頁、大判昭和10年3月14日刑集14巻249頁、東京高判昭和33年7月15日高判集11巻7号394頁など。

10) 大判昭和10年3月14日刑集14巻261頁（ポスターの掲示）、大判昭和10年4月8日刑集14巻401頁（ビラ配布）、最判昭和31年4月12日刑集10巻4号540頁（ポスターの掲示）など。

11) 前掲大判昭和2年11月26日（県議選出馬の予想されていた実業家）、前掲大判昭和8年2月22日（市長）、前掲大判昭和9年5月5日（舞鶴海軍要港部参謀兼副官・同部幕僚）、前掲大判昭和10年4月8日（鉄道参与官）、前掲最判昭和31年4月12日（司法巡查）など。

12) 前掲大判昭和8年2月22日の事案より。

提されてきたようだ、ということである。すなわち、侮辱罪の適用実態も、通説である外部的（社会的）名誉説に沿うものであった。

#### b 社会関連性が希薄な事例群

しかし戦後の判例には、上記の意味における社会関連性を看取し難いものも幾つか存在する。例えば東京高判昭和51年5月13日東高刑時報27巻5号64頁は、従前より関係の悪化していた隣人に対して、自宅にいながら窓を開けて「カバ」、「チンドン屋」、「キョロ」、「法律違反者」などと叫んだ行為が問題となっており、最2小決平成18年9月11日（公刊物非登載<sup>13)</sup>）では、スナックの店内で隣の客（女性）に対して執拗に（20分程度）「おいデブデブ」「そんなに太っていてどうするんだ」「ドラム缶みていだな」などと揶揄した行為が問題となっている。これらの事案において、その表明行為の内容が私的な罵倒にとどまることは明らかである。そして、表明行為の態様も直接口頭であり、（侮辱罪の適用の前提として公然性が認められているとはいえ）新聞紙面・ビラ・ポスターのような公開性の高い方法とは言えない。また、相手の社会的立場に結びつけるような文脈がないことも明らかである<sup>14)</sup>。つまりこれらの事案は、行為者自身の認識において私的な罵倒を私的に放言したにすぎないということとどまらず、客観的にも、社会関連性が希薄だということになる。

それにもかかわらず、これらの事案について判例はいずれも有罪判決を下している。とりわけ、後者の最2小決平成18年9月11日では、改正前侮辱罪において最も重い法定刑である拘留29日（30日未満という条件下で最大）が科されていることも注目し得る。社会関連性が希薄な事案について侮辱罪の枠内での高度の当罰性を認めるなら、その背後では、対象の社会的評価・地位を危殆化することと異なる処罰根拠及び保護法益が想定さ

れているはずだからである。外部的（社会的）名誉説は外部的（社会的）名誉のみを名誉犯罪の保護法益と解する以上、社会関連性の外からも侮辱罪の当罰性が調達されうるとすれば、外部的（社会的）名誉説への疑問が生ずることになる。以下では、かかる疑問を強化する事情として、近時行われた侮辱罪の改正及びその背景をみてゆく。

### (2) 侮辱罪の改正及びその背景

#### a 侮辱罪の改正

令和4年6月13日に成立した「刑法等の一部を改正する法律」（法律67号、同7月7日より施行）により、侮辱罪の法定刑が「拘留又は科料」から「1年以下の懲役若しくは禁錮若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料」へと引き上げられた。

本改正の法務省担当者はこの改正の趣旨について、「近時の人の名誉を害する行為の実情等にかんがみ、侮辱罪について、厳正に対処すべき犯罪であるという法的評価を示し、これを抑止するとともに、当罰性の高い悪質な侮辱行為への厳正な対処を可能とする」ことと述べる<sup>15)</sup>。ここで「近時の人の名誉を害する行為の実情」とは、主にインターネットにおける誹謗中傷である。担当者は、インターネットの特徴である匿名性と拡散力が発言の過激化とその影響の大規模化を招き、名誉への深刻な侵害となることを指摘している<sup>16)</sup>。

一方で今般の改正において、法定刑引上げ以外の侮辱罪に関する変更点はなく、保護法益についても外部的（社会的）名誉説の維持が前提となっている。担当者の言に従いインターネットにおける誹謗中傷という類型のみ着目すれば、これは不自然なことではない。インターネットにおける発言には高度の公開性があり、その拡散力と相俟ってある対象への批判や揶揄を検証を許さないほど速く広げてしまう危険がある（いわゆる「炎上」）。

13) 最決について毎日新聞2006年9月14日東京朝刊総合、原々審について朝日新聞2006年1月20日朝刊をそれぞれ参照。

14) 丸山雅夫「名誉侵害罪としての侮辱罪」南山法学41巻2号53頁、71頁（2018）も、「そもそも、侮辱罪を成立させるものとして例示されている表現のうち、身体的特徴を指摘するような差別的表現や侮蔑的な価値判断は、社会的な名誉を低下させる可能性を有していると言えるのだろうか。」と同旨の指摘をする。

15) 栗木傑＝中野浩一「刑法等の一部を改正する法律」の概要」ひろば75巻9号51頁、51頁（2022）。

16) 栗木＝中野・前掲注15)55頁。

そしてこのことはそのまま、その対象の社会的評価・地位を毀損する危険度の大きさでもあるといえる。

しかし、今般の改正の根拠として挙げられている事案を具体的に見てゆくと、インターネットという特性で括ることのできない、現代的な態様の侮辱の特徴が浮上ってくる。そして、その特徴は、やはり外部的（社会的）名誉説に再考を迫るものである。

#### b 改正の背景（現代的な態様の侮辱）

そもそも、今般の改正議論の契機となったのは、「テラスハウス事件」であった。恋愛リアリティー番組に出演していた被害者が、自身の番組演出上の振舞いに関してネット上で激しい誹謗中傷を受け、自殺に追い込まれたという事件である。新聞報道によれば、被害者を中傷する投稿は数百に及び、その内容も「性格悪いし、生きてる価値あるのかね」「いつ死ぬの?」「きもい」など悲惨なものだった<sup>17)</sup>。

このような投稿は確かに、被害者の社会的評価・地位を脅かしていたらろう。しかし、本件において注目されたのはどちらかといえば、被害者が精神的苦痛により自殺に追い込まれたという結果であった。実際、法制審議会で採りあげられた新聞の言説も、「国は、罰則の強化などを含め、悪質な中傷をなくしていくための対策を急ぐべきだ」（読売新聞2020年12月18日付）、「死に追いつめるほど人格を深く傷つける結果に対し、妥当な刑罰なのか」（東京新聞2021年4月9日付）というものである<sup>18)</sup>。これらはインターネットの特性により被害者の社会的評価・地位が脅かされ、それゆえに被害者の精神的健康が害されるという因果経路ではなく、より端的に中傷そのものの悪質さによって、被害者の精神的健康に直接深刻な影響が出て、深刻なケースでは生存まで脅かされるという側面に軸足があるように読める。

審議会において弁護士の委員が強調する被害も、「〔犯罪被害者や被害者遺族に〕ブスだとか、こんな女が殺されて当然だとか、刺されて当然だとか、この女とやれるなんて犯人はすごいとか、そういうひどい書き込みが何十という、もう数え切れないほどたくさん来る」ことで、被害者の心に深刻な影響が及ぶという内容である<sup>19)</sup>。上記のような空疎な中傷・罵倒はやはり、被害者の社会的評価・地位を危殆化するというより、その空疎な中傷・罵倒それ自身が被害者を同じ人として扱わない言動であり、それに接した被害者に精神的苦痛をもたらすという点で問題だという方が適切であろう。インターネットはそのような発言を増幅し、被害者へと届けてしまう経路として重大な役割を担ってはいるが、問題の本質はあくまで空疎な中傷・罵倒それ自体と考えられる。

法制審議会で紹介された「令和2年中に侮辱罪のみにより第一審判決・略式命令のあった事例」集<sup>20)</sup>にも、同じ特徴が現れる。事例集にある30個の事案のうちで相手の社会的評価・地位に紐付けた批判といえる事例は、インターネット上の掲示板に「詐欺不動産」などと投稿したもの（18番）や、駅の柱等に「悪質リフォーム工事業者です」などと記載した紙面を貼付したもの（26番）など数件にとどまり、他は「ブタ」（6番、7番）、「DQN」（14番）、「コノオトコハ ワルイ オトコ デス」（27番）などほとんど無内容な中傷・罵倒である。これらの表明行為の当罰性を対象の社会的評価・地位の危殆化を中核として捉えることはやはり技巧的にすぎるであろう。また、事例集にはインターネットにおける誹謗中傷ではないものも幾つか含まれている（集合住宅において被害者について「今、ほら、ちまたで流行りの発達障害」などと発言したもの（24番）、路上で被害者に対し「くそばばあが。死ぬ」などと発言した

17) 日経新聞2020年12月17日夕刊11頁、毎日新聞2021年3月31日東京朝刊28頁、毎日新聞2021年4月7日西部朝刊25頁など参照。

18) 法制審議会刑事法（侮辱罪の法定刑関係）部会「第1回会議議事録」7-8頁。

19) 法制審議会刑事法（侮辱罪の法定刑関係）部会・前掲注18)9-10頁。

20) 法制審議会刑事法（侮辱罪の法定刑関係）部会「第1回会議配布資料3」より。以下、「n番」というのは資料中の通番。

もの(29番)などが、これらの当罰性の程度がインターネットにおける誹謗中傷と区別されているとは思われないし<sup>21)</sup>、すべきでもない。このような単なる中傷・罵倒は、インターネットにおいてなされようがそれ自体は拡散力を通常持たないから、被害者の社会的評価・地位を危殆化する程度もインターネット外の発言と大差ない。確かにインターネットにおいては単なる中傷・罵倒であってもそれが別個に集積して、「塵も積もれば」で深刻な影響をもたらしやすい。しかしその重大な結果を、直ちに個々の中傷・罵倒に帰することにも慎重でなければならない。個々の行為の当罰性の程度はあくまで個々に量られなければならない、そこで見るべきは「山と」なった被害の規模ではなく、端的に、個々の表明行為が人を人として扱わない空疎な中傷・罵倒であることだと解すべきである。

そうだとすると侮辱罪の法定刑引上げは、確かにインターネットにおける誹謗中傷を議論の端緒とはしたけれども、効果としては、上記の社会関連性の希薄な中傷・罵倒の全てを念頭におくはずである。このことは、前掲最2小決平成18年9月11日でもみられた社会関連性の希薄な中傷・罵倒にも高度の当罰性を認める例が、単独の外れ値ではなく現代的な態様の侮辱をめぐる実務の傾向であることを示唆している。これはやはり、外部的(社会的)名誉説からは説明に窮する事態である。もし外部的(社会的)名誉のみが名誉犯罪の保護法益であるとするならば、表明行為の当罰性は原則としてその社会関連性に比例しなければならず、侮辱罪の法定刑引上げが念頭におく事態も、人の社会的評価・地位をより危殆化する事案類型でなければならない。しかし実際には、侮辱罪をめぐる近時の展開において念頭におかれている現代的な態様の侮辱の本質は、必ずしも社会関連性と結びつかず、むしろ人を人として扱わない空疎

な中傷・罵倒によって、被害者自身が精神的苦痛を被るという事態なのである。

実現した侮辱罪の法定刑引上げ及びその背景と、通説たる外部的(社会的)名誉説との間に生じているこのねじれに、どのように向き合うか。次節では、まず現在すでに検討されつつある新規の立法という方向性について紹介し、それを踏まえうえてなぜ本稿が侮辱罪の保護法益を再考することを選ぶのかということについて説明する。

### 3 問題提起

外部的(社会的)名誉説と侮辱罪の法定刑引上げの背景にある現代的な態様の侮辱とのねじれは、本稿以前に複数の論稿が指摘するところである。例えば、西貝吉晃「サイバーいじめと侮辱罪」は、電子的手段を用いたいじめ(「サイバーいじめ」)の特徴は、多数の悪質な言動が一度に被害者へと降りかかることで、多大な精神的苦痛を生じさせやすい点にあるとしたうえで、外部的(社会的)名誉説では精神的被害について、社会的評価・地位の危殆化によって被害者の健全な精神状態が侵害される危険も生ずるため、間接的に保護法益に含まれるという説明しか採り得ないが、このような説明は、被害の実質を適切に捉えたものではないと正当にも指摘する<sup>22)</sup>。深町晋也「オンラインハラスメントの刑法的規律——侮辱罪の改正動向を踏まえて」も、侮辱罪の法定刑引上げに際して外部的(社会的)名誉説を維持する限り、相手の人格を否定するような攻撃的言論の集積によって被害者に精神的苦痛が生じるという、現代的なオンラインの嫌がらせ行為(オンラインハラスメント)の本質を捉えきれないとする点で、これと軌を一にする<sup>23)</sup>。

西貝及び深町は、このねじれを踏まえて、侮辱罪以外の立法による問題への対処を提起

21) 事例集掲載事案の全てについて、その量刑は科料のほぼ上限(9000円または9900円)である。侮辱罪の量刑としては拘留もあるが執行猶予を付せない拘留の適用には実務上抵抗があり、実質的には科料の上限が「現実的にあり得る量刑選択の中では重いもの」とされている(法制審議会刑事法(侮辱罪の法定刑関係)部会・前掲注18)21頁)。

22) 西貝吉晃「サイバーいじめと侮辱罪」法時93巻10号1頁、1-2頁(2021)。

23) 深町晋也「オンラインハラスメントの刑法的規律——侮辱罪の改正動向を踏まえて」法セミ803号12頁、15頁(2021)。

する。それは西貝によれば、保護法益を「著しい精神的苦痛を与えられない利益」とする、サイバー空間で反復して、持続的に、または多数人によりなされる攻撃的言論への処罰（サイバーいじめ罪）であり<sup>24)</sup>、また深町によれば、侮辱罪やストーカー行為規制法など既存の法と併せて、被害者の精神的苦痛に直接に対応する加重類型を設け、また不特定多数の者が相乗的に誹謗中傷等をする事案類型については個々の発言の当罰性が重大だとまで言えるかは事案次第の側面があるが、やはり独自の規制を検討することである<sup>25)</sup>。これらの見解は、侮辱罪の保護法益について外部的（社会的）名誉説を維持することを前提に、それで捕捉しきれないインターネットにおける誹謗中傷については侮辱罪以外の新規立法による解決を目指すという方向性で一致しているといえる。

では、侮辱罪の保護法益について外部的（社会的）名誉説を維持しないという選択肢はないのだろうか。この点について嘉門優は、「人間の尊厳」を侮辱罪の保護法益と解する平川宗信の見解を検討している<sup>26)</sup>。そもそも平川の見解とは、名誉概念には人間が情報社会において有する、自己に関する情報環境という意味での社会的名誉と、名誉感情・名誉意識という意味での主観的名誉に加えて、「人間の尊厳が尊重・保持されている状態」を指す普遍的名誉が存在し、名誉毀損罪が社会的名誉を保護法益とするのに対し、侮辱罪の保護法益はこの普遍的名誉であり、

人間の尊厳を否認する言動を処罰するというものである<sup>27)</sup>。嘉門は、インターネットにおける誹謗中傷についてその問題の本質は人格あるいは人間の尊厳の否認と捉えた方が説明しやすく、その意味で平川説が適合する可能性があるとして述べている<sup>28)</sup>。

しかし嘉門は、平川説の導入により直ちに問題が解決するとも考え難いことを同時に指摘している。課題は大別して2点ある。1つには、今般の改正が侮辱罪の処罰範囲を明確化しないままなされており、保護法益論において人間の尊厳という観点を入れることでそれが解決するという保障はないため、萎縮効果が予想されることであり、そしてもう1つには、平川説の発想に従えば、ごく個人的に相手の尊厳を否認する言動をしたとしても侮辱罪の成立を認めるべきといわなければならないため、先述した公然性要件と整合しないことである。よって嘉門も結局は、「被害実態の精確な把握を踏まえたうえで、重大な被害を防ぐためのより効果的な別の立法措置が、比較法的な見地も踏まえて検討されるべき」とする<sup>29)</sup>。

西貝・深町・嘉門は、外部的（社会的）名誉説と現代的な態様の侮辱とのねじれを適切にも認識している。そのうえで、侮辱罪による対応に固執せずに新規立法で被害者の精神的苦痛に直接焦点を当てることを目指すという方向性も、確かに有望である。もともとその一方で、現に改正された侮辱罪を傍におくことにも実務の関心を取りこぼす側面があ

24) 西貝・前掲注22)3頁（なお、もし「著しい精神的苦痛の惹起」への対処のみを考えるのであれば、後者さえ満たされれば前者は満たされなくて良いという結論もありうる。例えば、問題の行為者は1つのアカウントで引用リツイートなどにより一度だけ攻撃的言論を投稿したものであるとしても、そのような行為者が1万人いたなら、被害者の視点からは、1人の行為者が百回投稿するより遥かに「著しい精神的苦痛」が惹起されるからである。しかし西貝は、このような拡大には謙抑的であるべきとしている）。

25) 深町晋也「オンラインハラスメントをめぐる刑法上の課題」世界962号211頁、218-220頁（2022）。

26) 嘉門優「侮辱罪の立法課程から見た罪質と役割——侮辱罪の法定刑上げをめぐる」法セミ803号6頁（2021）。

27) 平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』157-161頁、178頁（有斐閣、1983）。なお、平川によれば、人の人たることによって存在する人の真価としての内部的名誉は、純理念的なものであって侵害も保護もしえない。普遍的名誉とはあくまで事実的名誉の一種であって、内部的名誉とは異なるとする。

28) 嘉門・前掲注26)11頁。

29) 嘉門・前掲注26)11頁。なお、亀井源太郎「SNSと刑事法——侮辱罪を中心に」法教503号20頁、23-24頁（2022）も、侮辱罪の保護法益について通説を維持するよりも、人格あるいは人間の尊厳の否認という観点を導入した方が、「ことがらを正面から捉えていると考えることもできる」といいつつ、同時に嘉門とほぼ同旨の課題を指摘している。

る。まず、侮辱罪の法定刑が現に引上げられた以上は、この新侮辱罪の適用を規律する原理について、新規立法と並行して検討する必要がある。侮辱罪の議論を放置すれば、裁判所が改正論の過熱前から処罰していた社会関連性の希薄な現代的な態様の侮辱が、なぜそれにもかかわらず侮辱に該当するといえるのかという疑問も放置されて、そのまま法定刑引上げの影響を受けるという枷の外れた状態になりかねない。そしてまた、新規立法を検討する見解がいずれも、インターネットにおける誹謗中傷または嫌がらせに焦点を当てることにも問題を取りこぼす側面がある。先述したとおり、インターネットの特性には確かに被害者の精神的苦痛を惹起する危険を増やす側面があるけれども、そのことがインターネットにおける個々の言動の当罰性が典型的に重いことを示すわけでは必ずしもなく、むしろ、人を人として扱わない中傷・罵倒それ自体に着目するべきだからである。精神的苦痛という被害結果を起点として、インターネットという場でなされることを当罰性の基礎づけとしてしまうと、個々の言動は瑣末な失言であるとしても重大な処罰が基礎付けられうるということになりかねず、逸脱的な処罰への道も開く<sup>30)</sup>。

そうするとやはり、新規立法を検討するとしても、侮辱罪の適用範囲、すなわちどのような行為態様が侮辱行為とされるのかの検討も否応なく必須であり、またその前提として、侮辱罪の保護法益を再考することも必要になると言わざるを得ないのではないか。そして、その取り組みにあたっては、平川説のいう「人間の尊厳」をやはり出発点として、茫漠としたこの概念を可能な限り処罰範囲を画するものとして切り出すことが方針となると思われる。なぜなら、社会的評価・地位とも、そして単なる名誉感情とも区別できる、人間の名誉の規範的な把握への道筋を示唆しているのは、尊厳概念のみだからである。

よって本稿は、尊厳概念を基盤とする名誉犯罪の把握についての知見を得るために、ド

イツを題材とする比較法的検討へと進む(Ⅲ)。ドイツは我が国の学説が参照してきた対象であるうえ、公然性要件が全ての名誉犯罪に共通の要件とはされていないため、その現在に至るまでの保護法益論の展開を紹介することで、我が国の議論に対して、既存の通説や構成要件に囚われない示唆が得られる。もっとも、その示唆を我が国に持ち込むにあたっては、そのための障害があるか、それは乗り越え可能かということを検討しなければならない。したがって、そこで改めて、外部的(社会的)名誉説の強固さ及び公然性要件の拘束力、そしてそれらを乗り越える可能性について考察することになる(Ⅳ)。

### Ⅲ. ドイツにおける侮辱罪の保護法益と行為

#### 1 ドイツにおける名誉犯罪の基本構造

##### (1) 名誉犯罪(Ehrdelikt)の基本類型

ドイツ刑法典(以下、StGB)<sup>31)</sup>は第14章「侮辱(Beleidigung)」(185-200条)において名誉犯罪に関する規定を設ける。その基本的な犯罪類型は、StGB185条の侮辱(Beleidigung)とStGB186条の誹謗(Üble Nachrede)である。そして、186条の加重類型としてStGB187条の中傷(Verleumdung)がある。

##### 185条(侮辱)

侮辱は、1年以下の自由刑又は罰金に処し、侮辱が実力を用いて遂行されたときは、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

##### 186条(誹謗)

他の者に関して、その者を侮蔑し又は世評において貶めるのに適した事実を主張し、又は流布した者は、この事実が真実であることが証明できる場合を除き、1年以下の自由刑又は罰金に処し、犯行が公然と

30) 深町が、不特定多数の者が相乘り的に誹謗中傷等をする事案類型への処罰の拡張について慎重な姿勢を示していることは、その意味で適切である。

31) 以下、StGBの邦訳については法務省刑事局『ドイツ刑法典』(2021)に従う。

[öffentlich] 又は文書（第11条第3項）の頒布により行われたときは、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

### 187条（中傷）

確定的認識があるにもかかわらず、他の者に関して、その者を侮蔑し若しくは世評において貶め又はその信用を危殆化するのに適した虚偽の事実を主張し又は流布した者は、2年以下の自由刑又は罰金刑に処し、犯行が公然と、集会において、又は文書（第11条第3項）の頒布により行われたときは5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

大まかにいえば、185条が日本における侮辱罪に相当し、186条（及び187条）が日本における名誉毀損罪に対応する。もっとも185条と日本における侮辱罪との重要な差異として、侮辱には抽象的価値判断の表明のみならず事実を摘示した場合も含み、行為を公然とすることは要件とされない。186条は事実の摘示があつて、かつそれが第三者に向けてなされた場合にのみ適用されうる。さらに、その摘示事実について行為者に虚偽性の確定的認識があった場合には、加重類型である187条が適用される。

以下では、185条の構成要件について重要な点をさらに説明する。

#### (2) 侮辱罪の構成要件

##### a 客体（名誉の主体）

侮辱罪の行為客体、すなわち名誉の主体たりうるのは、基本的には自然人（natürliche Personen）である。あらゆる生きている人間は（jeder lebende Mensch）保護法益とし

ての名誉を有する者であつて、侮辱罪の行為客体たりうる<sup>32)</sup>。

一方で、StGB194条（告訴）の第3項・第4項は「官庁又は公の行政の任務を行うその他の機関」等の公的機関が侮辱罪の行為客体たりうることを前提としており、判例・通説はこの規定を敷衍して、集合体の名誉の保護が一定の要件下で認められると解する。判例によれば、ある人的総体（Personengesamtheit）の名誉主体性を認める要件は、法的に承認を受けた社会的（経済的）機能を履践しており（erfüllen）、かつ統一的意志（einheitlichen Willen）を形成できることである<sup>33)</sup>。

なお、団体に対する侮辱と似て非なる問題として、集団的侮辱（Kollektivbeleidigung）の問題がある。これは、ある集団に対する侮辱表現が集団の個々の構成員に対しての名誉の侵害と捉えられるケースであるから、厳密には名誉の主体性の問題ではない<sup>34)</sup>。しかし、当該侮辱表現において括られている集団の性質・範囲が問題となる点では共通の論点を有する。判例は、侮蔑的表現において括られている諸個人の集合（Personenmehrheit）が、特定の要素に基づいて明確に際立っており（so deutlich heraushebt）、したがって被害を受けた集団を明確に範囲づけ、そしてその集団に属する個人々々へと〔侮辱を〕帰属させることに、疑義が呈されないことを基本的要件とする。さらに、対象とされる集合が大きければ大きいほど個人への帰属は曖昧になるため、集団の規模が見渡すことのできる（überschaubar）程度であることもしばしば要求される<sup>35)</sup>。

32) Regge/Pegel, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, 4. Aufl., 2021, § 185 Rn. 6.

33) BGH, NJW 1990, 1742.

34) 団体に対する侮辱と集団的侮辱との区別に関しては、中絶反対派の市民がある医院について「産科医は胎児殺しだ」との内容のビラを頒布した事案で、それが法的に承認を受けた医院の経営母体に対する攻撃といえる場合には団体に対する侮辱の文脈で捉えて、そうでなければ産科医の特定の資質に紐付けた批判として集団的侮辱の文脈で捉えるものとした、BverfG, NJW 2006, 3769が参考になる（結論として集団的侮辱の成立は否定）。

35) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 58. なお集団的侮辱の成立限界については、OLG Karlsruhe, NJW-RR 2007, 1342が参考になる。本件の事案は医療制度改革への反対運動を展開する医師集団（数万人規模）に対する「患者を人質にとっている」との批判を受けて、医師2名が原告となって秩序制裁を伴う仮処分を求めて提起した民事訴訟である。判決は、集団を指定してする侮辱が集団内の諸個人への侮辱ともなりうること（すなわち集団的侮辱）については一般論として承認しつつ、対象集団が大規模だと基本的に各個人への紐付けは希薄になるため、原則としてその成立は認められないとした上で、ある軍隊とそこに属する兵士のような特殊の関係によりなお見渡すことのできる（überschaubar）といえる場合はあるが、本件医師集団は各医師がそれぞれ自由意

**b 行為 (Tathandlung)**

侮辱行為は「軽蔑または軽視の表明 (Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung)」と定義される。この「表明」行為は、「軽蔑または軽視」に相当する説明的価値 (Erklärungswert) を伴う振舞いによりなされなければならない。もっとも、その態様は、口頭 (mündlich) でも、書面 (schriftlich) でも、比喩的 (bildlich) 又は象徴的 (symbolisch) にも、ジェスチャー (Gesten) や暴行による (Tätlichkeiten) こともありえるので、様々である。

例外的だが、不作為 (Unterlassen) による侮辱もあり得ないわけではない。しかしそれは、あるべき表現 (例えば、丁寧語の使用) を省略することで、それ自体に説明的価値が生ずる場合か、すでに自ら書き留めるなどしていた侮辱表現が、被害者または第三者に知られゆくことを敢えて防止しない場合に認められるにとどまる<sup>36)</sup>。

侮辱行為は表明 (Kundgabe) によって既遂にまで至る。ここで表明とは、表現を対象者 (StGB185 条の守備範囲としては、表現内容が事実の主張である場合は「被害者」、表現内容が抽象的価値判断である場合は「被害者又は第三者」) に認識させることである。表現が対象者に認識されることを意図して行われることまでは必要でないが、少なくとも他者に向けてすることを意図して行われる必要がある。つまり、名誉侵害的表現が独り言 (Selbstgespräche) や日記 (Tagebuchaufzeichnungen) においてなされていた場合は、それが結果的に対象者の認識するところとなったとしても、侮辱行為をしたことにならない<sup>37)</sup>。

**c (事実の主張における) 真実性**

日本では事実の摘示がある場合そもそも侮辱罪に振り分けられないが、ドイツにおける侮辱の重要な特徴として、表明行為が事実の主張によりなされ、しかもその事実が実際真

実であった場合には、原則として可罰性が認められず StGB192 条の例外のみがありうる。

**192 条 (真実の証明がなされても侮辱により罰せられる場合)**

侮辱の存在が、事実の主張若しくは流布の形式から又はそれが行われた際の事情から生ずるときは、主張され又は流布された事実が真実であることの証明は、第 185 条による処罰を排除しない。

この例外は、主張した事実の内容ではなく主張の形式や主張した際の事情が侮辱該当性を基礎付けるケースである。つまりこの例外を含めても、真実の主張それ自体はなお可罰性の外にあるということが、維持されている。

本稿の主題と関連して重要であるのは、その理由である。曰く、第 1 に、刑法による名誉の保護は、名誉の主体自身に値する尊重要求 (verdienten Achtungsanspruch) についてのみありうる<sup>38)</sup>。そして第 2 に、侮辱については、事実の主張による表明は被害者自身へと向けられたもののみが考慮されるので、社会における妥当価値 (Geltungswertes in der Gesellschaft) の低下に結びつきづらい。よって、真実の主張からまで保護する必要性は薄い<sup>39)</sup>。

ここで注目すべきは、被害者自身へと向けられた表明行為が、類型的に社会における妥当価値を低下させる危険に乏しいという認識がされていながら、(真実であれば処罰されないことの裏面で) 虚偽であれば当罰性を有するという前提になっていることである。ここで念頭に置かれる保護法益、すなわち「値する尊重要求」は明らかに、日本でいう外部的 (社会的) 名誉と異なる何かであることが分かる。次節では、ドイツ学説における名誉犯罪の保護法益論の展開を扱い、この尊重要求という用語の内実をできる限り明晰にする

思により参加しているのみでありそのような性質は認められないとして、個別の医師への侮辱の成立を否定した。

36) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), § 185 Rn. 35-36.

37) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), § 185 Rn. 37.

38) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 14.

39) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), § 185 Rn. 31.

ことを目指す。

## 2 保護法益論の展開

StGB 第 14 章の名誉犯罪について、187 条のうち信用を危殆化する (dessen Kredit zu gefährden) 行為は財産的法益を侵害する罪と解釈されており、また 189 条については死者の名誉というより親族や市民の (死者に対する) 畏敬の念 (Pietätsgefühl) を保護するものと解する学説が有力多数である<sup>40)</sup>。その他の名誉犯罪については全て、名誉 (Ehre) が保護法益となる<sup>41)</sup>。ドイツの名誉概念 (Ehrbegriff) についての議論がすでに明晰な解を導いているかといえれば決してそのようなことはなく、むしろ「通覧することのできないほどに多くの文献が多種多様な名誉概念を提唱しており、包括的な構造化への道は遠い」という<sup>42)</sup>。しかし、長く続いている議論の中で、判例及び有力な見解には、一定の基盤が固まりつつある。そこで、まずは名誉概念に関する古典的な分類と外部的名誉説を扱い、また続けて、それを乗り越えて通説化した規範的名誉説について、リーディングケースとともに紹介する。そしてそのうえで、規範的名誉説からのさらなる発展とそれにより具体的な表明行為の侮辱該当性に関する判断がどの程度説明できているかということ扱う。

### (1) 名誉概念の古典的分類と外部的名誉説

#### a 名誉概念の古典的分類

ドイツにおける名誉概念の古典的分類は、ラインハルト・フランク (Reinhard Frank, 1860-1934) の晩年の著作によくまとまっている<sup>43)</sup>。フランクは、以下の通り述べる<sup>44)</sup>。

支配的かつ歴史的に根拠を有する学説によ

れば、侮辱とは名誉に向けられるものである。……名誉という概念は、常に人間の価値 (Werte einer Person) との関連を有する。しかし、この限定の範疇で、あるときは価値それ自体 (den Wert selbst), あるときは価値についての表象 (die Vorstellung des Wertes), あるときは価値への意思 (den Willen zum Werte) といった、様々な意味で使用されている。この用語法の相違から、客観的意味における名誉と主観的意味における名誉との区別が導かれる。

#### 1. 客観的意味における名誉

- a) 人間の有する価値 (内部的名誉 (innere Ehre))
- b) 人間の価値についての他者の表象 (外部的名誉・名声 (äußere Ehre, Ruf))

#### 2. 主観的意味における名誉

- a) 自分自身の価値あるいは名声についての表象 (名誉意識 (Ehrbewußtsein))
- b) 価値への意思、すなわち自分自身の価値あるいは名声を維持しようとする意思 (名誉感情 (Ehrgefühl))

つまり、名誉概念の古典的分類は、第 1 段階において客観的名誉と主観的名誉を区別し、第 2 段階において、客観的名誉のうちで人間にそもそも備わっている価値としての内部的名誉と、人間に対して社会が与える評価としての外部的名誉とをさらに区別するのである。そしてフランクはこの分類を前提に、客観的-外部的名誉こそ侮辱罪の保護法益であると主張する (外部的名誉説)。外部的名誉説は、客観的意味における名誉のうち、内部的名誉 (あるいは、倫理的名誉) に着目する見解に対しての批判という側面を有するの

40) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), § 189 Rn. 1ff.

41) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 7.

42) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 7.

43) 後述するフランク・リスト説の我が国の学説への移入という観点では、晩年の著作ではなく現行刑法制定 (1907 年) 前後のものを扱うべきである。しかし、本章では、一旦出来上がったフランク説とその乗り越えについて説明したいため、1931 年の著作を扱い、日本法との関わりについて説明する箇所において改めて従前の著作を参照することとする (後掲注 108) 参照。

44) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18., neubearbeitete Aufl., 1931, S.417. なお, Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 19 においても引用されている。

で、外部的名誉説よりも先に、この見解を紹介しておく。

**b 内部的（倫理的）名誉説**

人間の内部的価値あるいは道徳的価値を中心に名誉概念を把握する見解の論者として、カール・ビンディング（Karl Binding, 1841-1920）がいる。ビンディングは、法益としての名誉には、人間の人間たることによる生まれつきの価値（Menschenwert）と、後天的に、道徳的義務あるいは法的義務を履行することでその者に（正当にも）帰せられる倫理的名誉（Sittlicher Ehre）とがあるとする。そして、前者はそれなしにはそもそも人間たりえない絶対的性格を有するのに対して、後者は人によってその程度が異なり得るけれども、いずれも社会における地位により差をつけられる市民的名誉（Bürgerehre）ではないという。曰く、「名誉の全ては人間の尊厳（Menschenwürde）であって、地位の尊厳や市民の尊厳（Standes- und Bürgerwürde）ではない」<sup>45)</sup>。

ビンディングの見解のうちで、純粋な人間の価値（Menschenwert）は、明らかに、フランクの整理における内部的名誉に対応している。そして後天的に増減しうる倫理的名誉（Sittlicher Ehre）も、その者に対して社会が与える評価というよりも、その者自身が道徳的であることによって値するようになる倫理的価値そのものを問題にしているから、外部的名誉とはずれている。ビンディングはあくまで、社会における地位に左右されない人間の尊厳のみを名誉概念と紐付けているのである。

**c 外部的（社会的）名誉説**

外部的名誉説はフランクに始まるものではなく、より古くはフランツ・フォン・リスト（Franz von Liszt, 1851-1919）もこの立場である。リストは以下の通り述べる<sup>46)</sup>。

法律上名誉——とは第三者の行為に依り毀損し得へからざる人の内部の価値を謂ふに非ずして、他人により敬重せらるることを指稱す。換言すれば社会に於ける個人の価値之なり。故に名誉なるものは第一に一の事実なり。詳言すればは行状により取得せる尊敬なり社会上の地位なり。

内部的名誉をその「毀損し得へからざる」絶対的性格ゆえに考慮から外し、個人が自身の振舞いにより社会において取得する評価・地位、すなわち、外部的名誉が保護法益であるとするのは、まさに日本における外部的（社会的）名誉説の議論展開である。そしてリストは、各人がその振舞いに応じて〔社会において〕尊敬されるという利益を、（尊敬の反対概念としての）軽蔑の表明や軽蔑の基礎となる事実上の基礎の表明を規制することで、消極的に保護するものとして侮辱罪を解説する。

さらにリストによれば、尊敬や軽蔑といった評価をうける社会における個人の価値とは、以下のいずれかに関する社会的承認である<sup>47)</sup>。

- (甲) 道徳上の価値。
- (乙) 地位に伴ふ諸般の義務を履行すること、及び其引受けたる義務を履行するに必要な身体上並に精神上の資質能力を有すること。

上記の（乙）に示唆されているとおり、リストの保護法益論は人間の社会における地位を起点としている。人間の社会における振舞いや人間に社会が与える尊敬は、その者の社会における地位と強く結びついており、与えらるべき尊敬の否認や尊敬の基盤となる振舞いに関する否定的言辭は、相手の社会における地位と相応するかという観点で評価され

45) Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts: besonderer Teil, 2., stark verm. und umgearbeitete Aufl., 1902, S.136-137. なお、医者に対して「やぶ医者」というなどその地位や職業に関連した侮辱はありうるが、それは医者という地位や職業に属する特別の名誉を侵害するのではなく、自らの職責を遂行しているという一般の意味での倫理的名誉の侵害と捉えるべきであるとしている。

46) リスト原著；吾孫子勝＝乾政彦訳『獨逸刑法論 各論』92-93頁（早稲田大学出版部，1908）。

47) リスト・前掲注 46)94頁。

る。

フランクはさらに進んで、リストのいう(乙)にフォーカスした外部的名誉説を採り、ビンディングに代表される、(甲)を名誉概念の中核と目する見解を批判してゆく。曰く、名誉とは社会における個人の価値であって、社会における個人の価値とひと口にいっても、それぞれの地位や任務に応じて評価すべき側面も変わる。そして、倫理的価値(ethischen Wert)のみでは、地位や任務次第では全く評価に値しない人間となるのであり、肝心なのはやはり地位や任務を履行するための資質や能力(Eigenschaften und Leistungen)(に関する評価)である。ここで倫理的価値は、社会における地位や任務を履行するにあたって当然に要求される、履行に際して法律及び善良な道徳(dem Recht oder den guten Sitten)に違反しないことという観点で考慮されるに過ぎず、結局は社会における地位や任務に紐付けることができる。倫理的価値に名誉概念を限定する(ビンディングの)見解は、社会における地位や任務が多様であることに向き合っていない。全ての人間について同等に要求される倫理的価値のみで名誉概念を把握することは、人間が様々な社会における地位に相応する「その地位の名誉」について語るができるという現実に逆行しているし、倫理的価値に言及することなしに相手の資質や能力を否定する侮辱も十分にありうるのである<sup>48)</sup>。

リストとフランクの外部的名誉説に従えば、ある者の名誉を語るにあたってはその者の社会における地位や任務が先行することになる。そうするとこの議論は、社会において未だ地位を有しない幼児等の名誉主体性への疑義に結びつく。そこでリストは、以下のように述べて、幼児や精神病患者などについて名誉主体性を認めるべきとする(判例・通説の

採用する<sup>49)</sup>立場との調整を図っている<sup>50)</sup>。

……幼者に対しても名誉毀損を生ずることを得へし。但幼者か例へは学校に入学する等何等かの義務の範囲内に入り且此義務あることの意識を有することを要す。名誉毀損は又精神病患者に対しても成立し得へし。即ち或は精神の健全なりし以前の状態に関して(其過去に関して名誉を毀損する事実を主張すること)或は精神か只一部分狂ひ居るときに於て精神病患者に対して名誉毀損罪を犯し得へきか如き之なり。

しかし、この説明が、幼児や精神病患者などの名誉主体性という問題に対して適切な応答となっているかは疑問である。この応答は、通常は社会において地位を有しないと目される(または目されていた)主体について、地位を有することになったか、地位を有していたか、部分的に地位を有しているときに限って、それに対する侮辱行為はありうる(名誉主体性が認められる)と述べるのみであって、社会において地位を有しないとしても認められるべき名誉があるのではないかという、幼児や精神病患者などの名誉主体性に関する根本的な問題提起への応答は、なお回避している。判例・通説のように全ての自然人を名誉の主体に含むためには、やはり、社会的な地位を前提とせずに外部的名誉の下限を規範的に把握する説明が不可欠であり、その説明とは結局、「地位の尊厳や市民の尊厳ではない人間の尊厳」(ビンディング参照)から調達されることになろう。以上を踏まえて次項では、フランク的な名誉概念の古典的分類を採用しつつも外部的名誉説は採用していない判例を紹介して、ドイツにおける外部的(社会的)名誉説の限界を示す。

48) Frank, a.a.O. (Anm. 44), S.417-418.

49) 例えばBGH NJW1955, 471は、少女(10歳)の性器を養父に無断で診察・治療し、また、少女にそのことを秘密にさせた事案において、養父の監護権を無視したという意味での養父に対する侮辱に加え、少女自身への侮辱も成立するとした。同判決はその理由として、子供にも両親を愛し敬う(die Liebe und die Achtung)という人格的価値(Personlichkeitswert)が——それを子供自身が自覚するか否かにかかわらず属すること、そして、両親に対して嘘をつかせるという行為はその人格的価値を否認する表明であって、侮辱行為に該当するということを述べている。

50) リスト・前掲注46)95頁。

d 外部的（社会的）名誉説の限界）——  
BGHSt 11, 67<sup>51)</sup>

BGHSt 11, 67 の事案は、性具や避妊具の広告宣伝目的で、性的な内容を記載した刊行物（とりわけ性具や避妊具を宣伝するパンフレット）を、全く面識のない被害者らに対して、請求や注文もないのに送付したというものである<sup>52)</sup>。この行為は少なくとも、相手の社会における地位（に相応する資質や能力）を批判したのではなく、またそもそも相手と面識もないのであるから、相手の具体的な行状についての批判でもない。ただ、性的な内容を記載した刊行物を頼まれもしないのに送付したというのみである。この行為は確かに不快感を惹起するかもしれないが、何らかの意味で相手の名誉を侵害したとまでいえるのが問題となる。そこで判旨はまず、以下のように侮辱罪の保護法益としての名誉概念を定義する<sup>53)</sup>。

侮辱による攻撃の客体（Angriffsobjekt）は、精神的価値及び倫理的価値（geistiger und sittlicher Werte）の担い手としての人間にふさわしい（zukommende）内部的名誉、そしてそれに加えて、その内部的名誉に基づき妥当するもの、〔すなわち〕市民社会における名声（guter Ruf）である。内部的名誉の本質的基礎（Wesentliche Grundlage）、つまり人間の名誉の中核は、基本法が第1条でその不可侵性、及びその尊重と保護（Achtung und Schutz）こそあらゆる国家権力の義務であることを宣言している、人間が奪われ得ないものとして生まれながらに付与される人間の尊厳（Personenwürde）である。各人が自らの内部的名誉のみならず外部的名声についても軽蔑的評価をされたり完全に軽視されたりすることなく、むしろ自らの内部的名誉に相応しい扱いをうけるという、StGB185条が刑罰によって保護する法的要求（Rechtsanspruch）

は、内部的名誉から生ずるのである。

つまり、人間の名誉の根本は「精神的価値及び倫理的価値の担い手」としての人間の尊厳であり、それに相応する内部的名誉がそれ自体保護客体となる。そして、外部的名誉とは、さらにこの内部的名誉に相応しいものとして市民社会において得られる名声のことであり、これも派生的に保護客体となる。しかし、いずれに対する侵害も、結局は、「内部的名誉に相応しい扱いをうける」ことへの要求に対する侵害と定義される。

そして同判決は、本件被告人の行為は、見も知らぬ男女に対して招かれざる助言者として振舞うことで、人間の共同体生活における最も内面的でかつ秘匿性の高い領域に踏み込み、自分たちの性生活（Sexuallebens）について自分たちで決定できるという男女関係の精神的・倫理的価値やプライバシーの価値を否認する如き取り扱いをする行為であるという意味において送付対象者の人間の尊厳を侵害する行為であるとして、侮辱罪の成立を肯定した。

この判決は、外部的名誉を侮辱罪の保護法益としての名誉概念から排除したのではない。しかし、リストやフランクの外部的名誉説は、社会における地位や任務を遂行するにあたり要求される資質や能力に対する社会の評価という意味での外部的（社会的）名誉をこそ中核として、人の倫理的価値はこれに取り込まれると解していたのに対し、この判決は、むしろ、倫理的価値の担い手であるという内部的名誉をこそ中核とし、社会における外部的名誉はこの枠内において観念されるいわば副次的法益と解するのであるから、明らかに正反対の様相を呈している。加えて、判決の当てはめから明らかな通り、外部的名誉を介さずとも、人間に対してその内部的名誉に相応しい扱いをしないという振舞いが、それ自体侮辱罪の可罰性を基礎付ける名誉侵害

51) 丸山・前掲注14)58-59頁も参考。

52) その題名は、「私たちの結婚生活は全部しっくりいってる？（Stimmt in unserer Ehe alles?）」というものであったようである。

53) BGHSt 11, 67[70f.].

行為にあたることも、認められている。つまり、内部的名誉と外部的名誉の区別は採用しつつも、その内実においてはリストやフランクの外部的名誉説ではなく、むしろどちらかといえばビンディングの精神的・倫理的価値に軸足をおく見解に接近しているのである。リストやフランクが自らの外部的（社会的）名誉説はすでに多数説であると主張していた<sup>54)</sup>こととは裏腹に、社会における地位や任務へと問題を集約しようとする外部的名誉説が、限界に突き当たっていたことが分かる。

もっとも、この判例にも理論的な問題は存在する。まず第1に、内部的名誉を保護するということが、人間の尊厳そのものの保護を意味するのか、それとも「相応しい扱いをうける」要求の保護を意味するのかということである。もし前者であれば、それはまさしくリストが述べた通り「毀損し得へからさる」ものを保護しているのではないかという疑義が生ずるし、後者であれば、そのような要求がなぜ（単なる主観的名誉の保護とは異なって）刑法による保護に値するのかということが説明されなければならない。また第2に、内部的名誉に「基づき妥当する」という外部的名声についても、この文脈では事実として存在する社会的評価とは異なる、何某か規範的な（ありうべき）価値を指すように思われるものの、その内実は言語化されていない。結局のところ、この2つの問題はいずれも、人間の尊厳を名誉の基盤としつつフランクの古典的枠組みを維持していることに起因すると思われる<sup>55)</sup>。内部的名誉と外部的名誉の区別を議論の軸とすることは、外部的名誉が人間の尊厳をその基礎付けとして必要としないことを前提に、社会において事実的に与えられる評価である外部的名誉が名誉概念の中核であると論ずるから有効なのであって、内部的名誉と外部的名誉をいずれも規範的に把握するのであれば、内部的名誉を排除するべ

き保護対象を表す説明概念として持ち出す必要はなく、それと対置される現実の地位や任務に関連するものとしての外部的名誉もその位置を失っている。つまり、外部的名誉説を乗り越えた先にあるのは、「内部的名誉か外部的名誉か」という枠組みではない名誉の規範的把握である。

## (2) 規範的名誉説——妥当価値と尊重要求

### a 規範的名誉説

内部的名誉と外部的名誉という区別が外部的名誉説の挫折とともに意義を失って以降、名誉概念の区分には規範的（normative）名誉と事実的（faktischen）名誉が用いられている。概ね規範的名誉がフランクのいう内部的名誉に対応し、事実的名誉が自己又は社会による評価を指す。つまり、リストやフランクのいう外部的（社会的）名誉を名誉意識・名誉感情とともに事実的名誉概念へと押しやり、尊厳、あるいは人間に現に存する価値（wirklicher Wert）を（185条と186条に共通の）保護法益としての名誉概念の中核として括りだしたことになる。この区分に基づいて（過渡的には、）2つの名誉概念を一体把握しようとする試みも有力であった（規範的-事実的名誉概念（normativ-faktischen Ehrbegriff）が<sup>56)</sup>、区分枠組みの移行の経緯からして、その軸足が規範的名誉に傾斜することは自然の流れであり、規範的名誉説が通説への道を歩んだ<sup>57)</sup>。

当初の規範的名誉説は、尊厳を直接に保護法益とすることを主張していた。しかし、先述した通り、それは（本人を除いて）侵害しえないものであって保護に適さないのではないかという批判が生ずる。そこで、現在通説となっている意味での規範的名誉説は、妥当価値（Geltungswert）および尊重要求（Achtungsanspruch）という概念を追加的に導入する。曰く、「185条以下の保護客体は、人間の尊厳に基づいて人間に正当にも帰属する

54) Frank, a.a.O. (Anm. 44), S.418, リスト・前掲注 46)93 頁（後述）。

55) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 21-22.

56) 前掲 BGHSt 11, 67 は、この規範的-事実的名誉概念の趣旨であったと解されている（参照：佐伯仁志「プライベートと名誉の保護（4・完）」法協 101 巻 11 号 1675 頁, 1676-1679 頁）。

57) 丸山・前掲注 14)59 頁, 佐伯・前掲注 56)1677 頁。

妥当価値、ないしこれにしたがって生ずる、不当にも軽蔑的な扱いをされない〔尊重される〕ことへの要求である<sup>58)</sup>。

毀損されえない人間の尊厳そのものではなく、それに応じて個々の人間に正当に属する妥当価値という概念を指定すること、またさらに、それに対する尊重要求(が侵害される)という形式を考えることにより、「尊厳そのものは本人以外により増減されえないとしても、尊厳を尊重するかしないかという振舞いは想定することができる。名誉犯罪は、尊厳を尊重しないという振舞いを犯罪とするのである」という説明が一応可能になる<sup>59)</sup>。これにより、内部的(倫理的)名誉説への従来からの批判を乗り越えたのである。次に述べる通り、判例もこの意味での規範的名誉説を採用するに至っている。

b 判例における規範的名誉説の採用——  
BGHSt 36, 145

BGHSt 36, 145の事案は、医師である被告人が、統合失調症により精神科に入院していた女性患者に対して、患者が言葉で拒否の意思を示したにもかかわらず、患者の精神的抗力(psychischen Widerstandsfähigkeit)が弱体化していることに乗じて、病院内での性交渉に及んだというものである。前提として、地方裁判所は本件につき強姦罪(Vergewaltigung, StGB177条以下)の適用を否定しており<sup>60)</sup>、したがって(それでも)暴行による侮辱(tätlich beleidigt)に該当しないかが問題になっている。地裁は患者の性的名誉(sexuelle Ehre)に対する故意の攻撃があったとして侮辱罪の成立を肯定した。その理由は、被告人の行為には「(患者は不同意であるにもかかわらず)患者をセクシュアルハラスメント(sexuelle Belästigung)を実行できる〔受け入れる〕相手と見做していることを表明す

る」意味があるということによる。これに対してBGHは結論として侮辱罪の成立を否定しているが、まず以下のように185条の趣旨について述べる<sup>61)</sup>。

StGB185条は、「侮辱」を、可罰性を基礎付ける振舞いについてさらに詳細に記述することなしに処罰対象としている。この刑罰規範は、名誉への攻撃からの保護を目的とする。名誉は人間の尊厳とも、一般的人格権(allgemeine Persönlichkeitsrecht)に包摂される領域とも同一ではなく、人間の尊厳の一つの側面たるにすぎない。名誉への攻撃は、(仮にそれが存在するとすれば)被害者の妥当価値(Geltungswert)を低下させるような欠点を、不当にも言いふらす(nach sagt)ことにより行われる。このような「誹謗(Nachrede)」(軽蔑的な価値判断、もしくは名誉を傷つける事実の主張がありうる)によってのみ、名誉に従い生じる相応しい尊重要求(verdiente Achtungsanspruch)が侵害される。判例によれば、構成要件を実現する〔行為〕は軽蔑、低評価、もしくは軽視の表明である。ここで、人格的な妥当価値のみならず社会的な妥当価値も名誉概念を形成するの否かという問題は、棚上げでもよい。いずれにせよ、名誉という法益は、人間の尊厳、あるいは(観念的な(ideellen))人格の領域と同一視されてはならない。そのような同一視は、〔名誉という法益の〕輪郭(Konturen)を失わせてしまうのである。

この判旨は人間の尊厳そのものを名誉犯罪の保護法益とすることを明確に否定しており、尊厳の一つの側面としての妥当価値あるいは(それに相応しい)尊重要求への侵害が

58) Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, vor § 185 ff Rn. 1. なお、この定義を提唱する代表的著作としては、Hirsch, Ehre und Beleidigung, 1967, S.1 ff など。

59) この説明を支持する見解として、丸山・前掲注 14)76 頁。

60) その理由は、性交渉に至るまでに物理的な抵抗-強制関係がなく、心理的強制力を行使したにすぎないためということのようである。この判断にはもちろん問題があり、BGHは、被告人が被害者が精神的な制約状況により抵抗の意思を形成し、表明することのできない抵抗不能者(Widerstandsunfähig)であることを利用して行為に及んだのではないかということとをさらに検討すべきであったとしている(当時のStGB179条、現177条2項を参照)。

61) BGHSt 36, 145 [148].

侮辱を構成するという。また、内部的名誉と外部的名誉という用語法は出現しない。これはまさに i) の規範的名誉説を採用した判例であり、ここにおいて、前掲 BGHSt 11, 67 の枠組みは変更されている<sup>62)</sup>。

本判決が人間の尊厳という抽象概念を除外することで保護法益の「輪郭」を保とうとした背景には、185 条が性犯罪 (Sittlichkeitsdelikts) を認定できない場合の受け皿的構成要件 (Auffangtatbestand) と目されていたという文脈があった。本件のような不同意の相手への性行為 (性的自己決定への攻撃) は、ほとんど常に被害者の羞恥心 (Schamgefühl) という意味での尊厳の侵害とも認定できるため、常に名誉犯罪が成立するということになりかねないのである。判旨はこの風潮について、「性的自己決定に対する攻撃は、全体事情に基づき、行為者の振舞いが同時に-行為者が意欲したとおりに-被害者に対しての軽蔑的評価 (herabsetzende Bewertung) と見做される場合に、侮辱罪の構成要件を (も) 満たす」と釘を刺している。そして、地裁は単に被害者を辱めたということ以上の (「セクハラできる相手だ」という) 軽蔑的評価の表明を立証できていないとして、侮辱罪の成立を否定した。

この判決は、規範的名誉説が特徴的に処罰を基礎付ける側面と処罰を限定する側面とを同時に示している。処罰を基礎付ける側面とは、名誉犯罪の保護法益を尊厳そのものから「尊厳から生ずる妥当価値に相応しい扱いをうける」という尊重要求にシフトしたことにより、尊重要求の侵害という想定しうる振舞い及び結果の形式で構成要件の行為を定義できたことである。他方で、処罰を限定する側面とは、あらゆる側面における人間の尊厳、あるいはそれと直接に対応する諸個人の現に存する価値を保護するのではなく、「(被害者には) 尊重せらるべき妥当価値がないと表明されないこと」という「尊厳の一つの側面」

を保護することにより、かかる表明行為を伴わない単に不快であったり暴力的であったりする振舞いを、適切にも侮辱罪の処罰対象から除外できたことである。

### c 規範的名誉説の課題

規範的名誉説はこのように、従来の内部的 (倫理的) 名誉説、外部的 (社会的) 名誉説、及び規範的 - 事実的名誉説に比べて優れた説明を提供できそうである。しかし、ここまでの議論では、処罰を基礎付ける側面と処罰を限定する側面のいずれにも課題が残っている。

まず処罰を基礎付ける側面については、「尊厳から生ずる妥当価値に相応しい扱いをうける」という尊重要求が何故保護に値するのかの説明が必要である。尊厳自体は毀損され得ないものだという前提に立てば、それについての尊重要求を侵害する行為もまた、把握可能な利益に対する侵害ではありえないことにならないか (例えば「財産を尊重せよ」という要求の侵害は財産の奪取や毀損であるし、「身体を尊重せよ」という要求の侵害は身体の傷害や拘束であるが、「尊厳を尊重せよ」という要求の侵害は尊厳の侵害ではなく、要求を無視するという振舞いそれ自体でしかありえない<sup>63)</sup>。そしてもし仮にそうだとすればそれは、主観に依存して不安定であるため権利として認めるべきでないとしてきた<sup>64)</sup>、名誉意識・名誉感情を保護法益とすることと異なるのだろうか。

また処罰を限定する側面についても、「尊厳」という射程の広すぎる抽象概念が保護法益から排除されて、表明行為を基盤としつつ「尊厳の一つの側面」への限定がなされたことは評価できるものの、その代わりに「妥当価値」という曖昧な概念の具体化が必要となっている。BGHSt 36, 145 では人格的な妥当価値以外のありうる妥当価値を法益に含めるかについて判断は留保されているが、その後判例は基本的に、人格的な妥当価値を中核

62) 前掲 BGHSt 11, 67 の枠組みが現在放棄されていることについては、Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 22 を参照。

63) Rainer Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, vor § 185 ff Rn. 5, Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1.

64) Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1.

に据えつつも、そのみならず倫理的、さらには社会的な妥当価値を対象として含むようになって<sup>65)</sup>。判例が団体に対する侮辱や集団の侮辱の成立を認めること ((1)② i)) からすれば、この拡大は当然とも言えるが<sup>66)</sup>、そうだとすると規範的名誉にも、事実的名誉の要素が含まれる(そうでないのなら、人間の尊厳に直接紐付いた人格的な妥当価値のみでよいはずである)ようにも思われる<sup>67)</sup>。つまり、「妥当価値」の解釈幅はそれ自体非常に広範でありうるため、妥当価値に対する尊重要求を侵害する振舞いを「軽蔑の評価の表明」という条件で限定したとしても、なお土台の部分で具体的な処罰範囲が不明確となっているのである。

規範的名誉説は、人間の尊厳を名誉の淵源とすることを維持しつつ、保護法益については人間の尊厳そのものから妥当価値あるいは妥当価値についての尊重要求へと議論をシフトさせ、抽象的で絶対的な概念ではなく具体的な手触りを有する現象の形式で保護法益及びそれに対する侵害を定義することには成功した。しかし、それと引き換えに、尊重要求をなぜ保護しなければならないのかという重みづけと、尊重要求に値する妥当価値はどこまでかという範囲の決定について、妥当価値と尊重要求という説明の便宜のための概念自体から答えを導くことはできないという、新たな問題を抱えたのである。

### (3) 規範的名誉説の先へ——コミュニケーションのための名誉——

妥当価値と尊重要求という説明概念で議論を展開することに限界が生じているならば、その解決のためには結局、根本に立ち返った「尊厳」概念の分析が必要である。「尊厳」は

名誉犯罪の保護法益そのものにはなり得ない。しかし、「尊厳」が何のために必要とされ、どのような機能を有するのかを明らかにすることは、(規範的名誉説に従えば)尊厳概念を基盤とする尊重要求への重みづけと、妥当価値にかかる限定を提供するはずである。

この観点から注目される発展的な見解として、「対人的 (interpersonaler) 名誉概念」及び「機能的 (funktionaler) 名誉概念」がある<sup>68)</sup>。前者は名誉を「人間の尊厳により要求され、また、人としての自立性 (Selbstständigkeit) を基礎付けている、他者との相互承認関係 (Anerkennungsverhältnis)」と定義し、後者は名誉を「コミュニケーションの前提条件 (Kommunikationsvoraussetzung)、すなわち、対等にコミュニケーションできる相手として受け入れられるために満たさなければならない規範的な期待 (normativen Erwartungen) を満たす能力」と定義する。この2つの見解の差異については後述するとして、規範的名誉説からの発展という観点で重要なのは、その共通点である。曰く、

「対人的」名誉概念及び「機能的」名誉概念は、185条以下の任務が究極的には、人間がそれがなければ社会において自らを発展させる (entfalten) ことのできない、「自立性を可能たらしめる (ermöglichendes) 相互承認関係」あるいはコミュニケーションの前提条件を保障すること以外にはあり得ないという意味において、社会におけるコミュニケーション (soziale Kommunikation) に関連する概念として、刑法における名誉の保護 (strafrechtlichen Ehren-

65) 例えば OLG Düsseldorf, NJW 1998, 3214 は、弁護士である被告人が、裁判官の電気通信傍受に関する捜査指揮を「恣意的 (willkürlich)」であるなどと批判した事案において、「刑法 185 条の意味における「侮辱」とは、軽蔑、低評価、もしくは軽視の表明によって、他人の名誉を不法に攻撃することであると理解される。明示的又は黙示的に (ausdrücklich oder in Form einer Implikation), [他人に] 否定的性質 (negativer Qualitäten) を帰せしめることを通じて、個人的、倫理的、あるいは社会的な妥当価値を否定するような表現が必要となる」と述べる(なお、「恣意的だ」という表現が正当な利益を擁護するという弁護活動のための裁判手続における表現 (StGB193 条参照) として許容されるべき範疇を逸脱したものとはいえないとして、侮辱罪の成立を否定した)。

66) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 31 では、社会的な妥当価値を保護範囲から除外する純粋な規範的名誉説では、団体や集団に対する侮辱を説明できないという批判がなされている。

67) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 24.

68) 以下、引用部含めて Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1.

schutz) に全くもって納得のゆく説明 (durchaus plausible Erklärung) を提供している点で、結びついている。

規範的名誉説に限らず、これまでに紹介してきた見解は、名誉犯罪の保護法益をこのような他者との相互関係において把握することをしてこなかった。他者は名誉の主体の価値を値踏みする(または傷つける)存在として現れるのみであり、名誉の保護とその根拠はあくまで名誉の主体自身にのみ存した。それに対して近時の見解は、名誉の保護こそが社会における他者とのコミュニケーションを可能たらしめると考えることで、「なぜ名誉を保護するのか」という問いの根本に他者を組み入れる点に特長がある。

言い古されたことだが、人間は社会的動物であり、他者との関係性において初めて自己を確立することができる。そして他者との関係性を成り立たせるのは、互いに相手を「対等に会話できる良心に基づくモラルと理性を備えた人間」として承認するという意味での相互承認である。もちろん無人島に漂着した人間にも、人間の人間たることによる尊厳がある。しかし名誉犯罪が尊重させようとする「尊厳の一つの側面」とは、他者との関係性において生きる人間として、規範的に期待される良心に基づくモラルと理性を備えており、それゆえ社会におけるコミュニケーションに値するという意味での社会的人間の尊厳なのである<sup>69)</sup>。

このように解することで、なぜ(それ自体は毀損されないはずの)尊厳を尊重させるのか、主観的名誉の保護とどう異なるのかという規範的名誉説についての第1の課題について、説明を与えることができる。対人的名誉概念によればそれは「人間の尊厳に従い要求される承認関係が確立して初めて、人間は自立した主体として社会において自信と責任をもって振舞うことができるのであり、理由もなく承認を拒絶されると、この自立性を損なうという実害が生じうる」ためであり<sup>70)</sup>、機能的名誉概念によれば「他者とのコミュニケーションに必要とされる基本的な能力を否定することが、諸個人及び諸機関を社会において存在させ活動させるための前提条件としての相互承認関係を破壊する」ためである<sup>71)</sup>。これらは単に名誉の主体の名誉意識・名誉感情が傷付けられるという問題にとどまらず、「ある主体を、社会における(対等な)コミュニケーションから一方的に疎外してもよい」という価値判断の表明を許容することが、諸個人及び諸機関の社会における存立と機能を脅かすことを問題としている(ため、そのような表明を許容してはならないとする)のである<sup>72)</sup>。

さらに、社会における(対等な)コミュニケーションという観点を基盤に据えることで、尊重要求に値する妥当価値にかかる限定にも示唆が与えられる。すなわち<sup>73)</sup>、

刑法は、人間の共同体における存立と発展

69) このような尊厳概念の歴史的出处について本稿で詳言することはできないが、川出良枝「精神の尊厳性——近代政治思想における自律的名誉観念の生成——」思想934号4頁(2002)が参考になる。川出によれば名誉概念には社会における地位とその承認を意味する名誉と、社会における承認に依存しない「固有かつ内面的な名声」としての名誉とがあり、前者が「私たちにも同等の名誉を」という要求に結びついて市民革命の思想的動因となつたのに対し、後者は市民として最低限の「善悪を判断できる理性的・道徳的存在である」という意味の「精神の尊厳」と捉えられ、革命後の市民社会において「人間一般という抽象的なカテゴリーを介在させる形ではあるにせよ、個人と他者とを結び合わせる役割をかりうじて継承した」という。規範的名誉説とそのコミュニケーションの視点を導入することによる発展は、後者の名誉概念と親和性を有しているように思われる。

70) Rainer Zaczky, a.a.O. (Anm. 63), vor § 185 ff Rn. 1.

71) Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1.

72) 私見として、対人的名誉概念と機能的名誉概念には互いに重なる部分が大きく、必ずしも相互に排他的ではないと考えられる。団体に対する侮辱や集団的侮辱を説明するという観点では、人間の尊厳に依存しない機能的名誉概念に優位性があるが、対人的名誉概念は個人に対する名誉犯罪が個人の存立を脅かすという側面をよりよく説明できているし、歴史的経緯としても尊厳を名誉の説明から排除することはできない。名誉概念の基盤となる説明としては対人的名誉概念を用いつつ、それでは説明に窮することになる、団体あるいは集団への侮辱については機能的名誉概念に軸足をおけばよいのではないか。

73) Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1.

を可能たらしめるために不可欠な「相互承認関係」を保障することに自らを限定しなければならない。したがって、否定的性質（被害者の不十分さ、劣等性）を帰することにより「名誉」が「汚される」限りにおいてのみ、185条以下により妥当価値が保護される。このことは、特別な功績や際立った身分等々を否定することにより、単純にある者の実際に相応しいという意味での妥当価値を否認する行為には185条以下が適用されない、言い換えると、名誉は高められえない（nicht steigerungsfähig）という意味において意義がある。

刑法により保護すべき名誉は、社会における（対等な）コミュニケーションに値する主体として認められるための規範的な期待を満たしているということに限られる。そのことを承認し尊重することだけが、相手を社会におけるコミュニケーションから疎外しないための（社会に存在する全ての主体に共通する）条件だからである。妥当価値という概念に、人格的、倫理的、社会的といったいかなる「色」がつかうと、それらが最終的に指示する内容が上記に限定されていれば、社会内の評価、地位、あるいは任務の全般に「妥当価値」の保護を拡張するという事態にも、単なる名誉意識・名誉感情を保護する事態にもならないと考えられる。

以上で、ドイツにおける名誉犯罪の保護法益論の展開を一通り追いかけることができた。外部的／内部的名誉という古典的な分類に基づく外部的（社会的）名誉説は、尊厳ではなく社会における地位や任務に相応しい資質や能力を名誉概念の基盤とするために全ての自然人に妥当するはずのものとしての名誉を説明できず、他方で内部的（倫理的）名誉説（及び旧来の規範的名誉説）は、毀損され得ないはずの尊厳をなぜ保護客体とできるのかの説明を求められていた。通説としての規範的名誉説はこの問題につき、名誉の基盤を尊厳だとしつつ保護客体は妥当価値についての尊重要求であるとする一応の回答を与え、判例にも採用されている。そして尊重要求がなぜ保護に値する法益なのか、妥当

価値という概念への枠付けは可能なのかという規範的名誉説に残された課題については、对人的名誉概念や機能的名誉概念といった発展的な見解に共通する点としてみられる、社会における（対等な）コミュニケーションの保障という観点が示唆を与えている。刑法は、相手を社会におけるコミュニケーションに値しない（規範的な期待を満たせない）存在だと一方的に断じてコミュニケーションから疎外する行為を、社会に存在する諸個人や諸機関といった主体の存立及び活動（あるいは発展）のために、処罰対象とするのである。

以上を踏まえて次節では、ドイツにおける侮辱罪の裁判例をいくつかとりあげ、規範的名誉説の下で、実際の事案において侮辱がどのように基礎付けられあるいは限定されるのかについて、観察してゆく。筆者の能力不足から判例調査としては甚だ不十分な規模にとどまったが、多少なりとも示唆を加えたい。

### 3 裁判例でみる侮辱行為の基礎付けと限定

人間の尊厳を基盤とする名誉概念の規範的把握を前提とすると、フランクヤリストのように社会的な地位・任務に名誉を紐づけるということがなくなるため、規範的名誉説は理論的には、侮辱行為の成立範囲を拡張する方向へと進んでいる。しかし他方で、規範的名誉説にも、コミュニケーション及び疎外の観点から独自の限定枠組みがありうることを述べた。そこでここでは、実際の裁判例において侮辱行為の成否についてどのような判断ポイントがあるのか、そして、規範的名誉説の採用がそこにおける判断とどのように関わることかということのみてゆく。

#### (1) 表明行為の存在

ドイツにおける侮辱罪には、公然性要件がない。しかし、少なくとも、被害者または第三者に対する「表明」という要素を含む行為でなければならない。この点に関して、自分の親密圏にある者に漏らした侮辱表現でも「表明」された侮辱にあたるかという問題と、セクハラ等の非言語的な行為が「表明」に当

たりうるかという問題とが存在する。

#### a 親密圏のコミュニケーション

一つ目の問題について参考になる判例としては、OLG Hamburg, NJW1990, 1246 がある。本判例の事案は、そもそも別件の侮辱罪を理由に有罪判決を受けていた被告人が、その控訴審中に、裁判所の廊下（検察官や証人等、数人が行き来していた）において自らの弁護人（Verteidiger）に対し、（量刑への不満から）「あの裁判官は人民法廷（Volksgerichtshof）<sup>74</sup>に属している」と発言して、それを弁護人及び検察官が聞いたというものである。審理中の裁判所において侮辱罪の罰金刑が言い渡されたが、被告人はこれについて地方裁判所（LG）に上訴した。地方裁判所は、被告人と弁護人との信頼関係においてなされた発言については侮辱罪が成立しないとしてこの上訴を成功させたため、検察側がさらに上訴した。

判旨はまず、被告人の発言が裁判官に対する形式的侮辱（Formalbeleidigung）を構成するとしている。「人民法廷に属している」という発言は、裁判官の判断に対する批判を遥かに逸脱しており、それ自体汚言に等しい許容されない行為だというのである<sup>75</sup>。

しかし他方で、弁護人に対して個人的に放言したのみととれる本件の行為が処罰に値する表明行為といえるのか。判旨は、親密圏における侮辱が許容されうることの趣旨から説明する。曰く、

ここでの問題の出発点は、最も親密な家族のうちで（im engsten Familienkreis）第三者についてなされた侮辱の表明については、通常の場合侮辱たる性質を認めないという、判例及び学説の支配的見解が作り上げてきた原則である。……

かかる不処罰の（straffreien）領域を残している理由は、処罰を恐れる必要なしに自己を表現し、気持ちを鎮め、また、何かを伝えたい欲求（Mitteilungsbedürfnis）を自由に発揮することのできる自由な領域を

持つことが、人間には必要であるということに見出される。

そして、かかる理由づけが、弁護人と依頼者との信頼関係にも（StGB203条3項の定める弁護士等の秘密保持義務も踏まえながら）拡張されうるとする学説も紹介している。公然性要件のないドイツで、親密圏の、あるいは特別な信頼関係のある相手との会話に侮辱罪を適用しない理由は、やはりコミュニケーションの保障という観点から得られるのである。

もつとも、本判決は結論としては、形式的侮辱については上記の拡張がなされる余地はないとして、侮辱罪の成立を認めた。その理由は、弁護人と依頼者との特別な信頼関係に基づくコミュニケーションを保護するならばその趣旨は依頼者に効果的な法的助言（effektive Rechtsberatung）を与えることを妨げないためであって、相手方や裁判官を単に罵倒・中傷するような形式侮辱を保護しても、その趣旨に資さないということである。この判旨は、（発展した）規範的名誉説により明晰に説明することができる。まず第1に相手をコミュニケーションに値しないと扱うような軽蔑の表明は侮辱である。そして第2にそのような表現も自由であるべき親密圏のあるいは特別な信頼関係のある相手とのコミュニケーションという領域が想定されうる。しかし第3に、それはあくまで例外的な措置であって、その関係特殊的なコミュニケーションを認める趣旨に沿わないほどに逸脱的な表現については、上記の保護が外れ、再び侮辱の表明と認定される。このようにして本判例を、コミュニケーションの保障という立脚点は一貫しており、その枠内で一般的な保障領域と関係特殊的な保障領域との調整が図られているものと解することができる。

#### b 非言語的な行為と「表明」

非言語による行為が侮辱になるケースとして、典型的に議論されるのは性的暴行・セクハラに関する事案である。前掲 BGHSt 36,

74) ナチス・ドイツ期に設置されていた裁判所であり、政治犯への人権侵害の処遇などから悪名が高かった。

75) 形式侮辱については、真実の主張による可罰性の排除（192条）も適用されないことについては先述した。

145 も、結論としては侮辱罪の成立を否定しているが、「全体事情に基づき、行為者の振舞いが同時に被害者に対する軽蔑の評価と見做される場合」は性的暴行・セクハラが同時に侮辱行為ともなることを認めている。

これに関して、性的暴行の侮辱該当性を認めた裁判例としては、BGH, NJW1986, 2442 が挙げられる。この事案は、被告人ら複数名が、当時 14 歳の少女に対してアパートの一室で入れ替わり立ち替わり（無償での）性行為に及び、また、被告人ら同士も少女の面前において肛門性交（Analverkehr）等に及んだというものである。地裁は、性行為の強制性が立証されなかったとして強姦罪の成立を否定した。そのため、暴行による侮辱の主張で上訴された。

BGH はまず、性的暴行の侮辱該当性の要件について「行為者の振舞いが、個別の事例における特別の事情（besonderen Umstände）により、性的行為に通常伴われる（regelmäßig verbundene）程度を超えて性的名誉（Geschlechtsehre）を侵害したといえる場合」には、侮辱罪を適用できるとする。そして、重要なのは性行為自体でも行為者たちが少女を売春婦（Dirne）などと呼称したか否かでもなく、性行為の開始・遂行をとりまく状況や性行為の遂行の仕方であって、とりわけ本件のような少女に対する事件では、少女が性的名誉を放棄することの意味を未だ十分理解していないにもかかわらず、（不当にも）要求された振舞いによって一般的軽蔑（allgemeiner Mißachtung）〔の対象〕へと自らを置くことになったかが問題であるという。この観点から判旨は、本件について、性行為が少女と面識のない複数の男性により行われたことや、性行為がその内容や執拗さにおいても逸脱的であったことを認定して、「被告人は当時 14 歳の少女の社会的尊重要求をその

振舞いにより故意に侵害し、またそれにより、彼女の性的名誉への軽蔑を表明した」として侮辱罪の成立を肯定した<sup>76)</sup>。

この判決ではまず、非言語による行為によっても、尊重要求の侵害という侮辱行為が成立しうることが示されている。本件で少女が被った性的暴行の被害は、それ自体少女の社会的地位を危殆化するようなものではない。しかし性的暴行を通じて「この女は自分の身体をタダで売春婦のように扱われても平気なのだ」という抽象的価値判断が表明されていれば、それは（本判決当時において）少女を社会における（対等な）コミュニケーションから疎外することの表明行為といえるから<sup>77)</sup>、その意味において、社会的妥当価値への尊重要求が侵害されているのである。しかし他方で、この判決は、性的暴行が単に不当で不快な取り扱いであることによって侮辱であるとはしていない。第 1 に、暴行が単に暴行であるという意味において名誉（または尊厳）の侵害であることを超えて、一般的軽蔑に結びつく妥当価値の無視・軽蔑にもなっていなければならない（妥当価値との関連性）。そして第 2 に、その無視・軽視の行為が、妥当価値の無視・軽視を表明する行為であったといえるための、特別の事情が必要である（表明行為といえる特別の事情）。非言語による行為を侮辱だと認定することは、実際には相当慎重になされているといえる。

実際、いわゆるセクハラ行為が常に同時に侮辱と認定されるものではないことを示したのが、OLG Düsseldorf, NJW 2001, 3562 である。この事案の被告人は、女性を女子トイレの個室まで尾行して、個室扉の下の隙間から覗いた。女性がすぐ気付いたので、覗きの時間は 10 秒程度で終わった。原審は同行為に侮辱の成立を認めたので、被告人が上訴した。

76) 本判決は、性犯罪類似の行為のための受け皿として侮辱罪を用いることを否定した前掲 BGHSt 36, 145 より前のものであるが、規範部分でほぼ同一のことを述べていること、また成人 2 名の 1 回きりの行為であった BGHSt 36, 145 と異なって、上記のような逸脱性（軽蔑の対象となりうる性行為であること）を認定していることからすれば、なおその結論に妥当性があると考えられる（実際、Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 29 では BGHSt 36, 145 とともに肯定的に参照されている）。

77) より規範的には、「売春婦」という職業が社会から疎外を意味するというより、自分の身体や性交渉をぞんざいに扱われても平気な、それらに対し尊重と配慮を要しない程度の存在であるという認定が疎外を意味するという方が正確であろう。もっともこのような説明も、社会的文脈の変化とともに妥当性を失う可能性はある。

判旨は、前掲 BGHSt 36, 145 及び BGH NJW 1986, 2442 の規範を引用したうえで、次のように述べて表明行為の必要性に言及する。

……行為者が人間の尊厳、一般的人格権、さらには性的自己決定 (sexuellen Selbstbestimmung) の自由を軽蔑することを伴う性関連行為 (sexualbezogene Handlungen) は、他者の人格権に介入したり傷つけたりする (berühren oder verletzen) 侵害 (Eingriffe) を意味する；しかし、これがそのまま刑法上も意義を有するわけではなく、行為者が被害者の名誉を傷つけた場合に、すなわち被害者の名誉の欠如 (Ehrenmangels) を表現することで軽蔑を表明した (kundgibt) 場合にのみ、「性的」侮辱として問題となるのである。

判旨は、本件のような覗き行為というセクハラについて、この「軽蔑の表明」にあたる客観的説明的価値を認めるためには、行為者が本件よりもさらに相当長時間に渡って被害者を凝視し (angestarrt)、または凝視しながら何某か振舞うことにより軽蔑的価値判断を表明するなどの特別な事情が必要であるとする。本件では、被告人は被害者を 10 秒程度覗いただけであるから、このような事情はなく「軽蔑の表明」たる侮辱行為は認定できないとした<sup>78)</sup>。

性的暴行・セクハラに限らず、何らか法益侵害を行う者は、その相手の法益を尊重しない態度を常にとっている。そして、それが人格的法益であれば、相手の人格権を尊重していないことを意味しうる。しかしそのような態度が侮辱行為に該当するというためにはさ

らに、相手に尊重されるべき妥当価値が存しないという判断を表明する振舞いが必要になるのである<sup>79)</sup>。この限定により、公然性要件がないとしても、相手の妥当価値を否認することが前提となるあらゆる不当な（表明を伴わない）行為を片端から侮辱行為とすることを回避できている。

## (2) 表明内容の解釈

表明があったとして、次にすべきはその内容の解釈であり、それは事実審裁判所の任務とされる。ここでは解釈による侮辱肯定例と否定例を一つずつ扱い、実際の判断過程についての参考とする。

まず、肯定例としては OLG Stuttgart, NSTZ-RR 2009, 50 がある。被告人は、警官を指差して<sup>80)</sup>、「A.C.A.B」と発言したので、この意味が問題となる。

判旨は、「A.C.A.B」の意味内容を解釈するにあたり、「受け手側の視点 (Empfängerhorizont)」に加えて、特定の人口グループにおける用語法も含めた、全事情を総合考慮しなければならないとしたうえで、「A.C.A.B」という略語は若者カルチャーや右翼の集団において「警官はみんなクソッタレだ (all cops are bastards)」という意味で用いられているという事情を指摘する。そして、本件の状況においてこれ以外の意味で「A.C.A.B」が用いられたという現実的可能性もないから、本件の「A.C.A.B」も「all cops are bastards」の意味であるとした。なお、「bastards」はその原義においては「非嫡出子」のことであり価値判断を伴わないはずであるが、現在では、英語圏においてもドイツ語圏においても「明確に蔑称 (abwertenden Charakter) であり専ら相手の劣等性を表現するために用いられている」ため、この呼称自体によって被害者の社

78) 性的暴行・セクハラが問題となった類似の事例として、AG Lübeck, JuS 2012, 179 (ボトルに詰めた自らの精液を、「密かに」女性の臀部に噴射した行為) など。

79) 古くは BayOBLGSt 1963, 141 も、他人の家の窓に投石をした行為について、もしそれが相手の権利や法益は全然尊重に値しないということの表明という側面を有していたといえる特別な事情があれば侮辱に該当しうるが、本件ではそのような事情はなく、むしろ被告人は投石後に何のアピールもなくすぐに逃走したのであるから（投石した本人に軽蔑する意図があったとしても）客観的に侮辱行為と認定することはできないとした。

80) この指差し行為によって個人を対象に特定していたといえるため、集団的侮辱については検討を要しない。一方で、BverfG, NJW-Spezial 2016, 472 では（サッカースタジアムにおいて）「A.C.A.B」が刻まれているズボンを着用していたという事案であったため、特定の警官を対象にした行為とはいえず、集団的侮辱の成否が問題となった（結論否定）。

会的な値する尊重要求 (sozialen Geltungsanspruch) への侵害があったといえと認めた。

つまり、言語表現による侮辱行為を認定するためには発言(記載)内容の解釈が当然必要であって、その解釈は、まず発言(記載)の意味するところを社会的、あるいは状況的文脈から特定して、次に、特定された意味内容が社会において相手の劣等性を表現するものであると捉えられているかを検討することによって行われる。発言内容の解釈が受け手の視点のみならず全事情の総合考慮によって行われるということ、単に無礼な表現では不十分で、「相手の劣等性を表現する」表現であることを要することが重要である。

この検討手法により侮辱の成立が否定された判例としては、LG Regensburg, NJW 2006, 629がある。この判決の事案は、被告人宅に訪れた<sup>81)</sup>警官2名に應對中に、娘が「この人たち „Bullen“ ?」と訊いたので、「うん, „Bullen“ だ」と答えたという事案である。„Bulle“ は辞書的には雄牛だが、方言で「警官」も意味する。原審は侮辱罪の成立を認めたので、被告人が上訴した。

判旨は、他人を „Bulle“ と呼称することが好戦的で横暴な動物と同一視するという意味で蔑称としての意味を持ちうることは認めつつ、社会的文脈と状況的文脈の双方から、本件はこれに当たらないとした。まず、社会的文脈においては、„Bulle“ が特段軽蔑の意図を含まず警官を指すということが一般的に受け入れられつつあるとの指摘が重要である<sup>82)</sup>。社会において価値中立的なものとして受け入れられている表現は当然、客観的に相手の妥当価値を尊重しない表現に当たらない。曰く、「StGB185条の保護客体は、何らかの形で定義づけられた名誉概念ではなく、-事案に関連する-具体的状況における(警察官の)具体的尊重要求である。しかしこの尊重要求は、社会生活の現実(Wirklichkeit des sozialen Lebens)により基礎づけられ、

——とりわけ——制限される」。また、状況的文脈では、娘が „Bullen“ かと聞いたことに対して咄嗟に応答しただけであることも(否定方向に)考慮すべきであるとする。

185条が社会における(対等な)コミュニケーションを保障するために、各人の妥当価値についての尊重要求を保護する法であるとするれば、侮辱行為の該当性をコミュニケーションの状況や社会における理解のされ方を基盤に判断してゆくことは、自然なことである(これは、外部的(社会的)名誉説が、被害者の社会における評価または地位という意味で社会に目を向けることとは異なる)。社会における(対等な)コミュニケーションから疎外されるべき対象を指示する侮辱の表現は、社会の変化に伴ってやはり変化する。

### (3) 表明内容と妥当価値との関連性

最後に、表明行為があり、表明内容が侮辱を意図した内容であると確定したとして、それが客観的に妥当価値と関連しているといえるかという問題を、表明内容の解釈と区別して扱う。これについて論じている判例として、OLG Hamm, NStZ 2011, 42がある。

被告人は、従前から仲の悪かった隣人に対して、車の窓を開けて、その入れ歯(Gebiss)を嘲笑った(判旨には「お腹が痛くなるほど笑った」とある)。原審は同行為に侮辱の成立を認めたので、被告人が上訴した。

そこで判旨は、意見の自由(基本法5条)との衡量を念頭に、StGB185条の侮辱行為に該当するか否かの事実認定はありうる解釈を慎重に検討してされなければならないことを述べたうえで、以下の通り侮辱の定義に基づく限定をかけた。

刑法185条の意味における侮辱は、否定的性質を帰せしめることにより被害者の倫理的・人格的・社会的な妥当価値が全体的にまたは部分的に否定する、つまり、これら3つの側面のうち1つについて劣等性または不十分さを示すという特別な意味での軽

81) 被告人の飼い犬が野生動物を殺してしまったので、獣医同伴で来訪したようである。

82) 判決では、人気テレビ番組が „Der Bulle von Tölz“ などの表現を普通に用いていることも考慮している。なお、判旨は、もし „Bullen“ が他の動物の呼称と同時に用いられていればそれ自体が侮辱と捉え直されることになるとも述べており、これも、状況的文脈の考慮という観点から適切と思われる。

蔑または軽視 (Missachtung oder Nichtachtung) の表現を要件とする。単に無礼 (Unhöflichkeiten) や不作法 (Taktlosigkeit), さらには不適切な冗談 (Scherze) や「からかい (Foppereien)」も、被害者の劣等性を表明したといえる特別の事情がない限り、十分でない。

そして、本件では(大袈裟に) 入れ歯を笑ったという行為があるのみで、それが単なる無作法以上に被害者の倫理的、人格的、または社会的な劣等性を表現しているとの説明的価値 (Erklärungswert) を有するとは評価できないので、侮辱行為と認定することはできないとした。

この判決については、他人を馬鹿にする言語的・非言語的行為の全てを当罰的な侮辱行為と認定するわけではなく、社会における(対等な) コミュニケーションの相手であることを否認するような、妥当価値への尊重要求の軽視あるいは無視を含む行為のみが該当するということが重要である。これにより、無数にありうる「馬鹿にする」行為から処罰すべき行為を選別する道が開けている。

なお、かかる説明的価値の有無は、裁判所による規範的判断により決するものであり、必ずしも社会通念のみに依らない。このことを示す判例が、LG Tübingen, NStZ-RR 2013, 10 である。事案は、警察官らに血液採取をされていた被告人が、警察官を罵った発言のうち、「同性愛者 (Homosexuelle)」と呼称した部分の侮辱罪の成否が問題となったものである。

状況から考えれば、被告人が侮辱の意図で上記を発言したことは明らかだといえる。しかし判旨は、まず、規範的名誉概念に従えばある表現の客観的な侮辱行為該当性は当事者の主観には依存しない、社会において個人に属する妥当価値を否認するような軽蔑あるいは軽視の表明であるため、「法秩序における評価を考慮に入れて」解釈する必要があるとした。そして、「同性愛者」であるというこ

とが社会における妥当価値の否認であるとするのはむしろ現状の社会の価値観と法制度 (基本法3条, 反差別法 (Antidiskriminierungsgesetzes (ADG)) 1条など) に矛盾するとして、侮辱の成立を否定した<sup>83)</sup>。これはやや手堅すぎる判示と思われなくてもないが、突き詰めれば、社会の現実としては社会的評価・地位を毀損するような表現・呼称が発言されたとしても、それが客観的・規範的に考えて妥当価値の否認とは認められ得ない (認められてはいけない) 場合には侮辱の成立を否定することもありうるということが示されており、外部的 (社会的) 名誉説との差分になりうるであろう。

#### 4 小括

ドイツにおける名誉犯罪の保護法益論について、現状の判例・通説は「人間の尊厳により生ずる妥当価値への尊重要求」を保護法益と解する規範的名誉説であり、構成要件の解釈や判例の説明も、これにしたがってすることができる。そして、規範的名誉説に残された曖昧さを解き明かす観点としては、社会における(対等な) コミュニケーションの保障を軸に据える、対人的機能概念あるいは機能的な名誉概念が有用である。

規範的名誉説を基本的基盤としつつ、名誉犯罪がそもそも、社会における(対等な) コミュニケーションの基盤としての相互承認関係を確保するために、人間の尊厳にしたがって生ずる妥当価値を相互に尊重させることにしているのだという説明を加えることによって、処罰の基礎付けという観点では、必ずしも社会的な地位または任務と結びつきはしないが被害者との(対等な) コミュニケーションを無視・放棄するような(すなわち相手を「同じ社会に存在してよい主体として扱わない」ような) 表明行為を処罰の対象とすることができる。そして処罰の限定という観点でも、表明行為の有無、表明内容の解釈、妥当価値との関連性の評価という各判断ポイント

<sup>83)</sup> なお、被告人が単に „Homosexuelle“ というだけでなく、「不潔なフェラチオ野郎 (dreckige Schwanzlut-sche)」や「ホモ野郎 (Schwuchteln)」と呼称していた部分については、当然に侮辱行為に該当するとしている。

において、一定の枠付けを与えることができている。

このような近時の見解に至るまでのドイツにおいては、内部的（倫理的）名誉説、外部的（社会的）名誉説、（旧来の）規範的名誉説がそれぞれ検討され、乗り越えられてきた。それに対し日本では、外部的（社会的）名誉説が圧倒的通説であり、少なくとも教科書等においては、他の見解は、いわば型通りに退けられる役割のみを演じているように看取される。そこで次章では、侮辱罪改正後の日本におけるドイツ的な保護法益の把握が有望であることを主張し、ドイツ的な把握の障害及びその克服可能性について沿革についての説明を交えつつ論ずる。

#### IV. 私見——日本における議論の来歴と指針——

##### 1 現代的な態様の侮辱のドイツ的な把握

Ⅱ「日本における名誉犯罪の現在」では、日本における侮辱罪の適用が従前は（少なくとも裁判例を見る限りは）確かに、社会関連性の高い表明行為に集中していたこと、しかし法定刑を引上げる改正の前にはすでに、表明の態様・対象・内容のいずれでも社会関連性が希薄だと言わざるを得ない表明行為にも侮辱罪が適用されつつあったこと、そして、近時に施行された侮辱罪の法定刑を引上げる改正は、事象としてはインターネットにおける誹謗中傷に着目しているものの、その被害の実質は、人を人とも思わない空疎な中傷・罵倒の羅列によって被害者の精神が追い詰められるということにあり、被害者の社会的評価・地位を危うくするという側面は問題の中心ではなかったということを述べてきた。

私見として、このような現代的な態様の侮辱に法定刑を引上げるべきほど高い当罰性を認めるのであれば、外部的（社会的）名誉のみを侮辱罪の保護法益だとする見解は維持し難いと考え。したがって、被害者の精神的苦痛に焦点を当てた立法論を検討する取り組

みと並行して、侮辱罪の保護法益について再検討することも、法定刑引上げ後の侮辱罪についてその基礎付けと限定を考えるために必要となる。外部的（社会的）名誉及び被害者の精神的苦痛の観点のみでは現代的な態様の侮辱の当罰性を捉えきることができず、法定刑引上げ後の侮辱罪の適用実務が枠付けを失う恐れがあるからである。

ここで出発点として正面から受け止めるべきは、現代的な態様の侮辱の行為と被害の態様は、被害者の社会的評価・地位への攻撃あるいは被害というよりも、被害者のより内面的な部分への攻撃あるいは被害と捉えることが相応しいという事実である。しかし、内面的とはいえ名誉感情を保護法益とすることには問題がある。保護法益への侵害の程度を、（そもそも名誉感情を有する程度の認知能力があるかということを含めて）被害者の主観にかからせることになるからである。そこで、外部的（社会的）名誉説でも受け入れざるを得なかった、「外部的名誉の下限を規範的に把握する説明」が想起される。かかる説明の背景には、社会的地位や名誉意識・名誉感情の有無によらず、規範的に把握される全ての人間の名誉が存在することを、どうしても否定しきれないという感覚が存在するはずである。

そしてその「否定しきれなさ」を言語化すれば、結局人間の尊厳に行き着くのではないか。侮辱罪の問題関心の中核に躍り出ている「人を人とも思わない空疎な中傷・罵倒の羅列」とは要するに、人間の尊厳を軽視・無視する表明行為であり、それゆえに、社会が現に与えている評価・地位への影響と関わりなく、被害者の主観にも左右されず、その当罰性を認められるべきなのである。

人間の尊厳を名誉の基盤と考える見解は、日本においては、人間の尊厳（あるいは、人間の真価）を直接に保護法益とする内部的名誉説と同一視されてきたように思われる。この意味での内部的名誉説には確かに、本人以外には毀損され得ない人間の尊厳は保護することもできないという批判が妥当する。しかし、Ⅲ「ドイツにおける侮辱罪の保護法益と行為」で見えてきたように、ドイツにおける規

規範的名誉説はこの批判をすでに乗り越えている。規範的名誉説は、人間の尊厳を直接に保護法益とはせず、尊厳の一面である妥当価値への尊重要求を保護させるのであり、それにより、尊重要求に対する侵害というありうる形の振舞いを処罰対象とすることができる。そして、規範的名誉説に残された課題である「妥当価値」や「尊重要求」の（または「尊厳」概念自体の）抽象性についても<sup>84)</sup>、対人的名誉概念や機能的名誉概念など近時の見解が、社会における（対等な）コミュニケーションの保障という観点から一定の解決を与えているのである。妥当価値への尊重要求を侵害させないことの意味は、そうすることで形成・維持される相互承認関係こそ、社会の中である主体が自立した責任ある主体として振舞い、発展してゆくための前提条件であるということにある。したがってまた、「刑法は、人間の共同体における存立と発展を可能たらしめるために不可欠な「相互承認関係」を保障することに自らを限定しなければならない」という形で、「妥当価値」や「尊重要求」というそれ自体は曖昧な概念に、侮辱罪を適用する場面においては、一定の枠付けが与えられる。

名誉概念のこのようなドイツ的な把握は、日本における現代的な態様の侮辱の把握に適している。テラスハウス事件でとりあげた「「性格悪いし、生きてる価値あるのかね」「いつ死ぬの?」「死ねやクソが」「きもい」などといった悲惨な」言辞は、被害者の社会的評価・地位を脅かすからというより、それが、被害者を社会における（対等な）コミュニケーションの相手と認めないという疎外を表明する行為であるからこそ被害者に深刻な不安と自己否定を生じさせ、ときにはさらなる深刻な結果をもたらすのだと考えられる。人間は社会を離れては生きられない。社会における相互承認関係から相手を一方的に疎外する行為は、それ自体が重大な危険性を孕んで

いる。対人的名誉概念の論者が、「人間の尊厳に従い要求される承認関係が確立して初めて、人間は自立した主体として社会において自信と責任をもって振舞うことができるのであり、理由もなく承認を拒絶されると、この自立性を損なうという実害が生じうる」というのは、この危険性をよく表現している。また、そのような危険な言説を許容する社会では、自然人も団体も、相互承認関係を円滑に築くことができない。さきに言及した法制審資料の令和2年事例集にあるような、空疎な中傷・罵倒の氾濫をそのままに放置すれば、その社会の中でコミュニケーションをとろうとすること自体が空疎で苦しい試みとなり、社会全体における自然人や団体の存立、機能、及び発展が損なわれるであろう。機能的名誉概念の論者が、「他者とのコミュニケーションに必要とされる基本的な能力を否定することが、諸個人及び諸機関を社会において存在させ活動させるための前提条件としての相互承認関係を破壊する」というのは、このことをよく表現している。

さらに、このドイツ的な把握の導入は、改正後の侮辱罪の適用場面を限定し枠付けることにも役割を果たすと期待される。社会におけるコミュニケーション、あるいは相互承認関係の保障に侮辱罪の役割を限定すれば、侮辱罪の適用対象となるのは、単に乱暴な振舞いでも、単に人を傷つける表明行為でもなく、社会における（対等な）コミュニケーションに値するために規範的に期待されるモラルと理性を相手が備えているということを否認するような表明行為に限られる（すなわち、「名誉は高められない」）。尊重要求を保護することの帰結は、人を尊重していない行為の全てに侮辱罪の適用を開くことではない。むしろ、そもそも表明行為があるのか、表明内容をどう解釈するか、解釈された表明内容が妥当価値と関連性を有するかといった一つ一つの判断において、規範的な基礎付けと限定

84) 平川宗信は規範的名誉説について、人間の尊厳を客観的に認識・評価することも、それに相応しい取り扱いはすることも、現実的には不可能であるから、「自己の全人格的価値を認識・尊重し、自己をそれにふさわしく遇することを要求する」ものとしての尊重要求を刑法的保護の対象とすることは「理想主義的ではあるが非現実的である」という（平川・前掲注27）156頁）。もっとも、平川の批判を採るとして、平川が名誉犯罪の保護法益であると主張している普遍的な名誉の保護にも同じ批判が妥当しないのかということ疑問である。

とを意識することになるのである<sup>85)</sup>。もちろん、外部的(社会的)名誉説を維持して、社会的評価・地位と結びつく表明のみを処罰する場合と比較すれば、ドイツ的な把握を導入した場合に全体として処罰が拡張することは避け難い。しかし、実務及び立法の問題関心が「社会的評価・地位と結びつく表明のみを処罰する」ことから逸脱しつつある現状において比較すべきは、建前として外部的(社会的)名誉説を維持しながら、それとはねじれた侮辱罪の適用を(迂回的な説明によって)許容することと、正面からドイツ的な把握を入れて処罰の拡張を説明することではないか。そのように考えたとき、理論上は「社会的評価・地位」という縛りがかかっているが内実は被害者の精神的苦痛を刑事事件として扱いたいという処罰欲求に突き動かされる状況が、端的に「社会的評価・地位」という縛りを外して、「尊厳」あるいは「妥当価値」という観点から処罰を基礎付けることを理論的にも承認し、その観点からの枠付けを検討してゆく状況よりも、抑制的であるとは言い難いと考える。

外部的(社会的)名誉説を再考し現代的な態様の侮辱をドイツ的に把握することは、とりわけ法定刑引上げ後の侮辱罪について議論するうえで、上記のように有用な指針となる。しかし、日本においては強固な通説として定着している外部的(社会的)名誉説を乗り越えるためには、さらに、2つの問題を扱わなければならない。1つ目は、外部的(社

会的)名誉説の強固さそのものである。同説がほとんどの教科書に共通する見解となっている限り、同説で説明しきれない事象を示したとしても、それだけでは、同説の微修正、あるいは同説からの迂遠な説明で対処することが穏当な解決であるということになりかねない<sup>86)</sup>。よって、本論文では同説の形成期に着目して、同説にそこまでの擁護すべき重みがあるのかということについて論ずる。そして2つ目は、ドイツには名誉犯罪の一般的要件として設けられてはいない、公然性要件の存在である。公然性要件は、明らかに外部的(社会的)名誉説を支える根拠の一つである。規範的名誉説では、公然性の認められない状況でも、それが表明行為として成立していれば、侮辱行為と認めるといわなければならない。公然性があれば一般に妥当価値への尊重要求に対する侵害の程度が大きいともいえないから、特に重大な類型に限って処罰を定めた趣旨であるとするのも困難だろう。そこで本稿では、公然性要件の存在が「ドイツ的な把握」と両立し難い事情であることは認めつつ、侮辱罪の制定沿革を追って、そもそも現代的な態様の侮辱に際し公然性要件を維持すべきか、また少なくとも、保護法益論を規定できるだけの中核的要件といえるのかについて論ずる。

つまり、以下で述べる残された問題への対処は、通説と公然性要件の経路依存性を説明することで、それぞれの保護法益論にかかる重みを減らすという方向へと進む。

85) この観点で我が国の判例を評価すると、前掲東京高判昭和51年5月13日(「カバ」,「チンドン屋」,「キョロ」,「法律違反者」)は、一つ一つの単語自体に侮辱にあたる表明行為としての性質を読み取ることができるかは微妙であるものの、これらを併せて読めば、相手をモラルと理性を備えていない動物並みの相手と評することの表明だと認められるであろう。また、前掲最2小決平成18年9月11日(「おいデブデブ」等)は、言葉自体が侮辱に該当する表明行為であるとはいえない(前掲 OLG Hamm, NSz 2011, 42 参照)けれども、執拗に絡んで被害者の容姿を揶揄し続けたという態様によって、被害者には配慮すべき人格がないという扱いをするという意味での「軽蔑の表明」にあたる客観的説明的価値を認めることができるだろう(前掲 OLG Düsseldorf, NJW 2001, 3562 参照)。他方で前掲大判昭和10年4月8日(鉄道参与官の変節を、「反対の行動のみを為したる者なるに拘らず……恰も自己の努力に依り開通せしめたるが如き祝辞演説を為すとは運命は皮肉なもの」などと揶揄した行為)については、相手が鉄道参与官という社会的地位に値しないという評価を表明してはいるが、それ以上ではないため、「名誉は高められない」ことに従い侮辱行為と認めることはできない(裁判官を「人民法廷に属する」と表現した OLG Hamburg, NJW 1990, 1246 と比較すれば、その懸隔は大きい)。これは規範的名誉説が外部的(社会的)名誉説よりも処罰を限定する側面だが、その結論を含めて妥当であろう。

86) 例えば、亀井・前掲注 29)11 頁は、現代的な態様の侮辱を正面から捉えているのは尊厳あるいは人格の否認という説明であることまでは認めつつ、傷害罪はあくまで人の身体を保護法益とする犯罪だが、被害としては尊厳の侵害も含みうるのとパラレルに、侮辱罪も、あくまで外部的(社会的)名誉を保護法益とするが、被害としては尊厳あるいは人格の否認も含むと考えればよいと述べる。

## 2 外部的（社会的）名誉説の経路 依存性

### (1) 議論の端緒としての用語法の確認

日本において強固な通説として定着している外部的（社会的）名誉説の形成過程を探るにあたり、議論の端緒として、（逆説的ではあるが）現在通用している教科書レベルの記述を確認しておきたい。これにより、日本における議論がどこまでドイツにおける学説の展開を追っており、どこから独自の展開を見せているかが明らかになる。

まず、「どこまで」の問題は、先述したことと重複するが、ありうる名誉概念の分類法から推察できる。一例として引用すると、以下の通りである<sup>87)</sup>。

刑法典は、「名誉に対する罪」として、名誉毀損罪（230条）と侮辱罪（231条）を規定しており、その保護法益は名誉である。名誉の概念は、一般に次の3つに分類されている。すなわち、①内部的名誉（本人に内在する人格的価値・人の真価）、②外部的名誉（他者による評価・承認〔人に対する社会的評価〕）、③名誉感情（本人が自己に対して主観的に抱いている主観的名誉・名誉意識）がこれである。

この、人の真価である内部的名誉と社会が与える人に対する評価である外部的名誉とをまず対置し、（これらが主体の主観によらず定まるのに対して）主観的名誉である名誉感情・名誉意識とをさらに対置するという分類法が、ドイツにおいてはフランクなどに見られた古典的分类と全く同一であることは明確である。他の教科書においても、内部的名誉と外部的名誉を対置し、さらにそれらを主観的名誉と対置するという分類法はほとんど共通しており<sup>88)</sup>、結論として名誉毀損罪と侮辱罪との区別なく外部的名誉のみを名誉犯罪の保護法益と解することも含めて、我が国の

外部的（社会的）名誉説は、リストやフランクの見解をそのまま受容して固定化したものだといえる。

では、ドイツについてみてきた、外部的（社会的）名誉説が判例に受容されず限界につきあたったこと、またそこで、人間の尊厳を中核とする規範的名誉とそれ以外の社会的評価・地位や名誉意識・名誉感情という事実的名誉との区別を前提に、前者こそ名誉犯罪の保護法益の基盤であるとする規範的名誉説が通説化したことは、どの程度日本における名誉犯罪の保護法益論に影響してきただろうか。この点については、規範的名誉と事実的名誉という用語の用法が示唆を与える。再び通用している教科書から引用すると、以下の通りである<sup>89)</sup>。

名誉毀損罪の客体である「人の名誉」は、外部的名誉であり、それは、人についての事実上の（積極的な）社会的評価である（これは、現に存在する評価である「事実的名誉」が保護されることを意味する。これに対し、人の真価に対応した評価を「規範的名誉」という）。したがって、「虚名」もそれが存在する以上、保護の対象となる。なぜなら、刑法230条は、他人の名誉を毀損する事実を摘示した場合には「その事実の有無にかかわらず」名誉毀損罪が成立する旨を規定しているから、摘示した事実が真実であっても（230条の2による免責を受けない限り）処罰の対象とされることは明らかだからである。このような「虚名」まで刑事罰による保護に値するかについてはかなり疑問があるが、現行法においては、こうして事実的名誉が保護されていることには疑問の余地はない。

上記における「規範的名誉」と「事実的名誉」の用法は、ドイツにおける規範的（normative）名誉と事実的（faktischen）名誉の用法とは微妙に異なっている。ドイツにおいては前者の中核は個人の尊厳あるいはそれに

87) 高橋・前掲注1)167頁。

88) 大谷・前掲注1)168頁、山口・前掲注1)134頁など。

89) 山口・前掲注1)135頁。なお、記述箇所としては侮辱罪ではなく名誉毀損罪についての記述である。

従い生じる人格的な妥当価値であり、後者はそれ以外の、外部的（社会的）名誉及び主観的な名誉意識・名誉感情である<sup>90)</sup>。それに対して、我が国における規範的名誉と事実的名誉の区別は、人に対して社会が与える評価という枠内での、「あるべき評価」と「(虚名をも含む) 現実の評価」との区別を指すようであり、ドイツのように虚名は保護しないという要件構造を採るのであれば別論、日本の現行規定においては「(虚名をも含む) 現実の評価」としての事実的名誉を保護していると解する外ないという順で説明が進む<sup>91)</sup>。ここで重要なことは、この用語法が不適切・不正確か否かではなく、少なくともドイツにおける用語法と明確に異なることである。ドイツにおける規範的 (normative) 名誉は、虚名を保護するかという限定的な論点でのみ現れるものではなく、社会的な評価あるいは妥当価値に付き従う概念でもないのであり<sup>92)</sup>、また、事実的 (faktischen) 名誉には社会的な評価のみならず名誉意識・名誉感情を含む。したがって、我が国のような説明内容・順序にはなり得ないのである。

もちろん、ドイツにおける規範的名誉説を正確に紹介する文献が、存在しないわけではない<sup>93)</sup>。しかし、それはいわゆる教科書レベルの説明には結局のぼることがない。我が国で通用している名誉犯罪の保護法益論は、リスト及びフランクの外部的（社会的）名誉説を移入して以降ほとんど停止しており、外部的（社会的）名誉説の挫折（それは「あらゆる生きている人間に認めるべき名誉がある」ということから始まっているのであり、必ずしもドイツに固有の原因によるのではない）、そして規範的名誉説の通説化という、

彼ら以後の議論の展開は実質的に影響を与えられていないと言っても過言ではないのである。

そこで、リストやフランクの活躍した当時である20世紀初頭におけるドイツ学説の輸入のされ方にこの「停止」の原因を探り、その後学説が外部的（社会的）名誉説で固まるまでを扱うこととする。

(2) 外部的（社会的）名誉説の通説化と固着<sup>94)</sup>

a 外部的（社会的）名誉説の導入から通説化まで

名誉犯罪（なお、明治40年刑法成立前については旧刑法358条の誹毀罪）に関する明治期の教科書の記述を見てゆくと、1900年辺りを境に、名誉概念についての記述の統一性に差があることを指摘できる。

1900年以前の教科書では、例えば宮城浩蔵『刑法正義 下』（1893）は「人ノ名誉ヲ害ストハ人ガ社会ニ対シテ有スル荣誉ヲ害スルヲ言ウ」と「社会」の一語が見られるが<sup>95)</sup>、亀山貞義『刑法講義卷2』（1898）では「誹毀ト云ヒ不敬ト云ヒ将タ侮辱ト云フ共ニ人ノ名誉上ニ汚損ヲ加フルノ所為ナレトモ……」とそれ以上の分析がない<sup>96)</sup>。岡田朝太郎『日本刑法論各論之部』（1895）も、名誉概念について説明を加えない点では亀山と同じである<sup>97)</sup>。これに対して、同じ岡田朝太郎でも『刑法講義案各論6版』（1903）では、「本罪ハ一定ノ人ノ名誉心ヲ毀損スル（即チ名誉上ノ痛感ヲ与フル）ニ因リテ成立スト説クアリ Hess Die Ehre und die Beleidigung 1891, vBar G.S.52 又単ニ名誉即チ社会上ノ位置ニ危害ヲ与フルニ因リテ成立スト説クアリ（多数説）後説ヲ可トス」と、リスト的な外部的（社会

90) Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 19., Eisele/Schittenhelm, a.a.O. (Anm. 58), vor § 185 ff Rn. 1., Rainer Zaczyk, a.a.O. (Anm. 63), vor § 185 ff Rn. 4-5.

91) 大谷・前掲注1)168頁、西田・前掲注1)121頁も同旨。

92) むしろ、ドイツにおける規範的名誉説は元々、社会的な妥当価値を考慮に含めることを拒否していた (Regge/Pegel, a.a.O. (Anm. 32), vor § 185 ff Rn. 31)。

93) 丸山・前掲注14)57-60頁、平川・前掲注27)156-157頁など。

94) なお、本項の記述に関しては、嘉門優教授（立命館大学）にご教示いただいた内容が重要な基盤となっている。もっとも、本稿における記述の責任は、全て筆者に属する。

95) 宮城浩蔵『刑法正義 下』761頁（明治法律学校講法会，1893）。

96) 亀山貞義『刑法講義卷之2』517頁（明治法律学校講法会，1898）。

97) 岡田朝太郎『日本刑法論各論之部』875-881頁（有斐閣書房，1895）。

的) 名誉説で旗幟を鮮明にしている<sup>98)</sup>。岡田に限らず、小疇伝『日本刑法論 各論』(1904)でも「……名誉ノ実質タル人類ノ価値ハ左ノ如シ。(一) 風儀ニ関スル価値、(二) 社会ニ於ケル地位ニ基ツキ科セラレタル義務履行(社会的価値)、(三) 自己カスル義務ノ履行ニ付キ必要ナル身体上並ニ精神上ノ性格及ヒ能力ヲ具備スルコト」とリスト的な整理が示されており<sup>99)</sup>、牧野英一『刑法通義』(1907)も、「苟モ社会上名誉ヲ有スルノ人タルニ於テハ誹毀罪ノ客体タルニ妨ナシ小兒狂人ノ如キモノト雖モ社会上ノ地位ヲ有スル者ナルトキハ之ニ対スルノ誹毀罪アリ」と、やはりリスト説である<sup>100)</sup>。その他の教科書を見ても<sup>101)</sup>、1900年代を通じて主にリストの外部的(社会的)名誉説が急速に導入され、通説化しているということが顕著に伺われる。

この変化は恐らく、ちょうどこの時期にリストに師事しリスト説を輸入する流れがあったことによる。岡田朝太郎は1897年にドイツ留学を開始して、98/99年にハレ大学でリストの指導を受けており<sup>102)</sup>、実務家であった小疇伝が全面的にリストに依拠したこともよく知られている<sup>103)</sup>。そして、1908年には、先に引用した通り、吾孫子勝『獨逸刑法論』としてリストの著作が邦訳されている。

明治40年に現行刑法が成立して後も、この潮流のままに外部的(社会的)名誉説が通説化している。泉二新熊『改正日本刑法論』(1908)において「名誉ハ人ノ社会上ノ価値ナリ換言スレハ世人ノ判断ニ依テ認メラルル

人ノ社会的地位ナリ」とあり<sup>104)</sup>、また、梶康郎『刑法研究所：法理問答』(1911)において「名誉ノ毀損トハ人ノ会社上[原文ママ]ノ地位ヲ侵害スルヲ謂フ人ノ社会上ノ地位ハ一般ニ身分、品性、徳義上ノ信用等ノ人ノ社会上ニ於ケル価値ニ因テ保持セラル……」とあるのがその分かりやすい例である<sup>105)</sup>。

その一方、リストの論敵であるビルクマイヤーに師事した大場茂馬は<sup>106)</sup>ひとり、ドイツの議論状況について異なる認識を示している。『刑法各論 上巻』(1909)に曰く<sup>107)</sup>、

第一説 刑法ノ保護スル名誉ハ第一一人ノ人タル名誉ヲ保護シ之ヲ社会的ノ名誉ニ及ホスニ在リ。故ニ社会ニ何等ノ名誉ナキ者ト雖モ苟モ人類タル以上ハ人類カ有スル名誉ヲ害セラレサル権利ヲ有ス。……此説ハ獨逸ニ於ケル通説ニシテ、フォン・ビルクマイヤー、ビンディング、アルフェルト、マイヤー氏等有名ナル学者ノ唱導スル所ニシテ獨逸帝国裁判所ノ判例モ亦此解釈ヲ採用セリ。

第二説 刑法ノ保護スル名誉ナルモノハ獨リ人ノ社会上ノ名誉ノミナリトス。故ニ此罪ノ被害者タルヲ得ヘキ者ハ社会ニ於テ何等カノ地位ヲ有スル者タラサル可カラズ。……此説ハフォン・リスト氏、フランク氏等ノ唱導スル所ニ係リ……単ニ一種ノ学説ニ止リ獨逸ニ於ケル通説ニ非サルコトハ右両氏ノ認ムル所ナリ。我邦ノ学者ノ多クハフォン・リスト、フランク両氏ト説ヲ同ウ

98) 岡田朝太郎『刑法講義案各論6版』83頁(有斐閣, 1903)。

99) 小疇伝『日本刑法論 各論』740-741頁(日本大学, 1904)。リストは、社会における個人の価値を「(甲) 道徳上の価値。(乙) 地位に伴ふ諸般の義務を履行すること、及び其引受けたる義務を履行するに必要な身体上並に精神上の資質能力を有すること」としていた。

100) 牧野英一『刑法通義』(警眼社, 1907) 292頁。

101) 大脇熊雄『改正刑法精義各論之部』496頁(成文閣, 1907)、藤沢茂十郎『改正刑法新論』664頁(博文館, 1907)、田中正身『改正刑法積義下巻』1192頁(西東書房, 1908)など。ただしこの時期には未だ、リスト説そのままでない説明もある(奥村政雄『新刑法正義』374頁(明治大学出版部, 1907)など)。

102) 西英昭「岡田朝太郎の欧州留学について」法政研究 84巻1号 238頁, 230頁(2017)。

103) 小疇を含む明治20年代以降に進んだドイツ刑法論の移入については、福田平「わが刑法学とドイツ刑法学の関係」一橋論叢 97巻6号 733頁, 734-736頁(1987)を参照。

104) 泉二新熊『改正日本刑法論』782頁(有斐閣, 1908)。

105) 梶康郎『刑法研究所：法理問答』272頁(法曹閣書院, 1911)。

106) 福田・前掲注103)737頁。

107) 大場茂馬『刑法各論 上巻』309-310頁(日本大学, 1909)。

スルモノノ如シ。

リスト及びフランクが<sup>108)</sup> 外部的(社会的)名誉説を少数と自認していたかは疑問であるが、「第二説」がドイツにおいて必ずしも通説でなく、むしろ判例は「人ノ人タル名誉」を基盤としてこれを「社会的ノ名誉」に派生させるとする思考枠組みであるという認識は、恐らく、リスト説をそのまま輸入した論者たちよりも正確である。大場の指摘している通り、我が国の論者の大多数は、「現今多数の説と認むべき」(『獨逸刑法論』93頁)と自称するリストに学んで、そのまま「ドイツの通説」としてリスト説を輸入してしまったというのが実情ではないだろうか<sup>109)</sup>。

#### b 外部的(社会的)名誉説の固着

ところで如上の経緯で外部的(社会的)名誉説が通説化したとして、外部的(社会的)名誉説の課題である社会的評価・地位(または任務)を有しないと考えられていた幼児や精神病患者の名誉について、日本の論者たちはどのように考えたのだろうか。

この点小疇伝『日本刑法論 各論』(1904)は単純であり、「(ロ) 子供ニ付テハ子供カ或ル義務ヲ負担スヘキ階級ニ進ミ且ツ其義務ヲ了解スルニ至リタルトキニ於テ始メテ名誉ノ主体タルコトヲ得ヘシ。(ハ) 精神病患者モ過去ニ於ケル健全ナル精神ノ状況(故ニ過去ニ於ケル行為ニ関シテ之ヲ誹毀スルコトヲ要ス)及ヒ現在ニ於ケル一部不健全ナル精神ノ状況ニ於テ亦名誉ノ主体タルコトヲ得ルナリ」とやはりリストそのままの見解を記載している<sup>110)</sup>。岡田朝太郎は、『刑法講義案各論 6版』(1903)の時点ではやはりリストそ

のまま<sup>111)</sup>、その後『刑法講義(明治大学39年度法学科第2学年講義録)』(1906)においては、商店の小僧を例に挙げて社会交際の地位の有無が重要とやや独自の説明を追加しているが<sup>112)</sup>、一定の条件下でのみ幼児等の名誉主体性を承認するという方向性は変えていない。これらの見解は依然として、全ての自然人の名誉を承認できない点で、ドイツの外部的(社会的)名誉説と同じ課題を抱えていた。

しかし、現行刑法成立後の議論をみると、様相が変化する。例えば泉二新熊『改正日本刑法論』(1908)をみると、「……如何ニ破廉恥極悪ナル佞人ト雖モ法律上ニ於テハ其社会上ノ価値ニ関シ他人ヨリ貶侮セラレサルノ権利ヲ有ス。是即チ名誉権ナリ。従テ名誉ニ対スル罪ニ於テハ貴賤、貧富其他如何ナル階級種類ノ人格者モ之カ被害者タルコトヲ得ルモノトス」と「社会上ノ価値」を規範的に解釈して、幼児・精神病患者も名誉の主体たりうるとしているのである<sup>113)</sup>。『刑法通義』(1907)においては「社会上ノ地位ヲ有スル者ナルトキハ」という条件を付けて幼児・精神病患者の名誉主体性を認めていた牧野も、『日本刑法5版』(1918)では「幼者精神病患者ニ対シテ誹毀罪ノ成立アリヤニ付キ争アリ。然レトモ、幼者精神病患者ト雖モ、其ノ社会上ノ地位ハ之ヲ保護セサル可カラズ。之ニ対シテ犯罪ノ成立アル可シ」と条件を付さないような書き振りに変わっており、恐らく改説している<sup>114)</sup>。どうやら、リストの外部的(社会的)名誉説が「社会上の地位」についてそれなりに実質的な意味内容を持たせ、それゆえに幼者精神病患者の名誉主体性の承認に苦慮したの

108) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 3. und 4. neu bearb. Aufl., 1903, S.252 をみると、先述した晩年の著作ほど整理されていないけれどもすでに、名誉概念は道徳的側面のみにとどまるものではなく、社会における地位や任務に応じた資質(能力)という意味での社会における人間の価値であると述べ、大筋でリストと同道することを示している。1900年前後の日本におけるドイツ学説の輸入の当時から一貫して、外部的(社会的)名誉説であったと考えられる。

109) 中野次雄「名誉に対する罪」日本刑法学会編『刑事法講座 第4巻』815頁、816-817頁(有斐閣、1952)において「ドイツにおいても……被害法益を社会的名誉なりとすること通説であるといつてよいであろう」というに至っては、明らかに誤りである。

110) 小疇・前掲注99)740-741頁。

111) 岡田・前掲注97)83-84頁。

112) 岡田朝太郎『刑法講義(明治大学39年度法学科第2学年講義録)』275-277頁(明治大学出版部、1906)。

113) 泉二・前掲注104)782-783頁。

114) 牧野英一『日本刑法5版』533頁(有斐閣、1918)。

に対し、我が国の学説は「社会上の地位」を非常に緩やかな概念と解することにより、割合にあっさり幼児や精神病患者を含む全ての自然人の名誉主体性を認める方向性へ舵を切ったようである。しかしそのことは、リスト及びフランクの外部的（社会的）名誉説の放棄を意味しない。一例として新保勘解人『日本刑法要論』（1927）をみると、「名誉ハ人ノ価値其モノ即チ内部ノ名誉（innere Ehre）ヲ指スニ非ス、又其価値ニ対スル觀念即チ名誉意識（Ehrbewusstsein）若クハ其意欲即チ名誉感情（Ehrgefühl）ヲモ言フモノニ非スシテ、人ノ価値ニ対スル他人ノ觀念即チ外部ノ名誉（äusere Ehre）ヲ指稱スルモノナリト解スヘシ。……他人ヨリ相当ノ尊敬ヲ受クヘキ社会上ノ地位若クハ第三者ノ評価（soziale Stellung oder Wertung）其モノナリト解スヘシ【リスト同説〔アルフェルト〕〔フランク〕〔オルスハウゼン〕〔エベルマイヤー〕等参照】……」と、まさにリストやフランクの外部的（社会的）名誉説を採用することを明示しておきながら<sup>115)</sup>、名誉の主体の範囲については「……名誉ヲ前述ノ如ク客観的ニ解スルトキハ総テノ人格者ハ此法益ヲ有スルト同時ニ人格ヲ有セサル者ハ此法益ヲ有セサルモノト解スヘシ……故ニ自然人ニ付テハ幼者タルト精神病患者タルトヲ問ハサルハ勿論【獨逸ノ通説亦同シ例ヘハ〔アルフェルト〕〔ビンディング〕〔エベルマイヤー〕〔オルスハウゼン〕等参照……」とあっさりリストやフランクの説明を避けて、幼児や精神病患者を名誉の主体に含めるのである<sup>116)</sup>。

思うに、参照してきた戦前の教科書群の大半が、保護法益論の大枠ではリストやフランクの外部的（社会的）名誉説をドイツの多数説として採用し、またその一方で幼児や精神病患者の名誉主体性という難問は「社会上の地位」概念を弛緩させて、外部的（社会的）名

誉を規範的に把握することであっさり「切り抜けて」みせたという2つの流れが、外部的（社会的）名誉説が日本の通説として固着した原因であると思われる。このようにして我が国の外部的（社会的）名誉説は、その規範的名誉説への契機となりうる「全ての自然人に認めるべき名誉があるのではないか」という疑念に向き合う必要すらなく、その疑念への回答の端緒となる、尊厳を基盤とする名誉の把握についても、内部的（倫理的）名誉説と同視して「内部的価値は本人以外に毀損され得ない」という定型の回答であっさり処理できてしまったのである。なお、大場茂馬は「法律上名誉ナルモノハ……社会一般人カ特定人ニ対シ与フル声誉ヲ謂フ」と一旦宣言したうえでその声誉にも「人ノ人タル名誉又ハ人格」と「本人ノ地位、財産、知能、才幹等ト社会一般カ与フル判断トニ依リ成立スルモノニシテ之ヲ社会上ノ名誉」の2つがあり、かついずれも保護法益であるとしており、さらに前者については「人ハ何人ト雖モ他人ヲシテ自己ノ人タル名誉若クハ人格ヲ尊敬スヘキコトヲ要求スル権利ヲ有ス。此名誉若クハ人格ヲ尊敬セシムルコトヲ要求スル権利ハ一般ニ人類ノ有スル所ナレハ名誉ニ対スル罪ハ社会ニ於テ特別ノ名誉ヲ有スル人ニ対シ之ヲ犯スコトヲ得ルノミナラス、又社会ニ於テ何等ノ経歴、地位、名望、勲功等ヲ有セサル人ニ対シ犯スヲ得ル」と、明らかに単なる外部的（社会的）名誉説とは異なり規範的名誉説への契機を示唆している<sup>117)</sup>。もっとも、大場説が重大なものとして受け止められることは、ほとんどなかったようである。

これ以後、外部的（社会的）名誉説の論敵は名誉感情説に事実上絞られる<sup>118)</sup>。しかし名誉感情説は、名誉毀損罪が230条の2によって違法性阻却される場合にも、名誉感情は侵害されうることの説明や、公然性要件と

115) 新保勘解人『日本刑法要論 各論』446-447頁（敬文堂，1927）。

116) 新保・前掲注115)453頁，465頁。なお、明確に外部的（社会的）名誉説でないビンディングをここで参照していることも、注目に値する。

117) 大場・前掲注107)308頁，312頁。なお、大塚ほか・前掲注1)10頁〔中森喜彦〕で、大場の上記をとりあげて、「外部的名誉の下限を規範的に把握する説明」が社会的名誉の範囲を出ることを示唆しているのは適切といえる。

118) 名誉感情説の詳細については本稿の主題ではないため言及を避ける。小野清一郎『刑法に於ける名誉の保護』（有斐閣，1934）を参照のこと。

の平仄といった外在的な問題点を仮に除いても、幼児や精神病者を含めた全ての自然人の名誉の保護を基礎付けられないこと<sup>119)</sup>、最終的な侮辱行為の成否が被害者の感情という主観にかかるという不安定性に、回避困難な問題を抱えていたといわざるを得ない。実際名誉感情説は団藤重光<sup>120)</sup>や福田平<sup>121)</sup>などに継承されて一時学説の一角を占めたけれども、全体としては上記のような同説の結論に関する問題点を指摘され、反駁のしやすい反対説となって、むしろ外部的（社会的）名誉説の妥当性を確認することに貢献してしまった感すらある<sup>122)</sup>。

### (3) 小括

我が国において、名誉概念に関するドイツ学説の輸入はリストやフランク（とりわけリスト）による外部的（社会的）名誉説で停止しており、ドイツの規範的名誉説（「尊重要求」）及びそれ以後の展開は反対説としてすら紹介されることが少ない。

私見としてその原因には、第1に、岡田朝太郎に代表される1900年前後に活躍した学者がリストに主に学んだため、外部的（社会的）名誉説がドイツの通説または多数説として紹介されてそのまま日本で通説化したこと、第2に、この見解の課題である「全ての自然人の名誉」があるのではないかという疑念については、外部的（社会的）名誉説を維持しつつ、リストやフランクの「社会上の地位」概念を弛緩させて外部的（社会的）名誉の下限を規範的に把握することで「切り抜け」たため、人間の尊厳を名誉の基盤とする発想に対してはその絶対的性格を指摘するのみで反論を済ませることができ、規範的名誉説へ発展する契機が失われたことがあると考えられる。そして第3に、残った名誉感情説は結論の妥当性に解決困難な問題を抱えており、それを突く批判がむしろ、外部的（社会的）名誉説の妥当性を確認する役割を担った。

上記のように我が国では、おそらく経路依

存的に外部的（社会的）名誉説が固い通説となり、人間の尊厳を名誉の基盤として名誉犯罪の保護法益を再考する見解は極めて少数となっている。

しかし、今般の侮辱罪法定刑引上げをうけてなお、外部的（社会的）名誉説を前提とする「切り抜け」（便宜的・迂回的な説明）で済ますことは、もはや侮辱罪が念頭におく処罰対象の本質から離れすぎている。よって、外部的（社会的）名誉説の作られた強固さの方を疑うべきである。ただ、そのためにはまだ、公然性要件の説明が課題として残る。

## 3 公然性要件の経路依存性

我が国の法制が行為の「公然性」を名誉毀損罪と侮辱罪に共通の構成要件の状況としており、それが通説たる外部的（社会的）名誉説と相互に結びつくことについてはすでに述べた。ここで私見としてはそもそも外部的（社会的）名誉説を採らないため、もし公然性要件が経路依存的に残ったものであり、我が国の名誉犯罪においてもはや重要な役割を有しないならば、そのような公然性要件に保護法益論を規定されるのは理論的な立場から不当であるということになる。そこで、前提として現行侮辱罪の制定沿革を確認したうえで、公然性要件の導入経緯に注目してゆく。

### (1) 現行侮辱罪の制定沿革

近代日本における初の名誉犯罪規定は、明治8年制定の讒謗律である。讒謗律はすでに、「誹謗」と「讒毀」という用語によって、事実を摘示しないでする後の侮辱類型と、事実を摘示してする後の名誉毀損類型とを分けて規定していた。ただし、後者の類型について真実性の証明による違法性阻却を認めないことと、処罰対象となる行為が「著作文書若くハ書圖肖像」に限定されているように読めることは<sup>123)</sup>、現行法と異なっている。

119) 小野・前掲注118)208-209頁。

120) 団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』512頁（創文社、1990）。

121) 福田平『全訂刑法各論（第3版）』187頁（有斐閣、1996）。

122) 大塚ほか・前掲注1)10-11頁〔中森喜彦〕、大谷・前掲注1)168-169頁、高橋・前掲注1)168-169頁、西田・前掲注1)134-135頁、山口・前掲注1)149-150頁など。

讒謗律（明治8年太政官布告第110号）<sup>124)</sup>  
第1条

- ① 凡ソ事實ノ有無ヲ論セス人ノ榮譽ヲ害スヘキノ行事ヲ摘発公布スル者之ヲ讒毀トス
- ② 人ノ行事ヲ挙ルニ非スシテ悪名ヲ以テ人ニ加ヘ公布スル者之ヲ誹謗トス
- ③ 著作文書若クハ書圖肖像ヲ用ヒ展覧シ若クハ發賣シ若クハ貼示シテ人ヲ讒毀シ若クハ誹謗スル者ハ下ノ條別ニ從テ罪ヲ科ス

#### 第5条

華士族平民ニ対スルヲ論セス讒毀スル者ハ禁獄七日以上一年半以下罰金五圓以上三百圓以下誹謗スル者ハ罰金三圓以上百圓以下

讒謗律は、その制定趣旨としては主に新聞・雑誌等の紙面における著名人への個人攻撃を問題視して、個人の尊厳を刑罰法規で保護することとされている。またその比較法的影響については、確たる結論が出ていないが、イギリスのコモン・ローの影響を指摘するものと、フランス法の影響を推測するものがある<sup>125)</sup>。讒謗律は上記のような制定趣旨とは裏腹に、実態としては自由民権運動の弾圧に用いられ、旧刑法の施行により任を終えた<sup>126)</sup>。

旧刑法（明治13年制定・同15年施行）は、358条・426条で讒謗律1条・5条の要旨を引き継いだ。ただし、誹毀罪について「著作文書若クハ書圖肖像」の限定が「公然ノ演説」「書類画図ヲ公布シ又ハ雜劇偶像ヲ作為」となったこと、量刑が全体的に緩和されたこと、及び侮辱類型が名誉に対する罪ではなく

（身体に対する）違警罪として426条におかれたことは相違点である。そして、侮辱類型の構成要件的状况として「公然」の語が入ったのも、この段階であった。

#### 旧刑法（明治13年太政官布告第36号）<sup>127)</sup> 第358条

悪事醜行ヲ摘発シテ誹毀シタル者ハ事実ノ有無ヲ問ハス左ノ例ニ照シテ処断ス

- 一 公然ノ演説ヲ以テ人ヲ誹毀シタル者ハ十一日以上三月以下ノ重禁錮ニ処シ三円以上三十円以下ノ罰金ヲ附加ス
- 二 書類画図ヲ公布シ又ハ雜劇偶像ヲ作為シテ人ヲ誹毀シタル者ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ処シ五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス

#### 第426条

左ノ諸件ヲ犯シタル者ハ二日以上五日以下ノ拘留ニ処シ又ハ五十錢以上一円五十錢以下ノ科料ニ処ス

一～十一（略）

十二 公然人ヲ罵詈嘲弄シタル者但訴ヲ待テ其罪ヲ論ス

旧刑法の編纂は、明治6年に招聘されたフランス人法学者のポアソナードが明治8年に草案を提出し、これを基に作成した「改正刑法名例案」が元老院に一旦突き返されたので、改めてポアソナードの草案と助言をもとにして日本側編纂委員（鶴田皓）が起草するという順序で進んだ。そして、明治10年に日本刑法草案が完成し、少なくとも名誉に対する罪については概ねこれを受け継ぐ形で明治13年の旧刑法制定に至った<sup>128)</sup>。なおポ

123) もっとも実際には、それ以外の演説等にも適用があったようである（手塚豊「讒謗律の廃止に関する一考察」同『明治刑法史の研究 下』329頁、331頁（慶應通信株式会社、1986））。

124) 法制審議会刑事法（侮辱罪の法定刑関係）部会「第1回会議配布資料5」より。

125) 平川・前掲注27)32-33頁は、讒謗律が真実性の証明による違法性阻却を認めない点は、イギリスのコモン・ローの影響を受けていると主張する。フランス法の影響を推測する見解には、後述する旧刑法の制定過程から逆算してポアソナードらの関与をいうものがある（手塚・前掲注123)330頁など）。

126) 手塚・前掲注123)329-333頁。なお同論文は、旧刑法制定・施行による讒謗律の当然廃止（新法は旧法をやぶる）が現場裁判官に浸透するまでには、混乱とタイムラグがあったことを描写している。

127) 法制審議会刑事法（侮辱罪の法定刑関係）部会・前掲注124)より。

128) 佐藤結美「名誉毀損罪の再構成（1）——プライバシー保護の観点から——」北大法学論集62巻5号1314頁、1307-1305頁（2012）。

アソナードは旧刑法全体をフランス法体系の直輸入の形式で作ることを志向したわけでは必ずしもない。しかし、この358条及び426条についてはフランス法が強く影響したようである<sup>129)</sup>。

これに対して、明治40年制定の現行刑法はドイツ刑法(1871年)を下敷きにしていられると言われるが、こと名誉に対する罪に関しては、ドイツ刑法の事実の主張に関する真実証明を原則許容する建て付けが採用されずに、依然として真実の表明行為をも原則処罰する建て付けとなったことなどから、ボアソナードの助言のもとにフランス法の影響を受けて作成された旧刑法の枠組みを引き継いだものと解されている<sup>130)</sup>。ただ旧刑法違警罪の消滅に伴い、侮辱類型が正式に名誉に対する罪に組み入れられている<sup>131)</sup>。

よって、本稿の目的との関係では、旧刑法の編纂過程におけるボアソナードと日本側編纂委員の議論で「公然性」がどのように扱われたかを見る必要がある。

## (2) 公然性要件の導入経緯

旧刑法の編纂過程における「公然性」をめぐる議論を調べる前提として、名誉毀損類型に関する議論の箇所ではあるが、名誉毀損類型と侮辱類型との区別についてボアソナードが述べたところを参照しておくことが有用である。ボアソナードは、日本側編纂委員の「一体讒毀トハ原語ニテ何ト云フカ」との問いに答えて、以下のように言う<sup>132)</sup>。

日本語ニテ讒毀ト云フ内ニハニツノ原語アリ。  
即「アンジュール[injure]」又は「ジッハ

マーション[diffamation]」ト云フ之レナリ。

(中略)

例ハ甲者ヨリ乙某ハ其地ニ於テ盗罪ヲ犯シタリト其事実ヲ指シテ明言シタル類ハ之レヲ「ジッハマーション」ト云フ。又其事実ヲ指サスシテ只盗罪ナリト明言スルノ類ハ之レヲ「アンジュール」ト云フ。

即仏国出版条例第13条ニ「一個ノ所為ヲ各人又ハ各社ニ販シ其名誉或ハ貴重ヲ害スル事ヲ名ケテ讒毀ノ罪ト云フ。一個ノ所為ヲ販セスシテ人ヲ誹謗賤辱罵詈スル文詞ヲ用フル罪ヲ名ケテ誹謗ノ罪ト云フ」トノ明文アリ……

すぐに分かる通り、名誉毀損類型と侮辱類型とはフランス出版条例にならぬ事実の摘示の有無により区別され、名誉毀損類型とはジッハマーション[diffamation]であり、これを当時の日本語において讒毀と称しており、侮辱類型とはアンジュール[injure]であり、これを当時日本語において誹謗と称している(また、誹謗には罵言等他の表現もありうる)。そして続けて(本稿の目的からすれば、より重要なこととして)、以下のように述べる<sup>133)</sup>。

此「ジッハマーション」及ヒ「アンジュール」ニハ各公然即公衆ノ前ニテ之レヲ為スト不公然即相對ノ時ニ於テ之ヲ為ストノ区別アリ

つまり、名誉毀損類型と侮辱類型とのいずれも、フランスにおいても言葉の原義として

129) 佐藤・前掲注128)1306-1305頁。(例えば、名誉毀損類型を事実の有無を問わず処罰することについて、「……元来人ノ名誉ヲ害スルヲ重シスル点ヨリ論スレハ固ヨリ其事実ノ有無ヲ論スヘキ者ニアラス。仏国刑法第378条ニテ漏告ノ罪ヲ罰スルハ人ノ名誉ヲ害スル点ヨリ論スル訳ケニシテ即事実ノアリタル時ト雖モ固ヨリ之レヲ罪ト為ス。然ラハ讒毀ノ罪モ亦タ仮令事実ノアリタル時ト雖モ之レヲ公然ト明言シテ讒毀シタル時ハ矢張罪ト為ササルヲ得ス」と述べている(早稲田大学図書館資料叢刊『日本刑法草案会議筆記(第Ⅲ分冊)』2118-2119頁(1977))。

130) 平川・前掲注27)34頁、佐藤・前掲注128)1305-1302頁。

131) 嘉門・前掲注26)9-10頁は、「現行法の制定過程において、特に実質的な説明なく、侮辱罪は名誉に対する罪に位置づけられたこと」を指摘する。もっとも、名誉犯罪の保護法益については現行刑法制定前から議論が蓄積しているから、この一事をもって外部的(社会的)名誉説の経路依存性の根拠の一つだとするのは性急であろう。

132) 早稲田大学図書館資料叢刊・前掲注129)2117頁。

133) 早稲田大学図書館資料叢刊・前掲注129)2117頁。

は「公然と」することを含まない。言い換えれば、名誉毀損類型と侮辱類型に対する処罰に公然性要件を課すとすれば、それは要するに追加的な政策判断だということになるのである。

しかし、以上を踏まえて侮辱類型の公然性要件について議論した箇所をみると、次のような会話がなされるにとどまっている<sup>134)</sup>。

- ・ボアソナード「……誹謗トハ例ヘハ馬鹿野郎ト言ヒタル位ノ事柄ヲ云フ故ニ其悪事醜行ヲ摘發シタル讒毀ノ罪トハ異ナ[レ]リ」
- ・鶴田「然ラハ誹謗ヲ改[メ]テ罵詈ニ作ルヘシ。且罵詈ハ公然ノ時ニ限ラス相對ノ場合ニテモ違警罪ト爲ス[ハ]如何」
- ・ボアソナード「佛國ニテハ相對ノ罵詈ハ無罪ト爲ス」
- ・鶴田「假令相對ニテモ罵詈ヲ無罪ト爲スハ不都合ナリ。故ニ公然ノ字ヲ削ラントス。元來罵詈ハ畢竟鬪毆[殴]ノタンタチーフノ如キ者ナレハナリ」
- ・ボアソナード「然シ全ク二人相對ノ罵詈ヲ罪ト爲スハ實際ニ於テ其證古[據]ヲ認メ難ク差支ヲ生スルコトアルヘシ。公然ノ字ヲ削ル時ハ密カニ罵詈シタル場合ニテモ罪ト爲スノ不都合アリ之ヲ削ルヲ得ス」
- ・鶴田「然ラハ貴説ニ從フヘシ……」

まず、ボアソナードは先述した誹謗（侮辱類型）と讒毀（名誉毀損類型）の区別について説明している。それに対して鶴田は、侮辱類型を「罵詈」と表記する提案（これが旧刑

法の用語につながる）と併せて、侮辱類型は非公然でも処罰したい意向を示している<sup>135)</sup>。これに対してボアソナードは、参照元であるフランス法において、非公然（相對）の罵詈は「無罪」<sup>136)</sup>であると説明するとともに、その政策的根拠として、i) 非公然（相對）の罵詈には証拠が乏しく立証が困難であることと、ii) 「密カニ」した罵詈も構成要件に該当することとなって不当であることを述べているのである。

しかし、振り返ってみれば、如上の説明は極めて不十分であると言わざるを得ない。i) についてはそもそも構成要件の設定と論理的に結びつくものではないし、非公然であるから必ず証拠の収集ができないという関係にもないと思われる。また、ii) についても、ドイツ刑法の枠組みにならって「公然と」することは不要だが「表明行為として」することは必要であるという線引きをすれば足ることである。そしていずれも、名誉犯罪の保護法益論とはなんの理論的関連もないことは論を俟たない。

ここまでを踏まえると、旧刑法における侮辱類型の処罰についての公然性要件の導入は、ボアソナードを介したフランス法系の輸入（そして、日本側編纂委員は質問・意見しつつも基本的にはそれを拝聴するという非対称な構図）の中で、原義の「アンジュール[injure]」には公然も非公然もありうるにも拘らず、相当に薄弱な政策的根拠に基づいて公然性要件を導入することが決定されたことが窺える。

### (3) 小括

名誉犯罪（とりわけ侮辱類型）の公然性要

134) 西原春夫ほか編『日本立法資料全集 35 巻』394 頁（信山社、2010）。

135) ただしこれは、鶴田が侮辱類型を喧嘩の原因と捉えており（だからこそ「身体に対する」違警罪として規定しようとしている）、公然性の有無にかかわらず罵詈が発されれば喧嘩は発生しうるためである。したがって、名誉犯罪の保護法益論に関連する趣旨の発言ではない。

136) もっとも、1881 年出版自由法（当時のバージョン）を見る限り、同法 33 条 3 項は非公然でなされた侮辱についても（当時の刑法典 171 条による）処罰を予定しており、そもそこのボアソナードの説明には疑問がある („Si l' 'injure n'est pas publique, elle ne sera punie que de la peine prévue par l'article 171 du Code pénal") (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Article 33-3)。なお現在でも、1881 年出版自由法（現在のバージョン）における侮辱・名誉毀損の定義には「公然」という限定はなく（同法 29 条）。また、罰則としても、フランス刑法典 R において、侮辱が非公然で行われた場合には 38 ユーロ以下の罰金刑が定められている（同法 621-2 条（1994 年施行））（高山善裕「日本及び諸外国における侮辱罪等の概要」調査と情報 1182 号、9-10 頁（2022）参照）。

件は、旧刑法において、身体に対する違警罪としてそれが導入される際の議論に際して、ボアソナードが展開した政策的根拠に基づく説明に、日本側編纂委員が説得されるという形で導入された。しかし、そこで挙げられた政策的根拠は、名誉犯罪の保護法益とは何の関連もないばかりか、政策的根拠としても相当薄弱なものであったといわざるを得ず、公然性要件の経路依存性は顕著である。

よって、私見としては、このような公然性要件に名誉犯罪の保護法益論を規定する役割を見出すべきではなく、もし現代的な態様の侮辱に対する処罰とそれが導く名誉犯罪の保護法益論の変化とが公然性要件と両立しないというのであれば、公然性要件の要否の方を再検討すべきだと考える。規範的名誉説（对人的、あるいは機能的な名誉概念を含む）を採るのであれば、尊重要求を侵害されて、社会における（対等な）コミュニケーションから一方的に疎外されるという事態が生ずるのは、必ずしも表明行為が公然とされた場合に限らない。また、「こいつは疎外してよいのだ」「おまえは社会における対等な人間として扱わなくてよいのだ」という態度の表明自体が有害だと（抽象的危険犯であることを推し進めて）解することも排除しなくてよい<sup>137)</sup>。侮辱罪を現代的な態様の侮辱に適合するように修正するという立法決断がすでに法定刑引上げという形で示されている以上は、あくまで既存の構成要件と整合するように保護法益論を規定してしまうことよりも、現代的な態様の侮辱に適切に対応する保護法益論の検討を先行させ、それと整合する構成要件の形式を考えるという順序の方が、正道ではないだろうか。

## V. おわりに

本論文は、侮辱罪の法定刑引上げを契機として、同改正の問題意識である現代的な態様の侮辱の把握には、現状の通説である外部的（社会的）名誉説よりも、ドイツにおける判例・通説である規範的名誉説と、その規範的名誉説からの発展である、社会における（対等な）コミュニケーションの保障という観点を導入する方針が望ましいことを論じた。

我が国の現状の保護法益論は外部的（社会的）名誉説ではほぼ固まっており、それを正当化する説明も、名誉概念を内部的な名誉、外部的（社会的）名誉、名誉感情に分類したうえで、内部的な名誉はその絶対的な性格ゆえに、名誉感情はその主観に左右される不安定さゆえに名誉犯罪の保護法益たり得ないとして、外部的（社会的）名誉のみを保護法益とするという形で共通している。しかし、法定刑引上げの根拠とされた現代的な態様の侮辱の本質は、被害者の社会的評価・地位の危殆化というより、人を人とも思わぬような空疎な中傷・罵倒によって、被害者の精神的健康が害することにあるため、外部的（社会的）名誉のみから説明することは困難である。ここで、被害者の精神的苦痛に焦点を当てた新規の立法を提案する見解も有望ではあるけれども、まずは法定刑引上げという立法の決断に向き合い、侮辱罪の保護法益の新たな把握と、適用範囲の枠付けを提供する必要が生じている。

そこで、ドイツ的な把握に光が当たる。規範的名誉説は、我が国における名誉概念の分類と保護法益論が拠って立つリストやフランクの外部的（社会的）名誉説（または内部的な名誉と外部的な名誉という区別枠組み）を乗り

137) この点、大場・前掲注 107)350-352 頁は、i) 名誉犯罪は抽象的危険犯であるから具体的な評価の低落に結びつく危険性という観点で構成要件上の限定をかけることは必須ではないこと、ii) 仮に社会における被害者の評価が低落しないとしても、「自己ノ人タル名誉若クハ人格ヲ尊敬スヘキコトヲ要求スル権利」を侵害されるという苦痛を受ける被害者の利益の保護を無視はできないこと（「試ニ想ヘ侮辱ノ如何ニ依リ死ヲ以テ争フヘキモノ決シテ絶無ト謂フ能ハサルモノアルヲ」）、iii) そのような苦痛を与える「敗徳行為」にはそれ自体当罰性があること、iv) 各国の立法例においても、公然性を名誉犯罪の成否に係る構成要件とする例は乏しいことを挙げて、公然性要件が不当であることを主張している。もちろん、これが規範的名誉説などを前提とした私見と全く同一であるとは言えないが、現代的な態様の侮辱への対応にも通ずるところがあり、やはり卓見といえるのではないだろうか。

越えて、人間の尊厳から生ずる妥当価値への尊重要求の侵害という想定しうる振舞いを処罰対象とすることによって、内部的名誉を考慮に入れることへの反論を回避できており、妥当価値や尊重要求という概念の曖昧さという課題については、近時「对人的名誉概念」や「機能的名誉概念」が、社会における（対等な）コミュニケーションの保障という観点で枠付けを与えている（十分な調査とは言えないが数件の判例をピックアップして、かかるドイツ的な把握による実際の事案の規律についても説明した）。現代的な態様の侮辱とは、相手が社会における（対等な）コミュニケーションを保障するに値する規範的な期待を満たす、モラルと理性を備えた主体であることを否認して、相手を疎外することを表明するという意味で「人を人とも思わない」行為なのであり、それが、对人的名誉概念によるならば、人が社会の中で自立し責任ある主体として振舞うための基盤を揺るがし、社会的動物である人間の精神の拠り所を奪うために、また、機能的名誉概念によるならば、人や団体が社会において存在した活動するための前提条件である相互承認関係を崩壊させるために、刑法上の当罰性が認められるのである。経路依存的に形成された通説や構成要件の建て付けを保護法益論についての所与の前提とすることをやめ、現代的な態様の侮辱に対しこのドイツ的な把握によって正面から向き合うべきときがきている。

もっとも本稿は、侮辱罪（あるいは名誉犯罪）についてその全体像を把握しながら論じることができなかつたため、多くの課題を残した。事実の摘示の有無により侮辱罪と名誉毀損罪とを区別することの妥当性、侮辱罪にドイツ的な把握を導入した場合、名誉毀損罪についてなお外部的（社会的）名誉説を維持するという選択がありうるか、また、民事上の制裁に視野を広げることなどについては、ひとえに筆者の不勉強のために論じることができなかつたし、それが侮辱罪の保護法益と行為を論ずるにあたって与える影響についても言及できなかった。これらについては他日を期さねばならない。

本稿は、侮辱の保護法益と行為というそれ

なりに議論の蓄積がある問題に対して、現代的な態様の侮辱及びその結果としての侮辱罪の法定刑を引き上げる改正をどのように説明するかという一つの切り口に絞って議論を展開したものであるため、取り零した論点や勇み足にわたる部分が数多く存在すると思われる。しかしそれでも、本稿が、侮辱罪の法定刑引上げと、通説たる外部的（社会的）名誉説との間のねじれを解き明かし、現代的な態様の侮辱に対する侮辱罪の適用を枠付けるための指針を少しでも示せたのであれば、望外の喜びである。

#### \* 謝辞

本稿は筆者が2022年度に執筆した研究論文に修正を加えたものである。本稿の執筆にあたり、研究論文の指導教員である樋口亮介教授には何度も面談の時間を割いていただき、構想から表現面まで、手厚くご指導を賜った。また、嘉門優教授（立命館大学）には、名誉犯罪の保護法益をめぐる国内学説の展開について綿密な調査をもとにご教示いただいた。

本稿は侮辱罪の一断面に着目した分析及び提言にとどまっており、さらに考察すべき点を残している。勿論その責めは全て筆者の負うところである。先生方のご支援に重ねて御礼申し上げますとともに、本稿が僅かなりとも今後の議論に資することを祈る。

（こすぎ・りんたろう）

論説

# 地区詳細計画上の利益衡量

## ——ドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開——

2021年4月入学

田中裕登

### I. 序論

- 1 問題関心
- 2 課題設定と構成
  - (1) 課題設定
  - (2) 構成

### II. ドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開

- 1 初期
  - (1) 連邦行政裁判所 1969年12月12日判決
  - (2) 連邦行政裁判所 1974年7月5日判決
  - (3) 「衡量上顧慮すべき利益」の描出・解明
  - (4) 衡量要請の保護規範性
  - (5) 小括
- 2 連邦建設法の1979年改正と建設法典の制定・1997年改正
  - (1) 連邦建設法155b条2項2文の新設
  - (2) 連邦行政裁判所1981年8月21日判決
  - (3) 建設法典の制定・1997年改正
  - (4) 連邦行政裁判所2004年3月18日判決
  - (5) 小括
- 3 ヨーロッパ化
  - (1) 建設法典2004年改正
  - (2) 連邦行政裁判所2008年4月9日判決
  - (3) EuGHによる司法審査
  - (4) 連邦行政裁判所2016年11月23日判決
  - (5) 連邦行政裁判所2015年5月5日判決
  - (6) 小括

### III. 裁判例の分析成果と考察

- 1 裁判例の分析成果
- 2 衡量・衡量過程・衡量結果の再訪

- 3 計画維持規定の再訪
- 4 衡量瑕疵論の再訪
- 5 衡量要請の現代的意義
- 6 計画裁量の再訪

### IV. 結論

- 1 結論
- 2 残された問題

### 凡例

- \* 引用文中の、[ ]は筆者(田中)による補足、……は筆者による省略、『』は原テキストによる強調である。
- \* 本稿ではしばしば、分析対象の判例テキストの翻訳を、字下げしたブロックの中に小さめの活字によって掲げている。

### I. 序論

#### 1 問題関心

行政法学が研究対象とする、個人の自由・自律を前提に公益を実現する過程は、主体や利益の多様化に伴いますます複雑になっている。こうした複雑さに鑑み、憲法原理たる法治国原理の一内容として、「公益判断に当たっては、諸利益を均衡のとれた態様で表現されるようにし、考慮して、中立的な立場から衡量・調整することが求められる」<sup>1)</sup>。この意味での法治国原理は、夙にドイツでは計画法の領域で、「衡量要請 (Abwägungsge-

bot)」として連邦行政裁判所 (BVerwG) の判例・学説上認められてきた。

衡量要請は、建設管理計画 (Bauleitplan) のうち地区詳細計画 (Bebauungsplan) が満たすべき実質的要件の1つである<sup>2)</sup>。この要請は、いわゆる計画裁量 (Planungsermessen) の統制手法として、建設法典 (BauGB) に実定法化されている。それによれば、「建設管理計画の策定の際には、公益と私益は、対立した利益の相互間及び同種利益の相互間において、適正に衡量されなければならない」(1条7項)。適切な衡量を要求する衡量要請を巡って、計画策定機関が行った利益衡量の統制に関する裁判例・学説が展開してきた。特に、行政裁判所法 (VwGO) 47条に基づく規範統制 (Normenkontrolle)<sup>3)</sup> によって直接に地区詳細計画の効力を争うルートを通じて、裁判例が蓄積されている。冒頭で述べた法治国原理の具体的な内容を把握するために、その蓄積を利用しドイツ計画法における衡量要請を取り上げることも正当化されよう。

ドイツでは、このような計画法領域における議論が、1970年前後から活況を呈していた<sup>4)</sup>。その動向に触発されて、日本の学説においても、特に1970年代から80年代にかけて、活発にドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開が紹介された<sup>5)</sup>。しかし、その

後に、ヨーロッパ化 (Europäisierung) の影響を受けて以降の裁判例をも含めて、通時的に裁判所における衡量要請の展開を辿った研究はほとんどない。実際に、日本における先行研究は、そもそもヨーロッパ化の影響に焦点をあてないものがほとんどである<sup>6)</sup>。その影響を認識して連邦行政裁判所の判例を紹介するものもわずかにある<sup>7)</sup>が、具体的な事案で衡量要請がどのような役割を果たすかに光をあてることにも、また、判例分析を活かしてドイツ計画法に関する考察の不足を補うことにも向かわない。そのように研究が停滞している原因はさまざまありうるが、ドイツと異なり要件裁量を承認する日本<sup>8)</sup>では、行政裁量の他に計画裁量を構想せず<sup>9)</sup>、計画裁量を統制する衡量要請やその具体的な事案における機能に注意を払ってこなかったことなどが挙げられるかもしれない。

しかし、以下の5つの理由から、ヨーロッパ化の影響を含めたドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開を現在に至るまで辿り、その成果を活かしてドイツ計画法に関する考察の不足を補う必要がある。第1に、競争法や公共調達法の領域のみならず、環境法・計画法の領域でもヨーロッパ化が進展している。いまやその文脈から切り離して、ドイツ計画法の裁判例を分析することはできない。

1) 山本隆司「現代における行政法学の体系」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座 I ——現代行政法の基礎理論』31頁, 44頁 (日本評論社, 2016)。

2) 衡量要請以外の実質的要件として、計画の必要性 (建設法典 (BauGB) 1条3項)、空間秩序の目的との適合 (1条4項)、隣接するゲマインデとの調整 (2条2項)、土地利用計画 (Flächennutzungsplan) からの発展 (8条2項)、許容しうる地区詳細計画の内容 (9条) が挙げられる。さらに形式的要件として、管轄や手続などがある。

3) 規範統制手続の詳細について、南博方『行政訴訟の制度と理論』62-95頁 (有斐閣, 1968)、藤原静雄「西ドイツ行政裁判所法上の規範審査訴訟」一橋論叢 92巻6号165頁, 165-174頁 (1984)、竹之内一幸「規範統制訴訟の機能、法的性格及び対象適格——ドイツ行政裁判所法47条を中心として」法学政治学論究 11号1頁, 1-19頁 (1991)、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(上)」ジュリスト 1238号86頁, 103-105頁 (2003)。また、規範統制手続の裁判の一般的拘束力に関する内容・法的性質を明らかにし、さらに一般的拘束力が必要とされた理由を検討するものとして、巽智彦『第三者効の研究——第三者規律の基層』245-267頁 (有斐閣, 2017)。

4) Joseph H. Kaiser (Hrsg.), *Planung*, 6 Bde, 1965-1972.

5) II 1, 2の注に掲げる各邦語文献。

6) 特に近時のものとして、海老沢俊郎『行政裁量と衡量原則』(信山社, 2021)。

7) 湊二郎『都市計画の裁判的統制——ドイツ行政裁判所による地区詳細計画の審査に関する研究』(日本評論社, 2018)、同「計画確定決定の衡量統制に関する一考察(1)(2・完)——衡量の瑕疵とその有意性」立命館法学 385号1頁, 1-37頁, 386号50頁, 50-82頁 (2019-2020)。

8) 塩野宏『行政法 I [第6版]』141-145頁 (有斐閣, 2015)。

9) 一例として、最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁。逆に、日本においてもあえて行政裁量とは別に計画裁量を論究するものとして、宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論 [第8版]』349頁 (有斐閣, 2023)。

第2に、具体的な事実関係にまで具に立ち入って判例を分析することによって初めて、実際に計画策定機関が衡量上顧慮すべき利益をその要保護性に応じて描出・解明・調整・衡量するという過程・結果を把握できる。このことは、法規範たる衡量要請が具体的事案においてどのように機能しているかということの理解をも深める。

第3に、後述するように、現在の衡量要請を巡る判例理論は、衡量要請の嚆矢となった裁判例から連なる過去の判例理論を先例として引き、同時に過去の判例理論によって規定されている。また、——これも後述するが——現在の建設法典に基づく法制度は、過去の判例理論・法制度を下敷きに構築されている。そのため、第1の理由として挙げたヨーロッパ化の影響の有無を含めて、衡量要請を巡る裁判例を通時的に辿って関連づける必要が高く、さもないと現在の判例理論・法制度を精確に理解することができない。さらに、連邦行政裁判所における衡量要請の展開を辿ることで、近時、欧州司法裁判所（以下、「EuGH」という。）や連邦憲法裁判所（BVerfG）のみならず連邦行政裁判所自身が従来の判例理論と整合するか問題となる判断を下していることも、明らかになる。

第4に、第2の理由に関連して、個別の事案ごとに計画策定機関が諸利益を描出・解明・調整・衡量する過程・結果を把握したうえで、裁判所によるこれらの統制・審査の在

り方を繰り返し分析することによって、ドイツ計画法における未解決の判例・学説上の問題を解決し、あるいは問題を再発見しうる。例えば、前者の問題としては、後述する衡量過程と衡量結果との区別が、後者の問題としては、計画裁量と衡量要請との関係を指摘できる。

第5に、衡量要請は、計画裁量<sup>10)</sup>の統制において計画を嚮導する原理として判例上形成されてきたものであり、ドイツのみならず日本の行政裁量一般の裁量統制を考える際にも基本モデルとして位置づけられる可能性を秘めている。要件裁量を否定するドイツ<sup>11)</sup>では、従来、計画裁量と行政裁量が質的に異なるものとして区別されてきた。N・ルーマンは、法とは決定プログラムであり、その作成には条件的プログラム（Konditionalprogramm）と目的的プログラム（Zweckprogramm）の2つの形態のみがありうるといった<sup>12)</sup>。この決定プログラムの区別が、計画法規範の構造分析に流入する<sup>13)</sup>。例えば、衡量要請に関する代表的な研究を行ったW・ホッペは、計画法以外の行政法規範は「要件が充足されたならば、効果を発生させる」という条件的プログラムをもつものに対して、計画法規範はある目的とそれを達成する手段を確定するという目的的プログラムをもつため、行政裁量と計画裁量は異なる規範構造を有するから、2つの裁量が区別されるべきことを説いた<sup>14)</sup>。これに対して、両者の

10) ドイツにおける計画裁量概念とその特質について紹介する、比較的古い邦語文献として、遠藤博也『計画法』87-107頁（学陽書房、1975）、芝池義一「計画裁量概念の一考察」杉村敏正選暦『現代行政と法の支配』187頁、189-206頁（有斐閣、1978）、高橋信隆「計画裁量とその裁判的統制——行政法現象の動態的考察への一視角」立教大学大学院法学研究1号1頁、1-61頁（1980）、宮田三郎『行政計画法』75-115頁（ぎょうせい、1984）、同『行政裁量とその統制密度〔増補版〕』121-162頁（信山社、2012）、高橋滋「行政の政策的判断と裁判——西ドイツの議論を素材として」一橋法学93巻5号117頁、117-136頁（1985）、同『現代型訴訟と行政裁量』95-121頁（弘文堂、1992）、ヴァインフリート・ブローム＝大橋洋一『都市計画法の比較研究 日独比較を中心として』95-114頁（日本評論社、1995）。

11) 要件裁量にあたる判断余地を容易には認めないことにつき、BVerfG, Beschl. v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80 -, BVerfGE 61, 82.

12) N・ルーマン（村上淳一＝六本佳平訳）『法社会学』250-259頁（岩波書店、1977）。N・ルーマンのこの理論を行政法学一般に輸入したのもとして、Walter Schmidt, Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, AöR 96 (1971), 321 (331f.).

13) Fritz Ossenbühl, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung? Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag, Teil B, 1974, S. 184f.

14) Werner Hoppe, Zur Struktur von Normen des Planungsrechts - Bemerkungen zu rechtsstaatlichen Anforderungen an die Begriffsbildung im Planungsrecht -, DVBl 1974, 641 (643).

質的区別が合理的な理由に基づくものではないとの有力な批判も存在する<sup>15)</sup>。例えば E・シュミット-アスマンは、行政裁量と計画裁量はいずれも、行政活動は包括的な調査と衡量のもとでのみ行われうとの原理に従い、質的に異ならないという<sup>16)</sup>。仮に計画法規範とそれ以外の行政法規範になんらかの差があるとしても、そのことで行政裁量と計画裁量の差を直ちに説明することはできず、両者に差を設けない見解の方に分があると思われる。このように、ドイツでも計画裁量と通常の行政裁量の差異が相対化していると考え、ドイツにおける計画裁量の統制原理たる衡量要請を、ドイツのみならず行政裁量と計画裁量を区別しない日本においても、行政裁量一般の裁量統制を考える際の基本モデルとして位置づける余地はあろう<sup>17)</sup>。この衡量要請は、後述するように、計画を嚮導する原理として連邦行政裁判所の判例上形成されてきたものであり、時系列に沿って分析するに値する。

## 2 課題設定と構成

### (1) 課題設定

上記第1・第2・第3の理由から、ドイツ連邦行政裁判所において衡量要請がどのように展開してきたのかを具体的な事実関係にまで具に立ち入って通時的に辿り、計画策定機関による利益の描出・解明・調整・衡量がどのように審査されてきたのかを把握することを、本稿の第1の課題として設定する。素材となる裁判例には、ヨーロッパ化の影響を受けたとされるものも含める。また、ここで「展開」を「通時的に辿る」とは、衡量要請に関する判例理論がどのように登場・発展・確立・定着し、あるいは変容を被ったかということ、具体的な事実関係に即して分析す

ることを意味する。

その後、上記第4の理由から、判例分析によって得られた成果を役立てることで、考察が不足しているドイツ計画法の判例・学説上の諸論点を再検討し、新たに問題を提起することも、本稿の課題となる。これを第2の課題としたい。

上記第5の理由に関連して、本稿のドイツ計画法に関する分析・考察の成果を(ドイツ)行政法学一般の議論に取り入れることができるか、あるいはそれらを日本法に(どの程度)導入できる(すべき)かを本格的に検討することは、本稿の課題から除き、他日を期したい。比較法の視点は有用であるが、日本法への輸入には慎重な準備と論理がなければならない。行政裁量と計画裁量には共通する点もあれば差異もあるため、一般化や日本法への輸入にはなお慎重にならなければならない。もっとも、上記の発展的な検討以前に、連邦行政裁判所における衡量要請の展開を辿って検討のための地盤を固めておくことは有益であろうし、本稿の価値を減じるものでもない。

### (2) 構成

本稿は次の構成をとる。IIでは、本稿の第1の課題(2(1))に取り組む。そこでは、ドイツ連邦行政裁判所における裁判例を、初期(II 1)／連邦建設法(BBauG)1979年改正後(II 2)／建設法典2004年改正後から現在(II 3)という3つの時期に時系列上区分し、内在的な分析を試みる。

この3区分は、以下の形式的な、同時に実質的な理由による。区分は、それぞれ2つの大きな法改正がなされたことに概ね対応する。1つの法改正は、1979年の連邦建設法改正(以下、「1979年改正」という。)である。初期の裁判例は、衡量要請に違反する場合について定式化し、その司法審査が衡量過程の

15) *Hans-Jürgen Papier*, *Rechtlich Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts*, NJW 1977, 1714 (1715ff.); *Rüdiger Rubel*, *Planungsermessens*, 1982, S. 61f.; *Martin Ibler*, *Die Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit im Planfeststellungsrecht*, 1988, S. 216f.

16) *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VVDStRL Bd. 34 (1975), 221 (251f.).

17) 開放的な規範を行政が具体化するためには衡量が必要となり、衡量要請を法適用・法発見の手法の一般的なモデルとする教授資格申請論文(Habilitation)もある(*Eckhard Pache*, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, 2001, S. 479ff.).

みならず衡量結果にも及ぶと述べた(Ⅱ 1)。衡量要請を梃子に積極的な司法審査を行うこうした判例への反動から、「衡量過程の瑕疵は、それが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」(155b条2項2文)という規定が設けられた(Ⅱ 2(1))。こうした計画の維持を志向する規定の導入・運用によっては、衡量要請の具体的事案における機能が損なわれる可能性があった。こうした可能性を、Ⅱ 2で検証する。

もう1つの法改正は、連邦建設法が建設法典に統合された後に行われた、2004年建設法典改正(以下、「2004年改正」という。)である。ヨーロッパ化の影響を受けた2004年改正の際に改正・新設された諸規定は、従前の衡量要請の取り扱いを変更しうるものであった(Ⅱ 3(1))。加えて、EuGHが近時下した判決、あるいはその司法審査の在り方は、衡量要請を含めたドイツ国内法規範の解釈・適用に波及効を及ぼしうるものであった(Ⅱ 3(3))。こうした移ろいを、Ⅱ 3で確かめる。

また、第1の課題に取り組むためには、公式判例集(Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts)にとどまらず、他のデータベース(Juris)や判例評釈等を用い、下級審の事実認定を含めて最大限に事実関係を把握する必要がある。それに対応して、事案の概要の紹介に紙面を割き、判例テキスト(判示)を直接且つ多く訳出せざるをえなかったことについて、予めお断りしておく。このようにⅡは、上記の必要から、事案の概要と判例テキストの分析が大部を占めるという副作用が発生している。そこで本稿の構成は、この副作用に対応するための処方箋を、2つ提供している。1つが、各事案を説明するために用意した図や表であり、いま1つが、3つの時期ごとの小括(Ⅱ 1(5)、Ⅱ 2(5)、Ⅱ 3(6))とそれを再構成した裁判例の分析成

果(Ⅲ 1)である。特に最後の裁判例の分析成果は、Ⅱの全体像を能率的に把握する助けになるであろう。

その後、Ⅲ 2以下では、本稿の第2の課題に取り組む。すなわち、Ⅱから得られた成果を逆から辿ることで、ドイツ計画法に関して判例・学説が取り上げる諸論点について考察の不足を補い、新たな問題を提起する。考察の不足を補う諸論点には、衡量過程・衡量結果の意義と区別(Ⅲ 2)、建設法典上の計画維持に関する規定の解釈適用(Ⅲ 3)、学説における衡量瑕疵論の見直し(Ⅲ 4)、衡量要請違反の判断手法(Ⅲ 5)が含まれ、衡量要請と計画裁量との関係(Ⅲ 6)について新たに問題を提起する。

## Ⅱ. ドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開

Ⅱでは、第1の課題(Ⅰ 2(1))に取り組む。衡量要請は、どのような展開を辿って、ドイツ連邦行政裁判所にとっての裁量統制の規範として、あるいは計画策定機関にとっての行為規範として、機能するようになったのか<sup>18)</sup>。また、具体的な地区詳細計画において諸利益がどのようにして描出・解明・調整・衡量され、そして連邦行政裁判所がその衡量過程・衡量結果をどのように審査してきたのか。本稿はこれらの問いに一定の解を与えることを第1の目標とするのであり、その意味でⅡは本稿の核となる。

本論に入る前に、分析対象となる裁判例の採り方について指摘しておかなければならない。衡量要請を巡っては、下級審を含めると既に少なくない裁判例が蓄積されているため、これらすべてを通時的に辿って関連づけることが本来は望ましい。しかし、この作業は筆者の時間と能力を超える。そこで、衡量要請が問題となったドイツ連邦行政裁判所の

18) ある法規範が行政への行為規範として行政活動を制御すると同時に、司法への統制規範となりうることにつき、Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundsätze der Bauleitplanung, BauR 1978, 99 (104f., 106f.); Wolfgang Hoffmann-Riem, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe - Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, AöR 115 (1990), 400 (407ff.). 特に、衡量要請について、行為規範と統制規範が一致することについて、Wilfried Erbguth, Abwägung als Wesensmerkmal rechtsstaatlicher Planung - die Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips, UPR 2010, 281 (284). 本稿では、行為規範と統制規範との関係について、これ以上立ち入らない。

裁判例のうち、主要なものを分析の対象としたい。その選定の基準としては、下級審裁判例は挙げず、ドイツ連邦行政裁判所の裁判例のみを採った。公式判例集に登載された裁判例を中心に選定したが、それ以外のドイツ連邦行政裁判所の裁判例も一部取り上げた。

## 1 初期

1では、衡量要請が登場してから一旦確立するまでの裁判例を、分析する。まず、初めて計画裁量と衡量要請との関係を示して、衡量要請に違反する場合についての一般論を述べた、連邦行政裁判所1969年12月12日判決をみる(1)。次に、衡量要請が衡量過程にも衡量結果にも及ぶと判示し、さらに判例・学説で示された衡量要請の定式が具体的な事案においてどのような機能を果たすかにある程度の見通しを与えた、連邦行政裁判所1974年7月5日判決をみる(2)。これら2つの判決が、衡量要請を確立させた重要な裁判例であるが、行政裁判所法上の「利益」「権利」概念を梃子に実体法上の衡量要請を解釈して、「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明した、連邦行政裁判所1979年11月9日決定と連邦行政裁判所1998年9月24日判決も紹介する(3)。特に後者の判決は、衡量要請規定の規範の性質について興味深い判断を下している(4)。

### (1) 連邦行政裁判所1969年12月12日判決

1960年、連邦建設法が制定された<sup>19)</sup>。衡量要請は、1986年の建設法典制定前から、実定法化されていた(同法1条)。同法の制定によって、連邦行政裁判所は建設法に実体法上介入できるようになった。1965年以来、連邦行政裁判所のうち第4法廷が、建設法に関連する事件を担当する。衡量要請規定を制

定するにあたっての立法者の意図は、未だ謎に包まれたままである<sup>20)</sup>。そのような背景のもとで衡量要請の嚆矢となったのが、連邦行政裁判所1969年12月12日判決<sup>21)</sup>(以下、「1969年判決」という。)である。1969年判決以前にも、衡量要請の意義を明確にする機会はあったが、連邦行政裁判所はこれを追究しなかった<sup>22)</sup>。

#### a 事案の概要

原告は、被告に対して、地区詳細計画の認可を求めて義務付け訴訟を提起した(以下、図1参照)。

問題となった地区詳細計画は、Lüneburgの東に位置するゲマインデW(Wendhausen)に関するものであった。ゲマインデW全体の人口は約360人であり、その中で、W地区には240人、S(Sülbeck)地区には70人、新S/新W地区には50人が住む。地区詳細計画の前提となる、土地利用計画(Flächennutzungsplan)は存在しなかった。地区詳細計画は、新S/新W地区の拡張を予定する。新S/新W地区には現在、古い農家と新しい転入者が同居している。それらは全部で10軒あり、ラント道221号の両側に距離をとって存在し、森林に周りを囲まれている。新S/新W地区からW地区(集落)までは、4キロメートルある。W地区は、大小さまざまな農場から成り、ラント道221号から分岐する郡道を経由して、新S/新W地区に到達する。S地区(集落)は少ない農家と1つの民宿から構成される住宅群であって、ラント道221号沿いに東に4キロメートル離れたところにある。

問題となった地区詳細計画には、かつて農業に利用されていた3ヘクタールの土地が関係する。この土地の西にすぐ行けば、新W地区最古の家である、農家Aがある。農家Aは、新W地区のその他の家から500メー

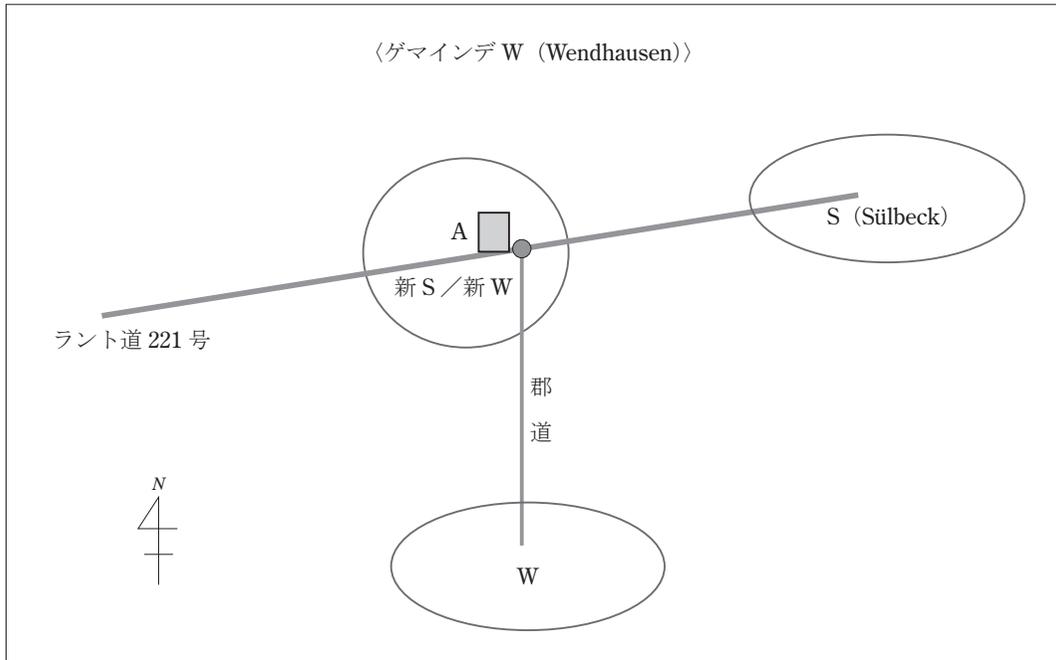
19) Bundesbaugesetz vom 23.06.1960, BGBl. I 1960 S. 341.

20) Jörg Berkemann, Das „Abwägungsmodell“ des BVerwG (BVerwGE 34, 301 [1969]) - Entstehungsgeschichte und Legendenbildungen, DVBl 2013, 1280 (1281). 衡量要請規定は、同時期に制定された耕地整理法(FlurbG) 44条2項に影響を受けた可能性がある。同規定は、土地の補償の際には、あらゆる参加者の経済的関係を互いに衡量すべきことを定めていた。

21) BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 - IV C 105.66 -, BVerwGE 34, 301.

22) BVerwG, Urt. v. 29.08.1961 - I C 36.60 -, DVBl 1962, 223; BVerwG, Urt. v. 23.04.1969 - IV C 12.67 -, BVerwGE 32, 31.

図 1 : 1969 年判決の事案の概要



トル東に存在する。元々計画地域は、約 6 ヘクタールの農場に属していた。前の農地所有者が、経済的な苦況に陥り、1961 年には計画地域を分筆して、それらを農業に従事せず建築に関心をもつ者に売り始めた。原告は、既に同年 3 月、問題の建築地域について、建築物の構成と地域像の配慮への要求を定める地域条例を制定していた。原告はそれに続けて、地区詳細計画の原案を、まず建築家 S に作成させ、分筆された土地の買い手のうちの 1 人に処理させ、後に建築家 B に完成させた。その際、参加した群の建築局も、原案の作成を手伝っていた。

地区詳細計画は、計 17 の建築区画を指定した。その建築区画は、農家 A から 100 メートル東に行ってラント道 221 号に合流する環状型道路を通じて開発された。給水に関しては井戸で行い、下水は各々自分で行うことが予定されていた。

作成手続等において道路建築局が一定の条

件の下で道路建築に同意した後に、原告の参事会 (Rat) は、条例で地区詳細計画を決定した。しかし被告は、当該計画の先に土地利用計画が作成されなければならないことを理由に、当該計画の認可を拒否した。加えて、被告によれば、地区詳細計画は道路交通事情と調和していなかったという。ラント道 221 号に流れこむ交通量の増加は、通りの交通も、住民特に集落の学童をも危険に晒す。ゲマインデの発展傾向が、事案の状況に応じて W 全域に見出されなければならなかった。

裁判では主として、地区詳細計画が、衡量要請を含む連邦建設法 1 条 4 項、5 項に違反するかどうかの問題となった<sup>23)</sup>。

#### b 分析

1969 年判決は、衡量要請違反を判断するより前に、計画裁量とその特質に取り掛かる。

「……連邦建設法 2 条 1 項に基づき、『建設

23) この判決においては、以下の 2 点も問題となった。第 1 に、控訴裁判所の決定理由を述べる義務を十分に履行していないために、行政裁判所法 130 条 1 項に違反しないか。第 2 に、地区詳細計画は原則として土地利用計画から発展させなければならない (連邦建設法 8 条 2 項 1 文) とされているが、本件はこれに対する例外として土地利用計画が不要とならないか。これらの諸点は、本稿とは関連が薄いことから、これ以上は立ち入らない。

管理計画は……必要であるとすぐに、必要な範囲で、ゲマインデによって自らの責任において作成される』。この規定は、ゲマインデの『計画高権 (Planungshoheit)』の承認を含み、計画高権はその場合にとりわけある計画裁量の承認を意味する……。『裁量』という語が、計画高権に含まれている形成の自由を適切に表現しているかどうかは、それ自体に基づくかもしれない。裁量の実体法上の概念については、意見の相違がある。しかし、この専門用語の概念上の問題に対する答えに依存せず、いずれにせよ以下のことは確かである。第1に、計画を策定する権限は……形成の自由における多かれ少なかれ広汎な余地を含み、そして含まなければならぬ。なぜなら、形成の自由なき計画策定は、それ自体自己矛盾であろうからである。第2に、この計画上の形成の自由は、ある特定の精神作用に還元されず、——特に認識 (Erkennen)、評定 (Werten)、評価 (Bewerten) さらに意欲 (Wollen) といった——種々の要素を含む。第3に、行政裁判所による計画策定の統制には、計画策定と形成の自由の結合から、必然的に制限が生じる。その制限は、個々の場合に形成の自由の法律上の限界が越えられたかどうか、あるいは、形成の自由が授權に相応しない方法で行使されたかどうかという点である (行政裁判所法 114 条参照)。最後に第4に、他の行政庁の計画策定への参加は、さまざまな方法で、そして全くその時々の既存の形成の自由に対する真の参加としても予定することができる。しかし、認可の必要とともに連邦建設法 11 条に規定されている上級行政庁の参加は、法的統制の権利・義務に収斂する (6 条 2 項と結びついた 11 条 3 文)<sup>24)</sup>。

計画裁量は、「計画上の形成の自由 (plane-rische Gestaltungsfreiheit)」と呼ばれることもある。計画裁量は、計画高権の承認を含む連邦建設法 2 条 1 項に基礎づけられるという。後にこの記述は、I 1 の第 5 の理由で述

べた、計画裁量と行政裁量は質的に異なるかという論争を引き起こす。広範な計画裁量を前提とすれば、地区詳細計画の司法審査は憲法上の比例原則 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) に基づく審査に限定されるようにも思える。

この判示の直後、以下のように続けられる。

「……このこと背景から、連邦建設法 1 条について、以下のことが言える。すなわち、同条 1 項、3 項、4 項そして 5 項で、それぞれ前提、制限、目的、指導原理 (Leitsatz) の形式で立てられた建設管理計画の基本規則は、上述の計画裁量を拘束することを基礎づけ、当該基本規則が遵守されているかどうかについてののみ、上級行政庁による監督にも、行政裁判所による統制にも服する」<sup>25)</sup>。

このように 1969 年判決は、地区詳細計画の司法審査が憲法上の比例原則に基づくものに限定されるとの立場に与しない。計画裁量によって計画策定の統制には制限が生じるものの、連邦建設法 1 条 1 項、3 項、4 項、5 項という「基本規則」が地区詳細計画において遵守されているかどうかについては、裁判所が統制するという。

このうち、1 条 4 項、5 項は、次のように規定されていることが確認される。

「建設管理計画は、住民の社会的および文化的必要性、住民の安全および健康を基準としなければならない [(1 条 4 項 1 文)]。その際、公益と私益は、対立した利益の相互間及び同種の利益の相互間において、適正に衡量されなければならない [(同項 2 文)]。建設管理計画は、住民の住宅需要に役立ち、住宅制度における財産形成を促進しなければならない [(同項 3 文)]。

建設管理計画は、教会と公法上の宗教団体によって確認された、礼拝および魂への配慮に必要とされるものを考慮しなければなら

24) BVerwGE 34, 301 (304).

25) BVerwGE 34, 301 (304f.).

ず、経済、農業、青少年の育成、交通そして国防の必要性を顧慮しなければならず、自然そして風光の保護の利益と現地そして地方像の形成に役立たなければならない。農業に利用される土地は、他の利用手段のために必要な範囲でのみ予定され、要求される〔(同条5項)〕。

……衡量要請は、……連邦建設法1条が明示に規定していないときでも建設管理計画が考慮しなければならない、一般に法治国上の計画策定の本質に内在する原則である。その点で、衡量要請の格別の意義は、連邦建設法がこの要件を4項の内部でではなく独立した6項で規定したならば、より明白に出現したであろう<sup>26)</sup>。

まず、連邦行政裁判所は連邦建設法1条4項、5項の構造に着目し、衡量要請を体現する同条4項2文と、「指導原理」としての同条4項1文、同項3文、5項の2つに区別している。同条4項2文に規定される衡量要請は、単なる法律上の要請を超えて、「法治国上の計画策定の本質に内在する原則」として考慮しなければならないという<sup>27)</sup>。衡量要請が「法治国上の計画策定の本質に内在する原則」であることは、同じ年の4月30日判決で既に示されていた<sup>28)</sup> ことに加えて、その後も折に触れて言及される<sup>29)</sup>。

連邦建設法1条のうち、指導原理としての4項1文、同項3文、5項について、以下のように述べる。

「……建設管理計画の策定に際して他のすべてに上位する、都市建設上の発展の秩序づけ

という目的(1条1項)は、その第1のそして最も直接の表出を、同条4項1文の(主要な)指導原理に見出す。当該指導原理は、建設管理計画の策定に、住民の社会的および文化的必要性、住民の安全および健康を基準とすることを義務づける。この主要な指導原理は、同条4項3文および5項におけるさらなる原理を通して、説明も補充も受ける。次に、この方法で秩序ある都市建設上の発展の目的に照らして把握される利益は、基本的に衡量要請の『公益』という指標に入る。これらの公益は、まず同種利益の相互間で、そしてそれに加えて具体的な関連において顧慮すべき『私益』との相互間で適切に衡量されなければならない<sup>30)</sup>。

指導原理のうち1条1項、4項1文が、同項3文、5項により「説明」・「補充」され、これらの諸規定に照らして衡量要請に取り容れられうる利益が描出・解明される。また、1969年判決は、公益と公益・公益と私益との相互間の調整をいうが、私益と私益との相互間の調整には言及していない。

続けて、1条4項1文、同項3文、5項に含まれる概念が、その解釈・適用が上級行政庁のみならず行政裁判所の無制限の統制にも服する不確定法概念(*unbestimmte Rechtsbegriffe*)であると述べる<sup>31)</sup>。確かに、計画策定機関が特別な専門知識を要する問いに回答する場合にはその見解・判断が優先するが、この場合にはあたらぬ。

では、以上の指導原理の規定とは区別される衡量要請の遵守(1条4項3文)については、いかなる裁判所による統制に服するか。

26) BVerwGE 34, 301 (306f.). 実際1969年判決後、連邦建設法1条4項1文、3文および5項は、同法1条6項においてまとめられ、「建設管理計画は、秩序ある都市建設上の発展及び公共の福祉に対応する社会的に適正な(*sozialgerecht*)土地利用を保障し、人間らしい環境(*eine menschenwürdige Umwelt*)を保全することに寄与しなければならない」と定められた。その後、同法は1976年に改正され、1条7項に同様の規定が設けられた。

27) 衡量要請と法治国原理との関係につき、*Erbguth*, a.a.O. (Fn. 18), 281 (281ff.). さらに、衡量要請と他の憲法原理との関係につき、*Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Planung unter dem Grundgesetz*, DÖV 1974, 541 (542f.).

28) BVerwG, Urt. v. 30.04.1969 - IV C 6.68 -, NJW 1969, 1868, juris, Rn. 17.

29) BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56 (63); BGH, Urt. v. 28.05.1976 - III ZR 137/74 -, BGHZ 66, 322.

30) BVerwGE 34, 301 (307).

31) BVerwGE 34, 301 (308). 不確定法概念を含む、ドイツの行政裁量審査に関する、邦語での一般的な説明として、高橋滋・前掲注10)『現代型訴訟と行政裁量』9-33頁。

「計画指導原理の解釈・適用とは異なり、その時々々の計画策定が適切な利益衡量を基礎にしているかどうかという問いは、監督官庁および行政裁判所によって無制限の統制に服するわけではない。……この見解は、計画策定は——まず私益を問題とせず——、通例異なる公益間での調整または妥協を必要とし、しばしば計画策定の過程で、ある必要性には同時に他の必要性から奪われないものは何も認められず、そして優位に値するものや優位に関して同時に要求される決定において、計画策定はまさに計画策定として表現されそして証明されるということを見誤っている」<sup>32)</sup>。

指導原理とは異なる衡量要請の遵守は、裁判所によって無制限に統制されるわけではない。計画策定においては諸利益を「調整」・「妥協」することが通常であって、そこで「表現」・「証明」されたものについて一定の司法審査に服するという。ここでも、上記の計画裁量の特質が念頭に置かれている。また1969年判決の段階では、(2)で後述する、計画策定の過程と結果を区別するというような議論はなされていなかったことがわかる。

1969年判決はその後、「適正に衡量する」とは何を意味するのかという問題に目を向ける。以上のような計画策定の特性に照らし、衡量要請に違反する場合を以下のように定式化する。

「……すなわち、適正な衡量の要請に、(事案に即した) 衡量がそもそも行われていない場合は違反する。適正な衡量の要請に、利益衡量において事案の状況に応じて衡量において取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合は違反する。さらに、適正な衡量の要請に、関係する私益の重みを見誤り、または計画に関係する公益との調整が

個々の利益の客観的な重さと不釣り合いな方法で行われる場合は違反する。しかし、そのようにして得られた枠組みの中においては、計画策定を任じられたゲマインデが、異なる利益間の衝突に際してある利益を優先してその結果避けられず他の利益を後退させる決定をした場合には、衡量要請に違反しない。つまり、そのような枠組みの中において、特定の利益を優先しあるいは後退させることは、そもそも後づけできる衡量過程ではなく、どのようにそしてどの方向にゲマインデが都市建設上秩序正しく発展し続けようとするかを表現する、まさに基本的な計画上の決定である。それゆえ、上級行政庁および行政裁判所の計画統制に限界が設定されることは避けられない」<sup>33)</sup>。

ここで示された定式が、現在も形を若干変えながら引き写される、伝統的な判示部分である<sup>34)</sup>。すなわち、衡量要請に違反するのは、第1に、「(事案に即した) 衡量がそもそも行われていない場合」、第2に、「事案の状況に応じて衡量において取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合」、第3に、「関係する私益の重みを見誤り、または計画に関係する公益との調整が個々の利益の客観的な重さと不釣り合いな方法で行われる場合」である。文言上は、第3の場合の前段は「私益」の誤認に、第3の場合の後段は「公益」との調整にそれぞれ限定されているが、その後の裁判例によればこれらの基準は「公益と私益の双方」に妥当する<sup>35)</sup>。ただし、計画裁量への配慮も同時に読み取ることができる。「異なる利益間の衝突に際してある利益を優先してその結果避けられず他の利益を後退させる決定をした場合」には、「まさに基本的な計画上の決定」として、衡量要請に違反しない。

32) BVerwGE 34, 301 (308f.).

33) BVerwGE 34, 301 (309).

34) Hans-Georg Gierke/Gerd Schmidt-Eichstaedt, Die Abwägung in der Bauleitplanung: Gestaltungsspielräume, Grenzen, Direktiven, 2019, Rn. 1ff.; Ulrich Battis, in: Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr (Hrsg.), BauGB, Kommentar, 15. Aufl., 2022, §1 Rn. 90ff.

35) BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56; BVerwG, Urt. v. 07.07.1978 - IV C 79.76 -, BVerwGE 56, 110.

具体的な事実関係に即して上記定式を適用すると、原告が作成した地区詳細計画は衡量要請を含む連邦建設法1条4項、5項に違反するという。実際の地区詳細計画の策定の際に諸利益がどのように描出・解明・調整・衡量されてきたのかについて、以下のことが述べられる。

まず、計画策定に起因する不利益が確認される。

「予定されている入植は、ラント道221号の交通事情に少なからず抵触し、そしてそれを害することは、控訴裁判所の事実認定に従えば疑うべきではない。……同様に、控訴裁判所の説得力のある論述は、『住民の住宅需要』が——『社会的および文化的な必要性』と相俟って——、原告の計画策定を支えるのではなく、むしろそれに反対することに疑いを残さない」<sup>36)</sup>。

計画策定により入植が行われれば、ラント道221号の交通上の利益が損なわれるのみならず、住民の住宅需要は満たされない結果となる。ただし、1969年判決は計画策定に起因する不利益を確認するものの、控訴裁判所の検討をほとんど踏襲していることには、慎重を要する。

計画策定に起因して上記の不利益が生じるからといって、直ちに地区詳細計画が衡量要請に違反する状態になるわけではない。地区詳細計画を下支えする諸利益およびそれらとの衡量が、語られなければならない。

「本件の交通利益にも住宅需要にも不利益な関係が、いかなる場合であっても地区詳細計画が認可されえない状況をもたらすかどうかについて、当裁判所は疑問をもつ。道路建築局の同意や釣り合った安全な合流の形成の可能性について原告が主張することは、衡量原則との関連で、事情によっては計画裁量によって充足され、計画策定に起因するこのような

不利益をその重要性において後退させる利益評価 (Interessenbewertung) として、理解されうる。仮に、1条4項および5項で言及される類の十分に重要な利益が計画策定を支えるということによってこのような評価が支持され、そしてこのような利益を優先することが同じく計画裁量の内部で認められるならば、既に確認された不利益が生じる地区詳細計画も、結果として1条4項および5項に適合するということは十分に考える。しかし今回の場合には、このような検討をするについての根拠がない。……仮に、1条1項を乗り越えるために、地区詳細計画がなんらかの公益を促進しようということを原告に認めたとしても、計画策定によって引き起こされる不利益と対立する際に関係する諸利益を無視することは、明らかに誤りである。……したがって、地区詳細計画が1条4項および5項に違反することは確かである」<sup>37)</sup>。

1969年判決は、計画策定に起因する上記不利益にもかかわらず、連邦建設法1条4項、5項で言及される類の計画策定を支える諸利益が「無視」され、「明らかに」描出・解明されなかったといえる (せいぜい認められて農家Aの経済的利益)。もっとも、手つかずの問題は少なくない。計画策定を支える諸利益が、実際の衡量過程・衡量結果の中でどのようにそしてどの段階で描出・解明され、均衡のとれた態様で調整・衡量されなければならないのか。1969年判決が示した定式は、具体的な事実関係においてどのような機能を果たすのか。先の定式が判例理論として通用するかどうかは、1969年判決時点では不確かであった<sup>38)</sup>。

### c 学説における衡量瑕疵論の登場

上記の定式がその後の裁判例・学説に定着したことには、学説の寄与も大きい。というのも、1969年判決自体は、実際に行われた衡量が一般論で示された3つの文のいずれに違反したのかを示しておらず、衡量要請に違

36) BVerwGE 34, 301 (310f.).

37) BVerwGE 34, 301 (311f.).

38) Konrad Redeker, Richterpersönlichkeiten - Erinnerungen eines Anwalts, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 127 (147).

反する場合を定式化した3つの文の関係も明らかではなかったからである。

特に代表的な学説として、W・ホッペは、1969年判決の評釈において、連邦行政裁判所は以下の4つの違反の構成要件（Verletzungstatbestand）を定立していると主張した。

「(a) 衡量の欠落（Abwägungsausfall）：適切な衡量がそもそも行われなかった場合。(b) 衡量の不足（Abwägungsdefizit）：衡量は行われたが、衡量に『事案の状況に応じてそれに取り容れられ』なければならない利益が取り容れられなかった場合。(c) 衡量の誤評価（Abwägungsfehlschätzung）：影響を受ける（公的または私的）利益の『意味』が見誤られている場合。(d) 衡量の不均衡（Abwägungsdisproportionalität）：計画策定に関係する（公的または私的）諸利益の調整が、個々の利益の客観的な重みと比例しない方法で行われる場合」の4つの違反の構成要件として整理した（以下、「学説における衡量瑕疵論（Abwägungsfehlerlehre）」ということがある。）<sup>39)</sup>

W・ホッペによるこの定式化は、現在に至るまで概ね採用されている<sup>40)</sup>。

## (2) 連邦行政裁判所 1974年7月5日判決

1969年判決およびその後の学説の示した衡量要請の定式（(1)）をさらに発展させようとしたのが、連邦行政裁判所 1974年7月5日判決<sup>41)</sup>（以下、「1974年判決」という。）である。1974年判決は、1969年判決の定式を発展・確立させた。また、より具体的な事実関係に即した衡量過程・衡量結果に、スポットライトがあてられた。

### a 事案の概要

参加人1は、ガラス工場の企業であり、旧

市街の西にある地区に位置する参加人2の地域に、工場を建てることを予定する。原告は、工場建築予定地のすぐ近くに住んでいる。被告決定委員会（Beschlussausschuß）は、1970年10月30日、参加人1の申請に対し、営業法上——建築法上の認可を与えた。この認可に対して、原告が取消訴訟を提起した。以下、若干事実関係が複雑であることから、事案の概要を簡単に図にした図2と、建築認可取消訴訟までの主な流れについて表1を添えている。

参加人1は、ガラス製造のための工場を予定している。この工場で、500人の従業員が1日600トンのガラスを製造しようとしている。建物は、前面の長さが800メートル近くある。建築予定地は未開発で、幅約700メートル、長さ1400メートルで、広さは60ヘクタール以上ある。

建築予定地の北東部には、多数の小菜園や、付近を通るW道路沿いに27戸の住宅がある。原告は建物相続人として、一戸建ての建つW道路沿いの土地に居住している。建築予定地の北側には、広大な住宅地からなるが工業によって周りを囲まれるHeßler地区、および墓地がそれぞれ存在する。建築予定地の東側には、道路が走り、範囲の広い住宅地へつながる。さらに東側には、再び工業地域が続く。建築予定地の南あるいは南東には、スポーツ場、景観保護下にある土地N、廃棄物処理場そして繋駕速歩レースの走路がある。さらに南側には、1つの大きなプールと多数のさらなるレジャー施設を伴った建築中のレジャー公園がある。建築予定地の西側では、緑道と境を接している。

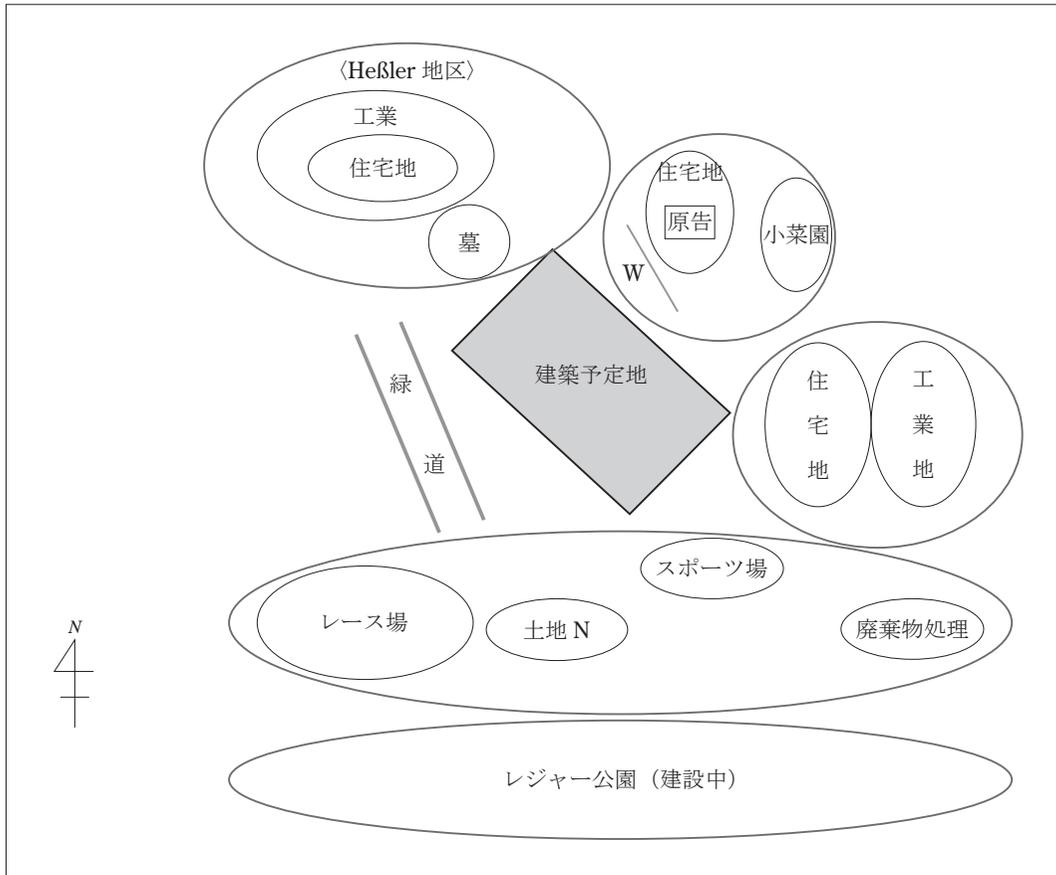
1952年2月18日の従前の参加人2の計画は、ガラス工場として指定された範囲を、緑

39) Werner Hoppe, Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§1 Abs. 4 und 5 BBauG), BauR 1970, 15 (17f.). ホッペの上記見解に賛同した比較的古い学説として、Konrad Redeker, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, 757 (762); Hans-Jürgen Papier, Die rechtlichen Grenzen der Bauleitplanung, DVBl 1975, 461 (462ff.).

40) Wolfgang Rieger, in: Wolfgang Schrödter (Hrsg.), Baugesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl., 2019, §1 Rn. 600; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 34), §1 Rn. 93; Franz Dirnberger, in: Willy Spannowsky/Michael Uechtritz (Hrsg.), BauGB, Kommentar (Stand: 2022), §1 Rn. 136; Wilhelm Söfker, in: Werner Ernst/Willy Zinkahn/Walter Bielenberg/Michael Krautzberger (Hrsg.), BauGB, Kommentar (Stand: 2022), §1 Rn. 185. 現在の標準的な行政法の教科書もこれによる (Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., 2020, §7 Rn. 64).

41) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309.

図 2 : 1974 年判決の事案の概要



地、小菜園、そして小さな集落地域として構想していた。1966年の終わりに発効されたルール石炭地域居住連合（Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk, 以下、「ルール連合」という。）の地域発展計画は、その指定された範囲を居住地域としていた。これらの両計画は、1970年、参加人1の予定を実現可能にする地区詳細計画148号の作成との関連で、修正されることになる。1970年10月5日に決定された地区詳細計画は、当初のガラス工場の建築区域を越える範囲、とりわけW道路の入植も含む範囲を、工業地域として指定した。それに加えてこの地区詳細計画は、工業地域の北側を商業地域に、北東側を緑地そして一般住宅地域に、そして東側を混合地域と公共用地（老人ホーム）に指定する。特に工業地域の指定は、それに対応して修正される地域発展計画および土地利用計画と整合す

る。

参加人1の前権利者たる Delog 社は、長年ガラス工場を操業していた。フロート法によって作動する新施設を建築するとの Delog 社の希望により、1969年、参加人2行政庁との数ヶ月にわたる話し合いの末、DEA 社が所有するかつての鉱山地に関して意見が一致した。この土地について、Delog 社は、1969年12月8日に、営業法16条に従って、認可を申請した。1969年12月に当該土地の下にある鉱区を取得したルール炭鉱株式会社は、1970年1月13日、参加人2に対し、参加人2は鉱業法上の理由から予定していた場所での施設の建築を許可することができないということを通じた。1970年1月26日に、参加人2土地委員会（Liegenschaftsausschuß）が緊急決定を勧告し、市長と市議員は1970年1月29日に、提案された緊急決定を

表 1：建築認可取消訴訟までの主な流れ

1952年 2月 18日	参加人 2 が土地利用計画を策定する
1966 年末	ルール連合が地域発展計画を策定する
1969 年	Delog 社と参加人 2 行政庁との間で土地に関して話し合い、合意する
1969年 12月 8日	上記土地に関する営業法上の認可を申請する
1970年 1月 13日	ルール炭鉱株式会社が参加人 2 へ通知する
1970年 1月 26日	参加人 2 土地委員会が緊急決定を勧告する
1970年 1月 29日	市長と市議員が緊急決定をし、参加人 2 行政庁が Delog 社に説明・提案する
1970年 2月 2日	参加人 2 参事会が上記緊急決定を承認する
1970年 3月 9日	参加人 2 参事会が地区詳細計画 148 号を作成し、土地利用計画変更の開始を決定する
1970年 4月 3日	ルール州建築局が土地利用計画変更に対する反対の意見を述べる
1970年 4月 27日	ルール連合が地域発展計画変更の開始決定（限定つき）をする
1970年 5月 25日	参加人 2 参事会が地区詳細計画を変更する
1970年 6月 11日	ルール連合が地域発展計画の変更を決定する
1970年 7月 8日	Nordrhein-Westfalen 州首相が上記決定を承認（条件つき）する
1970年 8月 4日	参加人 2 参事会が地区詳細計画を変更する
1970年 8月 26日	被告が参加人 1 の予定を公示する
1970年 10月 5日	地域発展計画・土地利用計画が修正され、地区詳細計画等の策定手続が終結する
1970年 10月 30日	被告が建築施工を許可し、条件つきで建築認可を決定する
1970年 11月 11日	原告が上記建築認可決定に対して取消訴訟を提起する
1971年 2月 2日	ルール州建築局が土地利用計画の変更と地区詳細計画を認可する

行った。同日、参加人 2 行政庁は、Delog 社に対して、緊急決定で言及された提案について説明した。この提案で、Delog 社には、最初の建築段階のために必要な土地はすぐに意のままになるということ、当該土地上に製造工場を設置することも可能になるはずだということ、そして都市がそれに対応した地区詳細計画の策定を予定するということが保証された。参加人 2 参事会は、1970年 2月 2日、1970年 1月 29日の上記緊急決定を全会一致で承認した。

これらの経緯から、1970年 3月 9日、参加人 2 参事会は地区詳細計画 148 号の作成および土地利用計画の変更の開始を決定した。その後の提案手続（Anregungsverfahren, 連邦建設法 2 条 6 項）<sup>42)</sup> で、特に予定された施設の近隣に居住する私人から、多数の異議がなされた。ルール州建築局も、1970年 4月 3日、建築予定地は住宅地域として使用するのに最も適している等の理由で、土地利用計画の変更に対する反対した。ルール連合同盟委員会は、1970年 4月 27日、1966年の地域発展

計画の変更手続の開始を決定した。しかしそれと同時に、同委員会は土地 N を保護するために、工業地域として予定された土地を限定した。1970年 5月 25日、参加人 2 参事会はその限定に即して、提出された計画を変更した。次いで、参加人 2 参事会は、地区詳細計画 148 号を条例として決定した。

1970年 4月 27日に開始された手続は、1970年 6月 11日、内容的に変更された建設管理計画に合致するルール連合同盟委員会の決定に至った。Nordrhein-Westfalen 州首相は、1970年 7月 8日、同盟委員会の上記決定を以下の条件で承認した。その条件とは、新たな商業入植の範囲および工業入植の範囲の南側境界は、北にさらに約 300メートル延びるべきであるというものである。この条件によって、地区詳細計画 148 号およびそれに対応する土地利用計画を新たに変更することが必要となった。参加人 2 の参事会は、1970年 8月 4日、州首相の条件に沿って 1970年 3月 9日に作成された地区詳細計画案を変更することを決定した。その後、参加人 2 に

42) 1960年制定時の同規定によれば、建設管理計画の案の「縦覧の場所及び期間は、縦覧期間内に異議及び提案を提出することができることの指示とともに、少なくとも 1 週間前に地域的に通常の方法で公示されなければならない」だった。

は、再び多数の異議と提案が寄せられた。提案手続の係属中に被告は、1970年8月26日、営業法17条2項に基づき参加人1の予定を公示した。この手続においても、多数の異議がなされた。

土地利用計画の修正と地区詳細計画148号の作成に関する手続は、1970年10月5日の会議で終結した。同日、第1に、参事会は1970年5月25日の変更決定を撤回することを決定した。第2に、参事会は、近隣住民等のさらなる異議を棄却し、指定から一部地域を削除すること等の変更を決定した。第3に、参事会は、土地利用計画の変更および地区詳細計画の現在版を決定した。この計画の理由づけは決定されていない。

2つの建設管理計画の認可手続中に、被告は営業法上の手続を完了させた。被告は、審議に基づき、1970年10月30日、即時の建築施工を許可すると同時に、以下のことを決定した。すなわち、参加人1に対して、連邦建設法33条と結びついた営業法16条に基づき、特に環境汚染防止と労働保護に奉仕する計41の条件による限定のもとで、フロートガラス施設の建築・操業のために申請された認可を与えた。ルール州建築局は、1971年2月2日、土地利用計画の変更および1970年10月5日決定版の地区詳細計画148号を認可した。原告は、1970年11月11日付の書面で、1970年10月30日に参加人1に与えられた建築認可の取消訴訟を提起した。

この裁判においても、主として衡量要請違反が問題となった<sup>43)</sup>。

#### b 分析

1974年判決はまず、過程としての計画と、この過程の産物としての計画を区別することから出発する。

「計画の判断にあたっては、……過程として

の計画とこの過程の産物としての計画は区別されなければならない。この区別は、計画のほとんどすべての構成要素 (Bestandteil) で繰り返される……。立法者は……計画の過程の結果のみを一定の拘束に従わせるということに限定できる。この場合、結果に対して何もいうことができない限り、すべての考慮、衡量、動機等は問題ではない。しかし立法者は、いうまでもなく……計画の主観的な過程へ追加で要求することを妨げられない」<sup>44)</sup>。

2つの計画が区別され、同時に計画の過程たる衡量過程とその結果たる衡量結果が峻別される。そして、後者のみならず前者もなんらかの(立法による)拘束を受けると述べる。衡量要請の適用にあたって両者の峻別を放棄する見解もある<sup>45)</sup>が、1974年判決はそのような見解を支持しない。このような衡量過程と衡量結果との区別は、既に連邦行政裁判所の別の裁判例で仄めかされていた<sup>46)</sup>。ただし、1974年判決は、衡量過程・衡量結果を厳密には定義づけていない。

この区別と1969年判決(11)との関係が問題となるが、ここでは改めて計画裁量に触れることなく、1969年判決が衡量要請に違反する場合を定式化した3つの文を引用する。1969年判決の定式を判例理論として参照すべきことが、確認されている。そのうえで次のように述べる。

「……さらに本件の場合は、そこで述べられた要請が基本的に衡量過程へも衡量結果へも向くことをはっきり付言するきっかけを作る。例外は唯一、[1969年判決で述べられた3つの文のうち]第1文で言及される衡量の必要性 (Notwendigkeit) についてのみ妥当する。衡量の必要性は……衡量過程に視線を向けてのみ実践的でありうる。しかしその他

43) この判決においては、以下の4点も問題となった。第1に、いかなる関与の省略が、行政裁判所法65条に違反するか。第2に、取消しを求められた認可に関する営業法16条以下が失効することは、手続にいかなる影響を及ぼすか。第3に、都市建設上の発展を秩序づける連邦建設法1条1項に違反するか。第4に、地区詳細計画148号が同法9条6項1文で要求される理由づけが欠くか。これらの諸点は本稿とは関連が薄いことから、これ以上は立ち入らない。

44) BVerwGE 45, 309 (312f.).

45) *Ibler*, a.a.O. (Fn. 15), S. 270ff.; *Gerrit Manssen*, *Stadtgestaltung durch örtliche Bauvorschriften*, 1990, S. 282.

46) BVerwG, Urt. v. 20.10.1972 - IV C 14.71 -, BVerwGE 41, 67 (71f.).

の点では、衡量要請は、重みのある利益は簡単には見落とされないと（第2文）、そして異なる諸利益の相互の関係における重みづけは、これらの利益のうちの1つの客観的な重みが完全に見誤られるような方法で行われたいということ（第3文）を、衡量過程にも衡量結果にも求める<sup>47)</sup>。

1974年判決は、上記のように区別される衡量過程と衡量結果の両者に対して衡量要請がかかると述べ、1969年判決（(1)）の定式の発展を試みる。このことは、その後の裁判例においても同様に強調される<sup>48)</sup>。(1)cでみた学説における衡量瑕疵論に従えば、衡量の欠落は衡量過程にのみ関わるが、衡量の不足、衡量の誤評価、衡量の不均衡は衡量過程と衡量結果の両方に関わると整理できる。ここで衡量の欠落が衡量過程にのみ関わるとされているのは、衡量結果からは計画策定機関が諸利益を調整・衡量したかどうかを判断できないからである<sup>49)</sup>。また、1974年判決は、学説のいう衡量の誤評価と衡量の不均衡との区別を相対化している点でも、示唆的である<sup>50)</sup>。

この判示は、当時、学説上の一大論争を招いた。一方の極で、H·J·コッホは、衡量過程の統制が手続統制のみならず実体統制の性格を有していることを強調し、さらに、衡量過程の統制において適法とされたならば、衡量結果の統制までする必要はないと主張し

た<sup>51)</sup>。他方の極で、C·ハインツェは、過程の統制に反対した<sup>52)</sup>。これら2つの極の中間に、過程・結果ともに統制されるという見解があり、これが学説の多数を形成する<sup>53)</sup>。例えばW·エルプグートは、過程の統制と結果の統制は判断基準時が異なる以上、両者にそれぞれの意義があると述べ、さらに、過程の統制には衡量の欠落・衡量の不足・衡量の誤評価が、衡量の結果には衡量の不均衡のみが違反の構成要件になると指摘する<sup>54)</sup>。

では、衡量過程に衡量要請違反が存在するか。まず本件は、衡量過程に影響を及ぼす決定の先取り（Vorwegnahme von Entscheidungen）が行われた事案であるという。確かに現実には事前交渉の段階で非公式な合意がなされることもある<sup>55)</sup>が、行政により先取られた決定によって計画策定機関たるグマインデの計画裁量が害されてはならず、あくまで衡量過程は自由に決定されるのが原則であると述べる。そして、次のように続ける。

「……最終的な衡量過程の（事案に即した）短縮は、原則として連邦建設法1条4項2文の規律に反する。その短縮がそれにも関わらず受け入れられるというならば、正当化を要する……。それぞれ計画の内容、事前決定の対象、事前決定から生ずる……拘束の性質や強さ、計画策定手続の経過や特に提案手続の成果に従って、個々の場合において、法律で要求される衡量過程の短縮という結論は正当

47) BVerwGE 45, 309 (315).

48) BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144; BVerwG, Urt. v. 29.09.1978 - IV C 30.76 -, BVerwGE 56, 283; BVerwG, Beschl. v. 09.10.2003 - 4 BN 47/03 -, BauR 2004, 1130; BGH, Urt. v. 28.05.1976 - III ZR 137/74 -, BGHZ 66, 322.

49) Martin Ibler, Die Differenzierung zwischen Vorgangs- und Ergebniskontrolle bei planerischen Abwägungsentscheidungen, DVBl 1988, 469 (472).

50) Manssen, a.a.O. (Fn. 45), S. 74; Helmuth Schulze-Fielitz, Das Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, JURA 1992, 201 (205f.).

51) Hans-Joachim Koch, Das Abwägungsgebot im planungsrecht, DVBl 1983, 1125 (1128); ders., Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis als Gegenstände gerichtlicher Plankontrolle, DVBl 1989, 399 (400f.).

52) Christian Heinze, Das planungsrechtliche Abwägungsgebot, NVwZ 1986, 87 (89f.); ders., Keine Heilung der Nichtberücksichtigung relevanter Belange bei einer planerischen Abwägung in gerichtlich Verfahren?, NVwZ 1989, 121 (121ff.).

53) Robert Alexy, Ermessensfehler, JZ 1986, 701 (712); Hildegard Blumenberg, Neuere Entwicklungen zu Struktur und Inhalt des Abwägungsgebots im Bauplanungsrecht, DVBl 1989, 86 (90).

54) Wilfried Erbguth, Neue Aspekte zur planerischen Abwägungsfehlerlehre?, DVBl 1986, 1230 (1232f.); ders., Rechtssystematische Grundfragen des Umweltrechts, 1987, S. 353ff.

55) Wolfgang Hoffmann-Riem, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL Bd. 40 (1982), 187 (222ff.).

化され、あるいは、正当化されない。

……衡量の瑕疵は、以下の3つの（累積的な）条件のもとで、1条4項2文と適合しうる。第1に、決定の先取りは先取りとして……事案に即して正当化されなければならない。第2に、先取りの際に、計画法上の管轄秩序が保たれたままでなければならない。すなわち計画策定がゲマインデ参事会の責任である限り、参事会に（も）事前決定の責任を負わせることを認めるような方法で、事前決定への参事会の参加が保障されなければならない。最後に第3に、事前決定……は、内容的に異議を唱えられてはならない。特に、事前決定が、最終的な衡量過程の構成要素としてなされるならば、満たさなければならない要請を満たさなければならない<sup>56)</sup>。

ここでの特徴は、衡量過程に影響を及ぼす決定の先取りが行われた場合について、既に示した衡量要請の伝統的な判示部分からさらに個別具体的な基準を定立しているという点にある。言い換えれば、衡量要請の定式を、具体的な事実関係に即して変形させている。この傾向は、後に分析する裁判例にも同様に見出される（特に3(4)、(5)）。以下本稿では、衡量要請を判断するために具体的な事実関係に即して再構成された個別具体的な基準を、「個別ルール」という。ここでいう「個別ルール」は、判例でも言及される「衡量指令（Abwägungsdirektive）」<sup>57)</sup>とは異なる。「衡量指令」とは、個々の利益ごとの重みづけについて法律で定められた基準をいい<sup>58)</sup>、衡量要請を判断するための再構成された個別具体的な基準たる「個別ルール」とは性質を異にする。

以下の事情に照らして、本件の衡量過程は、決定の先取りが行われた場合の個別ルールのうち第1・第2の条件は満たすが第3の条件を満たさないため、連邦建設法1条4項

2文にいう衡量要請に違反するという。

「……フロート施設の立地に関する決定は、計画手続内で、そしてなおのこと1970年10月5日の最終的な衡量の際に下されるものではなく、むしろ計画手続外で、そしてこれに先立って下される……。参事会の議事録、委員会の議事録、そしてその他の控訴裁判所によって収集された資料は、遅くとも1970年2月2日の参事会の会議以来、フロート施設の立地が確定されていたということを認識させる。その後の考慮および衡量はすべて、……フロート施設の立地の確定を出発点とし、それゆえにそれに続く結果を多かれ少なかれ受け止めることにしか向けられえない……。……明らかに決定的なのは、1970年1月29日の緊急決定とそれに基づくDelog社への提案であった……。

このような方法で事案に即して短縮された衡量過程は、1条4項2文を満たさない。……少なくとも先取られた決定は3つ目の条件に適合しない……。……事前決定の際に利益衡量において、事案の状況に応じて衡量に容れられなければならないものが容れられていないので、事前決定はそれ自体として異議を唱えなければならない。新たな工業地の周辺で浮かび上がる計画策定に係る利益で、この計画策定に反対する利益は、先取られた立地の決定の際に重要な役割を果たさなかったという確かな結論を、提出された資料は認めている。……これらの利益は、少なくとも大部分については、1970年1月末から2月初めには既に参加人2にとって認識可能なものであった。それにもかかわらず、参加人2は……計画策定のこの『側面』を真剣に注視していなかった。……参加人2はDEA社の土地の失敗の後、フロートガラス施設を……格納するという……無条件の決断に着手していた……。この『どんなことがあっても』

56) BVerwGE 45, 309 (319ff.).

57) BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 - 4 A 1075/04 -, BVerwGE 125, 116; BVerwG, Beschl. v. 12.06.2008 - 4 BN 8/08 -, BauR 2008, 1416; BVerwG, Urt. v. 19.04.2012 - 4 CN 3/11 -, BVerwGE 143, 24.

58) Jörg Berkemann, Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Planungsrecht, in: Wilfried Erbguth/Winfried Kluth (Hrsg.), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle, 2012, S. 11 (21ff.); Kai-Uwe Riese, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider (Hrsg.), VwGO, Kommentar (Stand: 2022), §114 Rn. 197.

格納する意思が、事案に即した衡量……を不可能にする重荷の原因となった。どれほど無条件に、参加人2が計画の格納をする決心を固めたかは、例えば最初の計画草案の理由づけに明確に現れている。この理由づけにおいては、フロート施設、その利点、その設置の必要性だけが問題となり、一言も対立する諸利益は問題となっていない。さらに、衡量要請の観点から事案に即しておらず、衡量要請の尊重を不可能にしていたのは、参加人2が決定して参加人1の前権利者に対して確定した際の性急な急ぎであった……。この急ぎの結果として、1970年6月11日のルール連合の書面そして1970年7月7日の覚書が示すように、多数の明白に重要なデータ——例えばDEA社の土地に関して将来計画されている鉱業、フロート施設の設置への敏感さ、さらに立地の代替案の排除など——が、多かれ少なかれ調査されないままであった<sup>59)</sup>。

1974年判決は、事前決定の際に明らかにゲマインデにおいて認識可能であった居住する住民の利益や風光の保護の利益が衡量に容れられていないという理由から、決定の先取りが例外的に連邦建設法1条4項2文に違反しない第3の条件を満たさないという。衡量過程に影響を及ぼす決定の先取りが行われた場合の個別ルールに則って、事前決定それ自体における衡量の瑕疵を認定する姿勢がみとれる。ここでの瑕疵は「参事会の議事録」をはじめとする客観的な資料に基づいて認定されており、その姿勢は後に分析の対象とする裁判例にも承継される(2(2)など)。

1974年判決はこのように衡量過程における衡量要請違反を認定するが、その勢いを止めず、衡量結果における衡量要請違反を検討する。

「……衡量素材の収集は、すべての衡量の前提になる……。あるゲマインデが、ある概念の解釈・適用に基づいて、衡量上顧慮すべきであると考えたもの、あるいはその衡量の際

にそのように考えたものは、その限りで、上級行政庁への拘束も、建設管理計画の審査を従事する裁判所への拘束も基礎づけない。当裁判所は、既に1969年12月12日判決……において、このことを述べている……。

理論的な分類のために提供される、衡量素材の確定と衡量素材の重みづけとの間の分離は、実践的な取り扱いにおいて普通は厳格には実行されない……<sup>60)</sup>。

ここでは、1969年判決(11)を引用しつつ、衡量過程における「衡量素材の収集」・「確定」、言い換えれば衡量上顧慮すべき利益の描出・解明には、完全な司法審査が及ぶという。また、「衡量素材の確定」と「重みづけ」が実務上融合しているといい、あたかも諸利益の重みづけにも完全な司法審査が及ぶという立場のようにも見受けられる。

しかし、諸利益の重みづけへの司法審査について、次の留保が続く。

「……〔控訴裁判所の〕判決は……地区詳細計画148号において明らかになる関係諸利益の重みづけについての統制に絞った。その時に、この重みづけが計画上の形成の自由の範囲を超え、そしてそれゆえに地区詳細計画148号を支えることができないう確信に達した……。

……この取り扱いは、当裁判所が1969年12月12日判決で立てた原則に合致する。建設管理計画に関係する……諸利益の重みづけは、計画上の形成の自由の(本質的な)要素そのものである。したがって、『計画策定を任じられたゲマインデが、異なる利益間の衝突に際してある利益を優先してその結果避けられず他の利益を後退させる決定をした場合には』、連邦建設法1条4項および5項に違反しない……。しかし、計画上の形成の自由によって覆われる重みづけの余地には、……限界がある。この限界は、関係諸利益の1つがまさに後づけできない方法であり重視されない場合、その利益とその重みが単に誤認

59) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, juris, Rn. 50ff.

60) BVerwGE 45, 309 (322ff.).

される場合、計画上の形成の自由やその他のすべての与えられた状態を考慮しても、その利益と計画の内容との関係がもはや明らかにならない場合を超えられる」<sup>61)</sup>。

1974年判決は、あくまで諸利益間の重みづけには、計画上の形成の自由による余地が存在し、計画裁量が尊重されるとの立場を貫く。例外的に、「関係諸利益の1つがまさに後づけできない方法であり重視されない場合」、「その利益とその重みが単に誤認される場合」、「計画上の形成の自由やその他のすべての与えられた状態を考慮しても、その利益と計画の内容との関係がもはや明らかにならない場合」には衡量結果についても司法審査が及び、これは1969年判決(1)の趣旨にも合致するという。学説における衡量瑕疵論に従うとすれば、明らかな衡量の誤評価・衡量の不均衡が認められる場合、計画裁量を超え、衡量結果に衡量要請違反が認められる。計画裁量と衡量要請との関連性は、1974年判決以降、ほとんど言及されない。あるいは、両者の関係が断ち切られたとも評しうる(3(5)の裁判例を除く)。

では、衡量結果に衡量要請違反が認められるか。本稿の主題は、計画策定機関による利益の描出・解明・調整・衡量がどのように審査されてきたのかを把握することにあるため、判例テキストを丁寧に確認する。

「控訴裁判所が、工業地域の指定を支える利益——特に職場の創出あるいは維持に関する利益や、さらに『経済の必要性』(連邦建設法1条5項1文)——そのものを過小評価しえたということは、上告人によって主張されていない……。控訴裁判所はこれらの利益を過小評価せず、それらにかなりの重みづけを認める。それにもかかわらず控訴裁判所が工業地域の指定を不同意としたことは、この指定に対して対立する諸利益のその評価から説明がつく……。……住宅地域と工業地域を可

能な限り隣接して指定してはならないという計画原理を、控訴裁判所は取り容れた。控訴裁判所は、この(基本的な)原理に例外があることは認めたが、地区詳細計画148号の工業地域によって、第1に、既存の住宅地域が完全に工業に包囲され、第2に、それによって住宅地域から南に連結するレジヤール地域の閉鎖が生じることを理由に、ここではそのような例外を認める余地はないと判断した……。当裁判所は、そのような控訴裁判所の事実認定と評価に拘束される」<sup>62)</sup>。

ここでは、職場の創出・維持に関連する利益や経済の必要性といった計画を支える利益を認め、かなりの重みづけをする。もっとも、1974年判決は、法律の一般条項(連邦建設法1条1項)に基礎をもつ、「住宅地域と工業地域を可能な限り隣接して指定してはならないという計画原理」(以下、「分離要請(Trennungsgebot)」ということがある。)をもちだす。衡量過程と同様、衡量結果についても、衡量要請違反を判断するために具体的な事実関係に即して再構成された個別ルールを立てる。

さらに、次のように続ける。

「住居地域と工業地域の隣接は、その根本的な紛争の起こしやすさの点で、営業法上あるいはイミシオン防止法上(immissionsschutzrechtlich)制御することが必要な現象ではなく、——なんとか可能な限り——計画法上回避されるべき現象である」<sup>63)</sup>。

ここでは、さらなる衡量要請の個別ルールとして、用途に関する紛争は計画の中で解決されるべきであるという要請(以下、「紛争克服(Konfliktbewältigung)の要請」という。)が確認される<sup>64)</sup>。いかなる場合に紛争克服の要請に反くかについて、踏み込んだ判断がなされるのは、1974年判決より先の話である(3(5))。

61) BVerwGE 45, 309 (325f.).

62) BVerwGE 45, 309 (326f.).

63) BVerwGE 45, 309 (328).

64) 紛争克服の要請の基礎となるものとして、BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144.

これらの個別ルールに則って、衡量結果に衡量要請違反が存在するか。

「控訴裁判所は、居住地域と工業地域の分離がいかにか強く望ましいとしても、その分離要請は、例外がありうる原則以上のものではなく、それ以下でもないことを見過ごさなかった。このことを基礎に、控訴裁判所は、……本件の状況下で、上述の基本原則への違反が計画上の形成の自由により補われると考えることができるかどうかを検討した……。控訴裁判所は、望ましい慎重さをもって、地区詳細計画 148 号の地域の東にある居住地域が工業によって包囲され続けることの意味、およびレジャー地の遮断の意味を判断し、評価した。……初めから参加人 2 によって進められた建設管理計画にとって克服し難い障害〔と評価した〕」<sup>65)</sup>。

分離要請の原則には例外が認められる<sup>66)</sup>ところ、そのような例外にはあたらないという。以上を要するに 1974 年判決は、衡量過程と衡量結果を区別したうえで、衡量過程に衡量要請違反を認めるのみならず、衡量結果についても計画裁量を超えるとして、衡量要請違反を認める<sup>67)</sup>。さらに、具体的な事実関係に即して、決定の先取りや分離要請、紛争克服の要請といった、(法律に基礎を置く)個別ルールを重視して衡量要請違反を認定し

ていることは注目に値する。

### c 衡量要請の部門計画への拡張

1974 年判決の後、連邦行政裁判所は個別法で衡量要請が規定されていない場合でも一貫して、あらゆる部門計画にこれを適用してきた<sup>68)</sup>。初期の裁判例では、道路建設計画、水法上の計画確定、空港建設計画、あるいは廃棄物処理など、あらゆる部門計画へ拡張的に適用される<sup>69)</sup>。このように諸利益の衡量・調整に関して、建設管理計画と部門計画を概念上区別する必要はないと考えられている<sup>70)</sup>。衡量要請の適用を部門計画に拡張するにあたっては、同時にその限界の問題がついてまわるが、ここでは問題の指摘にとどめたい<sup>71)</sup>。

### (3) 「衡量上顧慮すべき利益」の描出・説明

1969 年判決 ((1)) や 1974 年判決 ((2)) は、計画策定の際に衡量に容れられるべき利益がどのように描出・説明されるのかについて、踏み込んだ判断を下したものではなかった。また、それらは、衡量要請の規範の性質についての一般論を述べたものでもなかった。

計画策定の際に衡量に容れられるべき利益を「衡量上顧慮すべき利益」として篩い分け、1969 年判決や 1974 年判決が示した判例理論を発展・確立させたのは、行政裁判所法、すなわち訴訟法上の規範統制手続における申立適格<sup>72)</sup>が認められるかが問題となった裁判

65) BVerwGE 45, 309 (329).

66) BVerwG, Urt. v. 12.12.1975 - IV C 71.73 -, BVerwGE 50, 49; BVerwG, Urt. v. 24.04.1991 - 7 C 12/90 -, BVerwGE 88, 143.

67) *Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Fn. 50), 201 (202). は、少数者の居住の利益が経済の発展・雇用の創出といった計画策定機関の利益よりも優先されることを初めて明らかにしたとして、1974 年判決を評価する。

68) 初期の裁判例における、衡量要請の部門計画への拡張につき、*Rainer Wahl*, *Entwicklung des Fachplanungsrechts*, NVwZ 1990, 426 (427ff.).

69) BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56; BVerwG, Urt. v. 10.02.1978 - IV C 25.75 -, BVerwGE 55, 220; BVerwG, Urt. v. 07.07.1978 - IV C 79.76 -, BVerwGE 56, 110; BVerwG, Beschl. v. 20.07.1979 - 7 CB 21/79 -, NJW 1980, 953.

70) BVerwG, Urt. v. 24.11.1994 - 7 C 25/93 -, BVerwGE 97, 143; *Werner Hoppe/Hans Schlarmann/Reimar Buchner/Markus Deutsch*, *Rechtsschutz bei der Planung von Verkehrsanlagen und anderen Infrastrukturvorhaben*, 2011, §19 Rn. 760ff.

71) 特に近時は、部門計画のうち大気清浄化計画 (Luftreinhalteplanung) は衡量要請に頼る必要はないとされ (BVerwG, Urt. v. 27.02.2018 - 7 C 30/17 -, BVerwGE 161, 201.), このことが衡量要請の将来について問題を提起している (*Martin Kment*, *Das deutsche Planungsrecht unter unionsrechtlichem Einfluss - eine bilanzierende Beobachtung aktueller Entwicklungen*, DVBl 2020, 991 (997).).

72) 規範統制手続の申立適格に関する邦語での先行研究として、藤原静雄「西ドイツ行政裁判所法上の規範審査制度の展開——地区詳細計画の訴訟統制——」雄川一郎献呈『行政法の諸問題 (中)』437 頁, 452-458 頁 (有斐

例であった (a, b)。さらにそのうち、衡量要請の規範の性質について一般論を述べたものもある (4)。もっとも、これらは具体的な事実関係に即して衡量要請への違反を判断したものではないため、一般論の簡潔な紹介にとどめたい。

「衡量上顧慮すべき利益」の描出・解

a 明——訴訟法上の「利益」概念を導きの糸として

1996年改正前の行政裁判所法47条2項1文は、「当該法規定又はその適用によって不利益を受けた又は近いうちに予想せざるをえない、すべての自然人又は法人」に、規範統制手続の申立適格を認めていた。ここでいう「不利益」を被って申立適格が認められるかが争点となり、連邦行政裁判所に送付 (Vorlage)<sup>73)</sup>されてきたのが、連邦行政裁判所1979年11月9日決定<sup>74)</sup>(以下、「1979年決定」という。)であった。1979年決定は、「衡量上顧慮すべき利益」について、より踏み込んだ一般論を述べている<sup>75)</sup>。以下が、その一般論の概要である<sup>76)</sup>。

行政裁判所法47条2項1文の意味における「不利益」を被るかは、事案に応じて、訴訟法よりもそれぞれの実体法から明らかになる。実体法、すなわち(建設)計画法において支配的な役割を演じる衡量要請は、申立適格のメルクマールとなる「不利益」を被るかということと、ある利益を計画決定にあたって考慮する計画者の義務を架け渡す機能を果たす。「衡量上顧慮すべき利益」がいかなる利益であるかについては、一定の憲法上の制

限のもとで個別分野ごとに立法者によって決められる。建設管理計画の策定に必要な「衡量素材」(1974年判決)には、事案の状況に応じて衡量に取り容れられなければならないあらゆる(私的な)利益を含む。それがいかなる利益であるかについては、それぞれの計画策定ごとに具体的に追求される計画目的や具体的な事実関係に目を向けることでしか、答えることができない。「衡量上顧慮すべき利益」には、公権(subjektive öffentliche Rechte)や基本法(14条)上保護される利益に限らず<sup>77)</sup>、土地を利用する利益<sup>78)</sup>、営業に関する利益、そして隣人使用(Anliegergebrauch)の利益も含まれる。もっとも、必要な衡量素材のすべてを考慮することは実現不可能に等しいため、衡量素材は事案に即して制限する必要がある。衡量上顧慮されないままにすることができるのは、客観的に低価値であるか保護に値しないあらゆる(関係)諸利益である。その中で特に実務上意味をもつのは、利益の要保護性から生ずる限界である。このように「衡量上顧慮すべき利益」の範囲が画定されたとして、さらに「計画策定の利益への影響」についても、衡量上顧慮すべきものでなければならない。それは第1に、瑣末なもの以上の影響であり、第2に、少なくとも蓋然性のある影響であり、第3に、当該計画決定の際に衡量上顧慮すべきものとして計画策定機関に認識可能であるような影響に限られる。

以上を要するに、1979年決定は「衡量上顧慮すべき利益」に関して、次のように締め

閣, 1990), 竹之内一幸「規範統制訴訟における申立適格——ドイツ行政裁判所法47条にいう『不利益』概念——」法学政治学論究8号181頁, 181-206頁(1991), 同「規範統制訴訟における申立適格——地区詳細計画をめぐる問題点を中心に——」鹿児島女子大学研究紀要15巻1号47頁, 47-62頁(1993), 同「ドイツ行政裁判所法47条改正と規範統制上の申立適格——連邦行政裁判所1998年9月24日判決を中心に——」武蔵野女子大学現代社会学部紀要4号49頁, 49-61頁(2003)。

73) 事件当時の行政裁判所法47条5項は、「次の場合には、上級行政裁判所は、自己の法解釈に基づいて、上告審において審理できる法の解釈の裁判をさせるため、事件を連邦行政裁判所に送付する。1事件が原則的意味をもつとき。2上級行政裁判所が、他の上級行政裁判所、連邦行政裁判所又は連邦の最高裁判所の合同部の裁判と意見を異にするとき。送付についての決定は、関係人に通知することを要する。連邦行政裁判所は、法律問題についてのみ、裁判をする。」と規定していた。

74) BVerwG, Beschl. v. 09.11.1979 - 4 N 1/78 -, BVerwGE 59, 87.

75) 差戻審につき, VGH Bayern, Urt. v. 22.03.1982 - 25 XIV 78 -, MJW 1983, 297.

76) BVerwGE 59, 87 (97ff.).

77) BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56.

78) BVerwG, Urt. v. 05.11.1999 - 4 CN 3/99 -, BVerwGE 110, 36.

くくる。「地区詳細計画には、1974年判決の意味における必要な衡量素材に、事案の状況に応じて衡量に取り容れられなければならないあらゆる（私的）利益が含まれる（1969年判決）。このような利益とは、低価値ではなく保護に値する特定人の利益として、当該計画によって瑣末なものを越えるような影響を受けることが、当該計画に関する決定の際に十分な蓋然性をもって予測可能な、あらゆる（私的）利益である」<sup>79)</sup>。このように1979年決定は、1969年判決(1)と1974年判決(2)を発展・確立させ、その延長線上で、「衡量上顧慮すべき利益」の内実を明らかにする。ここで示された「衡量上顧慮すべき利益」の概念は、連邦行政裁判所のみならず、連邦通常裁判所(BGH)の民事部でも確認される<sup>80)</sup>。

#### 「衡量上顧慮すべき利益」の描出・解明——訴訟法上の「権利」概念を導きの糸として

しかし行政裁判所法47条2項1文は、1996年に改正される。それによれば「当該法規規定又はその適用によってその権利を侵害されている又は近いうちに侵害されると主張する、すべての自然人又は法人」に、規範統制手続の申立適格が認められるようになった。訴訟法上の問題として、「不利益」を被ったことではなく、「権利」侵害が申立適格として要求された。この改正によって、1979年決定(a)はその居場所や意味を失うおそれがあった。

1979年決定の判例理論が1996年の行政裁

判所法改正後にも妥当すると述べたのが、連邦行政裁判所1998年9月24日判決<sup>81)</sup>(以下、「1998年判決」という。)である。時系列的には2に属するものの、1979年決定との連続において理解すべき裁判例であるから、1で言及する。1998年判決は、大要、以下の一般論を述べる<sup>82)</sup>。

改正後の「権利」侵害の主張要件について、従来の連邦行政裁判所の判決<sup>83)</sup>や、1996年11月1日の行政裁判所法およびその他の法律を改正する第6次法改正<sup>84)</sup>の内容全体に照らすと、上記主張要件が原告適格に関する行政裁判所法42条2項<sup>85)</sup>の要件よりも高い水準のものを要求するわけではない。このことは、適正な衡量を求める「権利」が問題になる場合においても同様である。申立人が衡量要請違反を主張するならば、「衡量上顧慮すべき」であった自らの「利益」の取り扱いに瑕疵がありうると思わせる事実を主張すれば十分である<sup>86)</sup>。あらゆる利益が衡量上顧慮されなければならないのではなく、具体的な事実関係において都市建設上レレバントな関連がある利益のみが顧慮されなければならない。その点については、改正前の行政裁判所法47条2項1文に従った「不利益」概念に関する、1979年決定の判例理論を参照することができる。

このように1998年判決は、1996年の行政裁判所法改正後も「衡量上顧慮すべき利益」の範囲に関する1979年決定を維持した。

#### (4) 衡量要請の保護規範性

(3)では、訴訟法上の要件を導きの糸にし

79) BVerwGE 59, 87 (104).

80) BGH, Urt. v. 06.05.1982 - III ZR 24/81 -, NVwZ 1983, 309.

81) BVerwG, Urt. v. 24.09.1998 - 4 CN 2/98 -, BVerwGE 107, 215.

82) BVerwGE 107, 215 (217ff.).

83) BVerwG, Urt. v. 10.03.1998 - 4 CN 6/97 -, NVwZ 1998, 732. は、改正後行政裁判所法47条2項1文に従った権利侵害の主張には、行政裁判所法42条2項に従った原告適格(Klagebefugnis)のために妥当するものよりも厳しい要件を設定できないことを判示した。

84) 政府案における理由づけによれば、規範統制手続の申立適格と取消訴訟の原告適格の両規定の文言の同一性、および行政裁判所法47条2項の新たな表現の発生史に鑑み、規範統制手続の申立適格が取消訴訟の原告適格に適合されなければならない(BT-Drs. 13/3993, S. 10.)。

85) 「法律に別段の定めがない限り、行政行為又は行政行為の拒否あるいは不作為による権利を侵害されている旨を原告が主張する場合にのみ、訴えは許容される」と規定する。なお、権利侵害の存在は、本案勝訴要件であり、また本案においては原告の権利に関連する違法性のみが審査される。

86) 取消訴訟の原告適格に関する可能性説に従ったものと解される。可能性説につき、Rainer Wahl, in: Schoch/Schneider (Fn. 58), §42 Abs. 2 Rn. 64ff.

て、計画策定の際に描出・解明されるべき利益を「衡量上顧慮すべき利益」として篩い分け、1969年判決や1974年判決が示した判例理論を発展・確立させた裁判例を確認した。続けて1998年判決は、衡量要請の規範の性質について、大要、以下の一般論を述べる<sup>87)</sup>。

近隣の土地への不当な被害を回避するという計画策定機関の義務は、建設法典1条6項で規範化された衡量要請から発生する。独立した法律上のカテゴリーという意味で衡量要請から切り離された「建設計画法上の顧慮要請 (Rücksichtnahmegebot)」<sup>88)</sup>の余地はない<sup>89)</sup>。ある公法規範に第三者保護規範性が認められるかは、当該規範が客観法上の性格のみを有し公益にのみ奉仕するか、それにとどまらず個人の利益保護に奉仕するかによって左右される<sup>90)</sup>。その判断にあたっては、当該規範のみならず、関連する規範の趣旨・目的をも参酌しなければならない。衡量要請の規範の文言は、当該規範が私益にも奉仕するものといえる。事案に即して私益にも配慮することを明示的に要求するそのような定式は、第三者を保護する規範の典型的な外観 (Erscheinungsbild) に合致する。第三者保護規範性が否定されるのは、規律の連関 (Regelungszusammenhang) から、衡量要請が公益にのみ奉仕しなければならないことを明確に認識させる十分な根拠がある場合に限られる。しかし今回は、その場合ではない。計画確定の際には公益と私益が「衡量の枠組みで考慮されなければならない」とする部門計画法上の衡量規定は、第三者を保護する効果を有するというを出発点としていた<sup>91)</sup>。

このように1998年判決は、1996年の行政裁判所法改正後も「衡量上顧慮すべき利益」の範囲に関する1979年決定を維持した ((3))のみならず、衡量要請規範が客観法上の性格を有することを超えて個人の利益保護に奉仕することを一歩踏み込んで判示した点で、分析に値するものであった。

#### (5) 小括

1では、衡量要請が登場してから発展し一旦確立するまでの、比較的古い裁判例を分析した。1969年判決は、計画策定機関の計画裁量に対する制限法理として衡量要請を打ち出し、衡量要請に違反する場合についてその後も妥当する定式を示した。この定式化には学説 (衡量瑕疵論) の貢献もあった (以上につき、(1))。その後1974年判決は、衡量過程と衡量結果を区別し、両者について衡量要請の拘束を受けると述べた。さらに、1969年判決の定式から具体的事実関係に即した個別ルールを導くことで、計画策定機関が行った諸利益の描出・解明・調整・衡量について注意深く審査をした点で、現在の視点からも目を引く (以上につき、(2))。さらに、訴訟法上の「利益」「権利」概念を梃子にして、実体法上の衡量要請を解釈し「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明した1979年決定と、それに加えて衡量要請の第三者保護規範性を判示した1998年判決を紹介した ((3), (4))。

もともと、1で検討した初期の裁判例によれば、衡量結果のみならず衡量過程が衡量要請に違反する場合にも、即座に地区詳細計画が違法・無効となるため、計画維持<sup>92)</sup>の視点が欠如していた。2では、このような経緯

87) BVerwGE 107, 215 (219ff).

88) 顧慮要請に関する邦語文献として、大西有二「取消違事由の制限に関する一考察——西ドイツ計画法と保護規範説の適用をめぐって」北大法学論集 40 巻 5-6 号上 621 頁, 621-645 頁 (1990)、同「公法上の建築隣人訴訟(1)(2)(3)(4)——西ドイツ行政判例における『権利』『権利毀損』および『違法事由』」北大法学論集 41 巻 1 号 1 頁, 1-50 頁, 2 号 71 頁, 71-124 頁, 3 号 63 頁, 63-115 頁, 4 号 61 頁, 61-114 頁 (1990-1991)、同「ドイツ公法上の隣人訴訟に関する一考察——三つの権利論と《行政法関係説》」北大法学論集 41 巻 5-6 号 591 頁, 591-628 頁 (1991)、山本隆司『行政上の主観法と法関係』305-316 頁 (有斐閣, 2000)。

89) BVerwG, Urt. v. 16.05.1991 - 4 C 17/90 -, BVerwGE 88, 191.

90) BVerwG, Urt. v. 17.06.1993 - 3 C 3/89 -, BVerwGE 92, 313.

91) BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56.

92) Peter Michael Huber, Rechtsstaat, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts - Darstellung in transnationaler Perspektive -, 2021, §6 Rn. 20; Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar (Stand: 2022), §19 Abs. 4 Rn. 216.

で計画策定機関の計画高権に重きを置く立場から衡量過程の裁判所による審査を制限する立法が行われたこと、そしてそれに対して連邦行政裁判所がどのような態度決定をしたかということに目を向けたい。

## 2 連邦建設法の1979年改正と建設法典の制定・1997年改正

1では、衡量要請の登場からその確立に至るまでの、初期の裁判例を扱った。ここで一旦花開いた衡量要請が萎れる誘因となったのが、1979年改正であった<sup>93)</sup>。すなわち、1979年改正で導入された規定の運用次第では、衡量要請を通じた司法審査が過剰に制限され、衡量要請の具体的事案における機能が損なわれる可能性があった。一旦確立した判例理論が法令によって明確に転換・変更されることは、行政法に限らず珍しくない。2では、特にこの改正で導入された連邦建設法155b条2項2文(1)に対して連邦行政裁判所がいかなる応答をしたかを確認することで、衡量要請に変容がもたらされたのかを分析する(2)。併せて、1979年改正から間も無く、連邦建設法は都市建設促進法(St-BauFG)との統合を経て建設法典へと形を変えた(3)が、そのことが衡量要請を介した裁判所の計画統制になんらかの影響を及ぼしていないかを確認する(4)。

### (1) 連邦建設法155b条2項2文の新設

では、いかなる点において、改正連邦建設法の規定が進展したはずの衡量要請を後退させうるものであったのか。まずはこの点を簡単に確認する。

連邦建設法は1979年に改正され、その際に連邦建設法155b条2項2文が新設された<sup>94)</sup>。155b条2項2文は、「衡量過程の瑕

疵は、それが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」と規定する。以下、このような規律内容で計画の維持を目的とする規定を、「計画維持規定」ということにしたい。この計画維持規定は、当初の政府提出法案には存在しなかったが、その後の国土整備・土木建築・都市建設委員会(Ausschuß für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau)の審議の過程で追加された。

この規定の目的・趣旨は、以下のとおりである。まず目的について、裁判所が建設管理計画とその手続についてあまりにも高い水準を要求した結果、多くのゲマインデにおいて秩序づけられた都市建設上の発展のための基礎が失われようとしているため、ゲマインデ議会における政治的な意思形成や議決のあらゆる事情が司法審査の対象となることを防止する点にあるという<sup>95)</sup>。この規定の趣旨のうち、「明白」性については、「例えば、衡量過程におけるゲマインデ議会の個々の構成員の検討が審査され、そしてこれに関して場合によっては証拠が採取されるということは排除される」が、「例えば、建設管理計画を議決したゲマインデ議会の過半数が、明示して(erklärtermaßen)あるいは明らかに、建設管理計画の事案に即した判断ともはや何の関係もない検討に左右された場合には、瑕疵が『明白である』という<sup>96)</sup>。「衡量結果に影響を及ぼした」かについて、政府案による理由づけは、「この規定によって、衡量過程における瑕疵がそれだけで建設管理計画の法的効力にとって有意であることが妨げられる。決定的であるのは、衡量過程における瑕疵が計画内容にも影響したか否かである」と述べるにとどまる<sup>97)</sup>。また、この時点で計画維持の内実が議論された形跡はない。

この155b条2項2文の新設にあたって、

93) 1979年改正以前に、1977年の連邦建設法改正後の155a条において、手続・形式規定は1年以内に書面で異議を唱えられない場合には顧慮されないことが表明されていた。1979年改正は、さらに地区詳細計画が無効となる場合を狭めることを意図していた。

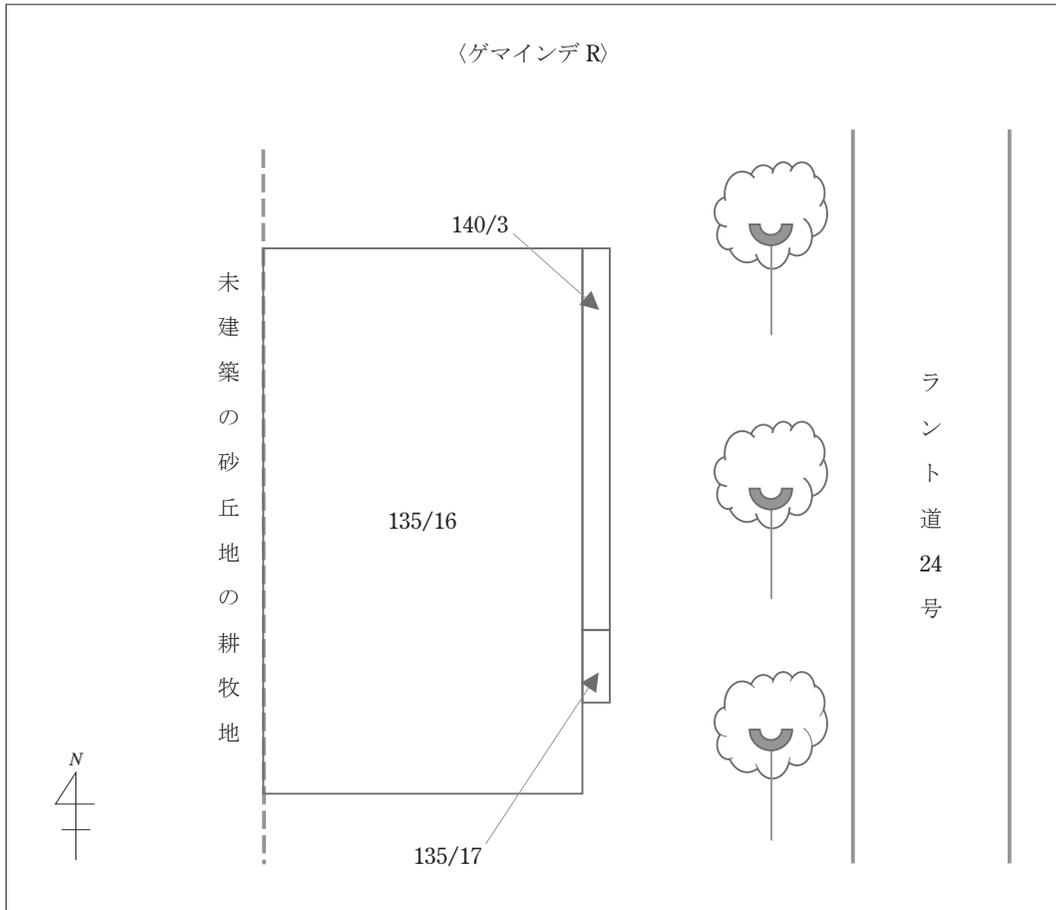
94) その他の改正点につき、藤巻秀夫「建設基本計画に対する裁判統制の制限」明治大学大学院紀要21集(1)法学篇213頁、217-221頁(1983)、村上博「ドイツにおける都市計画瑕疵論」室井力選譯『現代行政法の理論』72頁、77-84頁(法律文化社、1990)。

95) BT-Drs. 8/2885, S. 35f.

96) BT-Drs. 8/2885, S. 46.

97) BT-Drs. 8/2885, S. 46.

図3：1981年判決の事案の概要



違憲の目を向ける学説が少なくなかった<sup>98)</sup>。その論拠は論者によって区々であるが、大要、建設管理計画の策定に際して衡量過程に瑕疵があってもそれが無効とならないとするのは、行政の法律適合性を要求する法治国原理、違法な行政活動に対する出訴の途を保障する基本法19条4項、そして所有権を保障する基本法14条1項に違反するという。これに対して、違憲ではないものの憲法適合的に解釈すべきとの学説も往々にしてあつ

た<sup>99)</sup>。

(2) 連邦行政裁判所1981年8月21日判決

違憲の目が向けられさえるこの規定の取り扱いについて解釈の指針を示したのが、連邦行政裁判所1981年8月21日判決<sup>100)</sup>(以下、「1981年判決」という。)であった。

a 事案の概要

原告はゲマインデRに所在する自己の砂丘地で、建物を建築したい(以下、事案の概

98) Bernhard Boecker, Heilung mangelhafter Bauleitpläne und Satzungen, BauR 1979, 361 (370); Manfred Gubelt, Verfahrensbeschleunigung und Investitionserleichterungen im Städtebaurecht, NJW 1979, 2071 (2075); Helmut Grave, §155b BBauG - mißglückt und verfassungswidrig!, BauR 1980, 199 (205ff.); Ferdinand Kirchhof, Die Baurechtsnovelle 1979 als Rechtswegsperre?, NJW 1981, 2382 (2386).

99) Felix Weyreuther, Das Bundesbaurecht in den Jahren 1978 und 1979, DÖV 1980, 389 (392); Ulrich Battis, Grenzen der Einschränkung gerichtlicher Planungskontrolle, DÖV 1981, 433 (436).

100) BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 - 4 C 57/80 -, BVerwGE 64, 33.

表 2 : 1981 年判決に至るまでの主な流れ

1964 年 2 月 18 日	ゲマインデ R の土地利用計画が認可される
1965 年 7 月 30 日	景観保護規則が定められる
1971 年 8 月 24 日	ゲマインデ R が地区詳細計画の策定と変更禁止を決定する
1972 年 9 月 22 日	原告が居住用建物を建築するために認可を申請する
1973 年 1 月 22 日	被告が原告の上記申請を却下する
1978 年 5 月 27 日	地区詳細計画 5 号が公布される
1979 年 1 月 15 日	S 島の計画策定連合による土地利用計画 S が認可される
1979 年 6 月 8 日	連邦行政裁判所が控訴審判決を破棄・差し戻す
1980 年 4 月 30 日	上級行政裁判所が判決を下す

要につき図 3, 時系列につき表 2 参照)。原告は, R 全域の耕牧地の内の約 3240 平方メートルの耕牧地 135/16 の所有者であり, 且つ隣り合った合計 282 平方メートルの耕牧地 135/17 と耕牧地 140/3 の所有者である。耕牧地 135/16 は, ラント道 24 号に接する並木の西側に存在し, 耕牧地 135/16 は, 砂丘斜面に接する耕牧地 140/3, および耕牧地 140/3 に接する耕牧地 135/17 を越えて到達される。西側は, 未建築の砂丘地の耕牧地に接しており, その土地は景観保護下にある。1965 年 7 月 30 日に定められた景観保護規則の妥当範囲は, ラント参事会とゲマインデ R に預けられた地形図の記載と関係する。同規則 1 条 2 項は, 「当該地域は, 東側と西側の地域も含めた……ゲマインデ区域 R から構成されるが, 関連して建築された地区, および法律上有効な建設管理計画において建築地域としてあるいは他の目的のために指定された地域は除かれる」と規定する。

1964 年 2 月 18 日に認可されたゲマインデ R の土地利用計画は, ラント道 24 号の西側の土地を, ラント道 24 号から西に約 80 メートル以内にある原告の土地の範囲内で, 住宅地域として指定する。原告の土地は, ラント道 24 号から西に 30 メートルのところから, 当該指定の内部に存在する。他方で, 1979 年 1 月 15 日に認可された S 島の計画策定連合 (Planungsverband) の土地利用計画 S は, ラント道 24 号から西に 90 メートル以内にある土地を, 原告の土地の範囲内で, 住宅建築地として指定する。当該住宅建築地の西側に景観保護地域が接続する。

ゲマインデ R は, 1971 年 8 月 24 日, 原告

の土地を含む地域について, 地区詳細計画の策定および 1975 年まで延長された変更禁止を決定した。参加した計画策定連合によって策定され, 1978 年 5 月 27 日に公告された地区詳細計画 5 号は, 原告の土地について, 純粋な住宅地域 (WR) で, 2 階建ての建築で, そしてそれぞれの土地あたりの建築施設の最大床面積は 180 平方メートルであるという指定をする。また, 地区詳細計画 5 号は, ラント道 24 号から 60 メートル離れた場所に, 幅 11 メートルの建築可能な帯状の土地を指定する。西側の建築境界を移動することによって建築可能な土地を拡張するという原告の提案は, 参加した計画策定連合に計画の変更を促すものではなかった。なぜなら, 境界を越えて建築される可能性のある土地が拡張された場合, 景観保護地域に突き出ると同時に, 土地利用計画における建築範囲の指定を超えるからである。

原告は, 1972 年 9 月 22 日, 所有する土地に床面積 17 × 7 メートルの一戸建て住宅 2 棟を東西それぞれに建てるために, 認可を申請した。被告は, ゲマインデ R による上記変更禁止決定に鑑み, 1973 年 1 月 22 日, 上記申請を却下した。成果のない異議申立手続 (Widerspruchsverfahren) 後に, 原告は被告の申請却下決定に対する取消訴訟等を提起した。

行政裁判所は, 変更禁止決定に鑑み, 原告の請求を棄却した。上級行政裁判所は, これに対する原告の控訴を棄却した。連邦行政裁判所は, 1979 年 6 月 8 日, 原告の上告に対し, 上告手続の間に公布された地区詳細計画 5 号に鑑み, 控訴審判決を破棄し, さらなる審理

と判断のために上級行政裁判所に事件を差し戻した。実況見分実施後、控訴裁判所は、1980年4月30日、行政裁判所の判決を変更し、1973年1月22日の被告の決定および不服申立決定を破棄したうえで、1972年9月22日の建築申立に記載された住宅用建物のための建築認可を与えるよう被告に義務づけた。これに対して、被告が上告を申し立てた。

裁判では、連邦建設法 155b 条 2 項 2 文の解釈およびその要件充足が争点となった。

### b 分析

まず、改正で入った連邦建設法 155b 条 2 項 2 文が、これまでみてきた衡量要請といかなる関係にあるのかについて、次のように整理する。

「……連邦建設法 155b 条 2 項 2 文……の憲法適合性は度々疑われている……。しかしこの規定は憲法上の要求に耐えられるように解釈することができる……。

155b 条 2 項 2 文は、公益と私益は対立した利益の相互間および同種の利益の相互間において適切に衡量されなければならないとの 1976/79 年の 1 条 7 項あるいはそれ以前における 1960 年の 1 条 4 項に、内容上結びつく。この衡量要請は、衡量過程にも衡量結果にも関係する(連邦行政裁判所 1974 年判決参照)。この衡量要請は、憲法上の要請の表れである。なぜなら、基本法 20 条 3 項による法治国上の要請は、あらゆる計画策定のために計画策定に関係する私益と公益を適切に衡量することを示す……。

155b 条 2 項 2 文は、1976/79 年の 1 条 7 項の衡量要請をそれが憲法上保障されているために制限することができず、それゆえに衡量過程も適切でなければならないという計画策定機関への要請に触れないままである。155b 条 2 項 2 文は、存続する適切な衡量の要請を顧慮しないかもしれないことから生じ

る法効果と関係する。……155b 条 2 項 2 文は、計画それ自体が認識させるような衡量の瑕疵のうち、顧慮すべきものについてなんら述べていないため、依然として建設管理計画等の有効性は、産物としての計画がその内容において『適切に』衡量されていることに依存する」<sup>101)</sup>。

1981 年判決は、衡量要請は、法治国上の計画策定の本質に内在する原則であること<sup>102)</sup>、衡量結果のみならず衡量過程も拘束する(1(2))ことを再度確認する。また、155b 条 2 項 2 文は、憲法上の要請でもある衡量要請(1条7項)を制限することができず、この衡量要請に違反した場合の法効果に関する規定であると、両者の関係を整理する。言い換えれば、衡量の瑕疵は従来どおり衡量要請によって発見されるのであって、衡量要請の機能は、一般論をみる限り 155b 条 2 項 2 文の新設によっても変容を遂げていない。

度々疑われているという 155b 条 2 項 2 文の憲法適合性について、続けて述べる。

「……憲法上保障された所有権(基本法 14 条 1 項)への……影響や認可を受けて公示された建設管理計画が付随的にまたは規範統制の方法で直接的に無効を宣言されることによっても逆に発生しうる所有権への影響、さらに衡量要請の法治国上の保障、最後に基本法 19 条 4 項に基づく権利保護の保障は、建設管理計画の有効性にとって衡量の瑕疵が有意でないことをこの規定が命じる限りで、155b 条 2 項 2 文を限定的に解釈することを強いる」<sup>103)</sup>。

1981 年判決は、既に一部の学説((1))が主張していた 155b 条 2 項 2 文の憲法適合的解釈によって違憲判断を回避する。しかし、同規定の解釈適用次第では、なお衡量過程へ

101) BVerwGE 64, 33 (34ff.).

102) BVerwG, Urt. v. 30.04.1969 - IV C 6.68 -, NJW 1969, 1868, juris, Rn. 17; BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 - IV C 105.66 -, BVerwGE 34, 301 (306f.); BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56 (63); BGH, Urt. v. 28.05.1976 - III ZR 137/74 -, BGHZ 66, 322.

103) BVerwGE 64, 33 (36).

の司法審査が過剰に制限され、衡量要請の具体的事案における機能が損なわれる可能性が残る。

まず、衡量過程における瑕疵の「明白」性に関して、次のようにいう。

『明白性』という概念は、その文言からは『容易な認識可能性』を表す。しかし、これだけではその内容を汲み尽くしていない。そういうわけで、その規定〔155b条2項2文〕の趣旨と目的に対応した解釈が必要となる。その規定の趣旨は、立法資料の助けを借りて推論される……。

……依然として顧慮すべきままであるのは、衡量過程における瑕疵が客観的に把握可能な事実状況に基づくほど衡量過程の『外』側に属する、あらゆる瑕疵である。例えば、衡量素材の収集および選別、衡量におけるあらゆる本質的な利益の認識や取り容れ、あるいは利益の重みづけに関わる瑕疵および誤り、そして、例えば文書、議事録から、案の理由書若しくは計画の理由書から、あるいはその他の書類から判明する瑕疵および誤りは、『明白』である……。

これに対して、衡量過程の『内』側に属する瑕疵、すなわち、計画策定の確定に関与する計画策定機関の構成員の動機や誤った考え方は、……明白でない瑕疵に属する。そして、当該瑕疵は計画の有効性に影響を与えない<sup>104)</sup>。

既に紹介した155b条2項2文の立法資料((1))に配慮しつつ、規定の趣旨・目的を踏まえて、瑕疵の「明白」性を検討する。そして、衡量過程の内側・外側の区別に基づいて、衡量過程の外側に属する瑕疵は「明白」であり、その内側に属する瑕疵は「明白」でないという。1981年判決は、衡量過程を計画の書類や資料から読み取ることのできる事実の過程として叙述し<sup>105)</sup>、その客観的に把

握可能な事実に関する瑕疵は「明白」であると解するようである。掲げられている例によれば、衡量要請違反の瑕疵のみならず、文書、議事録、案の理由書、計画の理由書、その他の書類からそれぞれ判明する瑕疵も「明白」であるという。このような解釈は、従来の裁判例、就中事前決定それ自体における衡量の瑕疵を客観的な資料に基づいて認定して違法無効を導いた1974年判決(1(2))の判示とも特に矛盾しない。ただし、1981年判決が前提にする、衡量過程の内側・外側の区別は困難であるように思われる<sup>106)</sup>。

次に、明白な瑕疵が「衡量結果に影響を及ぼした」といえるかについて、以下のように続ける。

「155b条2項2文の規定の目的に向けられた解釈は、衡量過程における瑕疵は、その瑕疵がなければ異なる計画が策定されたであろうという可能性が存在する場合には、既に衡量結果に『影響を及ぼした』という結論をもたらす……。すなわち、当該規定の趣旨および目的に適合するのは、……それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性が存在する場合には、『影響を及ぼした』という構成要件要素の存在を肯定することである。そのような具体的な可能性は、計画の書類、あるいはその他の認識可能な若しくは容易に思いつく状況に基づいて、衡量過程における瑕疵が衡量結果に影響を及ぼしえた可能性が明らかになる場合には、常に存在する……。計画策定機関が、不適切に仮定された利益に影響され、衡量結果を正当化しうるのであろうその他の利益が建設管理計画の手續において言及されず、さらに明らかにわかるともいえない場合には、不適切な衡量は『衡量結果に影響を及ぼした』<sup>107)</sup>。

104) BVerwGE 64, 33 (36ff.).

105) 同様の見解として、*Hermann Hill*, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, S. 169, 286f.; *Schmidt-Aßmann*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 92), §19 Abs. 4 Rn. 214.

106) 山田洋「衡量過程の瑕疵と計画の効力」一橋論叢 94 巻 5 号 107 頁, 122 頁 (1985)。

107) BVerwGE 64, 33 (39f.).

再び 155b 条 2 項 2 文の趣旨と目的に視線を向けて、衡量過程における瑕疵が「衡量結果に影響を及ぼした」といえるためには、「それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性」が認められなければならないという。1981 年判決は、そのような可能性が認められる例として、事案に即して衡量に容れられるべきでない利益が容れられる場合、逆に衡量に容れられるべき利益が容れられない場合、あるいはそれらの利益の重みづけに誤りがある場合などを想定する。計画策定を支える利益が十分に描出・解明されなかった 1969 年判決（1(1)）や、衡量に容れられるべき居住住民の利益や風光の保護の利益が容れられなかった 1974 年判決（1(2)）が、計画の違法無効を判示したこともとも整合する。また、1981 年判決は、上記可能性の程度として抽象的なものではなく具体的なものを要求する点で、地区詳細計画（の効力）を維持しようとする 1979 年改正の掲げた目的にも沿う（(1)）。もっとも、計画維持に瑕疵の「明白」性と「衡量結果に影響を及ぼした」を要求することの意義や、両者の関係については沈黙したままである。

以上の憲法適合的解釈に基づいて、本件事案における 155b 条 2 項 2 文の適用を考える。まず瑕疵の「明白」性について、次のように述べる。

「……土地利用計画と結びついた景観保護規則から、景観保護地域の境界が計画策定連合の想定よりもさらに西に走っているということ推論 [できる]。なぜなら、景観保護規則は、土地利用計画で建築地域として指定される地域もその妥当範囲から除外するからである……。……計画策定連合は、地区詳細計画において西側の建築境界を、当該境界が景観保護地域の東側の境界に対応するという想定で指定した……。すなわち計画書類によると、計画策定連合は、原告によって提案された西側の建築境界を西に移動することはまさ

に景観保護を理由にはできない、ということ指摘していた。これを控訴裁判所は正しく……『明白な』衡量過程における瑕疵とみなした」<sup>108)</sup>。

計画書類から客観的に把握可能な事実状況に基づき、計画策定連合は景観保護規則を誤解していたという「明白な」衡量過程における瑕疵が指摘される。ただし、1981 年判決は、1974 年判決（1(2)）のように衡量過程に立ち入って衡量要請違反を認定することなく、あっさりと控訴裁判所の判断を是認して衡量の瑕疵を認定する。ここでの瑕疵は、計画策定連合が景観保護規則を誤解した結果原告の利益が取り容れられなかったという瑕疵、あるいはその重みを見誤ったという瑕疵として、従来 of 衡量要請の判例理論からも、説明できないではない。

上記瑕疵が「衡量結果に影響を及ぼした」ということも、以下の理由から肯定する。

「……本件の事情に従えば、計画結果が上記の瑕疵に基づく可能性があるだけでなく、かなり高い蓋然性がある……。……計画策定者……の事情聴取によって、他の計画策定の動機も存在しえたかどうかについての証拠を収集することは必要ではなかった。既に述べたように、衡量過程における瑕疵が衡量結果に影響を及ぼすのは、事案の状況に応じて計画策定がこの瑕疵に基づき『うる』場合であるから、それゆえに既にさらなる事実の解明は必要なかった」<sup>109)</sup>。

ここでも控訴裁判所の判断を是認し、「本件の事情に従えば、計画結果が上記の瑕疵に基づく可能性があるだけでなく、かなり高い蓋然性がある」と述べるにとどまる。計画策定連合が景観保護規則を誤解し、この誤解に基づいて計画を策定したことから、このような場合は当然に、単なる抽象的な可能性を超えて、「それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる

108) BVerwGE 64, 33 (41).

109) BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 - 4 C 57/80 -, juris, Rn. 31.

結果になったであろうという具体的な可能性」が存在すると考えたのであろう。

以上を要するに、155b 条 2 項 2 文の新設によっても、衡量要請とその機能は変容を遂げていない。さらに、その規定の解釈適用を介して衡量過程への司法審査を過剰に制限し、衡量要請の具体的事案における機能を形骸化させることも、想定されていない。

### (3) 建設法典の制定・1997 年改正

1979 年改正から間も無く、1986 年には連邦建設法と都市建設促進法が統合され、建設法典が制定された<sup>110)</sup>。特に、制定時の 214 条 3 項 2 文は、「衡量過程における瑕疵は、それが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」と規定する。この規定は、政府案における理由づけが示すように、制定前の連邦建設法 155b 条 2 項 2 文 (1)) を受け継ぐ計画維持規定である<sup>111)</sup>。

この時、衡量要請については、その内容を改めることなく、1 条 6 項へと移し替えるにとどめられた。当時 SPD (ドイツ社会民主党) から、衡量要請を具体化する提案がなされたが、連邦行政裁判所の判例理論によって衡量要請は既に具体化されていることを理由に、この提案は否決された<sup>112)</sup>。少なくとも当時の立法者は、建設法典の制定によっても衡量要請はなんら変容を加えられないことを前提とするようである。

1986 年に建設法典が制定された際、衡量の瑕疵については、土地利用計画または条例の公示から 7 年以内が主張期間とされた (215 条 1 項 2 号)。新設の目的は、衡量の瑕疵によって地区詳細計画が無効となることから生

ずる、是認できない結果を回避することにあつた<sup>113)</sup>。この規定に対しても 1981 年判決と同じく憲法適合的解釈の必要を唱える学説があつた<sup>114)</sup> が、結局連邦行政裁判所がこれを判断する機会はなかつた。

やがて 1997 年には、補完手続に関する 215a 条が追加された。追加の経緯は、計画維持の法原則の具体化を達成する<sup>115)</sup> とともに、都市建設上の条例の存続力 (Bestandskraft) を高めることにあつた<sup>116)</sup>。215a 条 1 項は、「214 条及び 215 条に従って顧慮されないものではなく、且つ補完手続によって除去されうる条例の瑕疵は、無効に行き着かない。当該瑕疵が除去されるまでは、当該条例は法的効力を発揮しない」と規定する。同条 2 項は、「214 条 1 項において掲げられた規定の違反又は州法によるその他の手続若しくは形式の瑕疵の場合、土地利用計画又は条例は遡及効をもって再び施行することもできる」と規定する。この補完手続も計画内容の瑕疵を是正する点で計画維持に資するが、本稿ではこれを「計画維持規定」に含めないこととする<sup>117)</sup>。

以上を要するに、建設法典の制定・1997 年改正により、それ以前の法律・裁判例を土台としつつ、一部において計画維持を謳う規定が整序された。

### (4) 連邦行政裁判所 2004 年 3 月 18 日判決

建設法典の制定・1997 年改正 ((3)) 後に、衡量過程における瑕疵と計画維持規定の (解釈・) 適用が問題となったのが、連邦行政裁判所 2004 年 3 月 18 日判決<sup>118)</sup> (以下、「2004 年判決」という。) であつた。

110) Gesetz über das Baugesetzbuch vom 08.12.1986, BGBl. I 1986 S. 2191.

111) BT-Drs. 10/4630, S. 156.

112) BT-Drs. 10/6166, S. 134f.

113) 政府案では主張期間を設けていなかった (BT-Drs. 10/4630, S. 41.) が、その後またも国土整備・土木建築・都市建設委員会により、この規定が付加された (BT-Drs. 10/6166, S. 134.)。

114) Rolf-Peter Löhr, Das neue Baugesetzbuch - Bauleitplanung, NVwZ 1987, 361 (369); Franz-Joseph Peine, Zur verfassungskonformen Interpretation des §215 I Nr.2 BauGB, NVwZ 1989, 637 (639).

115) BT-Drs. 13/6392, S. 73.

116) BT-Drs. 13/6392, S. 38.

117) 補完手続についてはこれ以上立ち入らないが、詳細は、村上・前掲注 94) 84-85 頁、大橋洋一『都市空間制御の法理論』74-76 頁 (有斐閣, 2008)、湊・前掲注 7) 『都市計画の裁判的統制』347-401 頁、湊二郎「計画確定決定と計画補完・補完手続 (1) (2・完)」立命館法学 391 号 73 頁、73-116 頁、392 号 52 頁、52-92 頁 (2020-2021)。

118) BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, BVerwGE 120, 239.

図4：2004年判決の事案の概要



a 事案の概要

規範統制手続の申立人は、H 地域にある採砂場 (Sandgrube) L の所有者であり、当該採砂場において 1999 年 12 月 31 日まで認可を受けた砂の採掘会社の経営者である (以下、図 4 参照)。申立人は、1999 年 3 月 9 日に公示され、その妥当範囲が採砂場 L にも及ぶ地区詳細計画に対して異議を唱えた。地区詳細計画の目的は、ラント道 422 号 (以下、「L422」という。) の予定路線 (Trasse) を南方向に移動することにより、旧 H 地域を通り抜け交通や重交通から解放し、H 地域の北側と南側との間にある領域全体を都市建設上新たに規律することにあった。

地区詳細計画は、住宅地域や商業地域、建築地域の域内開発のための交通用地 (Verkehrsflächen)、そしてさまざまな機能をもつ緑地 (Freiflächen) に加えて、L422 のための新たな予定路線をも指定する。防音壁を伴う予定路線のために、採砂場 L の北側の一部が指定される。さらに残りの部分について、用途の決まった公園のある公的緑地と林業用地として指定される。文言による指定 7.7 号に従えば、緑地整備計画 (Grünordnungsplan) において 1995 年 8 月 30 日に最

後に変更され 1991 年 1 月 14 日に予定された被申立人の調整措置 (Ausgleichsmaßnahmen) は、地区詳細計画の構成要素である。緑地整備計画は、L422 の予定路線の南側にある採砂場の領域のために、「L422 の新設のためのビオトープ開発および生態系の維持」という詳細に記述された措置を予定する。

規範統制手続における申立人の主な主張は以下の 2 つである。第 1 に、取り消しを求められた地区詳細計画自体に矛盾が存在する。すなわち、関連する緑地整備計画は、調整措置として、近隣の建物から採砂場 L に雨水を浸透させることを予定していたが、地区詳細計画の理由づけによれば、地表水は既存の下水道を通じて排水されるとのことであった。第 2 に、被申立人参事会は、採砂場を埋めることへの会社の経済的利益を誤って重みづけていたため、地区詳細計画には衡量の瑕疵があった。

申立人は許容される上告において、地区詳細計画が無効であることを主張した。この裁判において、主として衡量過程における瑕疵の有無、および建設法典 214 条 3 項 2 文の (解釈・) 適用について、争われた<sup>119)</sup>。

119) この判決においては、以下の 3 点も問題となった。第 1 に、計画策定を補う地区詳細計画が、建設法典 1 条 3 項の意味において必要でない場合はないか (BVerwGE 120, 239 (240ff.))。第 2 に、緑地整備計画によれば予定された雨水貯水地の東側の採掘地に遊び場を作ることになっていたが、地区詳細計画の理由づけによればその

## b 分析

申立人の第1の主張について、次のように述べて、衡量の瑕疵を認定する。

「建設法典9条8項1文、10条3項2文、4文に基づき、地区詳細計画の理由づけは……特に法的拘束力を生じない……。地区詳細計画の理由づけは計画の構成要素ではない……。地区詳細計画の理由づけは、一義的な文言による指定あるいは図面の指定を無視することができず、不明確な条例の規定の解釈に援用できる限りで意味をもつ。緑地整備計画で予定された調整措置は計画の構成要素であり、そして調整措置として採砂場Lに特に隣接する建物地域から雨水を浸透させるための時折貯まる雨水浸透用地（*wechselfeuchte Verrieselungsflächen*）を開発すべきことが緑地整備計画において指示されており、地区詳細計画の文言での指定7.7号における規律は一義的である。……緑地整備計画における上記指示が、雨水浸透用地のために予定された部分を用途の定まった公園のある公的緑地とする図面の指定とも一致するならば、地区詳細計画には問題がなく、解釈の余地はない……。

以上のことから……取り消しを求められた地区詳細計画は、条例制定者の意思によれば有すべきではない規律を含んでいるということは明らかである。計画内容がそれに向けられた衡量決定によって支えられていないため、当該地区詳細計画には衡量の瑕疵が存在する」<sup>120)</sup>。

地区詳細計画における理由づけとは異なり<sup>121)</sup>、緑地整備計画で予定された調整措置は「計画の構成要素」になっていることを前提にすると、「一義的」で「解釈の余地はない」地区詳細計画の文言での指定を無視して、そ

れと矛盾する内容を衡量過程において取り込んではならない。具体的には、近隣の建物から採砂場Lに雨水を浸透させるという調整措置を無視して、それと矛盾する地表水を既存の下水道を通じて排水するという内容を地区詳細計画に含めることは許されない。2004年判決は、第1の主張については、1969年判決（1(1)）や1974年判決（1(2)）等に言及することなく、上記論理から衡量過程における瑕疵を認定した。判例・学説は、2004年判決を、学説における衡量瑕疵論（1(1)c）のいずれかに位置づけようと試みるが、奏功していない<sup>122)</sup>。地区詳細計画における理由づけと緑地整備計画で予定された調整措置との間に齟齬があり、後者を無視してはならないことから、それを手続瑕疵とみなすこともできよう。このように2004年判決は、（一部の）衡量過程における瑕疵と手続瑕疵との区別を相対化するようにも読め、後述する2004年の建設法典改正（3(1)）と通底するところがある。

このように認定された瑕疵は、次の理由から、建設法典214条3項2文の意味において顧慮されるという。

「当該瑕疵は、計画の指定と計画の理由づけの比較から直接明らかになるので、明白である。当該瑕疵は、衡量結果にも影響を及ぼした。なぜなら、条例制定者の実際の意思は、実行に移された場合、異なる指定に至るはずだからである。確かに……下水道を通じて雨水を排水するとしても、同じ場所で雨水浸透用地が指定されることになるかもしれない。しかし、そのような場合の雨水浸透用地は、隣接する建設地域から地表水を取り入れるものではなく、それゆえ緑地整備計画に従えば有するはずの機能、すなわち外部からの雨水の供給によって計画されたL422の建設のた

西側に遊び場が置かれることになっていたことが、9条8項1文等に反しないか（BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, juris, Rn. 18）。第3に、調整措置としての垂直壁についての事実関係に誤りがないか（BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, juris, Rn. 19）。これらの諸点については、これ以上は立ち入らない。

120) BVerwGE 120, 239 (244f.).

121) BVerwG, Urt. v. 18.09.2003 - BVerwG 4 CN 3.02 -, BVerwGE 119, 45.

122) BVerwG, Urt. v. 22.09.2010 - 4 CN 2/10 -, BVerwGE 138, 12; *Bernhard Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl., 2015, Rn. 1699.

めに土壌を舗装すること (Versiegelung) を調節する機能を有しないであろう」<sup>123)</sup>。

1981年判決(2)を引用こそしないが、そこでの準則に従っていることは確かである。明白な瑕疵の例として1981年判決が挙げる、「計画の理由書から……判明する瑕疵」を、2004年判決は認定する。衡量結果への影響についても、1981年判決のいう「それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性」を、2004年判決も計画の書類に基づいて認定する<sup>124)</sup>。

申立人の第2の主張については、次のように簡単に述べて下級審の見解を是認する。

「……被申立人参事会は、申立人の採砂場を埋める利益を認識し、当該利益に相応しい重みをもって衡量に取り容れたという規範統制裁判所の決定は、上告審としては非難できない……。

……被申立人参事会は、非常に範囲の限定された埋める利益のみを、申立人の有利になるように取り容れなければならない……。

……埋めるための権限が初めから基本法14条の財産権にあらず、申立人が単なる法律や行政行為に基づく法的請求権を有せず、それゆえ埋めることへの経済的な利益はわずかな位置価値しか有しないので、(一部の)埋める利益は競合する公益との衡量において後退してもよい」<sup>125)</sup>。

申立人の採砂場を埋める利益(の一部)が、1979年決定や1998年判決のいう、具体的な事実関係において都市建設上レバントな関連がある「衡量上顧慮すべき利益」として描出・解明される(1(3))。参事会は当該利益を認識して正しく重みづけたが、当該利益は基本法上保障されず、且つ経済的なものであって要保護性が低いという。第2の主張についても、1969年判決や1974年判決の判例

理論を引用こそしないものの黙示に踏襲し、学説における衡量瑕疵論(1(1)c)にいう衡量の誤評価・衡量の不均衡の有無を確認している。

このように2004年判決は、第2の主張に対しては、これまでに定着した衡量要請の判例理論を下敷きに判断を下し、第1の主張に対しては、手続瑕疵とも評価できる瑕疵を認定し1981年判決に従って計画維持規定を(解釈・)適用する点で、興味深い。

#### (5) 小括

初期の裁判例(1)とは異なり、1979年改正に伴い計画維持規定が新設されたことで、衡量要請を通じた司法審査が過剰に制限され、衡量要請の具体的事案における機能が損なわれる可能性があった。すなわち、衡量過程について司法審査の対象を限定することを意図して、連邦建設法155b条2項2文で「衡量過程の瑕疵は、それが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」と規定された(以上につき、(1))。この計画維持規定に対する連邦行政裁判所の応答は、衡量過程における瑕疵を従来の裁判例に従い衡量要請を通じて発見し、出訴の途を限定する上記規定を憲法適合的に解釈するというものであった。1981年判決で示された、瑕疵の「明白」性や「衡量結果に影響を及ぼした」ことに関する準則は、その後も暫し参照される。このように、1979年改正後も、衡量要請およびその具体的事案における機能は、変容を遂げていない(以上につき、(2))。1986年の建設法典制定や1997年の同法改正((3))を経ても、同じことがいえる。例えば2004年判決は、一方で、1969年判決から連なる衡量要請の判例理論を黙示に踏襲し、「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明・調整・衡量するという計画策定機関が辿った過程を審査する。さらに同判決は、衡量過程における瑕疵として、手続瑕疵に近似したものを認定して計画維持規定を適用する点でも含蓄に富む(以上につき、(4))。

123) BVerwGE 120, 239 (245).

124) ただし2004年判決は、以上の瑕疵が補完手続に関する建設法典215a条によって除去されるという留保を付す(BVerwGE 120, 239 (245)).

125) BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, juris, Rn. 20ff.

ただし、分析対象としたこの時期の裁判例に共通していえることとして、衡量の瑕疵について控訴裁判所の認定をあっさり是認するなど、初期の裁判例ほど微に入り細を穿った判断をしていない。

このように、連邦行政裁判所は、初期の裁判例から2004年判決に至るまで、衡量要請と具体的事実関係におけるその機能を変容させていない。初期の裁判例において一旦は確立し計画維持規定の導入でその存立基盤が危ぶまれたもののその後も堅持された衡量要請を揺り動かしたのは、ドイツ国内からの改革というよりもヨーロッパ化の文脈においてであった<sup>126)</sup>。そこで、3では、いかなる意味でのヨーロッパ化が、衡量要請を巡る従来の立法および司法（とりわけ連邦行政裁判所）にいかなる影響を及ぼしたのかを分析する。

### 3 ヨーロッパ化

競争法や公共調達法の領域のみならず、環境法・計画法の領域でも、ヨーロッパ化が進展している。ドイツ環境法の領域において、2007年のオーフス条約加盟や各種EUディレクティブ(Richtlinie(独), directive(英), direttivo(伊))の採択により、環境法違反にかかる司法審査の可能性が上げられた<sup>127)</sup>。例えば2006年には、いわゆる環境・法的救済法(UmwRG)<sup>128)</sup>の制定により環境法領域全般にわたり団体訴訟が可能になり、2007年には、いわゆる環境損害法(USchadG)<sup>129)</sup>の制定により行政機関に対

する作為請求権が環境団体に付与されるようになった。計画法の領域においても、EUディレクティブを国内法化するために、環境審査に関する規定とともに、衡量要請に関する規定が建設法典に追加された。このように、もはやヨーロッパ化の文脈から切り離して、都市計画を語ることはできない状況にある。さらに、後述するように、EuGHや連邦憲法裁判所のみならず連邦行政裁判所自身が、1, 2でみた衡量要請に関する判例理論と整合するか問題となる判断を下している。

そこで3では、衡量要請とその具体的な機能および計画維持規定が、ヨーロッパ化によっていかなる変容を遂げたかについて分析する。すなわち、EU法に適合するように建設法典の重要な規定が追加・修正された(1))が、このことが衡量要請それ自体に変更を加えたかということをまず検討する(2), (4), (5))<sup>130)</sup>。さらに、EuGHの判決、あるいは司法審査の在り方(3))が、衡量要請・計画維持規定の解釈・適用にいかなる波及効果を及ぼしうるものであったかを踏み込んで分析する(4), (5))。

#### (1) 建設法典2004年改正

「建設法典のEUディレクティブへの適合に関する法律」によって、建設法典は2004年に改正された<sup>131)</sup>。2004年改正によりいくつかの重要な規定が追加・修正されていることから、まずこのことについて確認する<sup>132)</sup>。なお、2004年改正後にも建設法典は改正を重ねる<sup>133)</sup>が、そこでは衡量要請そのものに実質的な変更を加えうる改正はなされ

126) Marcus Merkel, Die Gerichtskontrolle der Abwägung im Bauplanungsrecht, insbesondere nach der Neuregelung der §§ 2 III und 214 BauGB durch das EAG Bau, 2012; Andreas Voßkuhle/Anna-Bettina Kaiser, Der Bebauungsplan, JuS 2014, 1074 (1076).

127) 大久保規子「環境分野の司法アクセスとオーフス条約——ドイツの環境訴訟への影響を中心として」松本和彦編『日独公法学の挑戦——グローバル社会の公法』297頁, 297-314頁(日本評論社, 2014)。

128) Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz - UmwRG) vom 07.12.2006, BGBl. I 2006 S. 2816.

129) Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden vom 10.05.2007, BGBl. I 2007 S. 666.

130) Dirnberger, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §1 Rn. 141.

131) Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien vom 24.06.2004, BGBl. I 2004 S. 1359.

132) 2004年改正の概要および司法審査との関係に関する邦語文献として、竹之内一幸「建設基本計画と司法による衡量統制——ドイツ建設法典改正を中心に」武蔵野大学現代社会学部紀要6号61頁, 61-71頁(2005)。

133) 例えば, Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21.12.2006, BGBl. I 2006 S. 3316; Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt vom 04.05.2017, BGBl. I 2017 S. 1057.

ていない。

a 「衡量素材の調査・評価」

2004年改正により新設されたのが2条3項であり、当該条文は、「建設管理計画の策定の際には、衡量にとって意味がある利益（衡量素材）が調査され、そして評価されなければならない」と規定する。政府案における理由づけの概要は、以下のとおりである<sup>134)</sup>。

衡量素材の調査・評価を規律する2条3項は、「手続の根本規範 (Verfahrensgrundnorm)」である。同規定は、衡量上顧慮すべき利益を調整・衡量することが諸利益を秩序に適合するように調査して適切に評価することを前提とするという、衡量要請から生ずる従来の法状態に合致する。衡量素材の調査・評価の要素は、建設管理計画の案についての理由書の作成(2a条)、公衆および行政庁参加の実施(3条から4a条)である。これに続くのが、調査・評価された利益を、建設管理計画に関する議決において考慮することである(2条3項)。同規定は、利益の調査・評価に焦点を合わせる計画環境審査およびプロジェクト環境適合性審査ディレクティブの手続構造にも合致する。改正法下における衡量素材の調査・評価は、特に現行法を超えるような「探索手続」ではない。

このように立法者は、衡量要請の実体的な要請を一部手続的な要請に変換しようと考えた。このような考えは、手続瑕疵に似たものを認定した2004年判決(2(4))とも通底する。国内法をEU法の基準を通じて新たに方向づけるこの立法に、当時の学説の多くも賛同した<sup>135)</sup>。また、衡量過程のうち現実にとった行動(コミュニケーション)としての(外的)側面と、衡量過程のうち自らの判断

の論証という(内的)側面を意識的に峻別し、前者を2a条から4a条が、後者を「衡量素材の調査・評価」に関する2条3項が、それぞれ規律するようにみえる。

b 「衡量素材の調査・評価」の瑕疵の効果

今みた「衡量素材の調査・評価」に瑕疵があった場合と結びつくのが、214条1項1文1号である。同号は、「2条3項に違反して、ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう、計画策定に関わる利益が、本質的な点において適切に調査又は評価されなかった場合であって、しかも当該瑕疵が明白であり且つ手続の結果に影響を及ぼした場合に限って……土地利用計画及び条例の法的効力にとって顧慮される」と規定する<sup>136)</sup>。政府案における理由づけの概要は、以下のとおりである<sup>137)</sup>。

214条1項1文1号は、EU法上の手続基準によって惹起された、実体法上の衡量過程から計画策定に係る諸利益の調査・評価という手続関連の要素への転換を、計画維持に関する規定であとづける。衡量過程における瑕疵、および新設される1号の意味における手続瑕疵が存在するのは、事案の状況に応じて調査・評価されなければならなかった計画策定に係る諸利益がそもそも調査・評価されなかった場合、あるいは調査された諸利益の意味が見誤られた場合である。

政府案における理由づけでは、新設される2条3項および214条1項1文1号が、一方で手続基準を重視する<sup>138)</sup>ヨーロッパ化の影響を受けながら、他方で計画維持規定として残されることが明示される。同時に、衡量過程における瑕疵と「衡量素材の調査・評価」の瑕疵は、学説における衡量瑕疵論のカテゴ

134) BT-Drs. 15/2250, S. 42.

135) Ingo Kraft, Gerichtliche Abwägungskontrolle von Bauleitplänen nach dem EAG Bau, UPR 2004, 331 (332); Wilfried Erbguth, Abwägung auf Abwegen? - Allgemeines und Aktuelles, JZ 2006, 484 (491).

136) 当初の政府案における同号の規定は、「2条3項の意味において、ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう、計画策定に関わる利益が、本質的な点において適切に評価又は評価されなかった場合。但し、個別の場合の事情に応じて、当該瑕疵が手続の結果に影響しなかったことが明白である場合には、顧慮されない。」というものであった。しかし後述するように、連邦参議院(Bundesrat)や連邦政府(Bundesregierung)内の議論で再度採られた結果、本文中の内容に落ち着いた(BT-Drs. 15/2250, S. 96.)。

137) BT-Drs. 15/2250, S. 63.

138) BT-Drs. 15/2250, S. 62.

リーのうち衡量の不足と衡量の誤評価をいうとの立場をとるようである(2)でも後述する)。ここでの立場は、衡量過程の瑕疵に衡量の欠落・衡量の不均衡をも織りこむ1974年判決の考え方とは若干整合しないが、同判決に向けられた批判(1(2))に耳を傾けつつ、概ね従来の衡量要請の判例理論を維持することを意図したものである<sup>139)</sup>。

また、214条3項2文についての当初の政府案は、改正後の手続規定たる2条3項と計画維持規定たる214条1項1文1号が、現行法および連邦行政裁判所の判例理論に基づく衡量過程への要求と改正前214条3項2文の計画維持規定に取って代わることを予定していた<sup>140)</sup>。

#### ○ 「衡量素材の調査・評価」と「その他の衡量過程」

しかしこれらの予定どおりにはならず、結局、「衡量素材の調査・評価」とは区別される「その他の衡量過程」というものが、214条3項2文後段に組み込まれた。同規定は、政府提出法案には存在しなかったが、以下の経緯により追加された。

政府案提出後に連邦参議院(Bundesrat)は、現行法のもとで達成された建設管理計画の存続力が、政府案の規定においても維持されたままであることが確保されるかをさらに検討すること、そして、必要であれば必要な補完を提案することを要請している。また、「調査・評価」という概念をもって衡量過程へのあらゆる要求が満たされるかどうかも検討する必要があるというのが、連邦参議院の意見である<sup>141)</sup>。

これに対して、連邦政府(Bundesregierung)は次のように応答した<sup>142)</sup>。214条3

項2文後段の新設によって、衡量過程における特定の瑕疵の有意性に関する同文における従前の規律には、補完的な意味のみが認められる。例えば、「調査・評価」という概念が、狭く解釈されて衡量要請へのあらゆる要求を捉えない場合であっても、従前の規律によって達成されていた建設管理計画の存続力が少なくとも維持されたままであることが確保される。

こうして214条1項1文1号とは別に、同条3項2文後段が新設され、「その他の場合においては、衡量過程における瑕疵は、それらが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」という規定が設けられた。以上の経緯に鑑み、同規定を「不安条項(Angstklausel)」と呼ぶことがある<sup>143)</sup>。2004年改正のコロラリーとして、衡量過程が控除的に2つに切り分けられ、2つの異なる(ように見える)計画維持規定を備えるようになった。ただし、214条1項1文1号および214条3項2文後段の主張期間の制限については、2004年改正で2年に統一された<sup>144)</sup>。

なお、補完手続について定めていた従来の215a条(2(3))は、214条4項がその役割を受け継いだ。同項は、「土地利用計画又は条例は、瑕疵の除去のための補完手続によって遡及的に施行することもできる」と規定する。

以上を要するに、2004年改正の立法者は、概ね、従来の衡量要請に関する判例理論や計画維持規定の解釈・適用を変えようとする目論見はないといえる。EU法に適合するように追加・修正されたこれらの衡量過程についての規定(2条3項、214条1項1文1号お

139) これらの規定を制定するにあたって下敷きとなった見解として、Günter Gaentzsch, Aktuelle Fragen zur Planerhaltung bei Bauleitplänen und Planfeststellungen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, UPR 2001, 201 (201ff.).

140) BT-Drs. 15/2250, S. 64f.

141) BT-Drs. 15/2250, S. 87f.

142) BT-Drs. 15/2250, S. 96.

143) Wilfried Erbguth, Rechtsschutzfragen und Fragen der §§214 und 215 BauGB im neuen Städtebaurecht, DVBl 2004, 802 (807f.); Hans-Gerd Pieper, Teilweiser Abschied von der materiellen Abwägungsfehlerlehre im EAG-Bau-Folgen für die Rechtmäßigkeitsprüfung des Bebauungsplans, JURA 2006, 817 (819f.).

144) BT-Drs. 15/2250, S. 96. その後、2006年の建設法典改正により、主張期間が1年に短縮された(BT-Drs. 16/2496, S. 17.)。

よび214条3項2文後段)が、司法の側でどのように受け止められたのかについては、(2)以下で確認する。

#### d 衡量「結果」における瑕疵

ここまでみてきたとおり、2004年改正は、主として衡量「過程」に関する規定を新設・改変したものであるが、衡量「結果」に関する重要な変更点についても、一言触れておきたい。

衡量結果における瑕疵については、主張期間に制限がなくなった。政府案によれば、これは次の理由による<sup>145)</sup>。衡量結果における瑕疵が存在するのは、計画策定に係る諸利益の調整が、個々の利益の客観的な重みと比例しない方法で行われる場合に限られる。そのような計画策定決定は、法治国原理(基本法20条3項)の現れとしての衡量要請に違反し、憲法上の理由から有効でない。衡量結果が全く維持できないそのような重大な場合においては、主張期間の経過による瑕疵の治癒は正当化されない。法的安定性や土地利用計画および条例の存続保障の観点からも、衡量結果における瑕疵に関する司法審査を制限するための期間の規律は必要ない。

政府案における理由づけは、衡量結果における衡量要請違反が衡量の不均衡にのみ関わるとの立場のようである。ここでも、衡量結果における瑕疵に衡量の不足・衡量の誤評価をも織りこむ1974年判決とは異なる立場が採用されているが、これも学説上の批判(1(2))を受容したうえで、概ね従来の衡量要請の判例理論を維持することを企図したものである。また、衡量結果に瑕疵のある計画は、建設法典1条7項のみならずより高次の法治国原理にも違反し、主張制限を設けることができないという。

衡量結果における衡量要請違反が認められた例は少ないが、その一例として、連邦行政裁判所2015年5月5日判決<sup>146)</sup>を、(5)で分析する。

#### (2) 連邦行政裁判所2008年4月9日判決 衡量要請規定や計画維持規定について、

2004年改正で一応の立法上の手当がなされた(1)ものの、未だ残された問題は山積している。衡量過程に関する規定(2条3項、214条1項1文1号)について一定の整理を試みたのが、連邦行政裁判所2008年4月9日判決<sup>147)</sup>(以下、「2008年判決」という。)であった。ヨーロッパ化の影響を受けたこれらの規定が、衡量要請とその具体的な機能を変容させたのか、以下で分析する。

#### a 事案の概要

申立人は、被申立人がケルンのニュータウンの一部地域のために作成した地区詳細計画に対して異議を申し立てた(以下、図5参照)。

計画地域は、6階以下の高さの建物をもって建設されている。2階以上は圧倒的多数が、1階は大部分が、居住用建物である。特にRathenau広場とMeister-Gerhard通りの南東部には、特に1階にレストラン、バー、ディスコ、スナック等が集まる。

2003年11月20日に決定され、2003年12月10日に公示された地区詳細計画は、住宅用と商業用途のさらなる混在を阻止することを目的とする。この地区詳細計画は、Meister-Gerhard通りの北西の地域には一般住宅地域を、南東の地域には特別住宅地域を、そしてRathenau広場には公的緑地を指定する。さらに特別住宅地域の内部で、WB/1からWB/5まで名づけられた区域について、文言により別途指定する。WB/1の領域内では、飲み屋やレストランが禁止される。

申立人は、家屋の1階に所在する、自身が借りる部屋で、カクテルバーを経営する。申立人は、バーを地下階に拡張したいという。その営業地は、WB/1として指定された。

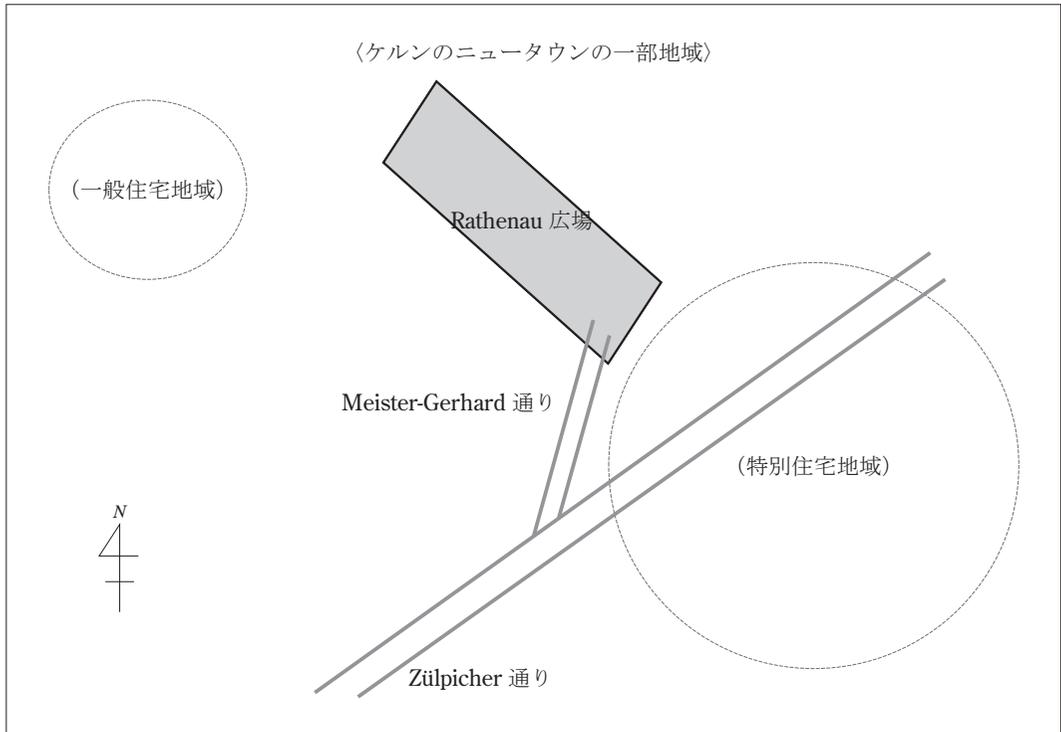
そこで申立人は、規範統制申立において、既存の事業者が計画法上許容できないものにする範囲を被申立人が誤認していたと主張した。特に、その側をWB/1とWB/2との間の用途境界が走っているZülpicher通り沿いの8事業者、および中心地域に典型的な娯楽場所であるとして特別住宅地域では許容でき

145) BT-Drs. 15/2250, S. 65f.

146) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, NVwZ 2015, 1537.

147) BVerwG, Urt. v. 09.04.2008 - 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100.

図5：2008年判決の事案の概要



ない3つのディスコを、今後も許容されるものとして被申立人が誤って評価していたという。

上級行政裁判所は、2006年11月27日、2つの文言による計画地域の南側（特別住宅地域）の指定を部分的に無効であると宣言し、その他の計画地域の北側（一般住宅地域、公的緑地）の指定については、申立てを却下した。

この上級行政裁判所の判決に対し、申立人は、計画全体が無効であるとして適法な上告を申し立てた。この裁判において、主として建設法典2条3項と214条1項1文1号の解釈が問題となった<sup>148)</sup>。

#### b 分析

2008年判決は、まず衡量の瑕疵として、

被申立人が、①3つのディスコは中心地域に典型的であり、したがって特別住宅地域において例外的にも許されない（建築利用令（BauNVO）4a条3項2号）ということに誤認した可能性、②WB/2とWB/1との間の用途境界が建造物を通して走っているため、Zülpicher 通り沿いの8事業者が後面の敷地部分を飲み屋やレストランとして利用することが計画法上許されなくなるということに誤認した可能性を認定する<sup>149)</sup>。1981年判決は、計画策定機関が景観保護規則を誤解していたという瑕疵を認めた（2(2)）が、2008年判決でも同様に、①被申立人が遵守すべき建築利用令の規律を誤解していたという「衡量素材の調査・評価」の瑕疵を認める。このように①の瑕疵は、1981年判決と同じく従来の

148) この判決においては、以下の3点も問題となった。第1に、申立人に申立適格が認められるか。第2に、地区詳細計画を北側と南側の2つの地域に分けて、規範統制申立の審査をすることが許されるか（BVerwG, Beschl. v. 18.07.1989 - 4 N 3.87 - BVerwGE 82, 225; BVerwG, Beschl. v. 04.06.1991 - 4 NB 35.89 - BVerwGE 88, 268.）。第3に、被申立人が、地区詳細計画の策定の際に居住機能を強め、商業用途を押しとどめるといふ、1つの計画上のコンセプトを追求できるか。これらの諸点には立ち入らない。

149) BVerwGE 131, 100 (104f.).

衡量要請に関する判例理論からも説明できないではない。次に、② Zülpicher 通り沿いの事業者の利益を適切に調査・評価しなかったことを、「衡量素材の調査・評価」の瑕疵として認定する。②の瑕疵についても、これまでの判例理論や学説における衡量瑕疵論から書き表すことができる。

こういった「衡量素材の調査・評価」の瑕疵が顧慮すべきものであるかどうかについては、2004年改正後の建設法典214条1項1文1号に従って判断される。その判断の前に、衡量要請と「衡量素材の調査・評価」(2条3項)との関係について、先にみた政府案における理由づけ((1)a)を引用しながら、大要、次のように述べる<sup>150)</sup>。

2条3項は衡量にとって意味のある利益の調査・評価を要求するが、その要求の程度は従来の衡量要請の判例理論が衡量過程に要求していたものと水準である。また、立法者の意図は、「手続の根本規範」たる2条3項において、計画策定に関係する諸利益全体の調査・評価を手続関連の義務として形を整え、この義務に適合するような計画維持の規定を設けることにあった。2条3項は、連邦行政裁判所の判例において発展してきた、計画策定に関係する諸利益が必要な衡量素材に数えられるという前提があって、初めて成り立つ。計画維持のために、2004年改正法はこれらの前提を法律に取り容れた。

このように、連邦行政裁判所は、2004年改正の政府案における理由づけを是認して、2条3項の新設は従来の衡量要請の判例理論を変えるものではなく、その一部を手続的な要請に転換するものであると述べる。2008年判決前後の学説も、2004年改正が衡量要請に関する法制度・判例理論を変更するものではないと述べていた<sup>151)</sup>。さらにそのような2条3項に対応するように、計画維持規定としての214条1項1文1号も整えられたという((1)b)。もっともここでは、「衡量素材の調査・評価」の定義・範囲を設けるといっ

た議論はなされなかったため、そういった議論は先送りにされる。

以下では、214条1項1文1号における各要件の解釈・適用について分析することで、改正前の計画維持規定ひいては衡量要請そのものを変容させているかを確認する。先に結論をいえば、2008年判決は、214条1項1文1号をこれまでの計画維持規定や衡量要請の判例理論と積極的に接続するように読み替えている。まず、「ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう」という要件について、次のように解釈する。

「連邦行政裁判所の判例に従えば、計画決定の際にゲマインデに認識可能でない利益は、衡量上顧慮すべきものではない。計画官庁が『見て』いないものや問題となる事情に従って『見る』必要もないものを、衡量の際に考慮することはできず、考慮する必要もない……。ゲマインデが、自身に知られていたまたは知られていなければならなかった計画策定に関係する諸利益を調査していない場合に限り、手続瑕疵の原因となる。214条1項1文1号は、このことを計画維持のためにはつきりさせる」<sup>152)</sup>。

2008年判決は、「ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう」利益でなければ「衡量上顧慮すべき利益」でありえないと述べて、「衡量上顧慮すべき利益」に関する1979年決定や1998年判決(1(3))を、「衡量素材の調査・評価」に関する2条3項や計画維持規定たる214条1項1文1号に読み込む。EU法に適合するように諸規定が新設されたが、そのことが従来の衡量要請の定式を変えるものではないということがこの判示にも現れている。

そして「計画策定に関わる利益」、および上級行政裁判所が誤解しているという「本質的な点」の解釈について、次のように展開す

150) BVerwGE 131, 100 (104ff).

151) Werner Hoppe, Die Abwägung im EAG Bau nach Maßgabe des §1 Abs. 7 BauGB 2004, NVwZ 2004, 903 (905); Michael Happ, Neues zur Abwägung (§1 VII BauGB)?, NVwZ 2007, 304 (307); Merkel, a.a.O. (Fn. 126), S. 283f.

152) BVerwGE 131, 100 (106f).

る。

「連邦行政裁判所の判例に従えば、ゲマインデが衡量の際に自身に知られている利益を考慮しなければならないのは、当該利益が具体的な計画策定状況において都市建設上レバントな関連を有する場合に限られる。さらに、低価値であるか非難すべき利益、およびその存続に保護に値する信頼が存在しない利益は衡量上顧慮すべきものではない……。衡量上顧慮すべきでない利益は214条1項1文1号の意味において本質的ではないので、そのような瑕疵は顧慮すべきではない。これに対して、ゲマインデが計画策定に関する諸利益の1つを、具体的な計画策定状況において衡量のために意味がある点において適切に調査・評価しなかった場合、この点は『本質的』である」<sup>153)</sup>。

上級行政裁判所が「本質的な点」該当性について、「計画策定にとって本質的な問題における重大な誤評価」が必要であるとの立場に立った<sup>154)</sup>のに対し、2008年判決は、「計画策定に関わる利益」すなわち「衡量上顧慮すべき利益」該当性と「本質的な点」該当性を一体的に解釈する。前者への該当性が、「具体的な計画策定状況において都市建設上レバントな関連を有する場合」には肯定されるが、「低価値であるか非難すべき」場合や「その存続に保護に値する信頼が存在しない」場合には否定されることは、1979年決定や1998年判決で分析したとおりである(1(3))。さらに、「衡量上顧慮すべき利益」の解釈が「本質的な点」の解釈に流れ込んだ結果、「計画策定に関する諸利益の1つを、具体的な計画策定状況において衡量のために意味がある点において適切に調査・評価しなかつ

た場合」には、「本質的な点」該当性が肯定される。

さらに、衡量過程における瑕疵が「手続の結果に影響を及ぼした」かについて、2004年改正前の条文について示した1981年判決の準則(2(2))を引いた後に、次のように述べる。

「……衡量の際に関係する利益の重みづけも、結果の有意性に意味をもつことがありうる……。2004年改正法の発効前は、計画策定に関する諸利益の調査・評価における瑕疵は、衡量過程における他の瑕疵とは区別されていなかった。……2004年改正法の立法者は、計画策定に関する諸利益の調査・評価を、もはや実体法上の衡量過程の一部としてではなく、手続関連の義務として理解しようと考え、そしてこの考え方の転換を計画維持のためにもあとづけようと考えた……。2004年改正法の立法者は、衡量過程における瑕疵が顧慮すべきものであるかを、追加の要件に従属させないようにした」<sup>155)</sup>。

2008年判決は、「手続の結果に影響を及ぼした」(214条1項1文1号)といえるのかについては、1981年判決の準則に従って判断し、「追加の要件に従属させない」と述べた。既に述べたとおり2004年改正により、214条1項1文1号と214条3項2文後段という文言上異なる規律が生まれた((1)c)。これに対して2008年判決は、214条1項1文1号と214条3項2文後段は、いずれも1981年判決以来の判例理論に従って、同水準の要求をもって充足性を判断すべきことを示唆する。実際にその後の裁判例も、両規定の要求水準を同じに保つ<sup>156)</sup>。また、連邦行政裁判所の裁判官自身も、計画維持規定に関

153) BVerwGE 131, 100 (107).

154) BVerwGE 131, 100 (105f).

155) BVerwGE 131, 100 (108).

156) 関連裁判例として、連邦行政裁判所2007年3月22日判決は、認定された衡量の瑕疵が「衡量素材の調査・評価」の瑕疵であるか「その他の衡量過程」の瑕疵であるかを問わず、214条3項2文後段は瑕疵の有意性について214条1項1文1号の要求水準を超えるものではないため、異なる結論は生じないという(BVerwG, Urt. v. 22.03.2007 - 4 CN 2/06 -, BVerwGE 128, 238.)。連邦行政裁判所2012年12月13日判決も、214条1項1文1号と214条3項2文後段との区別を相対化する(BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1/11 -, BVerwGE 145, 231.)。

する従来の実務を変えるものではないと自己評価する<sup>157)</sup>。

なお、2008年判決は、瑕疵の「明白」性については十分に述べていないが、これは1981年判決が「衡量素材の調査・評価」の瑕疵を「明白」な瑕疵として例示していた(2(2))ためと思われる。瑕疵の「明白」性の解釈についても、1981年判決以来の判例理論を黙示に踏襲するようである。

以上を要するに、連邦行政裁判所は、一般論のレベルにおいては、ヨーロッパ化の影響を受けた諸規定が従来の衡量要請や計画維持規定を変容させていないと考えるようである。さらに、あてはめや事案の見方のレベルでの変化がみられないかについて、以下で分析する。次の説示は、「計画策定に関わる利益」、「本質的な点」に関わる。

「南側計画地域にある既存の3つのディスコが中心地域において計画法上許容できるかどうか、そしてWB/1として指定される後面の敷地部分にあるZülpicher通り沿いの飲み屋やレストランが計画法上の許容性を失わせるかどうかという問題は、214条1項1文1号の意味における本質的な点に関わる。関係する土地の所有者や事業者が有する、自身が行う利用が全面的に計画法上許容されるままであることへの利益は、衡量上レバントである。問題となっている利用が本件の場合に保護に値しないものか、あるいは低価値であるものとして関係しうるかということを、上級行政裁判所は確定していない。行われる利用が地区詳細計画によって計画法上どの範囲まで許容されなくなるかということが現状調査の過程で完全に把握された場合に限り、計画策定に消極的に関係する諸利益を衡量することができるという考えを、被申立人自身も出発点としていた」<sup>158)</sup>。

ここではまず、問題となる利益が特定される。そこで特定された利益は、計画策定機関

に知られ、「衡量上顧慮すべき利益」であるにもかかわらず、「具体的な計画策定状況において衡量のために意味がある点において適切に調査・評価しなかった」という。あてはめレベルにおいても、「計画策定に関わる利益」と「本質的な点」の両者を一体的に判断する。

さらに、「手続の結果に影響を及ぼした」かについて、被申立人が問題となっている「衡量上顧慮すべき利益」を適切に調査・評価したならば異なる計画をしていたであろうという具体的な可能性を否定することができるとして、①②の瑕疵の要件充足性をいずれも否定する。まず、①の瑕疵についていう。

「……被申立人は、既存の住宅のためではない利用の『多数』を消極的な存立保護に置くということ認識していた……。したがって、いかなる利用が個々にその計画法上の許容性を失わせるかということは、衡量にとって重大ではなかった。被申立人が、居住者の利益に対向するディスコに、居住を妨害する他の利用よりも大きな重みを認めるべきであった理由を、申立人は説明しなかったし、この理由は明らかでもなかった。現状調査において記録された合計33の事業者あるいは多かれ少なかれ若干の事業者が消極的な存立保護に置かれるかどうかを、上級行政裁判所は『傍注 (Marginalie)』として判定していた……。被申立人が、3つの既存のディスコ……が中心地域に典型的なものとして格づけられるということ認識していたならば、特別住宅地域の代わりに他の種類の建設上の用途を指定することを決定していたであろうという根拠は、認識できない」<sup>159)</sup>。

①の瑕疵については、仮に3つのディスコが中心地域に典型的なものであると認識し、適切に調査・評価していたとしても、当該ディスコの利益に高い要保護性を認めなかったであろうということから、手続の結果への

157) Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 17/2008 Anm.3, unter D. 同様に評価する学説につき, Ute Mager, Neues zum Abwägungsgebot?, JA 2009, 398 (398ff.).

158) BVerwGE 131, 100 (108).

159) BVerwGE 131, 100 (109).

影響が否定されている。手続の結果への影響や利益の要保護性に関する説明責任を申立人に課しているようにみえる点も、興味を引く(この点につき、(3)で後述する)。続いて、②の瑕疵についていう。

「既に述べた Zülpicher 通りの北側の飲み屋やレストランは、地区詳細計画によって全体として計画法上許容されなくなるわけではなく、せいぜい Zülpicher 通りに面した後面の建物部分で計画法上許容されなくなる。文言による指定 14 号に従えば、当該建物部分において、計画法上許容される 1 階と地下 1 階にある飲み屋やレストランの附帯施設や施設は、例外として許容されうるといふ。関係建物部分において行われる利用が、消極的な存立保護に置かれる限りで、上級行政裁判所はこの結果を……同じく『傍注』として格づけした……。さらに、計画法上基本的に許容される Zülpicher 通り沿いの事業者への侵害は、その後被申立人が仮に当該侵害を現状調査においてより詳細に把握していたならば、既存の事業を無視した計画をしてでも住居の静穏を保護するという自身の目的を大きく後退させていたかもしれないほどの重みをもたない」<sup>160)</sup>。

②の瑕疵についても、仮に Zülpicher 通り沿いの事業者の利益を認識し適切に調査・評価していたとしても、事業者の利益には高い要保護性が認められず、その侵害の程度は大きくなかったであろうことから、手続の結果への影響が否定されている。

以上を要するに、2008 年判決は、2 条 3 項については、これまでの衡量要請の判例理論を変えるものではなくその一部を手続的な要請に転換するものであると述べ、計画維持規定については、その解釈・適用に従来の計画維持規定・衡量要請の判例理論を積極的に読みこむ。2004 年改正によって衡量要請が変容を被っていないことは、2008 年判決以前の学説の評価とも軌を一にしていた。

### (3) EuGH による司法審査

ヨーロッパ化は、EU 法を国内法化する場面に限ってみられる法現象ではない。EU 法は、EuGH と加盟国の国内裁判所との相互影響関係、ひいては裁判官対話 (judicial dialogue) をもとに形成されてきた。EuGH の先決問題移送手続 (The preliminary reference procedure, AEUV 第 267 条) のルートで国内法規定が EU 法に反していると判断されることもあれば、EuGH による司法審査の在り方が国内裁判所のそれに対し影響を与えることもある。環境法の領域でいえば、EuGH により、個人の権利を根拠づける環境法規違反の主張を要求していた環境・法的救済法の規定が、EU 環境アセスメントディレクティブに違反すると判断された例がある<sup>161)</sup>。

これまで、建設法典上の衡量要請や計画維持規定が EC 法・EU 法に適合するかについて、EuGH が直接判断を下したものは、管見の限り存在しない。しかし、2010 年代に入ってから先決問題移送手続を通じて、建設法典上の計画維持規定の規律内容に類似する規定が EU 法に適合しないと判断された EuGH の裁判例がいくつか存在する。これらの裁判例あるいはその司法審査の在り方が、建設法典上の衡量要請や計画維持規定の解釈・適用に変容を加える可能性は否定できない。

そこで(3)では、現在の EuGH が、建設法典上の計画維持規定に類似する規定について、いかなる EU 法適合性審査を行っているのかを確認する。具体的には、当時の環境・法的救済法 4 条 3 項の EU 法適合性に関する 2013 年 11 月 7 日判決 (a) と、当時の行政手続法 (VwVfG) 46 条の EU 法適合性に関する 2015 年 10 月 15 日判決 (b) を紹介・分析する。その後、これらの諸判決が、衡量要請を巡るドイツ国内での司法審査に対し、いかなる範囲でいかなる波及効を及ぼすのか、判決の射程を考える (c)。

#### a EuGH2013 年 11 月 7 日判決

許認可の取消事由を必要な環境アセスメントが実施されなかった場合に限定していた、

160) BVerwGE 131, 100 (110).

161) EuGH, Urt. v. 12.05.2011 - C-115/09 -, NVwZ 2011, 801.

当時の環境・法的救済法4条3項<sup>162)</sup>のEU法適合性について判示したのが、EuGH 2013年11月7日判決<sup>163)</sup>(以下、「2013年判決」という。)である。抵触が問題となったEU法は、手続瑕疵によって無効にされる決定の適法性に異議を唱えることを可能にする訴権を要求していた(ディレクティブ2003/35で挿入された環境アセスメントディレクティブ85/337第10a条)<sup>164)</sup>。当該EU法の規定は、2005年6月25日までに、国内法に転換されることが予定されていた。

原告らは、ライン川の洪水対策のために行われる大規模な洪水貯水池設置工事により影響を受ける土地の所有者または賃借人であった。原告らは、申請(2002年1月31日)に対する当該工事の計画認可決定(2006年6月20日)が無効であるとして、行政裁判所に提訴した。原告らの主張によれば、洪水対策のために事前に行われた環境アセスメントに重大な瑕疵があった。連邦行政裁判所は、以下の3点のために、事件を先決問題移送手続に付した<sup>165)</sup>。

第1に、国内法への転換期限の2005年6月25日以前に計画認可手続が開始された場合であっても、それ以後に付与された認可については、環境アセスメントディレクティブ10a条の適用対象となるか。第2に、第1の点を肯定するならば、同条は、環境アセスメントがそもそも実施されていない場合のみならず、瑕疵ある環境アセスメントが実施された場合にも適用されるか。第3に、第2の点を肯定するならば、同条は、事件の状況に照らして瑕疵がなければ争われた結果が異なっ

ていたであろうという可能性、およびそれによって実体的な法的地位が影響を受ける可能性の証明を要求するものであるか<sup>166)</sup>。

EuGHは、第1の点を肯定したうえで、第2の点については、司法裁判所への幅広いアクセスを確保するという環境アセスメントディレクティブ10a条の目的に鑑み、同条は環境アセスメントがそもそも実施されていない場合に限られず、(特に重大な)瑕疵ある環境アセスメントが実施された場合にも適用されるとの目的論的解釈を示す<sup>167)</sup>。

本稿にも関連する、第3の点の前段の可能性については、ドイツの環境・法的救済法と結びつけて次のように述べる。なお、第3の点の後段の可能性は、割愛した<sup>168)</sup>。

「……本件のように自国の法制度に規定がある場合、いかなる権利が損なわれた場合に環境に関する訴訟を提起しうるかを、ディレクティブ85/337第10a条によって定められる制限内で決定するのは加盟国であるが、環境の質の維持、保護、改善に貢献し人間の健康を保護することを目指して一般公衆に幅広く司法へのアクセスを与えるために加盟国が当該目的のために定めた条件が、当該ディレクティブによって付与された権利の行使を実際不可能または過度に困難にしてはならない」<sup>169)</sup>。

2013年判決は、一般公衆に幅広く司法へのアクセスを与える目的のために定められた条件が、ディレクティブにより付与された権利の行使を過度に困難にしてはならないとの

162) 同規定の立法経緯につき、BT-Drs. 16/2495, S. 14.

163) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 -, NVwZ 2014, 49.

164) 2013年判決以前に同規定の解釈が問題となった先例として、EuGH, Urt. v. 12.05.2011 - C-115/09 -, NVwZ 2011, 801. がある。

165) BVerwG, Beschl. v. 10.01.2012 - 7 C 20/11 -, NVwZ 2012, 448.

166) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 20.

167) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 36f. なお、2013年判決の論告担当官(Advocate general) Pedro Cruz Villalónは、環境・法的救済法4条1項および行政手続法46条が、環境アセスメントに瑕疵がある場合にも認可決定の取消しを認めているというドイツの意見に対して、EuGHが各国内法を解釈する管轄をもたないとの論告を付している(EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - opinion, Rn. 64.)。

168) 第3の点の後段の可能性については、EuGH自身が判断する必要はないと述べる(EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 55f.)。その代わりに、論告担当官 Pedro Cruz Villalónがこの点を詳述する(EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - opinion, Rn. 92ff.)。

169) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 46.

目的論的解釈を行う。

そして、次のように述べる。

「……訴えられた手続瑕疵と最終的に争われた決定の内容との間に因果関係がなければならぬという基準（『因果関係の基準』）について、以下のことに注意すべきである。……手続瑕疵を訴える可能性を、当該瑕疵が争われている最終決定の趣旨に影響することを条件としてかからせることは、〔EU〕立法府の意図するところではなかった。

さらに、当該ディレクティブの目的の1つが、特に、環境に重大な影響を及ぼしうる公共事業および民間事業に関連する環境アセスメントについて、公衆がより良く知らされ、より参加できることを確保するための手続保障を導入することにある点に鑑みれば、その分野を支配する手続ルールが遵守されているかどうかを確認することは特に重要である。したがって、原則として、関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えるという目的に従い、当該公衆が当該ディレクティブの対象となる決定の適法性に異議を申し立てる訴えを支える、あらゆる手続瑕疵を訴えることができればならない。

それにもかかわらず、必ずしもあらゆる手続瑕疵が、当該決定の趣旨に影響を及ぼしうる結果をもたらすとは限らず、したがってそれを申し立てる当事者の権利を毀損するとは考えられていない。かくなるうへは、加盟国の法に基づき、そのような種類の瑕疵に依拠する申立人は自身の権利が毀損されていない……場合、関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えるというディレクティブ 85/337 の目的が損なわれるようには思われない。

その点で、当該ディレクティブ 10a 条は、加盟国の、何が権利の毀損を構成するかの決

定に、広い裁量を残している……」<sup>170)</sup>。

再び目的論的に解釈を施して、原則としてあらゆる手続瑕疵を訴えることができなければならないという。ただし、あらゆる瑕疵が常に結果に影響し当事者の権利を毀損するわけではなく、そうだとしても EU 法の目的に反しないことが述べられる<sup>171)</sup>。

続けて 2013 年判決は、手続瑕疵と決定との間の因果関係の要否・存否に関する論点を、訴訟上の立証責任の分配に関する論点に変換する。以下の指摘は、論告担当官 (Advocate general) である Pedro Cruz Villalón の論告には見られないため、判決の論理を特に丹念に追う必要がある。

「そのような状況では、事件の状況からみて訴えられた手続瑕疵がなくても争われた決定は異なっていなかったであろう可能性が実証的に存在するならば、国内法が当該ディレクティブ 10a 条 (b) の意味における権利の毀損を認めないことは許容しうるであろう。

しかし、本件手続に適用可能な国内法に関していえば、権利の毀損を立証するために、事案の状況によれば訴えられた手続瑕疵がなければ争われた決定が異なっていたかもしれないことの立証が、一般に申立人に課されているようである。因果関係の基準を適用するために訴訟提起者に立証責任を転嫁することは、特に問題となっている手続の複雑さと環境アセスメントの技術的性質に鑑みれば、ディレクティブ 85/337 によってその者に付与される権利の行使を、過度に困難にしうる。

したがって、当該ディレクティブ 10a 条に基づきこのように生じる新たな要件が意味するのは、因果関係の基準に照らして、当該条文の対象となる司法裁判所または司法機関

170) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 47ff.

171) 論告担当官 Pedro Cruz Villalón によれば、加盟国には 10a 条の実施にある程度の裁量が認められるが、この裁量は、第 1 に類似の国内状況を規律するものよりも不利であってはならず、第 2 に EU 法によって付与される権利の行使を過度に困難にしてはならない（この点は本文で述べる）という 2 点から、制限を受ける (EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - opinion, Rn. 83.)。同旨、Wolfgang Kahl, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, VerwArch, 2004, 1 (13f.); Wolfgang Durner, Die behördliche Befugnis zur Nachbesserung fehlerhafter Verwaltungsakte, VerwArch 2006, 345 (347); Thomas von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 541.

が、立証責任を申立人に一切負わせることなく、しかし適切な場合にデベロッパーや所管官庁によって提供される証拠やより一般に当該裁判所または機関へと提出される事件簿書類に依拠することによって、申立人により主張される手続瑕疵がなくとも争われた決定は異なっていなかったであろうという見解をとる立場にあるのでなければ、権利の毀損が排除されえないということである。

かかる評価を行うにあたっては、関係する司法裁判所または司法機関は、特に主張される瑕疵の重大性を考慮に入れること、および特に当該瑕疵が、ディレクティブ 85/337 の目的に従って公衆が情報にアクセスし意思決定に参加する権限を付与されることを可能にするために導入された保証の 1 つを、当該公衆から奪っているかどうかを確認することが重要である<sup>172)</sup>。

2013 年判決は、手続瑕疵がなければ争われた決定が異なっていた可能性について申立人に立証責任を負わせることは、手続の複雑さと環境アセスメントの技術的性質からディレクティブによって付与された権利の行使を過度に困難にしるので許されないという。結局、「手続瑕疵がなくとも決定は異なっていなかったであろう」ことについて、裁判所が所管官庁からの提出証拠等に基づいて認定できる場合に限り、瑕疵と決定の因果関係が否定されうると解している。

2013 年判決は、次にみる判決 (b) と併せて、手続瑕疵の結果への影響に関する

1981 年判決 (2(2)) 以来の連邦行政裁判所の判例理論を再検討することを余儀なくさせる。

#### b EuGH 2015 年 10 月 15 日判決

欧州委員会からドイツの義務違反確認訴訟 (AEUV 第 258 条) が提起された事案において、手続瑕疵の行政決定への影響を証明する責任を申立人に負わせる当時の行政手続法 46 条の EU 法適合性について判示したのが、EuGH 2015 年 10 月 15 日判決<sup>173)</sup> (以下、「EuGH 2015 年判決」という。) である。抵触が問題となった EU 法は、2013 年判決 (a) でも問題となった環境アセスメントディレクティブ 10a 条に取って代わったディレクティブ 2011/92 第 11 条などであった<sup>174)</sup>。

EuGH 2015 年判決は 5 つの論点について判示したが、本稿との関係では、手続瑕疵の行政決定への影響を証明する責任を申立人に負わせる行政手続法 46 条がディレクティブ 2011/92 第 11 条に適合するかという点に絞って分析する<sup>175)</sup>。この点につき、EuGH2015 年判決は 2013 年判決 (a) を引用して<sup>176)</sup>、大要、次のように続ける<sup>177)</sup>。

行政手続法 46 条が、公衆への通知と参加に関する手続瑕疵がある場合でも常に、裁判所が争われた行政決定の取消判決を下すために手続瑕疵と決定の結果との間に因果関係を要求する限りで、そのような基準は、ディレクティブ 2011/92 第 11 条で規定される訴訟を提起する権利の行使を過度に困難にし、「関係する公衆の構成員」に司法への幅広いアクセスを提供しようとする当該ディレク

172) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 51ff.

173) EuGH, Urt. v. 15.10.2015 - C-137/14 -, NVwZ 2015, 1665.

174) その他に、EuGH2015 年判決において国内法との抵触が問題となった EU 法は、統合化された環境汚染の回避・制御に関するディレクティブ 96/61 第 15a 条に取って代わったディレクティブ 2010/75 第 25 条であった。

175) 本稿で取り扱わなかった論点として、以下の 4 点がある。第 1 に、行政裁判所法 113 条 1 項 1 文は、ディレクティブ 2011/92 第 11 条およびディレクティブ 2010/75 第 25 条に適合するか。第 2 に、環境・法的救済法 2 条 3 項、行政手続法 73 条 4 項および 6 項に従って司法手続において提起できる異議申立てを、以前に行政手続で行われたものに制限することが、ディレクティブ 2011/92 第 11 条およびディレクティブ 2010/75 第 25 条に反するか。第 3 に、改正後の環境・法的救済法 5 条 1 項、4 項に基づき、2005 年 6 月 25 日以降に開始されて 2011 年 5 月 12 日までに終了した訴訟に関して、環境保護団体に訴訟を提起する地位が認められるのは、個人に権利を付与する法的規定に基づいて提起される訴訟に限定されたままであるか。第 4 に、改正後の環境・法的救済法の 5 条 1 項および 4 項の一時的な規定は、ディレクティブ 2011/92 第 11 条およびディレクティブ 2010/75 第 25 条に適合するか。

176) EuGH, Urt. v. 07.11.2013 - C-72/12 - Rn. 47f., 52f.

177) EuGH, Urt. v. 15.10.2015 - C-137/14 - Rn. 56ff.

ティヴの目的を害する。申立人が瑕疵の決定への影響を立証できないという理由だけで手続規定に違反する行政決定の取消しを拒否することは、EU法の同規定を全く効果のないものにする。上記因果関係の立証責任を、関係する公衆に負わせる限りで、行政手続法46条はディレクティブ2011/92第11条に違反する。

以上を要するに、EuGH 2015年判決は要所所で2013年判決(a)を引用し、そこで示された判例理論を確立させた。すなわち、EuGHは一貫して、あらゆる手続瑕疵と行政決定の結果との間に因果関係を要求しそれについて申立人側に立証責任を課すことは、EU法に違反しうるとの見解に立つようである<sup>178)</sup>。

### c 射程

上記EuGH判決は共通して、関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えることを目的とするEU法と計画維持規定の類似規定との適合性が問題となっていた。では、これらの判決はいかなる射程をもって、計画維持規定の解釈・適用や計画裁量の審査密度、さらには衡量要請とその具体的機能に影響を及ぼしうるか。

計画維持規定の解釈・適用への影響はどうか。近時、連邦憲法裁判所や連邦行政裁判所自身が、EuGH判決の影響を受けて、従来の判例理論と整合するか問題となる判断を下していることに注目したい(I 1の第3の理由)。まず、上記EuGH判決以前における連邦行政裁判所の判例理論を再確認する。1981年判決以来の判例理論によれば、瑕疵が結果に影響を及ぼしたというのは、「それぞれの

事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性」が存在する場合をいった(2(2))。言い換えれば、衡量過程に瑕疵がなければ衡量結果が異なっていたであろうという法的可能性のみならず事実の根拠が立証されない限り、「瑕疵が結果に影響を及ぼした」とはいえない。この支配的な理解に対しては、一方で瑕疵と結果との関連性について非常に高いハードルが設定されて原告に不利な立証責任を課し、他方で計画策定機関の計画の自由を疑う方法で結果に介入しなければならぬという批判も従来から存在した<sup>179)</sup>。計画維持と法治国原理という2つの憲法原則との間で一度探ったはずの妥協点を、再度探る機運が高まっている。

上記EuGH判決では、関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えることを目的とするEU法と計画維持規定に類似する規定との適合性が問題となったにすぎず、特にEuGH 2015年判決(b)を受けて改正されたのは環境・法的救済法の一部にとどまった。しかし以下の考察のとおり、上記EuGH判決の射程・波及効は環境法領域を超えた加盟国のEU法の執行に及ぶ可能性が高い<sup>180)</sup>。

計画法の領域における計画維持規定の解釈・適用についても、次のことがいえる。部門計画法の領域において連邦遠距離道路法(FStrG)17e条6項1文(2013年改正前)<sup>181)</sup>の解釈が問題となった連邦憲法裁判所2015年12月16日決定<sup>182)</sup>は、上記EuGH判決以前に連邦行政裁判所が採ってきた「異なる決定の具体的な可能性」という定式から不当な

178) なお、EuGH 2015年判決後、環境・法的救済法4条は改正され、手続瑕疵が決定に影響したか否かを裁判所が解明することができない場合には影響が推定されるという規定が追加された(Gesetz zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes zur Umsetzung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 07.11.2013 in der Rechtsache C-72/12 vom 20.11.2015, BGBl. I 2015 S. 2069.)。

179) *Albrecht Bell/Heinrich Rehak*, Erheblichkeit von Abwägungsmängeln, UPR 2004, 296 (296ff.); *Berkemann*, a.a.O. (Fn. 58), S. 11 (26); *Peter Wysk*, in: Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 23. Aufl., 2022, §75 Rn. 27a.

180) *Wolfgang Kahl*, Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht - Teil 1, JZ, 2016, 667 (670); *Sigrid Emmenger*, in: Thomas Mann/Christoph Sennekamp/Michael Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 2. Aufl., 2019, §46 Rn. 32f.

181) 「事業案に関係する公益及び私益の衡量にあたっての瑕疵は、当該瑕疵が明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」と規定していた。

182) BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 - 1 BvR 685/12 -, NVwZ 2016, 524.

解釈結果が生じてはならないという。さらに、実効的な権利保護に鑑み、「衡量の瑕疵を回避する際に異なる衡量決定がなされなかったであろうという認定は、計画確定機関がそれにもかかわらず同じ決定をしたであろうという具体的な手がかりが証明可能である限りでのみ正当化される」<sup>183)</sup>と述べ、上記 EuGH 判決の影響を窺える<sup>184)</sup>。この連邦憲法裁判所決定が明らかにしたように、上記 EuGH 判決以後は、計画法の領域についても、基本法 19 条 4 項に基づく権利保護の保障をより適切に考慮した建設法典 214 条 1 項 1 文 1 号、214 条 3 項 2 文後段等の解釈・適用が求められる<sup>185)</sup>。こうした方向性は下級裁判所<sup>186)</sup>でのみならず、既に連邦行政裁判所の一部でも共有されている<sup>187)</sup>。例えば、連邦行政裁判所 2016 年 2 月 10 日判決によれば、瑕疵が有意であることが否定されるのは、計画策定機関が秩序に適合する衡量をしたとしても同じ決定をしていたであろうことの具体的な手がかりが証明可能な場合に限られる<sup>188)</sup>。建設法典 214 条 1 項 1 文 1 号の解釈そのものが問題となり、1981 年判決 (2(2)) 以来の法理をあっさり援用した連邦行政裁判所の決定も存在する<sup>189)</sup>が、連邦憲法裁判所が上記 EuGH 判決を踏襲する態度決定をしてから 1 ヶ月も経たない間に下されたもので

あり、この点を重視すべきではないと思われる。

以上を要するに、本稿のように近時の EuGH 判決の射程・波及効を広く及ぼす立場から、計画維持規定の解釈・適用にあたっては、瑕疵の存在を主張する側でなく計画策定機関の側が、秩序に適合する衡量をしたとしても同じ決定をしていたであろうことの具体的な手がかりが証明可能かどうかが問題となる<sup>190)</sup>。そのような具体的な手がかりが証明可能でないならば、瑕疵の結果への影響が認められる<sup>191)</sup>。ただし、その場合にも、裁判所自身が計画策定機関に代わって仮定的な衡量決定をすることは憲法上許されない<sup>192)</sup>。こうした解釈は、計画維持や計画の法的安定性に一定程度配慮しながら、法治国原理や裁判を受ける権利の保障とのバランスを保つものといえる。

次に、上記 EuGH 判決は、計画裁量の審査密度に影響を及ぼすか。一般に、EuGH による裁量統制はドイツ国内裁判所によるそれほど厳密ではなく、EuGH が各国裁判所に審査密度を低下させる理由もない。そのため、ヨーロッパ化によって司法審査の密度や、行政と司法との関係が直接修正されるとは考え難いといわれてきた<sup>193)</sup>。上記 EuGH 判決は裁量統制について判示したのではなく、こ

183) BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 - 1 BvR 685/12 -, Rn. 23.

184) *Bernhard Stüer*, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16.12.2015 (1 BvR 685/12), DVBl 2016, 311 (311ff.); *Norbert Kämper*, in: Johann Bader/Lisa Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 57. Aufl., 2022, §75 Rn. 12.

185) *Werner Neumann/Christoph Külpmann*, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl., 2018, §75 Rn. 42; *Michael Uechtritz*, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §214 Rn. 31.1.

186) VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 22.06.2016 - 5 S 1149/15 -, BauR 2016, 2043.

187) BVerwG, Urt. v. 10.02.2016 - 9 A 1/15 -, BVerwGE 154, 153; BVerwG, Urt. v. 22.09.2016 - 9 A 25/15 -, UPR 2017, 181; BVerwG, Urt. v. 19.12.2017 - 7 A 10/17 -, UPR 2018, 302.

188) BVerwG, Urt. v. 10.02.2016 - 9 A 1/15 -, BVerwGE 154, 153.

189) BVerwG, Beschl. v. 13.01.2016 - 4 B 21/15 -, juris.

190) *Ingo Kraft*, Erheblichkeit von Abwägungsmängeln, UPR 2003, 367 (372); *Bell/Rehak*, a.a.O. (Fn. 179), 296 (302); *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 185), §75 Rn. 41.

191) ただし、証明に過大な要求をしてはならないと主張するものとして、*Tobias Masing/Gernot Schiller*, in: Klaus Obermayer/Michael Funke-Kaiser (Hrsg.), VwVfG, Kommentar, 6. Aufl., 2021, §75 Rn. 13; *Markus Deutsch*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 180), §75 Rn. 115.

192) BVerfG, Beschl. v. 16.12.2015 - 1 BvR 685/12 -, NVwZ 2016, 524; BVerfG, Beschl. v. 02.07.2018 - 1 BvR 682/12 -, NVwZ 2018, 1561.

193) *Rainer Wahl*, Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland, Der Staat 38 (1999), 495 (495ff.); *Friedrich Schoch*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 507 (507ff.). 反対する主張として *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, S. 205f.

れによってドイツ国内裁判所における計画裁量の審査密度が直接上下されることはないであろう。

最後に、上記 EuGH 判決は、計画法の領域における計画維持規定の解釈・適用に影響を及ぼしうるものであったが、それを超えて衡量要請とその具体的機能に影響を及ぼさないか。連邦行政裁判所の裁判例の分析は(4)に譲ることにして、ここでは簡単な言及にとどめたい。上記 EuGH 判決では、いかなる(手続)瑕疵が存在するかは争点とならなかった。そもそも、ある EU 法を国内法化する際に、いかなる実体法・手続法を整備するか、いかなる価値を当該法に置くか、そしていかなる要保護性を当該法の保護利益に認めるかといったことは、一定の制限はあるものの加盟国が(憲法に従って)自由に決定することができる。そのため、実体法上の衡量要請への違反や手続法上の「衡量素材の調査・評価」への違反は専ら国内法の解釈によって判断されるに留まり、上記 EuGH 判決がそれらの解釈に直接影響を及ぼすものではないと考えられる。

一般論としてはそのようにいえるが、同時に次のことも心にかけなければならない。オーストリア条約やその他 EU 法は、環境利益に特別な価値を付加し<sup>194)</sup>、国内法を整備するよう指示する。確かに、規範統制手続の申立人自身が環境利益を主張して出訴することは考えにくく、ゾーニング型の地区詳細計画において申立人が環境利益を主張するシチュエーションも現実にはあまり多くはないであろう。そのため、實際上問題として取り上げられる局面は限られるが、そのような場合には当該利益に高い要保護性を認め、計画維持規定の解釈・適用のみならず衡量要請の解釈・適用も変容する可能性はある<sup>195)</sup>。上記 EuGH 判決やこれまでのドイツ国内裁判例はこれらについてなんら判示していないため、欧州人権裁

判所(EGMR)の判決と併せて今後の展開に注視する必要がある。

この点は措くとしても、上記 EuGH 判決は、今後少なくとも衡量過程における瑕疵の結果への影響を認めやすくする点で、従来の計画維持規定の判例理論を変容させるものであった。さらなる EuGH 判決の射程も含めた私見は、III 2 以下で述べる。

#### (4) 連邦行政裁判所 2016 年 11 月 23 日判決

(3)では、EuGH 判決とその司法審査の在り方が、ドイツ国内の衡量要請と計画維持規定に変容をもたらすのかを踏み込んで分析した。本来であれば、一連の EuGH 判決が及ぼした(具体的な)影響を確認するためには、衡量過程の司法審査が問題となった裁判例の一般論のみならず、そのあてはめや事案の見方それ自体をも分析する必要がある。しかしそれ以降 2023 年 3 月現在に至るまで、衡量過程において衡量要請が問題となった事案で、一般論・あてはめの両方に立ち入り、且つ連邦行政裁判所の公式判例集に掲載されるほど重要視される裁判例を発見できなかった。そこで暫定的に、EuGH 判決の登場以降、衡量過程において衡量要請が問題となった事案で、その一般論について(のみ)簡単に確認し、且つ公式判例集に掲載された、連邦行政裁判所 2016 年 11 月 23 日判決<sup>196)</sup>(以下、「2016 年判決」という。)の判示を紹介する。

まず、2004 年改正(11)の衡量要請への影響について、次のように再び評価する。

「衡量過程への要求は、建設法典 1 条 7 項の衡量要請から判例が発展させてきた……要求と一致する手続法上の 2 条 3 項の基準から生じる。またその要求は、地区詳細計画の策定の際には、公益と私益は対立した利益の相互間及び同種の利益の相互間において適正に衡量されなければならないという、——実体法

194) 建設法典 2 条 4 項によって、環境利益への重みづけが増すわけではないと主張するものとして、Hoppe, aa.O. (Fn. 151), 903 (906); Rieger, in: Schrödter (Fn. 40), §1 Rn. 637. これと異なる意見として、Michael Krutzberger/Bernhard Stürer, Städtebaurecht 2004: Umweltprüfung und Abwägung, DVBl 2004, 914 (923).

195) 環境利益への重みづけが大きいほど、結果への影響も肯定しやすくなることを示唆した裁判例として、BVerwG, Urt. v. 18.11.2004 - 4 CN 11/03 -, BVerwGE 122, 207.

196) BVerwG, Urt. v. 23.11.2016 - 4 CN 2/16 -, BVerwGE 156, 336.

上の—— 1条7項……から生じる」<sup>197)</sup>。

ここでは、2008年判決や2つの計画維持規定の区別を相対化する連邦行政裁判所2012年12月13日判決<sup>198)</sup>が引用される(2)。衡量要請の実体的な要請を一部手続的な要請に変換した2条3項からのみならず、そこで変換されなかった残りの実体法上の1条7項の衡量要請から、衡量過程が統制されるという一貫した連邦行政裁判所の自己認識がみてとれる。

そして、(衡量過程が) 衡量要請に違反する場合について、1969年判決(1(1))と次に分析する連邦行政裁判所2015年5月5日判決(5)を引用しながら、次のように確認する。

「……衡量要請に違反するのは、衡量がそもそも行われていない、あるいは利益衡量において事案の状況に応じて取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合、または計画策定に関する諸利益の調整が個々の利益の客観的な重さと不釣り合いな方法で行われる場合である」<sup>199)</sup>。

2016年判決は、2004年改正(1)やEuGHの諸判決(3)にもかかわらず、衡量要請に違反する場合についての伝統的な判示を明示的に現在も引き継ぐ。もっとも、「関係する利益の重みを見誤った」という、いわゆる衡量の誤評価への言及も削りとられている点には注意を要する。衡量の誤評価と衡量の不均衡との区別を相対化していた1974年判決(1(2))の問題意識を共有し、これをより直接判例テキストに反映させている。ただしここでも、「衡量素材の調査・評価」の瑕疵と区別される「その他の衡量過程」の瑕疵とは何か、

これらの衡量「過程」の瑕疵が衡量「結果」の瑕疵といかなる関係にあるのかといった2004年改正が惹起した疑問には答えていない。

さらに、次のように続ける。

「……地区詳細計画の指定が、所有者の権限を制限し、あるいは土地を建築から全く排除するものであればあるほど、建設管理計画のためにもちだされる顧慮すべき一般的利益は、より一層重みのあるものでなければならない。なぜなら、基本法14条によって保障される所有権は、建設管理計画のために考慮されるべき利益に特に際立って属するからである……。したがってゲマインデは、計画に服する者のために計画策定によって生ずる、そのような不利益を考慮しなければならない」<sup>200)</sup>。

2016年判決は、衡量要請を判断するために具体的事実関係に即して再構成された「個別ルール」を1974年判決(1(2))と同様に導き出す。所有権には基本法レベルでの保障が及び、その侵害の態様・程度により要保護性が変移することが考慮されなければならないという。既に連邦憲法裁判所は、衡量要請は、憲法上保障された法的地位と社会的に適正な財産秩序を等しく考慮し保護に値する参加者の利益を適正に衡量するという基本法14条から生じる義務を遵守しなければならないことを指摘していた<sup>201)</sup>。連邦行政裁判所も夙に、衡量要請は、憲法上保障される所有者の法的地位、社会的に適正な財産秩序の要請、そして公益にかなうものでなければならないと判示していた<sup>202)</sup>。ここでの「個別ルール」は、基本法14条に根拠を求められる。

197) BVerwGE 156, 336 (338).

198) BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1/11 -, BVerwGE 145, 231.

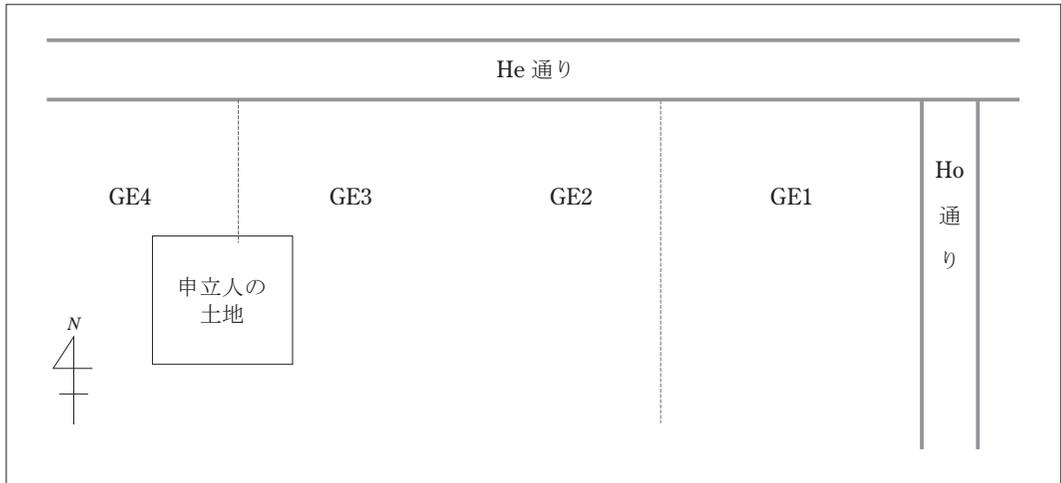
199) BVerwGE 156, 336 (338f).

200) BVerwGE 156, 336 (339).

201) BVerfG, Beschl. v. 30.11.1988 - 1 BvR 1301/84 -, BVerfGE 79, 174; BVerfG, Beschl. v. 19.12.2002 - 1 BvR 1402/01 -, NVwZ 2003, 727.

202) BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144; BVerwG, Urt. v. 16.05.1991 - 4 C 17/90 -, BVerwGE 88, 191; BVerwG, Urt. v. 24.06.1993 - 7 C 26/92 -, BVerwGE 94, 1; BVerwG, Urt. v. 26.08.1993 - 4 C 24/91 -, BVerwGE 94, 100.

図6：BVerwG2015年判決の事案の概要



以上を要するに、(3)cで簡単に確認したとおり、現時点ではEuGH判決とその司法審査の影響を看取することはできない。引き続き、欧州人権裁判所の判決と併せて今後の展開を見守りたい。

#### (5) 連邦行政裁判所 2015年5月5日判決

ここまで中心にみてきたのは、衡量過程における衡量要請がヨーロッパ化によりいかなる変容を遂げてきたかであった。しかし、1974年判決等が前提としてきたように、衡量要請違反は衡量過程のみならず、衡量結果でも問題となりうる。衡量過程と衡量結果との関係は章を改めて考察する(III 2, 4)ことにして、(5)では衡量結果が衡量要請に違反すると判断した、連邦行政裁判所 2015年5月5日判決<sup>203)</sup>(以下、「BVerwG2015年判決」という。)を分析する。近時の裁判例において、衡量要請とその具体的な機能が変容を被っているのかを確認したい。

##### a 事案の概要

申立人は、2011年12月7日に公示された被申立人による地区詳細計画について、2012年3月21日、規範統制手続を申し立てた(以下、図6参照)。問題となった地区詳細計画は、He通りの南側およびHo通りの西側にあるこれまで未建設であった約10.1ヘクタールの地域を、計画対象とする。また地区

詳細計画は、東から西に伸びる4つの商業地域を、GE1からGE4まで指定する。これに加えて地区詳細計画は、道路交通用地を指定する。具体的には、商業地域が東から商業地域GE1を経由して公共交通網に接続されるHo通りの一部と、He通りの拡幅のために、計画地の北側境界線沿いにある樹木等の植栽地帯を超えたところの一部を指定する。もっとも、地区詳細計画は、建築地域の内部開発(Innenschließung)について予定していなかった。地区詳細計画の理由づけによれば、計画策定の動機は、既存の商業事業者(以下、「事業主体」という。)の立地を確保し、そこでの事業の持続的な発展を予定するという、民間の事業開発にあった。

申立人は、その一部がGE3に、その他の一部がGE4に位置する土地の所有者である。当該土地は、農業経営者に対して賃貸され、その者が耕作している。当該土地は、現在、農業用の道路を経由して、He通りまで開拓されている。計画地域における他の土地は事業主体が所有し、事業主体の事業用施設は隣接地に立っている。そして、事業主体は計画地域において所有する土地を拡張地として用意している。

上級行政裁判所の判決に対し、申立人は地区詳細計画が建設法典1条7項に違反すると

203) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, NVwZ 2015, 1537.

して、上告を申し立てた。この裁判において、主として衡量「結果」が1条7項に違反するかどうか争われた<sup>204)</sup>。

#### b 分析

衡量過程の瑕疵には1年の主張期間の制限がある(建設法典215条1項)が、上級行政裁判所の認定によれば、申立人は期間制限のうちに衡量「過程」の瑕疵を主張していたようである<sup>205)</sup>。それにもかかわらず、BVerwG2015年判決は、衡量「過程」の瑕疵の主張については期間に触れることなく実質的な妥当性を否定し、衡量「結果」の瑕疵を問題視する。このことが2004年改正後に何を意味するかは章を改めて考えたい(III 4)。以下では、衡量結果をみて、衡量要請の違反があるかを分析する。

まず、衡量結果の衡量要請違反に関する一般論として、1969年判決(1(1))を引用して伝統的な判示部分を次のようにパラフレーズする。

「……衡量要請に違反するのは、衡量がそもそも行われていない、あるいは利益衡量において事案の状況に応じて取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合、または計画策定に関係する諸利益の調整が個々の利益の客観的な重さと不釣り合いな方法で行われる場合である」<sup>206)</sup>。

衡量過程の衡量要請違反についてのみならず衡量結果の衡量要請違反についても、従来の判例理論が維持されている。ただし、2016年判決と同様に、学説における衡量瑕疵論のうち衡量の誤評価への言及がない(4)。

さらに、次のように続ける。

「……判例は、あらゆる地区詳細計画は原則として、計画策定に係る諸利益が適切に調整されることによって、地区詳細計画自体から生じ、あるいは計画に組み込むことのできる紛争を解決しなければならないということを示している。計画策定は、それにより引き起こされる紛争が結局影響を受ける者の負担で解決されないままであるということをもたらしてはならない……。しかしこのことは、問題解決を地区詳細計画の手続から後続する行政活動へ移転することを不可能にするものではない……。もっとも、未解決の利益対立が後続する手続において事案に即して解決できないことが、既に計画策定段階で予見可能である場合には、計画実施レベルへの紛争の移転の許容される限界を超えられる……。したがって、紛争の移転が許容されるのは、後続する段階で紛争克服のための措置の実施が、可能且つ確実である場合にに限られる」<sup>207)</sup>。

BVerwG2015年判決でも、2016年判決等に似た傾向として、衡量要請違反を判断するための「個別ルール」として、「紛争克服」の要請を導き出す。紛争克服の要請は1974年判決で既に確認したが、そこではいかなる場合に紛争克服の要請に反くかについて、踏み込んだ判断は示されていなかった(1(2))。その後別の判決で、建設管理計画の策定に際して、問題を後続の手続に移転できるが、未解決の利益相反が後続手続で適切に解決されないことが計画段階で既に予見できる場合には移転できないことが示されていた<sup>208)</sup>。この要請は衡量要請規定そのものから導出されると考えられている<sup>209)</sup>。

そのような紛争克服の要請を満たさない場

204) この判決においては、以下の2点も問題となった。第1に、地区詳細計画が、必要になったら必要な範囲で建設管理計画を策定することを要求する建設法典1条3項1文に違反するかどうか(BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 9ff.)。第2に、衡量結果における瑕疵が地区詳細計画全体を無効にするものか、それとも一部のみを無効にするか(BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 18ff.)。これらの諸点には立ち入らない。

205) OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 27.05.2013 - 2 D 37/12.NE -, juris, Rn. 162.

206) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 14.

207) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 14.

208) BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 - 4 C 8/12 -, BVerwGE 147, 379.

209) BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 - 4 C 8/12 -, BVerwGE 147, 379; Berkemann, a.a.O. (Fn. 58), S. 11 (18ff.); Riese, in: Schoch/Schneider (Fn. 58), §114 Rn. 224.

合にどのような帰結が導かれるのかについて、次のように続ける。

「……地区詳細計画が、紛争解決の移転は許されないにもかかわらず、それによって提起された紛争を解決しない場合、このことは衡量決定の瑕疵をもたらす……。ゲマインデの計画上の解決が、考えられうるあらゆる観点から理由づけることができない場合、したがってゲマインデによる計画策定の理由づけ可能性 (Begründbarkeit) が欠ける場合、このことはさらに衡量結果における瑕疵を(も)もたらす。なぜなら、瑕疵のない必要な衡量決定を埋め合わせることが同じ結果を全くもたらさないならば、さもなければ計画策定に関係する公益間の調整が個々の利益の客観的な重さと不釣り合いな方法で行われ、それゆえ計画上の形成の自由の限界が超えられるので、そのような瑕疵が認められるからである」<sup>210)</sup>。

BVerwG2015年判決や1974年判決が示唆するとおり、衡量結果について厳格な司法審査をすることは、まさに計画裁量とは相容れない(1(2))。衡量過程全体をみて紛争克服の要請が満たされない場合には、学説における衡量瑕疵論という衡量の不均衡が認められ計画裁量が超えられるため、衡量結果の瑕疵がもたらされるという。また、ここでは連邦行政裁判所2010年9月22日判決<sup>211)</sup>が引用されており、同判決が示した衡量の不均衡の場合にのみ衡量結果における瑕疵が認められるという立場<sup>212)</sup>が踏襲されている。以上のことは、2004年改正の政府案で明示されていた立場と一致する(1(d))。

BVerwG2015年判決は、衡量過程における瑕疵と衡量結果における瑕疵をもたらす帰結の懸隔についても、次のように確認する。

「……衡量過程における瑕疵 (建設法典 214

条1項1文1号, 3項2文, 215条1項1文1号および3号)とは異なり、衡量結果における瑕疵は常に顧慮すべきである。衡量結果における瑕疵は、さらなる衡量の瑕疵の存在にかかわらず、地区詳細計画の(一部)無効をもたらす」<sup>213)</sup>。

連邦行政裁判所も、現行の建設法典(1)上、衡量「過程」と「結果」のいずれを問題とするかでその後の処理が大きく異なることを自覚している。すなわち、前者の司法審査においては、期間制限に関する規定と計画維持規定に服するが、後者はそうした規律を受けない。ただし、1974年判決と同様、衡量過程・衡量結果を厳密には定義づけない(1(2))。

ここまでで示した一般論に従えば、本件では衡量結果における瑕疵が認定でき、それが地区詳細計画の(全部)無効をもたらすという。

「……4つの商業地域の開発が東側のHo通りから事業主体の土地上で独占的に行われるという特徴を、地区詳細計画は示す……。申立人の土地は、計画地域の中央に位置する。その土地は現在農業に利用され、農業用の道路の上を經由してHe通りに開拓されている。緑地帯の建設後は、He通りへの接続がなくなり、申立人の土地はあらゆる開拓から切断される。申立人は、開拓がないため今や地区詳細計画において指定された商業用途を受け入れることができない……のみならず、農業用の道路はHe通りの上を通ることもできないため、農業用の利用可能性も失われてしまう。秩序に適合する利用のために必要な公道との接続が申立人の土地に欠けるため、無益な『商業地域の島』が生まれるだろう。そのような計画策定は、秩序づけられた都市建設上の発展と相容れない。そのような計画策定は、支持されえない方法で、基本法14

210) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 15.

211) BVerwG, Urt. v. 22.09.2010 - 4 CN 2/10 -, BVerwGE 138, 12.

212) 同判決は、既にみた2004年改正における政府案による理由づけ(BT-Drs. 15/2250, S. 65.)を参照しており、政府案と連邦行政裁判所が同様の立場であることを明示する。

213) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 15.

条1項により保障される申立人の所有者としての利益を無視するものであり、したがって計画上の形成の自由の限界を超える」<sup>214)</sup>。

地区詳細計画により、「申立人の土地はあらゆる開拓から切断され」、「申立人の所有者としての利益を無視する」ことから、計画裁量を超えられるという（衡量結果における衡量の不均衡）。2016年判決が導出する、事案に即した財産権の保護という個別ルール(4)の萌芽を、BVerwG2015年判決に見出せる。ただし、このような瑕疵が、そもそも衡量過程における衡量の不足や衡量の誤評価にあたらぬかについては、疑問が残る。

さらに、先行する地区詳細計画から後続する区画整理手続へと紛争の解決を委ねることができず、個別ルールとしての紛争克服の要請にも違反するという。その理由として次のように述べる。

「内部開発が欠けているという問題の解決は……紛争移転の過程で、後続する区画整理手続に留保されえなかった。区画整理手続の実施は、地区詳細計画自体が内部開発に関する指定を含んでいないため、法的に許容されない。しかし、建設法典45条以下に従った当局の区画整理は、……地区詳細計画においてなされた指定の実現のためにのみ許容されるため、内部開発に関する指定は必須である。……区画整理は地区詳細計画の実施に役立つとする措置であり……、計画実現のための手段である。……区画整理は……計画付随的な手段であり……、地区詳細計画の指定に応じてその実現が可能ないように地所を設計するのに役立つ……。……55条2項1文1号もまた、区画整理が地区詳細計画における相応しい指定を要することを示す」<sup>215)</sup>。

区画整理手続は、「計画付随的な」しかし「計画実現のための手段」であり、それと制度的に一体化する先行の地区詳細計画において内部開発の指定が存在することを必須の条

件とする（建設法典45条以下、55条1項1号参照）。そのため、本件のように地区詳細計画に内部開発の指定が欠ける場合には、後続する区画整理手続へと紛争の解決を委ねることができない。

以上を要するに、BVerwG2015年判決においても、衡量要請とその具体的な機能が変容を被っていないと評価できよう。

#### (6) 小括

3では、1, 2のような経緯で維持されてきた、衡量要請や計画維持規定についての判例理論が、ヨーロッパ化の文脈において揺さぶられ変容を被っていないかを、国内裁判所のみならずEuGHの判決を通じて分析してきた。

建設法典2004年改正では、「衡量素材の調査・評価」(2条3項)が「手続の根本規範」として新設され、これまで衡量要請に違反する実体瑕疵として捉えられてきた衡量の瑕疵の一部が手続瑕疵として把握されるようになった。この手続規定違反の瑕疵についての214条1項1文1号と、「その他の衡量過程」における瑕疵についての214条3項2文後段が、別個の計画維持規定として整備された。この改正のコロラリーとして、衡量過程が控除的に2つに切り分けられ、それぞれの衡量過程における瑕疵が2つの（異なるようにみえる）計画維持規定と結びつくようになった。また、衡量結果における瑕疵については、主張期間に制限がなくなった（以上につき、(1)）。このような改正が、衡量要請や計画維持規定の判例理論に変更を加えないことを判示したのが、2008年判決であった。まず、手続規定たる2条3項の要求する調査・評価の水準は従来の衡量要請が衡量過程に要求していたそれと変わらず、同規定の新設が従来の衡量要請の判例理論を変えるものではないと述べる。また、計画維持規定(214条1項1文1号、214条3項2文後段)についても、従来の計画維持規定や衡量要請の判例理論と整合するように接続する（以上につき、(2)）。

214) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 16.

215) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, Rn. 17.

また、近時は一般に EuGH と国内裁判所が相互に影響する傾向があるが<sup>216)</sup>、ドイツ計画法の領域についても、EuGH 判決の影響を受けていないかという問いを立てることができる。そこで、建設法典上の計画維持規定に類似した規定と関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えることを目的とする EU 法との適合性が争点となった 2 つの EuGH 判決を、論告担当官の論告も併せて分析した。EuGH 判決の射程・波及効を分析した結果、瑕疵と結果との間の因果関係について判示した部分が、少なくとも建設法典の計画維持規定（瑕疵の結果への影響）に関するこれまでの判例理論を変容させようことを示した（以上につき、(3)）。

再び、ドイツ連邦行政裁判所の判決に視線を戻す。上記 EuGH 判決後の 2016 年判決は少なくとも一般論において、1969 年判決以来の伝統的な判例理論を保ち、手続規定たる 2 条 3 項と実体規定たる 1 条 7 項から衡量過程を審査することを確認した。その際、1974 年判決と同様に、衡量要請違反を判断するために具体的事実関係に即して再構成された個別ルール（事案に即した財産権の保護）を導き出している点も興味深い（以上につき、(4)）。

3 でこれまで分析してきたのは、衡量過程における衡量要請がヨーロッパ化によりいかなる変容を遂げてきたかであったが、近時衡量結果における衡量要請違反が問題となった判決も分析した。BVerwG2015 年判決は、衡量「過程」と「結果」のいずれを問題とするかでその後の処理が違うことを自覚しつつ、衡量結果における瑕疵についても 1969 年判決以来の伝統的な定式を引き写す。さらに、2016 年判決と同様に個別ルール（紛争克服の要請、事案に即した財産権の保護）を導出することで、衡量結果を具体的事実関係に即して審査していることを確認した（以上につ

き、(5)）。

このように 3 全体で、衡量要請とその具体的な機能は、ヨーロッパ化によって大幅には変容されることなく現在も確保されていることを示した。ヨーロッパ化によっても変わっていないことを示すこと自体に 3 での分析の意義があった。

### Ⅲ. 裁判例の分析成果と考察

Ⅱでは、第 1 の課題（Ⅰ 2(1)）に取り組んだ。すなわち、具体的事実関係にまで具に立ち入ってドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開を過去から現在へと辿り、計画策定機関による利益の描出・解明・調整・衡量がどのように審査されてきたのかを把握してきた。Ⅲでは、第 2 の課題（Ⅰ 2(1)）に取り組むべく、この展開を現在から過去へと逆から辿ることでドイツの判例・学説上議論のある諸論点を再検討したい。

そのためにまず、裁判例の分析から得られた成果を確認する（1）。そのうえで、以下の論点について、得られた成果を逆から辿ってドイツ計画法上の考察の不足を補いたい。具体的には、衡量・衡量過程・衡量結果（2）、計画維持規定（3）、衡量瑕疵論（4）そして衡量要請の現代的意義（5）に関する未解決の問題を解決し、最後に計画裁量（6）と衡量要請との関係について問題を再発見する。

#### 1 裁判例の分析成果

1 では、Ⅱでの各小括（Ⅱ 1(5)、2(5)、3(6)）を再構成して、有機的に連関する各裁判例の分析を通じて得られた成果を確認する。2 以降で考察するドイツ計画法に関する判例・学説上の難題に一定の解を与えるための、基礎を固めておく。

216) EuGH と国内裁判所との相互影響関係を、法学・政治学の観点から考察する近時の英語文献として、Morten Broberg/Niels Fenger, *Variations in Member State's Preliminary References to the Court of Justice - Are Structural Factors (Part of) the Explanation?*, 19(4) EUROPEAN LAW JOURNAL 488 (2013); Tommaso Pavone/R. Daniel Kelemen, *The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and national courts revisited*, 25(4) EUROPEAN LAW JOURNAL 352 (2019); JASPER KROMMENDIJK, NATIONAL COURTS AND PRELIMINARY REFERENCES TO THE COURT OF JUSTICE (2021).

連邦行政裁判所は、初期の裁判例で衡量要請に関する定式を打ち立て、これを判例理論として発展・確立させた。1969年判決は、「法治国上の計画策定の本質に内在する原則」たる衡量要請を、計画策定機関の計画裁量に対する統制規範として位置づける。衡量要請に違反するのは、「(事案に即した) 衡量がそもそも行われていない場合」、「事案の状況に応じて衡量において取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合」、「関係する私益の重みを見誤り、または計画に関係する公益との調整が個々の利益の客観的な重さと不釣り合いな方法で行われる場合」であると定式化した。また、「異なる利益間の衝突に際してある利益を優先し、その結果避けられず他の利益を後退させる決定をした場合」には、計画裁量が尊重され、衡量要請に違反しないという。学説は、1969年判決が示した定式をパラフレーズし、衡量要請に違反する場合として衡量の欠落・衡量の不足・衡量の誤評価・衡量の不均衡の4つの構成要件があるとの衡量瑕疵論を構築した(以上につき、II 1(1))。1969年判決の定式を発展させ、衡量要請が具体的事実関係においてどのような機能を果たすのかにある程度の見通しを与えたのが、1974年判決であった。判決は、衡量過程と衡量結果を峻別し、衡量の欠落は衡量過程にのみ関わるが、衡量の不足、衡量の誤評価、衡量の不均衡は衡量過程と衡量結果の両方に関わると整理した。このような整理に対して、衡量過程・衡量結果の区別と学説のいう衡量瑕疵論をどのように接合させるかについて、学説上の議論を呼んだ。さらに、1974年判決は、衡量要請違反を判断するために具体的な事実関係に即して再構成された個別具体的な基準すなわち個別ルール(決定の先取り・紛争克服の要請・分離要請)を立て、計画策定機関が行った利益の描出・解明・調整・衡量という過程および結果を注意深く審査した。ただし、衡量結果における衡量要請違反の計画統制には、計画裁量から一定の限界があることが留保されていた(以上につき、II 1(2))。これら2つの判決からは、計画策定機関が「衡量上顧慮すべき利益」の範囲は不明であった。訴訟法上の「利益」「権

利」概念を導きの糸に計画策定の際に衡量に容れられるべき利益を「衡量上顧慮すべき利益」として篩い分け、1969年判決や1974年判決の判例理論をさらに発展・確立したのは、1979年決定と1998年判決であった。これらの判決は当該利益の範囲について、「事案の状況に応じて衡量に取り容れられなければならない」利益をいうと述べた(以上につき、II 1(3))。さらに1998年判決は、衡量要請規範が客観法上の性格を有するのみならず個人の利益保護に奉仕する第三者保護規範であることを丁寧に論証した(II 1(4))。

衡量過程にも立ち入って計画裁量を統制する連邦行政裁判所の態度を批判し、計画維持を主張する側から、「衡量過程の瑕疵は、それが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」との計画維持規定が新設された。この規定の運用次第では、衡量要請を通じた司法審査が過剰に制限され、衡量要請の具体的な事案における機能が損なわれる可能性があった(より詳細な立法経緯も含め、II 2(1))。1981年判決は、衡量過程の瑕疵は従来の裁判例に従って衡量要請によって発見されることを確認し、出訴の途を限定する計画維持規定を憲法適合的に解釈するという応答をした。具体的には、瑕疵の「明白」性について、客観的に把握可能な事実状況に基づくほど衡量過程の「外」側に属する瑕疵は「明白」であるが、計画策定機関の構成員の動機といった衡量過程の「内」側に属する瑕疵は「明白」ではなく、瑕疵の結果への影響について、「それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性」が認められなければならないと解釈した。こうした解釈を施すことで、計画維持の考え方にも配慮しつつ、衡量要請とその具体的な事案における機能を変容させなかった(以上につき、II 2(2))。同様のことが、1986年の建設法典制定や1997年の同法改正(II 2(3))後にもいえる。一例として2004年判決は、一方で、黙示に1969年判決以来の判例理論に沿って、「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明・調整・衡量するという計画策定機関が辿った過程を審査する。さ

らに、衡量要請違反という実体瑕疵のみならず、手続瑕疵に似寄った瑕疵を、衡量過程における瑕疵として認定する（Ⅱ 2(4)）。

EU 統合の進展に伴う法体系のヨーロッパ化は、ドイツ計画法の領域にも影響し、これまで定着してきた衡量要請とその具体的な機能および計画維持規定を変容させる可能性があったが、以下で略述するように実際には大きくは変わっていない。建設法典 2004 年改正は、実体法上の衡量要請の一部を、「衡量素材の調査・評価」という手続法上の要請として切り出した。また、同改正は、衡量過程を「衡量素材の調査・評価」（2 条 3 項）と「その他の衡量過程」に分節し、前者を 214 条 1 項 1 文 1 号、後者を 214 条 3 項 2 文後段という別々にみえる 2 つの計画維持規定と結びつけた。さらに、衡量結果における瑕疵については、主張期間の制限を撤廃した（以上につき、Ⅱ 3(1)）。2008 年判決は、このようなヨーロッパ化の影響を受けた法改正が、衡量要請や計画維持規定の判例理論に変更を加えないことを示した。同判決は、2004 年改正の立法資料に依拠して、手続規定たる 2 条 3 項の要求する調査・評価の水準は従来の衡量要請が衡量過程に要求していたそれと変わらず、「衡量素材の調査・評価」の規定の新設が従来の衡量要請の判例理論を変えるものではないと述べる。計画維持規定（214 条 1 項 1 文 1 号、214 条 3 項 2 文後段）についても、従来の計画維持規定や衡量要請の判例理論と整合するように接続する（以上につき、Ⅱ 3(2)）。これに対して、近時 EuGH が下した 2 つの判決とその司法審査の在り方は、少なくとも建設法典の計画維持規定（瑕疵の結果への影響）の判例理論を変容させようのものであった。上記 EuGH 判決は、計画維持規定に類似した規定と関係する公衆に幅広く司法へのアクセスを与えることを目的とする EU 法との適合性を争点とし、瑕疵の結果への因果関係について申立人に立証責任を負わせることは当該 EU 法に違反するとの立場を示した。このような EuGH の立場は、衡量過程

における瑕疵の結果への影響を認めやすくするように、計画維持規定の解釈・適用を方向づける。そうであれば、衡量の瑕疵の認定に改めてスポットライトがあたる（以上につき、Ⅱ 3(3)）。そこで再び、いかなる場合に衡量の瑕疵を認定できるのかについて判示した連邦行政裁判所の判決に目を移す。衡量過程の瑕疵が問題となった 2016 年判決と衡量結果の瑕疵が問題となった BVerwG2015 年判決は、手続規定たる 2 条 3 項と実体規定たる 1 条 7 項に基づき、1969 年判決以来の判例理論を基本的に踏襲し、計画策定機関の辿った過程・結果を審査する。もともと、判例理論と衡量瑕疵論をどのように接合させるか、衡量過程と衡量結果のいずれを問題とするかといった問題に処方箋を提供する重要性が増している。さらに好奇心を刺激することに、初期の裁判例で観察されたような個別ルール（事案に即した財産権の保護、紛争克服の要請）を導出することで、計画策定機関が行った衡量過程と衡量結果を具体的事実関係に即して審査しようとする姿勢が窺われる（以上につき、Ⅱ 3(4), (5)）。

## 2 衡量・衡量過程・衡量結果の再訪

2 以降では、第 2 の課題（Ⅱ 2(1)）に取り組む。すなわち、1 で確認した分析成果を逆から辿ることによって、ドイツ計画法における判例・学説上のいくつかの論点について再検討し、新たに問題を提起する。まず 2 では、衡量要請によって制御・統制される、衡量過程・衡量結果・衡量といった概念について、改めて考察する。

「衡量」は、公法学上、法理論上の概念として、広く用いられる。「衡量」とは、相反する議論（規範）間の優先関係を根拠のある形で決定するための法治国上の要請である。また、諸利益を可能な限り包括的に描出・解明・調整する法適用・法発見の手法をいうこともある<sup>217)</sup>。「衡量」という語は、計画策

217) Felix Weyreuther, *Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts*, BauR 1977, 293 (297); *Ibler*, a.a.O. (Fn. 15), S. 213; *Hans-Joachim Koch*, *Die normtheoretische Basis der Abwägung*, in: Wilfried Erbguth (Hrsg.), *Abwägung im Recht*, 1996, S. 9 (9ff.); *Fritz Ossenbühl*, *Abwägung im Verfassung*,

定機関が裁量をもつ場合に限らず広く用いられ、建設法典以外の法にもみられる。連邦行政裁判所も、基本的に「衡量」概念を広く理解する<sup>218)</sup>。

衡量過程と衡量結果との区別を放棄する見解も存在した<sup>219)</sup>が、判例・学説における通説は両者を区別し続けている<sup>220)</sup>。なお、これらの区別は、連邦行政裁判所によつてのみならず、連邦通常裁判所の民事部でも確認されている<sup>221)</sup>。4で後述するように、衡量過程と衡量結果のいずれが問題となっているかの見極めは、衡量要請を実務で運用するうえでの鍵となる。そのため、本来は衡量過程・衡量結果の厳密な定義づけが必要となるが、そのような定義づけはドイツでも共有されていない。

1974年判決は、衡量過程と衡量結果との分別を謳った(Ⅱ 1(2))。このうちの衡量過程は、1981年判決で、計画の書類や資料から読み取ることのできる事実の過程として叙述されていた(Ⅱ 2(2))。また、2004年改正における政府案による理由づけによれば、衡量過程のうち現実にとつた行動(コミュニケーション)としての(外的)側面と、衡量過程のうち自らの判断の論証という(内的)側面は意識的に峻別される(Ⅱ 3(1))。そこで本稿では、暫定的に次のように考える。衡量過程とは、計画の書類や資料から読み取ることのできる事実の過程であると同時に、

個々の段階における実際の外的手続の経過のみならず、「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明しそれらの要保護性に依じて重みづけ調整・衡量する内的(な論証)手続の経過をいう<sup>222)</sup>。衡量結果とは、右にみた動態的な過程・経過の終着点に目印をつけて固定化し、当該時点・地点で判断・決定されたものをいう。

2004年改正は、衡量過程を「衡量素材の調査・評価」(2条3項)と「その他の衡量過程」に切り分け、前者を手続規定として整理した(Ⅱ 3(1))。このような切り分けや手続規定としての整理は、以下の理由で、基本的に首肯できる。

まず、「衡量素材の調査・評価」という概念が狭く解釈された場合に備えて「その他の衡量過程」が観念されており、両者は控除的に定義される。政府案による理由づけは、「衡量要請から生ずる従来の法状態に〔建設法典2条3項〕は合致する」<sup>223)</sup>と述べるにとどまり、「衡量素材の調査・評価」を積極的に定義づけない。連邦行政裁判所も、両者を厳密に切り分けないという態度を取る<sup>224)</sup>。本来は、「衡量素材の調査・評価」の定義・範囲を設けることが望ましい<sup>225)</sup>ものの、ドイツでも共有された見解はない。しかし、「衡量素材の調査・評価」の中核に、計画策定に関係する諸利益の描出・解明は含まれるが<sup>226)</sup>、衡量素材の適用は含まれない

in: Wilfried Erbguth (Hrsg.), *Abwägung im Recht*, 1996, S. 25 (27); *Patrick Berendt*, *Die Bedeutung von Zweck- und Zielbestimmungen für die Verwaltung*, 2001, S. 48.

218) BVerwG, Urt. v. 23.01.1981 - 4 C 4/78 -, BVerwGE 61, 295; BVerwG, Urt. v. 27.10.2000 - 4 A 18/99 -, BVerwGE 112, 140; *Gaentzsch*, a.a.O. (Fn. 139), 201 (201ff.).

219) *Ibler*, a.a.O. (Fn. 15), S. 270ff.; *Manssen*, a.a.O. (Fn. 45), S. 282.

220) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309; BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144; BVerwG, Urt. v. 29.09.1978 - IV C 30.76 -, BVerwGE 56, 283; *Merkel*, a.a.O. (Fn. 126), S. 119ff.; *Wolfgang Köck*, *Pläne und andere Formen des prospektiven Verwaltungshandelns*, in: *Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., 2022, §36 Rn. 127; *Riese*, in: *Schoch/Schneider* (Fn. 58), §114 Rn. 201ff.

221) BGH, Urt. v. 28.05.1976 - III ZR 137/74 -, BGHZ 66, 322.

222) *Weyreuther*, a.a.O. (Fn. 217), 293 (293ff.); *Karl August Bettermann*, *Über die Rechtswidrigkeit von Staatsakten*, in: *Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, 1981, S. 25 (47ff.); *Koch*, a.a.O. (Fn. 51), 1125 (1125ff.); *Schmidt-Aßmann*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 92), §19 Abs. 4 Rn. 214.

223) BT-Drs. 15/2250, S. 42.

224) BVerwG, Urt. v. 22.03.2007 - 4 CN 2/06 -, BVerwGE 128, 238; BVerwG, Urt. v. 09.04.2008 - 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100; BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1/11 -, BVerwGE 145, 231.

225) *Michael Uechtritz*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Fn. 40), §214 Rn. 118.1.

226) *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Fn. 34), §214 Rn. 4. *Merkel*, a.a.O. (Fn. 126), S. 283 は、「衡量素材の調

ことは確かである<sup>227)</sup>。2008年判決は、被申立人が遵守すべき建築利用令の規律を誤解していたことと、Zülpicher通り沿いの事業者の利益を適切に調査・評価しなかったことの2つを、「衡量素材の調査・評価」の瑕疵として認定した(Ⅱ3(2))。1969年判決で計画策定を支える利益が十分に描出・解明されなかった瑕疵(Ⅱ1(1))や、1981年判決で計画策定機関が景観保護規則を誤解していたという瑕疵(Ⅱ2(2))も、「衡量素材の調査・評価」の瑕疵として認定できよう。このように、「衡量素材の調査・評価」の中核を認識できる以上、衡量過程をこのように2つに切り分けることは、ある程度是認できる。ただし、地区詳細計画の構成要素になっている調整措置が衡量過程に取り込まれなかったという瑕疵(Ⅱ2(4))などが「衡量素材の調査・評価」の瑕疵たりうるかは、曖昧模糊のままである。

次に、2004年改正の政府案による理由づけは、「衡量素材の調査・評価」を「手続の根本規範」として整理し、「EU法上の手続基準によって惹起された、実体法上の衡量過程からの計画策定に関する諸利益の調査・評価という手続関連の要素への転換」を行う<sup>228)</sup>。加盟国の増加に伴いEUにおける通常立法手続(AEUV第294条)は複雑化し<sup>229)</sup>、公益・私益やその要保護性について加盟国間でますますコンセンサスが得にくくなっている。そのため、最低限の手続・組織

を規律し枠づけようとの動機が、加盟国間で作用する。確かに、ドイツのように衡量要請の判例理論が定着し衡量過程に対して比較的厳格な司法審査が及ぶ加盟国では、あえて「衡量素材の調査・評価」を手続上義務づける必要はないかのように思える。しかし手続規定を設けることは、以下の点で望ましいと考える<sup>230)</sup>。まず、その適法性について裁判所が統制できる範囲が限定されうる(4,6)計画策定において、手続に関する権利が基本権保障・利益保障の機能を果たしうる<sup>231)</sup>。さらに、特に多極的な利益ネットワークを扱う計画策定において手続規定を設けることで、利益を表出・集約・明確化する機会が付与される。これにより、計画策定機関への行為規範として計画策定を事前に制御し受容性を高め、また裁判所への統制規範として適切に計画策定を統制することも可能になる。また、一般に、手続規定への違反は、実体規定への違反よりも発見・判断が容易である。2004年判決は手続瑕疵に類似した瑕疵(Ⅱ2(4))を、2008年判決も「衡量素材の調査・評価」の瑕疵(Ⅱ3(2))を、それぞれ簡単に認定していた。このように、手続的思考を先へ進め、「衡量素材の調査・評価」を手続規定として整備することには、十分の理由がある<sup>232)</sup>。

さらに、建設法典2条3項が新設されたことをもって、実体的な審査密度が変わるわけではない<sup>233)</sup>。裁判所は引き続き、衡量素材

「衡量素材の調査・評価」の瑕疵として、例えば行うべき調査を怠った場合、専門家に諮問をしなかった場合、あるいは誤った機関が手続を実施した場合を掲げる。

227) 「衡量素材の調査・評価」に違反する場合に、衡量の不足・衡量の不均衡が含まれないとの見解について、Jürgen Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 40), §214 Rn. 39f.

228) Bericht der Expertenkommission zur Novellierung des Baugesetzbuchs, herausgegeben vom Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, 2002, S. 122ff.; BT-Drs. 15/2250, S. 63.

229) EUにおける決定過程について、伊藤洋一「EUにおける法形成——EU立法手続の制度設計」長谷部恭男編『岩波講座現代法の動態1 法の生成/創設』171頁, 171-197頁(岩波書店, 2014)。

230) 行政手続の多機能性につき、Hill, a.a.O. (Fn. 105), S. 199ff.; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz - Einleitende Problemskizze*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, S. 9 (9ff.).

231) 手続における基本権保護に加えて、手続による基本権保護の重要性が増していることにつき、Eberhard Schmidt-Aßmann/Ann-Katrin Kaufhold, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in: Andreas Voßkuhle/Martin Eifert/Christoph Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., 2022, §27 Rn. 31ff.

232) Mario Martini/Xaver Finkenzeller, *Die Abwägungsfehlerlehre*, JuS 2012, 126 (126); Merkel, a.a.O. (Fn. 126), S. 282.

233) Hoppe, a.a.O. (Fn. 151), 903 (905); Happ, a.a.O. (Fn. 151), 304 (307); Merkel, a.a.O. (Fn. 126), S. 283f.

の調査・評価で得られた情報・利益をもとにした計画策定の実体的な適法性を審査する(4)。もっとも、実体法上の衡量要請に違反する瑕疵と手続規定たる「衡量素材の調査・評価」の瑕疵を区別すべきか、区別すべきであるとしてどのように区別されるか、といった問題は残る。

### 3 計画維持規定の再訪

次に、3では、法治国原理や行政の法律適合性を相対化する計画維持を根拠に、衡量過程に瑕疵がある場合にも計画を維持する規定の解釈・適用について、再考する。

計画維持には、以下の2つの動機が背後にあると思われる。第1に、特定の瑕疵を理由に、費用のかかる計画策定手続をもう一度やり直すことは、手続経済上避けるべきであるという動機である。第2に、計画は、その後の状況の変化によって機能せず無効となる可能性があるために、維持すべきであるという動機がある。

このような計画維持の動機を投影する、2004年改正後の2つの計画維持規定を、改めて確認する。建設法典214条1項1文1号は、「2条3項〔「衡量素材の調査・評価」〕に違反して、ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう、計画策定に関わる利益が、本質的な点において適切に調査又は評価されなかった場合であって、しかも当該瑕疵が明白であり且つ手続の結果に影響を及ぼした場合に限って……土地利用計画及び条例の法的効力にとって顧慮される」と規定し、214条3項2文後段は、「その他の場合においては、衡量過程における瑕疵は、それらが明白であり且つ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り、有意である」と規定する(II 3(1))。両者に共通する要件として、瑕疵の「明白」性と当該瑕疵の結果への影響がある。確かに、214条1項1文1号は「手続の結果に影響を及ぼした場合」に、

214条3項2文後段は「衡量結果に影響を及ぼした場合」に、衡量過程における瑕疵が顧慮されると規定するため、文言上の違いはあるものの、両者に内容上の相違はないとされる<sup>234)</sup>。これに対して、214条1項1文1号に固有の要件として「ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう、計画策定に関わる利益が、本質的な点において適切に調査又は評価されなかった」ということが、明文上は要求されるようである。

214条1項1文1号に固有といわれる要件は、真に「固有」の意味を有しているのか。「ゲマインデに知られていた又は知られていなければならなかったであろう」という要件について、2008年判決(II 3(2))によれば、「計画決定の際にゲマインデに認識可能でない利益は、衡量上顧慮すべきものではない」。そのような利益を描出・解明・調整・衡量しなかったとしても衡量要請違反にはならず、「その他の衡量過程」における瑕疵ももたらされない。そのため、214条1項1文1号に上記要件があるからといって、このことが214条3項2文後段との差異を生み出すわけではない。また、2008年判決は、「計画策定に関わる利益」すなわち「衡量上顧慮すべき利益」該当性と「本質的な点」該当性を一体的に解釈していた(II 3(2))。1979年決定と1998年判決で示された「衡量上顧慮すべき利益」の解釈(II 1(3))が「本質的な点」の解釈に流れ込んだ結果、「計画策定に係る諸利益の1つを、具体的な計画策定状況において衡量のために意味がある点において適切に調査・評価しなかった場合」には、上記2つの該当性が同時に満たされる。このような立場を取る限り、「本質的な点」という要件は、214条1項1文1号に真に「固有」の意味を付与するものではない<sup>235)</sup>。

このように、衡量過程を2つに切り分ける本稿の立場(2)からも、2つの計画維持規定それ自体を較べて、両者に内容上の相違がないと結論づけることは可能である。判例・

234) Michael Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §214 Rn. 30; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 40), §2 Rn. 144.

235) Michael Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §214 Rn. 24.

学説上も、この結論そのものにはそれほど争いが無い<sup>236)</sup>。次に、両者に共通する要件について検討するが、その際に、手続に関する権利が特に計画策定において基本権を保障する機能を果たすということ(2)を考慮しなければならない。

まず、瑕疵の「明白」性があった。1981年判決(II 2(2))以来、連邦行政裁判所は、瑕疵の「明白」性を制限的に解釈して、客観的に把握可能な事実状況に基づく衡量過程の外側には注意を向けるが、衡量過程の内側で個々の計画策定機関の構成員の動機を探求しない<sup>237)</sup>。しかし、衡量過程の内側・外側を厳密に分別することは困難である<sup>238)</sup>。また、学説における衡量瑕疵論という衡量の欠落など、衡量の瑕疵の種類によっては、瑕疵の「明白」性判断に支障をきたしうる。そもそも、「明白」性が否定された事案はほとんどなく、2004年改正後に「衡量素材の調査・評価」の瑕疵が問題となった2008年判決では、瑕疵の「明白」性について言及されていなかった(II 3(2))。このように、特にEuGHによる判決以降、瑕疵の結果への影響に加えて瑕疵の「明白」性が要求される意義について、再考を迫られている<sup>239)</sup>。また、計画維持の利益がいかなる基本法上の要保護性を与えられるべきか、あるいは当該利益と権利保護(基本法19条4項)、法治国原理(20条3項)、法的安定性そして信頼保護といった基本原理との関係を今一度考えるべきでは

ないか<sup>240)</sup>。

2つの計画維持規定に共通する要件の2つ目に、瑕疵の結果への影響があった。1981年判決(II 2(2))以来の連邦行政裁判所の解釈によれば、「それぞれの事案の状況に応じて、計画策定の過程における瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性」が認められる場合に、この要件が充足される<sup>241)</sup>。このような具体的な可能性は、「計画の書類、あるいはその他の認識可能な若しくは容易に思いつく状況に基づいて、衡量過程における瑕疵が衡量結果に影響を及ぼしえた可能性が明らかになる場合には、常に存在する」<sup>242)</sup>。近時のEuGH判決が下されるまでは、このような解釈が長らく実務を支配していた。もともと、本稿のように近時のEuGH判決の射程・波及効を広く及ぼす立場からは、瑕疵の存在を主張する側ではなく、計画策定機関の側で、秩序に適合する衡量をしたとしても同じ決定をしていたであろうことの具体的な手がかりが証明可能であるかどうかの問題となる(II 3(3)c)。そのような具体的な手がかりが証明可能でないならば、瑕疵の結果への影響が認められる。その際に、事実審としては、瑕疵がなかった場合に計画策定機関の仮定的な意思形成に意味のあると考えられるあらゆる資料と事情を考慮しなければならない<sup>243)</sup>。これには、計画確定決定およびそこで確定された資料の他、行政関係書類、事業主体から提出さ

236) BVerwG, Urt. v. 22.03.2007 - 4 CN 2/06 -, BVerwGE 128, 238; *Michael Uechtritz*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Fn. 40), §214 Rn. 118.

237) BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 - 4 C 57/80 -, BVerwGE 64, 33; BVerwG, Beschl. v. 16.08.1995 - 4 B 92/95 -, NVwZ-RR 1996, 68; BVerwG, Beschl. v. 26.08.1998 - 11 VR 4/98 -, NVwZ 1999, 535; BVerwG, Urt. v. 28.10.1998 - 11 A 3/98 -, BVerwGE 107, 350; BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, BVerwGE 120, 239; BVerwG, Urt. v. 09.04.2008 - 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100; BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 - 9 A 8/10 -, BVerwGE 139, 150; BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1/11 -, BVerwGE 145, 231.

238) 山田・前掲注106)122頁。

239) 瑕疵の「明白」性を要求することは、EU法に適合しないと主張するものとして、*Martin Kment*, *Zur Europarechtskonformität der neuen baurechtlichen Planerhaltungsregeln*, AöR 130 (2005), 570 (596); *Thomas Bunge*, *Zur gerichtlichen Kontrolle der Umweltsprüfung von Bauleitplänen*, NuR 2014, 1 (10).

240) *Schmidt-Aßmann*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 92), §19 Abs. 4 Rn. 216.

241) BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 - 4 C 57/80 -, BVerwGE 64, 33; BVerwG, Urt. v. 18.03.2004 - 4 CN 4/03 -, BVerwGE 120, 239; BVerwG, Urt. v. 09.04.2008 - 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100; BVerwG, Beschl. v. 24.11.2011 - 9 A 23/10 -, BVerwGE 141, 171; BVerwG, Urt. v. 19.02.2015 - 7 C 11/12 -, BVerwGE 151, 213.

242) BVerwG, Urt. v. 21.08.1981 - 4 C 57/80 -, BVerwGE 64, 33 (39f.).

243) BVerwG, Urt. v. 21.01.2016 - 4 A 5/14 -, BVerwGE 154, 73; BVerwG, Urt. v. 18.06.2020 - 3 C 3/19 -, BVerwGE 168, 287.

れた資料（計画の理由づけ、議事録など）、その他の認識可能なまたは明らかなあらゆる事情が含まれる。

さらに、上記2つの明文上の要件に加えて、瑕疵の重大性を要求する見解もある<sup>244)</sup>。瑕疵が重大である場合に是正する期間を制限することは、法治国原理、私人の実体権および裁判を受ける権利の重大で過度な侵害につながるおそれがある。衡量結果における瑕疵の主張期間に制限がなくなったのは、こうした経緯からであった（II 3(1)d）。衡量過程における瑕疵の是正期間は制限されている（建設法典 215 条 1 項）こととのバランス、衡量過程における瑕疵はある程度重大なものが想定されていること、そして既に明文で瑕疵の明白性と当該瑕疵の結果への影響が要件として挙げられていることに鑑みれば、計画維持規定の要件として瑕疵の重大性まで一律に要求することは正当化し難い<sup>245)</sup>。

以上の議論のコロラリーとして、現在においては、既に述べたような瑕疵の「明白」性あるいは当該瑕疵の結果への影響が認められない限りで、計画維持の利益に優位性が認められることになる。

近時の EuGH 判決の射程の広さに鑑み、従来よりも計画維持規定の適用余地が狭まる見通しが立っていた（II 3(3)c）。そうすると、相対的に、衡量の瑕疵の認定にスポットライトがあたる。そこで 4 では、いかなる場合に衡量過程・衡量結果に瑕疵が認められるかについて、学説における衡量瑕疵論の助太刀をもらいながら考察を続けたい。

#### 4 衡量瑕疵論の再訪

4 では、学説における衡量瑕疵論を駆使し

ながら、衡量過程と衡量結果がそれぞれどのような司法審査を受けるのかについて、再考する。

「衡量過程」と「衡量結果」の概念上の重要性については、2 で少し触れた。現行の建設法典（II 3(1)）上、期間制限に関する規定と計画維持規定に服するののかという点において、衡量「過程」と「結果」のいずれを問題とするかでその後の処理が大きく異なる<sup>246)</sup>。このことは、連邦行政裁判所も意識している（II 3(5)）。

衡量要請が、衡量結果のみならず衡量過程をも制御・統制すること自体に、争いはない（2）。1974 年判決は、衡量過程については衡量の欠落・衡量の不足・衡量の誤評価・衡量の不均衡のいずれも審査し、衡量結果については衡量の不足・衡量の誤評価・衡量の不均衡を審査すると述べ<sup>247)</sup>、学説上の論争を招いた（II 1(2)）。2004 年改正の立案担当者は、衡量過程については衡量の欠落・衡量の不足・衡量の誤評価を審査し、衡量結果については衡量の不均衡に限り審査するとの見解に立つ<sup>248)</sup>ようである（II 3(1)）。2008 年判決、連邦行政裁判所 2010 年 9 月 22 日判決、そして BVerwG 2015 年判決からも、立法資料の上記部分を引用して同様の見解に立つ傾向が見て取れる（II 3(2), (5)）。学説の多数も、衡量要請は衡量過程・衡量結果に同じ基準で要求されるものではなく、衡量過程については衡量の欠落・衡量の不足・衡量の誤評価を審査し、衡量結果については衡量の不均衡に限り審査すべきであるという<sup>249)</sup>。また、2016 年判決や BVerwG 2015 年判決の一般論では、衡量の誤評価が衡量の不均衡に一括してまとめられて衡量の誤評価への言及がなかった（II 3(4), (5)）が、衡量の誤評価と衡量の不均衡との区別が相対的であること

244) Joachim Lege, Abkehr von der sog. „Abwägungsfehlerlehre“?, DÖV 2015, 361 (373).

245) Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 92), §19 Abs. 4 Rn. 216.

246) Michael Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §214 Rn. 117; Jürgen Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 40), §214 Rn. 136.

247) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309 (315).

248) BT-Drs. 15/2250, S. 65f.; Erbguth, a.a.O. (Fn. 143), 802 (807); Martin Wickel/Karin Bieback, Das Abwägungsgebot - materiell-rechtliches Prinzip oder Verfahrensgrundsatz?, DV 39 (2006), 571 (571).

249) Erbguth, a.a.O. (Fn. 54), 1230 (1232f.); Jürgen Kühling, in: Nikolaus Herrmann, Fachplanungsrecht, 2000, S. 79; Rieger, in: Schrödter (Fn. 40), §1 Rn. 601; Michael Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §215 Rn. 13a.

は、既に 1974 年判決でも示唆されていた (II 1(2))。

では、以上の裁判例の分析成果を活かして、本稿ではどのように考えるか。地区詳細計画を策定する際には、計画策定機関において、諸利益が描出・解明・調整・衡量される。まず、諸利益が描出・解明される。平場で並べられたあらゆる利益 (特に私益) は、「調査・評価」の手続を経て (2)、「衡量上顧慮すべき利益」という概念を通してスクリーニングされ、一定の重みを与えられる<sup>250)</sup>。1979 年決定、1998 年判決そして 2008 年判決が示すように、ここでの「衡量上顧慮すべき利益」とは、「事案の状況に応じて衡量に取り容れられなければならない」利益をいう (II 1(3), 3(2))。「衡量上顧慮すべき利益」は、訴訟法にその出自をもち、規範統制手続の申立適格を基礎づける。そのため、さらに本案において、「衡量上顧慮すべき利益」をその要保護性に依じて重みづけ最終的に調整・衡量する必要がある。このように、諸利益の描出・解明・調整・衡量は一連の流れの中で実現されるのであって、その一部のみを切り出して、衡量瑕疵論の説くような法理をあてはめるのはもとより適切ではない。衡量瑕疵論においても、衡量の誤評価と衡量の不均衡は分離できないという指摘が、従来から存在した<sup>251)</sup>。衡量瑕疵論の説く 4 つの構成要件は、衡量要請を具体化する説明概念の 1 つにすぎない。

既に 2 で述べたとおり、衡量過程とは、計画の書類や資料から読み取ることのできる事実の過程であると同時に、個々の段階における実際の外的手続の経過のみならず、「衡量上顧慮すべき利益」を描出・解明しそれらの要保護性に依じて重みづけ調整・衡量する内的 (な論証) 手続の経過を意味した。このような動態的な衡量過程の統制は、利益衡量が行われているか否か (衡量の欠落) はもちろ

ん、「衡量上顧慮すべき利益」の描出・解明、さらには当該諸利益の要保護性に依じた重みづけにまで及ぶ。

衡量結果とは、右にみた過程の終着点に目印をつけて固定化し、当該時点・地点で判断・決定されたものをいった (2)。衡量結果について厳格な司法審査をすることは、まさに計画裁量と相容れない。このような限界を認識していた 1974 年判決や BVerwG2015 年判決は、衡量過程の終着点での判断・決定について解決されるべき問題を特定して、個別ルールを適用することで、衡量結果に瑕疵があるとの合意に達した (II 1(2), 3(5))。言い換えれば、諸利益の調整・衡量が明らかに誤っている場合に限り、衡量結果に衡量要請違反があるというべきであろう<sup>252)</sup>。

先送りした問題として、衡量過程における衡量要請違反と衡量結果における衡量要請違反のいずれを (先に) 判断すべきか、あるいはいずれも判断すべきかという問いがあった。1974 年判決は、いずれも判断しており、前者とは独立に後者をも検討した (II 1(2))。BVerwG2015 年判決は、前者を判断することを妨げられない状況下で、後者のみを検討した (II 3(5))。このように、連邦行政裁判所は、先に衡量過程に衡量要請違反があるかを検討し、その後には衡量結果に衡量要請違反があるかを検討するという思考を広げるわけではない。必ずしも、前者の後に後者を検討しなければならないという論理的な先後関係があるわけでもない。衡量結果 (だけ) をみて、諸利益の調整・衡量が明らかに誤っている場合には、後者のみを判断することは制限されない。

諸利益の要保護性に依じた重みづけによって、最終的な衡量結果が一意に定まることもあれば、さらに最終的な判断・決定の際に複雑な利益の調整・衡量が要求されることもある<sup>253)</sup>。翻って、衡量過程において、諸利益

250) BVerwG, Beschl. v. 06.12.2011 - 4 BN 20/11 -, BauR 2012, 621; BVerwG, Beschl. v. 12.01.2016 - 4 BN 11/15 -, ZfBR 2016, 263; BVerwG, Beschl. v. 30.11.2016 - 4 BN 16/16 -, NVwZ 2017, 563; BVerwG, Beschl. v. 10.07.2020 - 4 BN 50/19 -, BauR 2020, 1767.

251) *Manssen*, a.a.O. (Fn. 45), S. 74; *Schulze-Fielitz*, a.a.O. (Fn. 50), 201 (205f.).

252) *Winfried Brohm*, *Öffentliches Baurecht. Bauplanungs-, Bauordnungs- und Raumordnungsrecht*, 3. Aufl., 2002, §13 Rn. 23; *Köck*, a.a.O. (Fn. 220), §36 Rn. 131.

のウェイトづけそのものも容易くない場合がある。このような複雑に輻輳する諸利益の調整・衡量については、節を改めて考察する。

## 5 衡量要請の現代的意義

4でみたように、計画策定機関による諸利益の重みづけや調整・衡量は、複雑な衡量過程を辿り、衡量結果に至る。計画裁量が認められて、計画策定機関の行った判断・決定を裁判所が尊重すべき場合があるとしても、衡量要請によって一定の統制が行われる。衡量要請それ自体は、「建設管理計画の策定の際には、公益と私益は、対立した利益の相互間及び同種の利益の相互間において、適正に衡量されなければならない」（建設法典1条7項）というもので、民事法における信義則と同様、計画策定機関への行為規範としても裁判所への統制規範としても不明確さが残る<sup>254</sup>。ただし、連邦憲法裁判所によれば、衡量要請は具体的事実関係に即した柔軟で適切な利益衡量を可能にするものであり、立法府が考慮すべき個々の利益の重みづけに関する具体的な基準を示していないことについては、憲法上疑義はない<sup>255</sup>。この基準を明確にすべく、連邦行政裁判所は、「衡量要請に違反するのは、衡量がそもそも行われていない、あるいは利益衡量において事案の状況に応じて取り容れられなければならない利益が取り容れられない場合、または計画策定に関係する諸利益との調整が個々の利益の客観的な重さと釣り合いな方法で行われる場合である」などと述べてきた。しかし、現実の事案における衡量過程・衡量結果次第で、裁判

所がこの定式からは直ちに結論を提示し難い場合もあった。

それに対する1つの処置が、「衡量素材の調査・評価」に関する2条3項の追加であった(2)。より注目したいのは、それ以前から連邦行政裁判所の工夫のもと編み出されていた、個別ルールである。個別ルールとは、衡量要請を判断するために具体的な事実関係に即して再構成された個別具体的な基準である。本稿ではそのような個別ルールとして、決定の先取りが行われた場合の処理(II 1(2))、計画策定によって新たな紛争を生じさせないとの紛争克服の要請(II 1(2), II 3(5))、住宅地域と工業地域を可能な限り隣接して指定してはならないとの分離要請(II 1(2))、そして事案に即した財産権の保護(II 3(4), (5))があることを確認した。衡量過程において決定の先取りが行われた場合、第1に、決定の先取りが事案に即して正当化されなければならないが、第2に、先取りの際に計画法上の管轄秩序が保たれたままでなければならないが、第3に、先取られた決定が内容上異議を唱えられてはならない<sup>256</sup>。紛争克服の要請によれば、建設管理計画の策定に際して、問題を後続の手續に移転できるが、未解決の利益相反が後続手續で適切に解決されないことが計画段階で既に予見できる場合には移転できない<sup>257</sup>。分離要請によれば、住宅地域と工業地域を可能な限り隣接して指定してはならない<sup>258</sup>。そして、所有権侵害の態様・程度によりその要保護性が左右されることが、考慮されなければならない<sup>259</sup>。

このような個別ルールの根拠は、どこに求められるか。そもそも、個別ルールは、衡量

253) *Dirnberger*, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 40), §1 Rn. 132.

254) *Lege*, a.a.O. (Fn. 244), 361 (373f.); *Nicolai Panzer*, in: Schoch/Schneider (Fn. 58), §47 Rn. 100.

255) BVerfG, Beschl. v. 30.11.1988 - 1 BvR 1301/84 -, BVerfGE 79, 174.

256) BVerwG, Urt. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -, BVerwGE 42, 331; BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309 (319ff.); BVerwG, Urt. v. 29.09.1978 - IV C 30.76 -, BVerwGE 56, 283; BVerwG, Beschl. v. 15.04.1988 - 4 N 4/87 -, BVerwGE 79, 200.

257) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309; BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144; BVerwG, Beschl. v. 17.02.1984 - 4 B 191/83 -, BVerwGE 69, 30; BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 - 4 C 8/12 -, BVerwGE 147, 379; BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, NVwZ 2015, 1537.

258) BVerwG, Urt. v. 05.07.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309; BVerwG, Urt. v. 19.04.2012 - 4 CN 3/11 -, BVerwGE 143, 24.

259) BVerwG, Urt. v. 05.05.2015 - 4 CN 4/14 -, NVwZ 2015, 1537; BVerwG, Urt. v. 23.11.2016 - 4 CN 2/16 -, BVerwGE 156, 336.

要請を判断するために具体的事実関係に即して再構成された個別具体的な基準であった。個別ルールは、衡量要請規定（建設法典1条7項）から派生する。個別ルールの中には、さらに法律（憲法を含む）により規範化されているものもある。個別ルールのうち決定の先取りは一部建設法典11条と12条に、分離要請は1条等に、事案に即した財産権の保護は基本法14条に、それぞれ根拠が求められる<sup>260</sup>。また、紛争克服の要請は、衡量要請そのものから導出されるとされている<sup>261</sup>。これまでの裁判例の分析から分かるとおり、連邦行政裁判所は、衡量要請から柔軟に個別ルールを導いて遵守する。もともと、無制限に衡量要請から個別ルールを分岐させることは、「衡量素材の調査・評価」を手続上義務づけ司法への統制規範として機能をもたせようとする近時の傾向（2）に逆行する。そのため、個別ルールは、建設法典などの法律で規範化される可能性は排除されない<sup>262</sup>ものの、裁判所が個別ルールを定立するにあたっては、衡量要請との連鎖が保たれたままでなければならない。

分析中に掲げたものの他、いかなる個別ルールが結論の導出に役立つのか、ごく簡単に例示する。連邦憲法裁判所によれば、

衡量要請は、特に憲法上の比例原則を顧慮しなければならない<sup>263</sup>。一種の比例原則の表れとして、異なる質・要保護性をもつ建築地域同士が対立する場合に土地の利用にあたっては相互に配慮しなければならないという顧慮要請（Gebot der Rücksichtnahme）がある<sup>264</sup>。次に、周囲に負担をかける者は影響を受ける近隣住民に配慮しなければならず、しかも負担の発生源の近くに居住する者には負担を受忍すべき義務が高まる<sup>265</sup>。また、場合によっては、慎重に立地の代替案や計画実施の代替案（建設法典3条1項参照）を吟味する必要がある<sup>266</sup>。さらに、長期的には実行が困難な地区詳細計画の指定は無効であり<sup>267</sup>、地区詳細計画における指定が経済的にみて不能である場合には地区詳細計画の発効を阻止することができる<sup>268</sup>。

このようなネットワーク関係にある諸利益の調整<sup>269</sup>は、利益の性質（私益・公益）によって類型化されることもある。公益・公益間の利益調整については、II 1(2)で言及した個々の利益ごとの重みづけについて法律（建設法典1条6項や1a条等）で定められた衡量指令によって、行方を左右されることがある<sup>270</sup>。例えば、1974年制定時の連邦イミション防止法（BImSchG）50条は、有害な環

260) BVerfG, Beschl. v. 30.11.1988 - 1 BvR 1301/84 -, BVerfGE 79, 174; BVerfG, Beschl. v. 19.12.2002 - 1 BvR 1402/01 -, NVwZ 2003, 727.

261) BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 - 4 C 8/12 -, BVerwGE 147, 379; *Berkemann*, a.a.O. (Fn. 58), S. 11 (18ff.); *Riese*, in: Schoch/Schneider (Fn. 58), §114 Rn. 224. 紛争克服の要請の詳細につき, *Bernd Martin Groh*, *Konfliktbewältigung im Bauplanungsrecht: Umweltschutz durch Bebauungsplanung und Anlagenehmigungsrecht*, 1988, S. 63ff.; *Märten Pfeifer*, *Der Grundsatz der Konfliktbewältigung in der Bauleitplanung: Das Verhältnis der Bauleitplanung zu nachfolgenden Genehmigungsverfahren*, 1989, S. 10ff.

262) 計画策定に関連する対立が法律という手段によって解決されなければならないことを主張するものとして, *Schmidt-Almann*, a.a.O. (Fn. 27), 541 (543).

263) BVerfG, Beschl. v. 23.07.1987 - 2 BvR 826/83 -, BVerfGE 76, 107; BVerfG, Beschl. v. 19.12.2002 - 1 BvR 1402/01 -, NVwZ 2003, 727.

264) *Felix Weyreuther*, *Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarnschutz*, BauR 1975, 1 (1ff.).

265) BVerwG, Urt. v. 12.12.1975 - IV C 71.73 -, BVerwGE 50, 49; BVerwG, Urt. v. 25.02.1977 - IV C 22.75 -, BVerwGE 52, 122; BVerwG, Urt. v. 05.08.1983 - 4 C 96/79 -, BVerwGE 67, 334.

266) BVerwG, Beschl. v. 28.08.1987 - 4 N 1/86 -, NVwZ 1988, 351; BVerwG, Urt. v. 20.05.1999 - 4 A 12/98 -, NVwZ 2000, 555; BVerwG, Beschl. v. 24.04.2009 - 9 B 10/09 -, NVwZ 2009, 986.

267) BVerwG, Urt. v. 29.04.1977 - IV C 39.75 -, BVerwGE 54, 5; BVerwG, Urt. v. 29.09.1978 - IV C 30.76 -, BVerwGE 56, 283.

268) BVerwG, Urt. v. 29.09.1978 - IV C 30.76 -, BVerwGE 56, 283; BVerwG, Urt. v. 06.05.1993 - 4 C 15/91 -, NVwZ 1994, 274.

269) BVerwG, Urt. v. 09.06.1978 - IV C 54.75 -, BVerwGE 56, 71.

270) *Sjöfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 40), §1 Rn. 204.

境影響を可能な限り回避すべきことを規定し、利益の重みづけの際にはこの規定が顧慮されなければならないとされた（最適化要請（Optimierungsgebot）<sup>271)</sup>。また、公益・私益間の利益調整については、当然に一方が他方に優先せず、具体的な状況に応じて調整が正当化されるかを検討する必要がある<sup>272)</sup>。あるいは、私益・私益間の利益調整については、利益の同質性ゆえに可能な限り平等な負担を必要とし（平等原則）、具体的な状況に応じて法的地位や私益の扱いに差異を認める<sup>273)</sup>。もっとも、利益を私益と公益とに截然と分別し難い場合があることも従来から想定されていたことに加えて<sup>274)</sup>、利益の性質による類型化の有用性も明らかでない。

当然、以上の考察によって、個別ルールが記述し尽くされたわけではない。また、これらの個別ルールの適用により、いかなる場合にも判断が可能となるわけではない。特に、個別ルール同士がいかなる関係にあるのか、競合・衝突することはあるのか、そして仮にこれを肯定する場合にいかにして利益の調整・衡量を行うかは、依然問題として残る。

## 6 計画裁量の再訪

より根深い問題として、分析した判決が個別ルールを手がかりにして初めて地区詳細計画の違法・無効を導いていることの意味について、今一度考察する必要がある。特に、衡量要請を具体的事実関係に即して再構成した個別ルールと計画裁量との関係について、再度問い直す必要がある。1974年判決とBVerwG2015年判決は、計画裁量を理由に、衡量結果における衡量要請違反の統制には限界が設定されることを述べていた（II 1(2), 3(5)）。他方で、1969年判決（II 1(1)）に代表

される裁判例では、一般に計画裁量は決して無制限に認められるものではなく、一定の法的義務を遵守しているかどうかは行政裁判所によって統制されることが判示されている<sup>275)</sup>。個別ルールは、計画裁量が認められる場合にも必ず遵守されなければならない最低限のルールということになろうか。しかし、近時の裁判例では、計画裁量が語られる機会自体がほとんどない<sup>276)</sup>。専ら個別ルールとの関係で、裁判所が計画策定機関の衡量過程・衡量結果をどの程度尊重しているかといった考察は尽きていない。ここでは、問題提起にとどめたい。

## IV. 結論

### 1 結論

「法治国上の計画策定の本質に内在する」衡量要請は、計画策定機関にとっては行為規範として、裁判所にとっては計画裁量の統制規範として、登場・発展・確立・定着し、そして変容してきた。本稿は、ドイツ連邦行政裁判所におけるそのような衡量要請の展開を具体的な事実関係にまで具に立ち入って通時的に辿り、計画策定機関による利益の描出・解明・調整・衡量がどのように審査されてきたのかを分析してきた（II, 分析成果としてIII 1）。その後、判例分析で得られた成果を逆から辿ることで、ドイツ計画法に関する判例・学説上の諸論点の考察の不足を補い新たな問題を提起した（III）。本稿は、IIIで考察した難題に一定の解を与えるために、ヨーロッパ化の影響を意識して連邦行政裁判所の裁判例を具体的事実関係に即して通時的に分析する1つの試みであったともいえる。

271) BVerwG, Urt. v. 22.03.1985 - 4 C 73/82 -, BVerwGE 71, 163; BVerwG, Urt. v. 04.05.1988 - 4 C 2/85 -, NVwZ 1989, 151.

272) BVerwG, Urt. v. 01.11.1974 - IV C 38.71 -, BVerwGE 47, 144.

273) BGH, Urt. v. 11.11.1976 - III ZR 114/75 -, BGHZ 67, 320; Rieger, in: Schrödter (Fn. 40), §1 Rn. 629.

274) Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundfragen des Städtebaurechts, 1972, S. 93f.; Helmuth Schulze-Fielitz, Sozialplanung im Städtebaurecht, 1979, S. 307.

275) BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 - IV C 105.66 -, BVerwGE 34, 301; BVerwG, Urt. v. 07.07.1978 - IV C 79.76 -, BVerwGE 56, 110.

276) 僅かに計画裁量に言及した例として、BVerwG, Beschl. v. 09.02.2015 - 4 BN 20/14 -, ZfBR 2015, 489.

## 2 残された問題

繰り返しになるが、本稿は、ドイツ計画法に由来する衡量要請の一般化、さらにはその日本法への示唆を研究するものではない（I 2(1)）。行政の主体が行う利益衡量とそれに対する司法審査はドイツに限らずフランス<sup>277)</sup>や日本にもみられる共通の法現象であるが、本稿は、あくまでドイツ計画法に関する知見を獲得することに主眼を置いて、その裁判例を分析し関係論点について考察を深めた。

さらに、既に指摘したものを除いても、以下2点の問題が残されていることを指摘しておかなければならない。第1に、本稿は、分析・考察的を地区詳細計画上の衡量要請に絞ったが、その実質的適法性は計画の必要性（建設法典1条3項1文）や空間秩序の目的との適合（1条4項）などその他の要件によっても判断される<sup>278)</sup>。衡量要請とその他の実質的要件との相互関係について、本稿は検討していない<sup>279)</sup>。

第2に、特定の計画策定決定について、自然言語を用いた決定理由を形式的で数値を用いた方法に置き換えることを提案する教授資格申請論文がある<sup>280)</sup>。このことが、計画策定機関の衡量決定を透明化し、その統制に資するという<sup>281)</sup>。そのような衡量統制の改善案についても、吟味することができなかった。

これらの問題になんらかの回答を示すことを、今後の課題としたい。

### \* 謝辞

本稿は、2022年12月、東京大学大学院法

学政治学研究科に提出した、研究論文である。その後、加除修整を施した。

完成に至るまでには、多くの方々のお力添えをいただいた。特に、研究論文の指導教員をお引き受けいただいた太田匡彦教授には、ドイツ語（の判例）の読解をはじめとして懇切丁寧なご指導を戴いた。また、脱稿後、東京大学大学院法学政治学研究科助教を構成員とする有志の勉強会（通称：助教勉強会）で報告を行い、分野の垣根を越えて貴重なご教示を受けた。この場を借りて、お礼を申し上げたい。

本稿は、その構成上訳文が大部を占め、ドイツ計画法から日本法への示唆を意図的に避けているため、読み手によって評価が分かれるかもしれない。しかし、（訳語の拙さも含めて）法科大学院生としての1年間の成果を公表し、その後の研究を展開する基礎とすることには意義があると考えて、投稿した次第である。

\* 本稿の執筆にあたり、公益財団法人末延財団から助成を受けた。記して謝意を表する。

（たなか・ひろと）

277) フランスにおける費用便益衡量 (bilan coût-avantages) を詳細に分析し、日本に示唆を与えるものとして、互理格『公益と行政裁量』(弘文堂、2002)がある。

278) このうち、計画の必要性を過度に強調する裁判例として、BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1/11 -, BVerwGE 145, 231. 逆に、このような動向に歯止めをかける裁判例として、BVerwG, Urt. v. 27.03.2013 - 4 C 13/11 -, BVerwGE 146, 137.

279) 例えば、部門計画に関する連邦行政裁判所 1975年2月14日判決 (BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56.)などがこの素材を提供する。また、地区詳細計画の適法性について、形式的適法性と実質的適法性を概観する邦語での文献として、ブローム＝大橋・前掲注10)115-145頁。

280) *Ekkehard Hofmann, Abwägung im Recht*, 2007.

281) *Hofmann, a.a.O. (Fn. 280), S. 287ff.*

# 身分犯の共犯と業務上横領罪の構造

2022年4月入学

星川竜儀

## I. 序論

## II. 刑法 65 条について

- 1 従前の議論状況と検討の視点
- 2 刑法 65 条の経緯
- 3 構成的身分と加減的身分の区別
- 4 刑法 65 条の適用範囲
- 5 実質説の帰結の検討
- 6 形式説の正当化

## III. 業務上横領罪と刑法 65 条

- 1 業務上横領罪に非占有者が関与したときの罪責
- 2 業務上横領罪に非占有者が関与したときの公訴時効

## I. 序論

本稿は、最判昭和 32 年 11 月 19 日刑集 11 卷 12 号 3073 頁の示した、業務上横領罪に非占有者が関与した場合には、刑法（以下法名省略）65 条 1 項により罪名としては業務上横領罪となるが、同条 2 項により単純横領罪の刑を科するとの擬律（以下「本擬律」という。）を前提として、その場合の「公訴時効の期間は同罪（筆者注：単純横領罪）の法定刑である 5 年以下の懲役（筆者注：刑法等の一部を改正する法律（令和 4 年法律第 67 号）による改正後の拘禁刑）について定められた 5 年（刑訴法 250 条 2 項 5 号）であると解す

るのが相当である。」と判示した、最判令和 4 年 6 月 9 日刑集 76 卷 5 号 613 頁（以下「本判決」という。）の登場を契機として、本判決の扱う論点に至るまでの、65 条についての解釈上の問題について検討を加えることを目的としている。

すなわち、同条は身分犯の共犯という問題領域について、1 項で「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする。」と身分の連帯的作用を定める一方で、その 2 項で「身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する。」と身分の個別的作用を定めている。同条について、後述するように判例・通説は、1 項が違法身分の連帯的作用を、2 項が責任身分の個別的作用を規定したものと解する有力説の存在にも拘らず、いずれも犯罪の成立に関する規定であって、1 項は構成的身分の連帯的作用を、2 項は加減的身分の個別的作用を規定したものであると解している。その上で判例は、かかる理解と一見整合しないようにも思われる本擬律を採用した上で、本判決においてもこれを踏襲し、本擬律が適用される場合の公訴時効について判示したのである。

そこで本稿は、まず、判例・通説の意味するところを明らかにしつつ（II 2, 3。なお、II 4 で、前提として 65 条の適用範囲についても論じる。）、有力説の帰結を検証し（II 5）、これと判例・通説の比較対照を通じて、なお判例・通説が維持できることを論じる（II 6）。続いてかかる 65 条の理解からも本

擬律が説明し得る（ただし、同条2項の適用ではなく準用として理解される。）ことを論じ（Ⅲ1）、最後に本判決の判示が正当であることを論じることとする（Ⅲ2）。

なお、本稿の上記目的からある程度離れる点については、今後の課題とし、判例・通説の理解に倣うことがあることを断っておきたい。

## Ⅱ. 刑法65条について

### 1 従前の議論状況と検討の視点

通説は、65条1項は構成的身分犯のみに関する規定であり、2項は加減的身分犯にもっぱら適用される規定であるとし、1項も2項も、ともに犯罪の成立に関する規定として理解する。判例も、基本的にこの立場をとる<sup>1)</sup>。かかる判例・通説に対しては、加減的身分と構成的身分という形式的な区別により異なる取扱いをする理論的根拠が明確ではない<sup>2)</sup>、あるいは非身分者が身分者の行為に関与した場合においては、本来まったく当罰性を有していないとされている者（構成的身分犯の非身分者）の方が、もともと当罰性を有する者（加減的身分犯の非身分者）の行為より重く処罰されることになるのは不合理であるとの批判が向けられている<sup>3)</sup>。

そして、共犯と身分という問題領域の解決において、身分の作用を構成的—加減的という形式的区別によって決定するのではなく、当該身分のもつ法的性質によって決定すべきであるとして、違法身分は連带的に、責任身分は個別的に作用するとの有力説が提唱されることとなったのである<sup>4)</sup>。判例・通説と有力説の決定的な差異は、65条1項と2項のいずれを適用するかを、身分犯の規定形式

によって決するか（以下「形式説」という。なお、形式を必ずしも貫徹していない点はⅡ3で論じる。）、あるいは違法性や責任といった犯罪の処罰根拠に遡って決するか（以下「実質説」という。）であろう。

しかしかかる実質説に対しては、65条1項が「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」としており、また同条2項が「身分によって特に軽重があるとき」としている文理に一致しない、違法身分と責任身分を明確に区別することは困難である、あるいは構成的責任身分について共犯者を不可罰とする帰結<sup>5)</sup>は不都合であるとの批判が向けられている<sup>6)</sup>。

実質説に対する批判の第1点については、加減的身分犯も身分が存在することで当該身分犯が成立するという意味では「犯人の身分によって構成すべき犯罪」（構成的身分犯）であって<sup>7)</sup>、また責任身分犯については、非身分者に対する処罰規定が存在しない場合、同一の法益侵害惹起に対して重い責任非難を肯定できる場合だけを処罰の対象とすることになるから、非身分者は可罰的な責任を欠くという理由で、可罰性を否定する程度にまで責任が減輕されていることになるため、65条2項を準用して不可罰となる、と整合的に解釈することが可能であるとするものがある<sup>8)</sup>。しかし、1項の「構成すべき」は2項の「特に軽重がある」と対比されているのであるし、不可罰とされることを「軽重」というのは無理であろう。法文を前提とする限り、65条が1項と2項の取扱いを違法身分と責任身分という違いに基づいて区別しているとは考えられないのである<sup>9)</sup>。

また、さらに問題なのは、構成要件要素とは、違法性や責任、さらには政策的な観点など、様々な考慮が混在したものであるから、

1) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』568頁（有斐閣，2018年）。

2) 十河太朗『身分犯の共犯』10頁（成文堂，2009年）。

3) 十河・前掲注2)16頁。

4) 西田典之『共犯と身分〔新版〕』156-157頁（成文堂，2003年）。

5) 西田・前掲注4)176頁。

6) 十河・前掲注2)25-28頁。

7) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』344頁（有斐閣，2016年）。

8) 山口・前掲注7)347頁。

9) 十河・前掲注2)25-26頁。

あらゆる身分を違法身分と責任身分に完全に区別することはできないことである<sup>10)</sup>。実質説は、違法・責任双方に関わる身分についての処理に窮することになる。実質説は、違法身分と責任身分の区別を、一次的に行為の法益侵害性を規定する要素と専ら責任とのみ関係する要素の区別とするが<sup>11)</sup>、二次的にであれ責任に影響するのであれば、全面的な連帯は肯定できないはずである<sup>12)</sup>。また、違法・責任身分の非身分者については、その性質に応じた取り扱いがなされれば足り、具体的には業務上横領罪を例に挙げ、違法身分たる占有者の限度で共犯が成立する、とするものもあるが<sup>13)</sup>、占有者たる身分及び業務者たる身分がそれぞれ純然たる違法身分及び責任身分であるとの理解は疑義があるし、通常の、二重の身分といわれない身分であって違法・責任身分であるものに関して、その性質に応じた取扱いとは何を指すのか明確ではない。

そうすると、65条の文言に沿うとともに、適用において困難を生じにくい形式説の立場にも相当の合理性があることになるし、2で見る、65条の経緯にも符合することになる。ただし、形式説が、取扱いの区別の理論的根拠を明確にしていない点は認めざるを得ない。犯罪の処罰根拠である違法性・責任との関係性を度外視して、形式説の帰結を承認することはできない。

そうすると、検討すべき点はむしろ、実質説と形式説とでどの程度異なった帰結を導くのか、そしてその異なった帰結は、違法性・責任の一般論から許容し得るものであるかであり、その結果、帰結の相違が犯罪の処罰根拠から基礎付け得ないとなったときにはじめて、実質説のようなある種文言を無視した解釈へと進むのが、罪刑法定主義の支配する刑法の解釈としてあるべき方向といえるだ

ろう。

## 2 刑法 65 条の経緯

前述の通り 65 条は法文上、構成的身分と加減的身分との区別を採用した上で、前者の連帯的作用及び後者の個別的作用を認めているように読める文言を採用している。では、そもそもなぜ同条はかかる文言を採用するに至ったのであろうか。

これを考察するには、各本条や各種の刑罰法規に共犯規定（第 1 編第 11 章）を適用する際のメカニズムを念頭に置くことが便宜である。刑法の各本条や各種の刑罰法規において、個々の定められている構成要件（基本的構成要件）は、おおむね、単独犯に関するものであるが、共犯については、基本的構成要件を前提としつつ、これを、それぞれ、共犯規定によって、修正を加えたものが、各犯罪の共犯の構成要件となるのである<sup>14)</sup>。

そして、構成要件とは刑罰法規を解釈し、その意味を確定することにより明らかにされる個々の犯罪行為の型ないし観念像であるから<sup>15)</sup>、構成要件の異同は、その充足すべき要件と、適用法条によって決定されると言うべきである。そうすると、ある罪の単独犯、共同正犯（60 条）、教唆犯（61 条）、及び幫助犯（62 条）は全て構成要件として異なるといえるのである。

そして身分犯において修正構成要件を構想するにあたっては、その法定刑を定める必要があるのであるが、個人責任の原則から、行為者の固有の事情に係わる一身的な犯罪要素は本来、それを有する者にのみ作用するはずであって<sup>16)</sup>、修正構成要件の法定刑は各人の身分に従って決されるのが自然ということになろう。

これに沿うように、1968 年改正前のドイ

10) 十河・前掲注 2)27 頁。

11) 西田・前掲注 4)175 頁。

12) 十河・前掲注 2)27 頁。

13) 山口・前掲注 7)347 頁。

14) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第 4 版〕』125-126 頁（有斐閣、2008 年）。

15) 井田・前掲注 1)94 頁。

16) 十河・前掲注 2)302 頁。

ツ刑法 50 条は、「法規が、ある行為の可罰性……を、その行為を実行した者の一身専属的資格または関係……により加重または減輕している場合、これらの特別な所為事情……は、その存する正犯または共犯（共同正犯、教唆犯、従犯）に帰責される」としていたのであるが<sup>17)</sup>、同条が、犯罪を構成する諸要素の中に犯罪関与者相互に個別的にのみ作用するものが存在する旨の一般原則を宣言した規定であるとすれば、その原則は、同条の文理を越えて構成的身分にも妥当するはずである。それにも拘らずその適用は通説・判例により加減的身分に限定された。

その最大の原因は、「真正職務犯罪に加担した身分なき共犯者の処罰」であったと考えられ、そこでは、論理よりも処罰の必要性、刑事政策的考慮が優先したのである<sup>18)</sup>。そして、同様の状況は、我が国における 65 条の成立過程においてもみることができ、我が国の旧刑法には加減的身分に関する規定(106 条、110 条)しか存在しなかったが、明治 40 年の改正により新しく設けられた現行 65 条 1 項は、まさに身分が刑罰構成的に作用する場合に加担した非身分者の可罰性に立法的解決を与えることを主眼としたものだったのである<sup>19)</sup>。

ただ立法者は、あらゆる場面を想定して加減規定を網羅的に規定しているわけにはいかず、非身分者に関する減輕規定が定められていない場合には、身分犯の共犯とせざるを得ないことから<sup>20)</sup>、非身分者が身分犯に関与した場合の法定刑を、身分犯のそれを基礎として定めることとしたのが 65 条 1 項ということができる。

### 3 構成的身分と加減的身分の区別

斯様にして、形式説は、身分犯を構成的身分犯と加減的身分犯とに区別をし、かかる区別に従って身分の作用を変化させているものである。構成的身分犯と加減的身分犯という形式的に思える区別が、形式説の立場からは、65 条の適用関係を分けるものとなる。それゆえ、形式説に対しては、ある身分が構成的であるか、それとも加減的であるかは、刑法理論とは無関係な偶然であるにすぎず、そのような身分の別に身分者と非身分者が協働した場合の擬律を結びつけるのは不合理であると批判されるのである<sup>21)</sup>。しかし、ある身分が構成的か加減的かは、本当に刑法理論とは無関係に決定されるのであろうか。

この点について、判例は、単純横領罪における他人の物の占有者たる身分を構成的身分とし<sup>22)</sup>、かつ通説も軌を一にするものである<sup>23)</sup>。また、事後強盗罪における身分犯説にあっても、これを構成的身分とする裁判例<sup>24)</sup>や学説<sup>25)</sup>が存在する。もっとも、刑法典には、前者については遺失物横領罪(254 条)、後者については暴行罪(208 条)または脅迫罪(222 条)という、当該構成要件から身分を捨象した場合にもなお該当する構成要件が規定されているのである。それにも拘らずこれらの身分を構成的身分とする根拠としては、前者については、占有離脱物横領罪は委託信任関係の違背を通じての所有権侵害という性格を持たない点で異質であるとか<sup>26)</sup>、委託信任関係を侵害することにより、自己の占有するものを領得するか否かに相違

17) 西田・前掲注 4)17 頁。

18) 西田・前掲注 4)131-135 頁。

19) 西田・前掲注 4)140-142 頁。

20) 前田雅英『刑法総論講義〔第 7 版〕』340 頁(東京大学出版会、2019 年)。

21) 小林憲太郎「西田教授の身分犯論」西田典之追悼『西田先生献呈論文集』54-55 頁(有斐閣、2017)。

22) 最判昭和 27 年 9 月 19 日刑集 6 卷 8 号 1083 頁。

23) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 5 卷第 60 条～第 72 条〔第 3 版〕』551-552 頁〔小倉正三〕(青林書院、2019)。

24) 大阪高判昭和 62 年 7 月 17 日判時 1253 号 141 頁。

25) 前田雅英『刑法各論講義〔第 7 版〕』206 頁(東京大学出版会、2020 年)、堀内捷三『刑法各論』135 頁(有斐閣、2003 年)、佐久間修一『刑法各論〔第 2 版〕』203 頁(成文堂、2012 年)。

26) 井田良『講義刑法学各論〔第 2 版〕』328 頁(有斐閣、2020 年)。

があるとか<sup>27)</sup>、単純横領罪、業務上横領罪が委託に基づき自己の占有する他人の財物を領得する点で背信性を有することから、占有離脱物横領罪と罪質を異にするとか指摘され<sup>28)</sup>、また後者については、加減的身分犯とするのはおよそ財産犯でない暴行・脅迫罪を基本類型とみる点で疑問であるとか<sup>29)</sup>、暴行・脅迫罪は事後強盗罪と罪質を異にするとか<sup>30)</sup>と指摘されている。

すなわち、身分犯と、身分犯の構成要件から身分を捨象した構成要件が共に規定されている場合であっても、両者の罪質が異なる場合であっても、当該身分犯を、条文の形式に拘らず加減的身分犯ではなく構成的身分犯として65条1項を適用することは、形式説の立場からも否定されないし、横領罪にあっては、むしろそれが一般的な解釈ともいうことができる。構成的・加減的身分犯のいずれかであるかを形式的区別によってのみ決定することは、構成的・加減的との区別を肯定する立場からも、なされていないのである<sup>31)</sup>。

そして、身分犯と、身分犯の構成要件から身分を捨象した構成要件が共に可罰的なものとされている場合であっても、両者の罪質が異なる場合であっても、かかる取扱いをむしろ正当なものとして受け止めることができる。加減的身分犯というのは、基本犯の存在を前提として、身分の有無により刑に軽重のある構成要件をいうのであって、当該構成要件から身分を捨象した構成要件が当該構成要件と罪質を異にするのであれば、その構成要件には基本犯と呼ぶに値するほどの当該構成要件との結びつきは存しないからである。問題とされるべきは罪質の異同を如何に判断するかである。

ここで単純横領罪にあっては、占有離脱物横領罪の保護法益である所有権に加えて、委

託信任関係をも保護法益とするとされているし<sup>32)</sup>、暴行罪は人の身体に対する罪、脅迫罪は人の自由に対する罪である一方、事後強盗罪の属する強盗の罪は、身体犯と財産犯の両面を有するとされているため、暴行・脅迫罪に、人の財産という保護法益が付加されたものと見ることができる。従って、罪質といわれるものの内実は、保護法益の相違なのではないかと推測されるのである。具体的には、ある罪と他の罪の罪質が異なるというのは、両罪の保護法益を比較対照したときに、量的差異に還元できない質的に異なる法益が含まれており、かつ、これが法定刑を決定する要因となっているときをいうもの、と考えることができよう。そうすると、実際のところ、実質説から、形式説に反して65条1項を適用すべきと主張されるところの、いわゆる「加減的」違法身分の多くは、非身分者の行為と身分者の行為とは別個の法益の侵害が見出せるであろうから、形式説からも、構成的身分犯として、65条1項を適用すると解決がなされると考えられるのである(もつとも、加減的違法身分という問題自体は消滅しないことは、5で述べる通りである。)。もしこのような結論を承認せず、両者の関係性はどうかであれ、専ら身分犯から身分を捨象した構成要件が規定されているか否かによってのみ65条の適用如何を決するのであれば、それは、「典型的な形式主義、実証主義であり、言葉の最も悪い意味における概念法学に陥ったものである」との批判を免れないだろう<sup>33)</sup>。

結局、身分犯の構成要件から身分を捨象した構成要件が規定されていなければ、それは構成的身分犯であり、また規定されていた場合には、罪質において同一か否かを判断し、これが認められれば加減的身分犯、認められ

27) 山中敬一『刑法各論〔第3版〕』411頁(成文堂,2015年)。

28) 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論〔第7版〕』249頁(弘文堂,2018年)。

29) 佐久間・前掲注25)203頁。

30) 堀内・前掲注25)135頁。

31) 西田・前掲注4)291頁。

32) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻(第246条~第264条)〔第3版〕』547頁〔小倉正三〕(青林書院,2018年)。

33) 西田・前掲注4)157頁。

なければ構成的身分犯である、ということとなる。条文の規定形式による判定があくまで出発である点で、はじめから違法性と責任のいずれに関わる身分であるかを判断する実質説とは発想において異なる。また、罪質の同一性の判断は、違法身分と責任身分の区別と同様困難を生じ得ることは否定できない。しかし、身分の構成的・加減的の別は個別の構成要件解釈によって決まる以上当然のことであり、65条はこれが解釈により決定された後に適用されるだけのことである、という応答が可能である<sup>34)</sup>。また、解釈の結果違法と責任の双方に関わるとの結論に至りうる実質説と異なり、罪質の同一性は、有るか無いかのいずれかの結論しかあり得ない。実際の適用に際しては実質説よりも遥かに困難が少ないといえよう。

#### 4 刑法 65 条の適用範囲

形式説（もし仮に、形式説が3で論じた帰結を承認しないのであれば、その限りにおいて形式説とは異なるのが自説ということになるが、以下引き続き「形式説」としたい。）と実質説の比較対照及び正当化の検討（5, 6）に移る前に、前提問題として、65条の適用範囲について簡潔に論じておくことにしたい。なぜならば、形式説が、違法性・責任の一般論からの帰結を何らかの形で修正しているのだとすれば、これが正当化できるか否かを論じるにあたっては、いかなる修正が加えられているのかが特定される必要があるからである。そして、この点について検討すべき問題としては、大きくは65条にいう「身分」の意義、及び65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるかという二点であろう。

判例は、「刑法 65 条にいわゆる身分は、男女の性別内外国人の別、親族の関係、公務員たるの資格のような関係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係であ

る特殊の地位又は状態を指称するものであり」とし<sup>35)</sup>、通説も判例の立場を支持している<sup>36)</sup>。身分該当性が特に争われるのは、目的のような主観的要素が身分に含まれるかである（なお、事後強盗罪における「窃盗」が身分に当たるかも争われているが、これは主として事後強盗罪の解釈に関わる問題であるから、検討の対象からは外したい。）。この点については、判例は、麻薬取締法 64「条は、同じように同法 12 条 1 項の規定に違反して麻薬を輸入した者に対しても、犯人が営利の目的をもっていたか否かという犯人の特殊な状態の差異によつて、各犯人に科すべき刑に軽重の区別をしているものであつて、刑法 65 条 2 項にいう『身分ニ因リ特ニ刑ノ軽重アルトキ』に当るものと解するのが相当である。」としており<sup>37)</sup>、積極説に立っているものと言えらる。この判決に対する学説の反応は概ね反対説に傾いているが、その論拠は、65条にいう「身分」という文言の文理解釈に基づくといつてよい。しかし、判例による広汎な定義の下においては、「営利の目的」をも「犯人の特殊な状態」に包摂させることは十分に可能であり、文理解釈説はこれに反対するだけの説得力を有しうるかは疑問だといふべきであろう<sup>38)</sup>。主観的要素が身分に含まれるかを明らかにするためには、65条の法意がどこにあるのかという点にまで遡って検討することが必要となるといわなければならない。そして、65条は、身分という一身専属的要素が構成要件とされている場合に、基本的構成要件を修正し、共犯の修正構成要件を構想する場合の解決を示したものであるから、かかる過程で共犯規定（60条～64条）を適用する際に一定の調整が必要な要素、すなわち何人との関係でも存否が不変、というわけではない要素を指すものとして「身分」としていると考えることができる。そうすると、主観的要素については何人との関係でも存否が不変というわけではないので

34) 山口・前掲注 7)347 頁。

35) 最判昭和 27 年 9 月 19 日前掲注 22)。

36) 大塚ほか・前掲注 23)766 頁〔川端博〕。

37) 最判昭和 42 年 3 月 7 日刑集 21 卷 2 号 417 頁。

38) 西田・前掲注 4)169 頁。

あるから、身分に当たるといえるだろう<sup>39)</sup>。

65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるかについては、判例は、「犯人ノ身分ニ因リテ構成スル犯罪ニ付キ身分ナキ者カ加担スルニ於テハ共犯ヲ以テ之ヲ論スヘキコトハ刑法第65条第1項ノ規定スル所ニシテ加担行為ノ種類ニ従ヒ或ハ実行正犯タルヘク或ハ教唆若クハ従犯タルヘシ」として、積極的に解しており<sup>40)</sup>、通説も、この点については積極説をとる<sup>41)</sup>。消極説は、構成的身分犯については身分がない者の行為はその実行行為としての類型を欠くから、共同実行ということはあるとしないとするが<sup>42)</sup>、判例の肯定するところの<sup>43)</sup>共謀共同正犯について全面的に否定説をとらない限りは、かかる指摘は論拠とはならない。法文上、65条も60条ともに「共犯」の章下にあり、65条1項にも「共犯とする」との文言があるから、「共犯」には共同正犯も含まれるのである<sup>44)</sup>。

## 5 実質説の帰結の検討

では、具体的に形式説と実質説とでは、65条の適用に際して、いかなる差異が生じ、それは違法性・責任の観点からも正当化できるのであるか。まずは、実質説の帰結を検討することとしたい。以下では、違法性と責任の双方に関わる身分についても念頭に置きつつ議論を進めるため、もっぱら違法身分である身分と、違法性と責任の双方に関わる身分の違法に関する側面とを合わせて「違法性に関わる身分」と、もっぱら責任身分である身分と、違法と責任の双方に関わる身分の責任に関する側面とを合わせて「責任に関わる身分」ということにする。

実質説は、違法身分は違法の連帯性から、

連帯的に作用すると説く。しかし、そもそもこの帰結に対しては疑義を呈する余地がある。具体的には、複数の関与者間でそもそも違法が連帯しない場合があるのではないかという、違法の相対性の問題である。

ここで規範による人間行動のコントロールということを離れて法益保護は実現できないことから、行為の時点で違法・適法の限界を明らかにするという提示機能・告知機能を重視する<sup>45)</sup>行為無価値論においては、各人の置かれた状況によって向けられた規範は異なって然るべきであるから、違法の相対性は認められて然るべきということになるだろう。とりわけ行為無価値的要素が問題となる場合には、違法評価はかなり大幅に人的に相対化され、その限りで違法の連帯性は否定される<sup>46)</sup>。

翻って違法性の本質を法益侵害とその危険なり<sup>47)</sup>、法益侵害・危険の惹起なり<sup>48)</sup>と解する結果無価値論の立場からも、法益侵害という事実そのものから、違法性を肯定することはできない。そもそも法益の「侵害」というときには、既に法益の制約に対する否定的評価が加えられている。法益侵害ないしその危険を以って違法性の実質としても、評価というプロセスとは無縁ではいられないはずである。

そして、法益侵害の事実がありながらもこれに違法との評価を下さない典型的な場合が、違法性阻却事由が認められる場合なのであるが、違法性阻却事由の判断は、実質的・非類型的なものであり、そこでは、当該行為の具体的状況を基礎に、相反する様々な利益を比較衡量し、違法性の有無及び程度を個別・実質的に判断することになる。そうすると、行為の具体的な事情は関与者ごとに異なる

39) 十河・前掲注2)302頁参照。

40) 大判昭和3年5月24日刑集7巻396頁。

41) 大塚ほか・前掲注23)798頁〔川端博〕。

42) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』420頁（有斐閣，1990年）。

43) 最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁ほか。

44) 大塚ほか・前掲注23)799頁〔川端博〕。

45) 井田良『刑法総論の理論構造』8頁（成文堂，2005年）。

46) 井田・前掲注45)304頁。

47) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論〔第3版〕』134頁。

48) 山口・前掲注7)105頁。

るから、違法性を否定する事情が共犯者にのみ存在するときには、正犯の行為が違法であっても共犯の行為を適法とすることは可能であるということになる<sup>49)</sup>。そして同じ議論は、違法性阻却事由の存否の判断に限らず、違法性の有無一般にも妥当するはずである。

この点を端的に示したのが、過剰防衛と正当防衛の共通の要件である侵害の急迫性に関する、「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべきであ」として、共謀共同正犯者についてのみ、侵害の急迫性の要件を満たさないとして過剰防衛の成立を否定した判例<sup>50)</sup>及び「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、……対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。」としつつ、具体的な考慮事情としては、行為者と相手方との従前の関係や行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意味内容等をも挙げた判例<sup>51)</sup>であると理解することができる。

そして、一般の違法性阻却事由による処理から進んで、典型的に特定の身分を欠く者による行為については可罰的違法評価を欠くとして構成要件を規定せず、又は違法評価の程度が異なるとして刑を加重減軽すること（違法性阻却を構成要件として固定化する、とも表現できる。）は、事柄の性質に即応して合理的と認められ<sup>52)</sup>、平等原則（日本国憲法14条）に抵触しない限りでは、許されるものというべきである。

また、実質説においては、広義の共犯は共

同正犯と狭義の共犯とに分って考察される必要がある。共同正犯は法益侵害の共同惹起形態で、「一次的责任」類型だから、従属性の要件は当てはまらないし<sup>53)</sup>、その特質として、各自がそれぞれ惹起した結果ばかりでなく、他の共同者が惹起した結果についても責任を問われる点（一部行為の全部責任の原則）がある一方<sup>54)</sup>、後者には従属性が妥当するし<sup>55)</sup>、そもそもとして共犯の処罰根拠が問題となるからである。そこで狭義の共犯に関して考察を加えるには、共犯の従属性及び処罰根拠の検討を欠かすことはできない。

そこでこれらについて簡潔に検討すると、共犯の処罰根拠としては、正犯行為も共犯行為も保護法益との関係での違法な事態を惹起したことを理由として処罰されるとする惹起説（因果的共犯論）が通説的であって<sup>56)</sup>、とりわけ混合惹起説が有力となっている<sup>57)</sup>。また、共犯の従属性について、共犯の実行従属性の原則を承認し、教唆犯・幫助犯が成立するためには正犯の行為が現に実行されたことを必要とするとする、共犯従属性説が通説であり<sup>58)</sup>、また、正犯行為として構成要件に該当する違法な行為があれば、これに対する共犯が成立しうるとする、制限従属性説が通説である<sup>59)</sup>。そして、結論としては、これら通説・有力説の見解が正当であると考える。

共犯の処罰根拠において因果的共犯論と対置される考え方としては、責任共犯論及び違法共犯論を考えることができる。しかし、共犯の処罰根拠として、正犯者を墮落させ、罪責と刑罰に陥らせたことに着目する責任共犯論は、責任判断の個別性の観点から通説となっている制限従属性説とは合致しないほ

49) 十河・前掲注2)214頁。

50) 最判平成4年6月5日刑集46巻4号245頁。

51) 最判平成29年4月26日刑集71巻4号275頁。

52) 最判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁。

53) 山口・前掲注7)315頁。

54) 大塚ほか・前掲注14)104頁〔村上光鷗〕。

55) 山口・前掲注7)314頁。

56) 井田・前掲注1)533頁。

57) 大塚裕史ほか『基本刑法I総論〔第3版〕』345頁（日本評論社、2019年）。

58) 井田・前掲注1)481頁。

59) 井田・前掲注1)483頁。

か、誘惑ないし墮落という考え方自体が適当でない<sup>60)</sup>。また、正犯に違法な行為を行わせたことを共犯の処罰根拠とする見解である違法共犯論においては、「共犯の違法」は「正犯の違法」に由来することになるが、それは「共犯の違法」を「正犯の違法」から「借り受ける」ものである。因果的共犯論が、法益保護を指向する刑法体系において共犯固有の犯罪性を支持するものとして妥当である<sup>61)</sup>。

そして、因果的共犯論内部においては、混合惹起説と対置されるものとして純粹惹起説及び修正惹起説がある。しかし、共犯の処罰根拠はあくまで、構成要件的な違法性の惹起、あるいは、構成要件という枠によって枠付けられた違法性の惹起であり、純粹惹起説は、構成要件という枠によって設定された処罰範囲の限定を共犯処罰という迂回路によって潜脱するものである<sup>62)</sup>。また、修正惹起説に対しては、違法共犯論に対するのと同様の、共犯の違法を正犯の違法から借り受けるものとの批判が当てはまる。結局混合惹起説が支持されるべきである。

共犯従属性説と対置される共犯独立性説については、61条には「人を教唆して犯罪を実行させた者」と、62条には「正犯を幫助した者」と規定されており、そこには、正犯の存在が予定されるとともに、実行行為と教唆行為・幫助行為との違い、及び、正犯と教唆犯・従犯との異質性が示されているといえ、少なくとも現行刑法の立場とは相容れないのである<sup>63)</sup>。

構成要件及び違法性は法益侵害性に基づく行為の客観的属性を示すものであり、それが認められない限り、法益保護の観点から刑法が処罰の対象とすることは要請されない。また、構成要件該当性が存在しても違法性が阻却される場合には、その行為は違法ではなく、刑法に関する限り禁圧・抑止の対象とな

らないことに変わりはないから、最小従属性説は妥当でない。また、責任は、構成要件に該当する違法な行為を行った行為者を非難するための要件だから、その性質上、行為者ごとに個別的に判断されるべきものであり、極端従属性説は妥当でない<sup>64)</sup>。

以上を踏まえて違法性に関わる身分について見るに、これは類型を2に分つことができるように思われる。すなわち、一定の人的範囲の者だけがその法益を直接に侵害できるために<sup>65)</sup>、身分者の行為にしか構成要件を用意する必要がなく、または非身分者の行為に対するのと別に身分者の行為に対しても構成要件を用意する必要があるものと考えられた類型（類型1、例として収賄罪など。）と、何人も法益侵害それ自体はなしうるものの、立法者において、身分者以外の行為は処罰に値しない、すなわち可罰的違法性を欠くと判断したり、あるいは加重・減輕処罰すべき違法評価を加えなかったりした類型（類型2、例として、令和5年法律第28号による改正前の逃走罪など。）である。なお、一身の違法という観念は結果無価値論においても否定されていない<sup>66)</sup>。

そして、類型1については、実質説からは、身分犯の構成要件による処罰を根拠づける法益侵害が生じた以上、65条1項により連帯的作用を認めるべきであるとされるであろう。一方類型2については、先に論じたところによれば、実質説の立場からは、非身分者による法益侵害は、立法者により可罰的違法性を欠き、あるいは加重・減輕処罰すべき違法評価はないとされたものであるから、むしろ連帯を否定すべきであるとの結論に至ることになるはずである。

次に責任に関わる身分についてみるに、責任は個別的に判断されるべきであるから、やはり連帯は否定されるであろう。

60) 山口厚『問題探究刑法総論』236頁（有斐閣、1998年）。

61) 山口・前掲注7)310頁。

62) 西田・前掲注47)363頁。

63) 大塚ほか・前掲注23)13頁〔大塚仁＝中山善房〕。

64) 山口・前掲注7)326-327頁。

65) 井田・前掲注1)565頁。

66) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』366-367頁（有斐閣、1975年）。

もっとも後二者に関しては、狭義の共犯については別の考慮を要することになる。

すなわち、類型2あるいは責任に関する身分であっても、これが一度構成要件とされた場合にあつては、正犯に身分という構成要件がないのに、共犯に身分犯の成立を肯定するのは、制限従属性説からは特別の根拠のない限り許容されないと考えられるからである。よって、構成的身分犯の行為に非身分者が及んだ場合に、身分者が狭義の共犯の形で関与する場合には、共犯は不可罰となり、また身分によって刑を加重するべき犯罪の行為に非身分者が及んだ場合に、身分者が狭義の共犯の形で関与する場合には、共犯は加重前の限度で罪責を負うというべきである。

もっとも、身分によって刑を減輕するべき犯罪の行為に非身分者が及んだ場合に、身分者が狭義の共犯の形で関与する場合には、共犯は減輕後の限度で罪責を負うと言って妨げない。制限従属性説は、正犯を介した法益侵害結果惹起だけを以て共犯の成立を肯定することは妥当ではなく、共犯の処罰範囲の適正化・明確化を図るためには、正犯による違法な構成要件実現を介して法益侵害を惹起した場合に共犯の成立を限定する必要があるとの考慮に出たものであるが<sup>67)</sup>、この場合に、共犯に正犯が充足しない身分という構成要件該当性を肯定しても、むしろかかる考慮には応えているからである。

## 6 形式説の正当化

では、上記帰結と、形式説から導かれる帰結の相違はどこにあり、そしてそれは正当化しうるだろうか。

類型1については、形式説からも、たとえ身分犯から身分を捨象した構成要件が規定されているとしても、罪質が異なりよって構成的身分犯であるである、との帰結に至れば、結論において変わる所はないことになる。しかし、類型1について、当該構成要件から身分を捨象した構成要件と罪質において同一性

を有し、従って加減的身分犯であるとの帰結に至ったときには、形式説は、実質説と異なり身分の個別的作用を肯定していることになる。

ここでは、身分犯の刑の加重理由である法益侵害は身分者にしかなし得ないというのが肝要である。すなわち、共同正犯であれ狭義の共犯であれ、その者の行為が法益を侵害しているように一見見えたとして、それは必ず身分者の行為を通じてでしかあり得ない。そうすると、非身分者の行為と法益侵害との間の結びつきは、自ら法益を侵害した身分者と同等の加重処罰を根拠づけるほど強固なものではないと説明できよう。類型1に属する構成的身分犯についてかかる論理を徹底すれば不可罰となるべきであろうが、同条1項が処罰の必要性、刑事政策上の考慮からこのような帰結を拒絶したことは、2の通りである。結局、非身分者の行為と結果との関係性は、非身分者の不処罰を拒絶することが正当化される程度には存在するが、しかし非身分者の処罰が既に可能な場合に、非身分者の加重処罰を肯定することが絶対的に要請されるほどではない、ということになる。

形式説は、類型2について、これが構成的身分である場合には、身分の連帯的作用を肯定する。すなわち、単独犯としてはその法益侵害に可罰的違法評価を加えなかったにも拘らず、共犯においては、その法益侵害に可罰的違法評価を加えるというのである。

これは一見立法者の評価矛盾のようにも思えるが、そうではない。なぜならば立法者が各本条等を定める場合にあっては、必要的共犯、すなわち構成要件が最初から複数の者の関与を予定している場合<sup>68)</sup>を除いては、立法者は行為者として単独犯を想定し、共犯規定による修正に委ねているからである。そして、犯罪遂行に複数の行為者が関与する場合、自ら当該犯罪の構成要件を全て直接実現する者を除き、他の関与者の行為には当該犯罪の構成要件該当性を認めることができないが、このような行為も、犯罪の遂行を促進す

67) 山口・前掲注60)243頁。

68) 井田・前掲注1)480頁。

るものであるため、犯罪予防の見地からは禁圧することが必要である、との考慮から、構成要件該当事実の周辺に位置する犯罪関与者の行為にまで処罰を拡張するために設けられた規定が共犯規定であり、その意味で共犯は処罰拡張事由である<sup>69)</sup>。

そうすると、単独での法益侵害が可罰的違法性を具備すると評価されるべき身分者を巻き込んで、単独での法益侵害では可罰的違法性を具備すると評価されない非身分者が法益を侵害した場合に、非身分者の不処罰という不正義な結論は許容しないとして、もはや当該法益侵害は（非身分者との関係でも）可罰的違法性を具備するものと評価するのは、共犯規定の設けられた所以である上記考慮に沿うものといえる。

責任に関わる身分を構成要件とする犯罪については、形式説は、構成的身分犯については、非身分者にも犯罪を成立させるとする。

これはともすれば責任主義に違反するようにも思えるのであるが、そうではない。ここで注意すべきは、責任とは、行われたその違法行為につき行為者の意思決定を非難しうることをいい、この意味で責任判断は独立に存在するものではないから、責任は、違法性判断とは異なり、処罰を根拠づけるのではなく単に限定するものであることである<sup>70)</sup>。

そうすると、責任に関わる構成的身分犯というのは、非身分者の行為であっても可罰的違法性（中就身分者と同等の処罰を基礎付けるべき違法性）は既に具備しているのであって、ただ単独で行為に出ることがあっても身分のなき者に関しては処罰に値するだけの責任非難を欠くとしているのである。そして、非身分者であっても責任故意もしくは過失または責任能力は否定されないのであるから、ここでいう責任とは、具体的な責任要素としては違法性の意識の可能性ないし期待可能性

を指すものということができよう。

そうすれば、単独犯としては違法性の意識の可能性ないし期待可能性を欠くが、第三者殊にその行為が処罰される身分者を巻き込む行為に出た場合にあっては、もはや違法性の意識の可能性ないし期待可能性を欠くものとは言えない、と説明することができる。自己の行為が単独としては処罰されていないとしても、その行為が処罰される第三者の行為に関与し、または当該第三者をして自己の行為に加担せしめる場合にあっては、反対動機を形成すべき要請が高まるのは、当然である。これと同様の説明は、犯人蔵匿等罪（103条）や証拠隠滅等罪（104条）において見ることができる。すなわち、前者においては、期待可能性の欠如に基づき、犯人自身は構成要件上その主体からは除外されているが<sup>71)</sup>、判例上「他人ヲ教唆シテ自己ヲ隠避セシメ刑法第103条ノ犯罪ヲ実行セシムルニ至リテハ防御ノ濫用ニ属シ法律ノ放任行為トシテ干渉セサル防御ノ範囲ヲ逸脱シタルモノト謂ハサルヲ得サルニヨリ被教唆者ニ対シ犯人隠避罪成立スル以上教唆者タル犯人ハ犯人隠避教唆ノ罪責ヲ負ハサルヘカラサルコト言フ俟タス」とされており<sup>72)</sup>、学説においても犯人が「他人に犯人蔵匿・証拠隠滅の罪を犯させてまでその目的を遂げるのは、みずから犯すばあいとは情状が違い、もはや定型的に期待可能性がないとはいえない」との見解が有力である<sup>73)</sup>。また、後者においては「他人の刑事事件」との法文から明らかなおり、自己の刑事事件について、被疑者・被告人自身はその主体となり得ないが<sup>74)</sup>、犯人が第三者に自己の刑事事件の証拠隠滅を教唆した場合については、前者の場合と同様に、証拠隠滅等罪の教唆の成立を認めるのが通説・判例の立場である<sup>75)</sup>。

もともと、条文あるいは解釈上犯人が主体

69) 山口・前掲注 7)305 頁。

70) 井田・前掲注 1)84 頁。

71) 西田・前掲注 28)484 頁（弘文堂，2018 年）。

72) 大判昭和 8 年 10 月 18 日刑集 12 卷 1820 頁。

73) 西田・前掲注 28)484 頁。

74) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 6 卷（第 73 条～第 107 条）〔第 3 版〕』360 頁〔仲家暢彦〕（青林書院，2015 年）。

75) 西田・前掲注 28)489 頁。

から除外されているこれらの罪（なお、「身分」はこれを有することが特殊で、有しないことが通常であるものでなければならないため<sup>76)</sup>、「犯人でないこと」は身分ではないと解すべきである。これをも身分というのは、身分の語義を超えたものと言わねばならない。）とは異なり、責任に関わる構成的身分犯一般については、非身分者が、単独犯としては別論、共同正犯としても正犯たり得ないとは解されない。具体的には各本条等に60条、65条1項が作用することにより、非身分者の共同正犯が、修正構成要件として規定されているとみることができからである。従って狭義の共犯のみならず共同正犯についても、犯罪が成立すると考えることができる。

### Ⅲ. 業務上横領罪と刑法 65 条

#### 1 業務上横領罪に非占有者が関与したときの罪責

かくして65条が構成的身分の連帯的作用を、加減的身分の個別的作用を規律するとの形式説が正当化されることがわかったのであるが、問題は進んで、業務上横領罪（253条）に非占有者が関与した場合の罪責を考えてみたい。

同罪は、業務上他人の物を占有する者を主体とするため、業務者・占有者という二重の身分が要求される身分犯である<sup>77)</sup>。そして、単純横領罪の主体は、他人の物を占有する者又は公務所から保管を命ぜられた自己の物を占有する者であって、そのような占有者でなければ同罪の主体になることはできないから、同罪は構成的身分犯である<sup>78)</sup>。最高裁

も、「刑法252条においては、横領罪の目的物に対する犯人の関係が占有という特殊の状態にあること、すなわち犯人が物の占有者である特殊の地位にあることが犯罪の条件をなすものであつて、刑法65条にいわゆる身分に該るものと云わなければならない。」として、横領罪について65条1項を適用した原審の判断<sup>79)</sup>を是認している<sup>80)</sup>。また、業務上横領罪は、「業務者」を主体とする単純横領罪の加重類型であつて、単純横領罪とは、加減的身分犯の関係に立つ<sup>81)</sup>。そうすると、業務上横領罪は単純横領罪との関係においては業務上占有者であるという身分により刑が加重される点で加減的身分犯であるが、全くの非占有者との関係では占有者たる限度で構成的身分犯としての性格を有するから<sup>82)</sup>、業務上横領罪に非占有者が関与した場合の65条の適用如何が問題とされるのである。

最高裁は、業務上横領罪に非占有者が共同正犯として関与した事案において、「被告人兩名はかかる業務に従事していたことは認められないから、刑法65条1項により同法253条に該当する業務上横領罪の共同正犯として論ずべきものである。しかし、同法253条は横領罪の犯人が業務上物を占有する場合において、とくに重い刑を科することを規定したものであるから、業務上物の占有者たる身分のない被告人兩名に対しては同法65条2項により同法252条1項の通常の横領罪の刑を科すべきものである。」と判示しており<sup>83)</sup>、この判例は爾後維持されている<sup>84)</sup>。すなわち、65条1項により罪名としては業務上横領罪となるが、同条2項により科刑としては単純横領罪のそれであるとするのが判例である。

しかし、これは不真正身分犯に65条1項

76) 団藤重光編『注釈刑法(2)のII総則(3)§§38～72』830頁〔内藤健〕(有斐閣, 1969年)。

77) 大塚仁ほか・前掲注32)652頁〔江口和伸〕。

78) 大塚ほか・前掲注32)551-552頁〔小倉正三〕。

79) 名古屋高判昭和25年12月25日刑集6巻8号1090頁。

80) 最判昭和27年9月19日前掲注22)。

81) 松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』290頁(弘文堂, 2018年)。

82) 大塚ほか・前掲注14)795頁〔川端博〕。

83) 最判昭和32年11月19日刑集11巻12号3073頁。

84) 最判令和4年6月9日刑集76巻5号613頁。

の適用を認めているようにみえる点で、判例の基本的態度と矛盾するような外観を示しているため<sup>85)</sup>、その根拠が問われなければならない。判例が業務上横領罪の事案に関しては、他の事案における判例と異なる65条の理解を示しているように思われる理由は、やはり同罪が二重の身分犯であること求められよう。これは裁判例が、事務処理者たる身分が主体とされる構成的身分犯である<sup>86)</sup>背任罪(247条)を基本犯として、取締役等たる身分を有する者について刑を加重している点で業務上横領罪と同様の構造を有する特別背任罪(会社法960条(旧商法486条1項))について、「被告人の……各所為は、……取締役という……身分によって構成される……特別背任の犯罪行為に加功したものであるから、刑法65条1項により共犯として右商法486条1項に該当するけれども、……特別背任と刑法247条の背任とは、前者の場合は犯人が会社の取締役など……所定の身分を有する者であり、後者の場合は一般的に他人のためにその事務を処理する者であるとの身分の差によって刑に軽重があるので、……取締役たる身分のない被告人に対しては刑法65条2項に従い同法247条の刑をもって処断すべきである」と、同様の擬律を適用している<sup>87)</sup>ことから窺い知れる。

では、業務上横領罪に非占有者が関与した場合に65条を如何に適用すべきであろうか。まず、業務上横領罪が二重の身分犯であるとの言明は、業務者たる身分と、占有者たる身分が分離可能であることを前提としているように思われる。しかし、占有者たる身分を離れた業務者たる身分に何らかの意味があるかは考察を要する。すなわち、同罪における業務とは、社会生活上の地位に基づき反復・継続して行われる義務であって、その性格上、金銭その他の財物を委託を受けて保管することを内容とする職業もしくは職務をいうと解されており<sup>88)</sup>、他人の財物の保管を反復継続する必要があるものであって、たまたま他人の

財物の占有者が、何らかの、財物の保管に関わりのない事務を反復継続していたからといって、かかる者が他人の財物を横領する行為に業務上横領罪が成立する余地はない。その意味で、業務者という身分が占有者たる身分と離れて存在する余地はないものというべきである。

そうすると、業務上横領罪に非身分者が関与する場合に65条を適用する場合にあっては、業務者たる身分と占有者たる身分とを分断し、前者について同条2項、後者について同条1項を適用することで、単純横領罪に擬することはできず、業務上占有者たる1個の身分に同条を適用すべきものといわなければならない。

ここで、構成的・加減的の別は、関係概念であることに注意しなければならない。ある構成要件が加減的身分犯である、というときには、加減前の構成要件、換言すれば当該構成要件からある要素(これが身分である)を捨象した構成要件の存在が別に存在することが前提とされ、これとの関係で刑が加減されていることを指している。同様に、ある構成要件が構成的身分犯である、というときには、当該構成要件からある要素を捨象した構成要件が規定されていないことを指しているのである。構成的身分犯や加減的身分犯というのは、当該構成要件からある要素を捨象した構成要件との関係で決されるといえる。

そうすると、全くの非占有者であり、よって業務上占有者たる1個の身分を欠く者が業務上横領罪に関与した場合には、業務上占有者たる身分は、非占有者との関係では構成的身分にあたるから、65条1項を適用し、非占有者には業務上横領罪が成立する。

しかし、業務上占有者たる身分は、業務者でない占有者(これを認めたとしても、占有者でない業務者はやはり認め得ないのであるから、業務上占有者たる身分が、非占有者との関係では分解し得ない身分であることは変わりがない。すなわち、占有者でない業務者

85) 団藤・前掲注76)832頁〔内藤健〕。

86) 大判昭和4年4月30日刑集8巻207号。

87) 東京高判昭和54年12月11日東京高等裁判所(刑事)判決時報30巻12号179頁。

88) 西田・前掲注28)268頁。

はあり得ないのであるから、業務上占有者たる身分は、非占有者との関係では分解不能の身分であるが、業務者でない占有者はあり得るのであるから、業務上占有者たる身分は、占有者との関係では分解可能な身分である。)との関係では加減的身分である。そうすると、業務上横領罪は単純横領罪との関係では加減的身分犯にあたるということができる。そして、業務者でない占有者が業務上横領罪に関与した場合(具体的には、A社従業員Bが、A社から職務上機密書類を寄託され、Bがこれを遊山を契機に一時的に個人的な友人Cに寄託していたところ、BとCが通じて機密書類をA社の同業者D社に対して売却した場合などが考えられる。)には、65条2項の適用により、単純横領罪が成立し、法定刑も同罪のそれとなる。

しかし占有者たる身分は252条所定の形態における法益侵害の可能性を限定するものであるから、違法身分であって<sup>89)</sup>、従ってこれを有する者の方が程度が当罰性が高いにも拘らず、非占有者が業務上横領罪に関与した場合の方がより法定刑が重いというのは均衡を失する。従って、刑の均衡の観点から、非占有者による業務上横領罪の共犯という修正構成要件の法定刑を定めるにあたって、252条のそれを基礎にすべきこととなるのである。

これを結論のみ見れば、65条2項を科刑についてのみ適用したのと同じであるから、結局、判例は結論において正当ということになる。ただし、あくまで非占有者が業務上横領罪に関与した場合の、65条の適用を受けるべき身分は、業務上占有者たる1個の構成的身分だから、同条2項の適用それ自体とはいえない。業務者でない占有者が業務上横領罪に関与した場合に同項の効果が及ぶこととの均衡から、非占有者に適用されるべき構成要件の法定刑を、同項の適用を受ける者と同じく定めるのだから、法条の適用関係としては、65条2項の準用ということになるだろ

う。

## 2 業務上横領罪に非占有者が関与したときの公訴時効

以上の通り業務上横領罪に非占有者が関与した場合には業務上横領罪の共犯となるも、単純横領罪の法定刑により処断されるのであるが、この場合に、公訴時効期間を、業務上横領罪に倣い7年(253条、刑事訴訟法250条2項4号)とすべきか、単純横領罪に倣い5年(252条、刑事訴訟法250条2項5号)とすべきかは、検討を要する点である。

ここで最高裁は、「公訴時効制度の趣旨は、処罰の必要性と法的安定性の調和を図ることにあり、刑罰法250条が刑の軽重に応じて公訴時効の期間を定めているのもそれを示すものと解される。そして、処罰の必要性(行為の可罰的評価)は、犯人に対して科される刑に反映されるものということができる。」とした上、「業務上占有者としての身分のない非占有者である被告人には刑法65条2項により同法252条1項の横領罪の刑を科することとなる……ところ、公訴時効制度の趣旨等に照らすと、被告人に対する公訴時効の期間は、同罪の法定刑である5年以下の懲役(筆者注：刑法等の一部を改正する法律(令和4年法律第67号)による改正後の拘禁刑)について定められた5年(刑罰法250条2項5号)であると解するのが相当である。」と単純横領罪に倣う旨判示している<sup>90)</sup>。

公訴時効制度の法的性格については、実体法説、訴訟法説及び競合説に分かれ、わが国における通説的見解は競合説であるが、これについても説くところは異なる。公訴時効の完成の法的効果である免訴判決(刑事訴訟法337条4号)の裁判の法的性格についての見解にも実体裁判説、実体関係の形式裁判説、実体裁判・形式裁判二分説及び形式裁判説とに分かれ、百家争鳴である<sup>91)</sup>。もっとも、確実な点は、刑事訴訟法が、刑の種類及び軽

89) 西田・前掲注28)252頁。

90) 最判令和4年6月9日前掲注84)。

91) 河上和雄ほか『大コンメンタール刑事訴訟法第5巻(第247条～第281条の6)〔第2版〕』108-109頁〔吉田博視〕。

重等により公訴時効の期間を定めていることであり、そしてこれは加重減軽前のものとされている（刑事訴訟法 252 条）から、時効期間の基準となる刑は処断刑ではなく法定刑である<sup>92)</sup>。ここで法定刑とは、各本条等で構成要件に対応するものとして規定された刑であって、翻って処断刑は、具体的な処断の範囲を画するところの刑であり、つまり法定刑に法律上および裁判上の加重減軽を加えたものである<sup>93)</sup>。

しかし法定刑とは、各本条等所定の刑そのものをいうということもできない。修正構成要件が存在するからである。ここで、法定刑は公訴時効や事物管轄（裁判所法 33 条 1 項 2 号、2 項）を決する標準になる以上は、修正構成要件の法定刑も、各本条等所定の刑そのものであるとすれば、他人の実現した構成要件である基本的構成要件に従って刑事手続を課されることになってしまう。従って、法定刑とはあくまで修正構成要件を含めた個々の構成要件に結び付けられた刑の種類および軽重等であって、ただほとんど全ての場合は各本条等所定のそれに一致すると解すべきである。なお、幫助犯については、法文上従犯減軽という規定の仕方である以上（刑法 63 条）、法定刑自体は各本条等のそれと解さざるを得ない。

そして、非占有者による業務上横領罪の広義の共犯という構成要件に結び付けられているのは 252 条所定の 5 年以下の拘禁刑（刑法等の一部を改正する法律（令和 4 年法律第 67 号）による改正後のもの。）であるから、結局同構成要件を充足する場合の公訴時効期間は単純横領罪に倣うことになる。判例は結論として正当ということになる。

#### \* 謝辞

本稿は、2022 年度 A セメスター「リサーチペーパー」において、東京大学大学院法学政治学研究科教授橋爪隆先生のご指導を仰ぎ、同題で執筆したものに、若干の修正を施したものである。

先生には法学に関する論稿の類を執筆したことがなかった筆者に、そもそもとしての法学に関する論稿の執筆の仕方から、本稿で扱い、またこれに関連するテーマについての広く深いご見識に至るまで、広きに渡りご指導いただいた。未だ検討の及ばない点は多々あるものの、はじめ論稿の体を成していなかった何かを、なんとか本ローレビューに掲載いただける論稿の形に仕上げる事が出来たのは、偏に先生のご指導のおかげである。

この場を借りて改めて御礼差し上げて謝辞とさせていただきます。

（ほしかわ・たつり）

---

92) 河上ほか・前掲注 91)121 頁〔吉田博視〕。

93) 団藤・前掲注 42)520-521 頁。

# 意思表示の成立要件の検討

## ——電子取引を題材に——

2022年4月入学

宮川将毅

### I. 序論

### II. 本論

- 1 検討の題材とする事例
- 2 従来の判断枠組み
  - (1) 従来の判断枠組みの整理
  - (2) 従来の判断枠組みからの事案処理
- 3 新たな判断枠組みの候補
  - (1) 従来の判断枠組みからの脱却
  - (2) 新たな判断枠組みの候補
- 4 新たな判断枠組みの提示
  - (1) 各候補からの帰結
  - (2) 各候補の比較検討

### III. 結論

#### I. 序論

本論文においては、電子取引を題材として、意思表示の要件について、特に成立要件

を中心に再検討を行う。意思表示の成否について、従来の判断枠組みは、表示行為が認められることを分析の出発点とし、表示行為について十分な表示価値が認められるか、表示者において内心的な要素が充足されているかといった観点から判断を行ってきた<sup>1)</sup>。そして、このような理解からは、内心的な要素のうち、表示行為を支える行為意思が意思表示の成立に要求される一方、表示意思及び効果意思は成立段階では要求されず、これらの欠缺は成立した意思表示の効力を左右しうるとどまるとされる。すなわち、通説的理解からは表示行為及び行為意思は意思表示の成立要件として、表示意思及び効果意思は有効要件として整理されるのである<sup>2)</sup>。このような枠組みにおいては、表示行為の前提となる、行為の有無が意思表示の成否を分ける場合も多い。しかし、行為の有無の判断は容易ではない。とりわけ、電子取引においては問題が顕著である。

公知のように、近時においては電子取引がますます発展し、取引社会において大きな存

1) 我妻栄『新訂 民法総則 民法講義1』(岩波書店, 1965) 239-242頁参照。鳩山秀夫「表示を論ず」(鳩山秀夫『民法研究 第一巻(総則)』(岩波書店, 1925) 129頁以下) 143-147頁も同旨。

2) 成立要件と有効要件(効力要件)の区別については、大村敦『基本民法I〔第3版〕』(有斐閣, 2007) 20-22頁参照。大村によれば、両者の区別の実益は、「思考の経済」と、主張立証責任の分配にある。他方で、例えば石田穰『民法総則』(信山社, 2014) 494-497頁のように、成立要件と有効要件の区別可能性を否定する論者も見られる。この問題について立ち入った考察を加えた於保不二雄「有効要件についての一考察」(同『財産管理権論序説』339頁以下, 有信堂, 1954) 352頁以下は、意思表示(法律行為)の意思の欠缺について、有効要件と成立要件に分けて考察すべき理由は立証責任の観点のほかに見出されないとする。山城一真「法律要件論」(法学セミナー 795号 49頁以下, 日本評論社, 2021) 54頁以下は、「成立要件と有効要件とを区別する意義は、証明の場面で現れる」という立場が「一般に支持されている」とする。ただし、以上の議論の多くは意思表示ではなく、法律行為を念頭に置くことに留意を要する。両者の区別の意味は一次的には主張立証責任の分配の局面にあり、

在感を示すに至っている<sup>3)</sup>。このような電子取引には、対面での取引と比して以下のような特徴がある。第一に、意思表示の発信者と受領者に場所的・時間的な離隔が存在することが多く、到達した電子信号に対応する具体的な行為や行為者の特定が困難であることも多い。第二に、取引が自律的なAIや、発注管理システムで自動化されることも多く、このような場合の具体的な行為の特定はなおさら困難である。第三に、複数の機器やシステムが介在し、様々な機器やシステムの影響で電子信号に多様な形で過誤が生じる可能性がある。第四に、以上のような特徴にもかかわらず、取引は定型化、大量化しており、画一的な処理が望まれる。以上を総じて言えば、電子取引においては人の身体的な行為の存在感が希薄化し、生じうる過誤にも様々なものがある一方で、安定的で予測可能な処理が望まれるのである。この現状を射程に入れつつ、意思表示の成否を分析する<sup>4)</sup>には、行為を出発点とするのではなく、発出され到達した電子信号を出発点とすることが有益である。そうした分析の結果、表示行為に対する従来の判断枠組みは再考を迫られるはずである。

以上のような問題意識に基づき、本論文は電子取引に関する仮想の事例を題材として意思表示の要件を検討する。具体的な手順として、まず鳩山秀夫と我妻栄の提示した通説的な判断枠組み<sup>5)6)</sup>における要件論を整理し、

これに依拠した事案処理を試みる。次に、通説的見解への疑問を提示し、通説的見解の問題点を説明する。そして、これに代わる新たな判断枠組みの候補を理論的観点から3つに限定した上で、最終的にこれらの判断枠組みの帰結を比較検討して優劣を決する。なお、紙幅の関係上、本論文においては主たる検討対象を民法上の意思表示の成否に限定し、他の問題については必要な限度で言及するにとどめる。

## II. 本論

### 1 検討の題材とする事例

本論文においては、以下の仮想事例を題材として、検討を行う。

#### 事例

Y名義のアカウントから、XのもとへXのサイトを介して商品aを注文する旨の電子信号が送信され、Xはこれに応じて商品aを発送した。しかし、この電子信号は…

- ① Yが商品bの購入ボタンをクリックして購入しようとしたところ、マウスの不具合によりその隣の商品aの購入

副次的に体系的な把握それ自体(これを「思考の経済」と呼ぶことも可能であろう)にあると考えるべきであろう。

3) 経済産業省商務情報政策局情報経済課「令和二年度産業経済研究委託事業(電子商取引に関する市場調査)報告書」([https://www.meti.go.jp/policy/it\\_policy/statistics/outlook/210730\\_new\\_hokokusho.pdf](https://www.meti.go.jp/policy/it_policy/statistics/outlook/210730_new_hokokusho.pdf) 2022年12月15日最終閲覧, 2021年7月) 6-9頁によれば、2020年時点で商取引全体における電子商取引の比率は、B to Cで8.08%、B to Bで33.5%に達しており、更なる増加が見込まれるだろう。

4) 本文中で述べたような電子取引の問題状況に対処するためには、意思表示の成立要件の一般原則に従って対処するアプローチと、電子取引にのみ妥当する特別の規律を設けるアプローチが想定できる。本論文は差し当たり前者のアプローチを前提とするものであるが、後者のアプローチを採るとしても特別の規律の前提となる一般原則を把握することは不可欠であると考えられる。

5) 我妻・前掲注1), 鳩山・前掲注1)。

6) 本論文では両者の見解を通説的見解として扱い、主たる考察の対象とする。意思表示の有効要件論においては、我妻栄の意思表示理論は学説の批判の対象となってきた。例えば、錯誤論について山本敬三『民法講義I 総則[第3版]』(有斐閣, 2011) 184頁以下などを参照。しかしながら、意思表示の基本的構造の分析や、成立要件論に関しては、後述する表示意思必要説の批判にもかかわらず、我妻栄の意思表示理論は依然として通説的地位を占めていると評価することが許されるだろう。川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法(3) 総則(3) 法律行為(I)-90条~98条』(復刻版, 有斐閣, 2003) 28-31頁, 38頁以下は、我妻栄による法律行為の構造の説明が「法律行為論の現在の姿をほぼ決定した」、「我妻・民法総則(昭8)の出現以後、意思表示の要素として表示意思は必要でない」と評されるのが通説となるに至り…「現在の通説もほとんどこれに同調している」と評する。

ボタンがクリックされて発せられた。

- ② Yが商品aのページを開き、マウスを保持して購入を検討していたところ、マウスの不具合により商品aの購入ボタンがクリックされて発せられた。
- ③ Yが商品aのページを開いたまま離席中、マウスの不具合により商品aの購入ボタンがクリックされて発せられた。
- ④ Yの外出中、Yの子である8歳のZ1の操作により商品aの購入ボタンがクリックされて発せられた。
- ⑤ Yの不在中にY宅に侵入したZ2がアカウントの情報を盗み出し、Z2のPCからYのアカウントを用いて発信された。

上記①から⑤のうち、いずれの場合に売買契約の成立が認められるか。

①の電子信号はYのクリックする動作に起因する。②③の電子信号はYの保有する機器の不具合に起因するが、③ではYは電子信号の発信時には直接関与していない。④⑤の電子信号は第三者の操作に起因する。

## 2 従来の判断枠組み

### (1) 従来の判断枠組みの整理

まず、事例の処理を考えるに先立って、通説的見解の判断枠組み及び要件論を概観する。伝統的な意思表示の成立プロセスに関する心理学的な分析は、意思表示は動機に導か

れ、効果意思、表示意思、表示行為の三段階を経て成立すると分析し、このような成立過程に即して考察を行ってきた<sup>7)</sup>。これに対し鳩山・我妻はこのような判断枠組みを批判してこれに代わる判断枠組みを提示した。意思表示の成立にはまず表示行為、すなわち他人をして自分の意思表示を推察させるだけの行為が要求され、これが考察の出発点になる。このような表示行為が認められるとして、次に問題となるのは、表示行為に対応する内心的な要素として何が要求されるかである。通説的見解によれば、効果意思、すなわち表示行為から推断される一定の効果の発生を欲する意欲が欠ける時は、錯誤その他の規定により意思表示から生ずべき効力が否定される。錯誤は一応成立した意思表示の効力を否定する場面、すなわち有効要件の問題であるから、ここでは効果意思は意思表示の成立要件とはされていない。また、表示意思、すなわち「自分は表示行為をする」という意識の不存在は意思表示の効力に影響を与えないとされる<sup>8)</sup>が、表示意思がない場合には効果意思も存在しないことから、やはり錯誤の規定が適用され、有効要件の問題となる<sup>9)</sup>。もっとも、表示意思については、意思表示の成立にこれを必要とする有力な異論があり<sup>10)</sup>、現在においては、意思表示の構造を巡る学説上の議論の主要な焦点はこの点である。以上敷衍するに、通説的見解においては表示行為が認められれば一応意思表示は成立し、効果意思の不存在と表示意思の不存在(表示意思必要説も多くは表示意思の不存在を表意者が提出すべき抗弁として扱う<sup>11)</sup>)はその効力否定原因となりうる<sup>12)</sup>にとどま

7) 例えば、四宮和夫＝能見善久『民法総則 第9版』(弘文堂、2018) 223頁。

8) 以上の分析につき、我妻・前掲注1)239-242頁。四宮＝能見・前掲注7)223-225頁、鳩山・前掲注1)129-147頁も同旨。

9) 電子消費者契約に関する民法の特例に関する法律3条1号は、「消費者がその使用する電子計算機を用いて送信した時に当該事業者との間で電子消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示を行う意思がなかったとき。」について95条1項1号に該当することを前提とした規律を置いており、同法は表示意思不存在の場合にも錯誤の規律が適用可能であることを前提としている。この点について石田・前掲注2)470-471頁、488頁も参照。

10) 近時における表示意思必要説として佐久間毅「意思表示の存在と表示意識」(岡山大学法学会雑誌第46巻3・4号(1997年3月)263頁以下)、磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について(4・完)」(神戸法學雑誌30巻4号(1981年3月)705頁以下)など。

11) 佐久間毅『民法の基礎1 総則[第5版]』(有斐閣、2020)60頁。山本・前掲注6)126頁も参照。ただし、これらの見解は基本的に主張立証責任の公平な分配の観点から抗弁として扱うにすぎない。そうすると、表示意思の実体法上の位置付けは、あくまで有効要件ではなく成立要件として整理されると見る余地もある。

ると言える。

では、いかなる場合に表示行為が認められるのか。表示行為とは、意思表示たる価値（表示価値）のある積極消極全ての行為<sup>13)</sup>を言い、言語・文字によるものに限らず、挙動によるもの、沈黙によるものをも含むが、意識ある挙動であることを要し、睡眠中や抵抗不能下の挙動は「行為」とは言えないとされる<sup>14)</sup>。「行為」の積極的な定義は必ずしも明らかではない。しかし、ここで表示行為は意図的な行為のみならず、いわば過失によるものや不作為によるものをも包摂することが期待されており、しかも表示意思や効果意思のような内心的要素、表示価値のような行為の客観的意義は「行為」とは切り離して判断されることが予定されている。他方で「行為」の役割としては、内心的な思想や、反射運動を排することが期待されている。そうすると、「行為」の中核は、挙動が意思によって支配されていることであろう。以上を考えると、ここでは「意思に基づく身体の動静」との定義<sup>15)</sup>が想定されていると考えられる。このような「行為」について表示価値を判定し、十分な表示価値を有するものは表示行為と認められることとなる。以上のように定義され、位置付けられる「行為」を、以下では便宜上「行為」要件と呼称する。

以上に述べた学説の状況について若干の整理を行う。上記のように、行為を分析の出発

点とする従来の判断枠組みは、内心的な成立過程に着目した意思表示の成立プロセスに関する心理学的な分析を批判する形で形成された。その後、意思表示の要件論を巡る議論の中心は表示意思の要否へとシフトしており、現在においては表示行為を要件として要求することはもとより<sup>16)</sup>、表示行為を分析の出発点とすることにも積極的な異論はあまり見受けられない<sup>17)</sup>。

構成の都合上、ここで意思表示法を支配する指導的な基本原理について説明する。学説上、意思表示法を支配する基本原理としては、表示者の真意を重視する意思主義と表示に対する相手方の信頼保護を重視する表示主義が対立しているとされる<sup>18)</sup>。意思表示の指導原理として当事者の真意の尊重、私的自治に立脚する自己決定原理と、相手方の信頼保護に立脚する信頼原理の二つを挙げる論者もいる<sup>19)</sup>が、概ね意思主義は自己決定原理に、表示主義は信頼保護原理に対応するとみることができるだろう。また山本教授は、意思主義の背後には、自らの意思に基づいてのみ権利を得、義務を負う、という意思原理と、どのような内容の意思表示をするかは自らの意思で決める、という自己決定原理が存在するとし、他方、表示主義の背後には、相手方の信頼は保護しなければならない、という信頼原理と、取引活動の迅速かつ円滑な機能を確保する、という取引安全の要請に加え、責

12) 佐久間・前掲注 11)57-59 頁は、表示行為の外形と認められるものの存在を積極要件とし、行為意思の不存在が意思表示の成立を妨げるとする。

13) 我妻・前掲 1)239 頁は、表示価値を「意思表示を推断させる」「意思表示たる価値」とする。また、佐久間・前掲注 11)57 頁は、「意思表示としての外見の明確性」とする。これらの記載は意思表示の存在への信頼を問題とするように読める。しかし、意思表示の成立の中核が表示行為であり、表示行為か否かは表示価値で判定し、表示価値の有無は意思表示の存在を推認させるかで判断する、という構造はやや循環論法的であり、実質的な定義を示しているか疑問が残るように思われる。更なる検討を要するが、私見としては、信頼の対象は意思表示の法律効果なのであり、表示価値は法律効果についての信頼を導くか否かで判断すべきように思われる。

14) 我妻・前掲注 1)239-240 頁。

15) このような行為の定義は、刑法上自然的行為論と呼称される。大谷實『刑法講義総論 新版第 4 版』（成文堂、2012）86-87 頁参照。

16) 山本・前掲注 6)124 頁は表示行為が必要とされることに「争いはない」とする。

17) ただし、佐久間・前掲注 11)57-59 頁は、表示行為の外形と認められるものの存在を積極要件としている。この見解においても表示価値の判断が先行する以上、なお行為を分析の出発点とすることは否定できないものの、行為それ自体を分析の出発点としてとらえない帰結へと結びつく端緒がみられるように思われる。

18) 山本・前掲注 6)121 頁、佐久間・前掲注 11)54 頁以下など。

19) 藤田寿夫『表示責任と契約法理』（日本評論社、1994）287 頁は、近代契約法においては自己決定原理が中心に据えられ、信頼原理はこれを補完するとする。

任を課せられるのはそうされてもやむを得ない理由がある場合のみである、という帰責原理が存在すると整理している<sup>20)</sup>。

## (2) 従来の判断枠組みからの事案処理

以上の分析に従い、冒頭事例の処理を試みる。①については、クリックする行為が表示行為であり、意思表示の成立を認めることに問題は無い。クリックの対象としてBを意図していた点は錯誤によって解決されるべきであり、このような場面はまさに表示の錯誤(95条1項1号)の想定するところである。他方、素直に考えれば④や⑤についてはX自身に行為があると認めることは困難であり、意思表示の成立は否定されることとなろう。②については、表示価値の判断は微妙であるが、電子信号が発出されたまさにその時に発信源であるマウスを握っていた点に作為又は不作為の「行為」を認めること余地があるだろう。他方、③については離席していたXには電子信号の発出時において発出の有無を制御することができず、行為性を認めることは困難であると考えられる。したがって、通説の見解からは事例①においては表示行為、意思表示を肯定し、③、④、⑤については表示行為、意思表示を否定するが、②については事例によるということになるのではないと思われる。

ただし、例えばAI機器による自動化された取引についてAIシステムの設置行為に効果帰属の根拠を見出す見解も存在し<sup>21)</sup>、このような形でいわば行為の遡及を認めるのであれば、③においても事情次第で離席までの先行する何らかの行為に表示行為を認める余地はあり得る<sup>22)</sup>。しかしながら、このよう

な論法によれば④、⑤においてもなお表示行為を認め得るようにも思われる。結局、①のような典型的な錯誤の場合を除けば、個別事案での具体的処理は一義的ではないと言わざるを得ない。

## 3 新たな判断枠組みの候補

### (1) 従来の判断枠組みからの脱却

以上に述べた意思表示の成否についての従来の判断枠組みや、これに依拠した事案処理には大別して2つの問題を提示できる。

第一に、従来の判断枠組みにおいて「行為」要件が果たす機能、要求される趣旨がいずれも明確ではない点である。身体の動静は、あらゆる身体の態様を包含しうる以上、要件としての実効性を欠く。そうすると、そのような身体の動静を支配する(あるいは支配し得る)行為意思こそが重要なのであろう。このような行為意思を要求してこそ、夢遊病者の挙動や絶対的強制下の挙動を表示行為から除外することが可能なのである。しかしながら、夢遊病者の行為については意思無能力の問題として処理すれば足る場面が多いと考えられ、「行為」がないと説明する必要があるのかは疑問である<sup>23)</sup>。後者についても必ずしも行為意思の問題としてとらえる必要があるとは思われない。対面取引であれば通常表示価値が欠けるのであり、隔地者間の取引であれば「行為」の不存在を理由に直ちに意思表示不存在を導くことが妥当かは検討を要する。むしろ、強迫についての規律(民法96条1項)にゆだねるべき場面も少なくないであろう。

20) 山本・前掲注6)121-123頁。

21) 岡本祐樹「AIによる契約の締結」(法律時報94巻11号(2022年10月)15頁以下)19頁参照。内田貴「電子商取引と民法」(別冊NBL no.51『債権法改正の課題と方向』(1998年10月)269頁以下)306-310頁における第一、第二の解決策も同方向。

22) このような類型は、刑法学上も忘却犯(過失不作為犯)と呼ばれ、行為性をいかにして認めるかが議論の対象となっていた。例えば高橋則夫『刑法総論 第3版』(成文堂、2016)85頁は、授乳中の母親が入眠し睡眠中に乳児を圧死させたという例において、寝入る前の段階においては身体運動を意思により支配可能であったとして、かかる段階で行為性を肯定できるとする。

23) 刑法において、行為性が問題となった事件として夢の中殺人事件(大阪地判昭和37年7月24日下級裁判所刑事裁判例集4巻7・8号696頁)がある。同事件の事案は、襲われる夢を見て、反撃を加えるつもりで傍に寝ていた妻の首を絞め、死亡させたというものである。大阪地裁は行為性を否定して罪責を否定したのに対し、控訴審である大阪高判は行為性を認めつつ、責任能力を否定して罪責を否定した(以上につき上田健二「大阪地裁判判」平野龍一ほか編『刑法判例百選(第2版)』32頁、32頁(1984)参照)。

行為意思の存在が、表示者を意思表示に拘束することを正当化するという説明<sup>24)</sup>は成立するか。意思表示への拘束の正当化根拠は、意思表示法の基本原理が扱う主題である。そして、行為意思が意思表示への拘束を正当化するかを考察するに際しては、できる限り基本原理を分節した上で、そのうちいずれが行為意思と関連し、いずれが関連しないかを検討することが有益である。したがって、ここでは前述した山本教授の分析を用いて、意思表示への拘束の正当化根拠を複数の原理に区分して考察したい。まず、信頼保護原理については、発出され到達した電子信号の内容が同一である以上、信頼保護の必要は行為意思の存否によって何ら異なることはない。また、取引安全についても、行為意思の有無による解決は前述のように必ずしも明確なものではないのであり、少なくとも取引安全の要請が直ちに行為意思を要求するとは考えられない。したがって、行為意思を要求する基本原理は、自己決定原理、意思原理、帰責原理のいずれかである。そして、自己決定原理の充足に関しては、行為意思があれば自己決定原理を充足すると考えることには問題がある。この点は、表示意思必要説の主張の強力な論拠<sup>25)</sup>となっている。自己決定原理を重視するのであれば、表示意思まで要求する必要があるのであり、重視しないのであ

れば行為意思のみを要求する必要はないであろう<sup>26)</sup>。このことを示す例として、例えば競売場で友人に挨拶をするために挙手をしたところ、競売場では挙手を競売の申込みのハンドサインと扱う慣習が存在した事例<sup>27)</sup>を挙げることができる。この場合、挙手者は自らの意思に基づいて挙手をしたのであり、行為意思が存することに疑いはない。しかしながら、挙手者は競売場での慣習を知らなかったのであるから、挙手がどのように受け取られるかを知らず、したがって自己が意思表示をするという表示意思を欠くのである。この場合、挙手者は意思表示をするか否かを自ら決断したとは言えない。自己決定の観点からは意思表示を行うことを決断したことこそが重要なのであり、その前提として自己の行為が意思表示として了知されることを認識していなければならない<sup>28)29)</sup>。同様のことは意思原理についても言える。行為意思はあくまで行為の制御のみを内容とし、権利義務の得喪に向けられたものではない。なぜ行為意思のみが、表示意思や効果意思と異なり利益衡量抜きに意思表示の成否を終局的に左右する特権的な地位を有するのか、意思原理から説明することは容易ではないだろう。他方、自己決定原理や意思原理の貫徹を放棄しつつ、これに代わって当事者を意思表示に拘束することを正当化する論拠として帰責原理の充足

24) 我妻・前掲注1)240頁は、睡眠中や絶対的強制下の挙動を除外することを指して、「個人の行為によって私法関係を妥当に処理させようとする法律行為制度の目的からいって、至当なこと」とであるとす。また、佐久間・前掲注11)59頁は、「自らしたと認められない行動はその者に責任を負わせる根拠になりえない」とする。

25) 磯村・前掲注10)730頁以下参照。

26) 岡本・前掲注21)19頁など、AIを用いた取引において個別の意思表示の有効性を承認する見解は、現実の意思決定を必ずしも要求していないように思われ、行為意思の内実を「意思に基づく」ではなく「意思支配可能な」として理解している可能性がある(西原春夫『刑法総論』(成文堂、1977)75-86頁は、忘却犯について行為性を認めるべく、意思に基づくものでなくとも、意思支配可能であれば足りるとする。意思表示における行為についても意思支配可能性で足るという整理も不可能ではないだろう。忘却犯については注22参照)が、このように理解すると現実の決断が介入しない可能性すらあり、なおさら自己決定原理からは遠ざかる。

27) トリーアのワインとして知られる事例である。近江幸治『民法講義I 民法総則〔第6版補訂〕』(成文堂、2012)188頁など参照。このような事例は教室設例的であるが、わずかな挙動が複雑な過程を経て重大な社会的意味を持つ電子信号の発出に繋がる電子取引においては、改めて処理を考える意義があると思われる。

28) 山本・前掲注6)125頁は、自分が意思表示をしているという意識がなければそもそも自分で何かを決めたとは言えないとする。

29) 佐久間・前掲注10)317頁において紹介されるドイツにおける表示意思必要説は、錯誤の場合と対比して、表示意思の欠如は表示意味への拘束を一度考えることすらなく、締約事由が一度も守られていないために自己決定の自由を損なう程度が重大であり、少なくとも最小限の自己決定が認められる錯誤の場合とは区別される、と言う。両者は共に意思表示の内容について自己決定を欠いているが、表示意思が欠ける場合には意思表示の締約についての自己決定すらない。

を要求する場合、行為がなくとも、意思表示へ拘束されてもやむを得ない理由、すなわち帰責性が認められる場合は考えられ、行為があっても帰責性がない場合もまた考えられるはずである。したがって、帰責原理からの要求が行為意思である必然性は存在しない。このように考えると、意思表示への拘束の観点から行為意思のみを特に別異に取り扱うことには十分な論拠がないのではないか。結局のところ、従来の見解、すなわち意思表示の成立における内面的要素として行為意思のみを要求するという見解を、意思表示への拘束の正当化の観点から説明することは困難である。正当化の観点から行為意思を要求するのであれば、自己決定、自由意思に基づく行為ゆえに責任を負っても構わないと説明すべきであるが、そうであれば表示意思までを要求する必要があるだろう。

視点を変えて、行為意思及びこれに基づく「行為」は、それ自体が積極的な役割を有するというよりも、むしろ表示価値の判定対象<sup>30)</sup>として、あるいは効果意思の推断の出発点<sup>31)</sup>として分析の出発点となる、いわば機能的な役割を果たすという説明も考えられる。しかしながら、電子取引を考慮すればこのような説明もまた疑問であると言わなければならない。隔地者間において行われ、相当程度に定型化された信号が発出される電子取引において、少なくとも相手方の目からは、表示価値の判断も、共に効果意思の推断も到達した信号を出発点として行うほかない。さらに言えば、電子取引を考慮に入れずとも、このような説明が従来から貫徹されているのかは明らかではない。一般に、使者を介した

取引においては行為の主体は本人であり、使者はその伝達を行っているだけであると説かれる<sup>32)</sup>。そうであれば、表示価値の判定対象、効果意思の推断の出発点は使者への伝達行為であろうか。また、手紙を用いた意思表示においては手紙への記述行為と手紙の投函行為が判断対象、推断の出発点となるのだろうか。いずれの場合においても、このように考えることは不自然であり、実際にそのような考え方が貫徹されているわけでもないと思われる<sup>33)</sup>。そもそも表示価値は信頼保護原理の問題なのであって、信頼保護の観点からは行為を判定対象とする必然性を欠くはずである。

結局のところ、通説の見解が「行為」要件を要求する趣旨は必ずしも明らかではない。夢遊病者や絶対的強制下の者による意思表示を不成立とするツールとして「行為」要件を用いる必要性、適切性には疑問がある。また、意思表示法の指導原理からも必ずしも一貫した説明が可能であるとは言えない。分析の出発点としての役割も必然的なものではなく、意思表示の原則形態として電子取引をはじめ隔地者間の取引をも一貫して説明するには、むしろ創出された外観を分析の出発点とすべきである。確かに、対面での意思表示を念頭において分析をするのであれば「行為」を要求し、これを出発点とすることは直感的に自然である。しかしながら、そのような要求や分析方法に理論的必然性は本来存在しないのではないかとと思われる。

第二に、通説の見解に基づく事案処理には、とりわけ電子取引を念頭としたときに以下に述べるような問題がある。まず、上述の

30) 我妻・前掲注 1)239 頁参照。佐久間・前掲注 11)57 頁も、人の態度について表示価値を問題とする。

31) 我妻・前掲注 1)240 頁、四宮＝能見・前掲注 7)225 頁参照。

32) 我妻・前掲注 1)328 頁。佐久間・前掲注 11)233 頁も同旨。

33) 例えば、四宮＝能見・前掲注 7)224 頁は、記述した手紙を家人が勝手に投函した事例において、「到達した手紙（表示行為）が完全である」とする。このような記述から読み取れるように、従来の学説の中には、人の行為そのものというよりも、行為によって作出された外観をも「表示行為」と呼称しているものがあるように思われる。他方、鳩山・前掲注 1)139-142 頁は、手紙の場合、文書の作成終了をもって表示行為が終了するが、口頭の場合、使者は表示機関であり、使者による発話がなければ表示行為は終了しないとする。このような見解は、人の行為それ自体を「表示行為」と呼称するものである。このように、推断の出発点であるところの「表示行為」が指すものについての理解も必ずしも共有されていないと思われるが、前者の把握をするのであれば推断の出発点を「表示行為」と呼ぶことはややミスリーディングではないかと思われる。なお、後者の説明については、とりわけ自動化された取引への適用にあたって、人格なき電子機器を表示機関と構成できるか、第三者のシステムが介在する場合第三者を表示機関と構成できるか、両者の類型を截然と区別可能か、など検討を要する点がある。

ように、一応「行為」を認めること自体には困難のない類型(①②)と素直に考えると認めがたい類型(③④⑤)が存在するところ、とりわけ②と③に属する類型を区別することは不可能に近い。のみならず、利益衡量上の問題として両者を区別することにどれほどの意味があるかは疑問である。同一の電子信号を受け取ったYの信頼保護の必要はもとより、Xの要保護性にも何らかの差異があるかは疑わしい。

さらに、自動化された取引においてどのように考えるかも問題である。効果意思の問題は措くとしても、自動化された取引において個別の電子信号の発信に対応する「行為」があると考えることは困難である。「遡及」して設置行為を表示行為の候補として扱う<sup>34)</sup>としても、なお問題がある。設置行為自体が表示価値を有する表示行為なのであれば、相手方が設置行為を認識すれば設置されたシステムによって発出されたはずのすべての意思表示の到達が認められるのであろうか。このような論法は、高度の擬制を伴う不自然なもの<sup>35)</sup>と言わざるを得ず、しかもどのような場合に行為の遡及を問題とするか、明確な判断基準は与えられていない。柔軟に行為の遡及を認めれば、夢遊病者や絶対的強制下の挙動においても事前の「行為」を問題とすることは不可能ではないであろう。あまりに融通無碍に行為を認めれば、もはや行為を要求しないことと変わりはない<sup>36)</sup>。

また、①から④のいずれにおいても、のちに意思表示の存否が実際に争われた場合、XがYの注文行為それ自体を立証することは困難な場合が多いであろう<sup>37)</sup>。実際上は到達した電子信号からこれに対応した発信行為の推認を試みるほかないと思われるが、このような推認の基礎となる経験則が常に成立するのは不明である。安全性の高いシステム

が設計されることで経験則が認められるとしても、②③④⑤のような場合を完全に排除するシステムの構築は困難であり、とりわけ③や④は専らYの側の問題であってXにはいかんともしがたい面がある。慎重にシステムを設計したXがこのようなリスクをなお免れないのであれば、安全性の高いシステムを構築するインセンティブを削ぎかねない。

最大の問題は、このように行為の有無が微妙な問題であり、しかも利益状況を大きく変化させないにもかかわらず、それが認められない場合には意思表示不成立として法律行為についての責任が一切否定され、認められる場合には錯誤(民法95条)の問題となってその規律の中で利益衡量を行う余地が生じることである。通説的見解によれば、微妙な事案において、明確な基準なく大きな法律効果の差異が生じるにもかかわらず、上記のようにそのような差異を正当化する強力な論拠は見出しがたいのである。

結局のところ、表示意思を不要としつつ「行為」を要求する従来の考え方は、理念的な一貫性を欠く上に、様々な擬制を要するものであり、仮にそのような擬制を施したとしても、電子取引が普及した取引環境下において妥当な結論を導くことは容易ではない。

## (2) 新たな判断枠組みの候補

従来の判断枠組みには上記のような問題点があるとすれば、これに代わる判断枠組みとしてどのようなものが適切だろうか。

まず言えることは、電子取引に自然に妥当する判断枠組みを提供するには、表示価値は発出され到達した電子信号について判断する必要がある、という点である。私見によればそもそも表示価値は信頼保護の問題なのであるから、作出された外形について判断することに問題はないであろう。考えるべきなのは、このような表示価値ある信号を表示者

34) 岡本・前掲注21)17-22頁。

35) 内田・前掲注21)307-308頁も、自動契約における個別取引について責任の根拠を設置の点に求めることは「意思主義をフィクションと割り切らないかぎり」無理があるとする。

36) ただし、両当事者間に基本契約が存在する場合など、事前に個別取引の成立要件を定めておく余地はある。もっとも、この場合にも個別取引の有効性や法的性質について不明確な点は残る。

37) 佐久間・前掲注11)57頁は「表示行為の外形があると認められる」ことを意思表示成立の積極要件としており、このような見解によればこの点についての問題は緩和可能とも思われる。

(設題における X) による意思表示と評価して表示者を拘束可能なはいかなる場合であるか、といった問題である。この問題の解決には大別して二つの方向性が考えられる。

第一に、あくまで「行為」を要求する方向性である。このような方向性は自己決定原理(及び意思原理)を重視し、貫徹する考え<sup>38)</sup>に基づくものであり、この場合「行為」は自己決定原理を充足し、これによって意思表示への拘束を正当化する理念的な機能を果たすものとして再定置されるべきである。しかしながら、上述のように行為意思のみで自己決定原理を充足すると考えるべきではない。あくまで自己決定原理を重視するのであれば、「行為」は行為意思のみならず、表示意思によっても支えられる必要がある。このように、意思表示の成立段階で意思表示への拘束の正当化判断を自己決定原理ないし意思原理によって行い、行為とこれを支える行為意思、表示意思を要求する方向性を A と呼称する<sup>39)</sup>。

第二に、行為の要求を捨て去る方向性である。このような方向性は自己決定原理や意思原理を貫徹することを放棄し<sup>40)</sup>、信頼保護原理や帰責原理を重視する考えに基づくものである。前述したように、信頼保護原理からの要求は行為の有無によって影響を一切受けない。そうである以上、もはや行為の要求は必然ではないのである。ドイツにおける表示意思不要説のうち通説的地位を占める見解は、意思表示法は信頼保護や取引の安全をも保護しており、自己決定思想のみを強調することは誤りであるとの理解を前提に、表示意思の存在は意思表示への拘束を認める要因として機能するが、表示意思が存在しない場合においてもなお拘束が認められる場合はあり得るとする<sup>41)</sup>。行為意思や行為についても、

同様に理解することが可能ではないだろうか。すなわち、行為意思や行為は意思表示への拘束が正当化される場合の典型例にすぎないのであり、行為意思や行為がなくとも拘束は正当化されうると考えるのである。また、このように行為意思や行為と拘束の正当化の完全な対応関係を認めないのであれば、行為があっても拘束の正当性が認められない場合も考えられるであろう。このように行為の要求、ひいては自己決定原理や意思原理の貫徹を捨て去る場合、信頼保護の必要性それ自体は認められるケースにおいても、最終的に意思表示への拘束が正当化されるか否かの判断を行う必要がある。しかし、この判断を行う段階としては、I 意思表示の成立段階ではなく、瑕疵ある意思表示の問題として扱うか、II 意思表示の成立段階で扱うか、の二つが理論上考えられる。したがって、両者に対応してさらに二つの場合分けが可能である。1つ目は、表示価値ある外観が存在する以上、常に意思表示の成立を一度認め、その上で瑕疵ある意思表示、具体的には錯誤の規律を適用、準用して処理するというものである。このように、意思表示の成立段階では信頼保護原理及び取引安全の要請のみを考慮し、他の原理による意思表示の正当化判断を行わない考え方を B I と呼称する<sup>42)</sup>。二つ目は、表示価値ある外観に加え、表示者に意思表示へ拘束されてもやむを得ない理由、すなわち帰責性が認められる場合に意思表示の成立を認めるというものである。なお、B II においても、意思表示の成立は認められるものの、錯誤の規律の適用、準用によってその効力が否定される可能性は直ちに排除されるものではないであろう。このように、意思表示の成立段階においても帰責原理による意思表示への拘束の正当化判断を行う考え方を B II と呼

38) 磯村・前掲注 10)、佐久間・前掲注 10) など。

39) 佐久間・前掲注 10)314 頁以下における、ドイツにおける表示意識必要説に適合的である。

40) 森田修『契約規範の法学的構造』(商事法務, 2016) 6-8 頁は、意思自律、契約自由に特権的地位をアブリオリに認める「意思主義の復権」論を批判して、意思自律もまた他の諸原理との協働によって初めて認められる後国家的な概念構成にすぎないとする。

41) 佐久間・前掲注 10)305-311 頁参照。

42) 佐久間・前掲注 10)311 頁以下における、ドイツにおける表示意識不要説のうちケルマン及びプレーマーの見解に適合的である。

称する<sup>43)</sup>44)。B I 及び B II は、帰責原理による拘束の正当化判断を有効要件において行うか、その一部を成立要件において行うか、といった点で立場を異にするにとどまり、両者の差異は比較的軽微である。

B I, B II は帰責原理に依拠するが、帰責原理の内実については更なる考察を要する。紙幅上及び能力上の制約も存在し、本格的な考察をここで行うことはできないが、若干の分析を挟みたい。帰責原理の具体的内容は、主として表見代理をはじめとする表見法理における真正権利者の帰責性を巡って論じられてきた問題である。考察の結果は論者によっても、表見法理の類型によっても異なる<sup>45)</sup>が、この問題につき詳細な検討を加えた論者のうち、多田利隆教授は、真正権利者による外観を信頼した者の被る損害や不利益への関与を問題とする見解と、信頼の対象となる外観それ自体への関与を問題とする見解に二分され、さらに、関与の内容としては、与因を問題とする見解、過失を問題とする見解、危険の支配を問題とする見解に分岐するとする<sup>46)</sup>。原理的にいずれが正当であるかを判断することは困難であるが、現行民法 95 条 3 項は、錯誤に陥って意思表示をしたことにつき重過失が認められる場合に取消しを制限しており、外観それ自体についての、過失に

よる関与を問題としているように思われる。B I, B II とも、錯誤の規律の適用、準用によって意思表示への拘束の正当化を判断する余地を認める以上、条文上の価値判断は無視し得ない<sup>47)</sup>。成立要件と有効要件で帰責性の内容を区別する余地も考えられないではないが、ひとまず、意思表示の成立及び効力の判断において、帰責原理から要求される表意者の帰責性とは、外観それ自体への、過失による関与であると考えたい<sup>48)</sup>。

B I 及び B II においては、表見法理、とりわけ表見代理との区別ないし関係を考える必要がある。表見代理においては、実定法上外観の作出と相手方の信頼に加え、代理権授与表示 (109 条)、基本代理権 (110 条)、かつて他人に代理権を与えたこと (112 条) の一つ又は複数が要求される。B I や B II は自己決定原理や意思原理による法律行為責任の限界づけを放棄するため、表見代理責任をはじめとする表見法理との限界づけが曖昧になる。意思表示が外観の存在や相手方の信頼のみで成立するとすれば、この二つに加え法の規定する態様での関与が要求される表見代理との間の適用関係がやや錯綜することとなる。表見代理の諸形態を包摂する形で意思表示の成立要件を設定すれば、民法典の想定との緊張関係が生じることとは否めない。この間

43) 佐久間・前掲注 10)304 頁以下における、ドイツにおける表示意識不要説のうち通説的地位を占める見解に適合的である。

44) なお、行為を要求する従来の理解においても、意思表示の成立段階で帰責原理による意思表示への拘束の正当化判断を行うか否かは、意思表示が不成立となるか、成立の上効力を否定されるかを左右する問題である。例えば、表示意思を欠いて表示行為を行ったが、表示意思を欠いたことについて不可抗力が認められるような場合である。しかしながら、債権法改正前は錯誤の効果が取消しではなく無効であり不成立と無効の区分の実益が薄かったこともあってか、この点についての通説的見解の考えは不明瞭であると言わざるを得ない。滝沢昌彦『契約成立プロセスの研究』(有斐閣, 2003) 203 頁は、表示意思を不要とする日本の通説においても、表示を他人が知るのであることの認識可能性は当然の前提とされていたのではないかと指摘する。この指摘が正当であれば、通説はすでに帰責原理からの正当化判断を取り込んでいたと評価する余地があるはずである。

45) 本文で述べるものと異なる立場として、例えば中倉寛樹『表見法理の帰責構造』(日本評論社, 2014) 613-614 頁参照。同書によれば、表見法理における帰責性は他人の行為への認容によって基礎づけられる。

46) 多田利隆『信頼保護における帰責の理論』(信山社, 1994) 274-276 頁。なお、多田教授自身は、外観に対する危険支配を基礎とした、多元的な構成を志向する。

47) このような理解を指し、多田・前掲注 46)285 頁は、「重過失」が構成要件となっている、と表現する。

48) ただし、ここで言う「過失」の内実についてはさらに検討を要する。現段階の私見については本文に示すとおりであり、以下は指摘にとどめるが、多田・前掲注 46)264 頁以下が示すように、不法行為法の領域とは問題状況が異なるのであり、過失の性質を 709 条等と同様に考えることは当然にはできないだろう。例えば、不法行為法における過失責任は行為への責任と結び付けて理解されている(例えば加藤一郎編『注釈民法(19) 債権(10) 不法行為-709 条~724 条』(有斐閣, 2013) 19 頁以下参照)が、ここで言う過失について同様に考えるべきであるかは微妙である。

題はのちに若干の考察を加えるが、そもそも意思表示以外に起因する、表見法理や不法行為などの責任との線引きの曖昧さは、従来の表示意思不要説自体が内包している問題でもある<sup>49)</sup>。

#### 4 新たな判断枠組みの提示

##### (1) 各候補からの帰結

以下では、A、B I、B IIの各理解における冒頭の設題処理の手順を確認した上、三者を比較的検討することとする。

まず、Aからは問題処理の方向性は簡潔である。①から④のすべてにおいて一応表示価値を有するとみられる電子信号が存在するため、そのうちいずれが表示意思と行為意思に支えられた「行為」によって発出されたかを検討することとなる。結論として、表示意思が認められるのは①のみであり、申込みの意思表示、ひいては契約の成立は①においてのみ認められるということになるであろう。このような考え方からは、表見法理との区別もまた明確である。意思表示に基づく責任は自己決定原理、すなわち表示意思と行為意思に基づく「行為」によって意思表示以外に起因する責任から区分される。このような「行為」が認められる場合まずは意思表示に基づく責任が問題となり、「行為」が認められない場合には意思表示に基づく責任は認められず、表見法理や不法行為など意思表示以外に起因する責任が成立し得るにとどまる。

B Iからもまた問題処理の方向性は簡潔である。①から⑤のすべてにおいて一応表示価値を有するとみられる電子信号が存在する以上、そのすべてにおいて申込みの意思表示と契約の成立を一応認めることとなる。この場合、①から⑤のすべてにおいてYの側から

錯誤の規律が準用ないし適用され、自己が意思表示への拘束を免れると主張することとなる。具体的には、表示の錯誤（民法95条1項1号）の規律に従うことになるであろう<sup>50)</sup>。最終的な帰結をAと分け得るのは、主張立証責任の問題に加え、Yの側において錯誤取消し意思表示（120条1項）をする必要があること、Yの側に重過失が存する場合には原則として意思表示への拘束を免れることができない（95条3項）ことである。他方、B Iからは、表見法理と意思表示の関係の理解は容易ではない。とりわけ詐称本人や詐称使用者の事例においては本人の意思表示の外観が認められる場合が多いと考えられ、この場合には本人による意思表示の成立が一応認められるはずである。これに対し、無権代理人の事例では本人自身の意思表示とみられる外観はない<sup>51)</sup>のであるから、本人による意思表示の成立は認められず、専ら表見代理責任を検討することとなり、法定の要件を満たす場合にのみ表見代理責任が認められることになるのであろうか。使者と代理の区別の微妙さを考えれば、このような処理がやや不自然であることは否めない。

B IIからの問題処理はやや複雑である。まずは帰責性の内実及びその判断基準を検討する必要があるが、前述の通り、ここでは外観作出への過失による関与が帰責性を構成すると考えるべきである。ただし、当然のことではあるが、意図された意思表示について、意思表示への拘束を免れさせるべき理由はない。したがって、ここでいう帰責性とは、何らかの意思表示の外観の作出<sup>52)</sup>が表意者の意思（故意）に基づくことか、過失に基づくこと、すなわち外観の作出について注意義務違反があること<sup>53)</sup>を指すと考えるべきであろう。特に過失は、わずかでもあればそれで

49) 磯村・前掲注10)730頁以下参照。

50) 石田・前掲注2)488頁参照。

51) 通説によれば代理行為は代理人の行為である。我妻・前掲注1)328頁参照。

52) 私見としては、成立段階で判断されるべきは当該意思表示についての帰責性ではなく、何らかの意思表示への帰責性であると考えたい。当該意思表示への拘束を最終的に正当化するためには、当該意思表示への帰責性が認められる必要がある。しかし、現行民法を前提とした場合には、この判断は成立要件の中で行うよりも、錯誤の規律を適用、準用して有効要件の中で行うことに親しむであろう。なお、表示意識の定義について同様の問題が存在することにつき、佐久間・前掲注10)265-266頁参照。

53) 多田・前掲注46)264頁参照。また、錯誤における重過失について山本・前掲注6)218頁、大判大正6年11

よいと考えることはできず、健全な取引通念に照らして規範的に判断する必要があるであろう<sup>54)</sup>。このように考えると、①については意思表示の外観（信号）を作出する意思があり、意思表示が成立する。これに対し、②から⑤においては信号を作出する意思はないのであり、したがって過失が認められるかを検討することとなる。②及び③においては、自己の使用する機器の不調が事前に予期可能であったか、取引に使用するシステムにおいて信号を発信するに至るまでの距離がどの程度であったかなどを考慮して考えることになる。例えば注文確定場面で放置していたのであれば、サイトのトップページで放置していたよりも過失を認めやすいであろう。また、④、⑤においては、自己の機器、アカウントの管理状況が問われることとなる。事案次第であるが、④においてはZ1自身がXの子であり、監督上の不手際をも考慮可能であるし、④のような事態は必ずしも異常なものではない。そうだとすると、信号の発出について、過失を認める余地があるであろう。これに対し、⑤においてはこのような事態は通常生じるものではなく、注意義務違反を問うことは容易ではない。例えば侵入される極めて具体的な予見があり、アカウントの管理にわずかな注意を払えば防止できたというようなごく例外的な場合を除いて意思表示の成立は認められないと思われる。また、B IIによれば、詐称本人や詐称使用者の場合も帰責性がある場合には本人の意思表示が認められ、本人はこれに基づく責任を負う。意思表示に基づく責任と表見法理による責任の関係は、共に相手方の信頼と本人の帰責性を成立要件とするため、理念的には区別困難となり、適用場面の差異があるにすぎないということになるか<sup>55)</sup>。

## (2) 各候補の比較検討

以上の検討から、以下のようなことが言える。まず、Aは理念的に一貫しており、実際の事案処理も簡明である。もっとも、自動化された取引を擬制なく説明できるかはかなり疑問である。素直に考えれば自動化された取引において個別の信号に対応した表示意思に基づく行為を認めることは困難であり、自動化された取引の大部分は厳密に言えば契約が成立していないと考えることになりかねない。このような結論を回避しようとするれば、結局のところ何らかの擬制を行うほかなく、このことはAの利点である理念的な一貫性と事案処理の簡明さを損なうことになるであろう。また、現代の電子取引の多くは高度に定型化されており、②や③のような事案で契約を不成立とすることには問題がある。例えば電子上の証券取引において、表示意思、ひいては意思表示の不存在を理由に取引を覆滅し、不法行為責任による救済にゆだねることは現実的ではないであろう。大量の電子取引を行う事業者にとっても、個別に不法行為責任を追及することは事務処理上のコストを無視し得ず、泣き寝入りを強いられる可能性がある。このような場合には不法行為法による救済は実効性を欠くのである。以上のような電子取引の実情を考慮すると、Aが受容可能な判断枠組みであるとは思われない。

すでに述べたように、B IとB IIの差異は比較的軽微であり、その差異は帰責原理による拘束の正当化判断を有効要件において行うか、その一部を成立要件において行うかといった点に求められる。すでに述べたように、私見によれば成立要件と有効要件の区別の意義は、一次的には主張立証責任の分配にある<sup>56)</sup>ことからすれば、両者の比較も主張立証責任の分配を基本的な基準にすべきであ

月8日民録23輯1758頁も参照。

54) 過失の有無を機械的に判断すれば、例えば印鑑の盗用、冒用のような事例において本人自身の意思表示を容易に認めることになりかねない。このような帰結は不当であると思われる。

55) ただし、表示価値は相手方の具体的事情は考慮せずに一般的に判断すべきではないか。行為を不要とする私見においては、このように考えないと、意思表示の成否があまりに相対的に決されることとなり、第三者の法的地位を不安定にするように思われる。この点についての態度にもよるが、意思表示に基づく責任と相手方の具体的信頼保護を目的とする表見法理に基づく責任との間には具体的な判断枠組みにおいても微妙な差異があるとみる余地がある。後掲注59)も参照。

56) 前掲注2)参照。

ろう。

B IはAと同じく事案処理が簡明という利点を有するが、主張立証責任の分配の観点からみれば問題がある。印章等の濫用・冒用事案や⑤に挙げたような事案のみならず、さらに進んで第三者から漏洩した情報をもとに第三者がなりすまして取引を行った事案、プラットフォームや通信事業者等のシステムの不具合に起因して人の手を介さずに信号が送信された事案において、意思表示に基づく責任を認める余地を残すことには問題があると言わざるを得ない。錯誤の規律にゆだねるとしても、主張立証責任は表意者が負担するのであり、自己が一切関与していない事項について立証するのは困難な場合も多いであろう。さらに、時効の問題もある。錯誤の効果が無効から取消しになったことにより、錯誤取消も時効にかかることとなった。結果として、抗弁権のみが時効消滅<sup>57)</sup>し、成りすましによりなされた取引について本人が帰責されることも考えられないではない。このような結論は正当化し得ないであろう。付言すれば、意思表示の成立を一応とは言え認めることで、有効要件における帰責性判断（民法95条3項）においても表意者の帰責性を認める方向へのバイアスが加わる危険性も否定できないように思われる。

これに対し、B IIであればより適切な主張立証責任の分配が可能である。自動化された取引においても、個別の信号発出についてシステムを設置した本人の帰責性を認めることには何ら問題はない。また、証券会社や多くの電子取引を行う事業者は、本人認証などのシステムを入念に構築することでリスクを免れることができる。このような負担を課すことは不当ではなく、むしろ妥当な制度設計を促進するインセンティブを与える。印章等の盗用・冒用事案や⑤の事案、さらに進んで第三者から情報が漏洩した事案や、第三者のシステムの不具合により信号が送信された事案においては、通常本人は意思表示に基づく責

任を負わない。この場合に証明の負担をいづれがどのような形で負うかは検討すべき問題である。しかし、少なくとも「行為」に相当するものを主張すれば事実上帰責性を推認可能であると考えれば、相手方の負担が現状より重くなることはない。十分安全に構築されたシステムがあれば、信号が到達した事実のみでも帰責性は推認可能な場合も多いはずである。本人は反証の負担を負い、それで足りると考えれば、本人の負担は過重とまでは言えない。したがって、帰責性の立証責任は相手方に課するのが妥当であろう。また、B IIによれば少なくとも抗弁権の時効消滅の問題は免れる。

以上のように考えると、B IIが妥当な判断枠組みであると考えられる。このように考えると、従来の「行為」要件は帰責可能性に置換されることとなる。当然ながら、「行為」が認められる場合には帰責可能性が認められる場合が多いと考えられる。しかし、厳密には「行為」は帰責性を充足する必要要件でも十分条件でもない。換言すれば、「行為」の中核をなす行為意思が欠ける場合についても、表示意思、効果意思が欠ける場合と同様に、意思の不存在として捉え、有効要件の問題として扱う<sup>58)</sup>のである。このように「行為」要件を帰責性へ置換することで、擬制の要素を排しつつ、電子取引の進歩にも目配りした妥当な結論を導くことができるであろう。

### Ⅲ. 結論

意思表示の成立要件に関する従来の判断枠組みは、主として対面取引を念頭に置いたものであったのではないかと。対面取引を意思表示の原則形態として想定する限りにおいて、従来の判断枠組みは直感的であり、またそれなりに妥当な結論を提示できる。しかし、電子取引が普及した現在においては、対面取引を原則としつつ、隔地者間の取引を例外事案

57) もっとも、抗弁権の永久性を肯定すればこの問題は生じない。抗弁権の永久性を肯定する見解として石田・前掲2)1023-1026頁、川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965年）578-580頁など。

58) 意思の不存在が意思表示の有効要件の代表的な類型として位置付けられることにつき、山本・前掲注6)147頁などを参照。

として処理することは直ちには正当化されない。従来の判断枠組みを素直に適用した場合、電子取引における妥当な結論を提示できるかは疑問であり、従来の判断枠組みに依拠したまま妥当な結論を導こうとすれば、多くの擬制を伴った不自然な適用を強いられることとなる。そして、このような問題を甘受しなければならない必然性はない。

電子取引の場合をも視野に入れ、より一般的な判断枠組みを提示するには、意思表示の基本的な指導原理に立ち返るべきである。具体的には、意思主義に対応する自己決定原理、意思原理、表示主義に対応する信頼保護原理、帰責原理である。そもそも表示価値は信頼保護原理の問題であり、「行為」要件は、意義があるとしても、その他いずれかの問題である。まず、表示価値と行為を連結させることそれ自体には必然性がない。信頼に値する意思表示の外観が存在することと、これを何らかのメカニズムで本人に帰責できるかは区分して考えられる。電子取引における意思表示は、実際には発出され到達した電子信号を考察の起点とせざるを得ない以上、このように外観を出発として分析するべきである。対面取引においてもこのような理解は別段不自然ではない。

そして、意思表示の成立段階において自己決定原理や意思原理の要求を貫徹すればAとなり、これを放棄すればBのうちいずれかとなる。そのうち、成立段階で帰責原理の充足を要すると考えればB IIとなり、成立段階では帰責原理の充足も不要であると考えればB Iとなる。三者はいずれも成立し得ない見解ではないだろうが、電子取引の環境において妥当な結論を提示できるのはB IIであると考えられる。

B IIに立脚すれば、まず表示価値を外観について判断し、外観作出について帰責可能性

があるか、具体的には外観の作出が故意または過失に基づくかを検討することとなる。これらが認められれば意思表示は成立し、あとは意思の不存在の問題として、錯誤の規律によって処理することになるであろう。B IIの見解からは「行為」とは帰責性が認められ得る場合の代表例にすぎず、帰責性を充足する必要条件でも十分条件でもないと考えることとなる。

このように、「行為」要件を帰責性へと置換することで、電子取引を含む隔地者間の取引と対面取引を統一的に説明しつつ、両者において一応妥当と考えられる結論を導く判断枠組みを、一貫した理念に基づいて提示できると考える。

以上のように考える場合には、表示価値の判断基準が決定的に重要なものとなる。定型取引ではあまり問題とならないだろうが、微妙な事例が存在することは否定しがたい。とりわけ、表示者の主観を判断対象に取り込むか、相手方の現実の信頼を問題とするか<sup>59)</sup>は実質的には行為意思、表示意思の要否や表見代理との関係とも関わり、ひいては判断枠組みのよって立つ理念とも関係する<sup>60)</sup>。また、帰責性の内実である「過失」の具体的な判断基準や、周辺的な問題への理解<sup>61)</sup>との整合性についても、なお検討を要する点は少なくない。これらの点については指摘にとどめ、今後の課題にしたい。

#### \* 謝辞

本論文は2023年1月に提出したリサーチペーパーに補正を施したものである。執筆に際しては、指導教員の米村滋人教授にお忙しい中時間を取っていただき、丁寧な指導をいただいた。記して感謝する。

(みやがわ・まさき)

59) 佐久間・前掲注10)341頁以下はいずれも場合により肯定する。他方、鳩山・前掲注1)131頁は、意思表示の相手方が特定人の場合につき表示価値の基準を相手方とするか一般人とするかという問題について、一般に表示と知される行為があれば表示価値は認められ、相手方が了解できなくても事情は左右されないとする。この見解を推し進めれば、相手方の現実の信頼を考慮することに消極的な立場も導出可能ではないかと思われる。

60) 前掲注13)注55)も参照。

61) とりわけ、本論文の立場からは、いわゆる二段の推定や名義貸しに関する判例法理及び学説状況との整合性を慎重に検討する必要があると思われる。

## 論説

## 金融商品取引法における支配株主の規制

## ——その範囲と責任を中心に——

東京大学特任教授

朱 大明

- I. はじめに
- II. 金融商品取引法における支配株主規制の意義
- III. 金融商品取引法における支配株主情報開示規制の現状と問題
- IV. 外国法の考察
- V. 金融商品取引法における支配株主規制の構築
- VI. おわりに

## I. はじめに

2020年1月7日に東京証券取引所は「従属上場会社における少数株主保護の在り方等に関する研究会」（以下では「第1期研究会」と略す）を設置した。「第1期研究会」の設置の趣旨は、「実質的な支配力を持つ株主（「支配的な株主」）を有する上場会社（「従属上場会社」）を巡る最近の事例が示唆する問題点、支配的な株主と従属上場会社の少数株主との間の利害調整の在り方、少数株主保護の枠組み等について議論を行う」（以下では

支配株主に関する問題を「支配株主問題」と略す）こととされている<sup>1)</sup>。

「第1期研究会」は、2020年9月1日に「支配株主及び実質的な支配力を持つ株主を有する上場会社における少数株主保護の在り方等に関する中間整理」（以下では「中間整理」と略す）を公表した。

その後、さらに、東京証券取引所は、2023年1月6日に第2期の「従属上場会社における少数株主保護の在り方等に関する研究会」（以下では「第2期研究会」と略す）を設置した。第2期研究会は2023年1月6日より審議を続けている（以下では、特に説明しない限り、第1期研究会と第2期研究会の総称を「研究会」と略す）。

研究会により公表された「中間整理」及び「研究会」の議事録等の資料では、支配株主問題に関連する事例が多数紹介された。それらの事例に基づき、支配株主問題に関して、(i) 実質的な支配力を持つ株主が情報開示規則に違反すること、(ii) 支配株主が株主権を濫用すること、といった概ね2種類の問題が日本の法律実務に存在することが分かった。(i)については、①情報開示規則違反の問題だけではなく、②支配株主の範囲をどこで線引きするかを重要な問題として検討しなければならない。また、(ii)については、さらに、①株主権（議決権）の違法行使及び②支配力の濫用の2つの問題に分けることが

1) 「従属上場会社における少数株主保護の在り方等に関する研究会の設置要綱」（<https://www.jpx.co.jp/equities/improvements/study-group/nlsgeu000004acah-att/nlsgeu000004djvd.pdf>）を参照されたい。

できる<sup>2)</sup>。

(i) について、②は基本的には金融商品取引法の問題となるのに対して、①は会社法と金融商品取引法の両方に関連する問題である。いずれも日本ではあまり検討されていない。(ii) については、日本の会社法における伝統的な問題として古くから検討されており、豊富な議論が蓄積している<sup>3)</sup>。しかし、従来の日本会社法においては、「会社の経営者に対する規制」、いわゆる支配株主の間接規制が詳細に定められている一方、支配株主に対しての直接的な規制は存在してこなかった。このように、支配株主の規制に関する十分な立法がなされていないため、しばしば学者から批判を受けている<sup>4)</sup>。

本稿は、(i) に着目して検討したい。また、(i) は金融商品取引法と会社法に重なる部分もあるが、本稿は基本的に、上場会社を対象として金融商品取引法に基づき検討することにしたい。また、金融商品取引法において支配株主規制に関して「事前規制として支配株主の開示義務」と「どのように支配株主の権利行使を牽制する上場会社の法体制を制定すべきか」が重要な課題であるが、紙幅の関係で本稿の検討内容に取り上げないことにする。

## Ⅱ. 金融商品取引法における支配株主規制の意義

### 1 金融商品取引法における支配株主規制の必要性

日本の立法状況を見れば、支配株主規制に関する立法論は1980年代から提唱されたが、結局、現在まで立法を実現するに至っていない。その最も重要な原因は、経済界の反対にあると考えられている<sup>5)</sup>。

経済界による反対の原因につき、主として2つの争点がある。第1に、立法の事実として、支配株主問題が存在するかという点である。第2に、支配株主規制の理論的根拠に関連する問題として、「企業のあるべき姿」をどのように理解すべきかという点である。

1点目について、公開されている「研究会」の資料によれば、日本の証券市場において、①支配株主が多数存在すること、②証券市場において支配株主による情報開示義務の違反や権利の濫用が様々な形で行われていることが報告されている。

2点目について、①支配株主（親会社）と非支配会社（子会社）を1つの団体として取り扱うべきか、それとも②支配株主と非支配会社の独立法人格を尊重して、子会社を単独の対象としてその利益の侵害状況を判断すべきか、ということが重要な争点となる。その問題を会社法上どのように理解すべきかは別として、金融商品取引法の分野においては、①の理論が存在することは考えがたい。会社

2) 「中間整理」では、「支配的な株主を有する上場会社の株主総会において、支配的な株主が会社提案に反対する議決権を行使することで独立社外取締役3名全員の再任議案が否決され、当該上場会社に社外取締役が不在となった事例」があったと示された。この事例は「議決権行使の濫用」に該当しうると考えられる。また、「中間整理」において「支配的な株主を有する上場会社における主力事業を支配的な株主のグループ会社に譲り渡すよう、支配的な株主から迫られたと上場会社が主張した事例」があったと示された。この事例は「支配力の濫用」に該当しうると考えられる。

3) 田代有嗣『親子会社法の研究』12頁以下（商事法務研究会、1968年）。

4) 江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』6-9頁（有斐閣、1993年）、宮島司『企業結合法の理論』15頁（弘文堂、1989年）。上村達男『会社法は誰のためにあるのか』222頁（岩波書店、2021年）。

5) 例えば、平成26年会社法改正において、親会社が子会社との間の利益相反により子会社に不利益を与えた場合の親会社の責任を規定することが中間試案に提案されていたが、経済界の反対がこの規定が立法されなかった重要な原因であったと指摘されている（神田秀樹『平成26年会社法改正——会社実務における影響と判例の読み方』13頁（有斐閣、2015年））。

法に支配株主を規制する実体法としての規定が存在しないとしても、理論上、②の立場に立って、民法の権利濫用禁止等の一般原理を適用して支配株主の行為を規制することが自然である。

上記により、金融商品取引法において支配株主を規制する必要性が認められ、また、その理論の構築について会社法より支障が少ないと考える（この点は後で詳しく説明する）。

もっとも、本質的には、支配株主問題、とくに金融商品取引法における支配株主問題をどのように解決するかは、法律上の課題であるだけでなく、法政策上の問題でもあるため、法政策としてどのように評価するかを検討すべきだと考える。

## 2 支配株主問題の本質から見た情報開示規制の限界

支配株主問題の本質は、1993年バーリとミーンスにより唱えられた「所有と経営の分離」の下に、支配株主が会社とその他の株主の利益を犠牲にして、自分の利益のためその有する権利・地位（支配力）を行使することがありうるため、「支配株主と会社との間」と「支配株主と少数株主との間」に利益相反の問題が生じることにある。この問題は、「構造的な利益相反」と呼ばれることもある<sup>6)</sup>。

しかし、情報開示規制において、支配株主が直接的に情報開示義務を負う場合を除いて、基本的には、情報開示の主体は会社であり、支配株主は主体ではない。したがって、会社が情報開示規則に違反したとしても、原則として、この会社の支配株主は責任を負わないこととなる。このような体制ないし法理論は、上記の「構造的な利益相反」を解決することができないといえる。むしろ、逆に、現行の金融商品取引法により構築された情報開示規制では、情報開示規則違反の責任につき開示主体ではない支配株主に対して責任を追及することができないため、証券市場にお

ける支配株主問題をもたらす要因の1つになる。

これによって、情報開示規制においては、情報開示規則に違反することは、形式上は開示主体となる会社の行為に違法があるに過ぎないものの、その根底に「構造的な利益相反」があるため、会社の行為を規制するとともに、支配株主の行為をも規制する必要があると考える。逆に言うと、現行の情報開示規則の規制範囲には支配株主が含まれていないため、情報開示規制の効果が大きく拘束されていると考える（この点に関しては、後で詳しく説明する。）。

## 3 金融商品取引法における支配株主規制の意義

金融商品取引法において支配株主規制を構築する意義について、①支配株主を規制することにより情報開示規則の効果を保障すること、②証券市場における少数株主の保護を図ること、③上場会社のコーポレートガバナンスに資すること、といった3点があると考えられる。

## Ⅲ. 金融商品取引法における支配株主情報開示規制の現状と問題

### 1 支配株主の定義

「中間整理」において、「支配的な株主」という概念が使用されていることは注目に値する。「中間整理」における「支配的な株主」とは、議決権の過半数を有していないものの、実質的な支配力を持つ株主をいう。

「支配的な株主」と「支配株主」の違いは何か、さらに言えば、いかなる範囲において支配株主を定義づけるかについては、支配株主規制の効果に係る重要な問題として検討しなければならないと考える。

支配株主の定義に関して、一般的には、「出

6) 「研究会」により公表された「支配株主及び実質的な支配力を持つ株主を有する上場会社における少数株主保護の在り方等に関する中間整理」においては、「構造的な利益相反」という概念を使用して問題が整理された。

資・形式基準」と「支配力・実質基準」とがありうる。歴史的には、初期の会社法理論は、会社の支配力の淵源として資本多数決の原則に着目し、出資過半数の有無により支配株主の該当性を決定していたが、出資比率の分散化の進展を受け、議決権以外の役員の派遣・契約・融資等によっても会社を支配することが着目され、「支配力・実質基準」が主流となった<sup>7)</sup>。

金融商品取引法には、支配株主の定義が存在しないが、「主要株主」という概念がある。「主要株主」とは、上場会社の総議決権の20%以上の議決権を保有する者をいう（日本金融商品取引法29条の4第2項）。「主要株主」は必ずしも会社の支配力を有するというわけではなく、支配株主より大株主に近いものであると理解できよう。また、日本金融商品取引法において、関連する概念として「親銀行」という概念がある<sup>8)</sup>。日本金融商品取引法31条の4第3項によれば、「親銀行」とは、金融商品取引業者の総株主等の議決権の過半数を保有していることその他の当該金融商品取引業者と密接な関係を有する法人その他の団体として政令で定める要件に該当する者のうち、銀行、協同組織金融機関その他政令で定める金融機関に該当するものをいう。

また、東京証券取引所により制定された有価証券上場規程には、支配株主の定義が存在する<sup>9)</sup>。当該有価証券上場規程第2条第42号の2によれば、「支配株主」とは、親会社又は議決権の過半数を直接若しくは間接に保有する者をいう。ここでいう「間接的に保有する」とは、当該主要株主が自己の計算において所有している議決権と当該主要株主の近親者（二親等内の親族をいう）が所有している議決権とを合わせて、上場会社の議決権の過半数を占めているもの、又は当該主要株主及び当該主要株主の近親者（二親等内の親族をいう）が、議決権の過半数を自己の計算において所有している会社等及び当該会社等の子会社が所有している議決権とを合わせて、

上場会社の議決権の過半数を占めていることを意味する（有価証券上場規程施行規則第3条の2）。

金融商品取引法と異なり、日本会社法は「支配力・実質基準」も加味して親子会社を定義している（日本会社法2条3号・4号）。その親会社の定義は「親会社は株式会社の経営を支配している者」とされている。

上記により、金融商品取引法の分野であれ、会社法の分野であれ、日本法では、「支配力・実質基準」を採っていると見られる。具体的な内容を見れば、金融商品取引法の分野に存在する定義は会社法の規定より細かいが、「支配力・実質基準」の中身に関して、「支配の内容」や「支配の方式」といった「支配力・実質基準」の要素は必ずしも明確ではない。したがって、日本の金融商品取引法における現状を踏まえて、支配株主の定義、とりわけ、「支配力・実質基準」の中身を検討し明確にしなければならないと考える。

## 2 支配株主の情報開示規制

### (1) 支配株主情報の開示規制の現状

支配株主の情報開示規制とは、証券市場の情報開示に関する支配株主の規制である。「中間整理」で公表された事例には、支配株主情報開示規制に問題があることが反映されている。

支配株主の情報開示規制について、事前の規制と事後の規制がある。事前の規制は支配株主による権利の濫用を事前に予防するものであり、事後の規制において責任規定は最も重要である。

事前の規制には、「支配株主の情報を開示する」ことがある。「支配株主の情報を開示する」ことについて、日本の金融商品取引法は、主として、(i) 会社による情報開示、(ii) 支配株主による情報開示の2種類を定める。(i) について、①有価証券届出書、②有価証券報告書、③内部統制報告書、④臨

7) 朱大明『支配株主規制の研究——中国会社法を素材として』154頁（信山社、2012年）。

8) 日本金融商品取引法31条の4第3項。

9) 有価証券上場規程第2条第42号の2。

時報告書、⑤大量保有報告書、⑥公開買付報告書等が例として挙げられる。(ii)について、親会社等状況報告書がその典型的なものとなる。

情報開示規則違反の責任は、情報開示義務の主体により、(i)会社による情報開示、(ii)支配株主による情報開示の2種類の場合に分けられる。この2種類のうち、(i)がほとんどであり、(ii)は極めて少ない。(i)と(ii)のいずれについても、支配株主の行政責任が生じうるが、民事責任を追及できないこととなっている。

よって、日本の金融商品取引法における支配株主規制の重要な問題は、情報開示により生じる民事責任を支配株主に追及することが基本的にできないということである。

### (2) 事前規制と事後規制の関係

「中間整理」には、支配株主規制に関して、上記(1)の(i)と(ii)に述べた「支配株主の情報開示を強化する」ことが法制度の改正方向として示されている。

しかし、事前の規制と事後の規制の関係について、事前の規制に違反した際に、行政責任又は刑事責任が生じうるが、刑事責任の適用は基本的に厳格である。そのため、証券市場において得られる巨大な経済的利益を念頭に置くと、民事責任を認めずして違法者に対する行政処罰だけで違法行為を有効に抑制することは期待できないと考える。そこで、支配株主情報開示の事後規制(民事責任)はやはり重要であり、事後規制を制定しない限り、支配株主の事前規制を増やしても、その制度の効果は限られると考える。

## 3 問題点

上記の通り、支配株主規制に関しては、主として、①支配株主の範囲をどのように決めるか、②支配株主の情報開示範囲をどのように決めるか、③情報開示違反に関して支配株主の民事責任を追及すべきか、といった3つの問題があると考えられる。その3つの中で、①と③はより重要なので、以下では①と③を中心に検討することにする。

## IV. 外国法の考察

### 1 支配株主の範囲に関して

#### (1) 米国

##### a 定義

アメリカ証券法には、支配株主の定義が存在しない。参考にするため、アメリカの会社法における支配株主の定義を簡単にまとめる。

まず、「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」は、アメリカ法律協会(ALI)により公表されたものであり、アメリカの州法だけではなく、アメリカのモデル会社法にも大きな影響を与えていると言われている。「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」において定められた支配株主の定義によれば、単独で又は1人若しくは複数の他の者との合意・了解に従って、①会社の50%超の議決権を保有する、②その他の方法で、その者の株主としての地位に基づき、会社の管理・方針又は取引に支配力を有する、のいずれかに該当する場合は、支配株主とされる(第1.10条1項)。また、単独で又は1人若しくは複数の他の者との合意・了解に従って、会社の議決権の25%超を保有する者は、会社の管理・方針に支配力を有すると推定するとされている。

また、上場会社にとって重要な意義を持つデラウェア州会社法では、「支配」に関して定義が設けられている。この定義により、議決権付きの株式の20%以上を所有する者は、支配株主に該当すると推定されることとなる(デラウェア州会社法203条(c)(4))。

上記の「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」と「デラウェア州会社法」に定められた支配株主の定義が日本の会社法と同様に「支配力・実質基準」を採用していることは明らかである。

##### b 支配力の判断基準

支配株主は、当然会社に対する支配力を有する。この「支配力」について、2003年に起こった、支配株主の判断基準に関する有名な事件である *In re Cysive, Inc. Shareholders*

Litigation を例として挙げたい。当該事件において、デラウェア州衡平法裁判所 (Court of Chancery) は、支配株主を認定する際に、「議決権を有するか」及び「議決権に基づく経営の決定権を有するか」を強調して、「約36%の株式を有する者」が支配株主に該当すると判断した。すなわち、当該事件によれば、支配株主を認定する際に、「会社に対する支配力」は形式的に所有する株式だけではなく、実質的に所有する議決権を含む出資関係に基づき生じるものである。言い換えれば、会社に対する支配力には「出資関係」(株主の身分) が不可欠となる。

また、2018年の *In re Tesla Motors, Inc. Stockholder Litigation* の事件も重要な事件として注意に値する。当該事件において、裁判官は支配株主を認定する際に、持株比率は最も重要な判断要素ではない、会社に対する支配力は必ずしも出資関係に基づくものではなく、株主の身分と関係ない要素による支配力もある<sup>10)</sup>。ため、創業者であるイーロン・マスク氏は持株がなくても会社に対する支配力を有すると指摘した<sup>10)</sup>。

上記より、アメリカの判例において、支配株主の判断基準に関する「支配力・実質的基準」は、「出資関係が必要である」から「出資関係が必須ではない」に変わっているという傾向がある<sup>10)</sup>と考える。これにより、支配株主か否かを判断する際には、株主の身分がなくても、支配株主に該当する可能性があるということとなる。

## (2) 中国法

### a 定義

中国において、証券法には支配株主の定義が存在しない一方、会社法においては支配株主の定義が設けられている。証券法と会社法の関係につき、証券の発行と取引に関して証

券法は会社法の特別法であると解されている。したがって、証券法に定められていない支配株主の定義には会社法の規定を適用することとなる。また、証券市場の監督機関となる中国証券監督管理委員会は、証券市場の監督等に係る多くの規定を制定している。これらの規定は会社法に定められた定義を維持する前提のもとに、さらに支配株主の定義を詳細化していると見られる。

具体的には、中国の会社法 216 条 2 号は、(1) その出資額が有限責任会社の資本総額の 50%以上を占める、(2) その保有する株式が株式会社の株式資本総額の 50%以上を占める、(3) 出資額又は保有株式の比率が 50%未滿であっても、その出資額又は保有株式により有する議決権が株主総会の決議に重大な影響を与える、のいずれかに該当する場合は、支配株主に該当すると規定した<sup>11)</sup>。この規定は、2005年の改正中国会社法により導入されたものである。

中国の証券法の分野において、中国証券監督管理委員会により制定された「上場会社定款ガイドライン」は、上記の会社法に定められた支配株主の定義をその文言通り規定した(上場会社定款ガイドライン 192 条)。

また、同じく中国証券監督管理委員会により制定された「上場会社買収管理方法」(2020年版)があり、同法においても支配株主の定義が設けられている(上場会社買収管理方法 84 条)。その規定によれば、投資者が下記のいずれかに該当する場合、支配株主に該当する。①投資者が上場会社の 50%以上の株式を有する支配株主であるとき、②投資者が実質的に支配できる上場会社の議決権が 30%を超えるとき、③投資者が上場会社の議決権を実質的に支配することによって会社董事会の過半数のメンバーの選任を決定することができるとき、④投資者が上場会社の議決権を

10) *Controller Confusion, Realigning Controlling Stockholders And Controlled Boards*, 133 HARV. L. REV. 1706, 1715 (2020).

11) 現行中国会社法 216 条 2 号は以下のとおりである。

支配株主とは、その出資額が有限責任会社の資本総額の 50%以上を占める株主、又はその保有する株式が株式会社の株式資本総額の 50%以上を占める株主並びに出資額又は保有株式の比率が 50%未滿であるが、その出資額又は保有株式により有する議決権が株主会(日本の有限会社の役員総会に相当)又は株主総会の決議に重大な影響を与えるのに十分な株主を指す。

実質的に支配することによって会社の株主総会の決議に対し重大な影響を与えるとき、⑤中国証券監督管理委員会が認めるその他の状況があるとき<sup>12)</sup>。

「上場会社買収管理方法」の支配株主の定義（上場会社買収管理方法 84 条）を中国会社法の規定（中国会社法 216 条 2 号）と比較すると、まず、中国会社法に定められた支配株主の定義では「支配力・実質基準」を採用している。この定義は証券法の分野にも適用される。次に、「上場会社買収管理方法」に定められた支配株主の定義は、会社法の規定より詳細なものである。具体的には、支配株主を判断する「支配力・実質基準」を、「30%を超える議決権の実質的支配」、「過半数の董事の人事決定権」、「総会決議に対する重大な影響力」という 3 つの場面に細分化して定めている。

#### b 実質的支配者

中国の会社法において、支配株主の概念と関連して、実質的支配者という重要な概念がある（中国会社法 216 条 3 号）。会社法の規定によれば、実質的支配者とは、会社の株主ではないが、投資関係、合意又はその他の手段によって会社の行為を実質的に支配できる者をいう。実質的支配者の概念には支配株主と異なり、出資関係が重視されず、会社に対する「支配力」が強調されている。実質的支配者は支配株主の延長線上にあり、支配株主に準じ、「関連関係」の地位を利用して、会社の利益を損なってはならないと規定されている（中国会社法 21 条）。

中国の証券法は、会社法と同様に、実質的支配者は情報開示、虚偽記載、インサイダー

取引等の制度で支配株主と殆ど同様に規制の対象となり、責任を負わなければならないとしている<sup>13)</sup>。

上記より、中国法において支配株主以外に、実質的支配者の概念が設けられ、会社に対する支配力を有する者の範囲は支配株主と実質的支配者により構成される。この点は中国法の重要な特徴となる。

#### c 支配株主と実質的支配者の適用

中国の証券法上の支配株主と実質的支配者の規制内容に関して、両者は共に情報開示規則及びインサイダー取引等の不公正取引の規制対象となり、ほぼ同じ規制が適用される。この 2 つの概念の運用について、支配株主の定義には「支配力・実質基準」が採用されているが、その基準に不明確な部分が存在する。実質的支配者の定義では、「実質的に会社を支配している」が重視されるため、その要件は支配株主の「支配力・実質基準」に近い。したがって、証券法の実務、特に監督機関の立場からは、本来理論上、「支配株主」と「実質的支配者」は別個の概念であるが、実際には「実質的支配者」を「支配株主」の不明確な部分を補填するものとして使用する傾向があると見られている。簡単に言えば、法律上の規制内容はほぼ同様であるが、判定の難しさからすれば、会社の支配者を判断する際に、「支配力・実質基準」を適用して支配株主に該当すると判定するより、「実質的支配者」だと判定することは明らかに容易なのである。そこで、証券市場において中国証券監督管理委員会は、支配株主より実質的支配者の概念を使うことが多くなってきていると見られる。

12) 2020 年「上場会社買収管理方法」84 条は以下のとおりである。

以下のいずれかの状況があれば、上場会社の支配権を有すると見なす。

- ① 投資者は上場会社の 50% 以上の株式を有する支配株主であること。
- ② 投資者は実質的に支配できる上場会社の議決権が 30% を超えること。
- ③ 投資者は上場会社の議決権を実質的に支配することによって会社董事会の過半数のメンバーの選任を決定することができること。
- ④ 投資者は上場会社の議決権を実質的に支配することによって会社の株主総会の決議に対し重大な影響を与えること。
- ⑤ 中国証券監督管理委員会が認めるその他の状況。

13) 例えば、虚偽記載において支配株主と実質的支配者が責任追及の対象に含まれること（中国証券法 85 条）、インサイダー取引において支配株主と実質的支配者が規制の対象に含まれることが中国の証券法で定められた（中国証券法 51 条）。

#### d 2023 年会社法改正草案

2023 年 9 月 1 日公表の全国人民代表大会常務委員会で審議された中国会社法改正の 3 回目草案（以下では「3 回目の草案」と略す）においては、支配株主の定義がそのまま維持されているが、実質的支配者の定義は改正された。

「3 回目の草案」265 条 1 項 3 号によれば、実質的支配者とは、投資関係、合意又はその他の手段によって会社の行為を実質的に支配できる者をいう。すなわち、現行中国会社法の規定と比較すると、株主の身分がなくても実質的支配者に該当しうることから、実質的支配者の範囲は拡張された。

#### (3) 小括

上記により、支配株主の判断基準について、日本法は中国、アメリカのデラウェアと同様に「支配力・実質基準」を採っているが、「支配力・実質基準」の中身に関して中国法とアメリカ法では「出資関係がない者」も規制する対象となることから、日本の支配株主の範囲は中国とアメリカのデラウェアより狭いということが明らかである。

## 2 支配株主の情報開示に対する責任に関して

### (1) 米国

#### a 支配者の責任

アメリカ証券法において、「支配者の責任」(Controlling Person Liability) という制度に通じて、支配株主に会社の情報開示に対して民事責任を負わせることとしている。

「支配者の責任」は、主として 1933 年アメリカ証券法 15 条と 1934 年アメリカ証券取引法 20 条 (a) により構成されている。

1993 年アメリカ証券法 11 条に基づき、取締役は取締役の地位に応じた法定義務 (Affirmative Obligations imposed by Law) を負わなければならないことから、取締役が目論見書に署名してこの法定義務に違反すれば、損

害賠償責任を負わなければならない。

「支配者の責任」とは、支配者は発行市場と取引市場における情報開示規則違反により生じる民事責任を負うべき者に連帯して損害賠償責任を負うことをいう。「支配者の責任」の立法目的は、会社の支配者が名目上の取締役役が目論見書に署名させることによって、11 条に定められた取締役の民事責任を回避するというものを防止することにある<sup>14)</sup>。

「支配者の責任」の範囲は、1995 年のアメリカ私的証券訴訟改革法 (PSLRA) にしたがって被支配者との連帯責任から割合的責任に改正された。この改正により「支配者の責任」の範囲については、私的証券訴訟改革法 21 条 D (f) を適用することとなる。割合的責任は、被支配者の損害賠償責任の一定割合のみに対して賠償責任を負うことを意味する。

#### b 立法の背景

アメリカ法「支配者の責任」の立法背景には、1933 年証券法の立法以前に、会社の支配者が経営者等をコントロールし、情報開示規則に違反することにより投資者の利益の侵害が多発していたという事情がある。

そのような状況を厳しく抑制するために、証券法において、どのように支配者の責任を追及するかについて、重要な内容の 1 つとして、様々な法理論から検討されていた。例えば、支配株主の情報開示規則違反の行為を不法行為と取扱うことは一番分かりやすいが、実際には、具体的な違法行為は発行者により実施され、支配者は自ら違法行為を実施していない（形式上）ため、行為者と損害の効果の間に不法行為責任に要求される因果関係が存在しないため、不法行為により支配者の責任を追及することができない<sup>15)</sup>。また、民法の代理理論によって、支配株主の情報開示規則違反により生じる民事責任を追及としても、支配株主と違法者である発行者の関係を代理関係として取扱うことは難しい<sup>16)</sup>。いずれにしても、理論上、会社法において有

14) Fletcher' s Report, in: S. Rep. No. 47, 73d Cong., 1st Sess. 5-6 (1933), p. 5.

15) Restatement (Second) of Torts, section 314, 324A.

16) William O. Douglas, *Directors Who do Not Direct*, 47 HARV. L. REV. 1305 (1934).

限責任原則と独立法人格の基本原則があり、それを超えて、不法行為であれ、代理行為であれ、会社の支配株主に情報開示規則違反により生じる損害賠償責任を負わせることは困難である。

そのような状況のもとに、1933年アメリカ証券法15条が導入され、会社の支配者は被支配者と同様の責任を負わなければならないと定められた。しかし、1993年アメリカ証券法15条が実施された後、その適用はあまりに広汎で厳しすぎると批判されたため、翌年成立した証券法の改正によって被告による責任免除の抗弁事由が認められた。さらに、1934年に成立したアメリカ証券取引法においても、15条の内容と類似した20条が設けられた。これによって、アメリカでは、1933年証券法15条と1934年証券取引法20条の導入により、「支配者の責任」が確立され、会社の支配者に発行者との連帯責任を負わせることによって支配者を厳しく規制することとなった。現在まで、「支配者の責任」は、アメリカ証券市場における支配株主の規律上、重要な役割を果たしている。

#### ○ 1933年証券法15条と1934年証券取引法20条の関係

上記により、1933年アメリカ証券法15条と1934年アメリカ証券取引法20条の内容は似ているため、どのようにこの2つの条文を解釈するかが問題となっている。具体的には、例えば、1933年アメリカ証券法15条と1934年アメリカ証券取引法20条において、最も重要な内容となる責任主体の判断基準につき、15条は「株式等の方法により支配をする者」としたのに対し、20条は「直接又は間接的に支配する者」と定めた。両者は微妙に異なる。アメリカ法の実務では、どのように15条と20条に定められた支配者を区別

すべきかが重要な問題としてしばしば指摘されている。

このような状況のもとに、アメリカ法では、責任主体となる支配者の判断基準について、支配者の範囲を明確に定めるより、柔軟な概念だと解釈する方が制度機能の発揮に有益であると理解されている<sup>17)</sup>。そのため、これ以上に明確に定めることをしていない。

これによれば、支配者の範囲をどのように定義するかは別としても、支配株主の範囲にできるだけ多くの場面を包括するべきだという立法の理念は、日本にとって参考になると考える。

#### d 「支配者の責任」の理論的根拠

アメリカでは、支配株主の情報開示規則の違反により生じる民事責任は、「詐欺」によるものであると解されている。「詐欺」であるという理解のもと、支配株主がその株式を有する会社に対する「支配力」を用いて、積極的に情報開示規則の違反行為に関与する場合は、非支配者と連帯して民事責任を負うこととなるため、その責任の属性は不法行為に帰属すると考える。

また、少数株主による支配株主の責任追及について、会社法で定められた支配株主信託義務という重要な理論がある。アメリカの証券法において「支配株主の権利濫用」を「詐欺」として規制することは、アメリカの州法で認められている支配株主の信託義務を証券法に導入したということである。つまり、「支配者の責任」は、会社法における「信託義務理論」を理論的根拠として証券法に定められたものである。

また、会社法の分野にある「信託義務理論」は、デラウェア州モデル<sup>18)</sup>とマサチューセッツ州モデル<sup>19)</sup>に分けられる<sup>20)</sup>が、どちらでも立証責任が転換され、被告は立証し

17) H.R. Rep. 73-1383, at 13, 26 (1934).

18) デラウェア州のモデルは、閉鎖会社にパートナー間の信託義務を適用するという理論を否定している。デラウェア州のモデルでは、閉鎖会社だけではなく、上場会社にも会社モニター規則 (corporate monitor) を適用すべきであると解されている。また、支配株主はその他の株主と同じように会社モニター規則を守らなければならないと解される。支配株主は会社の支配権を有し会社の経営に干渉することができるため、支配株主のみに会社に対する信託義務を負わせるべきであることが唱えられている (朱大明「アメリカ会社法からみた支配株主信託義務の本義とその移植の可能性」原題「美国公司法视角下控制股东信义义务的本义与移植的可行性」比較法研究2017年5号, 54頁 (2017年))。

ない限り責任を負わなければならない。一方で、証券法の分野において、「支配者の責任」の立証責任は被告にある。これによって、結果的には、「信認義務理論」と「支配者の責任」に違いはない。

(2) 中国

**支配株主の情報開示規則違反に対する責任**

a

中国証券法では、情報開示により生じる民事責任について、発行市場と取引市場を区別していないため、支配株主及び実質的支配者は、発行者と連帯して投資者に対して損害賠償責任を負わなければならないと明文で定められている（中国証券法 85 条）。

具体的には、中国証券法 85 条によれば、①情報開示義務者が規定通りに情報を開示しないこと、②公告した証券発行に係る文書、定期報告書、臨時報告書及びその他の情報開示資料に虚偽記載又は重大な遺漏があること、③誤解を生じさせる記述があることのいずれかがある際に、これにより証券取引において投資者に損失を被らせた場合、発行者の支配株主は、実質的支配者、取締役、監査役、高級管理職及びその他の直接責任者、並びに保証推薦人、元引受証券会社及びその直接責任者は、発行者とともに連帯賠償責任を負わなければならない。但し、自らに過失がないことを証明できる場合はこの限りではないとされている。

この規定によれば、中国証券法において、支配株主及び実質的支配者は情報開示規則の違反に対して発行者等に連帯して損害賠償責任を負わなければならない。この責任は過失責任であって、2019 年中国証券法の改正によれば立証責任の転換であり、支配株主及び実質的支配者は自ら過失がないことを証明で

きない場合は投資者に対し損害賠償責任を負うということとなる。

さらに、立証責任転換の改正に加えて、2019 年中国証券法の改正により証券集団訴訟が導入されたため、情報開示規則の違反による支配株主及び実質的支配者の民事責任は大幅に強化されたと思われる。

**b 責任の性質**

中国の実務では、上場会社の株主構造が比較的集中しており、支配株主又は実質的支配者が存在することが多いため、情報開示規則違反の行為は支配株主又は実質的支配者の意思を反映し、支配株主又は実質的支配者によって計画され実施されることが極めて多いと言われている。このような状況のもとに、不法行為の加害者が不法行為責任を負うことと同様に、支配株主又は実質的支配者に損害を被った投資者に対する虚偽記載の民事損害賠償責任を負わせることは妥当であろうと思われる。そのため、中国証券法において、情報開示規則違反に対して、支配株主の負う民事責任の属性は不法行為責任であると考えられている。

中国の会社法において、支配株主問題に対応し、支配株主とその意を受けた会社経営者の横暴を抑制するため、20 条と 21 条を中心に相当に完備された制度体系が構築された。中国会社法の支配株主規制の内容について、支配株主に対しては、株主権行使に関する法令・定款遵守義務、権利濫用禁止義務が定められ（20 条 1 項）、会社・会社経営者に対する影響力の不正行使禁止義務が定められた（21 条 1 項）。また、これらの義務に違反した場合は、損害賠償義務が課せられることとなった（20 条 2 項、21 条 2 項）。支配株主が会社経営者に対する影響力（関連関係の地位）

19) マサチューセッツ州のモデルは、閉鎖会社における支配株主は少数株主を圧迫するという問題を解決するために創設されたものであり、閉鎖会社はパートナーシップに類似する組織であるため、その株主の間にパートナーシップにおけるパートナーと同じように（partnership-like fiduciary duty）相互に高度の信認義務（enhanced fiduciary duties）を負うべきであると唱えられている。マサチューセッツ州のモデルにおいて、支配株主が信認義務に違反するかを判断する基準には、①平等機会規則（equal opportunity）、②合法的商業目的規則（rebuttable legitimate business purpose test）、③合理的な期待原則（reasonable expectation）、がある。

20) アメリカ法において、マサチューセッツ州モデルとデラウェア州モデルの違いについて、主として以下 3 点の違いがある。①マサチューセッツ州のモデルとデラウェア州の適用対象が異なる。②マサチューセッツ州のモデルとデラウェア州のモデルの適用範囲は一致ではない。③マサチューセッツ州のモデルとデラウェア州のモデルの内容は一致していない（朱・前掲注 18）51 頁）。

を不正に行行使し、会社に損害をもたらした場合、損害賠償責任を負わなければならない(21条2項)。また、実質的支配者は、支配株主と同様に、会社・会社経営者に対する関連関係の地位(影響力)を利用して会社の利益を損なってはならず、この規定に違反し、会社に損害をもたらした場合は、賠償責任を負わなければならない(21条1項)。ここでいう関連関係の地位とは、支配株主がその議決権をもとに会社・会社経営者に対し有する強力な影響力・支配力をいう。支配株主が自ら派遣した者を株主総会で会社経営者として選任し、当該会社経営者を意のままに指図する場合の、会社と支配株主の関係がこれに該当する<sup>21)</sup>。これらの会社法に定められた支配株主規制は不法行為責任であると解されている。

上記により、情報開示規則違反に対して、支配株主が負う民事責任が不法行為責任の一種に属すると取扱うことは、会社法に定められた支配株主規制と同様となり、その意味で、証券法の規定は会社法の規定及び民法の不法行為法一般規定の特則<sup>22)</sup>と位置付けられる。

これにより、証券法に定められた支配株主の責任に関して、その具体的な判断にあたっては実体法としての会社法に定められた支配株主規制を合わせて適用する必要があると考える。

### ○ 集団訴訟による責任の加重

2019年中国証券法の改正により、証券集団訴訟制度(class action)が新しく導入された。証券集団訴訟とは、投資者が虚偽の記載等の証券に係る民事賠償請求訴訟を提起する場合において、訴訟の目的物が同一の種類であり、かつ当事者の一方の人数が多いときに、法令に従い代表者を選任して、その代表者により提起される損害賠償訴訟をいう。中国の証券集団訴訟は、普通の証券集団訴訟と

特別の証券集団訴訟に分けられる。特別の証券集団訴訟とは、投資者保護センターが、50名以上の投資者の委託を受けて、代表者として提起する損害賠償訴訟をいう。また、注意しなければならないのは、特別の証券集団訴訟はオプトアウト規則(opt-out)を適用するとされている。普通の証券集団訴訟と特別の証券集団訴訟の最も重要な区別は2つある。第1に、“黙示参加，明示退出”(オプトアウト)を適用するかという点にある。すなわち、普通の証券集団訴訟において、原告には“黙示退出，明示加入”(オプトイン)を適用するのに対し、特別の証券集団訴訟において、原告には“黙示参加，明示退出”(オプトアウト)を適用する。第2に、特別の証券集団訴訟の発動は特定される者でなければならない。つまり、“黙示参加，明示退出”(オプトアウト)を適用する特別の証券集団訴訟は、誰でも訴訟を発動することができるというわけではなく、その提訴権者は証券法に定める投資者保護機構に限定された。具体的な手続きについては、投資者保護機構は50名以上の適格投資者の授權を得たという前提の下、全ての適格投資者を代表して特別の証券集団訴訟を提起することができることとされている。特別の証券集団訴訟の提訴権者を限定したのは、投資者保護機構にアメリカという原告弁護士を代替させることによって、アメリカ法上の濫訴や多くの和解といった欠点を避けることを期待しているためである。

このように、中国証券法に新たに定められた証券集団訴訟は、支配株主の負う民事損害賠償金額を大幅に引き上げる<sup>23)</sup>ため、支配株主を厳しく規制する機能があると考えられる。

### (3) 小括

アメリカ証券法と中国証券法において、支配株主の情報開示規則違反に対して損害賠償責任を負わせる点は同じである。両国の制度

21) 中国会社法216条1項4号。

22) 中国の民法典1165条は行為者は自らの過失により他人の民事權益を損なった場合は、損害賠償責任を負わなければならないと定めた。この規定は民法の不法行為法一般規定となる。

23) 例えば、「飛樂音響株式会社事件の普通集団訴訟」では、裁判所は上場企業が315人の投資家に1.2億元を賠償するよう判決した。また、「五洋株式会社事件の普通集団訴訟」では、損害賠償額は7.1億元と判決された。さらに、「康美医薬株式会社事件の特別集団訴訟」において、被告には24.95億元の損害賠償責任が課された。

は、同じ証券市場において支配株主の違法行為を厳しく規制するために導入されたものであるものの、立法の事実は異なる。アメリカでは、取締役が支配株主にコントロールされるため、支配者に被支配者との連帯責任を負わせることとされた。中国では、支配株主が自ら違法行為を行うため、支配株主に連帯責任を負わせるというわけである。2019年中国証券法改正により発行市場と取引市場を区別せずに支配株主の過失責任に関して立証責任を転換したため、中国の法制度はより厳格である。

## V. 金融商品取引法における支配株主規制の構築

### 1 支配株主範囲の線引き

支配株主の範囲は、理論上は、① 50%以上の株式を有する者、② 50%以上の株式を有しないが、その支配している株主の所有する株式（間接保有）を合わせて50%以上を有する者、③ 50%以下の株式を有し、契約等により会社に対する支配力を有する者、④ 直接に株式を有しないが、間接的に50%以上の株式を有する者、⑤ 株式を有しないが、契約等により会社に対する支配力を有する者、の5つの類型に分けられる。

この「理論上の支配株主の範囲」について、出資関係の有無によって2種類に分けることができる。(i)「出資関係がある」ものは、①～③である。(ii)「出資関係がない」ものは、⑤となる。④は、直接な出資関係がないものの、間接的に支配の対象の株式を保有するという点から、その会社に対する支配力はやはり出資に基づくものであるということができ、(i)に帰属させることもできるが、「出資関係がない」を絶対的な基準として考えるのであれば、(ii)に帰属すべきである。

上述のアメリカ法によれば、支配株主の範

囲に①から⑤までが全て含まれる。中国法の定義によれば、支配株主と実質の支配者を合わせて考えれば、①から⑤までの内容を全てカバーすることができる。具体的には、中国法では①、②及び③は支配株主に該当し、④と⑤は実質の支配者に該当するという事となる<sup>24)</sup>。

日本法の状況は、「支配力・実質基準」は「出資関係がある」ことを要求しているため、①から③は支配株主の範囲に含まれるものの、④と⑤は支配株主の定義に含まれないこととなる。

また、「研究会」において検討対象とされる「支配的な株主」という概念の範囲からすれば、②と③は「支配的な株主」に該当するので、現行の日本会社法で採用される「支配力・実質基準」でカバーされる範囲を超えていない。その意味では、「支配的な株主」は支配株主の範囲を広げることはなく、金融商品取引法の分野で「支配力・実質基準」を強調するものにすぎない。

上記によれば、日本法では、④と⑤をどのように規制するかが問題となる。④と⑤の規制については、以下の2つのアプローチがある。(i)「支配力・実質基準」から「出資関係がある」ことを削除することによって、支配株主の範囲を広げて④と⑤を支配株主として規制する。(ii) 支配株主と別に、中国法に定められた「実質的支配者」のような概念を設けて、④と⑤を規制する。

金融商品取引法は会社法と異なり、情報開示を中心に規制するため、規制の対象となる支配株主の範囲を広げることは、情報開示の効果保障及び支配株主規制の抑制力向上によってコーポレートガバナンスを改善することにも重要な意義があると考えられる。

また、その規制方法について、日本の現状からすれば、(i)が適切であると考えられる。まず、(i)は支配株主と別個に法律の概念を制定する必要がないため、立法のコストが比較的低い。次に、①から⑤までの内容を全

24) 支配株主の分類について、多くの議論がある。一例として、「研究会」第1回会議においては、以下の分類方法が主張された。すなわち、①株主総会決議を支配し得る過半数を有する株主、②継続的に株主総会を支配している者、③支配契約などの契約に基づき会社を支配する者、という3種類の分類方法があると主張された（「研究会」第1回会議の議事概要の神作裕之教授の発言）。

て規制する前提のもとで、(i) であれ、(ii) であれ、「支配力・実質基準」が不明確な点は変わらないため、①から⑤までの内容を支配株主の範囲にまとめて規制することは比較的に分かりやすい。

## 2 支配株主の情報開示に対する責任

支配株主が情報開示により生じる民事責任を負うか否かは、情報開示の効果や上場会社のコーポレートガバナンスに係る重要な問題である。この点について、アメリカと中国が支配株主に民事責任を負わせるのに対して、日本の場合は、支配株主は民事責任を負わない。この点は、日本法とアメリカ法及び中国法とで最も大きな違いとなる。

日本の金融商品取引法において、情報開示規則違反による民事責任（虚偽記載の民事責任）の対象は、原則として会社の役員及び公認会計士に限定される。このような法制度には、主として以下の2つの問題がある。①違法行為を行うことにより、実際に利益を獲得した者の責任を追及しなければ不公平が生じる。②会社に投資者の損害を賠償させることは、その本質は会社利益分配（会社が株主に賠償する）になるため、実効性が欠ける。

しかし、金融商品取引法において、法政策として、そこまで支配株主を厳しく規制する必要があるかは問題となる。この点は判例の状況を検討する必要があると考える。但し、支配株主の情報開示に対する民事責任を認めることにより、事前に厳しく支配株主を抑制する機能はより重要であると考えられる。その意味で、現実的にどこまで規制する必要があるかは別として、事前の予防手段として、1で検討した①から⑤までの全対象を規制する意義があると考えられる。

また、情報開示は会社の義務であり、独立法人格原則の下で、支配株主が責任を負う理論的根拠については、日本会社法の分野に存在する事実上取締役の法理を法解釈により金融商品取引法の分野に適用することが便利かつ有効な方法であると考えられる。すなわち、金融商品取引法において、「支配株主の情報開

示規則違反により生じる民事責任」を不法行為による責任として取扱う。そして、その理論構成について、日本会社法の分野において判例の法理として事実上取締役の法理が存在するが、その適用範囲は非常に狭いため、その事実上取締役の法理を拡張解釈して、情報開示規則違反に適用し、支配株主を事実上取締役として取り扱うことで、支配株主に民事責任を負わせるというロジックをとることは支障がないと考える。

また、日本では、情報開示の責任主体に支配株主を含めるとしても、特別の定めがなければ民事訴訟の一般規則に従い、原告が立証責任を負う。そうすると、制度上、支配株主の責任を追及することができるとしても、実際には、証券市場の監督機関となる金融庁による行政処罰がなければ、その責任追及訴訟の提起は困難となると考えられる。この問題については、原告が立証責任を負うとしても、制度上支配株主の民事責任を認めることは、支配株主を規制する道を開くことができるため、極めて重要な意義があると考えられる。

## VI. おわりに

日本において、会社法上支配株主規制が立法されていないことの最も重要な原因は立法事実が欠けることだと言われている。しかし、「研究会」は証券市場において支配株主問題が存在することを指摘した。この問題の本質は、「構造的な利益相反」が存在することにある。この問題を解決するには、会社法のほかに、金融商品取引法において、支配株主規制を定める必要があると考えられる。これは、情報開示規則の実効性保障とコーポレートガバナンスの改善において重要な意義があると考えられる。

また、支配株主規制を構築する具体的なアプローチについて、「支配株主の範囲を広げること」と「支配株主に情報開示規則違反により生じる民事責任を負わせること」は重要であるため、立法すべきであると考えられる。

(しゅ・だいめい / ZHU Daming)

論説

# 戦後世代の戦争責任

東京大学教授

瀧川裕英

## I. 問題の所在

- 1 集合的責任
- 2 団体責任と帰属責任
- 3 本稿の対象と方法

## II. 責任論

- 1 責任の諸類型
- 2 ヤスパースの4区分
- 3 政治的責任
- 4 直接責任と間接責任
- 5 戦争責任の諸類型
- 6 責任論から集団論へ

## III. 集団論

- 1 結果責任と救済責任
- 2 nationの契機
- 3 同志集団モデルと共同事業モデル
- 4 nationとstate
- 5 nationの責任
- 6 stateの責任

## IV. 帰属責任

- 1 普遍的責任と帰属責任
- 2 繰り返さない責任・解明責任・記憶責任
- 3 恥じ入る責任
- 4 補償責任
- 5 補償責任と賠償責任

## V. 結論

## I. 問題の所在

戦争に関与していない戦後世代は、戦争責任を負うだろうか。戦争がもたらす影響は長期に及ぶ。2022年2月にロシアがウクライナに侵攻することで始まった戦争は、本稿執筆時点の2023年7月時点で未だ終結していないが、仮に終結したとしても、その戦争責任を特定し、その責任を果たし終えるまでには長い年月がかかるだろう。戦争終結時点で生まれていなかったロシアの戦後世代は、ウクライナに対して戦争に関わる責任を負うだろうか。

こうした世代を超えた責任が問題となるのは、戦争だけではない。植民地支配も同じである。植民地支配の影響は長期に及ぶ。植民地時代の世界地図と現在の世界地図を照らし合わせれば分かるように、現在の貧困国の多くが植民地支配を受けた国である。植民地支配がもたらした世代を超えた被害に対して、旧宗主国の植民地以後の世代は、いかなる責任を負うだろうか<sup>1)</sup>。

本稿の目的は、戦後世代の戦争責任という問題について、その問題機制を明確にすることを通じて、解答に至るロジックを検討することにある。

1) いわゆる「植民地責任」に含まれるのは、こうした植民地後世代の植民地責任だけではない。略奪された文化遺産の返還や教科書における歴史記述のような歴史や記憶の回復も、植民地責任論の対象である（永原編2009、小山田ほか編2023）。

## 1 集合的責任

戦後世代は戦争責任を負うか。この問いは、より一般的には、「集合的責任 (collective responsibility)」の問題として論じられている<sup>2)</sup>。集合的責任は、基本的には個人責任と対比される概念である。だが、その正確な意味を理解するためには、集合的責任の意味を少なくとも3つに区別する必要がある。

集合的責任の第一の意味は、「団体責任」である。個人でない人間集団が責任の帰属先となるのが、団体責任である。法的責任でいえば、法人(例えば、株式会社)の負う責任が、団体責任である。団体責任について従来議論されてきたのは、団体は道徳的責任を負うかという論点である。例えば、福島第一原発事故について、東京電力株式会社の歴代の代表取締役・原発管理責任者のみならず、東京電力株式会社それ自体を道徳的に非難することは意味のあることだろうか。法的な団体責任のみならず、道徳的な団体責任も存在しうかが、ここでは問われている。

集合的責任の第二の意味は、集団への帰属を根拠とする個人責任である。つまり、団体責任とは異なり、この意味での集合的責任の責任主体は、団体ではなく個人である。通常個人責任は、個人の行為を責任の根拠とする。例えば、電話をしながら自動車を運転するという行為によって事故を起こした結果として負う責任は、個人の行為を責任の根拠としている。これに対して、ここでの集合的責任は、個人が集団に帰属している点を捉えて、そこに責任の根拠を見出す。この意味での集合的責任を「帰属責任」と呼ぶことにしよう。

集合的責任の第三の意味は、共同行為を根

拠とする個人責任である。共犯による刑事責任や共同不法行為による民事責任がこれにあたる。この意味での集合的責任も、帰属責任と同様に、責任の主体となるのは団体ではなく個人である。通常個人責任が個人の行為を責任の根拠とするのに対して、この意味での集合的責任は共同して行われた行為に責任の根拠を見出す。この意味での集合的責任を「共同行為責任」と呼ぶことにしよう。

このように、典型的な個人責任と対比される集合的責任には、(A) 団体責任、(B) 帰属責任、(C) 共同行為責任という3つの意味がある。このうち、戦後世代は定義上戦争に関する行為をしていないため、共同行為責任を負うことはない<sup>3)4)</sup>。戦後世代の戦争責任について問題となるのは、団体責任と帰属責任である。

## 2 団体責任と帰属責任

まず、団体責任と帰属責任の異同と関係を確認しておこう。団体責任と帰属責任は、問題が異なる。一方で、団体責任の問いとは、個人構成員から独立したものとして団体それ自体が責任を負うか、である。この問いに関して、団体責任を認める説と、認めない説(還元説)が対立する。他方で、帰属責任の問いとは、個人は行為ではなく帰属によっても責任を負うか、である。この問いに対して、帰属責任を認める説(例えば、コミュニタリアニズム)と、認めない説(例えば、徹底した個人主義)が対立する。

戦後世代の戦争責任について、団体責任と帰属責任は異なる問題を提起する。一方で、団体責任に関して、(A-1) 構成員の責任とは独立した責任を国家は戦争に対して負うか、が問われる。この問いに対して肯定的な回答

2) 集合的責任の問題圏を知るために有用な論文集として、May and Hoffman 1991, Bazargan-Forward and Tollefsen 2020. 概説として、Takikawa 2022.

3) 戦争責任に関して、国家の指導者層だけでなく、選挙権を持つ国民も責任を負うかがしばしば問われる。例えば、Lawford-Smith 2019. これは共同行為責任の問題であり、本稿の射程外である。

4) これに対して、戦後世代についても共同行為責任が生じるといわれるかもしれない。例えば、戦後補償問題が長期にわたって解決しない場合には、戦後世代は問題解決を戦争世代と共同して怠ってきたのであり、不作為の共同行為責任を負うといわれるかもしれない。しかしながら、そのような主張は、戦後世代には戦後補償問題を解決する責任があることを前提としている。だがそれは前提としてよいことではなく、その妥当性や根拠を問われるべきことである。本稿が検討するのは、まさにこの問いである。

が与えられ、戦争世代がその責任を完全には果たさず責任が残るときに、(A-2) 戦後世代は国家が負う責任をどのように負担するか、が問われることになる。

他方で、帰属責任に関して、(B) 戦争に加担していない戦後世代の個人が、国家あるいは民族への帰属によって戦争に対する責任を負うか、が問われる。この問い(B)は、責任の主体が国家ではなく個人である点で、A-1とは異なるし、国家の団体責任を前提としない点で、A-2とも異なる。

### 3 本稿の対象と方法

ここで、本稿の対象と方法を明確にしておこう。

第一に、本稿の検討対象は、戦後世代の戦争責任の理論であり実践ではない。ここで理論は、実践を規律するものとして捉えられている。一般に、責任実践は脆く歪みやすい。責任を問うこと、それに応えること、責任を果たすことはいずれも当事者や社会に大きな負荷を課す。そのため、泣き寝入り・責任逃れ・馴れ合いなどへの誘因が常に存在する(瀧川 2003: 179)。こうした責任実践の歪みを是正するために求められるのが、責任の理論である。そのため、「理論的に正しいかもしれないが、実践には役に立たない」という批判は、有効なものではない。

第二に、本稿が論じるのは、道義的責任ではなく道徳的責任である。戦争責任を論じるときにしばしば用いられる「道義的責任」という用語は、実に曖昧で不明瞭な概念である。道義的責任とは何を指しているのか。

道義的責任が何でないかは明確である。道義的責任が語られるのは、通常、法的責任と対比される文脈である。つまり、道義的責任とは、法的でない責任である。

では、道義的責任とは何か。ここでは、道義的責任を世間に対する責任と理解しておき

たい。道義的責任の果たし方は社会によって異なる。不祥事に直接関与していない最高責任者が、道義的責任をとって辞任すべきか不祥事対応のために留任すべきか、という問いに対して一般的な回答を与えることは困難である。社会によって世間が異なり、道義的責任の果たし方は世間に依存するからである。つまり、道義的責任は、抽象的な道徳原理との関係で問題化される責任であるというよりも、具体的で実質的な社会関係の中で問題化される責任である。本稿が論じるのは、このような道義的責任ではなく、道徳原理を参照することで問題化される道徳的責任である。

第三に、本稿が採用する検討手法は、分析哲学によるアプローチである。言語分析を主な手法とする分析哲学にとって、明晰性が重要である。明晰でない主張は、無意味であるわけではないが、理論的な意義を持たない。戦争責任論の錯綜の一因は言語の不適切な用法にあると考えられるので、可能な限り明晰に論じることにはしたい。

## II. 責任論

### 1 責任の諸類型

戦後世代は戦争責任を負うか。集合的責任は正当化可能か。責任の概念は多義的であり、従来の戦争責任論においても、多種多様な責任が問われてきた。そのため、問題を正確に考察するためには、概念を分析することが不可欠である。ここではまず、戦後世代の戦争責任に関連しうる責任を、整理して類型化した上で列挙しておこう<sup>5)</sup>。

#### ① 刑事責任

戦争犯罪について刑罰を受ける責任である。戦争犯罪には、開戦法規 (*jus ad bellum*) 違反と、交戦法規 (*jus in bello*) 違反がある。極東国際軍事裁判所憲章でいえば、「平和に

5) 以下の責任のリストは、日本国内で刊行された戦後世代の戦争責任に関連する書籍から抽出したものである。あくまで、例示列挙であり限定列挙ではない。その抽出に際して利用した書籍の一部を、ここで示しておく。安彦・魚住・中岡編 1999、荒井 2005、粟屋ほか 1994、家永 1985、大沼 1997、木佐 2001、小森・高橋編 1998、加藤 1994、加藤 1997、高木 2001、高橋 1999、田口 1996、永野・近藤編 1999、野田 1998、宮崎編 1995、望田 1994、読売新聞戦争責任検証委員会 2006、李 1998、若槻 2000。



自己の良心並びに近親者との交流である。

「形而上的責任 (metaphysische Schuld)」は、「人間相互間に連帯が存在し、そのために世界のあらゆる不法と不正に対して誰もが、特に自らの現前や認識内で起きた犯罪に対して責任の一端がある (mitverantwortlich)」といわれる場合の責任である<sup>8)</sup>。その審判者は神である。

### 3 政治的責任

この区分は、重要な手がかりを与えるが、必ずしも明晰でない部分が残されている。特に問題となるのは、政治的責任である。戦後賠償を主要な内容とする政治的責任 (Haftung) の根拠となる政治的責任 (Schuld) とは何か。

賠償責任という効果の根拠となるのは、通常理解では違法行為、つまり開戦法規や戦時国際法に対する違反であり、その責任を負うのは違法行為をした国家である。これに対してヤスパースは、政治的 Schuld は、個人が国民であるがゆえに有するものだとしている。だが、ヤスパースはその理由を説明していない。こうした理論的欠落の原因はおそらく、〈Schuld なければ Haftung なし〉という誤った前提にある<sup>9)</sup>。つまり、個人が国民として政治的 Haftung を負うことを前提とした上で、したがって、国民には政治的 Schuld があるはずだと考えてしまったことにある (〈Schuld なければ Haftung なし〉の対偶)。

実際、ヤスパースの議論の焦点は、政治的責任 (Schuld) よりむしろ政治的責任 (Haftung) にある。その上で、次のような重要な主張を行う。

ドイツ国の名で行われた犯罪を前にして、いかなるドイツ人も責任の一端を担わされる。我々は集合的に責任を負う。問題は、いかなる意味で我々の誰もが責任の一端を感じなければならないかということであ

る。自らが帰属する国家が行った行為に対していかなる国家構成員も共同して責任を負うという政治的意味で、そうであることは疑いがない。しかしそうだからといって、犯罪に事実的あるいは知的に関与したという道徳的意味でもそうである必要はない。…集合的な責任は、国家構成員の政治的責任 (Haftung) として存在するが、だからといって道徳的な責任及び形而上的な責任として存在するものではないし、刑事責任 (Schuld) として存在するものでもない。(Jaspers 1948: 180)

要するに、政治的責任 (Haftung) は集合的責任となりうるのに対し、刑事責任 (Schuld) や道徳的・形而上的責任 (Schuld) は集合的責任になりえないとする。ヤスパースが特に強調するのは、政治的責任と道徳的責任の区別である。

この区別が、有名なヴァイツゼッカーの区別に流れ込む。旧西独ヴァイツゼッカー大統領は、1985年の著名な演説で次のように主張した。

民族全体について責任 (Schuld) があるとかないとかいうことはない。……今日の人口のほとんど大部分は当時子供であったか、まだ生まれてもいなかったものであり、彼らは、自ら全く行っていないことに対し責任を認めることはできない。…… [しかし] 我々は皆、責任があろうと (schuldig) なかろうと、老若にかかわらず、過去を引き受けねばならない。我々は皆、過去のもたらす結果に関わっており、それに対して責任 (Haftung) を負っている。(Weizsäcker 1985: 19-20)

つまり、Schuld は集合的責任にはなりえず、Haftung のみが集合的責任となりうる。こうした責任の区別は、法学者にはおなじみのものである。だが、少なくとも二つ

8) 具体的にいえば、近親者が理由もなく死に、自分が理由もなく生き残ったことに対して感じる罪の意識である。

9) Schuld がなくても Haftung がある例として、抵当権付不動産の第三取得者や、物上保証人を挙げることができる。

の問題が解明を待っている。第一に、この責任の区別が恣意的なものでないとするれば、それはいかなる根拠に基づいているのか。第二に、この責任の区別が妥当だとすると、Haftungを負うのは誰であり、それはなぜなのか。以下、それぞれ検討していこう。

#### 4 直接責任と間接責任

第一の問題に答える際に重要なのは、直接責任と間接責任を区別することである（瀧川1999: 129）。

直接責任は、規範違反行為に着目する責任である。直接責任は、規範違反者のみが担いうる。なぜなら、規範違反行為をしていない者が担うのでは、意味が失われるからである。直接責任の典型例は、非難を甘受する責任である。規範違反者のみが非難を甘受する責任を負う。規範違反者でない者を非難することは、的外れであり、無意味である。直接責任は、規範違反行為に伴う被害者がいる場合、その被害者との対面関係においてのみ有意味となる。そのため、加害者と被害者の対面関係を離れると、意味を喪失する。

間接責任は、規範違反行為の結果に着目する責任である。間接責任は、規範違反者以外にも担いうる。なぜなら、規範違反行為をしていない者が担ったとしても、意味があるからである。間接責任の典型例は、被害を補償する責任である。誰が被害の補償をしたとしても、被害の補償としては意義がある。その補償によって、被害者の被害は補填されるからである。「お金には色が付いていない」のだから、加害者からの補償であろうが、第三者からの補償であろうが、補償としての意義は変わらない。

自動車事故を例にとろう。加害者の過失によって事故が生じた場合、当該事故について道徳的に非難されるべきなのは、当該事故を引き起こし事故に責任のある加害者自身である。加害者の家族を非難することは的外れである。これは、非難を甘受する責任が直接責

任であることを示している。これに対して、事故の被害の補償は、加害者自身が担わなくても意義を持つ。積極損害・消極損害のいずれも、第三者によって損害が填補されれば、被害者の救済としては意味を持つ。そのため、損害の填補は、事故の加害者が加入していた責任保険の保険会社が行っても意味を持つし、事故の被害者が加入していた損害保険の保険会社が行っても意味を持つ。

以上のように、ある責任が直接責任であるか間接責任であるかは、当該責任を担うのは誰かという責任主体の問題に関連している。簡潔に言えば、直接責任は規範違反者のみが負いうるが、間接責任は規範違反者以外に転嫁可能である。ある責任が直接責任か間接責任かを判定するテストとして、次のテストが利用できる。

#### 保険化テスト

ある責任を保険化することが理性的に受容可能である（reasonably acceptable）ならば、その責任は間接責任である<sup>10)</sup>

保険とは、リスクに対処する合理的な方法である。低い確率で生じる大きな損害に対して、共同で対処するために、保険は利用される。現在保険化されているのは、損害と生命である（参照、保険法第2条第4号）。具体的には、損害保険（火災保険、責任保険、傷害疾病保険など）、生命保険である。現実に保険化されているということは、当該責任の負担を第三者が担うことが受容されていることを示している。また、現実に保険化されていないとしても、保険化することが理性的に受容可能であるならば、その責任は間接責任である。

規範違反行為の結果に着目する間接責任は、結果として生じる被害が金銭的評価によって通約可能である限り、保険化可能である。これに対して、規範違反行為に着目する直接責任は、行為者自身が担わなければ意義を喪失するために、保険化可能でない。

10) 理性的に受容可能か否かという判断基準は、道徳の契約主義によってしばしば利用される。道徳の契約主義を帰結主義との対比で論じるものとして、参照、瀧川2023。

例えば、自動車事故によって生じた損害は、その金銭的側面に着目する限り、保険化可能である。それが保険化可能であるのは、加害者や被害者以外の第三者に転嫁可能だからである。このことは、損害の補償が間接責任であることを示している。

これに対して、自動車事故で非難を甘受する責任は、転嫁可能でない。それが転嫁可能でないのは、非難を甘受する責任が軽い責任だからではない。他人から非難を受けることは、しばしば非常に辛い経験である。そのリスクを転嫁したくなることは十分ありうる。だが、事前に非難転嫁契約を締結し、自分が非難を甘受せざるを得ない状況に陥ったときに、自分に代わって第三者に非難を甘受してもらうことは、理性的に受容できない。そうした非難は無意味だからである。このことは、非難を甘受する責任が直接責任であることを示している。

## 5 戦争責任の諸類型

以上の検討から、先の9類型のうち、②補償責任は間接責任であり、③非難責任は直接責任である。では、その他の責任はいずれだろうか。

①刑事責任は、非難責任と同様に直接責任である。処罰リスクに備えた刑罰保険は、理性的に受容不可能だからである<sup>11)</sup>。刑罰は一般に法的な非難として理解されており、③非難責任の法的対応物である。

④謝罪責任はどうか。被害者に対する謝罪は、加害者自身が行ってこそ意味を持つ。謝罪が加害者以外の者によってなされるならば、謝罪の本来の意味は変質してしまう。

このことを理解するために、先の保険化テストを利用して、謝罪保険を考えてみよう。謝罪保険とは、企業が消費者からの責任追及に備えて加入する保険であり、保険会社による代理の謝罪や、保険会社からの謝罪要員の派遣などを内容とする。このような謝罪保険

は受容不可能だろう。企業が責任保険のみならず謝罪保険にも加入していたことが判明すれば、(正当な)批判を受けることになるだろう。したがって、謝罪責任は直接責任であり、規範違反者しか担うことができない。

謝罪責任が直接責任だということは、第三者が謝罪することは謝罪の意義を喪失させてしまい、不当だということである。例えば、交通事故現場で当事者がもめているところに、事故とは無関係な第三者が首を突っ込んで、被害者に対して「ごめんごめん」ということは、謝罪の意味を持たないだけではなく、被害者をばかにしていると捉えられるだろう。被害者は謝罪の言葉を理不尽に欲しており、それが得られれば宥められる存在として捉えられているからである。したがって、第三者は謝罪できないだけではなく、謝罪してはならない。

この主張に対しては、子の非行行為について親が謝罪することは有意義なはずだという反論があるかもしれない。だが、この反論は的外れである。親の謝罪が有意義であるのは、子の非行行為に対してではなく、親自身の監督不行届に対してである。親は子の行為について謝罪しているのではなく、子の行為を適切に監督しなかったという自らの行為(不作為)について謝罪しているのである。逆にいえば、犯罪者の親に対して、その監督に問題がなかったにもかかわらず謝罪を要求する被害者が仮にいるならば、その被害者は諫められねばならない。

⑤反省責任はどうか。厳密に検討するためには、二つの反省責任を区別する必要がある。一つは、ここで検討しているものであり、過去の戦争を反省する責任である。もう一つは、過去の戦争を契機として自らの行為を反省する責任である。前者を「自己行為の反省責任」、後者を「過去契機の反省責任」と呼ぶことにしよう。

後者の過去契機の反省責任は、誰でも担うことができる。例えば、現在の日本政府が、

11) 自由刑について刑罰保険が不当であることに異論はないだろう。それだけではなく、罰金刑についても、金銭的な負担という点では補償と同じであるにも拘わらず、刑罰保険は不当だと考えられるだろう。例えば、医療従事者は医療過誤に備えた賠償責任保険に加入することが多いが、賠償リスクに対する責任保険は許されても、罰金リスクに対する罰金保険は許されない。

阿片戦争に至る歴史を精査することで、そのような戦争を行わないように自らの行為を反省するという事はありうる。だがそれは、阿片戦争を直接反省することとは異なる。前者の自己行為の反省責任を担うのは、阿片戦争を行った英国政府のみである。したがって、自己行為の反省責任は直接責任である。

確かに、「人の振り見て我が振り直せ」という意味で反省が語られることはある。これは、他人の行為を契機として自らの行為を反省するものであり、過去契機の反省責任と同様に誰でも担うことができる。つまり、その意味での反省は間接責任である。だが、戦争責任の一環として「反省する責任」が語られるときには、その反省は通常、自らの過去の行為に対する反省という意味であり、直接責任である。

⑥恥じ入る責任を検討するためには、まず、恥とは何かを理解する必要がある。そのために、罪と恥を対比してみよう。罪とは超自我と自我の緊張である。禁止への抵触によって罪の意識が生じる。これに対して、恥とは自我理想と自我の緊張である。理想的な自我のあり方と比較して、実際の自我のあり方が劣るときに、恥の意識が生じる（瀧川2013）。つまり、恥の意識は、規範に対する違反とは無関係に生じる劣位の感覚である。

また、他人の振る舞いを見て恥ずかしい思いをすることはしばしばある。つまり、恥における「自我」は、恥を感じるその人自身に限定されない。自己が同一化する集団やその構成員も「自我」となりうる。そのため、そのように拡張された自我が自我理想と緊張するとき、恥の意識が生じる。

こうして、恥じ入る責任も二種類を区別できる。1つは、自らの行為を恥じ入る責任であり、もう一つは、自己が同一化する集団やその構成員の行為を恥じ入る責任である。前者は直接責任であり、後者は間接責任である。戦争責任論でこれまで論じられてきたのは、主として後者である。

⑦繰り返さない責任も同様に、二種類を区別できる。1つは、自らの過去の不正行為を今後繰り返さない責任であり、もう一つは、

何であれ過去に起きた不正を繰り返さない責任である。前者は直接責任であるのに対して、後者は間接責任である。

不正な戦争を繰り返さない責任や、戦争における不正を繰り返さない責任は、それを行った人も含めて誰でも担うことができる。この意味での平和は、過去に戦争を行わなかった者でも、希求することができる。つまり、繰り返さない責任は間接責任である。

⑧解明責任は、規範違反者以外が担っても意味を持つ。解明責任の要点は事実関係を解明することであり、誰が解明しようと事実が解明されることこそが重要だからである。したがって、解明責任は間接責任であり、第三者が担っても意味を持つ。しかも、事実を客観的に解明するためにはむしろ第三者のほうが適任だと考えられることのほうが多いだろう。

⑨記憶責任も、解明責任と同様である。戦争を記憶して風化させない責任は、誰が担っても意味を持つからである。

## 6 責任論から集団論へ

以上の検討をまとめておこう。①刑事責任・③非難責任・④謝罪責任・⑤反省責任は直接責任であり、規範違反者のみが負う。これに対して、②補償責任・⑥恥じ入る責任・⑦繰り返さない責任・⑧解明責任・⑨記憶責任は間接責任であり、規範違反者以外にも負いうる。問題は、後者の間接責任を負うのは誰か、である。この問題に答えるためには、集団についての検討が必要である。以下、節を改めて検討していこう。

### Ⅲ. 集団論

#### 1 結果責任と救済責任

集会的責任を検討するとき、参考に値するのが、D・ミラーの地球正義論である。地球規模の貧困問題について有力なのは、P・シンガーのように富裕国の国民の積極的義務を援用する議論と、T・ポッグのように富裕国の国民の消極的義務違反を援用する議論で

ある。これに対してミラーは、いずれの議論も貧困国の国民の責任を等閑視しているとして批判する。つまり、貧困国の貧困の一部については、貧困国の国民自身が責任を負うべきだと主張する (Miller 2007: 247)。

ここで問題になるのは、ミラーの主張の根拠である。過去の自国政府の愚かな選択や現在の自国政府の愚かな選択の結果として自国が貧困になった場合、愚かな選択をしていない国民までもがなぜその貧困に対して責任を負うのか (Miller 2007: ch. 5, ch. 6)。

この問いに答えるために、ミラーは二つの責任を区別する。結果責任と救済責任である。「結果責任 (outcome responsibility)」とは、自らの行為や決定に対して負う責任である。これに対して、「救済責任 (remedial responsibility)」とは、支援を必要としている人を援助する責任である。つまり、結果責任はある結果を引き起こしたのは誰かを問題とするのに対し、救済責任は悪い結果を矯正する義務を負うのは誰かを問題とする (Miller 2007: 81-84)。この区別の意義は、結果責任と救済責任を切り離すことにある。つまりこの区別によって、結果責任のない者も救済責任を負う可能性が開かれる。

救済責任は、戦争責任の類型でいえば、補償責任に相当する。つまり、救済責任は間接責任であり、規範違反者以外が担っても意味を持つ。

では、誰が救済責任を負うのか。この問いに対して、ミラーが提示するのが「関係理論 (connection theory)」である (Miller 2007: 99)。関係理論によれば、Pに対する救済責任を負うのは、Pと一定の関係にある者である。その関係としてミラーが挙げるのは、次の6つの類型である (Miller 2007: 100-104)。

#### (1) 道徳的責任

Pに対する救済責任を負うのは、Pの状態を引き起こしたことに道徳的責任のある者である。道徳的責任があるのは、故意あるいは過失がある場合である。

#### (2) 結果責任

Pに対する救済責任を負うのは、Pの状態に道徳的責任はないとしても、Pの状態に結

果責任のある者である。

#### (3) 因果責任

Pに対する救済責任を負うのは、Pの状態に結果責任はないとしても、Pの状態に因果責任のある者である。結果責任と因果責任の相違は、予見可能性の有無にある。結果責任があるといえるためには、当該結果について予見可能性がある必要がある。これに対して、予見可能性がない場合でも、因果責任はありうる。

#### (4) 利益

Pに対する救済責任を負うのは、Pの状態が引き起こされる過程において利益を受けた者である。これは、Pに不利益をもたらす過程から利益を得ることは不正だという判断に基づいている。

#### (5) 能力

Pに対する救済責任を負うのは、Pを救済する能力をもつ者である。ここでは、2つの考慮が働く。第一は、より効果的に救済できるのは誰か、であり、第二は、より低コストで救済できるのは誰か、である。雪山救助を例にすると、ヘリコプターと犬ぞりという二つの手段について、ヘリコプターのほうが効果的に救助できるが、犬ぞりのほうが低コストで救助できるとする。いずれの所有者が救助責任を負うかは、遭難状況による。

#### (6) 共同体

Pに対する救済責任を負うのは、共同体の絆 (ties of community) によってPと結び付いている者である。子どもが行方不明になったとき、探す責任を負うのはまずは親であり、次いで近隣者である。

以上の6類型のうち、(1)~(3)の3類型は、Pの状態に関与した者としてまとめることができる。つまり、救済責任の根拠は「関与責任」(瀧川 2003: 30)にある。これに対して、(4)~(6)の3類型は救済責任の根拠に関与責任以外に求める。

前3類型が想定するのは、行為する個人(あるいは、能動的個人 agent)である。行為するがゆえに救済責任を負う。これに対して、後3類型が想定するのは、脆弱な個人(あるいは、受動的個人 patient)である。脆弱

であるがゆえに、関係ある者が救済責任を負う。こうした個人の二つの側面に着目するのが、ミラーの議論の特徴である (Miller 2007: 108)。

こうした責任の類型論が目指すのは、関与責任のない者も責任を負うと論じることで、貧困国の国民も貧困に責任を負うという結論を擁護することである。では、いかなる筋道で、ミラーは国民 (nation) の責任を肯定するのか。

## 2 nation の契機

ミラーの議論における責任の主体は、nation である。そこでまずは、ミラーのいう nation とは何かを確認しておこう。ミラーは nation を 5 つの契機によって捉えている (Miller 2007: 124-126)。

- (1) nation は共通のアイデンティティを持つ。nation の構成員にとって nation への帰属がアイデンティティの一部となっている。
- (2) nation は公共文化を共有している。すなわち、政治的平等や個人権が認められている。
- (3) nation の構成員は、相互に対する特別な義務を負う。
- (4) nation の存続は価値があると構成員によって理解されている<sup>12)</sup>。
- (5) nation の構成員は、政治的自己決定を求めている。

以上のように、nation は、歴史的・文化的集団としての ethnic group とは異なり、政治的集団として理解されている。ただし、ミラーによれば、「nationality は、共通の citizenship と混同されてはならない」(Miller 2007: 125)。第一に、同一の国に属する国民 citizens が、異なる nation としてのアイデンティティを持つことはありうる。第二に、nation は政治的自己決定を求める (aspire)

集団であり、現実に政治的自己決定を行っている必要はない。このように、nation は国民とは区別される。

## 3 同志集団モデルと共同事業モデル

こうした nation の集合的責任を論じるために、ミラーは人間集団の二つのモデルを提示している。同志集団モデルと共同事業モデルである (Miller 2007: 114f.)。

「同志集団モデル (the like-minded group model)」の典型例は、暴徒である。器物を損壊し金品を略奪する暴徒は、その損害を弁償する費用を共同で負う。その理由は、第一に、暴徒の各メンバーが結果に対して一定の責任があるものの、責任の程度が分からず責任の分配が難しく、第二に、暴徒は目的を共有する同志であることを自覚しており、そうであるがゆえに他のメンバーの援助をあてにして普通とは違う行為をするからである (Miller 2007: 114-118)。

「共同事業モデル (the cooperative practice model)」の典型例は、「従業員支配企業 (employee-controlled firm)」である。従業員支配企業が環境被害を引き起こした場合、その被害を回復する費用を全従業員が集合的に負う。その理由は、事業に参加し利益を享受しているからである。当該決定に反対した従業員でさえ、事業から利益を享受している限り、費用負担の責任を負う。ただし、反対した従業員に道徳的責任を問うのは不当である (Miller 2007: 118-119)。

では、nation はいずれのモデルに近いだろうか。共通のアイデンティティと公共文化の共有という 2 つの契機 (1, 2) からすると、nation は同志集団モデルに近いようにみえる。だが、nation が外部からの支配に服しているときには、nation が責任を負うということはできない。したがって、nation が責任を負うといえるためには、nation が自己決定を行っている必要がある。むしろ、nation は共

12) ただし、上記の 4 条件は、nation のすべての個人によって保持されている必要はなく、一般的に保持されていれば十分である。

同事業モデルで捉えることができる。その論拠は、**nation** の 2 つの契機 (3, 4) である。すなわち、第一に、**nation** の構成員が相互扶助の義務を負っていることを自覚していて、第二に、**nation** が持続することで **nation** の文化保護という公共財が提供されることにより、**nation** の構成員は利益を享受しているからである。このような **nation** が自己決定を行う限り、**nation** に責任を負わせることは正当であるとミラーは論じる (Miller 2007: 127-134)<sup>13)</sup>。

#### 4 nation と state

以上のミラーの集合的責任論の特徴は、責任を **nation** に帰属させる点にある。国家や国民が関わる責任について、例えば、「イスラエルがパレスチナ難民に対して責任がある」、「ドイツはホロコーストに責任がある」、「イギリスはジャガイモ飢饉に責任がある」などといわれる。こうした主張における主語は、**nation** なのか、それとは区別された **state** なのか。ホロコーストに対して責任があるのは、ドイツ人なのか、ドイツ国家なのか。

ミラーの議論の主眼は前者にある。微妙な言い回しを含むので、ミラーの言葉を引用しておく。「私が示したいのは、**nation** の責任についての主張は (適切な条件の下では) 擁護可能であるだけでなく、**state** の責任についての主張よりも基底的だということである。……**state** の責任を立証するほうが容易にみえるかもしれない。……だが、形式的な構成体として捉えられた **state** に責任を限定してしまうと、いくつかの不都合が生じてしまう」 (Miller 2007: 111-112)。つまり、**nation** の責任も **state** の責任も正当化できるが、責任を **state** に限定せず、**nation** の責任を認めることが重要だとする。その根拠として、ミラーは 3 点挙げる。

第一の根拠は、**state** と **nation** の関係に関わる。「**state** の責任を **nation** の責任から切り離してしまうと、〈自らが帰属する **state** が損

害を与えた人に賠償する責任を、個人はいかに分担しうるか〉を示すことが困難になってしまう。逆に、**state** は **nation** を代理して活動すると考えれば、そうした集合的責任を論証するのが容易になる」 (Miller 2007: 112)。つまり、個人の集合的責任を論じるためには、**state** はより基底的な集団である **nation** の代理として捉えることが必要である。

第二の根拠は、**state** の消滅に関わる。「1945年に破壊・代替されたナチ国家の行為に対してドイツ国民 (**people**) が継続して責任を負うように、もはや存在しない国家 (**state**) が行った行為に対して **nation** に責任を負わせる」ことが可能となる (Miller 2007: 112, cf. Miller 2007: 141)。つまり、**state** が消滅したとしても、**nation** は責任を負いうる。

第三の根拠は、**state** なき **nation** に関わる。「**nation** が国家を通じて行為する場合には、**nation** の責任と **state** の責任は一致しうるが、そうでない場合には一致しない。例えば、国家なき民族 (**stateless nation**) が自決を求めて、支配者に対してテロ活動を行う場合を考えてみればよい」 (Miller 2007: 112, cf. Miller 2007: 141)。つまり、**state** を持たない **nation** も、責任を負いうる。

#### 5 nation の責任

では、ミラーのいうように、**state** ではなく **nation** を責任主体とすることは妥当だろうか。ミラーの提示する 3 つの根拠はいずれも問題がある。順序を逆にして検討していこう。

第三の根拠について、国家なき民族が民族自決を求めてテロ活動を行う場合に、当該民族に帰属する個人は、テロ活動に関与していない限り、テロ活動に対する責任を負うわけではない。個人は民族性を根拠に責任を負うとミラーは示唆するが、その根拠は示されていない。

第二の根拠について、ナチ国家が 1945年に破壊され新国家に代替されたとしても、国

13) ミラーの 2 つのモデルに対する批判的検討として、石塚 2013。

家の責任は承継されると考えるのが一般的である<sup>14)</sup>。責任は、法人たる国家に帰属しているからである。したがって、国家を超越した民族なるものを責任の主体として想定する必要はないといえない。

第一の根拠について、その主張と根拠が明確であるとはいいがたい。まず、stateの賠償責任を個々の国民が分担するという主張は、論証されるべきことであり、前提としてよいことではない。個人の集合的責任が仮に論証されたとして、その根拠が、個人がstateの構成員であることと、個人がnationの構成員であることで、どのような違いがあり、なぜ後者の根拠の方が説得的であるのかは不明である<sup>15)</sup>。

したがって、ミラーが挙げる3つの根拠にはいずれも問題があり、stateの責任に代えてnationの責任を議論の中心に据えることは妥当でない。

また、ミラーの集合的責任論が戦争責任に当てはまるかは大いに疑問である。nationの責任について、ミラーは次のように記す。「結論としては、同時代の同胞nationに対して、その名前で行われた行為について責任を負わせることは、一般的にいえば、不正ではない」(Miller 2007: 134, 強調瀧川)。つまり、ここではnationの名前で行われる行為に対する責任は、nationに帰属するとされている。

この議論は、nationの名前で行われる不正については妥当しうる。だが、戦争はnationの名前ではなくstateの名前で行われる。したがって、ミラーの議論は戦争責任論として不適格であることを、ミラー自身が示してしまっている。

これに対してミラーは、「実のところ歴史的不正義の多くは、国家ではなく人民peoplesによって、あるいは人民の名前で行動する個人によって行われている」と主張する

(Miller 2007: 140)。だがミラーが挙げる例は、ホロコーストに対するドイツ政府の補償、オーストラリアのアボリジニーに対する補償、アメリカのインディアンに対する補償、従軍慰安婦に対する謝罪とアジア女性基金、パルテノン神殿の大理石のギリシアへの返還、黒人奴隷の子孫への補償である(Miller 2007: 135-136)。いずれも国家の責任として位置づけられるものであり、敢えてnationの責任として位置付ける必要はない。

さらに、責任の承継の問題は、nationではなく国家に焦点を当てたほうが適切に解決されることを、ミラー自身認めている。形式的構成体としての国家は、時間を超えて存続するからである(Miller 2007: 140)。したがって、戦争責任をstateの責任としてではなくnationの責任として議論する理由は存在しない。

## 6 stateの責任

以上の検討から、団体責任の主体となりうるのは、nationではない。むしろ、stateのほうが有望な候補である。そもそも、stateは法的な責任を帰属するために設定された法人格である。stateが法的責任の主体、すなわち法人格を持つことは一般に承認されており、そこに問題はない。問題は、stateが道徳的責任の主体となりうるか、である。

この問いに対して影響力のある検討を行ったのが、P・フレンチである(French 1984)。フレンチは、集団(collectivity)は一定の条件を満たせば道徳的責任の主体となりうると主張する。

フレンチは集団を、「集合的集団(aggregate collectivity)」と「集塊的集団(conglomerate collectivity)」に区分する(French 1984: ch. 1)<sup>16)</sup>。集合的集団は、同じ姓を持

14) もっとも、ロシア革命により成立したソ連政府は、帝政ロシア政府の対外債務の承継を拒否した。だが、その後1983年に採択された「国家の財産、公文書及び債務に関する国家承継ウィーン条約」第36条は、「国家承継はそれ自体債権者の権利・義務に影響を与えない」とする。

15) 違いが生じるとすれば、それは、stateの構成員の外延とnationの構成員の外延が重ならない場合である。だが、すぐ後で論じるように、戦争責任とは国家による違法な戦争に起因する責任なのだから、第一義的に問題となるのはstateの構成員である。したがって、仮に違いが生じるならば、個人の集合的責任の根拠としてより説得的であるのは、個人がnationの構成員であることではなく、stateの構成員であるということである。

つ人や同じ場所に集まっている人のような単なる人々の集まりであり、構成員が変われば集団の同一性も変わる。これに対して、集塊的集団は、政党・企業・大学のような人々の組織であり、構成員が変化しても集団の統一性は変化しない。

フレンチによれば、集団が道徳的人格であるためには、その集団の行動がその集団の意志に基づいていることが必要である。そのためには、意志決定プロセスを有していることが必要である<sup>17)</sup>。そのためには、(1) 集合体構造内部の担当部署と担当レベルを明確に示す組織・責任のフローチャートと、(2) 集合体の「目的 policy」と称される集合体の意志決定に関する認定のルールが必要である (French 1984: 41)。換言すれば、(2) 集団の目的と、(1) その目的を達成するための意志決定手続が備わっていることが必要である。集合的集団は、こうした意志決定構造を持たないため、道徳的人格とはなりえない。これに対して、意思決定構造を持つ集塊的集団は、道徳的人格となりうる。

問題となるのは、集団とその構成員の部分全体関係 (mereology) である。道徳的人格である構成員によって構成される集団が、その構成員とは独立の道徳的人格であるということがありうるだろうか。

この問いに対して、注目すべきテーゼを提示するのが、C・リストとP・ペティットである (List and Pettit 2011)。リストとペティットは、集団が構成員から独立した行為者性を持つかを検討する。構成員の意志と独立した意志を集団は持つか。この問いに対して、リストとペティットは「依存生起 (supervenience)」によって回答を与える。依存生起は、哲学、特に心の哲学で登場する概念である。脳一元論と心身二元論の対立を超えて、〈心は脳に還元されないが、脳の状態が変わらなければ心の状態も変わらない〉とい

う事態を表現するために、〈心は脳に依存生起する〉という表現が用いられる。

リストとペティットが提示するのは、〈集団の態度や行為は、その構成員の活動に依存生起する〉というテーゼである (List and Pettit 2011: 64)。このテーゼが示すのは、構成員の活動が変わらなければ集団の活動も変わらないが、だからといって集団の活動が構成員の活動に還元されるわけではないということである。つまり、構成員なき集団は考えられないが、集団は構成員から独立した行為者性を持つ。

例えば、集団の3人の構成員が、下記の表で示される判断をしたとする<sup>18)</sup>。

	前提 1	前提 2	前提 3	結論
構成員 a	偽	真	真	偽
構成員 b	真	偽	真	偽
構成員 c	真	真	偽	偽
多数決	真	真	真	偽
手続集団	真	真	真	真

ここで、それぞれの命題は次のようなものだとして。

前提 1：原発は安全である

前提 2：原発は経済的である

前提 3：原発が安全で経済的ならば、原発を再稼働すべきである

結論：原発を再稼働すべきである

構成員 a は前提 1 を偽と判断するため、結論を偽と判断する。構成員 b は前提 2 を偽と判断するため、結論を偽と判断する。構成員 c は前提 3 を偽と判断するため、結論を偽と判断する<sup>19)</sup>。

このとき、前提 1・前提 2・前提 3・結論について、それぞれ多数決を行うならば、前提 1・前提 2・前提 3 は真、結論は偽となる。

16) フレンチはこの区別を近時の論考でも基本的に維持している (French 2020)。

17) フレンチはこれを、「集合体の内的意志決定構造 (CIS Structure: Corporation's Internal Decision Structure)」と呼ぶ (French 1984: 39)。

18) これは、「推論のジレンマ (discursive dilemma)」として知られている (List and Pettit 2011: 43)。以下の原発の事例は、坂井 2015 を参考にしている。

19) 構成員 c の発想は、例えば、原発が安全で経済的であるとしても、放射性廃棄物の処理が困難であるため、

だが、前提をすべて真と判断しながら結論を偽とするような推論は論理的に誤っている。つまり、各命題について多数者の判断がそのまま集団の判断であるとするならば、その集団は論理的に誤った推論をすることになってしまう。

だが、集団が前提に基づいた推論を行う手続を持つとしよう。このとき、その集団は論理的に正しい結論を導き出すことができる。つまり、結論について多数決による判断を行うことなく、前提1・前提2・前提3が真であることから、論理的に正しい結論を導出する。しかもその推論は、多数決とは独立しているだけではなく、その構成員の誰とも同じでない。つまり、集団はその構成員から独立した合理的な判断を行うことができる。

リストとペティットは、このように集団が手続によって構成員とは独立した意志を持ちうることを確認した上で、責任を問うための一般的な条件には、3つあるとする。(1) 規範的重要性 (善悪・不正の可能性を含む規範的に重要な選択に直面すること)、(2) 判断能力 (その選択肢について規範的判断を下すために必要な情報を理解できること)、(3) コントロール (一つの選択肢を選択するために必要なコントロールができること)、である。個人のみならず集団も、この3条件を充たすため、集団に責任を問うことは可能であるというのが、リストとペティットの結論である (List and Pettit 2011: ch. 7)。

こうした責任の条件は、標準的なものである。法学でいえば、(1) は違法性の要件であり、(2) と (3) は責任 (能力) の要件である。(2) は是非弁別能力あるいは事理弁識能力と呼ばれ、(3) は行動制御能力あるいは統御能力と呼ばれる。

したがって、一定の意思決定手続を持つ state は道徳的責任の主体となりうる。そのため、state を道徳的に非難することは可能であるし、state が道徳的に謝罪することも可能である。

原発を再稼働すべきであるとはいえない、というものである。

20) 「普遍的責任でないもの」という条件は、人類という同じ集団に帰属する場合の責任を帰属責任から除外するためのものである。

## IV. 帰属責任

### 1 普遍的責任と帰属責任

既に検討したように、②補償責任・⑥恥じる責任・⑦繰り返さない責任・⑧解明責任・⑨記憶責任は、間接責任であり、規範違反者以外も負いうる。では、誰が負うのか。問題は、これらの責任をいかなる範囲の個人集合に帰属させることが許容されるか、である。

ここでは、責任を負う個人の集合に応じて、二つの責任を区別しよう。「普遍的責任」とは万人が負う責任である。これに対して、「帰属責任」とは規範違反者と同じ集団に帰属する者が負う責任で、普遍的責任でないものである<sup>20)</sup>。

いうまでもなく、帰属責任は疑わしい類型である。例えば、罪を犯した者の子や親族を処罰することは「縁座」と呼ばれ、中世頃まで存在していた (瀧川 1985)。しかし現在では、縁座はおよそ正当化できないと考えられている。親の犯罪は親の責任であり、子の責任ではないからである。個人責任を正当化できる根拠は個人の行為だけであり、個人の集団帰属を根拠として個人責任を正当化することはできないのではないか。こうした個人行為責任の原則との抵触が、帰属責任に対する懸念としてつきまとう。つまり、帰属責任は、個人主義と背馳しすぎるのである。

もともと、コミュニタリアニズムはリベラリズムの個人主義を批判し、個人を関係性の中で捉える。その典型は、A・マッキンタイアの次の有名な文章である。

私は、だれかの息子や娘であり、ほかのどれかのいとこや叔父である。私はあの町やこの町の市民である。あの団体やこの職業の一員である。私はこの一族、あの村、この国家に属している。そのため、私にとって善いものとは、こうした役割を占める人

にとって善いものでなければならない。そういうものとして私は、私の家族、私の町、私の一族、私の国家から、さまざまな負担や遺産、正当な期待や責務を相続している。(MacIntyre 1984: 220)

マッキンタイアによれば、人は歴史を背負って生まれてくる。「歴史的アイデンティティーを持つことと、社会的アイデンティティーを持つことは一致する」のであり、「私が何者であるかは、私が何を相続したかである」(MacIntyre 1984: 221)。そのため、アメリカにおける黒人差別問題について「私自身は黒人奴隷を所有したことはない」と言って責任を否認するアメリカ人に対して、マッキンタイアは批判的である。同様に、ナチがユダヤ人にしたことは自分とユダヤ人の関係には道徳的意義を持たないと考える戦後生まれのドイツ人に対しても、批判的である (MacIntyre 1984: 220)。

しかしながら、マッキンタイアですら親の犯罪によって子を処罰する縁座は不当だと考えるだろう。さもなければ、およそ説得力を持ち得ないからである。その程度まで個人主義は浸透している。したがって、帰属責任の正当化は慎重に検討していくことが必要である。

## 2 繰り返さない責任・解明責任・記憶責任

まずは、繰り返さない責任・解明責任・記憶責任をまとめて論じていこう。

⑨記憶責任の趣旨は、過去の戦争を記憶し忘却しないことで同様の過ちを繰り返さないことにある。つまり、記憶責任は⑦繰り返さない責任から派生する。同様の過ちを繰り返さないためには、一部の者ではなく万人が負うほうが効果的である。一部の者だけが繰り返さない責任を負うのでは、その他の者が繰り返しかねないからである。したがって、繰り返さない責任は帰属責任ではなく普遍的責任である。そのため、記憶責任も普遍的責任である。

⑧解明責任も、記憶責任と同じである。事実を解明する責任を負うのは、万人である。

もちろん、事実を解明する作業を万人が遂行する必要はない。分業は重要であり、効果的に解明するためにも分業は必要だからである。だが、事実を解明する責任を潜在的にせよ負うのは万人であり、そのため、事実を解明するための費用負担は万人の責任である。

このように、⑦繰り返さない責任・⑧解明責任・⑨記憶責任はいずれも普遍的責任である。したがって、戦争を繰り返さないように、アジア太平洋戦争について事実を解明し記憶する責任を負うのは、日本国民に限定されるわけではない。戦争当時国であるアメリカ・中国の国民や、当事国でないインドの国民も(少なくとも潜在的には) 負うといえる。

## 3 恥じ入る責任

既に述べたように、恥じ入る責任は直接責任でも間接責任でもありうる。このうち、間接責任としての恥じ入る責任は、個人が同一化する集団やその構成員の行為に対して恥の意識を持つ責任である。

いかなる集団について恥を感じるかは、個人がいかなる集団に同一化するかに依存する。そのため、恥じ入る責任は普遍的責任か帰属責任かという問いは、個人は人類と同一化すべきか、より狭い集団(例えば、家族や国家)と同一化すべきかという問いへと変換される。つまり、日本人として恥じ入るべきだという主張は、日本人という集団に同一化すべきだという主張を含意する。

いかなる集団と同一化すべきかであるかは、本人のアイデンティティーに関わるため、自己決定に委ねられるべきであるという考え方からは、恥じ入る責任という問題設定自体に問題があるといえるだろう。特に、それを帰属責任として捉えることは、特定の集団への同一化を要求することにほかならないため、正当化は困難である。

## 4 補償責任

議論的となってきたのは、②補償責任である。補償責任の趣旨は、被害者に対して損害を填補して、被害を補償することにある。

損害の填補は、それ自体としてみれば、第三者によって担われても意味を持つ。例えば、交通事故で自転車が悪くなった場合、加害者が何もしなくても、自転車メーカーが善意で自転車を提供してくれれば、損害は填補される。したがって、補償責任は普遍的責任である。

ミラーの関係理論が示すのは、救済責任が間接責任であること、すなわち、救済責任は道徳的責任・結果責任・因果責任がない者も負うということだけではない。関係理論は、救済責任の根拠となる関係として、共同体のほか、利益・能力を挙げている。これが意味するのは、救済責任は共同体への帰属を根拠としうるが、同じ共同体に帰属していないとしても、利益を享受する者や救済能力を持つ者は救済責任を負うということである。つまり、救済責任（＝補償責任）は普遍的責任である。

したがって、アジア太平洋戦争で日本国が引き起こした損害を填補する責任は、日本国のみが負うというわけではない。仮に日本国が損害の填補ができないほど貧しいのであれば、富裕者が被害を補償すればよい。仮に日本国が消滅していたならば、国際社会が被害を補償すればよい。それによって、被害の補償という補償責任の趣旨が十全に果たされるからである。

戦争被害の填補について、L・メイは「戦争被害保険」を提案している（May 2012: 194）。それは、戦争及び大規模残虐行為（war and mass atrocity）の被害者の損害を填補するためのスキームである。国家は、戦争・大規模残虐行為を遂行する能力を持ち、しばしばその能力を発揮してしまう。このことを根拠として、国家が基金に資金を提供し、その基金から損害を填補するというのがこのスキームである。このように戦争被害が保険化できるということは、それを填補する責任が間接責任であることを示している<sup>21)</sup>。しかも戦争被害保険が前提とするのは、補償責任

が帰属責任ではなく普遍的責任だということである。

## 5 補償責任と賠償責任

補償責任を普遍的責任として位置付けることに対しては、異論があるかもしれない。だが、そのような異論は、補償責任と賠償責任を混同している。

既に述べたように、補償とは、責任を根拠とせずに損害を填補することである。これに対して、賠償とは、責任を根拠として損害を填補することである。被害者の損害の填補だけに着目するならば、補償と賠償は変わらない。補償と賠償の相違が現れるのは、加害者の責任に着目する場合である。第三者による補償では不十分だとして、加害者自身による賠償が求められるのは、加害者の責任に着目するからである。

戦争責任で賠償が請求されるのは、加害者の責任を追及するためである。賠償には、損害の填補に還元されない側面、いわば象徴的次元がある。賠償責任の追及は、加害者に対する非難責任の追及であり、賠償責任の引受は、加害者による謝罪責任の引受である。賠償責任をめぐるコミュニケーションとは、非難と謝罪のコミュニケーションである。そうであるがゆえに、賠償責任を第三者が担うことはできない。このように賠償責任には、損害の填補という物質的次元と、非難と謝罪という象徴的次元が含まれる。

問題は、なぜこの二つの次元を賠償という単一の行為で行うか、である。逆にいえば、なぜ二つの次元を切り離して、謝罪と補償を別々に行わないのか。例えば、加害者が無資力である場合には、謝罪と補償を切り離し、加害者に対しては謝罪を要求し、損害の填補は別の仕組みに求めることが合理的である。にもかかわらず、なぜ二つの次元を統合する賠償を請求するのか。

21) こうした制度構想には、様々なものがありうる。例えばJ・ファインバーグは、過失の程度に応じた損害補償制度を構想している（Feinberg 1970: 215）。その制度では、一年を通じて生じた損害の総額を算出する。他方で、一年を通じて、各人の過失の程度を記録していく。この二つを結びつけ、総損害額を総過失量で割り、各人が負担すべき金額を計算する。こうすれば、全ての損害が補償されることになる。しかも各人が負担する金額は、当人の過失に比例しており、公平である。

その理由は、謝罪の可能性に関わる。謝罪の意を言語的に表明するだけでは、往々にして不十分である。「ごめんなさい」を1回ではなく10回繰り返したからといって、10倍の謝罪を表明したことになるわけではない。「言うは易く行うは難し」だからである。言葉だけの謝罪では、十分なコミュニケーションとはならない。気持ちを伝えるためには、それを実質的に表現することが必要である。そのために、損害の填補という物質的次元を取り込んで行われるのが、賠償である<sup>22)</sup>。逆にいえば、賠償責任は、加害者と被害者の対面関係を離れると意味を喪失しないまでも半減するのであり、間接責任ではなく直接責任である。

以上から、戦争に関わる補償責任は万人が負うことが可能ではあるのに対して、象徴的次元を含む賠償責任は、規範に違反して損害を引き起こした国家が負うことが要求される。

## 6 国家の責任と国民の責任

賠償責任を負うのは、国家であり国民ではない。このことを確認してなお、次のようなテーゼは広く支持されているように思われる。

### 国民の責任テーゼ

国家の賠償責任を租税等によって実質的に負担するのは国民である。その国民には、戦後世代の国民も含まれる。戦後世代の国民は、同じ国家に帰属するという根拠により、賠償責任を実質的に担う。

国民の責任テーゼは、国家の団体責任としての賠償責任を、国民の帰属責任として位置付けた上で、戦後世代の国民の帰属責任を擁

護する。その根拠として援用されるのが、相続論である。

例えば家永三郎は、戦後世代の責任について、「世代を異にしている以上、自分にしての連続性の上に生きている以上、自分に先行する世代の同胞の行為から生じた責任が自動的に相続される」(家永 1985: 309)と論じている。しかも、「日本人としての自己形成において戦前世代からの肉体的・社会的諸遺産の相続を放棄することは不可能であるのだから、戦争責任についてのみ相続を放棄することもまた不可能である」(家永 1985: 309)とし、相続放棄を認めない。また大沼保昭も、戦後復興がもたらした豊かさを引き合いに出し、「プラスの遺産は引き継ぐけれど、マイナスの遺産は関係ないというのは、フェアではない」(大沼 2015: 136)とする。

しかしながら、こうした相続論には理論的な難点がある<sup>23)</sup>。第一に、国家の賠償責任をマイナスの遺産とするならば、プラスの遺産は日本社会の経済的豊かさではない。経済的豊かさは、道徳的人格・法人格たる国家に帰属するわけではない。プラスの遺産は、国家が保有する資産や債権である。したがって、経済的豊かさを享受するならば賠償責任も負うべきだ、とはいえない。

第二に、プラスの遺産を引き継ぐならばマイナスの遺産も引き継ぐべきだ、とはいえない。マイナスがプラスを上回り、ネットでマイナスとなる場合には、相続放棄あるいは限定承認が認められて然るべきである。相続放棄や限定承認を認めない相続制度は、個人自己責任の原則に反するため、正当化不可能である。

第三に、最も重要なこととして、国家の団体責任と国民の帰属責任は峻別すべきである。国家が負う賠償責任を実質的に負担するのは誰か、という問いは成立しうる。だがそ

22) こうした賠償は、「象徴的賠償」と呼ぶことができる。象徴的賠償とは、「謝罪のしるし」であり、謝罪を象徴する金銭の支払いである(瀧川 2003: 204)。

23) 以下に挙げる理論的難点のほか、家永の議論には自己撞着もある。戦後世代に戦争責任を負わせることは縁座のような連帯責任を個人に負わせることになるのではないかという批判が自説に向けられることを予想し、それに反論して、「封建社会で家族に連帯責任を負わせたのと、近代国家において国民・民族の一員として連帯責任を自ら進んで負うのとは、まったく事情を異にする」(家永 1985: 310)と主張する。だが、このように責任の自発性を強調する反論は、相続放棄は不可能であり戦後世代は非自発的に責任を負わされるという元の議論と矛盾している。

の回答は、国民ではない。むしろ、国家の税制による、と答えるべきである<sup>24)</sup>。日本の所得税でいえば、基本的な納税義務者は、居住者と、国内源泉所得のある非居住者である(所得税法第5条)。したがって、国内源泉所得のない非居住者である国民は、所得税の納税義務者でないし、外国人の居住者は、所得税の納税義務者である。そのため、例えば韓国籍の居住者は、日本国の負う賠償責任を実質的に負担することになる。

このように、国家の賠償責任について、国民であっても実質的に負担を負わないことはあるし、国民でなくても実質的に負担を負うことがある。したがって、戦後世代の国民に賠償責任があるとはいえない。誰が実質的に負担するかは、国家の税制による。

しかしながら、「国家の税制」によるという回答は、2つの検討すべき問題がなおも残されていることを示している。

第一の問題は、税制の正義である。いかなる税制であっても正義に合う、というわけではない。例えば、戦争犯罪者の税負担を完全に免除し、他の国民に重い税負担を課すような税制である。この税制が不正であるというためには、税制の正義を論じることが必要になる。税制の正義を検討する際に、個人の有責性や個人の構成員性が重要な要件となる可能性を完全に排除することはできない。

第二の問題は、国際的な分配的正義である。仮に、ある国家が莫大な賠償責任を負ったとしよう。この賠償責任は、税制を通じて、関連する個人に帰属する。その結果として、個人が負う反射的負担は非常に重くなりうる。この「重すぎる負担」は正当化できるだろうか。

この問題が深刻になるのは、国際社会に分配的正義を実現する制度が存在しないからである。国内においては、重すぎる負担は(無条件ではないものの)破産によって免責されるし、まともな生活(decent life)を送ることが可能になるような生活扶助制度が整備

されている。つまり、分配的正義によって匡正的正義は緩和されている。しかしながら、現在の国際社会には、分配的正義を実現する制度がない。その状況下で、匡正的正義を貫徹することは、深刻な問題を引き起こしかねない。

このような匡正的正義と分配的正義の関係は、J・ロールズによる「道徳的功績(moral desert)」批判を想起させるだろう(Rawls 1971: 310-315)。所得や富は道徳的功績に応じて分配されるべきだという主張を、ロールズは批判した。ロールズの考えでは、所得はそれに値する(deserve)人に分配されるべきだという常識的な発想は誤っている。道徳的功績によって、社会制度の正義が規定されるわけではない。むしろ逆に、正義に適った社会制度が確定して初めて、その制度によって分配された所得に対して人は道徳的功績を持つことになる。道徳的功績は制度の前には存在せず、むしろ制度によって作られる。

道徳的功績の重要な構成要素が、行為責任である。つまり、一定の行為をした者は、その帰結に値する。例えば、労働をした者は所得に値し、犯罪をした者は処罰に値する。ロールズが批判するのは、まさにこのような発想である。行為責任によって社会制度を規定してはならない。むしろ、行為責任は社会制度によって規定される。換言すれば、匡正的正義は分配的正義によって規定される。逆にいえば、分配的正義が実現していない社会で、匡正的正義を追求することはできない。

したがって、問題の確定的な解決は、国内のおよび国際的な分配的正義の実現を待つことになる。つまり、国家の賠償責任の問題を確定的に解決するためには、地球上で分配的正義が実現されることが不可欠である。だが、いずれにせよ、国民の責任テーゼは偽である。国家の団体責任から国民の帰属責任を導出することは正当化されない。したがって、戦後世代の国民に賠償責任があるとはいえない<sup>25)</sup>。

24) ただし、誰も税負担を負わないこともありうる。例えば、膨大な天然資源を保有する国家や、国有企業が膨大な利益を生み出す国家では、税制が存在せず誰も税負担を負わないこともありうる。もっともこの場合でも、仮に賠償責任を負わないのであれば享受できた利益を享受できないという意味で、一定の負担を観念することができる。

## V. 結論

以上の議論から得られた結論をまとめておこう。

①刑事責任・③非難責任・④謝罪責任・⑤反省責任は直接責任であり、規範違反者のみが負う。したがって、戦後世代は負わない。

また、個人のみならず国家も、責任を負う。注意したいのは、個人の謝罪責任と国家の謝罪責任を混同しないことである。国家が謝罪する責任を負うとき、国家を代表する者（例えば、首相・大統領）が謝罪することが必要となる。だが、これは個人として謝罪する責任を負うこととは異なる。あくまで国家の機関として、例えば内閣総理大臣たる資格で謝罪するのであり、当該代表者が戦後世代であるならば、個人として謝罪することは必要ないだけでなくそもそも不可能である。

⑥恥じ入る責任・⑦繰り返さない責任・⑧説明責任・⑨記憶責任は間接責任であり、第三者も負う。万人が負う普遍的責任である。

②補償責任は間接責任であり、本来的には、第三者も負う。にもかかわらず、違法行為をした国家が主として賠償する責任を負うのは、補償責任と謝罪責任が結合して捉えられるからである。戦後世代は、その賠償責任の負担を実質的に負うことがある。だがその理由は、同じ国民だからではない。その意味で、戦後世代が賠償責任を負うわけではない。

\* 本稿は、大沼保昭教授主催の比較地域体系研究会「戦争責任パネル」において、2016年1月30日に報告したものをベースにしている。大沼先生を初めとしてコメント・批判をいただいた方々に記して感謝申し上げたい。本研究は、2021年度野村財団社会科学助成、JSPS 科研費 JP21K01108 の助成を受

けたものである。

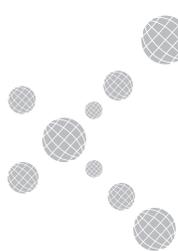
(たきかわ・ひろひで)

## 参考文献

- Bazargan-Forward, Saba, and Deborah Tollefsen (Eds.) 2020. *The Routledge Handbook of Collective Responsibility*. New York: Routledge.
- Feinberg, Joel. 1970 *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*. Princeton: Princeton University Press.
- French, Peter. 1984. *Collective and Corporate Responsibility*. New York: Columbia University Press.
- French, Peter A. 2020. Types of Collectives and Responsibility. In: Saba Bazargan-Forward and Deborah Tollefsen (Eds.) *The Routledge Handbook of Collective Responsibility* (pp. 9–22). New York: Routledge.
- Jaspers, Karl. 1986[1948]. Die Schuldfrage. In ders. *Erneuerung der Universität: Reden und Schriften* 1945/6. Heidelberg: Lambert Schneider. 橋本文夫訳『戦争の罪を問う』（平凡社、1998）。
- Lawford-Smith, Holly. 2019. *Not in Their Name: Are Citizens Culpable for Their States' Actions?* Oxford: Oxford University Press.
- List, Christian and Philip Pettit. 2011. *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*. Oxford: Oxford University Press.
- MacIntyre, Alasdair. 1984. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Notre Dame: University of Notre Dame Press
- May, Larry and Stacey Hoffman. (Eds.) 1991. *Collective Responsibility: Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.
- May, Larry. 2012. *After War Ends: Philosophical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.

25) 以上の議論から明確であるが、念のために付け加えておけば、戦後世代の国民に賠償責任がないということは、国家の賠償責任について戦後世代の国民が一定の負担を負う理由がないということの意味しない。国際的な分配的正義が達成された状況において、正義に適った国家の税制によって、戦後世代の国民が実質的な負担を負うことには理由がある。

- Miller, David. 2007. *National Responsibility and Global Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Rawls, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Takikawa, Hirohide. 2022. Collective Responsibility. In Mortimer Sellers and Stephan Kirste (Eds.) *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* (pp. 1–6). Dordrecht: Springer.
- Weizsäcker, R., 1985. Der 8 Mai 1945 40 Jahre danach. In ders. *Von Deutschland Aus: Reden des Bundespräsidenten*. Berlin: Siedler.
- 永井清彦訳『荒れ野の40年』(岩波書店, 1986)
- 安彦一恵・魚住洋一・中岡成文編 1999『戦争責任と「われわれ」——「歴史主体」論争をめぐる』(ナカニシヤ出版)
- 荒井信一 2005『戦争責任論——現代史からの問い』(岩波書店)
- 栗屋憲太郎ほか 1994『戦争責任・戦後責任——日本とドイツはどう違うか』(朝日新聞社)
- 家永三郎 1985『戦争責任』(岩波書店)
- 石塚淳子 2013「グローバルな経済的正義におけるネーションの責任——デイヴィッド・ミラーの二つのモデルの批判的検討」『法哲学年報 (2012)』
- 大沼保昭 1997『東京裁判から戦後責任の思想へ 第4版』(東信堂)
- 大沼保昭 2015『「歴史認識」とは何か——対立の構図を超えて』(中央公論新社)
- 木佐芳男 2001『戦争責任とは何か——清算されなかったドイツの過去』(中央公論新社)
- 小森陽一・高橋哲哉編 1998『ナショナル・ヒストリーを超えて』(東京大学出版会)
- 小山田紀子・吉澤文寿・ウォルター・ブリュイエール＝オステル編 2023『植民地化・脱植民地化の比較史——フランス・アルジェリアと日本——朝鮮関係を中心に』(藤原書店)
- 加藤周一 1994『戦後世代の戦争責任』(かもがわ出版)
- 加藤典洋 1997『敗戦後論』(講談社)
- 坂井亮太 2015「「推論的ジレンマ」と熟議の分業——認知的多様性の観点からの処方」『年報政治学』2015 (2) : 279-300
- 高木健一 2001『今なぜ戦後補償か』(講談社)
- 高橋哲哉 1999『戦後責任論』(講談社)
- 瀧川政次郎 1985『日本法制史』上・下 (講談社)
- 瀧川裕英 1999「個人自己責任の原則と集合的責任」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界3 法実践への提言』(東京大学出版会)
- 瀧川裕英 2003『責任の意味と制度——負担から応答へ』(勁草書房)
- 瀧川裕英 2013「組織の責任不全——組織的不正とその対処法」服部高宏編『法と倫理のコラボレーション』(国際高等研究所)
- 瀧川裕英 2023「リスクの許容可能性と責任ある決定——費用便益分析と契約主義」國部克彦・後藤玲子編『責任という倫理』(ミネルヴァ書房)
- 田口裕史 1996『戦後世代の戦争責任』(樹花舎)
- 永野慎一郎・近藤正臣編 1999『日本の戦後賠償——アジア経済協力の出発』(勁草書房)
- 永原陽子編 2009『「植民地責任」論——脱植民地化の比較史』(青木書店)
- 野田正彰 1998『戦争と罪責』(岩波書店)
- 宮崎哲弥編 1995『ぼくらの「侵略」戦争——昔あった、あの戦争をどう考えたらよいか』(洋泉社)
- 望田幸男 1994『戦争責任と戦後責任——祖父の罪を孫が償うのか』(かもがわ出版)
- 読売新聞戦争責任検証委員会 2006『検証戦争責任』I・II (中央公論新社)
- 李順愛 1998『戦後世代の戦争責任論』(岩波書店)
- 若槻泰雄 2000『日本の戦争責任——最後の戦争世代から』上・下 (小学館)



# Merger Control in Japan: “In Informal Remedies We Trust”



Professor of Law, The University of Tokyo

Simon VANDE WALLE<sup>1)</sup>

---

**Abstract:** This article aims to shed light on Japan’s experience with merger remedies, i.e. the measures which companies take to obtain the Japan Fair Trade Commission’s approval of a deal that would otherwise harm competition. Japan’s system of *ex ante* merger control is the oldest in the world and remedies have played a key role in the system. Remarkably, the Japan Fair Trade Commission (JFTC) has not prohibited a single merger for more than half a century. Merger control has functioned without court intervention for more than seventy years. The process through which remedies are negotiated and approved is informal and operates based on guidelines issued by the JFTC. This article argues that, although the system seems to grant the JFTC significant power and discretion, the JFTC has not used this power to extract far-reaching remedies. Instead, from the viewpoint of the companies involved, it has shown restraint and been pragmatic rather than principled.

- I. The Importance of Merger Remedies in Japan
- II. Merger Remedies in Numbers: How Often Does the JFTC Intervene?
- III. Legal Framework: Guidelines and Discussions in the Faint Shadow of the Law
- IV. The Remedies Process in Practice
- V. Structural vs. Behavioural Remedies
- VI. Implementation and Enforcement of Remedies
- VII. Conclusion

## I. The Importance of Merger Remedies in Japan

It is difficult to overstate the importance of remedies in Japanese merger control. The Antimonopoly Act<sup>2)</sup> gives the Japan Fair Trade Commission (JFTC) the power to block<sup>3)</sup> mergers and acquisitions<sup>4)</sup> that “[may]<sup>5)</sup> substantially restrain competition in any particular field of trade<sup>6)</sup>” Until present, this has never happened.<sup>7)</sup> Instead, when the JFTC has concerns about a merger’s anticompetitive effects, the parties to the deal typically offer remedies to remove the JFTC’s con-

---

1) I am grateful for the helpful comments received at a seminar organised by the JFTC’s Competition Policy Research Center (CPRC), where I made a presentation based on this paper (“Merger Remedies: Is Japan Unique?”), as well as for insightful feedback from Tadashi Shiraiishi, Sayako Takizawa and Satoshi Ogawa. Any views and errors are my own. This work was supported by JSPS Kakenhi Grant Numbers JP22K01183 and JP22H00041.

2) Shiteki dokusen no kinshi oyobi kōsei torihiki no kakuho ni kansuru hōritsu [Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade], Law No. 54 of 1947, as amended [hereinafter Antimonopoly Act].

3) Antimonopoly Act, Art. 17-2 empowers the JFTC to issue a cease-and-desist order in case of a violation of the various provisions in Chapter IV of the Antimonopoly Act, which prohibit share acquisitions, mergers, etc. that “may substantially restrain competition in any particular field” or, put differently, that are anticompetitive.

4) In the remainder of this article, the term “merger” is used as shorthand for acquisitions, mergers, joint ventures, and

cerns, paving the way for a clearance. In the last twenty-five years, the JFTC has accepted remedies in more than eighty cases.<sup>8)</sup>

The JFTC is keen to point out that the lack of prohibitions does not imply that merger control in Japan is ineffective. According to the JFTC, par-

ties either offer adequate remedies or, if they do not, they abandon their merger and withdraw the notification.<sup>9)</sup> To give this claim more credence, the JFTC publishes a list of deals that were abandoned by the parties, after the JFTC identified competition problems.<sup>10)</sup> At the time of writing,

---

various other types of transactions that combine the business activities of independent companies. The equivalent term in Japanese is *kigyō ketsugō*, often translated as business combination.

5) Oddly enough, in the English translation of the Antimonopoly Act made available on the JFTC's website and on the Japanese Ministry of Justice's website with translations of Japanese laws ([www.japaneselawtranslation.go.jp](http://www.japaneselawtranslation.go.jp)), the words "*koto to naru*", which I have translated here as "may", have not been translated. As a result, the English translation of the phrase "*kyōsō wo jissshitsuteki ni seigen suru*" (substantially restrain competition), which is part of the Antimonopoly Act's legal test for cartels (Antimonopoly Act, Art. 2(6)) and private monopolization (Antimonopoly Act, Art. 2(5)), is the same as the translation of the phrase "*kyōsō wo jissshitsuteki ni seigen suru koto to naru*", which is part of the legal test for mergers. Although the difference was lost in translation, there is no doubt that the standard in merger control is different from the standard in cartels and monopolization cases. According to the JFTC guidelines the words "*koto to naru*" indicate that the substantial restraint of competition must not occur inevitably but that it is *probable* that the business combination leads to conditions that could easily lead to a substantial restraint of competition. JFTC, *Kigyō ketsugō shinsa ni kansuru dokusenkinshihō no unyō shishin* [Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination], 31 May 2004, as last amended on 17 December 2019, Part III, 1, (2) (Interpretation of "The Effect May Be").

6) Antimonopoly Act, Chapter IV. The Antimonopoly Act does not contain one single provision that prohibits all anticompetitive business combinations but instead has specific provisions for each type of transaction, so separate provisions for acquisitions, mergers, etc.. However, these provisions all have the same legal test for illegality. Specifically, they prohibit each type of transaction when it "[may] substantially restrain competition" (*kyōsō wo jissshitsuteki ni seigen suru koto to naru bāi*) in a particular field of trade. See Chapter IV of the Antimonopoly Act, Art. 10 (acquisition of shares), Art. 15 (mergers), Art. 15-2 (company splits), Art. 15-3 (joint share transfers) and Art. 16 (acquisition of a business or part of a business).

7) Arguably, the *Tōho / Subaru* case, decided by the JFTC in 1950, is the sole exception, although the transaction in that case hardly qualifies as a merger, even in the broad meaning given to it in this article. The case involved what was essentially a lease between two companies that owned movie theatres: Tōho would lease two movie theatres from Subaru in downtown Tokyo. The JFTC found that the lease amounted to "the lease of the whole or a substantial part of the business of another company" in the sense of (then) Art. 16(iii) of the Antimonopoly Act (now Art. 16(1)(iii)), and prohibited the agreement in a *shinketsu* [(formal) decision]. JFTC, *Shinketsu* [Decision] of 29 September 1950, 2 SHINKETSUSHŪ 146. Such lease transactions are no longer notifiable under the current Antimonopoly Act. The JFTC's decision was affirmed on appeal by the Tokyo High Court. See note 42. Another case in which the JFTC took action that came close to a prohibition is the *Hiroshima Dentetsu* case, in which the JFTC ordered Hiroshima Dentetsu to dispose of part (but not all) of the shares which it had acquired in competitor Hiroshima Bus, and the resignation of interlocking directors. JFTC, *Dōi shinketsu* [Consent decision] of 17 July 1973, 20 SHINKETSUSHŪ 62.

8) My own count based on the yearly statistics published by the JFTC relating to merger control (*Kigyō ketsugō kankei todokede tō no jōkyō* [The State of Affairs in Relation to Notifications of Business Combinations and Other Matters]), the JFTC's yearly reports (*Kōseitōrihikiinkai nenjihōkoku* [JFTC Annual Report]) and, for the years prior to 2009, the JFTC's yearly reports about the main merger cases (*Shuyō na kigyō ketsugō jirei* [Major Business Combination Cases]). The precise number of remedies is unknown because prior to 2009 (Heisei 21), neither the yearly merger control statistics nor the JFTC's annual report mentioned the total number of remedies cases. Although the yearly reports about the "Major Business Combination Cases" describe most cases with remedies, they are not exhaustive.

9) OECD, *Agency Decision-making in Merger Cases: From a Prohibition Decision to a Conditional Clearance – Note by Japan*, 28-29 November 2016, p. 2 (explaining that the JFTC has not issued a cease and desist order because parties have either offered adequate remedies or abandoned their business combination and withdrawn their notification).

10) JFTC, *Kōhyō jirei ni oite mondaiten wo shitoki shite tōjigaishagawa ga keikaku wo dannen shita jirei* [Cases (Among Cases in the Public Domain) Where the Parties Involved Abandoned Their Plan After Problems Were Identified], <https://www.jftc.go.jp/dk/kiketsu/toukeishiryō/mondai/index.html>. The list tracks abandoned deals since 1998. Some of these are global deals such as the abandoned iron ore joint venture between BHP Billiton and Rio Tinto, and Lam Research's attempted acquisition of KLA-Tencor, two deals which also ran into objections from, respectively, EU and U.S. competition authorities. But the list also features domestic deals, such as a four-to-three merger conceived in 2004 that would have created a market leader in the Japanese polystyrene market, with a 50% market share. On that last case, see JFTC, *Heisei 16-nendo ni okeru shuyō na*

in 2023, the list featured eight abandoned deals, with the count starting in 1998.

The JFTC’s heavy reliance on remedies is by no means unique. Competition authorities in Europe, with the exception of Germany<sup>11)</sup>, also rely mostly on remedies, not prohibitions, to protect competition. Likewise, in the United States, most problematic mergers are not blocked by the courts or by the Federal Trade Commission but cleared with remedies, through consent decrees (in the case of the Department of Justice) and consent orders (in the case of the Federal Trade Commission).<sup>12)</sup>

The frequent use of remedies by competition authorities has come in for criticism recently. Scholars in the U.S. have argued that the fundamental shortcomings of remedies have become clear over the years and that competition authorities often deviate from their stated remedies policies, accepting less than effective remedies.<sup>13)</sup> They suggest, hence, that competition authorities should simply prohibit or clear, possibly after the

parties have implemented some changes themselves.<sup>14)</sup> These views are part of a broader movement to invigorate antitrust enforcement in the U.S. and have had some impact on enforcement. Under the Biden administration, the U.S. antitrust agencies have shown greater scepticism towards mergers remedies,<sup>15)</sup> and have litigated more cases,<sup>16)</sup> meaning they are seeking prohibitions rather than settling cases with remedies. Despite this recent trend in the U.S., the frequent use of remedies, as opposed to prohibitions, is a firmly established practice globally<sup>17)</sup> and there are no signs of this changing any time soon.

Although authorities everywhere rely heavily on remedies, as opposed to prohibitions, Japan’s complete lack of prohibitions nonetheless appears rather unique for a mature merger control system such as the one of Japan. Japan’s *ex ante* merger control system has indeed been in place since 1947, making it the world’s oldest system of *ex ante* control.<sup>18)</sup> In the EU, *ex ante* merger control was introduced only in 1989, by the EU Merger

---

kiyō ketsugō jirei [The Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2004], 30 May 2005, Case 12 (PS Japan K.K. and Dai Nippon Ink Chemicals), p. 63.

11) In Germany, the number of clearances with remedies and the number of prohibitions is more balanced. In recent years, prohibitions have even outnumbered remedies decisions. In the twelve-year period from 2010 to 2021, the *Bundeskartellamt* prohibited 16 concentrations and approved 15 concentrations with remedies. Own calculation based on Monopolkommission, Wettbewerb 2022, XXIV. Hauptgutachten [Competition 2022, XXIV - Main Report], p. 116, Abbildung II.2 [Figure II.2], [https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV\\_Gesamt.pdf](https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf). The numbers were obtained by counting ‘Untersagen’ [prohibitions] and ‘Freigaben mit Nebenbestimmungen’ [clearances with remedies] in the period from 2010 to 2021.

12) Logan Billman & Steven C. Salop, *Merger Enforcement Statistics: 2001-2020*, 85 ANTITRUST LAW JOURNAL 1, p. 12 (Table 1) (2023) (showing that the number of cases “Settled simultaneously with complaint” (367) and “Settled post complaint” (11) together far outnumber cases “Litigated to a decision” (26)).

13) John Kwoka & Spencer Weber Waller, *Fix It or Forget It: A “No-Remedies” Policy for Merger Enforcement*, CPI ANTITRUST CHRONICLE, p. 3 (August 2021).

14) *Id.* at p. 3.

15) See, e.g., Assistant Attorney General Jonathan Kanter of the Antitrust Division Delivers Remarks to the New York State Bar Association Antitrust Section, US Department of Justice, 24 January 2022 (“I am concerned that merger remedies short of blocking a transaction too often miss the mark. . . . [I]n my view, when the [Department of Justice’s antitrust] division concludes that a merger is likely to lessen competition, in most situations we should seek a simple injunction to block the transaction.”).

16) Billman & Salop, *supra* note 12, at p. 37.

17) OECD, OECD Competition Trends 2023, Volume II, Global Merger Control, <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>, p. 29-30 (stating that prohibitions constituted 0.2% of all merger decisions in 2021 in 65 jurisdictions on which the OECD collected data, while remedies decisions constituted 1.4%).

18) The Antimonopoly Act as enacted in 1947 was very strict and required prior approval of all mergers and acquisitions but a 1949 amendment abolished the requirement for stock acquisitions, leaving intact the requirement to notify *ex ante* true mergers and asset acquisitions to the JFTC. See MASAKO WAKUI, *ANTIMONOPOLY LAW – COMPETITION LAW AND POLICY IN JAPAN* 13-14 (2nd ed., 2018).

Regulation.<sup>19)</sup> In the U.S., the Clayton Act of 1914 specifically dealt with mergers but the *ex ante* notification system was only introduced in 1976, with the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act.<sup>20)</sup>

In other mature jurisdictions such as the EU and the United States, mergers are at least occasionally blocked<sup>21)</sup>, either because the remedies offered by the parties are not adequate or because the merger is so problematic that an effective remedy is simply not conceivable.

In the author's experience as case handler in merger cases, prohibitions are important for a competition authority to obtain effective remedies, as the credible threat of a prohibition will make parties more willing to offer solid remedies. Prohibitions, even when rarely issued, are also considered important to deter future anticompetitive mergers<sup>22)</sup>, the so-called deals that never leave the boardroom, meaning deals that are contemplated but never materialize because the par-

ties realize they would not be approved by competition authorities.

It is unclear whether the JFTC's remedies practice has a similar effect. One would expect a merger control regime that never prohibits to deter fewer anticompetitive mergers than a regime that does.<sup>23)</sup> On the other hand, the idea that Japanese merger control has been less effective in deterring anticompetitive mergers seems difficult to square with the empirical evidence about the level of competition in Japanese markets. Markups of firms, a good proxy for market power, have stagnated in Japan, while they have gone up significantly in the EU and the U.S.,<sup>24)</sup> and, at least in the manufacturing industry, profit ratios have fallen, not risen.<sup>25)</sup>

19) Council Regulation (EC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 395, 30.12.1989, p.1, later replaced by Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24, 29.1.2004, p. 1–22.

20) 15 U.S.C. § 18a.

21) For the EU, see Simon Vande Walle, *Remedies*, in EU COMPETITION LAW VOLUME II: MERGERS AND ACQUISITIONS 763, at 764, figure 1 (Christopher Jones & Lisa Weinert eds., Edward Elgar, 3d ed. 2021) (10 prohibitions in the period 2011 to 2020). For the U.S., see Billman & Salop, *supra* note 12, at p. 12 (Table 1) (17 cases labelled as “Government wins at trial”, meaning cases where the Department of Justice or the Federal Trade Commission obtained an injunction blocking the merger).

22) See, e.g., Pedro Pita Barros, Joseph A. Clougherty & Jo Seldeslachts, *Remedy for Now but Prohibit for Tomorrow: The Deterrence Effects of Merger Policy Tools*, 52(3) THE JOURNAL OF LAW & ECONOMICS 607 (2009).

23) See, in this sense, *id.* at p. 612-613 (explaining why, in theory, prohibitions would have a stronger deterrent effect), p. 626 (finding empirical results support the importance of blocked mergers – but not negotiated settlements and monitorings – in terms of deterrence).

24) Hiroshi Ohashi & Tsuyoshi Nakamura, *Stagnation of markups and (non-)existence of superstar firms in Japan* (VoxEU columns, 20 October 2020), <https://cepr.org/voxeu/columns/stagnation-markups-and-non-existence-superstar-firms-japan> (figure 1); Federico J. Diez, Daniel Leigh & Suchanan Tambunlertchai, *Global Market Power and its Macroeconomic Implications*, p. 25, figure 6 (IMF Working Papers Vol. 2018, issue 137, June 2018), <https://doi.org/10.5089/9781484361672.001> (showing a moderate increase in markups for Japan in the period from 1980 to 2020 but a steep increase for the United States, Canada and Europe); Ufuk Akcigit et al, *IMF Staff Discussion Note - Rising Corporate Market Power: Emerging Policy Issues*, p. 10, figure 2 (Breakdown of the Markup Increase) (IMF Staff Discussion Notes, Vol. 2021, issue 1, March 2021), <https://doi.org/10.5089/9781513512082.006> (finding a significant difference in the increase in markups between 1980 and 2016 in the U.S. and the euro area (almost 40 percent) and the increase in Japan and Korea (around 20 percent)). See also Jesper Koll, *Japan's Problem? Too much competition*, THE JAPAN TIMES, 6 February 2020 (pointing out that, in Japan, the top four companies in each industry control approximately 11 percent of their industry's revenues, while, in the U.S., this is 35 percent).

25) Toshiko Igarashi & Jun Honda, *Nihon no seizōgyō ni okeru shijōshūchūdo to kyōsōkankyō [Concentration and Competition in Japanese Manufacturing Industries]* (CPRC Discussion Papers, November 2022), p. 14, figure 7 (Nihon zentai ni okeru rijunritsu no suii [Change of profit ratios in Japan]), [https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/discussionpapers/r4/index\\_files/CPDP-91-J.pdf](https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/discussionpapers/r4/index_files/CPDP-91-J.pdf) (showing that profit ratios in the manufacturing industry have fallen since 2008, based on an analysis of data taken from METI's annual Current Survey of Production).

## II. Merger Remedies in Numbers: How Often Does the JFTC Intervene?

As mentioned, over the past twenty-five years, the JFTC has accepted remedies in more than eighty cases. On a yearly basis, this corresponds to a handful of cases, as shown in Table 1 for the period from 2010 to 2022.<sup>26)</sup>

In discussions about remedies, international organisations<sup>27)</sup> and competition authorities<sup>28)</sup> sometimes refer to the “intervention rate”, that is the percentage of merger cases in which competition authorities intervened by either prohibiting a merger or approving it with remedies. For instance, if an authority reviews one hundred mergers in a year, and intervenes in ten mergers by prohibiting the merger or accepting remedies, that authority’s intervention rate would be 10% in that year.

Table 1: Number of notifications and cases cleared with remedies (2010-2022)

Year (Japanese fiscal year)	Number of notifications	Cases cleared with remedies
2022 (Reiwa 4)	306	1
2021 (Reiwa 3)	337	3
2020 (Reiwa 2)	266	6
2019 (Reiwa 1)	310	4
2018 (Heisei 30)	321	8
2017 (Heisei 29)	306	6
2016 (Heisei 28)	319	3
2015 (Heisei 27)	295	1
2014 (Heisei 26)	289	2
2013 (Heisei 25)	264	1
2012 (Heisei 24)	349	3
2011 (Heisei 23)	275	3
2010 (Heisei 22)	265	2

I have calculated the JFTC’s intervention rate<sup>29)</sup> by taking the number of cases in which the JFTC intervened by accepting remedies<sup>30)</sup> and dividing that by the number of notifications made to the JFTC. The number of notifications is a good

26) The numbers in the table were taken from the JFTC’s yearly publication “Kigyō ketsugō kankei todokede tō no jōkyō [The State of Affairs in Relation to Notifications of Business Combinations and Other Matters]”, after cross-checking them in the JFTC’s yearly report (Kōseitōrihikiinkai nenjihōkoku [JFTC Annual Report]). For some fiscal years, the “State of Affairs” publication mentions the number of phase II cases with remedies and therefore leaves it unclear whether there were also phase I cases with remedies. However, the JFTC Annual Reports clearly mention the number of remedies cases (both Phase I and Phase II) for the whole fiscal year and therefore confirm that the number in the “State of Affairs” publication corresponds to the total number of remedies cases in that fiscal year.

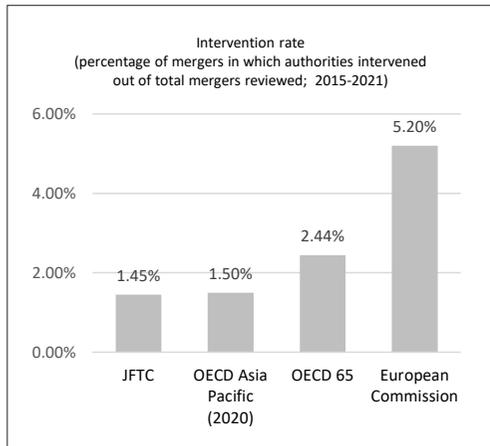
27) The OECD started collecting statistics from enforcement authorities in 2018 and, since 2020, publishes a yearly overview of enforcement trends in a publication called “OECD Competition Trends”. This publication tracks the intervention rate in merger control calculated based on data from a large number of competition authorities, and without disclosing data on specific competition authorities.

28) See, e.g., European Commission, *Commission Staff Working Document: Evaluation of Procedural and Jurisdictional Aspects of EU Merger Control*, 26 March 2021, p. 17, figure 6 (“Commission’s intervention rate in procedures under the EUMR (1991-2020)”); AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *LES ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX*, p. 63, p. 65 (Direction de l’information légale et administrative, 2019), [www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/publications/engagements-comportementaux](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/publications/engagements-comportementaux) (comparing the “taux d’intervention” [intervention rate] of the French competition authority with that of other EU competition authorities); Carles Esteva Mosso, *Merger Enforcement: Getting the Priorities Right*, 19 May 2017, p. 4-5; Claes Bengtsson, Josep M. Carpi & Anatoly Subočs, *The Substantive Assessment of Mergers*, in *EU COMPETITION LAW VOLUME II: MERGERS AND ACQUISITIONS*, p. 329, figure 3 (Evolution of the intervention rate in the period 1991-2020 by types of intervention) (Christopher Jones & Lisa Weinert eds., Edward Elgar, 3d ed. 2021).

29) Defined as the proportion of cases in which the competition authority prohibited the merger or cleared it with remedies, out of the total number of mergers reviewed (even summarily) by the authority.

30) Sometimes, competition authorities also count abandoned deals as an intervention, when it is clear that the deal was abandoned as a result of the competition authority expressing competition concerns. In my calculation, I did not include abandoned deals, because the OECD’s intervention rate is calculated based on remedies cases and prohibitions only. In any event, if deals that were abandoned because of opposition from the JFTC had been included, the results for Japan would have been virtually the same, as, based on the list which the JFTC publishes (see note 10) there was only one deal that was abandoned after the JFTC pointed out competition problems in the 2015 to 2021 period (*Lam Research Corporation / KLA-Tencor*). As mentioned in section I, there have been no prohibitions in Japan.

Graph 1: Intervention rate



proxy for the number of deals reviewed because the Japanese merger control system is essentially a notification-based system. Admittedly, each year, the JFTC also reviews a handful of non-notifiable deals, but these numbers are negligible compared to the total number of notifications.<sup>31)</sup>

Graph 1 shows the intervention rate of the JFTC<sup>32)</sup>, and compares it with (1) the average intervention rate of competition authorities in the Asia-Pacific region<sup>33)</sup>, (2) the average intervention rate across sixty-five jurisdictions in the world<sup>34)</sup>, and (3) the intervention rate of the Eu-

ropean Commission.<sup>35)</sup> The calculation was made based on interventions in the period from 2015 to 2021, except for the Asia-Pacific intervention rate, for which the data relate to the year 2020, the only year for which data were available.

The graph shows that the JFTC's intervention rate is somewhat low compared to other jurisdictions, and significantly lower than the European Commission's intervention rate. In interpreting these numbers, one must be mindful of the complex dynamics underlying the intervention rate. The rate depends not only on the number of interventions (the numerator) but also on the number of mergers reviewed (the denominator). In addition, the number of interventions will and should depend on the number of problematic mergers that the authority faces. This number may, in turn, depend on the economic conditions of a particular jurisdiction, for instance the level of market concentration or the level of market power of firms. Hence, one cannot simply conclude that a high intervention rate is tantamount to aggressive enforcement, while a low intervention rate means lax enforcement.

Take the German competition authority, for instance. It reviews more than 1000 mergers each year, because the German notification thresholds

31) These cases are cases where the parties spontaneously consult the JFTC, even if their deal is not notifiable, or cases which the JFTC investigates *ex officio*. A 2019 amendment to the JFTC's Policies Concerning Procedures of Review of Business Combination encourages parties to consult the JFTC if the value of their deal exceeds 40 billion yen. This consultation system, which aims to capture "killer acquisitions" that fall below the turnover-based notification thresholds, leads to some extra mergers being reviewed by the JFTC, but the impact on the intervention rate is marginal, because the number of consultations is only a fraction of the number of notifications. For instance, in 2021, the number of non-notifiable deals that was reviewed was fourteen, see JFTC, *Reiwa 3 nendo ni okeru kigyō ketsugō kankei tokokede tō no jōkyō* [The State of Affairs in Relation to Business Combination Notifications and Other Matters in fiscal year 2021], p. 1.

32) Own calculation based on number of notifications and interventions mentioned in table 1. Number of interventions = 31; total number of mergers reviewed = 2154. In Japan, all interventions are remedies, as there are no prohibitions.

33) OECD, *OECD Asia-Pacific Competition Law Enforcement Trends (2021)*, p. 40. <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-asia-pacific-competition-law-enforcement-trends.htm> The rate is based on data from twelve jurisdictions in the Asia-Pacific Region that had an active merger control regime (see p. 33 of the report). The report does not specify which jurisdictions are included in the 12, but they are likely: Australia, Taiwan, India, Indonesia, Japan, Korea, New Zealand, China, Philippines, Singapore, Thailand, and Vietnam.

34) OECD, *OECD Competition Trends 2023*, OECD Publishing, Paris, p. 7, p. 26 (2023), <https://doi.org/10.1787/bcd8f8f8-en>. Since the OECD only gives percentages per year, not the absolute number of interventions and mergers reviewed, the average rate for the period 2015 to 2021 was calculated by averaging the yearly intervention rates as shown on the graph in the 2023 report: 2.50% (2015), 2.50% (2016), 2.80% (2017), 2.70% (2018), 2.50% (2019), 2.50% (2020), and 1.60% (2021).

35) Own calculation: 137 interventions (131 remedies and 6 prohibitions) divided by 2641 notifications. The data were taken from: European Commission, *Statistics on Merger Cases* (updated regularly), [https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en).

are rather low. With a handful of interventions (prohibitions and remedies) each year, it has an intervention rate that lies well below 1%. This is not because the German competition authority is lax in merger control, but simply because it is faced with a large number of mostly unproblematic mergers.

In the case of Japan, the JFTC receives roughly 300 notifications per year, at least since a 2009 amendment to the Antimonopoly Act replaced the asset size-based thresholds with turnover-based notification thresholds. That number is not so different from the yearly number of notifications to the European Commission, which typically lies between 300 and 400.<sup>36)</sup> Hence, in the comparison between the JFTC and the European Commission, the difference in intervention rates does not stem from the fact that the JFTC reviews a larger number of deals.

What explains the different intervention rate then? Several explanations are possible, and they are not mutually exclusive. First, the JFTC could simply be less strict, i.e. less quick to find anti-competitive effects than the European Commission, in spite of the similarities in the two authorities’ merger guidelines. But an alternative explanation may be that the JFTC is faced with fewer problematic mergers. This, in turn, could be due to the fact that markets in Japan are less concentrated than those in Europe, meaning there is still more competition and more room for mergers and acquisitions, or perhaps because, in spite of increased concentration,<sup>37)</sup> profits and

markups of firms are low, suggesting firms do not have market power.<sup>38)</sup> Japan’s shrinking population and the resulting decline in demand is sometimes mentioned as a possible reason for this.<sup>39)</sup> Another possible explanation is the alleged hostility of Japanese companies towards M&A deals with strategic competitors. Allegedly, the different corporate cultures and the desire to avoid layoffs in these companies leads to strong resistance to such mergers.<sup>40)</sup>

In short, comparing intervention rates across jurisdictions is not easy, but the JFTC’s relatively low intervention rate does merit reflection and should prompt further research on what can explain the difference with other jurisdictions. It will also be interesting to see how the JFTC’s intervention rate evolves in the coming years.

### III. Legal Framework: Guidelines and Discussions in the Faint Shadow of the Law

The JFTC’s practice on merger remedies has developed virtually without hard law. The Antimonopoly Act simply does not mention remedies. At the end of 2018, a system for the submission and approval of commitments (確約手続 *kakuyaku tetsuzuki*) was introduced. In principle, merger remedies could take the shape of commitments under this system, but this has not happened. The commitments system has only been used in non-merger cases.<sup>41)</sup>

Case law on remedies is also non-existent. No

---

36) European Commission, DG COMP, Statistics on Merger Cases, [https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en)

37) See Igarashi & Honda, *supra* note 25, p. 9-10 (finding concentration in the Japanese manufacturing industry has increased but not as much as in the UK, some major EU economies, and the United States).

38) See *supra* text accompanying notes 24 and 25.

39) HIROSHI OHASHI, *KYŌSŌSEISAKU NO KEIZAIGAKU* [ECONOMICS OF COMPETITION POLICY], p. 72 (Nikkei Business Publications 2021).

40) In 2011, rumours surfaced of a full-fledged merger between industrial giants Hitachi and Mitsubishi Heavy Industries. The possible merger was considered ground-breaking, among others because “[t]raditionally seen as a last resort of failing firms, Japanese companies until recently have largely avoided strategic mergers.” Taiga Uranaka & Mayumi Negishi, *Hitachi, Mitsubishi edge towards ground-breaking merger*, Reuters, 4 August 2011. Ultimately, the parties did not pursue the deal.

41) An influential commentary on the JFTC merger guidelines, written by JFTC officials, explains that the JFTC cannot force parties to use the commitments system. If the parties offer merger remedies in the same way as they have done during the past decades, by incorporating them in the notification form, the JFTC cannot disregard these remedies. MASANORI FUKAMACHI,

Japanese court has ever dealt with merger remedies. In fact, merger control in Japan as a whole operates virtually without court precedents. The last court decision on a merger case dates back to the beginning of the 1950s, the early years of the Antimonopoly Act, when the Tokyo High Court and, ultimately, the Supreme Court, decided the *Tōho / Subaru* case.<sup>42)</sup> That case is still a leading precedent on what constitutes a “substantial restraint of competition” and on how to define the relevant market.<sup>43)</sup> Since then, the courts have not had the opportunity to rule on any merger.

If not statutory provisions and court precedents, then what governs merger control in Japan? The key documents are the guidelines issued by the JFTC, both on substance<sup>44)</sup> and procedure.<sup>45)</sup> The JFTC has also issued a set of rules dealing with technical procedural matters, and prescribing various notification forms.<sup>46)</sup>

The JFTC’s guidelines are by nature rather abstract but they are complemented by another important source of law (in a broad sense): the JFTC’s prior decisions or, more accurately, the JFTC’s prior practice. It would be wrong to speak of decisions because, in fact, the JFTC has not is-

sued a formal decision in merger control for more than half a century, as will be explained in the next section. However, for important cases, the JFTC publishes a document explaining why it has closed its investigation and did not pursue a cease-and-desist order. Practically speaking, these documents read like a decision and practitioners and scholars refer to them almost as if they were decisions. They contain details about the transaction and the parties, the relevant markets, the competitive assessment and, in cases with remedies, the remedies submitted and their assessment. The explanatory document is either published immediately after the JFTC has ended its investigation<sup>47)</sup> or as part of an annual overview of important cases published each year in June.<sup>48)</sup> The annual overview typically contains about a dozen cases and includes both cases where remedies were accepted and some unconditional clearances that the JFTC considered worthy of interest.

What does all of this mean for the submission and negotiation of remedies? With very few hard rules and no court precedents, the discussions between the JFTC and the parties on remedies occur in the shadow of the law,<sup>49)</sup> but the shadow is

KIGYŌ KETSUGŌ GAIDORAIN (DAI 2 HAN) p. 387-388 (Shōjihōmu 2021).

42) Tokyo Kōtō Saibansho [Tokyo High Ct.] 19 September 1951, 4(14) KŌMINSHŪ 497, 3 SHINKETSUSHŪ 166, *affirmed* by Saikō Saibansho [Sup. Ct.] 25 May 1954, 8(5) MINSHŪ 950, 8 SHINKETSUSHŪ 102.

43) Although more than 70 years old, the case is still very much alive. It is of course a fixture in all leading casebooks on the Antimonopoly Act but one can also find a YouTube video explaining the case (Tadashi Shiraiishi, *Tōho / Subaru - Tokyo kōsai hanketsu no kandokoro* [Key Points of the Tokyo High Court’s Judgment in *Tōho / Subaru*], YOUTUBE (8 Feb. 2021) <https://www.youtube.com/watch?v=Q5kIUOpPM8>), and a study redoing the analysis using contemporary econometric techniques (Mitsuru Sunada, *Competition among movie theaters: an empirical investigation of the “Toho-Subaru” antitrust case*, 36(3) JOURNAL OF CULTURAL ECONOMICS 179 (2012)).

44) JFTC, *Kigyō ketsugō shinsa ni kansuru dokusenkinshihō no unyō shishin* [Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination], 31 May 2004, as last amended on 17 December 2019.

45) JFTC, *Kigyō ketsugō shinsa no tetsuzuki ni kansuru taiō hōshin* [Policies Concerning Procedures of Review of Business Combination], 14 June 2011, as last amended on 17 December 2019.

46) JFTC, *Shiteki dokusen no kinshi oyobi kōsei torihiki no kakuho ni kansuru hōritsu daikyū jō kara dai jūroku jō made no kitei ni yoru ninka no shinsei, hōkoku oyobi todokede tō ni kansuru kisoku* [Rules on Applications for Approval, Reporting, Notification, etc. Pursuant to the Provisions of Articles 9 to 16 of the Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade], 1 September 1953. The rules have been amended several times.

47) As per its guidelines, the JFTC publishes its reasoning immediately after closing the investigation in cases that end in Phase II. JFTC, *supra* note 45, part 4, (3) (Procedures of secondary review). In recent years, the JFTC has also published its reasoning immediately in cases involving digital platforms (e.g. in *Microsoft / Activision* and *Google / Fitbit*), even when those cases end in Phase I.

48) This annual overview is entitled *Shuyō na kigyō ketsugō jirei* [Major Business Combination Cases]. The archive of overviews, starting from 1993 (Heisei 5), can be consulted on the JFTC website: <https://www.jftc.go.jp/dk/kiketsu/jirei/index.html>

very faint. Ultimately, only the Antimonopoly Act’s legal standard looms over the process: mergers should not substantially restrain competition and so the remedies have to ensure that this does not happen.

That abstract standard, coupled with the lack of court precedents, seems to give the JFTC significant powers and discretion in shaping its remedies practice. Yet, in spite of this, the JFTC has shown remarkable restraint. The JFTC’s guidelines are by no means extreme. Rather, they tend to follow the practices of other major jurisdictions,<sup>50)</sup> and international best practices, as embodied in discussions at the International Competition Network and the OECD. In other words, the gap left by legislation and precedents has been filled by the JFTC’s guidelines which in turn have been inspired by soft law.

The JFTC has also shown restraint in how it has applied these guidelines. As explained in section V below (Structural vs. Behavioural Remedies), the JFTC has often shown flexibility towards the parties and accepted behavioural remedies. In addition, the structural remedies it has accepted have often involved the transfer of specific assets or parts of a business, rather than businesses as a whole.

It is also remarkable that, in cross-border cases, the JFTC’s approach to remedies has shown a

high degree of convergence with other major jurisdictions, accepting similar remedies. Recent examples where this was the case include *Google / Fitbit* (behavioural remedies similar to those accepted in the EU) and *DIC / BASF Colors & Effects Japan* (structural remedies similar to those accepted in the EU). It would not be a stretch to say that the JFTC has developed its remedies practice in cooperation with other competition agencies, and through international organisations such as the ICN.

#### IV. The Remedies Process in Practice

Each year, hundreds of deals are notified to the JFTC<sup>51)</sup>, as required under the Antimonopoly Act’s prior notification system.<sup>52)</sup> Acceptance of the notification by the JFTC triggers a thirty-day waiting period (*kinshikikan*, literally prohibition period), during which the parties are not allowed to close their transaction.<sup>53)</sup> During this thirty-day period – called Phase I – the JFTC either clears the notified transaction or, if it considers a more in-depth review is necessary, opens a Phase II review.<sup>54)</sup>

The vast majority of transactions notified to the JFTC do not raise competition concerns and are cleared in Phase I. The JFTC does not formally

---

49) In the sense that the outcome of the back-and-forth discussions between the parties and the JFTC on the remedies will be determined by what both sides consider to be the applicable legal standard and how that standard would be applied by a court if it came to a confrontation between the parties and the JFTC. Even though such confrontation in court is highly unlikely to occur, the parties negotiate and discuss “in the shadow of the law”. The expression was popularized by Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88(5) YALE LAW JOURNAL 950 (1979).

50) Commentators have, for instance, noted that the part on merger remedies in the JFTC’s merger guidelines is broadly in line with the European Commission’s Remedies Notice. See, e.g., Etsuko Hara, Vassili Moussis & Ezaki Shigeyoshi, *Japan: Merger Control*, THE ASIA-PACIFIC ANTITRUST REVIEW 2008, <https://globalcompetitionreview.com/review/the-asia-pacific-antitrust-review/the-asia-pacific-antitrust-review-2008/article/japan-merger-control> (under the heading “Merger remedies: policies and practices”).

51) The JFTC publishes statistics each year in June on its website. The number of notifications in the past three years were: 306 (fiscal year 2022), 337 (fiscal year 2021) and 266 (fiscal year 2020).

52) Antimonopoly Act, Art. 10(2) (for acquisitions of shares), Art. 15(2) (for mergers), Art. 15-2(2) and 15-2(3) (for company splits), Art. 15-3(2) (for joint share transfers), Art. 16(2) (for acquisition of a business or part of a business)

53) Antimonopoly Act, Art. 10(8) (for acquisitions of shares). This provision is also applicable to the other types of transactions, as per Antimonopoly Act, Art. 15(3), Art. 15-2(4), Art. 15-3(3) and Art. 16(3).

54) Antimonopoly Act, Art. 10(9) (for acquisitions of shares). This provision is also applicable to the other types of transactions.

clear these deals by issuing a clearance decision but it sends a letter to the parties, informing them that it will not issue a cease-and-desist order.<sup>55)</sup> Once the thirty-day waiting period has expired, or if the JFTC has granted early termination of the waiting period, the parties can then close their deal. It is unclear how third parties could bring a legal action against the JFTC's decision not to issue a cease-and-desist order. It seems no third party has ever tried, and neither scholars nor practitioners seem to show much interest in this topic.<sup>56)</sup>

When a transaction does raise competition concerns, the parties will typically propose remedies, a set of measures that are supposed to remove the competition concerns identified by the JFTC. The Japanese term for remedies reflects this purpose: *mondai kaishō sochi* 問題解消措置, which literally means “measures that resolve problems”.

Parties can propose remedies and discuss them

with the JFTC at any time: during Phase I, Phase II or even before notification. Technically, however, the remedies must ultimately be incorporated in the notification form<sup>57)</sup>, which has a specific section for them.<sup>58)</sup> Either the parties incorporate the remedies in the notification form at the time of notification, or, alternatively, they can add them to the notification form after notification. This is done through a so-called report with changes (*henkō hōkokusho*), which amends the notification.<sup>59)</sup>

The reason parties can already propose remedies at the time of the notification is because, in cases that are likely to raise competition concerns, parties usually contact the JFTC well before notification to discuss the transaction, in so-called pre-notification consultations (*todokede mae sōdan*).<sup>60)</sup> They submit the draft notification and various documents, and obtain feedback from the JFTC.<sup>61)</sup> Based on the feedback from the JFTC in

55) JFTC, *Shiteki dokusen no kinshi oyobi kōsei torihiki no kakuho ni kansuru hōritsudai kyū jō kara dai jūroku jō made no kitei ni yoru ninka no shinsei, hōkoku oyobi todokede tō ni kansuru kisoku* [Rules on Applications for Approval, Reporting, Notification, etc. Pursuant to the Provisions of Articles 9 to 16 of the Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade], Art. 9. This can happen after a Phase I investigation or after a Phase II investigation. The practice was introduced in 2011, through an amendment of the merger notification rules.

56) Most commentators simply do not discuss the issue and the few that do, give it short shrift. *See, e.g.*, Yusuke Nakano, Vassili Moussis & Kiyoko Yagami, *Japan*, in *THE MERGER CONTROL REVIEW*, p. 297 (6<sup>th</sup> ed., Law Business Research, 2015) (Ilene Knable Gotts ed.) (“Although third parties may file a lawsuit to ask the court to order the JFTC to issue a cease-and-desist order, the legal path to successfully do so is extremely narrow and does not merit a detailed explanation here.”). *But see Makoto Kurita, Enjōsumento*, in *JŌBUN KARA MANABU DOKUSEN KINSHI HŌ* [ANTIMONOPOLY LAW: TEXT, OUTLINE, AND CASES], p. 328 (Kazuhiro Tsuchida et al. eds., Yūhikaku, 2<sup>nd</sup> ed., 2019) (explaining that the key issue for such a lawsuit would be whether the plaintiff meets the requirements for a mandamus action set out in Art. 37-2 of the Gyōsei jiken soshō hō [Administrative Case Litigation Act], Law No. 139 of 1962).

57) JFTC, *Kigyō ketsugō shinsa no tetsuzuki ni kansuru taiō hōshin* [Policies Concerning Procedures of Review of Business Combination], 14 June 2011, as last amended on 17 December 2019, 5 (“Explanation of issues...”), third para.

58) *See, e.g.*, section 5 in the notification form for the acquisitions of shares (Form 4), annexed to JFTC, *Shiteki dokusen no kinshi oyobi kōsei torihiki no kakuho ni kansuru hōritsudai kyū jō kara dai jūroku jō made no kitei ni yoru ninka no shinsei, hōkoku oyobi todokede tō ni kansuru kisoku* [Rules on Applications for Approval, Reporting, Notification, etc. Pursuant to the Provisions of Articles 9 to 16 of the Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade]. That section asks the notifying party to list: “*kabushiki shutoku ni kansuru keikaku to shite toru koto to suru sochi no naiyō oyobi sono kigen*” [Details of the measures to be taken as part of the planned share acquisition and the timeframe for these measures].

59) JFTC, *Shiteki dokusen no kinshi oyobi kōsei torihiki no kakuho ni kansuru hōritsu daikyu jō kara dai jūroku jō made no kitei ni yoru ninka no shinsei, hōkoku oyobi todokede tō ni kansuru kisoku* [Rules on Applications for Approval, Reporting, Notification, etc. Pursuant to the Provisions of Articles 9 to 16 of the Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade], Art. 7(3).

60) JFTC, *Kigyō ketsugō shinsa no tetsuzuki ni kansuru taiō hōshin* [Policies Concerning Procedures of Review of Business Combination], 14 June 2011, as last amended on 17 December 2019, 2 (Consultation Prior to Notification). During these consultations, which are not mandatory but optional for companies, the JFTC is not supposed to give any definitive views on the legality of the transaction. Prior to 2011, the JFTC often did give a conclusive view but that system – called prior consultation (*jizen sōdan*) – was abolished in 2011 through an amendment of the JFTC guidelines.

this pre-notification phase, the parties can get an understanding of the JFTC’s concerns about the deal and then propose remedies to deal with those concerns, by including remedies in the notification.

If the JFTC deems the proposed remedies adequate, it gives the deal the green light. In most cases, this happens already in Phase I. Occasionally, it happens in Phase II. Phase II lasts ninety days, but the clock only starts ticking once the JFTC has received all the information it has requested. This allows parties to stop the clock by withholding some of the requested information, a practice that seems reminiscent of the stop-the-clock practice under the EU Merger Regulation.<sup>62)</sup> An extended Phase II period can give the JFTC and the parties the opportunity to discuss remedies. A well-known case where this happened was *Fukuoka Financial Group / The Eighteenth Bank*,<sup>63)</sup> a merger between two regional banks. In that case, the JFTC’s Phase II investigation lasted more than two years, giving the JFTC and the parties the time to agree on remedies, ultimately leading to a clearance.

The JFTC’s green light, whether in Phase I or Phase II, is given in the same way as an unconditional clearance, that is by sending a letter to the merging parties that the JFTC will not issue a cease-and-desist order. The remedies are not incorporated or made binding in a JFTC decision.

Instead, the JFTC simply conducts its analysis taking into account the remedies that were submitted and then finds that, assuming the remedies will be implemented, there will be no substantial restraint of competition.

All of this means that the remedies process is characterized by a high degree of informality. The remedies are neither assessed nor incorporated in a formal decision, and the threat of a third party challenging the JFTC’s acceptance of the remedies seems remote.

In principle, the process could be more formal. If the JFTC finds that a merger may substantially restrain competition, it can issue a cease-and-desist order. That cease-and-desist order could prohibit the merger but it could also order the parties to implement remedies. However, the JFTC has not issued a formal decision in merger control for more than half a century. The last two such decisions were issued in the early 1970s in the *Yawata / Fuji Steel* merger<sup>64)</sup> and the *Hiroshima Dentetsu* case.<sup>65)</sup>

As in other jurisdictions, when investigating the impact of a transaction, the JFTC seeks information and the views from third parties, such as customers, suppliers and competitors, to gauge the impact of the deal on competition. This too happens on a rather informal basis. The only formal prescription can be found in the JFTC’s guidelines, which state that, when the JFTC opens

---

61) The JFTC’s investigation of the business integration of Z Holdings Corporation and LINE Corporation offers an example. See JFTC, Press Release: The JFTC reviewed the proposed M&A operations between Z Holdings Corporation and LINE Corporation, 4 August 2020, Part 3 (Sequence of Events). In that case, the parties publicly announced their deal on 18 November 2019 and, prior to notification, submitted written opinions and materials on the effects of the deal. The JFTC subsequently had a series of meetings and exchanged views with the parties, conducted interviews with competitors and reviewed internal documents. Eight months after the deal became public, on 14 July 2020, the parties filed the notification with the JFTC and, less than one month later, on 4 August 2020, the JFTC cleared the deal with remedies.

62) EU Merger Regulation, *supra* note 19, Art. 10(4). This provision does not allow the European Commission to stop the clock for mere convenience, even with the agreement of the parties, but it does allow a “stop the clock” when a party fails to provide the information requested by the European Commission.

63) Case 10 in the JFTC’s Annual Overview of Major Business Combinations in FY 2018.

64) JFTC, Dōi shinketsu [Consent decision] of 30 October 1969, 16 SHINKETSUSHŪ 46. The case concerned the merger that created Nippon Steel, at the time the world’s second largest steelmaker. The JFTC challenged the merger but ultimately agreed with the parties to issue a consent decision in which the JFTC ordered the divestiture of assets and shares to two smaller competitors.

65) JFTC, Dōi shinketsu [Consent decision] of 17 July 1973, 20 SHINKETSUSHŪ 62 (accepting and making binding the remedies proposed by Hiroshima Dentetsu (Hiroshima Electric Railway), consisting in a reduction of its shareholding in competitor Hiroshima Bus and the resignation of interlocking directors).

a Phase II, it will make this fact public and invite comments from third parties.<sup>66)</sup> In practice, in cases that are likely to raise competition concerns, the JFTC also seeks the opinions of third parties in Phase I and even prior to notification. The JFTC can and does consult third parties on the remedies that have been submitted, but it has no obligation to do so, and it does not conduct a “market test” by sending third parties a copy of the remedies that have been proposed. In short, the JFTC consults third parties, including on remedies, when it deems it useful and in the manner that it deems most effective.

## V. Structural vs. Behavioural Remedies

Like most competition authorities in the world,<sup>67)</sup> the JFTC’s stated policy is to favour structural remedies over behavioural remedies.<sup>68)</sup> Structural remedies are not defined in the JFTC’s guidelines but the term is generally used to denote remedies that require the merging parties to sell (divest) a business or assets to a third party. Likewise, selling a stake in a company to a third party is also typically regarded as a structural remedy. By contrast, behavioural remedies require the merged entity to engage in certain conduct (other than selling a business, which is of course also a type of conduct, albeit a very specific type). These behavioural constraints typically apply over a significant period of time, often years. Examples include commitments to grant access to a facility, ensure interoperability, not to discriminate, or set up Chinese walls within a corporate group.

Structural remedies such as divestitures are

preferred by competition authorities for various reasons, but a key reason is that they rely on a third party – the buyer of the divested business – to maintain competition, based on that third party’s own incentive to maximize profits. By contrast, behavioural remedies require the merged entity to engage in certain conduct that typically goes against its own interest. This, in turn, creates incentives for the merged entity to circumvent the remedies or implement them half-heartedly. To prevent this, behavioural remedies need to be monitored regularly, a task made difficult because of information asymmetries between the companies and the competition authority. Another advantage of divestitures is that they can be accomplished in a relatively short span of time and, when successful, provide a lasting solution to the competition problem, while behavioural remedies are by nature a temporary solution.

Frequently, the merging parties’ interest is to get a clearance with behavioural remedies, while competition authorities seek exactly the opposite, i.e. a structural remedy. When the parties do accept that a structural remedy is required, they naturally want to divest as little as possible, while competition authorities often seek a broader divestiture, to ensure the competitiveness and viability of the divested business.

The JFTC’s guidelines give the JFTC some flexibility to deal with these discussions, but nonetheless clearly favour structural remedies. While acknowledging that “appropriate remedies are considered based on the facts of individual cases”, the JFTC guidelines state that “remedies should, in principle, be structural measures such as the transfer of business (*jigyō jōto*) and should basically be those that restore competition lost as

66) JFTC, *supra* note 45, part 4 (2) (“Hearing of third party opinions”).

67) The ICN’s Remedies Guide, which embodies a compromise text agreed upon by over 140 competition authorities, states that ‘competition authorities generally prefer structural relief in the form of a divestiture to remedy the anticompetitive effects of mergers, particularly horizontal mergers’. International Competition Network (ICN), Merger Remedies Guide, p. 9 (2016), [www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG\\_RemediesGuide.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf).

68) JFTC, *Kigyō ketsugō shinsa ni kansuru dokusenkinshihō no unyō shishin* [Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination], 31 May 2004, as last amended on 17 December 2019, Part VII, 1. (Basic Framework).

a result of the combination in order to prevent the company group from controlling price and other factors to a certain extent.”<sup>69)</sup>

At the same time, the guidelines explicitly allow for behavioural remedies in rapidly changing markets: “in a market featuring a rapidly changing market structure through technological innovations, there may be cases where it is appropriate to take certain types of behavioural measures.”<sup>70)</sup>

For mature markets, the guidelines also give the JFTC some leeway to accept a specific type of behavioural remedy, namely a long-term supply agreement:

When, as an exceptional example, it is difficult, because of declining demand, to find a transferee to take over all or part of the company group’s business (for example, a production, sales or development division), and research and development or services such as the improvement of goods in response to user requests are of less importance because the goods are in the stage of maturity, effective remedies may involve giving competitors trading rights at a price equivalent to the production cost of the goods (in other words, to make long-term supply agreements).<sup>71)</sup>

This type of remedy is referred to as “cost-based purchasing rights” (*kosuto bēsu hikitoriken*) and has been accepted with some frequency, as will be explained below.

How have the JFTC guidelines been applied in practice? In practice, the JFTC has not been as strict as its guidelines suggest. The JFTC has frequently accepted behavioural remedies, and overall it has been very pragmatic. Illustrative of this pragmatic approach is a 2012 merger between the Tokyo and Osaka stock exchanges, which led to a near-monopoly in some markets. The JFTC cleared the deal with behavioural remedies, after finding that structural remedies were “not realistic” and that behavioural remedies would also eliminate the competition problems.<sup>72)</sup> The JFTC’s frequent acceptance of behavioural remedies has led some scholars to argue that the difference between structural and behavioural remedies is mostly relevant for the parties’ burden of persuasion: when parties propose structural remedies, their burden to explain to the JFTC why these remedies are adequate will be lighter.<sup>73)</sup>

Out of the last twenty-one cases with remedies made public by the JFTC, the JFTC cleared thirteen with behavioural remedies<sup>74)</sup> and eight with structural remedies.<sup>75)</sup> Many of the cases where the JFTC obtained divestiture remedies involved cross-border cases where the parties offered the

---

69) *Id.*

70) *Id.*

71) *Id.* at Part VII, 2., (1) (Types of Remedies).

72) Case 10 in the JFTC’s Annual Overview of Major Business Combinations in FY 2012. As remedy in that case, the parties promised to put in place an advisory committee that would monitor the fees charged by Japan’s only remaining stock exchange. A more recent example of a horizontal merger cleared with behavioural remedies is *Z-Holdings / LINE* (case 10 in the JFTC’s Annual Overview FY 2020).

73) TADASHI SHIRAISHI, *DOKUSENKINSHIHŌ [COMPETITION LAW OF JAPAN]*, p. 603 (Yūhikaku, 4th ed. 2023).

74) These were *Imabari Zōsen [Imabari Shipbuilding] / Hitachi Zōsen [Hitachi Shipbuilding]* (case 6 in the JFTC’s Annual Overview of Major Business Combinations in FY 2022; vertical concerns), *Fuji Film / Hitachi Seisakusho* (case 4 in FY 2020; vertical concerns), *Google / Fitbit* (case 6 in FY 2020), *Z-Holdings / LINE* (case 10 in FY 2020, horizontal concerns), *TDK / Shōwa Denkō* (case 2 in FY 2019, vertical concerns), *Toyota / Panasonic Batteries* (case 6 in FY 2019, vertical concerns), *M3 / Nihon Ultmarc* (case 8 in FY 2019, vertical and conglomerate concerns), *USEN – Next Holding / Can System* (case 7 in FY 2018, horizontal concerns), *JX Metals Deutschland / H.C. Starck Tantalum and Niobium* (case 6 in FY 2018, vertical concerns), *Hitachi Metals / Santoku* (case 2 in FY 2017, vertical concerns), *Qualcomm / NXP* (case 3 in FY 2017, conglomerate concerns; this case was ultimately abandoned by the parties), *Broadcom / Brocade* (case 4 in FY 2017, vertical and conglomerate concerns), *Nippon Dynawave Packaging / Weyerhaeuser NR* (case 1 in FY 2016, horizontal concerns). The case number refers to the number in the JFTC’s yearly publication: *Shuyō na kigyō ketsugō jirei [Major Business Combination Cases]*.

75) These were *Kobe Steel / Nippon Steel* (road-related business) (case 3 in the JFTC’s Annual Overview of Major Busi-

divestiture as part of a global solution for concerns raised by various competition authorities,<sup>76)</sup> although some domestic horizontal mergers have also been cleared with divestitures.<sup>77)</sup> In the aggregate, however, divestitures make up much less than half of all remedies accepted by the JFTC.

A more comprehensive count of all publicly available remedies in the period from 1993 to 2019, conducted by a Japanese researcher, yielded similar figures. In eighty-four merger cases, there were thirty-four divestiture remedies and sixty-two non-divestiture remedies.<sup>78)</sup> The sixty-two non-divestiture remedies consisted of twelve remedies involving cost-based purchasing rights, eight remedies involving the offering of infrastructure to facilitate imports or market entry, eight remedies involving the licensing of patents, six remedies involving guidance concerning technology or the provision of technology, twenty-six remedies involving Chinese walls, twenty-one remedies involving the prohibition of discriminatory conduct and five commitments not to abuse a dominant position.<sup>79)</sup>

In short, various types of behavioural remedies have been quite common. These statistics suggest that the JFTC is more accepting of behavioural remedies than the European Commission, which has relied on divestitures in a little more than 70% of its cases.<sup>80)</sup> The JFTC's practice is more in line with that of the French competition authority, which also frequently uses behavioural remedies.<sup>81)</sup>

To some extent, the reason for the relatively high proportion of behavioural remedies can be linked to the rather high proportion of cases in which the JFTC raised vertical and conglomerate concerns. It is often more difficult to resolve those concerns through divestitures than in case of horizontal mergers, where parties can typically divest one of the two merging party's overlapping businesses in the markets where there are concerns.

Although the JFTC's guidelines do not treat vertical and conglomerate mergers as a specific category that may warrant behavioural remedies, in reality, the JFTC has invariably accepted be-

---

ness Combinations in FY 2021; horizontal concerns; although the JFTC labels the remedy in this case as a divestiture, namely a transfer of facilities (*setsubi jōto*), the label is doubtful, see the discussion of the case later in this section), *DIC / BASF Colors & Effects Japan* (case 3 in FY 2020, horizontal concerns), *Nippon Steel / Sanyō Special Steel* (case 4 in FY 2018, horizontal concerns), *Fukuoka Financial Group / The Eighteenth Bank* (case 10 in FY 2018, horizontal concerns), *Dow / DuPont* (case 2 in FY 2016, horizontal concerns), *Idemitsu Kosan / Shōwa Shell Sekiyu and JX Holdings / TōnenGeneral Sekiyu* (case 3 in FY 2016, horizontal concerns), *Nippon Steel and Sumitomo Metal / Nisshin Steel* (case 5 in FY 2016, horizontal concerns), *Abbott Laboratories / St. Jude Medical* (case 9 in FY 2016, horizontal concerns).

76) Recent examples include *DIC / BASF Colors & Effects Japan* (cf. European Commission, M.9677 - *DIC / BASF Colors & Effects*), *Dow / DuPont* (cf. European Commission, M.7932 - *Dow / DuPont*), *Abbott Laboratories / St. Jude Medical* (cf. European Commission, M.8060 - *Abbott Laboratories / St. Jude Medical*), and *Zimmer / Biomet* (Case 7 in the JFTC's Annual Overview of Major Business Combinations in Fiscal Year 2014 (Heisei 26)) (cf. European Commission, M.7265 - *Zimmer / Biomet*).

77) An often-mentioned example is *Yamada Denki / Best Denki* (Case 9 in the JFTC's Annual Overview of Major Business Combinations in Fiscal Year 2012) (divestiture of eight retail electronics stores to a third party).

78) Yoshihiro Sakano, *Kigyō ketsugō ni okeru mondaikaishōsochi no arikata ni kansuru kentō* (2021) (doctoral thesis, Kobe University), p. 60, Hyō 3 [Table 3], <https://da.lib.kobe-u.ac.jp/da/kernel/D1007662/D1007662.pdf>. The numbers add up to more than 84 cases because some cases had both a divestiture remedy and non-divestiture remedy.

79) *Id.*, at p. 60, Hyō 3 [Table 3].

80) Simon Vande Walle, *Remedies*, in *EU COMPETITION LAW VOLUME II: MERGERS AND ACQUISITIONS* 763, at 796, para. 7.91 (Christopher Jones & Lisa Weinert eds., Edward Elgar, 3d ed. 2021).

81) AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *LES ENGAGEMENTS COMPORTEMENTAUX*, p. 61, p. 65 (Direction de l'information légale et administrative, 2019), [www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/publications/engagements-comportementaux](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/publications/engagements-comportementaux) (noting that each year, the authority issues between five and ten clearance decisions with remedies, of which a significant proportion ("une forte proportion") with behavioural remedies). See also Michaël Tiralongo, *La comparaison franco-japonaise du contrôle des concentrations*, Doctoral thesis of 2012, p. 312, para. 788, <https://hal.science/tel-00787250/>.

havioural remedies in such cases. Some scholars have suggested the JFTC’s guidelines should be modified to reflect that reality.<sup>82)</sup> Recent vertical or conglomerate cases where behavioural remedies were accepted include *Imabari Shipbuilding / Hitachi Shipbuilding*, *Google / Fitbit* and *M3 / Nihon Ultmarc*. In Japan, Microsoft’s acquisition of Activision was cleared without conditions,<sup>83)</sup> based on Japanese market realities, which included a very strong position for Sony and Nintendo, and the fact that Activision’s most successful game (*Call of Duty*) is not so popular in Japan. However, if the deal had raised competition concerns, one can surmise that the JFTC would have accepted behavioural remedies.

In domestic cases where the JFTC has accepted structural remedies, the divestitures have often been narrow, entailing the transfer of assets rather than full-fledged businesses, and, in some cases, with serious limitations on the competitiveness of the divested assets. For instance, in the steel sector, a recent 3-to-2 merger between Nippon Steel and Kobe Steel’s road-related businesses was cleared after the parties offered to divest a 45% stake in the machinery that makes the relevant products, leaving a 55% stake of the machinery, as well as the rest of the plant, in the hands of the merged entity. In addition, the volume of products to which the third party would be entitled was capped at the market share of the smallest of the two merging parties prior to the merger.<sup>84)</sup> Parties likely argued that such limitations made the remedy proportional to the harm, but it also means the competitive restraint introduced by the so-called divestiture is blunted.

A somewhat peculiar element in the JFTC’s

practice is the rather favourable attitude towards cost-based supply agreements as a remedy. They are used with some frequency. A well-known example where such a remedy was accepted by the JFTC is the merger between Nippon Steel and Sumitomo Metal,<sup>85)</sup> a merger that resulted in the formation of the world’s second largest steel maker in 2012. The JFTC found that the merger would harm competition in the Japanese market for non-oriented electrical steel sheets, a type of steel used in the iron core of motors. The merged entity would have a 55% market share in that market, with only one competitor left. As remedy, the JFTC accepted that one of the merging parties would supply a third party (Sumitomo Corporation) at a price equal to the production cost, for five years after the merger. Such a temporary remedy, less drastic than a divestiture, was considered appropriate by the JFTC because imports were increasing and would increasingly put pressure on the Japanese producers.

## VI. Implementation and Enforcement of Remedies

The informal process through which the JFTC negotiates and accepts remedies no doubt offers benefits to the JFTC and the parties alike. For the JFTC, it means it can deploy its limited resources in the most efficient way, without having to follow procedures that it does not deem necessary. For the parties, informality gives them some control over the timing of the merger review process, as they can discuss remedies with the JFTC at any point in time, also prior to notification. It also avoids surprises, and, to some extent, the involve-

---

82) Megumi Tahira, *Kigyō ketsugō kisei ni okeru shinsa to tetsuzuki no arikata [How Does Merger Control Work in Japan?]*, NIHON KEIZAIHŌ GAKKAI NENPŌ, DAI 41 (2020), p. 57-58.

83) Case 7 in the JFTC’s Annual Overview of Major Business Combinations in FY 2022.

84) Case 3 in the JFTC’s Annual Overview of Major Business Combinations in FY 2021 (*Shinkō kenzei kōgyō [Kobelco Engineered Construction Materials] / Nittetsu Kenzei [Nippon Steel Metal Products]*).

85) JFTC, Press Release: Results of Investigation into the Proposed Merger Between Nippon Steel Corporation and Sumitomo Metal Industries, Ltd. (14 December 2011). Apart from non-oriented electrical steel sheets, the JFTC also had concerns in relation to the market for high-pressure gas pipeline engineering services. It accepted behavioural remedies for that market as well.

ment of critical or opportunistic third parties.

But the informality of the JFTC's approach undoubtedly also has demerits and Japanese scholars have not hesitated to point these out. For starters, the lack of formal decisions in merger control leads to stunted development of the law.<sup>86)</sup> It also makes it more difficult for third parties to be involved in the merger review process.<sup>87)</sup> From the merging parties' perspective, that may be a positive thing, but it means the JFTC misses out on potential sources of information, and it leads to less involvement of civil society in the merger control process.

Perhaps most importantly, it also leads to difficulties in enforcing remedies. The JFTC typically requires the companies to report about their compliance with remedies on a regular basis (e.g. yearly),<sup>88)</sup> and there is no indication that companies do not comply with this reporting duty. However, it is much less clear whether this reporting allows the JFTC to adequately monitor compliance and what leverage the JFTC has to push companies towards compliance.

Since the remedies are not incorporated in any formal JFTC order or decision, a violation of the remedies as such cannot be sanctioned. If a party fails to comply, the only option for the JFTC is to re-open the merger investigation and take action against the merger itself, by arguing that, with the remedies not being fully implemented, the merger may lead to a substantial restraint of competition. A hearing would then ensue and ultimately the JFTC could issue a cease-and-desist order. In short, the violation of the remedies as such is not an offense under the Antimonopoly Act. Only an

anticompetitive merger is. This constitutes a very indirect way of enforcing merger remedies and it would seem to be a difficult path for the JFTC. As of yet, it has never been tested, as the JFTC has never pursued a violation of remedies.

## VII. Conclusion

Remedies play an important role in merger control in many jurisdictions, but even more so in Japan, where the JFTC has exclusively used remedies, not prohibitions, to address anticompetitive mergers. The JFTC's remedies practice is governed by guidelines, without any statutory provisions or case law. This seems to confer significant discretion to the JFTC. But the JFTC has not used that discretion to force the merging parties to offer onerous, far-reaching remedies. On the contrary, the JFTC has often accepted behavioural remedies and, in case of structural remedies, the divestiture of a collection of assets rather than full businesses. In other words, for better or worse, the JFTC's stance has been more pragmatic than principled.

A possible explanation for this tendency is that the incentives for the JFTC are somewhat asymmetric. If the JFTC is demanding, it may have to go down the path of a cease-and-desist order prohibiting the merger or imposing its own remedies, something which the JFTC has not done in more than half a century. By contrast, if it is lenient and clears the merger with the remedies proposed by the parties, it faces almost no threat of an appeal by third parties. Hence, it is probably easier for the JFTC to be lenient than it is to be demanding.

86) See e.g., FUMIO SENSUI, *DOKUSENKINSHIHŌ*, p. 149-150 (Yūhikaku, 2022) (pointing out that the tendency to terminate merger investigations in Phase I is fraught with problems in terms of rule-making); SHŪYA HAYASHI, *KIGYŌ KETSUGŌ KISEI – DOKUSENKINSHIHŌ NI YORU KYŌSŌ HYŌKA NO RIRON*, p. 697 (Shōjihōmu, 2011) (pointing out that one of the problems of the informal merger control system is that there is no accumulation of precedent to illuminate the abstract standard of “substantial restraint of competition”).

87) Megumi Tahira, *Kigyō ketsugō kisei ni okeru shinsa to tetsuzuki no arikata [How Does Merger Control Work in Japan?]*, *NIHON KEIZAIHŌ GAKKAI NENPŌ*, DAI 41, p. 58-59 (2020) (pointing out the need for a more systematic involvement of third parties in Japanese merger control).

88) The JFTC normally does not use monitoring trustees to assist with the monitoring of the remedies, except in cross-border cases where a monitoring trustee has been appointed by other competition authorities as well. Recent cases with a monitoring trustee include *Google / Fitbit*, *Qualcomm / NXP* and *Broadcom / Brocade*.

A distinctive feature of the remedies process in Japan is its informality. The JFTC does not issue formal decisions incorporating the remedies. No party has ever challenged the remedies accepted by the JFTC. The JFTC has also never pursued a violation of remedies. All of this illustrates the cooperative dynamics between companies and the JFTC. The JFTC's remedies practice therefore confirms the conventional wisdom that Japanese regulators and businesses strongly prefer informal processes with little judicial intervention over strict, rights-based enforcement subject to judicial review.

At the same time, Japan's remedies practice raises an intriguing question. In spite of the JFTC's non-confrontational approach to merger control, there is little sign that Japan has suffered from the ills of increased concentration and market power in the way that the United States and, increasingly, Europe have. It is an open question how that is possible. Is the JFTC's approach to merger control more effective in keeping markets competitive? Is there some unique characteristic in the Japanese economy – perhaps the communitarian spirit in large companies ("the company as a family") – that makes anticompetitive mergers less frequent? Or is there yet another factor at play?

(Simon VANDE WALLE)

## 投稿論稿選出理由

### 侮辱罪の保護法益と行為

#### ——法定刑の引上げと、ドイツ的な把握——

小杉麟太郎

本論稿は、侮辱罪の保護法益について、通説たる外部的（社会的）名誉説を批判し、ドイツの判例・通説とされる規範的名誉と、その規範的名誉説からの発展である、社会における（対等な）コミュニケーションの保障という観点を導入すべきであることを論じるものである。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・侮辱罪の保護法益についての盤石な通説とされる外部的名誉説を説得的に批判しており、問題提起として価値がある。具体的には、外部的名誉説と現代的な事例の齟齬を指摘し、さらに外部的名誉説の定着した歴史的経緯を分析し、外部的名誉説に実質的な根拠が乏しいことを明らかにする、という手法が有効に機能している。
- ・さらに、外部的名誉説に代わって規範的名誉説という見解がありうることを、ドイツにおける学説と判例の展開を丹念に追うことで、丁寧に論証できている。

他方で、本論稿に対しては、「妥当価値」という概念の内容とそれを設定した意義が論稿から読み取れないという指摘や、「コミュニケーションのための名誉」という観点からは処罰範囲を限定できていないという指摘がなされた。

これらの点については、以下の理由で、いずれも論稿の価値を大きく低減させるものではないと評価された。前者については、本論稿は本格的なドイツ法研究を目的とする論稿ではなく、また、通説を批判し、他に有力な見解があるという問題提起をただけでも有意義である。後者については、「コミュニケーションのために必要な尊重要求を損なうものを処罰する」という形で、処罰すべき侮辱について、ある程度具体的な指針を与えることに成功しているとも見ることができる。

以上より、本論稿は、論理的精確性及び新規性の観点から相当の水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者により一定の補正・追記がなされた。

### 地区詳細計画上の利益衡量

#### ——ドイツ連邦行政裁判所における衡量要請の展開——

田中裕登

本論稿は、ドイツ行政法上の概念である「衡量要請」を主題として検討したものである。第一に、ドイツ連邦行政裁判所における衡量要請を扱った裁判例を通時的に検討し、衡量要請が判例上どのように展開してきたか、分析している。裁判例を分析するにあたっては、裁判例を、事実関係にまで具に立ち入って検討している。第二に、衡量要請に関する判例・学説上の論点を複数取り上げ、裁判例の分析結果を利用し、これらの問題に関する筆者の考察を示している。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・本論稿は、ドイツ連邦行政裁判所の、衡量要請に関する判示を行った主要な裁判例を、事実関係にまで立ち入り、日本語に訳した上で、時系列に沿って整理し、分析している。衡量要請について論じている日本語文献は存在するが、本論稿のように、多数の裁判例を時系列に

沿って提示し、日本語に訳し、事実関係にまで立ち入って分析している文献は、他に存在しないように思われる。本論稿は、ドイツ連邦行政裁判所における衡量要請に関する日本語の文献として、貴重なものである。

- ・とりわけ、ヨーロッパ化以降の裁判例の動向については、先行研究もほとんどなく、学術的価値は極めて高い。

他方、審査会議では、次のような指摘もなされた。第一に、本論稿は、全体の論旨や論述展開が不明確である。本論稿は、自身を、判例の展開を辿るに留まる研究として提示しているのか、展開を踏まえて一定の考察を加えようとする研究として提示しているのか、不明確である。特に、考察を加える章はどのような位置づけのもとに理解するべきか。第二に、本論稿は、判例の展開を辿った結果として、十分な筆者独自の見解を打ち出すものではない。

しかしながら、上記のような指摘は、以下のような理由から、論稿の評価を大きく下げるものではないと考えられた。第一の点については、本論稿から、本論稿が自身を前者として位置付けていると読める箇所が散見される。考察部分は、判例の展開の検討だけではドイツ計画法上の衡量要請の内在的理解をするのに足りない部分を補うための総括的な記述として位置付けたうえで読むことができる。第二の点については、判例・学説の展開を紹介する論文はその性質上筆者独自の見解を打ち出すものではないが、その点は差し置いても十分な価値を認めることは可能であり、類型的に低い評価を与えるべきではない。

以上より、本論稿は、論理的精確性及び新規性の観点から相当の水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者により一定の補正・追記がなされ、上記の指摘を踏まえた本論稿の位置付け・考察部分の位置付けの明確化が図られた。

## 身分犯の共犯と業務上横領罪の構造

星川竜儀

本論稿は、刑法 65 条 1 項と 2 項の区別について、身分犯の規定形式によって決する形式説（判例・通説）と当該身分の法的性質によって決する実質説（有力説）との比較対照、特に両者で帰結に相違が生じる部分の検討を通じて、形式説が正当化されることを論証するものである。その上で、業務上横領罪の場合の同条の適用のあり方や公訴時効との関係も論じる。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・従前、議論が多岐に亘っていた身分犯の共犯について、体系的に整理し、形式説が妥当であると論理的に論証している。
- ・とりわけ、刑法 65 条自体の解釈論を展開する部分は、違法身分を 2 つに分類して検討している点をはじめ、全体的に緻密な論証となっており説得力がある。

一方、審査会議では、本論稿の主題につき、身分犯の共犯とするのか令和 4 年判例の評釈とするのか、という点につき、記述が不明確であることから、議論が分かれた。もっとも、この点を差し引いても、身分犯の共犯についての論述に高い学術的価値が認められるとされた。

また、形式的な点について、論理の流れは飛んではないものの、やや言葉足らずであったり、表現や内容が難解な部分が散見されたりと、説明が不親切な部分が見受けられる。しかし、議論の流れそのものはわかりやすいため、この点は論稿の価値を下げるものではないとの結論に達した。

以上より、本論稿は、論理的精確性及び新規性の観点から相当の水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者により一定の補正・追記がなされ、上記の主題についての問題に

つき明確化が図られた。

## 意思表示の成立要件の検討 ——電子取引を題材に——

宮川将毅

本論稿は、民法上の意思表示の成立の要件について、まず従来の判断枠組みを示し、電子取引特有の事情に照らして従来の判断枠組みの問題点を指摘した上で、執筆者が考える今後の判断枠組みの候補を3つ挙げて、それぞれの候補について仮想事例を用いて比較検討し、最も妥当な結論を導くものを結論として示すものである。

編集委員会としては、次の点を評価した。

- ・論旨が明確に示されている。また、論述の展開が論理的である。
- ・議論の展開方法についても、意思原理・信頼原理・帰責原理の視点を用いたわかりやすい展開となっている。また、3つの判断枠組みの候補を比較検討するという手法は、本論稿の主題に適した手法とも評価できる。
- ・意思表示の成立要件の問題について、従来議論されてきた、表示行為への表示意思の要否の論点に限らず、議論を行う意味があることを示すものであって、新規性が認められる。

他方で、本論稿に対しては、3つの新しい判断枠組みのうちB IIが最も妥当であるという結論を導く過程について、理由づけとしてB IIであればAやB Iで生じる問題が克服できるというやや消去法的な手法となっているのではないかとの指摘がなされた。

しかし、AやB Iで生じる問題がどのようなものであるかを具体的に論じられており、かつB IIであればそうした問題が生じないことを論証されていることから、論証として成功しているとみることもできる。

そのため、この点は論稿の価値を大きく低減させるには至らないと考えられた。

以上より、本論稿は、論理的精確性及び新規性の観点から相当の水準に達しており、掲載可と判断するに至った。

なお、掲載決定後に、執筆者により一定の補正・追記がなされ、B IIの妥当性の論証の明確化が図られた。

## 執筆者一覧

小杉麟太郎	2021年4月既修コース入学・2023年3月同コース修了
田中裕登	2021年4月既修コース入学・2023年3月同コース修了
星川竜儀	2022年4月既修コース入学
宮川将毅	2022年4月既修コース入学
朱 大明	大学院法学政治学研究科特任教授
瀧川裕英	大学院法学政治学研究科教授
Simon VANDE WALLE	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

河野匡亮 赤川愛美 阿部冬星 安部 誠 石田洸太 大場結佳  
奥川樹凜 小田切 文 齋藤 輪 澤田公平 左右田 駿 竹内正登  
土谷里紗 網脇奈保 寺地正則 平松智治 古谷彩馨 宮川太真  
宮川将毅 山田洸太

### 教員編集委員

垣内秀介 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長  
笠木映里 大学院法学政治学研究科教授  
滝澤紗矢子 大学院法学政治学研究科教授

## 編集後記

決して順風満帆な編集作業ではなかったと思います。18期編集委員会は、当初たった5名の委員からスタートしました。編集委員会の運営についても、従来の運営のあり方の蓄積が必ずしも十分とはいえない状況で、先行きの見通しの悪いなか手探りで進めてきた感があります。また、18巻の投稿募集に対して投稿いただいた学生論稿も、例年よりも少ない7本にとどまりました。

こうした困難に対してはさまざまな方のご協力をいただき、今期も発刊までたどり着くことができました。委員会の規模については、その後の第二次募集にたくさんの方が応募してくださり、結果として20名もの優れた仲間が集まりました。編集委員会の運営に際しては、大勢の方々にお力添えをいただきました。すべての方への感謝を個々に記すことは残念ながらできませんが、お世話になった皆さまにはこの場をお借りして改めてお礼を申し上げます。また、投稿論稿についても、投稿数の少なさをものともせず、水準の高い論稿が数多く集まり、結果として掲載論稿は4本にも上りました。執筆者の皆さまには、敬意とともに、感謝を申し上げます。

難局をなんとか乗り切った体験を束の間の安心に返めることなく、今期の編集作業の問題を広い視野でとらえると、やはりローレビューの基礎体力の減退に目を向けざるを得ません。委員を確保し、委員会を運営し、投稿論稿を集める。こうした基本を下支えする制度的地盤が次第に弱まっているように思われます。

しかし、ローレビューというプロジェクトは、このまま減退させていくにはあまりにも惜しい意義ないしポテンシャルがあると考えています。編集委員としての立場からは、私自身、法的議論に関心をもって集まってくれた委員の仲間から、査読の場においてのみならず、日常のふとした会話においても、さまざまな観点から法や法学についての視座を与えられ、大変刺激を受けました。また、論文を執筆する学生の立場においても、ローレビューは、その掲載論稿が学生執筆にかかる論文の一定の到達点を示すものとして言及されるように、執筆の際のメルクマールとして、執筆者に対しより高いレベルの論文を執筆するよう動機付ける役割を果たしているといえそうです。ローレビューは、こうした点で、本法学大学院を資格試験勉強の教室にとどまらない学問的営為の主体たらしめる拠点としての重要性を持ち、また可能性を秘めています。

ローレビューが今後もこうした意義を実現し、さらなる発展を遂げていけるかどうかは、ここからが正念場なのかもしれません。その意味で今巻の発刊をもって職責を果たしたこととなるかは心もありませんが、今後のローレビューの成功を願って、これを編集後記とさせていただきます。

東京大学法科大学院ローレビュー第18期編集委員長 河野匡亮

## 御礼

東京大学法科大学院ローレビューは、前号(第17巻)に引き続き、本号(第18巻)も渡部友一郎氏(弁護士・Airbnb)からのご寄付によって刊行されています。

ここに記して、御礼申し上げます。

東京大学大学院法学政治学研究科

## 東京大学法科大学院ローレビュー Vol.18 2023年12月発行

The University of Tokyo Law Review

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.slrlr.j.u-tokyo.ac.jp/>



※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、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。

