

一橋大学 法科大学院

一橋ローレビュー

第六号 2024年3月

第6号の刊行に寄せて……………本庄 武 (1)

最終講義

意思表示をめぐって……………滝沢昌彦 (2)

論説

共有物の広義の管理と令和三年度民法改正における共有物の利用規定
——管理権概念からの再考——……………赤木 修一郎 (21)

宿泊予約サイト運営業者による最恵国待遇条項と独占禁止法上の問題点

……………小野 日向 (41)

責任能力判断における制御能力要件の再考

——制御能力不要論と近時の裁判例——……………柏田 芳樹 (71)

判例における司法審査の外延と中核……………山井 聡也 (88)

エッセイ・コラム

コラム「スタートアップと最先端法務」……………長野 友法 (160)

一橋大学法科大学院で得ることができたもの

——1人の街弁として——……………藤井 智紗子 (164)

法科大学院出身の法学研究者として



——法科大学院での学びと今——	酒井 智之 (174)
リサーチペーパー執筆のすゝめ	柳 武史 (178)
編集後記	(186)
執筆者・編集委員一覧	(187)

第 6 号刊行によせて

このたび、一橋ローレビュー第 6 号が刊行される運びとなりました。

ローレビューのメインコンテンツである投稿論文は、元々、法学研究（旧法学研究基礎）という授業で執筆したリサーチペーパーです。法科大学院 3 年次の余裕がないなかで、リサーチを積み重ね執筆したリサーチペーパーを修了後にさらに手直しし、所定の審査を経て、投稿論文が完成しています。本号でも 4 本の力作が揃いました。投稿者の皆さんは、優れたリサーチ能力を兼ね備えた法律家になるための努力を惜しまれませんでした。その真摯な姿勢に、敬意を表します。

豊かな研究が教員のみならず学生によっても、しかも至るところで展開されているという環境が、法科大学院の地力を示すことはいまでもありません。これを目にする現役及び将来の在学生の皆さんが後に続いてくれることを期待します。

本号では投稿論文に加えて、修了生である OB・OG による法科大学院で学んだことや現在の仕事に関するエッセイと、法科大学院創設以来長きにわたり法科大学院教育にご尽力され元法科大学院長も務められた滝沢昌彦一橋大学名誉教授（現・法政大学法学部教授）の最終講義（2023 年 1 月 27 日開催）も収録されています。投稿論文以外のコンテンツにも編集委員の創意工夫が現れており、本誌の魅力の 1 つとなっています。併せてご覧ください。

本号の刊行においては、但見亮教授、酒井太郎教授、石田剛教授（前法科大学院長）、そして編集委員である赤木修一郎さん、武井祐樹さん、中野宗一郎さん、山井聡也さんのご尽力がありました。記して感謝申し上げます。

2024 年 3 月

本庄 武

（一橋大学法科大学院長）

意思表示をめぐって

滝沢 昌彦

こんにちは。まず、学部長としてご挨拶を頂いた屋敷先生、司会の角田先生、ありがとうございました。本日は私のためにこういう機会を設けていただき、これだけ多くの方々に集まっていたで大変ありがたく思います。コロナですから最終講義やるかどうかちょっと迷ったのですが、やっぱり定年という一つの節目ですので、これを機会に自分が今までやってきたことを振り返ってみて、それがまた将来への一つのステップになるだろうと思って、あえて最終講義をすることにしました。どうぞ最後までお付き合いいただければ幸いです。

私は卒業後 2 年間の司法修習を経て一橋大学の助手になりました。いわゆる助手論文としては意思表示の解釈に関する研究を発表しましたが、そこでいろいろな疑問が生じまして、それがさらに研究を続けるきっかけとなったわけです。といっても一直線に研究を進めてきたわけではなく、右へ行ったり左へ行ったりしてうろうろしていたという感じで、本日のタイトルも「意思表示をめぐって」以外に言いようがない次第です。

お手元のレジュメ（後掲）の 1 の「意思表示の解釈」をご覧ください（文献などもそこに引用しました）。

1. 意思表示の解釈

助手になって最初に取り組んだのは意思表示の解釈でしたが、深く考えてテーマを選択したわけではなく、なんとなく契約法を勉強したかったのも、その基礎たる意思表示を研究しようと思っただけです。解釈をテーマとしたのは、当時は解釈学（ヘルメノイティーク）に興味があったので、そこから意思表示の解釈にも何か指針が得られるのではないかと考えたわけです。

ただ、今から考えるとちょっと不思議な気もするのですが、当時は、意思表示や契約の解釈についての一般論的な研究は、その少し前に磯村先生の論文があったぐらいで、あまり盛んに研究されていた分野ではありませんでした。ところが、私が論文を発表する直前ぐらいに、山本敬三先生が補充的解釈についての大きな論文を書かれ、私とほとんど同時に上田誠一郎先生が不明確条項の解釈に関する研究をし、さらに鹿野菜穂子先生とか沖野眞已先生も契約解釈についての論文を出すなど、わずか何年かの間にパタパタと意思表示の解釈に関する論文がいくつか出てきました。その後、沖野先生と「民法学の世界にも世代感覚があるのでしょかね」なんていう話をした覚えがあります。

さて、私は辞書を引きながらドイツの学説を学んだわけですが、当時のドイツでは、意思表示の解釈は表示の受領者（表示を受けた人）の立場から解釈されるべきであるとするのが伝統的な判例の立場でありました。意思表示を解釈するのだったら、むしろ表示をした人が

どういふつもりであつたのかが問題となるのではないかと思われるかもしれませんが、誤解されるよふな表示をしておいて「俺は実はこふいふつもりだつた」なんて言うのはフェアじゃありませんから、やっぱり受領者の立場から解釈されるべきであるというのが判例だつたわけです。しかし、他にもいろいろな議論がされていまして。

そのよふな議論を参考にして、私自身の結論としては、意思表示によつて法的な責任を負うわけですから、それなら、やはり責任を問われる人の立場、つまり表示者の立場から解釈されるべきであると考え、さらに言えば、表示者の立場から「この表示を受け取つた人（受領者）はこふいふよふに理解するのかが」ということを考えて解釈されるべきであると結論し、そして、こふいふ解釈で一貫させるべきだと思ひました。（後述するよふな）二元論はないと主張した覚えがあります。

二元論っていきなり出しましたが、当時、日本では意思表示の解釈は客観的にされるべきだというのが伝統的な通説でした。ここまではドイツとあまり変わりません。つまり誤解されるよふな表示をしておいて「実はこふいふつもりだつた」なんて言うのは許されない。だから表示をした人の内心が問題となるのではなく、その表示が客観的にこふいふ意味を持っているのかが考えて意思表示の解釈は客観的にされるべきだとされていまして、ちよつとこの頃から、両当事者、つまり表示者と受領者との理解が一致しているのであれば一致した理解に従つて解釈するべきであつて、客観的な意味にこだわるべきではないと主張されるよふなになってきました。したがつて、両当事者の理解が一致していないときに限つて客観的に解釈されるべきであることになります。両当事者の意思が一致しているなら、それ（一致している両当事者の意思）に従つて解釈する、こふいふ場合（両当事者の意思が一致していないとき）は客観的に解釈するこふいふ意味で、二元論と呼ばれていまして。こふいふ立場が当時有力になりつたわけです。

もう少し具体的に説例で説明したいと思ひますが、例えば、レジュメの説例を見ていただくなら、A（表示をした人）がB（表示の受領者）に対して「10ドル払う」と約束したところ1ドル=130円であつた場合には、客観的に解釈するならばAはBに1,300円支払うべきことになりましてね（レジュメの403条とは債権額を外国の通貨で決めた場合であつても円で払つてよろしいこふいふ条文です）。ところが、契約締結時には全く偶然にAもBも1ドル=150円であると誤解していたこふいふ場合を考えると、二元論からいへばAもBも1ドル=150円であると思つていたのなら1,500円と解釈すればいいじゃないか、客観的な解釈の1,300円を両当事者に押しつける理由はないこふいふことになります。

一見もつともなよふなにも思えるわけですが、しかし、レジュメの(1)で書いたよふな、後になつてAが自分の誤解に気付いた場合、Aは、まさかBも1ドル=150円と理解していたとは知るよしもないわけですよ。Bは1,300円を期待しているだろうと思はずで、それが普通です。だつたら1,300円払えばよいのではないのでしょうか。たまたまBも1ドル=150円と誤解していたこふいふAには分からない事情によつてAの責任が重くなるこふいふのは、Aからすれば納得のいかないこふいふことだろうと思ひます。たまたまBもAと全く同じ誤解をしていたなどこふいふことは実際にはほとんどあり得ないわけですから現実的にはあまり

考えられない場合ですが、私に言わせれば理論的には重要な問題であって、このような場合には、いかに A と B の理解がたまたま一致していたとしても、お互いに相手方がそのように理解するということは分からないわけですから、そのように解釈する必要はない。だから二元論は存在しない。A の立場から「B はどういうふうに理解するであろうか」という解釈（1,300 円）で押し通せばよいということになると思います。

もっとも常に 1,300 円の責任を負うというのが妥当であるかには疑問もあり得ないわけではありません。例えば、今度は (2) を見てほしいのですが、A が誤解に気付かず 1,500 円支払ってしまったときには、B も 1,500 円だと思ってるわけだから黙ってそれを受け取っちゃいますよね。B も黙ってそれを受け取ったときには、その後になって A が「1,300 円の義務しかないはずだから 200 円返してくれ」と主張できるかと考えると、これはやっぱり信義則上そんな主張はできないだろうと思います（錯誤を主張できるかどうかはまた別問題ということにしてください）。とにかく今更「1,300 円の義務しかない」などと言わないでほしいと考えたわけです。

私のこの主張を捉えて、「滝沢は二元論は存在しないと言ってるけれども、両者の意思が一致してる場合には結局信義則を持ち出して、その一致した意思を通用させているではないか」と批判されたことがあります。私は意思表示の解釈の問題としてそういうことを言っていたわけではなくて、1,500 円払っちゃった、B もそれを受け取った、契約をそういうふうに履行した後になって、それを今更ひっくり返すのは信義則に反するんじゃないかと言いたかっただけです。

さて、現在でも意思の伝達というコミュニケーションの理論としては自分の考えが正しいと思っはいるのですが、ただ、今から見ると、やはり足りなかった部分もあるなと反省させられます。

まず第 1 には、表示者・受領者という表現からも分かるように私の検討は一方的な意思表示を想定したのですが、「じゃあ契約も同じように解釈できるんですか」という批判が考えられます。契約とは、申込みと承諾という二つの意思表示の一致です。522 条の 1 項によれば、例えば、A が、本屋さんの B に「その本を売ってください」と契約の申込みをして、それに対して B が「売らしましょう」と承諾をすれば契約が成立するわけです。つまり契約とは、それぞれが一方的な意思表示である申込みと承諾が合致したものですから、私自身としてはそれぞれについて、まずは申込みについて今言ったような解釈をし、次に、承諾についても今言ったような解釈をした上で、その結果が一致すれば契約が成立すると考えていたわけです。メディクスの教科書なんかでもそのように説明されています。しかし改めて考えてみると、契約とは本当にこういう一方的な表示が合致したものに過ぎないのかという点に疑問を感じないわけではありません。

それから第 2 に、私の議論は、責任を負うような意思表示つまり債務負担行為を想定しているわけですが、意思表示とは必ずしも債務を負担する表示のみではないわけですね。そのような場合は、債務負担行為とは異なって扱う可能性もあるのではないのでしょうか。ただし、この第 2 の点については今日はこれ以上触れません。

第3は表示の意義です。意思表示とは「その本を売ってください」、「買います」という内心の意思（つまり効果意思）を相手方に伝達してるわけです。しかし、意思を表示することの意義は、このように単に意思の伝達だけに尽きるのかという問題もあります。

2. 契約の成立

(1) 契約は、一方的表示（申込みと承諾）の合致なのか。

それでは今度はレジュメの2番をご覧ください。私はまずは、この反省の第1から始めました。先ほど述べましたように、日本の民法では——他の国でも似たようなものですが——Aが、B（例えば本屋さん）に「その本を売ってください」という契約の申込みの意思を伝えて、BがAに「売らしましょう」と承諾の意思を伝えれば契約が成立するわけです。甚だ分かりやすいセオリーですが、分かりやすいだけになんとなく当然視しちゃって、あんまり深く考えないという危険もあります。

しかし、この理屈からは説明できないような例外的な場面もありまして、私は、まず発信主義に注目しました。例えば、Bが「売らしましょう」という意思表示を3月1日にポストに入れたときには、Aのところに届くのは3月3日ぐらいですね。今の理屈からいえば、承諾がAに到達した3月3日に契約が成立することになるはずですが、ご存じのように日本の民法では、つい最近の債権法改正の前までは、承諾を発信した時（3月1日）に契約が成立するというようになっていました。民法の旧526条1項です。

もっとも学説の多くは、立法論としてはこれに反対していました。私の恩師である好美先生の最終講義は「民法学の新たな動向」というタイトルで、動産売買に関するウィーン条約などを参考に取引法的世界的潮流を紹介したものでしたが、日本の発信主義について、日本の立法者はあまり深く考えずに契約の成立時期は早い方がいいだろうと安易に考えて発信主義を採用したんだとおっしゃって、しかし世界的な流れは到達主義であると批判していました。ただ、私自身は、先生の話聞きながら——先生には失礼ながら——私は先生ほど発信主義を軽く見ることはできないと思っていました。日本の立法者も安易に決定したわけではなくて相当議論していましたし、ドイツでも激しく対立していた問題だったからです。そこで、結論としては到達主義が正しいとしても、じゃあなぜ発信主義がこれほどまでに支持されていたのか、それを調べてみようと思ったわけです。

さて、ドイツの民法が制定される前のドイツの法律（プロイセン一般ラント法とかドイツの商法とか）での傾向を見ますと、当初はむしろ発信主義のほう優勢であったように思われます。そこで念頭にされていた場面っていうのは、例えば、AがBという本屋さんに「こういう本を売ってください」と申込みをしてBが売ろうと思った場合は、普通はいきなりその本をAに郵送しちゃうわけですね。そこで、本を郵送することが承諾だと考えられていたわけです。そういう場合は本を発送した3月1日に契約が成立するとした方が合理的で、例えば郵便の事故等によって本が届かなかった場合には、契約が成立していることを

前提にして B に契約違反の責任があるかないかを検討すればいいわけです。

到達主義によると本が届かない限り契約は成立していないこととなりますが、このほうが不自然ですよ。A の求めに応じて B が本を発送したわけですから、B が本を発送した時点（つまり 3 月 1 日）で契約が成立するとしても A も文句を言わないはず。従って、この場合には本を発送しただけで契約が成立し、しかもそれと同時に契約の履行が始まったということになります。言い方を変えれば、契約の履行が始まっているのだから今更契約は成立していないなどと言わないでくれ、ということです。ちょっと話を戻しますが、先ほどの説例の（2）、A が 1,500 円払っちゃって B もそれを受領しちゃったという場合でも、払っちゃって受領しちゃって契約が履行された、だから今更ひっくり返さないでくれという理屈でした。それと同じことです。

さて、当初はこういった場合、例えば本の発送なんかを念頭に発信主義が支持されていたわけですが、後になって、本を発送するっていうのは意思の伝達ではない、だから意思表示じゃないじゃないかということになって、こういう場合については、申込みと承諾の合致により契約が成立するという条文とは別に、A の求めに応じて B が本を発送すれば、つまり契約の履行を始めれば 3 月 1 日に契約が成立するという条文——これは意思実現による契約の成立ですね——が作られるようになったわけです。日本でも今でもそういう条文があります。

そうすると、申込みと承諾による契約の成立で問題とされるのは、本を発送した場合ではなくて、例えば在庫がなかったので、取りあえず B が A に「ご注文を承りました。入荷までしばらくお待ちください」などと返事を出した場合になるわけです。こういう場合を考えれば、確かにそれぞれ一方的に自分の意思を伝達して契約が成立するというさっきの理屈がきれいに当てはまります。だからこういう場合は到達主義が合理的だということになりそうです。

つまり、本を発送した場合——実際にはこれが多いはずですが——については意思実現という制度が整備されたから、申込みと承諾による契約の成立については到達主義が優勢になったのだと、私は考えています。発信主義と到達主義とが争って、到達主義が勝ったというわけではありません。このように、ある制度の発展を考える時は、通時的にどういうふうに発展したかという問題（縦軸）とは別に、他の制度との関係、共時的な他の制度との関係（横軸）についても注目しなければならないと思います。なお、日本では、発信主義を採用しつつ意思実現の制度もあったという、ややいびつな規定になっていたわけですが、債権法改正によって到達主義が採用されて上手く収まったと考えています。

(2) 通謀虚偽表示は否認か抗弁か。

2 番目の問題、通謀虚偽表示は否認か抗弁かという問題に移ります。この問題意識は、私が修習生であった頃にさかのぼります。同僚の修習生から「通謀虚偽表示は否認か抗弁か」と尋ねられました。虚偽表示とは民法 94 条 1 項のことで、両当事者が通謀して虚偽の意思

表示をしたときは無効であるとされます。例えば説例のように、A が B に土地を贈与したけれども、贈与だったら税金がかかっちゃうので税金対策のために売買契約をしたこととして虚偽の売買契約書を作成した場合などを考えてみてください。94 条によってこういう意思表示は無効ですから、この売買契約書を根拠にして A が B に代金を請求したような場合には、B は「いや、あの契約書はうそって約束でしょ」と反論していいわけです。

さて、否認とは相手方の主張を否定するというので、ここでは契約の成立を否定することです。抗弁とは、契約が成立していることは前提としてその契約は無効であると反論することです。日本の民法では、このように、契約が成立したか否かという問題と、契約が有効であるか否かという問題とは区別されています。先ほども述べましたように、申込みと承諾とが合致すれば契約は成立します。合致しない場合、例えば A が B に「その土地を 100 万円で売ってください」と申込みをしたけど B が「120 万円なら売るんだけどな」という返事をした場合には契約は不成立となります。不成立となった場合には、それ以上、有効・無効を論じる余地はないわけです。契約が成立して初めて、その契約が有効なのか無効なのかということが問題となるわけです。

さて、契約が成立すれば、原則としてその契約は有効です。しかし、例外的に——レジュメの 2 ページ目に書きましたけど——意思能力がなかった場合には契約は無効とされますし、それ以外にも 93 条以下の条文によって無効とされたり取り消されたりすることがあるわけです。従って、契約の不成立と契約の無効とは区別しなければなりません。私も教室ではこういうふうに教えていますし、学生の答案なんかで不成立と無効との区別がついていないような表現にはバツを付けて減点します。ここで昔話に戻りますが、「虚偽表示は否認か抗弁か」って聞かれた時、その修習生に対しては「虚偽表示っていうのは契約が成立していることを前提にしているのだから抗弁でしょう」と返事をしましたし、彼女も——女性だったんですが——も「そうよねえ」と答えていたわけです。ところが、いざ裁判でこういう場に出くわしますと、両当事者とも売買契約をする意思はないのに、一体、売買契約が成立しているのかという疑問を感じるようになりました。

ちょうどその頃、賀集唱裁判官の「盲判を押しした契約は有効か」という短い論文に接したのですが、ここでも実務家の実感としては、両当事者とも意図してないような契約は不成立なんじゃないかというような感想が述べられていました。ちなみに、賀集先生はその後、この問題をもっと深く検討して、より本格的な論文を『民商法雑誌』に載せています。それなら、それを引用すればよさそうなものですが、そっちの方の論文は有名だから今更出すまでもないだろう、むしろ、賀集先生はその前からこういう問題意識を持っておられたんだよという意味で、有名じゃないほうの論文を指摘させていただきました。

先ほど、契約の不成立と無効とは区別しなければいけないと述べました。しかし、実は、起草者である梅謙次郎先生は、テキストの中で無効と取り消しの区別を説明してるんですが、無効について括弧して「又不成立ト云フ」と書かれているんですね。だから立法者自身が不成立と無効とを厳密には区別していなかったことがうかがわれるわけです。93 条以下っていうのは、実は、このような成立と効力との 2 段階構造を意識して規定されたわけじ

やなくて、ただ、こういう場合には意思表示は法的効力を有しないとされるべき場面を、それぞれの制度の由来や経緯等を無視して、単に横並びにして列挙しただけなんじゃないかと考えています。

例えば、今問題となっている 94 条とは旧民法の証拠編の 50 条に由来する条文で——ここでは細かい議論は省略しますが——元来は証拠に関する規定であったことに注目したいと思います。つまり、この条文は、売買契約書が証拠として裁判所に提出されたという状況を前提にして、その契約書から売買契約を認定してよいかという問題を扱ったものであり、それなら契約は不成立であると解釈するほうが自然かもしれませんね。これに限らず、契約の成立と効力の区別については、あら探しをすれば相当ボロが出てきます。私は民法総則のテキストも書いたのですが、そこで結構、成立と効力の区別についてあら探しをして「こういう場合はおかしいでしょ」という指摘をしましたので、興味がある方はご覧いただければと思います。ただ、あら探しをただけで、こういうふうに考えれば解決できるという解決法は書いてありませんので、そこはご了承ください。

これに関連して、今ここで検討しているような契約の解釈とか契約の成立とかは、これは事実認定の問題であって法律問題ではないのではないかと、という見解もあります。実務家にはこのように考える方が結構多いように思われます。他方、学者の大多数は法律問題であると考えています。法的責任を負わせてよいかという責任判断が入っているからであって、私もそう考えるわけですが、94 条のように元来は証拠法に由来する条文もあることを考えると、事実認定の問題であるとする見解があるのももつともだという気はします。

(3) 表示（契約書）の法的意義

次に (3) の問題に移ります。こういう経緯から、私は契約書のような書面の法的な効力に興味を持つようになってきました。そのきっかけとなったのは、ドイツの裁判官・学者であるオットー・フォン・ベールの「証書による証明」という論文です。

19 世紀のドイツでは、意思表示の法的効力に関し、意思を重視する立場——これが意思主義です——と、表示を重視する立場——表示主義——とが対立していたことはご存じかだと思います。もともと意思主義とか表示主義とかいう言葉は後になって議論を整理する際に使われるようになった言葉であって、当時から「私は意思主義者です」などと議論をしていたわけではありません。それはともかく、ベールは表示主義者しかも極端な標示主義者とされている人で、ベールの別の論文、「交渉における錯誤について」という論文で、そういう極端な表示主義を主張した学者ですが、その直前に「証書による証明」、つまり、契約書などの証書から意思表示を認定する過程について検討している論文があったのです。事実認定の過程を検討しているのだから、これは、むしろ裁判官としての論文ですよ。ベールは裁判官としてそういう論文を書いていることを偶然見つけて、「ああ、こういう論文があったのか」と思いました。そして、学者としての表示主義者ベールが表示として想定していたのは契約書だということに思い至ったわけです。

意思表示で言う「表示」とは、意思を表示さえすればいいわけですから、理論的には書面に限定される理由はありません。口約束だって、もちろん意思表示になります。ただ、当時の議論で実際に想定されていた表示とは、書面、契約書であったろうことは想像に難くないわけです。そうすると、これは、意思主義対表示主義という議論のイメージにもやっぱり関係してくるのではないかと思います。つまり、そこで想定されている表示とは契約書のことであるとすると、契約書とは、交渉の最後の段階でまとめとして作成される書面ですよ。そういうふうにと考えると、意思主義とは、錯誤のような交渉段階の事情を持ち出してきて契約書を否定しようとする理論だったということになりますし、表示主義とは、交渉の最終段階のまとめとして契約書を作成したのだから、今更文句をつけないでくれという主張だということになるわけです。「最終段階のまとめ」にはどのような意味があるのでしょうか。

意思表示ではなくて、法律については、昔から「後法は前法を廃する」という原則が認められていました。例えばある法律があるとしても、その後になって、それと矛盾するような法律ができたとします。そういうときは、その限度で前の法律は廃止されたものと考えべきでしょう。もちろんそういうときは「前の法律は廃止します」とはっきり断るのが当たり前ですが、断らなかったとしても後の法律によって前の法律は上書きされたというふうに解釈されているわけです。意思表示も同様だろうと思います。つまり、最後のまとめとしての契約書が当事者の意思の最終的な表現なのです。だから、それによって交渉過程の合意というのは上書きされているんだという主張が表示主義だというふうに私は考えています。

これと同様に、契約書に強い法的な効力を認めるセオリーとしては——これは民訴のセオリーですが——処分証書という概念があります。裁判所に証拠として提出される書面には報告証書と処分証書があるわけですが、報告証書とはある事実を証明する証書ですね。例えば、3月1日に弁済をしたという事実があるとして、それを証明するための証書（例えば領収書など）が報告証書です。これに対して契約書などは、契約が締結されたという事実が書面の外にあって、それを証明しているわけではなくて、契約書そのものが意思表示であるわけです。別の表現をすれば、領収書などは弁済という事実を間接的に証明するのに対して、契約書は契約を「直接に」証明しているという言い方がされることもあります。そして、裁判所に提出される書証は——これは報告証書でも処分証書でも同様ですが——真正に成立したものでなければならない、つまり、作成者の意思に基づいて作成されたものでなければならないとされています。そういう証明ができなければ、そもそも裁判所に持ってきちゃいけないわけです。ただ、作成者が普段使用している印鑑がそこに押されている場合には、その人の意思に基づいて作成されたもので真正なものだと推定されるという条文があります。そして、それが処分証書である場合には作成者の意思を直接に証明したことになるわけで、契約書にはそれだけ強い法的な効力が認められているということになりそうです。

この問題は、先ほど一寸言った(2)の問題とも関連します。先ほど紹介した賀集先生の論文のタイトルは「盲判を押した契約は有効か」というものでした。盲判、つまり契約書を全然読まないで印鑑を押してしまったという場合です。しかし、そういう場合でも、その印鑑がその人の普段使っている印鑑であることが証明されれば、さっきの理屈で、その人の意

思が直接証明されたことになってしまうわけですね。実際には読んでないのに印鑑を押した場合でも、その人の意思だ、ということにされてしまう。処分証書にはそれだけ強い効力が認められているわけです。

この他にも、契約書にどのような法的な効力があるのかなということをいろいろあさってみると、例えば英米法における口頭証拠法則なんかも挙げられます。Parol Evidence Ruleと言いますが、実際には口頭証拠排除法則だと言われています。書面を解釈する際には書面以外の事情は考慮しちゃいけないというのが口頭証拠法則です。これも、契約書には当事者の意思が最終的に表現されているのだから、契約は過不足なくその書面の中に入っているはずだということを前提にしています。こういうことを、その契約書が「完成している」という表現を使います。そして、こういうふうに契約書が完成している場合には、解釈の際に契約書以外の事情を使ってはいけません。Within the four corners of the paper、その書面の4つの隅の中のことだけで解釈するんだというセオリーです。これなんかも、今言いましたように、契約書ってというのが当事者の意思の最終的な表現であって、契約はまさにそこに化体(けたい)していると——ちょっと大げさな言い方ですが——という強い効力が認められているわけです。

さらに——これは書面についての議論じゃないんですが——表示をすること自体が約束であって、意思表示とは単に意思(効果意思)を伝達してるだけではないとする見解として、ラーレンツの通用理論なんかがあります。先ほどの反省で、私がレジュメで書いた③のところに入っているわけですが、表示の意義とは、意思を伝達してるだけなのかという疑問です。そうじゃなくて表示する自体ことが約束でしょう。何かを買うっていう意思表示をした場合、内心でただ「買う」って思っただけではお話になんないわけですね。「買う」って表示をすることが約束なのです。

ラーレンツの議論では——報告証書と処分証書の区別にやや似ているのですが——判断的な思考と情動的な思考とを区別します。これ何と訳すのか難しいです。「判断的な」については、原語は *urteilend* なので判断的という訳でいいと思いますが、「情動的な」は *emotional* なんですよ。だからちょっとなんとも訳しにくいのですが、しょうがないから情動的な思考というふうにしておきます。

判断的な思考とは何か客体に対する判断ですが、情動的な思考とは、願望とか命令のように、それ(願望や命令)が直接実現されている論理形式だとされています。ラーレンツ自身の例を挙げれば、「私は、雨が降ればいいと思う」というのは判断的な思考ですが、これに対して、「雨よ降れ」、これは願望が直接にそこで実現されている表現じゃないかというわけです。ラーレンツは、意思表示もこういう意味で情動的なものだと、つまり、Emotionalな、エモいもんだ、と思っているわけですね。

こういうふうに、ある表現ってというのは何か客体を表しているというだけじゃなくて、表現すること自体に意味がある場合もあるんじゃないかという考え方は法律以外でも主張されていて、例えばオースチンの言語行為論なんかがここで挙げられると思います。例えば、会議の開会宣言。議長が「これから会議を始めます」と宣言すれば、会議が始まるわけです。

これは、会議が始まるという事実があつて、それを表現しているわけではないですよね。「会議を始めます」と言うことが、会議を始めることになるわけです。そしてラーレンツは判断的思考と情動的思考との区別に関して、判断的思考の場合には嘘ということがあり得るといいます。例えば、おなかが空いていないのに「おなか空いた」って言ったら嘘になりますね。しかし、情動的な場合には嘘ってことはあり得ない。「会議を始めます」って言っちゃえば、内心どう思つていようが会議は始まっちゃうわけです。判断的思考と情動的思考にはそういう区別があるじゃないかというところから意思表示に関する理論を展開していくわけです。これは別にラーレンツとかオースチンに限ったわけじゃなくて、他にも、言語をこういうふうに分る立場はいろいろあります。

いずれにせよ、だから、「本を買おう」というのは内心の効果意思ですが、内心で決心ただけでは約束にならないのは当然で、その決心（効果意思）を相手方に表示することが約束であるわけで、伝統的には契約書がこの表示の典型例だったわけです。

さて、このように契約書はそれ自体が約束なので強い法的効力が認められていたわけですが、IT時代に生きるわれわれとしては殊更に書面だけを特別扱いするわけにはいかないわけです。そこで伝統的な契約書に代わるような表示、つまり、当事者の意思の最終的な表現であつて契約そのものだと言えるような表示を探さなければならないわけですが、私自身は、伝統的な意思表示の理論で言う「表示意思」が一つの手がかりになるのではないかと考えています。例えば「買う」という意思表示の場合には、「買う」という意思是効果意思ですよね。それとは別に『買う』という意思表示をしよう」という意思もあるわけで、これを表示意思と呼んでいて、これも意思表示の成立要件とされています。現実にはそういう意思があるかどうかはちょっと別問題ですが、一応、建前上、意思表示の成立要件とされています。そして、効果意思は変わる可能性があるわけですね。今日は「買おう」と思つても、明日になったら「やっぱりいいや」というようなことはあり得るわけです。そこで、これを外部に表示することで初めて、これが最終決定であつて法的な責任を負うという意思の表明になるのだらうと考えています。逆に言えば、いかに内心固く決心したとしても外部に表示しない限り、これは禁煙の誓いのようなものであつて、それを守れないことは自分にとっては恥すべきことであつても他人との関係では問題にならないはずで、だから、表示意思に基づいて外部に表示して初めて、これが最終的な決定であり、それに従つて私は責任を負います、という意思の表明になるのではないかと考えています。意思表示の内容は効果意思によって決定されるけど、意思表示の法的な効果（拘束力）は表示意思に由来すると私は考えています。

私一人がこんなことを考えているわけじゃなくて、今回の債権法改正においても契約を成立させる合意が問題になったことがありました。今回の法改正においてもいろんな草案が出されたわけですが、その草案のうちの一つである債権法改正の基本方針 3.1.1.07 の第1項では「契約は、当事者の意思およびその契約の性質に照らして定められるべき事項について合意がされることにより成立する」とされているわけですが、その第2項では「前項の規定にもかかわらず、当事者の意思により、契約を成立させる合意が別途必要とされる場合、

契約はその合意がされた時に成立する」とされています。第1項は、契約内容に関する合意ですね。ところが、第2項で、いかに契約内容についての合意ができていたとしても、契約を成立させて法的拘束力を与えようという合意がない限り契約は成立しないこととなります。おそらく、伝統的には契約書を作成することが、ここで言う契約を成立させる合意だったのだと思います。例えばドイツの民法では、後に契約書を作成することが前提となっている場合には契約書に署名しない限り契約は成立しないという条文があります（ドイツの民法の154条の2項です）。これは、もちろん、後に契約書を作成することが前提となっている場合です。例えば友人同士で自転車を売買するときなどは、契約書を作るはずですよね。だからこういう場合はもちろん口約束で十分です。でも、例えば不動産取引なんかは契約書を作らないはずはありませんよね。だからこういう場合には、契約内容についての合意ができていたとしても契約書を作成しない限り契約は成立しないのです。

もう少し敷衍するなら、契約書を作った場合には、その前に合意はできているはずですよね。その前に合意はできていて「じゃあこういう内容にしましょう」と。そして、「次回、私が契約書を作ってきますから、異議がなければ署名してください」という段取りになるわけですね。じゃあ、そういう時、その前の段階でちゃんと合意は成立してるじゃないか、契約書ってというのは単なるメモでしょとツイ思いがちなんですが、やっぱりそうじゃなくて、契約書を作成することが前提となっている場合には、契約書に署名することによって契約は成立するわけです。いかに内容について合意ができていたとしても、契約書を作成しなければ駄目なんだという条文なのです。日本の民法には、こういう条文はないんですが、ロースクールなんかでは私は「常識として覚えておけ」と教えています。こういう場合、つまり後で契約書を作成するという場合には、いかに契約内容についての合意ができていたとしても、やっぱり契約書作らない限り契約は成立しないものなんだよというわけです。

ですから、債権法改正の基本方針が、契約内容を定める合意とは別に、契約を成立させる合意というものを想定しているというのは大変な炯眼（けいがん）だと思います。そして、今のこの条文は契約についての規定ですが、意思表示一般についても、効果意思とは別に、その内容を最終的に確定させて法的責任を負うという意味が考えられるはずで、伝統的な意思表示のセオリーでは表示意思がこれだったんだろうと思います。こういうのを手がかりにすれば、現代的な意思表示論を構築することができるんじゃないかと考えている次第です。

以上、意思表示の解釈から始まって、そこで感じた疑問をきっかけに研究を進めてきた経緯についてお話してきました。冒頭に述べましたように、一貫した筋道があるわけでもなくても、要するに「意思表示をめぐって」右に左に、要するに右往左往してきたという感じがいたします。

もっとも研究とはそういうものなのじゃないかな、という気がしないでもないのは、私が助手になった時に、好美先生から「学者の仕事っていうのはラーメン1丁っていう世界じゃないよ。あっちにぶつかり、こっちにぶつかりしていくもんだよ」と言われました。好美

先生は頭良すぎて、時々何言ってるんだかよく分からないことがあるわけですが（笑）、ラーメン 1 丁っていうのは、おそらく一定の手順に従ってこうすればいいというわけじゃない、試行錯誤の世界なんだよっていうことを教えてくれようとしたんだと思います。まさに私も試行錯誤っていうか、本当に右往左往してたという感じがするのですが、こういう経緯で意思表示をめぐるって、いろいろ研究をしてきたというわけです。

さて、自分の研究を振り返るという意味での最終講義はここで終わりにしてもいいのですが、われながら、これだけではちょっと地味でしんきくさいな、と感じます。私が基礎理論ばかり研究してきたということもあるわけですが、最終講義をこういう暗い雰囲気で行われるのも嫌だなという気もしまして、ちょっとお正月らしく——と言っても、もう 27 日ですが——最後は「一民法学者の妄想」というタイトルで、私が普段考えている大風呂敷を広げて皆さんに笑っていただいて、少し明るい雰囲気で終わりにしたいと思いますので、もうちょっとだけお付き合いください。

3. 一民法学者の妄想

(1) 妄想①：意思理論は、本質的にはマイナスの理論ではないのか。

「一民法学者の妄想」妄想①、意思理論というのは本質的にはマイナスの理論ではないのか？ という点から始めます。今までの議論からも分かりますように、民法の意思表示論というのは、人間は自律的な存在であるというカントの人間観を前提として、人は自分の意思のみに拘束されるという意思理論に基づいているわけです。しかし、これは、人は自分の意思に拘束されるというよりは、自分の意思によらなければ拘束されないというマイナスの理論なんじゃないかというのが私の考えです。実際の法律の条文でも、意思能力がないなら契約は無効である（3 条の 2）、あるいは、通謀虚偽表示は無効である（これは 94 条 1 項）、必ずこういうふうなマイナスの形で規定されているじゃないかと思うわけです。

そういうふう感じたのは、自然法学者であるクリスチャン・ヴォルフの約束の理論が一つのきっかけでした。ヴォルフももちろん意思を論じるわけですが、しかし、ヴォルフの体系では、意思理論が契約の拘束力の根拠とされているわけではないのです。むしろ契約の拘束力の根拠については——これがまたややこしいけれど——人間は自分の所有物だけでは自分の需要を満たすことはできない、だから必ず他人の所有物が必要となる、従って人間はお互いに助け合う義務が自然法上あるのだという、一種の社会分業論ですかね。社会という組織では 1 人では何もできないので役割分担があるというのが約束の拘束力の根拠で、しかし、それが自分の意思によらない場合には拘束されないんだと言うのですね。そういうところから錯誤による約束の問題なんかを論じるわけです。

久々に、私のこの論文を自分で読み返してみると、だから、意思理論には、自分の意思によらなければ拘束されないという面と、それから、自分の意思には拘束されるという面があるだろうと言っています。そして、前のほうを抵抗の理論、後のほうを支配の理論と呼べる

のではないかとしています。ヴォルフはもっぱら抵抗の理論としての意思理論を考えているのですが、他方、支配の理論としての意思理論にはそれ程説得力あるのか疑問がないわけではありません。約束の拘束力とは、やはり自分が決めたことだから守れというだけじゃなくて、ヴォルフも言っているように、契約とは社会を成り立たせるために必要な道具ではないか、むしろ、そういうところに拘束力の根拠を求める方がいいんじゃないか、というようなことが書いてありました。「書いてありました」って他人事みたいですが、20年もたってから自分の論文を読み直してみると「あれ？ 俺、こんなこと書いていたのか」と驚くこともあるわけです。

後に学生向けの教科書を執筆した際に、コラムの中で、契約の拘束力の根拠については、意思理論（Will theory）と取引理論（Bargain theory）という2つの考え方があることを学生向けに紹介しました。そして、普通には、この2つのセオリーは相いれないものであるように言われています。例えば、贈与契約のような無償契約の拘束力を考えると、贈与契約つまりタダで物をあげるというのは取引じゃないわけですよ。だからこういう契約の拘束力を取引理論からは根拠付けることは難しいはず。むしろ意思理論によって「あんた自分で約束したんだから、その約束守りなさいよ」と言わなければ、贈与契約のような無償契約の拘束力は説明できないわけです。

ところが、他方で、日本を含めてどの国でも、無償契約の拘束力は小なり有償契約の拘束力よりは弱められています。これは、今度は、意思理論からは説明できないですよ。「自分の意思で約束したんだから守りなさいよ」と言えるのなら、有償だろうが無償だろうが関係ないはず。それでも無償契約の拘束力が弱められているのは、だから、これはむしろ Bargain theory じゃなきゃ説明できないということになって、だから、普通には、この2つの理論は相いれないものだと言われることが多いわけです。しかし、意思理論とは（先ほど述べたように）マイナスの理論であり、そして、取引理論も、無償契約については法的拘束力を弱めてもよいというマイナスの理論であるのならば特に矛盾はしないんじゃないかと思うわけです。つまり、大前提として、契約は守らなければならないという前提があった上で、それに対するマイナスの理論として、それが自分の意思に基づかない場合や有償の取引ではない場合には拘束力を弱めてよいというふう考えるなら意思理論と取引理論は両立するんじゃないかというようなことを、そのコラムでちょっと書いたことがあります。

このように、ある制度の根拠には、「こうだから、それは拘束力があるんだ」という積極的な根拠と、それから、それを納得させるための消極的な根拠に分かれるんじゃないかという発想は——ちょっと話が違うかもしれないけど——例えば政治学で言う、暴力装置と正当化装置という区別を連想させます。昔ある政治家が不用意に暴力装置という言葉を使って大変騒ぎになったことがありますが、ちょっと同情しちゃったのは、私は学部時代に政治学の講義を受けていた当時には、暴力装置っていうのは普通に使う言葉として習ったものです。つまり、国民を国家権力に従わせる仕組みを考えると、一つには、やっぱり国家がその国家の中では最高の一番強い物理的な力を持っているからであるというのは、これは

事実ですよ。それを暴力装置と呼びます。具体的には警察とか軍隊なんかが挙げられるわけですが、しかし、国民を納得させて自発的に従ってもらうという仕組みがなければ国家権力は長続きしないわけですね。それが正当化装置で、現代なら選挙制度や議会などになるわけです。

契約についても、積極的な根拠については、先ほど言いましたように、そもそも人間とは集団生活をするのだから役割分担として契約は守られるべきである。これはわれわれの遺伝子の中に組み込まれていると考えればいいのではないかと私は思っています。そして、それを納得させるための一種消極的な根拠として意思理論があって、やっぱり自分の意思に基づかない契約の拘束力は弱めるという理論があるのではないかと。だからといって私は意思理論を軽く見ているつもりはありません。そういうふうになんか納得させるという要素がなければ、その制度自体が長続きしないわけですね。だからやっぱり意思理論も契約の拘束力の不可欠な要素ではあります。

ただ、こういうふうな、意思理論というのは納得させるためのマイナスの理論だと考えるなら、何もかも意思から説明する必要はないのではないかなと思います。他の方が書いた論文なんか読んでみると、細かい点まで全部「それは当事者が望んだことだから」と言って無理に当事者の意思に結び付けようとする論文が時々見受けられて、やっぱりそんな無理する必要はないじゃないか、意思理論というのはマイナスの理論だと考え直せば、そういう説明の仕方についても考え直す余地があるんじゃないかと考えているところです。

(2) 妄想②：意思決定の過程の構造

妄想の2番目。さて、いずれにせよ、こういうふうな意思理論とか意思表示理論を勉強していると、やはり人間の意思決定とはどのようなものなのかという点に興味が出てくるわけですね。私は学部頃には上原行雄先生の法哲学の講義を受けたわけですが、半分ぐらいは自由意志論争だったような気がするんですね。

先生は、決定論と非決定論という議論を紹介されていました。決定論は、人間の行動とはそれまでのいろんな条件で決定されていると考えます。それに対して自由意志を認める立場からすれば、決定されているわけじゃないということになります。これが非決定論で、自分の自由意志で自分の行動を決めていると考えるわけですね。

ちょっと話を戻して敷衍しますと、だから、決定論は、人間の自由意志とは自分で決めたつもりになっているだけであって、しかし、人間の行動はいろんな条件から決定されているはずだと考えます。もちろん決定論だって、(今後のその人の行動が)黙って座ればびたりと当たるとそんなことが現実にできると言っているわけではなくて、ただ、人間の意識や意思とはそういうものではないかという議論です。この問題は、ご存じのように当初は宗教の問題として論じられ、カトリックは非決定論、自由意志論で、プロテスタントは決定論ですよ。それから今度は哲学の領域で、それから法律でも犯罪学なんかでは、やっぱりこういうふうな「人は自由意志に基づいて犯罪を犯すのか」、「いや、そうじゃなくて遺伝とか環境

とか、そういうもので決まっちゃうんじゃないの」というような議論がされていたわけです。

この難問にここで答えを出すことはもちろんできません。ただ、そういう意思決定の構造自体にも問題はありそうです。私がここまで前提としていたのは 19 世紀のドイツの分析方法で、意思表示における意思の過程っていうのを、まず動機がある、例えば「自動車があったら通勤にさぞかし便利だろうな」と。それで今度は効果意思が形成される、「じゃあ自動車を買おう」と。そして——先ほど言いましたように——表示意思に基づいてその意思を外部に表示するというのがドイツ風の分析方法です。まあ、間違っているとも思いませんが、科学的に考えると、実際には意思決定の過程というのはそんなに整然としたものでもなさそうですね。

レジュメに書きましたように、よく「物を考えるっていうことは、もう一人の自分との対話である」という言い方をされます。人間は、要するに同時にいろんなことを考えているわけです。「もう一人の自分との対話」とは別に難しいことを言っているわけじゃなくて、例えば「お昼ご飯、何食べようか」とすごく迷っている人の頭の中を考えてみましょう。「ああ、もう昼だな。カレーライス食べたいなあ」「でも、昨日もカレーライスだったじゃない。2日も続けて同じもの食べるの？ 今日ラーメンでいいでしょう」「でも、今食べたいんだ。何で2日続けて同じもの食べちゃいけないの？ そもそも、この暑いなかラーメンかよ。夏こそカレーライスでしょう」「いや、冷やし中華っていう手もあるよ」と。落語みたいになってきちゃうのでこの辺でやめますが、つまり、その人の頭の中には、カレーライスを食べたい自分と、ラーメンを食べたい自分があるわけです。おそらく潜在意識も含めて考えるならば人間の頭の中には無数の小人がいて、それぞれが勝手なことを言っているわけです。そのうちの一部（おそらく多数派）が意識の表面にのぼってきているのですが、しかし、その陰には（意識にははっきりとのぼらないにせよ）少数派があって、その少数派は往々にして多数派とは正反対のことを考えていることもあり得るわけですね。

それが何かの拍子、例えば言い間違えとか、あるいは夢とか、そういう形で表面に出てくるともあるといのがフロイトのセオリーです。例えば言い間違えを例にとると、食堂に行って「カレーライスください」と言おうとして「ラーメンください」と間違えちゃうわけです。「いや、そんなの偶然でしょ」と思うかもしれませんが、確かに言い間違えをしたこと自体は偶然かもしれません。例えば、たまたま体調が悪かった場合には集中力を欠くから言い間違えをしやすいわけです。ただ、「ラーメンください」って言ったのは偶然じゃないわけです。きつねうどんでもないし、たぬきそばでもないんです。こういうふうに、人間の頭の中には無数の小人がいて、いろいろ勝手なことを言っているわけです。

さて、こういうふうに考えると、意思決定と合意形成というのは実は似てるんじゃないかと考えます。それなら、合意形成についての理論（があるとすればですが）などが意思決定に応用することができるのではないのでしょうか。例えば、先ほど述べたように効果意思っていうのは常に変化するもので、どこかで最終的に確定させなければなりません。合意形成でも、合意自体はいろいろと動くでしょうから、似たような問題がありそうです。そこで、合意形成についての政治学の議論などから何か手がかりが得られるんじゃないかなと考えている

わけです。狭い意味での法律学に閉じこもるんじゃなくて、広くアンテナを張ってアイデアを求めて研究していきたいと思っています。

とはいえ、この後半はもちろん妄想です。だからお笑いのネタを 2 つばかり提供したところで、本日の講義を締めくりたいと思います。

本日のこの講義にあたっては、石田先生をはじめとする民法スタッフの皆さん、それから法学研究科の事務の方々、それからロースクールの職員の方、それから協力してくれた院生の皆さん、他にも私の知らないところで私が感謝しなきゃならない人もいっぱいいますし、それから、ここに集まってくれた皆さんにも感謝の意を表して——これもまさに意思表示です（笑）——私の講義を終わりたいと思います。どうも長らくご清聴ありがとうございました。（拍手）

角田：滝沢先生、素晴らしいご講義を本当にありがとうございました。

予定していた時間がいまま少しありますので、もし質問したい、あるいはコメント、感想でも結構でございますので、ラストチャンス、一橋大学におられる滝沢昌彦先生にどなたか質問したい方、挙手をお願いいたします。

A：滝沢先生、本日および今まで大変な御学恩を頂戴いたしまして、ありがとうございました。

私からの質問としましては、最後、自由意志論争ということで決定論ないし非決定論ということをご提示なさったと思いますけれども、実は私が先生の研究指導の中でたびたび申し上げているように、デジタル化の時代ということで、ダオ（DAO）とわれわれは呼んでいるんですけど、ブロックチェーン構造を用いることによって、ある決定を機械が行っていくという時代が到来しております。またこれはスマートコントラクト、その機械同士のコードによって書かれたコントラクトが自動的に成立して、自動的に履行がなされる、そういった時代がやってくるわけでございます。

そこで、決定論、非決定論。つまり、今まで人間というものが主体になって行っていたわけですが、人間が主体じゃなくなる、そういった時代について、滝沢先生に何かご意見はないでしょうか。人間が主体じゃなくなることによって、今までの人間の意思という考え方から離れてくるんじゃないか。そういったことを踏まえると、滝沢先生的に何かご意見があれば、ぜひ伺えればなと思います。

滝沢：私はさすがにその辺は無知なのですが、そのプログラム自体っていうのは自動的に決まっちゃうわけですか。

A：コード自体は人間が書くんですけども、それに従って契約の締結と履行っていうのが自動的に行われてしまうという。そうすると今までわれわれが例えばステップを踏んで対話をして契約を締結した、そういった状況とはまた変わった、要は意思の介在がない。つまり、もはや進めていく段階では、コードを書く段階ではあるけれども、コードを書いた後の段階には介在しないと。そういった状況を踏まえると、今後、意思理論っていうものがどの

ように組み入れ得る余地があるのかなというふうに、ちょっと私も悩んでおりました。

滝沢：レベルが違ってくるのではないのでしょうか。つまり私が言いたいのは、そうすると、そのシステムを考えるのは、やっぱり結局人間だろうと思います。そして、そこから先は自動的にいくのですよね。だから、どこで人間の意思が入るかというレベルが、今の話に関していえば、それが（人間の意思が入ってくる段階が）ずれてくるという感じじゃないかなと。

A：はい。ずれてきます。ありがとうございます。

角田：先生には本当に丁寧なご指導で、温かい視点で後進をお育ていただきまして、本当にありがとうございました。そして、本日は素晴らしい講義をいただきまして本当にありがとうございました。皆さま、どうぞ拍手でお願いいたします。（拍手）

意思表示をめぐって

2023年1月27日

滝沢 昌彦

1. 意思表示の解釈

受領者の立場からの規範的解釈 → 表示者の立場から：二元論の否定

説例：A（表示者）がB（受領者）に「10ドル支払う」と約束したところ1ドル＝130円であった場合には、客観的に解釈するなら、AはBに1300円支払うべきことになる（403条）。ところが、契約締結時には、全く偶然にAもBも1ドル＝150円であると誤解していた場合・・・

- (1) 後になってAが自分の誤解に気付いたときには、1300円支払えばよいのではないかと。
→ 二元論の否定
- (2) Aが誤解に気付かず1500円支払ってしまいBもこれを受領したときには、もはや、Aは「1300円の義務しか負わなかった」とは信義則上（1条2項）主張できまい（錯誤は別）。

反省：①一方的表示を想定 契約は？

②債務負担行為を想定 その他の意思表示は？

③表示の意義：（意思の）伝達だけなのか？

2. 契約の成立

- (1) 契約は、一方的表示（申込みと承諾）の合致（522条1項）なのか？

発信主義 → 例外としての意思実現（商品の発送）

原則としての到達主義（注文の確認）

- (2) 通謀虚偽表示は否認か抗弁か？：成立要件と効力要件の区別への疑問
賀集唱「盲判を押した契約は有効か」判タ229号36頁（1969年）

説例：AがBに土地を贈与したが、税金対策の為に売買契約をしたことにして（虚偽の）契約書を作成した場合、その意思表示は無効とされる（94条1項）。

契約の成立：申込みと承諾の合致（522条1項）

↓

契約の効力：能力（3条の2等）

93条・94条・95条・96条

しかし、93条～96条は、このような2段階構造を意識して規定されたわけではないのではないか？ 例えば94条は旧民法証拠編50条に由来（つまり元来は証拠法）
事実認定の問題か法律問題か

(3) 表示（契約書）の法的意義

ベール「証書による証明」（1875年）：意思主義 vs 表示主義の見直し

後法は前法を廃する

処分証書と二重の推定（民訴228条）

ラーレンツの通用理論（1930年）

表示意思

債権法改正の基本方針 [3.1.1.07]（契約を成立させる合意）

- 〈1〉 契約は、当事者の意思およびその契約の性質に照らして定められるべき事項について合意がされることにより成立する。
- 〈2〉 前項の規定にもかかわらず、当事者の意思により、契約を成立させる合意が別途必要とされる場合、契約はその合意がされたときに成立する。

3. 一民法学者の妄想

(1) 妄想①：意思理論は、本質的にはマイナスの理論ではないのか？

「クリスチャン・ヴォルフの契約理論」法学研究（一橋大学）31号137頁（1998年）

コラム：契約の拘束力 新ハイブリッド民法4債権各論（法律文化社、2007年）

政治的権力 暴力装置

正当化（イデオロギー）装置

(2) 妄想②：意思決定の過程の構造

自由意思論争：決定論と非決定論

意思決定の過程：もう一人の自分との対話 → 人間の頭の中には無数の小人がいる？

意思決定と合意形成との類似性

共有物の広義の管理と令和三年度民法改正における共有物の利用規定

—管理権概念からの再考—

一橋大学法学研究科法務専攻修了（2023年3月） 赤木修一郎

- I はじめに
- II 広義の管理に変更を含めることの是非
- III 広義の管理の意義と管理権概念
 - 1 管理権概念
 - (1) 管理権概念の紹介
 - (2) 管理権論に対する反応
 - 2 共有への妥当性
 - 3 共有における管理権
- IV 広義の管理の効果
 - 1 効果帰属の有無
 - (1) 共有物の管理者制度の意義と問題点
 - (2) 広義の管理が共有者全員に効果帰属するか
 - (3) 広義の管理の効果帰属範囲
 - 2 その他の効果
- V 共有者による決定の効果
 - 1 前提の確認
 - 2 決定の効果
- VI 251条2項と252条の効果
 - 1 252条2項に基づく裁判
 - (1) 裁判によって生じる現象の分析
 - (2) 理論的構成
 - 2 251条2項に基づく裁判
- VII 終わりに

I はじめに

民法251条2項（以下民法の条文引用の際は、「民法」を略す。）は、「共有者が他の共有者を知ることができず、又はその所在を知ることができないときは、裁判所は、共有者の請求により、当該他の共有者以外の他の共有者の同意を得て共有物に変更を加えることができる旨の裁判をすることができる。」と規定している。他方、252条2項も2号で「共有者が他の共有者に対し相当の期間を定めて共有物の管理に関する事項を決することについて賛否を明らかにすべき旨を催告した場合において、当該他の共有者がその期間内に賛否を明らかにしないとき。」も同じ規律に服すると規定する他は同様の条文となっている。これらの規定は、①共有者が共有物の持分に応じた使用をすることが出来る（249条）にも関わ

らず、変更や管理に関する事項の決定をすることが出来ないことで共有物の使用が阻害されるのを防ぐことや、②不在者財産管理人制度（25 条以下）の利用に関する弊害を防ぐことを目的としている¹。すなわち、同規定は、共有物の利用を促進するために作られたものである。

ただ、共有物の利用に関する規定については、共有物の全部を持分に応じて使用できるとする 249 条 1 項と、変更行為や管理行為、保存行為といった行為（以下、「広義の管理」とする）を規定する 251 条 1 項、252 条 1 項、252 条 5 項の 2 種類がある。そして、令和 3 年度民法改正にて、252 条 1 項第 2 文や 252 条 3 項が追加され、共有物の使用方法の決定が管理行為に含まれることになった結果、条文適用上の棲み分けはなされたともいえる。もっとも、共有は、所有の一形態である²ところ、所有権は物の使用・収益・処分権能を有する物権である（206 条）以上、共有者は、共有物に関する権利についても所有権と同様の権能を有するはずである。249 条 1 項は、所有権の有する諸権能のうち、使用（及び収益³）に関する条文であることを明示している。しかし、広義の管理の各条文は、これらのいずれについて規定したルールなのかが不明確である。例えば、広義の管理が共有物の使用及び収益に関するルールならば、なぜ 249 条 1 項と並列して異なるルールが規定されているか、特に 252 条 5 項と 249 条 1 項とがなぜ並列しているのか問題となる。

また、広義の管理を規定する条文も、「～できる」「～できない」「決する」と効果を規定しているが、具体的にどのような効果を意味するのかが不明確である。例えば、民法 94 条 1 項であれば、「無効とする」と規定されていることから、同条文は法律行為の有効性を否定する条文であるといえる。しかし、広義の管理を規定する条文は「できる」「できない」としか規定していないため、その行為が有効・無効になるのか、はたまた異なる効果をもたらすのかが条文から判然としない。

広義の管理に関する条文にはこのような問題があるため、広義の管理を容易にする 251 条 2 項や 252 条 2 項の解釈がより困難なものとなっている。しかし、少子高齢化社会の現代において相続が増加するのは明らかであり、それに伴い同条項の適用場面が増加することは明らかである。

そこで、本稿では、広義の管理の意義と 249 条 1 項との棲み分けをするとともに、広義の管理を規定する条文の効果を明らかにし、251 条 2 項や 252 条 2 項の解釈を試みたい。そして、最終的には、251 条 2 項や 252 条 2 項に基づく手続きをした場合に、議決から省かれた共有者にどのような効果が及ぶかということを検討したい。

¹ 村松秀樹・大谷太編著「Q&A 令和 3 年改正民法・改正不登法・相続土地国庫帰属法」67 頁以下（金融財政事情研究会、2022 年）

² 小粥太郎編「新注民法（5）—物権（2）」542 頁 [小粥太郎]（有斐閣、2020 年）、梅謙次郎「民法要義卷之二 物権篇 訂正増補改版第 31 版」191 頁（有斐閣、1911）、富井政章「民法第二卷 物権（合冊）」156 頁（有斐閣、1917）

³ 中島玉吉「民法積義 卷之二（物権法）上（増訂 14 版）」448 頁（金刺芳流堂、1927）、末弘巖太郎「物権法（上巻）」311 頁（一粒社、1960）

II 広義の管理に変更を含めることの是非

さて、変更行為、管理行為、保存行為を「広義の管理」とするとしたが、そもそも、変更行為を他の二つと同様に扱ってよいかは問題となる。狭義の管理行為とは、共有物の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良をする行為（103条2号参照）⁴であり、保存行為とは、財産の現状を維持する行為であるとされる（103条1号と同様）⁵。このうち、管理行為や保存行為は、財産の現状を維持し、又は目的物を利用改良する行為であるから、所有権の権能である使用・収益・処分のうち、使用及び収益に属する行為であるとも言い得る。他方、変更行為は処分の一種であると説明するものも見かけられる⁶。そうすると、変更行為は、使用・収益に関する管理行為や保存行為と同様に考えるべきでないとも思われる。

しかし、起草者は、206条の「処分」を、物を自由に扱うことを意味し、権利を譲渡しあるいは放棄することを意味するのではないとした⁷上で、251条1項が規定する変更行為を物の処分の一種であるとしている⁸。また、近年の学説においても、所有物の法的処分と物の物理的処分とを区別する立場がある⁹。この立場によると、物の法的処分権は権利の内容ではなく、財産一般についてより高次のレベルで捉えるべきであるとしている¹⁰。確かに、今日の通説は、「処分」に物の法的処分が含まれると考えている¹¹。しかし、物を法的に処分する権限も「処分」に含まれると考えると、法的処分の対象である所有権の内容自体に法的処分権も含まれることになり論理的矛盾が生まれる¹²。また、共有に関する学説に限定しても、しばしば変更行為に共有物の処分を含めるかということが議論されていた¹³。このことから、変更行為に処分行為が含まれることが当然でないことがわかる。そのため、所有権の処分とは前述したような物を自由に扱うこと、すなわち物理的処分を意味すると解すべきである。具体的には、たとえば農地を宅地にする等の行為は物理的処分ということになる¹⁴。こうした物理的処分は、結局のところ目的物の利用方法に関するものである。そうすると、所有権の使用・収益・処分とはいずれも目的物の利用に関する行為ということができ、使用と処分はともに同じ目的物の利用という視点で検討することが出来る。

ところで、令和3年度民法改正においては、251条1項（旧251条）の内容が改正されている。具体的には、軽微変更を251条1項の規律する変更行為から除いている。そして、251条1項の対象から外された軽微変更は252条1項が規律する管理行為として扱われる

⁴ 小粥・前掲注2) 572頁〔小粥〕

⁵ 我妻榮「新訂民法総則（民法講義I）」339頁（1965、岩波書店）

⁶ 梅・前掲注2) 194頁・広中俊雄「物権法〔第2版増補〕」374頁（青林書院、1987）

⁷ 梅・前掲注2) 104頁

⁸ 梅・前掲注2) 194頁

⁹ 小粥・前掲注2) 344頁〔小粥〕、森田宏樹「所有権の法的構造について」高翔龍・野村豊弘・加藤雅信・廣瀬久和・瀬川久信・中田博康・河上正二・内田貴・大村敦志編『星野英一追悼・日本民法学の新たな時代』463頁以下（有斐閣、2015）

¹⁰ 森田・前掲注9) 508頁

¹¹ 小粥・前掲注2) 352頁

¹² 小粥・前掲注2) 352頁

¹³ 小粥・前掲注2) 570頁参照

¹⁴ 梅・前掲注2) 195頁

としている。そのため、251条1項と252条1項は、以前にもまして連続性を持っているといえる。加えて、251条2項に所在等不明共有者に関する規律が設けられているが、この規律は共有物の法的処分についての規律である262条の3と同様の規律ではなく（特に価相当額の償還義務が申立者について法定されていない）、252条2項1号と同様の規律を施していることが分かる。その他にも、少なくとも、251条2項と262条の2や262条の3との関係で、変更し目的物の法的処分を含める解釈が難しくなるような規律がなされた¹⁵。この点からも、251条が規定する変更行為とは、物の物理的処分のみを意味し、管理行為や保存行為と同様に、目的物の利用に関するルールであると考えらるべきである。

そして、変更行為を広い意味の管理と分類するものもある¹⁶。これは、変更という物理的処分も、共有物の利用に関するものであることから、管理行為や保存行為といった目的物の使用・収益に関するものと同列に扱うことができることを理由にするとと思われる。現に、変更行為を広い意味の管理に分類するものの中にも、変更行為を事実上の処分としているものもあり¹⁷、処分と使用を同じように考えていることが分かる。

以上より、変更行為が目的物の物理的処分を意味する「処分」であるとしても、物理的処分があくまで目的物の利用に関する行為であることから、「使用」や「収益」に属する保存行為や管理行為と同一平面上で考えることができる。そのため、以下、変更行為も含めて「広義の管理」について検討していく。なお、変更や管理は共有者間の決定に基づいてなされるが、これ以降本稿において、広義の管理とは決定に基づいてなされる行為を言うこととし、共有者間の決定それ自体と区別する。

III 広義の管理の意義と管理権概念

前章にて、変更を広義の管理に含めることの是非について検討した。その結果、変更を広義の管理に含めることは妥当であるとの結論を導くことが出来た。そこで、本章では、広義の管理とはいかなる概念であるかを検討する。そして、結論のみを述べると、広義の管理とは、広義の管理権—管理権（管理行為を行う権限）と処分権（法的処分権）を合わせた権利—の行使として行われる行為であると定義できる。しかし、ここでいう広義の管理権とは、財産の管理、すなわち財産的事務をなす権利である¹⁸が、他人の財産に干渉する制度（遺言管理者や事務管理、いわゆる授權や代理等）を統一的に理解するために提唱された特殊な概念である。そのため、前提条件の検討もなく、管理権概念を持ち出してよいのかは問題となる。そのため、本章では、①広義の管理権概念について検討し、②広義の管理権概念を共有に持ち込むことの妥当性を検討するとともに、③管理権概念を共有に採用した場合に、広義の管理と249条1項とがどのように位置づけられるかを検討する。なお、以下、広義の管

¹⁵ 伊藤栄寿『改正共有法の意義と課題』上法65巻3号96頁以下

¹⁶ 山野目章夫「民法概論2 物権法」221頁以下（有斐閣、2022）、秋山靖浩・伊藤栄寿・大場浩之・水津太郎『物権法〔第3版〕』163、166頁（日本評論社、2022）

¹⁷ 秋山=伊藤=大場=水津・前掲注16）166頁

¹⁸ 於保不二雄「財産管理権論序説（復刻版）」52頁（有信堂、1995）

理権を「管理権」と表記することにする。

1 管理権概念

(1) 管理権概念の紹介

前述の通り、管理権とは、財産の管理、すなわち財産的事務をなす権利である。そして、財産管理権論を初めて提唱した於保不二雄は、管理権が以下の内容を含むことを示した¹⁹。すなわち、管理は包括的な財産一般についてもなされるし、包括財産を構成する個々の財産や物についてもなされる。また、管理は103条1号や602条のような財産の保存のためや、その他の目的、特に処分のためになされる。さらに、管理は法律行為及び事実行為によってなされる。加えて、管理（すなわち管理権の行使）は、新たに権利を取得し、義務の設定をし、既存の権利の行使、処分、義務の履行、物の占有、及び訴訟行為をなすことによってなされる。そして、財産の管理は、原則として財産主体がこれをなす。しかし、法人や意思無能力者等、財産の主体が管理をなし得ない場合（すなわち財産の主体が管理権を有しない場合）には本人の代わりに財産の管理を為すものがあることに加え、財産主体が管理権を有する場合にも管理を委託した場合には財産主体以外の者でも管理権限を有しうるとしている。なお、上記内容のうち、「処分」には権利の法律的処分は含まれない。なぜなら、於保は、管理権を権利の行使に必要な権限であると捉えている²⁰ところ、その直前で権利の法的処分が権利の行使に含まれないことを明示している²¹からである。

上記のような管理権概念は、近代資本主義社会の下、財産の帰属と管理の分離、特に法人における所有と経営の分離という法現象を説明するために生み出されたものである²²。すなわち、他人の財産に影響を及ぼす様々な制度、例えば遺言執行者等の他人の財産を管理する制度が様々あることから、これらの制度を統一的な枠組みで捉えるために管理権概念が提唱されている。その後、このように観念された管理権が、具体的に法律行為の要件及び効果との関係でどのように位置づけられるか検討されている²³。その結果、行為者に管理権が充足されることをもって目的物に法律行為の効果が帰属する、有効要件と位置づけられるに至った²⁴。このように、いわゆる管理権概念は直接共有関係について説明することを目的として生み出された概念ではない。もっとも、管理権概念は広い射程を有する理論体系であると評価するものもある²⁵。

ここで、本稿において確認すべきことは、管理権は原則として財産の帰属主体によって行使されるべきことである。これは、管理権概念を認めたとして誰に共有物の管理権を認めるか検討する上で重要である。

(2) 管理権論に対する反応

¹⁹ 於保・前掲注18) 52頁以下

²⁰ 於保・前掲注18) 52頁

²¹ 於保・前掲注18) 45頁以下

²² 於保・前掲注18) 4頁以下

²³ 於保・前掲注18) 20頁以下

²⁴ 於保・前掲注18) 25頁

²⁵ 磯村哲「書評 於保不二雄著『財産管理権序説』」季刊法律學20号100頁（有斐閣、1956）

いわゆる管理権論は、上記の通りの内容をいうが、この考え方は今日では積極的に採用されていない。これには以下のような根強い批判があるからである²⁶。それは、代理、授権、遺言執行者等の他人の財産に対し第三者が干渉する制度をあえて統一的な原理によって説明する必要がなく、したがって、これを説明するための管理権という概念は必要ないというものである。例えば、代理の場合には、管理権概念を介さず、端的に代理権というだけで完結する。管理権の問題とされた代理や授権等の各概念は、それぞれ独立に発展した以上、それを統一的に把握する必要はないし、却って各概念の違いを不明確にするため導入すべきでないという意見すらある。

他方で、管理権論に好意的な見解も散見される²⁷。例えば、川島武宜は、「従来無関係に分離して考察されていた代理や非権利者の処分等の諸概念を私的自治能力という観点から相互に関係づけを体系化し、これらを財産管理権という構成概念に包摂させた理論的功績を高く評価する」と述べており²⁸、須永醇は、「権利者が自らの名において自己の権利を行使し得ることを私的自治の観点から原則とし、他人の権利を行使する場合を整理し統一的に論理構成するための道具観念として管理権概念を有用なものだ」と評価している²⁹。また、四宮和夫は、管理権に影響を受けつつ、信託制度を出発点に財産管理関係を検討し、排他的管理権論を提起するに至っている³⁰。

このように、管理権説に対しては賛否様々な意見が提起されている。

2 共有への妥当性

ここまででいわゆる管理権論の内容を確認した。いわゆる管理権は、代理や信託、及び授権を中心に議論され、共有について議論が重ねられたものではない。しかし、一般的に管理権概念を採用するかはさておき、少なくとも共有者間の内部関係、特に広義の管理の意義を説明する上で管理権概念は有用であると考ええる。

管理権概念が必要であると考ええる理由は、①管理権概念を採用したほうが 249 条 1 項と広義の管理に関する規定とが併存している理由を説明しやすいことに加え、②共有物の管理という現象を説明しやすいからである。まず①について説明する。管理権を観念しない場合、広義の管理と定義した各行為類型は、所有権の内容たる使用、収益、処分のいずれかに振り分けられなければならない。なぜなら、共有も所有の一形態であり、所有権が上記の内容を有することは 206 条に明記されている上に、管理権を観念しなければ広義の管理も共有権の行使行為と考えざるを得ないからである。広義の管理のうち、変更は処分に該当すると考えたとしても、管理及び保存は処分以外に求める必要があり、必然的に使用及び収益に該当すると考えざるを得ない。そうすると、249 条 1 項と 252 条とが共有権の使用・収益の側面で重なることになる。しかし、249 条 1 項は共有者が単独で共有物の使用及び収益を

²⁶ 伊藤進「授権概念の有用性」法律論叢 39 巻 4・5・6 号 373 頁以下、同「授権・追完・表見代理論」(成文堂、1989)、鈴木禄弥「民法総則講義(2訂版)」120 頁(創文社、2003)

²⁷ 以下、加藤雅信編集代表「民法学説百年史」122 頁以下〔新井誠〕(三省堂、1999)を参照

²⁸ 川島武宜「民法総則(法律学全集)」169-170 頁(有斐閣、1965)

²⁹ 須永醇「民法総則要論(新訂版)」17 頁(勁草書房、1997)

³⁰ 四宮和夫「財産管理制度としての信託について」『四宮和夫民法論集』43 頁以下(弘文堂 1990)

出来ると規定する一方で、252条1項は管理に該当する場合には共有者全体のうち過半数の同意が必要とされており、使用及び収益につき異なる規律がされていることをどう整合的に説明すべきかという問題が生じる。そして、この矛盾は共有についての単一説に立っても、複数説に立っても解決できない。単一説とは、共有が一個の共有権が数人に分属する状態であるという見解である³¹。他方、複数説とは、各共有者がそれぞれ一個の所有権を有し、各所有権が1個の所有権の内容と等しくなっている状態であるという見解である³²。もっとも、いずれの立場にたっても観念すべき所有権は一種類である。そのため、どちらの立場に立っても、結局一つの所有権が有する使用収益権能に二つの規律があるという事態を回避することは出来ない。したがって、かかる矛盾を回避すべく管理権概念を採用すべきである。また、②を詳述すると以下の通りである。共有者は目的物を自己の持分権の範囲では自己物として支配しうる一方、他の共有者の持分に関しては他人物として支配するという特殊性が認められる。しかし、共有物の管理は、全共有者に影響を与えるものである。ここで、管理権を観念せずに共有者が共有物の管理の影響を受ける理由を説明する場合、広義の管理を行う旨の決定を一種の契約とみて契約の拘束力を根拠とするか、決定の成立をもって広義の管理に関する規定の有する効果を根拠とせざるを得ないと思われる。もっとも、前者の説明では、半数弱が不同意であってもできる狭義の管理や、協議を経ずにできる保存を説明するのに窮するし、後者の説明でもそのような効果を有する規定の法的性質を説明するのに窮する。そのため、管理権概念を採用したほうが、共有物の管理という現象を説明しやすい。

これに対し、管理権概念を採用できる理由は以下の通りである。すなわち、251条や252条を249条と別個に規定していることから、一般的な使用収益と財産管理とを共有において区別する立場であることを示している。以上より、共有について、所有権を内容とする共有権又は持分権以外に管理権行使の根拠となる権利の存在を認めているといえる。現に、於保も、ドイツ法の文献研究から、最広義の授権に際する管理権行使の譲渡ですら使用収益権能は管理権範囲から除かれるとしている³³。そのため、使用収益と管理とを分けた時点で管理権概念を採用していると読むべき土台があるというべきである。また、保存や変更、すなわち物理的処分という用語法自体が管理権概念特有の用語法であると評価できる。さらに、広義の管理を管理権で説明する場合には、管理権概念に向けられた批判が当てはまらない。管理権論に対する批判は管理権概念をもって第三者の権利に干渉する制度を統一的に考えるという部分に集中しており、他人の権利に干渉する行為を行う者の地位・権能の提示という側面では一定の承認は得ていると評価するものもある³⁴。このことから、管理権という概念を、諸制度を統一的に把握するものとしてみるのではなく、共有物の広義の管理という一分野の構造を分析するために用いることは妨げられないと考えられる。

³¹ 富井・前掲注2) 156頁、梅・前掲注2) 191頁

³² 我妻榮・有泉亨補訂「新訂物権法（民法講義Ⅱ）」320頁（岩波書店、1983）、広中・前掲注6) 420頁

³³ 於保・前掲注18) 35頁

³⁴ 堀野出「管理処分権に関する一考察」香川21巻3・4号237頁

以上の理由から、251条や252条といった広義の管理規定を管理権から説明する必要がある上に、管理権から説明することが許容されているといえ、広義の管理は管理権概念を用いて説明されるべきであるといえる。加えて、先行研究の中には、於保の管理権概念を参考に、権利に基づく法作用を行使する根拠が財産に対する主体的に観念できることを示し、共有物の保存行為を行う権限について検討しているものもある³⁵。松下朋弘は、上述した論理を展開する中で、広義の管理権の領域に保存行為、利用行為、改良行為、処分行為が含まれていることを示しているが、このことは、裏を返せば、保存行為から処分行為までの管理に属する行為は全て管理権の行使行為であることを示している。そのため、広義の管理とは管理権行使行為であるといえる。

3 共有における管理権

次に問題になるのは管理権がどのように帰属していて、広義の管理に関する各規定が管理権の観点からどのように評価できるのかである。広義の管理の内容である、変更、管理、保存はそれぞれ共有者全員の同意、共有者の過半数の同意、共有者単独での行使を要件としている。変更は共有者全員の同意が要求されたのは、①意見の衝突があるときに、一方の意見によると他方の処分権を害することになるから³⁶、又は②共有物の価格の低下を招く恐れがあるから³⁷、あるいは③共有物の消滅に等しい結果を生ずることがあるから³⁸であると説明されている。すなわち、全共有者が事実上の処分を行う権限を有する上に、共有物の価値低下等を通じて全共有者に影響を与えることを理由としている。また、管理が共有者過半数の同意でできるとされた理由は、変更が共有者全員の同意を要する理由を前提に、①共有物の管理が必要であること³⁹、②管理が共有者全員に利益をもたらすこと⁴⁰、③全員の同意を要求することが不便であること⁴¹、④共有物の変更ほどには共有物の価値に対して大きな影響を与えないこと⁴²、及び⑤過半数を持分の価格によって算定する点から、共有物についてより大きな利害を有する者の利益を保護すること⁴³を理由にしている。さらに、保存が共有者単独でできるとされた理由は、物の棄損を防ぐために必要であり迅速に行われることを要するからであると説明されている⁴⁴。また、保存行為が管理行為の一分肢であることを述べるものもある⁴⁵。以上のことを踏まえると、広義の管理について以下のように評価できる。すなわち、変更の理由を前提に、変更の要件を緩和する形で管理の要件が設定され、さらに

³⁵ 松下朋弘「共有持分権論：保存行為の権限からの再検討」慶応ロー36巻421頁以下

³⁶ 梅・前掲注2) 194-195頁、中島・前掲注3) 451頁

³⁷ 岡松参太郎「註釈民法理由 中巻」223頁(有斐閣、1897)

³⁸ 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎「帝国民法正解 第2巻(第3版)」645頁(日本法律学校、1903)

³⁹ 梅・前掲注2) 195頁、富井・前掲注2) 169頁、岡松・前掲注37) 225頁

⁴⁰ 末弘・前掲注3) 313頁

⁴¹ 富井・前掲注2) 169頁、中島・前掲注36) 452頁

⁴² 岡松・前掲注37) 225頁

⁴³ 松波=仁保=仁井田前掲注38) 649頁

⁴⁴ 梅・前掲注2) 196頁、富井・前掲注2) 168頁、松波=仁保=仁井田・前掲注38) 651頁、中島・前掲注3) 454頁

⁴⁵ 富井・前掲注2) 168頁

保存も管理の一分枝であり管理の中でより簡単な要件でできるものである。そうすると、管理や保存も変更の規律を修正する形で規定されたものである。変更のみが 251 条 1 項に規定されており、次の条文である 252 条に管理と保存が規定されている条文構造からも、広義の管理における原則は変更であるといえる。そうすると、原則として、管理権を有する者が管理を行うべきであるから、広義の管理の原則である 251 条 1 項に従い、共有者全員に共有物の管理権が帰属する。このように考えると、251 条 1 項は、管理権が全員に帰属することを示す規定であり、252 条 1 項や 252 条 5 項は管理権行使の要件を緩和する規定であると評価できる。

IV 広義の管理の効果

前章で、広義の管理とは、管理権に基づいて行われる行為をいうことを確認した。本章では、広義の管理、すなわち管理権の行使行為はいかなる効果を有するかを検討する。この検討においては、管理権の行使行為全てに共通する部分もあるが、以下のような共有特有の問題もある。共有物の管理は、共有者全員に帰属する管理権を行使することでなされることから、各共有者にとって共有物の管理は自己財産を管理する側面と、他人の財産を管理する側面の両方を持っている。このことを管理権の観点からどう扱うべきかが問題となる。特に、令和 3 年度改正で共有物の管理者制度が導入された。そして、共有物の管理者と共有者との間の法律関係をめぐって議論がなされている。この議論は、252 条 1 項前段に基づく管理方法の決定の効力が、その決定に賛成しなかった共有者にどのように及ぶか、252 条 2 項に基づく管理方法の決定が、その意思決定に参加しなかった共有者にどのような効力を及ぼすかという問題にも通じると指摘されている⁴⁶。そのため、本章では主に、共有物の管理者の選任を中心に広義の管理の効果を、広義の管理を決定する決議の効果（次章参照）と区別し、管理権の見地から検討する。

1 効果帰属の有無

まず、広義の管理の法律効果が全共有者に帰属するか検討する。この問題は共有物の管理者制度が新設されたことで顕在化したため、以下、管理者制度を念頭に検討する。

(1) 共有物の管理者制度の意義と問題点

252 条の 2 は共有物の管理者制度について以下のように定めている。すなわち、①共有物の管理者は共有物の管理の行為について行うことができるが、②変更行為は共有者全員の同意を得なければ行うことが出来ない（同条 1 項）、③管理者にとって所在等不明共有者がいる場合について 251 条 2 項と同様の規律が設けられている（2 項）。さらに、④共有者が共有物の管理に関する事項を決した場合にはこれに管理者が従うこと（3 項）、⑤管理者が④に違反して行った場合には共有者に管理行為の効力が生じないが、善意の第三者に対抗できないこと（4 項）も内容としている。立案担当者は、管理者の選任決定は共有者間での内部決定に過ぎず、選任された者が管理者に就任するには管理者の同意が必要であること、

⁴⁶ 松尾弘「物権法改正を読む ―令和 3 年民法・不動産登記法改正等のポイント」33 頁（慶應義塾大学出版会株式会社、2021）

及びその同意にあたり通常であれば共有者と共有物の管理者との間で委任契約を締結するものであるとしている⁴⁷。もっとも、この委任契約について、⑦共有者による管理者の決定と委任契約との関係、及び④委任契約の効力が共有者全員に及ぶかという二つの問題が指摘されている⁴⁸。④は管理者が行った管理行為が共有者全員に帰属するかという問題である。しかし、この問題の解決策は、管理行為の効果が共有者全員に帰属するのかという問題に一般化することが出来ると思われる。なぜなら、共有物の管理者も持分の過半数の同意を得て管理行為を行う者も、権限を持って共有権を行使する点に変わりがないからである。そのため、共有物の管理者制度を通じて管理行為が全共有者に効果帰属するか検討する。ただ、共有物の管理者制度の適用には、共有者の一部が共有物の管理者となる場合と、第三者が共有物の管理者になる場合の二つが考えられる⁴⁹が、ここでは比較的的事案が単純な第三者が管理者となる場合を中心に考える。なお、共有者の一部が管理者となる場合にも、第三者を管理者とした場合と同様の理論構成が考えられるものの、管理者となる共有者に対し 253 条 1 項の適用を排除するのは妥当でない⁵⁰ことや、管理者となる共有者が委任者となることができないことから、委任関係の成立は否定されている⁵¹。

(2) 広義の管理が共有者全員に効果帰属するか

管理者と共有者との委任契約についての見解は大きく分けて、①団体的な関係を認める見解、②委任契約を結んでいない共有者との間に特別な法律関係を認める見解、③その他の見解の三種類があり得ると提示するものがある⁵²。

①は、共有者の関係を法人や一定の結合関係がある団体の構成員と同様に理解する考え方である。これを前提に、Ⓐ管理者を共有者団体の代表者とする考え方と、Ⓑ建物の区分所有等に関する法律（以下「区分所有法」とする）26 条 2 項を参照に、管理者も共有者を代理できるとする考え方の二通りがあり得るとしている。Ⓐの考え方では、管理者が共有者団体を執行する機関であると考えることにより、その結果管理者の行為の効果が共有者団体に帰属することになる。しかし、共有者間の関係について個人主義的な観点から理解されていることに反するとの批判がある⁵³。合有や総有といった共有形態を認めてきた理由が、共有状態が必ずしも個人主義的なものでない実態に照らし、団体主義的な共有状態に沿った法規制を考えたからである⁵⁴ことに照らしても、個人主義的な共有状態にこの考え方は妥当しえないと思える。また、Ⓑの考え方によると、管理者が共有者の代理人になると考えられるため、管理者が行った法律行為の効果が全共有者に帰属することになる。しかし、区分所有法 26 条 2 項のような規定が民法にない以上、管理者に代理権を認めるのは区分所有の場

⁴⁷ 村松＝大谷・前掲注 1) 103 頁

⁴⁸ 潮見佳男＝千葉恵美子＝松尾弘＝山野目章夫編「詳解 改正民法・改正不登法・相続土地国庫帰属法」100 頁〔伊藤栄寿〕(2023、商事法務)

⁴⁹ 村松＝大谷・前掲注 1) 103 頁以下、潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 100 頁〔伊藤〕

⁵⁰ 法制審議会民法・不動産登記法部会資料（以下「部会資料」とする）41・12 頁

⁵¹ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 108－109 頁〔伊藤〕

⁵² 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 100 頁以下〔伊藤〕

⁵³ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 101 頁〔伊藤〕

⁵⁴ 高島平蔵「共同所有理論の再構成について」早稲田法学 57 卷 3 号 21 頁（早稲田大学法学会、1982）

合に限定すべきであり、一般の共有にも適用すべきでない。また、立案担当者も共有物の管理者に代理権を与える趣旨でないとして説明している⁵⁵。そのため、この考え方も採りづらい。以上より、①の考え方は採りえない。実際に立案担当者も、管理者の選任に反対した共有者は委任契約の主体とならない考え方を示している⁵⁶。このことから、立法担当者も、少なくとも共有者間の法律関係を団体的に捉えていないものと考えられる。

他方、②は、第三者と委任契約を結んでいない共有者にも一定の法律関係が生じていると理解する考え方である⁵⁷。契約を締結していない共有者に、委任契約の効力が直接生じることはないが、管理者選任関係は生じていると説明されている。この考え方によると、委任契約の効力が契約を締結していない共有者に直接生じることはないとしていることから、少なくとも広義の管理の効果を全共有者に帰属させることは出来ない。また、この考え方を支える理論的根拠や委任契約と管理者としての地位も明確でないと指摘されている⁵⁸。まず、法的根拠として考えられるのは事務管理（697条）であるが、あくまで管理者は委任契約の相手方のために管理を始めており、少なくとも管理者の選任に同意していない共有者のために管理はしていない。そのため、「他人のために」という要件を充足しない。他方、管理者は委任契約により管理権限を取得するのか、過半数決定により管理権限を取得するのかということが不明確である。

その他に、③は、管理者が管理権限を有することから、管理者の行為を他の共有者が否定できない結果、他の共有者にも管理者の行為の効力が及ぶとする考えである⁵⁹。この考えの中でも④、252条1項に基づく管理行為としての管理者決定を管理権限付与の根拠とする立場と、⑤委任契約を管理権限付与の根拠とする立場の二つがある。④は全共有者全員のために管理すべきことを管理者に要求する立場であるのに対し、⑤は委任者のために管理すべきことを管理者に要求する立場である⁶⁰。そもそも、管理者制度は、共有物が適切に管理されることを実現するとともに、共有者の便宜を図るために置かれた規定である⁶¹。そうすると、同規定は全共有者の便宜を図る規定であり、委任者だけの便宜を図る規定でない。また、管理行為が共有権の行使行為である以上、共有権の帰属する全共有者から管理権限の授権を受ける必要がある。そのため、この立場を取る場合には、④の立場を取るのが妥当であると思われる。③の立場は、①及び②の立場と異なり、管理者選任に同意しない共有者に管理者を選任する契約の効果を及ぼさないことを前提としている。そうすると、③の立場である④が妥当である以上、管理行為として行われる管理者を選任する契約の効果は同意しない共有者に及ばない。そして、この考え方は管理者の選任の場面に限らず、あらゆる管理行為の場面で妥当する。以上より、過半数で決定された管理行為の効果は、反対した共有者に

⁵⁵ 部会資料 41・12 頁

⁵⁶ 村松＝大谷・前掲注 1) 103 頁

⁵⁷ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 102 頁〔伊藤〕、部会資料 41・12 頁

⁵⁸ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 103 頁〔伊藤〕

⁵⁹ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 105 頁以下〔伊藤〕

⁶⁰ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 105 頁以下〔伊藤〕

⁶¹ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注 48) 95 頁〔伊藤〕、部会資料 3・14 頁

帰属しないと考えるべきである。

(3) 広義の管理の効果帰属範囲

以上より、全共有者が広義の管理に属する法律行為の主体になるわけではないことを示した。また、立案担当者は、共有物の管理者制度について、管理者の選任に同意した共有者の全部又は一部が委任契約の主体となること、及び誰が当事者になるかは同意した共有者間で協議をして決めることになることと解されるとしている⁶²。しかし、管理者の選任に同意した共有者の一部が委任契約の主体になる場合、契約主体にならない者に効果が帰属しないとすると、管理者の選任に同意した共有者間で委任契約上の債務の負担につき不均衡が生じることとなる。もちろん、253条等によって委任契約で負担した債務の償還を他の共有者にも請求することが出来る以上、不利益を補填する手段自体はある。しかし、そもそも、管理者は所在等不明共有者がいる場合にも選任できるところ（252条の2第2項）、所在等不明共有者に費用償還請求をすることは現実的でない。また、このような不均衡を許容すると、委任契約の契約主体になろうとする者がいなくなり管理者制度の利用を滞らせることになる。そのため、管理者の選任に同意した共有者のうち、契約主体となっていない者にも、契約の効果が帰属すると解すべきである。現に、共有者の全員が第三者と委任契約を締結した場合にその効力が全共有者に及ぶと指摘するものもあり⁶³、同意した者に契約の効果が及ぶことを当然の前提としていると考えられる。したがって、広義の管理行為の効果は、その行為に同意した者-変更行為の場合には全共有者、狭義の管理行為の場合には同意した過半数の共有者、保存行為の場合には行為者のみに効果が帰属すると考えるべきである。その結果、例えば共有物の使用方法の決定があった場合、賛成した共有者間に契約が生じると考えることになる。もっとも、このように考えた場合、例えば、管理行為として短期賃貸借契約を締結した場合に、同意していない共有者は賃料を得ることが出来ず、同意しない共有者の負担においてその他の共有者が利益を得ることになり公平の見地から妥当でないとの考えも成り立つ。しかし、これは249条2項で解消できると思われる。そもそも、賃貸借契約とは、目的物を使用させる債務と賃料債務が等価関係にある双務・有償契約であり、賃料債務は目的物使用の対価として支払われる⁶⁴。そして、共有物の賃貸借は、賃借人が特定の共有者（一人であるとは限らない）に代わって共有物を使用している状態であると評価でき、共有者の一部による共有物全部の使用と評価できる。そのため、249条2項が適用でき、共有者の一部が共有物の使用の対価として得ている賃料債権について、他の共有者も自己の有する持分に応じて契約当事者となった共有者に支払いを求めることが出来る。したがって、賃貸借契約に同意しない共有者は、賃借人に対し共有物利用の対価を請求できないにとどまり、賃借人となった共有者に対価を請求することができるため、同意しない共有者の負担において同意した共有者が利益を得ることにはならない。そのため、上記結論で不具合は生じない。

⁶² 村松＝大谷・前掲注1) 104頁

⁶³ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注48) 100頁〔伊藤〕

⁶⁴ 潮見佳男「新契約各論Ⅰ」350頁（信山社出版、2021）

なお、使用方法の決定に賛成していない共有者が当該契約の影響を受ける理由については次章で詳述する。

2 その他の効果

広義の管理の効果が必ずしも全共有者に帰属しないことを確認した。それにもかかわらず、管理行為は全共有者に効果が生じることを前提としている⁶⁵が、253条の適用もその一部に含まれていると思われる。すなわち、適法な管理行為をした場合、全共有者は253条に基づき共有物の管理費用等を負担することになる。もっとも、253条1項は文言上「管理」となっている。しかし、これは広義の管理を意味し、変更行為や保存行為のための費用も含まれると解すべきである。その根拠に、明治民法制定過程でも保存行為が含まれることが確認されていることが挙げられる⁶⁶。加えて、現在においてこのことを批判する立場は見受けられない。以上より、同条項の「管理」が狭義の管理を意味するものではないと言える。また、保存行為が253条1項の対象とされたのは、保存行為が狭義の管理と同一平面で捉えられるべき事態であると考えられたからであるが、両者は広義の管理ということが共通している。他方、前述の通り、変更行為も広義の管理に含まれる。加えて、変更行為は、共有者全員の同意の下で行われる以上、全共有者に費用負担を強いても問題がないと思われる。そのため、広義の管理により共有者全員に費用負担義務が発生する。これにより、共有者の一部が管理行為のために必要な支出をした場合、当該共有者は他の共有者に対しその費用の償還を請求できることになる。もっとも、前述の通り、広義の管理に同意した共有者に広義の管理の効果が帰属することから、効果帰属の有無により費用償還請求権の実質は変化する。すなわち、通常を立て替え払いの場合と同様に、立て替え払いした共有者は、広義の管理に同意した共有者に対して委任契約に基づく委任事務処理費用償還請求権を有するのに対し、同意していない共有者に対しては事務管理費用償還請求権を有することになる。そして、上記債権は253条2項により、償還請求権の債務者である共有者が有する持分権を担保として履行が実現される。加えて、債務者である共有者が自らの持分権を譲渡した場合にも、254条により譲受人に請求できることとなっている。

なお、広義の管理による拘束が認められている事項として、適法に決定された広義の管理の効果を他の共有者が否定することができないということが挙げられる⁶⁷。しかし、この効果は広義の管理の効果でなく、広義の管理を規定する251条1項等に基づく決定の効果としてみるべきである。そのため、同効果については次章で検討する。

V 共有者による決定の効果

前章では、共有者間の決定に基づいて行われる行為を決定と区別し、前者の効果について検討した。続いて、251条1項や252条1項に基づく決定の効果を本章にて検討する。前

⁶⁵ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注48) 108頁〔伊藤〕

⁶⁶ 小粥・前掲注2) 573頁〔小粥〕、富井・前掲注2) 168頁

⁶⁷ 潮見＝千葉＝松尾＝山野目・前掲注48) 108頁〔伊藤〕、山城一真「共有法の基礎理論とその課題・補遺」吉田克己編『物権法の現代的課題と改正提言』136頁、155頁（成文堂、2021）

述した通りの法的効果を発生させること、特に全共有者に一定の効果を及ぼすことが認められるのは、広義の管理（うち狭義の管理と変更）が共有者間の協議を経て決定されたからである。すなわち、共有者による決定が全共有者に一定の効果を及ぼす効果を有することになる。それでは、上記決定が及ぼす効果とはいかなるものであるかを、①その前提として決定がなされていない場合の法律関係を簡単に確認した上で、②広義の管理を行う共有者にいかなる効果が生じるかと、③広義の管理を行わない共有者を含めた全共有者にいかなる効果が生じるかを検討する。

1 前提の確認

まず、広義の管理が共有権の行使行為である以上、原則として共有者全員の同意を得て行うべき行為であり、各共有者が持分権に基づいて、使用収益として行うことは出来ない。251条1項等は持分権に基づいて広義の管理に当たる行為を行うことが出来ないこと、及び、広義の管理に属する行為は管理権の行使としてのみ行うことができることを規定しているといえる。判例が251条1項の手続きを経ずに行った変更の差止請求⁶⁸や、変更によって生じた結果に対し原状回復請求⁶⁹が出来るとしていることからも、使用収益権の行使として広義の管理に属する事項を行うことが出来ないとしていると考えることが出来る。

2 決定の効果

それでは、上記の法律関係が、共有者間において251条1項や252条1項に基づく決定を為した場合、どのように変化するか。まず、広義の管理を行う共有者に生じる効果を検討する。251条1項は、「他の共有者の同意を得なければ共有物に変更…を加えることができない」と規定しているが、これを反対解釈すると、他の共有者の同意を得ることが出来れば、共有物に変更を加えることができると読める。また、252条1項は、「共有物の管理に関する事項…は、各共有者の持分の価格に従いその過半数で決する」としている。このことから、各条所定の要件を充足した場合、共有者が行った変更や管理は有効、あるいは適法であるといえる。共有者が行った変更や管理は有効、あるいは適法であるということはすなわち、管理権の行使が有効、あるいは適法であるといえることになる。しかし、IIIで詳述した通り、共有物の管理権は共有者全員に帰属している。そのため、共有者全員に同意を求めている251条1項の場合はまだしも、共有者の過半数の同意を得たに過ぎない252条1項の要件を充足した場合にも管理権の行使が有効、適法となるためには一定の説明が必要である。

考えられる構成は、全共有者が広義の管理を行う者に管理権を譲渡したと考える構成か、全共有者が広義の管理を行う者に管理権の行使権限を譲渡したと考える構成、及び広義の管理を行う者には何も起きず、全共有者が管理権行使の結果を否定できないと考える構成の三つである。広義の管理を行う決定がなされると、行為者が管理を行いそれが適法であると扱われる。他方で、一度管理に属する行為が行われても、これに反する管理に属する行為も共有者の過半数の同意をもって行うことが出来る。例えば、共有物に関する賃貸借契約の締結も広義の管理である（短期賃貸借契約につき252条4項）のに対し、賃貸借契約の解

⁶⁸ 大判大正8年9月27日民録25輯1664頁

⁶⁹ 最判平成10年3月24日判タ974号92頁

除も判例上管理行為であると扱われている⁷⁰。その他にも、本改正にて共有物の使用方法の決定が管理行為であることが明示された（252条1項第2文、252条3項）が、決定された使用方法を変更することも管理行為である⁷¹。そうすると、一度管理を決定したとしてもこれに反する行為を行うことが出来る、しかも管理の手続きを採る必要があるとするならば、一度管理に関する決定がなされたことをもって全共有者に管理権が帰属するという状態に変更を生じさせるということは出来ないというべきである。したがって、管理権が譲渡されたと考えることは出来ない。また、管理権の行使権限が譲渡されたと考える場合、管理権を行使する権限たる権利を新たに観念する必要がある。しかし、これは非常に迂遠であるし、そもそも、管理権を財産上の事務を処理する権限であるとして財産権から分離した以上、新たな権利を観念せず管理権に基づいて管理が行われると解すべきである。したがって、管理権行使の譲渡という構成も採りえない。よって、少なくとも252条1項に基づく決定により行われた管理が適法又は有効であるのは、行為者に管理権又はその行使権が移転すると考えるのではなく、管理権には何らの変化も生じず、ただ全共有者が行為者の行った行為を否定できないだけであると解すべきである。

加えて、この考え方に立てば、広義の管理として管理と同様に扱われるべき変更及び保存、特に保存も同じ構成で考えることが出来る。まず、変更は管理権の帰属主体である共有者全員の同意を得る必要がある以上、上記のいずれの構成に立ったとしても行為者が変更を行うことが有効、又は適法である理由は説明できる。他方、保存は、各共有者が単独でできるとされており、決定の手続きも不要である。そうすると、仮に広義の管理ごとに管理権やその行使権が移転すると考えると、なぜ管理権やその行使権が移転するのか、具体的には管理権や行使権を移転させる手続きがないのに管理権やその行使権を移転させることを正当化できるのかという点が説明できない。他方、全共有者が広義の管理及びその結果を否定できないだけであると考えると、この点の説明なくして共有者が単独で保存行為を行うことを正当化することが出来る。したがって、変更や保存との比較からしても、上記構成が妥当である。

そして、全共有者が行為者の行った行為を否定できないということを法律的に分析すると、全共有者は行為者の行う行為及びその結果に対し物権的請求（特に妨害予防及び妨害排除請求）をしないという不作為義務を負うことを意味すると考えられる。そのため、251条1項や252条1項に基づく決定は、行為者に対し一定の効果を生じさせるものではなく、全共有者に上記のような不作為義務を課す効果を有するものであると解すべきである。

VI 251条2項と252条2項に基づく裁判の効果

前章にて、共有者間の決定が、行為者の行う行為及びその結果に対し物権的請求を行使しない不作為義務を全共有者に負わせる効果を有することを示した。本章では、かかる共有者

⁷⁰ 最判昭和39年2月25日民集18巻2号329頁

⁷¹ 村松＝大谷・前掲注1) 65頁。なお、過半数決定とは別に特別の影響を受ける共有者の承諾を得る必要はある（252条3項）

間の決定のルールを変更する 251 条 2 項や 252 条 2 項に基づく裁判の効果がいかなるものか検討する。これらの規定に基づく裁判がなされると、所在等不明共有者の同意を得なくても、それ以外の者から所定の同意を得ることが出来れば、変更や管理を行うことが出来るようになる。もっとも、管理については賛否を明らかにしない共有者がいる場合にも、252 条 2 項に基づく裁判を経ることで、所在等不明共有者がいる場合と同様に扱うことが出来る。

両規定のうち、252 条 2 項に基づく裁判の存在が管理の構造上大きな問題にならないとしても、251 条 2 項に基づく裁判の存在は変更の構造上大きな問題になると思われる。それは以下の理由からである。まず、管理は、共有者の過半数の同意を得ることであることが出来る以上、管理に反対する者がいてもそれが過半数に満たなければ管理を行う支障にならない。そのため、所在等不明共有者を除いて管理に関する意思決定を行うことに大きな抵抗はない。他方、変更は共有者全員の同意を得なければなすことが出来ない。すなわち、改正前の民法において、一部の共有者が少なくとも明示的には欲していない変更を行うことが想定されていなかった。そのため、251 条 2 項に基づく裁判は、変更という行為類型に大きな影響を与え得るといえる。そこで、本章では、251 条 2 項に基づく裁判という制度の妥当性及び 251 条 2 項を承認しうる条件を分析することを目的とする。そのために、①問題の少ない 252 条 2 項に基づく裁判の制度がいかなるものか検討し、②251 条 2 項に基づく裁判でも①の検討内容を貫徹できるかを検討する。

1 252 条 2 項に基づく裁判

(1) 裁判によって生じる現象の分析

立案担当者は、裁判の効果が以下のようなものであるとしている⁷²。すなわち、252 条 2 項に基づく裁判がされた場合には、所在等不明共有者以外の共有者の持分価格の過半数により管理に関する事項を決することが出来るようになる。裁判が以上の効果のみを有することから、実際に管理に関する事項を決定するには所在等不明共有者以外の共有者の持分の価格の過半数により決定する必要がある。他方で、裁判がなされた後、所在等不明とされた共有者の所在等が判明したにも関わらず所在等不明とされた共有者の同意を得ることなく管理行為を実施することは信義則違反又は権利濫用として違法であると解されるとしている。なお、裁判を経た後に所在等不明共有者以外の共有者のうち過半数の同意を得て管理がなされた場合、その後所在等不明とされた共有者の所在等が判明した場合であっても、既になされた管理は適法であるとされている⁷³。

以上より、252 条 2 項に基づく裁判により以下の現象が生じることが分かる。まず、①裁判により管理を行う権限が付与されるのではなく、別途所在等不明共有者以外の過半数の同意によって管理に関する決定がなされることから、裁判は管理権行使をする要件の緩和をする効果しか持たないといえる。次に②裁判の確定から管理行為までに所在等不明とされた共有者が見つかった場合にはその者を加えて過半数の同意を得る必要があることから、管理行為までに現れた所在等が不明とされた共有者の意向を裁判で排除することが出来な

⁷² 村松=大谷・前掲注 1) 74 頁

⁷³ 村松=大谷・前掲注 1) 81 頁

い。さらに、③裁判が確定した場合に所在等不明共有者以外の共有者の過半数の同意が得られれば管理に関する事項を決定できる以上、所在等不明共有者以外の共有者間での議決の賛成数のみならず定足数からも所在等不明とされた共有者が省かれている。④管理行為がなされた後に所在等不明とされた共有者の所在等が判明しても、管理行為の適法性には影響を与えないことから、管理行為がなされた後に所在等が判明した共有者も管理行為及びその結果に対し物権的請求権を行使することが出来ない。

これらのうち特殊なのは③である。共有を一定の法人類似の関係であるとみるならば、定足数への不算入という現象は、会社法でも頻繁に見受けられる現象であるため説明がさほど難しくないとと思われる。しかし、IVで述べた通り、通説は一定の人的関係がある場合を除き、共有を法人類似の関係として捉えるのではなく、個人主義的な所有関係で捉えている。また、後見の裁判を受けた等一定の場合を除き管理権は財産の帰属主体が有し、かつ所在等不明共有者も共有者であり共有権又は共有持分権の帰属主体であることから、所在等不明共有者にも共有物の管理権が帰属している。そうすると、管理に関する事項の決定に定足数が加算されないという現象を説明する方法は限られてくる。この点を軸に次節では裁判で生じる現象を引き起こす構造を検討する。

(2) 理論的構成

前節で確認した現象を説明する方法としては以下の二つが考えられる。一つは、裁判が所在等不明共有者の持分に相当する部分の管理権を喪失させると構成することである。この考え方は、所在等不明共有者は所在等が不明であることをもって管理能力を有しないとすものである。この考え方は不在者の財産管理制度（25条以下）でも採られており、理論上可能であると思える。しかし、この考え方は以下の理由から妥当でない。まず、この考え方を取ると、所在等不明共有者の所在等が判明した場合にその管理者を含めて過半数の同意を得なければ管理ができないとする③を説明できない。不在者の財産管理制度の場合、不在者本人が財産管理を出来るようになった後、それだけでは管理権が消滅しないとされており⁷⁴、管理者が管理権限を失うのは家庭裁判所の処分を取り消されてからであると考えられている。このように、所在等が不明であることを理由に裁判で管理権を喪失させる場合には、管理権を復活させる場合にもまた裁判が必要だと解すべきである。しかし、③の考えによると、そのような裁判手続きを経なくても所在等不明共有者に管理権が回復すると解されることになる。③の考え方が誤っており、裁判を経なければ所在等不明とされた共有者の意見を聞くことなく管理が出来ると解するにしても、そのような裁判手続きを規定した条文がない以上、この仮説は成り立たない。次に、立案担当者は、裁判を利用する場合、所在等不明共有者を意思決定から排除したい行為を具体的に特定しなければならないとしており⁷⁵、同制度をあくまで所在等不明共有者を特定の行為に関する意思決定から排除するものに過ぎないとしている⁷⁶。仮に裁判により所在等不明共有者の管理権喪失を認めた場合、一

⁷⁴ 大判昭和15年7月16日民集19巻1185頁

⁷⁵ 村松=大谷・前掲注1) 73頁

⁷⁶ 村松=大谷・前掲注1) 75頁

定の事情が発生するまで所在等不明共有者の管理権喪失は継続するはずであり、所在等不明共有者の所在等が判明しないうちに二度目の管理行為を行う場合にも裁判が必要となる理由が説明できない。不在者の財産管理制度は財産管理人という不在者に対し善管注意義務を負う者⁷⁷に財産を管理させることから、裁判以降自由に管理行為や保存行為を行うことができると考えられることからすると、所在等不明共有者の持分にも利害関係を持ちうる他の共有者に共有物の管理を全面的に任せるべき理由もないため、前述した立案担当者の見解が誤っていると解するのは難しいと思われる。加えて、不在を理由として財産の帰属主体の管理権を喪失させる制度として前述した不在者の財産管理制度が存在する。確かに、252条2項を追加した目的の一つは不在者財産管理人の利用上の不便である⁷⁸。すなわち、財産管理人の報酬を、選任を求めた他の共有者が負担しなければならないことや、共有者が不特定であるときに不在者が特定できないことが問題となっている。しかし、ある程度継続して管理の手続きを簡便にする恩恵を受けることを欲するのならば、その対価として財産管理人に対する報酬を支払うべきである。また、不在者が特定できない場合であつてもとりあえず252条2項により管理を行う手段がないわけでない以上、わざわざ所在等不明共有者の管理権を喪失させる必要はない。

そのため、252条2項に基づく裁判により、所在等不明共有者は当該行為に限り管理権の行使を放棄したと推定する構成を採るべきである。このように解することで、喪失した管理権を復活させるに足りる手続きが用意されていないことや、一行為ごとに裁判が要求されていること、不在者管理制度が既に存在していることと矛盾なく説明できる。すなわち、管理権の喪失がない以上、管理権喪失に足りる手続きがないことは当然である。また、当該行為に限り管理権の行使を放棄させる以上、違う行為を行う場合にまた裁判が必要となるのも当然である。さらに、不在者管理制度が長期的に所在等不明共有者の財産を管理させる制度であると観念されうる一方、252条2項に基づく裁判はある行為のみを行いたい場合に限り利用する制度と観念できるため、両者は目的を異にした規定であると観念することが出来るようになる。上記の立場を採る場合、所在等が不明であることにより管理権を行使することが出来ないことを管理権行使の放棄を推定する根拠として考えることになる。そのため、管理行為を行う前に所在等が不明とされた共有者が現れた場合、その推定が覆され、その共有者の意思を確認する必要があると考えることになる。他方、管理行為が行われた後に所在等不明とされた共有者の所在等が判明した場合には、推定が覆されず、管理行為を適法なものとする。ここにいう適法とは、前章で述べた通り、全共有者が管理行為及び行為による結果に対し物権的請求権を行使しないという不作為義務が遵守されていることを意味する。

2 251条2項に基づく裁判

以上より、252条2項に基づく裁判の有する効果が、目的とする行為に限り所在等不明共有者の有する持分に対応する管理権行使の放棄を推定するものであるとわかった。そして、

⁷⁷ 山野目章夫編「新注釈民法（1）総則（1）」592頁〔岡孝〕（有斐閣2018年）

⁷⁸ 村松・＝大谷・前掲注1）68頁

251 条 2 項に基づく裁判がなされた場合に所在等不明共有者以外の共有者全員の同意により共有物に変更を加えることができるようになること、及び 251 条 2 項に基づく裁判から変更が行われるまでの間に所在等不明共有者の所在等が判明した場合の法律効果も 252 条 2 項と同様に解していることなどから、251 条 2 項に基づく裁判と 252 条 2 項に基づく裁判は同じ規律をするものであると考えることになる⁷⁹。もっとも、両者は前述した点、すなわち管理の場合には共有者全員の同意がない場合が想定されていたのに対し、変更の場合には共有者全員の同意がない場合が想定されていなかったことが異なる。

前述した通り、変更には共有者全員の同意が要求されたのは、全共有者が事実上の処分を行う権限を有する上に、共有物の価値低下等を通じて全共有者に影響を与えるからである。ここまで検討してきたことを前提とすると、事実上の処分を行う権限は管理権と言い換えることが出来る。すなわち、共有者全員の有する管理権を適切に行使する必要がある、かつそうしなければ共有者全員に変更による共有物の価値低下等を共有者全員の自己責任とすることが許されないということである。他方、管理行為は、共有者の過半数の同意があればでき、全共有者に管理行為及びその結果に対し物権的請求をしない不作為義務を課すということは、不完全な管理権の行使であるが誰も反対できなくなる結果適法であると認められるにすぎず、不完全な管理権の行使に変わりない。そして、251 条 2 項に基づく裁判を、252 条 2 項に基づく裁判と同様の法的効果を有するものと仮定すると、251 条 2 項に基づく裁判により行われる変更もまた、所在等不明共有者の持分に対応する管理権を行使しない不完全な管理権の行使であると言わざるを得ない。そうすると、前述した変更には共有者全員の同意を要求する理由が害されることになる。そのため、本来であれば、251 条 2 項という規定を設けることは変更が共有者全員の同意を要求した趣旨に反し妥当でないと評価すべきことになる。

しかし、現実に 251 条 2 項という条文は令和 3 年度民法改正で新設されている。そのため、この条文を正当化するべく解釈される必要がある。そして、これは、変更によって共有物の有する価値が減少した場合、所在等不明とされた共有者による、所在等不明共有者以外の共有者に対する、価値減少額の損害賠償請求を、所在等不明共有者の有する持分の範囲で認めれば解消できると考える。変更を共有者全員の同意で行うべきとした理由は、つまるところ変更の結果起きた不利益を共有者全員の自己責任とさせたいことにあると思われる。そもそも、所有物の処分により生じた結果は所有者に負わせるべきである。共有について単一説に立っても複数説に立っても、共有者全員が共有物を所有しているという現実に異論はないと思われる。そうすると、共有者全員に変更の結果を帰責させることを正当化できるよう、共有者全員の同意を要求したとみるのが妥当であると思われる。そうすると、251 条 2 項に基づく裁判によって決定された変更の場合、所在等不明共有者の持分に対応する管理権を害するため、仮に変更により共有物の価値低下等が発生し、共有者に損害が出た場合に、所在等不明共有者がそれ以外の共有者に対し、価値低下分を持分に応じて損害賠償請求で

⁷⁹ 村松=大谷・前掲注 1) 74 頁

きるとすれば、所在等不明共有者の受けた損害を回復する手段が確保されるため、上記変更が共有者全員の同意を要求した理由を害することなく 251 条 2 項を承認することが出来る。

Ⅶ 終わりに

ここまでで、簡潔に言えば以下のことを明らかにした。すなわち、変更、管理、保存がいわゆる管理権に基づいて行われる広義の管理であること、広義の管理に属する行為の効果が全共有者に帰属せず、広義の管理が全共有者に影響を与えることの意味とは、全共有者に広義の管理及びその結果に対し物権的請求をしないという不作為義務を課すことであること、及び 251 条 2 項に基づく裁判によって変更が行われ、共有物の価値が低下した場合に所在等不明共有者がそれ以外の共有者に価値低下相当の損害賠償請求を行うことができることを示した。これらの検討により、共有者の内部関係、特に広義の管理の構造を明らかにすることはできたと思われる。

しかし、本稿では共有物の管理者について深く検討をしなかった。すなわち、共有物の管理者の立場がいかなる立場であるかという問題である。共有物の管理者制度はいわゆる授権の制度である。そのため、管理権論によると、授権の本質は管理権行使の譲渡であるとされている⁸⁰ことから、共有者に帰属する管理権行使が管理者に譲渡されていると考えることになる。もっとも、どの範囲で管理権の行使が譲渡されているか、選任に同意した共有者の有する管理権のみか、はたまた管理権全体に及ぶのかという点が問題になる。IV章で示した③の①説と②説との対立は、管理権の観点で分析すると、管理権の行使が譲渡される範囲はどの範囲かという問題に言い換えることが出来る。②の立場を採る場合、同意の範囲でのみ管理権が移転すると考えることになり、他の授権制度と平仄がそろえられる。しかし、前述した管理者制度の趣旨から①が妥当であると考えれば、管理権全部が管理者に移転すると解さざるを得ない。そうすると、252 条の 2 第 1 項但書が問題となる。完全な管理権を管理者が有するならば、管理者は自由に変更を行うことが出来るはずである。しかし、同条によると変更行為を行う場合には別途共有者全員の同意を要求するものとしている。この条文と①説とが矛盾しないか、矛盾しないとしたらどう説明するのが問題となる。この条文が問題になると、連鎖的に同条 2 項も問題となる。同条 2 項は管理者による変更行為を 251 条 2 項の手続きにのせる条文であるが、すでに問題がある 251 条 2 項に、管理権から複雑な構成が要求され得る共有物の管理制度をのせることになるため、管理権の観点から非常に多くの問題をはらんでいると考えられる。本稿においてこの問題は広義の管理が共有者全員に効果帰属するかという観点でのみ取り上げたが、この問題はもっと深く検討されるべきである。

本稿は 251 条 2 項の構造を解明することに重点を置き、共有物の広義の管理の仕組みを解明することを目指したが、この成果が、管理者制度をも含め、広義の管理の仕組みが完全に解明されたときに、本稿がその一助を担うことを願っている。

⁸⁰ 於保・前掲注 18) 52 頁

宿泊予約サイト運営業者による最恵国待遇条項と独占禁止法上の問題点

一橋大学法科大学院修了(2023年3月) 小野日向

目次

- I はじめに
- II 近時の事例の概況
 - 1 楽天トラベル事件(公取委確約計画認定令和元年10月25日・公取委ウェブサイト)
 - 2 Booking.com 事件(公取委確約計画認定令和4年3月16日・公取委ウェブサイト)
 - 3 エクスペディア事件(公取委確約計画認定令和4年6月2日・公取委ウェブサイト)
- III 最恵国待遇条項について
- IV 事例の検討
 - 1 行為要件
 - 2 市場画定
 - (1) 商品、役務の範囲
 - ア 需要の代替性
 - イ 供給の代替性
 - ウ 結論
 - (2) 地理的範囲
 - (3) 小括
 - (4) 市場構造の分析
 - ア ブランド内/ブランド間競争という視点
 - イ 二面市場という視点
 - ウ 誰を相手方とする、何の競争かという視点
 - 3 公正競争阻害性—最恵国待遇条項の性質を踏まえて—
 - (1) 3事件における最恵国待遇条項の性質
 - (2) ワイド型の最恵国待遇条項について
 - ア ブランド内競争について
 - (ア) 競争回避
 - a. 価格競争の減殺
 - b. 機能の改善等(イノベーション)による品質向上を通じた競争の減殺
 - (イ) 競争排除
 - イ ブランド間競争について
 - (3) ナロー型の最恵国待遇条項について
 - ア ブランド内競争について
 - (ア) 自社ウェブサイト等への影響
 - a. 価格競争の減殺
 - b. 機能の改善等による品質向上を通じた競争の減殺

- (イ) 他の宿泊予約サイト運営業者への影響
 - a. 価格競争の減殺
 - b. 競争排除
- イ ブランド間競争について
- ウ 正当化事由

V おわりに

I はじめに

近時、オンライン宿泊予約サイト(Online Travel Agentの頭文字を取り、OTAとも呼ばれる。)が、その取引の相手である宿泊事業者に対して最恵国待遇条項(Most Favored Nation clauseの頭文字を取り、MFN条項とも呼ばれる。)を課していたとして、確約手続を行う事例が相次いでいる¹。しかし、確約手続という性質上、これらの公表文においては独占禁止法上の問題点あまり詳細に論じられていない。そこで本稿では、近時の事例を概観し、宿泊予約サイト運営業者が最恵国待遇条項を課す場合の独占禁止法上の問題点を検討していくこととしたい。

II 近時の事例の概況

1 楽天トラベル事件(公取委確約計画認定令和元年10月25日・公取委ウェブサイト)²

楽天株式会社(以下、「楽天」という。)は、自らが運営する「楽天トラベル」という名称の宿泊予約サイトに宿泊施設を掲載する宿泊施設の運営業者との契約において、(1)当該宿泊予約サイトに当該運営業者が掲載する部屋の最低数の条件を定めること、及び、(2)宿泊料金及び部屋数について、他の販売経路と同等または他の販売経路よりも有利なものとするものの2点を定めていた。

公正取引委員会(以下、「公取委」という。)は、楽天の上記行為が独占禁止法19条(不正な取引方法第12項[拘束条件付取引])に違反する疑いがあるものとして、確約手続通知をしたところ、楽天は確約計画の認定申請を行い、当該計画が認定された。

確約計画の概要は以下の通りである。

① 「楽天トラベル」に宿泊施設を掲載する宿泊施設の運営業者との契約において、当該宿

¹ 本稿で取り扱う宿泊予約サイト運営業者3社(楽天トラベル、Booking.com及びエクスぺディア)は同時期に、並行して最恵国待遇条項を課していた。「旅行予約サイト、その値段は…大手3社、公取委が立ち入り検査 宿泊施設に他サイト価格拘束か」朝日新聞夕刊2019年4月10日1頁。

² 本件は、2018年に導入された確約手続(独占禁止法48条の2以下)により確約計画の認定が行われた初の事例としても重要な意義をもつ。吉川泰宇「楽天株式会社から申請があった確約計画の認定について」NBL1164号12頁(2020年)、吉留宏樹=橋本康「楽天株式会社から申請があった確約計画の認定について」公正取引832号77頁(2020年)、平山賢太郎「楽天株式会社から申請があった確約計画を公取委が認定した事例」新・判例解説Watch27号233頁(2020年)。

泊予約サイトに当該運営業者が掲載する部屋の最低数の条件を定めるとともに、宿泊料金及び部屋数について、他の販売経路と同等または他の販売経路よりも有利なものとする条件を定めている行為を取りやめること。

② 前記①の行為を取りやめる旨、及び、今後 3 年間①の行為と同様の行為を行わない旨を、取締役会において決議すること。

③ 前記①及び②に基づき執られた措置を、前記①記載の宿泊施設の運営事業者へ通知し、かつ、楽天トラベル事業に係る従業員に周知徹底すること。

④ 前記①及び後記⑤について、一般消費者に周知徹底すること。

⑤ 今後 3 年間、前記①の行為を行わないこと。

⑥ 次の事項を行うために必要な措置を講じること。

(ア) 前記①記載の宿泊施設の運営業者との取引に関する独占禁止法の遵守についての行動指針の作成及び楽天トラベル事業に係る従業員への周知徹底

(イ) 前記①記載の宿泊施設の運営業者との取引に関する独占禁止法の遵守について、楽天トラベル事業に係る従業員に対する定期的な研修及び監査担当者による定期的な監査

⑦ 前記①から④まで及び⑥の措置の履行状況を公取委に報告すること。

⑧ 前記⑤及び⑥(イ)に基づく措置の履行状況を、今後 3 年間、毎年、公取委に報告すること。

2 Booking.com 事件(公取委確約計画認定令和 4 年 3 月 16 日・公取委ウェブサイト)³

Booking.com B.V. は、自らが運営する「Booking.com」という名称の宿泊予約サイト(以下、「Booking.com サイト」という。)に我が国所在の宿泊施設を掲載する宿泊施設の運営業者との契約において、(1)当該宿泊予約サイトに当該運営業者が掲載する宿泊料金及び部屋数について、他の販売経路と同等または他の販売経路よりも有利なものとする条件(ただし、当該契約において定めている、当該宿泊料金について自社ウェブサイト等の販売経路と同等または当該販売経路よりも有利なものとする条件[以下、「宿泊料金のナロー同等性条件」という。])を除く。)を定めるとともに、(2)宿泊施設運営業者に対し、当該条件の遵守について、自ら要請し、または我が国において Booking.com B.V. に対する支援業務を行う Booking.com Japan 株式会社(以下、「Booking.com Japan」という。)をして要請させていた。

公取委は、Booking.com B.V. の上記行為が独占禁止法 19 条(不公正な取引方法 12 項[拘束条件付取引])に違反する疑いがあるものとして、確約手続通知をしたところ、Booking.com B.V. は確約計画の認定申請を行い、当該計画が認定された。

確約計画の概要は以下の通りである。

³ 本件は、公取委が外国の事業者による確約計画の認定を行った初の事例としても重要な意義を持つ。吉川泰宇ほか「Booking.com B.V. から申請があった確約計画の認定について」公正取引 861 号 73-74 頁(2022 年)。

- ① 前記(1)(2)の行為を取りやめること。
- ② 今後、前記(1)(2)の行為と同様の行為を行わないこととし、また、引き続き、宿泊施設運営業者に対し、Booking.com サイトにおけるランキングアルゴリズム⁴その他の宿泊施設の掲載順位の決定に関する仕組みを利用して前記(1)(2)の条件と同様の条件を遵守させる

⁴ ランキングアルゴリズムとは、宿泊予約サイト利用者(一般消費者)が、その希望する条件で宿泊施設の検索を行った際に、検索結果として表示される宿泊施設の掲載順位を生成するために利用されるプログラムである。一般に、宿泊予約サイトで上位に表示される宿泊施設は、下位に表示される宿泊施設に比べ予約につながる確率が高いとされており、宿泊施設運営業者は自己の宿泊施設がサイトの上位に表示されることに対して強い関心を有している。したがって、例えば、ある宿泊施設運営業者が Booking.com サイトに他の宿泊予約サイトよりも高い宿泊料金を掲示した場合に、Booking.com サイト上の掲載順位を大きく下げるといふ運用を行って行けば、宿泊施設運営業者は他の宿泊サイトよりも高い価格を Booking.com サイトに掲載することを躊躇するようになる。これにより、宿泊予約サイト間の同等性条件が設定されたのと同等の効果が生じることとなる。もっとも、公取委の調査の結果、現時点において Booking.com がランキングアルゴリズムを利用して宿泊予約サイト間の同等性条件の設定と同等の効果を生じさせる行為をしているという事実は確認されなかった。そのため、当該部分は現状の変更を求めるものではなく、今後ランキングアルゴリズムを利用して宿泊予約サイト間の同等性条件の設定と同等の効果を生じさせる行為をしないよう注意的に求めるものである。以上につき、吉川ほか・前掲注 3) 73-74 頁。

また、上記担当官解説では、「宿泊予約サイトが、自身の売上げ・利益を最大化するために、サイト利用者(一般消費者)にとってより好まれる条件を提示している宿泊施設をより目に留まりやすい場所に表示しようとする自体はサイト利用者獲得のための合理的な行動であると考えられる。そのため、他の宿泊予約サイトより安価な宿泊料金で提供されていることを掲載順位の決定要素の一つとして加味するようなランキングアルゴリズムを用いること自体は、宿泊予約サイト間の競争活動の一環とみられる行為であり、サイト利用者の利益につながる側面もあるため、それだけで直ちに同等性要件の設定と同等の効果を有する行為といえるものではない。」と指摘されている。これは、ランキングアルゴリズムについて、他のサイトよりも高い宿泊料金を掲示した場合には必ず掲載順位を下げるという硬直的な運用が行われていれば、他のサイトよりも高い価格を掲載することへの委縮効果が強く、同等性条件(最恵国待遇条項)が設定されたものと同視できるが、他の宿泊予約サイトとの掲載価格の差異のみならず、利用者の属性、宿泊予約サイトへ割り当てられた部屋数(客室アロケーション)、会員割引の有無、ロコミ等を総合的に考慮して掲載順位を決定するという柔軟な運用がなされていれば、同等性条件が設定されたものと同視することまではできないことを指摘するものであろう。

アイルランド競争当局の Booking.com に対する確約決定においても、ランキングアルゴリズムの運用において、宿泊施設運営業者が最恵国待遇条項を順守していないことを考慮しないことが確約計画の内容とされている。See The Competition and Consumer Protection Commission and Booking.com, *Agreement and Undertakings* (2015), <https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Booking-comSignedCommitmentsSeptember2015.pdf> (last visited February 29, 2024).

Booking.com 事件においてのみランキングアルゴリズム等を利用して最恵国待遇条項と同様の条件を遵守させる行為を行わないこととする措置が取られたことについては、「同様の懸念は他のオンライン宿泊予約サイトでも生じ得るところ、懸念のもととなる事実が確認されなかった Booking.com のみに限定して措置をとらせる意味はほとんどなく、むしろ本来的には MFN 条項の迂回手段としていずれの事業者に対しても禁止しておくべき事項だったのではないかと考える。このことからすれば、公正取引委員会の確約決定基準を満たすには盛り込まざるを得ない措置として指摘されたわけではなく、確約計画を設計する事業者側の主体的取組みの差として現れたものと理解するほうが適切なのではなからうか。」との指摘がある。伊永大輔「最恵国待遇条項(MFN 条項)の現在地—EU における同等性条件の違法性判断からの示唆」NBL1239 号 19 頁(2023 年)。

なお、公取委デジタル市場における競争政策に関する研究会報告書「アルゴリズム/AI と競争政策」2021 年 3 月 (https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2021/mar/210331_digital/210331digital_hokokusho.pdf, 2024 年 2 月 29 日最終確認)においては、ランキングアルゴリズムが不当な拘束条件の実効性確保手段として用いられることが指摘されていた。これに対し、上記担当官解説は、契約等による明示的な同等性条件(不当な拘束条件)の設定がなくても、ランキングアルゴリズムの利用それ自体が同等性条件の設定と同視できるとするものである。

行為を行わないこととし、この措置を今後3年間実施すること。

- ③ 前記(1)(2)の行為を取りやめる旨及び前記(1)(2)と同様の行為を行わないこととし、この措置を今後3年間実施する旨を、取締役会において決議すること。
- ④ 前記③に基づく措置及び前記①の措置を採る旨を、宿泊施設の運営業者に通知し、かつ、Booking.com B.V.において関連する業務に従事する従業員並びに Booking.com Japanにおいて関連する業務に従事する役員及び従業員に周知徹底すること。
- ⑤ 次の事項を行うために必要な措置を講じること。
 - (ア) 宿泊施設運営業者との取引に関する独占禁止法の遵守についての行動指針の作成並びに Booking.com B.V.において関連する業務に従事する従業員および Booking.com Japan または我が国で Booking.com B.V.に対する支援業務を行う者において関連する業務に従事する従業員に対する周知徹底
 - (イ) 宿泊施設運営業者との取引に関する独占禁止法の遵守についての Booking.com B.V.において関連する業務に従事する従業員および Booking.com Japan または我が国で Booking.com B.V.に対する支援業務を行う者において関連する業務に従事する従業員に対する定期的な研修並びにリスク管理担当者による定期的な監査
- ⑥ 前記①及び③から⑤までの措置の履行状況を公取委に報告すること。
- ⑦ 前記②及び⑤(イ)(ウ)に基づく研修、監査の履行状況を、今後3年間、毎年、公取委に報告すること。

なお、公取委は、Booking.com と宿泊施設の運営業者との契約のうち「宿泊料金のナロー同等性条件」につき定めている部分については、当該運営業者によって必ずしも遵守されていない現状に着目し、確約手続による処理の対象としなかった。もっとも、運用次第では独占禁止法上の問題が生じる場面もあり得るとして、「宿泊料金のナロー同等性条件」が宿泊予約サイトの運営業者間の競争に与える影響を注視していくとともに、独占禁止法上の問題が生じた場合には厳正に対処することを表明している(これについては後述する。)

3 エクスペディア事件(公取委確約計画認定令和4年6月2日・公取委ウェブサイト)

エクスペディア・ロジック・パートナー・サービシーズ・サール(以下、「エクスペディア」という。)は、自社の企業グループに属する事業者が運営する「Expedia」という名称の宿泊予約サイト(以下、「Expedia サイト」という。)に我が国所在の宿泊施設を掲載する宿泊施設の運営業者との契約において、(1)当該宿泊予約サイトに当該運営業者が掲載する宿泊料金及び部屋数について、他の販売経路と同等または他の販売経路よりも有利なものとする条件(ただし、「宿泊料金のナロー同等性条件」を除く。)を定めるとともに、(2)宿泊施設運営業者に対し、当該条件の遵守について、自ら要請し、または我が国においてエクスペディアに対する支援業務を行うエクスペディアホールディングス株式会社(以下、「エクスペディアホールディングス」という。)を通じて要請させていた。

公取委は、エクスペディアの上記行為が独占禁止法19条(不公正な取引方法12項[拘束条件付取引])に違反する疑いがあるものとして、確約手続通知をしたところ、エクスペ

ィアは確約計画の認定申請を行い、当該計画が認定された。

確約計画の概要は以下の通りである。

- ① 前記(1)(2)の行為を取りやめること。
- ② 前記(1)(2)の行為を取りやめる旨及び前記(1)(2)と同様の行為を行わないこととし、この措置を今後3年間実施する旨を、意思決定機関において決議すること。
- ③ 前記②に基づく措置及び前記①の措置を採る旨を、宿泊施設運営業者に通知し、かつ、エクスぺディアの従業員並びにエクスぺディアホールディングスの役員及び従業員に周知徹底すること。
- ④ 今後、前記(1)(2)の行為と同様の行為を行わないこととし、この措置を今後3年間実施すること。
- ⑤ 次の事項を行うために必要な措置を講じること。
 - (ア) 宿泊施設の運営業者との取引に関する独占禁止法の遵守についての行動指針の作成並びにエクスぺディア及びエクスぺディアホールディングスまたは我が国でエクスぺディアに対する支援業務を行う者の従業員のうち宿泊施設運営業者との取引に関与する従業員に対する周知徹底
 - (イ) 宿泊施設の運営業者との取引に関する独占禁止法の遵守についてのエクスぺディア及びエクスぺディアホールディングスまたは我が国でエクスぺディアに対する支援業務を行う者の従業員のうち宿泊施設運営業者との取引に関与する従業員に対する定期的な研修並びに法務担当者または外部専門家による定期的な監査
- ⑥ 前記①から③まで、及び⑤の措置の履行状況を公取委に報告すること。
- ⑦ 前記④及び⑤(イ)に基づく研修、監査の履行状況を、今後3年間、毎年、公取委に報告すること。

なお、公取委は、エクスぺディアと宿泊施設の運営事業者との契約のうち「宿泊料金のナロー同等性条件」につき定めている部分について、前述の **Booking.com** 事件と同内容の判断をしている。

III 最恵国待遇条項について

最恵国待遇条項とは、「取引の相手方に対して、自己その他の自己の指定する者に最も有利な取引条件を適用しその他取引実施上最も有利な扱いをすることを求める拘束」⁵をいう。

このうち、相手方に対して、自己以外の者と同等に有利な取り扱いをすることを求める拘束は「均等待遇型」、より良い取引条件の適用を求める拘束は「追加優遇型」と分類

⁵ 和久井理子「最恵国待遇(MFN)・価格均等条項と独占禁止法(上)ープラットフォーム事業者による拘束を中心に」NBL1093号20頁(2017年)。以下の最恵国待遇条項に関する記述についても、同論文を参考にした。

される⁶。

また、取引の仲介等を行うプラットフォーム事業者が、プラットフォームを利用して商品・役務を提供しようとする者(商品・役務の供給者)に対し最恵国待遇を要求する場合においては、いかなる取引との比較において最恵国待遇を要求するかに応じた分類もされる。供給者が自ら直接に消費者に商品・役務を提供する際の条件と比較し、自己のプラットフォーム上の扱いを有利または均等にすることを求めるものは「ナロー型(局所型)」、これに加えて、他のプラットフォームにおいて提供される条件と比較した場合においても、自己の扱いを有利または均等にすることを求めるものは「ワイド型(広域型)」と分類される。

そのほか、供給者からプラットフォーム事業者への販売及びプラットフォーム事業者から消費者への再販売を観念できるかどうかによって、メーカー等から商品購入または役務提供を受けてそれを再販売するものは「卸売モデル(wholesale model)」、取引の仲介を行うものは「代理店モデル(agency model)」と分類される。

なお、小売段階で最恵国待遇条項を課している事業者は「最低価格保証(best price guarantee)」を行うことがある。ここでは、単に他の事業者よりも安いことを表示するだけでなく、他の事業者がより低い価格を設定していることを買手が示した場合には、その価格まで価格を引き下げるという保証が存在することもある。この保証は最恵国待遇とともに用いられることが多いが、最恵国待遇条項とは無関係にプラットフォーム事業者による競争対抗行為として行われることもある。そのため、最低価格保証は常に最恵国待遇条項を伴うわけではない⁷。

IV 事例の検討

⁶ 前記 Booking.com 事件及びエクスぺディア事件においては、「宿泊料金について自社ウェブサイト等の販売経路と同等又は当該販売経路よりも有利なものとする条件」が「ナロー同等性条件」と定義されており、公取委は、自己以外の者と同等または有利な取り扱いをすることを求める、「均等待遇型」と「追加優遇型」の折衷的な拘束条件を「同等性条件」と定義しているようである。

もともと、宿泊施設運営業者が複数の宿泊予約サイト運営業者と最恵国待遇条項を締結するような市場構造である場合、複数の宿泊予約サイト運営業者との間で追加優遇型の条項を設けることは現実的に不可能であろう。本稿で扱う宿泊予約サイト運営業者3社は同時期に、並行して最恵国待遇条項を課していたから(本稿注1参照)、公取委の定義する「同等性条件」は、実質的には均等待遇型として機能しているといえる。

⁷ 宿泊予約サイトAの掲載価格が、最低価格保証を設けるとともにワイド型の最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイトBの掲載価格よりも安価であった場合、宿泊施設運営業者は、最低価格保証の費用、すなわち宿泊予約サイトAとBの料金の差額を負担する義務がある。この場合、最恵国待遇条項を課されている宿泊施設運営業者は、自らの負担で宿泊予約サイトBを他の販売経路と同等またはそれより有利に取り扱う義務を負うからである。これに対し、宿泊予約サイトAの掲載価格が、最低価格保証を設ける一方で最恵国待遇条項を課していない宿泊予約サイトCの掲載価格よりも安価であった場合、宿泊予約サイトCは自らの負担で掲載価格を引き下げ、または宿泊予約サイトAとCの料金の差額を消費者に返還することとなる。アイルランド競争当局のBooking.comに対する確約決定(The Competition and Consumer Protection Commission and Booking.com, *supra* note 4)参照。また、宿泊料金について重大な関心を有する消費者が、宿泊予約サイトBに対し、その掲載価格が「最低価格」でないことを報告することにより、宿泊予約サイトBは宿泊施設運営業者が最恵国待遇条項を遵守していないことを把握できる。そのため、最低価格保証は最恵国待遇条項の実効性確保手段としても機能する。

上記 3 事件（楽天トラベル事件、Booking.com 事件及びエクスペディア事件を指す。以下同じ。）は、宿泊予約サイトの運営業者が、宿泊施設の運営業者との契約において、自らの宿泊予約サイト上に掲載する宿泊施設に係る宿泊料金及び部屋数について、他の販売経路と同等または他の販売経路よりも有利な条件とすることを定めていたこと（以下、「本件契約条件」という。）が、独占禁止法 19 条（不公正な取引方法第 12 項〔拘束条件付取引〕）に違反する疑いがあるとされた事案である。

1 行為要件

不公正な取引方法第 12 項における「拘束」を認定するためには、「必ずしもその取引条件に従うことが契約上の義務として定められていることを要せず、それに従わない場合に経済上なんらかの不利益を伴うことにより現実にその実効性が確保されていれば足りる」⁸とされる。上記 3 事件は、同等性条件が、宿泊予約サイトの運営業者と宿泊施設の運営業者との間の明示的な契約という形で定められていたため、当然に「拘束」が認められたものといえる。

上記 3 事件において、公取委は、宿泊予約サイト上に掲載する宿泊施設の宿泊料金及び部屋数について他の販売経路と同等または有利な条件とすることを定めていた行為について、公正競争阻害性（独占禁止法 2 条 9 項 6 号柱書参照）を認めている。

もっとも、「宿泊料金のナロー同等性条件」を定めていた部分について、公正競争阻害性は認められなかった（この点については後述する。）。

2 市場画定

拘束条件付取引における公正競争阻害性は、競争回避または競争排除による自由競争の減殺のおそれである⁹。上記 3 事件の公取委による公表文やその担当官解説¹⁰からは、自由競争の減殺のおそれが生じる市場がいかなる範囲のものであったかは必ずしも明らかではない¹¹ため、検討の余地がある。

市場の画定にあたっては、取引の対象となる商品、役務の範囲及び取引が行われる地理的範囲について、基本的には需要の代替性の観点から、補助的に供給の代替性の観点から判断していくことになる。

⁸ 最判昭和 50 年 7 月 10 日民集 29 卷 6 号 888 頁（第一次育児用粉ミルク（和光堂）事件）。

⁹ 金井貴嗣ほか編著『独占禁止法（第 6 版）』338-339 頁〔金井貴嗣〕（弘文堂、2018 年）。

¹⁰ ①楽天トラベル事件の担当官解説として、吉川・前掲注 2)12 頁、及び、吉留＝橋本・前掲注 2)77 頁。②Booking.com 事件の担当官解説として、吉川ほか・前掲注 3)68 頁。③エクスペディア事件の担当官解説として、吉川泰宇ほか「エクスペディア・ロッシング・パートナー・サービスーズ・サークルから申請があった確約手続の認定について」公正取引 863 号 60 頁（2022 年）。

¹¹ 前記 Booking.com 事件及びエクスペディア事件の公表文における「違反被疑行為による影響」という項目においては、最恵国待遇条項による影響について、競合する宿泊予約サイト運営業者に対するものしか検討されていない。しかし、この事実だけをもって、上記 3 事件における市場は日本全国の宿泊予約サイトのサービスの供給に係る市場であると断定することはできないだろう。

(1) 商品、役務の範囲

ア 需要の代替性

ホテルの予約の手段としては、宿泊予約サイトのほかに、宿泊施設運営業者が直接運営しているウェブサイト等(以下、「自社ウェブサイト等」という。)があり、そのほか、フロントでの予約や電話等のインターネットを介しない予約手段が存在する(以下、「オフライン販売チャネル」という。)¹²。

宿泊予約サイトにおいては、消費者は、当該サイトに登録されている宿泊施設の中から横断的に、24時間365日、部屋の検索、比較、予約を容易に行うことができるのに対し、オフライン販売チャネルではこれができない。そうすると、オフライン販売チャネルと宿泊予約サイトとの間には需要の代替性が認められない。

続いて、自社ウェブサイト等について検討する。自社ウェブサイト等は複数の宿泊施設の部屋を横断的に検索、比較する機能を有していないから、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトとの間においても、需要の代替性は認められないとする考え方も存在する¹³。しかし、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトは、特定の宿泊施設について、部屋の詳細や空いている部屋数をリアルタイムで確認しながら、24時間365日部屋の予約を行うことができる手段という点である点で共通している。そうすると、宿泊予約サイト上の掲載価格について、「小幅ではあるが実質的であり、かつ一時的ではない価格引上げ」がなされた場合には、消費者は自社ウェブサイト等へと予約手段を切り替えることになろう。また、後述のように、消費者が宿泊予約サイトの提供する横断的な検索、比較のサービスを無料で利用しながら、当該サイトより低い価格を掲載する自社ウェブサイト等を通じて部屋の予約を行うというフリーライダー問題が生じ得ることは、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトとの間に競争関係が存在することを意味し、そこでは、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトとの間に需要の代替性が認められることが当然の前提になっていると考えられる。したがって、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトとの間

¹² また、宿泊施設の予約手段としては、インターネット上あるいは店舗型の旅行代理店が存在する。しかし、旅行代理店を通じた予約においては、利用者が宿泊したい宿泊施設を個別に予約することはできない上、宿泊施設の予約を含む複数のサービスが1つの商品(パッケージ)として提供されることも多い以上、宿泊予約サイトとの間で需要の代替性は認められないこととなろう。なお、「ヤフー(株)による一休(株)の株式取得」(公取委平成28年6月8日公表・公取委ウェブサイト)は、役務範囲を「オンライン旅行予約サービス業」と画定するにあたって、オンライン旅行予約サービスと店舗を通じた旅行商品販売業とを比較し、消費者及び宿泊施設運営業者等の双方の需要者から見て、インターネット環境が必要となること等の違いがあることを理由として需要の代替性を否定し、また、オンライン旅行予約サービス業は予約サイトのシステムの構築や保守管理体制を整える必要があり、他方、店舗における旅行商品販売業は店舗設備及び人的体制の整備などが必要となることを理由として、供給の代替性を否定している。もっとも、この判断に対しては、需要の代替性判断にあたってはインターネット環境の有無ではなくオンライン旅行予約サービスと他の予約手段との間の顧客の流動可能性を検討すべきであること、供給の代替性に係る判断部分のうち、オンライン旅行予約サービス業から店舗における旅行商品販売業に転換できる能力について検討している部分は、店舗を通じた旅行商品販売業からオンライン旅行予約サービスへの供給の代替性と直接の関連性はないことといった批判がある。武田邦宣「非水平型企業結合(2) [ヤフー・一休株式取得事例]」金井貴嗣ほか編『経済法判例・審決百選 [第2版]』101頁(2017年)、林秀弥「オンライン・プラットフォーム企業による株式取得と市場の二面性」ジュリスト1521号124頁(2018年)。

¹³ 土田和博『経済法のルネサンス—独占禁止法と事業法の再定位』244頁(日本評論社、2022年)。

には需要の代替性が認められるというべきである¹⁴。

¹⁴ これに対し、土田・前掲注13)246頁は、「商品・サービスの供給者は、自らの商品・サービスの購入(予約)を消費者がネット上で行う機能は提供するが、他社(競争者)の商品・サービスとの比較や検索を行うサービスを提供するわけではなく、購入(予約)も自社に対するものに限られる。したがって、重要な点で両者の提供するサービスの内容は異なっており、代替性は限られたものととどまるから、デジタル・プラットフォームと商品・サービスの供給者は競争関係にあるとはいえないであろう。」とした上で、「供給者の消費者・ユーザーへの直接販売が無視し得ない程度存在する場合、いわば隣接市場からの競争圧力の問題として、これを評価することになる。」とする。

国外の事例でも、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトが競争関係にないと判断するものが多数を占める。例えば、①ドイツ連邦カルテル庁の HRS.de に対する禁止決定事件(Bundeskartellamt, Cease and desist order of 20 Dec. 2013(English translation), HRS(hereinafter BkartA order HRS))においては、宿泊予約サイトが利用者に検索・比較・予約という利便を一括して提供していることを理由に、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトは競争関係にないと判断されている。②ドイツ連邦カルテル庁の Booking.com に対する禁止決定事件(Bundeskartellamt, Cease and desist order of 22 Dec. 2015(English translation), Booking(hereinafter BkartA order Booking), para. 10)においても、これと同様の判断がなされている。③フランス競争当局の Booking.com に対する確約決定(L' Autorité de la concurrence(Fr) Décision 15-D-06 du 21 avril 2015(hereinafter L' Autorité de la concurrence(Fr) Décision Booking), para. 100)は、宿泊施設運営業者のほとんどは、メタ検索エンジンや検索エンジンに直接自らの情報を掲載することによってインターネット上での可視性を確保する手段を持っていないことから、宿泊予約サイトの手数料につき「小幅ではあるが、実質的かつ一時的ではない価格引上げ」がなされたとしても、宿泊予約サイト以外の他の販売経路へ切り替えることはないと判断している(もっとも、これは宿泊施設運営業者を需要者とする手数料競争を念頭に置いた判断であることに留意が必要である(後述の本文「(4) 市場構造の分析」の項を参照))。

しかし、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトはインターネットを通じた特定の宿泊施設の予約という同種の機能を有している以上、これらの間に需要の代替性を認めることは妨げられないのではないかという疑問は依然として残る。ドイツ連邦カルテル庁の Booking.com に対する禁止決定事件では、市場は宿泊予約サイトに限定されているが、ナロー型の最恵国待遇条項によって、宿泊施設が自社ウェブサイト上の掲載価格を引き下げるインセンティブが失われることが判断されており、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトが競争関係にあることを認めて良いように思われる。実際、当該事件において Booking.com は、換算率(Booking.com サイトの訪問者と実際の予約の比率)が比較的低いという主張、すなわち、消費者には自社ウェブサイト(等)と Booking.com サイトという複数の選択肢が与えられており、これらの予約手段は同一の市場において競合しているという主張をしている。しかし、ドイツ連邦カルテル庁はこのような主張に対し、換算率の低さは消費者の行動性向を示しているに過ぎず市場画定とは無関係であるとして、Booking.com の主張を退けている。

④スウェーデン競争当局の Booking.com に対する確約決定(Konkurrensverket, Decision of 15/04/2015, 596/2013, Bookingdotcom Sverige AB, corp. & Booking.com BV' s commitment(English translation)(hereinafter Konkurrensverket decision of Booking), para. 16)においては、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトが別個の市場に属すると判断した理由として、宿泊施設運営業者は自身で訴求することが難しい消費者に対して訴求するために宿泊予約サイト運営業者と契約を締結していることが挙げられている。この理由は一見かなり説得的であるように思われる。確かに、出張の際に慣れ親しんだ宿泊施設を予約する消費者は自社ウェブサイト等を利用することが多く、旅行等で初めて行く土地で宿泊施設を予約する消費者は比較・検索機能を有する宿泊予約サイトを利用することが多いだろう。そうすると、一方の掲載価格が値上げしたからといって、購入手段を他方へと切り替えることは少ないとも考えられる。しかし、同決定においてはフリーライダー問題が生じ得ることが指摘されており(後述の本文3(3)ウ参照)、これはまさに宿泊予約サイトから自社ウェブサイト等への購入手段の切り替えが観念できることを示しているのではないかと思われる。また、旅行者のかなりの割合が、自社ウェブサイト等で料金や空室を検索した後、宿泊予約サイトで予約を行っているという調査結果も存在する(European Commission, *Market study on the distribution of hotel accommodation in the EU*, Comp/2020/OP/002, Final report(hereinafter EC, Market study), at 20)。これは自社ウェブサイト等から宿泊予約サイトへの購入手段の切り替え(逆方向のただ乗り)が生じ得ることを示すものであり、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトが競争関係に立つという考えを補強するものといえる。

関連して、欧州委員会の AXA PE と Permila の合併に関する決定(COMP M. 6163)においては、検索エンジンやメタ検索エンジンが旅行予約サイトと航空会社のウェブサイトとを区別なく表示していること、及び、旅行商品を比較するために旅行予約サイトを利用する消費者のうち、そのサイトを通じて予約を行う消費者は 39%に過ぎず、20%の消費者は航空会社の自社ウェブサイト等に移動していることを理由に、

イ 供給の代替性

新たに宿泊予約サイトを開設し、継続的に一定の利益を上げようとするれば、自らのサイトに登録する宿泊事業者を相当数確保しなければならない。この宿泊事業者の確保について、オフライン販売チャンネルを運用していた際の技術やノウハウを流用することができるとは考えにくい。そのため、オフライン販売チャンネルを運用している事業者が、宿泊予約サイト事業へ新規参入することは困難である。したがって、オフラインチャンネルと宿泊予約サイトとの間には供給の代替性も認められない¹⁵。

ウ 結論

したがって、提供されるサービスの役務範囲は、自社ウェブサイト等及び宿泊予約サイトのサービスと画定される。

(2) 地理的範囲

地理的市場については、自社ウェブサイト等や宿泊予約サイトは日本全国どこからでもアクセスできるという性質を有しているから、日本全国と画定される。

(3) 小括

よって、上記3事件における市場は、日本全国の自社ウェブサイト等及び宿泊予約サイトのサービスの供給に係る市場であったといえる¹⁶。

航空会社の自社ウェブサイトと旅行予約サイトは航空券のオンライン販売に係る市場において競争関係に立つと判断されていることも参考になる。

¹⁵ ドイツ連邦カルテル庁の *Booking.com* に対する禁止決定事件 (*BkartA order Booking, supra note 14, paras. 132 & 145*)において、*Booking.com* はメタ検索エンジンと宿泊予約サイトとの間の供給の代替性を主張したが、ドイツ連邦カルテル庁は、メタ検索エンジンはそれ自体では独自に特定の宿泊施設を予約する機能を有していないことを強調し、隣接市場からの競争圧力として考慮することとどめた。他方で、フランス競争当局の *Booking.com* に対する確約決定 (*L' Autorité de la concurrence (Fr) Décision Booking, supra note 14, para. 100*)は、宿泊施設運営業者の側から見たメタ検索エンジンと宿泊予約サイトの需要の代替性を否定する一方、消費者の側から見たメタ検索エンジンと宿泊予約サイトの需要の代替性を否定していない。

¹⁶ この立場は、宿泊予約サイトのみが競争関係に立つと考え、自社ウェブサイト等の存在を隣接市場からの競争圧力として考慮することと定める立場(本稿注14)参照)よりも、最恵国待遇条項による競争制限効果が否定されやすくなる。

仮定的独占者テストの「小幅ではあるが実質的であり、かつ一時的ではない価格引上げ」という判断基準における「一時的ではない」とは「1年程度」が目安とされ、「1年程度」以内に輸入が起こることにより5~10%の価格引上げを維持できなければ「国境を超えた地理的市場」が画定され、「1年程度」超から「2年」以内に輸入が起こり、それにより当事会社がある程度自由に価格等を左右することが妨げられるならば、「輸入」という競争圧力として考慮され、さらに、「おおむね2年」を超えて初めて輸入や参入により当事会社がある程度自由に価格等を左右することが妨げられるならば「隣接市場からの競争圧力」として考慮される(泉水文雄『独占禁止法』95-96頁(有斐閣、2022年))。これは地理的に近接した事業者が市場に参入する場合の考え方であるが、「市場は一般に連続的であるため、ある商品の範囲や地理的範囲で一定の取引分野を画定しても、その商品と類似の効用等を有する競合品の市場や、地理的に近接する市場が存在する場合が多い。画定された一定の取引分野に含まれない競合品や地理的に近接する市場における競争の状況について、隣接市場からの競争圧力として勘案されることがある。」(菅久修一編著『独占禁止法(第4版)』299頁[原田郁](商事法務、2020年))との記載があるように、競合品を取り扱う事業者が市場に参入する場合にも応用できるだろう。

自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトとの間の需要の代替性を認める立場は、宿泊予約サイト運営業者が5~10%の価格引上げを1年程度維持できないほど自社ウェブサイト等の競争圧力が強いと考えるものである。他方で、自社ウェブサイト等の存在を隣接市場からの競争圧力として考慮する立場は、宿泊予約サイト運営業者が5~10%の価格引上げをおおむね2年を超えて維持できる程度には自社ウェブサイト等の競争圧力は限定的なものであると考えるものといえる。そのため、前者の立場の方が最恵国待遇条項に

(4) 市場構造の分析

ア ブランド内/ブランド間競争という視点

上記の市場においては、自社ウェブサイト等及び宿泊予約サイト運営業者が、消費者を需要者として、掲載価格等(ここには掲載価格のほか、食事やWi-Fiの有無等のサービスに係る諸条件も含まれる。)に係る競争を行っている。同一の宿泊施設の予約について、消費者に対しどれだけ魅力的な掲載価格等を提示できるかを巡って競争しているのであるから、当該競争はブランド内競争と位置付けることができる。これに対し、宿泊施設運営業者間の競争は、ブランド間競争と位置付けることができる¹⁷。

イ 二面市場という視点

宿泊予約サイト運営業者は、消費者を需要者として、どれだけ魅力的な掲載価格等を提示できるかどうかを巡る競争を行っている。また、宿泊予約サイト運営業者は、宿泊施設運営業者を需要者として、宿泊施設の情報の掲載やサイト上から当該宿泊施設を予約できるサービスの提供と引き換えに、どれだけ魅力的な掲載価格等を掲載してもらえようかどうかを巡る競争も行っている。これに対し、自社ウェブサイト等については、消費者を需要者とする競争は観念できる一方、当然のことながら、宿泊施設運営業者を需要者とする競争を観念することはできない。

ウ 誰を相手方とする、何の競争かという視点

近時の文献¹⁸や国外の事例¹⁹は、競争制限効果が生じる競争を、主として、宿泊施設運営業者を需要者とする、手数料に係る競争と捉える傾向にある。これに対し本稿は、競争制限効果が生じる競争を、主として、消費者を需要者とする、掲載価格等に係る競争と捉える²⁰。これには3点の理由がある。

1点目は、本稿は自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトが競争関係に立つと考えるも

よる競争制限効果が否定されやすい。

¹⁷ ドイツ連邦カルテル庁のHRS.deに対する禁止決定事件(BkartA order HRS, *supra* note 14, para s. 156-168)も、ブランド内競争・ブランド間競争という分析枠組みを用いている。土田・前掲注13)249-250頁は、サービスの提供者に事業者性が乏しく、プラットフォームが両サイドの需要者にデジタルサービスとでもいうべきものを提供していると捉えるのが妥当な場合や、プラットフォームが商品・サービスの流通について主導的立場にある場合など、ブランド内競争・ブランド間競争という分析枠組みの有効性が疑わしい場合があることを認識しつつも、二面市場における垂直的制限の分析枠組みの根本的な変更までは必要でないとして、商品・サービスの供給者間の競争をブランド間競争、同一の供給者の商品・サービスを扱うプラットフォーム間の競争をブランド内競争と捉えている。本稿も基本的にはこの見解に賛同するものであるが、本稿は自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトを同一の市場に含めて考えているから、ブランド内競争は厳密にはプラットフォームだけの競争とはいえないことに留意が必要である。

¹⁸ 例えば、大槻文俊「プラットフォームにおける同等性(MFN)条項の公正競争阻害性」経済法学会年報59号21頁(2018年)は、「手数料の引き下げが、商品価格の引き下げに結びつかないことにより、手数料を引き下げる誘因が小さくなり、プラットフォーム間の手数料競争を減殺する可能性がある」としており、自由競争の減殺のおそれが生じる競争を「プラットフォーム間の手数料競争」と捉えている。

¹⁹ 例えば、フランス競争当局のBooking.comに対する確約決定(L' Autorité de la concurrence(Fr) Décision Booking, *supra* note 14, para. 98)は、最恵国待遇条項は宿泊施設運営業者と宿泊予約サイト運営業者との間で締結されるものであることを理由として、宿泊施設運営業者を需要者とする競争への影響を分析するとしている。

²⁰ すなわち、プラットフォームの利用に対する対価を巡る競争ではなく、プラットフォームを通じて提供される財の価格等を巡る競争への影響を検討することとなる。

のであるところ、自社ウェブサイト等については、宿泊施設運営業者を需要者とする競争を観念することができないためである。

2点目は、宿泊予約サイト運営業者間の競争は、従来の、宿泊予約サイト運営業者を需要者とする手数料競争という枠組みでは捉え切れなかったためである。前記 Booking.com 事件とエクスペディア事件の確約計画認定では、宿泊予約サイト運営業者が、当該宿泊予約サイトにおける集客を促進させるため、掲載する宿泊施設の宿泊料金について、期間を限定して引き下げる計画を立て、当該宿泊施設運営業者に当該企画への参加を提案したところ、ワイド型の最恵国待遇条項の存在により、引下げ後の宿泊料金と同等の宿泊料金を当該サイトにも掲載する必要があるとして、当該企画への参加を断られた事例が認定されている。これは宿泊施設運営業者に対して手数料の引下げを申し出たわけではなく、あくまで宿泊施設運営業者の負担で掲載価格を引き下げを提案したものである。したがって、手数料に係る競争の一環として行われた行為ということとはできない。むしろ、消費者に対し、より魅力的な掲載価格等を提示するための競争の一環として行われた行為と見るのが適切である。このように、宿泊予約サイト運営業者は手数料引下げ以外の手段を用いた競争をも行っているのであるから、従来の手数料競争という枠組みではなく、掲載価格等に係る競争と捉え直した方が、より正確に競争の実態を把握することができる。

3点目は、宿泊予約サイト運営業者を需要者とする手数料競争を、消費者を需要者とする掲載価格等に係る競争と読み替えることに、特段の障害がないためである。一般的に、プラットフォーム上の掲載価格は、出品者が期待する利益に(全額を消費者に転嫁することはないにせよ)プラットフォームの手数料を合算した額として設定される。そうすると、プラットフォームの手数料とプラットフォーム上の掲載価格は表裏の関係にあるとあって差し支えなく、手数料に係る競争も、掲載価格等に係る競争と同視できる。したがって、宿泊予約サイト運営業者を需要者とする手数料競争を、消費者を需要者とする掲載価格等に係る競争と読み替えることには何ら問題がなく、むしろ、宿泊予約サイト運営業者の負担による手数料引下げと、宿泊施設運営業者の負担による掲載価格の引下げの申し出という行動を、消費者に対してより魅力的な掲載価格等を提示するための競争の一環として行われた行為として一元的に把握することができる点で優れている。

これらの理由を踏まえ、以下では、最恵国待遇条項が、消費者を需要者とする、自社ウェブサイト等及び宿泊予約サイトの掲載価格等に係る競争に及ぼす影響を中心に検討

していく²¹²²。

3 公正競争阻害性—最恵国待遇条項の性質を踏まえて—

(1) 3事件における最恵国待遇条項の性質

本件契約条件は、他の販売経路全般との比較において、宿泊予約サイト運営業者に他の流通経路と同等または有利な取り扱いを求めるものであるから、最恵国待遇条項のうち、「ワイド型」に該当する。

また、自己以外の者と同等または有利な取り扱いをすることを求めていることから、「均等待遇型」と「追加優遇型」の折衷的な性質を有している。

(2) ワイド型の最恵国待遇条項について

ワイド型の最恵国待遇条項は、プラットフォーム事業者間の競争に影響を与える点に大きな特徴がある。プラットフォーム事業者は、商品・役務の供給者に対してワイド型の最恵国待遇条項を課すことにより、当該利用者の商品を扱う他の競業プラットフォーム事業者が手数料値下げや機能改善等の競争的行動をとるインセンティブを失わせることができる。また、ワイド型の最恵国待遇条項があることにより、競合プラットフォーム事業者が市場から排除される。さらに、供給者(出品者)間の競争に影響を及ぼすこともある。

以下では、上記3事件で取り扱われた、宿泊予約サイトを運営するプラットフォーム事業者を例に、ワイド型の最恵国待遇条項が設定されることによる競争への影響を検討していく。

ア ブランド内競争について

(ア) 競争回避

a. 価格競争の減殺

一般に宿泊予約サイトは、サイト利用者に対しては、空室情報や宿泊料金といった宿泊施設に関する情報を比較・検索できる形でサイトに掲載し、無料で宿泊予約を行うサービスを提供している²³。他方で、宿泊施設運営業者に対しては、一定の手数料の支払い

²¹ 確かに、掲載価格等に係る競争は宿泊予約サイト運営業者と自社ウェブサイト等が競争関係に立つ一方、手数料に係る競争は宿泊予約サイト運営業者のみが競争関係に立つことから、競争主体の異同は無視できず、掲載価格等に係る競争と手数料に係る競争とを同視することは困難であるとも考えられる。この点については、宿泊予約サイト運営業者間の手数料に係る競争を、宿泊予約サイト運営業者間の掲載価格等に係る競争と読み替えた上で、宿泊予約サイト運営業者間の掲載価格等に係る競争が、自社ウェブサイト等及び宿泊予約サイトの掲載価格等に係る競争の一部を構成していると考えていくことになるだろう。

なお、このように考えた場合、宿泊予約サイト運営業者間の掲載価格等に係る競争はいわゆる下位市場(二次的市場)を構成するのではないかという問題も生じることとなる。この点について、金井ほか編著・前掲注9)210-212頁[武田邦宣]は、公取委が下位市場を画定した事例として①価格差別の場合、②供給の代替性の時間的変化を考慮している場合、③予備的な検討を行っている場合を挙げている。宿泊予約サイト運営業者間の掲載価格等に係る競争はこのような類型には該当しないと考えられることから、下位市場を成立させる必要はないだろう。

²² もっとも、消費者に対してより魅力的な掲載価格等を提示するための競争においては、主に手数料の引下げという競争手段が用いられることとなる。以下では、宿泊予約サイト運営業者が当該手段を用いようとした場合を念頭に置き、競争への影響を分析する。

²³ 自社ウェブサイト等や宿泊予約サイト運営業者は、消費者に対し価格のないサービスを提供しているこ

を受け、宿泊施設の情報を掲載し宿泊客を募集するサービスを提供している²⁴。ここで、例えば、ある宿泊予約サイト運営業者が、宿泊施設運営業者に請求している手数料²⁵を値下げするという競争的行動をとり、宿泊施設運営業者に対し、自己の予約サイトに掲載している価格を引き下げてもらふことで、消費者に対し魅力的な掲載価格を提示しようと試みたとする。この試みが成功すれば、当該宿泊予約サイト運営業者は多くの利用者を集客でき、結果として従前以上の手数料を受け取ることができる。

宿泊施設運営業者がこの価格の引下げ要請に応じる場合、ワイド型の最恵国待遇条項があることにより、当該条項を課している宿泊予約サイト運営業者の掲載価格も引き下げざるを得なくなる。そして、当該条項を課している運営業者の掲載価格の引下げは、宿泊施設運営業者自身の負担で行わなければならない。

最恵国待遇条項は宿泊施設運営業者に不利な条件であるから、これを一方的に課することができるような宿泊予約サイト運営業者は、多くの利用者を抱える有力な事業者であることが多い²⁶。したがって、宿泊施設運営業者は利用者との宿泊契約の締結の多くを、

とから、「事業者」(独占禁止法2条1項)に該当するのか、また、市場の画定にあたり仮定的独占者テストを用いることができるのかが問題となる。

1点目については、「無料か否かはPFの双方向ビジネスにおける価格設定方法の一選択肢に過ぎず、取引・やりとりの本来的不存在を意味するものではない。また、無料といっても利用者はPFに個人情報やアクセス履歴等多様なデータを提供しており、それがビッグ・データを構成しビジネス・リソースとなることに鑑みれば、昨今の議論にみられるようにデータを『対価』と擬制してもよさそうである」(中川寛子「ソーシャルゲームのリンク削除と取引妨害 [ディー・エヌ・エー事件]」金井ほか編・前掲注12)173頁)とされていることから、自社ウェブサイト等や宿泊予約サイト運営業者は、「なんらかの経済的利益の供給に対応し反対給付を反復継続して受ける経済活動」(最判平成元年12月14日民集43巻12号2078頁(都営芝浦と畜場事件))を行う者、すなわち「事業者」に該当するといえるだろう。

2点目については、消費者はサイト上の掲載価格を自社ウェブサイト等や宿泊予約サイト運営業者の選択の基準としていることから、掲載価格について「小幅ではあるが実質的であり、かつ一時的ではない価格引上げ」ができるかどうかを基準として、市場の画定を行うことは可能である。この意味で、自社ウェブサイト等や宿泊予約サイト運営業者は、形式的には価格のないサービスを提供しているが、実質的には価格を手段として競争を行っているといえるだろう。なお、公取委「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」(平成16年5月31日策定、令和元年12月17日最終改定)第2の1(注3)においては、「一部のインターネット付随サービスなどのように、専ら価格ではなく品質等を手段として競争が行われているような場合には、ある地域におけるある商品の品質等が悪化した場合に、又は、ある地域においてある商品の提供を受けるに当たり需要者が負担する費用が上昇した場合に、当該商品及び地域について、需要者が当該商品の購入を他の商品又は地域に振り替える程度を考慮することがある。また、供給者にとっての代替性も同様である。」との考え方が示されているが、あえてこの考え方をを用いる必要はないだろう。

²⁴ 吉川ほか・前掲注10)61頁。

²⁵ 宿泊予約サイト運営業者は、宿泊施設運営業者に対し、宿泊料金に応じた手数料を請求するのが一般的である。国外のケースであるが、ドイツ連邦カルテル庁のBooking.comに対する禁止決定事件(BkartA order Booking, *supra* note 14, para. 2)では、標準的な手数料は宿泊料金の10~15%、宿泊施設のランク等の要因によっては30~50%となる場合もあることが示されている。また、フランス競争当局のBooking.comに対する確約決定(L' Autorité de la concurrence (Fr) Décision Booking, *supra* note 14, para. 38)では、宿泊施設運営業者と直接契約関係にある宿泊予約サイト運営業者には、プラットフォームの種類や宿泊料金の支払いのタイミング(予約時か、宿泊施設での受付時か)に応じて10~30%、予約サイトのランキング上位に表示してもらふ場合には30%を超える手数料を支払うこともあることが示されている。

²⁶ 実際、上記3事件で最恵国待遇条項を課していたのは、有力な宿泊予約サイト運営業者だった。経済産業省の推定では、2017年の国内のネットを通じた旅行関連の市場規模は3兆3742億円で、楽天トラベルの同年度の旅行取扱額は6100億円に上り、JTB(1兆7150億円)に次ぐ国内2位であった。国内客向けの旅行予約サイトは、楽天トラベル、じゃらんnetが二大勢力で、訪日外国人向けは、エクスペディアとBooking.comが他を圧倒しているという。「旅行サイト、強まる監視、楽天など3社、公取委立ち入

当該宿泊予約サイトに依存している。そうすると、競合する宿泊予約サイト運営業者の手数料値下げによる利益よりも、最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者に対する、自己の負担による掲載価格引下げによる不利益の方が大きくなる²⁷。そのため、宿泊施設運営業者は、競合する宿泊予約サイト運営業者の掲載価格の引下げ要請を拒絶することとなる。また、仮に宿泊施設運営業者が掲載価格の引下げに応じてくれるとしても、それに対応して最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者のサイト上の掲載価格も引き下げられるから、価格引下げを要請した宿泊予約サイト運営業者は競業者と価格面で何ら差別化を図ることができず、手数料による収益が一方的に減少するだけとなる。そうすると、最恵国待遇条項の存在を知っている場合には、そもそも、手数料の値下げによる掲載価格引下げの要請をするという競争的行動をとるインセンティブ自体が失われるとも考えられる²⁸。

り、料金高止まりの恐れ。」日本経済新聞朝刊 2019 年 4 月 11 日 3 頁。国外の事例においても、エクスペディアや Booking.com の有力事業者性が認定するものが多数である。

²⁷ 具体的な数字を挙げながら検討してみたい。仮に、宿泊施設運営業者が、ある部屋の宿泊予約について、予約 1 件につき 1 万円の利益を上げたいとする。従前の手数料が 15% だった場合、当該部屋の掲載価格を約 11,800 円とする必要がある。ここで、宿泊予約サイト A が手数料を 5% に引き下げた場合、1 万円の利益を上げるためには、A における掲載価格を約 10,500 円とすれば足りる。このような掲載価格の引下げがあった場合、宿泊施設運営業者は、最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト B における掲載価格も 11,800 円から 10,500 円としなければならない。宿泊予約サイト B を通じた予約が月 500 件あったとすれば、当該宿泊施設運営業者は、この掲載価格引下げにより、月 65 万円の損失を被る。確かに、A を通じた予約が増加すれば、利益がこの損失を上回ることとなる。しかし、宿泊予約サイト運営業者は、掲載価格のみならず部屋数についての最恵国待遇条項を定めることが多い。現に、日本における上記 3 事件やドイツ連邦カルテル庁の Booking.com に対する禁止決定事件 (BkartA order Booking, *supra* note 14)、スウェーデン競争当局の Booking.com に対する確約決定 (Konkurrensverket decision of Booking, *supra* note 14)、フランス競争当局の Booking.com に対する確約決定 (L' Autorité de la concurrence (Fr) Décision Booking, *supra* note 14, para. 56)、アイルランド競争当局の Booking.com に対する確約決定 (The Competition and Consumer Protection Commission and Booking.com, *supra* note 4) 等では、部屋数についての最恵国待遇条項が定められていた。この場合、最恵国待遇条項を課している B よりも多くの部屋を、A を通じた予約に充てることはできない。したがって、A を通じた予約を大幅に増加させることは困難であり、掲載価格の引下げによる利益が損失を上回することは考えにくい。

²⁸ 宿泊予約サイト A に割り当てられた部屋数が、最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト B に割り当てられた部屋数よりも多い場合には、手数料の値下げによる掲載価格引下げの要請という競争的行動をとるインセンティブが失われるとは言い切れない。例えば、宿泊施設運営業者が宿泊予約サイト A に 10 部屋、B に 1 部屋割り当てていたとする。このとき、A が手数料の値下げによる掲載価格の引下げを行った場合、掲載価格に係る最恵国待遇条項が存在することにより、B の掲載価格についても同時に引き下げられる。この場合 A は依然として、9 部屋について、消費者に対し、B を含む他の宿泊予約サイトよりも有利な条件を提示できている。そのため A を通じた予約の増加が見込まれ、手数料引下げによる A の損失分よりも予約の増加による利益の増大分の方が大きくなることになる。したがって、手数料の値下げによる掲載価格引下げの要請という競争的行動をとるインセンティブは一応残っているといえよう。

しかし、掲載価格に加えて部屋数についての最恵国待遇条項が定められることにより、A が手数料の値下げとそれに伴う掲載価格の引下げをした場合であっても、最恵国待遇条項を課している B が、A と同じかそれ以上の数の部屋について、A と同一の価格を掲載することになる。これは、A は消費者に対して、B よりも有利な条件の部屋を提示することが不可能になることを意味する。これにより、消費者にとっては B が、A と同等かそれ以上に魅力的な宿泊予約サイトとなる。その結果、手数料の値下げに伴う掲載価格の引下げにもかかわらず、A を通じた予約の増加は十分には期待できず、手数料引下げによる A の損失分よりも予約の増加による利益の増大分の方が大きくなることは考えにくくなる。このように、部屋数に係る最恵国待遇条項は、掲載価格に係る最恵国待遇条項と相まって、掲載価格引下げの要請という競争的行動をとるインセンティブを削ぐものと評価できる。

また、最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者の側から考えてみると、当該宿泊予約サイト運営業者がどれだけ手数料を値上げしても、そのサイト上の掲載価格は、競合する宿泊予約サイト運営業者のものより高くなることはない。これは、当該宿泊予約サイト運営業者は、競合他社に顧客を奪われることなく手数料を値上げして利益を上げられることを意味する。したがって、最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者についても、手数料値下げによる掲載価格引下げの要請をするという競争的行動をとるインセンティブが失われることとなる²⁹。

前記 Booking.com 事件とエクスペディア事件の確約計画認定においては、両サイトと競合する宿泊予約サイト運営業者が、当該宿泊予約サイトに掲載された宿泊施設の掲載価格を自らの負担で割り引くこととし、割引後の宿泊料金を掲載したところ、当該宿泊施設運営業者から、当該宿泊施設運営業者自らの負担で当該割引後の宿泊料金と同等の宿泊料金を Booking.com サイトや Expedia サイトに掲載せざるを得なくなるとして、割引後の宿泊料金の掲載の中止を求められた事例があったことが認定されている。このケースでは、手数料の値下げがなされる場合と異なり、一度は掲載価格の引下げがなされている。もっとも、宿泊施設運営業者が、最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイトでの掲載価格の引下げによる不利益を避けようするため、掲載価格が高止まりしてしまうという問題状況は共通している³⁰。

このように、最恵国待遇条項が存在することにより、競争回避によって、宿泊予約サイト上の掲載価格の引下げに係る価格競争が減少することとなる。

なお、複数の有力な宿泊予約サイト運営業者が同時期に、並行して最恵国待遇条項を課していた場合には、これらの宿泊予約サイト運営業者の掲載価格は理論上同一になるから、価格維持効果は一層大きくなる。また、この場合に、競合する宿泊予約サイト運営業者が、手数料の値下げによる掲載価格の引下げを要請した場合、この要請に応じようとするれば、相当の合計シェアを有するこれら宿泊予約サイト運営業者のサイト上の掲載価格を、宿泊施設運営業者自身の負担でまとめて引き下げざるを得ないこととなる。そうすると、競合する宿泊予約サイト運営業者の手数料値下げによる利益よりも、自己の負担による掲載価格引下げによる不利益の方が大きくなる蓋然性は、単独の宿泊予約サイト運営業者が最恵国待遇条項を課している場合よりも一層高い。したがって、複数の有力な宿泊予約サイト運営業者が並行的に最恵国待遇条項を課していた場合、競合す

²⁹ BkartA order HRS, *supra* note 14, para. 157.

³⁰ このほかに、前記 Booking.com 事件とエクスペディア事件の確約計画認定では、宿泊予約サイト運営業者が、当該宿泊予約サイトにおける集客を促進させるため、掲載する宿泊施設の宿泊料金について、期間を限定して引き下げる計画を立て、当該宿泊施設運営業者に当該企画への参加を提案したところ、当該企画への参加によって当該宿泊予約サイトに特徴的な利用者層からの集客の増加が期待される一方で、引下げ後の宿泊料金と同等の宿泊料金を当該サイトにも掲載する必要が生じるとして、当該企画への参加を断られた事例が認定されている。これは本文中の事例と異なり、宿泊施設運営業者が、宿泊予約サイト運営業者の負担ではなく、自らの負担によって掲載価格を引き下げることが妨げられた事例であると考えられる。いずれの事例についても、宿泊予約サイト間の掲載価格の引下げに係る価格競争の減少として一元的に把握することが可能であろう。

る宿泊予約サイト運営業者の掲載価格の引下げ要請に応じなくなるおそれはさらに強まることとなる³¹。

b. 機能の改善等(イノベーション)による品質向上を通じた競争の減殺

仮に宿泊予約サイト間において宿泊施設の掲載価格やサービスが同一であったとしても、宿泊予約サイトの機能(メールマガジンによる情報提供、ニーズに応じた宿泊施設の絞り込み機能、快適な UI による操作性などが例として挙げられる。)が、競合する予約サイトより優れていれば、利用者はそのような宿泊予約サイトを選択して宿泊施設を予約するようになり、宿泊予約サイト運営業者が宿泊施設運営業者から得られる手数料も増加する。したがって、通常、宿泊予約サイト運営業者には予約サイトの機能を改善させるインセンティブがある。

しかし、宿泊施設運営業者が、掲載する部屋数についての最恵国待遇条項を課せられている場合には、宿泊予約サイト運営業者が獲得できる予約数も限られてくる。宿泊施設の部屋数には限りがある以上、サイトの機能を改善させる努力をしている宿泊予約サイト運営業者の部屋数を増加させ、同時に、最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者の部屋数も増加させることは、現実的には難しい。そうすると、宿泊予約サイト運営業者がサイトの機能を改善させたとしても、予約数の増加は一定以上見込めず、収入の増加も一定以上は見込めない。そのため、部屋数についての最恵国待遇条項が定められている場合、宿泊予約サイト運営業者は、予約サイトの機能を改善させるイ

³¹ 上記 3 事件において、宿泊予約サイト運営業者 3 社は同時期に、並行して最恵国待遇条項を課していたとされるところ(本稿注 1 参照)、上記 3 事件の公表文においては、最恵国待遇条項の並行的な実施による競争への影響について言及されていない。

この点について言及を欠くのは、「違反被疑行為について、公正取引委員会と事業者との間の合意により自主的に解決するもの」(公取委「確約手続に関する対応方針」(平成 30 年 9 月 26 日策定、令和 3 年 5 月 19 日最終改定) 8 (1)) という確約手続の性質に照らし、合意の内容を記載する公表文においては合意の当事者である申請者以外の事業者の独占禁止法違反被疑行為を積極的に指摘すべきではないと考えられたからであろうか。あるいは、公取委と申請者間の自主的な紛争解決という側面に配慮して、申請者の違反被疑事実が競争に及ぼす影響のみを指摘するにとどめたのだろうか。

大槻文俊「同性条件に係る Booking.com B. V. とエクスペディアの確約事例」NBL1247 号 83 頁(2023 年)においては、「言及がないのは、本件では並列実施による効果が見取れなかったことを意味するのであろうか。」との指摘がされている。また、土田和博「オンライン宿泊予約サイトと同性条件(Booking.com 確約計画)」新・判例解説 Watch32 号 266 頁(2023 年)においては、最恵国待遇条項の並行的な実施による競争への影響についての言及を欠く理由として、「消費者は特定の OTA やホテル・旅館でのみ使用可能なポイントを利用して支払いを行う可能性があるから、現実には消費者が金銭で支払う料金は異なり得る。こうした点を考慮したものであろうか。」との指摘がなされており、参考になる。

ドイツ連邦カルテル庁の HRS.de に対する禁止決定事件(BkartA order HRS, *supra* note 14, para. 9)においては、HRS のほかに、Booking.com とエクスペディアも並行して最恵国待遇条項を課しており、これにより競争制限効果が強まっていることが認定されている。また、スウェーデン競争当局のエクスペディアに対する調査打ち切りのケース(Konkurrensverket, Decision of 10/05/2015, 595/2015, end the investigation of Expedia(English translation))においても、Booking.com が最恵国待遇条項を課していた事実が示されている。フランス競争当局の Booking.com に対する確約決定(L' Autorité de la concurrence(Fr) Décision Booking, *supra* note 14)も、当局がエクスペディアと HRS について調査を進めていることに言及している。See also L' Autorité de la concurrence, *Press release: 21 April 2015: Online hotel booking sector* (2015), <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/communiqués-de-presse/21-april-2015-online-hotel-booking-sector> (last visited February 29, 2024).

ンセンティブが失われてしまう³²。

このように、最恵国待遇条項が存在することにより、宿泊予約サイトの機能の改善等による競争が減少することとなる。

なお、機能の改善等による競争の減少という問題状況は、単独の宿泊予約サイト運営業者が最恵国条項を課している場合と、複数の有力な宿泊予約サイト運営業者が並行的に最恵国待遇条項を課している場合とで、変わるところはないと考えられる。機能を改善しようとする宿泊予約サイト運営業者がサイト上に掲載できる部屋数に、最恵国待遇条項を課している事業者の部屋数という上限がある状況は、いずれの場合であっても同じだからである。

上記 3 事件についての公取委による公表文やその担当官解説においては、宿泊予約サイトの機能の改善等による競争の減少という観点は現れていない³³。しかし上記 3 事件はみな、宿泊料金のみならず部屋数についても最恵国待遇条項が課されていた事例であるから、機能の改善等による競争の減少も少なからず存在していたと考えられる。

(イ) 競争排除

ワイド型の最恵国待遇条項には、潜在的な競合プラットフォーム事業者の新規参入を妨げる効果や、既存のプラットフォーム事業者を市場から排除する効果がある。

宿泊予約サイト事業に新規参入しようとする事業者は、既存の事業者との差別化を図るため、手数料を他の宿泊予約サイトより安くして、安価な宿泊料金を掲載してもらうという経営戦略をとることが考えられる。しかし、ワイド型の最恵国待遇条項が存在する場合に、宿泊施設運営業者がそのような安価な宿泊料金を掲載することは考えにくい。

宿泊施設運営業者が新規参入事業者の要請に応じて安価な宿泊料金を掲載した場合、最恵国待遇条項を課している事業者の宿泊予約サイト上の掲載価格についても、自己の負担で引き下げなければならない。新規参入事業者は一般に消費者に対する訴求力が弱く、新規参入事業者の要請に応じて安価な宿泊料金を掲載しても、宿泊施設運営業者は一定以上の予約数は確保できず、それほど多くの利益を望めない。他方で、ア(ア)a. で述べたように、最恵国待遇条項を課することができる宿泊予約サイト運営業者は一般に有

³² 部屋数についての最恵国待遇条項が定められている場合であっても、予約サイトの機能を改善させるインセンティブが完全に失われるわけではない。宿泊予約サイトへ割り当てられた部屋数に占める空室の割合が大きく、サイトの機能改善によって予約数を増加させる余地があるような場合には、予約数の増加に一定の限度があるとしても、サイトの機能を改善させるインセンティブが存在するといえよう。これに対し、サイトの機能についての最恵国待遇条項が定められている場合には、最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者のものよりも優れたサイトへと機能を改善させること自体ができなくなるから、宿泊予約サイトの機能の改善等による競争の減少がより一層認められやすくなる。価格や品揃え、ビジネスモデルのほか、操作性等の機能について最恵国待遇条項が定められていた事例として、「アマゾン・サービスズ・インターナショナル・インクからの電子書籍関連契約に関する報告について」(公取委平成 29 年 8 月 15 日公表・公取委ウェブサイト)。

³³ 土田・前掲注 31)265 頁は、「説明がないことの考えられる理由としては、宿泊料金について競争回避効果が説明されれば一般指定 12 項に該当する疑いとして十分である、宿泊料金と部屋数の同索性条件は一体として上記のような競争回避効果を有する疑いがあるなどということであろうか。」と指摘している。

力であり、宿泊施設運営業者は宿泊契約締結の多くを当該宿泊予約サイト運営業者に依存しているから、最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者の掲載価格を自らの負担により引き下げることによる不利益は大きい。そうすると、新規参入事業者の要請に応じた場合の利益よりもそれによる不利益の方が大きくなるから、宿泊施設運営業者は、新規参入事業者の予約サイト上に安価な宿泊料金を掲載することは考えにくい。

また、仮に新規参入事業者の予約サイト上に安価な宿泊料金を掲載したとしても、最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト上の掲載価格も引き下げられることとなるから、新規参入事業者は既存の事業者との差別化を図ることができない³⁴。

そのため、最恵国待遇条項が課せられている状況においては、事業者が宿泊予約サイト事業へ新規参入することは困難である³⁵。

また、既存の小規模な宿泊予約サイト運営業者についても、安価な宿泊料金を掲載してもらえなくなる結果、他の有力な宿泊予約サイト運営業者と差別化が図れなくなり、市場から排除されてしまう蓋然性がある。

このように、最恵国待遇条項が存在することにより、競争排除によって、宿泊予約サイト上の掲載価格の引下げに係る価格競争が減少することとなる。

なお、複数の有力な宿泊予約サイト運営業者が並行的に最恵国待遇条項を課している場合に、新規参入事業者あるいは既存の小規模事業者の要請に応じて安価な宿泊料金を掲載しようとするれば、相当の合計シェアを有するこれら宿泊予約サイト運営業者のサイト上の掲載価格を、宿泊施設運営業者自身の負担でまとめて引き下げざるを得ない。そうすると、新規参入事業者の要請に応じ安価な宿泊料金を掲載した場合の利益よりも、自己の負担での掲載価格引下げによる不利益の方が大きくなる蓋然性は、単独の宿泊予

³⁴ 事業者の新規参入を阻害する効果は、部屋数についての最恵国待遇条項が定められている場合により一層強くなる。

新規参入しようとする宿泊予約サイト A と、掲載価格及び部屋数についての最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト B が存在し、ともに 10 部屋ずつ割り当てられているとする。このとき、A、B がともに全て満室になったとしても、安価な手数料しか徴収していない宿泊予約サイト A は、自らの努力によっては、宿泊予約サイト B 以上の利益を上げることができない。これにより、宿泊予約サイト運営事業に新規参入しても一定以上の利益を見込めないこととなり、新規参入そのものを断念することとなる。

確かに、部屋数の上限が定められている場合であっても、A を通じた予約数が B を通じた予約数を上回れば、宿泊予約サイト A は、安価な手数料しか徴収していない場合であっても、宿泊予約サイト B 以上の利益を上げることができる。A が 10 部屋のうち 9 部屋、B が 10 部屋のうち 5 部屋の予約を得たような場合である。しかし、最恵国待遇条項を一方向的に課することができる有力な宿泊予約サイト B は一般に高い知名度を有していると考えられることや、宿泊予約サイト A と B は掲載価格において差別化されていないことなどに照らせば、A を通じた予約数が B を通じた予約数を上回るとは想定しがたい。

³⁵ 日本全国の自社ウェブサイト等及び宿泊予約サイトのサービスの供給に係る市場は、構造上、競争排除効果が生じやすい。すなわち、宿泊予約サイトが消費者を獲得すればするほど、より多くの宿泊施設が当該サイトに情報を掲載するようになり、宿泊予約サイトが提供する宿泊施設の選択肢が広げれば広いほど、より多くの消費者が当該サイトを利用するようになる(間接ネットワーク効果)。また、有力な宿泊予約サイト運営業者は、検索エンジンやメタ検索エンジンに対して大規模な投資ができることや、サイトの知名度ゆえに消費者が当該サイトを頻繁に検索することから、自らのサイトを検索の上位に表示させることが可能となる(規模の経済)。小規模事業者や新規参入事業者は当該メリットを享受することができないから、大規模事業者と比べ、非常に不利な状況に置かれている。L' Autorité de la concurrence (Fr) Décision Booking, *supra* note 14, paras. 112-113.

約サイト運営業者が最恵国待遇条項を課している場合よりも一層高い。したがって、複数の有力な宿泊予約サイト運営業者が並行的に最恵国待遇条項を課している場合、宿泊施設運営業者が、新規参入事業者による安価な宿泊料金の設定の要請に応じなくなるおそれはさらに強まることとなる。この問題状況は競争回避による価格競争の減殺(上記(ア)a. 参照)の場合と共通している。

イ ブランド間競争について

ワイド型の最恵国待遇条項の存在により、宿泊施設運営業者間の宿泊料金に係る競争も減少する。

前述のように、最恵国待遇条項により、宿泊予約サイト上の掲載価格の引下げに係る価格競争が減少する。これにより、宿泊施設運営業者の販売チャネルの相当部分について、宿泊料金が高止まりする。最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者は多数の宿泊施設運営業者と契約関係にある有力な事業者であるから、多数の宿泊施設において、販売チャネルの相当部分につき宿泊料金が高止まりするという事態が生じる。その結果、宿泊施設運営業者間の宿泊料金に係る競争全体、すなわちブランド間競争が減少することとなる。

このように、最恵国待遇条項が存在することにより、宿泊施設運営業者間の宿泊料金に係る競争が減少することとなる³⁶。

上記3事件の公表文は、最恵国待遇条項が宿泊施設運営業者間の宿泊料金に係る競争に及ぼす影響について特に触れていない。この理由について、エクスぺディア事件の担当官解説では、「宿泊施設運営業者は、自らの宿泊サービスの提供に関して宿泊料金や多様な宿泊プランの提供という事業活動を妨げられているようにもみえる。しかしながら、同等性条件は、飽くまで自ら設定した宿泊サービスの料金やプランと同等の条件をエクスぺディア及び Booking.com B.V. にも提供することを求めるものであり、宿泊サービスの料金やプランをどのような水準で設定するかについてまで拘束されているとは認められなかった。このため、宿泊施設運営業者は、エクスぺディア及び Booking.com B.V. が課していた同等性条件により、自社ウェブサイトやOTAといった宿泊サービスの予約販売経路ごとに料金やプランの差別化を図れないという弊害はあるものの、他の宿泊施設運営業者との競争関係の中で料金やプランを自由に設定する活動が制限されていたとはいえないと考えられる。」³⁷と説明されている。これは、初めに宿泊施設運営業者が基準となる料金やプランを設定し(ブランド間競争)、その後、当該基準をもとに、宿泊施設運営業者と宿泊予約サイト運営業者が交渉を行って宿泊予約サイトの掲載価格等が決定される(ブランド内競争)ところ、基準となる料金やプランの設定それ自体は自由に行うことができたという意味で、ブランド内競争が減少したとしても、依然として

³⁶ ドイツ連邦カルテル庁の HRS. de に対する禁止決定事件(BkartA order HRS, *supra* note 14, para. 156)においても、ブランド内競争が抑制される結果としてブランド間競争も抑制されると判断されている。

³⁷ 吉川ほか・前掲注10)64頁。これは Booking.com 事件とエクスぺディア事件を念頭に置いた説明であるが、楽天トラベル事件にも妥当するだろう。

ブランド間競争は残っていたという理解であろう³⁸。

(3) ナロー型の最恵国待遇条項について

ナロー型の最恵国待遇条項とは、前述の通り、供給者が自ら直接に消費者に商品・役務を提供する際の条件と比較し、自己のプラットフォーム上の扱いを有利または均等にすることを求める拘束条件である。

楽天トラベル事件においては、公取委は、独占禁止法違反の被疑事実について、「宿泊料金及び部屋数については、他の販売経路と同等又は他の販売経路よりも有利なものとする条件」と判断しており、ナロー型の最恵国待遇条項を定めている部分を含めて、確約手続による処理の対象としていると考えられる³⁹。他方で、Booking.com事件とエクスペディア事件では、公取委は、独占禁止法違反の被疑事実について、「当該契約において定めている、当該宿泊料金について自社ウェブサイト等の販売経路と同等又は当該販売経路よりも有利なものとする条件〔以下、「宿泊料金のナロー同等性条件」という。〕を除く。」と判断しており、宿泊予約サイト運営業者が宿泊料金についてのナロー型の最恵国待遇条項を定めていた部分を、確約手続による処理の対象としなかった⁴⁰。公取委はその理由として、現状、宿泊施設運営業者が必ずしも宿泊予約サイト運営業者が課しているナロー型の最恵国待遇条項を遵守しているわけではなかったためであると説明している。公取委は、ナロー型の最恵国待遇条項の運用次第では独占禁止法上の問題点が生じる場合もあり得ると判断しており、ナロー型の最恵国待遇条項が一般的に許容されるという立場に転じたわけではない⁴²。

それでは、仮にナロー型の最恵国待遇条項が実効的に機能していた場合、競争への影響としてどのようなものが考えられるか。宿泊予約サイトを運営するプラットフォーム事業者が、宿泊施設運営業者に対し、ナロー型の最恵国待遇条項を課している場合を例

³⁸ これに対し、西村暢史「インターネット宿泊予約サイトが実施したいいわゆる同等性条件に関する確約計画の認定」ジュリスト1580号120頁(2023年)は、担当官解説の「このため…」以下の部分について、「OTAを介さない宿泊施設運営業者による直接販売(電話、メール、フロント予約等)」という場面において、宿泊施設運営業者間で一般予約客獲得の競争は制限されていないという理解であろう。」とする。

³⁹ 吉川・前掲注2)16頁、吉留=橋本・前掲注2)80頁。

⁴⁰ 部屋数についての最恵国待遇条項を定めている部分については、「公表文及び公取委職員解説を合わせて考慮すると、違反被疑事実である「部屋数のワイド型同等性条件」から「部屋数のナロー型同等性条件」は明確に除外されていない」との指摘がある。西村・前掲注38)119頁。

⁴¹ このような措置がとられたことに対しては、「問題となった市場でフリーライド問題が発生するかといった実態によるが、3年間という期間限定の措置であることを前提とすれば、公正取引委員会も、競争条件の同等性(Level Playing Field)にも配慮して、楽天トラベルと同様にナローMFN条項を破棄する措置を認定条件とすることもあり得たのではないかと思われる。この点は、ナローMFNの並行実施がなされた事案であることから裏付けることができよう。」(伊永・前掲注4)19頁)との批判がある。

⁴² 宿泊料金についてのナロー型の最恵国待遇条項を定めていた部分を確約手続の対象としなかった理由として、「現在の状況では、ナロー型は弊害が大きくないということですので、確約の対象にする必要ないというふうを考えているのですけども、状況によっては、当然その弊害が起こってくるということを大前提にした上で、外しているということでございます。」(川濱昇ほか「[座談会]最近の独禁法違反事件をめぐって」公正取引864号18頁[藤本哲也発言](2022年))との説明がされており、ナロー型の最恵国待遇条項が実効的に機能し、これにより競争制限効果が生じるような場合には、ナロー型の最恵国待遇条項を定めた部分も確約手続の対象となる可能性があることが強く示唆されている(もっとも、同座談会での意見にわたる部分は発言者の個人的見解であるとの注意書きがされている)。

に検討する。

ア ブランド内競争について

(ア) 自社ウェブサイト等への影響

a. 価格競争の減殺

ナロー型の最恵国待遇条項が設定されることより、当該条項を課している宿泊予約サイト運営業者のサイト上で掲載される価格等が、自社ウェブサイト等で掲載されている価格等と同一またはそれより有利なものとなる。宿泊施設運営業者が自社ウェブサイト等の掲載価格を引き下げようとした場合には、当該条項を課している宿泊予約サイト運営業者の掲載価格等も引き下げざるを得ない。

一般に自社ウェブサイト等では、宿泊予約サイトと比べて低い掲載価格が設定されることが多い。これは、宿泊予約サイトを通じた予約がなされる場合には宿泊施設運営業者に手数料を支払わなければならない関係上、宿泊予約サイトより多少低い掲載価格を設定してでも、自社ウェブサイト等を利用した予約をしてもらう方が宿泊施設運営業者にとって利益となるからである⁴³。また、自社ウェブサイト上に宿泊予約サイトよりも安価な価格を掲載することは、予約1件あたりの利益が大きい自社ウェブサイト等を通じた予約を促進するということにも繋がる。しかし、ナロー型の最恵国待遇条項が設定されることにより、宿泊施設運営業者は、自社ウェブサイト等の掲載価格を引き下げて宿泊予約サイトより低い価格を掲載し、自社ウェブサイト等を利用した予約を促進するという競争手段がとれなくなる。

このように、最恵国待遇条項が存在することにより、自社ウェブサイト等の掲載価格の引下げに係る価格競争が減少することとなる。

b. 機能の改善等による品質向上を通じた競争の減殺

部屋数について最恵国待遇条項が課せられていることにより、自社ウェブサイト等の機能改善についてのインセンティブが失われることについては、ワイド型の最恵国待遇条項の場合と同様である。

(イ) 他の宿泊予約サイト運営業者への影響

以上のように、ナロー型の最恵国待遇条項が設定されることで直接的に制限されるのは宿泊施設運営業者と宿泊予約サイト運営業者の競争であり、宿泊施設予約サイト間の競争に影響が生じることはないと考えられる。しかし、ナロー型の最恵国待遇条項が宿泊施設予約サイト間の競争に影響を与える場合も考えられる⁴⁴。

a. 価格競争の減殺

⁴³ 前記 Booking.com 事件の調査において、多くの宿泊施設運営業者が、すべての販売経路のうち自社ウェブサイト等の販売経路で掲示する宿泊料金を最も安価に設定するとの方針を有していたことが判明している。吉川ほか・前掲注3)74頁。例えば、宿泊予約サイト運営業者が20%の手数料を設定している場合に、当該予約サイトを通じて掲載価格1万円の部屋が予約された場合、宿泊施設の利益は8,000円である。そうすると、自社ウェブサイト等の掲載価格を9,000円に引き下げてでも、手数料が掛からない自社ウェブサイト等を利用して予約をしてもらったほうが、宿泊施設運営業者の利益は大きい。

⁴⁴ 以下につき、吉川ほか・前掲注3)74-75頁。

宿泊施設運営業者が、自社ウェブサイト等の販売経路で掲示する宿泊料金を最も安価に設定するとの方針を維持しつつ(本稿注 43)参照)ナロー型の最恵国待遇条項を遵守しようとする場合、最恵国待遇条項を課している宿泊施設運営業者のサイト上の掲載価格は、その他の宿泊予約サイトの掲載価格より安値で固定されることとなる。この状況において、他の宿泊予約サイト運営業者が当該宿泊予約サイト運営業者と差別化を図るべく、手数料の値下げを行い、自己の予約サイトの掲載価格を引き下げてもらおうと交渉した場合であっても、宿泊施設運営業者が自社ウェブサイト等よりも安価な価格を掲載することを許容しない限り、ナロー型の最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者のサイトよりも有利な価格を掲載することができない。そして、宿泊施設運営業者が宿泊予約サイトに自社ウェブサイト等よりも安価な価格を掲載することを許容することは考えにくい。なぜなら、宿泊予約サイトを通じた予約には一定の手数料が掛かる以上、自社ウェブサイト等よりも安価な価格を掲載すれば、手数料がどれだけ少額であろうとも、自社ウェブサイト等を通じた予約よりも宿泊施設運営業者の利益は小さくなる。そうすると、宿泊予約サイトよりも掲載価格は安価でありながら、宿泊予約サイトを通じた予約よりも宿泊施設運営業者側は利益を上げられるという、自社ウェブサイト等に宿泊予約サイトよりも低い価格を掲載するメリットが失われてしまうからである⁴⁵。

このように、ナロー型の最恵国待遇条項が設定されているに過ぎない場合であっても、ワイド型の最恵国待遇条項が存在する場合と同様、宿泊予約サイト運営業者間の、

⁴⁵ 確かに、自社ウェブサイト等の掲載価格よりも低い価格を掲載することによって予約1件あたりの利益は減少するものの、予約件数の増加により、最終的な利益が従前よりも増加するという可能性もあるから、掲載価格の引下げを許容するという経営判断がなされる余地はある。例えば、ある宿泊施設運営業者が、宿泊料金が1万円であれば宿泊したくないが8,000円であれば是非とも宿泊したいと考える消費者が多いと判断した場合である。しかし、仮にそのような消費者が多いのであれば、そもそも、手数料が掛からない自社ウェブサイト等の掲載価格を8,000円にした方が利益は大きくなる。

なお、一応、宿泊予約サイトの掲載価格を引き下げた方が利益は大きくなるような例外的な場合は想定できる。例えば、部屋数についての最恵国待遇条項が課せられている場合で、宿泊予約サイトの手数料が20%である場合には、宿泊予約サイトAの10部屋の掲載価格を8,000円に引き下げた方が、自社ウェブサイト等の3部屋と最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイトBの3部屋の掲載価格を8,000円に引き下げるよりも利益が大きくなる(前者の利益は64,000円、後者は43,200円となる。)。しかし、最恵国待遇条項を一方的に課することができるような有力な宿泊予約サイト運営業者Bがすでに存在する以上、多くの消費者は当該宿泊予約サイトに集中するから(本稿注35)参照)、掲載価格の引下げにより宿泊予約サイトAの利用者がどれほど増加するかは不明である。したがって、実際に宿泊施設運営業者が宿泊予約サイト運営業者の掲載価格の引下げを許容することはないと考えられる。

宿泊予約サイト上の掲載価格の引下げに係る価格競争が減少するおそれがある⁴⁶。

なお、複数の有力な宿泊予約サイト運営業者が並行的にナロー型の最恵国待遇条項を課している場合、これら宿泊予約サイト運営業者間の掲載価格の上限は、自社ウェブサイト等と同等かそれより安い価格という範囲内で共通化する。他方で、掲載価格の下限は定められていないことから、これらの宿泊予約サイト運営業者の掲載価格に係る競争自体は残っていると考えられるが、自社ウェブサイト等の販売経路で掲示する宿泊料金を最も安価に設定するとの方針が維持される限りは、宿泊予約サイトに自社ウェブサイト等よりも安価な価格が掲載される可能性は乏しいから、結局、ナロー型の最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者の掲載価格の競争自体が無くなってしま

b. 競争排除

ナロー型の最恵国待遇条項には、潜在的な競合プラットフォーム事業者の新規参入を妨げる効果や、既存のプラットフォーム事業者を市場から排除する効果もある。

宿泊予約サイト事業に新規参入しようとする事業者は、既存の事業者との差別化を図るため、手数料を他の宿泊予約サイトより安くして、安価な宿泊料金を掲載してもら

⁴⁶ ドイツ連邦カルテル庁の Booking.com に対する禁止決定事件 (BkartA order Booking, *supra* note 14, paras. 192-201) においても、ナロー型の最恵国待遇条項が宿泊予約サイト運営業者間の競争を制限することが指摘されている。内容はおおよそ以下の通りである。確かに、ナロー型の最恵国待遇条項は、宿泊施設運営業者が最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイトの掲載価格よりも安価な価格を他の宿泊予約サイトに掲載することを妨げるものではない。しかし、最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイトよりも安価な価格を掲載することは、ナロー型の最恵国待遇条項の下では、自社ウェブサイト等よりも安価な価格を掲載することを意味し、結果として自社ウェブサイト等の訴求力を失わせることとなる。自社ウェブサイト等を通じたマーケティングは手数料の負担がない点で宿泊施設運営業者に有利であることのほか、自社ウェブサイト等においては、需要の多寡に応じて、掲載価格や条件等について迅速かつ柔軟に運用することが容易であること、宿泊予約サイトには対応していない独自のマーケティング戦略を展開できることから、一般的な宿泊施設運営業者は自社ウェブサイト等を通じたマーケティングに力を入れるという明らかな傾向がある。このような傾向の下では、自社ウェブサイト等よりも有利な条件を他の宿泊予約サイトに掲載することによって自社ウェブサイト等の訴求力を損なうことを躊躇するようになる、というものである。

フランス競争当局の Booking.com に対する確約決定 (L' Autorité de la concurrence (Fr) Décision Booking, *supra* note 14, para. 292) においても、ナロー型の最恵国待遇条項の下では、ある宿泊予約サイト運営業者が手数料の値下げを行い、自己の予約サイトの掲載価格を引き下げてもらおうと画策した場合であっても、当該宿泊予約サイトの掲載価格が自社ウェブサイト等よりも安価になれば予約 1 件あたりの利益は自社ウェブサイト等を通じた予約よりも小さくなるうえ、「最安値」を提示できるようになった当該宿泊予約サイトに自社ウェブサイト等を利用していた顧客を奪われ (カニバリゼーション)、宿泊施設運営業者が不利益を被ることとなるから、宿泊施設運営業者が掲載価格の引下げを行わなくなるという主張がなされた。しかし、この主張に対して当局は、宿泊施設のオンライン販売は売上高の約 34% であり、そのうち約 24% が宿泊予約サイト、約 10% が自社ウェブサイト等であるから、カニバリゼーションが発生する可能性のある販売経路は宿泊施設の売上の 10% 以下の部分であり、当該部分についても、メールによるクーポンの配信やロイヤルティ・プログラムの利用により、自社ウェブサイトの掲載価格よりも安価な宿泊料金を提示できるから、「最安値」を提示している宿泊予約サイトに顧客を奪われることを防止することは可能であるとして、ナロー型の最恵国待遇条項を定めた部分を確約手続の対象にしなかった (*Id.* paras. 295 & 299)。この判断は、フリーライダー問題の解消という見地からではなく、競争制限効果の小ささという観点からナロー型の最恵国待遇条項を適法とした点で特徴的である。また、ナロー型の最恵国待遇条項について、今後の運用によっては独占禁止法上の問題が生じる可能性があるという判断した前記 Booking.com 事件及びエクスペディア事件とは対照的である (吉川ほか・前掲注 10) 66 頁)。

⁴⁷ 「最終的にはワイド型と同じ結果になる (川濱ほか・前掲注 42) 17 頁 [藤本発言] という説明もされている。

という経営戦略をとる。新規参入事業者が事業活動を行っていくにあたっては、特に、最恵国待遇条項を一方的に課することができるような有力な事業者との差別化が必要である。しかし、ナロー型の最恵国待遇条項が存在する場合、上記「a. 価格競争の減殺」の項で述べたように、宿泊施設運営業者が、新規参入事業者の予約サイト上に、ナロー型の最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者のサイトよりも有利な価格を掲載することは考えにくい。そのため、ナロー型の最恵国待遇条項が課せられている状況においては、新規参入事業者は他の有力な事業者との差別化を図ることができず、宿泊予約サイト事業へ新規参入することは困難となる。

また、既存の小規模な宿泊予約サイト運営業者についても、安価な宿泊料金を掲載してもらえなくなる結果、他の有力な事業者と差別化が図れなくなり、市場から排除されてしまう蓋然性がある。

このように、ナロー型の最恵国待遇条項が存在することにより、潜在的な競合プラットフォーム事業者の新規参入が妨げられたり、既存のプラットフォーム事業者が市場から排除されるおそれが生じたりする。

なお、自社ウェブサイト等に宿泊予約サイトよりも低い価格を掲載するメリットが失われてしまうため、宿泊施設運営業者が、新規参入事業者あるいは小規模事業者の予約サイト上に、ナロー型の最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者のサイトよりも有利な価格を掲載することを躊躇するようになるという状況は、単独の宿泊予約サイト運営業者が最恵国条項を課している場合と、複数の有力な宿泊予約サイト運営業者が並行的に最恵国待遇条項を課している場合とで、変わるところはない。したがって、最恵国待遇条項を課している事業者の数によって、ナロー型の最恵国待遇条項の排除効果が変わってくることはないだろう。

イ ブランド間競争について

ナロー型の最恵国待遇条項の存在により、宿泊施設運営業者間の宿泊料金に係る競争も減少するだろう。

前述のように、最恵国待遇条項により、自社ウェブサイト等及び宿泊予約サイト上の掲載価格の引下げに係る価格競争が減少する。これにより、宿泊施設運営業者の販売チャネルの相当部分について、宿泊料金が高止まりする。最恵国待遇条項を課している宿泊予約サイト運営業者は多数の宿泊施設運営業者と契約関係にある有力な事業者であるから、多数の宿泊施設において、販売チャネルの相当部分につき宿泊料金が高止まりするという事態が生じる。その結果、宿泊施設運営業者間の宿泊料金に係る競争全体、すなわちブランド間競争が減少することとなる。

また、自社ウェブサイト等の掲載価格が宿泊予約サイト上の掲載価格と同等になることにより、宿泊料金等の取引条件の透明性が増大し、宿泊施設運営業者が宿泊料金等について協調的行動をとることになる可能性がある。もっとも、取引条件の透明性が向上することにより協調的行動がとられやすくなるのは、市場の集中度が高く、かつ、役務

の内容・質及び費用における役務提供者間の対称性が高い状況下であるとされる⁴⁸。

このように、最恵国待遇条項が存在することにより、宿泊施設運営業者間の宿泊料金に係る競争が減少することとなる。

ウ 正当化事由

正当化事由が認められるかどうかについては、①独占禁止法1条の究極目的に照らして正当な目的を有するか、②当該目的を達成するために相当な手段が用いられているか、という観点から判断される。

ナロー型の最恵国待遇条項が存在しない場合、サイト利用者は、宿泊予約サイトにおける検索・比較という利便を享受したうえで、宿泊予約サイト上の掲載価格よりも安価な自社ウェブサイト等を通じて、宿泊施設を予約することが可能となる。ナロー型の最恵国待遇条項が問題となる場合、このようなフリーライダー問題の解消が正当化事由として主張されることがある⁴⁹⁵⁰。

フリーライダー問題の解消が正当化事由とされるどうかの判断にあたっては、「制限を受ける供給業者の地位や販売状況(供給業者が異なるプラットフォーム間で価格差を付けているか、プラットフォーム・自社ウェブサイト・その他の流通経路の利用割合ほか)、消費者の購買行動、商品の特性、市場全体の状況やフリーライダー問題発生蓋然性などの個別具体的な事情」⁵¹を考慮するとされる。また、フリーライダー問題発生蓋然性の判断にあたっては特に、プラットフォーム事業の特殊性を踏まえ、「例えばプラットフォームがしばしば用いるポイント制(当該プラットフォームのサイトだけで利用でき、消費者が購入する商品・サービスの支払の全部または一部をポイントで行うことができるもの)によって供給者(や他のプラットフォーム)のサイトで消費者が購入(予約)することが抑制されるか(すなわち、只乗りが生じない、または生じたとしても限定的であるか)、プラットフォームのサーバーやコンピュータシステムが埋没費用となるか(したがって、検索、比較、購入(予約)のサービスが提供されなくなるか)等」⁵²を検討していくこととなる。

Booking.com 事件の担当官解説においては「多くの宿泊施設運営業者が実際に宿泊予約サイトで掲示する料金よりも安価な宿泊料金を自社ウェブサイトで掲示していたが、

⁴⁸ Jérôme Fabre=和久井理子「フランス・ブッキングドットコム事件と確約手続—オンライン旅行取引分野における同等性条項をめぐる—」(CPRC ディスカッション・ペーパー、2018年)8頁。

⁴⁹ 土田・前掲注13)257頁は、その他の正当化事由として①取引の遅延、待機の防止、②機会主義的行動の防止の2つを挙げている。

⁵⁰ 売手(自社ウェブサイト等)によるただ乗りではなく、プラットフォーム事業者によるただ乗りも想定できる。例えば、より確かな情報が提供され、高度な検索機能を備えるプラットフォームを利用して探索・選択を行った後に、機能は劣るが手数料と価格の低いプラットフォームを通じて取引が実現されることがあり、これは第一のプラットフォームの投資・努力に第二のプラットフォームがただ乗りしているということができる。このような事態は、ワイド型の最恵国待遇条項を用いることによって初めて防止することができる。和久井理子「最恵国待遇(MFN)・価格均等条項と独占禁止法(下)—プラットフォーム事業者による拘束を中心に」NBL1095号41頁(2017年)。

⁵¹ 菅久編著・前掲注16)169頁[伊永大輔]。

⁵² 土田・前掲注13)255頁。

このような状況においてもなお宿泊施設は集客の多くを宿泊予約サイト経由の予約に依存している傾向がうかがわれた⁵³との指摘がなされており、ナロー型の最恵国待遇条項が機能していた場合、フリーライダー問題の発生の蓋然性は低いとして正当化事由が否定される可能性が高いことが示唆されている。ナロー型の最恵国待遇条項を定めた部分を確約手続の対象としていると読める楽天トラベル事件においても、これと同様の判断がなされたものと思われる。

国外に目を向けてみると、スウェーデン競争当局の **Booking.com** に対する確約決定⁵⁴では、①宿泊施設の調査では、スウェーデンのホテルの 36% (チェーンホテルの 46%) が、ナロー型の最恵国待遇条項がなければ、自社ウェブサイト等でより低い価格や特別なサービスを提供する可能性があるかと回答していること、②消費者への調査では、スウェーデンのホテルを予約する消費者の 65% が、ホテルのウェブサイトで価格が 10% 安ければ、**Booking.com** ではなく自社ウェブサイト等で予約する可能性があるかと回答していることを理由として、ナロー型の最恵国待遇条項は宿泊施設が **Booking.com** の行った投資にただ乗りするリスクを大幅に減らすものであり、当該条項があることによって **Booking.com** はその検索・比較サービスに対する報酬を受け取ることができ、消費者の利益のために市場でサービスを提供し続けることができるとして、自社ウェブサイト等の掲載価格についての最恵国待遇条項を確約手続の対象から除外している⁵⁵。

これに対し、ドイツ連邦カルテル庁の **Booking.com** に対する禁止決定事件⁵⁶においては、①**Booking.com** の顧客の 40~60% は、自社ウェブサイト等で 5% の割引が提供されていれば自社ウェブサイトを通じて直接予約するという調査結果が **Booking.com** から提出されているが、これはすでに **Booking.com** サイトで予約した者を対象とした調査であり、メタ検索エンジンやホテル比較サイトではなく宿泊予約サイトで情報を得てから自社ウェブサイト等で予約したかどうかの証明はなされていないこと、②自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトとでは訴求する消費者層が異なること (本稿注 14) 参照) から宿泊予約サイトの利用者が自社ウェブサイト等を利用することはないことを理由として、ナロー型の最恵国待遇条項によりフリーライダー問題が解決されることを十分に証明できなかったと判断し、当該条項が競争法に反するとしている。

いずれにせよ、フリーライダー問題の解消が正当化事由とされるどうかの判断にあたっては、上記の考慮要素のうち、フリーライダー問題の発生の蓋然性が決定的な判断基準となり、その判断のためには宿泊施設運営業者や利用者への調査が不可欠となる。上記 **Booking.com** 事件の担当官解説にあるように、日本におけるフリーライダー問題の発

⁵³ 吉川ほか・前掲注 3) 75 頁。

⁵⁴ Konkurrensverket decision of Booking, *supra* note 14, paras. 27-30 & 41.

⁵⁵ 同決定は、他の宿泊予約サイトとの同等性条件のほか、オフラインチャネルにおける同等性条件を定める部分について削除の対象としている。同内容の決定として、フランス競争当局の **Booking.com** に対する確約決定事件 (L' Autorité de la concurrence (Fr) Décision Booking, *supra* note 14, paras. 230 & 299)。

⁵⁶ BkartA order Booking, *supra* note 14, paras. 270-272.

生の蓋然性は低いとされる以上、フリーライダー問題の解消という目的の正当性は否定される可能性が高い。したがって、日本において、フリーライダー問題の解消が正当化事由として認められる余地は小さい。

なお、仮に目的の正当性が認められる場合には、手段の相当性を検討していくこととなる。この場合には、宿泊施設運営業者が宿泊予約サイト運営業者に対して支払う報酬のモデルを、提供されるサービスに応じた固定料金制とすることや、固定料金と予約1件ごとの変動料金を組み合わせた二重構造のモデルに変更することが、より競争制限的でない代替的な手段として挙げられている⁵⁷。

V おわりに

以上、宿泊予約サイト運営業者が最恵国待遇条項を課すことにより生じる独占禁止法上の問題点を検討してきた。宿泊予約サイト運営業者による最恵国待遇条項を用いた事業活動の拘束という問題は近年、諸外国でも競争法違反として活発に論じられてきた問題であり、日本法の視点からの詳細かつ分析的な議論が求められていると感じているところである。

上記3事件において確約計画が認定・公表されたことにより、ワイド型の最恵国待遇条項が独占禁止法違反とされるおそれが高いことが周知され、今後再び宿泊予約サイト運営業者がワイド型の最恵国待遇条項を課す可能性は小さくなったといえる。しかし、未だ公取委に把握されることなくワイド型の最恵国待遇条項を課し続けている事業者が存在する可能性や、将来的に再度同様の事例が発生する可能性は否定できない以上、市場の範囲やセオリー・オブ・ハームについて、十分な紙幅を割いて検討を行うことには一定の意義があると考ええる。また、本稿の議論の射程はプラットフォーム事業者一般にも及ぶものと考ええる。

また、ナロー型の最恵国待遇条項は、前記 Booking.com 事件とエクスぺディア事件においては、宿泊施設運営業者が必ずしも当該条項を遵守しているわけではない現状に鑑み、確約手続の対象から外されている。しかし、今後ナロー型の最恵国待遇条項により競争制限効果をもたらされる可能性があることは否定できず、公取委自身もその可能性を否定していない。ナロー型の最恵国待遇条項についての判断は国によって異なっており、1つの国の内部においても判断が分かれた例もあるため⁵⁸、日本においてナロー型の最恵国待遇条項が実効的に機能していた場合に、当該条項がどのように評価されるかについては不明確な部分が多い。このような状況に鑑みれば、ナロー型の最恵国待遇条

⁵⁷ BkartA order HRS, *supra* note 14, para. 219. See also OECD, *Hearing on Across Platform Agreements-Note by Germany*, para. 24, DAF/COMP/WD(2015)56.

⁵⁸ ドイツ連邦カルテル庁の Booking.com に対する禁止決定 (BkartA order Booking, *supra* note 14) はデュッセルドルフ高等裁判所により破棄され (Case VI-Kart 2/16 (V) — *Enge Bestpreisklausel II* (OLG Düsseldorf, 4 June 2019))、その後、連邦通常裁判所が高等裁判所の判断を覆している (Decision KVR 54/20—Booking.com (BGH, 18 May 2021))。EC, *Market study*, *supra* note 14, at 22-23.

項がもたらす競争制限効果について、国外の事例にも目を向けつつ分析を行うことについては、一定の意義があるといえるだろう。

本稿は、自社ウェブサイト等と宿泊予約サイトが競争関係に立つと考え、また、手数料競争という枠組みではなく、掲載価格等に係る競争という枠組みを中心に据えて競争への影響を検討している点に特徴がある。この点については、多くのご批判が寄せられることも予想される⁵⁹。また、最恵国待遇条項の下での宿泊施設運営業者や宿泊予約サイト運営業者の行動予測(掲載価格の引下げの要請をするのかどうか、それに応じるのかどうかなど)については、旅館業に通じていない筆者の想像に依るところが大きく、事業者が必ずしも本稿の記載通りの行動をするとは限らないだろう。

本稿はこのような課題を抱えるものではあるが、宿泊予約サイト運営業者による最恵国待遇条項と独占禁止法の問題点というテーマについて一定の分析に成功し、議論を活発化させる一助になっていれば、幸甚の至りである⁶⁰。

謝辞

本稿の執筆にあたり、柳武史先生からは多大なご指導・ご助言を賜りました。私が経済法に興味を持ったのは、法科大学院2年次の柳先生の講義がきっかけであり、柳先生なくして本稿の完成はあり得ませんでした。この場をお借りして、心よりお礼申し上げます。

⁵⁹ 例えば、宿泊施設運営業者が宿泊予約サイトの手数料をどれだけ宿泊料金に転嫁するのかが不明であるから、手数料競争と掲載価格等に係る競争が表裏の関係にあると一概にはいえないとの批判が考えられる。

⁶⁰ 本稿のテーマからはやや離れることとなるため、本稿では、上記3事件の確約計画の内容について立ち入った検討は行わなかった。前記 Booking.com 事件とエクスペディア事件において確約手続が用いられたことの妥当性に疑問を呈するものとして、大槻・前掲注31)85-86頁がある。

責任能力判断における制御能力要件の再考

—制御能力不要論と近時の裁判例—

2023年3月一橋大学法科大学院修了 柏田芳樹

目次

はじめに

- I 議論の背景
- II 実質化した弁識能力を問う見解
- III 制御能力を単体で問題とした裁判例の分析
- IV おわりに

はじめに

1 刑法 39 条に関する判例・通説

刑法 39 条における「心神喪失」「心神耗弱」の意義について、大判昭和 6 年 12 月 3 日刑集 10 卷 682 頁(以下、「昭和 6 年判例」という。)は、「心神喪失」とは「精神ノ障礙ニ因リ事物ノ理非善惡ヲ辨識スルノ能力ナク又ハ此ノ辨識ニ從テ行動スル能力ナキ状態」をいい、「心神耗弱」とは「精神ノ障礙未タ上叙ノ能力ヲ缺如スル程度ニ達セサルモ其ノ能力著シク減退セル状態」をいうと判示する。

現在の通説的見解は、我が国における刑事責任についての伝統的な理解である規範的責任論に基づき、昭和 6 年判例の判示を以下のように解釈する。すなわち、刑罰の本質は非難であり、非難が成り立つためには、他行為可能性が備わっていることが不可欠の前提である。そのため、行為者に刑罰を科すには、最低限、当該行為がルールに反していたことを認識する可能性があったことと、認識できたときにそれに従って当該行為を思いとどまることができたことが必要である¹。前者に対応するものとして、「理非善惡ヲ辨識スルノ能力」、すなわち弁識能力が、後者に対応するものとして「此ノ辨識ニ從テ行動スル能力」、すなわち制御能力が要求され、弁識能力または制御能力が欠如した状態が心神喪失であり、弁識能力または制御能力が著しく減退した状態が心神耗弱である。

2 議論状況

弁識能力と制御能力によって責任能力を捉える見解は、説明の明快さや刑事責任に関する一般的な理解との整合性を兼ね備えており²、長く通説的見解の地位を占めてきたが、他方で、制御能力の認定困難性や理論的根拠の不十分性を指摘して通説的見解の枠組みを再検討する試みも、かねてから存在していた。

墨谷葵は、「是非の弁別に従って行動する能力」が経験科学の及びえない自由意思の間

¹ 安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』(弘文堂、2006年)、75頁。安田拓人「責任能力」法教500号77頁以下(2022)、77頁。

² 橋爪隆「裁判員裁判と刑法解釈」曹時73巻11号2089頁以下(2021)、2130頁。

題を取り込む点、及び「是非の弁別に従って行動する能力」を文字通り適用すれば刑法が社会規範としての機能を十分発揮できなくなるおそれがある点を指摘して、早い時期から「是非の弁別に従って行動する能力」を責任能力の基準に盛り込むことに反対した³。しかし、制御能力を不要とする理論的根拠を社会規範としての刑法の機能に求める墨谷の制御能力不要論は、責任主義と相容れないものとして強い批判を浴び⁴、支持を集めるに至らなかった。

近年、「弁識能力」という語を用いるかどうかはともかく、実質化した弁識能力を問う枠組みを提示する形で通説的見解の枠組みの再検討が試みられている。このような見解の中には、①弁識能力を実質化しつつ制御能力を存置する見解(後述する橋爪隆の見解)のみならず、②実質化した弁識能力に一元化する枠組みを提示する見解(後述する竹川俊也の見解)や、③弁識能力・制御能力という概念にとらわれない全く異なる枠組みを提示する見解(後述する樋口亮介、佐野文彦、清野憲一の見解)も含まれる。②③の見解(以下、これらの見解をまとめて「最近の制御能力不要論」という。)が有力に唱えられたことにより、再び、制御能力の存置をめぐる議論が活発化している。

責任能力をめぐる議論は、刑罰論や責任論といった刑法上の議論、自由意思の存否をめぐる哲学上の議論、精神障害をめぐる精神医学上の議論、刑事政策上の価値判断をめぐる議論とが連動し、論者間の対立点を絞ることが困難であるという性質を帯びている。このような議論と一定の距離を保ち、通説的見解と実務との間のギャップに対する問題意識から、よりの確に実務を捕捉する枠組みの理論的構成が試みられているのが、最近の議論の特徴である。

3 本稿の目的

本稿の目的は、このような議論状況を受け、仮に制御能力要件を撤廃するとした場合に実務上いかなる課題があるかについての問題提起を行う点にある。

本稿における分析の手法は、以下の通りである。すなわち、まず、①②③の学説の内容を整理し、これらの学説が提示する枠組みが、「弁識能力」という語を用いるかどうかはともかく、実質化した弁識能力を問う点で共通していることを確認する。次に、制御能力単体を問題とした最近の裁判例を分析する⁵ことを通じて、仮に制御能力要件を撤廃するとした場合に実務上生じる課題について、具体的事案に立脚した問題提起を試みる。

³ 墨谷葵『責任能力基準の研究—英米刑法を中心として』(慶応通信、1980年)、224-225頁。

⁴ 例えば、安田拓人「制御能力について」金沢40巻2号101頁以下(1998)、103頁。

⁵ 竹川俊也『刑事責任能力論』(成文堂、2018年)、281頁において、竹川は、責任能力が争われた裁判例において、制御能力要件のみに落とし込まれた少数の事例の存在をもって、同要件が裁判実務で活用されているとの評価を下すことはできない、とする。竹川の指摘はその通りであるが、竹川の見解を含む最近の制御能力不要論が通説的見解と実務との間のギャップに対する問題意識を出発点としている以上、制御能力単体を問題とした裁判例の存在を看過することはできず、このような裁判例を分析することには一定の意義があると考えられる。

I 議論の背景

1 判例・裁判例における責任能力判断の手法

(1) 最判平成 20 年 4 月 25 日刑集 62 卷 5 号 1559 頁を例に

最判平成 20 年 4 月 25 日刑集 62 卷 5 号 1559 頁(以下、「平成 20 年判例」という。)の事案は、以下の通りである。すなわち、被告人は、犯行の約 7 年前から統合失調症を発症していたとみられ、犯行の約 1 年半前から人のイメージが頭にでてきてそれがものをいうという幻視・幻聴や、頭の中で考えていることを他人に知られていると感じるなどの症状に見舞われていた。その中でも、被告人が犯行の約 9 年前まで勤務していた塗装店の経営者(本件被害者。以下、「被害者」という。)が被告人をからかったり、「仕事で使ってやるから電話しろ。」などと話しかけてくる幻視・幻聴が頻繁に現れ、被告人がこれに応じて被害者に電話をして再就職を申し出ると、同人からそれを断られ、またそのすぐ後に電話しろという声が聞こえたことから電話をかけるということを繰り返すなどしたことがあり、被告人は、このような幻視・幻聴が続く中で被害者に憤りを覚えるようになった。犯行当日、被害者が被告人の頭の中に現れ、「仕事に來い。電話しろ。」と前記塗装店での仕事を誘う声が聞こえ、同塗装店に電話をかけてすぐ切るということを 2 回ほどしたが、被害者に対する腹立ちが収まらない被告人は、被害者を 2、3 発殴って脅し、自分を馬鹿にするのをやめさせようなどと考え、前記塗装店に赴いた。被告人が同塗装店の社長室に至ったところ、被告人を見た被害者がへらへら笑っているように見えたことから、被害者に対し、顔面を殴る、太もも付近を蹴るなどの暴行を加えた。被害者は、前記一連の暴行による外傷性くも膜下出血により死亡した。

裁判所は、最決昭和 59 年 7 月 3 日刑集 38 卷 8 号 2783 頁を引用して「被告人が犯行当時統合失調症に患っていたからといって、そのことだけで直ちに被告人が心神喪失の状態にあったとされるものではなく、その責任能力の有無・程度は、被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して判定すべきである」とした上で、①本件犯行当時、被告人は病的異常体験のただなかにあったものと認めるのが相当であること、②本件行為の動機の形成過程は、その契機が幻聴等である点を除けば了解が可能であると解する余地があるが、被告人は同種の幻聴等が頻繁に現れる中で訂正不可能又は極めて困難な妄想に導かれて動機を形成したのであるから、動機形成等が了解可能であると評価するのは相当ではないこと、③一般には正常な判断能力を備えていたことをうかがわせる事情も多いが、幻覚妄想の影響下で本件行為時前提事実の認識能力に問題があったことがうかがわれる被告人について、本件行為が犯罪であることを認識していたり、記憶を保ったりしていたことをもって「事理の弁識をなしうる能力を、実質を備えたものとして有していたと直ちに評価できるかは疑問である」こと、④被告人の本件前後の生活状況等も、被告人の統合失調症が慢性化した重篤な状態にあるとはいえないと評価する余地をうかがわせるが、少なくとも「二重見当識」によるとの説明を否定し得るようなものではないこと、を指摘して、「その行為当時、被告人が事物の理非善悪を弁識する能力又はこの弁識に従って行動する能力を全く欠いていたのではなく、心神耗弱にとどまっていたと認めることは困難

であるといわざるを得ない」とした。

(2) 検討

平成 20 年判例は、①-④の諸事情を総合的に考慮した上で、弁識能力または制御能力が欠如していたと結論付ける。このような判断手法は、平成 20 年判例に特有のものではない。すなわち、ほとんどの判例・裁判例に共通する傾向として、弁識能力と制御能力を区別してそれぞれの有無・程度を認定するという判断手法ではなく、両者を一体として把握してその有無・程度を認定するという判断手法がとられていることが指摘されている⁶。確かに、実際問題として、弁識能力と制御能力のうちいずれかが喪失・減退していれば心神喪失・心神耗弱の結論が導かれることになるから、両者を区別することの実益は乏しい。また、弁識能力と制御能力はいわば犯行に対するブレーキとして一体的に機能するから、これらを一体的に評価することは理論的にも十分に可能であるとされる⁷。

判例・裁判例が弁識能力と制御能力を一体的に評価していることは、直ちに判例・裁判例が弁識能力と制御能力によって責任能力を捉える通説的見解をとっていないことを意味せず、当然、この点をもって、判例・裁判例が制御能力を不要とする立場に立っているとみることはできない。もっとも、一部の論者は、この点から通説的見解と実務との間のギャップを読み取り、新たな枠組みの必要性を基礎づける一つの要素に位置付ける。

なお、実質化した弁識能力を問う枠組みを提示する論者の多くが、平成 20 年判例の「事理の弁識をなしうる能力を、実質を備えたものとして有していたと直ちに評価できるかは疑問である」との判示に注目する⁸。この点については、Ⅱにおいて適宜言及する。

2 一連の司法研究

(1) 一連の司法研究が提示する枠組み

裁判員裁判導入を受けて実施された一連の司法研究においては、弁識能力と制御能力という概念を直接的に用いない枠組みが提示されている。平成 19 年度司法研究『難解な法律概念と裁判員裁判』は、統合失調症の影響を理由として責任能力が争われる場合においては、端的に、「精神障害のためにその犯罪を犯したのか、もともとの人格に基づく判断によって犯したのか」という視点から検討するのが裁判員にとって理解しやすいとする⁹。また、平成 27 年度司法研究『裁判員裁判と裁判官一裁判員との実質的な協働の実現を目指して一』は、平成 19 年度司法研究の枠組みが、統合失調症が問題となり、かつ、「もともとの人格」

⁶ 山口厚ほか「現代刑事法研究会〔第 3 回〕責任能力」ジュリ 1391 号 89 頁以下(2009)、99 頁〔橋爪発言〕。大野洋=酒井孝之=清水拓二=長谷川英「責任能力判断の実践的検討(上)」判タ 1494 号 14 頁以下(2022)、15 頁。

⁷ 橋爪隆「責任能力の判断について」警論 70 卷 5 号 138 頁以下(2017)、144 頁。

⁸ もっとも、調査官解説は、平成 20 年判例が結論部分において「事物の理非善悪を弁識する能力又はこの弁識に従って行動する能力を全く欠いていたのではなく、心神耗弱にとどまっていたと認めることは困難であるといわざるを得ない」と判示するのみであり欠如する能力を特定していないことを理由に、平成 20 年判例が弁識能力と制御能力を明確に区別した上で検討すべきことを特に要請しているとまではいえないとしており、平成 20 年判例から弁識能力を実質化する方向性を読み取ることに否定的な立場をとっていると考えられる。前田巖「判解」最判解刑事篇平成 20 年度 346 頁以下、371 頁。

⁹ 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』(法曹会、2009)、36 頁。

の立証や認定ができる場合を想定したものであり、普遍的な枠組みではないことを確認した上で、統合失調症を念頭に置いた場合のより汎用的な判断対象の示し方として、「精神障害の影響のためにその罪を犯したのか、正常な精神作用によって犯したのか」という枠組みを提示する¹⁰。

(2) 検討

平成 19 年度司法研究は、上記の枠組みはあくまで裁判員に理解しやすい審理評議をする目的に出ており、裁判官としては、弁識能力及び制御能力の概念を念頭に置いておく必要があるとする¹¹。平成 27 年度司法研究は、知的障害やパーソナリティ障害、発達障害などの精神障害や複数の精神障害を併発している事案では、判断対象を明示することが難しく、判例の概念をそのまま用いざるを得ない場合が多いとする¹²。このような指摘からすれば、いずれの司法研究も、中間概念による判断対象の明示を試みたものに過ぎず、弁識能力と制御能力によって責任能力を捉える通説的見解を放棄する趣旨ではないと考えられる¹³。学説においても、一連の司法研究において提示された枠組みと通説的見解とを整合させる理論構成が試みられており、例えば、通説的見解の代表的論者である安田拓人は、平成 19 年度司法研究の枠組みがもともとの人格からかけ離れた犯行かという視座なのだとすれば、性格・人格異常が責任能力の低下をもたらしうる可能性が最初から排除されることになり、他行為可能性の減少が見落とされる可能性があるとして、『『もともとの人格』とは、『残された正常な精神機能』の意味で理解されるべきことになる』とする¹⁴。

他方で、最近の制御能力不要論の論者は、一連の司法研究が提示した枠組みを、通説的見解とは異なるものであると評価する。例えば、佐野は、安田の見解に顕れているような通説的見解の態度は、一連の司法研究に現れた実践的動向に応じて、「思いとどまることができるか」という基準を「正常な精神作用」によるかどうかという基準に書き換えているのではないかと疑義が生じると指摘する¹⁵。また、樋口は、平成 19 年度司法研究においてももともとの人格という視点が実務から提示されたのは、通説的見解が「適切な実務方針足りえないとの問題意識」があったからではないかと指摘した上で、安田の説明では反社会性人格障害者の責任非難を減少させるという我が国の法律判断として是認されていない帰結を導いてしまう点に、通説的見解の限界があるとする¹⁶。

¹⁰ 司法研修所編『裁判員裁判と裁判官—裁判員との実質的な協働の実現を目指して—』（法曹会、2019年）、97-98頁。

¹¹ 司法研修所・前掲注9、37頁。

¹² 司法研修所・前掲注10、99-100頁。

¹³ 橋爪は、昭和6年判例の定義が法令解釈の帰結であり、平成19年司法研究の枠組みは、これを具体的な事案に適用する際の視点の1つであると位置付ける。橋爪・前掲注2、2141頁。

¹⁴ 安田拓人「責任能力の具体的判断枠組みの理論的検討」刑法51巻2号263頁以下(2012)、269頁。安田・前掲注1「責任能力」、82頁。

¹⁵ 佐野文彦「刑事責任能力の判断について—原理・基準・適用(1)」法協137巻9号1551頁以下(2020)、1565頁。

¹⁶ 樋口亮介「責任非難の構造に基づく責任能力論」刑法58巻2号313頁以下(2019)、314-316頁。

II 実質化した弁識能力を問う見解

1 制御能力を存置する見解—橋爪

橋爪は、規範的責任論の立場からは、弁識能力は行為の違法性を認識する能力として理解されるのが一般的であるが、自己の行為の違法性を認識している統合失調症の行為者についても弁識能力の喪失・減退を認めるべき場合があることを指摘する。そして、「幻覚妄想の影響下で、被告人は、本件行為時、前提事実の認識能力にも問題があったことがうかがわれるのであり、被告人が、本件行為が犯罪であることも認識していたり、記憶を保っていたりしても、これをもって、事理の弁識をなし得る能力を、実質を備えたものとして有していたと直ちに評価できるかは疑問である」との平成 20 年判例の判示を参照し、「認知の歪みによって、違法な行為を行っているという認識が反対動機形成可能性の契機とならない場合」に、実質的に弁識能力を欠いていると評価することができるとする¹⁷。橋爪は、弁識能力の枠内において、単に違法性を認識する能力を問うにとどまらず、違法性の認識を反対動機形成可能性の契機とする能力をも問う点で、弁識能力を実質化しているといえる。

他方で、橋爪は、制御能力を不要とする樋口の見解を紹介しつつも、なお制御能力要件の撤廃に躊躇いをみせる。確かに、特殊な性癖や人格の偏りによって「衝動を抑えることができない」からといって刑事責任を否定することは妥当ではないが、重大な精神疾患や脳の気質異常によっておよそ犯罪衝動が制御できない場合は、同じ「衝動を抑えることができない」といってもその質や内容が大きく異なり、心神喪失・心神耗弱が認められる余地があるのではないか、というのである¹⁸。

2 実質化した弁識能力に一元化した枠組みを提示し、制御能力を不要とする見解—竹川

竹川は、伝統的に責任能力が問題とされてきた精神疾患である統合失調症に罹患した行為者であっても行為の違法性を認識していることが多いところ、行為の違法性を認識しつつ妄想の影響で当該行為に及ぶしかないと精神状態に陥り、当該行為に及んだ行為者に心神喪失を認めるべきだとした場合に、弁識能力を違法性の認識可能性とする通説的見解からは、行為の違法性を認識している当該行為者について弁識能力を否定する余地はなく、もっぱら制御能力が問題とされることになるが、歪んだ価値体系の中で一見理知的な判断を下した者に対して、「行為を思いとどまることができなかった」との評価を加えることには疑問の余地が生じる、と指摘し、通説的見解の枠組みの再検討の必要性を説く²⁰。

竹川によれば、ある者の弁識能力が認められるためには、違法性の認識を生事実レベルで有しうるのみでは足りず、それを反対動機形成の契機として用いることが求められる。

¹⁷ 橋爪・前掲注 2、2136-2137 頁。

¹⁸ 他方で、安田は、弁識能力の役割には、単なる違法性の認識のみならず違法・適法の弁別およびその判断による行為の方向付けまで含まれているとすれば、上記の判示も理解可能であるとしつつ、違法性の認識がどのような動機付け力をもたらしたかを制御能力の判断において間接的に考慮する処理の方がより自然であるとする。安田拓人「判批」刑ジャ 14 号 93 頁以下(2009)、98 頁。

¹⁹ 橋爪・前掲注 7、144-145 頁。

²⁰ 竹川・前掲注 5、89-91 頁。竹川俊也「責任能力の判断基準について」刑法 62 巻 2 号 207 頁以下(2023 年)、208-209 頁。

すなわち、弁識能力においては、違法性についての単なる事実に認識ではなく、自己の行為の違法性を認識することで通常人なら持ちうる〈インパクト〉を受けることができる者だと第三者が評価できるかが問題となる²¹。反対動機形成可能性を問題にする形で弁識能力を実質化する点において、竹川の見解は、橋爪の見解と同一の方向性を有している²²。

他方で、竹川は、橋爪と異なり、制御能力を存置することに疑問を呈す。他行為可能性原理を前提とする限り制御能力を不要とすることは原理的に不可能と考えられているところ、竹川は、理由への問いと応答という図式から責任を捉える法哲学の見解を参照して他行為可能性原理の相対化を試みる²³。そして、理由能力を軸とした責任判断枠組みの下では、「弁識能力と制御能力はその本質において重なり合う」ために、実体論レベルにおいて、実質化された弁識能力要件へと一元化される、と結論付ける²⁴。既述の通り、橋爪は、重大な精神疾患や脳の気質異常によっておよそ犯罪衝動が制御できない場合に着目して、制御能力要件の撤廃に躊躇いを見せているところ、竹川は、このような場合は刑罰の目的適合性といった責任とは別の理論枠組みによって解決されるべきであると考えれば、制御能力要件を撤廃しても問題は生じないとする²⁵。

3 弁識能力・制御能力という概念にとらわれない全く異なる枠組みを提示する見解—樋口・佐野・清野

(1) 樋口の見解

樋口は、平成 19 年度司法研究によって提示された枠組みと規範的責任論との関係が明らかではないこと、違法性の程度・質といった問題が意識されている平成 20 年判例の問題意識を規範的責任論に基礎を置く学説から説明することは困難であることを指摘した上で、「実務の定式に理論的に向き合うには、責任能力を責任非難と結びつける新たな思考枠組みを提示する必要がある」とする²⁶。

樋口は、アメリカの学説における理性基準の 2 つのバリエーション、すなわち、人間の相互理解・相互交流に基礎を置く学説と、刑法規範の意味を把握できることに基礎を置く学説を参照した上で²⁷、動機に妄想が影響した事案について実務が 2 つの観点を混在させていることを明らかにする²⁸。そして、アプローチとしての正当性や反社会性人格障害者を刑法による非難の対象から外せば刑法の機能不全を招くという価値判断を根拠に、刑法による非難の対象にする適性という観点を基礎にすべきとの自身の立場を明らかにした上で、量刑

²¹ 竹川・前掲注 5、152 頁。

²² 実際、竹川は、橋爪の見解について、「弁識能力の意味内容を豊富化することは自然なアプローチ」と評価し、このような方向性に異論がない旨明言している。竹川・前掲注 20、216 頁。

²³ 竹川・前掲注 5、140 頁。

²⁴ 竹川・前掲注 5、156-157 頁。

²⁵ 竹川・前掲注 20、217 頁。

²⁶ 樋口亮介「責任能力の理論的基礎と判断基準」論ジュリ 19 号 192 頁以下(2016)、192-193 頁。

²⁷ 樋口・前掲注 26、194-195 頁。

²⁸ 樋口・前掲注 26、195-196 頁。

理由における考慮要素から犯罪と刑罰の意義を読み解くことを試み²⁹、これを責任能力論に反映して、以下のような責任能力の内実を導く。すなわち、責任能力とは、犯罪意思を状況に応じて得失を衡量しながら形成し、適切な手段で遂行する能力、及び、犯罪の社会的・法的意味合いと犯罪への反作用として社会的・法的非難が生じることを理解し、考慮に入れて行動する能力の総体をいう³⁰。

このような樋口の見解に対して、現実からの乖離を根拠に責任能力の低減が認められてきた裁判例の多くが支持できないことになり、裁判例の判断の傾向が結論において概ね正当であるとすれば疑問が残る、といった批判³¹が向けられたことを受けて、樋口は、以下のような枠組みを提示する。すなわち、まず「犯行に至る過程において行為者自身の価値観がどの程度介在しているか、行為者の価値観といえるものがどの程度失われた状態で違法行為が行われたか」を判断し、行為者の価値観の一形態と認められない場合には責任能力を否定する³²。行為者の価値観の一形態と認められる場合であっても、「犯行が被害者に痛みを与え、第三者の憤激を招き、法的制裁という帰結を招くといった犯行の有する社会的意味合いについて、現実味を持って理解し、衡量に入れられる精神能力」を有していない場合には、責任能力を否定する³³。

犯行に至る過程に行行為者の価値観が介在しており、かつ、行為者が行為の社会的意味合いを理解し衡量する能力を有していることが意味するところと、行為者に反対動機形成可能性があることが意味するところは近いように思われる。言い換えれば、行為が行行為者の価値観の一形態であること、行為者が行為の社会的意味合いを理解し衡量する能力を有していることは、いずれも実質化された弁識に関わるものであるといえる。そうだとすれば、樋口の見解は、一見すると弁識能力や制御能力といった概念とは一線を画す枠組みを提示しているものの、弁識能力を実質化する点において橋爪や竹川の見解と同一の方向性を有し、他行為可能性原理と距離を置き³⁴制御能力を問わない点で竹川の見解と同一の方向性を有する見解と位置付けることができるだろう。樋口は、制御能力を不要とする一方で、法益と規範を尊重できる精神の持ち主でも犯行の回避が困難な事情があれば、非難の度合いの減免を認める規範的な期待可能性の視点も、責任能力に影響を与えうる、とする³⁵。橋爪が制御能力によって捕捉される余地のある領域として掲げる、重大な精神疾患や脳の気質異

²⁹ もっとも、確かに、責任能力判断も量刑判断も責任非難を問題にしているが、責任非難が可能かどうかの分水嶺ともなる責任能力判断と、責任非難が可能であることを前提にその程度を問題とし、政策的考慮も働く量刑判断とは、やはり性質が異なると考えられ、量刑理由からダイレクトに責任能力の内実を導くことはできないように思われる。

³⁰ 樋口・前掲注 26、196-198 頁。

³¹ 竹川・前掲注 5、283 頁。

³² 樋口・前掲注 16、318-319 頁。

³³ 樋口・前掲注 16、319-320 頁。

³⁴ 樋口・前掲注 16、316 頁において、樋口は、他行為可能性に責任能力の原理的基礎を求める従来の学説の限界を指摘する。

³⁵ 樋口・前掲注 16、320 頁。

³⁶ これをもって通説的見解でいう制御能力を問題としているとの指摘もある。安田・前掲注 1「責任能力」、79 頁。

常によっておよそ犯罪衝動が制御できない場合も、これによって説明されることになるだろう。

(2) 佐野の見解

佐野は、通説の議論枠組みにおいては「犯行を思いとどまることができる」か否かが決定的な判断基準とされている一方、実務の議論枠組みにおいては犯行に対する「精神障害の影響」「正常な精神作用」の影響の程度が決定的な枠組みとされていることを指摘し、両者の関係についての有力な理解、すなわち、あたかも両者が同一の判断内容を示すものであるかのような折衷的態度の対象とする見方には、原理・基準・適用の一貫性に問題があるとする³⁷。そして、前者に対応する理解として、端的に〈自由意思〉として責任能力を把握する理解、後者に対応する理解として、正常な精神状態・通常の意味決定として責任能力を把握する理解を見出す³⁸。その上で、前者の理解については事実的自由意思を基準としない期待可能性判断へと修正し、反応性うつ病等における責任非難の減退を説明する議論として承認するとともに、後者の理解については、行為者の精神状態について責任非難という法的観点から了解の範囲を超えるものをどれほど有しているのかを問題にする「精神状態の法的了解」との原理・基準を据えることで、とりわけ統合失調症等における責任非難の減退を説明する議論として承認し、これらを責任非難の枠内において併置する見解を示す³⁹。

佐野は、知的側面における異常について、必ずしも行為の違法性を認識する能力には限られない認知の異常を捕捉すべきであるという点について、竹川の見解に賛同する⁴⁰。また、実際、違法性の認識を反対動機形成可能性の契機とすることができない行為者については、その行為時の精神状態について法的了解を超えるとの評価をすることができるように思われる。そうだとすれば、「精神状態の法的了解」との原理・基準は、実質化した弁識能力をも問う枠組みであるといえよう。もっとも、佐野は、やはり意的異常を考慮して責任非難の減退を認めるべき場面があることを認めており⁴¹、また、問題となる精神障害の性質に応じて、「精神状態の法的了解」とは異なる原理から責任非難の減退を認めることが適切である場合があることを認める⁴²。佐野の見解においては、「精神状態の法的了解」との原理・基準内部において、あるいは、その他の原理・基準において、通説的見解という制御能力を問題とする余地が残されているように思われる。

(3) 清野の見解

清野は、責任能力制度は人間の普遍的な情念や社会常識から生まれたものであるとし、その内実を、「行為者が犯罪の決意をしたのは病気のせいであって本人のせいではない。そのような意思決定を非難するのは行為者に酷であり、国は非難を差し控えるべきである。」

³⁷ 佐野文彦「刑事責任能力の判断について—原理・基準・適用(6)」法協 138 卷 10 号 1976 頁以下(2021)、1977-1980 頁。

³⁸ 佐野・前掲注 37、1983 頁。

³⁹ 佐野・前掲注 37、2068-2069 頁。

⁴⁰ 佐野・前掲注 37、2026 頁。

⁴¹ 佐野・前掲注 37、2026-2027 頁。

⁴² 佐野・前掲注 37、2063-2065 頁。

という発想であるとするのが社会常識に最も合致するとし、責任能力制度の基盤を維持するためには、健全な社会常識に合致する常識的な結論を導くことが重要であると説く⁴³。その上で、あるべき責任能力判断の枠組みとして、「犯罪の意思形成から実行に至る心の動きは通常の心理学的過程として理解・説明することができるか」を検討し、そこに通常の心理学的過程としては理解・説明することのできない精神症状(精神障害の症状)が介在していると認められる場合には、それが犯罪の意思形成から実行に至る心の動きにどのような影響を(影響の中身)、どのように与えているか(影響の作用)に関する事実を認定した上、「本件犯罪を決意したのは病気(通常の心理学的過程としては理解できない精神症状)のせいであって行為者のせいでないと言えるか。平均人を標準として行為者の意思決定を非難することは酷でありこれを控えるべきであると言えるか」を判断する、という枠組みを提示する⁴⁴。

清野の枠組みによって、違法性の認識を反対動機形成可能性の契機とすることができない行為者について、犯罪の意思形成から実行に至る心の動きは通常の心理学的過程として理解・説明することができないと評価し、完全責任能力を否定することは可能であろう。その意味で、清野の見解を、実質化した弁識能力を問うことができる枠組みと整理することは可能であると思われる。

もっとも、清野の見解には、少なくとも以下二点の重大な問題がある。第一に、清野の枠組みは、社会常識と結論の正当性をダイレクトに結び付ける点で、実務の判断を後付的に正当化する構成に過ぎないとの感が否めず、理論構成として不十分である。第二に、清野の枠組みの最終段階における「平均人を標準として行為者の意思決定を非難することは酷でありこれを控えるべきであると言えるか」という判断は、判断者によって結論が異なる可能性が大きいと考えられ、清野の枠組みが統一的な結論を導く基準として機能するかどうかは疑問である。そのため、清野の見解は実務側の問題意識を把握する限りにおいて参照することとし、Ⅲの検討対象から除外することとする。

4 小括

以上の検討により、最近の制御能力不要論において提示される枠組みには、実質化した弁識能力を問う方向性が共通して含まれることが確認された。通説的見解の論者も、このような方向性を完全に否定するものではなく、このような方向性によって捕捉できる領域において、両者の対立は深刻なものではない。

問題は、裁判実務上、制御能力を否定することで心神喪失・心神耗弱の結論を導いている事案である。最近の制御能力不要論は、通説的見解と実務との間のギャップに対する問題意識を出発点としており、実務の結論の変更を意図するものではないと考えられることからすれば、これらの事例が最近の制御能力不要論の立場からどのように評価できるのかを

⁴³ 清野憲一「責任能力判断の責任論的、心理学的基礎と実践【第1回】」判時2494号120頁以下(2021)、124-125頁。

⁴⁴ 清野憲一「責任能力判断の責任論的、心理学的基礎と実践【第2回】」判時2495号105頁以下(2021)、107頁。

検討する必要がある。

Ⅲ 制御能力を単体で問題とした裁判例の分析

ここでは、制御能力を否定することで心神喪失・心神耗弱の結論を導いた 5 つの裁判例について分析を加える。弁識能力を実質化する見解は、現時点で一つの立場にすぎないため、制御能力を否定することで心神喪失・心神耗弱の結論を導いた裁判例の中には弁識能力を実質化する方向性によって捕捉可能な事案も含まれる。そこで、分析にあたってはまず、当該事案が弁識能力を実質化する方向性によって捕捉可能かどうかを検討し、捕捉不能な事案を、通説の見解と制御能力不要論との真の対立点の析出の手がかりとなる裁判例と位置付けることとした。

1 実質化した弁識能力を問う方向性によって捕捉可能な裁判例①—東京高判平成 31 年 4 月 24 日判例時報 2486 号 95 頁

(1) 事案及び判旨

東京高判平成 31 年 4 月 24 日判例時報 2486 号 95 頁の事案は、以下の通りである。すなわち、かつて覚せい剤を使用したことにより覚せい剤精神病に罹患し、自分の頭の中に年配の男性がいるとの妄想や、同男性から自殺や殺人を命ぜられる幻聴を生じ、入退院を繰り返していた被告人が、犯行当日、同男性から「人を殺せ。」と命ぜられる妄想・幻聴を何度も体験したことで、隣室に家事手伝いに来ていた被害者を殺害しようと決意し、ペティナイフで被害者の左前胸部と前頸部を突き刺すなどして殺害した。

原判決である東京地立川支判平成 30 年 9 月 13 日判例時報 2486 号 100 頁は、①毛染ガウンを着用する、②ビニール手袋を着用する、③靴の上からビニール袋を履く、といった犯行発覚防止行為は「自己の保身のために行った行動で、いずれもそれなりに合理的なものであった」とした上で、「覚せい剤精神病が本件犯行に及ぼした影響は圧倒的なものとまではいえず、被告人には、被害者の殺害が違法であることが分かっていたことはもとより、自分の行動を制御する能力についても、一定程度残っていたものと認められる」とし、弁識能力の喪失・減退を認めず、制御能力の減退を認定して心神耗弱の結論を導いた。

これに対し、本判決は、まず、幻聴の被告人等に対する支配力等の事情を考慮して、「被告人の精神障害の本件犯行への影響の程度は原判決の評価にとどまらず極めて強いものであったと認められる」とする。次に、制御能力について、一般論として「刑事責任能力の判断基準としての行動制御能力の本質は、自らが行おうとする行為（犯行）が悪であることが判断できている場合に、その行為を行わないでいることができる能力であって、犯行ないしその準備行為を行うに当たって合理的に行動を制御する能力ではない」こと、「犯行やその準備行為の行動の合理性を、行動制御能力や善悪の判断能力を判断するに当たって考慮要素とすることができるのは当然であるが、行動制御能力の判断においては、前記本質を踏ま

えつつ判断の一要素にとどめる必要がある」ことを指摘した上で⁴⁵、上記犯行発覚防止行為によって被告人は犯行に支障が生じ得るような身なりになっており、「原判決の犯行発覚防止行為が合理的であり、それを被告人が的確に行うことができたとする評価は、一面的なものであり、原判決は、その合理性等の程度についても過大に評価しているといわざるを得ない」とする。最後に、本件犯行前後の判断、行動の殺人犯人としての不合理性、不可解性を指摘した上で、「本件は、被告人に、妄想・幻聴以外に犯行の原因が全くない事案であるところ、原判決は、論理則、経験則等に反して、被告人の精神障害の本件犯行への影響の強さについては過少に評価し、行動制御能力については、犯行発覚防止行為を二重の意味で過大に評価しているといわざるを得ず、…被告人の精神障害が本件犯行に及ぼした影響が圧倒的なもので、被告人が、本件犯行当時、行動制御能力が失われ、心神喪失であったことの合理的疑いは残るといふべきである」とし、制御能力の喪失を認定して心神喪失の結論を導いた。

(2) 検討

裁判所は、犯行発覚防止行為に対する原判決の評価は妥当でないとする一方、犯行発覚防止措置の存在自体は否定していない。そして、犯行発覚防止行為をとることは、犯行が発覚すると不都合であるとの被告人の認識の現れといえる。このことから、被告人が犯行の違法性をも認識していたといえると判断し、弁識能力を違法性の認識可能性とする通説的見解に従って弁識能力の喪失・減退は認められないと判断したと考えられる。その結果、本件は制御能力が問題となる事案として位置付けられたのだろう。

もっとも、本件は、実質化した弁識能力を問う方向性によって捕捉可能な事案であると考えられる。被告人は、被告人に対し元々非常に強い支配力を持っていた幻聴と同じ声の幻聴により、直接的に犯行を命じる強く執拗な幻聴に見舞われ、これが唯一の原因となって本件犯行に及んでおり、本件犯行時、認知の歪みによって違法性の認識が反対動機可能性の契機とならない状態にあったものと評価できる。このような被告人については、「実質的に弁識能力を欠いている」(橋爪)、「自己の行為の違法性を認識することで通常人なら持ちうる〈インパクト〉を受けることができない」(竹川)、「本件犯行は被告人の価値観の一形態といえない」(樋口)、あるいは「精神状態の法的了解を超える」(佐野)との評価を加えることが十分に可能だろう。

⁴⁵ 制御能力の認定困難性は古くから指摘されてきた問題であり、犯行発覚防止行為等の存在に着目することでこの問題の克服が試みられている。例えば、通説的見解の論者である安田は、安田拓人「責任能力の意義」法教 430 号 14 頁以下(2016)、18 頁において、「当該犯行の遂行過程で、正常な犯罪実現を確実にするための様々な思慮が見られる場合、それは抵抗を受けずに遂行しようとする意思、発覚を避けようとする意思の表れとも理解可能である。それはとりもなおさず、利害得失の合理的判断がなされていること、裏返せば、不合理なら実行を控えるとの判断を含意しているのであり、法的規範的判断としての制御能力の判断として十分に意味をもつと評価されてよいであろう。」とする。確かに、このような評価をすることで制御能力の認定が容易になる場合も多いだろう。しかし、犯行に及ぶかどうかの判断とどのような態様で犯行を行うかどうかの判断は厳密には別次元であり、例えば、前者の判断に妄想等が強く影響している事案について、犯行発覚防止行為の存在を安田のように評価する際には慎重な検討を有する。本件の判示は、この点を注意的に指摘したものと見える。

2 実質化した弁識能力を問う方向性によって捕捉可能な裁判例②—東京地立川支判平成27年4月14日判例時報2283号142頁

(1) 事案及び判示

東京地立川支判平成27年4月14日判例時報2283号142頁は、被告人が、家電量販店において、ヘッドホン等を窃取した事案である。鑑定において、「被告人は、本件行為当時、NCSEによる意識障害の状態（分別もうろう状態）にあった可能性が高く、「分別もうろう状態では、…自分では制御できない脳の活動の状態にあるから、本件行為時の被告人は、いわば夢の中で行動しているような状況で、物事の善悪につき理解していた部分はあると思うが、葛藤や欲求を抑制していた理性がはずれ、善悪の判断に従って行動を制御する能力を失っていたと考えられる」とされた。

裁判所は、かかる鑑定の信用性を認めた上で、「周囲に不特定多数の客や店員がおり、反対動機を形成し、それに従って犯行を思いとどまる機会がいくらでもあった上、現に、被告人が他の客の存在に反応しており、明らかに被告人の行動を不審がる客もいたことからすれば、ある程度の行動制御能力を有していれば途中で犯行を思いとどまってしかるべきといえ」る「にもかかわらず、本件行為を成し遂げている」という点を指摘して、「被告人は、本件行為当時、事理弁識能力はある程度備わっていたと評価できなくもないが、少なくとも行動制御能力はないに等しい状態であったとの合理的な疑いが払拭できない」とし、制御能力の喪失を認定して心神喪失の結論を導いた。

(2) 検討

裁判所は「被告人が…他の客の様子を気にしたり、客が近付いてくるとクリアケースをこじ開けようとする動作を中断したりする状況が認められることから、被告人に違法性の認識が一定程度あったことは否定できない」としており、この点をもって弁識能力を有していたと判断する余地があると判断したのではないだろうか。その結果、本件は制御能力が問題となる事案として位置付けられたのだろう。

本件も、実質化した弁識能力を問う方向性によって捕捉可能な事案であると考えられる。本件は、被告人の判断が妄想や幻聴の影響を強く受けていた先の裁判例と異なり、意識障害によりそもそも被告人の判断が介在する余地がほとんどなかった事案であり、この意味で認知の「歪み」があったとの評価が当てはまらないようにも思える。しかし、このような場合であっても、違法な行為であるとの認識を反対動機形成可能性の契機とすることができないことには変わりはないと考えられるから、弁識能力の「実質」を欠いているとの評価が可能であるように思われる。

3 検討を要する裁判例①—那覇地判令和4年2月24日判例時報2567号90頁

(1) 事案及び判示

那覇地判令和4年2月24日判例時報2567号90頁の事案は以下のとおりである。すなわち、本件各殺害行為時、被告人には、自閉スペクトラム症特性及び抑うつ障害があった被告人は、犯行前日、誤って卵を床に落とした際に僕は駄目なんだといった自らを卑下する

発言をするなどした長男の姿に、したいことが上手くできない自分自身の姿を重ね合わせて、長男も被告人と同じように自分を責めて苦しんだら嫌だと思い、子らと3人で楽な世界に行きたい、すなわち無理心中をしたいという衝動に駆られた。犯行当日、被告人は、まず解熱鎮痛剤入りの団子を用いて長男の殺害を試みたが殺害するに至らず、頸部をベルトで絞め付けることにより長男を殺害し、さらに頸部を洗濯ロープで絞め付けることにより次男を殺害した。

裁判所は、本件の残忍な犯行態様が犯罪歴や粗暴性がなく愛情をもって子らを養育していた被告人の平素の人格と大きく乖離していることから行動制御能力を失っていたことが強くうかがわれ、また、致死性が高いとは考えにくい解熱鎮痛剤を無理心中の手段として選択したのは支離滅裂というほかなく、これによる無理心中未遂から残忍な所業までの事件の流れを大局的に見れば行動制御能力を失っていた疑いが強いとする。その上で、「動機形成過程に一定程度、抑うつ障害の影響がみられるところ、致死性が高いとは考え難い解熱鎮痛剤による無理心中未遂から子らに対する残忍な所業までを大局的にみたととき、本件各殺害行為時、抑うつ障害による病的な衝動性の亢進により、行動制御能力が失われていたことが強く疑われ…、心神喪失の状態にあったとの合理的な疑いが残る」とし、制御能力の喪失を認定して心神喪失の結論を導いた。

(2) 検討

裁判所は弁識能力について特に判示していないが、被告人の自閉スペクトラム症特性及び抑うつ障害の症状は、被告人が本件犯行の違法性を認識する妨げとなるものではなく、被告人は本件犯行が違法であることを認識しており、したがって弁識能力を有しているとの判断が前提となっているように思われる。その結果、本件は制御能力が問題となる事案として位置付けられたのだろう。

橋爪の見解から、抑うつ障害による病状の悪化により被告人にとって違法な行為を行っているとの認識が反対動機形成可能性の契機とならなかったなどと説明することにより、実質化した弁識能力を問う方向性によって本件を捕捉することは、一応可能であると思われる。しかし、現実的基盤を有しない妄想・幻覚等の症状のない被告人について、「違法な行為を行っているとの認識が反対動機形成可能性の契機とならなかった」との評価を加えることができるかどうかは明らかではない。判示において「病的な衝動性」が強調されていることからすれば、本件を制御能力に残された領域に位置付けることも十分にあり得るだろう。

樋口・竹川・佐野の見解から、本件は期待可能性の見地から免責された事案と整理される可能性があるが⁴⁶、現状、期待可能性による免責・減輕の理論構成や基準について検討が尽くされているとはいえず、各論者の応答が待たれる。

⁴⁶ 竹川・前掲注 20、222 頁。佐野・前掲注 37、2064 頁。

4 検討を要する裁判例②—大阪高判令和2年1月27日判例時報2515号77頁

(1) 事案及び判示

大阪高判令和2年1月27日判例時報2515号77頁の事案は、以下のとおりである。すなわち、父方祖父が自殺した犯行の約9年前頃から、「精神工学戦争」なるものが行われているとの思想を前提に、自分や自分の家族はその被害者であり、被告人の自宅の近隣住人のA一家やB一家は自分たちを攻撃する職員であるとの妄想を抱いていた被告人は、被害者一家らを殺害しようと企て、まず、Aの妻及びAに対し、それぞれ殺意をもって、いずれもその左前胸部等をサバイバルナイフで多数回突き刺すなどして殺害し、次に、Bの母、B及びBの妻に対し、それぞれ殺意をもって、その左背部、胸部、左側胸部等を前記サバイバルナイフで多数回突き刺すなどして殺害した。

原判決である神戸地判平成29年3月22日判例時報2515号90頁は、概ね原審鑑定人の鑑定の結果に従い、「犯行時、被告人は、リタリンの使用に起因する薬剤性精神病に罹患しており、犯行動機は、同病による妄想の影響があった」とする一方で、「被害者一家らの殺害を決意し、実行した被告人の意思決定と行動の過程には、病気の症状は大きな影響を与えていなかった」とし、完全責任能力の結論を導いた。

これに対し、本判決は、「犯行時、被告人は、操作的診断基準によれば妄想性障害（伝統的精神医学ではパラノイア）に罹患しており、犯行時は病状が悪化し、長年かけて体系化した被害関係妄想、妄想知覚、被影響妄想、解釈妄想、妄想追想などが非常に活発な状態だった」とする当審鑑定と原審鑑定とを比較検討した上、当審鑑定の信用性を認めこれに依拠する。そして、弁識能力について、被告人が犯行前に「親族を殺害され復讐で加害者を殺した場合の懲役は何年ですか？」といった質問と回答が示されたサイトを閲覧し、犯行後に警察官に対し弁護士を呼べといった趣旨の発言をしていることから、「被告人が、本件犯行を違法なものと認識していたのは明らかであり」、「その意味では、事理弁識能力は、少なくとも最低限保たれていたといえる」とする。他方、制御能力について、「被告人は、たとえ処罰を受けることになっても、妄想性障害に基づく妄想の強い影響を受けていたために、自己の復讐を果たすとともに、精神工学戦争の実在を明るみに出したいとの動機に基づき、そのような行為に出ることが正しいことであると認識して、規範障害を乗り越え、本件に及んだと認めるのが相当であり」、「制御能力…は、妄想のために著しく減退していた」ものの、「被告人が、妄想の影響によって、直接的に行為を支配された結果本件犯行に及んだという疑いはなく、制御能力は、被告人の犯行時の精神障害の状態を基準に考えてもなお、完全には失われていなかったと評価すべきである」として、心神耗弱の結論を導いた。

なお、最決令和3年1月20日LEX/DB25590042において、本判決に対する上告は棄却されている。

(2) 検討

確かに、被告人は違法な殺害行為を行っていることを認識しているが、妄想の強い影響によって当該行為が復讐や告発のために正しい行為であると認識しており、反対動機形成可能性の契機とすることが著しく困難であった、と説明することにより、弁識能力を実質化

する方向性によって本件を捕捉できるとも思える。しかし、本件犯行に及ぶしかないと考えられるような切迫した事情があればともかく、単に「正しい行為」という程度の認識によって反対動機形成可能性の契機とすることができないと評価することは、確信犯について完全責任能力を否定する帰結を導きかねず、躊躇われる。切迫した事情の不存在ゆえに心神耗弱のとどめたとの説明も一応可能であるが、弁識能力を実質化する見解内部で心神喪失と心神耗弱の区別基準について十分な議論が尽くされているとはいえない現状においては、なお慎重な検討を要する。

既に検討した裁判例において弁識能力を実質化する方向性によって捕捉可能との結論を導くことができたのは、行為者が他の選択肢を適切に思考することができなかったと評価できることによるものと思われる。これに対し、本件の被告人は、妄想でしか説明がつかない動機によって本件犯行に及んでいるものの、刑事責任を考慮に入れつつ犯行意思を形成するに至っており、他の選択肢を適切に思考することが困難であったと評価できないようにも思われる。このような場合を、弁識能力を実質化する方向性によって捕捉することができるのかは、なお議論の余地がある⁴⁷。

5 検討を要する裁判例③—仙台地判令和3年10月20日判例秘書 L07651336

(1) 事案及び判示

仙台地判令和3年10月20日判例秘書 L07651336 の事案は以下のとおりである。本件は、本件犯行時、広汎性発達障害特定不能（以下、単に「広汎性発達障害」という。）の状態、及び、睡眠薬を大量に服用したことでベンゾジアゼピン系薬物の急性中毒（物質使用障害。以下「薬物中毒」という。）に伴う脱抑制状態（自分の行動を通常であれば抑制できるのに、それが困難な状態）にあった被告人は、同居する実妹との口喧嘩の末、同人の頸部を出刃包丁で突き刺すなどしたが、頸部切創の傷害を負わせたにとどまり、同人を死亡させるに至らなかった。

裁判所はまず、弁識能力について、「被告人は、本件犯行が警察官に謝罪するに値する悪いことだと認識していたと認められる」ことから、被告人は「行為の善悪を分ける能力」を備えていたとする。次に、制御能力について、動機が薄弱であること及び被告人の従前の被害者への暴行や自傷行為と本件犯行とは質的に異なることを指摘して、「広汎性発達障害の影響と薬物中毒の影響とが複合的に作用して本件犯行という特異な行動に与えた影響は大きかった」として、「被告人は、本件犯行時、広汎性発達障害及び薬物中毒の影響で、自分の行動を抑制する能力が著しく減退していた」とする。

(2) 検討

本件では、被告人に現実的基盤を有しない妄想幻覚等の症状はない。また、裁判所が、被告人が「警察官に謝罪するに値する悪いことだと認識していた」ことから弁識能力の存在を導いていることからすれば、被告人は本件犯行が違法な行為であるとの認識を有してい

⁴⁷ もっとも、本件のような事案を消極的に制御能力の問題に位置付けるべきでないことは言うまでもない。

たことがうかがわれ、それにもかかわらず、本件犯行が正しいと認識していたとか、本件犯行に及ぶ以外の選択肢があり得ないという精神状態に陥っていたというような事情はないように思われる。そうだとすれば、弁識能力を実質化する方向性によって本件を捕捉することは難しいと思われる。

本件は、橋爪のいう「重大な精神疾患によって犯罪衝動が抑制できない場合」にあたり、やはり通説的見解でいう制御能力を問題にせざるを得ないのではないか。竹川・樋口・佐野の見解からは期待可能性の見地からの減軽が認められ得るが、既述の通り、期待可能性による免責・減軽の理論構成や基準について検討が尽くされているとはいえ、各論者の応答が待たれる。

IV おわりに

通説的見解が規範的責任論に基づいて論理必然的に制御能力を要求するため、これを不要とする見解は、通説的見解と真っ向から対立するような印象を受ける。しかし、最近の制御能力不要論に共通する方向性として実質化した弁識能力を問う方向性を見出すことができるところ、通説的見解の論者の中にもこのような方向性を受容する向きがあり、このような方向性によって捕捉可能な事案について、両者の対立は深刻なものではない。

裁判例の分析を通じて、制御能力要件を問題にした裁判例の一部は、弁識能力を実質化する方向性によって捕捉し、弁識能力の枠内で検討することが可能であることが分かったが、依然として通説的見解でいう制御能力を問題にせざるを得ない裁判例も残る結果となった。最近の制御能力不要論の論者は、期待可能性の見地からこのような裁判例を説明する可能性があるが、現状、期待可能性の見地からの免責・減軽についてはあり得る可能性として提示されるにとどまっており、この点に焦点をあてた議論はなされていない。しかし、このような領域においてこそ通説的見解と最近の制御能力不要論とが深刻に対立するのであり、期待可能性の見地からの免責・減軽の理論構成や基準をめぐる議論を経ずして制御能力要件を撤廃することは早計といわざるを得ない。

—謝辞

本稿の執筆に至るまで、本庄武教授より多くのご指導・ご助言を賜り、本稿の執筆にあたっては多くの的確かつ有益なご指摘をいただきました。本稿が完成したのはひとえに本庄教授のおかげです。この場をお借りし、改めて心より感謝申し上げます。

判例における司法審査の外延と中核

2023年3月一橋大学法科大学院修了 山井聡也*

I	はじめに	89
II	学説上の司法審査の範囲	95
1.	大日本帝国憲法下における司法をめぐる論争	95
(1)	司法権の範囲をめぐる学説の一致	95
(2)	主観訴訟・客観訴訟峻別論の萌芽	96
(3)	戦前期における法令の違憲審査	99
(4)	小括	100
2.	日本国憲法下における司法をめぐる議論	100
(1)	英米型の司法観の確立	100
(2)	「法律上の争訟」の意義の確立	103
(3)	主観訴訟・客観訴訟峻別論と「法律上の争訟」	105
(4)	判例における「司法権」ないし「法律上の争訟」の意義の確立	106
(5)	違憲審査の性格をめぐる学説上の議論	107
(6)	小括	110
3.	通説形成後の問題提起	110
(1)	佐藤幸治の司法権論	111
(2)	事件性を拡張する見解(野坂泰司・野中俊彦)	113
(3)	同心円理論(中川丈久・宍戸常寿)	115
(4)	事件性を放棄する見解(高橋和之)	117
(5)	客観訴訟を非主観的訴訟と捉える見解(小早川光郎)	118
(6)	法的问题の観点から「法律上の争訟」を捉える見解(村上裕章)	119
(7)	小括	120
4.	判例の考察への架橋	122
III	主観訴訟における違憲審査の限界	122
1.	判例の考える日本国憲法における違憲審査の性格	123
(1)	最大判昭和23年7月8日刑集2巻8号801頁	123
(2)	警察予備隊違憲確認訴訟(最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁)	124
2.	立法不作為の国家賠償請求訴訟	125
(1)	在宅投票制度廃止訴訟(最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁)	126
(2)	在外邦人選挙権規定違憲訴訟(最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁)	130

* 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

本研究は、大学学部時代から現在まで奨学生として採用いただいている公益財団法人小原白梅育英基金のご支援により行うことができた。ここに記して感謝申し上げたい。

(3) 再婚禁止期間違憲訴訟（最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁）	131
(4) 小括	132
3. 実質的当事者訴訟における違法確認訴訟	133
(1) 在外邦人選挙権規定違憲訴訟（最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁、以下「平成 17 年最大判」という。）	133
(2) 在外邦人国民審査権違憲訴訟（最大判令和 4 年 5 月 25 日民集 76 卷 4 号 711 頁、以下「令和 4 年最大判」という。）	135
(3) 在外邦人選挙権違憲訴訟と在外邦人国民審査権違憲訴訟の比較	137
4. 主観訴訟における違憲審査の限界について	139
IV 客観訴訟における違憲審査の限界	140
1. 政教分離訴訟	141
2. 警察法改正無効訴訟（最大判昭和 37 年 3 月 7 日民集 16 卷 3 号 445 頁）	142
3. 小括	143
V 主観訴訟・客観訴訟の中間領域	144
1. 最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁（以下、「昭和 51 年最大判」という）	144
2. 最大判平成 11 年 11 月 10 日民集 53 卷 8 号 1577 頁、同号 1704 頁、同号 1441 頁（以下、「平成 11 年最大判」という。）	147
3. 最判平成 26 年 7 月 9 日判時 2241 号 20 頁（以下、「平成 26 年最判」という。）	149
4. 小括	151
VI 全体の考察	153
1. 伝統的通説と判例の考え方の相違	153
(1) 伝統的通説	153
(2) 判例の考え方	154
(3) 上記立論を支える理論（試論）	156
2. 各学説と判例との距離	157
VII おわりに	158

I はじめに

日本国憲法は、アメリカに倣った司法審査制を導入したといわれている。そして、この新憲法における違憲審査制の導入により、日本の司法審査が及ぶ範囲は変容し、司法の実質的意義についても大きな変容を伴うこととなった。1954 年に法學協會が述べているところによれば「この憲法は、アメリカ式の司法の優位を認める体制をとり、これに伴って、司法権は舊制度に比して、その範囲をひろめその地位を高められた。」¹

しかし、日本の裁判制度は、アメリカのそれと必ずしも一致しておらず、その発展については日本独自のものであったといえることができるだろう。奥平康弘は、「合衆国の憲法訴訟

¹ 法學協會編『註解日本國憲法 下巻』（有斐閣，1954 年）1124 頁。

は、アメリカ型を継承したといわれるものの日本の憲法訴訟のありようと随分違うものがあるといわねばならないのである」²と述べていた。日本国憲法がアメリカ型の司法観を前提に制定されたという経緯があるとしても、司法審査の範囲について、日本がアメリカ型であることは必ずしも説得的な理由とはならず、アメリカとの異同を考慮しつつも、日本内面的な視点が必要となることは言うまでもないだろう³。このことは、司法権の実質的意義という憲法学における論争についても同じことがいえるだろう。

一般的に、通説⁴は、清宮四郎による定式化を採用しているといえる⁵。清宮によると、「一般に、司法とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」⁶と定義される。そして、この定義を受けて、芦部信喜は、「司法権の概念の中核をなす『具体的な争訟』という要件は、具体的事件性（または事件性）の要件といわれることも多い。裁判所法三条の『一切の法律上の争訟』も同じ意味である」⁷と説明している。そして、「法律上の争訟」を主観訴訟と同義に解することで、「主観訴訟」＝「法律上の争訟」＝「司法権」という二重の等式（亙理格⁸）あるいは「司法権」＝「事件性」＝「主観訴訟」のトリアーデ（石川健治⁹）が完成する¹⁰。このようなトリアーデについては、私権保障型が強調されすぎ、憲法保障の面が後退しているということが指摘されてきた¹¹。

上記の通説的な定義に対して、佐藤幸治は、通説の司法権概念の背景には、英米流の司法権があることを前提に、合衆国憲法には「事件・争訟」について明文で規定されているが、日本国憲法には、「事件・争訟性」についての規定がないことを指摘する¹²。その上で、佐藤は、「通説は、……『民衆訴訟』・『機関訴訟』のいわゆる『客観訴訟』について、立法政策上の見地から設けられたものと解してこれを是認し、その合憲性に議論の余地のありうる

² 奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店，1995年）22頁。同様の指摘として、戸松秀典『司法審査制』（勁草書房，1989年）1-2頁。

³ 奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究41号（1979年）106頁において、訴訟法的観点からは、アメリカとは全く異なることが指摘されている。

⁴ 以下の通説について、多くの概説書が同様の指摘を行っている。例えば、辻村みよ子『憲法〔第7版〕』（日本評論社，2021年）426-427頁、渡辺康行＝宍戸常寿＝松本和彦＝工藤達朗『憲法Ⅱ 総論・統治』[渡辺康行]（日本評論社，2020年）300-302頁、新井誠＝曾我部真裕＝佐々木くみ＝横大道聡『憲法Ⅰ 総論・統治〔第2版〕』[曾我部真裕]（日本評論社，2021年）179-186頁、戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣，2008年）23-24頁。

⁵ 同様の指摘として、南野森「司法権の概念」『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣，2009年）170頁。

⁶ 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第三版〕』（有斐閣，1979年）335頁。

⁷ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第八版』（岩波書店，2023年）363頁。

⁸ 亙理格「『司法』と二元的訴訟目的観」法学教室325号（2007年）61頁。

⁹ 石川健治「トポスとしての権利侵害論——司法権の自己同一性論との関連で——」法学教室327号（2007年）49頁。以下では、通説的理解について、「トリアーデ」と呼ぶ。

¹⁰ 行政法学者の亙理が「主観訴訟」から等式を描き、「法律上の争訟」を経由するのに対し、憲法学者の石川が「司法権」から等式を描き、「事件性」を経由する点は、行政法学者と憲法学者の観点からそれぞれ反映されているように思われる。

¹¹ 芦部信喜「憲法訴訟の基本問題」同『人権と憲法訴訟』（有斐閣，1994年）120頁、宍戸常寿「司法のプラグマティック」法学教室322号（2007年）27-28頁参照。

¹² 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（有斐閣，1984年）3頁。

ことの言及がない」¹³点を問題視し、「かかる論法によるならば、いわゆる抽象的違憲審査制を法律で設けることも、立法政策の問題と化さないか」¹⁴と問題提起をしている。つまり、佐藤は、客観訴訟の延長線上に、抽象的違憲審査のような訴訟制度を設けることが立法政策の問題となることに憲法上問題はないか、という問題提起をしている。

この問題提起は、客観訴訟と主観訴訟の峻別論を前提に、法律により抽象的違憲審査を創設できるかを問題としている。つまり、この問題提起は、①抽象的違憲審査と付随的違憲審査の区別と、②主観訴訟・客観訴訟の峻別の2つを含意しているといえる。

この2つの問題は明確に区別されなければならない。抽象的違憲審査と客観訴訟は、両者ともに具体的権利の侵害がないという共通点があるものの、抽象的違憲審査は、裁判所が明確に我が国では採用していないことを明言している¹⁵が、客観訴訟は当然に裁判所が訴訟として認めており、違憲審査も行われている。別の言い方をすれば、客観訴訟は、付随的違憲審査制の一部として認められている点で、抽象的違憲審査とは一線を画す必要がある。客観訴訟の問題と、抽象的違憲審査の問題が異なる歴史的背景をもって登場していることから、このことは基礎づけられる。曾和俊文は、「留意すべきは『事件性』要件の働くべき局面として少なくとも以下の2つを区別することであろう」とする。曾和は、『司法権』の中核概念としての『事件性』要件であって、それを満たす紛争でありながら正当な理由なく『司法権』の対象とならない場合には『裁判を受ける権利』を侵害すると考えられるもの」と『司法権』発動の外延を画するための基準としての『事件性』要件」とを区別すべき¹⁶ことを主張している。この見解によると、前者は、司法権の中核と周辺を区別するものとして、後者は、司法権を発動できる領域とできない領域とを区別するものとして峻別されている。つまり、前者は主観訴訟と客観訴訟の峻別についての「事件性」であり、後者は、抽象的違憲審査と付随的違憲審査を区別する「事件性」である¹⁷といえる。

以上より、本稿では、①抽象的違憲審査と付随的違憲審査の問題、②主観訴訟・客観訴訟の峻別の問題の2つを扱う。①については、佐藤の問題提起と同じく、客観訴訟の延長線上に抽象的違憲審査のような訴訟が制度化され得るか否かを問題とする。より簡単に言い換えると、客観訴訟と抽象的違憲審査との区別である。これは、裏を返すと、客観訴訟が付随的違憲審査制に含まれていることから、客観訴訟が付随的違憲審査の一部を構成する理由は何か、さらに言い換えると、客観訴訟が主観訴訟とどのように同質性を持っているのかという問題につながる。つまり、①の問題は、i 客観訴訟と抽象的違憲審査との異質性(区別)、ii 客観訴訟と主観訴訟の同質性という2つの観点から考察することができる。ただ、ここで、このような問題提起自体が孕む重要な問題があることも指摘しておかなければならな

¹³ 佐藤・前掲注12) 4頁。

¹⁴ 佐藤・前掲注12) 4頁。

¹⁵ 警察予備隊違憲確認訴訟(最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁)等。

¹⁶ 曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト1219号(2002年)64頁。

¹⁷ 曾和・前掲注16) 64頁では、後者の「事件性」について、「裁判所の基本的性質をそこなわない範囲で、裁判所が行政の適法性保障のために積極的にその機能を発揮するために満たすべき要件」としていることから、本稿の通り言うことができる。

い。それは、主観訴訟が抽象的違憲審査と「隣接」している可能性があるのではないか、という点である。なお、ここで「隣接」というのは、2つの訴訟類型として許容される限界が接していることをいう。

ここでまず考える必要があるのは、主観訴訟とは何かという点である。行政事件訴訟法における区別を前提とすると、行政訴訟における主観訴訟とは、抗告訴訟（行政事件訴訟法3条）及び当事者訴訟（同法4条）を指す¹⁸ところ、抗告訴訟とは、「行政庁（行政機関）が行った公権力の行使にあたる《行為を対象とした訴訟》（行為訴訟）」であり、当事者訴訟とは、「法人格をもった主体（国や公共団体などの行政主体と私人）の間の権利義務などの《法律関係を対象とした訴訟》（権利訴訟）」¹⁹である。この類型に従って考えてみるに、行為訴訟として、「立法府による法律制定行為」が訴訟の審査対象となった場合、法律を直接審査している抽象的違憲審査と何が異なるのであろうか。同様に、権利訴訟として、法律上認められていないが憲法上導かれる地位について争う場合、法律の違憲審査を直接行うことにならないだろうか。抽象的違憲審査とは、「具体的な事件性を必要とせず、抽象的に法律の憲法適合性を審査すること」²⁰と呼ばれ、前者の「具体的な事件性」にばかり焦点が絞られていた。しかし、後者の「抽象的に法律の憲法適合性を審査すること」に焦点を当てると、立法府の法律制定行為を争う訴訟や憲法の権利を争う訴訟は、法律の違憲性を端的に審査する点で抽象的違憲審査と隣接しているといえる。このように、抽象的違憲審査を考えるにあたり、無意識に、客観訴訟が抽象的違憲審査の隣接領域であることを暗黙の前提としてきていたが、これは佐藤の問題提起に引きずられているものと思われる²¹。

そこで、本稿では、付随的違憲審査の限界を考えるにあたり、主観訴訟を取り上げる。佐藤の問題提起から窺えるように、主観訴訟と抽象的違憲審査について、客観訴訟を挟んで、両者は通常隣接しないと考えられているように見受けられる。しかし、前述の通り、主観訴訟の一部は、その延長線上に抽象的違憲審査を観念することができる。このような問題意識の下、ここでは主観訴訟と抽象的違憲審査が隣接し得る場合があることを示す。この考察により、従来の理解とは異なる見方を提示すると同時に、客観訴訟の限界についても一定の示唆を与えることができるだろう。

②については、主観訴訟と客観訴訟の区別が問題となる。いずれも付随的違憲審査に属する一方で、両者にはどのような違いがあるか。そして、主観訴訟は司法権の中核として観念され、司法府が独自の権限に基づいて訴えを受理できるが、客観訴訟は立法府が創設しない

¹⁸ 塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法 [第6版]』（有斐閣，2019年）280-281頁。

¹⁹ 神橋一彦『行政救済法（第3版）』（信山社，2023年）249頁。同様の指摘として、木村琢磨『ブラクティス行政法 [第3版]』（信山社，2022年）152-154頁参照。

²⁰ 新正幸『憲法訴訟論 [第2版]』（信山社，2010年）226頁。ここではあえて、立法不作為の国家賠償請求訴訟が日本国憲法上許されないとする論者たる新の定義を用いた（新・前掲注20）310頁参照）。なお、通常は、憲法裁判所があることが前提となっていると思われるが、佐藤の問題提起を受け止めると、日本において抽象的違憲審査が客観訴訟を使って実現されることの可能性を論じている以上、憲法裁判所がないことは、ここでは問題とならない。

²¹ 後に述べる同心円理論についても、あたかも抽象的違憲審査と隣接する司法権の核でないものとして客観訴訟のみが描かれている点は、問題があるといえよう。

と訴えを受理できないという深刻な違いをどのような点に見出すことができるか。そのような違いを見出すものとして、従来の通説が考える主観訴訟・客観訴訟の峻別論では、その境界として適切ではないのではないか。

例えば、客観訴訟として規定されている選挙無効訴訟について、判例は、その適用を議員定数不均衡訴訟にまで拡張した。選挙無効訴訟は本来、「その他法律において特に定めた権限」であり、司法府も法律上定められた範囲でしか権限を行使できない。それにもかかわらず、司法府がこれを、法律において特に定められていない議員定数不均衡訴訟にまで拡張したことは、「その他法律において特に定める権限」を法律に定められていない権限として用いることになる。このような司法府による権限行使は、客観訴訟を主観訴訟的に用いるものである以上、主観訴訟と客観訴訟の峻別論は当然には維持しえないように思える。この点を指摘したうえで、最高裁が議員定数不均衡訴訟をどのように考えているかを、選挙制度について判示した平成 11 年の一連の大法廷判決と選挙無効訴訟の拡張に歯止めをかけた平成 26 年最判²²を手がかりに検討する。

司法審査の範囲についての問題の所在は以上の通りである。本稿の課題は、この問題について、「判例の考える」司法審査の範囲を言語化して説明することにある²³。佐藤による問題提起以降、司法権の概念をめぐる学説上の論争は、多くの論者を巻き込むことに成功し、各論者が各学説を提唱するに至っている。学説については後述するため、特に単純化して学説を展望するに、客観訴訟を主観訴訟と完全に区別するが憲法違反ではないと考えることで上記トリアーデを正当化しようとする向きや、客観訴訟を主観訴訟に近付けて包摂的に考えることで抽象的違憲審査との違いを強調する向きが憲法学説に多く、憲法学説の多くは、付随的違憲審査と抽象的違憲審査との違いについて考察する向きが強かったと思われる²⁴。これに対して、行政法学説においては、主観訴訟・客観訴訟の峻別論に焦点が当てられていたように思われる²⁵。つまり、憲法学説は、上述した抽象的違憲審査と付随的違憲審査の問題について考察の対象としてきたのに対し、行政法学説は、主観訴訟と客観訴訟の峻別論について考察の対象としてきたといえるのであり、憲法学の見地から、主観訴訟・客観訴訟峻別論について十分に探究しつくされていないのではないかと疑念がある。

これらの学説の動向を踏まえ、本稿では、①抽象的違憲審査と付随的違憲審査との違いに

²² 最判平成 26 年 7 月 9 日集民 247 号 39 頁。

²³ 本稿においては、判例の考える司法審査の範囲を検討することが主な課題であるが、さらにすすんで判例の思考の背景にあると考え得る法理論の探究も付随的に行いたいと思う。

²⁴ 例外としては、高橋和之の事件性を司法権の中核から外す見解や、宍戸常寿の同心円理論などが挙げられる。高橋の説は、高橋独特の権力分立観や国家観に裏打ちされるものであり、宍戸の説は、行政法学者の中川丈久からヒントを得ている。このような学説の出自が従来の憲法学説との明確な違いを生んでいるように思われる。

²⁵ 同様の問題を指摘するものとして、杉井俊介「日本における主観訴訟と客観訴訟の概念の系譜（三・完）」自治研究 92 巻 4 号（2016 年）116-120 頁参照。なお、行政法学説においては、憲法上の事件性から考察する向きも珍しくない。例えば、曾和・前掲注 16）60-68 頁が挙げられる。また、憲法学説を正面から検討する向きも強い。例えば、亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力=小早川光郎=芝池義一『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』（有斐閣、2008 年）1-27 頁、阿部泰隆「司法権・法律上の争訟概念再考」『行政訴訟の理論的・実務的課題——行政訴訟の最前線——』（信山社、2021 年）3-18 頁（初出・兼子仁=阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』（信山社、2009 年）137-147 頁）参照。

ついで、戦前期における違憲審査の学説を概観したうえで、戦後期の学説を概観する(Ⅱ)。そのうえで、戦後初期の判例が構築した付随的違憲審査制を検討したうえで、判例が承認した立法不作為の国家賠償請求訴訟、実質的当事者訴訟としての違法確認の訴えなどを概観し、判例が考える付随的違憲審査の限界を考察することとする(Ⅲ)。さらに、主観訴訟において検討した付随的違憲審査の限界を利用して、客観訴訟における付随的違憲審査の限界を考察する(Ⅳ)。

②主観訴訟と客観訴訟の区別については、戦前期における司法権の議論だけでなく、特に主観訴訟・客観訴訟峻別論の萌芽を考察の出発点として、戦前期の学説が戦後期の学説にどのように影響したかについて考察し、戦後期における学説を概観する(Ⅱ)。そして、主に、主観訴訟・客観訴訟の中間領域として、一連の議員定数不均衡訴訟を検討し、通説の「司法権」＝「主観訴訟」という枠組みの揺らぎを指摘し、主観訴訟と客観訴訟の中間領域を検討する(Ⅴ)。以上、判例が考える①②の問題を検討したうえで、全体の考察として、学説と判例との架橋を試みる(Ⅵ)。

以上より、本稿の課題は、学説を考察した上で、判例の考える司法審査の範囲を適切に描写し、将来的にどのような訴訟が司法権の範囲に含まれるかを判断できるような考え方を示すことにある²⁶。なお、判例は、事例判断に終始し、一貫した法理論を併せもっていないとの批判も考えられる。しかし、本稿では、戦後司法審査が積み重なって約80年近くになっている現在、一定の視点から考察することで何らかの論理が浮かび上がってくる可能性があるのではないかという観点から考察する。この一定の視点というのは、学説上論じられてきた違憲審査権の性格や客観訴訟・主観訴訟峻別論といった議論である。これらをふまえて判例を考察することで、これまでの学説上の議論とは異なる判例の姿が浮かび上がり、一貫した法理あるいは理論のもとに、新たに判例を位置付け直すことが可能ではないかと思われる。

また、このように判例が考える司法審査の範囲を説明することは、非常に重要な問題である。なぜなら、司法権を行使するのは、裁判所であり、その裁判所が自身の権限をどの範囲で理解しているかについては、権限を有する機関の権限行使の自己拘束の問題でもあるからである。司法権の範囲を外在的に論じることは可能であるが、より現実問題として重要なのは、司法権の範囲の内在的理解であることは、特に司法権という権限においてはなおさら重要であると考え²⁷。そして、このことは、裁判所との対話を行う上で、必要不可欠のものであると思われる。なぜなら、裁判所の外にいる人間が裁判所との対話を試みるためには、まずは裁判所の考え方を内在的に理解することができなければ、外在的な批判ばかりとな

²⁶ 本稿は、筆者の能力不足により、本稿の結論の理論的根拠、とくに司法権の背景に潜む「法の支配」や「法治主義」「権力分立」について、何ら見解を示すことができていない。この点については、司法権を語る上では欠かすことのできないものであるように思われ、その重要性を認識しているものの、筆者の能力と紙幅の関係上、本稿の検討からは外させていただいた。また、機関訴訟、非訟事件についても検討していない。

²⁷ 同様の例として、宍戸・前掲注11) 25頁が序章の次の位置づけとして「Ⅱ 最高裁の司法理解」という表題の下、寺西判事補事件における最高裁の判示を検討していることが挙げられる。

り、建設的な対話を行うことが難しくなるからである。そして、外部の者から見る判例の思考を提示することで、裁判所の思考過程が客観化されることとなり、判例に現れる思考過程について裁判所自ら改めて考えることが可能になると思われる。

以上のような理由から、本稿では、判例が考える①抽象的違憲審査と付随的違憲審査との区別、及び②主観訴訟と客観訴訟との区別の問題を論じることとする。

II 学説上の司法審査の範囲

本稿の問題関心は、前述のとおり、判例が考える司法審査の範囲を考察することにあるが、判例を分析する上で、学説における議論は非常に有用である。そのため、まずは、通説となる司法権概念がどのような学説史上の過程を経て成立したか、同じ時期の判例がどのような考え方を示していたかについて見ていく。その上で、佐藤の問題提起を受けて生じた諸学説を概観したうえで、問題の所在を明らかにすることとしたい²⁸。

1. 大日本帝国憲法下における司法をめぐる論争

(1) 司法権の範囲をめぐる学説の一致

まず、大日本帝国憲法（以下、「帝国憲法」とする。）は、第5章において「司法」の章を設け、57条が「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」と定めていた。同じ章の61条は、「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と定めていた。つまり、帝国憲法では、司法裁判所と行政裁判所が区別されていた。そのため、司法裁判所＝司法権とは、民事・刑事の裁判を為す国家作用であるとする一致した見解がみられていた。

穂積八束は、「司法権ノ行使トハ民事刑事ノ裁判ナリ。民事トハ私法上ノ権利ニ係ル訴訟事件ナリ、刑事トハ刑罰法ノ適用ニ係ル訴訟事件ナリ」²⁹と述べていた。

美濃部達吉は、立法を「司法ノ爲ニスルト行政ノ爲ニスルトヲ問ハズ總テ法規ヲ制定スル行爲」と定義し、「法規ノ下ニ行ハルル國家ノ作用ノ中、民事及刑事ノ目的ノ爲ニスル作用」を司法とし、「其ノ他の國家ノ目的ノ爲ニスル作用」³⁰を行政と定義した。そして、「狭義ニ於テハ司法ハ民事及刑事ノ裁判ノミヲ意味ス」³¹と述べる。

上杉慎吉は、以下のように述べる。

「司法権とは、裁判の作用と云ふが如し、民事及び刑事の裁判を爲すの國權の働きである。

²⁸ なお、この章では、本稿の問題関心に沿った形での学説紹介を行うこととする。本稿の関心は、判例が考える司法審査の範囲にあるため、多様な学説を紹介することも、学説を深く検討することもしない。そのため、多少不足のある学説紹介となることをお詫びしたい。加えて、本稿の関心から、司法権の概念及び司法審査と行政訴訟の関係、違憲審査制という広範な論点を検討することとなり、各論点の詳細を検討することは必ずしも叶わなかったことをお詫び申し上げたい。

²⁹ 穂積八束『憲法提要 修正増補6版』（有斐閣、1936年）326頁。

³⁰ 美濃部達吉『憲法撮要 改訂第5版』（有斐閣、1932年）387頁。

³¹ 美濃部・前掲注30）404頁。

裁判の働きは民事刑事以外にも、凡そ法の存在する所に於ては、必ずあり得るのであり、現に行政裁判は憲法の認めて居る所であるけれども、立憲政體創始の頃には、裁判と云へば、専ら民事刑事の裁判であり、これを獨立ならしむる必要も、また民事刑事の裁判に就て存して居たのであるから、立憲政體の上に於て、司法權と云ふのは、一般に民事刑事の裁判とせられて居るのである。」³²

このように、帝国憲法下では、学説上一致して、司法權の範圍が民事裁判と刑事裁判とに限定されることが示されていた³³。

(2) 主観訴訟・客観訴訟峻別論の萌芽

上記のとおり、戦前期における司法權の概念には、行政訴訟は含まれていなかった³⁴。行政訴訟をめぐっては、学説上、行政訴訟の目的をめぐって論争が生じ、この論争を背景に、主観訴訟・客観訴訟峻別論が導入された³⁵。以下では、この流れを簡単に追うこととしたい。

まず、前述のとおり、帝国憲法 61 条は、行政裁判所の裁判に属すべきものは、司法裁判所が受理することができないと定めていた³⁶。同条によれば、訴えを提起するには、①行政官庁の違法処分であること、②権利を傷害されること、③法律を以て定めたる行政裁判所の裁判に属すべきものという 3 要件を満たさなければならなかった。

③について、このような憲法の規定を前提に、穂積は「行政裁判所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス。行政裁判所法十五條 其ノ權限ハ行政事件ニ對シ概括シテ行ハルルニ非ス、特ニ法令ノ明文アル場合ニ限ル」³⁷と論じていた。穂積は、行政裁判所に出訴できる事件について、列記主義が採られていたことを示しており、このような考え方が戦前の通説的見解であった³⁸。

そして、①②の要件が存することから、学説上、行政訴訟の目的について論争が生じていた。この論争は、多くの学者の関心を集めることとなったが、以下では主要な学説のみを挙げる。当時の学説の状況については、法規維持説、権利保護説、折衷説の 3 つの立場が主張されていたと考えられている³⁹。

³² 上杉慎吉『帝國憲法逐條講義』（日本評論社，1939年）157－158頁。

³³ 上記以外にも、市村光恵『行政法原理』（寶文館，1906年）227頁、佐々木惣一『日本憲法要論 訂5版』（金刺芳流堂，1930年）514頁等。

³⁴ 戦前の行政裁判の歴史についての詳細な学術書として、小野博司『近代日本の行政争訟制度』（大阪大学出版会，2022年）参照。

³⁵ 村上裕章「日本における客観訴訟論の導入と定着」『行政訴訟の解釈理論』（弘文堂，2019年）16～52頁。杉井俊介「日本における主観訴訟と客観訴訟の概念の系譜（一）」自治研究 92 卷 2 号（2016年）111－129頁。

³⁶ 美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房，1929年）11頁。

³⁷ 穂積八束『行政法大意』（有斐閣，1896年）81頁。

³⁸ 美濃部・前掲注 36）20～23頁、市村・前掲注 33）245－247頁、佐々木惣一『日本行政法論 総論改訂版』（有斐閣，1924年）606頁、田上讓治『行政法概論』（有斐閣，1942年）401頁等。

³⁹ 村上・前掲注 35）18～38頁。村上と同様の分類として、宮崎良夫『行政争訟と行政法学〔増補版〕』（弘文堂，2004年）21～27頁。村上と異なる分類として、高柳信一「行政国家制より司法国家制へ」（田中二郎先生古稀記念）雄川一郎編集代表『公法の理論（下II）』（有斐閣，1977年）2235－2252頁参照。

法規維持説をとる穂積は、「行政訴訟ノ目的ハ専ラ法ヲ正スニ在リ……行政官ノ處分ヲ違法ナリトスルトキハ之ヲ取消シ又ハ改正ヲ求ムルコトヲ得損害ヲ要償スルコトヲ得ス何トナレハ行政裁判ノ目的ハ主トシテ法ノ執行ノ法ニ適セムコトヲ欲スル」⁴⁰と論じていた。また、同様に法規維持説を採用する市村光恵は、「行政訴訟ハ行政ノ範圍ニ於ケル司法ナリ司法トハ廣義ニ於テハ法規ノ維持ヲ目的トスル國權ノ作用ナリ詳シク云ヘハ法規ノ侵害ニ對シ當事者間ノ争訟ヲ裁判ノ形式ニテ審判シ以テ法規ノ維持スル國權ノ作用ヲ司法ト云フ」⁴¹と述べていた。つまり、法規維持説においては、行政訴訟の目的は、法規の維持のみにあると主張されていた。

これに対して、権利保護説を標榜していた学者としては、まず織田万を挙げる必要がある。織田は、「行政裁判ノ目的ヲ一私人ノ權利救済ニ限ルハ謬レリ」⁴²と述べており、単に行政裁判を私人の権利救済にあるとは考えていないようであった。そして、織田は、行政裁判の定義を試み、「(一)行政裁判ハ訴訟ニ對スル裁判ナリ」「(二)行政裁判ハ行政處分ノ取消又ハ變更ヲ命ス」「(三)行政裁判ハ行政法上ノ權利ヲ保護シ又ハ行政法規ノ實行ヲ強制スルカ爲メニス」(傍点は織田)とした⁴³上で、(三)について、「即チ行政裁判ノ目的ニ二アリ權利ノ保護及法規ノ實行是ナリ」⁴⁴(傍点は織田)としていた。このような権利保護説の立場を明確に打ち出したのは佐々木惣一であり、佐々木は「國家カ行政裁判ノ制度ヲ設クルハ關係ニ於テ私人ノ權利ノ保護ヲ爲スヲ目的トス。即チ私人ヲ保護セントスルモノニシテ法ヲ維持セントスルモノニ非ズ」⁴⁵と述べていた。このように権利保護説は、行政訴訟の目的は、主として侵害された権利の保護にあると主張していた⁴⁶。

これらに対して、折衷説の代表的論者としては、上杉と清水澄を挙げるができる。上杉は、「行政裁判ノ目的タル法ニ於テ認メラレタル權利ノ保護ニ在ルヤ云フ迄モナシ法ノ維持ト權利ノ保護トハ理論上相一致ス法アルトコロニ權利アリ權利ヲ認メサルハ法ニ非ス」⁴⁷と論じていた。清水は、「……行政訴訟ハ單ニ行政法規ノ維持ノミヲ以テ目的ト爲スモノニアラスシテ(行政法規ノ維持ヲ監督ノ目的ノト爲スコトハ多言ヲ要セス)人民ノ權利救済ヲモ併セテ目的ト爲スモノナルコトヲ推知スルコトヲ得」⁴⁸と主張していた。このように折衷説は、行政訴訟の目的について、法規の維持と権利の保護が両立すると主張していた。

このように、行政訴訟の目的をめぐって、主に3説が主張され、激しい論争が展開されていた⁴⁹。この論争を背景に、織田万により、レオン・デュギー(Léon Deguit)の見解を基

40 穂積八束「行政訴訟」穂積重威編『穂積八束博士論文集』(有斐閣, 1943年) 163頁。

41 市村・前掲注33) 227頁。同228頁にも同種の記述がある。

42 織田万『日本行政法論 増訂再版』(六石書房, 1897年) 896頁。

43 織田・前掲注42) 905-906頁。

44 織田・前掲注42) 906頁。

45 佐々木・前掲注38) 603頁。

46 なお、法規の維持が行政訴訟の目的となるか否かについては、論者によって異なるが、行政訴訟の目的の主眼は、権利保護にあると考えていると思われる。

47 上杉慎吉『行政法原論』(有斐閣, 1904年) 491頁。

48 清水澄『国法学 第2編 行政篇 上巻下』(清水書店, 1910年) 1424頁。

49 村上・前掲注39) 38頁は、「行政訴訟の目的をめぐる議論はさしたる実益を伴うわけではな」と指

礎としながら⁵⁰、主観訴訟・客観訴訟の峻別論が導入された。

織田による主観訴訟・客観訴訟の概念提唱が初めてなされたと目される⁵¹論文において、織田は以下のように論じている。

「凡ソ裁判カ法規ヲ維持スルノ目的ヲ以テ行ハルル國家作用タルコトハ現今一般ニ認ムル所ニシテ固ヨリ疑ヲ容ルルノ餘地ナシト雖モ……廣ク法規ノ維持ト云フ中ニハ主観的觀念ト客観的觀念トヲ區別スルノ要アリ蓋シ裁判ハ皆其根柢ニ於テ法規ヲ維持スルノ目的ナイハナシト雖モ更ニ之ヲ分類スルトキハ單ニ法規ヲ維持スルニ止マルモノト權利ノ存在ヲ確保シ之ニ依リ兼ネテ法規維持ノ目的ヲ達スルモノトアリ刑事裁判ハ前者ノ最モ顯著ナルモノニシテ民事裁判ハ後者ノ最モ顯著ナルモノナリ」⁵²

ここでの織田の記述から、民事裁判が主観的訴訟に相当し、刑事裁判が客観的訴訟に相当するという考え方を読み取ることができ、行政訴訟については、原則として主観訴訟に相当すると考えていたようである⁵³。

このような織田の立論は、実際にどのような目的をもってなされていたかは非常に微妙な問題であるといえる⁵⁴ところ、当時の若手の研究者を中心に次第に主観的訴訟・客観的訴訟という用語が使われるようになっていった。宮沢俊義は、「(五) 主観争訟と客観争訟」という小見出しの下、以下のように記述している。

「争訟の結論に對して直接かつ特別な利害關係を有するものに對してのみ提訴權が與へられてゐる争訟を主観争訟といひ、それ以外の者に對しても提訴權が與へられてゐる争訟を客観争訟といふ。前者は専ら私人の利益の保護を目的とするものであり、後者は専ら一般公共の利益の保護を目的とするものであるから、あるひはこれをそれぞれ救済争訟及び公益争訟と呼ぶことができる。民事訴訟は前者の例であり、刑事訴訟は後者の例である。」⁵⁵

このように宮沢は、提訴權の範圍を基準にして主観訴訟と客観訴訟を区別していたようである⁵⁶。これ以外にも、田中二郎⁵⁷が客観的裁判に言及し、田上穰治⁵⁸も主観的裁判・客観

摘する。

⁵⁰ 織田の見解とデュギーの見解について相違があることについては、村上・前掲注 35) 41 頁において指摘されている。なお、デュギーの見解については、伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効——』(東京大学出版会, 1993 年) 90-95 頁、村上裕章『行政訴訟の基礎理論』(有斐閣, 2007 年) 119-127 頁参照。簡潔な紹介として、村上・前掲注 35) 40-41 頁参照。

⁵¹ 杉井・前掲注 35) 125-126 頁脚注 (11) 参照。

⁵² 織田万「行政裁判ノ觀念」京都法學會雜誌 13 卷 6 号 (1918 年) 2-3 頁 (通算 752-753 頁)。のちの著書においても同様の記述がみられる (織田万『日本行政法原理』(有斐閣, 1934 年) 638-639 頁)。以下、前者を「織田①」、後者を「織田②」とよぶ。

⁵³ 織田②・前掲注 52) 640~643 頁も同様。

⁵⁴ 杉井・前掲注 35) 116 頁によると、「織田説が『主観』『客観』概念を述べるにあたり、訴訟目的及び法的問題の観点に着目した理由は、権利毀損要件が権利保護目的の一つの論拠となりうること、言い換えれば両視点が互いに関連性を有していることを強調することにあつたということになる」とされている。

⁵⁵ 宮沢俊義『行政争訟法』(日本評論社, 1936 年) 9 頁。

⁵⁶ 詳細な検討として、杉井・前掲注 51) 113-124 頁。

⁵⁷ 田中二郎「行政裁判」末弘巖太郎=田中耕太郎責任編集『法律学辞典 (第 1 卷)』(岩波書店, 1934 年) 415 頁。法学協會編・前掲注 1) 1209-1210 頁参照。

⁵⁸ 田上穰治『行政法概論』(有斐閣, 1942 年) 412 頁。

の裁判に言及していることが注目される。ただし、この峻別論は、理論的な意義を有するにとどまっていたと考えられている⁵⁹。

(3) 戦前期における法令の違憲審査

最後に、法令の違憲審査権について、当時の学説がどのように考えていたかを簡単にまとめる⁶⁰。なお、当時の学説において、法制定手続に対する形式的審査については、多くの学説が肯定説を採用し、大きな議論となっていなかったことから、本稿では、法律の内容に対する実質的審査に焦点を絞ることとする。

まず、穂積は、天皇大権を採用する国体を前提に、枢密院による憲法保障を構想し、違憲立法審査権が裁判所にあることを否定していた⁶¹。次に、美濃部は、立法府の行為が国家の最高意思表示であることを理由に、法律の違憲性は立法府が判断すべきと考え、違憲立法審査権を否定していた⁶²。このように、天皇主権を強調する穂積と、議会主義を標榜する美濃部との対立は、裁判所による違憲審査権に関しては、結論として一致をみることとなった。

これに対して、上杉は、憲法の最高法規性を前提に、立法府による違憲な法律を無効とできなければ、立法府による憲法改正が可能となるようになり、憲法を根本法として制定したことが無意味になるとして、違憲審査権を肯定していた⁶³。

美濃部と上杉の両説は、憲法が法律に優位することを前提に、法律が憲法に抵触してはならないことを認めている点で共通点を有するものの、法律の憲法適合性についての解釈権が誰にあるのかという点で対立がみられる。美濃部はかかる解釈権は立法権者にあると考え、上杉は裁判所にあると考えていた⁶⁴。

以上、学説の概観に留まるが、美濃部・佐々木の影響で法令審査権否定説が有力化しつつも、これに対して、上杉らの唱えるような法令審査権肯定説もそれなりの影響力があったと

⁵⁹ 村上・前掲注 35) 43 頁参照。

⁶⁰ 江橋崇「司法権理論の日本の特質」公法研究 46 号 (1984 年) 79-89 頁。宍戸常寿「日本憲法史における『憲法裁判権』『憲法裁判権の動態 [増補版]』(弘文堂, 2021 年) 311-334 頁。法學協會編・前掲注 1) 1209-1210 頁参照。宮沢俊義『憲法と裁判』(有斐閣, 1967 年) 140-144 頁。簡潔なまとめとして、樋口陽一=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂『注釈日本国憲法 下巻』[佐藤幸治] (青林書院, 1988 年) 1211-1212 頁、木下智史=只野雅人編『新・コンメンタール 憲法 (第 2 版)』[大河内美紀] (日本評論社, 2019 年) 660 頁参照。

⁶¹ 穂積八束「法治主義ヲ難ス」上杉慎吉編『穂積八束博士論文集』(有斐閣書房, 1913 年) 187 頁。

⁶² 美濃部・前掲注 30) 498-499 頁。美濃部よりも先んじて法令審査権否定説を唱えたものとして、一木喜徳郎『日本法令予算論 再版』(哲学書院, 1899 年) 171-206 頁。一木と美濃部の見解には、埋めがたい隔たりがあったことも確かであるが、本稿ではこの点に立ち入らない (以上について、宍戸・前掲注 60) 313-316 頁参照)。他にも、佐々木惣一が法令の実質的審査権を否定していた (佐々木・前掲注 33) 524-529 頁)。

⁶³ 上杉・前掲注 32) 164-165 頁。上杉の立論は天皇主権を擁護する立場からは不自然なようにも思われるが、憲法保障機関として構想された枢密院の機能不全、議会主義への危惧、天皇の裁可拒否の名目化などから、このような立論をしたのではないかと指摘されている (大河内・前掲注 60) 660 頁、宍戸・前掲注 60) 317 頁参照)。

⁶⁴ 他にも、違憲審査権肯定説を採るものとして、市村光江『帝国憲法論 改訂 13 版』(有斐閣, 1927 年) 688-689 頁、清水澄『逐条帝国憲法講義 9 版』(松華堂, 1936 年) 438 頁、佐藤丑次郎『憲法』(日本評論社, 1939 年) 186 頁など。

いって良いだろう⁶⁵。しかしながら、大審院が1913年に司法権が法令の実質が憲法違反か否かについて審査することができないとする⁶⁶ことで、この問題に対しては、実務上の解決が与えられていたのである。

(4) 小括

最後に、この章のまとめとして、戦前期の司法権をめぐる論争が今日の司法権をめぐる論争にどのように引き継がれているかについて簡単に指摘したい。

第一に、明治期の司法権の概念は、民事裁判・刑事裁判にとどまっていたことが指摘される。そして、主観訴訟・客観訴訟の峻別論は、民事裁判を主観訴訟に、刑事裁判を客観訴訟に分類することが主流となっていた。

第二に、当時の主観訴訟・客観訴訟の峻別論においては、司法権には主観訴訟・客観訴訟の両者が含まれていたと想定されていた⁶⁷。なお、行政訴訟を主観訴訟と捉える論者であっても、そのことから行政訴訟がすべて司法権の範囲内にあるとは考えておらず、行政訴訟の範囲が列挙主義によって限定されていたことへのアンチテーゼとして主張されていたという背景があった。

第三に、違憲審査権については、天皇主権を尊重する立場と議会主義を標榜する立場の両立場ともに裁判所による違憲審査権を否定していた⁶⁸。もっとも、憲法の最高法規性については、どの立場も肯定するところであったことから、問題は、憲法解釈権限がどの国家机关にあるかという点で対立していたといえる。今日における違憲審査権は司法権に付随するものと考えられているところ、大陸法的な司法権観を前提とする戦前期においては、違憲審査権は司法権と切り離されて考えられていた。つまり、違憲審査権はあくまで政治的対抗のメカニズムとしてしか捉えられていないということである。これに対して、戦後においては、81条という違憲審査権の根拠条文(81条)があり、かつ、最高裁が憲法98条の最高法規性、76条(3項)・99条の裁判官の憲法遵守義務から導いている⁶⁹通り、違憲審査権は、憲法の(法学的)解釈から導かれている。帝国憲法において違憲審査権の規定がなかったこと、また天皇主権という与件の違いがこのような違いを生じさせたといえる。

2. 日本国憲法下における司法をめぐる議論

(1) 英米型の司法観の確立

日本国憲法は、大日本帝国憲法における司法権の定義に大きな変更を及ぼした。金森徳次郎は、憲法改正についての国会審議において、以下のように述べていた。

⁶⁵ 否定説が学説上通説だったと評価するものとして、法學協會編・前掲注1) 1210頁、大河内・前掲注60) 660頁。肯定説が通説だったと評価するものとして、宮沢・前掲注60) 140-142頁、宍戸・前掲注60) 312-319頁。

⁶⁶ 大判大正2年7月11日刑録19輯790頁。

⁶⁷ 同様の指摘として、杉井・前掲注51) 119-120頁参照。

⁶⁸ 例外として上杉を挙げることができる。

⁶⁹ 最大判昭和23年7月8日刑集2巻8号801頁。

「この司法権に付きましては、現行の日本の司法権と稍異なる顕著なる特色を認めて居ります。その一つは行政裁判所が現在ありますが、これを一般の司法裁判所と同じ系統の裁判所の権能に移したと云うことであります。」⁷⁰

「更にこの裁判所の中に、最高裁判所は一切の法令又は処分、特に法律が憲法に適合するや否やを裁判し得ることとして居ります。」「併しながら……若しも憲法違反の法律があるならば、最高裁判所はこれを明かに判断して、裁判の適用上斯の如き法律が起れば、それを無効なものとして処置し得ると云う機能を存することにして居ります。唯附言致しますが、これは法律そのものを凡ゆる意味に於て無効とする訳ではありません。裁判に必要な範囲内に於て無効とすると云う趣旨であります。」⁷¹

このように、日本国憲法は、司法権に行政事件を含め、違憲立法審査制を導入することで、帝国憲法から大きな変更を遂げた⁷²。

これに対して、帝国憲法における司法権の意義を引き継ぐ美濃部は、日本国憲法下における司法権についても、「法律の下に於いて民事及び刑事の目的の爲にする国家の作用を意味する」⁷³と主張していた。その理由として、美濃部は、「司法権といふ語は新憲法に於いて新に用ゐられた語ではなく舊憲法以来用ゐられて居るもので、西洋語に於いても之に相當すべき觀念は自ら一定して居るのであるから、獨り新憲法に於いて此等の傳統的意義を捨てて新規な獨自な意義に用ゐたものと解することは穩當ではなく、舊憲法（五七条）の司法権と同じ意味即ち民事及び刑事の裁判のみを意味するものと解すべく、行政裁判が其の権限に属するのは、司法権以外の別個の作用が特に其の権限に属せしめられたのであって、司法権の觀念が當然にそれを包含するものではない」⁷⁴と論じていた。

このように、美濃部は、行政裁判は司法権に属することとなったとしても、行政裁判の性質は、大日本帝国憲法における議論の延長として考えるべきであり、行政裁判は司法権と解することはできないと主張していたのである。

これに対して、田中二郎は、美濃部の説を挙げた上で、以下のように反論した。

「舊憲法は、ヨーロッパ大陸法系の思想の影響を受けてできたものであるから、舊憲法の下における司法権は、亦、大陸法系のそれに従つて、民事及び刑事の裁判権を意味するものとされた。ところが、新憲法は、多分に英米法系の考え方の影響を受けて成立したものであるから、その下における司法権の觀念は、亦、當然に、そこでの觀念に従つて理解されるべきで、舊憲法の下におけると同様に理解すべき理由に乏しい。英米においては、

⁷⁰ 清水伸編著『逐条日本国憲法審議録 第三卷』（原書房、1976年）447頁。

⁷¹ 清水・前掲注70）447-448頁。

⁷² 制憲期の議論について、佐々木雅寿『現代における違憲立法審査権の性格』（有斐閣、1995年）126-176頁、宍戸・前掲注60）334-347頁、笹田栄司『裁判制度 やわらかな司法の試み』（信山社、1997年）4-18頁参照。なお、日本国憲法における違憲審査の性格が付随的違憲審査制であることについて、GHQとの交渉過程では揺らぎがあるものの、第90回帝国議会における審議においては、一定程度、付随的違憲審査制に固まっていたものと思われる（佐々木・前掲注72）140-141頁、笹田・前掲注72）11頁）。

⁷³ 美濃部達吉『新憲法の基本原理』（国立書院、1948年）163頁。

⁷⁴ 美濃部・前掲注73）166頁。

司法権は必ずしも民事及び刑事の裁判に限定されないのであつて、行政事件の裁判も原則としてその中に包含されるのであるから、新憲法の下における司法権は、むしろ舊憲法の下におけるそれと異り、行政事件の裁判権を含むものと解すべき理由が存するのではないかと考える。」⁷⁵

このような田中の考え方は、兼子一の影響が色濃くあったことが伺える⁷⁶。兼子は、「従来司法権は、民事刑訴の裁判権に限定されていたが、これからはあらゆる種類の法律的争訟を裁判し、憲法以下のあらゆる法規を適用して、具體的事件に於ける適法違法を判定し、権利関係を確定する権限となった。これでこそ實質的な意義の司法権である」⁷⁷と主張していた。この理由として、兼子は、「第八十一條が、裁判所が行政處分の違憲を判断する権限も當然豫定していると云えるし、更に若し行政事件は行政訴訟として、當然には司法の範囲内に屬しないと云うのならば、舊憲法第六十一條の様に、これに関する規定を設けたはずである。蓋し、今後は違法な行政處分に對する人民の救済は、舊憲法の下よりは、もつと一般的に又確實に與えられるのが當然である」⁷⁸としていた。

そして、田中は、兼子の見解⁷⁹を紹介した後、以下のように締めくくっている。

「かような見解が、大體通説の承認するところとなつていっているとよい。私は、上に述べたところから明らかなように、新憲法下においては、司法権の觀念は、民事刑事の裁判のみならず、行政事件の裁判を含む意味に解するべきものであると信ずる。」⁸⁰

このようにして、日本国憲法における司法権は、民事・刑事事件の裁判だけを指すとの考え方が退けられ、民事・刑事事件の裁判だけでなく、行政事件の裁判をも含むと考えられてきた⁸¹。

この考え方は、安定した通説を形成することとなる⁸²。宮沢俊義は、『司法権』とは、法律上の争訟を裁判する國家作用⁸³と説明していた。宮沢は、美濃部による上記学説を甲説として『司法権』とは、明治憲法第五七條にいわゆる『司法権』と同じ意味であ

⁷⁵ 田中二郎『行政争訟の法理』（有斐閣，1954年）21頁。

⁷⁶ 実際に田中は、田中・前掲注75）23頁において、兼子一『新憲法と司法』から引用している。

⁷⁷ 兼子一『新憲法と司法』（國立書院，1948年）44頁。

⁷⁸ 兼子・前掲注77）44-45頁。

⁷⁹ ここで言う兼子の見解とは、兼子・前掲注77）44-46頁であり、本稿で紹介している箇所と概ね一致している。

⁸⁰ 田中・前掲注75）23-24頁。

⁸¹ 法學協會編・前掲注1）1124頁。樋口ほか・前掲注60）[浦部法穂]（青林書院，1988年）1119-1120頁。佐藤功『日本国憲法概説〈前提第5版〉』（学陽書房，1996年）464頁。芦部・前掲注7）363頁など多数。実務の側からも、裁判官による著作として、浅賀栄『行政訴訟実務総攬』（酒井書店，1968年）10頁。

⁸² 痛烈な通説批判として、柳瀬良幹「行政権と司法権との關係」『憲法と地方自治』（有信堂，1954年）224-233頁。柳瀬の見解を紹介したものとして、藤田宙靖「司法」の概念と行政訴訟』『行政法の基礎理論 上巻』（有斐閣，2005年）221-222頁（初出は、藤田宙靖「司法」の概念と行政訴訟』小嶋和司編『憲法の争点（増補）』（1978年）176頁）。なお、柳瀬の見解は、藤田が暗に指摘する通り、制度論としては不明確さがあることが否めない。司法の概念が制度とともに議論される問題であるという問題の性質からすると、柳瀬の通説批判は、その鋭さとは裏腹に、広い支持を得ることはできなかったのではないかと推察される。

⁸³ 宮沢俊義『日本国憲法』（日本評論社，1955年）590頁。

り、民事および刑事の裁判作用をいう」⁸⁴と解する学説として紹介し、この説を以下のよう
に批判したうえで、現行の司法権を説明した。

「明治憲法は、行政裁判所を司法裁判所のほかにみとめ、それによつて、行政事件につ
いても訴訟的救済を多かれ少なかれみとめる趣旨を憲法の明文で定めていた。しかるに、
日本國憲法には、行政裁判所に關する規定は存しない。もし、甲説のように解するとすれ
ば、日本國憲法は、行政事件に關する救済制度については、明治憲法ほどの關心すら示し
ていないことになる。これは、人權保障について、明治憲法にくらべてはるかに強い關心
を示している日本國憲法の考えているところとは、どうていおもえない。むしろ、日本國
憲法が、明治憲法にあった行政裁判に關する規定を捨ててしまったのは、この點につい
て、明治憲法が採用したような行政型（フランス型）をやめて、司法型（アングロ・サク
ソン型）を採用する趣旨だと解するを妥當とする。したがつて、本條にいう司法権も、行
政型を採用していた明治憲法における司法権とはちがひ、いつさいの法律上の争訟を裁判
する作用をいう、と解すべきである。」⁸⁵

さらに、通説として引用され続ける清宮四郎は、「一般に、司法とは、具体的な争訟に
ついて、法を適用し、宣言することによつて、これを裁定する国家の作用」⁸⁶と説明し
た。そして、清宮は「日本國憲法は、イギリスやアメリカの制度にならつて、司法とは、
民事および刑事の裁判のほか、行政事件の裁判をも含めて、全ての争訟の裁判を意味する
ものとなし、この作用を行なう権能を司法権といい、すべてこれを裁判所に属するものと
した」とし、「裁判所法第三条第一項で、「裁判所は、日本國憲法に特別の定めのある場合
を除いて一切の法律上の争訟を裁判」すると定めているのはこの趣旨を確認したものであ
る」⁸⁷と説明していた。

このようにして、日本國憲法が帝國憲法よりも行政事件に關する救済制度に關心を示し
ていることや、日本國憲法が英米型の司法觀を採用したことを理由に、「司法」＝「法律
上の争訟」という等式がひろく承認されるに至つた。

（２）「法律上の争訟」の意義の確立

兼子は、前述のとおり、實質的意義の司法を「あらゆる種類の法律的争訟を裁判し、憲
法以下のあらゆる法規を適用して、具體的事件に於ける適法違法を判定し、權利關係を確
定する権限」⁸⁸と定義した。そのうえで、兼子は「裁判所法第三條が「裁判所は、日本國
憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し」と云うのは、これを意
味する」⁸⁹とし、「實質的意味の司法」＝「一切の法律上の争訟」という等式を作り上げ
た。そして、兼子は「こゝに法律上の争訟をいうのは、法律の適用によつて解決調整さる

⁸⁴ 宮沢・前掲注 83) 590—591 頁。

⁸⁵ 宮沢・83) 594 頁。

⁸⁶ 清宮・前掲注 6) 335 頁。

⁸⁷ 清宮・前掲注 6) 335 頁。田中・前掲注 75) 15～16 頁も同様の指摘がなされている。

⁸⁸ 兼子・前掲注 77) 44 頁。

⁸⁹ 兼子・前掲注 77) 44 頁。

べき、主體間に具體的な利益紛争乃至は利害の衝突による事件を指すのである」⁹⁰として、「法律上の争訟」とは「主体間の具体的権利利益の衝突に関する紛争」であるとの定義を示した。

そして、兼子は、『裁判法』の初版において、「三 法律上の争訟」という章を設け、以下のように説く。

「前述のように、民事、刑事の事件に限らず、行政事件も司法権の範囲に属するが、他方司法と言ってもあらゆる法規の適用を担当し、法律的に解決できるすべての問題を判断する権限を意味するわけではない。これを限定するのが争訟性又は事件性の問題である。」

「……特に国家的司法にあつては、その主体の少くとも一方は個人又はその団体であり、法の保障する個人の一身的または経済的利益が他の主体のそれと衝突する事件を対象とするものに限られる。」⁹¹

このように兼子は、事件性を司法権の限界を画する概念として捉えていた⁹²。その理由として、兼子は、「人民に対する国家権力の行使としての司法が、行政から分離独立するに至ったのは、前述のように人民の個人としての基本的な自由や権利を保障する要求に基づくものであ」⁹³とした。

このように、兼子は、「法律上の争訟」と「事件性」を暗に結び付け、「事件性」＝「法律上の争訟」を定式化した。

同様に、田中は、「法律上の争訟というためには、当事者間における権利義務に関する争いがあり、具體的な法律の適用が問題となつてゐることを要する」⁹⁴と論じた。

また、当時判事であった浅賀栄も、田中による「法律上の争訟」を引用したうえで、「これを詳論すれば法律上の争訟は（一）事件（case）及び争（controersy）において互に具體的な利害について対立する当事者が存在することが必要である」⁹⁵と論じていた。

このようにして、「司法」＝「法律上の争訟」という等式に、「法律上の争訟」＝「事件性」＝「具體的な権利義務に関する争い」という等式が結び付くに至った。

このような「法律上の争訟」理解を背景に、「一切の法律上の争訟を裁判」する権限は、「司法裁判権」と呼ばれ、「この権限は、裁判所に本質的なものであつて、憲法上付与されたものであり（憲七六I）、他の法律でこれを奪うことはできない」⁹⁶といわれるよう

⁹⁰ 兼子・前掲注 77) 46 頁。

⁹¹ 兼子一『裁判法 [初版]』（有斐閣，1959 年）63 頁。

⁹² 田中・前掲注 75) 25 頁は「司法権が行政に關して有する権限も、決して行政に關する一切の事件に及ぶものではなく、当事者間における権利義務に關する争いある場合に、具體的な法の適用を保障すること、いいかえれば、『法律上の争訟』についての裁判権に限られると解すべきであろう」と論じている。

⁹³ 兼子・前掲注 91) 63 頁。

⁹⁴ 田中・前掲注 75) 26-27 頁。なお、田中は、東京高判昭和 24 年 12 月 5 日高裁判例集 2 卷 3 号 325 頁（国民審査異議訴訟）を参照している。

⁹⁵ 浅賀・前掲注 81) 15 頁。なお、同頁の他の要件を要約するに、（二）当事者の争いが現存すること、（三）当事者間の争いは当事者の具體的な権利義務に關して生じたこと、（四）裁判は当事者の利害対立を最終的に解決し得るものであること等が挙げられている。

⁹⁶ 法務大臣官房司法法制調査部『裁判所法逐条解説（上）』（法曹会，1968 年）21 頁。

になった。

(3) 主観訴訟・客観訴訟峻別論と「法律上の争訟」

戦前期における主観訴訟・客観訴訟峻別論は、戦後においても引き継がれる⁹⁷。戦後初期に、この見解を主張した人物として、田中二郎と田上穰治を挙げることができる。

田中は、「客観的訴訟ともいべきもの」として、「行政法規の正当な適用を保障し、公共の利益を保護するために、権利主體でない者に出訴を認めていることがある」と説明する⁹⁸。このように田中は、訴訟目的二分論を前提に、その訴訟目的により原告適格の有無が決せられると考えていた。

これに対して、田上は、「一般に裁判の目的が主観的裁判 (jurisdiction subjective) すなはち権利の救済にあることは基本的人権に関する憲法の規定 (13⁹⁹) から明かで、行政監督殊に行政法規の維持實現を目的とする客観的裁判 (jurisdiction objective) は特別の法律により例外的に認められるに過ぎない」¹⁰⁰と論じている。このように田上は、訴訟目的二分論を前提に、司法権の発動領域を主観訴訟に限定していた。田中が原告適格との関係で論じていたのに対し、田上はそのような構成をとらなかったことが分かる¹⁰¹。

このような司法権を主観訴訟に限定する思考はどこから来たのかを考えるに、戦後においては、単なる訴訟分類という枠を超えて、司法権と行政権との区別という視角から言及されるようになったことに一因があるように思われる¹⁰²。この点について、杉井俊介は「概括主義への移行と相俟って、拡大された司法権の限界の問題が強く意識されることになる。その結果、本来的な行政作用（言い換えれば、司法権が扱えない作用）を公益保護ととらえ、逆に司法作用を私権保護ととらえることにより、訴訟目的を基準として行政作用・司法作用の区別を強調する理解として現れることになった」¹⁰³と指摘する。

この杉井の指摘の通り、雄川一郎は、「個人的な権利又は利益の保護を目的とする争訟が主観的争訟であり、これに対し、法規の適用の客観的適性又は一般公共の利益の保護を目的とする争訟が客観的争訟である」¹⁰⁴と論じていた。

これに続いて、雄川は民衆争訟と機関争訟を客観的争訟の一種であると言及する¹⁰⁵。そして、雄川は、「法律上の争訟とは、当事者間の具体的な権利義務に関する紛争であつ

⁹⁷ 村上・前掲注 35) 43-52 頁、杉井俊介「日本における主観訴訟と客観訴訟の概念の系譜 (二)」自治研究 92 卷 3 号 (2016 年) 105-123 頁参照。

⁹⁸ 田中二郎『行政法講義案 上巻 第 3 版』(有斐閣, 1951 年) [初版 1949 年] 295 頁、同『行政法上巻』(有斐閣, 1953 年) 347 頁。

⁹⁹ 条文を示していると思われる。

¹⁰⁰ 田上穰治『行政法講義』(表現社, 1948 年) 147 頁。

¹⁰¹ 杉井・前掲注 97) 106-108 頁参照。

¹⁰² 田上・前掲注 100) 141-142 頁、田中・前掲注 75) 132-134 頁。田中二郎「司法権の限界」『司法権の限界』(弘文堂, 1976 年) 20 頁、雄川一郎『行政争訟法』(有斐閣, 1957 年) 48 頁など。

¹⁰³ 杉井・前掲注 101) 108 頁。

¹⁰⁴ 雄川・前掲注 102) 10 頁。なお、この定義が塩野宏『行政法Ⅱ [第 6 版]』(有斐閣, 2019 年) 83 頁にも引き継がれており、現在の通説として引き継がれているといえる。

¹⁰⁵ 雄川・前掲注 103) 10-11 頁。

て、法律の適用によって解決されるべきものを意味する」¹⁰⁶と定義し、その重点として、「当事者の具体的な権利義務に関する紛争であることを要する」と指摘し、「いわゆる民衆訴訟も機関訴訟も、この見地から、法律上の争訟としての性質を有しない」¹⁰⁷としている。

そして、行政事件訴訟法 2 条の立法趣旨として、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟の 4 種の訴訟が挙げられ、「前二者はいわゆる主観的訴訟、すなわち個人的な権利利益の保護救済を目的とするものであり、これに対し後二者は、客観的訴訟、すなわち、法規の適用の適正または一般公共の利益ノ保護を目的とする特殊の訴訟」¹⁰⁸と説明されるに至る。

ここに、「法律上の争訟」＝「主観訴訟」の定式が見受けられる¹⁰⁹。

(4) 判例における「司法権」ないし「法律上の争訟」の意義の確立

以上が学説上の議論である。ただし、学説上の議論は、当時の判例の影響を受けて発展を辿ってきた。そこで、ここで上記の学説上の議論に加えて、最高裁の判示も簡単に確認する。

最高裁は、1953 年に、教育勅語無効確認訴訟¹¹⁰において、「わが国の裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判する権限を有するものであるが（裁判所法三条）、その法律上の争訟とは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、且つそれが法律の適用によつて終局的に解決し得べきものであることを要する」と判示した。翌 1954 年に、村議会議決無効確認事件¹¹¹において、「裁判所法三条によれば『裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する』ものであり、ここに『法律上の争訟』とは法令を適用することによつて解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいうのである。」と判示する。その上で、1966 年になって、技術士国家試験合否判定事件¹¹²において、「司法権の固有の内容として裁判所が審判しうる対象は、裁判所法三条にいう『法律上の争訟』に限られ、いわゆる法律上の争訟とは、『法令を適用することによつて解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう』ものと解される」と判示するに至った。最終的に、1981 年に、最高裁は、板まんだら事件¹¹³において、「裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法三条に

¹⁰⁶ 雄川・前掲注 103) 48-49 頁。

¹⁰⁷ 雄川・前掲注 103) 49 頁。

¹⁰⁸ 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会、1963 年）7 頁。

¹⁰⁹ 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注 96) 22-23 頁においても、「『法律上の』争訟とは、当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否をふくむ）に関する紛争」であるとしている。

¹¹⁰ 最判昭和 28 年 11 月 17 日集民 10 号 455 頁。

¹¹¹ 最判昭和 29 年 2 月 11 日民集 8 卷 2 号 419 頁。

¹¹² 最判昭和 41 年 2 月 8 日民集 20 卷 2 号 196 頁。

¹¹³ 最判昭和 56 年 4 月 7 日民集 35 卷 3 号 443 頁。

いう『法律上の争訟』、すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる」と判示した。

このように、判例と学説が一致して、司法権を英米型のものとして捉え、「司法権」＝「法律上の争訟」（主観訴訟）＝「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる」という等式を作り上げたといえる¹¹⁴。

（５）違憲審査の性格をめぐる学説上の議論

最後に、違憲審査権の性格として憲法学説上激しく論じられた、抽象的違憲審査の許容性について簡単に触れておく¹¹⁵。

まず、『註解日本国憲法』においては、81条について「本條の規定の趣旨は、この点について、司法裁判所の最高の機關としての最高裁判所に、違憲法令の最終的審査権をあたえたものと解せられ、最高裁判所をして、いわゆる憲法裁判所としての地位を有せしめるものではない」とし、「本條による法令審査権は、あくまで通常の訴訟要件の裁判に伴つて行使せられるのである」¹¹⁶と論じられていた。この見解によると、「通常の訴訟要件の裁判」に伴つて行使されるものと解されていた。美濃部も同様に「最高裁判所は訴訟の判断に付き憲法の解釋を定むる必要ある場合に其の解釋に付き最終の決定を與ふる機關たるもので、即ち其の限度に於いて憲法裁判所たる権限を有するものである」¹¹⁷と解していた。宮沢は、「最高裁判所の法令の合憲性審査権は、具體的な法律上の争訟に伴つてのみ行使されることが出来るものと解すべ」¹¹⁸としていた¹¹⁹。

ただし、この見解の中において、違憲立法審査権を「狭義の司法権の行使」における権限に限定する趣旨であるか（主観訴訟に限定する趣旨か）、それとも主観訴訟と客観訴訟の双方を含む司法による権限行使に付随するものと解しているかは不明確な部分もあった。しかし、「司法」＝「法律上の争訟」という定式化に引きずられる形で、違憲審査権の行使が「法律上の争訟」に限られると考えられていくこととなる。

これに対して、すべての裁判所が司法裁判所としての付随的違憲審査権を有することを認めつつ、憲法81条は、最高裁判所に、付随的違憲審査権とともに憲法裁判所としての抽象的違憲審査権を付与したとする見解もあった。なお、この見解は、抽象的違憲審査を行うための訴訟手続が規定されていないことから、現状では抽象的違憲審査を行ない得ない

¹¹⁴ 大河内・前掲注60) 588頁参照。

¹¹⁵ 全体の考察として、川添利幸「違憲立法審査権の性格」『憲法判例百選(新版)』別冊ジュリスト21号(1968年)194-195頁、種谷春洋「違憲立法審査権の性格」小林直樹編『憲法の基本判例(第3版)』ジュリスト増刊(1977年)217-222頁、覚道豊治「違憲立法審査権の性格」小嶋和司編『憲法の争点(新版)』増刊ジュリスト(有斐閣, 1985年)222-223頁、佐々木雅・前掲注72) 177-186頁。

¹¹⁶ 法學協會編・前掲注1) 1208頁。

¹¹⁷ 美濃部達吉『新憲法逐条解説』(日本評論社, 1947年)126-127頁。

¹¹⁸ 宮沢・前掲注83) 691頁。

¹¹⁹ 他にも、清宮・前掲注6) 371頁。

としていた。帝国憲法下では（実質的な）法令審査権否定説に立っていた佐々木は、「國家行為の純粹合憲性に對する最高裁判所の決定權」と題して、最高裁判所が憲法裁判所としての性格を有することを力説した¹²⁰。佐々木は、この問題の前提として「憲法上の問題であること」及び「わが日本國の憲法の問題であること」に注意を促し¹²¹、その上で、最高裁判所には終審としての性格と憲法裁判を行う権限が並存関係にあり¹²²、訴訟法上の問題として、最高裁は國家行為の合憲性審査を行う手続を定めることが可能であると主張していた¹²³。

この見解と同系統をなすものとして、憲法 81 条は憲法裁判所たる性格を最高裁判所に与え、同条を根拠に抽象的違憲審査をすることができるとする見解があった¹²⁴。この見解は、警察予備隊違憲確認訴訟において、原告側が主張したものであるが、この説を継承する榎原猛は、「積極的憲法裁判所の機能承認説が、憲法規定の文言に最も忠実な解釈である」¹²⁵と主張していた。

上記と類似の見解ではあるが似て非なるものとして、憲法 81 条が最高裁判所に憲法裁判所としての性格を付与したとは考えないものの、法律により一定の抽象的違憲審査を認めることも可能であるとの見解があった。入江俊郎は、「現行法の解釈として、憲法第八十一條は、具体的争訟事件を離れて、一般的な違憲審査権を裁判所に認めたものではない」という通説的理解を前提としつつ、「しかし、私は実は立法論としては、別に考えなければならぬ点があるのではないかと思う」としたうえで、「具体的事件の争訟となつて初めて自己の権利、利益の救済を求めるために、違憲かどうかを提訴してくるというのは本当の救済にならないのではないか」¹²⁶と指摘した。そして、入江は海外の例を参照しつつ、「立法論として申し上げるのですが、わが国においては、最高裁判所の司法裁判所たる本質をあくまでいじしつつ、これに必要最少限度の、一般的、抽象的違憲審査権を認

¹²⁰ 佐々木惣一「國家行為の純粹合憲性に對する最高裁判所の決定權」法学論叢 61 卷 4 号（1955 年）1—30 頁。覚道豊治「最高裁判所への違憲提訴」阪大法学 6 号（1953 年）70—79 頁、檜山武夫「國民主權の下の司法權の獨立と憲法裁判權」公法研究 11 号（1954 年）20—27 頁、田畑忍編『判例憲法学』〔西尾昭〕（ミネルヴァ書房、1958 年）461—463 頁、一円一億「憲法裁判」公法研究 24 号（1962 年）43—64 頁。佐々木説の紹介とその可能性について、並河啓行「違憲審査権の性格」同志社法学 32 卷 6 号（1981 年）69—82 頁。

¹²¹ 佐々木・前掲注 120) 3—4 頁。一円・前掲注 120) 51 頁も同様の注意を促している。

¹²² 佐々木・前掲注 121) 20 頁。

¹²³ 佐々木・前掲注 121) 23—25 頁。

¹²⁴ 榎原猛「違憲立法審査制度の再検討」大石義雄先生喜寿記念論文集『日本国憲法の再検討』（嵯峨野書院、1980 年）533—567 頁。榎原は、「一般に、法律の合違憲の決定は、國家の組織、運用および國民の權利に重大な影響を及ぼすものであるから、右決定手続は、法律に依って定められていることが最も望ましい」としつつ「国会が右の法律を制定しない場合は、最高裁判所は、憲法第 77 条の規則制定権によって右關係規定を制定することができるし、そうしておくことが望ましい」とする（550 頁）。続けて、「右に関する法律ないし規則がないからと言って、最高裁判所は、警察予備隊違憲訴訟に際してなしたように、提起された法令の合憲性の獨立的審査請求を一律的に却下すべきではない」とも主張する（同頁）。

¹²⁵ 榎原・前掲注 124) 543 頁。

¹²⁶ 入江俊郎『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題——入江俊郎論集——』（第一法規、1976 年）634—635 頁。

めることとしたらどうかというように考えるのであります」¹²⁷と述べていた¹²⁸。

このように、違憲審査権の性格という論点をめぐって、様々な見解が主張されていた。しかし、この議論は次第に収束し、その後、議論の場は客観訴訟の延長線上としての抽象的違憲審査に類する制度の許容性へと移っていくことになった。後に見る警察予備隊違憲確認訴訟（最大判昭和 27 年 10 月 8 日民集 6 卷 9 号 783 頁）において、最高裁は、抽象的違憲審査を行うことは「憲法上及び法令上」根拠がないと判示することで、法令上抽象的違憲審査に類する訴訟類型を付与することが可能であるとの解釈については明確に否定しなかった（本稿Ⅲ - 1. (2) 参照）。しかし、憲法裁判制度の立法化が挫折したこと、実務が立法されていない客観訴訟は受け入れないこと、付随的違憲審査制を採用したと考える見解が通説的地位を占めたこと¹²⁹などから、議論の対象が違憲審査権の性格から、客観訴訟へと移っていったと考えられる¹³⁰。

その後、後述する佐藤幸治による問題提起がなされることとなるが、この問題提起は、学説史に位置づけると次のようになる可能性がある。前述した通り、憲法 81 条から憲法裁判所的な性格を最高裁判所に付与することが難しく、立法論として最高裁判所に憲法裁判所的な性格を付与する法案が廃案となった状況において、客観訴訟においては当然の如く、違憲審査がなされる状況にあった¹³¹。そのため、客観訴訟という訴訟類型を拡張することで抽象的違憲審査に類する制度が可能となるかが問題となることになるが、この点については、法律上の規定により抽象的違憲審査のような制度を設けることが許されるとする学説が既に議論の素地を与えていたように思われる。かかる見解を主張していた小嶋和司は、職務執行命令訴訟において違憲審査を行った例¹³²を挙げて「機関争訟を実質的な抽象的憲法裁判たらしめる可能性への途をひらいたものであった」¹³³と論じている。そし

¹²⁷ 入江・前掲注 126) 640 頁。

¹²⁸ 類似の見解として、小嶋和司「最高法規」法学セミナー 19 号（1957 年）11-12 頁参照。

¹²⁹ 清宮・前掲注 6) 371 頁、宮沢・前掲注 83) 687-691 頁、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会、1987 年）496 頁、樋口ほか・前掲注 60) 1217 頁 [佐藤幸治]、芦部・前掲注 7) 405 頁。

¹³⁰ 警察予備隊違憲確認訴訟の形成からその後の展開までを追ったものとして、笹田栄司「警察予備隊違憲訴訟——政治との距離を測る「方程式」の誕生」論究ジュリスト 1 号（2012 年）10-17 頁。他にも、違憲審査における 2 つのモデルの合一化傾向（マウロ・カペレットティ（谷口安平・佐藤幸治訳）『現代憲法裁判論』（有斐閣、1974 年））などの要素が挙げられることもある（佐々木雅寿・前掲注 115) 181 頁参照）。

¹³¹ 飯田稔「客観訴訟における違憲主張——最近の選挙訴訟を手がかりとして——」法学新報 127 卷 7・8 号（2021 年）41 頁によると「実務では早くから、客観訴訟で違憲審査を行うことが確立していた。」

¹³² 最判昭和 35 年 6 月 17 日民集 14 卷 8 号 1420 頁（いわゆる「砂川職務命令執行訴訟」以下ではこのように呼ぶ。）。

¹³³ 芦部信喜＝小嶋和司＝田口精一『憲法の基礎知識』[小嶋和司]（有斐閣、1966 年）185～186 頁。なお、尾吹善人「「客観訴訟」でも違憲審査はやめられない（砂川町長に対する職務執行命令訴訟）」『解説憲法基本判例』（有斐閣、1986 年）16-21 頁によると、この議論は、当時の行政法学者の注目を集めていたことがわかる（砂川職務命令執行訴訟及びその一連の判決を扱うものとして、金子宏「行政機関及び公務員の服従義務について」自治研究 34 卷 11 号（1958 年）、今村成和「判批」判例評論 340 号（1963 年）、山内一夫「東京地判昭和 38 年 3 月 28 日行政事件裁判例集 14 卷 3 号 562 頁判批」自治研究 41 卷 5 号（1965 年）南博方「最判昭和 35 年 6 月 17 日民集 14 卷 8 号 1420 頁判批」民商法雑誌 44 卷（1966 年）106 頁など）。

て、この小嶋の指摘は、上述した佐藤の問題提起においても引用されており¹³⁴、したがって、佐藤は明らかに小嶋の指摘を念頭に置いている。実際にこの問題が学説上活発に議論されるのは1980年代の佐藤の問題提起以降なのであるが、戦後初期の学説が80年代の議論の素地を与えていたことは留意しておく必要があるだろう。

(6) 小括

以上の諸議論を踏まえて、用語の整理をしておく。この章で問題となっているのは、「事件性」「法律上の争訟」「主観訴訟・客観訴訟」である。事件性とは、憲法上の要件として、司法権を限界づけるものと捉えられた。これに対して、法律上の争訟は、裁判所法上、司法権を限界づけるものとして捉えられた。両者とも、論者によるが、簡単にいえば、具体的な権利義務の争いがなされるものと定義されていた。前二者に対して、主観訴訟・客観訴訟は、訴訟目的二分論を前提に、主観訴訟が個人の権利保護を目的とするものと定義され、客観訴訟は、公共の利益の保護を目的とするものと定義された。このように、訴訟の対象についての議論と、訴訟目的の議論という次元の異なる議論がまとめて問題となり¹³⁵、「事件性」＝「法律上の争訟」＝「主観訴訟」という定式が導かれた。

ここで、戦後初期の議論を簡単にまとめると、3つの特徴があったことが分かる。

第一に、司法権の範囲は、戦前期には、民事訴訟と刑事訴訟に限定されていたが、戦後になって、民事訴訟と刑事訴訟だけでなく、行政訴訟にも拡張された。しかし、この拡張によって、逆に、司法権の限界を模索する必要性を生じさせ、民事訴訟を中心として、行政訴訟を観念することが主流となっていった。この副作用により、行政訴訟を民事訴訟に寄せて考えることとなった。

第二に、第一の点と関連して、主観訴訟を司法権と同一視することで、客観訴訟が司法権の範囲から放逐されることとなった。この現象は刑事訴訟を司法権の分析において考慮しなくなったことと同時進行したように思われる。そのため、客観訴訟の分析にあたっては、刑事訴訟の分析まで含めることが今後必要であると思われる¹³⁶。

第三に、戦前期においては、違憲審査の可否が争われていたが、戦後期においては、違憲審査が可能であることを前提に、抽象的違憲審査の可能性がまず争われ、その後客観訴訟における違憲審査の可能性が争われることとなった。この第三の点については、これまでに述べた以上に、1980年代から徐々に論争が展開していったため、次の章に委ねる。

3. 通説形成後の問題提起

1980年代になると、客観訴訟における違憲審査について、憲法上どのように正当化することができるかという点に関心が向けられるようになった。この口火を切ったのは佐藤幸

¹³⁴ 佐藤・前掲注12) 21頁・脚注6。

¹³⁵ 訴訟に関するものではないが、行政行為を題材に、対象と目的の違いについて論じたものとして、近藤昭三「フランス国務院と権力濫用の法理」法政研究27巻2=3=4号(1961年)340頁参照。

¹³⁶ なお、本稿では、能力的制約及び紙幅の関係上、問題提起に留めておきたい。

治であった。佐藤は、「日本国憲法上の司法権がアメリカ流であるといいつつ、両者の間には相当の開きがあるということ、その開きについて憲法論的に果してどこまで十分に説明されてきたか疑問である」¹³⁷と指摘した。そして、「通説は、……『民衆訴訟』・『機関訴訟』のいわゆる『客観訴訟』について、立法政策上の見地から設けられたものと解してこれを是認し、その合憲性に議論の余地のありうることの言及がない」¹³⁸点を問題視し、「かかる論法によるならば、いわゆる抽象的違憲審査制を法律で設けることも、立法政策の問題と化さないか」¹³⁹と問題提起をした。

そこで、現行行政事件訴訟法上の客観訴訟について、司法権に含まれるか否かについて争いが生じ、この争いが「司法」とは何か、という大きな問題へと発展することで、多様な見解が主張されるに至った。もっとも、本稿では、そのすべてを扱うことができない。そこで、まず、論争の火付け役となった佐藤幸治の司法権論¹⁴⁰を確認した後、司法権の中核として佐藤と同じく事件性を維持・拡張する見解を採った野坂泰司・野中俊彦の司法権論、佐藤と親和的な同心円理論を採用する中川丈久、宍戸常寿の司法権論を確認する。そして、佐藤と異なり事件性を司法権の中核に据えない見解を主張する高橋和之の司法権論を概観する¹⁴¹。さらに、行政法学説から、客観訴訟を主に検討する見解を紹介する。具体的には、小早川光郎の客観訴訟を非主観的訴訟と呼ぶ立場、および村上裕章の法的問題の観点を基準とする立場を参照する。

(1) 佐藤幸治の司法権論

佐藤は、美濃部と佐々木の議論を通じて、戦前における司法権概念の論争の対立軸を歴史的概念構成¹⁴²と理論的概念構成との対立にみた¹⁴³うえで、司法権の理論的概念構成を追及するべきとの立場を打ち出し、裁判と司法の関係について論じる¹⁴⁴。佐藤は、裁判と司法について、三日月章¹⁴⁵と兼子が指摘する、裁判は法律に先行していたことを踏まえ、『裁判』

137 佐藤幸治「司法権の観念について」『日本国憲法の再検討 大石義雄先生喜寿記念論文集』（嵯峨野書院、1980年）531頁。

138 佐藤・前掲注12）4頁。

139 佐藤・前掲注12）4頁。樋口ほか・前掲注82）〔佐藤幸治〕1220－1221頁。

140 渡辺康行「「法の支配」の立憲主義的保障は「裁判官の支配」を超えうるか」『岩波講座 憲法1 立憲主義の哲学的問題地平』（岩波書店、2007年）53頁以下（同『憲法裁判の法理』（岩波書店、2022年）100頁以下）が京都学派について、法哲学の見地を考慮しつつ、非常に重厚な議論がなされていることを指摘している。

141 芹沢齊＝市川正人＝阪口正二郎『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社、2011年）404－405頁〔笹田栄司〕が非常にコンパクトにまとまっている。また、行政法学者による整理として、村上裕章「客観訴訟と憲法」『行政訴訟の解釈理論』（弘文堂、2019年）73－88頁を参照。

142 宮沢俊義「司法作用の概念」警察法研究7巻1号（1936年）同「司法作用の観念」『憲法と裁判』（有斐閣、1967年）42頁は、「司法作用の実質概念を理論的に構成しようとする企図は到底成功の見込はないといわなくてはならない。司法作用の実質概念はただひとえに歴史的にのみ構成せられうる」とのべる。

143 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）16頁。

144 佐藤・前掲注143）32－35頁。

145 三日月章『法学入門』（弘文堂、1982年）18頁。

から『司法』へという時代の流れを概観して¹⁴⁶、最終的に、「司法は、佐々木のいうように、基本的に『法を宣言して、法を維持する作用』として把握されるべきもの」¹⁴⁷とした。そして、佐藤は、フラー（Lon L. Fuller）が裁判を「社会的秩序づけの一形式」¹⁴⁸と捉え、4つの裁判の特質¹⁴⁹を挙げることに着目して¹⁵⁰、フラーの見解と兼子の見解において「拘束力ある第三者の判定ということが核になっていた」¹⁵¹ことを考慮して、以下のように司法権を定義した。

すなわち、『司法権』とは、具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利義務をめぐって理をつくして真剣に争うことを前提にして、公平な第三者たる裁判所がそれに依拠して行う法原理的な決定に当事者が拘束されるという構造である」¹⁵²ということであった。

次に、事件性の要件の存在理由について、アメリカ合衆国憲法を前提に、ブリルメイヤー（Lea Brilmayer）の所説を参照した¹⁵³うえで、客観訴訟の位置づけへと議論を展開した。アメリカにおける議論¹⁵⁴を参照したうえで、次のように指摘した。

『司法権』の“本質”ともいうべきものを核としつつ、その周りには法政策的に決定すべき領域が存在している。行政事件訴訟法における『客観訴訟』の創設とか、非訟事件の裁判権の付与等は、そうした観点から位置づけることができると解される。ただ、その場合、ときには解されがちなように、すべて立法政策に委ねられるということではなく、かかる権限の付与の仕方とか付与される権限の種類・性質とかについてなお憲法上問題とされなければならないと解される。それは、『司法権』の核との親和性の問題であり、筆者のいう『法原理部門』としての裁判所の基本的性格にかかわってくる問題である。すなわち、付与される作用は裁判による法原理的決定の形態になじみやすいものでなければならず、その決定には終局性が保障されるものでなければならないと解される。」¹⁵⁵

この佐藤の見解にはいくつかの批判がある。まず、駒村圭吾は、「事件・争訟性のカケラもないところに、それがあると看做すということであれば、事件・争訟性を司法の核心

¹⁴⁶ 佐藤・前掲注 143) 37-40 頁。

¹⁴⁷ 佐藤・前掲注 42) 42-43 頁。

¹⁴⁸ 佐藤・前掲注 143) 54 頁。

¹⁴⁹ 佐藤・前掲注 143) 55 頁によると、フラーは、裁判の特質として次のものを挙げる。第一に、裁判は証拠と推論に基づく弁論とを提示する機会を与える参加方式を、関係当事者に付与する一つの決定過程であるということである。第二に、それ故に、訴訟当事者は、その参加を意味あるものにしようとするならば、彼の弁論が妥当なものであり、証拠が適切なものであるということをつかせるような原理ないし諸原理を主張しなければならないということである。第三に、むき出しの要求は、権利の主張が原理によって支えられた要求であるという点で、この権利の主張とは区別されるということになる傾向があるということである。

¹⁵⁰ 佐藤・前掲注 143) 55 頁。

¹⁵¹ 佐藤・前掲注 143) 57 頁。

¹⁵² 佐藤・前掲注 143) 57-58 頁。

¹⁵³ 佐藤・前掲注 143) 72 頁以下。

¹⁵⁴ 佐藤・前掲注 143) 100-109 頁。

¹⁵⁵ 佐藤・前掲注 143) 126 頁。

として重視した姿勢は脆くも崩れ去る」¹⁵⁶と指摘する。次に、「法原理的決定の形態になじみやすい」との限定がどこまで認められるのか不透明ともいえる¹⁵⁷。後者の点につき、佐藤は、「①憲法にいう実質的意味の司法権を核として、それに加えて②立法府が、司法権を行使する裁判所にふさわしい権限として立法政策上付与するものがありえ、しかし③裁判所に付与しえない（裁判所として受けてはならない）ものもある、という構造で捉えるべきではないか」¹⁵⁸と述べる。この見解は、後述する同心円理論とそれほど差がない見解のように思われる。もっとも、この見解に対してもう一つ指摘すべき批判としては、「事件性」の要件の枠外にあり、「司法」に含まれない客観訴訟の制度がなぜ裁判所の権限として認められているかにつき詳細な論理構成が求められるということである¹⁵⁹。他にも、渋谷秀樹は、「司法は、個人の人格的自律が自覚される前から、つまり、さかのぼると人権概念が成立する以前から存在していたという歴史的事実をどのように説明するのか」という問題点、そして法原理部門というけれども、立憲主義そのものが『法の支配』の原理を具体化するものであり、行政部のみならず立法部も憲法で定められた法原理の下で活動しなければならない、ということとの整合性をどう説明するのかという問題点を指摘できる」とし、さらに、「憲法以下の法規範にいかにか拘束されるかは、その規範の性質によって決定されるのではないか、また政府機関によって異なるとしても、それは規範の規定の仕方によって決定されるのではないか、という問題点も指摘することができる」¹⁶⁰と批判している。

（２）事件性を拡張する見解（野坂泰司・野中俊彦）

野坂泰司も佐藤と同じく、事件性を維持する方向性で司法権を解釈した¹⁶¹。憲法上の司法を、具体的事件の法的解決の作用として捉えつつ、「事件」を「法律上の争訟」よりも広い概念として捉え直した¹⁶²。野坂は、「司法権は、『法律上の争訟』を中核としながらも、それを超えた射程をもつことになると同時に、『具体的な争いの法的解決』の作用で

¹⁵⁶ 駒村圭吾「非司法作用と裁判所 — 「事件性の擬制」というマジノ線」法学教室 327号（2007年）44頁、同様の批判として、野坂泰司「憲法と司法権」法学教室 246号（2001年）45頁、石川健治「トポスとしての権利侵害論—司法権の自己同一性論との関連で」法学教室 327号（2007年）51頁。

¹⁵⁷ 野坂・前掲注 156）44頁。長谷部恭男「司法権の概念——「事件性」に関する覚書」ジュリスト 1400号（2010年）9頁は、佐藤の見解に対して、「「具体的な国家の行為」とはどのような意味で具体的であればよいのか」「「裁判による決定になじみやすい」とは何を意味するのか」等については、「何が司法権を基礎づけるのかよりはむしろ、事件性の概念が何を排除してきたかという、この概念が果たしてきた消極的機能に着目する個別の検討が必要となるように思われる」と指摘する。

¹⁵⁸ 佐藤幸治『日本国憲法論 [第2版]』（成文堂、2020年）637頁。

¹⁵⁹ 同様の疑問として、高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、2017年）35頁、野坂・前掲注 156）44頁。長谷部恭男も「どこまでを法律の定めによって司法権の対象とすることが認められるかという問題への回答の定式化としては、理由と結論との距離が若干遠い感がないでもない」と指摘する（長谷部恭男「司法権の概念——「事件性」に関する覚書」ジュリスト 1400号（2010年）9頁）。

¹⁶⁰ 渋谷秀樹「司法の概念についての覚書き」立憲法務研究 3号（2010年）46頁。

¹⁶¹ 中谷実「司法権の観念」法学教室 121号（1990年）106頁は、通説的立場と流動説（抽象的違憲審査を含むまでに流動的に司法権を捉える学説）、佐藤幸治説と野中説をそれぞれ紹介し、図示している。

¹⁶² 野坂泰司「警察予備隊違憲訴訟判決」同『憲法基本判例を読み直す（第2版）』（有斐閣、2019年）23頁。

あることを要するという意味では『事件性』によってその範囲を画される」とする¹⁶³。そして、「事件性」という概念により客観訴訟の限界を画する¹⁶⁴とし、「……少なくとも現行の客観訴訟のような訴訟類型は、そこに具体的な公権力の行為があり、それをめぐって争いが生じていることからして、司法権ならざる権限ではなく、ここで理解された司法権そのものに含まれるということになる」¹⁶⁵と主張した。

この見解の難点は、「事件性」要件が必要となる理由を通説の見解や判例と整合的である¹⁶⁶こと以上に述べられていない点にある。この見解に対して、佐藤は、「裁判所法が憲法上の司法権を縮減しているということになり、何よりもそのこと自体が憲法上許されないことと解すべきではないかと思われる」¹⁶⁷と批判している。

野中俊彦は、現状法定されている客観訴訟は、「建前としては（あるいは形式的には）客観訴訟として設定されているが、実は提訴者の法律上の利益を満たしており、実質的には抗告訴訟の要件を満たしていると解することもできるのではないか」¹⁶⁸との議論から出発し、選挙無効訴訟や住民訴訟、職務執行命令訴訟が事件性を有しているのではないかと問題提起をした¹⁶⁹。もっとも、この見解に対しては、安念潤司は、「機関訴訟を主観訴訟だと観念するのは、いかにも強弁の感を免れない」¹⁷⁰と批判している。また、松井茂記も、「野中教授の見解では、具体的事件を契機にしてという要件の中に原告適格の要件が入っているように思われるが、具体的にどの程度の要件なのか疑問があ」¹⁷¹ると述べている。

もっとも、野中の戦略は、抽象的違憲審査の概念把握へと向かい、客観訴訟における違憲審査を抽象的違憲審査から外す方向へと向かっていた。野中は以下のように述べる。

「通説が違憲審査制の性格論において否定する抽象的違憲審査制と客観訴訟における違憲審査の認容との間には実はかなりの距離がある。前者は法律の効力をその公布とともに直接に違憲審査の対象とする制度であり、始めに述べたような意味での『典型的な』抽象的違憲審査権を認める制度である。これに対して、客観訴訟における違憲審査は、公権力

¹⁶³ 野坂・前掲注 156) 47 頁。渋谷・前掲注 160) 51 頁も「司法につき憲法が画定する外延を明示する必要がある」としたうえで、「その概念こそが、事件性の要件になるのではないか」とし「ここでいう事件性の要件は、『法律上の争訟』よりも広いもの、すなわち「具体的な法的紛争」の存在を要求するもの」としている。

¹⁶⁴ 野坂・前掲注 156) 48 頁。なお、用語法の難点については、野坂・前掲注 156) 47 頁において、本人が認めている。この点について、南野森は、「事件性」をより広い概念として捉え直すよりも、「具体的争訟」は「法律上の争訟」よりも広い概念として再定義されることとなるといえ、用語法の混乱を招くことなく野坂の趣旨を維持できると述べている（南野・前掲注 5) 183 頁）。

¹⁶⁵ 野坂・前掲注 156) 47 頁。

¹⁶⁶ 野坂・前掲注 162) 21-23 頁。

¹⁶⁷ 佐藤・前掲注 158) 637 頁。

¹⁶⁸ 野中俊彦「司法の観念についての覚書き」杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『二一世紀の立憲主義』（勁草書房、2000年）435 頁。

¹⁶⁹ 野中・前掲注 168) 436-437 頁。

¹⁷⁰ 安念潤司「司法の観念」『憲法の争点』（有斐閣、2008年）251 頁、南野・前掲注 59) 179 頁。

¹⁷¹ 松井茂記「『国民訴訟』の可能性について」高田敏先生古稀記念論集『法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、2007年）394 頁。

の具体的な行為をあくまでも前提とし、これをめぐる紛争の解決に必要な限りでのみ行われるのである。そこでは直接に法律の違憲・合憲が争われるのではなく、直接争われるのはやはり具体的な行為なのである。法律に基づく具体的な国家行為についての訴訟の中でそれに付随して違憲審査が行われるにすぎない。」¹⁷²

このように野坂と野中は、野坂が事件性概念を拡張する形で、野中が抽象的違憲審査制を縮小する形で、それぞれ客観訴訟を司法権の概念の枠内に入れる試みであるといえる。このような両者のアプローチの違いがあるにもかかわらず、客観訴訟が司法権の枠内にあることを正当化する理由として述べられているのは、「公権力による具体的な行為があること」である。

(3) 同心円理論 (中川丈久・宍戸常寿)

中川丈久は、「立法権」や「行政権」「司法権」などの概念につき、憲法は確定的な答えを用意しているのではなく、「一定の幅をもって伸縮しうる概念であることを予定しているのではないだろうか」との問題提起を行ったうえで、『司法権』の概念は、その外周(最大領域)とコア(最小領域)の間に、中間領域が広がるという、ドーナツ(同心円)構造をとると考えられないであろうか」と主張した。その上で、中川は、「外周とコアの間の中間領域において裁判所がどう行動すべきかについて、憲法は、特段の指示を与えるわけではない。中間領域において裁判所がどう行動するかは、裁判所自身の見識と、法律による立法政策的介入とが交錯する中で形成されると考えるほかない」¹⁷³とした¹⁷⁴。そして、客観訴訟は、「司法権」の中間領域に位置づけられ、「国会(および内閣)が法律により、行政活動を争う訴訟に関して『司法権』の中間領域に介入したもの」¹⁷⁵とした¹⁷⁶。

この見解は、憲法の歴史を振り返ってみても、少しずつ「司法権」の範囲が広がってきており、その内容が確定的ではないことと整合的であり、客観訴訟を「司法権」の中に入れて解釈することができる。しかし、この見解によると、立法政策による介入の限度が最大領域を意味し、立法に与えられた裁量の余地が大きすぎるのではないかと考えられる。また、「中間領域において裁判所がどう行動すべきかについて、憲法は、特段の指示を与えるわけではない」と本当に言えるのだろうか。この点についても、憲法的観点から考慮する必要がある、もう少し権力分立の観点から精査するべきであると思われる。

¹⁷² 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』(有斐閣, 1995年) 26頁。

¹⁷³ 中川丈久「行政事件訴訟法の改正 ―その前提となる公法学的営為―」公法研究 63号(2001年) 127頁。

¹⁷⁴ 中川は、中間領域について国会が立法政策的介入をできるとしたうえで、中間領域における立法による介入と裁判所の見識の優劣は、法律の方が優位すると、とりあえず考えておくとしている。

¹⁷⁵ 中川・前掲注 173) 129頁。

¹⁷⁶ 中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟」法学教室 375号(2011年) 107頁は、自説について、「司法権＝法律上の争訟」を等号でつなぎつつ、「客観的訴訟も司法権＝法律上の争訟の範囲内である」と解説している。しかし、このように解してしまうと、裁判所法3条の「その他法律において特に定める権限」が空文化する。司法権＝法律上の争訟の等式を拡張し、司法権＝法律上の争訟＋客観訴訟と捉えた方が裁判所法との関係では妥当であると思われる。

もつとも、伝統的通説が「司法権」が時代や土地によって変化しうることを認めながらも、「司法権」を硬直的にしか解釈できなかったのに対し、中川が唱えた同心円理論は、そのコアと最大領域を観念したうえで伸縮可能と解し、行政事件を民事事件とは異質なものとして「司法権」の枠組みに統合できた点については画期的だったといえるだろう。そして、憲法事件を他の実定法事件と区別した上で、憲法事件における「司法権」の解釈を同心円理論により行ったのが宍戸常寿である。

宍戸は、まず、行政事件につき、『法律による行政』を基本原理とすることに相応して、違法な行政活動による国民の権利・利益侵害の救済をコア、純然たる行政の適法性の統制を外周として、一定程度の伸縮をもったものとして、行政裁判は観念されるべき¹⁷⁷とする。次に、憲法事件のコアにつき、民事・刑事・行政の各事件のコアを参考にしたうえで定義する。いわく、民事・刑事・行政の各事件のコアの共通部分は「①法の解釈・適用に関する争いであり、しかも②当事者の利益に何らかの形で関わる争い」である。これを、憲法が国家権力から国民の自由・権利を保障する法との観点から当てはめると、「①憲法第3章の解釈・適用に関する争いであって、②国民の権利・利益に関わるもの」が憲法事件のコアであると考えている¹⁷⁸。宍戸がもう一つ憲法事件のコアと考えているのは、「国家機関相互の利益に関する争い、あるいは国または地方公共団体の利益に関わる争い」¹⁷⁹である。そして、コアと外周との間に「司法権行使のあり方が憲法上一義的には確定されない中間部分が広く横たわっていることになる」¹⁸⁰とし、その問題の解決として、「問題となる事案・手続が、同心円構造における中心からどの程度離れているかに応じて、形成の必要性・許容性と内容を判断」する。具体的にその距離を測る尺度は、「各法分野における争訟裁決の必要性と有用性、そして憲法裁判・行政裁判の場合にはそれと並んで、法的統制の必要性と有用性の観点」を用いるのだという¹⁸¹。

宍戸の同心円理論は、中川の同心円理論を基礎としつつ、行政事件と憲法事件を分離した点や、機関訴訟を憲法事件のコアと捉えた点で重要な問題提起をおこなったといえる。しかしながら、いくつかの難点も指摘できると思われる。まず、中川は、紛争主題が実体的請求権によって構成される訴えと、行動糾弾型によって構成される訴え（「被告の行動を糾弾するという形で捉える」訴訟のことをいう。例として、刑事訴訟が挙げられる¹⁸²。）を区別し、「行政法と呼ばれる法領域は、行政活動を創出し規律する法律群……であるから、常に、紛争主題を実体的請求権として構成できるわけではない」¹⁸³としている。このことを前提として、『法律上の争訟』概念について、紛争主題の部分を、『権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争』とパラフレーズすること

177 宍戸・前掲注11) 29頁。

178 宍戸・前掲注11) 29頁。

179 宍戸・前掲注11) 30頁。

180 宍戸・前掲注11) 32頁。

181 宍戸・前掲注11) 32頁。

182 中川・173) 132-133頁。

183 中川・前掲注173) 134頁。

は、『司法権』ないし『一切の法律上の争訟を裁判……する』という概念（訴訟要件の判定の次元）のコアの、さらに一部を例示しているに過ぎない」と指摘している。この指摘から分かる通り、宍戸が憲法事件のコアの確定の作業において民事・刑事・行政事件の共通部分を模索した手法は、中川の考える「司法権」のコアとズレが生じると思われる。また、民事・刑事・行政事件の共通項がなぜ憲法事件においてもコアといえるかについては明らかであるとはいえない。そして、同心円理論における中間領域にある事件の審査につき、争訟裁決の必要性和有用性と法的統制の必要性和有用性の観点をを用いるとの基準は、裁判官にとってあまりに漠然としているといえないだろうか。加えて、中川・宍戸の同心円理論は、コアと外延を構想するにあたり、主観訴訟をコアと捉え、主観訴訟が抽象的違憲審査と距離のある訴訟として措定されている。もっとも、立法不作為の国家賠償請求訴訟など主観訴訟の一部は、抽象的違憲審査と隣接すると考えられる。そのため、抽象的違憲審査と隣接する主観訴訟を構想できない点も同心円理論の難点として指摘できる。

（４）事件性を放棄する見解（高橋和之）

1980年代に佐藤によって提起された論争は、後に「法の支配」論争へと議論が波及する。この論争で、佐藤と論争を繰り広げたのは高橋和之であった。そこで、高橋の司法権論を概観する。

高橋は、佐藤の「司法」の本質的要素として「事件性」要件を維持しようとする見解に対し、「基本的な考え方について私には特に異論はない」¹⁸⁴とした。しかし、佐藤がいう、「立法府が、司法権を行使する裁判所にふさわしい権限として立法政策上付与するものがありえ」¹⁸⁵との見解に対して、「立法政策上付与することが可能であることを前提としてしまい、憲法上なぜ可能と考えるかの説明はない」¹⁸⁶と疑問を呈していた。そこで、高橋は、佐藤の見解や通説的見解の上記不整合を解決するために、独自の見解を提示した。高橋は、各権力相互の関係をいう「ヨコの関係」と国民と権力との関係をいう「タテの関係」を区別する¹⁸⁷。「ヨコの関係」について、三権分立は、法の支配を組織化・制度化することを狙いとしているとしたうえで、法定立機関・法執行機関・法裁定機関の分離が必要となり、それぞれが立法権・行政権・司法権に対応するものとする¹⁸⁸。そして、「法の支配により国民の権利を保障するために、権力が従うべき法の内容が、権利を保障するものとなっていなくてはならない」としたうえで、「法定立の場面に諸権力が介入し相互にチェック・アンド・バランスを行うように制度が設計される」¹⁸⁹とする。そして、以上の理解から、高橋は、「司法は受動的な権力として理解されている」ことと「訴訟が提起されても、それが具体的な権利義務の存否に関する争いでない限り、司法権は発動

184 高橋・前掲注 159) 35 頁。

185 佐藤・前掲注 158) 637 頁。

186 高橋・前掲注 159) 35 頁。この疑問は、中川に対しても妥当する。

187 高橋・前掲注 159) 35-36 頁。

188 高橋・前掲注 159) 36 頁。

189 高橋・前掲注 159) 36-37 頁。

できない」¹⁹⁰ことを指摘する。さらに、「タテの関係」として問題となるのは「裁判を受ける権利」であるとし、「事件性の要件は裁判を受ける権利により置き換えうる」¹⁹¹とする。以上の考察から、司法権とは「適法な提訴を待って、法律の解釈・適用に関する争いを、適正な手続の下に、終局的に解決する作用」¹⁹²となる。

この定義について、「適法な提訴」とは何を意味するのか¹⁹³、「法律によって誰にでも提訴権を与えてよいのか」という論点は残る」から憲法問題を消失しえない¹⁹⁴といわれている。また、高橋の上記見解は、各国の憲法制定史に触れ、日本が立憲君主政モデルから国民主権モデルへと移行したことから、行政権を法執行作用に限定する考え方に立脚しており、この点は学説上も争いがあることから賛同が広がらなかった理由といえよう。さらに、渋谷は、「高橋の定義には、根本的な問題があるように思われる」¹⁹⁵として、2つの問題を挙げる。「第1に、司法の存在理由は、その主体が政府機関であろうと、私人であろうと、具体的な紛争の解決であるにもかかわらず、これを司法の中核的機能としてとらえていないこと、第2に、実体的な権利が存在するということは、その権利が侵害されたときには裁判所による救済が保障される、つまりそこでいわれる提訴権が当然含まれているということの意味するのにこれをことさらに定義の中に明示していることにある」¹⁹⁶とする。加えて、長谷部恭男は、高橋説について「この立論の弱点は、常にこの結論が妥当するかが明らかでない点にある」¹⁹⁷と指摘する。すなわち、「現行法で認められている住民訴訟や選挙無効訴訟については、憲法の想定した勢力バランスを壊すものとはまでは言えないかも知れない。しかし、このことは、高橋教授の示す司法権の定義に当てはまる『司法作用』のすべてについて当然にいい得ることではないであろう」¹⁹⁸と指摘している。

(5) 客観訴訟を非主観的訴訟と捉える見解（小早川光郎）

行政法学説では、客観訴訟の観点から、司法権を再構成しようとする試みが確認できる。

小早川光郎は、客観的訴訟について「主観的訴訟でないという、消極的な共通点にすぎない」のに、「客観的訴訟」という表現を用いることによって、たとえば、あれこれの制約なしに行政運営の客観的な適正さを全体として問題とすることのできる訴訟なのだというような誤解……を生ずる可能性があるとするれば、それは望ましいことではない」¹⁹⁹

190 高橋・前掲注 159) 37 頁。

191 高橋・前掲注 159) 38-39 頁。

192 高橋・前掲注 159) 35 頁。

193 佐藤・前掲注 158) 637 頁。

194 毛利透「客観訴訟と司法権」曾我部真裕＝赤坂幸一＝新井誠＝尾形健編『憲法論点教室 [第2版]』（日本評論社，2020年）184頁。

195 渋谷・前掲注 160) 47 頁。

196 渋谷・前掲注 160) 47-48 頁。

197 長谷部・前掲注 157) 10 頁。

198 長谷部・前掲注 157) 10 頁。

199 小早川光郎「非主観的訴訟と司法権」法学教室 158号（1993年）98頁。

とを理由に、「非主観的訴訟」と呼んだ。そして、小早川は、「非主観的（客観的）訴訟は法律上の争訟にあたらぬ」という言いかたがされることがあるが、それは必ずしも誤りではないにせよ、少なくとも不正確であろう²⁰⁰と述べた。その理由として、「一般的に主観的訴訟といい非主観的訴訟というのは、それぞれ、訴訟手続として定められた一定種類のものに指すのに対し、法律上の争訟とは、訴訟手続によって処理されるべき争いのレベルでの観念だからである²⁰¹と論じていた。

この学説は、「法律上の争訟」と主観訴訟・客観訴訟峻別論とが、議論のレベルを異にするものであることを正確に述べていた²⁰²。

（6）法的问题の観点から「法律上の争訟」を捉える見解（村上裕章）

さらに、行政法学説において、上記の見解と一線を画するものとして、村上裕章の見解がある。やや難解であるが、これについて概観してみたい。

村上は、フランスの越権訴訟を精査し、「訴訟目的の観点と法的问题の観点を、日本法においても区別すべきではないか」との問題提起を行ったうえで、この区別によって「わが国の解釈論に見られる混乱をある程度解消することができるのではないかと思われる²⁰³と述べる。そして、主観訴訟・客観訴訟峻別論について「ある訴訟制度が国民の権利保護を目的とするか、行政の適法性の維持を目的とするかは相対的な問題であって、結局は量的な差異にすぎないのではないかということ」及び「そもそも二つの訴訟目的が互いに背反し合う関係にあるかどうかも疑問である」ことの2つの問題点を挙げる。その上で、「そもそもわが国において主観訴訟・客観訴訟という用語を用いる必要があるかが疑問である」とし、「裁判所法三条にいう『法律上の争訟』に当たるかどうかによって分類すればよいのであって、曖昧で傾向的な訴訟目的の概念をあえて持ち出す必要はないように思われる²⁰⁴と指摘する。

その上で、村上は法的问题の観点から検討を加え、この観点からは、「実体的な主観的権利の存在を肯定する見解」（「実体法的構成」）と、その存在を「否定する見解」（「訴訟法的構成」）に分ける。そして、実体法的構成の難点を指摘したうえで、訴訟法的構成をとる前提として、私的自治の支配する私法関係と異なり、行政法関係では、行政庁による一方的介入が行われることを指摘し、不法行為訴訟における損害賠償請求権の方が行政法

²⁰⁰ 小早川・前掲注 199) 99 頁。

²⁰¹ 小早川・前掲注 199) 99 頁。ただし、小早川は、これに続けて、「主観的訴訟・非主観的訴訟の観念と法律上の争訟の観念とが互いに密接に関連しあうものであることは否定しえない」と続ける。

²⁰² 非常に興味深いことに、小早川は、戦前における宮沢の見解、すなわち、主観訴訟として民事訴訟を例に挙げ、客観訴訟として刑事訴訟を例に挙げる見解（詳しくは本稿 II-1. (2) 参照）について、「きわめて明晰である」と論じていることである（小早川・前掲注 199) 98 頁）。このように、小早川が、戦前期の刑事訴訟を客観訴訟として位置づけていた見解を認識していたことが、主観訴訟・客観訴訟（非主観訴訟）峻別論と法律上の争訟との議論のレベルの違いの指摘につながっている可能性がある。

²⁰³ 村上・前掲注 50) 248 頁。

²⁰⁴ 村上・前掲注 50) 249 頁。

関係には近いことを指摘する²⁰⁵。その結果、訴訟法的構成により「原告の範囲は権利の存在によって当然に確定されるわけではなく……原告適格の範囲は、従来の権利概念に縛られることなく、憲法上の国民の地位（特に憲法 32 条の裁判を受ける権利）を考慮して合理的に定められなければならない」こと、原告適格が権利と切断されることで、本案と権利との関係も切断される²⁰⁶。

このように、村上は法的問題の観点から、訴訟目的二分論を採用しないこととすることで、取消訴訟の訴訟物と原告適格の地位を切断する。では、不法行為構成というのが何を指すのかについて、村上は、末弘巖太郎の見解²⁰⁷を参照する。末弘によると、「権利」には積極的に権利内容の実現をなしうることを意味すると同時に、第三者が権利者の権利実現を妨害すべき行為をしてはならないという消極的側面もある²⁰⁸。末弘は、法律がこの消極的側面のみを規定していることも稀ではなく²⁰⁹、民法 709 条にいう「権利」侵害は、「廣く民法其他一般法令に於て一般第三者に不可侵義務を負はしむることによつて保護を與へて居るものと認むべき利益はすべて之を第七百九條の『権利』と見るべ」²¹⁰きとする。村上は、契約等が存在しない行政法関係において、この末弘の見解を持ち込み、「権利なる概念は本来限定された目的の爲に構成されたものであって、これによってすべての訴訟の可否を決することはできない」²¹¹とする。そして、村上は、「司法権（裁判権）の範囲を『権利義務に関する紛争』によって画することは必ずしも自明ではなく、「むしろ、（法技術的な意味における）権利が問題となっていない場合であっても、裁判によって解決するに値する程度の具体的な争いがあり、それが法的に解決可能であるならば、『法律上の争訟』の存在が肯定され、司法権の介入が要請されると考えるべき」²¹²と主張する。

（7）小括

上記以外にも、多くの見解が学説上挙げられている²¹³が、本稿で取上げていないものについては、本稿で取上げた見解と類似するものであるか、又は司法審査の範囲を画定するという本稿の問題関心と必ずしも重ならないもの、あるいは比較法に重点をおいており本稿の問題関心と離れるものが多いため、本稿では取り上げない。

本稿で扱った学説を整理すると以下のようになると思われる。

²⁰⁵ 村上・前掲注 50) 251-254 頁。

²⁰⁶ 村上・前掲注 50) 255-256 頁。

²⁰⁷ 末弘巖太郎『民法講話 上巻』(岩波書店, 1926 年) 112-117 頁。

²⁰⁸ 末弘・前掲注 207) 112-113 頁。

²⁰⁹ 末弘は、身体・自由・名誉を挙げる（末弘・前掲注 207) 113 頁）。

²¹⁰ 末弘・前掲注 207) 115 頁。

²¹¹ 村上・前掲注 50) 253 頁。

²¹² 村上・前掲注 50) 253-254 頁。

²¹³ 憲法学説と行政法学説の双方を検討するものとして、杉井・前掲注 25) 118-126 頁、村上裕章「客観訴訟と憲法」・前掲注 39) 73-88 頁、互理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力=小早川光郎=芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』(有斐閣, 2008 年) 1-27 頁も非常に示唆的である。

まず、佐藤幸治の見解は、あくまで「司法権」＝「事件性」＝「法律上の争訟」という定式を崩さず、事件性を定義し、これを擬制する形で、客観訴訟についての権限を裁判所に付与することが許容されると説く。つまり、客観訴訟はあくまでも司法権ではないことになる。そのため、佐藤は、中川の同心円理論を参照している²¹⁴が、佐藤は、客観訴訟をあくまで司法権の内部に収めないが、中川は、客観訴訟を司法権の内部に収める点で埋めがたい違いがあるように思われる。

これに対して、その後の学説（野坂・野中）は、事件性の要件を拡張する方向で議論がなされ、「司法権」＝「事件性」＝「法律上の争訟」＋客観訴訟という枠組みを提示する。しかし、これらの見解は、客観訴訟を司法権に含めることに成功しても、許容される客観訴訟の限界を示すことができずにいると思われる。この点について、抽象的違憲審査を縮減する形で挑戦したのが野中であつたが、「具体的な行為」が争われることに限界を求めることで満足して良いのか、という問題がある。特に、内閣総理大臣による靖国神社参拝行為は、具体的な行為が争われているものの、裁判所は、訴訟として受理しないこととしている。野中のように考えると、客観訴訟として司法権に含まれる訴訟が受理されないという帰結を招くように思われる（本稿Ⅳ-1. 参照）。

これ以外にも、判例は明らかに事件性を維持しようと試みていることから、事件性を放棄する見解を判例が採用しているとは考えにくく、本稿では紹介だけにとどめる。

これら憲法学説に対して、行政法学説からは、客観訴訟を起点とした分析²¹⁵が試みられている。小早川光郎は、主観訴訟・客観訴訟（非主観訴訟）峻別論と法律上の争訟の議論のレベルの違いを指摘する。そして、村上も同様に、主観訴訟・客観訴訟峻別論が「法律上の争訟」という司法審査の対象を議論していないことを指摘する。そして、司法審査の対象となる行政行為の性質を民事法学における不法行為に類似するもの²¹⁶として構成する。

村上の見解から気付かされることは、戦後、司法権の概念が民事訴訟的に構成されてきたと言明される「民事訴訟」とは、実体的権利を保護する民事訴訟であり、不法行為訴訟ではなかったということである。村上は行政訴訟について論じているが、その多くの点は憲法訴訟にも妥当すると思われる。そして、村上の見解は、「法律上の争訟」＝裁判によって解決するに値する具体的な争い（権利義務に関する争いを含む）と解し、「法律上の争訟」を拡張する見解といえる。

²¹⁴ 佐藤・前掲注158) 637頁参照。

²¹⁵ 代表例としては山岸敬子の一連の著作が挙げられる。そのすべてを列挙することは難しいが、例えば山岸敬子「客観訴訟」小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の発展と変革 下巻』（有斐閣、2001年）281－301頁（山岸①）、同『客観訴訟の法理』（勁草書房、2004年）（山岸②）、同『客観訴訟制度の存在理由』（信山社、2019年）（山岸③）。

²¹⁶ 村上は、行政行為と不法行為との類似性を指摘しつつも、その相違点を指摘して、原告適格と本案との議論の切断を図っている。

4. 判例の考察への架橋

これまで学説の流れを追ってきたが、以下の章では、本稿の目的である判例の考察に焦点が移る。司法権の範囲をめぐる議論や違憲審査の性格をめぐる議論の歴史は深く、論じべき点が非常に多岐にわたったため、ここで、本稿における判例の考察に必要なポイントを簡潔にまとめることとする。

第一に、抽象的違憲審査と付随的違憲審査の区別については、帝国憲法下では憲法解釈権力の所在として議論されてきた。そして、この議論はあくまで学説上のものにとどまり、実務上は、(実質的)違憲審査権否定説で固まっていた。これに対し、日本国憲法下では、81条が創設され、付随的違憲審査が可能であることを前提に、抽象的違憲審査に類する訴訟の可能性が模索され、客観訴訟の場における違憲審査が抽象的違憲審査に類するのではないかと議論されてきた。この議論において、通説は、違憲審査が司法権に付随するものであることを強調していたが、この通説を乗り越える枠組みとして、特に客観訴訟に注目した分析が学説の側から多く示されているところである。

このような問題状況に対して、本稿では、主観訴訟を軸に付随的違憲審査の限界を考察し、その考察を基に客観訴訟についても考察することとする。

第二に、帝国憲法下において、主観訴訟・客観訴訟峻別論は、民事訴訟が主観訴訟に対応するものとして、刑事訴訟が客観訴訟に対応するものとして、両者が司法権に含まれるものとして構想されていた。これに対して、日本国憲法下においては、「司法権」＝「法律上の争訟」(主観訴訟)という定式化がなされ、客観訴訟が司法権の外側に位置づけられることとなった。その結果、刑事訴訟は「司法権」に含まれることが大前提とされ、その考察がなされなくなった。このように、帝国憲法下における峻別論と日本国憲法下における峻別論が相当に異なるものであり、日本国憲法下における峻別論が自明のものではないことが明らかとなった。

このような理論的隔絶の原因は、憲法学の立場から、主観訴訟・客観訴訟峻別論に疑問を投げかける議論があまり活発ではなかったことがいえるだろう。本稿では、日本国憲法下における峻別論には、中間領域があることを指摘し、判例の立場が従来の定式とは異なるものであることを指摘する。

以上の考察から、抽象的違憲審査の延長線上の訴訟類型として、立法不作為の国家賠償請求訴訟と実質的当事者訴訟の違法確認の訴えを取り上げ、主観訴訟における付随的違憲審査の限界を論じ(Ⅲ)、そのうえで、客観訴訟における付随的違憲審査の限界を論じる(Ⅳ)。さらに、議員定数不均衡訴訟を題材に、主観訴訟・客観訴訟峻別論の中間領域の存在を指摘し(Ⅴ)、最後に、これらをまとめた全体の考察を行うこととする(Ⅵ)。

Ⅲ 主観訴訟における違憲審査の限界

本章においては、まず、判例が抽象的違憲審査を行わないことを明言したことを確認し、その際に裁判所が審理しえない抽象的違憲審査がいかなるものかについて検討する。その上で、抽象的違憲審査の延長線上にある主観訴訟として、立法不作為の国家賠償請求

訴訟や実質的当事者訴訟における違法確認の訴えを取り上げて、これらにおいて、判例が抽象的違憲審査と主観訴訟の境界をどのように考えているのかについて検討する。これは、「はじめに」で指摘した通り、主観訴訟と抽象的違憲審査の区別は、従来の学説が考えてきた以上に、その境界が明確でないと考えられるからである。考察の題材として、立法不作為の国家賠償請求訴訟と実質的当事者訴訟を取り上げて検討する。

以下において、まず、判例上どのような違憲審査制が採用されているかを確認し、立法不作為の国家賠償請求訴訟及び実質的当事者訴訟における判例の姿勢を概観する。

1. 判例の考える日本国憲法における違憲審査の性格

(1) 最大判昭和 23 年 7 月 8 日刑集 2 巻 8 号 801 頁

憲法施行の翌年たる昭和 23 年に、最高裁は以下のように判示して、違憲審査制の性格を論じていた（以下では、本判決を「昭和 23 年最大判」という。下線は筆者による。）。

「現今通常一般には、最高裁判所の違憲審査権は、憲法第八条によつて定められていると説かれるが、一層根本的な考方からすれば、よしやかかる規定がなくとも、第九八条の最高法規の規定又は第七六条若しくは第九九条の裁判官の憲法遵守義務の規定から、違憲審査権は十分に抽出され得るのである。米国憲法においては、前記第八条に該当すべき規定は全然存在しないのであるが、最高法規の規定と裁判官の憲法遵守義務から、一八〇三年のマーベリー対マデイソン事件の判決以来幾多の判例をもつて違憲審査権は解釈上確立された。日本国憲法第八条は、米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもつて規定したという点において特徴を有するのである。」

この判決の意義については、2 点指摘することができる。第一に、日本の違憲審査制がアメリカにおいて確立された違憲審査制を導入したものと考えていることである。第二に、81 条という明文規定がなくても、98 条、76 条、99 条によって違憲審査制を解釈上導くことができるとしている点である。

特に第二の点について、もう少し深く考えてみたい。日本国憲法 98 条は、憲法の最高法規性の規定であり、76 条は、3 項において、裁判官が憲法および法律にのみ拘束されることを規定したものであり、99 条は、裁判官を含む公務員の憲法尊重擁護義務である。つまり、憲法が最高法規であること、裁判官が憲法に拘束されること、憲法を尊重擁護しないとしないことから、裁判官に違憲審査をすることが認められていると考えている。98 条は最高法規性という法の段階構造に着目した規定であり、76 条 3 項と 99 条は裁判官個人に着目した規定であることから、裁判官の職務に付随した違憲審査しか観念していないといえる。すなわち、裁判官に特別な違憲審査権という権限を付与したというわけではないことを示しているように思われる。このような判示は、2 つの意味をもっているように思われる。第一に、この判示は 81 条に特別な意味を見出さないため、同条に特別な意味を見出す見解とは相容れない。第二に、違憲審査権について、あくまで裁判官の職務行使に付随するものとしてしか捉えられていないため、主観訴訟や客観訴訟と言った訴訟類型の区別を意識することなく論じていることである。つまり、最高裁は、戦後初期の時点から、違憲審査権を

主観訴訟に限定するという意識を有しておらず、あくまで法律解釈の前提として、その違憲性を判断するものと考えていたことになる。

(2) 警察予備隊違憲確認訴訟（最大判昭和 27 年 10 月 8 日民集 6 卷 9 号 783 頁）

警察予備隊違憲確認訴訟において、原告は、自らの権利とは関係なく、警察予備隊の違憲性を主張して、警察予備隊の設置並びに維持に関する一切の行為の無効であることを確認することを請求した。

この請求に対して、最高裁は、以下のように判示した²¹⁷（下線は筆者による。）。

「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない。…原告は憲法八一条を以て主張の根拠とするが、同条は最高裁判所が憲法に関する事件について終審的性格を有することを規定したものであり、従つて最高裁判所が固有の権限として抽象的な意味の違憲審査権を有すること並びにそれがこの種の事件について排他的なすなわち第一審にして終審としての裁判権を有するものと推論することを得ない。……

なお最高裁判所が原告の主張するがごとき法律命令等の抽象的な無効宣言をなす権限を有するものとするならば、何人も違憲訴訟を最高裁判所に提起することにより法律命令等の効力を争うことが頻発し、かくして最高裁判所はすべての国権の上に位する機関たる観を呈し三権独立し、その間に均衡を保ち、相互に侵さざる民主政治の根本原理に背馳するにいたる恐れなしとしないのである。

要するにわが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない。」

最高裁は、引用した一段落目において、日本の違憲審査制について、「具体的な争訟事件が提起されることが必要」としている。この判示は、原告が最高裁判所は司法裁判所としての性格と抽象的違憲審査権を持つ憲法裁判所としての性格とを兼有しているという主張に対応している。後者のような抽象的違憲審査権を裁判所に付与していないことは、昭和 23

²¹⁷ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。覚道・前掲注 120) 68-79 頁、川添・前掲注 115) 194-195 頁、種谷・前掲注 115) 217-221 頁以下、池田政章「判批」ジュリスト 200 号 (1960 年) 118-119 頁、戸波江二「判解」法学セミナー増刊『憲法訴訟』(1983 年) 33-34 頁、尾吹善人『解説 憲法基本判例』(有斐閣、1986 年) 1-4 頁、村松勲「判批」小早川光郎=宇賀克也=交告尚史編『行政判例百選Ⅱ [第 5 版]』別冊ジュリスト 182 号 (2006 年) 302-303 頁、佐々木雅寿「判批」長谷部恭男=石川健治=宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 6 版]』別冊ジュリスト 218 号 (2013 年) 412-413 頁、岸野薫「判批」長谷部恭男=石川健治=宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 7 版]』別冊ジュリスト 246 号 (2019 年) 406-407 頁、斎藤千加子「判批」斎藤誠=山本隆司編『行政判例百選Ⅱ [第 8 版]』別冊ジュリスト 261 号 (2022 年) 286-287 頁、野坂・前掲注 162) 17-31 頁。

年最大判において既に示されていた。

そして、最高裁が考える抽象的違憲審査制とは「具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限」である。そのため、最高裁が考える抽象的違憲審査でない権限とは、「具体的な争訟事件が提起され」ることである。

加えて、最高裁は、なお書ではあるものの、抽象的違憲審査制を採用した場合の弊害として、「何人も違憲訴訟を最高裁判所に提起することにより法律命令等の効力を争うことが頻発し、かくして最高裁判所はすべての国権の上に位する機関たる観を呈し三権独立し、その間に均衡を保ち、相互に侵さざる民主政治の根本原理に背馳するにいたる恐れなしとしないのである」と指摘する。この判示から、最高裁が抽象的違憲審査を有していないと考える理由は、権力分立における権力の不均衡を生じさせないためであることが分かる。

そして、学説上、争いが生じているのは、引用した第三段落の下線部であり、「裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない」である。この判示については、2つの読み方ができ、法令を挙げたのはあくまで全く根拠がないことを示すのか、それとも法令上の根拠があれば抽象的に法令命令等の合憲性を争うことができると解しているのか、という点で争いが生じている²¹⁸。

この点について、昭和23年最大判と整合的にこの判決文を読むならば、最高裁は、「具体的事件を離れて」抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有しないと考えているだけであり、客観訴訟については何ら明言していない。つまり、最高裁は、客観訴訟の存在を明確に意識していたとは言い難く、主観訴訟が抽象的違憲審査と隣接し得る可能性は、なお留保されていたといえる。そこで、主観訴訟における付随的違憲審査の限界を以下で確認する。

2. 立法不作為の国家賠償請求訴訟

立法不作為の国家賠償請求訴訟については、抽象的違憲審査制を採用していない日本において許されないという反対論も強く論じられていた²¹⁹。尾吹善人は、立法不作為が違憲審査の対象となるとする説について、「特別なことを主張する割に十分な根拠づけがあるとはいえない」「抽象的違憲審査を前提としてのみ、西ドイツ流の立法不作為の「違憲確認訴訟」の可能性を口にすることができる」²²⁰という。これに対して、学説の多数は、立法不作為の国家賠償請求について、抽象的違憲審査でないと解してきた。多数説は、「公権力の行使」

²¹⁸ 小嶋・前掲注128) 12頁。

²¹⁹ 尾吹善人『日本憲法—学説と判例』(木鐸社、1990年) 156—157頁。従来の消極的見解が強かったとの認識について、市川正人「在外国民国民審査権訴訟違憲判決の意義と課題」法学セミナー813号(2022年) 43頁参照。

²²⁰ 尾吹・前掲注219) 156, 157頁、同様の指摘として、新正幸『憲法訴訟論[第2版]』(信山社、2010年) 311頁は、「立法権が権限と捉えられながら、そこから、何の理論的説明もないまま、法的様相を異にする、「立法をなすべき義務」が導出されているのが、特徴的である」といわれている。

に立法権の行使も含まれること²²¹、憲法規範により国会の立法義務が認められること²²²等を根拠として挙げる。

このような学説状況を踏まえただけで、ここでは、判例における立法不作為の国家賠償請求訴訟の変遷を追うこととする²²³。

(1) 在宅投票制度廃止訴訟（最判昭和 60 年 11 月 21 日民集 39 卷 7 号 1512 頁）

昭和 26 年 4 月の統一地方選挙において在宅投票制度が悪用されたため、国会は、公職選挙法（以下「公選法」という。）を改正して、在宅投票制度を廃止した。これに伴い、在宅でしか投票できない者は、投票することができなくなった。

そこで、原告（かつての在宅投票人に該当する有権者）は、在宅投票制度は在宅選挙人に対し投票の機会を保障するための憲法上必須の制度であり、これを廃止して復活しない本件立法行為は、在宅選挙人の選挙権の行使を妨げ、憲法 13 条、15 条 1 項 3 項、14 条 1 項、44 条、47 条、93 条に違反するもので、国会議員による違法な公権力の行使であり、上告人はそれが原因で 8 回の選挙において投票をすることができず、精神的損害を受けたとして、国家賠償法（以下「国賠法」という。）1 条 1 項の規定に基づき、国に対して、損害賠償請求をした。

この請求に対して、最高裁は、以下のように判示した²²⁴（下線及び①②は筆者による。）。

「国家賠償法 1 条 1 項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民

²²¹ 有倉遼吉『公法における理念と現実』（有斐閣，1959 年）240 頁。

²²² 立法不作為の国家賠償請求訴訟については、生存権と選挙権を対象に議論が積み重なっている。大須賀明「憲法上の不作為 — 生存権条項に即して検討 —」早稲田法学 44 卷 1・2 号（1969 年）171 頁参照、野中俊彦「立法義務と違憲審査権」『芦部信喜先生還暦記念 憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣，1985 年）188 頁参照。

²²³ 阿部泰隆「国家賠償法(8)―違法性(4)」法学教室 81 号（1987 年）69―77 頁、中村睦男「立法の不作為に対する違憲審査」法学教室 138 号（1992 年）10―14 頁、中谷実「立法の不作為」ジュリスト 1037 号（1994 年）228―233 頁、井上典之「立法不作為からの救済」法学セミナー 631 号（2007 年）77―81 頁、岩切大地「立法行為に対する国賠法を通じた司法審査」立正法学論集 45 卷 1 号（2011 年）31―98 頁、駒村圭吾「立法行為の違憲審査」『論点探究 憲法〔第 2 版〕』（弘文堂，2013 年）358―372 頁、土井真一「立法行為と国家賠償——2 つの最高裁判例を読む」法学教室 388 号（2013 年）91―101 頁、曾和俊文「国家賠償(2) 立法・私法活動と国家賠償」法学教室 417 号（2015 年）64―71 頁、曾我部真裕「立法不作為の違憲審査」法学教室 476 号（2020 年）54―61 頁。

²²⁴ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。尾吹・前掲注 217) 130―135 頁、中村睦男「判批」法学セミナー 375 号（1986 年）40 頁、棟居快行「判批」判例評論 330 号（判例時報 1194 号）202―206 頁、内野正幸「在宅投票制廃止を争う道はいずこに」法学セミナー 374 号（1986 年）20―23 頁、藤井俊夫「判批」『昭和 60 年度重要判例解説』ジュリスト臨増 862 号（1986 年）17―19 頁、釜田泰介「判批」法学教室 66 号（1986 年）82―83 頁、戸波江二「判解」判例セレクト' 86（1987 年）7 頁、長尾一紘「判批」芦部信喜＝高橋和之＝長谷部恭男編『憲法判例百選Ⅱ〔第 4 版〕』別冊ジュリスト 155 号（2000 年）426―427 頁、新正幸「判批」高橋和之＝長谷部恭男＝石川健治編『憲法判例百選Ⅱ〔第 5 版〕』別冊ジュリスト 187 号（2007 年）438―439 頁、長谷部恭男「判批」宇賀克也＝交告尚史＝山本隆司編『行政判例百選Ⅱ〔第 6 版〕』別冊ジュリスト 212 号（2012 年）478―479 頁、大石和彦「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第 7 版〕』別冊ジュリスト 246 号（2019 年）414―415 頁参照。調査官による解説として、最判解民事篇昭和 60 年度〔泉徳治〕366―413 頁。

に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。したがって、①国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であつて、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

「このように、国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法的規制の対象になじまないとし、法律の効力の判断と国会議員の行動の法的判断は分けられるべきとする。

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、②国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」

まず、立法不作為が国賠法1条1項の対象となるかについて、本件訴訟を担当した泉徳治（当時）調査官は「個人の重要な基本的人権が立法の不作為ないし不備によって実際に侵害されていることが明確となった場合には、積極的な違憲立法により個人の権利が侵害されている場合と変わりがない」ことを理由に「裁判所は当該立法不作為につき違憲審査を行うことができ」²²⁵るとしている。この解説から、判例上、立法不作為について、積極的に違憲立法がなされたことで権利が侵害されていることとパラレルに考えることで、国家賠償請求訴訟における違憲審査をすることを肯定していると見ることができる。

次に、泉は、調査官解説において、立法行為の違法性の判断基準について、「立法行為が国賠法上違法となるのは、違憲の立法をしたとき又は憲法上要求される立法をしないときに限られる」としたうえで、「違憲の立法をしたとき又は憲法上要求される立法をしないときに、それが直ちに国賠法上の違法な行為となるかどうかは問題である」とする。そして、「国賠法上の『違法性』は、公務員たる国会議員が国民に対する関係で行為規範に違反したかどうかにより評価すべき問題であり、立法過程における手落ち手抜かりの問題である」²²⁶とする。この点については、多くの論者が指摘する通り、立法内容の違憲性と国家賠償法上の違法性との二元的区別であり、後者については職務行為基準説を採用したものと見える²²⁷。

²²⁵ 泉・前掲注224) 377頁。

²²⁶ 泉・前掲注224) 377頁。

²²⁷ 阿部・前掲注223) 70-71頁。なお、阿部は、判検事・検察官の行為について、特別な根拠規範があるから、職務行為基準説が妥当するとし、「立法者については、そうした特別な根拠規範がなく、むしろ法律の制定・改廃により違憲状態を現出してはならず、違憲状態は可及的速やかに除去すべき行為規範があるのではないか」と論じている（同71頁）。

そして、泉は、「国会議員が立法を行うについて画一的な行為規範があるわけではなく、法律は多種多様な意見の対立の中から多数決原理によって形成されるものであって、立法行為の規範たるべき憲法自体の解釈について国会議員間に意見の相違があっても、何ら異とすべきではない」こと、「国会議員は、選挙を通じ政治的責任が問われるだけである」ことを理由として、「国会議員が国民に対して負うべき法的義務に違反したといえるためには、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらずあえて当該立法を行うというような例外的場合でなければならないであろう」²²⁸と論じる。

本稿における関心上、最も重要なのは、本判決が立法不作為の国家賠償請求訴訟について積極的な立法行為による侵害とパラレルに考えていることと、立法行為と立法内容を明確に区別していることである。つまり、後者の点から考えるに、立法内容それ自体を争うというだけであれば、抽象的違憲審査と異ならないようにも思えるが、立法不作為という立法者の行為を析出して、これが権利を侵害しているといえることで、抽象的違憲審査とは異なることを明確にする。もともと、昭和60年最判においては、要件を厳格に解しすぎ、このような「権利侵害」という点が判決文において明確に出されることはなかった。この点は平成17年最大判が明確化したといえるため、後述する。

この在宅投票制度廃止訴訟最高裁判決について、戸波江二は、「一見すると説得的にみえる」としたうえで「しかし、問題点も少なくない」²²⁹として、3つの疑問点を提示する。

第一に「法律内容の違憲性と立法行為の違法性とは確かに区別され得るが、しかし、国賠法上の違法の評価という点で、判決の強調するほどに法律と立法行為とに差異があるかどうか、きわめて疑わしいことである」とする。続けて、「違憲の法律の執行によって損害が生じた場合に、法律の違憲性の認定のみで実際には賠償請求は容認され得るとすれば、それでは、立法行為によって損害が生じた場合には、なぜ立法行為の政治性が強調され、違憲立法の制定行為が違法と評価されなくなるのか、その理由が不明である」²³⁰とする。第二に、「立法行為に政治的性格があるとしても、だからといって、立法行為が政治的責任を負うにとどまると説くのは論理の飛躍であり、立法行為であっても法的評価に服すべきである」²³¹とする。第三に、「判決のように立法行為を国家賠償で争う途を狭めると、それに対応して違憲審査が歪められるという重大な問題が生ずる」²³²とする。

²²⁸ 泉・前掲注224) 377-378頁。

²²⁹ 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 第1巻』(有斐閣, 1987年) 381頁。

²³⁰ 戸波・前掲注229) 381-382頁。

²³¹ 戸波・前掲注229) 382頁。なお、阿部も、「国会議員は憲法の枠を超えてはならない法的義務を負うのであって、政治的な責任にとどまるのはその枠内の行動にかぎるのではないか」と論じており、同趣旨のように思われる(阿部・前掲注227) 71頁)。

²³² 戸波・前掲注229) 382-383頁。戸松秀典は、在宅投票制度廃止訴訟の最高裁判決について「憲法の一義的な文言に違反しているような例外的な状態が考えられない」ことから、「立法の不作為に対する司法審査の可能性は、ほとんどない」としている(戸松・前掲注4) 156頁)。この間口を広げる解釈論として、中村・前掲注223) 14頁。

これらの戸波の指摘は非常に示唆的である²³³。しかし、第一の点については、法律と立法行為とを分けなければ、抽象的違憲審査と付随的違憲審査との違いがいよいよ不明確になるといえるだろう。それらの区別を維持するため、法律と立法行為とは切り分けなければならないだろう。これは、裁判所として立法行為を審査する訴訟がない日本において、国家賠償請求訴訟という訴訟類型に落とし込む一つの方策として有用であったといえる。

戸波の批判の第二の点は、泉が立法行為について、主に個人々の国会議員を念頭においていることから、政治的責任を強調しすぎていることに向けられる。この点については、野中も、本判決に対して、議員の活動が政治的活動であることを肯定しつつ、「議員の活動の総体としての国会の立法活動は憲法上の制約に服しているものであり、その違法を問題とする余地は依然として残っているのではなかろうか」²³⁴と指摘している。特に、立法は、国会議員1人でなされるものではないことから、そもそも、国会議員の活動を切り出すことにどれほど意義があるかという、訴訟要件の文言に一致すること以上の意義は見いだせない。むしろ、法律によって権利が侵害されている場合には、国会による活動を切り出すほかにはないだろう。

このことは昭和60年最判が定立した実体要件において既に明示的に現れている。昭和60年最判は「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合……」（下線は筆者による。）と判示する。これは、「国会議員の立法行為は」という主語で始まっているにもかかわらず、「国会が」立法を行うと示している。つまり、結局は、個人々の国会議員の立法行為ではなく、国会の立法行為を問題としているのである²³⁵。文言との整合性を図るのであれば、抽象的な意味での国会議員の立法行為を問題としてと解することができる。

戸波の批判の第三の矛先は、基本的には、立法不作為の国家賠償請求訴訟の要件が著しく絞られた点にある。この点については、後に黙示的にはあるが、判例変更がなされているため、大きな改善があったといえるだろう。

²³³ さらに、戸波は、かつてから指摘されていた立法行為に対する国賠請求のメリットとして、訴訟上の難点が少ないこと、法律の改廃を求めなく立法府との摩擦が少ないこと、権利保護の途を確保する訴訟形態であることをあげ、デメリットとして、本来の国賠訴訟の目的から外れていること、金銭賠償では感情的に納得しがたいものが残ることを挙げる。そして、これらを考慮したうえで、「立法行為に対する国家賠償訴訟のあり方を考えるならば、①特定の範囲の国民について特別の損害が生じている場合には、国家賠償請求が本来の機能を果たす場面であるから、通常の状態と同様に処理し、②損害が一般的であるなど、特別の事情が認められるときには、適宜、賠償額を低くおさえるなどして弾力的に対処しつつ、③訴訟の実質的な目的が法律の違憲性を争うものであれば、直截にそれを争う訴訟類型を認めていく、という方向が妥当である」とする（戸波・前掲注229）383頁）。

²³⁴ 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣、1995年）116頁。

²³⁵ 同様の指摘として、野中・前掲注234）116頁。岩切・前掲注223）56頁。鶴澤剛「天津地判平成19年8月23日判批」自治研究86巻7号（2010年）138頁も、異なる訴訟の判批においてであるが、「本件における加害行為はいうまでもなく立法行為（不作為）であるが、これは個人々の国会議員の行為ではなく、国会議員が構成員であるところの合議体としての国会の行為である」とし、「このような行為を行う際の「職務上の法的義務」もまた、個人々の国会議員ではなく、合議体としての国会全体を単位として考えるべきではないか」と指摘する。

(2) 在外邦人選挙権規定違憲訴訟(最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁)

本件訴訟は、原告が在外国民の国政選挙における選挙権の行使を制限する公職選挙法の規定は、憲法14条、15条1項及び3項、22条2項、43条、44条等に違反すると主張して、同規定を改正しない国会の立法不作為に基づく国家賠償請求をしたものである。

最高裁は、最判昭和60年の①についてそのまま維持したうえで、以下のように判示した²³⁶(下線は筆者による)。

「しかしながら、……立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」

このように平成17年最大判は、昭和60年最判における①を維持したうえで、②については著しく緩和する判示をした。前述のとおり、昭和60年最判においては、立法不作為が違法となる余地がほとんどない²³⁷と思われる要件を定立し、司法府による立法府への介入をほとんど認めない形となっていた。

これに対して、平成17年最大判は、②要件について、上記下線部の如く、著しく緩和している。これは、明らかに、立法行為について「権利侵害」を觀念しうることを要求しており、この「権利侵害」が「明白」であることを要求している。この「明白」性の要求は、法律が国民の権利を侵害しているとしても、第一次的には国会が法律を改正すること等により是正すべき問題であり、それが明白であるにもかかわらず立法しなかった場合や改正しない場合には、司法府が介入すべき余地があることに基づくものといえる。

²³⁶ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。新井誠「判批」法学セミナー612号(2005年)74-77頁、野中俊彦「在外選挙権一部違憲判決の意義と問題点」ジュリスト1303号(2005年)18-24頁、長谷部恭男=田中宗孝=小幡純子「〔鼎談〕在外邦人選挙権大法院判決をめぐって」ジュリスト1303号(2005年)2-17頁、米沢広一「判批」『平成17年度重要判例解説』ジュリスト臨増1313号(2006年)7-8頁、木村琢磨「判批」『平成17年度重要判例解説』ジュリスト臨増1313号(2006年)50-52頁、山崎栄一郎「判批」法律のひろば2006年2月号(2006年)63-69頁、只野雅人「判解」判例セレクト2005(2006年)6頁、村田尚紀「判批」法学論集(関西大学)55巻6号(2006年)135-159頁、古田啓昌「判批」法学セミナー615号(2006年)30-34頁、下山憲治「判解」法学セミナー614号(2006年)121頁、赤坂正浩「判批」判例評論572号(判例時報1937号)171-178頁、木村草太「判批」法学協会雑誌124巻6号1490-1512頁、野坂・前掲注162)325-350頁、毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論究ジュリスト1号(2012年)81-89頁、喜田村洋一「在外邦人選挙権訴訟最高裁判決」論究ジュリスト17号(2016年)86-92頁、山崎友也「在外邦人選挙権訴訟再考——その意義と射程」論究ジュリスト29号(2019年)14-20頁、野坂泰司「判批」長谷部恭男=石川健治=宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第7版〕』別冊ジュリスト246号(2019年)318-319頁、朝田とも子「判批」斎藤誠=山本隆司編『行政判例百選Ⅱ〔第8版〕』別冊ジュリスト261号(2022年)452-453頁。調査官による解説として、最判解民事篇平成17年度(下)[杉原則彦]603-680頁。

²³⁷ 野中・前掲注234)119頁参照。

この②要件は、再婚禁止期間違憲訴訟においてさらに緩和されるため、同訴訟を概観した後、立法不作為に基づく国家賠償請求が抽象的違憲審査に類する訴訟類型とならないかについて検討する。

(3) 再婚禁止期間違憲訴訟(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁)

本件訴訟は、原告(上告人)が、女性について6箇月の再婚禁止期間を定める民法733条1項の規定は憲法14条1項及び24条2項に違反すると主張し、本件規定を改廃する立法措置をとらなかった立法不作為の違法を理由に、被上告人に対し、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求めた事案である。

最高裁は、昭和60年最判の①を維持したうえで、以下のように判示した²³⁸(下線は筆者による)。

「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものと、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。」

まず、この判決の注目すべき点は、立法不作為について、積極的な立法が必要であるにもかかわらず立法をしなかったいわゆる「絶対的立法不作為」の事案であることではなく、違憲な立法がなされ、その改正をしなかったという「相対的立法不作為」の事案である²³⁹。平成17年最大判で言うところの「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」であるか否かが問題となっている。そして、上記判決の下線部の通り、平成17年最大判が「憲法上保障されている権利」としていたところを平成27年最大判は、「憲法上保障され又は保護されている権利利益」と変更した。この点について、再婚禁止期間規定違憲訴訟を担当した調査官によると、「国家賠償法上違法となり得るのは、選挙権のような明確に人権とされる権利の侵

²³⁸ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。巻美矢紀「憲法と家族——家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」論究ジュリスト18号(2016年)86-95頁、宇賀克也「立法不作為の国家賠償法上の意義と効果—最大判平成27年12月16日を契機に」法の支配183号(2016年)84-93頁、神橋一彦「判解」法学教室430号(2016年)133頁、笹田栄司「判解」法学教室430号(2016年)125頁、木下智史「判批」『平成28年度重要判例解説』ジュリスト臨増1505号(2017年)18-20頁、二本柳孝信「婚姻の自由と制度」論究ジュリスト29号(2019年)58-64頁、糖塚康江「判批」長谷部恭男=石川健治=宍戸常寿編『憲法判例百選I [第7版]』別冊ジュリスト245号(2019年)64-65頁。調査官による解説として、最判解民事篇平成27年度[加本牧子]642-707頁。

²³⁹ 戸波・前掲注229)362頁を参照した。同頁によると、立法不作為を「絶対的立法の不作為」と「相対的立法の不作為」の2類型に分けることができる。絶対的立法の不作為とは、「いわば本来の意味における立法の不作為であり、明示的な立法義務に違反して、立法府が立法を怠るというものであって、そこでは、立法がなされないこと自体が直接問題となる。」これに対して、相対的立法の不作為とは「いわば派生的ないし付随的な立法の不作為であり、ある立法がなされた後に、当該立法の内容・手続・範囲等に不備・不公正があり、そこに立法の不作為が見出される場合」である。」

害のみならず、憲法上保護される利益が合理的な理由なく制約される場合も含まれるはずであるという理解に基づくもの²⁴⁰」としており、対象となる権利の射程が憲法上保護されている利益にまで広がっている²⁴¹。

なお、この訴訟における最高裁の判断でもう一つ特徴的なものは、民法 733 条 1 項の違憲性について先に判断したうえで、国賠法上の違法はないとした点にある。このような判断が可能であれば、付随的違憲審査としての訴訟要件を判断せずに法律の違憲性を判断できることとなり、抽象的違憲審査に接近する審査手法になり得る。しかし、国家賠償法の上の「違法」の要件についての上記規範を参照するに、明らかに法律の違憲性が前提となっていると思われる。つまり、もし、上記審査手法に問題があると考えれば、裁判所が法律の違憲性を認識したとしても、国家賠償法上「違法」に当たらないと考えたら、法律の違憲性を表明してはならないのか、という問題を提起することとなる。この点については、この訴訟を担当した加本調査官も明確に「国家賠償責任が否定される場合に前提問題として憲法判断を行うか否かについて、常に憲法適合性に関する判断が違法性の有無の判断に先行するものであるところ、合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮した個々の事案ごとの裁判所の裁量に委ねられているという立場に立ったものと解されよう」²⁴²としている。本稿でも、この点については、裁判所の裁量の問題として一旦は理解しておく。そして、この問題は、本稿の主な関心事である司法審査の範囲と趣を異にする²⁴³ため、これ以上の考察は控えることとする。

(4) 小括

以上の分析から以下のことが分かる。

第一に、最高裁は、立法不作為の国家賠償請求訴訟において、立法行為の違法性と立法内容の違憲性を明確に区別している。この区別により、最高裁は法律の違憲性を問題とすることがあり得るのは、あくまで行為とセットで問題となり得ることとしている。

第二に、立法不作為の問題として取上げることができるのは、積極的な立法が必要な場合に立法措置が講じられない場合（絶対的立法不作為）だけでなく、積極的に立法府が違憲な立法をした場合（相対的立法不作為）も含まれることが明確となっている。前者の場合、憲法上、立法府に立法義務が課されていると観念することができれば、立法行為がないと権利の侵害があるといえ、立法不作為があるといえる。これに対して、後者の場合、違憲な法律を制定した立法行為が存在するところ、この制定行為自体を問題とするのか、それとも制定された法律を改廃しないことが問題となるのかという 2 つの方向性があると考えられる。

²⁴⁰ 加本・前掲注 238) 694 頁。

²⁴¹ 千葉勝美補足意見によると、本件における判示は、在外邦人選挙権違憲訴訟の基準を変更するものではない。

²⁴² 加本・前掲注 238) 696 頁。

²⁴³ 平成 27 年最大判により生じたこの問題は、法律の違憲性の「表明」が裁判所の裁量か否かが問題となっているのであり、法律の違憲性の「審査の範囲」を対象とする本稿からは、深入りすべきでないと考えられる。

この点について、平成 27 年最大判は、法律を改廃しないことを問題として取上げた。これは、あくまで、特定の法律制定行為をそのまま狙い撃ちした訴訟ではないことを示している。つまり、法律の制定行為を対象としないことで、法律を制定すること自体は、立法府の第一的な役割であると尊重して、制定された違憲な法律を改廃しない行為を審査対象とし、司法府による立法府の権限への過剰な介入とならないように配慮がなされている。

この法律の違憲性が行為とセットであり、かつ、セットとなる行為がどちらも不作為（制定しないこと及び改廃しないこと）であることで、抽象的違憲審査との距離を取っているといえる。

第三に、さらに指摘しておかなければならないのは、判例が対象とすることができる立法行為は、権利侵害性を伴っていることである。これは、平成 17 年最大判を見れば明らかである。平成 17 年最大判によると、立法不作為が国家賠償法上違法となるのは、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」である。この判示から明らかのように、あくまで立法不作為の国家賠償請求訴訟において問題とされるのは、憲法上の権利が問題となっている場合に限られる。

3. 実質的当事者訴訟における違法確認訴訟

実質的当事者訴訟における確認訴訟は、平成 16 年行政事件訴訟法改正において、確認の訴えとして明文化された訴訟類型であるが、従前から判例上認められてきた訴訟類型である²⁴⁴。そのため、あえて明文化されたのは、実質的当事者訴訟を弾力的に運用することを模索する立法者の意思の表れであると解することができる。

そして、上記改正を受けて、在外邦人選挙権制限規定違憲訴訟を皮切りに、実務上弾力的な運用がなされ、現在に至るまで実質的当事者訴訟が活発化しているといっても過言ではないであろう。

そのような判例として、在外邦人選挙権規定違憲訴訟と在外邦人国民審査権違憲訴訟を取上げる。

（1） 在外邦人選挙権規定違憲訴訟（最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁、以下「平成 17 年最大判」という。）

本件訴訟においては、在外国民である原告らが国に対し、在外国民であることを理由として選挙権の行使の機会を保障しないことは、憲法 14 条 1 項、15 条 1 項及び 3 項、43 条並びに 44 条並びに市民的及び政治的権利に関する国際規約 25 条に違反すると主張して、主位的に、①改正前公選法は、同上告人らに衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙

²⁴⁴ 薬事法許可制改正事件判決（最大判昭和 41 年 7 月 20 日民集 20 卷 6 号 1217 頁）等。

における選挙権の行使を認めていない点において、違法であることの確認、並びに②改正後公選法は、同上告人らに衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において、違法であることの確認を求めるとともに、予備的に、③同上告人らが衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を請求している。

まず、最高裁は、①について、「過去の法律関係の確認を求めるものであり、この確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとはいえないから、確認の利益が認められず、不適法である」と判示した。

次に、②については、「他により適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきところ、本件においては……予備的確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであるといえることができるから、上記の主位的確認請求に係る訴えは不適法であるといわざるを得ない」と判示している。

そして、③については、「在外国民である……上告人らが、今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において投票をすることができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、同上告人らが、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えである」と解釈した。

そして、確認の利益について、「選挙権は、これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである」として、確認の利益を肯定している。

結論として、「在外国民である同上告人らが、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることの確認を請求する趣旨のものとして適法な訴えといえることができる」と判示した。

その上で、「在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条ただし書に違反するもので無効であって……上告人らは、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあるというべきであるから、本件の予備的確認請求は理由があり、更に弁論をするまでもなく、これを認容すべきものである」と判示した²⁴⁵。

²⁴⁵ 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣，2012年）484—504頁、山田洋「実質的当事者訴訟の復権？」論究ジュリスト3号（2012年）109—116頁。前掲注224以外には、越智敏裕「判批」斎藤誠

この訴訟を受けて、山本隆司は、「法令の違法性を主張する確認訴訟においては、積極的確認を求められない場合が多いように思われる」と指摘し、「法令の違法性を主張する確認訴訟においては、「法令の規定が違法であり、それによって原告の法的地位が侵害されていること」言い換えれば、……「原告の法的地位を侵害する点で法令の規定が違法であること」という消極的確認の方が、むしろ原則形態とも考えられる²⁴⁶」とする。その理由として、山本は、「こうした消極的確認は、権力分立原理によく適合する」こと、「こうした消極的確認を認めなければ、立法機関の裁量を裁判所が合憲性の観点から実効的に制御できないおそれがある」²⁴⁷ことをあげる。

このように平成17年最大判は、③の地位確認の訴えと②の違法確認の訴えの両者について受理したものの、③を認容し、②を確認の利益がないとして却下した。もっとも、山本が指摘する通り、②の訴えについて、その活用の可能性は残されていた。そして、その最初の事例となったのが次にみる在外邦人国民審査権違憲訴訟である。

(2) 在外邦人国民審査権違憲訴訟²⁴⁸ (最大判令和4年5月25日民集76巻4号711頁、以下「令和4年最大判」という。)

まず、本件訴訟は以下のような事案であった。在外国民である原告は、国に対し、主位的に、①次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあることの確認を求め(以下、この請求に係る訴えを「本件地位確認の訴え」という。)、予備的に、②国が原告X1に対して国外に住所を有することをもって次回の国民審査において審査権の行使

＝山本隆司編『行政判例百選Ⅱ [第8版]』別冊ジュリスト261号(2022年)416-417頁。

²⁴⁶ 山本・前掲注245)494-495頁。

²⁴⁷ 山本・前掲注245)495頁。

²⁴⁸ 本判決については、市川・前掲注219)40-45頁、興津征雄「立法不作為の救済手段としての確認訴訟」ジュリスト1576号(2022年)112-117頁(興津①)、渡辺暁彦「判批」新・判例解説ウォッチ31号(2022年)43-46頁、高田倫子「判批」法学セミナー811号(2022年)120-121頁、木下昌彦「判批」法律時報94巻9号(2022年)4-6頁、山崎友也「判批」法学教室506号(2022年)54-59頁(山崎①)、吉田京子「憲法訴訟のために実務家と研究者にできること」法律時報94巻10号(2022年)118-123頁、想田和弘「最高裁判事国民調査 在外邦人が投票できないのは「違憲」——最高裁大法廷判決の原告の一人として思うこと」法と民主主義(2022年)32-33頁、春日修「判批」『令和4年度重要判例解説』ジュリスト臨増1583号(2023年)51-52頁、篠原永明「判批」『令和4年度重要判例解説』ジュリスト臨増1583号(2023年)16-17頁。調査官による解説として、大竹敬人「判解」ジュリスト1577号(2022年)116-122頁。東京高判令和2年6月25日判時2460号37頁(本件第二審)について、興津征雄「判批」法律時報92巻10号(2020年)4-6頁(興津②)、巽智彦「判批」判例時報2487号(2021年)120-125頁、松本哲治「憲法訴訟における救済の新局面」(大石眞先生古稀記念論文集)曾我部真裕＝赤坂幸一＝櫻井智章＝井上武史編『憲法秩序の新構想』(三省堂、2021年)157-176頁、佐々木雅寿「判解」『令和2年度重要判例解説』ジュリスト臨増1557号(2020年)20-21頁、巻美矢紀「判解」法学教室483号(2020年)163頁、内野広大「判批」新・判例解説ウォッチ28号(2021年)15-18頁参照。東京地判令和元年5月28日判時2420号35頁(本件第一審)について、渋谷秀樹「判批」ジュリスト1538号(2019年)58-63頁、高橋雅人「判解」『令和元年度重要判例解説』ジュリスト臨増1544号(2019年)28-29頁、笹田栄司「判解」法学教室469号(2019年)135頁、新井誠「在外国民による最高裁判所裁判官国民審査権の行使を認めていないことの合憲性——東京地裁令和元年5月28日判決の検討——」広島法科大学院論集16号(2020年)271-282頁、山崎友也「判批」判例時報2448号(2020年)144-149頁(山崎②)、大石和彦「判批」新・判例解説ウォッチ26号(2020年)31-34頁参照。

をさせないことが憲法 15 条 1 項、79 条 2 項、3 項等に違反して違法であることの確認を求めている（以下、この請求に係る訴えを「本件違法確認の訴え」という。）²⁴⁹。

最高裁は、まず、①本件地位確認の訴えについて、原審が確認対象として適切でないとして却下したものをあえて覆し、請求棄却の判断を示した。理由として、「国民審査法 4 条、8 条により在外国民に審査権の行使が認められていると解することはできないのであるから、上記各規定の解釈に基づいて、第 1 審原告 X1 が次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあるとする原告 X1 の主張を採用することはできない」とした。

次に、最高裁は、②本件違法確認の訴えについて以下のように判示して、請求自体が適法であると判断した。

まず、憲法 79 条 2 項ないし 4 項を参照したうえで、「国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることが明らかである。そのため、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことによって、在外国民につき、具体的な国民審査の機会に審査権を行使することができないという事態が生ずる場合には、そのことをもって、個々の在外国民が有する憲法上の権利に係る法的地位に現実の危険が生じている」として、即時確定の利益を肯定している。

次に「審査権は、選挙権と同様に、国民主権の原理に基づくものであり、具体的な国民審査の機会にこれを行行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものである」と判示して、確認対象として適切であると判示している。

そして、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことが違憲であることを理由として、国が個々の在外国民に対して次回の国民審査の機会に審査権の行使をさせないことが違法であると主張され、この点につき争いがある場合に、その違法であることを確認する判決が確定したときには、国会において、裁判所がした上記の違憲である旨の判断が尊重されるものと解されること（憲法 81 条、99 条参照）も踏まえると、当該確認判決を求める訴えは、上記の争いを解決するために有効適切な手段であると認められる」と判示して、方法選択の適否を肯定している。

さらに、権力分立上の疑義について、「このように解しても、上記のとおり、国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることが明らかであること等に照らすと、国会の立法における裁量権等に不当に影響を及ぼすことになるとは考え難いところである」と判示した。その上で結論として、「現に在外国民である第 1 審原告 X1 に係る本件違法確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法である」と判示した。

その上で、最高裁は、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは違憲であるから、第 1 審被告が第 1 審原告 X1 に対して国外に住所を有することをもつ

²⁴⁹ 本件訴訟では立法不作為の国家賠償請求訴訟も争われていたが、本稿においては実質的当事者訴訟に焦点を合わせるため、扱わないこととする。

て次回の国民審査において審査権を行使させないことは違法である。そうすると、本件違法確認の訴えに係る請求は理由があり、これを認容すべきものである。」

本件訴訟は、2つの実質的当事者訴訟が提起された。両方の訴えについて、確認の利益が肯定されたものの、①本件地位確認の訴えは請求棄却となり、②本件違法確認の訴えは認容された。この結論に至る最高裁の思考過程を検討する。

最高裁は、①本件地位確認の訴えを優先的に検討している。これは、地位確認の訴えを認容することができるのであれば、これを認容すべきと考えていたことが読み取れる。そして、最高裁は、①本件地位確認の訴えを認容できるか検討したものの、国民審査法が在外邦人の国民審査権について認めていないため、次回の国民審査において審査権を有する地位にあるとはいえない、と判断した。この判断は、あくまで国民審査法の枠内でのみ判断がなされ、国民審査法の違憲性を直ちに問題としていないことが分かる。

これに対して、②本件違法確認の訴えは、次回の国民審査において国民審査権を行使させないことが違法（違憲）であることの確認が求められている。地位確認の訴えを認めることができなかった最高裁は、違法確認の訴えに進んでいるところ、②本件違法確認の訴えにおいては、国民審査法が在外邦人に対して審査権を認めていないことの違法（違憲）が争われ、この点について判断がなされている。つまり、違法確認の訴えにおいては、法律の違憲性が問題となっている。

（3） 在外邦人選挙権違憲訴訟と在外邦人国民審査権違憲訴訟の比較

以上の訴訟について簡単に比較検討を行う。平成17年最大判においては、第1審原告らの選挙権の行使をすることができる地位が積極的に確認されたのに対し、令和4年最大判においては、国民審査法が審査権を認めていないことの違法（違憲）が確認された。両訴訟の違いは、在外邦人の選挙権においては、比例代表について選挙権が認められていたのに対し、国民審査については、いかなる制度もなかったことにある。この違いを前提に、地位確認の訴えと違法確認の訴えの射程について、検討したい。

まず注目すべきは、令和4年最大判において、地位確認の訴えをあえて訴訟として受理したうえで、これを棄却している点である。

この点については、宇賀克也最高裁判事の補足意見が参考になる。宇賀判事は、平成17年最大判との整合性について、平成17年最大判は、違法確認の訴えも「法律上の争訟であり、他のより適切な訴えによってその目的を達成することができない場合には、確認の利益が認められるが、当該事件では、地位確認の訴えの方がより適切な訴えであるので、確認の利益が否定されるという趣旨と解するのが自然と思われる」と述べている。

そして、宇賀判事は、以下のように述べている。

「地位確認の訴えに係る請求を認容することができず、他に適切な救済方法がない本件において、違法確認の訴えに係る確認の利益を認めるという解釈は、平成17年大法廷判決の趣旨にも適合していると考えられる。そして、在外国民が国民審査に参加する権利のように立法措置が全くとられていないという全面的な立法不作為と、平成17年大法廷判

決当時の在外国民が国政選挙に参加する権利の一部を行使することができないという部分的な立法不作為を比較すれば、前者の方が、立法不作為による権利侵害の程度がより大きいにもかかわらず、後者については、積極的な地位確認の訴えにより救済が図られるのに対して、前者については、権力分立の観点からはより謙抑的な違法確認の訴えを認めないことは、均衡を欠くように思われる。」

宇賀判事の補足意見によると、立法措置が全くとられていない場合（国民審査）と立法措置が一部でもとられている場合（選挙権）との不利益は、前者の方が大きく、前者を救済する措置として、「権力分立の観点からはより謙抑的な違法確認の訴えを認めないことは、均衡を欠く」から、違法確認の訴えを認めるべきとの考え方が示されている。そうであれば、一部でも立法措置が採られていれば、地位確認の訴えを受理できるが、全く立法措置が採られていない場合は、地位確認の訴えは却下せざるをえず、違法確認の訴えが受理されることになる。つまり、憲法上の権利が法律上一部でも具体化されていれば地位確認の訴えが受理され、全く法律上具体化されていなければ、違法確認の訴えで争われるということである²⁵⁰。

このような思考過程の論拠としては、前述した当事者訴訟の構造と山本の考え方²⁵¹が参考になる²⁵²。まず、当事者訴訟とは、法律関係を対象とした訴訟であり、かつ確認の訴えという給付訴訟とは異なる特質から、原則的には積極的確認が求められる。そのため、憲法上の権利については、その地位の積極的な確認を行うことで憲法から一義的に特定の地位を積極的に確認することは、本来憲法から法律を具体化することを求められている国会の立法権を裁判所が代わりに行うこととなってしまう。そのような手法は、権力分立の見地から大きな問題が生じる。これに対して、憲法上の権利について法律上その地位が具体化されている場合、当該地位について立法府による具体化はなされている。そのため、裁判所としては、憲法上の権利が法律上具体化されている場合には、その地位の積極的確認を行うことができる。そして、地位の積極的確認と地位がないことが違法であることの消極的確認とは、宇賀判事も指摘する通り、地位の積極的確認の方が当事者の救済となるといえる。そのため、憲法上の権利が問題となった場合には、まず、地位の積極的確認の審査が先に行われ、地位が積極的に確認できない場合に、法律上地位がないことが違法であることを消極的に確認する。このような審査手法は、権力分立における司法府による立法府への配慮の所産であるといえる²⁵³。

²⁵⁰ 渡辺・前掲注 248) 45 頁、高田・前掲注 248) 121 頁、山崎①・前掲注 248) 58 頁参照。このような違法確認を優先させる手法に対して疑義を投げかけるものとして、村西良太「公法上の確認訴訟の要件と「憲法訴訟」の隘路——立法の違憲確認訴訟をめぐる若干の考察」行政法研究 49 号（2023 年）312—314 頁参照。

²⁵¹ 山本・前掲注 245) 495 頁。

²⁵² 同旨として、山崎②・前掲注 248) 147 頁参照。

²⁵³ ただし、宇賀判事の補足意見に疑問がないわけではない。宇賀判事は、全面的立法不作為と部分的立法不作為との権利侵害の程度を比較したうえで、権利侵害が小さい部分的立法不作為に権利救済手段を認め、権利侵害が大きい全面的立法不作為に、権力分立の観点からより謙抑的な違法確認の訴えを認めないことに疑義を呈している。しかし、権利侵害の程度の論点と権力分立の論点とを混ぜるべきではないよう

4. 主観訴訟における違憲審査の限界について

立法不作為の国家賠償請求訴訟と実質的当事者訴訟は、両訴訟ともに主観訴訟として位置づけられている。もっとも、両訴訟は、前者が行為訴訟であるのに対し、後者は権利訴訟（法律関係訴訟）である。このような訴訟類型上の違いがあるものの、両訴訟が抽象的違憲審査とは異なると考えられる根拠について、以下2点指摘する。

第一に、立法不作為の国家賠償請求訴訟において、司法府は、（広義の）立法行為を審査対象としているが、その際には、立法されるべき法律が制定されていないこと、あるいは、改廃すべき法律を改廃しないことを問題とすることで、法律制定行為自体、つまり立法府の法創造作用を侵害しないように配慮がなされている。実質的当事者訴訟においては、憲法上の権利について地位の積極的確認を求めるという形式は、「具体的な地位にあること」の確認を求めるとなる。このような訴訟類型において、仮に法律により具体化されていない地位を裁判所が確認してしまうと、立法府の法創造作用を侵害することになりかねない。そこで、裁判所は、あくまで法律により憲法上の権利が具体化されていないのであれば、権利を具体化していないこと自体を問題とする必要がある。このようにすることで、権力分立上の問題を回避している。

第二に、立法不作為の国家賠償請求訴訟において問題となったように、訴訟として認めるためには立法不作為について権利侵害性があることが必要である。このことは、実質的当事者訴訟においても、前提となっている。実質的当事者訴訟は、権利関係訴訟であり、権利義務の存否を争う点で、権利侵害性を伴う訴訟である。

もっとも、第一の点について、立法制定行為自体を審査対象としていないものの、立法をしないこと又は法律を改廃しないことという、立法権限に含まれる行為を審査していることに変わりがない。

では、判例は、立法行為自体ではなく、立法不作為であれば、司法審査の対象とすることができると考えている理由はどこにあるのであろうか。ここで注目すべきは、警察予備隊違憲確認訴訟において、抽象的違憲審査を採用しない理由として挙げられていた権力分立の要請である。つまり、司法権を司る裁判所は、立法権を侵害してはならないということである。もっとも、権力分立の要請は、それぞれの権力について相互不可侵を保障するものではなく、互いの権力の核心を侵害しなければ、互いに抑制と均衡を図ることができるものである。そうであれば、立法不作為について司法審査を及ぼすことは、立法不作為が立法権の核心でないと考えることができる場合のみに可能となる。つまり、裁判所は、立法不作為については、立法権の核心と捉えていないといえるのであり、立法権の核心となる部分を狭く捉えているように感じられる。このような考え方は警察予備隊違憲確認訴訟においては顕在

に思われる。ここでの論点は、憲法上の権利を審査対象としなければならないところ、立法府が既に具体化していればこれを借用し、具体化していなければ、消極的に違法確認をするという権力分立上の配慮のみである。つまり、全面的立法不作為であろうと、部分的立法不作為であろうと、権利が侵害されていることに変わりがない以上、権利侵害の程度がどちらの方が大きいと割り切れないというべきである。

化していなかったように思われ、その後の立法不作為の国家賠償請求訴訟の確立により見えてきた裁判所の姿勢である。

このような姿勢の背後にある法理論を探究するにあたっては、この訴訟の議論の素地を提供した昭和 60 年最判の調査官であった泉の見解が参考になる。泉は「個人の重要な基本的人権が立法の不作為ないし不備によって実際に侵害されていることが明確となった場合には、積極的な違憲立法により個人の権利が侵害されている場合と変わりがない」ことを理由に「裁判所は当該立法不作為につき違憲審査を行うことができ」²⁵⁴としている。つまり、泉は、憲法上の権利侵害さえあれば、違憲審査が可能であると考えているといえる。

権力分立は、各国家機関がどのように権限を分配され、行使していくかという問題である。これに対して、憲法上の権利は、国民個人に帰属し、その実現過程は、権利ごとに異なる。つまり、権力分立という憲法上の要請だけからでは、国民の権利を保護するという司法府に課された憲法上の要請を満たすことができない。それは、権力分立と憲法上の権利の両者が属する次元が異なる点に起因する。言い換えれば、憲法上の権利は、国民各自に帰属し、その侵害態様は一樣ではあり得ず、権力分立という要請のみから、司法権の範囲を限定していくと、本来的に果たさねばならない憲法上の権利の保護という使命を裁判所が果たすことができなくなる。そして、権力分立は「国家権力が単一の国家機関に集中すると、権力が乱用され、国民の権利・自由が侵されるおそれがあるので、国家の作用を性質に応じて立法・行政・司法というように『区別』し、それを異なる機関に担当させるよう『分離』し、相互に『抑制と均衡』を果たさせる制度であり、そのねらいは、国民の権利・自由を守ることにある」²⁵⁵と説明される。つまり、権力分立の本来のねらいは国民の権利・自由を守ることにある以上、国民の権利を守るためには、権力分立が多少矮小化されることも受け入れることができる原理であるといえる。そうであれば、裁判所が立法権の核心を狭く解しているのは、国民の権利を保護するという司法権に課された要請を全うするためであるといえる。

IV 客観訴訟における違憲審査の限界

ここで取上げるのは、なぜ客観訴訟の形態における違憲審査が可能なのかという問題である。本稿 I において論じた問題の所在との関係で整理すると、前章が抽象的違憲審査と主観訴訟の区別を論じ、つまり、抽象的違憲審査と付随的違憲審査の区別を論じるものであったところ、本章では、客観訴訟について、主観訴訟との同質性があるのか、抽象的違憲審査との違いは何かという問題を論じる。

判例上、違憲審査の主な舞台は、政教分離をめぐる争われる住民訴訟であり、本稿でも住民訴訟を主な検討素材とする。ただし、政教分離について争うこと自体を主観訴訟と

²⁵⁴ 泉・前掲注 225) 377 頁。

²⁵⁵ 芦部・前掲注 7) 297 頁。

して構成することができないことを示すため、まずは、内閣総理大臣による靖国神社参拝訴訟を扱い、その後、住民訴訟の検討に移っていく。

1. 政教分離訴訟

まず、内閣総理大臣による靖国神社参拝が違憲であるとして、国家賠償請求訴訟が提起された。事案として、原告らは、小泉純一郎（行為当時首相）による靖国神社の参拝行為について、政教分離原則（20条3項）に違反するものであり、「戦没者が靖国神社に祀られているとの観念を受け入れるか否かを含め、戦没者をどのように回顧し祭祀するかしないかに関して（公権力からの圧迫、干渉を受けずに）自ら決定し、行う権利ないし利益」が害され、精神的苦痛を受けたと主張して、国に対して国家賠償法1条1項に基づいて、損害賠償請求をした。かかる請求に対して、最高裁（最判平成18年6月23日判時1940号122頁）は、以下のように判示して、請求を棄却した。

「人が神社に参拝する行為自体は、他人の信仰生活等に対して圧迫、干渉を加えるような性質のものではないから、他人が特定の神社に参拝することによって、自己の心情ないし宗教上の感情が害されたとし、不快の念を抱いたとしても、これを被侵害利益として、直ちに損害賠償を求めることはできないと解するのが相当である。上告人らの主張する権利ないし利益も、上記のような心情ないし宗教上の感情と異なるものではないというべきである。このことは、内閣総理大臣の地位にある者が靖国神社を参拝した場合においても異なるものではないから、本件参拝によって上告人らに損害賠償の対象となり得るような法的利益の侵害があったとはいえない。

したがって、上告人らの損害賠償請求は、その余の点について判断するまでもなく理由がないものとして棄却すべきである（なお、以上のことからすれば、本件参拝が違憲であることの確認を求める訴えに確認の利益がなく、これを却下すべきことも明らかである。）。」

この判示から分かる通り、政教分離訴訟で争われているのは、原告らの権利又は利益ではない。つまり、判例の考え方に従うと、政教分離訴訟を主観訴訟として構成する余地はないことになる²⁵⁶。

これに対して、住民訴訟における政教分離訴訟は当然のごとく認められており、現在までに多数の憲法判断がなされている²⁵⁷。つまり、この憲法判断は、主観訴訟に付随するものではないといえ、客観訴訟についてもそれに付随して違憲審査がなされることを意味する。このことから、昭和23年最大判と適合し、「違法な公金支出行為」の「違法」に「違憲」が含まれていると考えていることが分かる。

²⁵⁶ この判例の解説として、駒村圭吾「判解」『平成18年重要判例解説』ジュリスト臨増1332号（2007年）16-17頁、渡辺康行「判批」民商法雑誌136巻6号（2007年）727-735頁、林知更「判解」法学教室318号（2007年）（付録・判例セレクト2006）6頁、大川一夫「最高裁判決の補足意見の意義」法学セミナー629号（2007年）6-7頁松平徳仁「判批」自治研究86巻1号（2010年）128-146頁。

²⁵⁷ 津地鎮祭訴訟（最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁）、愛媛玉串料訴訟（最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁）、空知太訴訟（最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁）、孔子廟訴訟（最大判令和3年2月24日民集75巻2号29頁）など。

ただし、より厳密に考えると、政教分離訴訟で争われているのは、「違法」＝「違憲」な
公金支出行為であり、違憲な法律に基づく行為ではない。そのため、政教分離訴訟の分析だ
けでは、客観訴訟の場における違憲立法審査について考察することができない。そこで、以
下では、住民訴訟の場で法令の違憲性が争われた例である警察法無効訴訟を扱う。

2. 警察法改正無効訴訟（最大判昭和 37 年 3 月 7 日民集 16 卷 3 号 445 頁）

まず、この訴訟の事案を紹介する。この訴訟では、大阪府に住む X が新警察法に伴う予
算を大阪府議会が可決したことについて、警察法が違法な手続によって可決されたこと、
及び憲法 92 条の地方自治の本旨に反することから、違憲無効であり、この法律に基づく
警察費の支出は違法であるとして、住民訴訟を提起した。最高裁は以下のように判示した
258（下線、括弧書及び番号は筆者による。）。

「上告人は、同法はその内容において憲法 92 条に反するというのであるが、同法が市町
村警察を廃し、その事務を都道府県警察に移したからといつて、そのことが地方自治の本
旨に反するものと解されないから、同法はその内容が憲法 92 条に反するものとして無効
な法律といいえない。」

最高裁は、本件を適法な訴えとして受理している。その上で、法令の形式審査について
は、両議院の自主性を理由に審査を控えている。これに対して、実体審査である 92 条違
反の有無については、簡潔ではあるものの、審査を行っている。つまり、審査の対象とな
る「違法な公金支出行為」の前提となる法律についても、その違憲性を審査することが読
み取れる²⁵⁹。ただし、この審査は簡潔すぎるため、裁判所が住民訴訟の前提となる法律に
ついても常に審査可能であるとの立場を打ち出していないとの反論も考えられる。

なお、近時では、大阪市ヘイトスピーチ条例違憲訴訟²⁶⁰においても、最高裁は、ヘイト
スピーチ条例に基づいて設置される委員会の委員への報酬を「違法な公金支出行為」とし
て、その前提たるヘイトスピーチ条例の違憲性を審査している²⁶¹。ただし、警察法改正無

258 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。成田頼明「判批」法律のひろば 15 卷 5 号（1962 年）36-41 頁、大西芳雄「判批」民商法雑誌 47 卷 4 号（1963 年）135-144 頁、小林武「判批」法学セミナー増刊『憲法訴訟』（1983 年）60-61 頁、戸松秀典「判批」塩野宏＝小早川光郎＝宇賀克也編『行政判例百選Ⅱ〔第 4 版〕』別冊ジュリスト 150 号（1999 年）396-397 頁、毛利透「判批」芦部信喜＝高橋和之＝長谷部恭男編『憲法判例百選Ⅱ〔第 4 版〕』別冊ジュリスト 155 号（2000 年）400-401 頁、今本啓介「判批」磯部力＝小幡純子＝斎藤誠編『地方自治判例百選〔第 3 版〕』別冊ジュリスト 168 号（2003 年）182-183 頁、大石眞「判批」小早川光郎＝宇賀克也＝交告尚史編『行政判例百選Ⅱ〔第 5 版〕』別冊ジュリスト 182 号（2006 年）316-317 頁、今本啓介「判批」磯部力＝小幡純子＝斎藤誠編『地方自治判例百選〔第 4 版〕』別冊ジュリスト 215 号（2013 年）178 頁、奥村公輔「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第 7 版〕』別冊ジュリスト 246 号（2019 年）392-393 頁。

259 憲法学において、法令の形式審査についての考察が多いものの、実体審査がなされた点について言及する判例評釈が少なかったように思われる。これに対して、後掲注 261 に示すように大阪市ヘイトスピーチ条例違憲訴訟の評釈では多く言及されている。

260 最判令和 4 年 2 月 15 日民集 76 卷 2 号 190 頁。

261 第 1 審判決において、条例の合憲性審査が問題となっていることを指摘するものとして、毛利透「判批」法学教室 476 号（2020 年）127 頁。阿部和文「判批」ジュリスト 1573 号（2022 年）111-112 頁は、「本判決は結果として、条例に就て憲法判断を得る可能性をかなりの程度上げたものと評し得る」と

効訴訟における審査が法律に及んだのに対し、大阪市ヘイトスピーチ条例訴訟の審査は、あくまで条例のみに及び、法律の違憲審査はなされていないため、住民訴訟の枠内、つまり地方自治の範囲内にある条例であれば争うことができるとも解し得る²⁶²。

3. 小括

最高裁は、客観訴訟においても、違憲審査を行い、客観訴訟の審査対象行為の前提となる法令についても違憲審査を行うことが明らかになった。このことは、昭和23年最大判において、憲法の最高法規性、裁判官の憲法および法律への拘束、裁判官を含む公務員の憲法尊重擁護義務から違憲審査の根拠を見出す姿勢と軸を同じくすることが分かる。そして、警察予備隊違憲確認訴訟において否定された抽象的違憲審査ではない「具体的な争訟事件が提起されることを必要」とする「司法権の行使」の中に客観訴訟は含まれていることとなる。つまり、最高裁は、客観訴訟を抽象的違憲審査それ自体とは区別して、司法権の枠内にある訴訟類型として捉えていることが分かる。

では、抽象的違憲審査と客観訴訟との区別はどこにあるのか。両者は、権利の侵害がない点で隣接した訴訟類型であるところ、どのような訴訟であれば、客観訴訟の枠内で付随的違憲審査を行うことが可能になるのであろうか。

警察予備隊違憲確認訴訟において否定されていた抽象的違憲審査とは、「具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限」である。具体的事件となって提起された問題であれば許容されることを示している。これを住民訴訟について考えてみると、地方自治法242条に規定されている「地方公共団体の長らによる違法な公金支出行為等」として問題が提起されていけば良いということになる。

では、このような行為が具体的事件といえるのは何故か。この点について、判例は特定の客観訴訟について、当該訴訟類型が抽象的違憲審査と解されることを理由に却下等したことがないことから、明確に特定することが難しい。ここで、主観訴訟と抽象的違憲審査の区別の問題から得られた示唆を手がかりとして考えてみる。

まず、主観訴訟は、権利義務を直接審査対象とする訴訟類型と、公権力の主体による特定の行為が問題となる訴訟に分かれる。客観訴訟においては、権利義務を直接審理対象とすることはないから、後者における分析が参考となる。そのため、立法不作為の国家賠償請求訴訟が参考となるところ、同訴訟において法律の違憲性が問題となる場合、(広義の)立法行為がセットで問題となっている。そうであれば、客観訴訟においても、法律の違憲性が問題となる場合、公権力の主体による具体的な行為が必要である²⁶³と思われる。

している。安西文雄「判批」法学教室504号(2022年)53頁は、本件が住民訴訟であることを指摘したうえで、「このような訴訟で条例の合憲性の審査をするならば、条例の適用を受けるものでなくとも、およそ住民であれば、監査請求を経て、条例の合憲性を訴訟で問うことができることとなる。はたしてここまで広く憲法訴訟を認めてよいのだろうか」と疑問を呈している。

²⁶² 警察法改正無効訴訟が憲法92条との関係を簡潔にしか判示していないことから、この疑問は未解決のもののように思われる。

²⁶³ 結論が同様のもので、野中・前掲注234)26頁。

公権力の行為がセットで問題となることにより、法律の違憲性のみを争う訴訟とはならず、抽象的違憲審査に類する制度であるとの批判は当たらないこととなる。客観訴訟についても、具体的な公権力の行為が求められることで、両者を付随的違憲審査制の下の包括することが可能となるといえる。

ただし、「具体的な行為」であればすべて審査対象となるわけではないことは、首相による靖国神社参拝訴訟が「具体的な行為」であるにもかかわらず、審査対象とされないことから明らかであろう。政教分離訴訟を例にとれば分かる通り、首相による靖国神社参拝に付随する公金支出行為は、法定された審査対象となっていないことから、司法審査が行われないのであり、地方公共団体の知事による同種の行為は、住民訴訟という法定された訴訟類型の審査対象となっているから、司法審査が行われるのである。つまり、司法審査を及ぼすためには、審査対象の行為について具体的な公権力の行為があり、その行為を審査対象とする客観訴訟が「制度化」されていることが必要なのである。

V 主観訴訟・客観訴訟の中間領域

本章では、議員定数不均衡訴訟を通じて、主観訴訟・客観訴訟峻別論の妥当性を検討する。そして、最高裁は、単純な主観訴訟・客観訴訟峻別論を採用していないことを指摘したうえで、最高裁が考える主観訴訟・客観訴訟峻別論について検討する。

1. 最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁（以下、「昭和 51 年最大判」という）

本件訴訟は、議員定数不均衡訴訟²⁶⁴の適否について、最高裁が括弧書において明示したものである。以前にも、最高裁は、参議院議員選挙について議員定数不均衡訴訟を訴訟として認めていた（最大判昭和 39 年 2 月 26 日民集 18 卷 2 号 353 頁（以下「昭和 39 年最大判」という。））ものの、その法的構成について詳細な説明はなかった。昭和 51 年最大判において、最高裁は、「次に問題となるのは、現行法上選挙を将来に向かつて形成的に無効とする訴訟として認められている公選法 204 条の選挙の効力に関する訴訟において、判決によって当該選挙を無効とする（同法 205 条 1 項）ことの可否である。」と述べ、議員定数が不均衡な選挙を当然無効と考える場合とは異なることを指摘したうえで、括弧書において、以下のような説示をした²⁶⁵（下線は本稿筆者による。）。

²⁶⁴ 選挙訴訟一般について多くの論評があるが、井上典之「衆議院定数訴訟と投票価値の平等」法学セミナー609号（2005年）91-95頁、毛利透「憲法訴訟の実践と理論【第9回】——投票価値較差訴訟の現状と課題——」判例時報2354号（2018年）134-144頁、佐々木弘通「「1票の較差」訴訟でない「公選法204条の憲法訴訟」・考（1）」法学（東北大学）83巻3号52-75頁参照。

²⁶⁵ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。野坂・前掲注162）103-132頁、芦部信喜「議員定数不均衡の司法審査」ジュリスト296号（1964年）48-58頁（芦部①）、芦部信喜「議員定数配分規定違憲判決の意義と問題点」ジュリスト617号（1976年）36-54頁（芦部②）、阿部泰隆「議員定数配分規定違憲判決における訴訟法上の論点」ジュリスト617号（1976年）55-61頁、矢野邦雄「判批」判例評論210号11-16頁（判例時報816号（1976年）125-130頁）、野中俊彦「判解」『昭和51年度重要判例解説』増刊ジュリスト642号（1977年）12-15頁、越智正巳「判批」大東法学6号（1979年）103-109頁、松井茂記「判批」法学セミナー増刊『憲法訴訟』（1983年）105-108

「元来、右訴訟は、公選法の規定に違反して執行された選挙の効果を失わせ、改めて同法に基づく適法な再選挙を行わせること（同法 109 条 4 号）を目的とし、同法の下における適法な選挙の再実施の可能性を予定するものであるから、同法自体を改正しなければ適法に選挙を行うことができないような場合を予期するものではなく、したがって、右訴訟において議員定数配分規定そのものの違憲を理由として選挙の効力を争うことはできないのではないかと疑いがないではない。しかし、右の訴訟は、現行法上選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟であり、これを措いては他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はないのである。およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請に照らして考えるときは、前記公選法の規定が、その定める訴訟において、同法の議員定数配分規定が選挙権の平等に違反することを選挙無効の原因として主張することを殊更に排除する趣旨であるとするは、決して当を得た解釈ということではない。」

以上の説示を敷衍すると、最高裁は、①選挙無効訴訟が現行法上選挙人により選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟であること、②およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請があることを理由に、議員定数不均衡訴訟を選挙無効訴訟として認めた。

以上の説示については、以下のことを指摘できる。

第一に、①において、最高裁は、選挙無効訴訟を「選挙人が選挙の適否を争う……訴訟」と捉えていることである。昭和 39 年最大判において、「右規定（公職選挙法 204 条：本稿筆者注）がいわゆる選挙訴訟の制度を認めた所以は、選挙が選挙区ごとに行われるものであることに鑑み、その選挙区の選挙に参加しうる権利を有する者にその結果の違法を主張する途を与え、もつて選挙に関する法規の適用の客観的適正を期している法意であると解するのが相当である」と述べている。後の判例にもつながるところではあるが、選挙無効訴訟の第一義的な意味は、昭和 51 年最大判の言葉を借りると「選挙の適否」であり、昭和 39 年最大判の言葉を借りると「選挙に関する法規の適用の客観的適正」の確保にある。つまり、選挙権を直接に争う趣旨のものではなく、選挙全体についての適否を争うものである、ということである²⁶⁶。

頁、高橋和之「定数不均衡訴訟に関する判例理論」法学教室 42 号（1984 年）95-101 頁（高橋①）、山本浩三「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ [第 3 版]』別冊ジュリスト 131 号（1994 年）322-323 頁、宍戸常寿「一票の較差をめぐる「違憲審査のゲーム」」論究ジュリスト 1 号（2012 年）41-49 頁、山元一「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 6 版]』別冊ジュリスト 218 号（2013 年）326-328 頁、佐々木雅寿「衆議院定数不均衡訴訟違憲判決」論究ジュリスト 17 号（2016 年）54-60 頁、同「昭和 51 年衆議院議員定数不均衡違憲判決の背景」大阪市立大学法学雑誌 62 巻 3-4 号（2016 年）782-740 頁、高田篤「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 7 版]』別冊ジュリスト 246 号（2019 年）320-322 頁、高橋和之「投票価値不平等訴訟に関する判例理論の迷走とその着地点—出発点からの再考—」法曹時報 73 巻 9 号（2021 年）1-68 頁（高橋②）、高作正博「判批」斎藤誠＝山本隆司編『行政判例百選Ⅱ [第 8 版]』別冊ジュリスト 261 号（2022 年）424-425 頁。調査官による解説として、最判解民事篇昭和 51 年度 [越山安久] 129-171 頁。

²⁶⁶ 高橋②・前掲注 265) 11-12 頁は、「多数意見は『国民の基本的権利』を客観法的側面あるいは抽象的な権利としての側面において捉えたもの」と指摘し、「すなわち、この訴訟の本質をあくまでも客観訴訟として理解し、選挙人の主張も基本権侵害の救済を求めるものではなく、選挙の管理執行上の瑕疵の是

第二に、括弧書の説示が「判決によって選挙を無効とすることの可否」の文脈で語られていることが非常に興味深い。最高裁は、一定の選挙無効事由があれば選挙を無効とする権限を立法府から与えられており、この権限を行使すべき無効事由か否かを念頭に、上記説示を行っていると読める。さらに、同じ文言について、「選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟」という説示もある。よって、選挙無効訴訟が選挙の適否を争う訴訟形態であること及びその訴訟類型として唯一のものであることが、議員定数不均衡訴訟を選挙無効訴訟の枠内で認めた理由となっていると思われる。

第三に、②において、最高裁は、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請」があるとする。つまり、議員定数不均衡訴訟は憲法上の要請にしたがって認められた救済措置である。そうすると、選挙無効訴訟において、法律上認められた無効原因の中に、議員定数の不均衡がなかったとしても、憲法上要請されるのであるから、憲法が法律に優位することを考えると、当然に議員定数の不均衡も、選挙無効訴訟において争われる余地があるように思われる。そして、ここにいう「国民の基本的権利」とは、選挙権であることが明らかである。

第四に、最高裁は結論において、議員定数配分規定が選挙権の平等に反することを無効原因から排除することは、妥当でない旨を説示する。これは、あくまで、選挙無効訴訟の枠内で議員定数不均衡訴訟を捉えようとする最高裁の姿勢が表れている。つまり、最高裁が立法府から何ら権限もなく議員定数不均衡訴訟を創設したというよりも、最高裁は、あくまで立法府から与えられた選挙無効訴訟の枠内で、選挙無効原因を法律上のものに限らず、憲法上の要請に基づいて拡張することで、議員定数不均衡訴訟を認めたものである、と考えているといえる²⁶⁷。

第五に、議員定数不均衡訴訟は、選挙無効事由について法定されていない事由を無効事由として扱っており、かつ、事情判決の法理について、公選法があえて行政事件訴訟法 31 条を準用していない（公選法 219 条参照）にもかかわらず、高次の法の見地から、事情判決の法理を援用することとしている²⁶⁸。以上に鑑みると、議員定数不均衡訴訟は、本来公選法が予定している選挙無効訴訟とは異質の訴訟類型であることがわかる。

このような訴訟類型を、選挙無効訴訟を拡張する形で最高裁が認めることは許されるのか。山岸敬子は、「行訴法 42 条は、民衆訴訟の具体的創設を立法者に委ねている」ことから、「新しい民衆訴訟は、必ず、個別に法律で許容されなければならない」とし、「新しい民

正を求めるものと捉えたのである」と指摘する。

²⁶⁷ 芦部②・前掲注 265) 37 頁は「公選法 204 条の選挙訴訟が、元来、同法の定める適法な再選挙の実施の可能性を前提とする制度であり、定数配分規定が違憲無効とされそれを改正しなければ適法な再選挙を行なうことができないような場合を予定する制度でないことだけは、疑いないといってよい」としたうえで、しかしながら、予定していないことだけで不適法として却下することは「早計というべき」と主張する。

²⁶⁸ このような違憲判決の方法については、肯定説と否定説とが対立している。肯定説として、野中・前掲注 265) 15 頁、越智・前掲注 265) 108-109 頁、阿部・前掲注 265) 59 頁。否定説として、矢野・前掲注 265) 15 頁など多数。

衆訴訟の裁判所による解釈的創設は行訴法の許すところではない」²⁶⁹と批判する²⁷⁰。

この裁判所による民衆訴訟の解釈的創設について、最高裁は、裁判所法3条の「その他法律において特に定める権限」が法定される必要がある（行政事件訴訟法42条）ことを述べた上で、傍論ながら、以下のように判示している²⁷¹（最決平成24年11月30日判時2176号27頁²⁷²（以下、「平成24年最決」という。））（下線は本稿筆者による）。

「民衆訴訟として法律の定めを欠く訴訟類型及びこれを本案とする仮の救済方法が、法律上の争訟である抗告訴訟及びこれを本案とする仮の救済方法に関する法律の規定又はその趣旨の類推により創設的に認められると解することはできないから（このことは、法定の訴訟類型である選挙無効訴訟において無効原因として主張し得る事由の範囲の解釈とは事柄の性質を異にするものである。）、現行の法制度の下において、本件本案の訴えは不適法であり、本件申立ても不適法であるといわざるを得ない。」

このように、最高裁は、民衆訴訟たる選挙無効訴訟において、選挙に関する差止め又は義務付けの訴えを提起することは、法定されていない以上出来ないとしながら、議員定数不均衡訴訟については、括弧書において、あくまで「無効原因として主張し得る事由の範囲の解釈」として、民衆訴訟の解釈的創設ではないとしている。山岸は、このような最高裁の判示に対して、括弧書の判示は釈明として苦しいと批判する²⁷³。

もともと、最高裁が昭和51年最大判において示唆する通り、議員定数不均衡訴訟において問題となっているのは、あくまで当該選挙を無効とするか否かという問題であり、選挙の差止めや義務付けは、選挙無効訴訟の埒外であると考えていることは納得できる。最高裁は、あくまで、議員定数不均衡訴訟を選挙無効訴訟の枠内で捉えようとしているのであり、本稿において問われなければならないのは、そのような解釈が可能かという点である。この点については、さらに他の訴訟を検討したうえで考察したいと思う。

2. 最大判平成11年11月10日民集53巻8号1577頁、同号1704頁、同号1441頁（以下、「平成11年最大判」という²⁷⁴。）

平成6年の公職選挙法改正により、衆議院議員選挙における選挙制度が中選挙区制から

²⁶⁹ 山岸③・前掲注215)44頁。

²⁷⁰ 昭和51年最大判における天野反対意見も同様。

²⁷¹ 評釈として、大貫裕之「判批」『平成25年度重要判例解説』ジュリスト臨増1466号（2014年）49-50頁、北見宏介「判解」法学教室別冊判例セレクト2013Ⅱ（2014年）10頁。

²⁷² 事案としては、選挙人が選挙に関する民衆訴訟として、衆議院議員選挙に関する内閣による助言と承認等の差止め及び内閣による法案提出の義務付けを求める訴えを提起し、これに付随して仮の差止め又は仮の義務付けの申立てがなされた。原告は、議員定数不均衡訴訟が昭和51年最大判によって認められた理屈で、議員定数の配分規定の違憲性が明らかであり、事後的な手段で回復することができない場合には、抗告訴訟で認められている差止めの訴え及び義務付けの訴えに関する規定を民衆訴訟に類推適用してかかる訴えを民衆訴訟として提起することも許されると解すべき旨を主張した。

²⁷³ 山岸③・前掲注215)44-45頁。

²⁷⁴ 重複立候補制と比例代表制の違憲性については、最大判平成11年11月10日民集53巻8号1577頁、小選挙区制と政見放送の違憲性については、最大判平成11年11月10日民集53巻8号1704頁。なお、選挙区割りについては、最大判平成11年11月10日民集53巻8号1441頁。本稿では、選挙区割り以外の各訴訟について特段分けて説示する必要がないため、これらをまとめて「平成11年最大判」とい

小選挙区制に変化し、比例代表選挙については全国区ではなく 11 の選挙区に分け、小選挙区においても政党本位の制度に変化したことの違憲性が問われた訴訟である。訴訟の形は、選挙無効訴訟の形をとっており、原告は、選挙区割りの違憲性だけでなく、重複立候補制の違憲性、比例代表制の違憲性、小選挙区制の違憲性、候補者届出政党にのみ政見放送を認める制度の違憲性を主張している。最高裁は、これら違憲性について判断し、すべて合憲とした²⁷⁵。なお、本稿においては、平成 11 年最大判とは、選挙区割りに関する訴訟以外の選挙制度の違憲性が問われた訴訟を指す。

この訴訟においても、昭和 51 年最大判と同様の問題を指摘できる。つまり、選挙制度は公選法上規定されるものであるところ、選挙無効事由として取上げられたのは、当該選挙制度を定める公選法の違憲性であり、本来公選法が選挙無効事由として想定していなかったものである。

平成 11 年最大判と昭和 51 年最大判の違いとして指摘すべきは、後者は、平等権の訴訟として、主観訴訟として構成する余地があったということである。これに対して、平成 11 年最大判は、選挙区割り以外は、平等権として構成することができない。そして、平成 11 年最大判は、主観訴訟としての構成が厳しい訴訟を、昭和 51 年最大判と同様に受理している。

このように、平等権侵害として構成できない平成 11 年最大判において、昭和 51 年最大判と同様の選挙無効訴訟が利用されたことから、昭和 51 年最大判は、そもそも主観訴訟として構成しえない訴訟類型であることが分かる²⁷⁶。つまり、平成 11 年最大判の登場により、議員定数不均衡訴訟を、平等権が問題となった純粋な主観訴訟として解釈する余地がなくなったといえる²⁷⁷。このように、選挙無効訴訟の垂流とも言うべき訴訟類型が多く受理されていくことで、選挙無効訴訟の拡大が認識される中、選挙無効訴訟の拡大に歯止

う。

²⁷⁵ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたものだけを挙げる。石田榮仁郎「判批」『平成 11 年度重要判例解説』ジュリスト臨増（2000 年）18-20 頁、辻村みよ子「判批」ジュリスト 1176 号（2000 年）58-64 頁、毛利透「判批」法学教室 234 号（2000 年）別冊（付録・判例セレクト 1999）4 頁、榎透「判批」法政研究（九州大学）（2001 年）1133-1149 頁、林俊之「判批」判例タイムズ 1065 号（2001 年）362-364 頁、只野雅人「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第 6 版〕』別冊ジュリスト 218 号（2013 年）336-337 頁、植松健一「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第 7 版〕』別冊ジュリスト 246 号（2019 年）330-331 頁。調査官解説として、最判解民事篇平成 11 年度〔大橋寛明〕720-771 頁（3 事件あわせて）。

²⁷⁶ 高橋①・前掲注 265) 97 頁においては、平成 11 年最大判の登場前から、「定数不均衡訴訟を民衆訴訟と捉え、公選法 204 条により提訴することを認める立場」を「平等原則説」と呼び、「51 年判決の多数意見は、多くの点であいまいさを残すが、基本的には平等原則説に立ったものと思う」と論じている。その理由は、原告の主観的権利が問題となると、自己の権利と関わらない投票価値の較差について主張できない点に求めている（同頁）。

²⁷⁷ 佐々木・前掲注 264) 74-75 頁は、「現実の判例法のこのような姿勢——「1 票の較差」の争点であるかどうかは無頓着に、およそ憲法上の争点が提起されればその争点に対する実体判断を公選法 204 条の訴訟において行う姿勢——は、翻って、そもそも第 1 段階の（「1 票の較差」訴訟としての）「公選法 204 条の憲法訴訟」自体を、最高裁が、無自覚的にはあれ、「基本権訴訟」ではなく、それとは別の論理による憲法的正統かを要するところの、民衆訴訟である、と把握していることの表現でありうる」としている。なお、佐々木自身は、最高裁の主観を脇に置いて、理論的に基本権訴訟として把握可能であるかを検討することとしている（同頁）。

めをかけたとされる²⁷⁸のが、次に検討する平成 26 年最判である。

なお、本稿においては、平成 26 年最判が選挙無効訴訟の拡大に歯止めをかけたというよりも、最高裁は、平成 26 年最判が登場する以前から、選挙無効訴訟の枠について一定の制限があると考えてきた。このように解することで、判例を整合的に読むことができる。

3. 最判平成 26 年 7 月 9 日判時 2241 号 20 頁（以下、「平成 26 年最判」という。）

平成 26 年最判においては、刑事施設被収容者等の選挙権が認められていない公選法の違憲性が、同法上原告適格が認められている選挙人によって争われた。最高裁は、以下のよう
に判示して、上告を棄却した²⁷⁹。

この訴訟において、最高裁は、まず、選挙無効訴訟について、民衆訴訟である旨を明示したうえで、民衆訴訟が裁判所法 3 条 1 項の「その他法律において特に定める権限」に含まれるものとして、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる」ものとされている（行訴法 42 条）ことを指摘する。そして、公選法 204 条が選挙無効訴訟について、選挙人又は公職の候補者のみがこれを提起し得るものと定め、同法 205 条 1 項が上記訴訟において主張し得る選挙無効の原因を「選挙の規定に違反することがあるとき」と定めていることを指摘したうえで、無効原因について「主として選挙管理の任にある機関が選挙の管理執行の手續に関する明文の規定に違反することがあるとき又は直接そのような明文の規定は存在しないが、選挙の基本理念である選挙の自由公正の原則が著しく阻害されるときを指すものと解される」と判示する。その上で、最高裁は「選挙無効訴訟において選挙人らが他者の選挙権の制限に係る当該規定の違憲を主張してこれを争うことは法律上予定されていない」と判示して、上告を棄却する。

つまり、最高裁は、「その他法律において特に定める権限」の訴訟について、原告適格は法定されている者に限られ、無効事由は法定されている事由に限られるという立場を採用していることを説示する。その上で、平成 26 年最判においては、法律上予定していない事由を無効事由として主張していることから、選挙無効訴訟として認められないとしている。

そうであれば、昭和 51 年最大判は、無効事由について法定されていない事由を主張するものであるところ、昭和 51 年最大判と平成 26 年最判の上記説示とを整合的に考えると、議員定数不均衡訴訟は、選挙無効訴訟の無効事由を拡大した例外的なものであることがわかる。

では、平成 26 年最判において争われた無効事由は、議員定数の不均衡の主張とは、性質

²⁷⁸ 山岸敬子「選挙無効確認訴訟における憲法上の主張の可否」民商法雑誌 150 巻 6 号（2014 年）758 頁参照。櫻井智章「公職選挙法の選挙無効訴訟における違憲主張の制限」民商法雑誌 154 巻 2 号（2018 年）366 頁参照。

²⁷⁹ 本判決の評釈として、山岸・前掲注 278）753—759 頁、佐々木弘通「判批」『平成 26 年重要判例解説』ジュリスト臨増 1479 号（2015 年）10—11 頁、田近肇「判批」法学教室別冊 413 号（2015 年）（付録・判例セレクト 2014 [I]）12 頁、佐々木雅寿「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 7 版]』別冊ジュリスト 246 号（2019 年）408—409 頁。

が異なるといえるのか。

まず、平成 26 年最判で争われたのは、刑事施設被収容者等の選挙権であり、その侵害は、「国民の基本的な権利の侵害」に当たるため、議員定数不均衡訴訟との類似性が認められる。もっとも、最判平成 26 年において争われたのは、選挙権に対する直接の侵害であり、選挙全体の適否を争う趣旨のものではなく、この点が議員定数不均衡訴訟とは大きく異なる。この点は、平成 11 年最大判と議員定数不均衡訴訟との共通点でもある。

最高裁は、選挙無効訴訟の枠内で捉えないと判示した一文において、以下のような指摘をしている（下線は筆者による。）。

「選挙無効訴訟は、同法において選挙権を有するものとされている選挙人らによる候補者に対する投票の結果としての選挙の効力を選挙人又は候補者が上記のような無効原因の存在を主張して争う争訟方法であり、同法の規定において一定の者につき選挙権を制限していることの憲法適合性については、当該者が自己の選挙権の侵害を理由にその救済を求めて提起する訴訟においてこれを争うことの可否はおくとしても、同条の選挙無効訴訟において選挙人らが他者の選挙権の制限に係る当該規定の違憲を主張してこれを争うことは法律上予定されていない。」

この下線部について、最高裁は、どのような訴訟を想定しているのかが問題となる。この点について、選挙無効訴訟か、実質的当事者訴訟かが問題となるどころ、実質的当事者訴訟を想定していたのではないかと考えられる²⁸⁰。

このように、平成 26 年最判の上記下線部を読むと、選挙無効訴訟において、刑事施設被収容者が自らの選挙権の侵害について主張して争っても、認められることはないといえる。そうであれば、平成 26 年最判が選挙無効訴訟の枠内で受理されなかった理由は、平成 26 年最判で主張された無効事由が選挙全体の適否でなかったことにあると思われる。

平成 26 年最判が他者の選挙権であるから選挙無効訴訟の枠内で処理されたわけではないことは、別の訴訟において、より一層顕在化させた指摘を行っている²⁸¹（最判平成 29 年 10 月 31 日集民 257 号 1 頁²⁸²（以下「平成 29 年最判」という。）。）。

最高裁は、平成 26 年最判とほぼ同じ判示をしたが、以下の点について決定的に異なっていた（下線は筆者による。）。

「選挙無効訴訟は、選挙人らによる公職の候補者に対する投票の結果としての選挙の効力について、選挙人又は公職の候補者が上記のような無効原因の存在を主張して争う争訟方法であり、同法の規定において一定の年齢に達しない者につき被選挙権を制限していることの憲法適合性については、当該者が自己の被選挙権の侵害を理由にその救済を求めて

²⁸⁰ 佐々木雅・前掲注 279) 409 頁。佐々木弘・前掲注 279) 11 頁、飯田・前掲注 131) 55 頁も同趣旨。これと異なる解釈として、田近・前掲注 279) 12 頁。

²⁸¹ 本判決の評釈として、櫻井・前掲注 278) 363-367 頁、野口貴公美「判解」法学教室 450 号（2018 年）139 頁。

²⁸² この訴訟の事案としては、選挙人としての資格に基づいて選挙無効訴訟として提起され、原告は、参議院議員の被選挙権を年齢満 30 歳以上の者としている公選法 10 条 1 項 2 号の規定の違憲を主張していた。

提起する訴訟においてこれを争うことの可否はおくとしても、同条の選挙無効訴訟において選挙人らが被選挙権の制限に係る当該規定の違憲を主張してこれを争うことは法律上予定されていないというべきである。」

この訴訟において問題となっているのは、選挙人たる原告の権利ではない、被選挙権であり、他者の権利である。そのため、平成 26 年最判と同様に、「選挙人らが他者の被選挙権の制限に係る当該規定の違憲を主張してこれを争うことは法律上予定されていない」と判示する可能性もあったといえる。しかし、上記訴訟は、「他者の」という文言を排除している。そのため、他者の権利が争われたことは、選挙無効訴訟の枠内で捉えるか否かの決定的理由でないことを示唆しているといえる。これは、選挙無効訴訟が「その他法律において特に定める権限」の訴訟であることから、無効事由を原告の主張する権利への侵害のみとする理由がないことと整合的である。

なお、昭和 51 年最大判と平成 26 年最判、そしてこの平成 29 年の判決とを整合的に理解しようとする学説の中で、「原告が主張する違法事由（法の規定の違憲性の主張）が、それを争うには選挙無効訴訟が『争うことのできる唯一の訴訟』（昭和 51 年判決）であるか否かにより判断が異なるということになる」²⁸³との指摘がある。本稿も同様に、争われている無効事由が選挙全体の適否か、直接侵害される権利かにより異なることを前提に、選挙無効訴訟において問題となるのは、選挙全体についての適否のみであり、選挙無効訴訟が選挙全体についての適否を争う手法として唯一の訴訟であると考えている。

4. 小括

最後に、判例の内在的分析として、昭和 51 年最大判、平成 11 年最大判、平成 24 年最判、平成 26 年最判（平成 29 年最判）について統一的に理解することを試みたい。

まず、選挙無効訴訟は、客観訴訟であり、「その他法律において特に定める権限」（裁判所法 3 条 1 項）である。このことは、昭和 39 年最大判、昭和 51 年最大判において一貫しているところであり、この点を出発点におかなければならないだろう。そして、平成 26 年最判において、選挙権の侵害を争う訴訟としては、選挙無効訴訟ではなく、実質的当事者訴訟によることが示唆されている。もっとも、昭和 51 年最大判において、「国民の基本的権利を侵害する国権行為」であることが明示されている。これらは整合的に解釈すると、議員定数不均衡訴訟は、選挙の適否を争う客観訴訟であり、かつ、その審判対象は、国民の基本的権利を侵害する国権行為であることになる。

さらに、昭和 51 年最大判は選挙無効訴訟を「現行法上選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟であり、これを措いては他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はない」としている。では、最高裁は、どのような点を捉えて、選挙無効訴

²⁸³ 野口・前掲注 281) 139 頁。なお、野口は、本稿で引用した部分に続けて「当事者訴訟の活用等の動き（最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁）もある中、本判決（平成 29 年最判を指す：本稿筆者注）は、客観訴訟（選挙無効訴訟）の違法事由の主張制限について、再検討の必要を示唆するものとも感じられる」（同頁）としている。

訟が選挙の平等を争う「唯一の訴訟」と考えているのか。平成 26 年最判において、「公職選挙法 204 条の選挙無効訴訟は、同法において選挙権を有するものとされている選挙人らによる候補者に対する投票の結果としての選挙の効力を選挙人又は候補者が上記のような無効原因の存在を主張して争う争訟方法」とされている。そして、無効事由については昭和 51 年最大判で拡張する解釈をしているため、「唯一の訴訟」において重視されているのは、選挙無効訴訟が「投票の結果としての選挙の効力」を争う訴訟だということである。

これらを整合的に解すると、まず、選挙無効訴訟は、選挙の適否を争う客観訴訟であり、無効事由が「選挙管理の任にある機関が選挙の管理執行の手續に関する明文の規定に違反するとき……」と述べられていることから、その審査対象は、選挙を執行する選挙管理委員会の行為であると考えられる。そして、かかる選挙管理委員会の選挙執行行為によって、国民は選挙権を行使できるのであり、この行為によって選挙権が侵害されるということは想定されていない。この点で、選挙無効訴訟は、選挙の適否を争うことを目的として創設され、選挙管理委員会の選挙執行行為を審査対象とする客観訴訟である。そして、このような選挙管理委員会の行為は、憲法に違反する法律に基づいて行われる限りで、違憲な選挙の執行となり、この点で国民の基本的権利を侵害する国権行為と解されるものとなる。このように客観訴訟の無効原因を法定事項より広く解釈すること自体には反対する考え方もあるが、国民の権利救済という主観訴訟の限界において抽出された理解から、このような裁判所の解釈も許される。

そもそも、主観訴訟と客観訴訟という分類は、訴訟法上の分類である²⁸⁴。ここに列举してみると、当事者訴訟は法律関係を確認する訴訟であるが、それ以外の国家賠償請求訴訟は違法な公権力の行為を審査する訴訟であり、抗告訴訟は国民の法律関係に直接影響する行政行為の違法性を審査する訴訟である。つまり、主観訴訟は、権利侵害が想定される行為を審査する訴訟であり、それ以外の訴訟が客観訴訟と言われるものである。そうであれば、審査対象となる行為による権利侵害が想定されない客観訴訟であっても、違憲な法律に基づく行為という形で憲法上の権利を侵害する訴訟に変化することは、あり得ることである。この最たる例が議員定数不均衡訴訟であると考えられる。

もっとも、選挙無効訴訟の審査対象に着目して違憲な法律に基づく行為であるから権利侵害行為になるという立論は、公選法が選挙権や被選挙権を制限することで、この公選法に従った選挙執行行為が権利侵害性を有するのではないかという疑問もあると思われる。しかし、そのような場合、公選法に従った選挙執行行為が審査対象となるのではなく、あくまでも、そのような公選法を定めた立法行為自体が審査対象とされるべきである。選挙無効訴訟で問題となるのは、「投票の結果としての選挙の効力」であり、行使されていない選挙権は問題とならないからである。

²⁸⁴ 小早川光郎によると、「非主観的（客観的）訴訟は法律上の争訟にあたらぬ、という言いかたがされることがあるが、それは必ずしも誤りではないにせよ、少なくとも不正確であろう。一般に、主観訴訟といふ非主観訴訟というのは、それぞれ、訴訟手続として定められた一定種類のことを指すのに対し、法律上の争訟とは、訴訟手続によって処理されるべき争いのレベルでの観念だからである。」（小早川・前掲注 199）99 頁）。

もう一つ指摘すべきは、無効事由の解釈として議員定数不均衡訴訟を許容した点である。これは、どの範囲であれば、裁判所は柔軟な法解釈を行ない得るかという問題であり、客観訴訟についていえば、裁判所の権限が法律の規定した範囲を超えてはならないのはどの範囲かという点が問題となっている。

平成 24 年最決においては、民衆訴訟として選挙差止め等の権限は法定されていないとして訴えが退けられている。同様に、昭和 51 年最大判は、法定されていない事情判決の法理を用いているが、これは、議員定数不均衡訴訟に対応したものであり、かつ、無効とすることの弊害を回避しようとして編み出された技術である。つまり、昭和 51 年最大判は、無効判決をすることの弊害を認識したために事情判決の法理を持ち出したのであり、あくまで無効訴訟の枠内で事案を処理しようとした結果であったといえる。これに対して、平成 24 年最決は、全く新しい訴訟類型を生み出そうとしている点で昭和 51 年最大判とは異なる。言い換えると、最高裁には全く新しい救済方法を創設しようとする意図が見受けられない。そして、選挙管理委員会による選挙の執行行為という審査対象行為を問題とする点で選挙無効訴訟と議員定数不均衡訴訟は共通していることから、最高裁は、審査対象と救済方法の観点から、法定の訴訟類型を尊重する姿勢が読み取れる。そして、審査対象行為が権利を侵害することが想定されていなくても、違憲な法律に基づく行為となることで権利を侵害することがあれば、裁判所自ら、無効事由の解釈として、かかる訴訟を受け入れ、適切な救済を行うこととしているのである。

では、このような解釈が許される理由はどこにあるのか。この点については、判例が考える司法審査の範囲を提示する必要があるため、本稿 VI-1. (3) において論じることとする。

VI 全体の考察

本章では、各学説が判例を整合的に説明できているかを検討する。もともと、本章において主に検討する学説の詳細については、本稿 II-3 をご覧いただきたい。本章においては、従来の学説が判例を整合的に説明できているかについて簡単に確認したうえで、どのように考えるべきか、に重点を置くこととする。

1. 伝統的通説と判例の考え方の相違

(1) 伝統的通説

伝統的通説は、本稿の冒頭で示した通り、「司法権」＝「事件性」（「法律上の争訟」）＝「主観訴訟」という等式を構築してきたと思われる。

この見解を図示するならば、以下のようになる。

図 1

	抽象的違憲審査	付随的違憲審査		審査の及ばないもの
		主観訴訟	客観訴訟	
裁判所法	 	「法律上の争訟」	その他の権限	法定外
憲法	×	司法権	司法権ならざる権限	

この図を簡単に説明すると、抽象的違憲審査は、日本国憲法において認められていないという一致した見解があるため、×としている。そして、「司法権」＝「法律上の争訟」＝「主観訴訟」とするいわゆるトリアーデが伝統的通説によって確立してきたことはすでに述べた通りである。これに対して、かかるトリアーデ構築の結果、「司法権ならざる権限」＝「その他法律において特に定める権限」＝「客観訴訟」という等式も確立してきたといえる。

(2) 判例の考え方

まず、判例は、警察予備隊違憲確認訴訟において、抽象的違憲審査権を行使しえないとして、司法権の発動には「具体的な争訟事件」が必要であると判示した。そして、判例は、主観訴訟のみならず、客観訴訟においても違憲審査を行っているため、「具体的な争訟事件」は、主観訴訟に限定する趣旨ではないといえる。このように付随的違憲審査制について主観訴訟と客観訴訟の双方が含まれると解釈していることが分かる。

次に、主観訴訟の中でも、立法不作為の国家賠償請求訴訟については、そもそも立法が想定していない立法行為を対象とする訴訟であるところ、このような訴訟は権利侵害性のある行為に対する救済という観点から、訴訟の間口が広げられたといえる。そして、立法不作為の国家賠償請求訴訟及び実質的当事者訴訟である違法確認の訴えについても、立法行為を審査することになるが、この場合、立法による法創造作用への侵害がないように配慮がなされているといえる。

そして、客観訴訟が抽象的違憲審査に陥らないのは、具体的な公権力の行為が審査対象とされていることが原因であると思われる。ただし、具体的な公権力の行為であれば、どのような訴訟でも客観訴訟として許容されるわけではない。このことは、政教分離訴訟において、住民訴訟がある場合とない場合とで結論が異なることから明らかである。客観訴訟として許容されるのは、法定されている場合に限られるのである。

さらに、議員定数不均衡訴訟は、あくまで立法府が与えた権限の枠内で、つまり、訴訟目的と審査対象の変更なしに、無効事由を解釈して生み出された客観訴訟である。これらを図示すると以下ようになる。なお、ここで示しているのは、憲法上の問題に限られる。

図2

	抽象的違憲審査	付随的違憲審査		審査の及ばないもの
		主観訴訟	客観訴訟	
		権利侵害性		
裁判所法	 	法律上の争訟 (i、ii)	その他の権限 (iii)	iv
憲法	×	司法権	司法権ならざる権限	

この図を簡単に説明すると、司法権のコアを権利侵害性が認められる範囲で、客観訴訟に

まで及ぼす点に特徴がある。そして、主観訴訟と客観訴訟の峻別があくまで訴訟法上の分類であるとの理解から、「司法権のコアと周辺」と「主観訴訟と客観訴訟との峻別」との間にずれが生じても良いと考えており、判例は、実際に、議員定数不均衡訴訟において、そのような解釈を示したと考える。

そして、訴訟を分類するにあたり、まずは、審査対象となる行為等と訴訟目的について考えてみる。主観訴訟（i）となるのは、民事訴訟を中心とした権利義務並びに法律関係の存否が争いとなっているものであり、これに連なるものとして、国家賠償請求訴訟や実質的当事者訴訟が挙げられる。

これに対して、議員定数不均衡訴訟は、訴訟類型上、客観訴訟であるが、審査対象となる行為につき権利侵害性が認められるため、iiの類型となって、司法権のコアに含まれる。客観訴訟という立法府によって設定された訴訟類型ではあるものの、裁判所自身がその審理の対象を拡張することができる点でコアである²⁸⁵。

iiiの類型とは、客観訴訟であり、かつ、法定されているものである。この類型としては、住民訴訟が考えられる。そして、ivの類型は、司法審査が及ばないものである。この類型として、本稿では、首相の靖国神社参拝に代表されるように、総理大臣による行為といった権利侵害を伴わない公権力の主体による具体的な行為が考えられる。この類型の訴訟は、法定されると、iiiの類型として認められる余地がある。

iiとiiiの違いは非常に微妙なところがあるが、議員定数不均衡訴訟などに見られるとおり、権利侵害性が行為と直接結びついている場合はiiの類型となり、政教分離訴訟のように、行為が権利（信教の自由）と間接的にしか結びつかない場合、iiiの類型となる。

また、iの類型においては、審査対象となる行為を拡張することも可能であると思われる。このことは、立法不作為の国家賠償請求訴訟において示されたとおりである。

これらをまとめると、iの主観訴訟においては、権利救済という司法の役割を全うするためであれば、司法府の審査対象行為は拡張され得る。これに対して、iiの客観訴訟であるが、その行為が違憲であること等²⁸⁶によって権利侵害性のある行為になる場合、司法審査が及ぶこととなる²⁸⁷。

このように分類すると、司法権の中に、主観訴訟と客観訴訟の一部が含まれることが分かる。そのため、客観訴訟の中でも、審査対象の行為が権利侵害性を有しなければ、司法権に含まれないこととなる。これは、裁判所が自らの使命を権利救済にあると考えていることの論理的帰結である。

²⁸⁵ 刑事訴訟についても、iiの類型に含まれると考えられる。この点については、試論（VI-1.（3））において簡単に触れるが、本格的な検討は、紙幅の関係上、本稿では割愛する。

²⁸⁶ そもそも権利侵害性が予定された公益訴訟も存在し得る。その具体例は、刑事訴訟である。

²⁸⁷ 飯田・前掲注131）51頁は、選挙訴訟における判例の考え方を精査に検討し、「客観訴訟が「法律において特に定める権限」（裁判所法3条1項後段）であり、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り提起することができる」（行訴法42条）のであれば、具体的な訴訟類型を創設するのは、まず第一に立法部の役割であろう」と指摘したうえで、「最高裁自身は、訴訟手続の創設と解釈・運用とを峻別するようである」と指摘する（52頁）。

(3) 上記立論を支える理論（試論）

戦前・戦後期の学説の検討を通じて、上記伝統的通説における主観訴訟・客観訴訟峻別論は、その出自とは異なる捉えられ方をしていることが分かった²⁸⁸。戦前期に、主観訴訟と客観訴訟峻別論が説かれた際には、主観訴訟は民事訴訟、客観訴訟は刑事訴訟に対応するものとされ、司法権は民事訴訟と刑事訴訟の裁判権であると捉えられてきた。つまり、主観訴訟とも客観訴訟とも、司法権の中で捉えうる概念だったのである。ただし、この当時、行政訴訟が行政権であるとの観念が一般的であったこと、主観訴訟・客観訴訟峻別論の論者は、行政訴訟を主観訴訟と捉えようとしていたことから、主観訴訟・客観訴訟峻別論は、司法権や行政権の観念とは異なる次元での議論と理解されていたと論じた方が正確である。

そうだとすれば、主観訴訟・客観訴訟峻別論を「法律上の争訟」とは別の概念として構成すべきである²⁸⁹。前者は、訴訟の目的について、後者は司法権の範囲についての概念である。

そうであれば、判例を考察するにあたり、主観訴訟・客観訴訟峻別論が不要か²⁹⁰と言われると、そうではない。なぜなら、既に示した通り、判例上、法律上の争訟に含まれるものの、客観訴訟といい得る訴訟類型があるからである。この主観訴訟・客観訴訟という訴訟分類には、裁判所が法定された訴訟手続に拘束されるか否かの違いがある。この帰結は、刑事訴訟を念頭におくと分かりやすい。つまり、刑事訴訟は、司法権の範囲に含まれるものであるが、公益性の高い訴訟であるため、裁判所は刑事訴訟法に従って訴訟を行う。言い換えると、刑事訴訟は、司法権に含まれるものであるが、その訴訟手続は、法律によって定められる必要があり、裁判所は基本的に法律を尊重して訴訟を行う²⁹¹。

そして、このようなiiの類型において、客観訴訟として法定されるべきことがされていない場合、裁判所は、法定されている訴訟の欠缺を埋める形で、訴訟を行うことは、本来的に司法権の範囲に含まれることから、憲法上要請されることとなる。刑事訴訟は、基本的に法定されるべき事項が法定されており、議員定数不均衡訴訟は、法定されるべき事項が法定されていない。これが刑事訴訟と議員定数不均衡訴訟との違いであるが、刑事訴訟においても、必要な事項が法定されていないければ、その欠缺を埋めて訴訟を行うことが要請される²⁹²のであり、同じ訴訟区分にすることが可能であると思われる²⁹³。

²⁸⁸ 戦前期の議論については、本稿Ⅱ-1.(2)を参照。特に、織田①②・前掲注52参照。現代の学者の分析として、前掲注35も参照。

²⁸⁹ 村上・前掲注203)249頁参照。村上・前掲注35)48頁。

²⁹⁰ 村上・前掲注50)249頁、人見剛「地方公共団体の出訴資格再論——「法律上の争訟」に関する私権保護ドグマ」(磯部力先生古稀記念論文集)『都市と環境の公法学』(勁草書房、2016年)212頁参照。

²⁹¹ 起訴権限が検察官に独占されていること(刑事訴訟法247条)等が挙げられる。

²⁹² この具体例として、高田事件(最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁)を挙げることができる。緑大輔は「判例も示している通り、免訴に関する刑訴法337条各号は、免訴事由として訴訟遅延を挙げていません。そのため、超法規的な免訴事由を創造したともいえる」と指摘する(緑大輔『刑事訴訟法入門 第2版』(日本評論社、2017年)218頁)。

²⁹³ 人見・前掲注290)224頁は、織田万の見解を参照し、「刑事裁判は、国(検察官)が提起する争訟であるが、それは自己の権利保護の目的でなされているとは到底考えられない」と指摘し、「刑事訴訟

2. 各学説と判例との距離

本稿において、前述した学説を参照して、判例を説明することができるか、また、将来的な基準を読み取ることができるかについて考察する²⁹⁴。

まず、佐藤は、抽象的違憲審査との違いとして、客観訴訟に「付与される作用は、法原理部門としての裁判所のあり方にふさわしく、裁判による法原理的決定になじみやすいものでなければならず、その決定には終局性が保障されなければならない」²⁹⁵と主張する。

しかし、この「裁判による法原理的決定になじみやすいもの」という基準は、不明確すぎるといわれている。この点について、佐藤は、『事件・争訟性』を擬制するだけの内実を備えていること、つまり、具体的な国家の行為があり、裁判による決定になじみやすい紛争の形態を備えているものでなければならない²⁹⁶とする。しかし、「裁判による決定になじみやすい紛争の形態」という概念がなお不明確であるといえる。また、裁判による決定になじみやすい紛争であったとしても、判例上訴訟として受理されない訴訟が存するように思われる。具体的には、議員定数不均衡訴訟が許容され、平成 24 年最決などの訴訟が許容されない理由が不明確であるといえる。加えて、佐藤の見解が同心円理論に接近していることから、後述する同心円理論への批判も妥当する。

佐藤は、司法権の範囲について、「①憲法にいう実質的意味の司法権を核として、それに加えて②立法府が、司法権を行使する裁判所にふさわしい権限として立法政策上付与するものがありえ、しかし③裁判所に付与しえない（裁判所として受けてはならない）ものもある、という構造で捉えるべきではないか」²⁹⁷と述べる。そして、①と②の境界があいまいであることを指摘したうえで、「法律上客観訴訟とされるものでも、実質的には主観訴訟とみるべきものがありうることに注意する必要がある」²⁹⁸とする。そして、佐藤は、「議員定数不均衡訴訟は公職選挙法 204 条の訴訟として扱われているが、その実質は主観訴訟とみることができるところで、仮に抗告訴訟などの主観訴訟として争う道を閉ざしたまま 204 条を改廃するようなことがあるとすれば、違憲とさるべき筋合のもの」²⁹⁹とする。このような佐藤の見解について、判例上、議員定数不均衡訴訟は客観訴訟と位置付けられていることを説明できていないと思われる。

次に、野坂は、「……少なくとも現行の客観訴訟のような訴訟類型は、そこに具体的な公

も『法律上の争訟』であるのであれば、『法律上の争訟とは主観訴訟である』とは到底いえないことになる」と指摘する。他にも、阿部泰隆「行政上の義務の民事執行は法律上の争訟ではない」法学教室 267 号（2002 年）38 頁も、刑事訴訟を念頭に「法律上の争訟」概念を批判している。

²⁹⁴ なお、学説の詳細については、本稿 II - 3 を参照願いたい。

²⁹⁵ 佐藤・前掲注 158) 636 頁。

²⁹⁶ 佐藤・前掲注 143) 251 頁。

²⁹⁷ 佐藤・前掲注 158) 637 頁。

²⁹⁸ 佐藤・前掲注 158) 637 頁。

²⁹⁹ 佐藤・前掲注 158) 637 頁。同様の指摘として、野中・前掲注 168) 435 頁は、法定されている客観訴訟について「実は提訴者の法律上の利益を満たしており、実質的には抗告訴訟の要件を満たしていると解することもできるのではないかと述べている。

権力の行為があり、それをめぐって争いが生じていることからして、司法権ならざる権限ではなく、ここで理解された司法権そのものに含まれる」³⁰⁰と述べる。この点については、本稿も付随的違憲審査として許容されるためには、具体的な公権力の行為が審査対象となる必要があることについて、立場を同じくする。しかし、具体的な公権力の行為があっても司法審査が及ばない領域をどのように説明するのかが不明確である。野中の説についても同様のことがいえる。

そして、同心円理論については、抽象的違憲審査と隣接する領域が客観訴訟のみである点が問題であると思われる。主観訴訟においても、実質的当事者訴訟である違法確認の訴えや立法不作為の国家賠償請求訴訟など、抽象的違憲審査に接近しうるものがある。さらに、宍戸は、コアと外周との間に「司法権行使のあり方が憲法上一義的には確定されない中間部分が広く横たわっていることになる」とし、その問題の解決として、「問題となる事案・手続が、同心円構造における中心からどの程度離れているかに応じて、形成の必要性・許容性と内容を判断」する。具体的にその距離を測る尺度は、「各法分野における争訟裁決の必要性と有用性、そして憲法裁判・行政裁判の場合にはそれと並んで、法的統制の必要性と有用性の観点」を用いるのだ³⁰¹とする。しかし、この基準は、曖昧であると言わざるを得ない。判例上、議員定数不均衡訴訟が許容されたことを「争訟裁決の必要性と有用性」があり、「法的統制の必要性と有用性」があったと説明することができるが、議員定数不均衡を実質的に争った平成 26 年最判、平成 24 年最決などが最高裁に受け入れられなかった理由を説明できるのか不明であると言わざるを得ない。

Ⅶ おわりに

本稿で論じた判例の考える司法審査の範囲については、判例を特定の角度から読解することで、見えてくる法理論を考察することを主な課題とし、判例の内在的分析につとめた。よって、判例の批判的検討に関しては、今後の課題としたい。特に、裁判所が自身の職責を権利保護にあると考えることについてそのまま受け入れることとした。しかし、民事訴訟法学における民事訴訟の目的の議論を参照すれば分かる通り、民事訴訟の目的すら権利保護のみに重点をおいていると解することは難しいように思われる³⁰²。村上の見解が示す通り、民事訴訟についての考察も行わないまま、憲法上の司法権が民事訴訟を中心に考えていると考えてきたことは、今後問題として残り続けると思われる。

次に、本稿では刑事訴訟について本格的に検討することができなかった。大日本帝国憲法下における主観訴訟・客観訴訟峻別論の射程は、民事訴訟や刑事訴訟に及んでいたため、峻別論の戦前期から戦後期にかけての継受を分析するにあたり、刑事訴訟について分析することが必要であったといえる。そして、戦後の学説においては、どのように刑事訴訟を司法

³⁰⁰ 野坂・前掲注 156) 47 頁。

³⁰¹ 宍戸・前掲注 11) 32 頁。

³⁰² この点についての民事訴訟法学における議論の蓄積は多分にある。さしあたり、高橋宏志『重点講義 民事訴訟 上 〔第 2 版補訂版〕』(有斐閣, 2013 年) 1-24 頁が全体像を提示している。

権の意義に組み入れるかについて相当の悩みがあったことが指摘できる³⁰³。しかし、本稿の紙幅の関係で、この点への言及は避けることとした。

そして、機関訴訟との関係についても、本稿においては扱うことができなかった。これは機関訴訟が、権利に関するものとは言い難く、かつ、公益に関するものとも必ずしも言えないためである。機関訴訟において重要なのは、権限であり、この権限については、国家がどの機関に権限を分属させ、その権限を持った機関同士において、どのような上下関係があるかも考慮せねばならず、本稿の射程に収まりきらなかった³⁰⁴。

さらに、非訟事件については、検討から除外している。非訟事件については、対審性が確保されないにもかかわらず、違憲審査がなされており³⁰⁵、この点をどのように考察するかは今後の課題としたい。

加えて、司法審査の範囲をめぐる議論の背後に控えていると思われる権力分立論や法の支配論について言及することができなかった。これらの点についても、今後の課題としたい。

³⁰³ 浅賀・前掲注 81) 13 頁や芦部・前掲注 7) 364 頁があえて括弧書で刑罰権を含むと述べていること、神橋・前掲注 19) 12 頁が「刑事訴訟が『法律上の争訟』であるということと平仄が合わない」としたうえで、「しかしながら、民事事件と刑事事件の裁判が司法権に属することは歴史的に確立されたものであり、この点につき理論的に必ずしも説明できないとしても、それは、『司法権』概念の歴史性に由来するもの」としていること等を併せ考えると、刑事訴訟を主観訴訟と考えることには無理があるように思われる。刑事訴訟と「法律上の争訟」との関係について言及がある憲法の概説書として、渋谷秀樹『憲法（第 3 版）』（有斐閣，2017 年）638 頁参照。

³⁰⁴ 機関訴訟については、西上治『機関争訟の「法律上の争訟」性』（有斐閣，2017 年）参照。

³⁰⁵ 直近の事例として、最大決令和 5 年 10 月 25 日判例ウェブサイト掲載がある。

コラム「スタートアップと最先端法務」

弁護士 長野 友法[※]

(2012年3月一橋大学法科大学院修了)

目次

- I. はじめに
- II. スタートアップ法務
- III. 最先端領域の面白さ
- IV. おわりに

I. はじめに

私は、弁護士となってから約10年間企業法務に携わっていますが、最初の約7年半を古き良き大手上場企業のインハウスロイヤーとして経験を積んだ後、主にスタートアップ・最先端法務を専門とする事務所に移籍し、個人的には目まぐるしいほどの環境の変化を感じています。

法科大学院で勉強していた時はそれほど興味がなかった分野であるスタートアップ法務や最先端法務に関わるようになり、そこで感じた面白さや、法科大学院時代に勉強したことが実務でどのように役立つのかを、私自身の経験も交えながらスタートアップ法務や最先端法務について説明させていただき、1人でも多くの方が少しでも興味を持つきっかけとなれば幸いです。

II. スタートアップ法務

1. スタートアップ企業を取り巻く状況

私が学生だった10年以上前も分野としてはベンチャー企業・スタートアップ企業に関する法務・それを専門にする法律事務所は存在していましたが、今とは少し異なっていたように記憶しています。特に最近では、2022年に「スタートアップ育成5か年計画」¹が政府より公表され、岸田政権の掲げる「新しい資本主義」の目玉の1つともなっています。

特に最近注目を集めているスタートアップ企業は、単に新規企業ということだけを意味しないことが多いと思われます。すなわち、革新的な技術やサービスを武器に、ベンチャーキャピタル(VC)等から資本を受け入れることで急激な成長を遂げ、最終的に新規上場(IPO)やM&A等によるエグジットを目指す企業を一般的に指します。スタートアップ法務は、スタートアップの設立段階から、サービスの適法性確認、新株発行等による調達等の過程を辿り、最終的には、M&Aによる売却や、IPOによるエグジット、という形で一定の目的を達成することを目指しますが(場合によっては事業がうまくいかず、破産したり、そのまま

[※] 法律事務所 ZeLo・外国法共同事業所属弁護士

¹ 内閣官房「スタートアップ育成5か年計画」

https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/pdf/sdfyplan2022.pdf

休眠状態で放置されたりすることもあります。)、その中では本当に多種多様なコーポレートアクションが発生することになります。

2. ポジティブな相談

例えば、資金調達の場合では、アーリー期²以降では、普通株式より種々の優先権を付与した優先株式を発行することで、創業者の持株比率をできるだけ維持しながら多額の資金調達が行われることがあります。優先株式等の種類株式については、会社法を勉強したことがあれば存在は知っているという方も多いかと思いますが、通常、上場企業では普通株式しか発行していないことがほとんどであり、また、中小企業では種類株式を発行する場面も多くはないことから、スタートアップ法務では他の企業と比べて種類株式の発行に触れる機会は圧倒的に多くなります。その際には、種類株式の内容をどうするか（残余財産の分配の優先権の設定方法、取得請求権・取得条項の内容等）を設計したり、投資家と投資契約や株主間契約の内容を交渉したり、そのために必要な取締役会・株主総会の手続を行ったりする等、対応すべき事項は多岐にわたります。その際には、皆さんが法科大学院で勉強した会社法等の知識が存分に必要とされ、また、それだけでなくエクイティファイナンスに関する実務的な知識や交渉の相場観等も求められます。

このようなファイナンスによってスタートアップ企業は巨額の資金（数十億から数百億円に達することもあります。）を調達できるため、スタートアップにとっては非常に重要なイベントであり、また、1つの大きな節目となるため、調達が最後まで完了した時には、スタートアップ企業が非常に盛り上がる瞬間の1つです。

3. ネガティブな側面

他方で、スタートアップ法務では、ポジティブな相談ばかりではないため、弁護士としては非常にひりつく経験ができるというのも特徴の一つです。スタートアップ企業では、十分な人員や資金もない中でスタートするため、必要な管理体制を整備することができず、時にはそのようなリスクには目をつぶって、成長のためのアクセルを踏むという選択を取ることがあります。その裏返しとして、あるタイミングそのリスクが顕在化してしまい、時にはサービスの存続や果てには会社の存続にも大きく影響のある事態が生じることもあります。

例えば、スタートアップ企業ではなかなか労務管理が徹底できず、意図せず給与の未払が生じたり、残業代の計算を間違えてしまう、ということは必ずしも珍しいことではありません。また、スタートアップ企業では、人材の新陳代謝のサイクルが早く、求められる能力や資質もフェーズによってすぐに変わることから、その時々々の成果が重視される傾向があり、それによって会社の評価と本人の自己評価が乖離し、賃金の減額や解雇の有効性を巡ってトラブルとなることがあります。

また、サービスの適法性について、十分な確認を行わないままリリースをしてしまい、そ

² スタートアップは、成長ステージに応じて、「シード」、「アーリー」、「ミドル」、「レイター」と分類されることが一般的です。

の問題点が指摘され、SNS 等で炎上するといった事態も散見されます。このような事態が起きたときに、サービスを適法な形に早期に是正することは当然必要ですが、スピーディーに対応するためには、普段からのサービスに対する深い理解や、その分野に関する深い知見が求められることとなります。また、炎上対応については、本当にケースバイケースとしか言いようがなく、明確な「正解」が見えないことも多いため、どのような被害が生じているか、どのような形で炎上しているのか、問題の本質はどこにあるのか等、様々な要素を考慮しながら、スピーディーにアドバイスすることが求められます。時には企業が明確な「悪手」を取りたがることもあるため、それを上手く軌道修正しながら対応することも必要とされます。

そのような事態は、企業にとっては当然望ましくはないものの、弁護士としては勉強になることも多く、非常に重要な経験ができるため、それが良くも悪くも日常であるスタートアップ法務は、忙しいものの、非常に成長できる環境であると言えます。

Ⅲ. 最先端領域の面白さ

スタートアップ企業は社会に対して新たな価値を提供することを目的としているため、必然的に最新の技術を活用した商品・サービスを提供することや、新しいビジネスモデルに着目して事業を行うことが少なくありません。何をもちいて最先端領域というかは議論があるところですが、ここでは業界・分野自体が最近出来上がったものや、急速に発展したものを念頭にしています。例えば、自分が取り扱っている分野として、FinTech³、web3.0⁴、ヘルステック、AI 等は、一般的に最先端領域と言われることが多いのではないかと思います。

最先端の法務領域の面白さは、最先端技術に触れあえること自体の面白さと、それを法的にどう取り扱うのかという、未知の問題を解決していくことの面白さに尽きるのではないかと思います。最先端領域を取り扱うためには、普段からその業界や分野についての知識や慣習等を熟知しておくことや、その中で日々現れる新たな技術やサービスについて、すぐにキャッチアップしていく必要があります。本当に目まぐるしいスピードでトレンドが変化することもあり、実際に案件の対応を行いながら、知識を急速にインプットすることも少なくありません。また、その検討段階では明確な法整備がされていない場合もあり、方向性も見えない中で、そのビジネスが適法かどうか、その商品を販売することに特段のリスクはないか、結論を出すことが求められます。また、時には法律の制定や改正ではなく、省庁や業界団体が出すガイドライン等のソフトローによって一定の整備が進むこともあり、その場合は比較的短期間の中にこれまでの実務がいきなり覆されてしまうこともあります。

³ 金融 (Finance) と技術 (Technology) を組み合わせた造語で、金融サービスと情報技術を結びつけた様々な革新的な動きを指します。スマートフォンを利用した個人間送金等も身近な FinTech の例の 1 つとなります。

⁴ プラットフォームを通じた双方向のコミュニケーションを web2.0 と言っていたのに対し、ブロックチェーン技術を利用して、さらに分散化の度合いを高めた非中央集権型のネットワークの姿を指します。例えば、ブロックチェーン技術を使用して運営される分散型の組織形態である「DAO」や、インターネット上に構築された三次元の仮想空間である「メタバース」等は、web3.0 の 1 つの例となります。

例えば、2021年のNFTバブル⁵の際には、NFTを活用した事業に参入しようとする企業が多く、事業者自身もNFTの法的な整理や問題点を十分に把握できないままビジネスを開始しようとする事例が後を絶ちませんでした。執筆時点の現在（2023年末）でも、NFT自体を直接規制したり、ルールを定めた法令はありません。その中で、例えば、NFT売買のプラットフォームサービスを提供したいという相談が来た場合には、資金決済法や金商法等の他の規制に引っかからないか、NFTの売買によって当事者間でどのような権利関係が生じるのか、プラットフォームとしてどのような役割を果たすことがビジネスの観点・リスク低減の観点から望ましいのか、そのために必要な契約や利用規約は何か、といった事項を検討する必要があります。現在は業界団体のガイドライン等も参考になるものの、当時はそのように参考になる情報は少なく、既存の法律の規制内容との関係を検討したり、類似のビジネス等を参照しながら、企業が実現したいビジネスをなるべく実現できるように、一緒にサービスを検討していくことになります。その際には、法科大学院で学習した法律の知識が役に立つこともありますが、それ以上に、法的な原理原則の考え方、類似の事例を別の事例に応用する能力等、法科大学院で身につけた法律家としての基礎的な能力の方が役に立つ場面も多いように感じました。

IV. おわりに

スタートアップ法務や最先端領域の法務について、とりとめなく紹介してきました。法律家を目指す方には、未知の分野を知りたいという知的好奇心が旺盛な方や、論理的な思考で色々考えることが好きだという方は、多くいるのではないのでしょうか。そのような志向が少しでもある方は、日々面白い問題と出会えるスタートアップ法務・最先端領域の法務がオススメです。

スタートアップ・ベンチャーと聞くとあまりお金がないイメージもあるかもしれませんが、常にリーガルニーズがあるため、案件は多数あり、意外と食い扶持にも困らないという現実的なメリットもあるので、就活の際には、ぜひ選択肢の1つに追加してもらえれば嬉しく思います。

⁵ NFTとは、Non-Fungible Token（非代替性トークン）を指し、仮想通貨が、代替性がある（例えば、1ビットコインはどの1ビットコインも同じ価値を有する。）のに対して、NFTはブロックチェーン技術を利用して代替性がないデータとなっているのが特徴とされています。2021年頃に起きたNFTバブルの時は、X（旧Twitter）の創業者である、ジャック・ドーシーの最初のツイートが約3億円程度で落札されたということがありました。

一橋大学法科大学院で得ることができたもの—1人の街弁として—

弁護士 藤井 智紗子[※]

(2019年3月一橋大学法科大学院修了)

目次

- I はじめに
- II 法科大学院時代に得ることができたもの
 - 1 法律家としての基礎体力
 - 2 司法試験の先を見据えた学び
 - 3 街弁としての原点
 - 4 法教育活動
 - 5 人との出会い
- III ある一審死刑事件
 - 1 事案の概要
 - 2 死刑の量刑選択基準—多数の人を殺害すれば当然に死刑?—
 - 3 多数の資料の読み込みと分析の先に
 - 4 法科大学院時代の学びを支えとして
- IV ある少年事件
 - 1 事案の概要
 - 2 一人の対等な人間として向き合うということ
 - 3 困難に直面する当事者の伴走者として
- V 大学法学部・法科大学院における臨床法学教育活動
 - 1 概要
 - 2 臨床法学教育科目を通じて
 - 3 与えられたものを次の世代に伝えること
- VI まとめ

I はじめに

私にとって法科大学院は、法律家になるための知識、技能、体力を身につけた場所であるとともに、今につながる原点を確立した場所でした。

私は現在、弁護士4年目の街弁です。「法科大学院の意義を再考する」というテーマをいただいたことに対し、駆け出しの若手が何を語れるだろうかと悩みましたが、未熟ながらも触れてきた事件や活動を例にあげつつ、法科大学院時代に得ることができたものと法律家としての現在につながる軌跡を辿ってみたいと思います。本稿の読者の多くを占めるであ

[※] 早稲田リーガルコモンズ法律事務所所属弁護士

なお、本稿の内容はすべて筆者個人の見解によるものであり、所属組織の見解を示すものではありません。文責も筆者のみが負います。

ろう、現役の法科大学院生の皆様の一つの参考になれば幸いです。

II 法科大学院時代に得ることができたもの

1 法律家としての基礎体力

法科大学院は、目先の司法試験合格ではなく、その先を見据えた法律家としての体力づくりができた場でした。当時は、扱う判例や参考図書・論稿の量の多さやソクラテスメソッドの追及の厳しさに、授業についていくだけで必死な毎日を送りました。あまり勤勉な学生ではなく、できる同期達にずいぶん助けてもらいましたが、そうこうする中で、法的思考の基礎的な体力を養うことができました。

現在仕事をしていると、初めて聞くような法令や指針に触れたり、大量の判例や文献調査をしなければならなかったり、前例のない問題に直面したりすることが多々あります。こうしたときにまずは調べる・読む・基本に立ち返る、といった基礎的な発想とこれを行うための体力は、法科大学院時代の賜物です。

2 司法試験の先を見据えた学び

司法試験科目以外の授業も非常に多種多様で、自身の選択や興味に応じて学ぶことができました。少年法、法と心理学、国際人権法などは司法試験でこそ使いませんが、現在私が関心分野として取り組んでいる少年事件・刑事事件・子どもの権利に関する事件でその基礎的な知識が活かしています。実務家になって忙しい中で片手間に勉強するのではなく、学生の間に向き合うことができてよかったです。

3 街弁としての原点

2年時の法律相談クリニックでは、それまでの勉強で「甲」「乙」という記号で解いていた法律問題が、「山田さん」「佐藤さん」といった人格ある当事者間の紛争であることを初めて目の当たりにしました。複雑に入り組んだ事情を整理して法的位置づけを与えてわかりやすく説明し、紛争に消耗した当事者に丁寧に接する弁護士の姿を間近で見たことは、私の中での街弁という将来像をより具体的に描くきっかけとなりました。

3年時の上訴クリニック、人権クリニックではそれぞれ実際の刑事控訴審、憲法訴訟を扱い、事件を担当する弁護士との意見交換の機会が得られました。司法試験のようなきれいに整理された事案ではなく、多くの資料を読み込み、立論する作業は非常に大変でしたが、書面を通じて誰かの権利利益を主張する使命感と、理論を考え抜いて重要な事実を拾い集めて一つの形にする達成感を味わったことは、街弁の大変さとやりがいを知るきっかけになりました。書き上げた書面は、担当弁護士の書面と比べれば力及ばずどころか、熱を入れて書いた部分もぼっさり、一緒に書き上げた同期とともに悲しい気持ちにもなりましたが、それも含めて実務の厳しさを知ることができました。

最終的に街弁になりましたが、派遣検察官教員、派遣裁判官教員による授業やゼミを通じて他の法曹二者の考え方に触れたり、進路に関する情報を集められたりしたこともよかったです。

4 法教育活動

在学中に所属していた法教育サークルで自身の学びを他者に伝える場を得られたことも、今の私の糧となっています。中高生にもわかりやすいように重要な法的思考を伝える授業を作る中で自分自身が学びを深めることもできました。難しい話になると眠気を誘われる生徒さん達の反応に気を遣いながらお話ししたのもよい経験です。

現在、生業としている街弁の仕事では、法律に触れたことのない個人の相談者・依頼者がほとんどであり、法的分析をわかりやすく伝えることや相手の理解をみながら話を進めていく際に、法教育授業での経験が力になっています。また、弁護士になった後も、こうした授業にかかわる活動は続けています¹。後述する大学法学部・法科大学院における臨床法学教育科目でもこのときの経験が活かしています。

5 人との出会い

「あなた方の学費の6割は、自主ゼミのために払ったと思いなさい」。ある日の授業で、S先生がおっしゃったことが今でも印象に残っています。一橋大学法科大学院は少人数でしたから、顔の見える関係性の中で自主ゼミも組みやすい環境でした。学生のレベルも高く、お互いの得意・苦手をカバーしあいながら切磋琢磨することができました。同じ目標に向かって一緒に勉強したり、時には朝まで大騒ぎして飲み明かしたり、時には真面目に将来について話し合ったり、密度の濃い時間を共有した仲間ができたことは今でも大きな財産です。

また、私自身は学部も一橋大学法学部でしたが、法科大学院の方が教員ともより距離が近く、質問や相談がしやすかったです。私の主な主戦場は教室よりも飲み会でしたが、酒席で先生方とお話ししたのもいい思い出です。

III ある一審死刑事件

1 事案の概要

思い出話ばかりでも仕方がないので、いくつか実際の事件に触れながら、法科大学院時代に得られたことと弁護士としての活動を紹介してみたいと思います。

まずは、ある一審死刑事件の控訴審弁護活動について紹介します。依頼者が離婚話をきっかけに自身の妻や子ども達を手にかけてという事案で、論点はいくつかあるのですが、私が主に検討を担当したのは、量刑不当でした。一般に、殺害した人数が3名を超えると死刑が言い渡されるケースが増えてくるところ、依頼者のケースはそれを超え、一審では死刑判決が言い渡されていました。

2 死刑の量刑選択基準—多数の人を殺害すれば当然に死刑？—

1名殺害しただけでも大変な事件なのに、複数、しかも3名以上もの人を殺害した事案と聞けば、当然死刑と考えるのが一般の人の感覚かもしれません。ましてや、子どもが亡くなっている事件は、世間の処罰感情も厳しくなりがちです。しかし、究極の刑罰、

¹ NPO法人ストップ！いじめナビ、一般社団法人リーガルパーク、第二東京弁護士会子どもの権利に関する委員会等が運営する小学校・中学校・高校等での法教育授業、いじめ予防授業の講師をしています。

ある1人の人間の更生可能性を否定して私たちの社会から退場させるという結論を下すにあたり、考慮すべき事情を十分考慮しなければ公正な適正手続の実現とはいえません。刑事弁護という否認事件の弁護が王道かのような印象をもつ方もいるかもしれませんが、適切な量刑の実現がなされるために光を当てるべき部分に正しく光を当てることも弁護人の重要な使命です。学生時代にお会いしたある弁護士の言葉の受け売りですが、適切な量刑が実現されないことも「冤罪」というべきでしょう。

私自身も、法律家という立場を離れば、悲惨な事件が起きた際に一市民として心を痛めたり、なぜそのようなことが起きてしまったのかと義憤にかられたりすることがあることは否定しません。けれど、法律家として事件にかかわるときには、自身の使命を思い出す必要があります。これもまた別の弁護士の言葉の受け売りですが、弁護人という職業はたとえ世間の人すべてが依頼者の敵になったとしても、最後までその人の味方であり、盾であり続けることに意義があるのです。

従前の裁判例も「○人殺害したから当然に死刑」などという単純安直な判断はしていません。死刑の量刑選択基準として有名な永山事件に関する最判昭和58年7月8日（刑集37巻6号609頁）も「結果の重大性ことに殺害された被害者の数」を考慮要素の1つとして挙げつつ「犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性・・・遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状」をあわせて考慮すべきとしています。南青山事件に関する最決平成27年2月3日（刑集69巻1号1頁）の千葉裁判官補足意見の「まず被害者の数が注目されるべきであり、死刑の選択上考慮されるべき重要な要素であることは疑いない」としつつ、「被害者の数を死刑選択の絶対的な基準のように捉えることは適切ではなく、最終的には他の要素との総合考慮によるべきものであることには注意が必要であろう」との指摘も重要です。

3 多数の資料の読み込みと分析の先に

まずは過去の死刑求刑事案を読み込み、量刑の判断枠組みや死刑選択と死刑回避とをわけた考慮要素等を分析することから始めました。地道に書籍の記載を参照したり裁判例検索を駆使し、場合によっては公刊物未登載の裁判例へのアクセスも試み、数十件の裁判例（それぞれの裁判例の審級別の判決を入れればその数は倍となります）に触れました²。そのうえで量刑判断の考慮要素を拾い出すとともに、本件と類似している事案についての検討を深めました。裁判例を読んでいても最初のうちは事案ごとの事情にばかり目がいき、なかなか横断的な分析はできなかつたのですが、いくつも読み進めるうちに、加害者と被害者の人間関係、計画や準備の状況、殺害行為を複数

² 本題とは逸れますが、検察庁や裁判所内部であれば、おそらくより体系化された裁判例の集積がなされているだろうと思われ、在野の法曹たる弁護士との間に情報収集能力の時点で大きな差があることに問題意識を感じています。刑事事件にかかわらず、全ての裁判例が集積されたようなデータベースがあればよいのですが、判例集は選別した重要な裁判例を集積することが目的で網羅性を欠き、裁判例検索サービスも民間会社が手掛けたものである以上、集積される事案に限りがあります。

な視点がいくつも出てきました。

あわせて学術論文もいくつかリサーチする中で、死刑求刑事案を網羅的に研究した永田憲史教授の死刑選択基準に関する論考に触れました。この中では、死刑を選択するためには4段階のステップがあり、第3段階において6つの量刑因子（a：犯行の罪質・目的、b：殺害を伴う前科、c：殺害の非一回性、d：共犯における主導性、e：殺害の計画性、f：性被害の有無）が考慮されるのだという分析がなされていました³。その分析は、裁判例を四苦八苦しながらかみ進めつつ、気になっていた部分が理論的に言語化されたものでした。そこで、本件について永田教授の分析をベースに、調べた裁判例を引用しつつ、一審判決の判断枠組みの誤りや判例違反、重要な事情の考慮不足等を主張しました。

4 法科大学院時代の学びを支えとして

本件は、記録だけでも相当な量があり、さらに加えて多数の裁判例や論稿を読み解き、自身の主張に反映していく力は、独学で身に着けるのは難しいものだと思います。こうした力は、自分でしっかり考えたことをソクラテスメソッドで第一線の研究者や実務家と議論できるという、法科大学院の贅沢な環境でこそ培うことができるものでしょう。

もっとも、我々の活動もむなしく、本件の控訴審では弁護人側の主張が排斥され、現在この事件は上告審にかかっています。比喻ではなく、まさに人の生死が自身の弁護にかかるといえる事件において、立論が間違っていたのではないかと、活動も力も不十分であったのではないかと苦しい気持ちや不安な気持ちにもなります。控訴審判決の日、「本件控訴を棄却する」という短い言葉に打ちのめされた瞬間は忘れられません。

振り返ってみれば上訴クリニックや人権クリニックで学生として起案や検討を行うことは、よい意味で自由な立場で議論ができるということでした。私たち法曹は、他者の人生に岐路に立ち合い、その行く末に大きな影響を与えうる立場にあります。些細なミスや実力不足が、誰かの人生に悪影響を与えかねません。そうした中で、法科大学院の研究者教員と実際の事件担当弁護士との両方の指導を受けながら、生の事件を教材にして仲間とともにあれこれ議論しながら考える練習ができたことは、学生にとって自信にもなるとともに、非常に貴重かつ贅沢なことでした。通常は司法修習に行かなければ生の事件は扱えませんし、司法修習もいくつかの事件を並行して追い、なかなか控訴趣意書レベルの大きな起案まではする余裕はなく過ぎましたから、司法修習とは別の価値もある機会だったと思います。

今は練習ではなく本番で、弁護士として事件に向き合わねばならない中で、仮に打ちのめされるようなことがあったとしても、また次に会う事件に対してできる限りのことをしていく他ありません。それに向き合えるための力は養ってきたはずだと自身を奮い立たせながら。

³ 永田憲史「死刑選択基準—最高裁は死刑の正統性を亡きものにしたのか—」（龍谷法学 47 巻・2015 年）、同「死刑の基準—永山基準は葬り去られたのか」（法学セミナー 732 号・2016 年）

IV ある少年事件

1 事案の概要

少し重くなってしまったので、よい結末を迎えることができたある少年事件の話をしましょう。

最初に少年事件の流れを少し説明すると、大きく分けて身体拘束下で捜査や審判までの調査等が行われる身柄事件と、身体拘束はなされない在宅事件とがあります。身柄事件の場合、少年事件であっても最初の逮捕・勾留の間はほとんど成人事件と同じような流れを辿ります⁴。事件が警察から検察官に送致され、検察官が勾留請求等を行いながら事件を捜査し、勾留の終わりに家裁送致します。家裁送致の段階で、その後も身体拘束を続けるかどうか（＝観護措置をとるかどうか、少年法17条1項）の判断がなされ、観護措置がとられる場合に少年は鑑別所に送られます。そして、家裁送致から原則4週間以内に最終処分を決する審判がなされます。観護措置がとられない場合には一時帰宅といって在宅事件になり、観護措置のような身体拘束の期間制限もないので審判が数か月後になることもあります。軽微な事件等の事情がある場合は審判がなされない審判不開始（少年法19条1項）の場合もありますし、中間処分として試験観察処分もあります。こうした中で、弁護士は捜査段階は弁護人、家裁送致後は付添人として事件に関わります。

本件は、被害者が仲間内にちょっかいをかけて悪ふざけしてきたことを契機として、共犯者らと被害者を取り囲み、少年自身も暴行に加わり、共犯者らの一部が被害者から金銭を強奪したという強盗事案でした。少年としては、被害者側が悪いという気持ち、共犯者内の力関係で仕方がなく参加したのだという気持ち、自分自身は被害者から金銭を受領しておらず分け前をもらったわけではないという気持ちとがあり、当初は自分こそが正しく、むしろ自分はたまたま巻き込まれた被害者であるというような考えをしていました。

2 一人の対等な人間として向き合うということ

被害者側に落ち度があることは否定しがたい状況で共犯者内の力関係も重要な背景事情ではありましたが、とはいえ警察に相談する等ではなく自身らで暴力的な手段で解決しようとしたこと、大人数で被害者を囲んだこと、少年自身も暴行に加わったこと等については向き合ってもらい必要がありました。もともと、頭ごなしに「これはやってはいけないことだ」と言っても響きはしないどころか、少年を否定して心を閉ざさせてしまうと感じました。そんな道理に従って行動できれば今回の事件は起きていない

4 本来、少年については捜査段階でも成人と異なる配慮が必要ははずですが、残念ながら弁護人の肌感覚としてはほとんど成人と同じです。例えば、東京では「勾留に代わる観護措置」（少年法43条1項）の運用はなく、分留はされるものの少年も成人と同じように警察署の留置施設に入れられますし、勾留における「やむを得ない場合」（同条3項）との要件の加重も果たして機能しているのか疑問に思うばかりです。

はずですから、理屈を説いて「はい」と言ってもらうだけでは、あまり意味はありません。

よくよく話をしていくうちに、少年自身が以前に地元の不良に暴行を受けたことがあること、怖いと思う気持ちから共犯者の一部に逆らえないと思い込んでしまったこと、その一方で共犯者に対して自分を大きく見せたいとも思って手を出したことが語られるようになりました。そこで、少年自身が不良にからまれたときにどんな気持ちになったか、本当はどうしたかったのかを一緒に考えてみることにしました。

当時こわかった、痛かった、ではそんな思いを今度は自分が他の人にさせていいものか。今回、被害者にも悪いところがあったとして、本当はどうすればよかったのか。共犯者が怖かったなら、どうやって離脱すればよかったか。繰り返し考えていく中で、少年の中で振り返りが進んでいきました。そのうえで、ご家族の協力を得て、被害者への被害弁償をすることにしました⁵。

「一人の対等な人間として扱うこと。私は、初対面であれば必ず「さん」をつけて呼ぶようにしています。」これは、私が法科大学院時代に少年法の授業をしてくださった実務家教員の方に教えていただいたことです。何を当たり前なことを、と思われるかもしれませんが、しかし、刑事事件、こと少年に関してはそれまでの社会、家庭でも学校でも下位の存在として扱われてきた人も多く、刑事手続の中でも残念ながら警察官や検察官、ひいては裁判官まで年少の彼・彼女らを「未熟な存在であって導いてあげるべき存在なのだ」といった目線で接することが少なくありません。そして、付添人という立場で彼・彼女らの側から見たとき、そうした態度からの言葉が彼・彼女の心に真に響いているのかは疑問にも感じるときがあります。「年若い部分があれど、過ちを犯した可能性があれど、一人の人間と接していることを常に忘れてはならない」という指摘は、今でも私が少年事件をはじめとする子どもの事件や刑事事件に向き合う際に大事にしていることの1つです。相手の目線に自身の目線を近づけながら物事を考えたり、わかりやすく説明をする場面では、法教育活動での経験も役立っていると思います。

3 困難に直面する当事者の伴走者として

本件では、少年の内省を深める伴走をするのと同時に、少年の家庭環境にも目を向ける必要がありました。少年の保護者は仕事等で余裕がなく、それまで少年に対してあまり向き合うことができていませんでした。しかし、事件をきっかけとして保護者が少年との関係を考えなおしてくれ、できる限り留置施設に面会に通う、少年の所属する学校とのやりとりも一身に引き受ける⁶、経済的に豊かとはいえない中で被害弁償のお金を

5 成人事件と少年事件では、示談や被害弁償の意味合いが異なります。成人事件では被害弁償が被害結果の事後的な回復として犯情において有利な事情となり、被害回復をしたという事実自体にそれなりの重みがある一方、少年事件では要保護性の解消の観点から、そこに至るまでの少年の内省の深まりに着目する傾向があります。

6 学校とのやりとりには付添人が入るかどうかは、学校の種類や少年の状況などに応じて判断することが必要です。本件は保護者が対応することが適切と判断しました。

捻出し、少年の監督も誓う等の献身をしたことが功を奏し、少年は観護措置を免れ、一時帰宅することができました。これにより、仮に身体拘束が続いて欠席した場合に留年等が危ぶまれた学校の試験にも参加することができました。また、最終的な審判でも、不処分という結果を得ることができました。当時少年がおかれていた状況や被害者側に非がある、共犯者間の力関係などの背景事情、現在の少年の内省が深まっていること、被害弁償ができたこと、保護者の監督意欲などが考慮されたのかと考えています⁷。

付添人がこの間に何をしているかという点、順次こうした少年の内省の深まりや保護者と少年の関係性の変化や被害弁償に関するものを証拠化し、裁判所に対して意見書や報告書の形で上げることをしています。あわせて、調査官⁸とも適宜の連絡をとりあいました。調査官意見は判断者である裁判官の判断に大きな影響を与えるものですので調査官と問題意識を共通しておくことが重要ですし、少年の性格や行動傾向の把握、細かい成育歴や家庭環境の把握においてはやはり専門性のある調査官の指摘で気づかされる部分も多く、この件でもたくさんのヒントを得ることができました。

少年事件における付添人の役割論には、いくつか説があるものの、私は少年を権利主体として中核におき、その意見表明の支援をする伴走者であるべきではないかと考えています。少年事件にかかわらず、民事事件・家事事件でも成人の刑事事件でも、まずは相談者・依頼者の意思決定が重要であり、弁護士は当事者の意思を尊重してその実現の援助をする役割にすぎず、当事者の人生は当事者のものでしかないとも考えています。こうした考え方は人それぞれですし、私と全く同じ授業を受けていた人がいたとして、まったく同じ考え方の人はいないでしょう。もっとも、このように自分の中で目指したい弁護士像を描くことができるようになった原点は、法科大学院時代あります。

V 大学法学部・法科大学院における臨床法学教育活動

1 概要

2つの事件の紹介をしました。たまたま刑事事件と少年事件をあげましたが、私自身は普段は民事事件・家事事件7割、刑事事件・少年事件2割、その他（弁護士会の委員会活動や外部団体活動など）1割以下の、よくいる街弁です。

そこで最後に、「その他1割」の中でも、他の街弁では珍しい活動についてもご紹介します。法教育活動のところで少し触れましたが、私は現在、所属事務所の業務の一環として、大学法学部・法科大学院向けの臨床法学教育科目の提供にも参加しています。その中で、法学部生向けに民事事件・公益事件について体験する3日間のプログラムの立ち上げを行いました。

⁷ 不処分の場合、成人の刑事事件と違って特には審判書に理由が付されるということがないようで、具体的な理由は裁判官に聞かないとわかりません。

⁸ 調査官は、心理学、教育学、社会学などの専門的知識を活用して、非行の原因や少年自身等についての調査を行い、最終的な処分に関する意見も述べる裁判所の職員です。

2 臨床法学教育科目を通じて

3日間のうち、民事訴訟に関するプログラムを2日間、公益訴訟に関するプログラムを1日実施しました。民事訴訟に関するプログラムでは、1つの事例で模擬法律相談、模擬訴状起草、模擬尋問まで一貫して行い、公益訴訟に関するプログラムでは、係属中の公益訴訟（初年度と2年目は「セックスワークにも給付金を」訴訟、3年目は「結婚の自由をすべての人に」訴訟（同性婚））を題材にディベートやディスカッションを行ったうえで、原告本人や訴訟代理人の話を聞く座談会を行いました。これに加えて、いわゆる街弁業務を扱う弁護士、企業法務を扱う弁護士、元裁判官の弁護士等、様々な背景をもつ法律家に話を聞く機会を設けました⁹。

プログラム作成を担当した弁護士3名の中で、単に模擬事例をなぞって実演するだけでなく丁寧なフィードバックをしたい、ヒアリング・ライティング・プレゼンテーションの能力をできるだけ多くの場面で発揮してほしい、実務家の経験談や実際の事件の話を聞く場を設けたい、進路選択のきっかけになってほしい、普段接することのない生の事件や当事者にも触れてほしい、などのアイデアが出ました。私自身が法科大学院で触れた臨床法学教育科目で学んでよかったこと・もう少し触れたかったこと等も詰め込みました。このプログラムは毎年少しずつ改良を重ね、2024年3月にも3回目を実施する予定です。1回のプログラム参加者は講師等の人数の兼ね合いで10名程度にとどまりますが、いずれの参加者からも充実した3日間だったとの感想をいただくことができています。ちょうど、3+2の法曹養成コースが始まった過渡期でもあり、進路の悩みを抱えた学生さんから、法律家の仕事の具体的なイメージができたという声も多くありました。法曹志望者数の低迷が問題となっている中、少しでも志ある学生の皆さんが法曹を目指すきっかけになれば本望です。

3 与えられたものを次の世代に伝えること

なぜ最後にこの活動を紹介したかという点、私自身の中で法学部や法科大学院で学び、特に実務科目に触れることで今の自身の原点を得られたことに感謝しており、さらにそれを次の世代に伝える活動は非常に大事なものだという確信があるからです。また、大きな話にはなりますが、よりよい司法が実現されていくにはたくさんの仲間が必要で、できるだけ多くの方に法律家の仕事の魅力を知ってほしいとも思っています。

私自身は、身近に法律家がない環境の中、たまたま法学部に入学し、たまたま関わった学生時代の非行少年の更生支援のボランティアで司法に興味をもって法科大学院を目指しました。その中で、法律家の仕事の多様性や責任、やりがいを知り、より具体的な将来像を描くことができました。司法試験の合格だけを目指し、司法試験予備校だけに通って机にかじりついているだけでは得られなかつたであろうものを、たくさん得ることができましたし、それが現在の私を形作ってくれています。いま、法律家となっ

⁹ 実施したプログラムについては臨床法学教育学会での報告の機会もいただき、戸田善恭・藤井智紗子・福田健治「法学部における民事臨床法学教育の実践－民事・公益弁護体験プログラム－」（法曹養成と臨床教育15巻、2023年）に詳細をまとめています。

てみて、つらいこともあるものの、志したとおり、本当に魅力的な仕事だと日々感じています。

まだまだ若輩で、後進の育成のお手伝いの一部でしかありませんが、これからもこうした活動にかかわっていきたいと思いますし、現役の学生の皆さんには、ぜひ臨床法学教育科目にも積極的にチャレンジしてほしいと思います。司法試験の勉強もしながらだと余裕もないかもしれませんが、きっと司法試験の先の未来の解像度をあげるとともに、自分の軸を見つけるきっかけになるでしょう。

VI まとめ

とりとめのない回顧録と事件・活動紹介になってしまいましたが、法科大学院で学んだことが、1人の街弁の弁護士人生にとって大きな糧や支えとなっていることを感じていただけたのであれば嬉しいです。

一橋法科大学院が今後も志ある法律家を輩出する場であり続けることを願ってやみません。

法科大学院出身の法学研究者として——法科大学院での学びと今——

酒井 智之[※]

(2017年一橋大学法科大学院修了)

I はじめに

II 法科大学院での学び

III 今も生きるもの

IV おわりに

I はじめに

私は、平成 29(2017)年に一橋大学法科大学院を修了したのち、刑法学の研究者としての道を歩むため一橋大学に特任助教として着任し、令和 3(2021)年から講師として引き続き刑法学の研究・教育に携わっている。

法科大学院修了後の進路として、法学研究者を選ぶ人はかなりの少数派だろう。一般的に将来の進路として法学研究者を選ぶ人が少ないというだけでなく、そもそも法科大学院はその基本理念からして法律家を養成する専門職課程であり、——少なくとも実定法学の修士課程への門戸が開かれている一橋大学では——当初から研究者の道を歩む決意を固めている者にとって第一の選択肢とならないのは、いわば当然のことである。最近の若手の法学研究者を見ると法科大学院の出身者も決して少なくないが、いずれにせよ法科大学院生の進路という視点ではマイナーなものであることは否定し難い。

私自身、最初から研究者になるつもりで法科大学院に進学したわけではない。つまり、研究者になるために法科大学院へと進学したわけではない。また、本学における法科大学院修了後の研究者養成の仕組みは当時と現在で異なっており、その点でもあまり参考にならないものであるように思う。以下では、法科大学院での学びを振り返ったのち、その現在における意義を述べていくが、これらの点について、あらかじめご留意いただきたい。

II 法科大学院での学び

1 法学研究基礎における研究指導

法科大学院における学びとして、最も意義深く、そして、自分自身の進路を最終的に確定させるに至ったものとして、法科大学院の最終年次に受講した法学研究基礎を挙げておかなければならない。

少し時間を遡って説明しておく、学部時代の後半頃から、刑法学に関心を持つようになり¹、私的なライフワークとして刑法の勉強を続けたいとおぼろげに考えてはいたものの、

※ 一橋大学法学研究科講師

¹ 刑法学に強い関心を持つようになったきっかけは、学部時代に読んだ増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房、2009年)であった。同書で展開される議論は当時の私にとって非常に刺激的であり、結局、その刺激を忘れることができなかったのだろう。

当面の進路としては法科大学院に進学して法曹になることを想定していた。実際、そうであるからこそ、法科大学院へ進学することを選んだのだが、法科大学院での学習を進めるうちに、そして、法律家として働く未来が具体的に迫ってくるのを感じる中で、自分自身の問題意識や疑問を追い求めたいという思いが強まっていった。そこで、学部ゼミナールの指導教員でもある本庄武先生に相談したところ、法科大学院修了後に博士後期課程に進学する道があることを案内されるとともに、リサーチペーパーの執筆指導を主たる内容とする法学研究基礎の時間にドイツ語文献の読解について指導をいただけることになった。

刑法学を学ぶ上では、ドイツ語を避けて通ることはできない。リサーチペーパーのテーマは(現在も論文を執筆中の)幫助犯における因果関係の問題だったので、ドイツ刑法学の大家である Claus Roxin の刑法総論の教科書²のうち共犯の章をテキストとして取り組んでいくことになった。週に一回のペースでドイツ語文献を読むための指導を一对一で受けることができたのはまさに値千金であった。

もともと、学部時代の第二外国語こそドイツ語を選択していたものの、それ以来、丸4年ほどドイツ語には一切触れていなかったもので、最初は学部1年生の頃に使っていた教科書を引っ張り出して基礎的な文法を確認するところから始めざるを得なかった。また、もともと語学を苦手としていたこともあり、最初のうちは、ごく簡単な一文を訳すのにも膨大な時間を要し、丸一週間掛けて段落を一つ和訳できるかどうか、という有様であったことをよく記憶している。結局、3年次の学習時間のかなり多くの部分を割くことになったが、ドイツ語圏の文献にアクセスできるようになったことは法科大学院における学習の最大の成果の一つである。

2 授業を通じた実定法学の学習

もちろん、法科大学院では刑法学の学習に集中していたわけではない。仮に法科大学院に進学することを選んでいなければ、実定法学に関する広く浅くの学習にここまで時間を割くことはなかっただろうし、前述した研究指導は法科大学院教育に特有のものではないだろうから、ある程度一般化可能な法科大学院の学びという観点では、むしろそれ以外の部分の方が重要だろう。

法科大学院での勉強というと、司法試験に向けた問題演習や論証の暗記といった授業外の学習に重点を置いている人も少なくないと思うが³、勉強熱心とは言い難い私にとって、法科大学院時代の学習(刑法を除く)の大部分は、授業の予習・復習と試験前の付け焼き刃の詰め込みであった。言い訳がましいことを言うと、実定法学一般に関心がなかったわけではないし、また、授業の予習にもある程度真剣に取り組んでいたと自負している。特に法科大学院に入学した最初の年度は、前日の夜に着手した予習が朝になっても完遂するに至

² Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 2*, 2003 である。Roxin の書く文章は難解なところが少なく、ドイツ語の学習にも適していたように思う。

³ 一応ことわっておくと、これは試験対策としての学習を軽視するものではない。法科大学院を修了したのち、惜しくも一度目の司法試験に合格しなかった修了生をサポートするための再チャレンジゼミに参加することになったのだが、そこで司法試験の過去問や出題趣旨・採点実感に触れた際に学んだことも少なくない。

っていないこともしばしばあったほどである。受動的な姿勢での学習には是非もあるかもしれないが、予習課題は簡単なものではなかったし⁴、適度な賦課の課題をこなしていく過程で自然と知識が身についていくのは、教育的な観点では理想的な場であったともいえる。

3 自由な学びの時期としての法科大学院時代

そして、これを法科大学院における学びの一つとして語ることは若干憚られるが、法科大学院時代は比較的自由な時間が多く、特に授業のない期間は興味の赴くままに贅沢に時間を投じることができたことも、得難いものであったと感じている。この点に関して思い起こされるのは、3年次の冬頃、学外の友人との勉強会のため和訳していた、いわゆる「壁の射手事件」に関する連邦通常裁判所第5刑事部1995年3月20日判決⁵である。壁の射手事件とは、旧東ドイツにおいて、ベルリンの壁を警備中の兵士が、上官からの命令に基づいて、壁を超えようとした市民に発砲して殺害したというものであり、東西ドイツの統合後、この行為が刑事訴追されることになったのだが、この判決文中の一節は、今でも心に深く刻み込まれている。すなわち、「非武装の逃亡者の故意的な殺人を許容することで東ドイツからの離脱の禁止の貫徹を人の生命権より優先させる正当化事由は、正義の基本的な要請と国際的に保護された人権に対する明白かつ耐え難い違背のために、無効である。この違背は、諸国民が共有し、人間の価値と尊厳に関連づけられた法的確信に背く重大なものであり、このような場合、実定法は正義に劣後しなければならない(いわゆるラートブルフ公式)。」という一節である⁶。その内容には立ち入らないが、いわゆる「悪法問題」が「実務的」な問題として表出し得ることは、かなりの衝撃であった。

III 今も生きるもの

法科大学院を修了するまさにその年、法科大学院修了者を法学研究者として養成するための特任助教制度が導入され、偶然にもその第一号として特任助教に採用される幸運に恵まれた。当初は司法修習等を経た上で博士後期課程へ進学することを念頭に置いていたので、これはまさに望外のことであったが、その結果として、司法修習や実務を経験することなく、法学研究者としての道を歩むことになった。実務家としての見識があれば、それに繋がるものとして法科大学院における学習の成果を語ることもできたかもしれないが、残念ながらその立場にはない。

その意味で、中途半端な知識であることは否めないものの、それでも、法科大学院で学んだことは、現在でも大いに役立っている。リサーチペーパーを書くことを決めて以来、現在に至るまで幫助犯の研究を続けているが、法学研究基礎の授業で読んだドイツ語文献には

⁴ 記憶を喚起するため、当時の予習課題を実際にいくつか確認してみたが、真剣に法的問題として検討するという観点でも、また、ひとまず一定の回答をコンパクトに与えるという観点でも、かなり難しいものであった。

⁵ BGHSt 41, 101 – 5 StR 111/94.

⁶ 連邦通常裁判所は一貫してラートブルフ公式に基づく解決を行っていたわけではなく、行為当時の東ドイツの法律を人権尊重に親和的な形で解釈することで、既に行為当時において違法なものであったと解するものもあり、これが確立した立場ではないことは留保しておきたい。

共犯と幫助犯に関する著者の重要論文⁷に対応する内容が含まれていたこともあり、そこでの学びはまさにその後の研究の基礎をなすものとなっている。もちろん、ドイツ語文献を読解するスキルの基礎は、前述の通り、法科大学院時代に培われたものである。

法科大学院に固有の学習成果という意味では、実定法学に関して「広く浅く」習得した知識と考え方は、貴重な財産となっている。比較的閉じた議論が多いように思われる刑法においても、他の法分野に関する説明が求められることは少なくない。そんなとき、一応の理解として通説的な説明が記憶の引き出しに収納されていることはやはり心強いものである。とりわけ講義を担当するようになってから、それらがすぐに取り出せる場所にあることの価値を痛感している。個々の知識としては大層なものではなくとも、動産質権者は質物を占有しなければ第三者に対抗できないこと(民法 352 条)⁸や、取締役会設置会社では取締役が競業取引や利益相反取引を行うには取締役会の承認を要すること(会社法 365 条 1 項・356 条 1 項)⁹を所与の知識として直ちに参照できるのは、法科大学院教育の賜物と断言していいだろう。

IV おわりに

法科大学院で過ごした日々により意義を感じる一方で、研究に特化した研鑽を積む期間が短かったことに、不安と後ろめたさがないわけではない。また、法曹養成のプロセス全体から見ればその途中で離脱していることに引け目を感じることもある。研究者・教育者としてもまだ途上であり、法科大学院での学習がこういった形で結実した、と客観的な成果を示すこともできない。素直な思いを述べると、今現在、研究者になるためのルートとして法科大学院に進学するよう人に勧めることができるか、と問われたとすれば、安易に首肯することはできない。自分自身、もとよりそのような決意の下でこの進路を選んだわけではないから、なおさらである。

しかし、本稿を寄稿するにあたって、改めて振り返ってみるに、私自身にとって、法科大学院で学んだことには意義があったとの事後的な評価は揺るぎないものであるようである。そもそも、おそらく大方の法律実務家も、法科大学院在学中の(あるいは、それに尽きない予備試験・司法試験への合格を目指した)学習において学んだ知識のうち、直接に役立てているのはその一部に過ぎないと推察する。そうすると、この法学研究者という職業こそ法科大学院での学習成果を最も有効活用している、と言っても過言ではないだろう。

雑多に私的な感想を述べるばかりで恥ずかしい限りではあるが、法科大学院で学んだことを発揮できる場所として、法学研究者、大学教員という進路が存在していることを心に留めていただければ幸いである。

⁷ *Claus Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme*, in: FS-Stree/Wessels, 1993, S. 365ff. と *Claus Roxin, Was ist Beihilfe?*, in: FS-Miyazawa, 1995, S. 501 ff. である。

⁸ 大判明治 44 年 10 月 13 日刑録 17 輯 1698 頁は、質権者から委託を受けて質物を保管していた者が債務者へ質物を返還した行為に背任罪の成立を認めている。

⁹ 背任罪や有価証券偽造罪では、当該行為の違法性や私法上の有効性について言及されることがある。

リサーチペーパー執筆のすゝめ

——一橋大学法科大学院の履修科目「法学研究」をめぐる——

一橋大学法科大学院准教授 柳 武史*

(2006年3月一橋大学法科大学院修了)

- I はじめに
- II 履修科目「法学研究」の位置付け
- III 『一橋ローレビュー』誌の役割
- IV リサーチペーパー執筆の効用
- V 結びに代えて

I はじめに

本稿に与えられたテーマは、「法科大学院ならではの多様な法曹の姿」というものである。つまり、研究者である筆者の現在の仕事に関して小論を執筆することが求められている。職業研究者である大学教員の仕事は、大きくは、①研究、②教育、③社会貢献、及び④大学行政（管理運営業務）などによって構成されている。この中で、もっとも重要なものは、言うまでもなく、研究である¹。というも、教育や社会貢献も、研究で得られた知見を学生さんや社会に還元するという性格を有するからである。

『一橋ローレビュー』誌を手にとってくださり（インターネットで閲覧して下さり）、本稿を読んでくださる方は、学生さんも多いのではないかと想像している。学生さんに、研究、すなわち論文を執筆する喜びをどのように伝えたらよいのであろうか²。

この点に関して、個人的には、哲学者である故・梅原猛氏のインタビュー記事³を偶然目にする機会があり、とても共感することができたので、今でも記事の切り抜きを大事に取っている。梅原氏は、「学問的なひらめきを体系化するための帰納とか演繹の過程は、徹底的に調べる作業を伴うので非常に苦しい。でも、執念でやり続ける。『新しいものを見つけたぞ』と言えたときには、とても楽しい思いをできるんです」と述べている。また、次のよう

* 一橋大学法科大学院准教授（2006年3月一橋大学法科大学院修了）

なお、本稿の内容はすべて筆者個人の見解によるものであり、所属組織の見解を示すものではなく、文責は筆者のみに帰する。

¹ 伊永大輔「独禁法学者の子育て雑感」公正取引 778号（2015年）89頁は、「学者としての仕事の中心は、やはり研究である。法学の研究活動とは、遺跡の発掘作業に似ていると思うことがあるが、膨大な一次資料の中から丁寧に真理の欠片らしきものを削り出し、これを学問体系上位置付け、その意義を論理的に表現するという営みである」と述べている。

² 一橋大学法科大学院の同僚である小峯庸平先生が『一橋ローレビュー』誌に清新なエッセイ（法科大学院の学生さんから大学教員になるまでの体験記）を寄稿されているため、こちらも併せて参照されたい。参照、小峯庸平「働き方としての民法教員」一橋ローレビュー2号（2017年）70頁、https://www.law.hit-u.ac.jp/lawschool/wp-content/uploads/2023/03/HLR2_5.pdf（2023年11月30日最終閲覧）。

³ 日本経済新聞 2012年1月7日付夕刊5面「これからの哲学、梅原猛さんに聞く ——自然中心が人類存続の道」。

にも述べている。「後進には『ボスの顔を見ずに真理の顔を見ろ』と言ってきた。真理を追究しようと思えば、学界での孤立を恐れてはいけない。大体、新しい理論がすぐに認められるわけがない。孤立しても頑張る勇気と誠実さがないと駄目だ。それができないのなら学問をやめるべきです」と。なお、話は少し逸れるが、ノーベル化学賞を受賞した故・下村脩氏の自伝記事⁴にも大いに勇気づけられたものである。下村氏は、(基礎研究にずっと取り組んでいたら、後にノーベル化学賞の受賞理由となった社会に役に立つ緑色蛍光たんぱく質「GFP」が生まれたことは)「まったく予想を超えたことであった。あらかじめ、予定されている成功などはないのだ。日本の若い人たちに重ねていいたい。がんばれ、がんばれ。物事を簡単にあきらめてはだめだ」と述べている。

とはいえ、研究者としてのキャリアの浅い筆者が、法学研究を行う喜び⁵を語るのは烏滸がましいところがあるのもまた事実である。また、実のところ、論文を執筆する面白さは、「自分自身で実際にやってみないと分からない」ものでもある⁶。論文を執筆してみて面白いと感じる人には本当に面白いものであり、これは適性の問題ともいえるだろう。やってみれば向き不向きは分かるので、多少は関心があるのであれば、まずはやってみて欲しいものである⁷。

そこで、本稿では、読者の方が一步を踏み出すきっかけになればと期待して、法科大学院においてリサーチペーパー(法学研究論文)を執筆することがどのような効用をもたらすの

⁴ 日本経済新聞 2010年7月1日～31日付朝刊「私の履歴書 下村脩 ①～⑩」。なお、本文における引用は、連載の最終回である⑩「あきらめず、がんばれ 失敗気にせず 逃げないで」からのものである。

⁵ 後藤昭「法科大学院と刑事訴訟法学」一橋法学 13巻2号(2014年)846頁及び850-851頁は、(実務家ではなく)研究者でしかできないこととして、①1つの問題に長い時間をかけて考え抜くことと②外国の状況や歴史的展開の検討を通して現実の法制度を相対化することを挙げた上で、研究者という仕事の魅力は、「今までわからなかったことをわかるようにする、今までみんなに見えてなかったものを見えるようにすること」であると述べている。

⁶ 作家の村上春樹氏と読者のメールのやりとりを出版した書籍における村上氏の回答を偶然目にする機会があり、こちらも個人的には腑に落ちるものであった。将来の仕事で悩む13歳の読者からの質問に対して、村上氏は、「どうやって天職を見つけるか?そればかりはやってみなくちゃわかりません。好きな女性に巡り会うのと同じことです。この世界のどこかにきみにぴったりの素敵な女の子(100パーセントの女の子)がいるはずなんだけど、きみはその子と巡り会えるかどうか、それは実際に生きてみないとわからないですね。うまく巡り会えなくて、87パーセントの女の子と一緒にいるかもしれない。でも87パーセントの女の子だってなかなか良いものですよ。人生とはそういうものです。実際にやってみなくちゃわからない。大事なのは勇気を持って前に進んでいくことです。100パーセントを目指しつつ、87パーセントも悪くないかなと実感することです」と回答している。村上春樹『村上さんのところ』(新潮社、2015年)164-165頁を参照。

⁷ キリスト教の世界でも同様の指摘が見られるようである。米国カリフォルニア州における著名なサドルバック教会の創設者であるリック・ウォレン牧師は、「あなたの才能や能力を発見する最良の方法は、様々な奉仕の領域で実験してみることです。私は若い頃に100にわたる才能や能力のテストを受けたとしても自分に教える才能があることに気付かなかったでしょう、なぜなら一度も教えたことがなかったのですから!人前で話す機会を受け入れ始めて初めて、自分の成果に気が付き、他人からも認められ、『神様は教えるという才能を与えてくださっている!』と理解したのです。……。何らかの形で奉仕することを始めるまで、あなたの才能を理解しようとしないうでください。まずは奉仕し始めてください。コミットすることによってあなたの才能を発見することができます。教えたり、導いたり、企画したり、楽器を演奏したり、若者と一緒に活動したりしてみてください。試してみるまではあなたは何が得意かは分からないのです。たとえ上手くいかなかったとしても、それを失敗と呼ぶのではなく、『実験』と呼んでください。あなたはいずれ、自分は何が得意か分かるでしょう」と述べている。See Rick Warren, THE PURPOSE DRIVEN LIFE: WHAT ON EARTH AM I HERE FOR? (Zondervan, 2002), at 248-249.

かについて論じることとしたい。読者としては、研究者志望の方だけではなく、広く法曹志望の方を想定している。具体的には、一橋大学法科大学院における「法学研究」という科目を履修することにどのような実際上の便益が期待できるのかということである。読者の中から、本稿を読んで「法学研究」を履修してみようかなと考える方が現れ、そしてその中から実際に法科大学院の教壇に立つ方が出てきてくれば、こんなに嬉しいことはない。

II 履修科目「法学研究」の位置付け

一橋大学法科大学院には、履修科目として「法学研究」（通年4単位）が設置されている（なお、旧カリキュラムでは「法学研究基礎」という科目名であった）。これは、リサーチペーパーを執筆したいと考えている学生さんが、指導を希望する教員の承認を得て、法科大学院3年次（法学既修者コース2年次）に履修することができるものである。現時点（2023年11月30日現在）の制度においては、「法学研究」を履修した場合、（新カリキュラムが適用される2021年度以降入学の未修者及び2022年度以降入学の既修者は）選択科目群B-1-1、B-1-2、又はB-2の中のいずれか合計4単位分の科目に読み替えることができる。

2023年度一橋大学法科大学院学生便覧には、「特に、研究者を志望する者（大学院博士後期課程の応用研究コース進学希望者を含む）については、履修が推奨されます」との記述が見受けられる。そして、2024年度一橋大学大学院法学研究科（法学・国際関係専攻）博士後期課程法科大学院修了者特別選考募集要項においては、「リサーチペーパー（20,000字程度）」を提出することが求められている。これらのことから、履修科目「法学研究」が法科大学院経由の法学研究者養成において重要な機能を果たしていることが看取できる。

ただし、もちろん、「法学研究」は現時点で研究者志望の方にしか履修が認められない訳ではない。2023年度の「法学研究」のシラバスにおいては、履修者を研究者志望の方のみに限定する記述はない。むしろ、シラバスの「受講生に対するメッセージ」においては「法科大学院における理論と実務の架橋を目指す教育を十分に吸収したうえで、さらに研究に必要な基礎を修得するための授業であり、高い能力と意欲が求められるが、志望者は、指導を希望する教員に相談のうえ、目指してみしてほしい」と述べられており、高い能力と意欲のある学生さんの積極的な挑戦を奨励するニュアンスが感じ取れるのである。

III 『一橋ローレビュー』誌の役割

一橋大学法科大学院においては、在学生・修了生を含む法科大学院関係者が論考を公表する場として、『一橋ローレビュー』誌が公刊されている。『一橋ローレビュー』誌は、オンラインのジャーナルであり、一橋大学法科大学院の学生有志による2回にわたる提案に基づき創刊されたものである⁸。『一橋ローレビュー』誌に掲載される論考は、一橋大学法科大学

⁸ 阪口正二郎「一橋ローレビューの刊行に寄せて」一橋ローレビュー創刊号（2015年）1頁、https://www.law.hit-u.ac.jp/lawschool/wp-content/uploads/2023/03/HLR1_1.pdf（2023年11月30日最終閲覧）。なお、全国の法科大学院における学生さんが企画・運営に関与するローレビューとしては、『一

院ウェブサイトのみならず、一橋大学機関リポジトリにも掲載される。

履修科目「法学研究」において執筆されたリサーチペーパーについても、掲載に値する優れた論文と考えられる場合には、積極的な投稿が奨励されている。ただし、『一橋ローレビュー』誌では査読制が採用されており、必ずしも掲載が保証されている訳ではない⁹。

『一橋ローレビュー』誌の特徴として、「法学研究」履修者を中心とする在學生・修了生が編集委員に就任し、編集委員会を組織することが挙げられる。そして、一橋大学法科大学院のローレビュー担当の専任教員が編集委員に助言などを行っている。

IV リサーチペーパー執筆の効用

それでは、「法学研究」を履修することにより、具体的にどのような効用が期待できるであろうか。以下においては、①研究・発信もできる法曹への基礎固め、②就職活動でのアピール、③留学に際してのメリット、④柔軟な学修プロセス、⑤博士後期課程への進学機会に項目分けして検討することとしたい。

もちろん、リサーチペーパーの執筆は時間や労力も取られることとなるし大変なものではある。ただ、以下においては、司法試験の法科大学院在学中受験を前提とするとそこまで大きなリスクがある訳ではないし、むしろ様々な実際上の便益が期待できることを示したい。

1 研究・発信もできる法曹へ

(1) 研究手法の基礎固め

まず、「法学研究」においては、論文指導という科目の性質上、基本的には、教員と学生さんのマンツーマンの個別指導という授業形態になる。つまり、個別指導の時間帯は、当該専門分野の第一線で活躍している教員を独占し、文字通り、手取り足取りの指導を受けることができる。もちろん、状況に応じて、法律論についての議論もあるだろうし、脚注の整備などの法学研究論文執筆の「お作法」についても言及があるだろう。これは、とても贅沢な時間である。

筆者自身も、指導教員である山部俊文先生（一橋大学名誉教授・明治大学法学部教授）に手取り足取りの懇切丁寧なご指導を賜り、当時学生ながらにとっても有り難いこととして心に残ったものである。山部先生は、常に私の価値観に根差した意見そのものは尊重していただき、あくまで私の意見を法的に洗練されたものとするためにはどのようにすればよいかという観点から献身的なサポートをしてくださった¹⁰。その後、筆者が弁護士を経て研究者を目指すという進路を最終的に決断する際に後押しとなったのは、この時の「法学研究」（前

橋ローレビュー』誌のほかに、『東京大学法科大学院ローレビュー』誌（東京大学法科大学院）や『Law & Practice』誌（早稲田大学法科大学院）などが知られているようである。

⁹ 一橋ローレビュー編集委員会「一橋ローレビュー執筆要領・投稿規程」、https://www.law.hit-u.ac.jp/lawschool/law_review/reg/（2023年11月30日最終閲覧）。

¹⁰ 山部先生のお人柄や後進への研究指導のご姿勢に関しては、柳武史「山部俊文先生 名誉教授称号授与記念 献辞」一橋法学 20 卷 1 号（2021年）9-10 頁を参照。

述のように、当時は「法学研究基礎」という科目名)での時間や思い出が非常に大きかった。今でも「法学研究」で山部先生から教えていただいたことは私の研究・教育などにおいて縁(よすが)となる極めて重要な指針となっている。

ところで、筆者の専門分野である経済法・独占禁止法においては、第一線で活躍している弁護士の方が比較法研究も含めて論考を公表しているケースがある。中には、学者顔負けであるくらい精力的に研究論文を執筆している弁護士の方もおられる。留学に行った弁護士の方は、英語にも精通しておられるので、こうなると研究者固有の存在意義も問われてくるくらいである¹¹。

昨今においては、法曹人口の増加(及び、人口減少社会の到来と日本経済の衰退による法律事務の減少¹²)に伴い、弁護士間の競争は激化しており、自らのサービスの差別化などが課題となっているようにも思われる。このときに、自らの専門分野において論文を執筆して解釈論・立法論に係る議論を牽引できる弁護士はクライアントから見ても魅力的に映るのではないだろうか。したがって、将来弁護士を目指す方も、「法学研究」で教員からリサーチペーパーの個別指導を受ける機会は有益なのではないかと思われる。

(2) 実務等へのインパクト

また、前述のように、「法学研究」で執筆したリサーチペーパーは、『一橋ローレビュー』誌で公表することが期待されている。法学の論文は基本的に単著で公表するので、これはまさしく自分の名前で公表する個人的な創作物ということになる(これに対して、理系の分野などでは共著が多い分野もあるようである)。

法科大学院の在学生・修了生の書いたものを誰が読むのだろうかと思われるかもしれないが、職業研究者(大学教員)は誠実に研究をされているので、きちんと読んでくれるように思われる。優れたリサーチペーパーであれば、引用されたり、時には実務へのインパクトを与えたりすることもあり得る。例えば、米国の例ではあるが、現在の連邦取引委員会(Federal Trade Commission)のリナ・カーン委員長は、イェール・ロースクール在学中に『イェール・ロージャーナル』誌へ投稿した、Amazonのビジネス慣行を題材とするデジタル・プラットフォーム事業者への規制に関する論文で脚光を浴びたことが知られている¹³。なお、2023年9月26日、リナ・カーン委員長のリーダーシップのもと、連邦取引委員会及び17の州司法長官はAmazonを反トラスト法違反の疑いで提訴するに至っている¹⁴。

¹¹ この点については、役割分担の問題として、研究者は「個別の複数の事象を統一的に説明できる法則」としての理論を主として担うことを示唆する指摘も見受けられる。白石忠志『独禁法講義〔第10版〕』(有斐閣、2023年)249-251頁を参照。

¹² リーガル・サービスは経済活動の派生需要であることから、日本経済の衰退に伴い減退していくことは避けられないとの指摘もなされている。安念潤司「第6回法科大学院(法曹養成制度)の評価に関する研究会報告」(2010年11月9日)、https://www.soumu.go.jp/main_content/000089385.pdf(2023年11月30日最終閲覧)並びに「第6回法科大学院(法曹養成制度)の評価に関する研究会議事録」(2010年11月9日)27頁及び34頁[安念潤司発言]、https://www.soumu.go.jp/main_content/000102515.pdf(2023年11月30日最終閲覧)を参照。

¹³ See Lina M. Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 THE YALE LAW JOURNAL 564 (2017).

¹⁴ Federal Trade Commission, FTC Sues Amazon for Illegally Maintaining Monopoly Power

2 就職活動でのアピール

次に、前述した弁護士市場の競争激化の影響を受けて、企業法務系の法律事務所（特に大手渉外法律事務所）への就職活動の難易度が上がっているようにも見える。ここで、法科大学院においてリサーチペーパーを執筆した経験は、履歴書やエントリーシートにうまく盛り込むことにより、あるいは面接で適切に言及することにより、一つのアピールポイントになるのではないだろうか。

ただし、司法試験の法科大学院在学中受験によって、法律事務所への就職活動の時期が前倒しされつつあることには注意が必要であろう。法科大学院3年次（法学既修者コース2年次）においては、指導を希望する教員の承認を得て「法学研究」を履修しており、リサーチペーパーを鋭意執筆中であることをそのテーマや概要なども含めて具体的にアピールすることになるか。

3 留学に際してのメリット

(1) 出願書類への記載

また、企業法務系の弁護士の方を中心として、海外のロースクールの法学修士（LL.M.）プログラムなどに留学するケースが見受けられる。その際、特に、米国のロースクールでは、出願書類の中でリサーチペーパーを執筆した経験をアピールすることが有効である可能性がある。というのも、そもそも、日本の法科大学院においてリサーチペーパーを執筆した経験のある出願者のライバルはそれほど多くはない。しかも、米国のロースクールのうち法務博士（Juris Doctor）プログラムでは、優秀な学生さんは研究ノート（Note）などと呼ばれるリサーチペーパーを執筆してローレビューに投稿するのが通例だからである¹⁵。そして、一橋大学法科大学院においても、前述のように、「法学研究」で執筆した優れたリサーチペーパーを『一橋ローレビュー』誌で公表する場を設けているのである。

(2) 編集委員の経験

さらに、米国のロースクールでは、学生さんがローレビューの編集委員会を組織しているとされ、この編集委員に選抜されるのはとても名誉なことであり、将来のキャリアの成功にも繋がるとされている¹⁶。例えば、バラク・オバマ元米国大統領は、ハーバード・ロースク

(September 26, 2023), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/09/ftc-sues-amazon-illegally-maintaining-monopoly-power> (last visited November 30, 2023).

¹⁵ 少し古い書籍ではあるが、ダグラス・K・フリーマン『リーガル・エリートたちの挑戦——コロンビア・ロースクールに学んで——』（商事法務、2003年）162頁以下及び224頁以下を参照されたい。

¹⁶ フリーマン・前掲注15）52頁、128頁以下、及び224頁以下を参照。また、併せて、田中英夫『ハーヴァード・ロー・スクール』（日本評論社、1982年）156-157頁も参照。なお、米国では、ローレビューの編集長や編集委員を務めて、ロースクール修了後に連邦最高裁判所判事のもとでロークラークに就任するのが最高のキャリアの一つともいわれている。ロークラークは、我が国の最高裁判所調査官のような業務についてロースクールを修了して間もなく担当することになる。内田哲也ほか「特集 座談会 海外ロースクール事情」東京大学法科大学院ローレビュー12巻（2017年）138-139頁及び141頁〔内田哲也発言〕参照。

ールの修了生であるが、『ハーバード・ローレビュー』誌において初めて黒人の編集長 (Editor-in-Chief) を務めた経験を有していることが知られている¹⁷。ここで、前述のように、『一橋ローレビュー』誌も学生さんが編集委員を務めることとなっており、この編集委員の経験も、アピールの仕方によっては、留学の出願プロセスにあたってプラスのファクターになるのではなかろうか。

4 柔軟な学修プロセス

前述のように、「法学研究」は通年4単位であり、特定の選択科目群の科目に読み替えることが可能である。リサーチペーパーの執筆はまさに自分の関心に基づいて考察を深めていくものである。あまり興味のない選択科目について修了単位を揃えるために履修するよりも、より自律的・能動的な学修が可能になるのではないだろうか。

そして、論文指導という授業の性質上、「法学研究」は必ず定期的に授業を行うというよりは、各人の執筆スケジュールに応じて、柔軟にアドホックな開講をすることも可能であると考えられる。司法試験の法科大学院在学中受験を前提とすると、3年次の4月～6月はテーマの設定などにとどめて基本的には司法試験の準備に専念し、7月の司法試験受験後に、夏休みの時間なども集中的に活用しつつ、柔軟な学修プロセスを構築することも可能であるように思われる。

5 博士後期課程への進学機会¹⁸

前述のように、リサーチペーパーを執筆することにより、博士後期課程の出願資格を整えることができる。個人的な意見ではあるが、今後は弁護士などとして実務経験を積みながら、博士後期課程に進学することも十分に考えられるのではなかろうか。仕事を全部辞める必要はまったくないように思われる。実務経験を積みながら、博士(法学)の学位を取得し、いずれ法科大学院の教壇に立つことを目指すのは魅力的なキャリアパスになるのではなか

¹⁷ バラク・オバマ (山田文ほか訳) 『約束の地 大統領回顧録 I 上』(集英社、2021年) 43頁を参照。なお、ローレビューの編集長や編集委員の業務や役割などについては、柳田幸男＝ダニエル・H・フット 『ハーバード 卓越の秘密 ——ハーバードLSの叡智に学ぶ——』(有斐閣、2010年) 210-215頁も参照。

¹⁸ 法科大学院制度と法学研究者養成の関係などについて検討している近時の論考として、例えば、①指宿信「日本における法学研究者養成をめぐる現状と課題」成城法学 87号 (2020年) 49頁、②川嶋四郎「法科大学院制度創設後における法学教員の養成について ——研究者教員と臨床法学教員の養成環境を考える——」同志社法学 75巻3号 (2023年) 419頁、③吉村良一「法学研究者養成制度の現状と課題」法の科学 51号 (2020年) 111頁などを参照。また、併せて、④日本学術会議法学委員会法学系大学院分科会「提言 法学研究者養成の危機打開の方策 ——法学教育・研究の再構築を目指して——」(2011年9月22日)、<https://www.sci.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-21-t135-5.pdf> (2023年11月30日最終閲覧)も参照。なお、上記①の論考(60頁)は、「今後、日本の法学系研究者養成は二極化することになると予想される。一つは……法科大学院を基点とした研究者養成で、このコースでは少数の、しかし各分野を主導するような有力な研究者が育成されるだろう。このルートの若手研究者は、法科大学院修了後に直に助教に採用されるか、あるいは博士課程を経て教職ポストに就くことになる。もう一つは、法科大学院経由ではなく、修士課程・博士課程を経て法科大学院以外の法学系教員に就くというコースである(従来型・法学研究科中心型)。数的に見れば、法学系学部スタッフのポストは後者のタイプで占められるだろう」と述べている。

ろうか。博士後期課程ではコースワークは多くなく、基本的には博士学位論文の執筆が中心になる。もちろん、専門の学生さんよりは時間がかかるであろうが、法曹としての仕事と並行しながら、博士学位論文を完成させることも考えられよう。実務に出てから研究者の仕事に魅力を感じるようになることも十分考えられ、「法学研究」を履修しておけば博士後期課程に進学するチャンスを残しておくことができるのである。また、昨今では大学において実務経験のある方（実務家）を積極的に教員に登用していく大きな流れがあり¹⁹、弁護士業務を継続しながら職業研究者（大学教員）も兼任する方は増えていくのではないだろうか。

なお、もちろん、博士後期課程における専門の学生さんを目指すことも十分考えられる。こちらの方が、最短で研究者を目指すことができるのは事実である。日本学術振興会特別研究員制度のほか、一橋大学大学院法学研究科においてはリサーチアシスタントなどの研究・教育の経験を積んでもらいながら経済的な支援を行う制度を設けている。また、法科大学院修了と同時に原則として任期 3 年間の特任助教に就任する途も存在する。少しでも関心のある方は、「法学研究」の指導教員に相談してみしてほしい。

V 結びに代えて

以上に述べた通り、「法学研究」を履修してリサーチペーパーを執筆することは相応の負担を伴うものではあるが、具体的な効用を期待することができ、十分に挑戦する価値のあるものである。せっかく法科大学院に入学して研究の第一線で活躍する教員からマンツーマンで個別指導を受けられる機会があるのである。これは、司法試験予備試験のルートでは得られない、法科大学院で学修する大きなメリットの一つなのではないだろうか。繰り返しになるが、読者の中から、本稿を読んで「法学研究」を履修してみようかなと考える方が現れ、そしてその中から実際に法科大学院の教壇に立つ方が出てきてくれれば、望外の喜びである²⁰。

¹⁹ 例えば、2022 年 10 月 1 日には「大学設置基準等の一部を改正する省令」（令和 4 年文部科学省令第 34 号）が施行され、基幹教員制度を導入することにより、民間企業からの実務家教員の登用を促進することとされた。

²⁰ 一橋大学法科大学院は、法科大学院教育の「一橋モデル」を支えるものとして「学生の循環サイクルの確立」を掲げており、在学生→修了・司法試験合格→TA として現役学生を指導→実務経験・大学院で研究→講演者・講師・教員としてふたたび法科大学院に回帰するサイクルを確立することを目指している。文部科学省高等教育局専門教育課「法科大学院の機能強化構想について ～令和 5 年度法科大学院公的支援見直し強化・加算プログラム審査結果～」(2023 年 3 月 17 日) 19-20 頁、https://www.mext.go.jp/content/20230908-mxt_senmon02-000031755_s1.pdf (2023 年 11 月 30 日最終閲覧) を参照。

編集後記

本号は、修了生による4本の投稿論文が掲載されている。加えて、一橋大学名誉教授となられた滝沢昌彦教授の最終講義や、一橋大学法科大学院を修了して実務家・研究者として活躍されている先輩方の論文・エッセイも掲載されており、質・量ともに充実した内容のものとなっていると自負している。

招待論文のテーマは、「法科大学院ならではの多様な法曹の姿」である。一橋大学法科大学院を修了した先輩方には、法科大学院での経験を実務や研究でどのように活かしているのかを紹介していただいた。実務家と研究者という異なる立場から、法科大学院、特に一橋大学法科大学院ならではの多様な法曹の姿をお見せすることができたと思う。大変お忙しい中、論文・エッセイを寄稿してくださった、長野友法先生、藤井智紗子先生、柳武史先生、酒井智之先生に心よりの感謝を申し上げる。

一橋大学法科大学院の良さは、「共助」、学生同士が互いに教え合い助け合う文化にある。本号に論文を投稿した修了生たちも、「論文どんな感じ？」という風に、互いに進捗を話し合い、交流を深めていた。また、本号の刊行に当たっては、先輩方に助けていただいた。招待論文を寄稿いただいた諸先輩方は、お忙しいにもかかわらず、私たちの突然の依頼に対して、直ちに本号への寄稿をご了承していただいた。そして、編集を続けていく中で、後輩である私たちと密に連絡をとり、ローレビューをより良くするため、お力添えをいただいた。そして、先輩方の経験を基にした貴重な論文を投稿していただき、本号に花を添えていただいた。一橋大学法科大学院の学年を超えた絆を実感するとともに、世代を超えた「共助」を実現することができた。

修了生たちによる各論文は、一橋大学法科大学院の選択科目「法学研究」で作成した論文に加筆修正を加えたものである。本号は、法学研究で指導してくださった先生方、一橋ローレビュー顧問の但見亮先生をはじめ、多くの方のお力添えにより、刊行することができた。先生方に心よりの感謝を申し上げる。

最後に、一橋ローレビューは、これまで先輩方の尽力によって、学問及び法曹実務の発展という目的を果たしてきた。本号は特に実務家と研究者の諸先輩方の論稿を掲載させていただくことで、この目的を達成することができたと自負している。今後も、多くの学生たちがローレビューに論文投稿してくれること、そして一橋ローレビューが日本の法学界に少しでも寄与することを切に願う。

2024年3月

一橋大学ローレビュー編集委員

文責 武井祐樹

執筆者・編集委員一覧

執筆者

- 滝沢 昌彦 法政大学法学部教授・一橋大学名誉教授
赤木 修一郎 司法修習生（一橋大学法科大学院 2023 年修了生）
小野 日向 司法修習生（一橋大学法科大学院 2023 年修了生）
柏田 芳樹 司法修習生（一橋大学法科大学院 2023 年修了生）
山井 聡也 一橋大学法学研究科博士後期課程
（一橋大学法科大学院 2023 年修了生）
長野 友法 法律事務所 ZeLo・外国法共同事業 弁護士
（一橋大学法科大学院 2012 年修了生）
藤井 智紗子 早稲田リーガルコモンズ法律事務所 弁護士
（一橋大学法科大学院 2019 年修了生）
酒井 智之 一橋大学法学研究科 講師
（一橋大学法科大学院 2017 年修了生）
柳 武史 一橋大学法学研究科 准教授
（一橋大学法科大学院 2006 年修了生）

編集委員

赤木修一郎、武井祐樹、中野宗一郎、山井聡也

顧問

- 但見 亮 一橋大学大学院法学研究科 教授
酒井 太郎 一橋大学大学院法学研究科 教授

『一橋ローレビュー』 第六号

2024 年 3 月 31 日発行

発行者 一橋ローレビュー編集委員会

本誌より引用される場合には、『一橋ローレビュー』
からの引用である旨明記してください。
