

龍谷法学

第 58 卷 第 1 号

論 説	Constitutional Replacements in Nigeria: A Multifaceted Analysis Takehiko Ochiai 最低生活保障制度における受給権個人単位原則と要扶助性判断 ——ドイツ市民手当法（SGB2）と社会扶助法（SGB12）の「世帯」の取り扱い 木下 秀雄 ドイツ税理士法における損害賠償保険の強制加入について ～Kuhls他の税理士法コメントルを踏まえて～ 浪花 健三 埋もれたヒューマンライツ（その4） ——パリ原則が求めるもの：比較法から検証する 戸塚 悦朗
研究ノート	ダイシーの法の支配と立憲主義：歴史的観点からの考察（1） 石井 幸三 大学をめぐる経営の現状とその将来展望（1） ～私立大学を中心として～ 神吉 正三 継続的契約における消費者保護 ——ドイツにおける改正議論の展開を中心に—— 永岩 慧子
判 例 研 究	詐欺の共謀共同正犯の成否が問われた事案 金 尚均 ひとつの鑑定を用いながら、地裁と高裁とで判断が異なった事例の検討 福岡高判平成22・11・26判時2110号73頁、判タ1371号231頁 柳ヶ瀬幸紀
翻 訳	作為による殺人行為にもかかわらず、自殺に対する不可罰の介助？ ——刑法典216条と自己決定による死に関する基本権との矛盾について—— Liane Wörner, Alexandra Windsberger（著）／玄 守道（翻訳）
資 料	2024年改正EU不正取引方法指令の意義と条文訳 ——グリーン移行指令による改正を踏まえて 中田邦博／カライスコス アントニオス／古谷貴之

目 次

論 説

- Constitutional Replacements in Nigeria: A Multifaceted Analysis
..... Takehiko Ochiai..... 1 (1)
- 最低生活保障制度における受給権個人単位原則と要扶助性判断
——ドイツ市民手当法（SGB2）と社会扶助法（SGB12）の「世帯」の取り扱い
..... 木下 秀雄..... 43 (43)
- ドイツ税理士法における損害賠償保険の強制加入について
～ Kuhls他の税理士法コメンタールを踏まえて～
..... 浪花 健三..... 81 (81)
- 埋もれたヒューマンライツ（その4）
——パリ原則が求めるもの：比較法から検証する
..... 戸塚 悦朗.....133 (133)

研究ノート

- ダイシーの法の支配と立憲主義：歴史的観点からの考察（1）
.....石井 幸三.....183 (183)
- 大学をめぐる経営の現状とその将来展望（1）
～私立大学を中心として～神吉 正三.....203 (203)
- 継続的契約における消費者保護
——ドイツにおける改正議論の展開を中心に——
..... 永岩 慧子.....247 (247)

判 例 研 究

- 詐欺の共謀共同正犯の成否が問われた事案
..... 金 尚均.....281 (281)
- ひとつの鑑定を用いながら、地裁と高裁とで判断が異なった事例の検討
福岡高判平成22・11・26判時2110号73頁、判タ1371号231頁（1）
..... 柳ヶ瀬幸紀.....297 (297)

翻 訳

- 作為による殺人行為にもかかわらず、自殺に対する不可罰の介助？
——刑法典216条と自己決定による死に関する基本権との矛盾について——
..... Liane Wörner, Alexandra Windsberger（著）／玄 守道（翻訳）.....319 (319)

資 料

- 2024年改正EU不公正取引方法指令の意義と条文訳
——グリーン移行指令による改正を踏まえて
..... 中田邦博／カライスコス アントニオス／古谷貴之.....341 (341)
- 法学会消息.....385 (385)
- 法学会2024年度決算報告書.....386 (386)
- 法学会会則.....392 (392)

Constitutional Replacements in Nigeria: A Multifaceted Analysis

Takehiko Ochiai*

Introduction

In March 2023, in Nigeria, 16 of the 35 Constitution amendment bills that had been sent by the National Assembly were signed into law by President Muhammadu Buhari, who was about to leave office (Majeed 2023).

The current Nigerian Constitution was originally promulgated as a military decree called the Constitution of the Federal Republic of Nigeria (Promulgation) Decree, 1999, and it is commonly referred to as the 1999 Constitution. This Constitution stipulates that amendments can be made by a two-thirds majority vote in both the Senate (109 seats) and House of Representatives (360 seats) that constitute the National Assembly, and approval by resolution of at least two-thirds of the State House of Assembly (Nigeria currently has 36 states, therefore, at least 24 state legislatures) (Section 9(2)).¹ Based on this provision, the current 1999 Constitution has been amended four times (July 2010, November 2010, 2011, 2018) (Egbe 2022), and

* Professor, the Faculty of Law, Ryukoku University

This is a revised English version of my paper published in Japanese (Ochiai 2024).

the 2023 amendment was the fifth one since the Constitution was enforced in May 1999.

The 2023 amendment included articles stating that three areas, such as correctional services (prisons) and railways, were to be transferred from matters of the exclusive legislative list, where the federal government has exclusive legislative authority, to matters of the concurrent legislative list, where both the federal and state governments have legislative authority; as well as articles to strengthen the financial independence of state legislatures and courts (Majeed 2023). In addition to the enactment of these 16 Constitution amendment acts, in June 2023, Bola Tinubu, who succeeded Buhari as president in May 2023, signed a Constitution amendment bill and established a law that unifies the retirement age for judges in superior courts, such as the Federal High Court, to 70 years (Angbulu 2023). Overall, the series of Constitution amendments in 2023 have been minor in terms of content and scope, as were the previous amendments.

Incidentally, there are various ways to ‘change a constitution’. In countries with written constitutions, ‘change in constitution’ or the amendment of articles is conducted through the regular procedures established by the constitution. This corresponds with the last five amendments to the 1999 Constitution of Nigeria. However, substantial changes to a constitution may be made without changing the provisions of the legal code (constitutional code) termed the ‘constitution’, but by changing the interpretation of the constitution, such as through government statements and Supreme Court precedents. Additionally, although not so frequent, there are cases in which the

legislative and executive branches enact or implement laws or policies that may conflict with the constitution to make substantial changes to the constitution.²

This study discusses Nigeria's constitutional changes focusing on constitutional replacement, which is the most macro-level form of constitutional change. However, this study does not discuss the explicit textual amendments to the Constitution such as the 2023 amendment, the interpretive amendments based on changes in the interpretation of the law such as government statements or judicial precedents, and the substantial changes to the constitution through the introduction of laws or policies that may conflict with the constitution.

In this study, constitutional replacement does not refer to partial amendments to the constitution, but rather the abolishment of the constitution in its entirety and the enactment of a new constitution in its place, or restoration of an old constitution. This is the most fundamental form of constitutional change, often observed during periods of national upheaval or large-scale system changes that are caused by political changes such as independence, revolution, coup d'état, or war. However, in Nigeria, this constitutional replacement has been repeatedly conducted since colonial times. Even today, society widely clamours for the abolition of the current 1999 Constitution and the enactment of a new constitution (Adamolekun 2005; Adesina 2020; Baje 2019; Ejime 2022; Ihonvbere 2000; Nwabueze 2022; Odusote 2022; Ogowewo 2000; Onyekwere 2021).

How has Nigeria's constitution been replaced to date? Why is a replacement of the current 1999 Constitution necessary? How have

efforts to replace the current constitution been developed and stalled? This study answers these three questions. However, in providing a multifaceted discussion on the constitutional replacement, this study does not aim to strengthen the understanding of Nigeria's constitutional code itself but aims to depict the narrative of 'nation-state building' in the federal state of Nigeria.

1. How Nigerian Constitutions Have Been Replaced

1-1 The Amalgamation of Northern and Southern Nigeria: 1914

The geographical framework of present-day Nigeria was largely shaped in January 1914, when the two British colonies of the Protectorate of Northern Nigeria and the Colony and Protectorate of Southern Nigeria came together to form the Colony and Protectorate of Nigeria. From the outset, the 1914 event was referred to as the 'Amalgamation of Northern and Southern Nigeria', avoiding the use of words such as 'unification' or 'integration'. This was based on the opinion of colonial government officials such as Frederick John Dealtry Lugard, who became Nigeria's first Governor-General. He stated that despite their establishment of a single colonial unit called Nigeria, they should not and could not immediately unify or integrate Northern and Southern Nigeria, which had vast sociocultural differences between them. Northern and Southern Nigeria were viewed as having only been formally but not substantially integrated, and for many years after 1914, the two regions were effectively ruled as separate administrative units (Lugard 1920).

At the time of the 1914 Amalgamation, Nigeria did not have a sin-

gle law termed as the 'Constitution'. This was primarily because the United Kingdom, which was its suzerain, distinguished between the 'crown colony', with the capital city of Lagos at its centre, and 'protectorates', with basic matters of governance separately stipulated by primarily issuing 'Letters Patent' for the former and 'Order in Council' for the latter (Nwabueze 1982, 34). As discussed later, this distinction between the crown colony and protectorates gradually disappeared, with major laws and regulations issued by the United Kingdom regarding Nigeria becoming largely unified in the form of Orders in Council. However, it appears that there was no idea of issuing a single law (Order in Council) termed as 'Constitution' that would cover both the crown colony and protectorates at the beginning of the Amalgamation. Initially, at the time of its establishment in 1914, Nigeria only had the following three basic laws in place regarding colonial governance: the Nigerian Council Order in Council, 1912, which established the Nigerian Council as an advisory body to the Governor-General; the Nigeria Protectorate Order in Council, 1913, which stipulated protectorate governance; and the Letters Patent, 1913, which stipulated the powers entrusted to the Governor-General of Nigeria (Nigeria. Constitutional Conference (1994–1995) 1995, 43).

Subsequently, Nigeria had a total of nine constitutions enacted or enforced: five during the colonial period until independence (in 1922, 1946, 1951, 1954, and 1960), and four after independence (in 1963, 1979, 1989, and 1999). Thus, Nigeria has experienced nine constitutional replacements to date.³

The period of constitutional replacements is further divided into

two periods which is discussed in the following sub-sections. The first period is from 1922, when the first constitutional replacement occurred during the colonial period, to 1963, when the republican system was introduced following independence (1960); the targets of discussion during this period are the six constitutional replacements from 1922 to 1963. The second period is from 1966, when the first military coup d'état occurred, to 1999, when the current Fourth Republic (described later) commenced; the targets of discussion during this period are the three constitutional replacements from 1979 to 1999.

1-2 The 'Constitutions by Colonialists': 1922-1963

Each period has different reasons for the relatively frequent constitutional replacements in Nigeria. First, the five constitutional replacements during the colonial period were the result of the Nigerian colonial government's need to reform the manner in which the colonial state was governed in response to demands for democratization from African nationalists advocating for colonial liberation, and in the face of the crisis of the division of Nigeria (Kirk-Greene 1997).

In 1920, six years after the Amalgamation of Northern and Southern Nigeria, the National Congress of British West Africa (NCBWA) was established in Accra, the capital of the British Gold Coast (present-day Ghana) as a nationalist organisation to unite the four British West African colonies (Nigeria, Gold Coast, Sierra Leone, and the Gambia). Thereafter, the NCBWA requested that the British government ensure that at least half of the members of the Legislative

Council, which is the legislative body of each colony, be a democratically elected African representative. The 'Constitution' that was enacted for Nigeria in 1922 after such demands from nationalists was called the Clifford Constitution, named after the then Governor Hugh Clifford. However, the Clifford Constitution was not a single statute; it was a general term for following major laws and regulations: the Nigeria Colony Letters Patent, 1922; the Nigeria Protectorate Order in Council, 1922; and the Nigeria (Legislative Council) Order in Council, 1922. The Clifford Constitution expanded the legislative powers of the Legislative Council, which was previously limited to the Colony of Lagos, to the Protectorate of Southern Nigeria, and simultaneously established for the first time a total of four African electorate seats (three from Lagos and one from Calabar, which is a town in the southeast) in the Legislative Council (Elias 1967, 26; Olusanya 1980, 521–524; Udoma 2011, 74).

Furthermore, in 1946, after World War II, several basic laws were enacted under the initiative of the Governor of Nigeria, Arthur Richards, including the Nigeria (Legislative Council) Order in Council, 1946, which were enforced from 1947. These are collectively called the Richards Constitution. The Richards Constitution first divided Nigeria into three regions (northern, western, eastern) and provided for the establishment of Regional Councils with no legislative power in each region. The plan was to strengthen political ties between local and central governments by having traditional leaders participate in these Regional Councils and by having Regional Council representatives participate in the central Legislative Council. Thus, the Richards Constitution reorganised Northern and Southern Nigeria,

which were amalgamated but essentially ruled separately for over 30 years, into three regions with a more homogeneous governing structure, seeking to transform Nigeria into a single colonial entity both in name and in substance by linking local traditional leaders with central politics (Elias 1967, 35–37).

However, the Richards Constitution was strongly criticised by Nigerian nationalists as being undemocratic, and in response, the colonial government of Nigeria solicited the opinions and requests of the colonial people regarding constitutional amendments. In 1950, a large constitutional conference was held in the southwestern town of Ibadan, and in 1951, a new constitution known as the Macpherson Constitution was enacted under the leadership of Governor John Macpherson. Its official name was the Nigeria (Constitution) Order in Council, 1951, and the Macpherson Constitution was Nigeria's first constitutional code enacted as a single act. The Macpherson Constitution abolished the previous Legislative Council and established a House of Representatives in its place, and while continuing the three-region system introduced by the Richards Constitution, also granted limited legislative authority to Regional Councils that were previously not granted. Thus, although the constitution did not necessarily attempt to introduce full-fledged federalism into Nigeria, it was a step closer to the federalism that would be established later (Elias 1967, 38–41).

However, the Macpherson Constitution was terminated soon. In 1953, a motion was submitted to the House of Representatives aiming to achieve self-government for Nigeria in 1956, which led to confusion in the parliament regarding deliberations over the motion.

Thus, suddenly the incident elucidated the conflict between the South (i.e. western and eastern regions), which was actively seeking to achieve self-government, and the North, which was more cautious in its actions. Riots broke out in the North, which resulted in many casualties. Under such circumstances, the British government began considering the introduction of full-fledged federalism to Nigeria, which was experiencing serious regional conflict. A constitutional conference was held in London from July to August 1953 under the leadership of Colonial Secretary Oliver Lyttleton,⁴ and another conference was held in Lagos in 1954, with a new Nigerian constitution implemented in October 1954. This constitution, which was enacted as the Nigeria (Constitution) Order in Council, 1954, was called the Lyttleton Constitution, named after the Secretary of State for the Colonies at the time. Consequently, for the first time, Nigeria was officially reorganised as a federation comprising three regions (northern, western, and eastern), the British UN trust territory of Southern Cameroons (later annexed into present-day Republic of Cameroon), and the federal capital of Lagos. Simultaneously, each region had its own governor, prime minister, executive branch, legislative branch, and other governing bodies, and was provided wide-ranging legislative authority. Thus, Nigeria's federalism, which continues to the present day, was established (Olusanya 1980, 535–539).

In 1957, the western and eastern regions obtained internal autonomy from the United Kingdom, followed by the northern region in 1959. In October 1960, Nigeria achieved independence as the Federation of Nigeria, becoming a monarchical federal state headed by the British monarch. Nnamdi Azikiwe was appointed Governor-General,

as a representative of the British monarch, and Abubakar Tafawa Balewa was appointed the Federal Prime Minister. At the time of independence, the United Kingdom established the Nigeria (Constitution) Order in Council, 1960, through two constitutional conferences in 1957 and 1958. A constitution commonly known as the Independence Constitution was included in the appendix to this Order in Council. The Independence Constitution was a minor amendment to the Lyttleton Constitution and continued to grant broad legislative authority to the northern, western, and eastern regions of the federation. In addition to the Independence Constitution covering the entire federation, three regional constitutions were separately enacted, and included in the appendix of the 1960 Order in Council. Therefore, at the time of independence, Nigeria had a total of four constitutional codes, one of which was the federal constitution, and three of which were regional constitutions (Nwabueze 1982, 89).

After Nigeria achieved independence in 1960 as a monarchical federal state comprising three regions, in August 1963, the midwestern region was separated from the western region, and a four-region system was introduced. Thereafter, in October 1963, the country shifted from a monarchy to a republic, changing to the present-day name of the Federal Republic of Nigeria. The Act to Make Provision for the Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1963, was enacted in conjunction with this transition to a republic, and this is generally called the Republican Constitution.

All the constitutions during the colonial period, including the Independence Constitution, were mainly established by Orders in Council of the United Kingdom. In contrast, the 1963 Republican Consti-

tution was established in the form of an 'act' by the then Federal Parliament of Nigeria. Additionally, following the transition to a republic, regional constitutions were amended through deliberations by Regional Councils and other governing bodies. These facts indicate that the Republican Constitution and the four regional constitutions enacted and enforced in 1963 were not legal codes bestowed by the United Kingdom (monarch) as had been the case until then, and could be said to be the first 'people's constitution' established by the Nigerian people through their own representatives. This is particularly evident from the fact that the Preamble to the Republican Constitution for the first time included the phrase 'We the people of Nigeria', which had never been included in previous colonial constitutions.

However, despite the Republican Constitution being a constitution of the people of Nigeria, it was only in a formal sense. Indeed, the Republican Constitution was the first constitutional code enacted by the Federal Parliament of Nigeria, and for example, in terms of content, the head of state was changed from the British monarch to the president as the country transitioned to a republic. However, with the exception of some institutional changes, the Republican Constitution was in essence simply a 'rehash' of the Independence Constitution that was established by the Order in Council. This is why the prominent Nigerian constitutional scholar Benjamin Nwabueze declared that 'The 1963 Constitution was not autochthonous' (Nwabueze 1982, 90). Essentially, although the Republican Constitution was enacted by Nigeria's parliament after independence, it had a strong legal continuity with the colonial-era constitutions leading

up to independence, having a strong characteristic of a ‘constitution (given) by colonialists’ rather than a ‘people’s constitution’ (Ogowewo 2000, 138–139).

1-3 The ‘Constitutions by Soldiers’: 1966–1999

Nigeria’s post-independence constitution did not transcend the colonial legacy of the United Kingdom and become, using Nwabueze’s expression, ‘autochthonous’, until after 1966, which was the year of Nigeria’s first military coup d’état. The coup occurred on 15 January 1966, resulting in the collapse of the First Republic.⁵ Thereafter, Nigeria faced 29 years of military rule, interspersed with brief periods of the Second Republic (October 1979–December 1983) and the Third Republic (August–November 1993), until the commencement of the present-day Fourth Republic in May 1999. This long period of military rule could broadly be divided into the following periods: the First Military Rule (13 years and 8 months) from January 1966 to September 1979, and the Second Military Rule (15 years and 2 months if excluding the Third Republic) from January 1984 to May 1999. This long period of military rule had a major influence on the subsequent constitutional replacements of Nigeria.

The following three points can be indicated as the effects of the long period of military rule on the constitutional replacements of Nigeria. First, if the colonial-era constitutions were primarily ‘constitutions by colonialists’ established by the Order in Council of the British monarchy, then Nigeria’s constitutional code since 1966, including the current constitution, would be ‘constitutions by soldiers’ that were promulgated in the form of military regime statutes called ‘de-

crees'.

Second, colonial-era constitutional replacements were conducted in response to demands for democracy by nationalists and to maintain the integrity of Nigeria, whereas constitutional replacements since 1966 were developed as part of the transitional programme to civilian rule by successive military regimes.

Third, all the constitutions enacted under military regimes tended to be extremely centralised, despite maintaining the appearance of federal constitutions.

Considering these three points, the development of constitutional replacements under military rule is discussed in the following paragraphs.

General Johnson Thomas Umunankwe Aguiyi-Ironsi, who assumed total control following the January 1966 coup, suspended or amended some articles of the Republican Constitution and regional constitutions immediately following the coup (Decree No. 1 of 1966). He reviewed the entire constitution, however, in May 1966, before the review results were made available, he issued a decree that abolished federalism and introduced a unitary system (Decree No. 34 of 1966). However, this provoked strong domestic opposition, and the Ironsi military regime was ultimately overthrown in a second coup that occurred in July 1966.

Lieutenant Colonel Yakubu Gowon, who subsequently assumed power, first restored federalism (Decree No. 59 of 1966), however, in May 1967, he abolished the four-region system and introduced a 12-state system (Decree No. 14 of 1967). The chief purpose of this reform was to divide the eastern region, which was undergoing sep-

artist movements at the time, into multiple states in an attempt to separate the Igbo, which was the region's primary ethnic group, from other ethnic minorities. Further, this served as an important opportunity for a major transformation of Nigeria's federalism, that is, a decentralised system comprising constituent units called 'regions' that are granted a wide range of authority, to that of a centralised one comprising constituent units called 'states' that were weakened by fragmentation. Therefore, Gowon's introduction of the 12-state system in 1967 was also called a 'constitutional coup' in Nigeria (Suberu 2001, 87). In response, the Igbo military governor of the eastern region, Chukwuemeka Odumegwu Ojukwu, strongly opposed the introduction of the 12-state system and declared the establishment of the Republic of Biafra three days after the announcement, and Nigeria experienced a civil war called the Biafran War for the next 30 months.

Brigadier General Murtala Muhammed, who seized power in a bloodless coup in July 1975 after the end of the Biafran War, announced his own programme for a transition to civilian rule and established the Constitution Drafting Committee in October 1975, however, he was gunned down in February 1976. Thereafter, the civilian rule transition programme was taken over by Brigadier General Olusegun Obasanjo, and from October 1977 to June 1978, the Constituent Assembly met to deliberate on the draft constitution that was prepared by the Constitution Drafting Committee (Udoma 2011, 376–407; Williams 1988). In October 1979, a transition to civilian rule was achieved, and Shehu Usman Aliyu Shagari became president. The Constitution of the Federal Republic of Nigeria (En-

actment) Decree, 1978, was enacted in 1978 and enforced in 1979 for the transition to civilian rule. This was called the 1979 Constitution, named after its year of enactment. The 1979 Constitution replaced the British-style parliamentary cabinet system that was adopted in the Republican Constitution with an American-style presidential system in which the president was elected by direct election for the first time (Section 122–129).

However, the Second Republic, which began with the establishment of the Shagari civilian government, did not last long. At the end of December 1983, Major General Buhari staged a coup and overthrew the Shagari civilian government, assuming full control in January 1984. Consequently, Nigeria again entered a long period of military rule (Second Military Rule). Despite increasing his tendency to repress human rights, Buhari was unable to adequately respond to the severe economic crisis that followed the oil boom, which led to a backlash from within the military and other sources, and he was overthrown in a coup in August 1985, simply one year and eight months after taking control.

In January 1986, Major General Ibrahim Badamasi Babangida, who subsequently assumed power, established the Political Bureau, which comprised experts, to examine various political issues, including constitutional review (Oyediran 1997), and in July 1987, the Bureau officially announced its own civilian rule transition programme. Thereafter, in September 1987, the Constitution Review Committee was established to formulate a new draft constitution based on the contents of the 1979 Constitution and the Political Bureau report; the draft constitution prepared by the Committee was deliberated

on at the Constituent Assembly, held from April 1988 to April 1989 (Akindele 1997). Thus, the Constitution of the Federal Republic of Nigeria (Promulgation) Decree, 1989, was promulgated in May 1989. This was called the 1989 Constitution. This constitution was the first Nigerian constitution to specify the introduction of a two-party system, but otherwise largely followed the 1979 Constitution (Bah 2005, 118–119). However, following repeated schedule delays and changes, the civilian rule transition programme led by the Babangida government collapsed because of the confusion surrounding the presidential election of 12 June 1993. Babangida stepped down from power in August 1993, appointing civilian Ernest Shonekan as the head of the Interim National Government.

Thus, the Interim National Government was classified as a civilian government because it was headed by a civilian, and was called the Third Republic. However, this was only in a formal sense, and in reality, the Interim National Government was strongly under the influence of the military and did not have the autonomy or legitimacy of a civilian government. In November 1993, Shonekan was forced to resign as the head of government following pressure from the military, with the government collapsing in only three months.

General Sani Abacha, who abolished the Interim National Government and assumed power, announced from an early stage his intention to transition to a civilian government to ward off criticism both at home and abroad. In June 1994, the National Constitutional Conference was established to consider a draft constitution (Agbaje 1999). A new constitutional decree was promulgated in 1995, however, owing to Abacha's sudden death in June 1998, the 1995 Consti-

tution remained unenforced and faded away.

General Abdulsalami Abubakar, who was appointed head of state in June 1998, established the Constitution Debate Co-ordinating Committee in November 1998 and drafted a new constitution based on the 1979 Constitution. In May 1999, a transition to civilian rule was achieved, and Obasanjo, who was the former head of the military regime, became president as a civilian. This ended the approximately 15-year Second Military Rule, with Nigeria ushering in a new era of civilian government known as the Fourth Republic, upon which the present-day 1999 Constitution was enacted.

This section provided a historical overview of Nigeria's nine constitutional replacements to date, roughly divided between the six 'constitutions by colonialists', including the Republican Constitution; and the three 'constitutions by soldiers', including the current constitution. The next section organises and discusses the arguments of those who advocate for a complete replacement of the present-day 1999 Constitution.

2. Why the 1999 Constitution Should Be Replaced

As aforementioned, Section 9 of the 1999 Constitution stipulates the amendment procedure, and the Constitution has already been amended five times between its enforcement in 1999 to 2023. Nevertheless, many people are widely calling for the complete abolition of the current constitution and enactment of a completely new constitution in its place, or the restoration of a previous constitution. Why are there strong calls in Nigeria for the complete replacement

of the 1999 Constitution despite its partial amendments? This section examines the arguments of those calling for a complete replacement of the 1999 Constitution, broadly dividing them into two aspects: (1) procedural aspects (lack of legitimacy, and deceit of the military), and (2) substantive aspects (decline of federalism).

2-1 Procedural Aspects

(1) The Lack of Legitimacy

Advocates for the replacement of the 1999 Constitution have most often indicated the 'lack of legitimacy' as the basis for their argument. The Constitution states in its Preamble that 'We the people of the Federal Republic of Nigeria...do hereby make, enact and give to ourselves the following Constitution'. However, as aforementioned, the 1999 Constitution was a decree that was formulated in a short period of time under the Abubakar military regime, and it was not subject to a referendum, nor was it deliberated by the Constituent Assembly, which constituted people's representatives. Thus, the 1999 Constitution is not a 'people's constitution' that was drawn up as the collective idea of 'We the people of the Federal Republic of Nigeria', but merely a constitution that was semi-unilaterally imposed on the Nigerian people by the military regime, which had remained in power illegally for many years, upon transition to civilian rule. Therefore, the fact that the 1999 Constitution is 'dressed up' (in the Preamble) as if it were a constitution that was independently established by the Nigerian people themselves is, for example, derided by Romiti Williams, a constitutional scholar who led the drafting of the 1979 Constitution, as a 'document that tells lie against itself', and

strongly criticised by legal scholar Itse Sagay as a ‘fraud’ (Adesina 2020).

However, Nigeria, has never had a legal code, including the 1999 Constitution, that could be described as a ‘people’s constitution’. Of the nine constitutional codes enacted to date, the five that were enacted during the colonial period and the Republican Constitution enacted immediately after independence were established primarily by an Order in Council of the British monarchy or as an extension of that legal tradition. On the other hand, the three constitutions after the 1966 coup were established as decrees by military regimes. No referendum was held under Nigerian military rule for enacting the constitution. Thus, the three constitutions enacted under the military regimes were not ‘people’s constitutions’ either, although they allowed a limited civic participation process.

Essentially, Nigeria has only experienced ‘constitutions by colonialists’ enacted during the colonial period in the form of Orders in Council by the British monarch, which includes the six constitutions from the Clifford Constitution (1922) to the Republican Constitution (1963), with the sixth Republican Constitution after independence included as a colonial legacy; and ‘constitutions by soldiers’ enacted during the post-independence period of military rule in the form of decrees by military regimes, which includes the 1979 Constitution, the 1989 Constitution, and the 1999 Constitution. Therefore, truly acquiring a constitution that represents the collective will of ‘the people of the Federal Republic of Nigeria’ as stated in the Preamble of the current constitution would require both the complete abolishment of the 1999 Constitution, which lacks legitimacy as a ‘people’s

constitution', and the establishment of a new constitution in its place. This is the crux of the argument commonly made regarding the lack of legitimacy of the 1999 Constitution by many who advocate replacing it (Ihonvbere 2000).

(2) The Deceit of the Military

In contrast, Tunde Ogowewo of King's College London argued that the 1999 Constitution was invalid from a perspective that clearly distinguished itself from that of the lack of legitimacy, however, emphasised procedural aspects. Immediately after the enactment of the current constitution, Ogowewo published an essay titled 'Why the Judicial Annulment of the Constitution of 1999 is Imperative for the Survival of Nigeria's Democracy' (Ogowewo 2000), in which he advanced his unique argument that the 1999 Constitution should be judicially annulled by Nigerian courts.

According to Ogowewo, the need for Nigerian courts to annul the current constitution is not because it was enacted by a military regime and lacks legitimacy as a 'people's constitution'. He stated that the 1999 constitution should be annulled by Nigerian courts because the serious 'deceit' by the military regime (Ogowewo 2000, 135) towards the people was hidden in the enactment of the Constitution.

Ogowewo did not subscribe to the short-sighted perspective that a 'constitution by soldiers' always lacks legitimacy as a 'people's constitution', regardless of its process or content. This is why he holds the 1979 Constitution, which was enacted under a military regime similar to the 1999 Constitution, in high regard, referring to it as 'Nigeria's first (and only) constitution that was an act of the people'

(Ogowewo 2000, 140). This is because despite its enactment under military rule, it was formulated with the wisdom of Nigerians that was clearly separated from the previous 'constitutions by colonialists', making it the country's first autochthonous constitution. Moreover, Ogowewo argues that the 1979 Constitution was formulated through a long, extensive, and highly democratic deliberation process, albeit under military rule (Ogowewo 2000, 140–141). Owing to these excellent characteristics, the 1979 Constitution became the basis for the 1999 Constitution.

Therefore, why does Ogowewo, who praises the 1979 Constitution as 'Nigeria's first (and only) constitution that was an act of the people', advocate for the annulment of the current 1999 Constitution, which largely follows the content of the 1979 Constitution? This is not because there was a fundamental problem with the content of the 1999 Constitution, but because it was newly enacted in place of the 1979 Constitution, despite having almost the same content as the 1979 Constitution.

According to Ogowewo, if the Abubakar military regime, which was aiming for an early transition to civilian rule, supported the contents of the 1979 Constitution, then there should have been an option to make partial amendments as required rather than a complete abolishment of the constitution. However, in reality, the Abubakar military regime did not amend the 1979 Constitution, but abolished it and enacted the 1999 Constitution in its place. Ogowewo believed that, by doing so, the Abubakar military regime was attempting to escape responsibility for the numerous constitutional violations committed by the military during the period of Second Military Rule

(Ogowewo 2000, 145–146).

The 1979 Constitution stipulated that ‘This Constitution is supreme and its provisions shall have binding force on all authorities and persons throughout the Federal Republic of Nigeria’ (Section 1). Therefore, the military was bound by the provisions of the 1979 Constitution. Nevertheless, after the military coup in December 1983, the military overran the supremacy of the constitution by arbitrarily and illegally amending and abolishing the 1979 Constitution. The Abubakar regime diverted the public’s attention from the constitutional violations committed by successive military regimes during the period of Second Military Rule and sought immunity from them by abolishing the 1979 Constitution and enacting the 1999 Constitution (which had almost the same content), thereby implementing a constitutional replacement. This was done because once the 1979 Constitution was abolished, it would no longer be possible to legally question constitutional violations by successive military governments during the period of Second Military Rule based on the constitution. Furthermore, such constitutional violations by the military could not be pursued based on the newly enacted 1999 Constitution. This was because these acts of constitutional violations occurred before the enforcement of the 1999 Constitution. Ogowewo refers to this clever scheme of the military to absolve itself from past constitutional violations as the ‘deceit of the military’ that was underlying the enactment of the 1999 Constitution (Ogowewo 2000).

If the Nigerian courts accept the 1999 Constitution as a legitimate constitutional code, it will not only allow the military to be excused for past constitutional violations, but could also lead to a recurrence

of military coups in the future. This is because regardless of the constitutional violations committed by the military after seizing power through a coup, so long as a constitutional replacement is implemented at the time of a transition to civilian rule, the military would be excused from all constitutional violations, which would reduce the risk to the military in the event of a future coup. Therefore, Ogowewo advocated that the past constitutional violations by the military not be excused, and the courts, as the judicial branch, not the government or legislature, must respond to appropriate complaints and declare an annulment of the 1999 Constitution based on the 1979 Constitution, which remains the only legitimate supreme law, to prevent future coups or protect Nigeria's democracy (Ogowewo 2000).

2.2 Substantive Aspects

(1) The Decline of Federalism

The argument calling for a complete replacement of the 1999 Constitution on the grounds of its lack of legitimacy and deceit of the military questions procedural aspects such as the process and background of the enactment of the constitution. In contrast, some argue for constitutional replacement by indicating issues with the substantive aspects of the current constitution, that is, the content of its articles (Adesina 2020; Baje 2019; Ejime 2022; Odusote 2022; Onyekwere 2021). However, if there was some type of problem with the articles themselves, then it would be sufficient to amend the problematic article alone based on the prescribed procedure without a constitutional replacement. However, among those who advocate

for a complete constitutional replacement while indicating the problems with the provisions of the current constitution, there are many who have doubts about Nigeria's current federalism and call for fundamental or large-scale reform. Therefore, they view only partial amendments to the 1999 Constitution, which is the federal constitution, as insufficient, and advocate for a complete replacement. One of the values widely common among such commentators is the idea of 'true federalism' (Adamolekun 2005; Farayibi 2017).

Nigeria has maintained federalism from the enactment of the Lyttleton Constitution (1954) at the end of the colonial period to the present day, with the exception of a brief period in 1966. Therefore, of the nine constitutional codes of Nigeria, six since the Lyttleton Constitution, that is, the Lyttleton Constitution, the Independence Constitution, the Republican Constitution, the 1979 Constitution, the 1989 Constitution, and the 1999 Constitution, were all federal constitutions. However, despite collectively referred to as federal constitutions, the substance of the federalism stipulated in the first three constitutions, which refer to the 'constitutions by colonialists', differed significantly from that in the last three constitutions, which refer to the 'constitutions by soldiers', including the current constitution.

The original federalism of Nigeria, which was stipulated by the Independence Constitution and the Republican Constitution, was oriented towards decentralisation, with regional authorities that were relatively strong when compared with the federal (central) state. Today, those who emphasise the realisation or revival of 'true federalism' regard the federalism of the First Republic period immediate-

ly following independence as ideal. However, Nigeria's federalism subsequently changed into one that was extremely centralised, with the status and influence of the federation becoming significantly strengthened under long-term, authoritarian military rule. The present-day centralised federalism in Nigeria has been derided as 'unitary federalism' (Ihonvbere 2000, 361–362) or 'bastardized federalism' (Adamolekun 2005, 387).

The scars of the decline of federalism that occurred under the military regime, that is, the excessive centralisation of federalism, could be found throughout the current constitution. For example, the former Independence Constitution and the Republican Constitution defined Nigeria as a federal state comprising three to four regions and a federal capital (Independence Constitution: Section 2; Republican Constitution: Section 3). However, the current 1999 Constitution states that its constituent units are 36 states and the federal capital territory (Section 2). Thus, at the time of independence, Nigeria primarily comprised a few large-scale subordinate administrative units called 'regions', where the status of the region relative to the federation was relatively high, and their authority and financial scale were also large. However, the military regime that was later established reorganised the subordinate administrative units into 'states' and fragmented them. Specifically, since the military regime adopted a 12-state system in 1967, the system changed to a 19-state system in 1976, 21-state system in 1987, 30-state system in 1991, and the present-day 36-state system in 1996. The result of this military regime-led fragmentation (i.e. weakening) of the federal constituent units was that Nigeria's federalism was transformed into

one that favours centralisation, with the federation clearly superior to the (weakened) states in terms of size, finances, and legislative and executive powers.

However, one cannot expect the current National Assembly to implement reforms that would return this excessively centralised ‘false federalism’ to the decentralised ‘true federalism’ of the past. This is because the National Assembly enjoys the powers and interests concentrated in the federation under the 1999 Constitution. It is unlikely that members of the National Assembly would take the initiative towards giving up the benefits and privileges they enjoy (Adamolekun 2005, 402–403). If that is the case, then replacing the entire constitution, rather than a partial constitutional amendment led by the National Assembly as stipulated in the 1999 Constitution, is essential for realising ‘true federalism’. This can be said to be the crux of the argument of those who advocate for the replacement of the 1999 Constitution and the realisation of ‘true federalism’.

However, there is no provision in the 1999 Constitution for a complete constitutional replacement, and it is uncertain whether it is feasible to cause a constitutional change that would be described as a macro- or mega-level action without any legal basis in the Fourth Republic period during peacetime, when there are no sudden political changes such as coups or revolutions (Suberu 2015, 566).

In conclusion, this would be difficult. As mentioned above, Nigeria has experienced constitutional replacements relatively frequently. However, in the case of Nigeria after independence, the constitution was replaced alongside the transitions from a monarchy to a republic and from military to civilian rule, and there has never been a

constitutional replacement that did not involve such a change in government. Therefore, despite people arguing that the 1999 Constitution has several serious problems, whether procedural or substantive, achieving a complete replacement under the present-day Fourth Republic does not appear realistic unless a major political change occurs. Nevertheless, there has been a socio-political movement in Nigeria to replace the 1999 Constitution.

The next section discusses how movements and trends that advocate for a replacement of the 1999 Constitution have developed and failed so far. It focuses on the discourse called restructuring, which has been receiving prominence in the Nigerian society since the 1990s.

3. How the Attempts to Replace the 1999 Constitution Have Failed

3-1 The Restructuring

In Nigeria, the idea or movement to implement a reorganisation of excessively centralised federalism is generally referred to as ‘restructuring’ (El-Rufai 2017; Jooji 2019; Nsiegbe and Lezie 2020; Nwosu 2016; Odeke and Onuoha 2023; Olafusi 2021; Pearse 2017; Premium Times 2023; Ugbede 2018; Kperogi 2022). Although difficult to define precisely, a significant review of the constitution, which broadly defines the nature of Nigeria’s federal state, is undoubtedly of particular interest for many advocates of restructuring. The movement advocating for a replacement of the 1999 Constitution during the Fourth Republic period developed within, or was almost integrated with, this larger socio-political trend of restructuring.

However, restructuring can be traced back to the early 1990s, shortly before the commencement of the Fourth Republic and the 1999 Constitution. An important trigger for this was a political incident that occurred in neighbouring Benin in 1990. In February 1990, Benin, under the dictatorship of President Mathieu Kérékou, held the *Conférence Nationale Souveraine*, the first in Africa, in response to growing demands for democratisation. This *Conférence Nationale* in Benin declared sovereignty, suspended the constitution, and created a transitional legislative and executive branch for democracy, disbanding in only 10 days. However, following its success in Benin, the *Conférence Nationale* was convened in rapid succession in a semi-domino effect in Francophone African countries such as Gabon, Togo, Mali, Niger, and Zaïre (present-day Democratic Republic of the Congo) (The National Conference 2014, 18–19).

The success of the *Conférence Nationale* in these Francophone African countries, particularly in Benin, had limited impact on Nigeria's Babangida military regime, which had already developed its own transition programme to civilian rule. However, it had a significant impact on the civil society forces that were resisting the military regime. More specifically, in Nigeria, elites and organisations criticising military rule and advocating for democratisation were inspired by the success of the *Conférence Nationale* in Benin and began to advocate holding a Nigerian version of the Sovereign National Conference as a countermeasure to the civilian rule transition programme led by the military regime (Omitoogun and Onigu-Otite 1996, 3–9). From around this time, civil society elites and organisations began to draw up a blueprint for the reorganisation of federal-

ism, which had become excessively centralised under military rule, by holding the Sovereign National Conference, resulting in growing momentum for the restructuring movement. However, as early as 1990, at least two attempts were made by elites and groups to hold a conference emulating the *Conférence Nationale* of Benin, however, both failed owing to the interference and pressure from the Babangida military regime (Omitoogun and Onigu-Otite 1996, 5).

It was in this context that the June 1993 presidential election results were annulled. This incident suddenly gave momentum to civil society forces who advocated for the holding of a Sovereign National Conference to realise restructuring (Amuwo and Hérault 1998, 7).

3-2 The 'Failure' of the Two Trends of Restructuring

In Nigeria, a presidential election was held on 12 June 1993, under the Babangida military regime, in preparation for a transition to civilian rule. Yoruba businessman and politician Moshood Kashimawo Olawale Abiola appeared to have won the presidency, however, the election results were later annulled by the military regime. Following this June 1993 incident, leaders of ethnic groups in the south, particularly the Yoruba and Igbo, who strongly opposed the military regime, began to strongly demand a Sovereign National Conference (Omitoogun and Onigu-Otite 1996, 5). Specifically, in May 1994, traditional leaders from five southwestern states, where many Yoruba people lived, submitted a memorandum to the government, and demanded that the national constitutional conference that was scheduled to be held by the military regime be held as a Sovereign Na-

tional Conference, whose decisions could not be amended or rejected by anybody (Committee for the Promotion of Yoruba Agenda 2015).

Additionally, in May 1994, a private organisation called the National Democratic Coalition (NADECO) was established by 49 elites, including Yoruba elder statesman Anthony Enahoro, who strongly opposed the annulment of the June 1993 presidential election results by the Babangida military regime and the heavy-handed policies of the Abacha military regime that was subsequently established. As a coalition organisation that brought together elites and groups seeking democracy, the NADECO began to advocate for a Sovereign National Conference and drafting of a new constitution at that conference (The National Conference 2014, 19).

Furthermore, in December 1998, the Conference of Nationalities in Nigeria was held in Lagos, which brought together representatives of diverse ethnic groups from all over Nigeria (Onwudiwe 1999). This conference, which was held in response to the Abubakar military regime's civilian rule transition programme, was organised by the Campaign for Democracy, which was a private organisation headed by a medical doctor Beko Ransome-Kuti, with this conference also confirming the need to hold a Sovereign National Conference in the near future (Aluko 1999).

Thus, restructuring received momentum as 'Restructuring from Below' by civil society forces following the annulment of the June 1993 presidential election results and continued to develop throughout the 1990s with the Sovereign National Conference as one of the pivots. Certainly, a replacement of the 1999 Constitution was not yet on the table, however, the Sovereign National Conference did

have some idea of how to formulate a decentralised federal constitution. However, when the transition to civilian rule was realised in May 1999 and the Fourth Republic began, not only were civil society forces, but also the federal government (civilian government) were 'involved' in the restructuring debate. This is referred here as 'Restructuring from Above'.

Obasanjo of the People's Democratic Party (PDP), who was inaugurated as the first president of the Fourth Republic, established the Presidential Technical Committee on the Review of the 1999 Constitution in October 1999 and promptly initiated a review of the centralised constitution (Igbuzor 2005), however, ruled out a Sovereign National Conference, which was a demand of the civil society forces. However, in December 2004, President Obasanjo suddenly announced his intention to hold a completely new national participatory conference in 2005 called the 'National Dialogue'. The 'National Dialogue' proposed by President Obasanjo was later officially renamed the National Political Reform Conference (NPRC) and was held in Abuja, the federal capital, from February to July 2005. The NPRC was not the Sovereign National Conference that civil society forces had previously demanded, however, it was a large-scale conference with public participation that was conscious of this concept. Approximately 400 people participated in the conference, including elder statesmen, military veterans, representatives of professional organisations, and representatives from each state, where they discussed various topics, including reorganisation of excessively centralised federalism and a review of the constitution (Owete 2014). However, the NPRC report was subsequently submitted to the

Obasanjo government, and Umaru Musa Yar'Adua of the PDP, who became president in May 2007, also established a committee to examine the report, however, the proposals by the NPRC never materialised as policies (Premium Times 2023).

However, civil society forces, who believed that their idea of a Sovereign National Conference had been 'hijacked' by the federal government (Ojo 2014, 92), strongly opposed the Obasanjo government's NPRC and called for its boycott. They initiated their own conference to counter such 'Restructuring from Above'. Specifically, from February 2005 to the following year, sessions at the People's National Conference (PNC), which was sponsored by a private organisation called the Pro-National Conference Organization (PRO-NACO), were held intermittently in parallel with the NPRC (Adamolekun 2005, 403–404). After a series of deliberations at the PNC, the 'Draft of the People's National Conference Proposed Constitution for the Federal Republic of Nigeria' was formulated. This 'Draft of the People's Constitution' was developed as a draft replacement of the 1999 Constitution and recognised the right of self-determination for each ethnic group and established an 18-region system based on ethnic groups instead of the current 36-state system (Suberu 2015, 561–563). However, although this draft was subsequently submitted by Enahoro to the Yar'Adua PDP government, it was effectively ignored.

In May 2010, after the death of President Yar'Adua in office, Vice President Goodluck Ebele Jonathan took over the presidency. President Jonathan, in his Independence Day speech in October 2013, pledged to create a new forum for the 'National Conversation'. The

National Conference (Confab) was held in Abuja in March 2014, which was the 100th anniversary of the Amalgamation of Northern and Southern Nigeria. Approximately 500 people participated in Confab, including elder statesmen, former bureaucrats, journalists, academics, representatives of various organisations, and elected officials from each state, where they discussed various issues including constitutional amendments (The National Conference 2014; Pearse 2017). Although the Confab report was submitted to the Jonathan government in August 2014, similar to the Obasanjo government's NPRC, it subsequently produced no concrete results (Jonathan 2018, 99).

During the PDP administration, which lasted from 1999 to 2015, there were two large-scale public participation conferences that were modelled on the Sovereign National Conference: the NPRC under the Obasanjo government, and the Confab under the Jonathan government. However, no significant results relating to restructuring were achieved. In contrast, Buhari of the All Progressives Congress (APC), who assumed office as a civilian president in May 2015, did not hold large-scale meetings as during the PDP administration, however, established a committee within the ruling APC called the Committee on True Federalism in August 2017 to examine various problems related to federal restructuring, including constitutional amendments (El-Rufai 2017). The committee, which was chaired by Kaduna State Governor Nasir Ahmad El-Rufai, submitted its report to the APC in January 2018, which included 12 decentralisation-oriented proposals, such as the introduction of referendums in the constitutional amendment process and the creation of new state prisons

(Shibayan 2018). These El-Rufai Committee proposals were not actively considered by the federal government or the National Assembly for the first few years (Abdullahi 2022), however, some of the proposals were adopted in the fifth constitutional amendment in 2023.

Similar to the Buhari government, the Tinubu APC government, which was established in May 2023, has advocated for the realisation of a ‘true federalism’ and the promotion of decentralisation, however, it appears that the government is no longer attempting to hold large-scale citizen participation conferences such as those held during the PDP administration, instead trying to proceed with a limited reorganisation of federalism through only minor partial constitutional amendments.

Thus, the federal government’s ‘Restructuring from Above’ temporarily received momentum during the PDP administration, and two large-scale conferences that were modelled on the Sovereign National Conference were held, however, no notable results were achieved, and it has continued to lose momentum with the establishment of the APC government (2015), which was critical of the PDP. However, some of the civil society forces that led the ‘Restructuring from Below’ called for a Sovereign National Conference, however, these calls no longer had the vigour they once had. As these two restructuring movements lose their way, the 1999 Constitution, despite being partially amended, has not been abolished or replaced for a quarter of a century. In Nigeria, where a constitutional code lasted anywhere from a few years to 10 years, the 1999 Constitution has already become an impressive ‘long-lived constitution’, with its

'longevity record' continuing to be updated on a daily basis. Will the 1999 Constitution continue unreplaced in the future?

Conclusion

This study focused on the macro-level constitutional change of 'replacing the constitution' and discussed constitutional replacement in Nigeria from a multifaceted perspective. Specifically, Section 1 provided a historical overview of the nine constitutional replacements from 1914, when the Amalgamation of Northern and Southern Nigeria occurred, to 1999, when the current constitution was enacted, by broadly dividing them into 'constitutions by colonialists' and 'constitutions by soldiers.' Next, Section 2 organised the arguments of those advocating for the replacement of the current 1999 Constitution into those based on procedural aspects (lack of legitimacy, and deceit of the military) and substantive aspects (decline of federalism). Finally, Section 3 placed the movements advocating for the replacement of the 1999 Constitution within the larger framework of restructuring and explained how the 'Restructuring from Above' and 'Restructuring from Below' have each lost their way and stalled.

Therefore, this study comprises three types of discussions on Nigeria's constitutional replacements, although with different approaches. These three discussions were presented in a chronological order. However, there may have been insufficient interconnections between each discussion.

This study attempted to depict the narrative of Nigeria's 'nation-state building', with the subject matter of constitutional change.

This was achieved by setting the constitutional code as the subject of discussion, but not discussing micro-level constitutional changes such as amendments to its text, and rather, by discussing macro-level constitutional changes such as constitutional replacement, from a multifaceted perspective.

Regarding the possibility of a replacement of the 1999 Constitution, it is unlikely in the absence of some major political changes in the future. However, although there is an interrelationship between the constitution and 'nation-state building', the two are not necessarily synonymous. Therefore, even if Nigeria does not change its constitution under the Fourth Republic in near future, this does not signify that the dynamics of Nigeria's 'nation-state building' detailed here are static or have subsided. The dynamics of Nigeria's 'nation-state building', which has continued for over a century since the Amalgamation of Northern and Southern Nigeria in 1914, will lead to a change in the constitution that defines what type of federal state Nigeria should be. This is one of the implications of this study, which has discussed 'replacing the constitution' from a multifaceted perspective.

Notes

- 1 However, amendments to Section 8, which addresses the creation of new states; Section 9, which sets out the procedures for constitutional amendments; and Chapter IV (Section 33–46), which addresses fundamental rights, require a four-fifths majority vote of all members of both the Senate and House of Representatives, and approval from at least two-thirds of state legislatures (Section 9(3)).

- 2 For example, between 2000 and 2003, 12 states in northern Nigeria (re) introduced Sharia-based penal codes. However, the 1999 Constitution stipulates that 'The Government of the Federation or of a State shall not adopt any religion as State Religion' (Section 10). Therefore, the introduction of Sharia in the northern states may be in conflict with the spirit of the current constitution, which prohibits the adoption of a state religion (Last 2008, 60). Nevertheless, even today, over 20 years after its promulgation, both the 1999 Constitution and the Sharia-based penal codes of the northern states (or the Sharia-based penal code contained in the general penal code) continue to co-exist.
- 3 The 1995 Constitution (described later), which was enacted but ultimately not enforced, is excluded here.
- 4 Please refer to Colonial Office (1953) for details of the Nigerian Constitutional conference held in London in 1953.
- 5 Nigeria achieved independence as the Federation of Nigeria in October 1960 and became a republic in October 1963. Therefore, strictly speaking, Nigeria's First Republic refers to the period from the transition to a republic until its end (October 1963–January 1966), however, generally speaking, the period from independence to the collapse of the First Republic (October 1960–January 1966), which includes the three years before the transition to a republic, is referred to as the First Republic (Osaghae 1998, 31).

References

- Abdullahi, Bolaji 2022. 'APC's Failed Promise on Restructuring'. *This Day* (<https://www.thisdaylive.com/>).
- Adamolekun, Ladipo 2005. 'The Nigerian Federation at the Crossroads: The Way Forward'. *Publius*, 35(3): 383–405.
- Adesina, Dele 2020. 'Constitution Review Must be Holistic and Unfettered'. *This Day* (<https://www.thisdaylive.com/>).
- Agbaje, Adigun 1999. 'The National Constitutional Conference, 1994–1995'. In Oyediran, Oyeleye and Adigun A.B. Agbaje eds., *Nigeria: Politics of*

- Transition and Governance 1986–1996*. Dakar: Council for the Development of Social Science Research in Africa, 197–215.
- Akindele, Rafiu A. 1997. 'The Constituent Assembly and the 1989 Constitution'. In Diamond, Larry, Anthony Kirk Greene and Oyeleye Oyediran eds., *Transition Without End: Nigerian Politics and Civil Society under Babangida*. Boulder, CO, and London: Lynne Rienner Publishers, 105–128.
- Aluko, Mobolaji E. 1999. 'Campaign for Democracy: Conference of Nationalities December 1998 – Programmes & Resolutions'. (<https://groups.google.com/>).
- Amuwo, 'Kunle and Georges Hérault 1998. 'Introduction: On the Notion of Political Restructuring in Federal Systems'. In Amuwo, 'Kunle, Adigun A.B. Agbaje, Rotimi T. Suberu and Georges Hérault eds., *Federalism and Political Restructuring in Nigeria*. Ibadan: Spectrum Books and IFRA, 3–10.
- Angbulu, Stephen 2023. 'Tinubu Signs Bill Unifying Judicial Officers' Retirement Age to 70'. *Punch*, 8 June (<https://punchng.com/>).
- Bah, Abu Bakarr 2005. *Breakdown and Reconstitution: Democracy, the Nation-State, and Ethnicity in Nigeria*. Lanham, MD: Lexington Books.
- Baje, Ayo 2019. 'Now is the Time for the People's Constitution'. *The Guardian*, 18 March (<https://guardian.ng/>).
- Colonial Office (1953) *Record of Proceedings of the Nigeria Constitution Conference Held in London in July and August 1953*, African No. 1182 Confidential, NA CO 879/159.
- Committee for the Promotion of Yoruba Agenda 2015. *The Yoruba Agenda*. (<https://dawodu.com/>).
- Egbe, Robert 2022. 'Constitution Amendment: All Eyes on States'. *The Nation*, 8 March (<https://thenationonlineng.net/>).
- Ejime, Paul 2022. 'Nigeria Requires a New Constitution'. *Thisday* (<https://www.thisdaylive.com/>).
- Elias, T.O. 1967. *Nigeria: The Development of Its Laws and Constitution*. London: Stevens & Sons.
- El-Rufai, Nasir Ahmad 2017. *Next Generation Nigeria: What is Restructuring and Does Nigeria Need It?* Africa Programme Meeting Transcript, Lon-

- don: Chatham House (<https://www.chathamhouse.org/>).
- Farayibi, Adesoji Oladapo 2017. *The Structure of Nigeria's Restructuring Rhetoric*. Ibadan: Centre for Allied Research and Economic Development (<https://papers.ssrn.com/>).
- Igbuzor, Otiye 2005. 'Constitutional Reform in Nigeria's Fourth Republic: Challenges to Civil Society Organisations'. A paper presented at a general meeting of Citizens' Forum for Constitutional Reform held at Day-spring Hotel Abuja on 24th September, 2005 (<https://www.dawodu.com/>).
- Ihonvbere, Julius O. 2000. 'How to Make an Undemocratic Constitution: The Nigerian Example'. *Third World Quarterly*, 21(2): 343-366.
- Jonathan, Goodluck Ebele 2018. *My Transition Hours*. Kingwood, TX: Ezekiel Books.
- Jooji, Innocent Tyomlia 2019. 'The Nigerian Political Structure and the Urgent Need for Restructuring'. *International Journal of Scientific Research in Humanities, Legal Studies & International Relations*, 4(1): 115-124.
- Kirk-Greene, Anthony 1997. 'The Remedial Imperatives of the Nigerian Constitutions, 1922-1992'. In Diamond, Larry, Anthony Kirk Greene and Oy-eleye Oyediran eds., *Transition Without End: Nigerian Politics and Civil Society under Babangida*. Boulder, CO, and London: Lynne Rienner Publishers, 31-53.
- Kperogi, Farooq. 2022. 'Nobody Can Restructure Nigeria in a Democracy: We Need Creative Destruction to Break out of the Current System'. *Peoples Gazette*, 3 September (<https://gazettengr.com/>).
- Last, Murray 2008. 'The Search for Security in Muslim Northern Nigeria'. *Africa*, 78(1): 41-63.
- Lugard, F. D. 1920. *Report by Sir F. D. Lugard on the Amalgamation of Northern and Southern Nigeria, and Administration, 1912-1919*. Cmd. 468, London: His Majesty Stationary Office.
- Majeed, Bakare 2023. 'Constitution Amendment: Buhari Signs State Assembly, Judiciary Independence Bill, 18 Others into Law'. *Premium Times*, 17 March (<https://www.premiumtimesng.com/>).
- The National Conference 2014. *Final Draft of Conference Report*. (<https://>

- www.premiumtimesng.com/).
- Nsiegbe, Graham and Nelly O. Lezie 2020. 'Restructuring the Nigerian State: An Evaluation of the El-Rufai Report'. *International Journal of Innovative Legal & Political Studies*, 8(4): 11–19.
- Nigeria. Constitutional Conference (1994-1995), 1995. *Report of the Constitutional Conference: Volume II Containing the Resolutions and Recommendations*. Abuja: The Constitutional Conference (<https://constitutionnet.org/>).
- Nwabueze, B.O. 1982. *A Constitutional History of Nigeria*. London: C. Hurst.
- 2022. 'Mistakes Rotimi Williams and I Made about Nigeria's Constitution'. *The Guardian*, 25 December (<https://guardian.ng/>).
- Nwosu, Iheanacho 2016. 'Why North is afraid of Restructuring—ABC Nwosu'. *The Sun*, 15 September (<https://sunnewsonline.com/>).
- Ochiai, Takehiko 2024. 'Replacing Constitutions: A Multifaceted Analysis of Constitutional Replacements in Nigeria as a Narrative of the Nation-State Building'. In Sato, Akira ed., *Constitutional Politics in Sub-Saharan Africa*, Tokyo: Institute of Developing Economies, 23–56 (in Japanese).
- Odeke, Francis C. and Ikechukwu O. Onuoha 2023. 'The Restructuring Question in Nigeria: The Tragedy of the Commons'. *EBSU Journal of Social Sciences and Humanities*, 13(1): 50–63.
- Odusote, Abiodun 2022. 'Nigeria Needs a New Constitution, Not Piecemeal Adjustments'. *The Conversation*, March 9 (<https://theconversation.com/>).
- Ogowewo, Tunde I. 2000. 'Why the Judicial Annulment of the Constitution of 1999 is Imperative for the Survival of Nigeria's Democracy'. *Journal of African Law*, 44(2): 135–166.
- Ojo, Olatunde J.B. 2014. 'Constitutional Reform'. In Ayoade, John A.A., Adeoye A. Akinsanya and Olatunde J.B. Ojo eds., *The Jonathan Presidency: The First Year*. Lanham, MD: University Press of America, 85–104.
- Olafusi, Ebunoluwa 2021. 'Pat Utomi: Why the North is afraid of restructuring'. *The Cable*, 11 January (<https://www.thecable.ng/>).
- Olusanya, G.O. 1980. 'Constitutional Developments in Nigeria 1861–1960'. In Ikime, Obaro ed., *Groundwork of Nigerian History*. Ibadan: Heinemann Educational Books, 518–544.

- Omitoogun, Wuyi and Kenneth Onigu-Otite 1996. *The National Conference as a Model for Democratic Transition: Benin and Nigeria*. IFRA Occasional Publication 6, Ibadan: Institute of African Studies.
- Onwudiwe, Ebere 1999. 'On the Sovereign National Conference'. *Issue: A Journal of Opinion*, 27(1): 66–68.
- Onyekwere, Joseph 2021. 'Deepening Debate on Whether National Assembly Can Enact Brand New Constitution for Nigeria'. *The Guardian*, 20 July (<https://guardian.ng/>).
- Osaghae, Eghosa E. 1998. *Crippled Giant: Nigeria Since Independence*. London: Hurst & Company.
- Owete, Festus 2014. 'Between Jonathan's National Conference and Obasanjo's National Political Reform Conference: What You Need to Know'. *Premium Times*, 16 February (<https://www.premiumtimesng.com/>).
- Oyediran, Oyeleye 1997. 'The Political Bureau'. In Diamond, Larry, Anthony Kirk Greene and Oyeleye Oyediran eds., *Transition Without End: Nigerian Politics and Civil Society under Babangida*. Boulder, CO, and London: Lynne Rienner Publishers, 81–103.
- Pearse, Adetokunboh 2017. '2014 National Conference and the Benefits of Restructuring'. *The Guardian*, 29 August (<https://guardian.ng/>).
- Premium Times 2023. 'Restructuring Nigeria: An Existential Imperative or Much Ado about Nothing? By Agbo, Ochonu & Kperogi'. *Premium Times*, 25 February (<https://www.premiumtimesng.com/>).
- Shibayan, Dyepkazah 2018. "'State Police, Fiscal Federalism"—12 Recommendations by APC Committee on Restructuring'. *The Cable*, 25 January (<https://www.thecable.ng/>).
- Suberu, Rotimi 2001. *Federalism and Ethnic Conflict in Nigeria*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press.
- 2015. 'Managing Constitutional Change in the Nigerian Federation'. *Publius: The Journal of Federalism*, 45(4): 552–579.
- Udoma, Udo 2011. *History and the Law of the Constitution of Nigeria*. Unabridged edition, Ikot Abasi, Nigeria: Amazing Grace Publishers.
- Ugbede, Lois 2018. 'Restructuring: APC Committee Recommends State Police, Resource Control, Fiscal Federalism'. *Premium Times*, 25 January

(<https://www.premiumtimesng.com/>).

Williams, F.R.A. 1988. 'The Making of the Nigerian Constitution'. In Goldwin, Robert A. and Art Kaufman eds. *Constitution Makers of Constitution Making: The Experience of Eight Nations*. Washington, D.C.: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 397–418.

最低生活保障制度における 受給権個人単位原則と要扶助性判断

——ドイツ市民手当法（SGB2）と社会扶助法（SGB12）の「世帯」の取り扱い

木 下 秀 雄*

一 はじめに

1 問題設定

すべての「国民」¹が、日本国憲法が保障する「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を個人として有することは、自明のことと思われる。こうした憲法の規定を受けた生活保護法による最低生活保障給付の受給権もまた個々の「国民」が個人として享受・行使する権利であるということに異論はないであろう。しかし生活保護法は10条で、「保護は、世帯を単位としてその要否及び程度を定めるものとする。但し、これによりがたいときは、個人を単位として定めることができる。」と定め、これを同法2章「保護の原則」のひとつとして掲げている。

生活保護行政の実務においても、世帯認定を行うことが最初の行政の判断とされており、世帯の所在する地域を管轄する都道府県知事市長等が当該世帯に対する生活保護実施義務を負うことになる。そして最低生活費算定と、収入の認定、そして要保護性の認定、その結果の通知、さらには、保護実施中の保護利用者に課せられる義務が履行されているかどうかの認定、保護にかかわる義務違反がある場合の保護の停廃止決定や、保護費の

* きのしたひでお 元龍谷大学法学部教授・大阪市立大学名誉教授

返還決定も、世帯を単位として行われている。

こうした日本の生活保護法におけるいわゆる「世帯単位原則」は、特に要保護性認定の場面で、孫が祖父母の生活費を負担することを強いたり、介護のために同居した他人に生活費負担を強いることになったりするなど、様々な弊害を引き起こしている。本稿の基本的問題意識は、こうした日本における生活保護行政上の世帯と世帯分離の関係、あるいは世帯主といわれるものと最低生活保障の権利の個人単位原則とをどのように整合的に解するべきかという問題を検討しようというものである。本稿では、そうした問題を検討する作業の一つとして、ドイツの最低生活保障制度における個人と「世帯」ないし生活共同体の取り扱いをめぐる議論の状況を紹介することにしたい。ドイツの1950年代の状況はすでに小川政亮教授によって紹介されている²が、その後ドイツでは様相が大きく変化しており、現在最低生活保障制度自体が一つの法律で規律されているわけではなくなっている。また、私見によれば、日本の生活保護法上の「世帯」という概念に直接対応するものは存在しないと思われる。そのため、以下、ドイツの制度分析においては世帯という用語を用いず、需要共同体 (Bedarfsgemeinschaft)、生計共同体 (Haushaltsgemeinschaft) という直訳の用語を用いた^{2a}。ドイツとは制度が異なるが、しかしドイツで議論している内容は、日本の世帯概念の理解を深めるうえで示唆するところが大きいと考える。そのためタイトルでは「ドイツ市民手当法 (SGB2) と社会扶助法 (SGB12) の『世帯』の取り扱い」とカッコつきで世帯という言葉を用いた。ドイツには日本の世帯概念に直接対応するものは存在しないが、日本の世帯をめぐる議論を深めるに際して大きな示唆を与えるものがある、という趣旨である。

2 ドイツの最低生活保障制度の概観

そのために、まずドイツの最低生活保障制度の概観を以下示すことにす

る。

(1) 現在ドイツでの最低生活保障制度 (Mindestsicherungssystemen。生存保障法 (Existenzsicherungsrecht) ともいわれている) を規律する法は、市民手当法 (社会法典 2 編。2023 年 1 月から市民手当・求職者基礎保障法という名称になった。以下では市民手当法と呼び、SGB2、と表記する。) と社会扶助法 (社会法典 12 編。これは、同法 3 章の、一般社会扶助法と、同法 4 章の高齢者重度障害者法、さらに 5 章から 9 章の介護扶助やホームレス支援法等のサービス給付法から構成されている。以下、SGB12 と表記する。)、そして庇護申請者給付法 (Asylbewerberleistungsgesetz) がある。

ドイツでは、公的扶助制度は、1945 年の第 2 次世界大戦でナチ敗北以後も、ドイツ・ワイマール期の 1924 年に制定されたライヒ扶助義務令 (Reichsfürsorgepflichtverordnung (RFV)) およびライヒ扶助原則 (Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge) が継続する形で実施されてきていたが、1962 年から連邦社会扶助法 (BSHG) が施行されることになる。1994 年に庇護申請者給付法が制定されて、庇護申請者に対する最低生活保障制度が別個に作られる。そして 2005 年に BSGH にとって代わるものとして SGB2 と SGB12 が制定され (BSHG は廃止された)、さらに 2023 年に SGB2 の制度骨格を基本的に踏襲しながら、名称及び給付内容の大幅改正をおこなって市民手当法が制定されている。つまり、現在のドイツでは、旧来の BSHG が引き受けていた「最後の受け皿」としての最低生活保障機能は、SGB2、SGB12 そして庇護申請者給付法が分け持って果していることになっている。

(2) 庇護申請者給付法は、ドイツに来て庇護申請を行い滞在資格を求め人たちに対して最低生活保障給付を支給する制度であるが、国籍にかか

わらず一定の滞在資格を持ってドイツ国内に通常の居所を有する人たちに対してはSGB2とSGB12が最低生活保障制度として機能することになる。

本稿では、SGB2とSGB12の保護受給権の個人単位原則と要扶助性判断の枠組みを紹介することにする。

SGB2は、その給付対象を、①満15歳から満65歳ないし67歳に到達するまでの年齢の者で、②稼得能力を有する(erwerbsfähig)、③要扶助状態にある(hilfsbedürftig)、④ドイツ連邦共和国内に通常の居所のある者、としている(7条1項)。

SGB12は、二つのグループを対象としている。つまり、SGB12の3章の対象者は、必要生計費を自らの能力又は資力で賄えない、もしくは十分に賄えない者を対象としている(27条1項)。SGB12の4章は、高齢のためか(この年齢はSGB2の7条1項の①の要件と連動している。)(41条2項)、重度の障害のため(41条3項)、必要生計費を自らの収入・資産で賄えないか、十分に賄えない者を対象としている。

SGB12の5章以下は、給付内容が介護サービスなどとなっていて、その給付の内容と給付対象及び費用負担について定めている。

SGB2と、SGB12の3章と4章の相互の関係は次のようになっている。

SGB2の給付を利用する権利を有する者はSGB12の3章の給付を利用することができず(SGB2の5条2項1文)、SGB12の4章の高齢者重度障害者給付は、SGB2の市民手当に優先することになっている(5条2項2文)。簡単に言えば、庇護申請にかかわらない場合には、15歳から65ないし67歳までの稼得能力のある者はSGB2の市民手当の対象となり、そこで要扶助性の判定を受けて最低生活保障制度の利用の可否が決定することになる。換言すれば、年齢的に15歳から65ないし67歳の範囲にあって、重度障害に該当しない者の場合には、基本的にSGB2の対象となり、ごく例外的にSGB12の3章の対象になることになる。

そして高齢者や重度障害者は、SGB12の4章の規定により要扶助性が判定されることになる。

(3) 2023年の統計によると、SGB2の給付利用者が約550万人、SGB12の3章の給付利用者が約12万6000人、SGB12の4章の給付利用者が約120万人、庇護申請者給付法の利用者が約52万3000人である³。最低生活保障制度利用者は2023年で全体として約730万人となっており、前年に比べて1.6%増である（これはドイツの全人口の約8.7%にあたる。ちなみに日本の2024年12月の生活保護利用率は1.62%である。）。そのうち約75%をSGB2の給付利用者が占めており、それに次ぐのが、SGB12の4章の高齢者・重度障害者給付利用者で約18%を占め、庇護申請者給付法の給付利用者が約7%、SGB12の3章の給付利用者は約1.6%となっている。

二 SGB2の「需要共同体 (Bedarfsgemeinschaft)」と要扶助性判定 ——「配偶者等」と「親等」の収入・資産活用

1 配偶者「等」と親「等」の収入認定とSGB2における「需要共同体」

(1) SGB2の「需要共同体」と「配偶者等」と「親等」の収入認定

SGB2の最低生活保障給付の利用は、上記のように7条1項で、①年齢、②稼得能力を有すること、③要扶助性、④ドイツに通常の居所を有することが受給要件となっている。

そして同法9条が要扶助性の判断について定めている。

同条は1項で、「生計費を、収入認定された収入または資産で賄えないか十分に賄えない、そして他の者、特に家族あるいは他の社会保障給付主体から必要な支援を受けられない者は要扶助状態である。」と定めている。

2項は、第1文が、「需要共同体内で生活する者については、パートナー (Partner) の収入と資産が考慮される。」と定めている。パートナー

とは、同法7条3項3号で、「a) 継続的に別居しているわけではない配偶者、b) 継続的に別居しているわけではない生活パートナー (Lebenspartner)、c) 稼得能力のある受給権者と共同の家計内で、相互に支えあい助け合う責任を負う相互意思があると評価できる状態で共同生活している者」と規定している。法律婚の配偶者、事実婚関係にある者、同性パートナーとして登録している者、登録していない同性パートナー、そして事実上の関係であるが「相互に支えあい助け合う相互意思を有する者同士」(7条3a項は、1号・1年以上同居している場合、2号・二人の間の子どもと同居している場合、3号・同居して子どもや家族を世話している場合、4号・他方の収入または資産を利用する権限を有する場合、を挙げて、それらの場合にはそうした意思の存在を推定するとしている。)(以下「配偶者等」という。))については、継続的な別居状態にない限り、その収入・資産は、他方の者が要扶助状態にあるかどうかの判定に際し、活用すべきものとして考慮されることになっている。

第2文は、「未婚の子どもについては、その者が両親又は片親と同じ需要共同体で生活し、生計費を、自らの収入または資産で賄えない場合には、同じ需要共同体内にいる両親又は片親及び同じ需要共同体で生活するそれらの者のパートナーの収入および資産が考慮される。」と定めている。

つまりSGB2では、需要共同体内で生活している場合には、実親だけでなく、実親と婚姻した者(義理の父ないし母)、あるいは実親と婚姻関係にはなく事実婚関係にある場合、さらに同性婚や、婚姻を意図していない関係にある者も含めて(以下「親等」という。))、その収入・資産が未婚の子どもの要扶助性判断において考慮されることになっている。

しかし、子どもの収入・資産は、たとえ同じ需要共同体内で生活している場合であっても親ないしそのパートナーの最低生活を賄うために活用を求められることはない、と解されている。

さらに同条3項は、子どもが妊娠しているか、満6歳までの子どもを養
(龍法 '25) 58-1, 48 (48)

育している場合には、親ないしそのパートナーの収入・資産の活用を求められない（上記9条2項2文を適用しない。）と定めている。

これは、妊娠していたり、満6歳未満の子どもを養育している子ども（以下、「妊婦等である子」という）を、親ないしそのパートナーが同居して生活を支える場合（「需要共同体」を形成する場合）でも、当該妊婦等である子どもの要扶助性判断に際して、そうした親等の収入・資産は考慮されないことを意味している。これは、例えば、親等が自らの生活が最低生活水準に引き下げられることになるのを嫌って、妊婦等である子どもを引き取って同居することをためらうことがないようにするためである。さらにいうと親が同居することを嫌がるだろうと考えて妊娠した子どもが堕胎を考えるようなことがないようにする、ということを目的としている⁴。

（2）SGB12における「配偶者等」及び「親等」の収入認定

SGB12は、要扶助性については、次のように定めている。

（ア）まず3章の一般的な社会扶助法は、別居していない配偶者又はパートナーの収入・資産は他方配偶者やパートナーの要扶助性判断において考慮される（27条2項2文）。さらに婚姻類似の関係にある者について、異性間であっても同性間であっても、法律婚の配偶者関係におけるのと同様に扱われる（20条）。

未婚年少の子どもについては、両親又は片親の生計に属して（dem Haushalt ihrer Eltern oder eines Elternteils angehören）、必要生計費を自らの収入および資産で賄えないか十分に賄えない場合、両親又は片親の収入と資産が考慮されることになっている（27条2項3文）。

しかし親のパートナーの収入・資産の活用は求められていない点でSGB2の場合と異なる。

妊産婦等である子どもについては、親やパートナーの収入・資産の活用が求められないことはSGB2と同じである（27条2項3文留保規定。39条

3文)。

(イ) 4章の高齢者・重度障害者給付については、別居していない配偶者又はパートナーの収入・資産は他方配偶者やパートナーの要扶助性判断において考慮される(43条1項2文)。

同時にSGB12の4章の最低生活保障における要扶助性判断において注目すべきは、子どもの要扶助性判断において、その親やパートナーの収入・資産の考慮については規定されていないことである。

高齢者に対する要扶助性判断の場合は、当該高齢者のさらに親の収入・資産を考慮するというのは、事実上無理がある、ということであろう。

さらに重度障害者の要扶助性判断において、当該重度障害者が年少の場合、同居している親やパートナーの収入・資産を考慮しないとされる点は重要である。つまり、SGB12の4章による最低生活保障制度において、若年の重度障害者に対しては、親と同居していても、親の収入・資産に関係なく最低生活保障を広く普遍的に確保する、ということになるからである。

2 SGB2「需要共同体」における要扶助性判断

(1) 需要共同体と垂直的算定方法 (vertikale Berechnung) と水平的算定方法 (horizontale Berechnung)——裁判例 (BSG vom 18.06.2008 - B 14 AS 55/07 R) から

以下、具体的な連邦社会裁判所の裁判例を取り上げて、SGB2の要扶助性判断の構造を見てみる。

【事案】

原告はひとり親(38歳) X 1とその娘(8歳) X 2である。訴えの内容は、2005年5月から7月にかけての生計費扶助額の引き上げを求めるものであった。

申請から異議申し立て、1 審、2 審の裁判の経過の中で、被告である扶助実施機関 Y は、母親 X 1 の勤労収入からの各種勤労控除や民間医療保険などに加入した場合の保険料の控除などを認めて給付額を訂正した。

最終的に X 1 については、基準需要額が月額345ユーロ、一人親加算が月額41ユーロ、そして住宅暖房費が月額238,56ユーロ（原告二人の住居暖房費477,12ユーロを二人で案分したもの）、あわせて624,56ユーロの需要額となる。

X 1 の収入は、勤労収入が月額160ユーロであるが、各種控除をした後の認定収入額は月額77,12ユーロ。

X 2 の基準需要額は月額207ユーロ、住居暖房費が238,56ユーロ、総需要額は445,56ユーロ。

収入は児童手当月額154ユーロ⁵と現在別居している実親（父）からの養育費が、5 月 6 月については月額249ユーロ、7 月については月額257ユーロであった。

原告が最終的に求めたのは、次のようなことであった。すなわち2005年5月から7月について、被告の扶助実施機関が、要扶助性判断にSGB2の9条2項3文に定められた方式である「水平的算定方式」を用いず、「垂直的算定方式」によって計算しており、結果としてX 1 に関して、5 月 6 月について月額5ユーロ、7 月について月額4ユーロは少ない生計費を支給することになっているから、この決定を取消すよう求めた。

これに対して被告は、原告たちの給付の算定方式を垂直的算定方式から水平的算定方式に変更したとしても、たしかにX 1 の受給額は増えるがX 2 の受給額は減少し、結果として二人が形成している需要共同体としての受給額に変化はないから、そもそも訴えの利益がない、と反論した。

【判決内容】

判決は、SGB2の最低生活保障給付の受給権は個人の権利であるから、需要共同体としての支給額に変化がないとしても、算定方法の違いでX 1に対する支給額が月額4ユーロないし5ユーロ少ない本件決定の取消を求める利益をX 1は有している、として訴えを起こすことを認める。

その上で、判決は次のように判断した。

本件決定は、X 1について、その需要総額624,56ユーロから、その認定された勤労収入77,12ユーロを引いた547,44ユーロの扶助支給額を認定し、X 2については総需要額445,56ユーロに対して児童手当と扶養料を引いた額、5月6月については42,56ユーロ、7月については34,56ユーロの支給額を認めている。

しかしこれは、個人ごとに需要額と収入額を比較して要扶助性を算定・判断する垂直算定方式を適用したものである。

SGB2は、9条2項3文で「需要共同体内で、すべての需要を自らの能力及び資力により賄うことができない場合には、需要共同体内のすべての者は、全需要と自らの需要との比率に対応して、要扶助状態であるとみなされる。」と定めている。

これはつまり、Aという者が、個人としてみた場合、自らの需要分を自らの収入と資産で賄うことができたとしても、その者が需要共同体に所属している場合には、需要共同体全体の需要を賄うができなければ、A自身も要扶助状態にある、と見なされるということを意味する。

その上で、需要共同体内部での要扶助性、ないし扶助支給額は次のようにして算定する。

第1段階として、まずそれぞれの需要と、それらを積み上げて、需要共同体全体の需要を算定する。

第2段階として、この総需要を、全体収入と対置する。

第3段階として、収入でカバーできない全体需要を、それぞれの個別需要と全体需要との比率に応じて配分する（これを水平的算定方式と呼んでいる）。

この判決では、子どもの収入については、需要共同体の親等に配分する義務がないということから、まず子どもの需要充足に充填し、その上で充填されない需要を基礎に上記算定方式を適用している。

その結果、X 1 の需要は624,56ユーロ、X 2 の需要は5月6月＝42,56ユーロ（445,56ユーロマイナス児童手当154ユーロマイナス扶養料249ユーロ）、7月＝34,56ユーロ（445,56マイナス154マイナス257）となる。それらを積み上げた収入でカバーされない全体需要は、5月6月667,12ユーロ、7月659,12ユーロとなるが、これとそれぞれの需要の比率を計算すると、X 1 は5月6月は93,62%、7月は94,75%の比率になる。

その結果、本件の場合X 1 の認定勤労収入が77,12ユーロあるが、これをすべてX 1 の需要の充足にあてることによってX 1 の需要が減少する、すなわち、X 1 に対する給付額が減少すると考えるのではなく、X 1 の需要が本件需要共同体全体の需要に占める比率に応じてX 1 の認定勤労収入が配分され则认为。換言すると、X 1 の需要と、X 2 の児童手当・扶養料を引いた後の需要をあわせたものから、X 1 の認定勤労収入77,12ユーロを引いた、X 1 およびX 2 が形成する本件需要共同体の、収入でカバーされない全体需要額590ないし582ユーロの中で、X 1 の需要額、つまり要扶助額（支給額）は、5月6月は93,62%＝552,36ユーロ、7月は94,75%＝551,44ユーロとなる。

これを先の垂直的算定方式の結果である547,74ユーロと比べると、水平的算定方式の方が5月6月で4,62ユーロ、7月で3,7ユーロ多いことになる。つまり端数処理すると5月6月は5ユーロ、7月は4ユーロ、水平的算定方式によるX 1 の需要額の方が多くなり、垂直的算定方式で計算した本件決定では、X 1 に対する支給額が少ないことになる。

判決は、X 1 に対する給付額に限って原決定を取消した。そして、判決は、X 2 にとっては、この水平的算定方式を用いると、X 1 について増えた分、減額されることになる点も注意している。

(2) 判決に関連する需要共同体についての論点

(ア) 個人単位の受給権と需要共同体としての要扶助性

——垂直的算定方式と水平的算定方式

SGB2では9条2項3文を根拠に、需要共同体内部では、水平的算定方式をとると考えられている。つまり、需要共同体構成員全体の総需要と、同じく構成員全体の活用すべき収入・資産を比較して要扶助性判断を開始する。その上で、各構成員の個別需要と需要共同体全体の収入でカバーされない全体需要との比率で、各構成員の要扶助性を算出する、という方式をとる。

これは、一方で、最低生活保障給付の受給権は個人が持つ、という原則を維持しながら、他方で、SGB2の9条2項3文が、たとえ個人として算定した場合に要扶助状態でなくても、その者が、所属する需要共同体全体の需要を充足することができなければ、その者も要扶助状態である、と定めていることとの両立を図った算定方式といえる。

他方、垂直的算定方式が示す考え方では、SGB12のように配偶者やパートナー間、あるいは未婚年少子に対する親の場合に、要扶助状態にある他方配偶者・パートナーや子どもに対してその収入・資産を活用すべきことが法定されているとしても、まず、それぞれ個別に需要と収入・資産を対比して、その者の需要を超える収入・資産について他の者の要扶助状態克服に活用する、ということになる。この場合、個別に見て自らの需要を超える収入・資産がある者は、たとえ自らの需要を超える部分を他の者の最低生活費充足に当てなければならないとしても、その者自身は要扶助状態

ではない、ということにある。

SGB2の7条及び9条に定められている需要共同体という仕組みと9条2項3文の規定に対しては、次のような批判が提起されている。つまり個人単位で見ると要扶助状態にない、自立して生活できる者を、その収入・資産で需要共同体全体の総需要を賄えない場合、その者自身を要扶助状態に陥らせ、その上で改めてその要扶助性を克服するために国家から給付を支給するというのは、基本法の社会国家原理（20条）と結びついた人間の尊厳保障（1条1項）に違反する、という批判である⁶。

2005年以後求職者基礎保障と呼ばれていたSGB2を、現在の市民手当法に衣替えさせる出発点になったのは、2021年連立協定である。そこでは、「市民手当の個人給付としての性質を強化するために、SGB2でも水平的収入認定から垂直的な収入認定へ転換する（von der horizontalen auf die vertikale Einkommensanrechnung umstellen）。」という目標が設定されていた。しかし、市民手当法への衣替えに当たって、資産認定の緩和や、統合協定を参加協定に転換すること、職業紹介優先の廃止などは実施されたが、SGB2の9条2項3文は削除されないで残っており、水平的算定方式と需要共同体構成員全員について要扶助性が認定されるという仕組みは現在も存続している。

（イ）需要共同体と扶養義務との関係

もう一つの論点は、民法上の扶養義務（bürgerlich-rechtliche Unterhaltsverpflichtung）と需要共同体構成員の要扶助性判断との関係である。これについて、連邦社会裁判所は別の判決の中で、需要共同体を「公法上の構成物（öffentlich-rechtlichen Konstruktion）」⁷と見ている。そして、需要共同体に属する場合には、たとえ民法上の扶養義務であれば、ドイツ

では日本でいう生活保持義務関係にあたる強い扶養義務がある場合でも扶養上容認される自己留保分（Selbstbehalt）すら認めないのは、需要共同体という仕組みが「扶養法の基準にそったものではない」⁸からであると判断している。さらに「立法者は、需要共同体内部での収入と資産の算定に際しては、配偶者間の民法上の扶養義務にそって考えるのではなく、需要共同体の構成員間で需要カバー及び支援を行うことへの公法的な独特の期待を創設しているのである。そうすることの基礎には、次のような考え方・思想が存在しており、それを基礎とすることは正当である。つまり、婚姻ないしはそれと比較できるような生活共同体内部では、国家による支援が補完的に困窮克服に用いられる前に、まずはパートナーがもう一方のために必要な援助を行う、という考えである。」⁹

（ウ）需要共同体と手続き的権利及び義務・制裁

最低生活保障を求める権利が個々人に認められるということは、SGB2でもSGB12でも当然の前提になっている。

他方で、需要共同体という仕組みを設定し、また配偶者やパートナーであること、あるいは未婚未成熟子に対する親等であるという人間的つながりが最低生活保障実施の中で要扶助性判断において大きな意味を持つ仕組みになっている。

その両者の整合をいかに図るかという問題の中で生じる論点が、最低生活保障実施手続きにおける法的問題である。

SGB2は、38条1文で「何らかの異なる契機が存在しない限り、稼働能力のある受給権者は、自らと同じ需要共同体で生活する者のために、本社会法典による給付を申請し、受領することの代理権を授与されたものと推定される。」と規定している。

また、自らは自身の需要を賄う収入・資産を有する者が、需要共同体に属することで、市民手当法への改正以前の統合協定締結義務や、統合協定に定められた就労義務ないし職業訓練参加義務を負うことになるのか、あるいはそうした義務に違反した場合、制裁は義務違反者個人に課されるのか、それとも需要共同体構成員全員に及ぶのか、等の問題が生じる。

三「生計共同体 (Haushaltsgemeinschaft)」と要扶助性判断

(1) SGB2とSGB12の「生計共同体」の規定

SGB2の9条5項は、「要扶助者が、血族ないし姻族との生計共同体 (Haushaltsgemeinschaft) 内で生活している場合には、それらの者から、その収入と資産から見て期待可能な範囲で、支援を受けていると推定される」と規定している。

SGB12は、39条1文で「給付を求める者が、他の者と一つの住居ないしはそれに対応するような所で共同して生活している場合には、それらの者と共同した生計 (生計共同体) を営んでおり、それらの者から、その収入と資産から見て期待可能な範囲で、支援を受けていると推定される」と定めている。ただしこの規定は、SGB12の3章について適用されるが、4章の高齢者重度障害者給付には適用されない (43条5項)。つまり、高齢者の場合、配偶者やパートナーの収入・資産は扶助申請者の要扶助性判断において活用の対象となるが、それ以外の者 (たとえば孫など) と同居してもそれらの者について、「期待可能な範囲での支援」が推定されることにもならない。

重度障害者の場合には、たとえ親と同居していても、親自身が最低生活水準になることを前提とした収入・資産の活用が求められないだけでなく、「期待可能な範囲での支援」の推定の対象にもならない。

これら生計共同体の規定は、BSHG（16条）やそれ以前のライヒ扶助義務令の時代における家族困窮共同体（Familiennotgemeinschaft）」という考え方に淵源を持つものと考えられている。その内容は、民法上の扶養義務が課せられていない者についても、「一つの鍋で生活を共にしている（Wirtschaften aus einem Topf）」場合には、親族関係の近い遠いによる民法上の扶養義務の重さとは関係なく、扶養義務の程度を超えて収入・資産の活用を求める関係を、公的扶助の支給要件、つまり要扶助性判断における判断要素として認めるものである。

BSHG16条は、「扶助申請者が、血族または姻族との生計共同体内で生活する場合には、それらの者の収入と資産から期待可能な範囲で、支援を受けていると推定される。」と、定めていた。

生計共同体を形成するとされる範囲は、BSHGでは血族または姻族（以下では「親族」という。）とされていた。SGB2も生計共同体は、親族との関係でのみ成立するという規定になっている。他方SGB12は生計共同体を構成する者としては、特に親族に限定せず、すべての人が対象となる規定になっている。

生計共同体の成立の認定と期待可能な支援の推定の具体的方法について、BSHGの下では、特に規定は置かれていなかった。そして、SGB2も同様の文言で（同法9条5項）、同一生計共同体で生活することから支援が推定されることになっている。

これに対してSGB12は、同一居住であることから、いったん生計共同体で生活しているという推定がおこなわれ、そこからさらに同一生計共同体内で生活している者による期待可能な支援が行われていると推定されるという規定になっている（同法39条1文）。

以下、みることにする生計共同体とは何か、その存在をどう認定するの
(龍法 '25) 58-1, 58 (58)

か、期待可能な範囲の支援とはどの程度の支援なのか、推定を覆す反証可能性とはどのようなものか、

(2)「生計共同体」とは何か、その存在の認定の方法 (BSG vom 27.01.2009 – B 14 AS 6/08 R)

【事案】

原告X (39歳) は、父親 (69歳) と共同して賃貸契約を結んで一つの住居に居住していた。父親は遺族年金月額1278,27ユーロを受給していた。XがSGB2を担当する被告YにSGB2による生計費給付を申請したところ、Yは、Xが父親から月額118,76ユーロの支援を受けていると推定した上で月額451,74ユーロの支給を決定した。

これに対してXは、父親と自分は全く別に生活していて、食事と一緒にとることはない。二人の間にはせいぜい居住共同体 (Wohngemeinschaft) 関係が存在するにすぎない。父親からの支援が月額118,76ユーロであると推定して支給額を減額するのは不当であるとして、支給決定の取消を求めて訴訟を提起した。

1 審はXの請求を認めなかったが、2 審のラント社会裁判所は、支援を推定する「共同の生計という要件は、単なる共同生活 (ein blosse Zusammenleben) を超えたものである」として、この事案ではXと父親の間に「生計共同体」が成立しているとは認められないと判示した。そして結論として、Yが月額118,76ユーロであると推定した父親からの支援を否定して、Xに対する給付額を同額分増額するようにすべきであるという判断を示した。

【判決内容】

連邦社会裁判所は、次のような判断を示した。すなわちまず第一に、SGB2の9条5項の生計共同体が存在するというには、一つの住居に共同

して住んでいるだけでは不十分である。単なる居住共同体を超えた生計の共同が存在しなければならない。そして生計の共同という場合それは、「風呂や、台所、共同の空間の共同使用をこえたものである。居住共同体でもよくある、基本的食材や清掃剤や洗濯剤の共同購入を、居住共同体構成員全員が拠出したお金で賄うことがあったとしても共同の生計というにはまだ足りない。」

そして判決は、SGB2の9条5項とSGB12の39条の文言の違いを指摘する。つまり、SGB2の9条5項は、「生計共同体」が成立している場合に、その生計共同体内で生活している親族から、「その収入と資産から見て期待可能な範囲で、支援を受けていると推定される」と定めている。しかしSGB12の39条は、共同で居住しているというところから、生計共同体の存在が推定され、さらにその中で生活している者からの支援の存在が推定される、と定めており、条文の構造に違いがある点を指摘する。

判決は、SGB2の場合、「一つの住居で共同生活している複数の血族ないし姻族からなる生計共同体が存在していることについては、それぞれの基礎保障主体が積極的に確認しなければならない。」として、生計共同体の存在の立証責任はYにあるとする。

本件連邦社会裁判所判決は、旧法であるBSHG16条の生計共同体に関しては、1966年2月23日連邦行政裁判所判決が、「扶助申請者は、(…)実親からも義理の父親からも第三者からも支援を受けていないということを証明しなければならないであろう。」(傍点は引用者)と述べていることから、「BSG16条に関する連邦行政裁判所判決からは、生計共同体不存在の証明負担は、社会扶助申請者が負っていると判断することができるように見える」という。しかし、本件判決は、BSHG16条の生計共同体の規定は、2005年のSGB2とSGB12の成立により二つの規定（SGB2の9条5項とSGB12の旧36条（現行39条））に分かれたのであり、SGB2の9条5項における生計共同体の存在の立証責任は基礎保障実施主体が負うと解すること

ができる、と判断している。

(3) 生計共同体における同居人の支援の程度の推定について

SGB2の9条5項では生計共同体の中で生活しているとされた場合、要扶助者は、同居している親族から、「それらの者から、その収入と資産から見て期待可能な範囲で、支援を受けている」と推定され、その支援分については要扶助者の収入と見なされることになる。

生計共同体が成立していると評価された場合に支援していると推定される程度については、SGB2の給付を主に担当しているジョブセンターに対して、連邦雇用庁は次のような通知 (Fachliche Weisungen §9 SGB II (Stand 01.03.2023)) を出している。

それによると、支援の程度は、扶養法上の自己留保分から出発して考えるのではなく、SGB2の保護基準の2倍の額とそれに加えて案分した住居暖房費 (ただし、その親族が住居暖房費を全額負担している場合にはその額) を加えたものを基礎に、この額を超える収入が同居の親族にある場合は、これを超えた額の50%分を支援していると推定されるとしている。

そこで示されている計算例は以下のとおりである。

【計算例】

「家族構成と需要・収入状況」

扶助申請者は、両親と年少の弟 (5歳) と同居している26歳の職業訓練生。
収入状況は、父親の勤労収入は各種控除をしたうえでの手取りが2200ユーロ。

年少の弟に対する児童手当250ユーロ。

申請者の職業訓練報酬250ユーロ。

需要状況は、父親の基準需要502ユーロ、

母親の基準需要451ユーロ、

弟の基準需要318ユーロ、

申請者の基準需要502ユーロ、
住居暖房費600ユーロ、
「家族から支援されている推定額の算定」
住居暖房費は全額親が負担している場合として算定すると、
申請者以外の需要を計算すると、
父親については基準需要の2倍の1004ユーロが控除額となり、
これに母親の基準需要額451ユーロ、
弟の需要額（基準需要額318ユーロマイナス児童手当250ユーロ）68ユーロ、
これに住居暖房費600ユーロを加えて、2123ユーロとなる。

これに対する収入は、父親の各種控除をした後の認定収入2200ユーロであり、需要を上回る額は77ユーロとなる。

その結果、申請者に対する生計共同体所属の者からの支援として推定されるのは77ユーロの50%、38,50ユーロとなる。

申請者には、自らの需要額502ユーロ（住居暖房費を負担していないのでそれを含まない）のうち、自らの収入である職業訓練報酬250ユーロに加えて生計共同体所属の親族からの支援38,50ユーロを引いた213,50ユーロの生計費扶助が支給されることになる。

こうした生計共同体内での支援の程度の推定にかかわって、同居している家族からの食事の提供をどのように見るかに関して、以下のような裁判例がある（BSG vom 18. 02. 2010 - B 14 AS 32/08 R）。

【事案】

51歳の原告（女性）が、85歳の母親と同居して介護を行っていた。母親は月額1300ユーロの年金を受給していた。原告には伴侶がいて、土地の広さ972m²の建物（換価価値19万3700ユーロ）を原告と共有しており、伴侶（龍法 '25）58-1, 62（62）

はその家に住んでいた。

原告がSGB2の生計費扶助を申請したのに対して、ラント社会裁判所は請求を棄却した。その理由としてラント社会裁判所は、次のように述べた。母親と同居して、住居暖房費は母親が負担しており、食費など生活費も母親が負担している。そして、母親の年金額は二人の基準需要額を上回っている。他の者すなわち同居している母親による原告の需要充足は、補足性原則に基づく社会扶助法上の給付を不必要にする。SGB2及びSGB12の導入によるシステム転換がなされたのちでも、生計費を保障する実体的社会扶助法の原則的補足性を変えるものではない。

【判決内容】

連邦社会裁判所は、本件での生計費共同体の成立を認め、その上でSGB2の9条5項による支援の推定を具体的に行うよう、事案をラント社会裁判所に差し戻した。

連邦社会裁判所は、ラント社会裁判所が母親の収入によって二人の需要総額を賄うことができるという認定を行っているが、それはもっぱら需要共同体の要扶助性判断に用いられる水平的算定方式を用いたもので、本件のようなSGB2の9条5項が適用される生計共同体における要扶助性判断に用いるのは正しくない、とする。

そして、たんに、基礎保障給付主体からの給付を行わなくても必要生活費が確保されていた、という事実のみから、「(事後的に) 要扶助性はなくなっていた、ということとはできない。」と指摘する。

要するに9条5項に基づいて、生計費共同体内での親族に支援として推定される支援を具体的に認定したうえで、原告自身の収入及び資産の有無と程度の認定を行って原告の要扶助性を判断すべきだということのである。

(4) 支援についての反証

SGB2の9条5項は生計共同体内での親族の支援が行われている、というのはあくまで推定であると定めている。つまり反証可能であるとされている。

この反証については、連邦雇用庁の上記通知によると（1.2.2.5「推定の反証」）、個別事例に沿った具体的事情から見て、親族が生計共同体内で生活する受給権者に対して実際に支援を行っていない、または一定程度以上の支援を行っていないと、十分な確実性を持って認定された場合に覆される。そしてこの反証は、当事者にとって過度に負担の重いものとされてはならず、特に異なる情報がない限り、親族による、対応する書面での表明で足りるとされている。

四 扶養義務のない「親等」の収入・資産の認定—SGB2の9条2項2文2008年法改正をめぐって

（1）問題の所在

SGB2では現在、需要共同体の中で生活する未婚の子どもに対して、「両親又は片親及びそのパートナーの収入と資産」（傍点は引用者）が収入認定されることになっている（9条2項2文）。

この規定では、需要共同体内で生活する場合、実親子関係にある親の収入・資産が未婚子の最低生活保障のために活用するように求められるだけでなく、当該子どもに対して扶養義務を負わない「子どもの親と婚姻関係にある者（義理の父または母）」と、それだけでなく、実親とパートナー関係にあるが法律上婚姻関係にない者、つまり扶養法上未婚子とは姻戚関係にもない者も、その収入・資産の活用が求められることになっている。

この条文にはSGB2発足時には「及びそのパートナー」という文言がなかったのであるが、2006年5月の法改正で導入され、同年8月1日から現行条文が施行されている。

このSGB2の9条2項2文の改正に対して訴訟が提起されている（BSG vom 13.11.2008 - B 14 AS 2/08 R）。

【事案】

原告（13歳）は実親である父とは別居していて、その実の父からは扶養料の支払いはなかった。原告とその母親（42歳）は、母親のパートナー（44歳）と母親が共同で借りた住居に2005年11月に引っ越した。パートナーにはパートナーの実子（14歳）がいた。

パートナーは月額1446,55ユーロの勤労実収入があり、それ以外にパートナーの以前の妻の遺族年金754,90ユーロを受給していた。母親も僅少就労による稼働収入が月額154,25ユーロあった。またパートナーの実子には遺児年金が月額151,23ユーロあった。

原告と母親がパートナーとその子どもと同居して以後、SGB2実施主体は2005年12月から2006年31日の期間について、原告だけについて月額194,50ユーロの社会手当（当時）の支給を決定した。

しかしSGB2実施主体は、上記2006年8月1日以後施行されたSGB2の9条2項2文改正を受けて、上記決定を変更して、2006年8月1日以後は、原告の要扶助性判断について、母親のパートナーの収入を考慮することになり、その結果、原告の要扶助性は消滅するからそれまで支給していた社会手当を廃止する旨決定した。

原告はこの2006年8月1日以後の社会手当廃止決定の取消を求めて訴訟を提起した。

2006年8月法改正以前であれば、原告と母親のパートナーとの間には民法上の扶養義務が存在しないだけでなく、母親とパートナーは法律婚関係にないことから、原告とパートナーの間にはいかなる親族関係も存在しないことになり、9条5項の生計共同体関係も認められないことになる。そうすると、原告の要扶助性判断に際して、同居している実親である母親の

収入・資産を考慮することはSGB2の9条2項2文で可能であるが、パートナーの収入を考慮することはできない。

パートナーが母親と婚姻関係に入る意思を持たないのは、現在受給している前の妻の遺族年金受給を維持する、という動機も考えられるところである。

それが2006年8月1日から、法改正により、原告の要扶助性判断に、パートナーの収入がすべて考慮されることになり、原告の要扶助性が否定されることになったのである。

【判決内容】

2006年法改正直後に相次いだ実親のパートナーの収入・資産を考慮することによる扶助廃止ないし給付減額決定に対して、多くの取消しを求める仮処分申請が提起された。これに対していくつかの社会裁判所が、法改正を無効として扶助の存続を認める決定を出していたが、連邦社会裁判所は、本件において、2006年法改正の合憲性を認めた。その理由は、この法改正が立法裁量の範囲に入る、あるいは比例性原則に違反するとまでは言えない、また、合憲的解釈の余地がある、というものであった。

(2) 法改正の理由付けとそれに対する批判

この9条2項2文の改正理由は、立法理由書では次のように説明されている。

「それまでの9条2項2文は、需要共同体内での収入が実親子関係にならない子どもの需要に対して考慮されることを示していなかった。この結果、結婚していないパートナー関係にある場合、実の親子関係にない親の収入は、実親子関係にない子どもの需要について考慮されないことになっていた。逆に、婚姻関係にあるパートナーの場合には、実親子ではない子どもとの間には姻戚関係が生じることになる。その結果、9条5項の規定に

よって、実親子関係にない子どもは、義理の親から、支援を受けていると推定されることになっている。それゆえ、現在の法状態は、婚姻関係にあるパートナーを婚姻関係にないパートナーより不利益に扱っていることになる。それゆえ、本改正により、——立法者の本来の意図に沿って——需要共同体内の収入は、いずれの状態にあっても、実親子関係にない子どもの需要に充填するよう考慮することとし、それによって婚姻を、婚姻関係にないパートナー関係より不利益に扱う状態を解消することを明確にしている。」(BT-Drs. 16/1410 S.20)。

もともと、子どもと同居している義理の親の収入を、子どもの要扶助性判断においてどのように取り扱うかはBSHGの時期から議論が重ねられてきていた。

そして、義理の親は義理の子どもに対して扶養義務を負っていないことから、たとえ同居していても、子どもの要扶助性判断において義理の親の収入・資産を、実親の場合のように、ある意味「無制限に」活用を求めることはできない、という裁判例が、連邦行政裁判所判例として確立していた。

ただ、BSHG16条により、子どもと義理の親との間に生計共同体が成立することを認めて、義理の親から子どもに対して、「それらの者から、その収入と資産から見て期待可能な範囲で、支援を受けている」と推定されるにとどまっていた。

SGB2制定当初にはこの枠組みが引き継がれ、子どもの要扶助性判断においては、実親の収入・資産が考慮されるが、そうした実親の配偶者（義理の父母）はSGB2の9条5項により生計共同体内での「期待可能な範囲」での支援の推定がなされるにとどまり、さらに、実親のパートナー（つまり実親と婚姻関係にはない者）については、未婚子との親族関係が存在しないことから生計共同体が認められる余地もないことになっていた。

2006年改正は、実親と婚姻関係にある場合は9条5項により義理の親は

義理の子どもの要扶助性判断において収入認定され、実親と婚姻関係にならない場合には9条5項が適用されないのは、婚姻を不利益に扱うものである、ということを理由に、義理の親も、親族関係にないパートナー関係にある相手方も、両方とも、需要共同体構成員として「無制限な収入・資産活用の対象」に取り入れた、というわけである。

しかしこれに対しては、次のような批判がある。

一つは、SGB2の2条3文に対する批判とあわせて、自らの収入で最低生活需要をまかなことができる者を、その収入を他の需要共同体構成員の最低生活費充足に回すことで、自身を最低生活保障給付受給者にしてしまうのは、基本法の人間の尊厳保障の考え方に反する。それだけでなく、自身の需要を賄うことができる者をSGB2の各種義務と制裁に服させることになる、という批判である¹⁰。

二つ目には、この改正により、子どもを養育している人と婚姻を結ぶかパートナー関係に入ることが、他方配偶者ないしパートナーの生計費を分かち合うことを意味するだけでなく、その子どもの生計費についても自らの収入・資産をいわば無制限の当てて責任を負うことを意味することになる。これは、配偶者ないしパートナーを自由に選ぶ権利を侵害することなのではないか、という批判である¹¹。

連邦憲法裁判所も、この法改正に対する憲法異議申し立て（事案は、法改正により母親のパートナーの収入が要扶助性判断で考慮されるようになり、それまで支給されていた社会手当が廃止されたものであった。）を、勝訴の見込みがない等の理由で、受理しなかった（BVerfG vom 29.05.2013-1 BvR 1083/09）。

五 受給権の個人単位原則と扶助受給者の義務

(1) 問題の所在

1924年のライヒ扶助義務令は20条で、「労働能力があるにもかかわらず、自ら公的扶助に頼ることになったり、自分に対して扶養請求権を有する者をして公的扶助に頼るようにならしめた者」は、行政庁の命令により、労働施設に収容されることがある、と定めていた。つまり、自らの能力と資力を活用して、自分に扶養請求権を有する家族の必要生活費を確保できない者は、その者自身が要扶助であるとみなされ、公的扶助法上の各種義務と制裁の対象とされていた。

第2次世界大戦後、扶助義務令がドイツ・ワイマール期に引き続きドイツの公的扶助制度を規律していたが、1954年連邦行政裁判所は次のような判決（BVerwG vom 24.06.1954 - V C 78.54）を出して、扶助受給者個人の扶助受給権を認めた。

「原告が求めている給付は、扶助実施主体がその履行に義務を負っている性質のものである。扶助法の規定は、この義務がだれに対して存在しているのか、国家に対してのものなのか、生活困窮者に対するものなのか、この義務に対し生活困窮者の権利が対応しているのか、について明示的に述べていない。それゆえこの点に関して、条文は解釈を必要としている。その解釈は、1954年以前の学説も判例もほとんど一致して、そうした権利を否定するものであった。この権利の否定は、明文上の規定に沿って行われたのではなく、古くからの社会倫理的観念に基づくものであった。」「国家権力から保護される不可侵の人間の尊厳は、『必要生活費』にかかわる場合、つまり生存にかかわる場合に、人を、国家の行為の単なる対象と見なすこと禁じている。」「困窮者は、対応する権利を有し、それゆえ、それが侵害された場合、行政裁判所の保護を求めることができる」。

このように要扶助者の受給権を承認した判決が出され、1962年にはライヒ扶助義務令に代わってBSHGが成立施行され、扶助受給が権利であることは確立した。しかし、それにもかかわらず、保護基準額設定において世帯主（Haushaltsvorstand）という観念が用いられて、その額も他の世帯員より高く設定され、扶助支給決定も世帯主あてに発給された。そして、同居している場合にはその構成員全体の需要と収入が合わせて計算され、要扶助状態であると判断された場合は、構成員間で個々の要扶助性の有無を区別することなく、全員が要扶助であるとみなされる、という行政実務が定着していた¹²。

それがその後時間をかけて、判例において、個人単位で要扶助性を判断する方向に進んでいったのである。

(2)BSHGに関する裁判例にみる受給権の個人単位原則と扶助受給者の義務

（ア）控訴審での仮処分異議に対する決定であるが、扶助受給者でない家族構成員に不経済的態度が見られたとしても、家族に対する扶助給付の減額につながらない、としたものがある（OVG Lüneburg vom 29.08.1988 - 4B 202/88）。

【事案】

世帯主が、自分の需要分を賄う収入はあるが、同居する家族全体の需要を充足させることができない場合、当該世帯主が不経済的態度（unwirtschaftliches Verhalten）を、扶助実施行政当局が何度も警告したにもかかわらず繰り返したとしても、扶助実施行政当局は家族全体に対する給付を「生活に不可欠な水準」にまで減額するという手段をとることはできない、とした事案である。

【決定内容】

請求権は個別に認定されるべきものであるという原則は、「社会扶助の構造原理 (Strukturprinzip der Sozialhilfe)」であるとする。「BSHG11条 1 項 2 文による『責任共同体 (Einstandsgemeinschaft)』に属していたとしても、それぞれの要扶助者は、それぞれ自身の生計扶助請求権を有する。世帯主も、扶助支給決定がその者あてに発給されたとしてもそれによって扶助受給者になってしまうわけではない。むしろ重要なのは、社会扶助給付がだれあてに支給されているのか、つまり誰の社会扶助法上の需要がカバーされているのか、ということである。」、「それらの結果として、経常的に発生する需要をカバーするに足りる収入を有する者は、扶助受給者ではない。」。

「上記構造原理は、家族全体に対する扶助を認定することが、結果として、経常的に発生する自らの需要をカバーするに足りる収入を持つ者も、生計扶助給付受給者になることを禁じている。」、(BSHG25条 2 項 2 号の)「文言から、この規定を、扶助受給者ではない家族員が不経済的態度をとった場合に、BSHG11条 1 項 2 文に列举されている人たちに対する生計費給付を制限することができると解することはできない。」。

(イ) 連邦行政裁判所も1992年に扶助費返還命令の対象をめぐって受給権の個人単位原則を確認する (BVerwG vom 22.10.1992 - 5 C 65/88)

【事案】

原告は、原告の夫が病気になり、傷病手当金の支給も途絶えたことをきっかけに扶助申請をした。原告の勤労収入は、原告と夫と息子の「家族の生活費 (Familienunterhalt)」に足りないことから、生計費給付を受給することになった。

しかし5年にわたる扶助受給期間の間、夫が実は失業手当と失業扶助を受給しており、原告らには生計費扶助の受給資格がなかったことが判明し

た。それで社会扶助実施機関は、原告と夫あてにそれまで支給した扶助費総額 1 万 9232 マルクの返還を求めるため、まず、もともとの扶助費支給決定の撤回決定を 1980 年 4 月 30 日付で行った。その後、1980 年 5 月 9 日付決定で原告の賃金の差し押さえを行う段階で、原告は、自らあての 4 月 30 日の撤回決定と 5 月 9 日の差し押さえ決定の取消を求めて訴訟を提起した、という事案である。

連邦行政裁判所は、4 月 30 日撤回決定に対する異議申し立てが期間を徒過しているから手続的に訴訟提起ができない、という行政側の主張について、4 月 30 日決定が、夫には交付されたかもしれないが、原告に告知されたことが証明されていない、として、原告が 5 月 9 日差し押さえ決定を機会にその取消しと 4 月 30 日の撤回決定の取消しを求めることは、原告に手続的に許されるとしたうえで、以下のように判断している。

【判決内容】

「こうした撤回は、撤回が原告に対して効力を持つ場合にのみ原告に償還義務を発生させることができる。(…) 償還関係は、給付関係の『鏡』であり、給付関係の反転物を意味するのである。(それゆえ) 償還を行うことになる者が、それに基づいて被告から直接何かを受給することになった——現実の又は想定上の——社会保障法上の給付関係が存在していることを前提とする。しかし本件にはそれが欠けている。」

「扶助受給者は、現実的にも法的にも社会扶助主体に対する請求権を持つ者であり、それゆえ給付が支給される扶助申請者である。単に間接的に受益しているということでは、扶助受給者というに足りない。そうした直接的給付関係は、原告と被告の間には存在しなかった。」

「複数の社会扶助を必要としている者の集合である『需要共同体』を、社会扶助法上の権利者と見ることはできない。」

(3) SGB2による「先祖返り」と2010年連邦憲法裁判所判決

このようにBSHGの時期に、裁判例が扶助受給権の個人単位原則の具体化を積み重ねてきていた。しかし、すでに述べたように2005年に成立したSGB2は7条が「需要共同体 (Bedarfsbgeninschaft)」という概念を制定法上初めて持ち込み (1992年連邦行政裁判所判決も「需要共同体」という概念を用いているが、BSHG法の条文上の概念ではない。また2005年SGB2以前には学説上も様々な意味合いで需要共同体という概念ないし用語が用いられているが一致した内容を持っていたわけではない。)、それを9条2項2文と3文に基づいて、需要共同体全体の需要が充足されない場合にすべてのその構成員を要扶助状態にあるものとして取り扱うことにし、BSHG以前の状態と、その前提に置かれていた古い社会像 (Gesellschaftsbild) に「先祖返り (Paradigmenwechseln)」することになった、と厳しく批判されている¹³。

連邦社会裁判所判決の中でも、需要共同体という概念と、特にSGB2の9条2項3文の規定は、「代替のものを置くことなく削除することが適切である」とまでいわれている¹⁴。

婚姻形態が多様化し、いわゆるパッチワーク家族がごく普通の状態になる中で、共同生活が行われている場合に、扶助給付を少しでも削減することを志向して考え出されたものがSGB2の中の需要共同体という概念と、その構成員についてはすべて要扶助者として扱うというSGB2の9条2項3文の手法だといえそうである。

これはまた、すべての人の人間の尊厳に値する生存最低限保障請求権を認めた2010年2月9日の連邦憲法裁判所判決^{14a}の考えとも矛盾するものといえる。

六 日本の生活保護法の世帯概念を考える

日本の生活保護法では、「世帯を単位としてその要否及び程度を定める」とされており、行政上世帯の認定については「同一の住居に居住し、生計を一にしている」者を同一世帯員と認定する（次官通知第1）ことになっている。

つまり、同一居住と同一生計を要件に同一世帯であると認定するが、但し「これによりがたいときは、個人を単位として定めることができる。」ということになっている。

日本の生活保護法では現在、同一世帯と認定されれば、「要否及び程度」を世帯として判断することになり、同一世帯員の収入と資産は、全体として合算した上で世帯全体の最低生活費との比較に用いられて、世帯全体の要否判定が行われる。

こうした日本の取り扱いについて、これまで紹介したドイツでの議論を参考にいくつか指摘したい。

第一に、日本で同一世帯であると認定された場合、その世帯に属する者は自らの収入・資産を世帯全体の最低生活費充足のために活用することを求められる点では、ドイツのSGB2の需要共同体に属すると判断された場合と同様であると考えられる。しかしドイツではこのような需要共同体に属するとされる者の範囲は限定されているし、それについては法律上の規定によることになっている。

ドイツでも、需要共同体という概念は最低生活保障法上定められるもので、民法上の扶養義務の存否とは別個のものとされている。しかし、その範囲は配偶者と、それに対応すると考えられる事実婚関係や生活パートナー関係にある者同士、そして未婚子に対する実親と、実親の配偶者および事実婚関係や生活パートナー関係にある者に限定され、しかも法律上の規定を根拠としている。これに対して、日本の場合は現状では、居住と生

計の同一が認定されれば、扶養義務の有無やその程度が生活保持義務であるか生活扶助義務であるかの区別を問うどころか、そもそも親族関係があるのかどうかや、世帯認定される者同士の人間的つながりを問うことなく、いわば全くの赤の他人でも、「無制限の支援」を求める取り扱いになっている。同一世帯と認定された場合に課される収入・資産活用の程度が極めて厳しいことを考えると、日本の生活保護法においても、同一世帯と認定する範囲を親族関係や扶養義務の範囲と程度を考慮して限定的に解すべきである。

第二に、日本の生活保護法実務では、保護の給付対象とすること自体と世帯に属することが表裏一体になっている。このために、同一世帯であると認定されることが生活保護支給の前提であると考えられており、例えば大学進学の際に世帯分離されることで、大学就学中の最低生活保障が確保されないという問題が生じている。

これに対して、世帯内大学進学を認めるように、という要求が提起されている。

この要求の趣旨は、大学に就学する者を生活保護法による最低生活保障対象にすべきではない、という現在の取り扱いが不当であるという意味であって、世帯認定の範囲を広く取る現在の日本の世帯概念の取り扱いを肯定する意味ではないと考えられる。

大学就学者に対して、その者の生活保障を行うことと、それをその家族などと一緒にして「同一世帯である」という論理の中で行うこととは同じではない。

ドイツでは、大学就学中の者についての生活保障は個人として確保することになっている。ドイツでは、学生は奨学金を受けられる場合はSGB2の受給権者から原則として適用除外されている（7条5項）が、同時に他方で、学生に対しては、大学の学費は原則無料であることに加えて、生活費保障としての機能を有している奨学金が支給されることになっている。

さらに、SGB2からも「就学にかかわらない部分」についての最低生活保障給付が行われることになっている。つまり、学生に対しても実質的に最低生活保障が確保されることになっている。

また、学生のみが特別扱いされているのではなく、職業訓練を利用する者も、そうした職業訓練自体が原則無料で、さらに職業訓練手当と奨学金制度による最低生活保障制度が用意されており、それから漏れる者やそれでカバーされない各種給付が、補完的にSGB2やSGB12によって支給されることになっている。

そうしたドイツの状況とは全く異なる日本の事情の下で、大学就学中の者を生活保護法の適用対象とすることで生活保障を行うことは、現在の時点では合理性を有していると考えられる。ただ、そうした生活保護適用に際して、必ずしも他の者と同一世帯と見なければならないわけではなく、別世帯として対応することも考えられる。その点で第一で述べた日本での世帯概念を制限的に解する立場と矛盾するわけではない。

第三に、日本の生活保護行政における同一世帯認定の具体的解釈の問題である。つまり、生活保護行政実務上、同一居住という外形があれば、実際には同一生計という実態があるかどうかの認定が十分厳密に行われないうまま、同一世帯と認定されているのではないか、という問題である。扶養法上の生活保持義務関係にない孫と祖父母の間について、同一居住という外形があるだけで、同一生計であると認定することができるのか、あるいは同一生計であるという実態を証明しないで同一世帯であると認定できるのか。多くの場合孫は祖父母の生活費を負担していないのが実態ではないか。同一世帯であるということの立証責任を負うのは生活保護実施機関側ではないのか？

また同一世帯であることの立証責任の問題とも関連するが、たとえ同一世帯であると認定する場合であっても、世帯の実態を踏まえて世帯分離の可能性を検討する義務が保護実施機関にあるのではないか、という問題で

ある。

日本の生活保護法の条文上、同一世帯であっても「これによりがたいとき」に世帯分離する、と但書に定められているが、この世帯分離について、生活保護実施機関は、たとえ同一世帯であると認定したとしても、この但書の世帯分離に該当するかどうかを検討する義務を負っているのではない。換言すれば、世帯分離について検討しないのは、当然行すべき考慮事項を考慮していないと解するべきではないか¹⁵？

第四に、日本の生活保護法では、「世帯単位原則」といわれるものから、さまざまな生活保護行政の手続法上の効果が引き出されている。特に、「世帯主」という概念を用いて、さまざまな手続きを処理している。例えば、保護の関する各種通知を個々の保護利用者に届けるのではなく、世帯主に通知すれば世帯員全員に効力が生じると解している。また、世帯員の届出義務違反について不正受給を認定した場合、その費用徴収を世帯主に対し求めるなどの実務が行われ、裁判所もこれを肯定している例がある¹⁶。

特に不正受給に関しては、徴収額を、支給した保護費に上積みして徴収することができるように改正されており（生活保護法78条1項）、制裁的色彩が強まっている。そうであるとすれば、他の世帯員の行為についての制裁を、生活保護行政が独断で世帯主であると認定した個人に課す、というのは、世帯概念の手続法における濫用であると言わざるを得ないであろう。

いずれにしろ、ドイツでの議論からの示唆を踏まえた日本の生活保護法の世帯概念の検討が必要である。

-
- 1 憲法25条と生活保護法1条の国民をカッコつきで用いる。日本国籍を有する者のみが日本で最低生活保障の権利を有すると、著者自身が考えないからである。
 - 2 小川政亮、ドイツ公的扶助における親族扶養義務—特に世帯同一の場合を中心に（同、『家族・国籍・社会保障』（勁草書房、1964年）所収）。
 - 2a 需要共同体（Bedarfsgemeinschaft）という概念は、現在は、SGB2の7条に規定された制定法上の概念であり、また、生計共同体（Haushaltsgemeinschaft）

はSGB2の9条5項、SG12の39条の規定された制定法上の概念である。

しかし、Bedarfsgemeinschaftという用語ないし概念は、SGB2制定以前には制定法上の規定ではなかった。しかし、SGB2制定以前から行政実務上広く用いられてきており、裁判例でも講学上も、要扶助性認定における資産・収入の問題であったり、扶助行政実務上の申請や行政決定の通知対象の問題であったり、さまざまな脈絡の中で使われており、しかもその意味も異なるものとなっている。

生計共同体については、SGB2及びSGB12が制定される以前のBSHGの時期から制定法上規定されていた（16条）。しかし、SGB2でBedarfsgemeinschaftが制定法上の概念とされて以後、それとの関係で生計共同体の意味の位置づけが必要になっていた。

さらに、こうしたBedarfsgemeinschaftの意味内容を明確にするため、講学上「収入資産活用共同体（Einsatzgemeinschaft）」という概念も提起されていた（Dietrich Schoch, Die Einsatzgemeinschaft in der Sozialhilfe (ZfSH/SGB November 1985 (Heft 11), S.494ff.）。

また、ドイツ・ワイマール期から、親族関係に基づく扶養義務関係だけに根拠づけられない最低生活制度上の資産収入の活用義務を論じる際、家族困窮共同体（Familiennotgemeinschaft）という概念も用いられてきた。これは、判決中に言及されることはあったが、行政実務上用いられる用語ないし概念というより、最低生活制度上での共同生活関係にある場合の相互支援義務を示すいわば思想的根拠を示す概念として用いられてきたように思われる（小川、前掲論文）。（Wersing/Schoch, Kapitel 18:Bedarfs-,Einsatz-,Haushaltsgemeinschaft (Berlit/Conradis/Pattar (Hrsg.),Existenzsicherungsrecht 3.Aufl. (2019)),S.294ff.）。

3 <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Mindestsicherung/aktuell-mindestsicherung.html> (Soziale Mindestsicherung Zahl der Empfängerinnen und Empfänger sozialer Mindestsicherungsleistungen 2023 um 1,6 % gestiegen)。

4 立法理由書（BT-Dr.15/1516, 53）。

5 児童手当は、所得税法の中で定められており、その中では受給権者は納税者、つまり親である。しかしSGB2では、需要共同体に所属する未婚の子どもの場合、子どもが自らの生計費を確保できない限りで、児童手当は子どもの収入と見なされる（11条1項5文）。SGB12では、年少の子どもの場合、必要生計費を賄えない限り、子どもの収入として割り当てられることになっている（82条1項6文）。

6 LPK-SGB II, S.219f. (Schoch)。BSG vom 07.11.2006 - B 7b AS 8/06 Rの Rn.15など。

7 上掲判決のRn.15。

8 BSG vom 15.04.2008 - B 14/7b AS 58/06 Rの Rn.39。

9 上掲判決のRn.12。

-
- 10 LPK-SGB II (6.Aufl.) S.219f. (Schoch)。
 - 11 Uhlrich Wenner, Geplante Harz-IV-Änderungen: Verfassungsrechtlich problematische Regelungen für eheähnlich Gemeinschaften und Stiefeltern (Soziale Sicherheit 5/2006), S.146ff.
 - 12 Wersing/Schoch, S.297f.
 - 13 Ebenda.
 - 14 上掲BSG vom 07.11.2006 - B 7b AS 8/06 RのRn25.
 - 14a BVerfG vom 9.2.2010 - 1 BvL 1, 3, 4/09のRn158.
 - 15 木下秀雄、不正受給（78条）（木下・吉永・嶋田編、判例生活保護（2020年））、170頁。
 - 16 大阪高裁平成29年3月17日判決（賃社1691号43頁）。

ドイツ税理士法における損害賠償保険の 強制加入について

～Kuhls他の税理士法コメンタール¹を踏まえて～

浪花 健 三*

- I はじめに
- II 税賠強制加入制度
- III 判例の確認
- IV むすびにかえて

I. はじめに

ドイツにおいて、*Jochen Taupitz*が自由専門職グループの集積的メルクマールとして8つの要素を提示した²。その中に、「給付は、経済的に独立して提供される」³及び「自由専門職業家とクライアントの間には特別な信頼関係がある」⁴という要素がある。税理士（以下、「税理士」には、「税理士」と「税務代理士」を含む）は、その自由専門職に属している。したがって、その要件を充足するための1つの規定として、ドイツ税理士法（以下、「法」という）67条及び67a条があり、ドイツの税理士は、税理

* なにわけんぞう 元本学非常勤講師 税理士

1 *Kuhls* u. a., Kommentar zum Steuerberatungsgesetz, 4. Aufl., 2020.

2 *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 38～85参照。詳しくは、拙稿「ドイツ税理士法における自由専門職性」税法学591号（2024年）101頁参照。

3 *Taupitz* (Fn. 2), S. 46～8参照。

4 *Taupitz* (Fn. 2), S. 52～59参照。

士損害賠償保険に加入することが税理士登録の要件となっている⁵。

近年、日本の税理士に対する損害賠償請求事件が税理士業界における最大の関心事の1つとなっている。税理士職業賠償責任保険の適用件数や訴訟提起事案は年々増加しており、また、1件当たりの賠償金額も高額となる傾向にある⁶。税理士に対する損害賠償請求事件の多くは、税理士の善管注意義務違反に基づく債務不履行を問うものであり、さらに、納税申告書は金融機関等で融資の判断材料にされることから、粉飾等がある場合には、第三者に対する責任も生じている⁷。

そこで、本稿では、先ず、法67条及び法67a条の規定を確認する。その考察については、ドイツの税理士法に関する数少ないコメンタルであるKuhls他著『ドイツ税理士法コメンタル』の関連する叙述を筆者の理解に基づき参照する方法による。その後、ドイツ税理士に対する3つの損害賠償事件を検証する。これらドイツの規定は、日本の税理士損害賠償保険の今後のあり方について参考になると考える。

5 ドイツの税理士損害賠償強制加入に係る論稿としては、早川昇「ドイツにおける税理士の職業賠償責任保険の実状」税理40巻5号（1997年）72頁、酒井克彦「ドイツにおける税理士制度と職業賠償責任保険（上）」税大ジャーナル1巻（2005年）149頁等がある。

6 例えば、日税連保険サービスebook 5（https://www.zeirishi-hoken.co.jp/book/jikojirei_2020/（最終閲覧日2024年12月10日））。

7 日税連は、損害賠償請求事件発生の要因を次の区分に係る違反として分類している。

「高度注意義務」、「忠実義務」、「指導・助言等義務」（「税理士業務に関する損害賠償責任（税理士の専門家責任）とその対応」（増補改訂版）日税連ホームページ（<https://www.nichizeiren.or.jp/wp-content/uploads/member/doc/baishotaiau0609.pdf>（最終閲覧日2024年12月10日））。なお、最近の事例として、「税理士損害賠償保険の事故例」税理士界1424号（2023年）10頁等がある。

II. 税賠強制加入制度

1. 税理士法67条（専門職賠償責任保険）⁸

①自営業の税理士及び税務代理士は、33条及び57条3項2号及び3号に従い⁹、専門的活動から生じる経済的損失に対する責任リスクに対して自ら保険を掛け、彼らの任命中、この専門的責任保険を維持する義務がある。

②税理士会は、保険契約法（Versicherungsvertragsgesetz：VVG）117条2項の意味における管轄機関である。

③税理士会は、請求に応じて、損害賠償請求を行うために、税理士、税務代理士又は専門業務会社（Berufsausübungsgesellschaft）¹⁰の専門職賠償責任保険に加入している以下のデータに関する情報を第三者に提供するものとする。

1. 氏名、 2. 住所 3. 保険番号。

1文は、税理士、税務代理士、又は専門業務会社が情報を提供しないことに優先する正当な利益がある場合には適用されない。

2013年7月15日に税理士法67条は修正された。同条の内、中心的な部分

8 法67条（https://www.gesetze-im-internet.de/stberg/_67.html（最終閲覧日2024年12月10日））。なお、近年において変更されていない条文の邦訳は、柳裕治訳『ドイツ税理士法～第8次改正報告書』（日本税務研究センター・2010年）によるところが大きい。

9 法33条「税理士、税務代理人、専門業務会社は、クライアントに税務問題について助言し、クライアントを代表して、税務処理と納税義務の履行を支援するという任務を負っている。これには、租税刑事事件や税務秩序違反による過料事件についての援助、税法に基づく記帳義務の履行、特に税務貸借対照表及び租税上の判断も含まれる」、57条3項2号「相談を含め他人の利益を守ることを対象とする自由職業活動」、同3号「経営相談活動、鑑定又は信託に係る活動、及び財産一覧表と損益計算書が税法規定を遵守して作成されている旨の証明書発行」。

10 「専門業務会社」とは、「職業の共同遂行を目的とした」弁護士と他者との団体を指す（連邦弁護士法59b条1項1文）。

は1項である（2項、3項は省略）。我々の法制度が絶えず複雑化しているため、専門職業家はすでに平均以上の専門職業責任リスク（法32）を負うようになってきた。さらに、関連する判例は、個々の事件における注意義務に対する高い要件を通じて、責任のさらなる強化と拡大に向かう傾向にある¹¹。また、新しい義務の導入によるものとしては、例えば前の専門職業家に対する償還請求の可能性をクライアントに通知しなければならない。又は、クライアントの危機における情報を提供する義務、第三者に対する責任の拡大の危険性によるもの等である¹²。また、信用機関に対して、さらに専門的能力の絶え間ない拡大等があり、それは基本的に専門的な政策によって促進され、個別に理解されているが、今日の社会の専門的及び経済的生活における多忙なペースは増え続けている。当然のことながら、税理士は、時間的であろうと専門的であろうと、当該責任の限界を知っている必要がある。法廷での訴訟、又は租税刑法（Steuerstrafrecht）での弁護等、税理士が処理できない又は処理したくない内容を含む委任は、責任リスクの増加を意味する。その結果、立法者は、一方で損害を被った可能性のあるクライアントと、他方で補償責任を負う可能性のある税理士を保護するために、専門職賠償責任保険に加入して維持する法的義務を導入した¹³。

（1）損害賠償請求

専門職賠償責任保険を請求する根拠は、発生して補償が必要な損害の場合であり、税理士が責任を負う場合である。民法の下では、損害賠償責任は民法（Bürgerliches Gesetzbuch : BGB）280条に依拠する。これによる

11 例えば、BGH, Urteil vom 03.06.1993 – IX ZR 173/92, juris(次章で概略を紹介)。

12 例えば、BGH, Urteil vom 19.12.1996 – IX ZR 327/95, juris(次章で概略を紹介)。

13 この段落について参照、Goez in Kuhls u. a.(Fn. 1), § 67, Rz. 2.

と、税理士は、既存の契約関係又は義務違反による契約外責任に対して責任を負う。義務違反は、因果関係により請求者に損害を与えたものでなければならず、税理士の過失でなければならない。税理士に対するクライアントによる損害賠償請求は、請求が時効（*verjährung*）である場合は強制力がない。税理士の賠償責任保険会社は、これらの民法上の要件が満たされている場合にのみこれに責任を負う。責任の制限は、契約関係において非常に有用であるが、ただし、可能であれば契約時にクライアントと合意しておく必要がある¹⁴。

クライアントだけでなく第三者も、税理士とクライアントの間で締結された契約違反に起因する経済的損失の補償を請求することがでる。税理士契約は、民法675条の意味における業務代理契約に相当する。なお、契約法の規制に加えて、サービス又は労働契約に関する規制も参照される。いずれにせよ、恒久的な委任の場合、判例は通常、サービス契約法に基づいている。活動の結果に焦点が当てられ、クライアントが一定の成功を期待している場合、契約法が関連する。これは、例えば、税理士の意見書（*Gutachten*）の作成や個人の納税申告書、損益計算書、貸借対照表の作成等に適用される。つまり、税理士とクライアントの契約は、おそらく混合型契約と考えるのが正しい。これらには、税理士側の警告・保護義務に対応するクライアントとの特別な「信頼関係」が存在する。又、具体的な職務は、与えられた委任の内容と範囲から生じる。したがって、税理士にとって負担に思えるとしても、委任の正確な内容を書面で明記することは理にかなっている¹⁵。

しかし、契約がなくても、税理士は責任を負う可能性がある。つまり、税理士は、委任契約の拒否を直ちに宣言しない場合に責任を負う可能性がある。契約が無効であった場合、例えば無許可の法律業務が原因であった

14 この段落について参照、*Goez* (Fn.13), § 67, Rz. 5.

15 この段落について参照、*Goez* (Fn.13), § 67, Rz.6.

場合、税理士は、少なくとも保護法としての法律サービス法（Rechtsdienstleistungsgesetz：RDG）違反に伴う不法行為の結果として責任を負う。契約なしで責任を負うさらなる理由は、不法行為、特に個々のケースにおけるクライアントへの信用リスク又は不道德な損害から生じる可能性がある¹⁶。

任務を遂行するとき、税理士は遵守すべき多くの義務を負っている。委任契約の管理は、法57条1項に従って、独立し、自らの責任において、誠実にかつ秘密裏に提供されなければならない。したがって、顧客は、税理士の可能性の範囲内で、包括的な助言、指導、支援を期待することができる。税理士への委任は尽くされなければならない。そのため、税理士は、クライアント等に対して、責任を負う可能性は多くなる¹⁷。

逆に税理士は、原則的に責任を負わなくなる時期を知ること重要である。税理士が行う誠実な税務助言には、クライアントが自分の責任で権利と利益を守り、誤った決定を回避するために、適切な情報が必要である。税理士の投資勧告は特に重要であり、税理士は自分の利益を開示する必要がある。ただし、税理士はクライアントの「法定後見人」ではなく、理由なく失敗した推奨事項を繰り返す義務はない。相談において、「急いで作業」を行う前に税理士によるリスクと存在しない責任を指摘する必要がある。いずれにせよ、税理士の責任を負う義務は、特に社会保障等、専門分野に属さない他の法律分野からの質問に対しては限定される¹⁸。

事務所の組織の一環として、税理士には、不在（病気等）の場合に適切な代理人が選任されるようにする義務がある。従業員を適切に指導・監督すること、又、一般的な事務処理が適切に行われるよう確保することも求められ、特に期限の監視に注意が払われる。税理士は継続的な教育（法57

16 この段落について参照、*Goez*(Fn. 13), § 67, Rz.7.

17 この段落について参照、*Goez*(Fn. 13), § 67, Rz.10.

18 この段落について参照、*Goez*(Fn. 13), § 67, Rz.11.

条2a項)を受け、判例法と行政上の行動を遵守しなければならない。専門文献を評価し、最高裁判所の判決を考慮に入れる必要がある。特に、関連する判決が明らかになった場合において、税法の違憲性又は欧州法上の違法性に関する意見が公表されている場合であって、たとえ税理士が一般的にその基準が法律に準拠していると想定していたとしても、判例法と行政上の行動を考慮に入れなければならない。一方、税理士は、違法な行政行為に対して責任を負わない¹⁹。

それ以外の場合、税理士は因果的損害に対して責任を負い、クライアント又は第三者に経済的損失を補償する必要がある²⁰。民法276条によると、税理士の責任には故意の行為とあらゆる形態の過失が含まれ、判例は、従業員の不法行為による損害賠償行為であっても、税理士の保証的立場をすでに確立している²¹。

時効の可能性には特に注意を払う必要があり、民法214条1項によると、条件が満たされる場合、税理士は防御手段としてこれを提起しなければならない。税理士は、クライアントが認識後、又はクライアントに重大な過失がなければ認識できた場合、損害の発生（請求の発生、損害の発生）から3年以内の年末までの責任を負うのみである（通常の期間制限（民法195条、199条1項））。なお、クライアントの不認識又は重大な過失による不認識の場合は、民法199条3項1号（通常以外の期間制限）に従い、10年の制限期間が設定される。これらの民法の一般規則は、2004年12月15日より「債権法の現代化に関する法律に時効期間を調整する法律」（Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts）により、すべての助言的職業に適用され

19 この段落について参照、Goez(Fn. 13), § 67, Rz.12.

20 参照、Goez(Fn. 13), § 67, Rz.13.

21 参照、Goez(Fn. 13), § 67, Rz.14.

ている²²。

時効の開始には、被害者が事実を認識している必要があるが、法的評価は必ずしも必要ではない。また、具体的な金額が判明している必要もない。通常、この期間は、クライアントに不利な課税査定を受領をもって開始する。しかし、税理士がクライアントに、評価は異議申立手続 (Rechtsbehelfsverfahren) で修正されると伝えていた場合、被害者は一般的にまだ損害に気づいていない。助言の誤りが複数ある場合でも、知識に依存する時効期間は助言の誤りごとに個別に開始する²³。

時効期間は、時効の中断により、すぐに大幅に延長される可能性がある。これは、仮命令の申請や訴訟の提起によってのみ可能なのではなく、特に、民法214条に該当する当事者間の交渉がわれた場合にも可能である。その結果、この期間 (民法203条に基づく交渉のための3ヶ月間、同法204条2項に基づく訴訟のための6ヶ月間) は、時効期間に含まれない (民法209条)。税理士が時効の適用を阻止した場合、保険会社の賠償責任が除される可能性があるため、税理士は職業賠償責任保険に関する義務に注意する必要がある²⁴。

しかし、税理士が単に専門職業賠償責任保険に通知する旨をクライアントに伝えただけでは、まだ「交渉」には該当しない。これに対し、拘束力のある和解の申し出は罪の自白にも相当する。このような場合、時効期間は再び開始する。職業賠償責任保険は、たとえ当該税理士の希望に反してでも、税理士に代わって被害者と交渉し、損害賠償責任を認めることもできる。このような場合、保険会社は、税理士がこれを禁止できないまま、被害者と直接 (裁判外) 和解に合意することがある²⁵。

22 この段落について参照、Goez (Fn. 13), § 67, Rz.15.

23 この段落について参照、Goez (Fn. 13), § 67, Rz.16

24 この段落について参照、Goez (Fn. 13), § 67, Rz.17.

25 この段落について参照、Goez (Fn. 13), § 67, Rz.18.

（２）強制保険に加入対象者

法67条1文（1989年第4回税理士法改正によって修正された）の文言に反して、税理士損害賠償保険への強制加入は、すべての税理士、すなわち、従業員としての税理士（法58条）、税理会社及び税理士資格を持たない執行役員等（「税理士、税務代理人及び専門業務会社に関する規制の施行等に関する規則」²⁶（以下、「施行令」という）51条3項、法72条（税理会社））にも適用される。法67条1項新バージョンの草案では、立法者は当初、自営業の税理士のみに強制保険の対象者としていたが、ドイツ連邦議会の財政委員会の提案により、この義務は雇用されている税理士にも適用されるように拡大された。第4回税理士法改正による自営業の税理士に課された明らかに新しい制限は、全ての税理士に対する強制保険義務からの逸脱を意味するものではなく、雇用されている税理士は雇用主の賠償責任保険に含まれることを明確にすることを目的としていた²⁷。

（３）職業賠償責任保険の法的性質

1961年に税理士法が発効して以来、職業賠償責任保険は、法的義務（法67）となっている。保険契約法113条1項の意味における強制保険である。しかし、旧保険契約法158c条3項の規定に反して、最低保険金額の決定は当初正式に決定されてなく、適切な範囲内で保険契約者として税理士自体に委ねられていた。その後、税理士、税務代理士、税理士会社のための専門職賠償責任保険に関する命令（1990年4月27日付、連邦法公報1990 I号847頁）の結果として根本的に変更され、後に施行令51～57条として挿入、最低保険金額は法律で定められている（施行令52条）²⁸。このため、専門

26 Verordnung zur Durchführung der Vorschriften über Steuerberater, Steuerbevollmächtigte und Berufsausübungsgesellschaften (DVStB)。

27 この段落について参照、Goez (Fn. 13), § 67, Rz. 19. なお、自営業の税理士、非自営業の税理士、税理士会社等への個別確認は省略。

28 施行令52条（最低保険金額）



職賠償責任保険はそれ以来、制限のない法定強制保険となっている²⁹。

したがって、賠償責任保険の一般規定（保険契約法100～112条）と強制保険の特別規定（同法113～124条）の両方が専門職賠償責任保険に適用される。税理士の典型的な職業上のリスクに従って、当該保険は、人身傷害又は物的損害をカバーしていないが、いわゆる経済的損失のみをカバーしている。保険契約法100条によると、保険契約者は、税理士の損害賠償責任に基づいて、通常は、元クライアントである第三者によって主張された請求に対して補償される³⁰。

原則として、損害又は保険が発生した場合の当事者は、保険契約者としての税理士と請求者としての被害を受けたクライアントである。税理士の背後にある保険会社は、法廷外でも訴訟手続きにおいても当事者の地位を持っていない。2008年まで、クライアントは保険会社に対して直接請求を行うことができなかった。しかし、当該年以来、税理士の資産に対して破産手続が開始された場合、又は資産不足のために破産手続の開始の申請が却下された場合、又は暫定破産管理者が任命された場合、及び税理士の所在が不明な場合、被害を受けたクライアントは、保険契約法115条1項に従って職業賠償責任会社に対して直接請求を主張することができる³¹。

（４）専門職業賠償責任保険の適用範囲

-
- ㄨ （１）個々の保険事故に対する最低保険金額は25万ユーロでなければならない。
 - （２）1,500ユーロの免責金額が認められる。第三者から損害賠償請求があった時点で、税理士の認定が失効している場合には、控除額は除外される。
 - （３）保険年度中に生じたすべての損害に対して年間最大給付額が合意されている場合、その額は少なくとも100万ユーロでなければならない。
 - （４）（省略）

29 この段落について参照、*Goez*(Fn.13), § 67, Rz. 31.

30 この段落について参照、*Goez*(Fn. 13), § 67, Rz. 32.

31 この段落について参照、*Goez*(Fn. 13), § 67, Rz. 34. なお、請求通知、守秘義務、保険給付の確保等、及び税理士会の任務については省略。

法67条に基づく保険加入義務は、税理士に任命された時点、又は専門業務会社（StBG（施行令55条2項））として認定された場合に発生し、その認定が失効した場合に終了する。個々の保険契約は契約によって成立する。保険の適用は、保険者の適用確認により決定された時点から開始される。職業に就いた時点とは、税理士として任命された日、又は専門業務会社として認定された日と同じである。保険者の側で後に変更があった場合は、その時点でそれまで有効であった保険契約の最終日となる。保険の適用は、契約の合意による満了、又はそれ以前の解除により終了する（保険契約法10条11条）。保険契約は、特に（その後の）保険料の未払いが発生した場合、保険契約者である税理士との関係において解除することができる。これは、自分たちに保護効果のある契約を主張する第三者にも適用されるが、ただし、この効果は、保険会社が税理士会に通知してから1か月が経過した後のみであり、それまでは最低保険金額の保護が維持される（保険契約法117条3項）。途切れることのない保険適用を確保することは、税理士自身の利益にもつながる³²。

保険契約者である税理士が、故意に、又は違法に損害を発生させた場合、専門家賠償責任保険者のリスク負担も法律により除外される。なお、重大な過失があった場合の保険責任も制限され、保険給付の減額につながる可能性があるが、その制限は限定される。したがって、被保険者である税理士の軽微な過失及び重大な過失のいずれの場合も、保険会社は法律により責任を負うことになる³³。

一般保険条項（Allgemeine Versicherungsbedingungen：AVB 4条5項）によると、被保険者である税理士が法律、規則、又はクライアントの指示、条件から故意に逸脱した場合、又は税理士がその他の故意の義務違

32 この段落について参照、Goez (Fn. 13), § 67, Rz. 45.

33 この段落について参照、Goez (Fn. 13), § 67, Rz. 53.

反を犯した場合に基づく賠償請求は、通常、保険の対象から除外される³⁴。

専門的賠償責任保険で保険対象は、それらのリスクが予約された活動（法33条）又は合意された、部分的にライセンス不要の専門的活動（法57条3項）から生じる場合のみとすることができる。法律上の禁止に違反して実施された活動から生じる賠償責任リスクは、保険対象とすることはできない（民法134条）。税理士は、税務援助（法3条1項）という形で、法律上の助言及びサービスを明示的に提供することが認められている。税理士は、その職業の一部として「付随的サービス」として提供される場合、法律サービス法（Rechtsdienstleistungsgesetz : RDG）5条1項に従って、その職業に関連する法律サービスを提供することもできる。しかし、それ以上の一般的な法律サービスの提供は認められていない。したがって、被保険者である税理士は、通常、無許可の法律相談から生じる賠償請求については保険の対象外となる。ただし、保険対象の税理士が、意識的に、自分に認められた法的助言活動の範囲を超えていることに気づいていない場合、税理士が自身の権限を超えていることを認識していた場合（特に関連判例法を認識していた場合）を除き、賠償責任保険会社は責任を負う³⁵。

専門職業賠償責任保険の保護は、例外的に許可されているか否かに関わらず、取締役、経営陣、監査役等のリスクを伴う企業活動や商業活動は対象外である。ちなみに、法57条4項に規定する相容れない活動から生じる賠償責任リスクについては、税理士会が例外的に承認していない限り、保険の対象外となるのが一般的である³⁶。

基本義務に加えて、義務とは、実際の過失を伴わない法的規定又は合意された協力義務であり、保険契約に基づく請求権を維持する目的のみで存

34 この段落について参照、Goez(Fn. 13), § 67, Rz. 54.

35 この段落について参照、Goez(Fn. 13), § 67, Rz. 55.

36 この段落について参照、Goez(Fn. 13), § 67, Rz. 56. なお、その他の保険対象除外については省略。

在する（保険契約法6条）。被保険者である税理士の義務には、特に、一般保険約款（Allgemeine Versicherungsbedingungen：AVB）5条2項及び3項に定められている。それには、保険事故が発生した場合は直ちに保険会社に通知すること、さらなる情報を提供すること、損害を回避し最小限に抑えるための措置を講じることが含まれる。税理士が故意に義務に違反した場合は、保険会社は保険関連サービスを提供する義務を免除される（保険契約法6条）。税理士の関連する過失は、故意及び重大な過失に限定される（一般保険約款6条）。したがって、税理士の軽度の過失の場合には、保険会社による保険サービス提供義務は制限なく適用される。税理士の重大な過失があった場合でも、保険金の支払義務は有効であり、税理士の義務違反が保険事故の認定や保険会社の保険金支払義務に影響を及ぼさない限り、その効力は維持される（一般保険約款6条）。一方、税理士による義務違反が意図に基づくものである場合、保険会社は通常、支払いを免除される。重大な過失があった場合、保険会社は給付金を減額することができる³⁷。

（5）保険への加入

法67条1項によると、税理士は適切な保険に加入する義務がある。したがって、税理士は、職業活動のすべてのリスクと状況を客観的基準に基づいて評価し、法定の最低保険金額を超える必要な保険金額を自己責任で決定する必要がある³⁸。この点で、委任の種類、範囲、数、及びクライアントの平均納税義務、コンサルティング、会計、監査、受託者活動による業務の構造、及び従業員の数と資格を考慮する必要がある。小規模な事務所での開業したての税理士の専門的リスクは、人員と専門知識の面で十分に

37 この段落について参照、Goez(Fn. 13), § 67, Rz. 59.

38 参考判例として、BGH, Urteil vom 25.04.1988–StbSt(R) 2/87, BGHSt 35, 263～267(次章で紹介)。

装備されたプラクティスを運用する専門的に経験豊富な税理士に発生するさまざまな責任リスクよりもはるかに大きい可能性がある。実際には、税理士の個々の保険の「適切性」をチェックするのは税理士会の役割である。しかし、これは個々の状況に照らして非現実的であり、それぞれの税理士は、独立した責任ある誠実な調査を行う義務がある³⁹。

保険事故とは、被保険者税理士に対する賠償請求につながる可能性のある違反行為である（一般保険約款5条1項）。当該違反行為は、クライアントへの損害の原因となる税理士の責任に関連する行為（「作為」又は「不作為」）を指す。個々の保険事故に対する保険会社の補償額は、各保険契約によって決定及び制限されており、保険会社は各保険事故で一度だけ支払う必要があるため、保険事故の拡大又は限定は特に重要となる⁴⁰。

この点で、いわゆる連続損害条項（一般保険約款）を遵守する必要がある。この条項は、被保険者税理士及び保険会社の経済的リスクを管理可能にすることを目的としている。しかし、実際には、保険会社が給付金を支払う義務は、被保険者税理士に不利益をもたらすまで大幅に軽減される。例えば、税理士やその共同被保険者の従業員等、補償責任を負うさまざまな人による違反行為が、同じ損失に繋がった場合は、1つの保険事故としてまとめられる。異なる違反、例えば申告期限と異議申立期限の両方を守らなかったことが、同一の損失の原因である場合も同様である。この点で、同じ誤りに基づく繰り返しの作為又は不作為も、法的又は経済的な関係がある場合、単一の違反として評価される。たとえば、税理士の従業員が日々の郵便物の全部又は一部を投函しなかった場合、連続損害条項は、その結果として損害を被ったすべてのクライアントの請求に適用される。誤った貸借対照表の記載により、当該企業の営業税（Gewerbesteuer）の増加につながると同時に、関係する株主の所得税の増加につながる場合も

39 この段落について参照、Goez(Fn. 13), § 67, Rz. 60.

40 この段落について参照、Goez(Fn. 13), § 67, Rz. 61.

同様である。連続損害条項によると、税理士が同じ誤りのために数年間にわたってクライアントに損害を与えた場合、単一の保険事故として認識される可能性がある。このような場合、裁判所は連続損害条項を制限的に解釈し、補償の対象となる複数の違反又は保険事故を想定している。同様に税理士が、特定の問題の誤った評価の結果として、異なるクライアントに同様の誤って助言した場合、異なる法律関係及びクライアント関係により、複数の独立した違反があるとみなされるべきである⁴¹。

上記の基本的な考慮事項と懸念事項を考慮して、税理士は適切な保険金額を決定し、保険会社と合意する必要がある。これに関連して、税理士の裁量の自由は、個々の保険事故に対して法定で定められた最低保険金額25万ユーロ（施行令52条1項）と、同様に法定で定められた年間最大給付額少なくとも100万ユーロによって制限されている（施行令52条3項）。しかし、数十年にわたって存在してきた最低保険金額は低すぎる。これには、少なくとも対応する適切な最低保険金額を提供する必要がある。この最低保証金額は、今日存在する求償権から生じるリスクに対してもはや「適切な」保険金額ではない。保険事故ごとに1,500ユーロの控除額の合意が認められている（施行令52条2項）。より高い免責金額は、基礎となる保険金額が最低保険金額を超える範囲で自由に合意することがでる。公認会計士等としても承認されている税理士は、公認会計士法54条1項に従って、商法323条2項1文と組み合わせて、そこでの合計を保証する最低金額について、現在100万ユーロであることに注意すべきである。これは、混合又は複数の専門家が混在する法律事務所にも当てはまり、「最も厳格な」職業法を遵守する必要がある⁴²。

41 この段落について参照、Goez(Fn. 13), § 67, Rz. 62.

42 この段落について参照、Goez(Fn. 13), § 67, Rz. 63. なお、保険給付の制限及び保険未加入による影響は省略する。

2. 税理士法67a条（損害賠償請求権の契約上の限界）

① 依頼人⁴³と税理士又は税務代理人との契約関係に起因する過失による損害に対する依頼人の賠償請求は、次の各号に掲げるものに限定される。

- i 個別的事例について書面により取り決められている場合は、最低保険金額を上限とする。
- ii あらかじめ定式化された契約条件による場合には、保険の補償を限度として、最低保険の4倍を上限とする。

第1項は、専門的な業務を行っている会社にも適用される。

② 《省略》

法律・ビジネス顧問の専門職の賠償責任リスクは平均を上回り、絶えず増大している。この認識は、立法者が税理士、監査人、そして最近では弁護士の職業上のリスクをカバーするために、対応する強制保険の締結と維持を規定したやむを得ない理由であった。税理士は、「専門的活動」という用語が「法的活動」よりも広範であることに留意しなければならない。税理士の専門的活動から生じるすべての責任リスクは、施行令51条1項でカバーされている。したがって、法33条の意味における「本来の活動」に加えて、法57条3項の意味における「合意可能な活動」も含まれ、特にビジネスコンサルティングが含まれる。しかし、専門職賠償責任保険はすべての専門職リスクをカバーすることはできないため、関係する専門職団体は、早い段階で、契約上の合意に基づく賠償責任の排除及び制限に関する法86条4項7号に基づいて、補足的な専門職規定を発行した。しかし、職業会則⁴⁴の規定は単なる法文の繰り返しに過ぎないため、1994年に法67a条で明確な法的規定が設けられ、2010年に職業会則が改正された際には、

43 本稿では、「依頼人」と「クライアント」を同意義で使用する。

44 連邦税理士会の専門的行動規則（「税理士及び税務代理人の職業の行使における権利と義務に関する規則」）Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer (BOStB)。

制定者は対応する規定を設けることを控えた。しかし、これは一貫性のあるものではない。なぜならば、現時点で、法86条4項7号には、「専門職業賠償責任保険ならびに責任の除外及び制限」に関する規定を「職業規則」に法定協議会に対して設けることができるという規定が存在する。かつ、責任の限定は法67a条では完全には規定されていないため、「職業会則」にさらなる規定、例えば、適切な期限短縮の問題について規定されることがより望ましい⁴⁵。

法定責任制限規定では、一方では責任リスクの軽減という専門家の個人的利益と、他方では専門家の地位と評判、及びクライアントの信頼とが調整されなければならなかった。この点で、責任の完全な排除は、特別な例外的場合にのみ許されると考えられ、一般的には許されないと考えられている。他方、当該職業における慣習的な最低保険金額、又は法定最低保険金額への責任制限の合意は許容された。さらに、一般法に従って免責や責任制限に合意することは、専門家法の下では異議がないと考えられており、その許容性はもっぱら民法に基づいているように思われた⁴⁶。

立法者は、1994年の第6回税理士法改正に関連して、「職業規則」の規定を取り入れ、法67a条として重要な部分を税理士法に挿入した。したがって、個別の契約及び定式化された契約の両方に基づく税理士の契約上の責任制限は、法律により合法であることが明示的に認められることとなった。同様の規定は、弁護士については連邦弁護士法51a条、公認会計士については公認会計士法54a条で定められている。しかし、弁護士については、単純な過失の場合にのみ責任の免除が可能であるのに対し、税理士についてはあらゆる程度の過失が責任の制限の対象となる。公認会計士の場合、補償額の最低額は税理士の4倍である。2つの専門職グループが共同で業務を行う場合、より厳しい専門職法が適用される。しかし、前述

45 この段落について参照、Goez (Fn.13), § 67a, Rz. 1.

46 この段落について参照、Goez (Fn.13), § 67a, Rz. 2.

の職業規則には、責任の完全な排除に関する規定は含まれていない。このような免除は許されない。これは、法67a条の要件の性質に起因する。すなわち、一定の責任制限の「許容性」により、責任免除の「不許容性」が排除される。立法者に対して整合性を求める声は、これまで聞き入れられていない。当然のことながら、税理士は「最も寛大な」責任法の対象となるため、税理士業界が要求することではない⁴⁷。

(1) 税理士の関与範囲と契約上の義務

責任免除契約や責任軽減契約の重要性と影響を評価できるようにするためには、税務顧問契約に基づく税理士の義務と対応する責任を事前に明確にしておく必要がある。この点で、「契約範囲の曖昧さ」を指摘するのは極めて正しい。したがって、税理士が果たすべき義務を詳細に、可能であれば書面で、少なくともテキスト形式で記録する必要があると思われる(民法126b条)⁴⁸。

税理士は、与えられた任務に関して、クライアントに助言とサポートを提供する義務がある。それには、節税の機会について助言する義務まで含まれる。委任を受ける際、税理士は、当初、一般的な注意義務を負うことになる。これは、クライアントから提供された情報と提出された書類の妥当性に限定されるものの、原則として、税理士は、クライアントから提供された情報及び書類の完全性及び正確性を信頼してよい。しかし、疑念が生じた場合、税理士は、説明義務及び指導する義務を負う。さらに、「最も安全なルート」を取る義務は、依頼を実行するにあたりさまざまな選択肢があり、法的状況が不明瞭な場合に適用される。このような場合、税理士は、少なくとも特別なリスクを指摘し、絶対的な主張を控えなければな

47 この段落について参照、*Goez*(Fn.13), § 67a, Rz. 3(なお、弁護士法51a条は、2022年8月1日より廃止された)。

48 この段落について参照、*Goez*(Fn.13), § 67a, Rz. 4。

らない。税理士は、自らの誤りを正す義務もあり、前任の税理士による明らかな誤りを指摘する義務もある。一般的に言って、税理士が自らの過ちに関する情報を含む包括的な情報を提供する義務は、助言・指導義務の一部である。最終的に、税理士は、クライアントの法的に許容される指示に従う義務がある。また、税理士は、当該指示に対する法的及び事実上の異議について、依頼者に通知する義務を負う⁴⁹。

税理士は、従業員に業務の全部又は一部の遂行を委託した場合、従業員の義務違反、例えば、電話による誤った助言や、事務所組織の不備に対する責任を負わなければならない。特に雇用された専門家の場合、通常、さらなる責任制限契約が望ましい。なぜなら、休日、病気、その他の欠勤の場合の代理の場合等、依頼者に独立したサポートを提供する場合には、「補助者」とはみなされないため、さらなる責任限定契約を締結することが通常望ましい⁵⁰。

(2) 免責

民法276条1項、278条によれば、税理士は、自己の故意及び過失並びにその代理人である従業員の過失について、クライアントとの関係で債務者としての責任を負う。自己の故意に対する責任は、強制的かつ不可欠である。しかし、自己の過失及び代理人の過失（故意による行動の場合でも）は、その責任を原則として排除することができる。ただし、重大な過失の場合には、個別の契約によってのみ排除することができる（民法309条7項b号）⁵¹。

職業倫理に従い、税理士、弁護士、公認会計士の特別な信頼関係に配慮して、契約による責任の免除は例外的な場合に限って認められていた。こ

49 この段落について参照、*Goez* (Fn.13), § 67a, Rz. 5.

50 この段落について参照、*Goez* (Fn.13), § 67a, Rz. 6.

51 この段落について参照、*Goez* (Fn.13), § 67a, Rz. 7.

のような責任の免除は、「例外的に高いリスクや管理不可能なリスクの場合」に認められる。例えば、外国法の問題、無報酬の活動等、期限直前に付与された「不適切な時期の委任」について検討されてきた。このことは、「口頭又は電話による情報」にも引き続き適用されるべきである。これらは以前から、特に職業上の保険義務に関する懸念から、職業倫理規定に対する疑問が指摘されていた。したがって、法67aの要件により完全な責任免除は効力を有しない。立法者は、免責の可能性を認識しているにもかかわらず、税理士等とクライアントの関係において同様の規制を設けることを控えている⁵²。

法67a条の説明文書からわかるように、立法者は、立法過程において、関連する事実上及び法律上の状況を詳細に検討し、免責の可能性についても明示した。クライアントが税理士の職業上の過失により損害賠償を請求する正当な利益と、税理士が自らの法的リスクを算定可能性にしたいという理解しうる利益を比較検討した結果、立法者は、責任の制限のみが適切であると判断し、責任の除外については一切考慮しなかった。その背景には、通常、責任を負う税理士は法定の職業賠償責任保険で補償されるという考えがあったようである。したがって、法67a条の規定は、責任の排除に関しては最終的な法規定とみなされる。契約上の責任免除は、極端に特殊な場合、例えば、正当な個別事案における外国案件の場合においてのみ考慮され、いかなる場合においても、故意による責任を考慮することはできない（民法276条3項）⁵³。

「例外的又は管理不可能なリスク」を伴う委任の場合、税理士は今後、委任を直ちに拒否しなければならないのか（法63条）、法67a条1項の意味での責任制限に合意することにより受諾することができるのか、従来以上に慎重に事前確認する必要がある。極端な場合には、保険料を顧客に転嫁

52 この段落について参照、*Goez* (Fn.13), § 67a, Rz. 8.

53 この段落について参照、*Goez* (Fn.13), § 67a, Rz. 9.

した上で、当該個人委任に係る特別保険契約の締結を検討することができる。2007年税法（Jahressteuergesetz 2007：JStG 2007）が、税理士報酬条例（Steuerberatervergütungsverordnung：StBVV）11条の枠組み料金の「賠償責任リスク」を報酬の対象として認めた後は、少なくとも手数料率は、追加保険料をカバーするために使用できる⁵⁴。

（3）責任の制限

法67a条の意味における責任の制限は、一般に、あらゆる補償に対する責任の上限額を合意することによって達成される。これらの上限額は、個別契約及び一般取引条件（Allgemeine Auftragsbedingungen：AAB）の使用に関する法定要件に従って、それぞれ異なる方法で決定される。個々の開業税理士に加え、「専門業務会社」（法67条1項2号）にも明示的に認められている。さらなる要件は、職業法及び民法の規定、特に民法305条～310条の規定から生じる。これによれば、保険契約者である税理士は、保険事故が発生した場合の義務の一部として、保険会社に対し、保険金請求に対抗するためのあらゆる情報（したがって、事実上合意された責任制限についても）を提供しなければならない⁵⁵。

個別契約（法67a条1項1号）による責任の制限、すなわち「個別事案」による責任の制限は、個別の文書で合意しなければならない。これは、委託が確立された時点で実施するのが妥当である。というのは、法律は書面による形式を明示的に重視しているからである。後日に合意された責任制限は、税理士が損害賠償の原因となる義務違反を知らなかったか、過失があった場合にのみ有効となる。このような合意は、より複雑な案件（例：外国案件）、期限切れが迫っている案件、未解決の法的问题の場合に、特に締結することが望ましい。特にそのような困難なケースでは、税理士は、

54 この段落について参照、Goez(Fn.13), § 67a, Rz. 10.

55 この段落について参照、Goez(Fn.13), § 67a, Rz. 11.

責任制限に対する依頼者の同意を有効とするために、情報を提供する包括的な義務を負う⁵⁶。

法67a条1項1号によれば、税理士のクライアントに対する職務上の過失責任は、「個々の事案において、書面による合意により、最低保険金額まで」として制限することができる。「最低保険金額まで」という法律の文言は、言語学的に不適切であり、誤解を招く可能性がある。この規定は、特に最低保険金額を下回る金額に責任を限定することを防ぐことを意図している。この基準の目的は、傷害を被ったクライアントが、常に専門職業賠償責任保険の保険金額又は被保険利益の補償を保証されるようにすることである。ちなみに、この規定は、長年にわたって適用されてきた職業上の規定（職業規則）に相当し、現在ではこの法的規定に取って代われ、この点に関して確立された慣行として実務に対応している⁵⁷。

法67a条1項1号から、責任の制限が常に施行令52条1項に規定された最低保険金額25万ユーロに制限されること、又は保険会社と個別に合意されたより高い最低保険金額に制限されることを推論することはできない。最低保険金額の法定決定は、弁護士や公認会計士と同様に、税理士の損害に対する包括的な予防措置を講じる義務を免除するものではない。これによると、個々の専門職の業務や法律事務所によって異なる典型的な契約上の損害リスクは、保険金額を合意する際に考慮されなければならない。これら3つの専門職グループの基本ルールは、保険の補償額が「適切」でなければならないということである（法67条1項）。責任制限の有効性は、この規定に基づき、個別ケースにおいても判断される。したがって、契約上の最低保険金額（25万ユーロを超えることもあり得る）は、少なくとも責任制限の基準として使用されることになる。つまり、原則として、最低保険金額について保険会社との間で合意がなく、保険契約に基づき保険会

56 この段落について参照、*Goez*(Fn.13), § 67a, Rz. 12.

57 この段落について参照、*Goez*(Fn.13), § 67a, Rz. 13.

社が無制限の責任を負うことになっている場合には、いかなる責任制限も除外されることになる⁵⁸。

この原則に対する重要な例外は、法律が導入された際の考慮事項に起因する。法67a条1項1号の根拠として、立法者は、「専門家は、その任務の特定のリスクについて依頼者と自由に話し合い、また、法的責任を法定最低保険金額に限定することができることを、個別契約においてクライアントと合意することができる」と明言している。このことは、損害を回避するための包括的な損害防止措置を講じる義務を考慮すると、保険契約上より高い保険金額が定められている場合でも合理的な措置といえる。この損害とは、特に、職業賠償責任保険の適用範囲が不十分であるために、税理士が自己資金から賠償金を支払わなければならない場合、特に重要となる。一般的な契約上の損害リスク額との関係では、最低保険金額への責任制限は不合理とは思われない。法67a条1項1号によれば、このような場合、特別な状況（例えば外国案件の場合）に関して顧客と個別に協議し合意すれば、賠償責任を法定最低保険金額である25万ユーロ（施行令52条1項）に制限することは許される⁵⁹。

大半の場合、税理士に対する損害賠償請求額は、この法定最低保険金額をはるかに下回る。したがって、賠償責任の制限はほとんど影響を及ぼさないと考えらる。しかし、中規模の委任契約において、税理士が組織再編成の問題解決や事業承継に関する問題に直面した場合には、状況は異なる。このような個々のケースにおいて、賠償責任のリスクが高いと思われる場合には、制限を超えるリスク、すなわち最低保険金額を超えるリスクを、クライアントの負担で個別の損害保険でカバーすることに合意することもできる⁶⁰。

58 この段落について参照、*Goez* (Fn.13), § 67a, Rz. 14.

59 この段落について参照、*Goez* (Fn.13), § 67a, Rz. 15.

60 この段落について参照、*Goez* (Fn.13), § 67a, Rz. 16.

法67a条1項1号に基づく契約上の個別的責任制限は、軽過失と重過失の両方の場合に有効である。軽過失の場合、このような責任限定は常に問題なしとみなされてきた。しかし、明白な業務上過失の場合、個別契約に基づく責任限定であっても、独占的地位の濫用と判断されることがある。慣例的な責任制限は、重大な過失の特別なケースにおいてのみ許容されるべきである。特別なケースとしては、例えば、不適切な時期に委任された場合、外国の税法の問題等が発生した場合等がある。しかし、このような例外は、法67a条1項1号から推論することはできないため、個々のケースで個別に合意された責任制限には、税理士側の重大な過失も含まれる可能性が大いにある。いずれにせよ、賠償責任は、法定最低保険金額である25万ユーロまで免除されないため、税理士という職業に対する信頼は、これによって損なわれることはほとんどない。なぜなら、この最低賠償額は、この職業で慣例となっている旧標準額の5倍に相当する。したがって、クライアントにとって不合理な不利益が生じることはないと思われる。特に、クライアントは、事前の具体的な交渉により、このような賠償責任の制限を認識しているはずだからである⁶¹。

専門職業賠償責任保険の給付に対する税理士の責任を制限する目的の合意は、法67a1項1号によると疑わしい。最低額は25万ユーロであり、法定要件によりこれを下回ることはいかなる場合にもできない。通常の免責額1,500ユーロ（賠償金と相殺）を考慮すると、この最低保険金額を下回る金額に責任を制限することになる（施行令52条1項及び2項）。さらに、このような責任の制限は、許されない責任排除の効果をもたらすことになる。なぜならば、クライアントは、保険の適用外であること、保険会社が税理士に対して行う保険のすべての除外及び保険会社の異議（Einwendung）を考慮しなければならないためである。保険金額が最低保険金額を超える場合には、

61 この段落について参照、Goez(Fn.13), § 67a, Rz. 17.

保険金額の個別合意が可能である⁶²。

責任制限に関する規定は網羅的なものではない。この点で、時効（Verjährung）を短縮するための合意、特に契約による時効の短縮を考慮することができる。原則として、税理士は、予見できない期間、求償の脅威にさらされるべきではない。しかし、このことは法律の規定では十分に考慮されていない。周知のように、年末を期限とする3年という短い時効は、被害を受けた依頼人の知識又は重大な過失による無知を必要とする。そうでない場合、10年の期間があり（民法199条3項1号）、それも請求が発生した時点からしか始まらない。ただし、これは、損害の（潜在的な）発生時であり、税理士による誤った助言又は契約上の義務違反から相当期間が経過した後である。損害の原因となる行為、義務違反、その他の事象からは、30年経過した時点で時効となる（民法199条3項2号）。したがって、対応する制限規定の適切な短縮は、一方では法67a条によって排除されず、他方では十分な根拠があり許容される。さらに、制限期間の短縮は、責任の排除を構成するものではなく、法67a条1項によれば、責任の制限として基本的に異議はない。旧施行令43条3項1文に基づき、制限期間の適切な短縮も明示的に認められた。ただし、その表現には注意が必要である。制限は、請求の期限に加えて、特に「被害者の知識」も明確にし、被害者が適切な期間内に損害賠償請求権を行使できるようにする必要がある⁶³。

原則として、税理士に対する損害賠償請求権の主張に関する期間（Ausschlussfrist）を個別契約上で合意することは、問題がないように思われる。このような除外期間は、時効期間を短縮する効果もあるため、税理士は、それに応じてクライアントに通知する義務がある（民法241条2項、242条）。除外期間の開始及び終了は、クライアントの知識に依存する。この点において、除外期間の開始時期は、クライアントが損害賠償請求を認

62 この段落について参照、Goez (Fn.13), § 67a, Rz. 18.

63 この段落について参照、Goez (Fn.13), § 67a, Rz. 19.

識した時点、又は税理士からの拒否通知を受けた時点と定めることが可能である。このような条件下では、期限は2週間とし、期限が切れる前に口頭で宣言するか、場合によっては適時に書面で宣言することによって期限を遵守することが、法的概念から適切であると思われる⁶⁴。

一般取引条件（法67a条1項2号）に基づく、事前に策定された契約条項による責任限定契約の必要性は顕著である。特に、税理士、公認会計士、弁護士等、様々な専門職が共同で業務を行う専門職間パートナーシップの場合、事前に策定された責任制限規定はほぼ不可欠である。その際、これらの契約条項は、関係するすべての専門職の規則、すなわち「最も厳格な」規則を遵守しなければならないことに留意すべきである。特に、弁護士は「重大な過失」を排除できないことに留意しなければならない。職業法上の規則に加えて、「一般取引条件」（民法305条）に関する規則も遵守しなければならない。法67a条は、民法の「一般取引条件」の要件と関連する特別な規定である。ただし、故意による責任制限は、常に禁止される（民法276条3項）⁶⁵。

民法305条1項によると「一般取引条件」とは、「契約締結時に、契約当事者の一方（利用者）が他方の契約当事者に提示するもの」と定義されている。税理士にとって、これらの事前に作成された契約条件は、「一般取引条件」と呼ばれる。このような「一般取引条件」は、契約条件が個別に交渉された場合には受け入れられず（民法305条3項）、個別契約合意が優先する（民法305条）。ただし、このような「一般取引条件」が契約の一部となるのは、契約締結時に税理士が利用者としてクライアントにこれらの一般取引条件を明示的に参照させ、通知し、依頼者が同意することを表明した場合のみである（民法305条2項）。この要件は厳格に適用されるべきである。事前に合意することなく、作成済みの貸借対照表やその他のサー

64 この段落について参照、*Goez*(Fn.13), § 67a, Rz. 20.

65 この段落について参照、*Goez*(Fn.13), § 67a, Rz. 21.

ビスに事後的に添付するだけでは不十分である。この場合、せいぜい将来的に効力を持つかもしれないが、その場合でも、「一般取引条件」の将来的な効力について、少なくとも暗黙のうちに依頼者の同意が必要となる。疑義がある場合、それぞれの契約当事者は、その合意を証明しなければならない。加えて、「利用者」としての税理士は、特に曖昧で意外性のある条項や異常な条項、及び基本的な法的考慮事項に反する条項は無効であることを認識しなければならない⁶⁶。

特に、税理士にとってリスクの高い、信用機関等の第三者への業務結果（例えば、中間貸借対照表）の開示に関しては、「一般取引条件」を添付することも意味がある。しかし、税理士は、これらの「一般取引条件」がクライアントとの関係において合意されたことを明示する必要がある。これは、第三者に対する効力を含む。通常、純粋な情報提供契約に基づく場合でも、税理士がその事実を認識している場合には当該第三者は保護される。しかし、この点に関して、ドイツ民法334条は、第三者によって責任を問われた税理士が、依頼者との「契約から生じる抗弁」を請求者（第三者）に対して提起する機会を与えている。したがって、少なくともこのような場合には、「一般取引条件」を業務結果（年次財務諸表等）に追加する一方で、「一般取引条件」は税理士とクライアントとの間の契約上の合意の一部であることを明示することが望ましい⁶⁷。

法67a条1項2号によれば、「一般取引条件」を使用する場合、賠償責任は最低保険金額の4倍、すなわち現在100万ユーロに制限することができる（施行令52条1項及び3項）。「一般取引条件」が有効となるのは、個々のクレームに対する保険金額が、少なくとも賠償責任制限額と同額の保険が責任保険会社と合意されている場合にのみ有効になるという事実を見落としがちである。これはまた、年間保険給付額の上限が無制限でなければ

66 この段落について参照、Goez(Fn.13), § 67a, Rz. 22.

67 この段落について参照、Goez(Fn.13), § 67a, Rz. 23.

ならないことを意味する。保険契約で合意された免責金額（施行令52条2項）は、依頼者に対する責任の制限に考慮することはできない⁶⁸。

個々の事案について少なくとも100万ユーロという法律で定められた最高責任額を考慮すると、利用者である税理士の契約上のパートナーであるクライアントにとって不合理な不利益は認められない（民法307条1項）。法67a条1条2号を制定する際、立法者は一般取引条件に基づく責任制限の均衡の原則を注意深く観察し、利用者である税理士により不利な規定を設計した。100万ユーロという最高責任額を超えるのは、例外的なケースに限られる。しかし、保険会社の経験によれば、中堅企業、特に大企業では、監査の分野だけでなく、このような損害額にはすでに達しており、時にはそれを大幅に超えることもある⁶⁹。

軽過失と重過失の責任基準は、「一般取引条件」に基づく責任制限においても同じである。立法者は、弁護士については軽過失の場合に限り、このような責任制限を明示的に認めている（連邦弁護士法51a条1項2号）。一方、税理については重大な過失の場合にも、より広範な責任免除の可能性を決定している。同様の規定は、公認会計士に対しても適用される（公認会計士法54条1項2号）。両規定（法67a1項2号、公認会計士法54a1項2号）は、民法309条7項b号による重過失の場合の責任制限の基本的禁止と比較すると、明白な特別規定として遵守されるべきである。さらに、複数の当事者が求償債務者として責任を負う場合、それらの当事者は連帯債務者として責任を負う⁷⁰。

書式による契約上の義務の制限は、最終的には許容されない責任の排除となり得る。限定又は放棄された役務が契約の履行に不可欠である場合、又は慣習的な付随義務とみなされる場合、書式中の対応する条項は、依頼

68 この段落について参照、*Goez*(Fn.13), § 67a, Rz. 24.

69 この段落について参照、*Goez*(Fn.13), § 67a, Rz. 25.

70 この段落について参照、*Goez*(Fn.13), § 67a, Rz. 26.

者に不合理な不利益を与えるため無効となる（民法307条）。この点において、依頼者から提供された文書及び数値の正確性、完全性及び妥当性を検証することが契約の一部でないとする条項は、疑問の余地がある。年次財務諸表及び年次納税申告書を作成する契約には、税理士が個々の会計取引及び関連書類を無作為にチェックする義務が明確に含まれている。この文脈では、会計上の不備、例えば残高表の欠落やその他の異常を指摘する二次的義務も重要である。さらには、クライアントの財務危機が発生した場合の助言も不可欠である⁷¹。

また、税理士の顧問契約または委託契約は通常、個別の契約に基づくものである点にも留意する必要がある。この個別契約は、「一般取引条件」より優先する（民法305b条）⁷²。

「一般取引条件」が事前に設定した保険金給付に限定する責任の制限は、民法305cに従って契約の一部とはならず、民法307条に従って無効となる。個別契約に関する同様の規定に留意すべきである。これは、重大な過失を含む責任制限の場合には、弁護士、したがって、学際的パートナーシップにおける税理士にも適用される。ただし、責任制限が、重大な過失を含む場合に限る。しかし、消費者に対しては、民法309条7b項の規定が適用され、契約上の重大な義務違反の責任の免除を定める事前作成された契約条項は無効となる。法67a条1項2号は、特に民法305条以下の規定と比較して特別な規定である⁷³。

判例法及び文献における一致した見解によれば、事前に策定された「一般取引条件」による時効期間の短縮は、民法307条1項及び2項、同法309条8b号等への違反として無効である。連邦通常裁判所はすでに、職業上の時効規定が「異常に厳しい時効規定」とであると判断していた。税理士の

71 この段落について参照、Goez(Fn.13), § 67a, Rz. 27.

72 この文章について参照、Goez(Fn.13), § 67a, Rz. 28.

73 この段落について参照、Goez(Fn.13), § 67a, Rz. 29.

責任にも適用される一般的な時効期間（クライアントの不知又は重大な過失がない場合10年間）は、実際、以前の3年間の制限期間（旧法68条）の大幅な延長につながった。民法は、税理士の「一般取引条件」による時効期間の短縮に対して、クライアントを保護する。異なる判断が可能なのは、クライアントが税理士に対する請求権を既に知っている場合のみである。その場合、個別に（ただし通常は執行不能な）責任制限として、時効期間の短縮が検討される可能性がある。このため、税理士事務所で誤りが発生した場合、クライアントへの情報提供は不可欠である⁷⁴。

Ⅲ 判例の確認

1. 連邦通常裁判所1993年6月3日判決⁷⁵（「判例に基づく助言義務違反事件」という）

（1）判決要旨（Leitsatz）⁷⁶

・原則として、その判例がたとえ文献で異議を唱えられ、将来変更されることを排除することができないとしても、税理士はクライアントに有利なその時における最高裁判例（höchstrichterlichen Rechtsprechung）⁷⁷に基づいて助言しなければならない。

・税理士が、現行の最高裁判例を遵守すれば、これに基づく税務官庁の一貫した慣行のため発生しなかったと考えられる追加の税負担をもたらす法設計を助言した場合、この判例が後で変更され、その結果、与えた助言が誤っていなかったとしても、専門家に帰すべき損害は肯定されるべきである。

74 この段落について参照、Goez(Fn.13), § 67a, Rz. 30.

75 前掲注(11)。なお、以降の判例で記載されている法律の条文は、それぞれの事件当時の規定である。

76 この記述は、判決の記述を筆者の理解に基づき要約したものである。

77 ここでは、連邦財政裁判所の判決を指す。

(2) 事件の概要 (Tatbestand)⁷⁸

申立人 (以下、「X」という) は、被申立人 (税理士、以下、「Y」という) の誤った税務助言により受けた損害につき、その賠償を請求した。

1975年、Xは、彼が管理していた共同所有不動産の一部が、高速道路建設に使用できる土壤材料で覆われていることを知った。Xは、彼の情報提供者である商人Bと協力してこの土地を使用したいと考えた。1977年の春、XはYに通知し、税務上の助言を求めた。当初から、主な目的は、土壤採掘が進むにつれて、ドイツ所得税法 (Einkommensteuergesetz : EStG) 7条6項に従って、物質削減の減価償却費の経費算入を確保することであった。

1979年中に、Yは、1980年4月1日の契約によって合意された合名会社G (Offene Handelsgesellschaft : OHG) の設立を助言した。Xは、G社に土地の所有権と搾取権を抛出した。1978年に提出した申請書に応じて、地域評議会から発掘許可を受け取っていた。1979年、XとBは、発掘許可の範囲で問題の領域の使用についてA社と契約を締結した。その後数年間、土壤は部分的に採掘された。

1982年8月4日の決定により、税務署は、G社の収入が賃貸及びリースからの収入とみなされるべきであるとした。財政裁判所でその決定が取り消された後、税務署は、再度、1983年9月21日に賃貸及びリースからの収入の統一かつ個別の課税決定を下した。その中で減価償却は再び認識されなかった。Xは、異議申立手続が失敗した後、この決定を不服として提訴した。1986年9月23日の判決により、財政裁判所は、税務官庁の見解を支持し、この課税決定が確定した。

1986年11月20日、XとYは顧客関係を終了することに合意した。1987年半ば、新しい税理士は、会社形態を合名会社から有限合資会社K (Gesell-

78 この記述は、判決の記述を筆者の理解に基づき要約したものである。

schaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft : GmbH & Co. KG) に変更するよう手配した。1988年に実施された税務調査に基づいて、税務署は現在、K社を営利企業（Gewerbebetrieb）として扱い、発掘調査における減価償却を考慮に入れている。

1987年のはじめ、XはYに対する代理人として弁護士に依頼した。1988年2月12日に送達された訴状でXは、1979年から1983年までのG社の収入が税務上の収入として扱われ、そして、減価償却が認められなかったという理由でYに損害賠償を求めた。Xは、YがBとの有限合資会社（GmbH & Co. KG）の設立を推奨しなかったのが問題で、そのような会社形態を採用していれば営利企業として分類され、1979年以降減価償却を計上することができたと主張した。

Yは、義務違反を否定し、損害を否定し、時効にも言及している。訴訟は、200,000マルクの賠償が求められたが、下級裁判所ではXが敗訴した。上告（Revision）により、Xはこの金額で要求を追求し続けている。

（4）判決の理由⁷⁹

上告により、控訴審判決の取消しと差戻しが行われる。

控訴裁判所は、YがXに誤った助言を与えなかったと判断した。

当時施行されていた規定（1979年所得税法15条1項2号）によれば、合名会社と有限合資会社は同等に扱われていた。合名会社は、より速く、より費用対効果の高い方法で実現できる。G社は、資産運用のみを行っていた。Xは、単に所有する財産を利用する権利を第三者に委ねただけである。ここからの手数料が、賃貸やリースによる収入となる。したがって、G社は有限合資会社の形で運営されていたとしても、営利企業として認識されない。このことは、1984年6月25日の連邦財政裁判所の判決により、従前

79 この記述は、判決の内容を筆者の理解に基づき要約したものである。

の「営業の型付けをされた人的会社」に関する判例（“Gepräge”-Rechtsprechung）を放棄したことで明らかになった。その後に「1986年租税改正法（Steuerbereinigungsgesetz）により正しい「営業の型付けをされた人的会社」は法的固定化された⁸⁰。

しかし、1984年の判決は、ここで争われている時期の「営業の型付けをされた人的会社」に関する判例には影響を与えない。したがって、控訴裁判所の考慮事項は、法的審査に耐えられない。

Xによって税理士に与えられた指示の内容は、土地の使用目的に関連するすべての税務問題について助言することであった。この助言には特に、Xに可能であれば税法の下でBとのビジネス関係の構築を推奨する任務が含まれ、そこでは鉱物資源を営利企業に必要な事業資産として投入し、土壌採掘に従って減価償却を請求することを可能にする方策が求められていた。したがって、Yは、受け取った指示により、特に彼に比較的最も安全な方法を示し、可能な限り損害から彼を保護するために、Xに包括的な税務助言を提供しなければならなかった。すなわち、Yは、望ましい税務上の結果をもたらすのに最も適した法的形態をXに推奨しなければならない。

この助言依頼時の連邦財政裁判所の判例は、自然人パートナーに加えて企業がパートナーシップに関与している場合、パートナーシップの活動や資産の利用を常に営利企業と見なしていた。これは、有限会社（Gesellschaft mit beschränkter Haftung : GmbH）が唯一の個人的責任及びマネージングパートナーである有限合資会社の場合も例外なく確認されていた。したがって、その判例によれば、1979年から1983年までの収入は、有限合資会社が設立されていた場合、営利活動からの収入として扱われるはずであった。つまり、当時有限合資会社を設立していれば、Xに有害な影響を与える点での合名会社に関連するリスクは回避されていた。すなわち、

80 詳しくは、谷口勢津夫「ドイツにおける人的会社（共同事業者）課税」日税研論集44巻（2000年）85頁参照。

Yは、クライアントの利益に有利なこの判例に基づいてアドバイスを行うべきであった。

連邦財政裁判所のこの見解が文献上で非常に物議を醸し、後に1984年6月25日の連邦財政裁判所の決定によって覆されたという事実は、Yを免罪するものではない。Yは、可能な限り最善の方法でクライアントの利益を保護する義務がある。当時、たとえその判例が、文献で議論されているとしても、Yは、その判例に基づいて、クライアントの納税意向に合わせて助言しなければならなかった。これは、クライアントの利益を保護するため、許容される最も有利な方法を選択するという税理士の責務に由来する。

税理士がこれらの要件を満たしているかどうかを評価するのは、関連する法的問題に関する最高裁判所の判例がある場合、通常、重要なのは、助言依頼時にこの判例法の結果として生じる法的状況のみを考慮しているかどうかである。この判例が、クライアントが求める税務結果に有利である場合、これは特に適用される。今日の観点から、当時の連邦財政裁判所の元の「営業の型付けをされた人的会社」に関する判例が法律上誤っているように見えるかどうかは重要ではない。

Xは、当時適用されていた最高裁判所の判例が継続するか否かに関係なく、税制上の優遇措置を比較して有限合資会社を設立することによって重大な不利益を被る恐れはなく、さらに、選択した会社の形態はいつでも再び変更できる可能性がある。つまり、Yは合名会社の設立を推奨することによりXに不必要なリスクをもたらした。つまり、Yは、有限合資会社の営利活動に関する当時の最高裁判所の判例を知っていたはずであり、Xが求める税務目的にとってその重要性を考慮に入れるべき責任があった。

《以下省略》

2. 連邦通常裁判所1996年12月19日判決⁸¹（「税理士の第三者責任事

81 前掲注（12）。

件」という)

(1) 判決要旨⁸²

税理士が、年次財務諸表を作成し、会計の正しさを誤って証明した。それに伴い、クライアントの債権者である申立人（銀行、以下、「X」という）が上告をした。結果、1995年11月29日のケルン上級地方裁判所の判決は破棄。この事件は、別の審理と決定のために控訴裁判所に差し戻された。

(2) 事実の概要⁸³

Xは、A社と取引関係にあったが、A社はその後破産した。A社の税務は、被申立人（税理士会社、以下、「Y」という）によって処理されていた。1992年1月末から2月の初めにかけて、A社はXに1991年12月31日現在の年次財務諸表を作成するよう指示した。これは1992年3月に完了し、「上記の年次財務諸表は、商法及び税法に準拠したA社の会計に基づいて私が作成したものである。私は基礎となる会計の正しさを確信した」との証明が付いている。

1992年4月の初めに、A社はXに年次財務諸表を送付して信用貸与を申請した。1992年6月5日の融資契約において、Xは既存の当座預金口座の与信枠を500,000マルクから1,000,000マルクに増額した。1992年8月31日、XはA社に423,930.08マルクの別の当座貸越制度を付与した。

A社の破産では、10～20%の配当割合しか期待できないため、XはYに損害賠償を請求した。Xは、1992年6月5日及び8月31日の融資からそれぞれ250,000マルクを要求した。あるいはその代わりに、Yが作成した1991年の年次財務諸表に基づいて与信判断がされたと主張し、最初の融資から500,000マルクを要求した。この財務諸表は不正確であり、A社の真の経済状況を正確に反映していない。事実が分かっていたら、融資は認め

82 この記述は、判決の記述を筆者の理解に基づき要約したものである。

83 この記述は、判決の記述を筆者の理解に基づき要約したものである。

られなかった。Xは下級裁判所での主な請求で勝訴した。控訴において、Yは訴訟の棄却を求めている。

(3) 判決の理由⁸⁴

控訴審は、取消され差し戻される。

控訴裁判所は、1991年12月31日現在の年次決算書の作成について、YとAの間で締結された契約の違反について、YがXに対して責任を負うと判断した。その契約は、Xに有利な保護的効力を有する。年次財務諸表は明らかに、Aへの情報提供等のためだけに存在するものではない。むしろ、それはXの決定の根拠を意図されたものである。いずれにせよ、Yは年次財務諸表の作成中にこの目的を認識していた。Yはそれを適切に作成しなかった。その結果、XはAの経済状況について誤った状況を把握し、同社への融資を拡大した。

年次財務諸表が決定的な役割を果たすものではなく、Xが銀行業務の慣例に反する考慮に基づいて融資を増やしたという主張の立証責任はYにある。しかし、Yは何の証拠も提出していない。また、請求は金額的にも正当なものであった。1992年6月5日の融資契約の締結まで有効であった与信限度額が貸し越されていたこと、1992年8月31日に付与された貸付金は債権譲渡を担保によって担保されていたこととは無関係であった。これらの記述は、本質的な点において法的な精査に耐えるものではない。しかしながら、控訴裁判所の認定は、A社とYの間で締結した契約の保護範囲にXが含まれていたという結論を正当化するものである。

連邦通常裁判所の判例法によると、年次財務諸表を作成し、商法及び税法の規定を遵守し、会計の正確性を確信していることを証明した税理士は、税理士を認識できる第三者に対して責任を負う。税理士が認識できる年財務諸表は、その証明書の内容の正確性を保証するために、経済的処分に関

84 この記述は、判決の内容を筆者の理解に基づき要約したものである。

する意思決定の基礎となるものとすべきある。

本件では、Yは、証明書を年次財務諸表に載せたときに、それらが信用機関に提出されることを認識していた。また、両当事者は、Yが誤った会計記録に基づいて貸借対照表を作成し、その正確性が不当に損なわれ、業務の過程で必要措置を講じたとしても、このことを認識すべきであったという調査結果を認める。彼らは法律の誤りを発見しなかった。

一方、義務違反と（申し立てられた）損害との因果関係に関する控訴裁判所の判断には、法律の誤りがないわけではない。

Yは、1992年にXが、すでに増額されていた100万マルクの与信枠に加えて、口座番号6910で660,175.93マルクの当座貸越を容認していたため、年次財務諸表はXの信用決定にとって決定的ではなかったと主張した。いかなる状況に於いても、これらの当座貸越は、1991年の財務諸表の数字によって決して正当化することはできない。さらに、A社の毎月の経営評価も行われ、1992年4月30日現在のA社の月次事業評価では、150万マルク以上の損失が示され、1992年7月31日時点で約190万マルクの損失を報告した。これらの評価をXが利用できた。少なくとも、信用判断を行う際にそのような評価を考慮に入れることは、銀行業界の慣行と一致している。Xは、関心があれば、簡単に評価を要求できたはずである。Xはそうしなかったか、評価の「壊滅的な」結果に対処しなかったかのどちらかであるため、Xは全体としてA社の信用決定のために通常ではない他の動機を持っていたに違いない。、当時、年次財務諸表は重要ではなかった。

この点で、控訴裁判所がYに立証責任があるとみなしたのは誤りである。損害賠償請求を主張する者が、義務違反と損害の因果関係を証明しなければならない。ただし、一応の証拠が当事者に役立つかもしれない。税理士が作成した利益を誤って表示した年次財務諸表が、銀行によって信用決定の基礎として利用された場合、年次財務諸表が実際に発生した損失を明らかにしていれば、生活経験に基づいて融資は認められなかったと推測でき

る。しかし、Yはこの一応の証拠を揺るがすことができる。Yは、控訴裁判所の見解では、この目的に適した事情を陳述している。しかし、Yはこの点に関する証拠を欠いていて、それを証明しようとしなかった。ただし、Xが実際に事業分析を行っていたかどうかという問題を別にすれば、これらの事情は議論の余地がない。この点で、控訴裁判所は民事訴訟法（Zivilprozessordnung：ZPO）287条に従ってそれらを評価すべきであった。しかし、これは十分な程度まで行われていない。

控訴裁判所は、口座番号6910以前の与信枠が50万マルクから100万マルクに増加された1992年6月5日の融資契約が、既存の当座貸越を部分的に正当化しただけであるという事実を考慮しなかった。Yの提出物によると、当座貸越は1992年3月31日時点で250,417.95マルク、1992年4月30日時点で268,000マルクに達していた。他の所見がない場合、これらの当座貸越は控訴手続きで想定されなければならない。それらが回復不能であった限りにおいて、損害はYの義務違反に起因するものはない。正しい財務諸表が提出されていれば、Xが当座貸越の返済を主張したかどうか、そしてA社が依然としてそのような立場にあったかどうかについては何も判断されていないし、何も語られていない。268,000マルクの回復不能な当座貸越（ローン契約締結時にさらに高かった可能性がある）と破産による配当割合20%を考慮すると、1992年6月5日に付与された信用による損害は、Yらの行為にのみ起因すると考えられるのは、185,600マルクのみである。

損害額に関する調査結果も、法律の誤りに基づいている。

控訴裁判所は、1992年8月31日に付与された融資が、A社がそのライセンサーであるA.-Deutschlandに関連する広告補助金請求に対する「中間融資」として機能したという事実を無視した。融資は、これらの債権譲渡によって担保された。控訴裁判所の意見に反して、割り当てられた請求に対して103,364.5マルクの支払いのみが受領されたことは議論の余地がない。

Xは、その損害の程度を説明し証明しなければならないので、Yが主張す

るようにそれ以上の支払いが行われなかったことを示さなければならなかった。

ただし、今回の場合、これが当てはまる可能性は低い。支払いが未払いである限り、Xは別個の満足得る権利を有する。不足があったことや、又は割り当てられた請求が回復不可能であったとは主張されていない。その場合、Xは、割当の結果としてまだ何も受け取っていない限り、それで満足していると想定することができる。

したがって、控訴審判決は破棄されなければならない（民訴564条1項）。この事件は、これまでに欠落していた調査結果を補うために、控訴裁判所に差し戻される（民訴565条1項1文）。必要に応じて、控訴裁判所は、X側の寄与過失否定に対する控訴対して提起された懸念にも対処することもできる⁸⁵。

3. 連邦通常裁判所1988年4月25日⁸⁶（「税理士損害賠償保険加入義務事件」）

（1）判決要旨⁸⁷

税理士は、税理士法67条に従って、適切な職業責任保険に加入する義務

85 同下級審：ケルン上級地方裁判所1995年11月29日判決（OLG Köln v. 29.11.1995 – 11 U 96/95）：年次財務諸表の不正確さ及び契約上の保護範囲に第三者（銀行）が含まれている場合の税理士会社による積極的な契約違反（判決の要旨）

①第三者に対してそれを利用するために、国家が認めた特別な専門知識を有する者に専門家の意見又は専門家の意見を命じる者は、通常、精緻化が適切な証拠的価値を有することを確保することに関心があり、これは、著者が客観的かつ自己の知識と信念の及ぶ限りにおいてそれを準備し、第三者に対しても保証する場合にのみ保証することができる。

②税理士会社は、年次財務諸表の作成に関する契約の保護範囲に第三者を含めるべきであると想定できる場合、積極的な契約違反の結果としての年次財務諸表の作成について第三者（この場合は銀行）に損害を与える責任を負う場合がある。

86 前掲注（38）。

87 この記述は、判決の記述を筆者の理解に基づき要約したものである。

がある。

税理士の職業上の義務には、専門職賠償責任保険の締結が含まれる。連邦税理士会の専門的行動規則（「税理士及び税務代理士の職業の行使における権利と義務に関する規則」（Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer：BOSTB）以下、「職業会則」という）で指定されている最低保険金額は拘束力がない⁸⁸。保険会社がガイドラインに基づいてより低い金額の保険を提供しなかった場合、税理士に過失はない。

今回の職業上義務違反は、それが当該税理士にとって過大であったとしても、当該税理士が税理士会に会費を支払わないという事実にある。

（３）事実の概要⁸⁹

この専門家（以下、「Y」という）は1965年3月12日に税務代理士に任命された。1970年4月以来、彼は税理士会の会費が高すぎると考えたため、会費を支払っていない。

ニュルンベルク・フルト地方裁判所1976年6月15日の判決により、税理士会は、Yに懲戒と800マルクの罰金を課した。なぜなら、Yは度重なる警告にもかかわらず、1967年から1973年の課税期間における納税申告書、付加価値税の事前申告書が提出されていないため、所得税と一部の付加価値税の基礎額を推定する必要があった。しかし、Yは罰金を支払うことができなかった。

また、1981年10月23日以降、Yは、督促にもかかわらず未払いの保険料を支払っていないため、職業職賠償責任保険に加入していない。Yは、Yの業務構造を考慮すれば、保険会社が提供するレベルの職業職賠償責任保険は必要ではないと考えていた。

Yが職業職賠償責任保険への加入を拒否したため、ニュルンベルク地方

88 現行法令では、施行令52条に規定されている。

89 この記述は、判決の記述を筆者の理解に基づき要約したものである。

裁判所の税理士部門は、1985年1月15日の判決を下し、Yに懲戒と1,000マルクの罰金を課したが、資産が不足しているためその金員は回収できていない。

1987年2月19日、ニュルンベルク地方裁判所の税理士部門は、1985年3月27日以降も税理士会の会費を支払っておらず、職業職賠償責任保険に加入していないという理由で、Yを職業から除外した。ニュルンベルク上級地方裁判所は、1987年6月26日判決により、この判決に対するYの控訴を却下した。1987年7月2日、Yは控訴判決に対して法律の点で上告し、1987年8月24日に彼は上告の理由を説明した。彼は実体法違反を非難している。

(3) 判決の理由⁹⁰

Yの上告は正当である。

Yが適切な職業職賠償責任保険に加入する義務に違反したという控訴裁判所の判断は、調査の結果によって裏付けられていない。しかし、Yは職業職賠償責任保険に加入しなかったことにより、税理士法67条に違反した。認められなかったがYは、職業会則19条2項2文に規定されている最低保険金額100,000マルクは、Yの専門的活動の範囲を考慮して不当に高いと主張した。

税理士法は最低限の保険を規定しておらず、「適切な保険」の加入のみを要求している。どの金額が適切であるかは、個々のケースの状況に依存し、職業上の活動から生じるすべての責任リスクを忠実に比較検討した後、専門家が自分の責任で決定する必要がある。職業会則19条2項2文によると、「個々の損害に対しては、最高給付が少なくとも100,000マルクの保険金額、また、一保険年度に生じるすべての損害に対しては、その2倍の保

90 この記述は、判決の内容を筆者の理解に基づき要約したものである。

険金額が妥当であると思われる』⁹¹と規定されている。ただし、これは拘束力のある規定ではなく、税理士法67条の解釈し、具体化するため補助手段としても使用することはできない。したがって、Yは、同会則で指定された金額の賠償責任保険に加入しなかったという職業上の義務違反で非難されることはない。しかし、Yは、保険をかけるという職業上の義務から完全に免除されるわけではない。Yが職業賠償責任保険にまったく加入しなかったことは、依然として義務違反のままである。

税理士法67条に基づいて、すべての税理士は、生じうるいかなる状況においても適切な程度の責任リスク保険に加入する義務がある。しかし、当該義務は、特定の保険会社に対し、その個人に適した金額の保険契約を締結するよう法律上の請求を生じさせるものではない。保険会社がそうする意思がない場合（たとえば、収益性の欠如の理由で）、税理士は通常、既存の責任リスクが必要な金額まで保険でカバーされるように、より高い金額の保険に加入する義務がある。

しかし、今回の控訴裁判所の認定は、職業賠償責任保険の未締結に関する職業違反の申し立てを支持するものではない。つまり、Yの過失は、Yが職業会則19番2項2文を拘束力のないものと正しくみなしたという事実によって否定されるものではない。なぜなら、Yは税理士法67条に基づき、少なくともYの業務に関連する責任リスクの範囲に相応しい保険に加入する義務があることを認識することができるからである。

保険会社がYと低額の保険契約を締結する準備ができていないことが事実であったとしても、この状況だけではYの過失を排除することはできない。そのような場合、保険会社が提供する最低金額で保険契約を締結することが不合理である場合のみ、事情が異なってくるかもしれない。ただし、今回は当てはまらない。Yが他の興味のためにより多くの時間を割くこと

91 ホルスト・ゲーレ著・飯塚毅訳『ドイツ税理士法解説（全訳）』（第一法規出版・1991年）746頁参照。

ができるように、意図的に彼の財政状況を控えめに選択し、Yはこれらの趣味がキャリアの成功よりも自己発見、尊重、実現をもたらすと考えている。しかし、このような状況下、少なくとも適切な賠償責任保険の保険料を支払うことができるように、少なくとも税理士でもっと働くことを期待することができる。ただし、保険会社が、Yと契約を締結する最低保険者金額を計算する際に、税理士会の職業会則（この点で拘束力はない）に基づいている場合、法的状況は異なって評価される。拘束力のない職業会則と保険会社の行動との間に因果関係がある場合、彼の職業上の状況を考慮して大幅に低い最低額の賠償責任保険が適切であれば、このように拘束力のない職業会則に従わないYは、いかなる場合でもこの行為を責められることはない。これは、控訴裁判所の意見に反して、この理由でYが保険会社と交渉して、より低い金額で専門職賠償責任保険に加入しようとしなかった場合にも適用される。

一方、職業上の義務違反は、Yが1970年以来税理士会に会費を支払っていないという事実にある（法79条1項1文）⁹²。Yは、会費規則に基づいて彼が支払う会費を不当に高いと見なしている可能性がある。しかし、このことは、Yが会費の支払いを完全に免除されるという権利を与えるものではない。

会費の額は、税理士会の総会によって決定される（法79条1項3文）。

92 1975年に改正された税理士法79条は、「会員は、会費規則に従い、会費を納付する義務を負う。会費規則は、監督官庁による許可を必要とする。会費の額は、会員総会にてこれを定める」と規定されていた（中川一郎「西ドイツの1975年11月4日編『税理士法』について」税法学321号（1977年）17頁。なお、現行の税理士法79条は、「会員は、会費規則に基づき、会費を納付する義務を負う。会費規則は監督官庁の認可を受けなければならない。会費の額は、会員総会で決定する。税理士会の会費支払請求権の時効に対しては、手数料に適用される規制を準用する。税理士事務所が別の税理士会の地区に移転する場合、受入側の税理士会への税理士事務所の移転の通知日が会費支払義務の決定要因となる」（https://www.gesetze-im-internet.de/stberg/_79.html（最終閲覧日2024年11月24日））。

したがって、Yは総会での会費の適切性についてYの意見を主張する機会がある。Yは、この方法でYが支払うべき会費の減少を得ようとしたことを主張していない。会費規則（法79条1項2文）としての会費の額の決定に監督官庁の承認が必要かどうかは、ここでは問題とならない。いずれにせよ、Yは、監督官庁に訴えるか、取消しの訴訟によって当該総会決定の合法性を争う選択肢がある。Yはこれらの方法を選択しなかった。法的誤りの影響により法67条違反が肯定された場合、控訴判決は全面的に取り消される。職業裁判訴訟において、Yは、個々の法令違反やさまざまな行為について責任を問われることはない。むしろ、本審理で認められた告発から生じる彼の全行為は、たとえ、刑法の概念に従って独立した行為として判断されなければならないいくつかの行為で構成されていても、一律に判断される。そのため、Yは部分的に無罪になることはできず、単一の措置にみが課されることになる。同様に控訴審では、いくつかの告発のうちの1つに関して有罪判決に法の誤りが認められた場合、控訴裁判所自体がこれについて最終決定を下すことができない限り、判決全体が破棄されなければならない。

4. 判決に係る税理士法

上記「判例に基づく助言義務違反事件」の判決は、税理士がクライアントに損害を与えた事例で、日本においても最も多い損害賠償請求の類型といえる。「税理士の第三者責任事件」の判決は、税理士がクライアントとの関係に基づき、第三者に損害を与えた事例ある⁹³。「税理士損害賠償保険加入義務事件」の判決は、法67条に基づく、税理士の損害賠償保険への強制加入に係る事例である。いずれも税理士にとっては、厳しい判断が示

93 日本で初めて税理士の第三者への責任が問われた事件は、仙台高判昭和63年2月26日（判時1269号86頁）と考えられる（吉澤卓哉「税理士の専門家責任と保険制度」経済学研究67巻1号151頁参照）。

されている。ここでは、税理士の損害賠償保険強制加入制度が規定された根拠をドイツ税理士法で確認したいと考える。

法57条1項に「職業上の一般的義務」として、「税理士及び税務代理士は、独立性をもって、自己の責任において、誠実に、秘密を厳守し、職業に反する広告を行うことなく、自己の業務を遂行しなければならない」と規定されている。この条文は、ドイツ税理士法で最も重要な規定である⁹⁴。このような規定が置かれた理由として、連邦憲法裁判所は、「税務に関する業務的援助を提供する権限の規制は、納税者が税務の決済において他の人の助けを利用することの利益、及び懸念なしに公務の処理を委託できる人だけが税制で活躍できるという一般市民の利益を、考慮に入れる必要がある。税収及び税道徳を高めるために、そして無能で不適切な援助者からの誤った助言によって深刻な不利益を被る可能性のある、法律に精通していない納税義務者を保護するために、必要な物的・人的な信頼性を備えた援助者のみが税務問題で業務的支援を提供することが保障されるべきである。税務助言は法律助言の一部であり、これと関連する専門的任務は、重要な公共財である税法の執行に役立つ」⁹⁵との見解を示している⁹⁶。

税理士の職業上の独立性は、自由専門職のイメージを決定的に形成する(法32条2項)。職業会則2条1項は、税理士があらゆる人からの個人的及び経済的独立性を維持しなければならないという要件を規定している。税理士は、専門家としての意思決定の自由を危険にさらす可能性のある義務を負ってはならない(同条2項)。独立の義務は、税務官庁とクライアントの両方に対して適用される⁹⁷。

クライアントに対する税理士の独立性は、立法者の構想でも取り上げら

94 詳しくは、拙稿・前掲注(2)101頁参照。

95 BVerfG v. 18.06.1980-1 BvR 697/77, BVerfGE 54, 301~304.

96 この段落について参照、*Riddermann* in *Kuhls u. a.* (Fn. 1), § 1. Rz. 3.

97 以上について参照、*Raab* in *Kuhls u. a.* (Fn. 1), § 57 Rz.40.

れたが、クライアントの利益の代理人としての税理士の役割に疑問を投げかけるものではない。税理士は、注文の枠組みの中で、クライアントの法的利益をできるだけ代理しなければならない限りにおいて拘束される。つまり、当該納税者の利益は、原則として他人の利益、特に税務官庁の利益に相反する。これは税理士の専門的な職務と立場の一部であり、付随的に、当該納税者の全ての指示を受け入れる必要はなく、税理士の内なる信念と矛盾するような指示を拒否することができる。契約上の義務でさえ、税理士が法律に違反して行動することを義務付けたり、正当化したりすることはできない（法60条2項）⁹⁸。

これによれば、税理士はクライアントの利益の代理人であり、税法の執行において独立した機関の地位を占めている（職業会則1条1項）。税理士は、外部からの影響を受けずに専門職を遂行できなければならない。そのためには、職業上の意思決定の自由が維持されなければならない、人的及び経済的独立が必要である（職業会則2条2項）。

さらに、自由専門職業家とクライアントの間には特別な信頼関係がある。税理士法は、質的に適切に時間厳守でクライアントからの要求を実行することを規制している。税理士法は、自分の専門職を誠実に実践する義務について、その期間と範囲を適切に制限している。したがって、特別に規制された職業上の義務違反には、職業上の誠実な実践に対する違反も含まれる場合があり得る⁹⁹。

つまり、税理士は、誠実に専門職を遂行する義務があるため、可能な限りクライアントの利益を最善かつ慎重に保護する必要がある。職業上の誠実さの実践は、自己の責任において職業を実践する義務と部分的に重複しそれを補完する¹⁰⁰。このように、税理士は、独立性（経済的独立を含む）、

98 この段落について参照、*Raab* (Fn. 97), § 57 Rz.42.

99 この段落について参照、*Raab* (Fn. 97), § 57 Rz.151.

100 以上について参照、*Raab* (Fn. 97), § 57 Rz.155.

自己責任性、誠実性、及びクライアント（第三者を含む）への信頼性を基盤とする行動（業務のみには限らない）を実践しなければならない。その行動の一部を補完するのが、税理士の損害賠償保険強制加入制度であるといえる。

IV むすびにかえて

税理士は、税務に関する専門家として高度注意義務を中心に、当該業務の実践に当たり十分な配慮を行うべきことはいうまでもない。しかし、税理士が当該義務違反を犯すことを完全に排除することは不可能である。上記確認したとおりドイツ税理士法では、税理士損害賠償保険に加入しなければ税理士登録をすることができない。日本においては、税理士が当該保険に加入することは任意である。日本の税理士職業賠償責任保険の個人加入件数は、2024年7月1日現在29,686件（53.68%）、税理士法人の加入件数は4,329件（86.08%）である¹⁰¹。

日本の税理士賠償責任保険の概要は下記の通りである¹⁰²。

1. 保険対象となる損害

国内において、税理士の職業上、相当の注意をしなかったことに基づいて提起された損害賠償請求について、法律上、賠償責任を負担することによる損害が対象である。これには補助税理士、使用人による過失も含まれる。

対象となるのは、税理士法に規定する次の業務上の責任に限られ、付随

101 日税連保険サービス：<https://www.zeirishi-hoken.co.jp/zeibai/index.html>（最終閲覧日2024年12月11日）。

102 「税理士職業賠償責任保険約款」（https://www.zeirishi-hoken.co.jp/pdf/yakkan-zei_2024-tk.pdf（最終閲覧日2024年12月11日））参照。

的業務や社会保険労務士業務及び法令に特段の規定のない経営指導（助成）業務等は、対象外とされている。

- ①税務代理（税理士法 2 条 1 項 1 号業務）
- ②税務書類の作成（税理士法 2 条 1 項 2 号業務）
- ③税務相談（税理士法 2 条 1 項 3 号業務）
- ④上記の業務に付随して行う財務書類の作成又は会計帳簿の記帳の代行（税理士法 2 条 2 項業務のうち主たるもの）
- ⑤裁判所での補佐人としての陳述（税理士法 2 条の 2 に規定する業務）

なお、この保険では、税理士自ら行った業務だけではなく、使用人が税理士の業務の履行補助者として業務を遂行するうえで過失があったことにより、税理士がその使用者として法律上の損害賠償責任を追及された場合も支払の対象となる。「使用人」の範囲は、保険加入申込日時点における補助税理士、使用人（事務職員、コンピュータ・オペレーター、家族従業者、税理士事務所のすべての構成員）をいう。

2. 保険対象にならないもの

- ①加算税（加算金）・延滞税（延滞金）・利子税
- ②納税者が本来納めるべき本税
- ③重加算税・重加算金を課された事案によるもの
- ④税理士の不誠実行為又は税理士法や各種税法上禁止されている行為により発生したもの
- ⑤他人の財物の滅失・棄損・汚損・紛失もしくは盗難に起因するもの
- ⑥電子的データ・プログラムソフト等を記録した磁気ディスク、貨幣、紙幣、宝石、貴金属、美術品、貴重品等（受託物担保特約に加入していれば可）
- ⑦その他約款に定められているもの

日本の税理士法で税理士が自由専門職であることを表す中心的条文は、

日本の税理士法1条「税理士は、税務に関する専門家として、独立した公正な立場において、申告納税制度の理念にそって、納税義務者の信頼にこたえ、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図ることを使命とする」である。当該文言は、税理士が税法のみに拘束され、税理士自身の責任において行動することの表明である。つまり、日本の税理士法1条は、既述ドイツの税理士法57条より独立性に係る明確性は欠けるものの、基本的には同じことを規定したものといえる¹⁰³。

近い将来に於いて、専門職業たる税理士の独立性等を保証する意味において、日本の税理士法において、ドイツの税理士法67条に匹敵する条項、すなわち、税理士登録要件に「税理士賠償保険の強制加入制度」が導入される可能性はある。併せて、日本の税理士法で考慮しなければならないのは、ドイツ税理士法67a条の規定、すなわち、クライアントから税理士に対する損害賠償請求額の制限である。税理士賠償責任の原因となるクライアントとのトラブルを未然に防止するためにも、税理士は、受任業務の範囲と内容を明記した業務契約書（顧問契約書を含む）をクライアントとの間で締結すべきであり、日本税理士連合会業務対策部も、複数の「業務契約書（モデル）」を公表している¹⁰⁴。この「業務契約書（モデル）」の条項には含まれていないが、実際に税理士とクライアントとの間で締結される業務契約書では、例えば、税理士の負担する損害賠償額の上限を一定額に制限する「責任制限条項」が定められることが多い。

103 なお、加地尚（財団法人日本税務研究センター前理事長）『『ドイツ税理士法－第8次改正』出版によせて』（柳裕治『ドイツ税理士法－第8次改正報告書』（日本税務研究センター・2010年）所収）にて、加地尚前理事長は「1980年の法改正で明確化したとされる税理士法1条（使命）の『独立した公正な立場において』は、国会審議で明らかのようにドイツ税理士法の『独立不偏』の理念、すなわちドイツ税理士法57条の『独立性をもって』の文言を参考として制定されたものである」と述べている。

104 業務契約書サンプル等（<https://www.nichizeiren.or.jp/suggestion/siryo/siryo-2.html>（最終閲覧日2024年12月11日））。

なお、日本でこのような「責任制限条項」の有効性について争われた事例がある。結びにあたり、当該判決を簡単に紹介し、税理士への注意喚起としたい。

クライアントが「消費者」であった場合の判決¹⁰⁵としては、相続に関し、相続税の申告の代理に係る業務を被告に依頼した原告らが、租税特別措置法上の小規模宅地等の特例の適用の可否を検討せず、その適用を誤った過失があり、その結果、原告らにおいて本来納付すべき税額より過大な相続税額の納付を余儀なくされて損害を受けたとという事件がある。その判決では、「本件責任制限条項は、被告（税理士）の債務不履行により原告（クライアント）に生ずる損害の額と、被告が放棄する報酬の額との差額が多額に及ぶような場合にも、当該報酬の額を超える損害を原告のみに負担させることとなる点で、信義則に反し、消費者の利益を一方的に害する内容を含むものといえることができる。このように、本件責任制限条項の一般的な性質等及び本件契約の締結に至った経緯に加え、消費者である原告らと事業者である被告との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考慮すると、本件責任制限条項は、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであると認めるのが相当である。したがって、本件責任制限条項は、消費者契約法10条後段により無効となるから、原告らは、被告に対し、被告の債務不履行によって生じた損害の全部の賠償を求めることができる」¹⁰⁶と判示されている。

クライアントが「消費者」ではなかった場合の判決¹⁰⁷としては、原告が、税理士である被告に消費税及び法人税の申告に関する事務処理を委任

105 横浜地判令和2年6月11日（判時2483号89頁）。岩崎宇多子「判批」税研JTRI37巻6号85頁、企業法実務研究会「判批」月刊税務事例54巻10号95頁等。

106 この記述は、判決の内容を筆者の理解に基づき要約したものである。

107 福岡地判令和5年6月21日（TKC税研情報33巻2号18頁）。依田孝子「判批」税研JTRI39巻5号77頁、林仲宣＝高木良昌「判批」税務弘報72巻3号124頁、増田英敏＝稲葉武彦「判批」TKC税研情報33巻2号18頁等。

し、被告の指導・助言に従って消費税の申告をしたところ、本則課税のままであった方が原告に有利であったのに簡易課税事業者を選択したこと等により、納付する必要のない消費税及び地方消費税を納めることになり、消費税等の還付を受けることができたのにこれを受けられなかった事件がある。その判決では、「本件賠償額制限条項は、顧問税理士であるY（被告）の過失が原因で生じたX（原告）の損害について、Yが受けた利益を限度で賠償すれば足りるとするものであり、税理士は、税務に関する法令及び実務の専門知識を駆使し、かつ、依頼者からの事情聴取、適正な調査等を行う等して、税制の有利選択の判断に必要な程度まで事実関係を把握し、税理士業務を行うものであるが、本件賠償額制限条項は、本件委嘱契約に基づく委任業務を遂行するに当たり、会計処理方法が複数存在し、そのいずれかの方法を選択しなければならない場合や、Xの提供した説明又は資料に基づき税制選択をしなければならない場合があり得ることから、Yが職務上予測されるあらゆる場面に応じた注意を払うことを期待するのが酷であり、かつ、時として損害賠償額が巨額に上ることがあり得ること等を考慮して設けられたものと解され、このような本件賠償額制限条項の趣旨に鑑みても、Yに故意又は重大な過失がある場合に、本件賠償額制限条項により、Yの損害賠償義務の範囲が制限されとすることは、著しく衡平を害するものであって、本件委嘱契約を締結した当事者の通常の意味に合致しないというべきであり、したがって、本件賠償額制限条項は、被告に故意又は重大な過失がある場合には適用されないと解するのが相当である」¹⁰⁸と判示されている。

108 この記述は、判決の内容を筆者の理解に基づき要約したものである。

埋もれたヒューマンライツ（その4）

——パリ原則が求めるもの：比較法から検証する

戸 塚 悦 朗*

55巻3号 目次

埋もれたヒューマンライツ（その1）——human rightsの誕生物語

（はじめに）

第1. 「ヒューマンライツ」と翻訳するメリットはなにか？

第2. ヒューマンライツに関する三つの視点

（1）歴史的視点

55巻4号 目次

埋もれたヒューマンライツ（その2）—ヒューマンライツ実現への道を可視化する試み

（2）権利の内容の視点

（3）権利を実現するための手続きの視点

まとめ

エピローグ

57巻4号 目次

埋もれたヒューマンライツ（その3）—国内ヒューマンライツ機関はなぜできないのか？

第3. 憲法上の人権と国際法上のヒューマンライツは違う権利

（1）何が問題なのか？

（2）二重の権利保障体制の時代

（3）日本における法認識

（4）米国における法認識

（5）ヒューマンライツを実現する道

* とつかえつろう 元本学法科大学院教授

第4. ヒューマンライツを実現する国内機関が実現しない理由

(1) 国内機関には何が求められているのか？

(2) 日本における国内機関立案の迷走

まとめ

パリ原則は、諸国の国内機関制度にどのように具体化されているのだろうか？ パリ原則が何を求めているのかを検討し、比較法の方法を活用してそれがどのように国内実施されているのか具体例をあげて検証してみたい。

第5 パリ原則は何を求めているのか？

その検討に入る前に、なぜパリ原則に沿った国内機関の創設が大切なのか？それを理解できるわかりやすい事例を挙げてみたい。

○ なぜパリ原則に沿った国内機関が必要なのか？

最近、精神医療にかかわるヒューマンライツ侵害の問題について弁護を依頼された。しかし、筆者は、高齢のため実務には携わっていないので、お受けできない。そう言ってお断りしたところ。「どなたか精神医療関係の事件を引き受けてくれる弁護士さんを紹介してほしい」と依頼された。ところが、この分野では、弁護士探しが本当にむづかしい。紹介できる方を思いつかず、残念ながらその要請にもお応えできなかった。

筆者も40年ほど前には、この分野での実務に取り組んだことがある。主として第二東京弁護士会の人権擁護委員会の活動として取り組んだ。被害者を代理して訴訟を含む実務的な取り組みをしたのは、宇都宮病院事件だった。そのとき、一緒に実務的な活動をした弁護士の方々は、もうお亡くなりになったか、弁護士をやめている。

なぜ、そのようにむづかしいのか？

日本の法制度の欠陥も関係している。医療の自由裁量の幅が著しく広くて、この世界には法が踏み込みがたいのである¹。周知のとおり、国際法によって保障されているヒューマンライツを日本に実施することができていないことが根本原因なのである。筆者は、その状況を変えたいと考えて、研究に取り組んでいる。現在執筆中の「埋もれたヒューマンライツ」論文シリーズもそのための研究の一環である。

わかりやすい事例がある。40年もの社会的入院について国の責任を追及している伊藤時男さんの訴えがある。「今どきそんなことがあるのか?!」と驚く方もおられるだろう。筆者は、「40年前ならともかく、21世紀の今なら一審で勝訴できるのではないか?」と予想していたのに、東京地裁で被害者原告が敗訴したという報告を知って、啞然とした。

この問題に日本法が対応できないのである。少なくとも、一審を担当した東京地裁はそう考えたのである。これでは、多くの弁護士が精神医療事件を弁護することが困難と考えても無理はないのではないか。

1 最近、ハンセン氏病を理由とする医療による拘禁問題と優生保護手術の問題にはようやく大きな改革が見られるようになった。しかし、精神医療分野の改革は放置されている。

最近になっても日本の状況はあまり改善していないと思われる。以下にヨーロッパとの比較の情報がある。2021年（3/23）「ハーディング名誉教授講演会～恣意的拘禁は防止できるのか？制度的保障と法的な枠組みの必要性～」開催のご報告 | 第二東京弁護士会。

<https://niben.jp/news/report/2021/202112163134.html> 2025年1月31日閲覧。

世界的な障がい者のヒューマンライツ保障の流れの中で評価するなら、何周回遅れかわからない日本の悲惨な状況がより明確になるだろう。以下の日弁連決議を参照されたい。

2021年10月15日日本弁護士連合会：精神障害のある人の尊厳の確立を求める決議

https://www.nichibenren.or.jp/document/civil_liberties/year/2021/2021.html

2025年1月31日閲覧。

その情報は、以下の注にある²。

40年も精神病院に入院をさせられていた事件で、被害者原告が1審の東京地裁で敗訴し。東京高裁で控訴審が始まる。この事件は、多くの法曹関係者も市民も注目する必要がある。ハンセン氏病問題、優生保護法問題に続いて、日本社会が真剣に取り組まなければならない重要課題なのだ。

筆者は、1982年以来、自由権規約9条4項の権利（裁判所で解放決定を受けることができる被拘禁者の権利）は国際法上保障されている権利であって、日本で実現されなければならないと主張し続けてきた³。1979年に日本が批准した自由権規約というヒューマンライツ条約で保障されるようになった権利である。条約は批准されたのに、日本ではこの権利が実際には実現されていなかった。だから、1984年8月、ジュネーブの国連ヒューマンライツ小委員会まで行って国連に訴えた。その結果実現した1987年の精神衛生法改正でもこの権利は立法されなかった。

本当に困惑してしまうのだが、40年経った今でも、世界では当たり前のこの権利が日本ではまだ保障されていない。もし、国際法によって保障さ

2 2025年2月3日（月）日比谷コンベンションホール（地下1階）で15:00から集会。14:00から東京高裁で控訴審の第1回口頭弁論が開かれるので、法廷傍聴をしたあとで報告会を開く。1審で被害者の伊藤さんが敗訴したので、控訴審が始まろうとしているのである。

<http://seishinkokubai.net> 2025年1月28日閲覧。

3 戸塚悦朗「精神障害者の人権確立を——保安処分以前に違法拘禁なくせ」朝日新聞論壇、1982年3月5日。当時筆者は、第二東京弁護士会刑法改正特別委員会委員だった。

戸塚悦朗、光石忠敬、喜田村洋一著「ヨーロッパ人権裁判所判決と精神障害者の人権——改革を迫られる日本の精神衛生法制」『ジュリスト』779号（1982年12月）、47-56頁。

第二東京弁護士会人権擁護委員会の調査結果は、戸塚＝広田編『精神医療と人権（1）「収容所列島日本」』亜紀書房、1984年；戸塚＝広田編『精神医療と人権（2）「人権後進国日本」』亜紀書房、1985年；戸塚＝広田編『精神医療と人権（3）「人間性回復への道」』亜紀書房、1985年。（4）第二東京弁護士会人権擁護委員会編『精神医療人権白書』悠久書房、1987年として公表されている。

れたヒューマンライツを国内実施できるような国内機関が創設されていれば、ジュネーブまで行く必要はなかった。日本でこの国内機関に訴えることができたはずだったのだ。だが、そのような国内機関はなかった。

本シリーズ（その3）論文⁴で述べたように、その後、日本でも「国内人権機関」と喧伝された機関を立法しようとする試みが三度あった。実際には、いずれの法案も廃案になって立法されなかった。

しかし、仮に日本の三法案の機関が創設されたとしても、ヒューマンライツ違反の場合には国内機関に訴えることができなかったのである。法案の条文を精査してみて驚いたのだが、この国内機関は、本シリーズ（その3）論文で詳述したように、憲法上の権利である「人権」侵害にだけ対応する機関として設計されていたのである。

自由権規約9条4項のような国際法によって保障されたヒューマンライツの違反の場合にその国内実施のために対応できる条文は、三法案には含まれていなかった。

ところが、一般には、民主党政権時代の2012年に国会に提案された「人権委員会設置法案」は、政府からの独立性はともかく、一応パリ原則に沿っていて、国際法上のヒューマンライツ違反の場合に対応できると誤解されていたようであった⁵。

4 戸塚悦朗「埋もれたヒューマンライツ（その3）——国内ヒューマンライツ機関はなぜできないのか？」龍谷法学57巻4号2025年、頁。

5 日本弁護士連合会「国内人権機関の創設を求める意見書」2014年（平成26年）2月20日。同日付弁連意見書は、2012年提案の「人権委員会設置法案」が、国際法によって保障されたヒューマンライツの国内実施のための権限を明文で与えられていない点について十分な批判を加えていない。その点で、同法案がパリ原則に沿っていないことについて十分な認識が欠けているように見受けられる。このままでは、同法案がパリ原則に沿ったものであるかのように誤解をあたえる恐れがあるのではないだろうか？

https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2014/opinion_140220_5.pdf

2025年1月28日閲覧。

本当にパリ原則はそのようなものなのであろうか？

○ パリ原則の検討を始めるまえに、確認しておきたいこと

ここで、筆者が「パリ原則」と書いているのは、国内機構の地位に関する原則（パリ原則）である。（その3）論文で書いたとおり、その原文（その3論文の【資料1】）は、英語で書かれている。英文パリ原則のキーワードは、「human rights」だ。

日本語のパリ原則（その3論文の【資料2】）は、日本政府・法務省によって日本語に翻訳されたが、そこでは、「human rights」は、「人権」と翻訳されていた。

そのため、日本国憲法第3章「国民の権利及び義務」が個人の権利のキーワードとして採用している言葉、すなわち、「人権」と全く同じ日本語をつかってパリ原則の言う「human rights」を表記してしまうという事態が起きたのである。

その結果、国際法によって保障されている権利である「human rights」が不可視化されてしまった。日本語を使う人たちは、この両者（「human rights」と「人権」）が異なる権利であることを認識できなくなってしまった。結局、パリ原則のキーワードが見えなくなってしまったのである。

ここにボタンの掛け違いの根源があったのだと思う。

同じ言葉を使って、違うものを表現すると、その違いが見えなくなる。ネコとライオンは似ている。ことに幼い時にはそっくりだ。だからと言って、ライオンをネコと命名すると区別がつかなくなって大混乱する。

法の認識で、同じことが起きているのである。

○ 何が起きたのか？

日本の国会に提案された三つの国内機関に関する法案には、日本国憲法（龍法 '25）58-1, 138（138）

の人権を実現する権限と責務は書かれていた⁶。しかし、どの法案にもパリ原則が求める「human rights」を実現する権限と責務は書かれていなかったのである⁷。

つまり、日本のすべての法案から、パリ原則が求める最も重要な核（権限及び責務）が欠落していたのだ。

そのような混乱が生まれたのは、異なる権利（憲法上の人権と国際法上のhuman rights）を同じ言葉、すなわち「人権」で表記してしまった紛らわしい翻訳のためだった。筆者は、そう考えている。そのために、日本政府・法務省にはパリ原則、そしてそれが求めるものが何かが見えていなかったからなのだ。さらに問題を深刻化しているのは、日本の法学研究者にも、私たち日弁連の弁護士（筆者も含む）にも、二つの異なる権利の違いが長い間見えなくなっていたところにある。これまで、このもっとも重要な欠落について、これら三つの法案への疑問も、批判も提起されてこなかったのは、日本法学界の悲劇としか言いようがない。

かく言う筆者自身も、同じ過ちをおかしていた⁸。それにも関わらず、

6 以下の2012年人権委員会設置法案を含む三法案には、以下と同じ条文が提案された。

第一八一回 閣第七号 人権委員会設置法案

第三条 国は、基本的人権の享有と法の下での平等を保障する日本国憲法の理念にのっとり、人権の擁護に関する施策を総合的に推進する責務を有する。

筆者の評価では、この委員会は、立法が成立した場合でも、憲法上の人権を実現するための権限は持つが、国際法上のヒューマンライツの国内実施のための権限は与えられない。したがって、この法案の機関が立法されても、パリ原則が求める権限（国際法上の権利であるヒューマンライツを国内実施する権限）は、含まれないのである。

7 前掲（その3）」論文。

8 筆者は、『国際人権法入門』明石書店を2003年3月に敢行した。この時には、同書で憲法98条2項によって国際法によって保障される権利を国内実施する重要性について強く主張した。しかし、「国際人権法」という言葉を用いていたことからわかるように、ヒューマンライツという翻訳語を使う必要性については気づいていなかった。

長い間、問題点に気が付かなかった。その不明を恥じ、今更のように強く反省している。

○ それではどうしたらよいのか？

的確な翻訳語を使って、「human rights」と「人権」の違いを認識しやすくする必要がある。そのうえで、課題を初めから検討し直してはどうだろうか？

そのような努力をすることで、仕切り直しをすることを提案したい。

筆者は、「human rights」をカタカナの日本語である「ヒューマンライツ」と翻訳して、「人権」とは違う権利であることを明確にすべきだと考えるようになった⁹。このように表記すると、「ヒューマンライツ」は、ヒューマンライツを保障している国際規約ほか、ヒューマンライツ条約・宣言などが保障している国際法上の権利であって、憲法上の人権とは異なる権利であることを認識することが容易になるはずである。

「ヒューマンライツ」という翻訳語は、カタカナだが日本語である。この翻訳語を使うことは、国際法上のヒューマンライツと憲法上の人権とが違う権利であることを誰にでもわかるように表現する助けになるだろう。

○ 「パリ原則」はどう表現されるのだろうか？

筆者は、法務省資料（その3論文の【資料2】）の「人権」（英文の「human rights」の法務省による翻訳語）を「ヒューマンライツ」に変換して、筆者訳のパリ原則（その3論文の【資料3】）を作ってみた。

そうすると、パリ原則の冒頭¹⁰は、

9 戸塚悦朗『外国人のヒューマンライツ』日本評論社、2023年。同「埋もれたヒューマンライツ（その1）」龍谷法学55巻3号、105-144頁。同「埋もれたヒューマンライツ（その2）」龍谷法学55巻4号、127-172頁。

10 前掲（その3）論文【資料3】筆者訳によるパリ原則（日本語訳）中「権限及び責務」の冒頭部分参照。

権限及び責務

1 国内機構には、ヒューマンライツを促進し、擁護する権限が付与されるものとする。

となる。

そのことを（その3）論文で述べた。

この大方針が明確になれば、難題を解決することできると思う。

この定めによって、パリ原則は、ヒューマンライツ条約など国際法の定めを国内実施するための制度（国内機関）を創ることを求めている基本方針を明確に示しているのである。そのことが日本語話者の誰にでも理解しやすくなるはずだ。こうしてみれば、国内機関は、憲法など国内法によって既に保障されている権利を実現するための国内制度ではないことが明らかとなる。

国内機関を創る法案には、この大原則をまず書き込む必要がある。

ところが、すでに日本で提案されている三つの法案のいずれにもこのような定めはない。そのことは上記したとおりである。

パリ原則の【権限及び責務】をさらに詳細に見てみよう。

2 国内機構には、できるだけ広範な任務が与えられるものとし、その任務は、機構の構成及び権限の範囲を定める憲法又は法律に明確に規定されるものとする。

任務についての一般原則である。このような定めも、これまでの三法案には全く規定されていない。

国内機関には広範な任務が与えられなければならない。このことは、憲法98条2項が定める国際法順守義務の定めがある日本では、少なくとも法

律（国内機関設置法案）によって規定される必要がある。

これまで日本政府は、国際法上のヒューマンライツ条約機関の勧告について、「法的拘束力がない」などと繰り返して、尊重してこなかった。しかし、ヒューマンライツ条約機関は、法的拘束力を持つヒューマンライツ条約の有権的な解釈権限を持っているのだから、その勧告は、極めて重要なものである。国内機関は、このようなヒューマンライツ条約機関の勧告をも誠実に尊重してその国内実施のための任務を遂行することができるものとして設置されなければならない。

「広範な任務」と言うのだから、ヒューマンライツ条約が日本にあてて出した勧告だけでなく、諸国に対して出した勧告や決定についても先例として尊重する任務を持つものとして設置されなければならないだろう。

この任務についての定めは、「機構の構成及び権限の範囲を定め」るために、国内機関を設立する国内法（憲法および法律）に明記される必要がある。ただし、憲法には国際法遵守の基本原則として98条2項があるので、法律に憲法98条2項を援用し、「国内機関には、できるだけ広範な任務が与えられるものとする」と規定すれば足りるであろう。

パリ原則は、国内機関の責務は具体的にどのようなものであると定めているのだろうか？さらに見てみたい。

3 国内機構は、特に、次の責務を有するものとする。

(a) 政府、議会及び権限を有する他のすべての機関に対し、ヒューマンライツの促進及び擁護に関するすべての事項について、関係当局の要請に応じ、又は、上位機関に照会せずに問題を審理する権限の行使を通じて、助言を与えるという立場から、意見、勧告、提案及び報告を提出すること。国内機構は、これらの公表を決定することができる。これらの意見、勧告、提案及び報告は、国内機構

のあらゆる特権と同様に、以下の分野に関連するものとする。

具体的な国内機関の責務3は、その（a）で、重要な権限について以下のとおり規定する。

- ①「政府、議会及び権限を有する他のすべての機関に対して」持つ権限である。
- ②「ヒューマンライツの促進及び擁護に関するすべての事項について」の権限である。
- ③「関係当局の要請に応じ、又は、上位機関に照会せずに問題を審理する権限の行使を通じて、助言を与えるという立場から」の権限である。
- ④「意見、勧告、提案及び報告を提出すること」を行うことができる権限である。
- ⑤「これらの意見、勧告、提案及び報告は、国内機構のあらゆる特権と同様に、以下の分野に関連するものとする」と規定されていて、さらに詳細な権限が以下の通り与えられている。

つまり、国内機関は、国際法によって保障されているヒューマンライツを国内実施するために必要なすべての事項について、政府、議会などに対して、意見、勧告、提案及び報告を提出できる責務を持つこととされている。

これらの責務についても、法律に明記される必要がある。

これまで日本で国会に提出された法案には、このような国際法の国内実施のために必要な責務は全く書かれていなかった。

国内機関の責務3（a）は、さらにその内容を4項目に分け、以下の通り詳細に具体化している。これらも、法律に明記される必要がある。

(i) ヒューマンライツ擁護の維持及び拡張を目的とするすべての法規定又は行政規定並びに司法機関に関する規定。この関係で、国内機構は、法案や提案と同様に、現行の法律や行政規定を審査し、これらの規定をヒューマンライツの基本原則に確実に適合させるために適当と考える勧告を行うものとする。必要な場合には、国内機構は、新しい法律の採択、現行の法律の改正及び行政施策の採用又は修正を勧告するものとする。

(ii) 自ら取り上げることを決めたあらゆるヒューマンライツ侵害の情况。

(iii) ヒューマンライツ一般に係る国内の情况及びより具体的な問題に関する報告書の作成。

(iv) 国内でヒューマンライツが侵害されている地域の情况について政府の注意を促し、そのような状況を終結させるためにイニシアティブをとるよう要請し、必要な場合には政府の立場や対応について意見を表明すること。

具体的な国内機関の責務3は、その(b)の中で、以下の通り定めている。

(b) 当該国家が締約国となっている国際ヒューマンライツ条約と国内の法律、規則及び実務との調和並びに条約の効果的な実施を促進し確保すること。

筆者は、(その2)論文で、過去筆者が取り組んだ具体的な事例について述べ、ヒューマンライツが不可視化され、埋もれてしまっていることについて報告した。たとえば、精神障がい者の精神病院への強制入院の実態と自由権規約9条4項の問題をあげている。この問題の提起をしたのは、

1982年だった。すでに自由権規約は、1979年に以批准されていた。精神衛生法は、1987年に改正され、精神保健法が成立したものの、自由権規約9条4項が保障しているヒューマンライツは、2025年現在未だに日本では国内実施されていないことは前記したとおりである。

パリ原則が国連総会決議として採択されたのは、1993年のことだったから、その後速やかに国内機関が日本に設置されていれば、国内機関は、責務3（b）の権限を行使して、自由権規約と「国内の法律、規則及び実務との調和並びに条約の効果的な実施を促進し確保すること」に努めることができたはずだった。しかし、国内機関は設置されず、前記した三法案にも、このような権限についての規定はない。

だから、この規定を法律に書き込むことからまず始める必要がある。

具体的な国内機関の責務3は、その（c）の中で、以下の通り定めている。

（c）上述の条約の批准又は承認を促し、その実施を確保すること。

上述の条約とは、ヒューマンライツ条約のことである。日本はまだすべてのヒューマンライツ条約を批准しているわけではない。国連憲章上の機関及び条約機関による度重なる多数の勧告をあげるまでもなく、最も重要なものは、個人通報権条約の批准である。もし立法されれば、国内機関は、その批准と実施を確保するために全力を挙げることになる。

この規定が法律に書き込まれる必要があることは明らかである。

具体的な国内機関の責務3は、その（d）の中で、以下の通り定めている。

(d) 国が条約上の義務に従って、国連の機関や委員会、又は地域機構に提出を求められている報告書に貢献すること。必要な場合には、機構の独立性にしかるべき注意を払いながらもその問題について意見を表明すること。

アジアにはまだ地域ヒューマンライツ条約がないので、この規定については、「又は地域機構」は削除して法律に書き込まれる必要がある。この規定があれば、国の条約機関への政府報告書の質は格段に向上するだろう。毎回、前回の勧告を拒否し続け、同じ報告を繰り返すこともなくなるのではないだろうか。

具体的な国内機関の責務 3 は、その (e) の中で、以下の通り定めている。

(e) 国連及び他の国連機構の組織並びにヒューマンライツの促進及び擁護の分野において権限を有する地域機構及び他国の国内機構と協力すること。

この規定も法律に明記される必要があるが、アジアには「地域機構」が存在しないので、これについては立法しないことになる。

具体的な国内機関の責務 3 は、その (f) の中で、以下の通り定めている。

(f) ヒューマンライツの教育や研究のためのプログラムの策定を援助し、学校、大学及び職業集団におけるそれらの実施に参加すること。

ここで定められているのは、「ヒューマンライツの教育や研究のためのプログラム」であって、憲法上の人権プログラムとは全く異なるので、注意が必要である。現在の日本における「学校、大学及び職業集団」におけるプログラムは、憲法上の「人権」プログラムがほとんどであろう。「国際人権」と言うタイトルでヒューマンライツに関するプログラムが実施されているかもしれないが、ヒューマンライツが教育及び研究の中で不可視化されていることは、（その1）、（その2）、（その3）論文で詳述しておりである。「ヒューマンライツ」という翻訳語を使って、国際法上の権利を可視化したうえで実施する必要がある。

立法に当たっても、「国内ヒューマンライツ機関」設置法案と明記し、タイトルにも「ヒューマンライツ」を使う必要がある。

具体的な国内機関の責務3は、その（g）の中で、以下の通り定めている。

（g）特に情報提供と教育を通じ、そしてすべての報道機関を活用することによって、国民の認識を高め、ヒューマンライツとあらゆる形態の差別、特に人種差別と闘う努力とを宣伝すること。

この規定も法律に明記する必要がある。マスメディアにも、「ヒューマンライツ」が「人権」と異なることについて理解を求め、国際法上の権利については、「ヒューマンライツ」という翻訳語を採用するよう要請する必要がある。

パリ原則が、ヒューマンライツのみならず、「あらゆる形態の差別、特に人種差別と闘う努力を宣伝すること」を特筆していることに注目する必要がある。日本では、差別禁止法が立法されていない。しかし、パリ原則を法律に書き込むことによって、差別禁止法の立法とすることも可能であ

ろう。

以上のパリ原則への適合性の検討から、これまで日本の国会に提出された国内機関創設法案を評価する必要がある。そうすると、2012年民主党政権時代の人権委員会設置法案を含め、三法案はいずれもパリ原則の核であるヒューマンライツの国内実施という【権限及び責務】を全く含んでいないことが明らかになるであろう。

それでは、諸外国の国内機関は、この役割を含んでいるのであろうか？
以下、比較法による検証を試みてみたい。

第6 国内ヒューマンライツ機関の比較法による検証

★オーストラリアのNHRI

国際法上のヒューマンライツを国内実施するための国内機関という視点からみると、パリ原則のモデルともいえる立法例としては、オーストラリアのヒューマンライツ委員会法がある。同委員会は、アジア太平洋地域のNHRIsの発展のために指導的な役割を果たしている。

○ 日弁連によるオーストラリア調査

日弁連調査団が、オーストラリアを訪問して現地調査して得た貴重な情報がある¹¹。しかし、残念ながら、報告書には、パリ原則が求める、国際

11 日弁連国内人権機関実現委員会視察訪問団「オーストラリア人権委員会＆ニューサウスウェールズ州オンブズマン視察報告書」（調査期間2013年3月25日～26日）

https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/committee/list/jinken/data/Australia_tyousahoukokusyo2013.pdf

2025年1月11日閲覧。

法上のヒューマンライツを国内で実現する「権限及び責務」についての情報が見当たらない。

なぜなのだろうか？

日弁連調査の焦点は、政府からの独立性にしばられていたのではないか。この視点は非常に重要である。しかし、「権限及び責務」は、国内機関の核であって、これが欠ければ、国内機関設置の意味が全くなってしまいう。

まずは、ネーミングである。

日弁連の報告書では、「オーストラリア人権委員会」とされている。英語の名称は、Australian Human Rights and Equal Opportunity Commissionであり、略称は、Australian Human Rights Commissionである。このhuman rightsの翻訳が「人権」となっていることが問題を起こしたのではないか。

もし、翻訳語として「ヒューマンライツ」を使っていたらどうだろうか？名称は、「オーストラリア・ヒューマンライツ委員会」となったはずである。日本でも2012年民主党法案では、国内機関の名称は、「人権委員会」となっていた。オーストラリアの委員会のネーミングに「人権」を使うと、日本の「人権委員会」設置法案の機関がオーストラリアの「人権委員会」と同様な機関であるかのような誤認を生む原因となろう。

だが、以下に見るように、オーストラリアNHRIの実際は、日本の人権委員会設置法案の中身とは全く違う。

どこに違いがあるのだろうか？

日弁連調査の報告書を読むと、調査の関心は、政府からの独立性の問題が中心となっていて、委員会の「権限及び責務」には関心が向けられていなかったことがわかる。

また、オーストラリア委員会側の説明を聞いても、「human rights」に関する問題の説明は、すべて「人権」と翻訳されてしまったために、印象

が全く異なってしまったのではないだろうか？日弁連報告書では、「人権」という言葉が多数回出てくる。しかし、これでは、国際法上のヒューマンライツが見えなくなってしまうのではないだろうか？「人権」という言葉にヒューマンライツが埋没してしまって、国内法の権利とは異なる国際法上の権利についての区別が明確にならないからである。

また、報告書への添付資料のなかには、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会の設置法の翻訳が見当たらない。そのため立法の中身を知ることができないことが残念である。

比較法による検証のためには、日弁連がすでに現地調査を実施して、相当程度なじみがあるオーストラリア・ヒューマンライツ委員会を事例に挙げて、さらに調査を深めることが適当と考えた。そのうえで、オーストラリア法と日本の三法案とを比較してみたい。

そこで、まず初めに、オーストラリアNHRIに関する英語情報（インターネットで調査可能なもの）から調べてみた結果を報告してみよう。

その際、筆者は、「human rights」の翻訳語としては、「ヒューマンライツ」を使うことにする。その点がこれまでの日弁連調査とは異なる。そうすることによって、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会の実際がよく見えてわかりやすくなると思われる。

結論を述べるなら、オーストラリアの国内機関は、国際法上の権利であるヒューマンライツを国内実施するための権限と責務を与えられていることがわかった。

以下の情報から、オーストラリアNHRIは、国内法上の権利である憲法上の人権侵害の救済を対象にしている日本の三法案が創設しようとした国内機関とは全く性質が異なることが明確になるはずである。

○ ジョン・フォン・ドゥーサ議員の国連演説

これは、ジョン・フォン・ドゥーサ議員によってオーストラリア・

ヒューマンライツ・機会均等委員会を代表してなされた「国内ヒューマンライツ委員会」と題する国連ヒューマンライツ委員会における2004年4月14日のステートメントである¹²。

国内機関は、国連ヒューマンライツ会議に積極的に貢献すべき特別の地位を与えられていることを示す。その内容も興味深いが、ここでは歴史的経過に触れた冒頭部分を紹介したい。

オーストラリア・ヒューマンライツ・機会均等委員会（以下、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会）は、アジア太平洋地域で最も古い国内ヒューマンライツ機関の一つです。当初は1981年にヒューマンライツ委員会として設立され、1986年にヒューマンライツ・機会均等委員会に再編されました。同機関は、グローバル・ヒューマンライツ機関のアジア太平洋フォーラムの創設メンバーであり、強力な支持者です。

そのため、私たちはスキルと法学の開発における経験を、地域の新しい国内ヒューマンライツ機関と共有することができました。私たちの委員会は、アジア太平洋ヒューマンライツ機関フォーラム（APF）を通じて、技術的および財政的支援を提供することにより、APFの設立と強化において重要な役割を果たしてきました。

○ 国際的な関与

12 National Human Rights Institutions: Statement Delivered by The Hon. John von Doussa, Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission, Agenda Item 18 (b) at the 60th Session of the UN Commission on Human Rights, 14 April 2004

<https://humanrights.gov.au/about/news/speeches/national-human-rights-institutions>

2025年1月11日閲覧。

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会のウェブサイトによる情報だが、以下のように国際的な関与をしているという説明がなされている¹³。これは、パリ原則の核に関わる非常に重要な情報なので、ここにあげておきたい。

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会は、オーストラリアの認定国内ヒューマンライツ機関（NHRI）です。同委員会は、国連のヒューマンライツ・メカニズムと連携し、オーストラリア国内および国際ヒューマンライツの場でヒューマンライツを促進・保護する役割を担っています。

これこそがパリ原則が求める国内機関の核となる役割である。ことに、国内で「ヒューマンライツを促進・保護する」役割こそが、前記したとおりパリ原則の「権限及び責務」の第1にあげられていることに注目して欲しい。国際法上の権利であるヒューマンライツの国内実施の役割こそが国内機関の最重要使命であることは、何度繰り返しても足りない。

この役割は、日本の国会に提案されてきた三法案には全く欠けている役割である。それゆえ、日本の法案は、いずれもパリ原則に沿っていないと言わざるを得ない。

以下の検討で、この役割の内容をさらに詳細に見てゆくことにしたい。

13 International engagement | Australian Human Rights Commission

The Australian Human Rights Commission is the accredited national human rights institution (NHRI) for Australia. The Commission has a role engaging with UN human rights mechanisms, to promote and protect human rights both in Australia and within the international human rights arena.

<https://humanrights.gov.au/our-work/legal/international-engagement>

2025年1月11日閲覧。

○ 連邦議会とのかかわり

オーストラリアの連邦議会は、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会について、以下のような説明をしている¹⁴。他の情報と重複するが、立法機関の観点からの説明として興味深いので、以下に詳しく紹介したい。上記の国際的な関与の意義を理解するために役立つと思う。

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会（AHRC）は、ヒューマンライツを保護および促進する独立したオーストラリアの法定機関です。AHRCは、オーストラリアの国内ヒューマンライツ機関（NHRI）であり、グローバル・ヒューマンライツ機関連盟（GANHRI）のメンバーです。GANHRIはNHRIを評価し、認定します。「Aステータス」のNHRIは、国連ヒューマンライツ理事会、その補助機関、および一部の総会の機関とメカニズムに独立して参加する権利を持っています。彼らは、投票権やガバナンス職の保持権を含む、GANHRIの正会員になる資格があります。「Bステータス」で認定されたNHRIは、GANHRIの会議に参加しますが、投票したり、ガバナンスの役職に就いたりすることはできません。

AHRCは現在、「Aステータス」の認定を受けています。しかし、2022年3月、GANHRIはAHRCの再認定申請に関連して多くの懸念を提起し、その懸念に対処するための時間を確保するために、最終決定を18か月遅らせました。GANHRIが提起した問題が満足のいく形で対処されない場合、AHRCの認定ステータスは格下げされる可能性があります。

14 Australian Human Rights Commission – Parliament of Australia
https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_departments/Parliamentary_Library/Research/Briefing_Book_Articles/47th_Parliament/AustralianHumanRightsCommission
2025年1月11日閲覧。

ここで、議会ウェブサイトは、非常に重要な情報を簡潔に上げている。英文で「human rights」とは何かを述べているのである。これを「人権」と翻訳してしまうと、国内法上の権利と区別がつかなくなり、何が何だか分からなくなる。そこで、前記したとおり「ヒューマンライツ」と翻訳すべきであることを再確認しておきたい。オーストラリア議会による定義でも、ヒューマンライツは、国際法上の権利であることが確認できる。

ヒューマンライツは、すべての人間に備わっている権利です。人種、性別、国籍、民族、言語、宗教、その他の地位に関係なく、すべての人が持つ権利です。1948年のヒューマンライツの普遍的宣言は、「人類家族のすべての構成員の固有の尊厳と平等かつ不可侵の権利の認識は、世界の自由、正義、平和の基礎である」と述べています（前文）。

議会ウェブサイトは、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会の活動について、以下のように紹介している。

AHRCの活動

1986年のオーストラリア・ヒューマンライツ委員会法によって設立されたAHRCは、差別やヒューマンライツ侵害に関する苦情を調査して調停し、法律や政策立案におけるヒューマンライツの考慮を政府に提唱し、助言を提供し、法律を見直し、議会の調査に提出します。AHRCは、教育や研修、イベント、ディスカッション、メディアへの働きかけを通じて、ヒューマンライツ問題に対する意識を高め、促進する上で重要な役割を果たしています。AHRCはまた、オーストラリアにおけるヒューマンライツと差別問題に関する調査を行い、ヒューマンライツ問題に関する全国的な調査を行っていま

す。

AHRCは、裁判所の許可を得て、関連する手続きに介入する権限を有しており、AHRCコミッショナーは、裁判所の友人として、連邦裁判所およびオーストラリア連邦巡回裁判所および家庭裁判所を支援することもできます（*amicus curiae*）。さらに、AHRCは雇用主向けのガイドラインを作成し、組織の多様性と包括性を支援し、現代的奴隷制に対処するのを支援するためのトレーニングと資源を提供しています。AHRCは、アジア太平洋地域の他のヒューマンライツ機関に対しても国際的な教育・研修プログラムを実施しています。最後に、AHRCは、オーストラリアの国際的なヒューマンライツ約束の履行状況の監視と精査に参加し、そうすることで、国連に独立した報告書を提供します。

議会ウェブサイトは、上記するように国際的なヒューマンライツ約束について触れているが、それは具体的には、次のようなヒューマンライツ条約であることを以下のように列挙している。前述したヒューマンライツの内容がいかなるものかを知るために必須の情報である。

オーストラリアは、以下の7つの主要なヒューマンライツ条約の締約国です。

市民的及び政治的権利に関する国際規約（ICCPR）

経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（ICESCR）

あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約（CERD）

女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約（CEDAW）

拷問等禁止条約（CAT）

子どもの権利に関する条約（CRC）

障害者権利条約（CRPD）

○ オーストラリア政府・法務総裁による情報

オーストラリア政府・法務総裁によるウェブサイトは、以下のように簡潔にヒューマンライツ委員会について説明している¹⁵。重複になるが、政府による見方を示している点で重要である。

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会は、オーストラリアの国内ヒューマンライツ機関です。オーストラリア・ヒューマンライツ委員会は、1986年のオーストラリア・ヒューマンライツ委員会法に基づいて設立された独立した法定機関です。同委員会は、調査の実施、裁判手続きへの介入、制定法の審査、教育プログラムや一般市民の意識向上キャンペーンの実施など、ヒューマンライツに関するさまざまな職務、機能、権限を有しています。これは、国内機関の地位に関する原則（パリ原則）の下でAステータスの国内機関として認定されています。

また、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会は、オーストラリアの反差別法に基づく違法な差別の苦情を調査し、調停を試みる権限も有しています。不法に差別されていると思われる場合は、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会に苦情を申し立てることを検討することをお勧めします。調停が不成立となった場合、特定の状況下では、連邦裁判所または連邦巡回裁判所および家庭裁判所で、苦情に関する法的手続きを開始することができます。

パリ原則は、国内ヒューマンライツ機関の責任、構成、枠組みを定めています。これらは、オーストラリア・ヒューマンライツ委員

15 Australian Human Rights Commission | Attorney-General's Department
<https://www.ag.gov.au/rights-and-protections/human-rights-and-anti-discrimination/australian-human-rights-commission>
2025年1月13日閲覧。

会のような国内ヒューマンライツ機関が効率的に運営され、ピアグループや国連システム内で信頼性があると見なされるために満たさなければならない最低基準です。

国内ヒューマンライツ機関のグローバル・アライアンス（GANHRI）は、国内ヒューマンライツ機関がパリ原則を遵守しているかどうかを審査・評価し、それに応じて、その機関を「A」ステータスまたは「B」ステータスの機関として認定すべきかどうかを決定する権限を有しています。GANHRIは、5年ごとに国内ヒューマンライツ機関の認定を見直し、分析する権限を持っています。最初の認定プロセスとその後の再認定審査を経て、「A」または「B」のステータスが付与され、パリ原則の遵守を強化するためにどのような改善が可能かを概説した推奨事項のリストが提示されます。パリ原則の主要な要件は、オーストラリアの国内ヒューマンライツ機関である同委員会の法定役員の任命プロセスが、あらゆる状況において透明性があり、実力主義であることを保証することです。

オーストラリア政府は、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会の委員長とコミッショナーの任命については、特別のガイドラインを制定した。これは、ヒューマンライツ委員会法にもとづいて、政府の公務員採用の能力及び透明性に関するガイドラインにも適合するように特別に作成された。それを以下のように説明している。

私たちは、委員会の委員長（the president）と委員（commissioners）の任命のプロセスを定めた特別の任命ガイドラインを作成しました。このガイドラインは、政府の能力と透明性のガイドラインに適合しています。このガイドラインは、1986年オーストラリア・ヒューマ

ンライツ委員会法、2004年年齢差別法、1992年障害者差別法、1975年人種差別法、1984年性差別法の規定と併せて読むことを前提としています。政府は、2023年7月26日から2023年8月22日まで協議するためのガイドライン案を発表しました。ガイドラインはこれで最終決定されました。

現在の委員長及びコミッショナーは、以下の通りである。

Statutory appointments to the commission

Name	Role	Date of Appointment	Expiration of Appointment
Mr Hugh de Kretser	President	30 July 2024	29 July 2029
Ms Katie Kiss	Aboriginal and Torres Strait Islander Social Justice Commissioner	3 April 2024	2 April 2029
Mr Robert Fitzgerald AM	Age Discrimination Commissioner	2 April 2024	1 April 2029
Ms Rosemary Kayess	Disability Discrimination Commissioner	29 January 2024	28 January 2029
Ms Lorraine Finlay	Human Rights Commissioner	22 November 2021	21 November 2026
Ms Anne Hollonds	National Children's Commissioner	2 November 2020	1 November 2025
Mr Giridharan Sivaraman	Race Discrimination Commissioner	4 March 2024	3 March 2029
Dr Anna Cody	Sex Discrimination Commissioner	4 September 2023	3 September 2028

○ コモンウェルス・フォーラムからの情報

国内ヒューマンライツ機関のコモンウェルス・フォーラムが、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会について情報を発信している¹⁶。短いが、英連邦に関する情報として貴重だと考える。

16 Australia-CFNHRI
<https://cfnhri.org/members/pacific/australia/>
 2025年1月12日閲覧。

法的権限

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会は、以下の連邦法に基づいて機能しています。

1986年オーストラリア・ヒューマンライツ委員会法（Cth）

1975年人種差別法（Cth）

1984年性差別法（Cth）

1992年障害者差別禁止法（Cth）

2004年年齢差別法（Cth）。

この委員会は、1986年オーストラリア・ヒューマンライツ委員会法（Cth）によって設立されました。

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会の法的権限の根拠は、1986年オーストラリア・ヒューマンライツ委員会法に基づくだけでなく、その他の四つの差別禁止法（差別を禁止するヒューマンライツ条約にもとづくもの）立法にあることがわかる。それでは、同委員会の機能はどのようなものなのであろうか。それについては、フォーラムは以下のように説明している。

機能

委員会の主な機能には、差別とヒューマンライツ侵害に関する苦情の調査と調停が含まれます。国家的に重要なヒューマンライツ問題に関する公開調査を行うこと。学校、職場、コミュニティ向けのヒューマンライツ教育プログラムと資源の開発。ヒューマンライツの原則が関与する事件で裁判所を支援するための独立した法的助言を提供する。国際ヒューマンライツ協定に合致した法律や政策を策定するための助言を政府に提供する。

○ オーストラリアの外交方針との関わり

オーストラリア外務省が、その外交方針を説明する中で、以下のように、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会設立をその重要な柱の一つとして評価していることを確認している¹⁷。オーストラリアは、ヒューマンライツを主要目的の一つとした1945年国際連合憲章の起草会議にも参加した。このことが国際法上のヒューマンライツの成長・発展に極めて重要な歴史であることは、(その1)論文で詳しくのべた。オーストラリア外務省は、その原点から外交方針を説き起こしている。

オーストラリアのヒューマンライツへの取り組み

オーストラリアのヒューマンライツへのコミットメントは、我が国の価値観を反映しており、オーストラリアの国際社会への関与の基本原則です。オーストラリアは国連の創設メンバーであり、1948年にヒューマンライツの普遍的宣言に最初に署名しました。オーストラリアは75年以上にわたり、特にインド太平洋地域におけるヒューマンライツの促進という文脈において、ヒューマンライツの促進と保護を強く提唱してきました。

ヒューマンライツは普遍的ですが、不可分で相互依存しています。ヒューマンライツは、誰であろうと、どこで生まれたかに関わらず、すべての人に平等に適用されます。ヒューマンライツは平和と繁栄を支えています。ヒューマンライツを尊重し、保護し、実現することによってのみ、持続可能で包摂的な開発を達成することができます。

17 Australia's commitment to human rights | Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade

<https://www.dfat.gov.au/international-relations/themes/human-rights>

2025年1月13日閲覧。

そして、オーストラリア外務省は、ヒューマンライツがすべての人に平等に適用され、平和と繁栄を支えていることも確認している。オーストラリアが元英国の植民地であり、アボリジニー差別という大きな問題を背負っていることを念頭におくなら、ここで、オーストラリア外務省がヒューマンライツの重要性を外交方針の柱として確認していることの重要性を理解できるだろう。そこに、オーストラリアがヒューマンライツ委員会を設置するに至る背景を見ることができるだろう。

外務省は、さらに説明を続けている。

ヒューマンライツに対する私たちのコミットメントは、オーストラリア社会に深く根ざした国家的価値観と、民主主義と法の支配に対する私たちの尊重を反映しています。また、私たちが常に国際社会と関わってきた方法、つまり、積極的かつ実践的なアドボカシー、感受性と公正さ、そしてヒューマンライツ侵害や虐待に対して声を上げる意欲を支えています。

オーストラリアは、国内外でヒューマンライツを促進し、保護しています。オーストラリアのヒューマンライツに対するコミットメントは不変であり、オーストラリア人はヒューマンライツの普遍的宣言の起草を支援し、その一貫した包括的な実施の主要な支持者となっています。

私たちは、二国間関係、開発援助、市民社会との関与、および国連（UN）、ヒューマンライツ理事会（HRC）、国連総会第3委員会などの地域および多国間のフォーラムへの関与を通じて、ヒューマンライツを世界的に推進することに強くコミットしています。

ヒューマンライツの普遍的宣言に盛り込まれたヒューマンライツの保護と促進は、恒久的な平和と安全を達成するための世界的な努力にとって極めて重要です。オーストラリアは、開発に対して

ヒューマンライツに基づくアプローチをとっています。

オーストラリアは、建設的な二国間対話を通じてヒューマンライツを促進しています。我々は、適切な場合には、開発援助及び人道支援を通じてヒューマンライツを前進させ、保護するために、各国と協力します。時には、特に重大なヒューマンライツ侵害の場合には、制裁を適用します。

オーストラリア外務省は、次に具体的な外交方針を列挙している。その中に、国内ヒューマンライツ機関政策も位置付けられていることに注目すべきであろう。

女性と女児、LGBTQIA+の人々、障害者、先住民族のヒューマンライツを擁護し、前進させる

表現と意見の自由、宗教と信念の自由、集会と結社の自由を含む基本的自由を提起し、擁護する

現代奴隷制との闘い、オーストラリアの死刑廃止戦略に基づく死刑廃止、ジェンダー平等、障害者の権利支援に関するリーダーシップを引き続き発揮する。

太平洋島嶼国と協力して、気候変動がヒューマンライツに及ぼす影響に取り組む

多国間ヒューマンライツ・システムへの市民社会の関与を強化し、ヒューマンライツ擁護者と国内ヒューマンライツ機関（NHRI）を支援する

特定の国の状況（例えば、イラン、ウクライナ、アフガニスタン、ミャンマー）を含むヒューマンライツ侵害やヒューマンライツ侵害に対する説明責任を確保するため、多国間ヒューマンライツ・システムを強化する

○ オーストラリア憲法事情

オーストラリアは、英連邦に属し、コモン・ローの伝統を継受している。だから、国内法の平面と国際法の平面は明確に分かれている。国立国会図書館による調査からオーストラリアの憲法事情の一部を引用してみたい¹⁸。条約上の義務を国内的に実施するためには、国内実施立法を要する。だから、国内ヒューマンライツ機関は重要な役割を果たす。そのことを示す憲法事情を引用しておきたい。なお、この研究の執筆者（山田邦夫氏）は、「human rights」を「人権」と翻訳しているので、そのまま引用した。

（4）外交権と国際法 第51条第29号は、「対外業務」（external affairs）に関する立法権限を連邦議会に与えたものである。…オーストラリアが条約を締結しこれを批准した場合、国際法上は当該条約の条項を遵守する義務が生ずる。しかし国内法上は、議会の制定法により個別に国内法化しなければ強制力が生じない。もっとも、条約が国内法化されていなくても、係争の対象となる制定法に対し国際法上の義務に照らして解釈が行われることはありうる。この場合でも制定法と条約が明白に矛盾を来しているときは、当該制定法は違憲とされない限り国際法上の義務に優越する。制定法が国際法と矛盾することは違憲の根拠とはならない。連邦はいかなる条約についても、その扱う主題に拘わらず、条約上の義務を履行するために第51条第29号に基づき国内法化する権限を有する。このことは、オーストラリアが1975年に批准した人種差別撤廃条約に国内効を与えるため制定された1975年人種差別禁止法（Racial Discrimination

18 山田邦夫「オーストラリアの憲法事情」『諸外国の憲法事情オーストラリア』国立国会図書館調査及び立法考査局、2003年12月、85-134頁。

https://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_999538_po_20030206.pdf?contentNo=6

2025年1月19日閲覧。

Act 1975 (Cth) の効力が争われた1982年の高等裁判所判決118を経て、1983年のタスマニア・ダム事件判決で確認された119。タスマニア・ダム事件は、世界自然遺産として登録されたタスマニア州内の区域にダムを建設する州の計画を、1972年ユネスコ世界遺産条約に基づく1983年世界遺産保存法 (World Heritage Properties Conservation Act 1983 (Cth)) を根拠に連邦が中止させたというものであった。その後の高等裁判所判決では、たとえ条約上の「義務」でなく「勧告」のようなものであっても、第51条第29号の権限に基づきこれを国内法化できることが示されている。120

英国には成文憲法典がないが、オーストラリアには連邦の統治機構を定めた成文憲法は存在する。ただし、個人の権利については、「権利章典」の規定がない。コモン・ローによる判例法と国内の制定法に委ねられている。だから、国際法上のヒューマンライツを国内実施することは極めて重要な課題である。そのことは前掲の「オーストラリア憲法事情」は、以下のように説明している。

(4) 「権利章典」論議 オーストラリアはいまや民主制国家のなかでは、憲法のなかにも制定法としても「権利章典」を有しない数少ない国家のひとつとなった。上に述べたとおり、民族的少数者と先住民族を排除することが、憲法に「権利章典」を導入しなかった理由のひとつであった。憲法制定当時はまた、市民的権利は法の支配のもとでは、コモン・ローと民主的な政治制度により守られるものだと考えられていた。……第二次世界大戦後、オーストラリアの人権論議は、1945年の国連憲章や1948年の世界人権宣言に始まる国際人権法の影響を受けるようになった。第5節(4)で触れたように、条約締結によりただちに国内における法的効力が発生するのではな

く、関連の国内法が制定されることで初めて国内効を有することとなる。1973年には、1966年に締結された市民的・政治的権利に関する国際規約（ICCPR）を国内法化するための人権法案（Human Rights Bill 1973（Cth））が連邦議会に提出された。この法案は、表現の自由、移動の自由、結婚し家族をもつ権利、個人のプライバシーといった権利を保障し、戦争宣伝の禁止をも含んでいた。また私人間の権利侵害も規制するものであった。しかし同法案は議会での強い反対により廃案となった。この後、国際人権法を国内に適用する目的で、1975年人種差別禁止法、1984年男女差別禁止法（Sex Discrimination Act 1984（Cth））、1992年障害者差別禁止法（Disability Discrimination Act 1992（Cth））といった差別禁止法が個別に制定されてきた。これらの連邦法は、州法に対する連邦法の優位を定める連邦憲法第109条の規定と相俟って、差別に対する人権保護を広範囲に保障するものとなっている¹⁹。1985年にも国際人権法を国内法化するために、オーストラリア人権法案（Australian Human Rights Bill 1985（Cth））が議会に提出された。1973年法案とは異なり政府の行為のみを対象とするものであったが、下院を通過したものの上院で廃案となった。

★オーストラリア・ヒューマンライツ委員会のウェブサイトからの情報

○ human rightsとは何か？

それでは、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会によれば「human rights」は、どのように説明されているのだろうか？¹⁹

19 オーストラリア・ヒューマンライツ委員会作成のファクトシートで説明されている。

<https://humanrights.gov.au/about/what-are-human-rights>

2025年1月19日閲覧。

ヒューマンライツは、背景、住んでいる場所、外見、考えていること、信じていることに関係なく、各人に固有の価値を認めています。それらは、文化、宗教、哲学を超えて共有される尊厳、平等、相互尊重の原則に基づいています。ヒューマンライツは、公平に扱われること、他人を公正に扱うこと、そして私たちの日常生活で真の選択をする能力を持つことです。ヒューマンライツの尊重は、誰もが貢献し、仲間の一員であると感じることができる強力なコミュニティの基盤です。オーストラリア。ヒューマンライツ委員会は、ヒューマンライツ法の発展に関する重要な情報を提供する一連のファクトシートを作成しました。

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会は、以下の通り、オーストラリアが締結したヒューマンライツ条約をヒューマンライツの法的な根拠として挙げている。

○ ヒューマンライツ条約

1948年12月10日に国連で採択されたヒューマンライツの普遍的宣言は、すべての人々に適用される基本的権利と自由を定めています。第2次世界大戦後に起草されたこの文書は、多くの法的拘束力のある国際ヒューマンライツ法の基礎となる文書となりました。

オーストラリア政府は、以下を含むこれらのヒューマンライツ条約の多くを支持し、尊重することに同意しています。

市民的及び政治的権利に関する国際規約

経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約

あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する条約

女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約

拷問その他の残虐な、非人道的なまたは品位を傷つける取扱いまたは刑罰の禁止に関する条約

児童の権利に関する条約

障害者の権利に関する条約。

○ オーストラリア・ヒューマンライツ委員会とは何か

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会は、前掲のウェブサイトで、次のように同委員会について説明を続けています。

委員会は、国際的なヒューマンライツに関する約束を果たすためのオーストラリアの実績を監視する責任があります。私たち委員会は、これらの基準が国内法、および政府によって開発された政策やプログラムに反映されるように、助言と推奨事項を提供します。

○ オーストラリア・ヒューマンライツ法の必要性

オーストラリアは、ヒューマンライツと自由を強く意識していますが、人々の基本的ヒューマンライツは、オーストラリアの法律ではあまり保護されていません。

オーストラリアは、人々の基本的権利とは何か、そしてそれらをどのように保護できるかを説明する国家法や権利憲章を持たない世界で唯一の自由民主主義国です。オーストラリアの一部の州や準州には独自のヒューマンライツ法がありますが、オーストラリアでは、すべての人々の権利が常に保護されることを保証するために、全国的なヒューマンライツ法が必要です。

○ 差別に関する苦情

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会は、差別やヒューマン

ライツ侵害に関する苦情を調査し、調停します。苦情の当事者の擁護者または法定代理人として行動するものではありません。苦情処理はシンプルで、無料で、柔軟性があります。

○ 私たちは何なのか？

委員会は、オーストラリアの国家ヒューマンライツ機関です。私たちは、差別やヒューマンライツに関する苦情を調査し、調停します。その苦情処理は無料で機密扱いであり、個人が迅速かつ効果的に紛争を解決することができます。

私たちは、法律や政策立案においてヒューマンライツが考慮されることを政府等に提唱するとともに、助言、法律の見直し、議会調査への意見提出も行っています。

私たちは、教育とトレーニング、イベントとディスカッション、メディアへの働きかけ、デジタルリソース、ソーシャルメディア・コミュニケーションを通じて、オーストラリアのヒューマンライツに対する意識を高め、促進しています。

私たちは、オーストラリアのヒューマンライツと差別問題に関する調査を行っており、ヒューマンライツ問題をより詳細に調査するために全国的な調査を行うこともあります（あなたがたは、現在の調査やプロジェクトについて意見を述べることができます）。

また、裁判所に対するヒューマンライツ義務に関する法的助言を提供し、差別事件において専門的な助言を提供するために、*amicus curiae*（裁判所の友人）を提出します。

私たちは、雇用主向けのガイドラインを作成し、組織がダイバーシティ&インクルージョンを組み込み、支援し、グローバルな事業とサプライチェーンにおける現代奴隷制のリスクに対処するのを支援するためのトレーニングと資源を提供しています。

私たちは、アジア太平洋地域の他のヒューマンライツ機関に対して国際的な教育および研修プログラムを実施しています。

委員会はまた、オーストラリアが国際的なヒューマンライツに関する約束を果たすための活動を監視し、精査する役割も担っています。私たちは、このことについて、国連に対して独立した報告書を定期的に提出しています。

○ 委員会の差別に関する苦情への対応

雇用、教育、商品、サービス、施設の提供、宿泊施設、スポーツ、および連邦の法律とサービスの運営において差別されることは法律に違反しています。

以下に基づいて差別、嫌がらせ、いじめを経験した場合は、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会に苦情を申し立てることができます。性別（妊娠、婚姻状況、交際状況（同性および事実上の地位を含む）、授乳、家族責任、セクシャル・ハラスメント、性自認、インターセックス、性的指向を含む）。一時的および恒久的な障害を含む障害。身体的、知的、感覚的、精神医学的障害、疾患または病気；病状；仕事関連の怪我；過去、現在、未来の障害。そして障害を持つ人との関連。人種（肌の色、家系、国籍または民族的出身、移民の地位、人種的憎悪など）年齢、若者と高齢者を対象。性的嗜好、犯罪歴、労働組合活動、政治的意見、宗教、社会的出自（雇用時のみ）また、連邦とその機関に対するヒューマンライツ侵害の疑いに関する苦情を調査し、解決することもできます。

○ 委員会の組織

委員会は、委員長と7人の委員（コミッショナー）で構成される組織です。委員長は、委員会の管理事務を管理する責任があり、委

員会の説明責任を有する権限を持ちます。委員長は、その権限の一部を行政長官およびその他のスタッフに委任します。

○ 委員会の年次報告書

委員会の年次報告書を精査することによってより多くの且つ豊かな情報を得ることができるだろう²⁰。しかし、あまりに煩瑣になるので、ここでは省略する。

○ 以上の検討から何がわかるだろうか？

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会は、国際法上の権利であるヒューマンライツをオーストラリア国内で実施するための責務及び権限を連邦法によって与えられ、その国内実施を現実に実行してきたと言えよう。

パリ原則が国連総会決議として採択されたのは、1993年である。同委員会法（下記）が制定されたのはその前である。だから、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会法（1986年）は、パリ原則立案のモデルとなったと考えても良いと思われる。

問題は、2012年人権委員会設置法案を含め日本の三法案は、その条文を検討することによって、国内法上の憲法上の人権を実現するための制度を創設しようとしていたことが明らかになったことである。したがって、日本の法案は、いずれも、国際法上のヒューマンライツの国内実施を任務とするオーストラリア・ヒューマンライツ委員会とは全く異なるタイプの組織を構想していたと言える。

20 年次報告書Annual Report 2023-24 | Australian Human Rights Commission
<https://humanrights.gov.au/our-work/commission-general/publications/annual-report-2023-24>
2025年1月20日閲覧。

★オーストラリア・ヒューマンライツ委員会法（1986）

前掲日弁連報告書には、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会法の翻訳は掲載されていない。しかし、オーストラリアの法律の条文がヒューマンライツをどのように定めているかは、比較法研究上、日本が国内ヒューマン機関を創設するための参考情報として決定的に重要である。インターネットで法文を入手することは可能だが、英国法の伝統を受け継いでいるからだろうが、一冊の本のような長文であり、非常に詳細である。オーストラリア・ヒューマンライツ委員会法（1986）²¹の権限に関する部分を調べてみたい。

なお、同法には、以下のようなとても長い名前がある。

An Act to establish the Australian Human Rights Commission,
to make provision in relation to human rights and in relation to
equal opportunity in employment, and for related purposes

さて、もっとも重要な「human rights」について、同法（Part1 Section3 Interpretation）は以下のように定義している。

○ ヒューマンライツの定義

“human rights” means the rights and freedoms recognised in the
Covenant, declared by the Declarations or recognised or declared

21 AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION ACT 1986

https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/ahrca1986373/text:

https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/download.cgi/cgi-bin/download.cgi/download/au/legis/cth/consol_act/ahrca1986373.txt

2025年1月20日閲覧。

by any relevant international instrument.

筆者は、「human rights」を「ヒューマンライツ」と翻訳することをお断りしているので、この条文は、以下のように翻訳できるだろう。

「ヒューマンライツ」とは、規約において認められ、宣言により宣言され、又は関連する国際文書により認められ若しくは宣言された権利及び自由をいう。

この「human rights」を「ヒューマンライツ」ではなく、「人権」と翻訳してしまうと、日本語話者が読むと、国内法上の権利である「人権」（日本では憲法によって保障されている）との混同が生じる恐れがある。少なくとも、区別がつかなくなる。しかし、「ヒューマンライツ」と翻訳するなら、日本語話者が読んでも、国内法の権利とは明確に区別された国際法上の権利であることを認識できるはずである。

法律のタイトルにも取り入れられている「ヒューマンライツ」は、この法律のキーワードであることは間違いない。この定義の意味は、極めて明白である。要するに、ヒューマンライツとは、国際規約や国際宣言・条約などの国際文書（同法は宣言を基準に含めている）によって保障された国際法上の「権利及び自由」を言うことは間違いない。

ここで再確認しておく、重要なメッセージは、オーストラリア法では、ヒューマンライツは、国内法で保障された権利及び自由とは異なる国際法上の権利及び自由を言うという極めて明白な定義がなされているという事実である。

日本の三法案では、法律の条文の中には、このような明白な国際法上の権利に関する定めは見当たらない。かえって、前述の通り、憲法上の人権についての定めだけがある。

この一事をとって比較してみても、日本の法案は、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会法とは異なり、国内法上の権利のみを根拠とする国内機関を設立しようとしていたことがわかる。こうしてみると、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会法は、前記パリ原則に沿っていることがわかる。

しかし、これに対して、日本の三法案は、前述したとおり、ヒューマンライツの国内実施のための権限及び責務を持つ国内機関を設立することを求めるパリ原則の要求を全く満たしていないことは、明らかである。

○ オーストラリア・ヒューマンライツ委員会の権限

委員会の権限は、非常に広範である。また法の条文も長文且つ複雑であって、全体は書物のように見える。今後、全文の正確な翻訳（ヒューマンライツと言う訳語を使ったもの）を必要とするだろう。相当の研究を尽くさない限り、全体を確実に理解することは困難である。おそらく、オーストラリア現地で、教育・講習を受け、実務をも経験してようやくその全体の実態を正確に理解できるようになるだろう。

今は、法文のうちのごく一部分（11条）²²の一部だけを読んでみることにしたい。同法の全訳をすることは、筆者の力量を越えているので、筆者が最も重要であると考ええる条文の一部に焦点を当てて論じることをご容赦いただきたい。それだけでも、同法は、国際法が保障するヒューマンライツを国内実施するための権限を同委員会に与えるための立法である事実を理解することは十分に可能だと思う。

22 AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION ACT 1986

- SECT 11 Functions of Commission

https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/download.cgi/cgi-bin/download.cgi/download/au/legis/cth/consol_act/ahrca1986373.txt

2025年1月23日閲覧。

英文では、以下の通りの部分である。

AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION ACT 1986

- SECT 11

Functions of Commission

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会法（1986）第11条 委員会の機能

以下の部分（11条（1）の（a）から（db）は、すでに国際条約によって禁止された差別禁止条項を国内法化した立法がなされている国内法に基づいて²³、委員会が苦情を受理し、調査し、和解を試みる権限がある

23 その経過は、オーストラリア・ヒューマンライツ委員会の報告書を丹念にたどることによって知ることができる。現在の同委員会は、1986年法に基づいている。その前身は、1981年法（the Human Rights Commission Act 1981）によって創設された。1981年法による同委員会の活動報告は、年報によって知ることができる。第2回目の年次報告書（HUMAN RIGHTS COMMISSION Annual Report 1983-84）は、the Report of the Commission on its operations from 1 July 1983 to 30 June 1984として連邦政府刊行所（Australian Government Publishing Service, Canberra 1985）から1985年に出版された。

https://humanrights.gov.au/sites/default/files/HRC_AR_83-84.pdf

2025年1月30日閲覧。

この年次報告書は、1975年人種差別法（the Racial Discrimination Act 1975）に関する年次報告も含んでいる。また、その36頁には、1984年4月に立法され、同年8月1日から施行される1984年8月1日性差別法（the Sex Discrimination Act on 1 August 1984）に関する報告も含まれている。これらの国内立法は、いずれも国際法上のヒューマンライツを国内実施するために立法されたものである。

それでは、同委員会がどのような国際法の国内実施の権限を持っているかについては、同委員会の機能（2. STATUTORY FUNCTIONS）が年次報告書（2～4頁）に記載されている。極めて広範で、この注記では書ききれないほど多数の国際約束上の諸ヒューマンライツがこの年次報告書（4～5頁）に準拠すべき国際文書として記載されている。数が多くなるのは、ヒューマンライ

事項に関する機能について定めている条文である。

したがって、この苦情を受理し、調査し、和解を試みる機能は、結局のところ、国際法の国内実施のための権限である。

（1）委員会の機能は、次のとおりである。

（a）2004年年齢差別法、1992年障害者差別法、1975年人種差別法、1984年性差別法またはその他の制定法により委員会に付与される機能、そして

（aa）違法な差別の苦情を調査し、和解を試みること。そして

（ab）第II章Cに基づいて提出された苦情に対処するため。そして

（b）第16条に基づいて施行されている取決めに従って委員会が行うべき任務、そして

（c）いずれかの州（any state）の制定法により委員会に付与されると表明された機能で、大臣が第18条に基づいて宣言を行った機能であること、そして

（d）第31条により委員会に付与された機能、そして

（da）第35条Aにより委員会に付与された機能。そして

（db）第35条Lにより委員会に付与された機能。そして

以下（e）から（p）の条項は、オーストラリアが批准（又は同意）した規約、条約、宣言など国際法によって保障されたヒューマンライツをオーストラリア・ヒューマンライツ委員会が国内実施するために必要な広範な権限を規定している。

○すでに制定された法律、議会に提案されて審議中の法律案（大臣からの要請がある場合）がヒューマンライツと矛盾するか、それに違反す

ゝツ条約のみならず、ヒューマンライツに関する国連の諸宣言が保障する権利の項目までもが1981年法の別表に列挙されているからである。

る場合にそれに関して調査し、大臣に報告する権限は、極めて重要である。しかし、委員会が国際法上のヒューマンライツを国内実施するためにとることができる権限はそれにとどまらず、以下のように広範である。

- 委員会は、ヒューマンライツと矛盾するか、あるいはそれに違反する可能性がある行為または慣行を調査する権限を持つ。
- 調査にいたった事項について調停による解決を行う権限もある。
- ヒューマンライツについての理解、受容のための公開討論を開くなど啓蒙活動の権限もある。
- ヒューマンライツを促進するために、研究、教育その他のプログラムを実施する権限もある。
- ヒューマンライツに関する事項について、自ら、又は大臣の要請により、議会在が制定すべき立法、あるいは連邦がとるべき措置について大臣に報告する権限もある。
- 規約、宣言その他の関連する国際文書の規定を遵守するためにオーストラリアがとるべき行動について、自ら、又は大臣の要請により、委員会の意見に基づいて報告する権限もある。
- 規約、宣言その他の関連する国際文書と当該国際文書との間に矛盾があるかどうかについて確かめる目的で、自ら、又は大臣の要請により、国際文書を審査し、その結果を大臣に報告する権限もある。
- 委員会は、(f) の定めにより、ヒューマンライツと矛盾するか、あるいはそれに違反する可能性がある行為または慣行を調査する権限を持つが、このような行為または慣行を回避するための指針を制定し、公表する権限がある。
- ヒューマンライツ問題に関わる裁判手続が進行しているとき、裁判所の許可を受けて、その審理に介入する権限がある。

(e) から (p) までの条文の翻訳は、以下の通りであるが、「human

rights」は、「ヒューマンライツ」と訳してあることに留意されたい。

（e）制定法を検討し、（大臣から要請があった場合は）提案された制定法を、場合によっては、その制定法または提案された制定法がヒューマンライツと矛盾し、または違反するかを確認する目的で、そのような調査の結果を大臣に報告すること。そして

（f）以下を行うこと。

（i）ヒューマンライツと矛盾する、またはヒューマンライツに反する可能性のある行為または慣行を調査すること。そして

（ii）委員会がそうすることが適切であると認める場合——調停により、調査を引き起こした事項の解決を行うよう努める。そして

（g）オーストラリアにおけるヒューマンライツについての理解と受容、および公開討論を促進すること。そして

（h）ヒューマンライツを促進する目的で、連邦を代表して研究および教育プログラムおよびその他のプログラムを実施し、連邦を代表して他の人物または当局が実施するそのようなプログラムを調整すること。そして

（j）自らの発意で、または大臣の要請があった場合には、ヒューマンライツに関する事項について、議会が制定すべき法律、または連邦がとるべき措置について大臣に報告すること。そして

（k）自発的に又は大臣の要請がある場合には、委員会の意見に基づいて、規約、宣言又は関連する国際文書の規定を遵守するためにオーストラリアがとるべき行動（もしあれば）について大臣に報告すること。そして

（m）自発的に又は大臣の要請がある場合には、当該国際文書と規

約、宣言その他の関連する国際文書との間に矛盾があるかどうかを確かめる目的で、関連する国際文書を審査し、かつ、当該審査の結果を大臣に報告すること。そして

(n) 委員会が (f) の規定に基づいて任務を有する種類の行為又は慣行の回避のための指針を作成し、かつ、委員会が適当と考える方法で準備し、公表すること。そして

(o) 委員会が適当であると認める場合、手続を審理する裁判所の許可を得て、かつ、裁判所が課す条件を条件として、ヒューマンライツ問題を含む手続に介入すること。そして

(p) 上記いずれかの機能の実行に付随し、または助長する何らかの行為を行うこと。

この部分は、国際法によって保障されるヒューマンライツを国内で実施するために、国内ヒューマンライツ機関がその機能を果たすためにはどうしても必要な最低限度の権限であるように見える。これらもモデルになって、前記したパリ原則の権限及び責務の定めができたのではないだろうか。

★まとめ

オーストラリア・ヒューマンライツ委員会法（1986年）は、パリ原則立案のモデルの一つになった立法例であると思われる。

日本でこれまで「国内人権機関」創設のために立案された三法案は、2012年人権委員会設置法案を含めて、いずれも、パリ原則が定める権限及び責務が求める国際法上のヒューマンライツの実現を求めるための定めを含んでいなかった。

それだけでなく、上記のオーストラリア・ヒューマンライツ委員会法が定める機能に関する条文を全く含んでいないことは、以上の検討から明らかである。

以上の次第であるので、これまで日本で提案された三法案は、2012年人権委員会設置法案を含め、いずれもパリ原則に沿ったものと評価することはできない。

今後の研究の方向性について検討しておく必要がある。

第一には、比較法の検討を継続する必要がある。オーストラリア・ヒューマンライツ委員会の研究も継続する余地がある。その他の国のNHRIsの研究も必要だろう。しかし、筆者の力量では、なかなかの難題である。

第二に、以下若干の考察を述べておくが、逆翻訳の問題は、より緊急性が高いと思われる。

具体的には、日本政府が条約機関などに提出している報告書の英文がどのようなものになっているのか？を再検討する必要があると思われる。当面は、国内機関に関する部分に絞って研究する必要があるだろう。日本からの報告書が国際社会に誤解を与えている疑いがあると思われるのである。

この逆翻訳の問題は、「埋もれたヒューマンライツ」シリーズの（その2）論文²⁴の冒頭で論じたので、記憶しておられる読者もあろう。

「人権侵害と認識されない場合」でも、「人権侵害と認識されることはあり得る」

という命題をどのように英訳するべきか？という和文英訳の仮想問題について検討した。仮に、日本の法務省にこの問題に回答してもらうとすると、

24 龍谷法学57巻1号に掲載された「埋もれたヒューマンライツ」シリーズの（その2）論文は、以下で閲覧できる。

https://opac.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/bdyview.do?bodyid=TD32227235&elmid=Body&fname=r-ho_57_01_006.pdf&loginflg=on&once=true

2025年2月4日閲覧。

前段の「人権」も、後段の「人権」もともに「human rights」と翻訳するだろうと想定できる。

その証拠には、法務省のホームページは、法務省の「人権擁護局」（憲法上の人権を実現する役割を果たしている部局）を「The Human Rights Bureau of the Ministry of Justice」と英訳している²⁵ことをあげておきたい。

ところが、筆者は、この英訳は、国際社会で誤解を招くと怖れている。これでは、法務省が国際法上のヒューマンライツを実現する権限を与えられて、そのような活動をしているかのように誤解される可能性がある。本来なら、法務省の人権擁護局は、「The Civil Rights Bureau of the Ministry of Justice」と英訳されるべきだと、（筆者には）考えられる。詳しくは、筆者が正解と考える英作文の模範回答を、（その2）論文に書きこんでるので、検討していただきたい。

同じ問題が日本政府報告書のいたるところに存在しているはずである。日本政府が国際社会に発信している情報のうち、とくにNHRIに関する部分については、憲法上の権利も国際法上の権利も区別をつけることなく「human rights」と英訳され、支離滅裂なものとなっているのではないか？そして、その支離滅裂な政府報告書を批判しているNGO（日弁連報告書もその一つである）による報告書は、その支離滅裂な報告に基づいて報告しているのだから、支離滅裂さをさらに拡大再生産している可能性があると思われるのである。

そのような支離滅裂な対話が、これまでどのように展開されてきたのか？を検討する必要がある。誤解の上にさらに誤解を重ねているようでは、

25 Human Rights Bodies of the Ministry of Justice | About Us | Human Rights Bureau

https://www.moj.go.jp/ENGLISH/HB/about/human_rights_bodies.html

2025年2月4日閲覧。

真に「建設的な対話」となっているかどうか不安である。

そう思うのだが、これもなかなかの難題である。しかし、そこから再出発しないと、パリ原則に沿った国内機関を創設することは、日本にとっては、極めて困難な状況が続くだろう。そのような怖れを痛感していることを述べて、一応のまとめとしたい。

ダイシーの法の支配と立憲主義： 歴史的観点からの考察（１）

石 井 幸 三*

I 本稿の目的

II 用語

（以上本号）

I 本稿の目的

私は、かつて講義のために、比較（憲）法に疎いのを知りながら、近代欧米の憲法で重要なのは、イギリスでは法の支配、アメリカ合州国では立憲主義、ドイツでは実質の意味での法治主義であり、これらは国家権力の抑制のための法的制度であると教えてきた。この粗雑な教え方は、講義対象者に、近代法の原理を細部に拘泥せず骨組みを知ってもらうという講義者である私の意図であった。ただ、私なりに、それらの３つの概念を明確にしておきたいという潜在的な意欲はあった。偶々、他の事柄で書物を探している時に、佐藤幸治『立憲主義について』（2015年）という著書に遭遇した。この書は、立憲主義を法史そして比較憲法の中で考察しており、色々な点で私を誘発した。本稿は、本研究の出発点としてこの書を選び、これを導きの糸として考察を進めていくことにする。

本稿の目的は、表題に即して言えばこうである。①立憲主義という用語

* いいこうぞう 元本学法学部 教授

の意味を探り、それとダイシー (Albert V. Dicey, 1835-1922) の法の支配との連関性の有無を考える。②ダイシーの叙述を読み込むことで、今日における立憲主義の課題を指摘する。なお、私の知識不足で、「法治国家」の説明だけでなく、それと「立憲主義」「法の支配」との関係も触れることはできないことを前もって断っておく。

本稿の目的をもう少しだけ詳しく述べる。ダイシーの法の支配に焦点を当てる理由はこうである。イングランド (イギリス) における法の支配に関しては、多くの著者が、「法の支配」について語っている。彼らも、ダイシーの著書 *Introduction to The Study of The Law of The Constitution* (以下、本稿では日本語では『憲法序説』と記す)⁽¹⁾ で彼が示した法の支配の説明の影響を受けていると思われるが、そうでない場合もある。ダイシー自身も、法の支配の「説明」と書いているので、これでなければならないというものではない。しかし、著者によって、法の支配の説明が変わると、法の支配の内容自体が曖昧になる。本稿のように、法の支配と近代に登場したと言われる立憲主義との比較を試みる場合、ダイシーの「法の支配」の説明は、それ自体批判があるとしても、他の概念と比較するには便利な基準となる。ダイシーのそれは、近代法制度を背景にしてなされているので、立憲主義と最低限の共通基盤を共有している。

Ⅱ 用語

立憲主義という言葉は、Constitutionalismの日本語訳である。この語は、*The Oxford English Dictionary*によると、1832年に「統治の国家制度 (A constitutional system of government)」という意味で *Quarterly Review* に現れる。その後、本稿が目的とする意味に近くなる「国制の諸原理に固守すること (Adherence to constitutional principles)」が、1871年11月2日付 *Daily Telegram* に現れる。Constitutionalismという語は、法の研究者が (龍法 '25) 58-1, 184 (184)

編み出した理念や原則を示す言葉でもなく、19世紀頃イギリスで社会あるいは出版界から出現した用語であり、それが後になって専門用語としても使われたと言えよう。⁽²⁾これが、立憲主義の内容に幅あるものになっているかもしれない。

こういう背景のある立憲主義を、佐藤幸治『立憲主義について』はこう書いている。（本稿は、文、改行、註番号等を部分的に略している。）「現代の「憲法」（立憲主義）について典型的な姿をいうとすれば、次のようになると思われる。第一に、特に憲法と称して他の法形式と区別して制定される成文法があること。第二に、その成文法が、政府（統治権力）の正統性（レジティマシー）の唯一の法的根拠であること。第三に、その成文法は、個人の自律的存在性を尊重する趣旨に立つ基本的人権を保障し、権力の濫用を防止するための統治構造（権力分立ないし抑制・均衡）を定めていること。第四に、その成文法は法律を含む他の法形式に対し強い形式的効力をもって優越し（憲法の優位）、その優位性を確保するため独立した機関（司法裁判所や憲法裁判所など）が違憲審査権をもつこと。そして、「立憲主義」とは、このような「憲法」を土台として国を運営する方法をとるこという。」（15-16ページ）

私は、佐藤の「憲法」（立憲主義）の意味がわからない。憲法＝立憲主義とすれば、佐藤は、前者を法形式としており、後者を運営方式としているので等しいとは言えない。ただ立憲主義を国の形態という静的な捉え方をするのではなく、立憲主義を佐藤が示している憲法内容を運営ないし作動させていこうとする主張という意味であるなら、私は、両者を区別した上で理解可能である。

揚げ足とりはそれ位にして、私は佐藤の立憲主義の説明を進める。佐藤は、この本で、古代のギリシャ、ローマ、中世、そして英米に関してC. H. McIlwain（マクワルワイン、佐藤はマッキルウィンと記している（39ページ））著、森岡敬一郎訳『立憲主義 その成立過程』を導きの糸として、

立憲主義を近代を経て現代に位置づけようとしている。佐藤は書いている。「立憲主義は決して一朝一夕で成ったわけではない。人間の本性への省察に基づき、権力は常に濫用される危険があるとの明確な自覚に立って、統治権力を分割統制し、さらに法的制限によって濫用を防止しようとする試みが古代ギリシャ、特に古代ローマ共和国に登場した。これを古典的立憲主義と呼ぶ。そして中世ヨーロッパ、とりわけイギリスにおける興味深い立憲主義の展開（「統治」と「司法」の区別など）——いわゆる中世立憲主義——の基盤の上に、ピューリタン革命に象徴される激動・苦闘の一七世紀を経て、法の支配と議会主義が結合した近代立憲主義がイギリスで誕生した。」（5 ページ）立憲的・近代的意味の憲法は次のように説明されている。「……特に権力保持者による権力濫用を阻止し、権力に服する人の利益保護を終局の目的とする憲法を立憲的意味の憲法という。このような憲法概念は、後述するように、遠くは古代ギリシャまで遡るものであるが、特に近代に至って個人の権利・自由の保全を目的とする権力のあり方が成立されたことから、近代的意味の憲法と呼ばれる。」（21 ページ）「この近代立憲主義の基盤を受け継ぎつつそれに革新的な工夫を加え、現代の憲法、現代立憲主義の原型を作ったのがアメリカ独立革命とその所産である合衆国憲法であった。」（6 ページ）

歴史貫通的に立憲主義を位置づける佐藤の試みは、目配りがよくて刺激的である。佐藤のそれは、一方で、立憲主義は、人間の営みという歴史の上に成立しており、佐藤が現代の立憲主義を語る限り、その立憲主義は今日の人々が過去を継承しながら「現代の」立憲主義を形成しなければならないという当為を含ませていると私は読む。他方では、佐藤のそれには問題点もある。一言でいえば、佐藤が現代的立憲主義の説明で要件に挙げた事項⁽³⁾が、古代、中世では、佐藤が時代を考えて慎重に限定を付ければ付ける程、それに対応してそれらの事項が抜け落ちてしまい、その結果、立憲主義が形式的な意味の法による統治機構の抑制という中身の薄いもの

になることに私は危惧を抱く。例えば、佐藤は、前掲書、45ページでローマ共和制において、「むしろ「法」が政治をコントロールするという、近代の「法の支配」にも通ずる状況が現出した。」と書いている。この場合、ローマ共和制における法の概念が近代のそれと同じであったかどうかが問われねばならない。しかし、これは、明らかに私の能力を超える。しかも、私は、立憲主義という言葉は、様々な要素やそれを形作る歴史的環境から成立しているという考えを持っているので、私と佐藤の立場が同じではない。⁽⁴⁾

例として、私は、佐藤が「中世イギリスにおける「憲法」（立憲主義）」（48-49ページ）の歩みとして、引用しているマグナ・カルタ（Magna Carta）を挙げる。これは、日本の（憲）法学者が人権や憲法の歴史に言及する時、必ずと言って良い程言及されるものである。日本での多くの著作では1215年のマグナ・カルタが挙げられる。しかし、これが法なのか、また法であってもいかなる意味で法であるか、明確にされずに書かれている。田中英夫によると、それは、「封建制度温存のための文書」であり、それは成立後9週間でローマ教皇により無効と宣言され、イングランドで法的に有効であったマグナ・カルタは1225年に制定されたものであり、それが以後しばしば確認されていくことになる。⁽⁵⁾ 田中の説明は長い間無視されていても、今日でもその骨格は変わっていない。⁽⁶⁾ 「封建制度温存のための文書」とは、支配者層の身分的権利や自由（特権）そして彼らの身分に対応した義務の取り決めであって、法の下での平等を前提とした近代的な権利や義務と同一視できない。もしマグナ・カルタを取り上げるとしても、それを時間的な経過で解釈によって変化を受けた法として、生ける法としてのマグナ・カルタとして、検討する必要がある。（マグナ・カルタは何度も確認される毎に解釈が変化している。）⁽⁷⁾

私は佐藤の試みに敬意を表しつつも、本稿では、立憲主義を近・現代のそれに限る。むしろ、佐藤の試みは、支配の様式としての「法の優位（su-

premac^y of law)」(広義の法の優位)として歴史的に描き、近代以降の立憲主義や法の支配を狭義の法の優位として叙述する方が、術語では煩雑であるが、適切と考える。私が、今書いた「立憲主義を近・現代のそれ」は、佐藤には気に障る書き方だろう。何故ならば、私が引用した佐藤の文は、現代の立憲主義についての説明であり、近代のそれについて説明しているものでないので、私の近・現代という一括りの表現は彼には納得できるものではないだろうからである。では、佐藤における近代立憲主義とは何か。『立憲主義について』では、面と向かったその説明がない。手掛かりは、佐藤は、「法の支配と議会主義が結合した近代立憲主義がイギリスで誕生した。」(5ページ)と書いていることである。詳しく言えば、佐藤は、田中浩によるロック(Locke. 1632-1704)による自然法に基礎づけられた法の支配論を引き合いに出している。⁽⁸⁾ ロックは司法の法令審査制の言及していないので、近代立憲主義と現代立憲主義の分岐の指標は、第4の法令審査制の有無になるかもしれない。しかし、佐藤は、中世イングランドの法の優越や後述するイギリス(イングランド)革命前のCokeの影響が念頭に置かれているので、断定できない。⁽⁹⁾

私は、本稿①の目的を逸れて、佐藤の立憲主義の説明に入り込んでしまった。ここで、もう一度、立憲主義の定義ないし説明が、他の研究者によってどうなされているか見ておく。

日本国憲法が制定された1946(S.21)年に発行された蠟山政道責任編輯^{しゅう}『新憲法講座』第1巻所収の黒田覺「民主主義と立憲主義」と題する論文が日本国憲法後の立憲主義の論文としては早いと思われる。黒田はこう書いている。「[1789年のフランス革命における人権宣言第16条(後記)]は、かやうな立憲主義の本質を最も明瞭に表示したものである。すなわち国民の自由を保障し、いわゆる立法・司法・行政の三権の分立を確立する国家組織が立憲主義であり、かやうな内容を規定する憲法が、いはわゆる立憲主義的憲法である。」(91ページ)そして、立憲主義的憲法は、次の3つの(龍法 '25) 58-1, 188 (188)

特色を有する。第１は国民の自由の保障の組織である（91ページ）。第２は、いわゆる権力分立の組織を規定している（93ページ）。第３の特色は多くの場合成文憲法である（97ページ）。「立憲主義の観念は、その成立の当初においては、いはば本来の国家組織に対して、国民の自由の保障のために附加された安全装置を意味した。」（129ページ）

黒田の論文は、日本国憲法の施行前に書かれているので、本稿で取り扱っている法令審査制（違憲立法審査制）についての言及はない。その指摘がないのを除いて、黒田は、早くも、佐藤が指摘している立憲主義の要件を幾つか書いている。私は、129ページの安全装置という言葉に、（後述するサルトリとの関係で）注意する。⁽¹⁰⁾

本稿は、日本での立憲主義に書かれた論文や書物を歴史的に扱うという目的で書いていないので、黒田以後の文献を詳細に参照することはなされない。日本国憲法の制定後既に、憲法学者で立憲主義について書かれた論文があったという事実の指摘で留める。同様に、今では古いと言える末川博編『新訂法学辞典』（1956年）では、「立憲国家（立憲主義）」の項目では、法令審査制は言及されていない。その辞典で「法の支配」の項目の中で、憲法裁判がアメリカ合衆国憲法で言及され、違憲立法審査権が日本国憲法で言及されている。注（20）で言及した伊藤正己の1952年の論文では、憲法主義（constitutionalism）と書かれており、constitutionalismの法学上の定訳の確立していなかった時期もある。従って、法学研究者が立憲主義を語るようになるのは、後の時期であり、1980年代頃から盛んになると言えよう。⁽¹¹⁾

樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（1973年）は、こう書いている。「ところで、近代立憲主義とは、国家権力を拘束し、国家が独占する巨大な実力を特定のしかたでのみ行使させようとする法原理にほかならないが、そのさい、「法による国家権力の拘束」の目的は、レッセ・フェールの維持＝市民の自由な活動の保障であり、そこに、市民の社会的経済的生活への

国家の原則的不介入を核心とする、自由権中心の人権体系が成立する（「自由国家」、「国家の価値中立性」）。つぎに拘束の対象は行政権、拘束の手段は原則的に議会制定法であり、統治機構の構造は議会優位の権力分立制となる（「議会民主主義」と「弱い政府」）とともに、統治機構を維持するための財政負担の軽減が要求される（安上りの政府）。」（152ページ）同書で、近代立憲主義を「近代の人権宣言や近代議会」（134ページ）、「国家からの自由を核心とする近代立憲主義」「自由主義的立憲主義」（136ページ）とも書かれている。

樋口の理論の特徴は次の2つである。一つは、「近代立憲主義における人権保障は、具体的には、議会制定法（法律）によって行政権に対してなされるところの保障であった（法律による行政）（174ページ。同趣旨、183ページ）。もう一つは、本稿の考察事項である法令審査制の扱いである。樋口のこの著書で所々でそれについて書いている。私は、残念ながら、近代立憲主義と法令審査制との関係を上手に理解できなかった。文を四つ挙げておく。①「近代においては、議会制定法に対する裁判所による違憲審査制は例外的であり、アメリカの事例にしても、司法裁判所による具体的・前提的審査制の構造から見て、客観的憲法秩序の保障というより、自由権わけても経済的自由を中心とした主観的権利の確保に重点があったといえる。……〔原文改ページ〕 それに対し現代憲法に特徴的なのは、西ドイツを典型とする抽象的審査制であり、審査権が、特別の裁判所に、法令そのものの抽象的審査を可能にするような仕方であたえられる。……〔原文改行〕 かように見えてくると、現代における違憲審査制とりわけ抽象的審査制の一般化は、19世紀アメリカで発達した前提的審査制と直接的に接続するものではなく、むしろ、現代型審査制と近代型審査制という緊張的關係にあるというべき性質のものである。」（158、159ページ）②「法律による人権保障にかわって、法律を内容的に規律する硬性憲法による人権保障、実効性を確保するための装置としての違憲審査制の問題が前面にあらわれてく

るのは、学説のうえでも実定憲法のうえでも、近代立憲主義の現代的変容期に入っていることである。〔原文改行〕もっとも、現代の違憲審査制の本質的機能は、人権保障それ自体よりも、憲法の名における国家的価値の貫徹という点にあり、それゆえ、抽象的規範審査を可能にする抽象的審査制のほうがアメリカで19世紀いらい成立している具体的・前提的審査制よりも人権保障の制度としてすぐれていると、簡単にいうわけにはいかないし、前提的審査制の運用としても、憲法判断積極主義と消極主義のどちらが人権保障のための望ましいかを、抽象的に断定することはできない。」（176ページ）③「……歴史上、人権保障という近代憲法の課題がもっともよく果たされたのは、19世紀のイギリスと第三共和国制前半期〔1870年～1940年第3共和国、1946年第4共和国〕のフランスだとされているが、他方では、イギリスではそもそも硬性の憲法が存在せず、したがってまた、憲法運用の場面における制定憲法の最高法規性という観念も存在しなかった。また、フランスの第三共和国制憲法は人権条項をまったく持たず、したがって人権に関するかぎりはイギリスと同じ状況であったし、統治機構の大わくについて定めた制定憲法自身、いちおう硬性憲法といえるものの、憲法改正手続きと立法手続きとのあいだには質的に大きな差異はなく、いわば硬度のひくい硬性憲法であり、いずれにしても、最高法規性の担保装置としての違憲審査制を知らなかった。」（182ページ）④「近代型違憲審査制というべき19世紀以来のアメリカの前提的・具体的審査制は、市民が法によって国家をしる近代立憲主義の一態様である人権保障機構だったといえるが、現代型審査制の出現の歴史的 성격は、近代立憲主義の貫徹にともなう違憲審査制の強化という観点からではなく、逆に、近代立憲主義の変容にともなうものだという観点から、とらえられなければならない。」（270-271ページ）

アメリカ合州国の法令審査制（違憲審査制）に関して、文①では例外的と位置付けられながら、近代型とされている。文④もそうである。文②で

は、「違憲審査制の問題が前面にあらわれてくるのは、学説のうえでも実定憲法のうえでも、近代立憲主義の現代的変容期」と書かれているが、アメリカ合州国の変容期がいつかが言及されていないので判断しにくい。文③は、近代憲法の任務が果たされていた時期に、法令審査制はなかったとされている。従って、樋口は、近代立憲主義にとって、法令審査制の存在は必要条件でないということになる。それは、近代立憲主義の一態様であるだけである。近代立憲主義の目的を人権保障のために国家による権力抑制と捉え、その抑制の制度は様々あるという樋口の考えは、上記の黒田、下記のサルトリの見解に近い。

芦部信善「司法審査制の理念と機能」(芦部信善『憲法訴訟の理論』(1973年)所収)は、「立憲主義の意味変化」という項目でこう書いている。〔第2次世界対戦後のドイツ、イタリア、オーストリアでの特別の憲法裁判所という〕新しい制度の誕生は、直接にはヒトラー、ムッソリーニ、ペタン等の独裁制を生んだ議会主義に対する不信ないし危惧にもとづくが、同時にそれは、ヨーロッパ的な立憲主義思想に起こった一つの劇的な転換ないし発展を意味したといっても過言ではない。〔原文改行〕立憲主義は欧州大陸では、法律を通じて政府の権力を制限し、政府の専断から個人を保護することを眼目とするもので、法律は個人の権利のいわば守護者であるから、法律の審査や立法権の制限は立憲主義とは無関係だと考えられていた。しかし、ディーツェの適切な表現をかりていえば、……「法律が個人の解放者というよりも抑圧者となり、したがって立法の優越が立憲主義を破壊するに至った以上、法律の合憲性審査が立憲主義の伝統を保持するため導入されたのである。」この法実証主義と立法権の全能とに対する信頼からの転向は、言葉をかえていえば、「法に優る法律」の思想から「法律に優る法」の思想への回帰、市民的・形式的法治国家思想から英米的「法の支配」への思想への接近といっていいい現象で、とくに西ドイツ憲法に顕著にみられる。」⁽¹²⁾ 芦部は、ヨーロッパ的な立憲主義思想に、司法審査(法令
(龍法 '25) 58-1, 192 (192)

審査）制のない三権分立制度を含ませていることから、第二次世界大戦後の現代型立憲主義は、司法審査（法令審査）制に収束したと考えているかもしれない。⁽¹³⁾

高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（第4版）（2017年）は、法令審査制には言及していないものの、そのはしがき「立憲主義の帰趨は、最高裁の手中にあるといっても過言ではない。」と書いている。これは、言外に、立憲主義と法令審査制との強い関係を認めたものと考えてよいだろう。その際、高橋は、「裁判所が機能するためには、法の効力の段階的位置づけ」（409ページ）が重要であると書いている。私は高橋の少し踏み込んだ記述に関心を抱き高橋の主張を拡張して、法の優位を広義と近現代的な狭義に分けたのである（後述）。

高橋には、高橋和之編『新版 世界憲法集』で編者による立憲主義の説明もある。「立憲主義とは、国家権力の行使を権利保障と権力分立を核心的原理とする憲法に従って行うことを求める思想であり、広い意味での「法の支配」の近代的形態である。」（27ページ）同じ箇所、1789年フランス人権宣言第16条「権利の保障が確かでなく、権力の分立も定められていないような社会はすべて、憲法をもつものではない」が引用されている。しかし、高橋は、この定義で君主が自らを憲法により制限する立憲君主政もあることを指摘しているし（27ページ）、「表面的な」や「最低限」という修飾を付けながらも、大日本帝国憲法（明治憲法）も立憲主義としている（578ページ）。私は、大日本帝国憲法は、高橋が「表面的」と評しているように、この憲法を立憲主義に基づくと考えない。これを認めると、人権規定にいわゆる法律の留保条項を付けて、法律によって人権を侵しても立憲主義の国家ということになってしまう。

阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（2001年）は、立憲主義を明確に説明している。「『立憲主義』とは、『権力は縛られるべきだ』という単純なたぐいのものではない。そうではなく、それは、権力＝多数者によっても

侵しえないものとしての『人権』という観念と、それを担保するための違憲審査制という装置を内容として持ったものである。」(2ページ)「……『立憲主義』が『人権』と『違憲審査制』を中軸とするものであれば、アメリカこそはそうした『立憲主義』の先駆者である。」(3ページ)「第二次世界大戦後、日本を始めとするいくつかの国が違憲審査制を導入し、さらに1970年代以降はヨーロッパ諸国を中心に『違憲審査制革命』と形容されるほど違憲審査制が活発化したこともあって、〔違憲審査制は、〕現代では立憲主義の重要なメルクマール〔特徴〕を構成するに至っている。」(3ページ) 阪口と樋口では、アメリカ合州国の法令審査制の歴史的位置づけに差がみられるが、本稿は指摘に留める。

今挙げた原文が日本語の文献では、立憲主義を国家諸権力の抑制または人々の自由権の保障を基礎とする点では共通しながらも法令審査制(違憲立法審査制)をどの程度重要視するかで分かれている。⁽¹⁴⁾

原文英語の文献を参照しよう。日本の法学界に影響を与えたと考えられるマクワルワイン(McIlwain)は、こう書いている。「立憲主義とは統治権に対する法的制限であり、恣意的支配のアンチテーゼ」⁽¹⁵⁾と説明している。その一つの方法として法令審査制を挙げる。彼は、「立憲国家に於ける政府の諸行為に対する司法部による解釈と制限の必要」と書き、⁽¹⁶⁾近代立憲主義では、「統治権に対する法的諸制限の不可欠性とかかる諸制限の独立の裁判所による保証を強調」している。彼は、近代立憲主義には法令審査制が必要条件と考えているようである⁽¹⁷⁾。

私は、*The Blackwell Encyclopedia of Political Thought* (1987) の Constitutionalism の項目及び Kuper (ed.) , *Political Science and Political Theory* (1987) の Constitutions and Constitutionalism の項目での参考文献に挙げられている Sartori, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion* の説明を取り上げる。「〔憲法典という〕成文の完全な文書は一つ的手段にすぎないと私は思う。本当に重要なことは、目的(end)、テロス(telos : (龍法 '25) 58-1, 194 (194)

目的）である。そして、イギリス、アメリカ、ヨーロッパの立憲主義の目標（purpose）、テロスは、最初から一致していた。もしイギリスの語彙が、今日まで、〔立憲主義という〕言葉を受け入れるのを拒否しなかったなら（もう一つ逆説だ！）、この共通の目標はたった一語で表現され統合されうるだろう。その一語とは、フランス語（そしてイタリア語）の保障（garantisme）である。換言すれば、全ての西洋の地域において人々は『憲法（the Constitution）』を要求したり大事に育てたりした。なぜならば、この〔憲法という〕用語は、彼らにとって基本法ないし基本的な原理の組をそして、それに相関する、恣意的な権力を制限しそして『制限政府』を確実にするだろう、制度的な仕組みを意味しているからである。19世紀の全期間そして第一次世界大戦まで、『憲法』は、アメリカ合州国、イギリス、ヨーロッパにおいて、（技術的に言えば）異なった手段を保持していた。それにも拘らず、それは、同じ共通の目標を視野に入れていた。ほとんど150年の間、『憲法』は、——総じて——曖昧ではない言葉であった。」保障（garantisme）に付けられた注。「もちろん、『保障には何が含まれるか』（例えば、一定の権力の分配の技術、諸権利の章典、法の支配、司法審査、等）の質問は、様々な複雑な変化する答えを受け入れる。これが、それだけ一層一般的用語を受け入れる理由である。何故ならば、それは、我々に目標（goal）と同時にもし我々が、誰かが他の誰かをに対して保護を必要としていることを考えないならば、立憲主義に係る意味はないという事実の両方を思い起こさせるからである。」⁽¹⁸⁾

サルトリは執筆当時イタリアのフローレンス大学にいた人である。彼の立憲主義に関しては、国家権力の抑制に重点があり、その抑制手段としての制度を多種と捉え、法令審査制もその一つに過ぎないというものである。

出版時にはイギリスのオクスフォードのクイーンズ・カレッジ（The Queen's College, Oxford）所属のマーシャル（Geofferey Marshall）は、上記の *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought* の constitutiona-

lismの項でこう書いている。「立憲主義と同義であるのか否かは論証できるのだが、法の支配と同様に、立憲主義は、少なくとも二つの意味で使われることができる。一つは、比較的形式的であり、もう一つは、より実質的である……この〔前者の〕意味で、立憲主義は単純にそれらの内容がどうであれ憲法を確立する実践（practice）であろう。〔原文改行〕しかしながら、かなりの著者そして恐らく徐々に言語使用の一致が、立憲主義を、制限的統治（政府）の哲学を反映している特定の種類の政治的制度を確立し動かす実践として取り扱っていた。そのような諸制度は、通常、政治的なまたは経済的な様々な権利や自由を規定する法典や憲章を含んでおり、それらは、国家に対する個々人の諸権利を守ることを意図した制度的（structural）特徴を伴っていた。」彼は、ism（主義）を実践と理解している。後者の意味の立憲主義が、私のいう狭義の立憲主義、近現代のそれに、一致するだろう。マーシャルは、法の支配と（実質的）立憲主義は同じという立場を採っている。⁽¹⁹⁾

マクワルワインは、アメリカ合州国の研究者である。マーシャルが書いた文を収めた書物よりも新しいが、主に法に関心あるイギリスの一般人向けに法研究者や法実務家によって書かれた実用小事典とも言える *A Dictionary of Law* (3rd. ed., Oxford U.P. 1994) では、rule of law の項目はあるがconstitutionalismの項目はない。1987年に出版されているKuper (ed.) , *Political Science and Political Theory*では、カナダのトロント大学のPeter H. Russellが、Constitutions and Constitutionalismの項目でこう書いている。「立憲主義は、政治的な条件であり、その下で、憲法が統治に対して効果的、重要な制限として作用している。立憲主義が政体の特徴づけている所では、憲法は統治に「先立って」おり、統治する人は憲法の条項によって制約されている。そのような政体の憲法の規則は簡単には変えられない。それらは指導的な政治家によって支持された政策に対する障礙になる時さえある。このように憲法的な統治は、「制限された統治」である（龍法 '25） 58-1, 196 (196)

と呼ばれる〔文献略〕。憲法によって課された制限は、時には、「より高い法」、人々の永続的な意思、を体現していると言われる。その法や意思は、移り変わる多数を代表する統治諸機関の意思に対する正統な抑制の基礎をかたちづくる。〔文献略〕〔原文改行〕立憲主義は司法審査という実務によって維持されるかもしれない。それによって、政府の他の機関から合理的な程度で独立している裁判官は、政府の法と行為に対して、それらが憲法に矛盾しているという理由でそれらを拒否する権限を持つことになる。立憲主義は、また、形式的な憲法を変更するためには、支配的な政党の支持、あるいは人口の単純多数、をずっと超えたものを要求するという形式的な修正手続きで明示されるかもしれない。」（pp.37-38.）この説明には、日本の法学者が親近感を持てる所が複数あるだろう。

以上、立憲主義で意味されていることが幾人かの著者によって示された。ここから言えることは、立憲主義と法令審査制（具体的及び抽象的法令審査を含む）を結び付けることは、必ずしも引用の文献では一致していない。文献の著者が、立憲主義について書く時、その著者が書いている時の国の憲法に影響を受けているという事情もあるかもしれない。それは、それで理解可能であろう。ある国が立憲主義を採用している場合、国家権力の制限ないし抑制の制度は、現に考え出されていないしは考え出されようとしている諸制度という選択肢の中から、当該国における支配の正統化理由、国家権力と被治者との力関係、国家権力を荷う諸機関の権力の布置関係、それらの諸機関を荷う者についてはその出自等様々な要因を考慮して、現実的政治過程を経て選びとられている。その意味では、立憲主義と法令審査制との関係は、立憲主義と言うためには法令審査制が必要条件であるという訳ではないが、欧米の近代国家成立の過程を見るとその関係は濃いかもかもしれない。法令審査制が成立するためには、法令審査を行なう国家の部署、通常では裁判所、が、他の国家諸機関と分離され独立されていることが必要であるし、その部署の判断基準が、当該国での憲法典のように明示

的な最高の法規か、ないしは、そういった法規がない場合、或る何等かの基準が明確な基準として当該の圧倒的多数の人々に承認されている必要がある。簡単な例を挙げれば、憲法典、三権分立が法令審査制の前提となる。(本稿185ページの佐藤参照。)

近年の日本では、立憲主義と法令審査制の両者をより緊密に結びつける立場の研究者が多い一方、他方、樋口の研究によれば、抽象的法令審査であれ法令審査制を採用する国も増えている。

本稿は、サルトリを参照して、立憲主義を説明する簡単な枠組みを採用して、設定した課題に取り組む。彼の立憲主義の説明の特徴は、立憲主義の目的ないし目標を人々の人権と平等を護るため国家権力を抑制することに置き、その手段としての抑制の法的制度を様々にしていることである。ある意味では、その説明はおおざっぱであり、しかも立憲主義で重要視されている法令審査制を特別視していない。このおおざっぱな枠組みを用いる私の意図は、サルトリ或いは彼が論文を書いた時代と違って、立憲主義の目的も今日では変化してきているし、政治に関わるあるいは関わらずを得なくなった主体や環境も変化していることから来る。今日では多くの国(の憲法典)では人権は自由権だけでなく積極的権利も含むようになってきているし、平等もより実質的平等への配慮に移行してきている。目的が変われば、それを達する手段としての様々な法的制度も変化する余地がある。そして、私は、立憲主義を構成する制度は、重複的に存在しても良いと考える。そう考えれば、現代あるいは今日という状況から、補完すべき制度も存在するかもしれない。いうまでもなく、制度は、存在することに意義があるかもしれないが、制度の成果如何は、その制度が意図した目的にかなう形で運用されることに依存しており、その成否には、制度に様々な形で関わる人々とその制度を取り巻く環境によって左右される。本稿の課題である立憲主義については徐々に考察されるが、まずは問口は広く開けておきたい。

※本稿は、引用の際に縦書きの書物で使われる漢数字は、洋数字に改めた。

また、旧漢字を適宜、新漢字に改めた。

※縦書きで強調される傍点は、横書きのため丸点に代えた。イタリックスは、斜体字で記している。

※本稿で使われる亀甲括弧〔 〕は、石井が引用の際の説明や省略を表すため使用されている。

※アメリカ合衆国については、引用を除いて、アメリカ合州国と表記する。理由。①The United States of AmericaのStatesを「衆」とするには衆の意味上、無理があり、日本語では「くに」や自律的行政区画を意味する「州」とする方がまだましと思われる。②アメリカ合州国の裁判所は、日本語では連邦裁判所と言われる場合があり、その裁判管轄では連邦裁判所と州裁判所の関係が問題になる時、州裁判所が用いられているので、整合性を採る。

※年号は、基本的に西暦が使われるが、引用上元号記載がなされている場合は、その都度、昭和をS、平成をH、令和をRと略記して示される。

- （１）本稿は、伊藤正己・田島裕共訳『憲法序説』（1983年）の訳を参照する。なお、私は、以前ダイシーに関して『ダイシーの法思想』（一）（二・完）『龍谷法学』38巻3号（2005年）、同38巻4号（2006年）を書いているが、本稿ではほとんどこれを参照していない。本稿は、その稿の続きを意図したのでない。本稿は、その稿の不十分な所を補っていれば幸いである。
- （２）なお、Constitutionについて、Sartori, Constitutionalism: A Preliminary Discussion, *The American Political Science Review*, vol.56, n.4 (1962), pp.853, 859は、近代的な法用語の意味〔日本語での憲法〕を獲得したのは、イギリスでは18世紀であるとしている。
- （３）本稿で挙げた現代的立憲主義の説明の他に佐藤は、同書、185ページでこう書いている。「〔立憲主義の復活強化を〕もう少し詳しく言えば、①国民が憲法制定権力として憲法を制定し、その憲法によって必要な活動力の確保と濫用の防止に十分に配慮した政府の統治権力の仕組み・根拠を明確にするとともに、②人間（個人）の尊厳を基礎とする基本的人権の保障を徹底し、そして③そのような内容をもつ憲法の法的規範性を可及的に実現すること（「憲法の優位」とそれを担保する憲法裁判制度の導入）、これがその骨格をなす。」

佐藤は、更に続けて「⑩平和国家への志向を憲法を通じて明確にする」と述べている。この立憲主義の説明も、文脈上、現代立憲主義の説明である。

- (4) ①佐藤に限らず、欧米にも立憲主義の起源をギリシャ(のアリストテレス)に求めようとする研究者がいる。例えば、Carl J. Friedrich, *The Philosophy of law in historical perspective* (1958) は、constitutionalism を立法権が優越的地位を占めている三権分立を基礎としている制度 (p.129) と説明し、イングランドにおける法の支配の観念の出現を、近代以前のThomas Smith (1514?-77) とRichard Hooker (1554?-1600) の考えに求め (pp.67-76)、その上、その思想の淵源を古代のギリシャやローマに辿っている (p.442)。Sartori, *Communications on Constitutionalism, The American Political Science Review*, vol.59. n.2 (1965) は、彼らに批判的である。「ギリシャの立憲主義を語ることは、元来、過去の変造である。というのは、そうすることによって、我々は不可避免的に近代の参照枠を過去の遠いそして異なった世界に、あたかも2000年以上を飛び越えて、投影しているからである。」(ibid. p.442) ②中世の法思想に関して、世俗法の思想と教会法の思想とが検討される必要があるが、私の能力の及ぶところではない。ティアニー著、鷲見誠一訳『立憲思想始原と展開 1150-1650』(訳1961年) 参照。なお、ティアニーの著作の原題は*Religion, Law and The Growth of Constitutional Thought 1150-1650*である。
- (5) 高木八尺、末延三次、宮沢俊義編『人権宣言集』(岩波文庫)、「マグナ・カルタ」田中英夫解説(34-35ページ) この本の初版は、1960年に出されている。なお、佐藤、前掲書、48ページは、「これ〔1215年のマグナ・カルタ〕は国王とバロン(貴族)たちとの協約にすぎなかった」と書きながらも、1215年のマグナ・カルタが以後も有効であったかのように書いている。樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(1973年)、169ページは、「イギリスの1689年権利章典は、……1215年のマグナ・カルタに接続している……」と書いているが、1225年のマグナ・カルタの誤りである。クック、深尾裕造、松本和洋訳『クック「マグナ・カルタ註解」『法と政治』66巻4号(2016年)、167ページ参照。訳者達によれば、クック(Coke)は、長期議会庶民院の要請で1225年のマグナ・カルタの註解をなした。
- (6) 深尾裕造編『マグナ・カルタの800年』(2019年) 所収の小室輝久「マグナ・カルタとブラックストン」98ページ、バイカー著、深尾裕造訳『イギリス法史入門(第5版)』(第I部)(原著2019年、訳書2023年)、335ページ参照。小室はこう記している。「しかしながら、18世紀中庸の英国の政治社会において、個人の自由の保障の根拠として援用されるのは、もっぱら1225年/1297年の現行法としてのマグナ・カルタであった。……[中略]……1215年のジョン王のマグナ・カルタを「再発見」して、その内容と意義を改めて明らかにしたのが、ブラックストンであった。」バイカーはこう書いている。「中世後期には、制定法概念の基準が1225年のマグナ・カルタに始まると一般的に考えられるよ

うになっていた。もっと有名なジョン王の1215年の憲章は……作成後直ぐ国王によって否定されたもので、決して法として効力を発揮することはなかったのである。それは、……むしろ、ランミード憲章と称されていたのである。」引用したベイカーの文は、ベイカー著、深尾訳の同名の著書第4版（原著2002年、訳2014年）のこの箇所（287ページ）を大幅に書き変えている。ベイカーが記しているランミード憲章とは、1215年のマグナ・カルタの締結の地名（テムズ川右岸サリー州、Runnymede）から由来している。なお、深尾編所収の柳井健一「マグナ・カルタと憲法学」、157-161ページも参照。

- (7) 高田篤「『憲法』と『立憲主義』(1)」法学教室524（2024年5月）、51、53ページで権利保障と権力の分立を内容とする法の淵源をヨーロッパ中世（例として1215年のマグナ・カルタ）に求めるが、中世の権利が高田の言葉では「伝統的権利・自由」である限り近代の権利とは同視できない。
- (8) 佐藤、前掲書、60-61ページ。
- (9) なお、思想的観点からは、Friedrich, *op. cit.*,から異論が出されそうである。前注（4）。
- (10) 私は、黒田論文を所収している著作を大阪府立中央図書館で閲覧したが、黒田論文を複写するには紙が傷んでおり、また一部切り取られたりしていたので、最低限しか複写できなかった。黒田論文は、大日本帝国憲法からの転換を意識して書かれている。
- (11) 私は、Google Scholar の検索を利用して、「立憲主義」と名の付く論文を1950年代、60年代、70年代、80年代と区切って調べてみた。50年代、60年代は政治思想や他の分野で立憲主義という名のつく論文はあるが法学関係は少ない。もっとも、こう言うことが正しいかどうかの問題は、検索の対象になる論文がどの程度検索可能状態にされているかに依拠している限り、答えることができない。70年代は、樋口の著書が出た後、増えているかと推測したが低調である。1980年代になるとようやく、立憲主義という名の付く憲法学上の論文が増え始める。
- (12) 芦部、「司法審査制の理念と機能」、13ページ。この論文の初出は、岩波講座・現代法3『現代の立法』（1965年）である。
- (13) これは、遠藤比呂通「憲法的救済法への試み（二）」『国家学会雑誌』102巻7・8号（1989年）、102ページによる芦部の理解を参照にしている。遠藤は、芦部理解を通して「違憲審査制は、立憲主義に不可欠な制度的装置」としている。私が本文中で「収束」という言葉を使用した理由は、私自身が芦部の考えに精通していないためである。
- (14) 但し、樋口の場合、現代立憲主義においては、抽象的法令審査（違憲審査）制の重要性が説かれている。樋口陽一『個人と国家』（2000年、集英社新書）、90-91ページ。「権力の制限といっても、100年前と現在では決定的な違いがあります。かつては君主と議会の相互抑制でした。今はどうでしょうか。『民主』を具体化するのは選挙ですから、選挙によって選ばれた権力、それはま

ず議会でしょう。その議会に対抗して裁判所の力を後押しするという内容を持つのが、今の「立憲主義」です。具体的には議会のつくった立法をも憲法を基準として無効と判断することのできる違憲審査制度が、1980年代になって広がってくるのです。あるイタリアの学者はこれを「違憲審査制革命」とまで呼びました。」なお、樋口のこの書では、立憲主義はこう説明されている。「コンスティテューショナリズムは、要するに権力に勝手なことをさせないという、非常にわかりやすいいえばその一言に尽きると言っている。」(84ページ)

- (15) マクウルワイン著、森岡敬一郎訳『立憲主義 その成立過程』（訳1966年）、29ページ、同趣旨、「暴力によらざる何等かの方法で、合法的かつ効果的に政府〔を〕制約」（14ページ）
- (16) マクウルワイン、前掲書、16ページ。なお、森岡訳では、judicial reviewは、「司法部審査」と訳されている。
- (17) マクウルワイン、前掲書、214ページ。マクウルワインは、同書、16ページで、トーマス・ペイン（Thomas Paine. 1737-1809）による初期アメリカ合州国憲法の分析に欠けているのは「司法部審査（judicial review）」であると指摘し、法令審査制に言及している。
- (18) Sartori, Constitutionalism: A Preliminary Discussion, *The American Political Science Review*, vol.56. n.4（1962）, p.855.
- (19) この立場は、ある時期の伊藤正己の見解でもある。伊藤「立法過程における法の支配」『思想』337号（1952年7月号）、16ページ「……憲法主義（constitutionalism）の考え方こそが、「法の支配」という、力の優位を排除する伝統的立場にほかならない。」

大学をめぐる経営の現状とその将来展望（1）

～私立大学を中心として～

神 吉 正 三*

〈目次〉

はじめに

第1章 大学を取り巻く外部環境と大学の対応

第1節 大学数の状況とその推移、学生数の状況

第2節 18歳人口の推移

第3節 入学定員数の状況とその推移

第4節 大学進学率の動向

第5節 入学定員充足率の状況

第6節 入学定員管理の厳格化

第7節 入学目的の変化

第8節 大学全入時代の到来

第9節 エリート養成機関から大衆教育機関へ

第2章 大学が目指すべき方向

第1節 大学淘汰の時代の本格的到来

第2節 大学の経営破綻を回避することと破綻処理法制の必要性

（以下、次号）

はじめに

少子高齢化と人口減少社会への本格的な移行に伴う18歳人口の大幅な減少により、わが国大学、とくに私立大学の経営は、今後、一層厳しさを増すことが確実に予想できる。しかし、わが国全体として見るならば、大学

* かんき しょうぞう 龍谷大学名誉教授

をめぐる現状と将来に関する大学経営者の危機感は、あまり社会に伝わってこないように思う。今後、わが国大学の整理淘汰は避けられず、10年後、20年後には、多くの大学の閉鎖が避けられない状況にある。

本稿では、大学、とくに私立大学の経営をめぐる筆者の強い危機感を踏まえ、わが国大学を取り巻く経営環境を概観しつつ、大学経営に関する将来展望に関する私見を述べる。そこで、本稿は次のように構成する。第1章では、大学経営を取り巻く経営環境について、客観的な数値やデータを用いて説明する。次に、第2章では、今後、私立大学の整理淘汰が避けられないところから、わが国の大学が目指すべき方向について、筆者の考えを示す。同時に、大学の破綻処理法制整備の必要性、学生が納付した学費を保全するための制度整備の必要性についても政策提言を行う。最後に、第3章では、大学をめぐる将来展望について私見を述べる。

なお、筆者は商法・金融法を専門としており、高等教育論や大学経営に関する専門家ではないことをお断りしておく。専門家ではないにもかかわらず本稿をとりまとめて公表することとしたのは、ひとえに筆者の大学経営、とくに私立大学の現状と将来に対する強い危機感に基づく。

また、本稿は2024（令和6）年4月から翌2025年2月頃の時期に執筆したものだが、とくに私立大学の経営をめぐっては、時々刻々と状況が変化している。把握できた最新の情報は、適宜、注で補記したが、必ずしも十分でない可能性があることをお断りしておく。

第1章 大学を取り巻く外部環境と大学の対応

第1章では、大学を取り巻く外部環境と、それに対する大学の対応について説明する。ただし、網羅的に取り上げるのではなく、筆者の問題意識に基づいて、項目を絞って説明する。

なお、本章で記述する事項については、文部科学省中央教育審議会大学（龍法 '25）58-1, 204（204）

分科会・高等教育の在り方に関する特別部会（第15回〔2025年1月28日開催〕）の【参考資料1】関係データ集（令和7年1月28日版）⁽¹⁾に多くを依拠している。この資料の本稿における引用に際しては、「高等教育に関する特別部会・関係データ集」と表記する。

第1節 大学数の状況とその推移、学生数の状況

1. 大学数の状況とその推移

わが国の大学の数（短期大学を除く）は、令和6（2024）年⁽²⁾5月1日時点で813校であり、その内訳は、国立86校、公立103校、私立624校である。

短期大学を含む大学の数自体は、平成14・15（2002・2003）年の1,227校をピークとして減少している。これは短期大学の減少が進んだ結果である。ただし、短期大学を除く大学の数自体は、その後も図表1から明らかなように、微増を続けている。

(1) https://www.mext.go.jp/content/20250128-mxt_koutou02-000039884_14.pdf

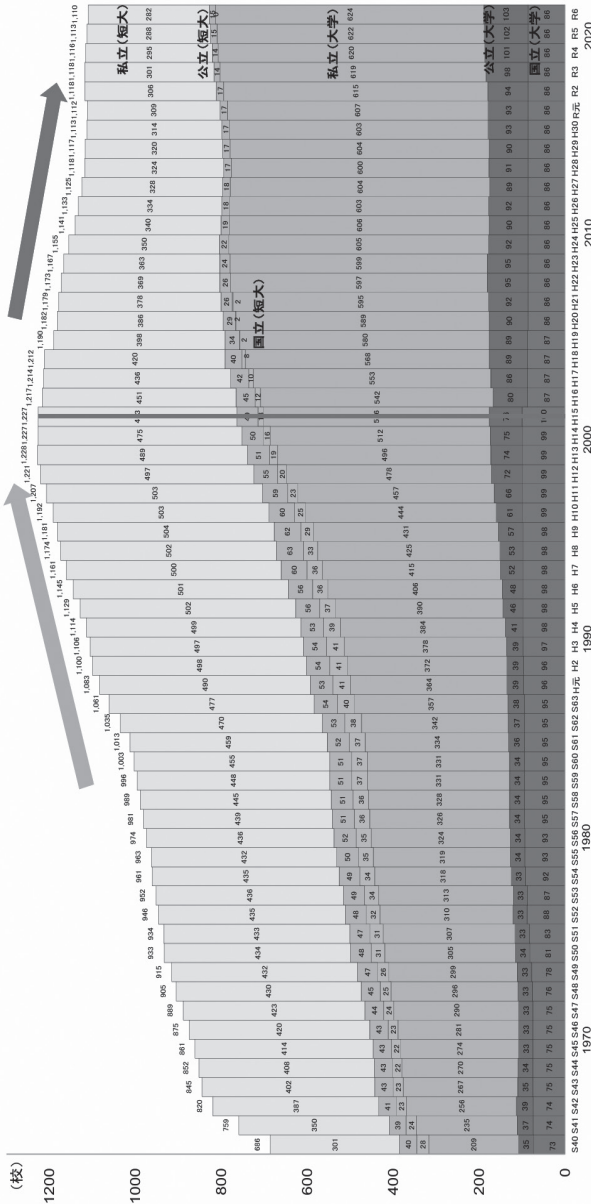
なお、この特別部会での検討作業を経て、令和7（2025）年2月21日に文部科学省中央教育審議会の答申「我が国の「知の総和」向上の未来像～高等教育システムの再構築～（答申）（中教審第255号）」が行われた。この答申には、詳細な関係資料集が付されており、本来は、この関係資料集によるべきとも考えられるが、資料が分割して公表されているため、参照のための作業が若干繁雑であることと、答申がこの特別部会での検討を踏まえて行われているところから、基本的にこの特別部会の資料に依拠し、特別部会の資料にないもののみを答申の関係資料集によることとした。

(2) わが国では元号法の下、公的な資料では和暦を優先した年の表記が行われている。ただし、西暦による表記にも、改元の影響を受けることなく長いスパンで年の経過を認識できる利点がある。そこで本稿では、和暦と西暦について、統一的にどちらかを優先して表記するということをしていない。極力、かつこ内に和暦または西暦を補記した。

【図表1】

大学・短期大学数の推移

- 近年の主な傾向として、四大学や廃止により短期大学数は減少。
- 平成14年以降は全体的に四大・短大の合計数も減少傾向。国立大学数は平成16年以降ほぼ横ばい。



※学生数集計上の区分を含む。
※通信制課程のみの短大・学校は含まない。

(資料)「高等教育に関する特別部会・関係データ集」(2) - 2-4頁
(出典) 文部科学省「学校基本統計」

次に、813校ある大学の数の推移について、1970（昭和45）年からおよそ10年刻みで確認しておく。

【図表 2】大学の数の推移 〔単位：校、%、倍〕

	1970年	構成比	1980年	1990年	2000年	2010年	2020年	2024年	構成比	増加率
国立	75	19.6	93	96	99	86	86	86	10.6	1.15
公立	33	8.6	34	39	72	95	94	103	12.7	3.12
私立	274	71.7	319	372	478	597	615	624	76.8	2.28
合計	382	100.0	446	507	649	778	795	813	100.0	2.13

（資料）文部科学省『学校基本調査報告書』各年度版から数値を抜粋し、比率は筆者が算出。
（注 1）増加率は、2024（令和 6）年の数値を1970（昭和45）年の数値で除したもの。
（注 2）各年とも 5 月 1 日時点のもの。

大学の数が増加した主な要因は、私立大学の増加にある。

2024（令和 6）年の大学の数を1970（昭和45）年と比較すると、その増加率では、公立大学が3.12倍と最も高い。ただし、公立大学は母数自体が小さく、実数ベースでは70校の増加である。

公立大学の増加要因を分析するため、令和 4（2022）年度の数都道府県別に見てみると、北海道・埼玉県・千葉県・東京都・神奈川県・愛知県・京都府・大阪府・兵庫県・福岡県、10都道府県の合計数が31校と、総数101校の30.7%を占めている。これに対して、昭和60（1985）年度は、総数34校のうち同じ都道府県の合計数は18校（ただし、埼玉県・千葉県はゼロ）であって、全体の52.9%と過半数を占めている（以上、文部科学省『学校基本調査報告書（高等教育機関編）』の各年度版による）。ここからわかるように、大都市を擁する都道府県以外の県で、公立大学が新設されたことが公立大学の数が増加した要因であることが分かる。

これに対して、私立大学は実数ベースで350校の増加と、かなりの数が増加しており、また、1970（昭和45）年と対比すると 2 倍以上に増加している。私立大学の増加により、大学の総数も、2 倍以上に増加している。

大学の入学定員数とその推移は別に検討するものの、そもそも学生の受

け皿となる大学の数自体が2倍以上増加したことの意味は大きい。大都市を擁する都道府県以外の県で公立大学が新設されたように、地方では、18歳人口の地元へのつなぎ止めや、競合の厳しい大都市圏での大学の新設を避けて、私立大学の新設が盛んに行われたと考えられる。

次に、「高等教育に関する特別部会・関係データ集」(2)-2-7頁を基に、私立大学数を入学定員の規模別に見ておく。集計対象の603校⁽³⁾について、入学定員999人以下を小規模大学、1000人～1999人を中規模大学、2000人以上を大規模大学として区分すると、小規模大学が471校(構成比78.1%)、中規模大学が84校(同13.9%)、大規模大学が48校(同8.0%)である。数の上では、小規模大学が全体の約8割と、圧倒的に多数を占めている。

2. 学生数の状況

令和6(2024)年5月1日時点の大学(学部)の学生数は、262万8千人である。その内訳は、国立大学が43万3千人(構成比16.5%)、公立大学が14万8千人(同5.6%)、私立大学が204万7千人(同77.9%)である(「高等教育に関する特別部会・関係データ集」(2)-2-2頁)。

設置者別の大学の数の構成比と対比すると、国立大学の数の構成比10.6%に対して学生数のそれは16.5%である。大学の数との対比では、多くの学生を収容していることが分かる。国立大学は規模が大きいことが窺える。次に、公立大学については、数の構成比12.7%に対して学生数は5.6%と、7.1ポイントも低い割合を占めるに過ぎない。公立大学の規模が総じて小さいことが窺える。最後に、私立大学については、数の構成比76.8%に対して学生数は77.8%と、ほぼ同じ数値である。国立大学と対比すると、小規模大学が多いことが窺える。

大学生の8割近くが私立大学に在籍しているから、わが国で大学生と言

(3) 上の表に示したとおり、2024年の私立大学数は624校である。この資料の同頁に示された数と乖離する原因は分からない。

えば、そのほとんどが私立大学の学生ということになる。

さらに、「高等教育に関する特別部会・関係データ集」（2）-2-7頁で、私立大学の入学定員数を大学の規模別に見ておく。上に示した規模の区分に従うと、小規模大学471校の入学定員数が166,574人（構成比33.6%）、中規模大学84校が122,484人（同24.7%）、大規模大学48校が206,447人（同41.7%）である。入学定員充足率の状況があるものの、学生の約7割が中規模および大規模大学の学生であると見ることができる。

第2節 18歳人口の推移

大学の数が現在においても基本的に増加傾向をたどっているのに対して、わが国大学が学生として主に受け入れるわが国の18歳人口は、日本の総人口が減少に転じる中、著しい減少が続いている。

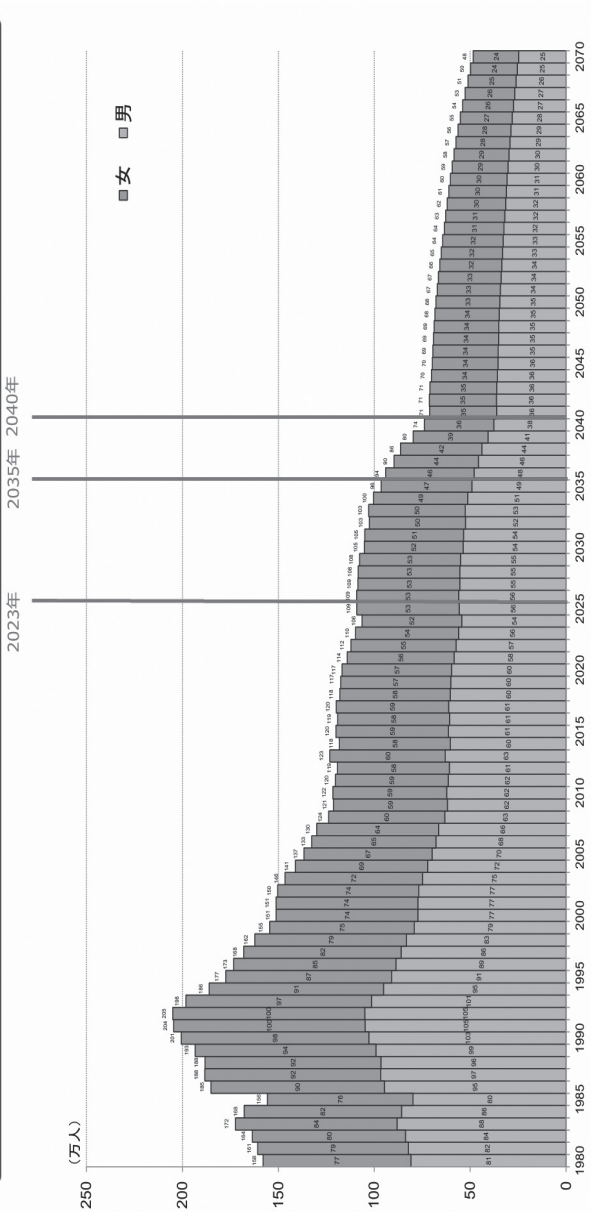
わが国の大学は、主に、国内で18歳に達した若者を学生として受け入れている。つまり、大学の経営をめぐるのは、わが国の18歳人口が、市場規模を確定する最大の要素となる。

わが国の18歳人口は、1992（平成4）年の205万人をピークとして、それまでの増加基調から一転して大幅な減少基調に転じている。2023（令和5）年には109万人にまで減少した後、2035年には100万人を割り込んで96万人に、さらには2040年には74万人にまで減少するとの予測がある。その後、18歳人口の減少のスピードは落ち着くものの、長期的には減少傾向をたどると予想されている。

【図表3】

18歳人口(男女別)の将来推計

- 我が国の18歳人口の推移を見ると、2005年には約137万人であったものが、現在は約109万人まで減少している。
- 今後、2035年には初めて100万人を割って約96万人となり、さらに2040年には約74万人にまで減少するという推計もある。



(出典) 2027年以前は文部科学省「学校基本統計」、2028年以降は国立社会健康・人口問題研究所「日本の将来推計人口(令和5年推計)(出生低位・死亡低位)」を元に作成
(資料)「高等教育に関する特別部会・関係データ集」(1)-1-5頁

厚生労働省が2025（令和7）年2月27日に人口動態統計を公表した。それによれば、2024（令和6）年の出生数は前年比5.0%減の72万0988人と、9年連続で過去最低になったことが報じられている（日本経済新聞2025年2月28日付け朝刊1面）。この報道で、72万人という数字について、国立社会保障・人口問題研究所が23年4月に公表した中位推計によれば、出生数が72万人台になるのは2039年とされているところから、15年早いペースで少子化が進んでいると説明されている。

わが国の18歳人口が再び増加に転じる見込みはない。従って、現在のまま18歳の若者を主たる入学対象者とし続けると、大学全体として見るなら、今後、大学が入学者を確保すること自体が困難な状態に陥ることは明らかである。

ところで、消費者向け商品のメーカーの場合、特定商品の売上げが低迷してくると、当該商品自体の売上回復を図る手段としては、①新市場を開拓する、②新たな用途を開発するといった方法を模索する。これを大学に置き換えれば、海外に市場を求めて留学生の受け入れに注力するか（①に対応。メーカーであれば、海外市場を開拓するといったこと）、社会人向けリカレント教育に注力する（②に対応）といった方策が考えられる。しかし、いずれの方策についても、すでに論じつくされたもので、抜本的な問題解決策にはなっていない。

大学は、その年に生まれる新生児の数に応じて、18年後の経営環境をおおよそ予測できる。18歳人口の減少は、大学の整理淘汰が避けられないという厳しい現実を大学経営者に突きつけるとともに、生き残りのための諸方策の立案と推進が待ったなしの状態にあることは間違いない。

第3節 入学定員数の状況とその推移

「高等教育に関する特別部会・関係データ集」（2）-2-5頁で令和5（2023）年の大学の入学定員数をみると、その合計は628千人である。内訳

は、国立大学が95千人、公立大学が33千人、私立大学が500千人である。昭和55（1980）年の入学定員数の合計は319千人であったから、現在は、ほぼ2倍に増加している。

大学の入学定員数の増加の主たる要因は、私立大学の入学定員数の増加にあるので、その推移を確認する。

昭和61（1986）年以降平成4（1992）年まで、私立大学の入学定員数の著しい増加が続いた。私立大学の入学定員数は、昭和60（1985）年の245千人から平成4（1992）年の422千人へと1.7倍に増加した。平成5（1993）年からは、増加のテンポは大幅に縮小するものの、平成11（1999）年の469千人まで増加を続ける。その後は、平成16（2004）年の426千人まで減少し、平成17（2005）年からは再び増加に転じて、現時点でも微増傾向が続いている。

これに対して、わが国の18歳人口が平成4（1992）年の205万人をピークとして、その後、大幅に減少に転じていることは第2節で説明した。同年まで大幅に入学定員数が増えているのは、18歳人口の増加という潜在的な市場の拡大を受けたものと理解することができるものの、平成5（1993）年以降、大幅に18歳人口の減少が続く中、入学定員数が増加基調を続けることとの間には、大きな矛盾がある。

これは、各大学の経営者が、市場が縮小する中であっても自校だけは生き残っていけるという、極めて楽観的かつ強気の経営を貫いた結果かもしれない。市場全体の環境が極めて厳しい中において、入学定員数を増加するということに対しては、大学経営という特殊な分野の経営に属する問題であるとはいえ、民間の企業経営に置き換えて考えてみると、無謀ともいえる。

民間企業であれば、市場全体が縮小する中において売上拡大を図ることは、基本的に市場シェアの拡大を図らない限り不可能である。大学に置き換えると、他大学に入学予定の高校生を自校に入学させるということが奏（龍法 '25）58-1, 212（212）

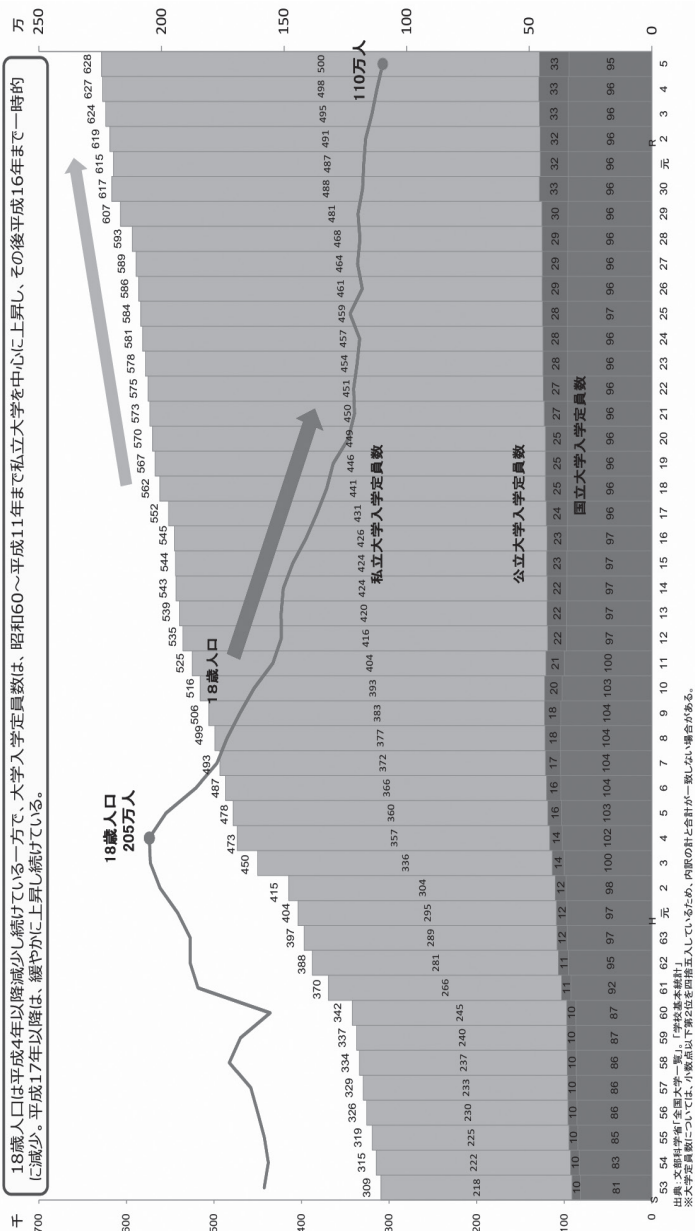
功しなければ、不可能である。これが必ず実現できると、多くの大学経営者が考えたということになる。

そして、民間企業が市場シェアを拡大することは、他企業も必死で営業活動を展開しているから、斬新なアイデアで自社製品の魅力を高める対策を講じない限り、ほとんど不可能である。大学であれば、自校の教育面の魅力や独自性を格段に高めるということ以外に方法はない。

なお、平成17（2005）年以降も入学定員数が増加基調にあるのは、時代の変化を見据えつつ、生き残りをかけた学部の新設と、それに伴う大学全体としての定員増加の影響があるのではないかと推測する。市場の縮小傾向が続くなか、大学全体として見ると、今も積極経営を続ける大学が多いということになる。

設置者別大学入学定員数の推移

18歳人口は平成4年に増え、平成11年まで私立大学を中心に上昇し、その後平成16年まで一時的に減少。平成17年以降は、緩やかに上昇が続いている。



(資料)「高等教育に関する特別部会・関係データ集」(2)-2-5頁

また、令和5（2023）年の18歳人口の110万人という数字と、大学入学定員数の62万8千人という数字を対比すると、18歳人口の57.1%が大学に進学してはじめて定員を充足できる状態であることを意味する。各家庭の経済状態や個々の高校生の進路に関する指向の多様性を踏まえれば、進学率自体を個々の大学の経営努力でさらに上昇させることには限界がある。

なお、次節で検討するように、大学進学率が令和6（2024）年に60%近くに達していることを踏まえると、入学定員数との関係においては、どの大学も定員充足率100%をほぼ達成できそうに見えるものの、大規模大学が定員を超えて学生を受け入れる結果、小規模大学には学生が集まらないというのが現状である。大規模大学へ、そしてより上位にランクされる大学へと学生がシフトしていく。

第4節 大学進学率の動向

1. 大学進学率全体の動向

大学経営における市場規模を確定する要素として、18歳人口とともに、大学進学率がある。いずれも、個々の大学の経営努力では如何ともしがたい、さまざまな社会的要因によって決まるものである。

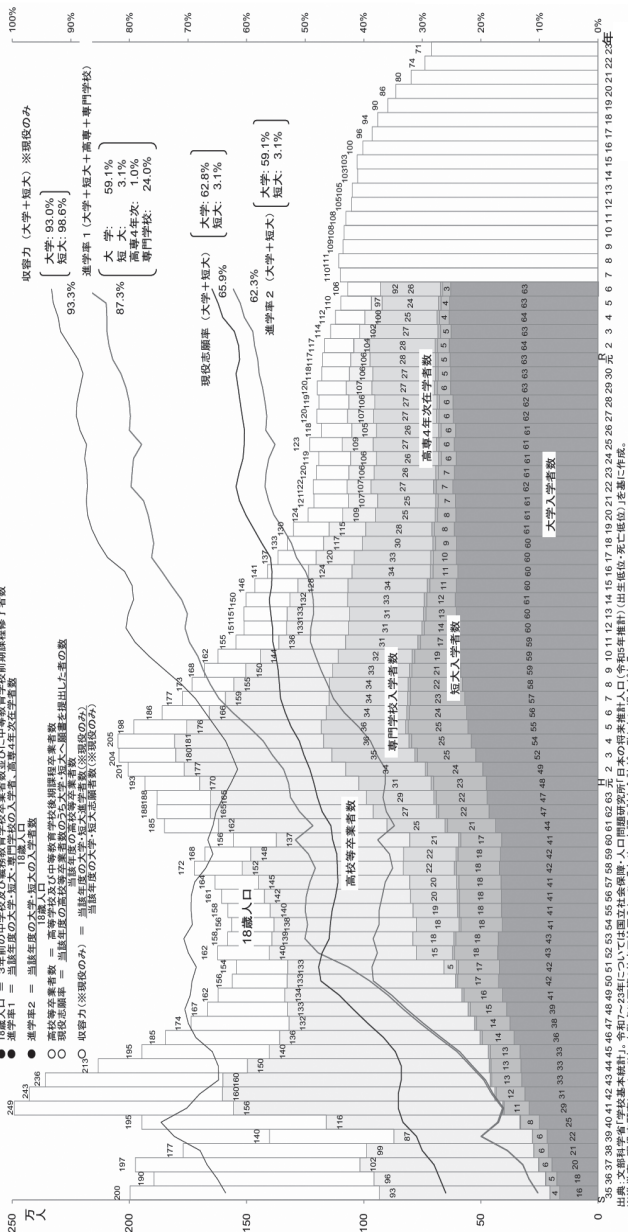
本節では、大学進学率について見る。

わが国の大学進学率は、わが国が高度経済成長を謳歌した昭和40年代から昭和50年（1965年～1975年）までの間に年々大きく上昇した。昭和40（1970）年頃には15%台であった進学率は、昭和50（1975）年には40%程度にまで上昇した。昭和50年代以降、その伸びは緩やかになるものの、令和6（2023）年には59.1%と6割近くにまで上昇している。

图表5】

18歳人口と高等教育機関への進学率等の推移

18歳人口は、ピークであった昭和41年には、約249万人であったが、令和6年には106万人にまで減少。令和23年には71万人にまで減少するとが予測されている。高等教育機関への進学率は概ね上昇を続け、令和6年には大学のみで59.1%、全体で87.3%となっている。



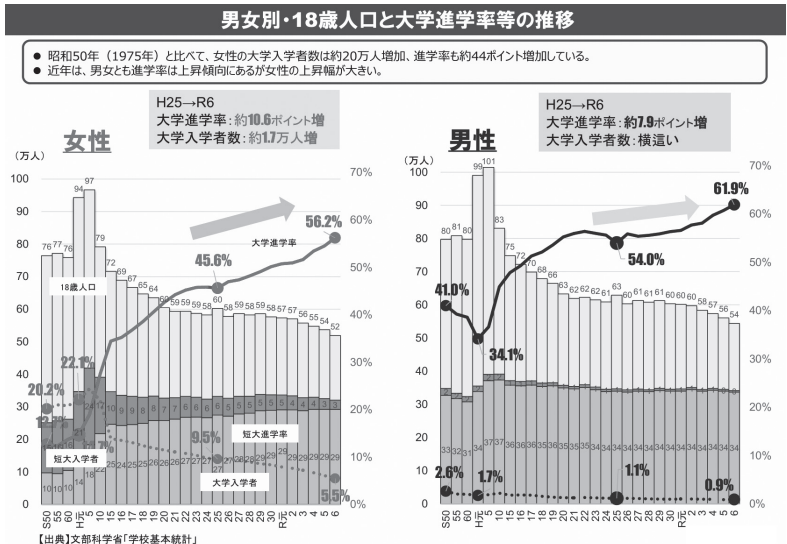
(資料)「高等教育に関する特別部会・関係データ集」(2)-1-1頁

2. 大学進学率の男女別動向

大学進学率を男性と女性に分けて見てみると、従来は男女で格差が大きかったものの、その格差は近年、小さくなっている。

昭和50（1975）年の男女別の進学率を見ると、男性の41.0%に対して女性は12.7%と、30ポイント近い格差があった。女性の進学率は平成に入ってから大きく上昇し、平成元（1989）年の14.7%から平成24（2012）年には45.8%にまで、30ポイント以上も上昇している。男性は34.1%から55.6%へと、20ポイント以上上昇しているものの、女性の伸びには及ばない。その後、平成24（2012）年から令和6（2024）年までの状況についても、女性は45.8%から56.2%へ10.4ポイント上昇し、男性の55.6%から61.9%への6.3ポイントの上昇と比較すると、女性の伸びが男性を上回る。

【図表6】



（資料）「高等教育に関する特別部会・関係データ集」（2）-1-2 頁

女性の大学進学率の上昇については、短大進学率との関連も見えてとれる。

女性の短大への進学率は、平成元（1989）年に22.1%であったものが、令和6（2024）年には5.5%にまで大きく低下している。女性の中で、短大への進学から四年制大学への進学を指向する傾向が進行したことがわかる。男性については、もともと短大への進学率は低く、女性と同じ年を比較すると、1.7%から0.9%に低下しているものの、減少の幅自体は小さい。

高校卒業後、女性が大学ではなく短大への入学を指向した要因として、女性の初婚年齢との関係がある。

阪井裕一郎『結婚の社会学』（ちくま新書、2024年）は、「戦後も長らく、女性は20代前半までに結婚するべきだとする社会の規範は非常に強く、適齢期の女性やその親は必死になって結婚相手を探しました。／1970年の妻の初婚年齢は、22歳から23歳に集中しており、女性のおよそ8割が25歳までに結婚しています。」（88頁）と指摘している。さらに、女性の就職についても、苑復傑「戦後における高等教育進学と労働力参加」放送教育開発センター研究報告91号（1996年）を引用して、「1970年から1990年代初頭までは短大卒の女性は、四大卒の女性より就職率が高くなる傾向もありました。結婚退職までの期間が2年長いことが、企業に好まれたことも背景にあります。」（89頁）と指摘している。女性は、結婚とともに退職するという前提で、企業は女性を採用していたということである。

女性を専業主婦とする性別役割分業は、現在もなお残っているとはいえ、男女共同参画型の社会が強く指向される時代背景もあって、女性の短大から大学への進学シフトによって、男性の進学率に近づく傾向が続いたと考えられる。

男性の進学率の伸びが近年鈍化傾向にあることに見られるように、進学率が60%に近づくにつれ、60%を超えて今後も進学率が増加を続けるのかについては、むしろ難しいと考えられる。大学進学率が60%に近づくとき、進学率は限界に近くなってくると見るべきである。大学全体としては、今後、進学率の上昇によって規模拡大や規模の維持を図ることは、難しいと

考えるべきである。

第５節 入学定員充足率の状況

「高等教育に関する特別部会・関係データ集」（２）-3-10頁によれば、入学定員充足率は、国立大学が104%、公立大学が105%、私立大学が98%である。

国公立大学は、都道府県別に見ても全国で定員を充足している。これに対して、私立大学は、全体として見ると100%に近い数字と言えるものの、都道府県別に見ると、地方において定員を充足していない傾向が見てとれる。

なお、私立大学で入学定員充足率が85%を上回らない県は、岩手、福島、和歌山、岡山、山口、徳島、高知、長崎、大分の9県である。さらに、90%で線引きすると、これを上回らない県として、秋田、富山、岐阜、奈良、香川、佐賀、宮崎の7県が加わる。大都市を擁しない県で入学定員充足率が低くなる傾向が見てとれる。

さらに、日本私立学校振興・共済事業団の「令和6（2024）年度 私立大学・短期大学等入学志願動向」⁽⁴⁾を見ると、同年5月1日時点での集計対象である私立大学598校全体の入学定員充足率は98.19%である。うち、入学定員充足率が100%未満の大学は354校（前年度比34校増）で、未充足校の割合は59.2%に達している。半数を乗り越えて、私立大学の6割もの大学で定員の未充足が生じるという極めて厳しい状況にある。なお、令和5（2023）年度は、入学定員未充足の大学が320校で、未充足率は53.3%であった。過年度の調査結果を見てみると、平成28（2016）年度では、定員未充足の大学は257校で、577校中44.5%を占めていた⁽⁵⁾。このように、定員未充足の大学が近年、急速に増加している。

(4) <https://www.shigaku.go.jp/files/shigandoukouR6.pdf>

(5) <https://www.shigaku.go.jp/files/shigandoukouH28.pdf>

次に、令和6（2024）年度の同じ資料から、定員未充足の大学354校について、入学定員充足率の割合別に校数を見ていくと、90%台90校、80%台82校、70%台69校、60%台53校、50%台17校、50%未満が43校である。さらに、入学定員充足率を大学の規模（入学定員）に基づいて見ていくと、入学定員が600人未満の比較的規模の小さい大学で、90%を下回る状態である。

これを製造業の民間企業に置き換えてみると、完全に、過当競争かつ設備投資過剰の状態にあるといえる。大学は収容定員数に応じて校舎等の設備を保有しているから、入学定員未充足が継続するという状態は、設備投資過剰ということになる。

第6節 入学定員管理の厳格化

入学定員充足率が90%台の大学の場合、入学定員の未充足は、大学の予測や統制の範囲を超える事情で起こる場合がある。

大半の大学では、入試の合否判定に際して、定員の未充足が生じないように、入学定員を上回る数の受験生を対象として「合格」判定を下す。ところが、大学が想定した範囲を超える数の合格者が他の大学に流れると、結果的に定員未充足という事態が発生することになる。3月下旬に追加合格を出すという対応を大学がとったとしても、対象者がこれに応じるとは限らない。

私立大学の場合、入試は複数回、それも多数回行うのが通常である。入試の種別ごとに、合格判定を下した受験生のうち、どれくらいの割合の者が実際に入学するかという歩留まり率に基づく「票読み」を実施する。ただし、入試種別ごとに歩留まり率を算出したとしても、それはあくまでも過去の実績なのであって、今年度の歩留まり率が実際にどうなるのかを正確に予測することは極めて難しい。この歩留まり率は、近隣の大学の合格判定の結果など、外部要因によって大きく左右されるからである。

逆に、入学定員をはるかに超える合格判定を下して、実際に入学定員を大幅に上回る者が入学するとどうなるか。

私立大学は、日本私立学校振興・共済事業団が国から交付を受けた国庫補助金（私立大学等経常費補助金および私立大学等研究推進費補助金）を財源として、同事業団から補助金の交付を受けている。令和4（2022）年度までは、入学定員超過の状態になると、超過の割合によっては補助金の交付が受けられないという厳しい対応がとられてきた。定員を超過した学生から納付金を得られるから、補助金に依存しなくても経営が成り立つとの理屈であると理解できる。

【私立大学等経常費補助金・私立大学等研究推進費補助金 取扱要領】（ただし令和4年度までのもの）

〔定員の充足状況による不交付措置〕第3条の3

事業団は、私立大学等又は私立大学等に所属する学部等（以下、この条、次条及び第3条の5において「学部等」という。）が次の各号の一に該当する場合には、原則として、当該私立大学等又は当該学部等に係る補助金の全額を交付しないものとする。ただし、第1号にあっては、夜間部、通信教育部及び短期大学設置基準第19条に定める授業を行う時間について教育上特別の配慮を必要とする学科を除いて適用し、第2号にあっては、通信教育部を除いて適用するものとする。

（1）私立大学等に係る補助金を交付しないもの

当該年度の5月1日現在の在籍学生数（大学設置基準第30条の2又は短期大学設置基準第16条の2に定める修業年限を超えた一定期間にわたる計画的な履修を認められた学生（以下「長期履修学生」という。）については、別記1により取扱うものとする。以下この条において同じ。）の収容定員に対する割合が1.50倍以上（収容定員8,000人以上の大学等は1.40倍以上）の私立大学等又は当該年度の5月1日現在の入学者数が当該私

立大学等に所属する学部等ごとの入学定員1.30（収容定員4,000人以上8,000人未満の大学等は1.20、収容定員8,000人以上の大学等は1.10、医歯学部（看護学科を除く。以下同じ。）は1.1）を乗じた人数を合計した数以上の私立大学等

(2) 学部等に係る補助金を交付しないもの

当該年度の5月1日現在の在籍学生数の収容定員に対する割合が1.50倍以上（収容定員8,000人以上の大学等は1.40倍以上）の学部等又は当該年度の5月1日現在の入学者数の入学定員に対する割合が1.30倍以上（収容定員4,000人以上8,000人未満の大学等は1.20倍以上、収容定員8,000人以上の大学等は1.10倍以上、医歯学部は1.1倍以上）の学部等

(3) 当該年度の5月1日現在の在籍学生数の収容定員に対する割合が50%以下の学部等

(注) 下線は引用者による。

補助金交付に関する取扱要領によれば、収容定員8千人以上の大学の場合、定員が1.10倍を超えると、補助金の交付を受けることができなかった。

定員未充足の状態になることは、大学にとっては不名誉な事態であり、反対に定員が1.10倍を超えると補助金の交付が受けられないのだから、収容定員が8千人以上の大学では、入試の合否判定に際して、入学定員を上回るとともに、その上回る幅は1割未満にとどめるという、ほとんど神業的な作業を毎年繰り返す必要があった。

このように、国の大学に対する補助金政策の結果、大学の定員管理は、非常に厳格に行われることとなった。

ただし、文部科学省の入学定員管理の厳格化政策は、令和5（2023）年度以降、緩和されることが示されている。これまでは単年度の「入学定員」の増加率に基づいて補助金の減額措置が講じられていたところ、「収容定員」に基づく複数年度の算定に改められることとなった（文部科学省（龍法 '25）58-1, 222（222）

高等教育局と日本私立学校振興・共済事業団の連名による令和4（2022）年11月22日付け「令和5年度以降の定員管理に係る私立大学等経常費補助金の取扱いについて（通知）」⁽⁶⁾）。とはいえ、大学の入学定員管理の厳格化は続く。

第7節 入学目的の変化

1. 高校新卒者に対する求人の動向

大学進学率がほぼ6割近い水準に達していることは、第4節で指摘した。大学進学率が上昇した要因の一つとして、高卒者に対する求人が大幅に減少しているという事情が関係していると推測される。

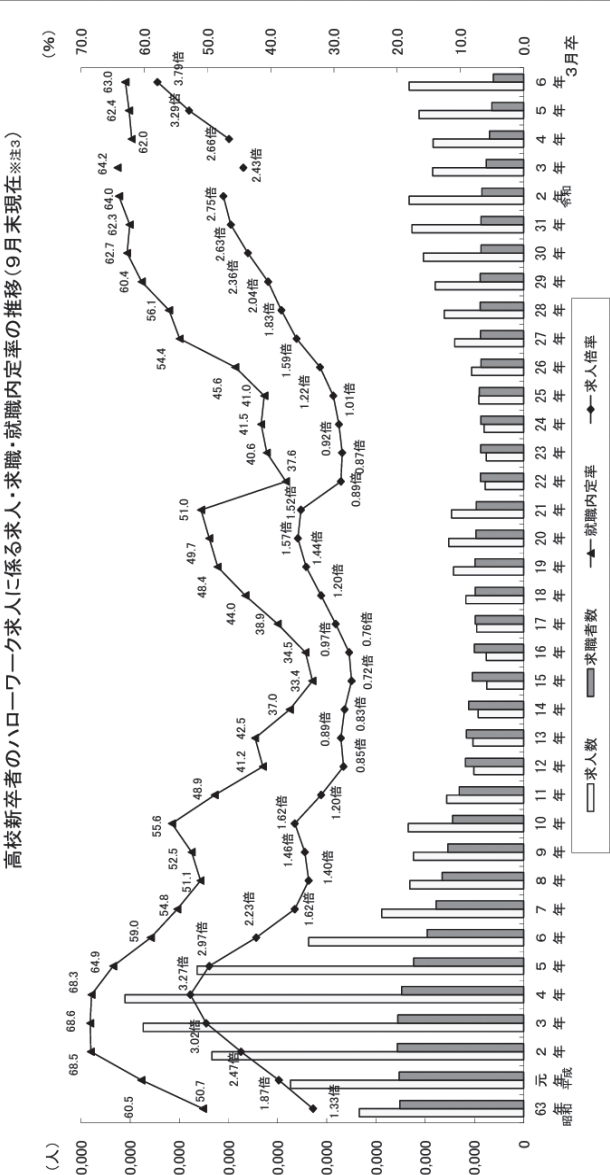
厚生労働省の「令和5年度「高校・中学新卒者のハローワーク求人に係る求人・求職・就職内定状況」取りまとめ（9月末現在）」⁽⁷⁾を基に説明する。

高校新卒者に対するハローワーク求人を見ると、平成4（1992）年までは、求人数が大きく増加しているものの、その後は大きく減少に転じている。ピークの平成4（1992）年に160万人程度あった求人数は、平成10（1998）年には、40万人台程度にまで減少している。およそ4分の1程度にまで減少したことになる。そして、求人数が前年比増加基調に転じる年があるものの、増加する傾向が続くことはない。

(6) https://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/shinkou/07021403/002/002/1409177_00002.htm

(7) <https://www.mhlw.go.jp/content/11800000/001222963.pdf>

【図表7】



注1 「求職者数」とは、学校又はハローワークの紹介を希望する者のみの数であり、就職内定率の算出に用いている「就職内定者数」とは、学校又はハローワークの紹介によって内定した者のみの数である。
注2 「就職内定率」については、小坂点第2位を四捨五入している。求人倍率は、小坂点第3位を四捨五入している。
注3 令和3年3月末の数値については、新型コロナウイルス感染症の感染拡大の影響により、令和3年3月高校生卒者の就職に関する選考、内定開始期日などの変更があったことを踏まえ、調査時点を10月末に代えて取りまとめている。

（資料）厚生労働省「令和5年度「高校・中学新卒者のハローワーク求人に係る求人・求職・就職内定状況」取りまとめ（9月末現在）」

なお、わが国の18歳人口が1992（平成4）年の205万人をピークとして、大幅な減少に転じていることは、第2節で説明した。高校新卒者に対する求人数の減少と18歳人口の減少とが、同じ基調をたどっていることになる。ただし、求人数の減少の方が18歳人口の減少をはるかに上回るペースで進んでいる。これは、高校を卒業して就職しようとしても、就職先を見つけれない可能性が高まることを意味する。

高校新卒者に対する求人数の大きな減少は、社会の高度化・情報化の進展により、単純労働の機械化や非正規雇用への置き換え、非正規雇用自体の拡大、女性の社会進出の拡大といったさまざまな要因によるものと思われる。

2. 大学に進学する理由

高校新卒者に対する求人の状況を踏まえれば、企業への就職によって経済的自立を希望するなら、大学を卒業する必要がある、ということになる。

資料が若干古くなるものの、2013年のベネッセ教育研究開発センター「高校データブック2013」⁽⁸⁾によれば、大学への進学理由としては、「大学で過ごすこと自体が人生経験として貴重だと思ったから」が74.4%と最も高く、次に、「先行き不透明な時代に、大学くらい出ていないといけないと思ったから」が73.1%と続く。「専門的な勉強・研究がしたかったから」は66.5%と、比較的高い割合を占めるものの、明確な目的意識をもって進学する専門学校（79.9%）や在学期間が短い短期大学（70.8%）への、この進学理由が占める比率を下回る。

なお、「高校の先生が薦めたから」「親が薦めたから」は、それぞれ28.9%、34.2%を占めるに過ぎないことから判断して、大学へ進学することの必要性自体は、周囲からの勧奨によるものではなく、本人が認識して

(8) https://berd.benesse.jp/berd/center/open/report/kou_databook/2013/pdf/P82-105.pdf

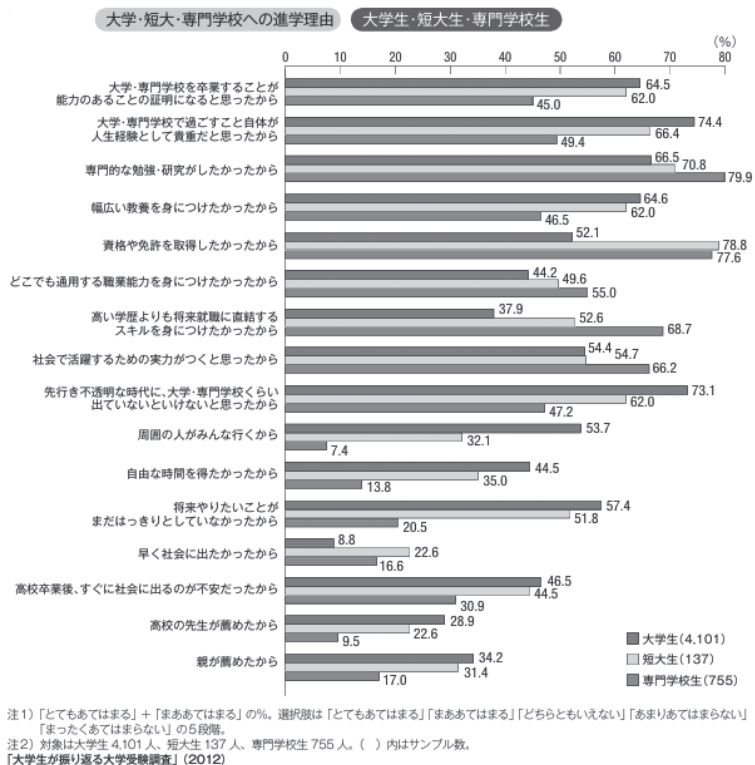
いるということも分かる。53.7%を占める「周囲の人がみんな行くから」というのが、消極的な意味での進学理由と推測される。

また、ベネッセ教育総合研究所の「第4回 大学生の学習・生活実態調査報告書 データ集」⁽⁹⁾で入学後の大学生の学修態度を見ても、2021（令和3）年の調査結果は、「あまり興味がなくても、単位を楽にとれる科目がよい」とする回答が63.3%で、「単位をとるのが難しくても、自分の興味のある授業がよい」の36.7%を大きく上回っている。同じ質問に関する2008（平成20）年の調査結果は、前者が48.9%、後者が51.1%とほぼ拮抗していたから、近年、大学で学修する目的自体が、自分の興味関心に基づくものから、いかに楽に卒業するかを目指すものへと大きく変化していることが窺える。

このように、最高学府としての大学に、高度な専門教育を受けることを直接的な目的として進学する者は少なくなっている。むしろ、大学への進学理由は、大学卒としての資格を得ることや、社会に出るまでの時間稼ぎといったものへと変化している。

(9) https://berd.benesse.jp/up_images/research/4_daigaku_chousa_p13-26.pdf

【図表 8】



(資料) ベネッセ教育研究開発センター「高校データブック2013」86頁

第8節 大学全入時代の到来

1. 全入時代の到来とFランク大学

「大学全入時代」とは、大学の入学定員総数が大学への進学希望者総数を上回る時代を指す言葉である。

大学(学部)の入学志願者数が確認できる文部科学省「大学入試のあり方に関する検討会議(第17回〔令和2年11月16日開催〕)配布資料」(参考資料3)⁽¹⁰⁾によると、平成31(2019)年は673千人で、同年の大学入学定

員数は、第3節で示したように617千人である。この時点では、大学全入とは言えないものの、18歳人口の減少を踏まえれば、早晩、大学全入時代が到来するのは間違いない。

なお、第5節では、入学定員充足率の状況を説明した。私立大学の6割の大学が入学定員未充足という極めて厳しい状況にある。そこから導けることは、大学全体として見るならば、大学への入学を希望する者は、大学を選ばなければ、確実に大学に入学できるということである。

入学定員未充足の私立大学は、形式的に入試を実施するとしても、授業料を払ってくれる受験生なら誰でも受け入れる、ということにつながる。入試の形骸化である。

そして、このような大学は、「Fランク」と称される。「F」はフリーの意味であり、選抜がない、選抜を実施できないことを意味する。大学、とくに私立大学は、定員を充足することが経営維持にとっての至上命題であるから、Fランクの大学は、なりふり構わず入学者の確保に奔走することとなる。

2. 入試種別の多様化と入試の多頻度化

日本の大学は、偏差値に基づき、完全に輪切りにされた状態で社会的な評価が定まっていることは、周知の事実である。そして、一度定まったその評価を向上させるのは、並大抵の経営努力では実現できない。また、そのための手段も、教育内容の向上・改善を図るという、極めて目に見えにくく即効性に乏しい作業に教職員が一丸となって地道に取り組む必要がある。

ところが、大学教員は、能力次第で転職も容易であるため、意識を統一して教育内容の改革に取り組むということにも、極めて高いハードルがあ

(10) https://www.mext.go.jp/content/20201113-mxt_daigakuc02-000010877_11.pdf

る。教育内容の改革が、個々の教員にとって負担増、つまりは研究時間の減少を招くと判断すると、有能な教員ほど、自分にとって望ましい環境にある大学や、より偏差値の高い大学に異動していく。

そこで、大学が取りうる手っ取り早い選択肢としては、定員充足に向けて、早期に入学者を確保するということになる。

私立大学の経営基盤は、学生からの納付金にある。従って、定員充足に向けて学生数を確保することは、私立大学の経営上の至上命題である。そのため、早期に入学者を囲い込むための活動が盛んに行われている。

それが、多種多様な入試の実施、それも、12月までに実施する年内の入試である。

多くの私立大学では、入学定員の4割から6割程度を年内の入試で充足している。「高等教育に関する特別部会・関係データ集」（2）-7-2頁によれば、令和5（2024）年度入学選抜の実施状況では、私立大学は一般選抜（学力試験による一般入試）による入学者が入学者全体の39.7%と4割を下回る状況にある。そしてこれは、平成12（2000）年度入学者の実績である60.1%と対比すると、20ポイント以上も下がっている。私立大学の入試は、もはや年明けに実施される一般選抜ではなく、学校推薦型選抜（推薦入試）や総合型選抜（AO入試）等による入試が主流になっている。

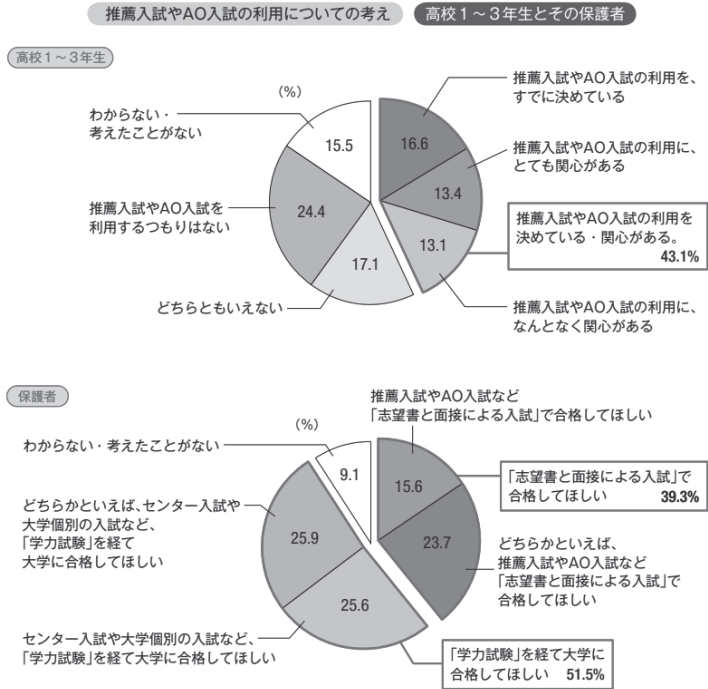
このように、私立大学の入学者の約6割が、年明けの一般選抜入試を待つことなく、年内に入学が決まっているというのが、現在の大学入試の現状である。これを高校生の側から見ると、一般選抜入試に向けて受験勉強をするのは大学進学希望者の半数以下ということであって、受験勉強をしなくても大学に入学できるということを意味する。私立大学では、各種の推薦入試を、それも複数実施することによって、一般選抜入試が本格化する年明け前の秋から初冬の時期に合格者を確定、確保している。

現代の大学では、毎年1月に大学入試センターによって実施される大学

入学共通テスト、2月から始まる各大学の一般選抜入試が行われるものの、大学の各学部の入試種別ごとの定員枠の割り振りによっては、むしろ入試は年内に活発に行われる。さらに、各大学が実施する一般選抜入試も、複数回行われるのが通常である。

年明けに実施される一般選抜入試を避けて、年内に実施される推薦入試を志向する傾向は、高校生本人とその保護者の両方に見られる。上記のベネッセ教育研究開発センター「高校データブック2013」によると、高校生本人とその保護者（調査当時は、二十歳が成年であった）のそれぞれ4割ほどが、推薦入試やAO入試（現代の「総合型選抜」）に前向きな態度（すでにこの種の入試の利用を決めている場合を含む）を示している。

【図表 9】



（資料）ベネッセ教育研究開発センター「高校データブック 2013」90 頁

また、その理由については、「早く進学先を決めたいから（決めてほしいから）」という回答が高校生で66.6%、保護者で55.9%を占めている。親子とも一般選抜入試を避け、年内に実施される推薦入試によって、受験勉強をすることなく入学先を決めるということが志向されていることが分かる。なお、年内に実施される入試を利用すれば、志望校を絞り込むことと引き換えに、複数の大学の一般選抜入試を受験することに伴う受験に要する費用を大幅に節減できるという受験生の家計にとってのメリットもある。

昭和の時代には、大学入試といえば、年明け後に実施される各大学の一般入試しかなかったように思う。なお、大学入試センター試験が始まるのは、1990（平成2）年度からである。

現代の大学入試は、大学が受験生を選ぶ時代から、受験生が大学を選ぶ時代に大きく変化している。

3. 推薦入試の現状

学校推薦型選抜（推薦入試）にも、指定校、スポーツ活動、文化・芸術・社会活動といったさまざまな種別がある。大学が付属高校を擁する場合、付属高校生が推薦を受けて受験する付属高校推薦入試もある。さらに、併願が可能な公募型があるものの、以下では、併願が認められないタイプの推薦入試について説明する。

指定校推薦は、当該私立大学が個別の高校（指定校）に対して、学部ごとに推薦枠を付与する方法で行われる。大学進学率を高めたい高校側、早期に入学を決めたい高校生の側、そして、定員割れを避けるために入学者を早期に確保したい大学側の思惑が一致することによって成立する。

この推薦枠は、大学から高校に対して働きかけを行う場合と、高校から大学に要請する場合とがある。推薦を受けることができる成績の条件を設定するのが通常である。ただし、高校の成績評価と成績の分布は、高校ごとに大きく異なるため、推薦のための成績の条件を設定したとしても、それはあくまでも当該高校の中で推薦条件を満たしているにすぎず、客観的な学力の程度を示すものではない。また、学校長の推薦書を必要とするのが一般的である。

合否判定が行われるものの、受験生が推薦条件を満たし、高校長の推薦書があれば、よほどのことがない限り（面接の際に面接官からの質問に何も答えられない、答えようとしないうのが一例である）、不合格にはならない。推薦条件を満たせば、実質的に合格が保証されているというのが特徴であ

る。高校も大学と同様、自校の入学定員を充足する必要があるから、多くの大学に指定校推薦の推薦枠を持っていることは、生徒を集める上で有利に作用する。

大学の側でも、入学者の学力保持の観点から、指定校推薦で入学した学生の学力を継続的に把握し、成績不振者が多い、退学者が相次ぐといった事象が観察されれば、指定校推薦の枠を取り消すといった対応をとる場合がある。

ただし、指定校推薦で合格した受験生は、入学を辞退できないのが原則である。早期の大学合格と引き換えに、他大学の受験が実質的に制約されるという関係にある。指定校推薦入試は、大学と高校とのあうんの呼吸と信頼関係で成り立っている。

スポーツ推薦と文化・芸術・社会活動推薦は、主に、大学が強化したい特定の運動部や音楽・書道等の文化・芸術の部活動で、顕著な成績を挙げた受験生を対象とする入試である。試合やコンクール等の実績などを踏まえて、大学の担当者が事前に高校を訪問し、対象者に推薦入試を勧奨するという方法をとることもある。事前に受験者数の調整が行われている場合、よほどのことがない限り、不合格になることはない。

4. 高校生が面接を受けることの大変さ

推薦入試の場合、「受験勉強」をする必要はない。入試に際しては、小論文を書くといったことが求められるものの、英数国といった学科試験が実施されることはない。

ただし、社会経験のない高校生が、大人を相手に面接を受ける必要がある。受験生が面接官を選ぶことはできないし、どんな面接官かはその時になってみないと分からない。これは、高校生にとって相当のプレッシャーであって、かつ相当の緊張を強いることになると考えられる。高校の側でも、事前に模擬面接を実施するといった準備作業を進めると考えられるも

の、高校生は受験勉強と面接のプレッシャーとを天秤にかけて、どちらを選ぶのかを決める必要がある。

推薦入試の面接では、受験生が事前に提出した書類や成績表を基に面接が行われる。現代の「面接」では、受験者の思想信条に関すること、愛読書、親の仕事や家族関係、住環境といったことを質問することは、避けるべきとされている。そうすると、質問できる項目は、当該学部を志望する理由、高校生活をどのように過ごしたか、自己のアピールポイントは何か、大学入学後にどのような学生生活を送りたいか、卒業後の展望といったことになる。筆者が面接官をした経験では、このような点を「丸暗記」し、それをそのまま答えようとして答えられなくなるケースがあった。聞き方の角度を少し変えると、答弁不能に陥るというケースもある。

普段から年齢の離れた大人と接する機会を増やし、臆することなく対話ができるように準備を重ねることが肝要である。

推薦入試は、決して楽な入試ではない、というのが筆者の見立てである。

第9節 エリート養成機関から大衆教育機関へ

1. 大学制度の歴史と大学の社会における位置

まず、文部科学省の「学制百年史」⁽¹¹⁾に依拠しつつ、わが国の大学の歴史を簡潔に振り返る。

わが国の大学は、明治10（1877）年4月12日に創設された東京大学に始まる。東京大学は、明治30（1897）年6月に京都帝国大学が創設されるまで、わが国唯一の大学として存在した。

その後、明治19年3月2日には「帝国大学令」が公布され、その第一条には「帝国大学ハ国家ノ須要ニ応スル學術技芸ヲ教授シ及其蘊奥ヲ攻究スルヲ以テ目的トス」と規定された。帝国大学令の公布により、東京大学は

(11) https://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/others/detail/1317552.htm

名称を東京帝国大学に改称した。帝国大学が高等教育機関の中心をなすものとして、国家の須要に応ずる教授研究を行う機関とされた。

同時に、帝国大学は、明治政府を支える国家公務員の養成機関としての性格も持つことになった。なお、明治26年に「文官任用令」（明治26年勅令第183号）が制定されるまで、帝国大学出身者の高級官僚への無試験任用の制度が存在した（伊藤信博「我が国の国家公務員制度」レファレンス2013年12月号31頁）。

私立大学の誕生は、1918（大正7）年の「大学令」の公布による。1920（大正9）年2月に慶応義塾・早稲田の2校が大学への昇格を認可され、続いて、同年4月には、明治・法政・中央・日本・国学院・同志社の6大学がそれぞれ昇格を認可された。その後、東京慈恵会医科・龍谷・大谷・専修・立教・立命館・関西・東洋協会（のちの拓殖）・立正・駒沢・東京農業・日本医科・高野山・大正と、大正年間だけでも総計22大学が昇格を認可された。早期に誕生した大学は、主として私立法律学校の系譜をひく諸学校で、それに宗教系の学校が続く。大学草創期の大学は、明確な理念と目的をもって創設された。

このように、わが国の大学は、最高の教育機関かつエリート養成機関として、わが国の高等教育と研究をリードしていく。

2. 大学の大衆教育機関化—エリート養成機関からの変化

大学進学率が60%に近いことは、第4節で示した。昭和30年代（1955年～1964年）の大学進学率は10%台であるから、大学に進学するのはごく限られた者だけだった。高等学校を卒業すると、社会に出て働くというのが一般的だったことになる。ところが、現在では、2人に1人以上の高校卒業者が大学に進学する時代を迎えているから、今や大学への進学は、なんら特別なことではなくなっている。

大学進学率の高まりは、大学の性格を、最高学府として高度な教育を実

施する教育機関というよりも、高校から連続する大衆教育の一翼を担うもののへと、確実に変化していると考えられる。

文部科学省中央教育審議会「我が国の「知の総和」向上の未来像 ～高等教育システムの再構築～(答申)」関係資料集(5)⁽¹²⁾・80頁では、米国の社会学者マーチン・トロウ著天野郁夫＝喜多村和之訳『高学歴社会の大学』(東京大学出版会、1976年)を引いて、高等教育システムの発展段階を3つに区分する見解を紹介している。トロウは、高等教育への進学率15%までを「エリート段階」、15%～50%を「マス段階」、50%超を「ユニバーサル段階」と呼んでいる。ただし、トロウの言う「ユニバーサル」とは、誰もが進学する機会を保証されている状態を指す。

筆者は、現在のわが国において大学進学率が60%近い水準にあることをもって、大学が大衆教育を行う機関になったと捉えている。入学機会の保証という入り口の問題ではなく、入学後の教育内容に着目している。ただし、これは、大学全体として見たものであって、従来どおり、引き続きエリート教育を実施できる大学もある。しかし、多くの大学では、もはや、高邁な理想に基づくエリート教育を実施していたのでは、学生の授業内容に関する理解を醸成することはできない状態にあると考える。

そこで、到達目標を明示して、それを受講者が達成できるよう、極力分かりやすい授業を実施するということになる。授業の内容を理解できないのは受講者の側に問題があるというのではなく、大半の日本国民が理解できるような、誰でもが分かりやすい内容の授業を実施すべきであるということである。エリート養成のための高度な教育は、入学することが困難な特定の難関大学や、医学部などの特定の学部で行うべき教育内容になる。

このように、現代のわが国の大学は、全体として見るならば、エリート

(12) https://www.mext.go.jp/content/20250221-mxt_koutou02-000040400_11.pdf

養成機関から大衆教育機関に変容している。もちろん、現時点でも、エリート養成機関として存在する大学もある。わが国の大学は、偏差値に基づいて完全に輪切りにされているから、高偏差値大学がエリート養成機関として存在し、それに次ぐ大学が準エリート養成機関、それ以外の大学は大衆教育機関として存在していると言える。

各大学は、徒にエリート教育を実施する大学を目指すのではなく、各大学の特徴を踏まえて、社会において果たすべき役割を明確にする必要がある。この点は、第2章で説明する。

3. 頑張らない、努力しない生き方

すでに説明したように、東大、京大に代表される難関大学や医学部等の特定の学部への入学を希望するのでなければ、誰でも大学に入学できるのが現代のわが国の大学をめぐる現状である。そして、小中高、大学と努力を積み重ねて著名な大企業に入社したとしても、バブル経済崩壊後に銀行の経営破綻が相次いだように、たとえ上場企業であっても、経営が破綻する時代である。

さらに、上場企業で希望退職の募集という人員整理も相次いでいる。企業の経営環境も厳しく、雇用を徹底して維持する温情的な経営では、淘汰を免れないのが現在である。祖業とされた事業の他企業への売却も相次いでいる。そして、難関の国家公務員総合職試験に合格し、中央省庁に入職してエリート官僚としての歩みを始めた若手官僚の離職が相次いでいることも報じられている。多くの社会人が、大学卒業後に入社した会社で定年まで勤めるというのは、もはや過去のことである。

子供の頃から必死で頑張って、努力に努力を重ねても、社会に出てそれがどのような結果をもたらすのかはかなり流動的であって、予想できなくなっているのが現代の日本社会の実状である。

むしろ、時給千円程度のアルバイトは、人手不足の中、社会にあふれて

いる。手っ取り早く現金収入を得ることに困ることはない。ただし、非正規雇用での暮らしが経済的にいかに大変なものかについて、大学生がどの程度しっかり理解できているのかは分からない。

自分らしい生き方ができるなら、正規雇用よりも非正規雇用でも構わないというのが、現代のわが国の若者の考え方のようにも思う。非正規雇用としての働き方をあえて選ぶ人が増えているとも報じられている（日本経済新聞2024年3月4日付け朝刊3面）。

頑張って努力を重ねて誰でも知っているような大企業に入社することや、高級官僚になることを人生の目標とすべきなのかが問われる時代である。頑張らない、努力をしない、背伸びをしない生き方も、是とされるのが現代のわが国である。大学卒業後に、どのような生き方をしたいのか、各自のしっかりしたビジョンが求められる。

大学生はどうか。文系であれば、司法試験、弁理士、公認会計士、不動産鑑定士といった難関の国家試験を目指すといった明確な目的がなければ、努力して勉強する必要はなくなっている。卒業さえできれば、勉強にかかる労力は、必要とされる範囲以上でも以下でもない相応の程度でよいのかもしれない。

今や大学は、大半の大学生にとって、高度に専門的な知識を修得するための場ではなく、社会に出る前に青春を謳歌する場、社会的な居場所を確保するための場、学生アルバイトとしての資格を得るための場、大卒の資格を得て就職するための準備をするための場になっているように思う。

第2章 大学が目指すべき方向

本章では、第1章での現代の大学を取り巻く経営環境に関する検討の結果を踏まえて、わが国の大学が今後、目指すべき方向について、私見を述べる。

第１節 大学淘汰の時代の本格的到来

大学全入時代の到来と、入学定員割れの大学が私立大学の２校に１校を通り越して６割に達することに見られるように、現代の大学は極めて厳しい状況に置かれている。

これを具体的に示すように、日本私立学校振興・共済事業団の分析結果として、全国571の私立大学を運営する学校法人のうち、2023年度の収支状況から「正常状態」といえるのが278法人で全体の５割を下回り、136法人が経営困難な状況にあって、そのうち17法人が自力での再生が極めて困難な状況にあると報じられている（2025年４月12日付け日本経済新聞朝刊42面（社会面））。なお、昨年５月の報道では、567の学校法人のうち、101法人が債務超過などの経営困難な状況に陥っており、うち16法人は自力での再建が極めて厳しい状態にあると報じられていた（日本経済新聞2024年５月20日付け朝刊１面）から、経営状況が悪化する学校法人が増加していることは明らかである。

大学をめぐる極めて厳しい環境について、「高等教育に関する特別部会・関係データ集」（５）-1-1 頁以下に、将来推計が示されている。それによれば、2019（令和元）年から2023年までの５カ年の出生数の減少数の平均値38,255人を基に、これに2023年度の大学・短大進学率61.1%を掛け合わせ、今後、大学・短大への進学者数が毎年平均して23,355人減少すると予測する。そして、この数字を2023年度の大学・短大の入学定員の中央値270人（大学390人、短大150人。平均値は638人で、大学810人、短大176人である。平均値ではない点に注意が必要）で割ると、86.5校分に相当するとしている。入学定員の中央値を基にすると、2040年度頃には、大学・短大の86.5校が過剰になるとの極めて厳しい予測である。

また、同資料（５）-1-3～５頁によれば、18歳人口の減少により、大学進学者数は2022（令和４）年の64万人をピークとして、たとえ大学進学率が上昇してもその後は減少局面に入るとの予測を示している。さらに、

2035年以降、大学入学者数は急速に減少し、令和6（2024）年現在約63万人の大学進学者数が2040年には3割減の44万人、2050年には41万人にまで減少するとの予測が示されている。

第1章で説明した大学経営をめぐる極めて厳しい現状をも踏まえれば、大学の整理淘汰はもはや避けられない状況にある。

本章では、第1章での記述を踏まえて、大学が取り得る選択肢、取ってきた方法について検討する。ただし、入試の倍率が低下してきている大学、大学による受験生の選抜が実質的に困難な大学を前提とする。

また、留意生受入れの拡充、社会人向けリカレント教育の強化、大学院の拡充といった方策は、従来から言い尽くされているものの、それらの方策が奏功して大学の財政に大きく寄与したという事例を筆者は見聞きしたことがない。わが国大学の在学生の大半は高校を卒業してすぐに大学に入学した者である。そこで、わが国国内の18歳の若者を前提として、大学がとり得る方策について検討する。

検討に先立って、大学の経営破綻が起こりうる状況の下にあって、わが国に大学の破綻処理に関する法制度が未整備であることを見ておきたい。

第2節 大学の経営破綻を回避することと破綻処理法制的必要性

1. 大学の経営破綻を回避することの必要性

そもそも大学は、かつて「不倒神話」が信じられていた銀行と同じように、経営破綻という事態が想定されていない。大学の経営破綻が起こると、その社会的影響は大きい。影響の程度やその広がりには違いはあっても、銀行の経営破綻と同様である。銀行の場合、破綻処理法制が整備される前の段階で、実際に多くの銀行が破綻し、経済活動に幅広く深刻な影響が及んだ。

大学が突然、経営破綻するとどうなるか。突然、授業が行われないこととなり、学生は卒業することもできなくなる。授業を実施する教員も給与

に関する「債権者」であるから、給与が支給されない状態で授業を実施することはないだろう。学生は未受講分の授業料に相当する金額の債権者として、そして教員もまた同様に債権者になる。

学生は半期分の授業料等を前納している。この前納した授業料等を保全するための仕組みは、そもそも存在しない。このこと自体、大学の経営破綻が想定されていないことによると考えられる。たとえば、資金決済に関する法律（平成21年法律第59号）では、前払式支払手段発行者に発行保証金の供託を（同法14条）、資金移動業者に履行保証金の供託を（同法43条）それぞれ求めている。なお、大学の授業料等を保全するための仕組みが構築されていないこと自体、わが国社会では認識されていないように思う。大学への納付金は前納であるから、大学の経営破綻という事態を想定するなら、大学に前納された学生の納付金を保全するための方法を具体的に検討する必要がある。

大学は、年度決算の下、比較的短期間で、かつ年度をまたぐことなく債務を履行していると思われる。しかし、経営不振に陥った大学の場合は、そうではない可能性もある。

最大の問題は、在学中の学生と卒業生の「学籍」に関する情報の取扱いである。「学籍」に関する情報には、氏名、生年月日、住所（卒業生の場合は卒業時に大学に届け出た住所）、所属学部、学籍番号、履修した科目の名称とその成績、卒業生の場合は卒業した事実と卒業の年月日などがある。教職課程や司書課程などの諸課程を履修していれば、それに関する記録も含まれる。

卒業生は、卒業の時点では間違いなく「大学」を卒業したものの、卒業後に大学の経営破綻が起これば、もはや卒業証明書等の発行を受けて大学を卒業した事実を証明できないという深刻な事態になる。雇用が流動化する現代社会で、大学が発行した証明書で大学を卒業した事実を証明できないことの不利益は極めて大きい。

以上を踏まえれば、大学が破綻しても、「学籍」に関する情報を第三者が引き継いで、確実に保管・管理するための仕組みが必要である。誰がこのミッションを引き受けるべきかは難問である。預金保険制度と同様に、大学の経営破綻に備えて公的な第三者機関を創設し、各大学に在籍する学生数に応じて拠出金の負担を求め、大学が破綻した場合は、当該の第三者機関が破綻した大学から学籍に関する情報を引き継いで学籍情報の管理に当たるといった仕組みを創設することが必要かもしれない。

在学生については、周辺の大学が引き継ぐ仕組みを構築する必要がある。そのような仕組みがなければ、他大学への編入学が認められない限り、学生は他大学を受験して、また1年生から学生をやり直す必要がある。成績証明書が発行されない状態であれば、他大学への編入学の手続を行うことができない可能性もある。

このように考えると、かつての銀行が経営不振銀行を救済目的で合併してきたのと同様に、他の大学と経営統合を実施し、学籍情報と在学生をそのまま引き継ぐことができれば、円満な解決を図ることができる。しかし、この方法は、かつての銀行業界と同様、経営統合を主導する大学の側に何らかの具体的なメリットがなければ実現しない。

学生は半期ごとに授業料等の納付金を大学に納めるので、他大学の経営を引き継ぐと、引き継いだ学生数に見合って、収入が増加することは間違いない。ただし、現代の大学に、経営統合で規模の拡大を図ることにメリットがあるのかどうかは、分からない。また、地方の大学の場合、周辺に経営を引き継ぐことができる大学が存在しない場合もあろう。

2. 大学の破綻処理法制の必要性

以上の検討を踏まえると、1998（平成10）年4月から銀行に対して銀行法26条に基づいて早期是正措置制度が導入されたことに準じて、大学が破綻する前に経営の是正もしくは事前の対応を強制的に進めるための制度を（龍法 '25）58-1, 242（242）

整備すること、さらには銀行に準じた学校法人版の破綻処理法制を整備する必要性は、大学をめぐる喫緊の課題であると考ええる。

なお、かつて長らく存在した銀行の「不倒神話」は、1997年の北海道拓殖銀行の経営破綻、98年の日本長期信用銀行と日本債券信用銀行の公的管理への移行によって、崩れ去ったことが想起される。いずれは、大学が破綻することも想定すべきである。

もちろん、憲法23条が保障する「学問の自由」を尊重すれば、大学経営は極力自由に行われるべきであるという考えが導かれる。さらに、学校法人を規律する主要な法律である私立学校法（昭和24年法律第270号）の第一条は、「この法律は、私立学校の特性にかんがみ、その自主性を重んじ、公共性を高めることによつて、私立学校の健全な発達を図ることを目的とする。」と規定し、私立学校の自主性を重んじることを規定している。政府の学校法人に対する監督権限を強化することは、私立学校法の目的と相容れないとも考えられる。

また、金融機関の破綻が多く国民に影響が及ぶのと違って、私立大学が破綻しても、社会に影響の及ぶ範囲は限られているとの意見もあろう。影響の範囲が限定的であることを踏まえれば、経営不振大学に強制的に経営改善を迫ることに反論があろう。しかし、大学の自主性に委ねていて、実際に経営破綻が発生した場合に学生が被る影響の深刻さと、現在の私立大学をめぐる経営の厳しさを考えれば、何等かの法制の整備が必要であると考ええる。

また、このような強制的な破綻処理法制の創設に代えて、一定期間、一定比率を上回る定員未充足の継続、財務内容の悪化に起因する特定の経営指標への抵触といった基準に基づいて、文部科学大臣が当該大学に経営改善計画の提出を求めたり、学生募集の停止を勧告する制度を創設するといった方法も考えられる。

日本私立学校振興・共済事業団は、「学校法人の経営改善等のためのハ

ンドブック」を2021（令和3）年に制定し、2024（令和6）年3月には第二次改訂版⁽¹³⁾を公表している。

これによれば、まず経営悪化の認識から始まって、経営状態の分析、学内における情報共有、経営改善計画の策定とその実行という経営改善に至る一連の流れについて詳細に説明している。そして、経営改善が奏功しない場合の対応として、①合併等、②再生（再建）、③撤退という3つの方法についても、具体的かつ詳細にその手続きについて説明している。

経営改善計画を策定してそれを実行するまでには、相当の時間を要するうえ、経営悪化を認識すること自体についても、「経営悪化の状況認識は立場や役職等によって差があるため、自法人内で危機意識を共有しようとしてもそれが遅れる場合がある。」（1頁）と指摘されている。大学経営者が経営責任の追及を回避することと相まって、問題の先送りにつながる可能性がある。このように、この資料は、入学定員未充足が続く大学にとって、非常に有益な資料である。

私立大学の整理・淘汰が避けられない状況を踏まえれば、大学の経営改善について議論する際には、民間企業と同様に、経営問題の改善に関する専門家、学校法人の財務に関する専門家や破綻処理法制に関する法律の専門家をメンバーとして、かつ学校法人としての特性も踏まえつつ検討が行われることが望まれる。

最も重視されるべき点は、銀行の経営破綻と同様、大学が資金ショートを起こして突然、破綻に至ることがないようにすることである。

なお、文部科学省の中央教育審議会は、文部科学大臣の諮問を受けて、経営が困難な私立大学の撤退を後押しするための支援策の検討に入り、2024（令和6）年度中に答申が行われる予定であると報じられていた（日本経済新聞2023年9月23日付け朝刊1面、同2023年12月14日付け朝刊社会面）。文

(13) https://www.shigaku.go.jp/files/s_keieikaizenhandbook2jikaitei.pdf

部科学大臣の諮問は「急速な少子化が進行する中での将来社会を見据えた高等教育の在り方について」（令和5（2023）年9月25日）であり、この四つ目の審議事項として、「高等教育の改革を支える支援策の在り方」が示されている。この諮問を受けて、中央教育審議会は「高等教育の在り方に関する特別部会」を設置し、特別部会は、令和5（2023）年11月22日から令和7（2025）年1月28日まで15回、開催された。特別部会での一連の検討結果を踏まえて、令和7（2025）年2月21日には、文部科学省中央教育審議会「我が国の「知の総和」向上の未来像 ～高等教育システムの再構築～（答申）（中教審第255号）」⁽¹⁴⁾がとりまとめられた。

答申では、大学の破綻処理に関連して、「経営・教学面において一定の質が確保できない高等教育機関については、学生保護の観点及び高等教育全体への信頼確保の観点から、撤退を進める必要があり、そのための仕組みの構築が求められる。」「学生保護の観点からは、全体の規模を円滑に適正化していくとともに、急な破綻を避けるための取組や破綻した場合の手続や取扱いについて必要な仕組みを構築していくことが重要である。」（以上39頁）としている。そして、撤退の支援に関する具体的方策の一つとして、「収容定員充足率や経営状況等が一定の基準に該当する場合に対しては、規模縮小や撤退に係る指導を強化するとともに、私学助成の交付要件として経営改善に関する計画の策定を義務付け、進捗状況等を配分に反映させる。」「学校法人が解散する場合等における、在学生の卒業までの学修環境確保等の学生保護の仕組み、卒業生・修了生の学籍情報の管理方策の構築や残余財産の帰属の要件緩和のための制度改善を行う。」（以上40・41頁）としている。

このように、答申では、大学経営に関する危機感を示しているものの、金融機関の破綻処理法制に準じた法制の整備には具体的に踏み込んでおら

(14) https://www.mext.go.jp/content/20250221-mxt_koutou02-000040400_1.pdf

ず、収容定員未充足率や財務状況に基づいて、文部科学省による指導の強化、私学助成金の交付条件を活用した経営改善を図ることが示されている⁽¹⁵⁾。なお、バブル崩壊後に相次いだ銀行の経営破綻においても、当時、銀行は大蔵省の強い監督下に置かれていたにもかかわらず、銀行を含む多くの金融機関が破綻に至ったことを想起すべきである。

(以下、次号に続く)

(15) 2025年4月22日付け日本経済新聞朝刊1面は、文部科学省が、私立大学の学部新設の規制を強化し、学生数が収容定員の5割以下の学部が1つであれば学部の新設を認めないという規制の5割を7割に引き上げて、私立大学の規模拡大を抑制すると報じている。

継続的契約における消費者保護 —ドイツにおける改正議論の展開を中心に—

永 岩 慧 子*

目次

- I はじめに
- II BGB309条9号における約款条項の規制
- III 「公正な消費者契約のための法律」における改正議論の展開
- IV ドイツにおける改正議論の整理
- V むすびに代えて

I はじめに

ドイツでは、EU消費者法の急速な動きを背景とする立法作業が次々と進められているが、2021年に成立した「公正な消費者契約のための法律」¹は、ドイツ独自の立法動向として注目される²。とりわけ、この改正法は、

* ながいわけいこ 龍谷大学法学部准教授

1 Gesetz für faire Verbraucherverträge BGBl. Teil I Nr. 53(2021)S.3433.

2 本改正法の全体像については、拙稿「継続的契約をめぐるドイツ消費者保護立法の動向」消費者法ニュース135号（2023年）131頁以下、同「ドイツ債務法における近時の改正動向」消費者法研究14号（2023年）221頁以下、同「継続的契約の解消をめぐる問題—近時のドイツ法改正からの示唆」消費者庁プログレッシブ・レポート「デジタル社会における消費者法制の比較法研究」（2024年）5頁以下（https://www.caa.go.jp/policies/future/icprc/research_006/assets/caa_futurer101_241108_01.pdf）〔2025年4月30日最終アクセス。以下同様〕、同「ドイツ契約法のデジタル化」中田邦博・若林三奈・松岡久和編『ヨーロッパ私法・消費者法の現代的課題と日本法』（日本評論社、2025年）200頁以下で紹介した。

消費者の継続的債務関係³の終了に関わる新たな規制を含むものであり、議論の過程では、契約の存続期間や黙示の契約更新、解約告知権の行使をめぐる、さまざまな検討が行われた。そこでは、近年の継続的債務関係において、消費者が意図しない黙示の契約更新や、解約告知方法の複雑などを要因として、消費者が過度に長期にわたって契約に拘束されることが多いという問題が指摘されている。このような問題は、日本においても従来から議論されてきたところであり⁴、近時の立法的対応として、2022年6月1日に施行された特定商取引法（以下、「特商法」とする）の改正においても、詐欺的な定期購入商法の規制強化が図られている。もっとも、特商法の改正は、契約の申込みの場面における表示義務に関する規定を中心とするものであり、黙示の契約更新条項などによる契約への長期の拘束といった問題への対処は未だ十分とはいえない状況にある。

ドイツでは、「公正な消費者契約のための法律」において、ドイツ民法（以下、「BGB」とする）を改正し、主に2つの規定のもとで、継続的債務関係における消費者保護を強化している。第一に、約款規制の箇所、黙示の契約更新条項を原則として禁止するといった変更がなされている。

3 ドイツ民法（BGB）では、条文上、「継続的債務関係（Dauerschuldverhältnisse）」という概念が用いられていることから、本稿では、ドイツにおける条文や議論を参照する際には、原文の用語に従うが、日本における議論を含め、より一般的に論ずる際には、「継続的契約」という表現も用いることとする。

4 圓山茂夫「権利行使期間の制限条項、履行期間の制限条項、長期拘束条項、脱法行為の禁止規定」消費者契約における不当条項研究会『消費者契約における不当条項の横断的分析（別冊NBL128号）』（商事法務、2009年）96頁以下、鹿野菜穂子「消費者の解除権を制限しまたは事業者の解除権を留保する条項」消費者契約における不当条項研究会『消費者契約における不当条項の横断的分析（別冊NBL128号）』（商事法務、2009年）128頁以下、丸山絵美子『中途解除と契約の内容規制』（有斐閣、2015年）、栗原由紀子「サブスクリプション契約における消費者トラブルと自動更新条項」現代消費者法55号（2022年）63頁以下など。また、川村尚子「デジタル・サブスクリプション サブスク経済の進展と消費者トラブル」法学セミナー827号（2023年）19頁以下は、ドイツ法におけるサブスク契約への対応についても言及している。

第二に、電子商取引に関して、容易な解約告知方法の提供を事業者に義務づけている。前者について、ドイツ法では、1976年に制定された約款規制法（以下、「AGBG」とする）において、継続的債務関係の存続期間に関する約款条項を規制しており（AGBG11条12号。2002年の債務法改正によってBGB309条9号に置き換えられた）、今回の改正は、BGB309条9号の内容を修正したものである。後者の解約告知方法の提供義務については、新設規定として、BGB312k条が導入された。このうち、BGB309条9号をめぐるのは、最終的に実現に至らなかった点も含め、複数の提案がなされ、激しい議論が交わされた過程がみられる。そこで、本稿では、主にBGB309条9号の改正議論を取り上げながら、上述したような継続的債務関係をめぐる消費者問題について、いかなる検討がなされたのかを整理し、日本法における対応のあり方を探るうえでの素材としたい。なお、BGB312k条については、すでに別稿でその内容を紹介したところであるが⁵、BGB312k条とBGB309条9号は、その目的において密接に関係するため、本稿においても必要な範囲で触れることにしたい。

以下では、改正過程の議論を参照する都合上、条文の表記について、現行のドイツ民法の条文は、「BGB○条」とし、改正草案のうち、参事官草案（Referentenentwurf）の条文を「BGB-RefE○条」、政府草案（Regierungsentwurf）の条文を「BGB-RegE○条」と記載することとする。

II BGB309条9号における約款条項の規制

「公正な消費者契約のための法律」による改正（以下、本法律による改

5 拙稿「オンライン上の契約解約と消費者保護」消費者庁リサーチ・ディスカッション・ペーパー「デジタル社会における消費者法制の比較法研究—デジタル化された取引における消費者の正当な利益の確保のために—」（2025年）19頁以下（https://www.caa.go.jp/policies/future/icprc/research_004/assets/future_caa_cms201_250328_02.pdf）。

正を「2021年改正」とする)では、BGB309条9号の適用対象となる契約の範囲など、基本的な枠組みの変更は行われていない。そこで、改正過程での議論を確認する前提として、BGB309条9号の規定内容を概観する。

1. 規定の位置づけ

BGBは、307条以下に約款の内容規制に関する規定を置いており、それらの規定に反する約款条項は無効となる。BGB309条は、約款における評価の余地のない禁止条項(ブラックリスト)を定めている。BGB308条が評価の余地のある禁止条項(グレーリスト)を規定しているのに対し、ここで挙げられている約款条項は、約款使用者の相手方に特に不利益なものであるため、評価の余地なく無効となる。BGB309条は、2002年の債務法現代化の際にBGBに取り入れられた、AGBG 11条の内容の大部分を引き継いだものであり、はじめに述べたように、BGB309条9号は、AGBG11条12号に対応する規定である。BGB309条9号は、一定の継続的債務関係について、契約の存続期間条項、黙示の契約更新条項、および解約告知期間条項を規制するものであるが、後述するように、適用対象となる契約は限定的である。また、BGB310条2項・4項により、エネルギー供給契約、相続法、家族法や組合法の領域に属する契約などは、適用除外とされている。さらに、事業者に対して用いられる約款にも適用されない(BGB310条1項)。適用対象とならない契約において、相手方を不当に契約に拘束するような約款上の条項は、内容規制の一般条項であるBGB307条の審査に服することになる⁶。なお、BGB309条9号が対象とする契約についても、補充的に、BGB307条による保護が与えられる⁷。

6 Stoffels, AGB-Recht 4. Aufl., S.323(Rn.719).

7 Stoffels, AGB-Recht 4. Aufl., S.322(Rn.717).

2. 規定の目的

BGB309条9号は、約款使用者の相手方が過度に長期にわたって契約に拘束され、その自由な意思決定が不当に妨げられることを回避しようとするものである⁸。長期の契約への拘束は、将来的な収益の見通しといった点で、物品等の提供者側である事業者には利益があるのに対し、消費者は、将来において物品やサービスが必要かどうかを長期的に予想することはできず、また、状況の変化による影響も受けやすい⁹。もっとも、個別に長期の契約を合意することは、BGB138条（公序良俗違反）の制限には服するものの、それ自体が問題とされるわけではない。しかし、それが約款による場合には、長期の存続期間の設定や意図しない契約更新、さらに、長期の解約告知期間を課されることによって契約からの離脱が困難となるといった不利益が問題となる。そこで、BGB309条9号は、長期に契約に拘束するような契約条項を禁止し、相手方の選択の自由を保護している。また、長期契約は、市場における競争の妨げとなることから、競争的観点からの意義もあるとされる¹⁰。以上のように、BGB309条9号は、約款使用者の競争制限的な利益と、画一的な大量契約における情報格差が結びつくことで、相手方が意図しないうちに長期間契約に拘束される危険が生じることを防ぐものであるとされる¹¹。

8 Becker in; Hau/Poseck, BeckOK BGB, 73. Edition, 2024, BGB § 309 Nr. 9, Rn.4. (以下、BeckOK BGBで引用する)、石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法 [改訂普及版]』（同文館、1999年）254頁 [増成牧]、丸山・前掲注（4）32頁以下も参照。

9 Vgl. Becker, BeckOK BGB, § 309 Nr. 9, Rn.4.

10 Vgl. Stoffels, AGB-Recht 4. Aufl., S.322 (Rn.716); Wurmnest, Münchener Kommentar zum BGB 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 9, Rn.1. (以下、MüKoBGBで引用する)

11 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn.1.

3. BGB309条9号によって無効となる条項

2021年改正前後のBGB309条9号は、以下のとおりである（内容に関わる改正は、下線部分）¹²。改正後BGB309条9号は、2022年3月1日以降に締結される継続的債務関係に適用されるが、これより前にすでに締結されていた契約には、改正前の規定が適用される¹³。

改正前BGB309条 評価の余地のない禁止事項	改正後BGB309条 評価の余地のない禁止事項
法律上の規定からの逸脱が許容される場合においても、普通取引約款において次のものは無効である。 （1号～8号：省略） 9号（継続的債務関係における存続期間） 約款使用者による物品の定期的な供給又は労務若しくは請負給付の定期的な提供を目的とする契約関係において、次のいずれかを定めるもの a）2年を超えて相手方を拘束する契約の存続期間 b）その都度1年を超えて相手方を拘束することになる契約関係の黙示の更新 c）当初の契約の存続期間又は黙示に更新された契約の存続期間の満了に先立ち、相手方の不利益において、3か月を超える解約告知期間 ただし、一体のものとして販売された物品の供給に関する契約及び保険契約については、この限りでない。	法律上の規定からの逸脱が許容される場合においても、普通取引約款において次のものは無効である。 （1号～8号：省略） 9号 約款使用者による物品の定期的な供給又は労務若しくは請負給付の定期的な提供を目的とする契約関係において、次のいずれかを定めるもの a）2年を超えて相手方を拘束する契約の存続期間 b）相手方を拘束することになる契約関係の黙示の更新。ただし、<u>契約関係が期間の定めなく更新され、かつ、相手方に最長1か月の解約告知期間でいつでも解約告知する権利が与えられている場合には、この限りでない。</u> c）<u>当初の契約の存続期間の満了に先立ち、相手方の不利益において、1か月を超える解約告知期間</u> ただし、一体のものとして販売された物品の供給に関する契約及び保険契約については、この限りでない。

（1）契約の存続期間に関する条項（BGB309条9号a）

BGB309条9号aは、一定の継続的債務関係について、契約の存続期間

12 条文訳について、増成・前掲注（8）253頁、丸山・前掲注（4）32頁、武田直大『不当条項規制による契約の修正』（弘文堂、2019年）364、365頁等を参考にした。なお、内容に関わらない変更部分として、BGB309条9号の見出しが削除されている。

13 民法施行法（EGBGB）229条60項2文。なお、基準となるのは、更新前の最初の契約の締結時点である。

の上限を定めている。この上限は、AGBGの規定から現行規定まで変更されておらず、2年である。もっとも、後述するように、2021年改正では、存続期間の上限についても見直しが検討されていた。

なお、BGB309条9号aは、2年間の契約への拘束が常に許されるという反対解釈を認めるものではない¹⁴。契約の種類によっては、2年間の存続期間が長すぎるとされる可能性があり、BGB309条9号aの上限にかからない場合であっても、BGB307条によって審査されることになる¹⁵。

BGB309条9号aによる無効の場合、存続期間の設定自体が全体として無効となり、存続期間の有効性を維持した縮減は行われ¹⁶ない。判例は、BGB306条2項に基づき、補充的契約解釈によって無効となった存続期間に代わる期間を裁判所が認定するという方法を示している¹⁷。

(2) 黙示の契約更新に関する条項 (BGB309条9号b)

BGB309条9号bは、契約の黙示更新条項を規制するものである。2021年の改正前は、更新後の契約の存続期間が1年を超えるような黙示更新条項は無効とされていたが、改正後の規定では、黙示更新条項は原則として無効とされている。例外的に、更新後は期間の定めがない契約となり、かつ、消費者が1か月の予告期間を設定すればいつでも解約告知できるとする限りにおいて、黙示更新条項を付すことができる。

なお、改正前BGB309条9号bについても、1年までの契約期間であれば、黙示更新条項が許され¹⁸とする規定ではない。この点、裁判例では、最初の契約期間の2倍の期間が黙示で更新される契約条項は、BGB307条

14 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn18.

15 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn17. なお、契約への長期拘束に関する、BGB307条の適用状況についての詳細な検討として、丸山・前掲注(4)45頁以下がある。

16 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn28.

17 学説では見解が分かれている。Vgl. Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn28.

1 項に基づいて無効であるとしたものがある¹⁸。

BGB309条 9 号bによって黙示の更新条項が無効とされた場合、契約は、最初に定められた期間で終了するが、当事者双方が契約の履行を継続した場合は、契約は期間の定めのない契約に移行し、当事者はいつでも契約を解約告知できると解される¹⁹。

(3) 解約告知期間に関する条項 (BGB309条 9 号c)

BGB309条 9 号cは、消費者からの解約告知について、解約告知期間の上限を定めている。改正前BGB309条 9 号cは、最初の契約期間または黙示の更新後の契約期間の満了前に3か月よりも長い解約告知期間を必要とする条項を無効としていた。改正によって、この期間は1か月に短縮されることとなった。また、黙示更新後の解約告知期間については、改正後BGB309条 9 号bがこれを定めたことから、改正後BGB309条 9 号cは、最初の契約期間に関する解約告知期間のみを定めるものとなった。

なお、解約告知権の行使に関して、書面形式やテキスト形式 (Textform) よりも厳格な形式を要求するような条項や、解約告知の到達について、特別な要件を課すような条項 (例えば、「電話での確認をもって解約告知が有効となる」とするものなど) は、BGB309条13号に基づき無効となる可能性がある。

BGB309条 9 号cによる無効の場合、相手方は、契約の更新前にいつでも契約を解約告知できるとされる²⁰。

4. 適用対象となる契約の範囲

本規定は、約款使用者による物品の定期的な供給または労務もしくは請

18 AG Neuss, Urteil vom 09.05.2014 - 84 C 2066/13, BeckRS 2014, 11313.

19 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn28.

20 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn28.

負給付の定期的な提供を目的とする継続的債務関係に適用される（BGB309条9号1文）。そして、BGB309条9号2文は、一体のものとして販売された物品の供給契約と保険契約を適用除外としている²¹。

「物品」とは、有体動産を指す。定期的な物品の供給を目的とする契約の典型例として、ビール供給契約、新聞や雑誌の定期購読、一定期間内に一定量の商品を購入する義務を負っているような、ブッククラブやレコードクラブの会員契約などが挙げられる²²。約款使用者による定期的な労務提供や請負給付が行われる契約にも多様なものがある。例えば、定期的な労務提供を行うものとして、各種の教育契約²³、パートナー仲介業者との契約、信託契約や警備契約など²⁴、定期的な請負給付を行うものとして、エレベーターなどの機器の定期点検、建物の定期的な清掃などが挙げられる²⁵。なお、消費者が相手方となる典型的な継続的債務関係として、携帯電話契約のような電気通信サービスの提供契約も適用対象となるが、電気通信法（TKG）による規制が置かれており、そこでの規定による保護も受けることになる。この点については、後述する。

約款使用者による継続的な給付は、一定期間にわたる状態の維持や長期にわたる継続的な行為によって構成されうる²⁶。もっとも、継続的債務関係の定義規定はなく、具体的にどのような契約が継続的債務関係に該当す

21 BGB309条9号2文は、2016年に行われた改正前は、適用が除外される契約として、著作権等保有者と著作権利用組合との契約を規定していたが、オンライン音楽著作物指令（2014/26/EU）の国内法化に伴い、著作権管理団体法（VGG）に契約の解約告知に関する規定が置かれ、ここでの適用除外は削除となった。

Vgl. Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn.2.

22 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn. 8.

23 もっとも、通信教育については、通信教育受講者保護法（FernUSG）による保護が別途与えられている。

24 Vgl. Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn. 9.

25 Vgl. Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn. 10.

26 Becker, BeckOK BGB, § 309 Nr. 9, Rn.6.

るかについては、解釈に委ねられている²⁷。本稿では詳しく立ち入らないが、あらかじめ全体として供給される量が確定しているが、個々の給付行為が長期にわたって分割して行われる契約（Teillieferungsverträge）が継続的債務関係に該当するか否かについては、見解が分かれている²⁸。この点、BGB309条9号2文が明記しているように、長期的な供給契約が「一体のものとして販売された物品」に関するものについては、適用が除外されている。これは、複数巻からなる事典や全集のような、いわゆるセット販売の商品を指す²⁹。

このように、BGB309条9号が対象とする継続的債務関係は、一定の範囲に限定されており、継続的契約の典型である使用賃貸借や用益賃貸借、リース契約なども適用範囲に含まれていない³⁰。約款規制法の制定時、本規定の適用範囲をめぐっては議論があったが、継続的債務関係という概念が非常に多様な契約類型を含むものであり、あらゆる契約に妥当する規定を設けることの難しさから³¹、対象となる契約は限定され、無効とされる条項の内容も緩やかなものとなったと説明される³²。個別に問題となる契約として、賃貸借の要素が支配的な混合契約（例えば、サービス付高齢者住宅、フィットネスセンターの機器利用）などには、BGB309条9号は適用されないと解される³³。

継続的債務関係において、契約の存続期間をめぐる当事者間の利害関係

27 Vgl. Becker, BeckOK BGB, § 309 Nr. 9, Rn. 6. 継続的債務関係の定義をめぐ
る議論について、佐藤史帆「ドイツにおける継続的契約の解消法理の展開(三)」
法学論叢190巻4号（2022年）62頁以下も参照。

28 Vgl. Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn. 8; Becker, BeckOK BGB, § 309
Nr. 9, Rn. 6.

29 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn.13.

30 Vgl. Buchmann/Panfili, Das neue Schuldrecht, 2022, § 7 Rn. 16 ; Markus
Stoffels, AGB-Recht 4. Aufl., S. 323(Rn. 719). 丸山・前掲注（4）33頁も参照。

31 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn. 11.

32 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn. 11.

33 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn. 11.

には、非常に多様なものがある³⁴。例えば、長期の契約は、支払いの分割という要素もあり、消費者にとって望ましい契約条件が提示される場合もありうる。保険契約についても、長期にわたる契約が当事者双方にとって有益なものであるという理由から、BGB309条9号2文によって適用対象から外されている。以上のように、BGB309条9号の適用範囲は制限的であり、また、適用対象となる契約についても、BGB307条に基づく判断に委ねられている部分が少なくない。

5. EU法との関係

はじめに述べたように、今回の改正は、EU法の要請によるものではないが、EU法との接点および関連する規定について確認しておきたい。

(1) 不公正条項指令

不公正条項指令（93/13/EEC）は、EU加盟国が消費者の保護をより高い水準で確保するため、指令によって規制される領域において、条約に一致する最も厳格な規定を置くことを認めている（不公正条項指令8条）。そして、不公正条項指令3条3項は、指令の付則には、それが個別に交渉されなかった場合には不公正であるとみなされるであろう条項の支持的かつ例示的リストが含まれると規定する³⁵。付則1号hは、期間の定めのある契約について、不合理に早い時期に設定された期限までに消費者が別段の指示を行わない限り、自動的に契約が更新されるとすることを挙げている。ここで問題とされているのは、自動的な契約更新そのものではなく、BGB309条9号cが規制しているのと同様に、消費者が別段の指示を行う

³⁴ Becker, BeckOK BGB, § 309 Nr. 9, Rn. 2.

³⁵ 河上正二＝大村敦志訳「EC消費者関連指令（仮訳）—最近の二つの重要指令」NBL534号（1993年）43頁参照。

期限と契約更新の時点との短すぎる期間であると解されている³⁶。この点について、契約の存続期間や黙示の自動更新条項について、EU法の枠組みにおける保護が欠けているとの指摘もみられる³⁷。

（２）消費者権利指令

約款規制ではないが、消費者権利指令（2011/83/EU）に基づくものとして、継続的債務関係における契約期間および解約告知の条件についての情報提供義務が、BGB312a条2項、民法施行法（以下、「EGBGB」とする）246条1項6号に規定されており、例外として規定されている一部の契約を除き、原則としてすべての消費者契約に適用される。この規定は、継続的または定期的な給付を内容とする契約を対象としているため、賃貸借型の契約などにも適用される³⁸。

Ⅲ 「公正な消費者契約のための法律」における改正議論の展開

1. 改正法の概要

「公正な消費者契約のための法律」は、BGBとドイツ不正競争防止法（以下、「UWG」とする）を改正するものであり³⁹、2021年6月24日の連邦議会で採択された。BGBの改正は、本稿で取り上げるBGB309条9号、BGB312k条のほか、BGB308条9号において、債権譲渡を排除する条項の無効に関する規定改正が行われている⁴⁰。また、UWGでは、電話勧誘に

36 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn. 6; Wais, Gesetzlicher Schutz vor ungewollten Vertragsverlängerungen, NJW 2018, 1777 (1778).

37 Wais, NJW 2018, 1777 (1778).

38 Wendehorst, MüKoBGB, § 312a, Rn. 31, 32.

39 厳密には、施行時期を定めるものとして、民法施行法（EGBGB）の改正も含まれる。

40 この点について、拙稿「ドイツ債務法における近時の改正動向」消費者法研究14号（2023年）241頁参照。

よる取引に関する消費者保護を強化するための改正が行われた（UWG 7a 条、UWG20条）⁴¹。改正された規定のうち、BGB309条9号については、2022年3月1日に、BGB312k条については、同年7月1日に施行された。両規定の改正は、実務における対応期間が必要であるとされたためである。その他の規定は、2021年10月1日に施行されている。

なお、最初に公表された参事官草案では、本改正法が取り扱う対象として、大きく分けて3つの問題が挙げられていた。第一に、違法な電話勧誘行為における消費者保護を目的とする改正である⁴²。これについては、上述のとおり、UWGの改正が中心であるが、参事官草案では、BGBの一部改正も併せて提案されていた（BGB-RefE 312c条、BGB-RefE 312f条2項）⁴³。これらのBGB改正提案について、政府草案では、その内容をエネルギー事業法（EnWG）41条1項1文の改正によって実現するとの提案が示されていたが、その後、エネルギー事業法（EnWG）の改正は、別の法律に移されている⁴⁴。第二に、約款における契約条項について、継続的債務関係における消費者の市場機会の活用の不当な制限と債権譲渡の不当な

41 2021年のUWG改正については、中田邦博・カライスコス アントニオス・古谷貴之「2021年ドイツ不正競争防止法改正の意義と条文訳」龍谷大学社会科学研究年報52号（2022年）231頁以下を参照。

42 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, S.1.

43 数量の定めがないガスまたは電気の供給契約が電話で締結された場合、その契約は、事業者が契約内容を持続的データ記録媒体で提示した後に、消費者がテキスト形式で同意しなければ有効としないとする新たな規定を、遠隔販売契約について定めるBGB312k条に追加するとの提案が示されていた（BGB-RefE 312c条3項・4項）。BGB-RefE 312f条は、BGB312c条の改正に伴い、契約の確認書に関する規定の修正を行うものである。

44 Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht, BGBl. Teil I Nr. 47(2021)S. 3026. エネルギー事業法41b条1項に、テキスト形式による要件規定が置かれている。

制限という問題が挙げられている⁴⁵。これには、BGB308条9号、BGB309条9号の改正が含まれる。

以上に加えて、欧州司法裁判所の判決（Ferenschild判決）を受けて、消費用動産売買指令（1999/44/EC）に抵触する状態となっていた売買規定（BGB476条2項）の改正が提案されていたが、今回の改正法で対応する必要はなくなったとして、政府草案の公表後に削除となった⁴⁶。

2. BGB309条9号をめぐる議論

消費者が意図しない過度に長期の契約への拘束といった問題は、AGBG11条12号（BGB309条9号）の目的から明らかなように、約款規制法の制定時から認識されてきた。しかし、以下でみる草案の理由書で述べられているように、改正前BGB309条9号のもとでは、2年間の有期契約と、その後の黙示更新の繰り返しを前提とする契約が多くの分野に広がっており、最初の契約期間中には適用されていた優遇措置や割引が更新後には適用されないなどの問題が増加したことが、改正の背景に存在する。学説においても、携帯電話契約やフィットネスジムの会員契約などを典型的な例として、立法的な対応の必要性が指摘されていた⁴⁷。そして、2021年改正は、BGB309条9号b・cをより制限的な内容とし、継続的債務関係における消費者保護を図っている。以下では、このような規定改正がいかなる議論を経て行われたかについて、その過程をみることにする。BGB309条9号の改正をめぐるのは、2020年1月に公表された参事官草案⁴⁸、同年12月に公表

45 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, S.1.

46 Ferenschild判決については、古谷貴之「欧州司法裁判所2017年7月13日判決（Ferenschild判決）の検討—消費用動産売買における「責任期間」と「時効期間」の区別の意義—」産大法学52巻3号（2018年）77頁以下を参照。

47 Wais, NJW 2018, 1777 (1777).

48 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge(https://www.bundestag.de/resource/blob/100000/2020/12/20201215_gesetzgebungsprozessplan.pdf)

された政府草案⁴⁹、そして、最終的に成立した法案において変遷がみられることから、それぞれの内容を確認する。

(1) 参事官草案

BGB-RefE309条 9 号 評価の余地のない禁止事項

法律上の規定からの逸脱が許容される場合においても、普通取引約款において次のものは無効である。

(1号～8号：省略)

9号 (継続的債務関係における存続期間)

約款使用者による物品の定期的な供給又は労務若しくは請負給付の定期的な提供を目的とする契約関係において、次のいずれかを定めるもの

- a) 1年を超えて相手方を拘束する契約の存続期間
- b) その都度3か月を超えて相手方を拘束することになる契約関係の黙示の更新
- c) 当初の契約の存続期間又は黙示に更新された契約の存続期間の満了に先立ち、相手方の不利益において、1か月を超える解約告知期間

ただし、一体のものとして販売された物品の引渡しについての契約及び保険契約については、この限りでない。

↘ www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Faire_Verbrauchervertraege.pdf?__blob=publicationFile&v=3

49 Gesetzentwurf der Bundesregierung : Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge. (https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Faire_Verbrauchervertraege.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

参事官草案は、BGB309条9号の改正の目的は、存続期間条項や黙示の更新に関する約款条項をさらに制限することで、消費者が過度に長期にわたって契約に拘束されることを防止することにあるとする⁵⁰。その背景として、自らの意思に反して契約が更新された時にはじめて、黙示更新条項が契約に含まれていることに気がつく消費者が多く、黙示更新条項を認識している消費者であっても、解約告知の時期を逃してしまうことが少なくないと指摘する。また、契約の存続期間の上限を2年間とするBGB309条9号のもとでは、かつては期間の定めのない契約が一般的であった分野でも、現在では、2年間の当初の契約期間と黙示的な更新を繰り返すことを前提とした契約が広く一般的に行われるようになっていているとして、このような現状は、競争を大きく制限するものであるとする。

以上のような理由から、参事官草案は、BGB309条9号について、契約の存続期間の上限、黙示更新後の契約の存続期間の上限、解約告知期間の上限のいずれもを、より短くすることを提案している。具体的には、契約の存続期間の上限を2年から1年に（BGB-RefE 309条9号a）、黙示の更新後の契約の存続期間の上限を1年から3か月に（BGB-RefE 309条9号b）、解約告知期間の上限を3か月から1か月にそれぞれ短縮するとした（BGB-RefE309条9号c）。

なお、参事官草案では、黙示の更新条項をめぐる問題について、それ自体を禁止することは妥当ではなく、消費者が契約の維持を望む場合には、新たな意思表示がなくても契約が継続される黙示の更新を今後も可能とすべきであるとしている⁵¹。そして、消費者が適時の解約告知を逃した場合、速やかに契約を解約告知できるようにすべきであるが、これは、黙示更新

50 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 23.

51 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 23.

後の契約存続期間を3か月に短縮することで達成されるという。

参事官草案のうち、解約告知期間に関するBGB309条9号cについては、ここでの提案内容がそのまま改正に至ったが、BGB-RefE309条9号a・bについては、その後の議論の中で修正されることになった。

(2) 政府草案

BGB-RegE309条9号 評価の余地のない禁止事項

法律上の規定からの逸脱が許容される場合においても、普通取引約款において次のものは無効である。

(1号～8号：省略)

9号 (継続的債務関係における存続期間)

約款使用者による物品の定期的な供給又は労務若しくは請負給付の定期的な提供を目的とする契約関係において、次のいずれかを定めるもの

a) 次のいずれかを定めるもの

aa) 2年を超えて相手方を拘束する契約の存続期間

bb) 1年を超えて、最長2年まで相手方を拘束する契約期間を定めるものであって、約款使用者が、同一の給付に関し、1年間の契約存続期間である契約を、月額平均で長期の契約の価格を25%を超えて上回らない価格で提供していない場合

b) 次のいずれかを定めるもの

aa) その都度1年を超えて相手方を拘束することになる契約関係の黙示の更新

bb) その都度3か月を超えて最長1年まで相手方を拘束することになる契約関係の黙示の更新。ただし、当初に定められた又は黙示に更新された契約期間満了の遅くとも2か月前、早くとも4

か月前までに、約款使用者がテキスト形式（Textform）で以下の事項について通知した場合にはこの限りでない：

aaa) 合意した契約期間の終了時点

bbb) 契約が適時に解約告知されなかった場合に更新される期間

ccc) 解約告知が約款使用者に遅くとも到達しなければならない時点

c) 当初の契約の存続期間又は黙示に更新された契約の存続期間の満了に先立ち、他方の契約当事者の不利益において、1 か月を超える解約告知期間

ただし、一体のものとして販売された物品の引渡しについての契約及び保険契約については、この限りでない。

BGB309条9号の改正について、政府草案は、参事官草案とは異なる方向性を示している。まず、契約の存続期間について、2年間までの存続期間を定めることは引き続き可能であるとしたうえで、追加的な条件を規定している。具体的には、1年を超える存続期間を有効とするためには、消費者に対して、同一の給付を1年単位の契約で提供する選択肢が同時に提示されなければならない、その月々の価格は、1年を超える契約の月々の平均価格を25%を超えて上回ってはならないとする（BGB-RegE309条9号a）。政府草案の理由書によると、ここでの「同一の給付」について、賞金（Prämien）や景品（Zugaben）、その他の無償で与えられるものについては、価格が合意された有償給付の一部ではないため、考慮されない⁵²。

黙示の更新についても、更新後の契約存続期間の上限を1年とする規定を維持しながら、更新後の契約存続期間が3か月を超える場合には、約款使用者に対して、相手方に適時に解約告知が可能であることを通知する義務を課す。具体的には、契約期間の終了時点、解約告知権の行使期限、解

52 BT-Drs. 19/26915, S. 31.

約告知しなかった場合に更新される契約の存続期間について、契約期間満了前の4か月前から2か月前までの間に、テキスト形式で通知しなければならないとする（BGB-RegE309条9号b）。政府草案の理由書では、約款使用者が、以上の内容を含む通知を行うことを条件とする黙示更新条項を約款に置き、実際に通知を行うことで、BGB-RegE309条9号bが定める内容は満たされるとしている⁵³。通知期間は、契約期間満了前の4か月前から2か月前までの間に行うとすれば足り、約款において具体的な時点を定める必要はない⁵⁴。政府草案は、参事官草案と同様に、黙示の更新条項を禁止することは妥当ではないとしている。その理由として、継続を希望する消費者には黙示の更新を引き続き認めることが適切であるとする⁵⁵。政府草案の規定は、消費者が契約の継続か解約告知かを、より自由に選択でき、事業者側も、公共交通の分野における年間購入のように、1年ごとに更新される支払・給付モデルを引き続き提供できるようにするものであるという⁵⁶。

（3）連邦参議院の意見書と連邦議会の応答

i) 連邦参議院の意見書

政府草案に対しては、連邦参議院による意見書が示されている⁵⁷。まず、政府草案が提案した条文内容に関わる指摘として、BGB-RegE309条9号aについて、1年を超える長期の契約と比べた場合の1年未満の契約との価格差に関する規定は、法的安定性を鑑み、できる限り明確にすべきであるとしている⁵⁸。また、長期の契約には景品など無償の提供を付加しながら、

53 BT-Drs. 19/26915, S. 31.

54 BT-Drs. 19/26915, S. 31.

55 BT-Drs. 19/26915, S. 32.

56 BT-Drs. 19/26915, S. 31, 32.

57 BT-Drs. 19/26915, S. 40ff.

58 BT-Drs. 19/26915, S. 41.

短期の契約には事務手数料のような形で追加費用を課すといった場合のように、25%という価格差の上限を実質的に損なう可能性を排除すべきであるとして、「無償の提供を考慮する」という文言を加えることを提案している⁵⁹。

さらに、連邦参議院は、政府草案に含まれていない点として、BGB-RegE309条9号の適用範囲の拡大に言及している。BGB309条9号が「約款使用者による物品の定期的な供給又は労務若しくは請負給付の定期的な提供を目的とする契約関係」に限定しているのに対し、フィットネススタジオ契約に関して、役務提供契約上の特徴を伴う特別な義務を含まない場合には、本規定が適用されないとする連邦通常裁判所（BGH）の判決⁶⁰の立場や、役務提供契約上の義務が存在する場合でも、複合契約としてBGB309条9号の適用を受けるかについて、BGHは明確に判断していないことを挙げる⁶¹。そして、本規定の適用範囲を、スポーツ施設やレジャー施設を有償で利用することを内容とする契約にも拡大すべきであるとすると⁶²。これにより、フィットネススタジオ契約だけでなく、テニスコート等の定期利用やウェルネス施設の定額制利用など、スポーツ・レジャー全体において、消費者を保護することができるとしている。

以上に加えて、継続的債務関係の解約告知に関係するものとして、BGB312i条と312j条の改正提案がなされている。BGB312i条は、電子商取引における一般的な義務を定め、消費者による注文時に、その注文の受領を遅滞なく電子的手段で確認する義務を事業者に課すものであるが、連邦参議院は、「契約締結後の契約関係に関する重要な意思表示、特に、解約告知、撤回および契約関係に基づく権利行使（契約に関わる意思表示）」

59 BT-Drs. 19/26915, S. 41.

60 BGH Urteil vom 8. Februar 2012 – XII ZR 42/10.

61 BT-Drs. 19/26915, S. 41.

62 BT-Drs. 19/26915, S. 41.

の場合にも、事業者意思表示の到達についての受領確認義務を課すことを提案している⁶³。次に、BGB312j条は、電子商取引における消費者に対する特別な義務を定めるものであるが、ここに、消費者の注文がボタン操作によって行われ、かつ、それによって継続的債務関係が成立した場合には、当該契約の解約告知のために、容易に見つけることができ、バリアフリーで読みやすく、わかりやすく表示された（「契約を解約告知する」という文言の記載）、解約告知ボタンを設けることを事業者義務づける規定の追加を提案している⁶⁴。このような規定の提案理由について、消費者にとって、継続的債務関係の契約締結が容易である一方、解約告知が難しい場合が多いこと、また、インターネットを介する取引では、「注文ボタン」によって容易に契約が成立するのに対し、それに対応するような容易な解約告知手段は存在していないと指摘している⁶⁵。解約告知の場合の事業者の受領確認を義務化するBGB312i条1項1文3号の改正提案とあわせると、契約締結時と比較したときの解約告知手続における構造的な不均衡が解消されるという⁶⁶。

ii) 連邦参議院の意見書に対する連邦議会の反対意見

連邦参議院の意見書に対し、連邦議会は次のように応答している。まず、BGB-RegE309条9号aについては、価格に関する規定はすでに明確であるとして、提案は受け入れないとしている⁶⁷。

次に、適用範囲を拡張すべきかについては吟味するとしうえで、現在、スポーツ施設やレジャー施設を有償で利用する契約は、内容規制の一般条項であるBGB307条1項の判断にかかることになるが、この場合に、

63 BT-Drs. 19/26915, S. 41, 42.

64 BT-Drs. 19/26915, S. 44, 45.

65 BT-Drs. 19/26915, S. 44.

66 BT-Drs. 19/26915, S. 45.

67 BT-Drs. 19/26915, S. 48.

BGB309条9号が示す存続期間についての評価が考慮されるべきであるとするBGHの立場に言及している⁶⁸

さらに、BGB312i条とBGB312j条の改正提案について、BGB312i条に関しては、電子商取引で締結された契約について、すべての契約に関する意思表示の受領を電子的に確認する義務を事業者に課す必要性はないとし、BGB312jの改正という形で提案された解約告知方法については、検討するとした⁶⁹。後述のとおり、解約告知ボタンに関する規定は、BGB312k条の新設という形で改正法に取り入れられることになった。

(4) 参事官草案および政府草案をめぐる議論

参事官草案および政府草案に対しては、各業界の団体やドイツ連邦消費者センター(vzbv)などから多数の意見書が提出されている。参事官草案に対しては、契約の存続期間の上限を1年に短縮するという提案(BGB-RefE 309条9号a)について、事業者側の立場からは、収益見通しを困難にし、コスト増加による価格上昇を招くことから、むしろ消費者にとって不利益であるといった批判が多く寄せられたようである⁷⁰。

継続的債務関係における存続期間条項をめぐる問題を詳細に検討するものとして、バイロイト大学のSchmidt-Kesselは、政府草案に対する意見書の中で、いくつかの観点から、改正案への批判と提案を行っている⁷¹。継続的債務関係に関する部分をやや詳しく確認すると、①BGB309条9号の

68 BT-Drs. 19/26915, S. 48.

69 BT-Drs. 19/26915, S. 48.

70 参事官草案に対する意見書について、連邦司法省のHPを参照。https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2020_Faire_Verbraucher-vertraege.html

71 Schmidt-Kessel, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge, S. 2ff. (<https://www.bundestag.de/resource/blob/825870/3f1035778773fc5ea0e9f92c8b00d395/stellungnahme-schmidt-kessel.pdf>)

適用範囲を使用賃貸借契約やレジャー施設利用契約にも拡大すべきであること、②最初の契約期間については、2年の上限を維持すべきであること、③同一の給付に関する代替案の要求は、内容が不明確かつ過度に制限的であり、その法的効果も十分に検討されていないこと、④黙示の更新後の契約を期間の定めのない継続的債務関係に移行させること、⑤消費者による解約告知を容易にするための規定を、BGBに置くべきであること。とりわけ、黙示の更新の場合には「解約告知ボタン」を設けるべきであること、⑥一般債務法において、継続的債務関係の通常の解約告知に関する一般規定を設けるべきであること、⑦更新後の解約告知期間については、債務法の各則部分の規定における解約告知期間や電気通信法（TKG）における解約告知期間との調整をすべきであること、を指摘している。

以上には、政府草案の具体的な提案内容に対する批判のほか、より大きな視点からの提案が含まれるが、社会的背景に言及した指摘として、①現行BGB309条9号およびBGB-RegE309条9号の適用範囲に関しては、使用賃貸借契約を包括的に適用除外していることを問題視し、このような契約は、近年特にデジタルの分野で増加しており、デジタル社会における契約法とは適合しないとする⁷²。また、⑥継続的債務関係に関する一般規定の必要性に関して、「所有から利用へ」という社会的なパラダイムシフトが進む中で、継続的債務関係に関する一般規定が、BGB313条（行為基礎の喪失）、BGB314条（重大な理由による解約告知）しか存在しないという状況は不適切であるという⁷³。

さらに、Schmidt-Kesselは、ここでの本質的な問題は、最初の存続期間の設定ではなく、連続して更新する契約の現象であることを強調している⁷⁴。なぜなら、当初契約の締結時には、契約の存続期間は明確であり、

72 Schmidt-Kessel, a.a.O.(Fn. 71), S. 4.

73 Schmidt-Kessel, a.a.O.(Fn. 71), S. 3ff.

74 Schmidt-Kessel, a.a.O.(Fn. 71), S. 4ff.

透明性を欠くこともなく、最長2年の当初契約の存続期間が、消費者の正当な期待に反するものとは必ずしもいえないとする。そして、政府草案が1年を超える契約について課した追加的な条件は、価格設定の自由に不当に介入し、十分な理由づけを欠いており、適切ではないとする。契約の黙示更新に関する事業者の通知義務についても、通知を受けた消費者は、その多数が関心を示さず、行動に繋がらないといった問題点を指摘している。

なお、連邦参議院やSchmidt-Kesselの意見書で提案されている解約告知権の容易な行使方法については、バーデン＝ヴュルテンベルク州消費者委員会やフォルツハイム大学の消費者研究センターなどが政府草案に対して示した意見書の中でも提案が行われている⁷⁵。

(5) 法務委員会による修正案の決議勧告

i) BGB309条9号の大幅な修正

その後、法務・消費者保護委員会による修正案が示され、これが連邦議会で採決されるに至った。改正後の現行規定の内容は、すでに確認したとおりであるが、契約の存続期間については、政府草案が示した、同一給付に関する短期契約と長期契約の価格差に踏み込んだ規定は採用されず、付加的な条件なく、2年間という上限が維持されることとなった。政府草案から大幅な修正には、上でみたように、その規定の複雑さや価格設定に関する根拠の不十分さに対する批判が影響しているものと思われる⁷⁶。

他方で、参事官草案と政府草案が黙示の更新条項を禁止しないとする立

75 Stellungnahme 55/2020 sowie 59/2021 zum Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge ; Vgl. Brönneke, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge sowie begleitender Anträge (BT-Drs: 19/26915 sowie 19/17449, 19/17451, 19/26630), S.1ff. この点について、拙稿・前掲注(5) 21頁参照。

76 Wurmnest, MüKoBGB, § 309 Nr. 9, Rn. 3; Buchmann/Panfili, Das neue Schuldrecht, 2022, § 7 Rn.13も参照。

場を採ったのに対し、改正法は、それ自体を大幅に制限するものとなった。政府草案における通知義務を追加した規定は、その複雑さが批判されているところであるが、黙示の更新後は常に期間の定めのない契約になるという、改正前の規定や政府草案までの提案からは異なる方向性が採用されたことになる。修正案では、このような規定により、消費者は、意図しない契約更新によって長期間契約に拘束されるリスクから保護されるとともに、他の契約モデルや他の事業者への乗り換えをスムーズに行うことが容易になると説明されている⁷⁷。契約当事者が契約に満足している場合には、契約を継続できる柔軟性は残されており、消費者は、契約更新後も短期間で解約告知が可能であるという状態が確保されることになるという⁷⁸。

ii) 電子商取引における継続的契約の解約告知方法の導入

政府草案から変更点としては、容易な解約告知方法の提供を事業者に義務づけるものとして、新たにBGB312k条⁷⁹が設けられることになったこ

77 BT-Drs. 19/30840, S. 14.

78 BT-Drs. 19/30840, S. 14.

79 BGB312k条 電子商取引における消費者契約の解約告知

- (1) 消費者がウェブサイト上で電子商取引における契約を締結することが可能であり、その契約が事業者が有償の給付 (entgeltlichen Leistung) について義務を負う継続的債務関係の発生に向けられる場合、事業者はこの規定に従う義務を負うものとする。次に掲げる場合には、この規定は、適用しない。
 1. 解約告知について、テキスト形式よりも厳しい形式が法律で排他的に規定されている契約
 2. 金融サービスに関するウェブサイト又は金融サービスに関する契約
- (2) 事業者は、消費者が、前項1文に従いウェブサイトで締結されうる契約の通常又は特別な解約告知のための表明を、ウェブサイトで解約告知ボタンにより提示しうることを確保しなければならない。この解約告知ボタンは、わかりやすい (gut lesbar) ものであればならず、「契約の解約告知はこちらVerträge hier kündigen」という文言と異ならないか、又はそれに相当する明白な表現で表示されなければならない。このボタンは、次に掲げる内容を備えた確認画面 (Bestätigungsseite) に消費

とも重要である⁸⁰。BGB312k条は、物品の定期的な供給または役務の定期的な提供を目的とする継続的債務関係である消費者契約であり、電子商取引においてウェブサイトで契約締結が可能なものについて、容易な解約告

-
- ゝ 者を直接に導くものでなければならない。
1. 次に掲げる情報を提供しよう消費者を促し、かつ可能とするものでなければならない。
 - a) 解約告知の種類及び特別な解約告知の場合には解約告知の理由
 - b) 消費者の明確な識別可能情報
 - c) 契約の明確な表示
 - d) 解約告知によって契約関係を終了させる時点
 - e) 解約告知の確認の迅速な電子的な送信を事業者が可能とする情報
 2. 確認画面は、消費者が解約告知の表明を申し出ることが可能な確認ボタンを備えていなければならない。この確認ボタンは、わかりやすいものでなければならない。「今すぐ解約告知するjetzt kündigen」という文言と異ならないか、又はそれに相当する明白な表現で表示されていなければならない。
このボタン及び確認ページは、永続的に利用可能であり、直接かつ容易にアクセスできるものでなければならない。
 - (3) 消費者は、確認ボタンのクリックにより提示した解約告知の表明を、その表明を行った日時とともに、解約告知の表明が確認ボタンのクリックにより提示されたことを認識できるように、耐久性のあるデータ記録媒体に保存することができなければならない。
 - (4) 事業者は、消費者に対し、解約の表明の内容、到達日時、及び解約告知により契約関係が終了する時点を、即時に、電子的方法でテキスト形式により確認しなければならない。確認ボタンのクリックにより提示された解約告知の表明は、事業者に対して、その提示後直ちに到達したものと推定する。
 - (5) 消費者が解約告知の表明の際に、契約関係を終了させる時点を提示しなかったときは、疑わしい場合において、可能な限り早い時点で解約告知の効果が生じるものとする。
 - (6) 第1項及び第2項によりボタン及び確認画面が提供されない場合は、消費者は、その解約告知のためのボタン及び確認画面が提供されなければならない契約を、解約告知期間を遵守することなくいつでも解約告知することができる。これは、消費者が特別な解約告知が可能な場合について、影響しない。

80 BGB312k条の規定内容と、その解釈をめぐる問題については、拙稿・前掲注

(5) 23頁以下で紹介した。

知方法の提供を事業者に義務づけている。本規定に基づき、事業者は、ウェブサイトに解約告知ボタンを設け、「契約の解約告知はこちら」という文言やそれに相当する明白な表現で、わかりやすく表示しなければならない。BGB312k条は、2段階での解約告知を定めており、このボタンは、クリックすると直接に解約告知手続の確認画面に移動するものでなければならない。確認画面では、解約告知の最終的な意思表示をするための確認ボタンを設けておかなければならない。このほか、解約告知の事業者への到達をめぐるトラブルに対応するものとして、消費者が解約告知の内容を後から確認できるようにするため、電子メールの送信等による通知義務についても定められている（BGB312k条3項・4項）。以上の要件を満たす解約告知ボタンや確認画面の提供がされていない場合、消費者は、いつでも契約を解約告知することができる（BGB312k条6項）。

このように、長期契約への拘束という問題に対しては、約款規制に加えて、解約告知方法の確保という点での対応も盛り込まれることになった。

3. その他の法律による規制

継続的債務関係の存続期間等に関わるその他の立法動向として、電気通信法（以下、「TKG」とする）の改正がある。これは、消費者が関係することの多い携帯電話契約にも適用される。2021年5月7日連邦議会により採択され、同年12月1日に施行された、電気通信現代化法（Telekommunikationsmodernisierungsgesetz – TKMoG）⁸¹は、TKGを改正し、欧州電子通信指令（2018/1972/EU）⁸²の国内法化のほか、いくつかの修正を行っている。

81 Telekommunikationsmodernisierungsgesetz, BGBl. Teil I Nr. 35(2022)S. 1858.

82 欧州電子通信指令（2018/1972/EU）について、夏井高人「欧州電子通信法指令（EU）2018/1972[参考訳]」法と情報雑誌4巻2号（2019年）1頁以下を参照。

TKG56条1項1号は、消費者と、公衆が利用可能な電子通信サービスの提供者との間で締結される契約で、番号に依存する個人間通信サービスおよび機械対機械サービスの提供のために使用される送受信サービス以外のものについては、最初の契約期間は24か月を超えてはならないとしている。そして、同項2号により、電子通信サービス提供者は、契約締結前に、最初の契約期間が最長で12か月までの契約を消費者に提供する義務を負う。また、公衆が利用可能な電子通信サービスの提供者とエンドユーザとの間で締結される契約（番号に依存する個人間通信サービスおよび機械対機械サービスの提供のために使用される送受信サービス以外）において、最初の契約期間終了後、エンドユーザが期限までに解約告知しない場合は自動的に契約が更新される旨の条項がある場合、エンドユーザは、最初の契約期間終了後、いつでも1か月の解約告知期間をもって契約を解約告知することができる（TKG56条3項1文）。そして、電子通信サービス提供者は、契約の更新に先立ち、持続的データ記録媒体によって、エンドユーザに対して、適時に、①契約が黙示で更新されること、②期限内に解約告知することで契約更新を妨げることができること、③更新された契約は第1文に基づいて解約告知する権利があることの3点を通知しなければならない（TKG56条3項2文）。TKG56条1項は、欧州電子通信指令105条1項1文を、TKG56条3項は、欧州電子通信指令105条3項をそれぞれ国内法化したものである。もっとも、同指令は、加盟国が24か月よりも短い契約期間の上限を定めることを認めており、TKG56条1項2号において、期間を12か月とする契約を消費者に提供する義務が維持されている⁸³。TKGの規

83 Ditscheid/Boms in: Geppert/Schütz, Beck'scher stillschweigender Vertragsverlängerung TKG-Kommentar, 5. Auflage 2023, TKG § 56 Rn. 1. なお、TKGの改正議論においては、BGB309条9号aの政府草案の提案と同様に、12か月を上限とする契約は、その価格が長期契約（24か月）で支払う月額価格を25%を超えて上回らない内容で提供されなければならないとする提案が示されていたが、採用されなかった。

定は、BGB309条9号に対する特別法として、ここで規制対象とする契約に適用されることになる。

Ⅳ ドイツにおける改正議論の整理

改正過程における議論から読み取ることができる範囲にとどまるが、そこで問題とされた点について、若干の整理を行うことにしたい。

1. 改正の背景

ドイツにおける今回の改正議論で検討された問題は、AGBGの制定時から、すでに認識されてきたものである。これに加え、近年では、携帯電話契約やフィットネスジムの会員契約といった例が挙げられるように、継続的債務関係の増加と多様化、消費者の生活における重要性の高まりといった事情が改正の背景にあることが窺える。参事官草案や政府草案でも指摘されていたように、従来では期間の定めのない契約が通常であった分野において、有期契約とその後の黙示更新という契約のあり方が一般化し、特に、黙示の更新によって消費者に生じる不利益が問題となっている状況がみられた。

2. 契約の存続期間条項等の見直し

BGB309条9号の改正をめぐっては、この問題に対し、複数の対応のあり方が示されたことが注目される。まず、契約の存続期間の上限については、2年という期間が維持されることになったが、そこでは、期間の上限を短縮することによる価格への跳ね返りのほか、最初の契約期間に関する透明性が確保されていれば、消費者の正当な期待を必ずしも損なうものではないことなどが指摘されていた。これに対し、ドイツ連邦消費者センターは、消費者保護において最長期間を1年とすることの必要性を改正法

の施行後も引き続き指摘している⁸⁴。なお、ドイツの改正議論では、長期契約に加えて、短期契約のプランを提案する義務を事業者に課すとする提案が、BGBとTKGのいずれもにおいて示されていた。もっとも、上でみたように、価格設定の自由への介入に対する懸念だけでなく、価格差の限度を法律上で規制することや、その場合に比較される給付の範囲（付随的な特典、景品などの取り扱い）をどのように画するかなどの問題があり、さらには、消費者の意思決定の自由の確保というBGB309条9号の本来の目的に照らしても、複雑な選択肢を消費者に与えるという政府草案の方針には課題が多かったものと思われる。他方、TKGには、内容に関しての条件を定めず、契約期間を1年とするプランを提供する義務を課すという定めが置かれていることから、そこでの実効性の有無は、規定のあり方を検討するうえで参考になりうる。

次に、黙示の契約更新条項に関しては、BGB309条9号は、黙示の更新後の契約を常に期間の定めのない契約とし、1か月の解約告知期間でいつでも解約告知できるとすることで、踏み込んだ形で消費者保護を強化しているが、黙示更新自体は今後も可能であることから、継続的債務関係における当事者の多様な利益に配慮したものといえる。なお、政府草案は、黙示の更新に関する通知義務を事業者に課すことを提案しており、このような方向性は、EU指令に由来するTKG56条3項2文と共通する。BGB309条9号は、最終的に、このような通知義務に関する定めを置かなかったが、TKG56条が示しているように、解約告知に関する通知義務の規定は、黙示の更新後の契約を期間の定めのないものとする場合であっても、併存しうる。改正前の学説において、その意義を指摘する見解もみられることか

84 Gesetz für fairere Verträge: mehr Schutz bei Kosten und Laufzeiten, 22.10.2024(<https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/vertraege-reklamati-on/kundenrechte/gesetz-fuer-fairere-vertraege-mehr-schutz-bei-kosten-und-laufzeiten-55274>)

ら⁸⁵、この点についても改正後の規定のもとでの必要性を確認する必要があるだろう。

なお、解約告知の方法を容易にするというBGB312k条のアプローチは、BGB309条9号のもとで議論されてきた、いつから解約告知が可能か、また、いつまでに解約告知しなければならないか、という問題とは異なるが、BGB309条9号の改正が目指す消費者保護の実効性を確保するうえで、重要な役割を担っているものといえる。

3. 残された問題

BGB309条9号の改正議論では、特にトラブルとなることが多い契約類型への適用範囲の拡大や、Schmidt-Kesselが主張したように、継続的債務関係の一般規定の必要性も指摘されていた。連邦議会は、これらの問題を認めながらも、改正法では取り上げられなかった。そこには、約款規制法の制定時と同じく、継続的債務関係の多様性という困難な問題があり、また、長期契約における消費者保護が必要な契約類型としてしばしば取り上げられる、一定の契約について言及することについても、個々の事案において境界づけが困難な場合が生じる可能性への懸念があったものと思われる⁸⁶。なお、別の法律における対応として、携帯電話契約は、TKGの適用によるところが大きいことも留意する必要がある。

Schmidt-Kesselが指摘するように、近年では、利用型の継続的債務関係が多様に展開されているが、今回の改正では直接的な対応はなされなかった。したがって、契約の存続期間や黙示の更新条項等をめぐっては、改正後もBGB307条の適用によるところが大きいといえるが、その場合にも、BGB309条9号のもとでの評価が考慮されうることから、今回の改正が、それらの判断に影響する可能性は考えられる。

⁸⁵ Wais, NJW 2018, 1777 (1778).

⁸⁶ Vgl. Buchmann/Panfili, Das neue Schuldrecht, 2022, § 7 Rn. 16.

V むすびに代えて

継続的契約における長期の契約への拘束という問題は、はじめに述べたように、日本においても共通の課題である。本稿は、BGB309条9号の見直しをめぐる議論を中心に確認したものにとどまり、また、日本の消費者契約法における不当条項規制との関係においてドイツ法を参考とする際にも、不当条項規制の一般規定であるBGB307条の適用状況を併せて確認する必要がある。もっとも、ドイツにおける改正議論から、長期の契約への拘束という問題への対応について、複数のアプローチのあり方と、そこで考慮されていた要素を参照することは可能であろう。改正議論の整理において述べたように、長期の契約への拘束に関しては、黙示の更新条項が問題であるとの認識があり、それに対し、今回の改正で、黙示の更新を原則として禁止し、更新される場合にはいつでも解約告知ができるとしたことは、消費者保護の進展において重要な意義があるものと思われる。ここで、取引の実態や更新に対する消費者の利益を鑑みて、黙示の更新条項自体を排除しなかったことも注目される。さらに、電子商取引にのみ関わる規制ではあるが、更新の前後を通じた解約告知について、解約告知ボタンを導入することにより、解約告知権の容易な行使方法を確保するという手当を行ったことも興味深い。

他方で、BGB309条9号の適用範囲や継続的債務関係の一般規定をめぐる議論では、多様な契約関係に対する一律的な規定を設けることの難しさがみてとれた。周知のように、日本においても、債権法改正の際に、継続的契約についての一般的な規律を設けることが検討されたが、実現に至らなかった。そこでも、継続的契約の多様性を理由に、一般的規律を設けることの難しさが指摘されていた⁸⁷。本稿は、消費者問題への対応の必要性

87 改正議論の経緯について、中田裕康『継続的契約の規範』（有斐閣、2022年）10頁以下（初出・安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅱ』

という観点からドイツ法の議論を確認してきたが、契約の存続期間をめぐる問題では、対象を消費者契約に限定する場合であっても、民法上の個別の契約類型についての規定との関係も考慮したうえで、継続的契約の一般規定の必要性を含め、規制のあり方を検討していくことが重要であろう。

* 本稿は、JSPS科研費21KK0018、24K00210の助成を受けたものである。

ㄨ 債権総論・契約（1）』（商事法務、2018年）478頁以下）、佐藤史帆「ドイツにおける継続的契約の解消法理の展開（一）」法学論叢189巻6号（2021年）86頁以下など参照。

詐欺の共謀共同正犯の成否が問われた事案

金 尚 均*

I 詐欺の共謀について

1 本件被告人は、主たる取引形態として、分離前相被告人であるF及びMSらを通じて、顧客と被告人の各々の土地の交換型売買契約、単独の売りそして単独の買い等をして、業として利益を得ることと認識している。被告人の認識している土地交換売買契約は、顧客の土地を買う条件として売り手である被告人の自社所有の土地を買い手が購入するというものである。このような土地交換売買契約の場合、例えば、契約締結後、買い手が購入予定の土地の実勢価格を知るに及んで意思表示を撤回することもあり得る。その場合には、クーリングオフの対象となり得る¹。但し、土地の売買においては、価格交渉が行われることが一般的であり、特殊な条件がある場合には、個別の契約書が作成されることがある。被告人の認識として、顧客に対して一方的に土地売買の話を持ちかけているのではなく、あくまで条件付きで土地売買の話を持ちかけており、はなから「土地を買う」旨の騙す目的で、買い手を錯誤に陥れて財物を交付させるのではない。あくまで「あなたの土地を売ってほしいのです」が、その条件として「自社の土地を買ってください」と申し向けているというのが被告人の認識で

* きむさんぎゅん 龍谷大学法学部教授

1 東京高判平元年3月14日判例タイムズ700号266頁。

ある。これに対して、被害に遭った顧客らは、分離前相被告人であるF及びMSらによって、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で費用を請求され、金員を取られるものの、いずれこれらのお金は返還を受けると認識していた。その際、被告人は、分離前相被告人であるF及びMSらからの報告を受け、自ら、土地売買契約書の作成並びに新たな土地売買契約書の作成をしていた。

本件の顧客としては、買い手がつかないまま所有している原野の処分を、言わば買い叩かれるのではなく、実勢価格よりも遙かに上回る価格で売却できるとのことで、分離前相被告人であるF及びMSらの商談に耳を傾けた。顧客は、自己を売主、被告人の会社を買主として、自分の土地を買ってくれるものだと認識していたが、被告人は、売りと買いの二組の土地交換売買契約を結んでいると認識しており、それぞれの認識に齟齬がある。実際に顧客から契約を獲得していた営業担当者である分離前相被告人であるF及びMSらは、顧客に対して、顧客所有の土地を売却するために様々な費用を支払うとの認識を持たせているものの、被告人と分離前相被告人であるF及びMSらとの間では、顧客と土地交換型売買契約を結ぶことに共通の目的があった。本件での問題は、その手法として、被告人と分離前相被告人であるF及びMSらの両者は、保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等、架空の名目で顧客を欺罔して金員を交付させ、新たな契約を締結することを繰り返すことも、黙示的であれ、合意していたのであろうか、ということである。それとも被告人は、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等による顧客の欺罔による金員の交付の事実を全く知らなかったのであろうか。つまり、被告人は、土地交換売買契約だけでなく、これを超えて、分離前相被告人であるF及びMSらと間で、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等での取引について共謀し、故意で詐欺取引を行っていたのであろうか。

まとめると、本件の問題は、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対
(龍法 '25) 58-1, 282 (282)

策名目等による顧客に対する欺罔に基づく金員の交付について、被告人に詐欺の共謀と故意があったのかということである。

2 被告人は土地交換型売買契約を取引モデルとしている訳であるから、本件において被告人と分離前相被告人であるF及びMSらとの間に包括的な共謀があったというためには、被告人と分離前相被告人であるF及びMSらとの間で当初より（被告人が以前経営していたMリゾート社の頃より）、土地交換売買契約に基づく取引を違法な手口を用いて行なうことを合意したことが必要である。原審は、そのために詐欺に該当する取引部分（架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）と因果連関のあるそもそもの土地交換型売買契約自体が違法であるとして、ここにまで遡って、当初より一貫した詐欺目的に基づいて一連の取引行為が行われていたと解釈している²。

共謀とは、犯罪の共同遂行の合意である³。これを前提とする共謀共同正犯論とは、客観的な実行行為は分担しないが、共謀に加わった者を共同正犯とする理論である。判例は、日本の伝統的な共犯・正犯概念を土台に⁴、犯罪を計画したり謀議に参加するなどして犯罪遂行の重要な役割を果たしたが、実行行為を分担しなかった者を、形式的に教唆犯とするのではなく、黒幕として規範的に評価して共同正犯に包摂した。

その場合にも、共謀共同正犯が成立するためには、あくまでも、「実行した」と同視しうるだけの共謀「関係」が認定されなければならない。ここにおいて「共同実行性」が認められるだけの重要な役割を果たしたか否かが重要となる。重要な役割とは、謀議の際の発言内容、その後の行為な

2 京都地判令5年5月31日公刊物未登載。なお、脱稿後に控訴審判決が下された。大阪高判令7年2月28日公刊物未登載。

3 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（2009年）56頁。裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案〔4訂版〕』（2016年）352頁以下。

4 前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』（2019年）325頁参照。

どを総合して判断される。全く実行を分担しない以上、単なる意思の連絡又は共同犯行の認識の存在だけでは足りず、共同して犯罪を行う意思を形成するだけの共謀が主観面および客観面の両面において認定されなければならない。ここでは、実行行為に加担しなくても、一緒に犯罪を行うことを相談しただけの者、つまり、自己の犯罪として謀議に参加した者も刑法第60条という共同正犯と解釈することが可能なのか否かが問われる。具体的には、共同の謀議の内容と、他の共犯者の中での自己の地位や役割が決定的に問題となる。とりわけ本件では包括的共謀があったとされているが、包括的共謀とは、一般には、関与者間で犯行内容が具体的に特定されず、包括的な合意が形成される形でなされる共謀のことをいう⁵。一般に「共謀」と「それに基づく実行」が必要であると解されているところ、実務上は、「共謀」と不可分一体の要件として、単なる意思の連絡に加えて、自己の犯罪を行う意思（正犯意思）を要すると考えられている。包括的共謀について当てはめると、行為の本質的部分について意思の連絡があること、かつ、個々の犯行に関する謀議がなくても、各関与者が他の関与者と協力して自分たちの犯罪を反復して遂行しようという共同実行の意思（＝正犯意思）が認められることが、包括的共謀を認めるためには必要であると解される⁶

共謀共同正犯は、共謀者中のある者が共同目的実現のために犯罪の実行に出た場合、相談・打ち合わせである共謀に参加した全員が共同正犯としての責任を負うことをいう。練馬事件判決では、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行

5 樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（2019年）135頁以下参照。

6 十河太朗「包括的共謀の意義と包括的共謀の射程」同志社法学72巻7号（2021年）384頁以下。

した事実が認められなければならない」とされ、そこでの「『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないこというまでもない。しかし「『共謀』の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。⁷⁾」と判示した。

3 確かに、分離前相被告人であるF及びMSらは、客観的には土地交換型売買契約を締結することをきっかけとして、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等、詐欺に該当する取引を行っていた。最初の土地売買契約書も新たな土地売買契約書を作成するのも被告人であったことから、被告人の土地売買契約書作成と分離前相被告人であるF及びMSらの詐欺行為との間に客観的な因果連関を認めることができる。分離前相被告人であるF及びMSらの上記名目での取引をきっかけとして、分離前相被告人であるF及びMSらは特定の顧客を食い物にしていたのであり、その意味で両者の行為は密接な連関を有している。しかし、客観的な因果的連関だけで取引全体に係る詐欺の共謀があるとまで言えるであろうか。つまり、客観的な因果連関を有するとの理由だけで、詐欺に該当する架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等での詐欺取引により、被告人が新たな土地売買契約書が作成・交付することをもって、言わば被告人が当初より詐欺取引を計画し、共謀して、自己の犯罪として包括的に被告人の正犯性を肯定することが出来るのであろうか。

7 最判昭33年5月28日判例時報150号6頁。

たとえ因果的連関があったとしても、共犯者相互に物理的・心理的影響を互いに強く与え合いながら彼らの行動が一体であったことが証明されなければならない。客観的因果連関だけを理由に共同正犯を規範的に基礎づけることはできない。なぜなら、客観的な因果連関の存在と共謀の存在とは別問題だからである。「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」との上記練馬事件判決判示部分は、単なる意思連絡又は共同犯行の認識といわれるものとは異にする。謀議又は通謀が共同正犯者相互間に成立したことを要する⁸。たとえ、これらがなかったとしても、各関与者の意思が合致していれば足り、それ以上の何も要求されないと考えるべきではなく、連絡の形式は問わないし暗黙のもので足りるが、各関与者の内心における意思の合致にとどまるものでない外部的な意思の連絡がなければ、共同正犯における心理的因果性は生じない⁹。単なる片面的ないし偶然の意思の合致ではない。

被告人は、実質的経営者として、分離前相被告人であるF及びMSらの土地交換型売買契約について契約書作成によって物理的に共働していたわけで、分離前相被告人であるF及びMS等は、土地交換や売却仲介を名目にして詐欺に該当する取引（架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）を行っており、その意味で因果連関があると言えるが、いわゆる詐欺に該当する取引部分（保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）について被告人との関係では心理的な因果連関があるとは言えない。そもそも被告人において分離前相被告人であるF及びMSらと詐欺に該当する取引

8 亀井源太郎「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」慶應法学31号（2015年）167頁。

9 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法學研究：法律・政治・社会84巻9号（2011年）115頁以下。

（架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）を共にする認識はあったのであろうか。その上、本件詐欺に該当する取引（架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）をするための意思疎通はあったのであろうか。なぜなら、詐欺に該当する取引部分については、土地交換型売買契約に関して被告人が持っていた認識の射程に含まれていないからである。被告人の目的とその認識は、あくまで顧客との間で土地交換型売買契約をすることにある。つまり、顧客の土地を被告人所有の会社が買い取る第一契約書と、被告人所有の会社の土地を同顧客に売る第二契約書によって、「買い」と「売り」が行われていたということが、被告人が認識していた取引方法である。

そもそも本件取引の構造は、分離前相被告人であるF及びMSらの一連の行為を見ると、クリーンゾーンとブラックゾーンに区分することができる。土地の交換や売却仲介であれ、これらを理由に、顧客を売主、被告人の会社を買主とする土地取引契約を締結すること自体は違法ではない。これに関連して詐欺に該当する取引（架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）が行われた。殊に特定の相手に対して一連の取引行為が行われていることから、確かに前者と後者との間には因果連関があるといえるが、被告人の分離前相被告人であるF及びMSらとの共同作業による取引に関する認識の射程はあくまで土地交換売買契約を締結することまでであり、詐欺に該当する取引部分（架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）は想定範囲外であることから、分離前相被告人であるF及びMSらによって行われていた詐欺部分について被告人の認識が及んでいない。これを裏付ける被告人と分離前相被告人であるF及びMSらとの関係として、被告人が、分離前相被告人であるF及びMS等の分離前相被告人であるF及びMSらが会社のために詐欺に該当する取引行為（架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目）をしていると確定的に認識できる関係にはないことがあげられる。被告人は、分離前相被告人であるF及びMS

らによる架空の名目での違法な取引等を何ら認識しておらず、被告人が分離前相被告人であるF及びMSらに対し、事前に架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引をすすんで指示したことはない。逆に、分離前相被告人であるF及びMSらは、これらの事実を被告人に伝えておらず、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等の違法取引行為について明確に述べたことはない。そのため、被告人との間に少なくとも明示の共謀が存していたとはいえない。この点で、その構成員全員がその違法性を十分認識しながら詐欺取引をするという典型的な会社ぐるみの詐欺事件と本件では、その様相を異にしている¹⁰。たとえ架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等による詐欺取引行為が行われていることの未必的な認識があったとしても、それだけでは、被告人がこれらの違法取引に関わったと言えるだけの共謀があったとは認められない¹¹。なぜなら、共謀共同正犯における共謀は、契約に類似する義務、すなわち拘束力を伴うものであって、共謀共同正犯が相互に負う義務の内容とは、一定の無価値な結果の実現を志向する直接行為の遂行であり、「一定の時点における具体的状況の下で遂行された行為から生じるであろう具体的結果」という程度に具体化されている必要があるからである¹²。また本件は、犯罪の実行のみを協議し、実行に関する具体的内容の決定は各実行者の便宜に委ねるという事案ではない¹³。被告人と分離前相被告人であるF及びMSらとの間で、抽象的でないし包括的にであれ、詐欺という犯罪の実行の協議をしたことはない。架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目等による詐欺行為について、被告人は、分離前相被告人であるF及びM

10 大阪地判平15年10月29日判例タイムズ1146号302頁。

11 東京地判令3年12月7日判例時報2542号88頁。

12 小島秀夫「共謀概念の比較法的考察」明治学院法学研究114号（2023年）48頁。

13 品田智史「「特殊詐欺事案における包括的共謀、及び、組織的詐欺について」法律時報92巻12号（2020年）23頁。樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定」法律時報91巻11号（2019年）61頁以下。

Sらからその事実並び取引手法について教えてもらえなかったのであるから、いわば社員である分離前相被告人であるF及びMSらの中での共謀があったに過ぎず、被告人には関係が無い。逆に被告人は、分離前相被告人であるF及びMSらから違法取引について知らされないことで、騙されていたとも言える。

4 被告人は、暴力団の親分子分のような強固結びつきをもった上下関係の中で分離前相被告人であるF及びMSらの行動を、概括的であれ、確定的に認識できる関係にあったわけではない。むしろ土地取引を事業内容として、その契約獲得による分け前の分配をするという、言わばドライな水平的な関係であった。被告人が会社運営をして諸々の手続を処理し、分離前相被告人であるF及びMSらは営業行為に専念する関係にあった。また、給与制ではなく、契約獲得に基づく分配制であった。分離前相被告人であるF及びMSらは自分たちのやる気と器量で契約を獲得することで分け前を受けることができていた。分離前相被告人であるF及びMSらにとって契約を締結するために独自のノウハウが必要になる。顧客に購入意欲を抱かせるための取引トークはその最たるものの一つである。その手法は、当然、営業秘密である。なぜなら、他の者に真似されては自分の契約獲得数が減るからである。つまり商売道具なのである。その証拠に、分離前相被告人であるF及びMS等は、被告人に対して、たとえ実質的経営者であるといえども、未来永劫、身分が保障され、被告人の下で働くことが決まっているわけでもない分離前相被告人であるF及びMSらとその取引の手口などを話すことはなかったわけである。共犯者間での包括的共謀が認められるためには、行為の手段や方法、被害者などを特定しないものの、当初より犯行の内容について包括的な合意が形成され、これに基づき、結果を発生させる直接行為が行われたと言える場合である。本件被告人は、原野商法を展開し、分離前相被告人であるF及びMSらと包括的に顧客との契

約を取り付けることを計画したのであり、顧客との取引の経過やその手法全体に及んで詳細に指示を与えていたわけではなかった。その意味の限りで包括的な取り決めをしていたにすぎない。被告人と分離前相被告人であるF及びMSらとの間での取り決めの範囲とは、土地交換売買契約についてである。分離前相被告人であるF及びMSらが土地の交換売買契約を奇貨として、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で詐欺取引を行っていた状況について、両取引の一体性・一連性だけを理由に無造作に被告人の正犯としての帰責の根拠として位置づけてしまうと、被告人個人の果たした役割とその影響の度合い、つまり寄与度を明確にしたうえで犯罪成否の判断及び量刑判断の基礎にするという共犯論の任務を最初から放棄し、連座・縁座と変わらない思考法に墮するおそれがある¹⁴。

被告人と分離前相被告人であるF及びMSらは、あくまで交換型土地売買取引に関する包括的な取り決めをしていたのであって、それ以上の取り決めはない。これに対して、原判決は、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で詐欺取引行為に関する共謀を証明したといえるだろうか。原審は、被告人が分離前相被告人であるF及びMSらの架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で詐欺取引を認識しつつ、黙認あるいは同調し、継続的な犯行について関与者間に黙示的な合意が成立していたことを明らかにしたであろうか。黙示の共謀は、成立過程において、明示的な意思連絡を必ずしも伴わず、時間とともに形成されるが、本件において被告人が違法な詐欺取引の事実を知るのは、あくまで分離前相被告人であるFからテレビ報道に関する報告を受けてからである。そうすると、原審は、安易に、被告人の取り分と実質的経営者という客観的な事情に引きずられて共謀の存在を認定したのではなかろうか。

原審は、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での詐欺取引

14 照沼亮介「近年の共同正犯論とその問題点」佐伯仁志＝高橋則夫＝只木誠＝松宮孝明編『刑事法の理論と実務②』（2020年）114頁。

による金員の交付に関する共謀関係の認定が困難であることから、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引と因果連関のある、そもそもの土地交換型売買契約、契約書の作成また被告の実質的経営者としての地位を理由に共謀関係を認めるという、共謀の射程を拡張するという無理な解釈をしたのであり、よって、共謀の有無について改めて検討し、判断する必要がある。

Ⅱ 詐欺の故意について

1 故意とは、犯罪事実の認識及び認容である。特に、共同正犯における故意は、共謀を含む共同正犯の成立要件に該当する事実の認識・認容のことである。

原審によれば、被告人は、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引について認識していたことから、当初より、つまり土地交換売買契約時より詐欺をする故意があったと認定している。

本件取引における問題の1つは、一端契約を締結し、その後、様々な理由をつけて当該契約を解消して、すぐに新たな契約を締結するという取引手法が通常あり得ないとの疑念である。確かにそうであったとしても、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引行為は、土地の交換型売買契約である本件原野商法とは本質的に関係がなく、しかも被告人にとっては全く想定外の出来事である。これとは逆に、一連の詐欺行為は、分離前相被告人であるF及びMSらにとって土地交換売買契約を奇貨として行われたことである。被告人と他の分離前相被告人であるF及びMSとは、いわゆる原野商法を共同して行っていたが、それは、あくまで土地交換型売買契約のことをさす。これに対して、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引行為は、言わばそれ以外の部分であり、かつ詐欺行為である。実体のない土地売却登録費、測量費、税金対策費、隣地

購入費用名目、広告宣伝費名目、税金対策費用名目、例えば「土地売買の経費として・・万円かかったことにすれば節税になるので、そのお金を一旦現金で支払って下さい」との説明をして金員を交付させた。しかし、これら実体のない架空の理由に基づく金員の交付について、本来被告人の知るところではない。しかも、被告人が、その取引手法について分離前相被告人であるMS等に質問したところ、手段や方法を教えてくれなかったわけであるから、実態のない保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引を行うことに関する情報は、被告人には与えられていなかったといえる。被告人は単に知らなかったのである。原審は、被告人のこれら違法取引に係る不認識を埋めるために、被告人が架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引部分をも認識・認容していたことを説明するために、分離前相被告人であるF及びMSらが実行した土地交換型売買契約をはじめとする全ての土地取引につき不動産取引費用等の名目で現金をだまし取ろうと考えていたと包括的な認定をし、被告人の認識していた取引モデルである原野商法取引をも詐欺違法であるとして詐欺の故意を認定したと言わざるを得ない。そのように解釈することで、原野商法そのものと架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引を一連の詐欺取引と評価し、両者の一連の行為に関する詐欺の故意を認めた。

2 本来、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法な詐欺取引は、被告人の想定していた原野商法部分本体と直接的に関係はないが、一つの土地に係る取引の中で行われていたことから、顧客を買主とする売買契約締結と因果的連関はある。このことから、本来の原野商法に遡及させて詐欺を認定することになった。しかし、原判決は「被告人が、自らが実質的に経営する本件各法人が行う土地の交換型取引において、自ら、客に交付する『土地売買契約書』と題する書面の作成をしており、分離前相被告人であるFから営業担当者によって上記のような『増し』と呼ばれ

る取引が多数行われていたことを認識していたという事実は、被告人が、『増し』はもとより、その余の取引についても、分離前相被告人であるFら営業担当者が、客に対して、少なくとも、土地の取引に関する欺罔文言を告げて客から現金の交付を受けているかもしれないとの認識・認容があったことを強く推認させる事情である。」との判示部分において、被告人の契約書の作成を根拠にして「増し」の認識を推認し、しかもそこから、その余の取引における詐欺行為に関する認識まで推認している。これは推認を重ねた解釈であり、論理的飛躍がある。しかし、そのような論理に基づく認定は、いわば一蓮托生的に一連の取引を理解し、そもそも被告人の取引全体が詐欺であると決めつけており、あまりに包括的に故意を解釈している。

例えば、特殊詐欺の事案において詐欺の故意と包括的共謀が認められる場合に共謀共同正犯が認められる。特殊詐欺事案では、当初から元締め、掛け子、受け子そして出し子という役割分担があり、首謀者が各人を知らなくても、詐欺を目的とした組織の活動として一連の詐欺行為が行われていることを認識・認容している。その意味において首謀者には当初より詐欺の故意があり、組織における詐欺行為の実行の上で重要な役割を果たしていると理解することができる。これに対して、本件では、被告人の故意は、本件架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引による詐欺にまで及んでいない。被告人は、実質的経営者として、部下と共に一連の取引を行っており、その際、何を包括的に同意していたのかというと、原野商法を展開して、2組の土地売買契約書を作成し、金員の交付を受けることであった¹⁵。しかし、本件被告人は、本件架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引については知らされておらず、

15 確認であるが、Aさんの土地を被告人所有の会社が買い取る第一契約書と、被告人所有の会社の土地をAに売る第二契約書によって、「買い」と「売り」が行われていたということが、被告人が認識していた取引方法である。

また教えてもらえず、それゆえ詐欺行為を黙認していたわけではない¹⁶。それゆえ、分離前相被告人であるF及びMSらの架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法な取引は、土地売買取引手法に係る被告人の認識外の出来事であり、被告人は故意で重要な役割を果たしたわけではない¹⁷。確かに、実質的経営者である本件被告人には、部下の取引手法、ここでは架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引に関する過失による管理義務の懈怠という意味で過失責任があるといえるが、土地取引の一環として上記の架空の名目での金員の交付を受けることをも包括的に業務に含んでいたわけではないことから、詐欺の故意があったということはできない。例えば、スワット事件判決では、「警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた¹⁸」として共謀と故意を認定したが、本件では、被告人は、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引の現場に同伴していたわけではなく、また、被告人の意を汲んで分離前相被告人であるF及びMSらが架空の名目で取引行為を行ったわけでもなく¹⁹、被告人の意向を反映していない²⁰。被告人がそのことを当然に認容する関係にならない。それゆえ、被告人は、分離前相被告人であるF及びMSらが架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引をすることを当然のことと認識・認容していたといえない。もとより分離前相被告人であるF及びMS等は、被告人に取引方法を話さなかったのであり、実質的経営者である被告人の取引方針と手法に沿ってのみ行動していたわけではないのであ

16 千葉地判令和元年6月26日LLI/DB L07450748。

17 大阪地判平20年4月17日LEX/DB【文献番号】28145309。

18 最決平15年5月1日判例時報1832号174頁。

19 福岡高判令3年12月3日LEX/DB【文献番号】25591430。

20 福岡地裁小倉支部判令3年11月5日裁判所ウェブサイト。

るから、それゆえ、被告人が、分離前相被告人であるF及びMS等のした一連の取引を、包括的又は当然のこととして受け入れて認容していたなどとは言うことはできない。

3 会社組織の活動の一環として架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引行為がおこなわれているとしたならば、経営者が言わずとも社員が器量にしたがって一定の行動をすることが「当然」である関係が確立していれば、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での取引の実行行為を導いたとされる経営者の存在そのものから「重要な役割」と、経営者と実行行為者との意思疎通行為があると認められる可能性を否定できない。しかし本件では、分離前相被告人であるF及びMSらは、会社の利益のためとはいえ、取引手法も明かすこともなく、架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目で取引が行われ続けた。そのような取引手法についてコンプライアンスの見地から経営者には法令遵守義務の懈怠はあきらかであるが、詐欺の故意はない。実質的経営者である被告人は、明らかに違法性を有する取引について、社員としての分離前相被告人であるF及びMSらと取引内容やその手法の確認など、詳細な取り決めと確認をすべきところ、むしろ本件ではこれらをしていなかったことに問題がある。

4 以上により、被告人には、分離前相被告人であるF及びMSらによる詐欺につき、分離前相被告人であるF及びMSらとの共謀はなく、また、そもそも分離前相被告人であるF及びMSらによる詐欺取引に関する故意もない。

はたまた、上記において縷々説明した被告人と分離前相被告人であるF及びMSらとの関係からすると、本件架空の保証金名目、税金対策名目、隣地対策名目での違法取引とこれに基づく被告人による新たな土地売買契

約書作成は、分離前相被告人であるF及びMSらが事情を知らなかった被告人を利用して行われた詐欺といえる。その意味で、せいぜいのところ、被告人は、過失によって詐欺を幫助した者である。

ひとつの鑑定を用いながら、
地裁と高裁とで判断が異なった事例の検討
福岡高判平成22・11・26判時2110号73頁、判タ1371号231頁⁽¹⁾

柳ヶ瀬 幸紀*

- I、事案の概要
- II、争点と両当事者の主張
- III、判断
 - 1、原審
 - 2、控訴審
- IV、検討
 - 1、本判決の位置付け
 - 2、検討の方向性
 - 3、両判決の判断構造と内容
 - (1) 原審の判断の検討と鑑定結果
 - (2) 控訴審の判断の検討
 - 4、本件鑑定結果の判決上の扱い
- V、まとめに代えて

* やながせゆきのり 本学法学研究科 博士後期課程

(1) 同判例時報および同判例タイムズの匿名解説のほか、本事案の評釈として、平野哲郎「判批」判時2136号182頁、原彰一「非専門医による鑑別診断の過誤が争われ、注意義務違反が肯定された事案及び否定された事案」現代民事判例研究会編『民事判例VI2012年後期』156頁（日本評論社、2013）がある。平野判批は、本事案の医学的事項を詳しく取り上げ、医療水準論の観点からいかなる認定がなされるべきであったかについて論じる（なお、同『医師民事責任の構造と立証責任』77頁以下（日本評論社、2012）において加筆がなされている。）。原判批は、当該疾患を専門としない医師が鑑別するに際し、鑑別のための知識・技量が研鑽義務の対象であるか否かについて、複数の裁判例を比較検討するなかで本事案について論じる。

I、事案の概要

平成17年（2005年）11月18日、亡Bは、勤務中に胸痛を訴えて早退し17時50分頃に被告病院（Y）を徒歩で受診した。Yにおいて同日の当直医であったAは、心電図検査等を実施したうえでBの胸痛の原因は逆流性食道炎であると診断し帰宅させた。しかしながら、BがYを出て約10分後にBが道路に倒れている旨の通報があり、訴外病院に救急搬送されたところ心筋梗塞と診断され治療を受けたが奏功せず死亡に至った。これに対してB相続人Xらは、A医師が急性心筋梗塞を疑わなかったばかりか心電図所見の評価を誤り、また、院内の循環器専門医にコンサルト⁽²⁾を怠った等の過失を主張して損害賠償を求めた。

II、争点と両当事者の主張

本事案の争点は、①受診時の胸痛の原因、②循環器専門医にコンサルトし、または循環器疾患に対応可能な病院に転送する（以下、コンサルト等）義務があったか、③救命可能性（因果関係）、の3点である。本稿では、このうち主たる争点である争点②についてを中心に論ずる。

各争点について、原告は、首から胸にかけての胸痛が約3時間持続したにもかかわらずAは急性心筋梗塞を疑わなかったばかりか、心電図所見の評価を誤ったためにBが急性心筋梗塞を発症していることを看過し、よってコンサルト等の措置を講ずべき義務を怠ったと主張した。これに対して被告は、胸痛は非典型所見であって、3時間持続したというだけでは急性

(2) consultより。略してコンサルといわれることが多い。明確な定義はないが、多くの場合、本事案においても、院内の他診療科の医師に対して、自身が担当する患者が有する（と思われる）症状や疾患について、意見や診察、治療を求めることをいう。なお、〈IV 2、検討の方向性〉も参照。

心筋梗塞を含めた急性冠症候群のみを疑って対処すべきではなく、また、心電図所見も自動解析プログラムにより正常範囲と判定される程度であり、A自身が消化器内科を専門とする医師であったため異常の診断をできず、コンサルト等をしなかったとしても過失とはいえない旨主張した。

Ⅲ、判断

原審⁽³⁾は、Xらの各約2771万円の請求に対し、各約2560万円を認める一部認容判決をした。これに対してY側が控訴したところ、控訴審は原判決を取り消しXの請求を全部棄却する判決をした。以下、引用箇所において、……は省略を、()内は引用中での括弧書きを、[]内は筆者による説明等のための加筆および修正部分を、それぞれ表すほか、当事者の表記は〈I、事案の概要〉での表記に合わせた。また、下線はすべて筆者による。

1、原審

争点①について

「Bの本件病院における心電図検査の所見は、Ⅱ・Ⅲ・aVF誘導で約0.1mVのST上昇、Ⅰ・aVL誘導で0.1mVのST低下等が認められ、右冠動脈閉塞による急性心筋梗塞症の心電図所見と一致するが、ST上昇レベルが軽度であり、右冠動脈近位部の閉塞というよりは、右冠動脈末梢部の閉塞や近位部の血栓閉塞部が自己融解で再開通した（この結果、胸痛の軽減又は一時消失と心電図異常の軽減とが生じたと推測される。）かあるいは左冠動脈からの側副血行路が発達し軽度の心筋虚血を示しているともいえ、Bのその後の転機「ママ」や0.1mVのST上昇を伴う心電図異常に照らす

(3) 大分地中津支判平成21・10・30判時2110号78頁

と、[当日] 午後3時から持続するのどから胸にかけての痛みは、急性心筋梗塞症に関連する症状、いわゆる急性冠症候群の症状（不安定狭心症又は急性心筋梗塞の胸痛）と推測される。」

争点②について

「Bは、来院時には胸痛があり、その後の診察時には胸痛がなかったとしても、ST上昇を伴う心電図異常が認められ、約3時間は持続した胸痛の既往があるのであるから、急性冠症候群を疑い、心電図の経時的記録、血液生化学検査の実施や循環器専門医への相談（コンサルト）が必要であったと考えられる。循環器専門医であれば、30分以上持続した胸痛や心電図変化から急性冠症候群を疑い、各種検査を行って急性冠症候群と診断することができたと考えられる。診察時に胸痛がなく、心電図異常はないと判断した場合でも、約3時間は持続した胸痛があるから急性冠症候群を完全には否定することができず、血液生化学検査や心臓超音波検査を行うべきであり、Y病院で実施できないのであれば循環器専門施設に紹介すべきであった。心筋梗塞患者の治療経験のない消化器専門医であるA医師は、少なくとも本件病院に勤務している循環器専門医にコンサルトし、その指示を仰ぐ慎重さが必要であったと思われる。

心電図上のST上昇に気がついていれば、胸痛の持続と考え合わせて右冠動脈の完全閉塞（STレベルからは右冠動脈の遠位部閉塞）を予測することができたと考えられる。」

「ところが、前示のとおり、A医師は、診察の時点で胸痛症状が消失、軽減していることを重視し、心電図の自動解析結果が異常なしであったことなどから心電図の異常所見を見落とし、安易に急性冠症候群の可能性を除外する診断をしており、急性冠症候群の発症を疑ってBを適時に医師会病院に転送して適切な検査、治療を受けさせるべき義務を怠り、漫然と帰宅させた過失があるというべきである。」

2、控訴審

争点①について

「Bにつき、本件病院における心電図検査の所見が軽度のST上昇を伴う心電図異常を呈していること、本件病院を受診した後の転機〔ママ〕、医師会病院における緊急冠動脈造影所見において、右冠動脈近位部の閉塞が認められ、左冠動脈からの側副血行路の発達はなく、再灌流後には右冠動脈末梢部の閉塞の所見はないことなどに照らし、同人にみられた〔当日〕午後3時から持続したのどから胸にかけての痛みは、急性冠症候群の症状（不安定狭心症）と推認される。」

争点②について

「Bが本件医師に対して訴えたのは、〔当日〕午後3時ころから来院時（午後5時50分ころ）まで継続するのどから胸にかけての痛みであり、その性状は、黄水が上がってくるような、何となく胸部に不快感のあるものであり、痛みの発現は、昼食後、寝ていたら、同僚に起こされたときにドキッと、その後痛みが出たというものであった。さらに、Bは、A医師の『胸は今痛みますか。』との質問に対し、『特に今は感じない。気のせいかもしれない。』などと回答した。問診の間、Bの意識は清明であり、通常の受け答えが可能で、表情や素振りからも痛みの存在を感じさせる徴候は見当たらなかった。

Bにつき、一人で歩いて来院したこと、〔直上段落〕のとおり胸痛についての説明、診察の際の受け答えを含め受診前後の言動は通常人と変わるところがなかったこと、診療録上も強度の痛みがあった趣旨の記載はないことからすると、Bの胸痛は、3時間近く持続したものではあるが、比較的軽度の重篤感の少ないものであったと認められるところであり、圧し潰すような、あるいは灼熱痛、締め付けるような激痛という急性心筋梗塞の典型的症状〔……〕に該当しない。

Bの来院時の体温は36度であり発熱は認められず、胸痛以外の呼吸困難、

中枢神経症状等は見られなかった。また、A医師は、Bから、高血圧症及びうつ病に罹患し、投薬を受けていることを聴取した〔……〕。

急性心筋梗塞においては、高齢者、糖尿病患者が典型的な胸痛を訴えないことがあり〔……〕、鑑別に際して注意を要するが、〔直上段落〕の既往症聴取結果からは、Bが上記注意を要する要因を有する者とは判断されなかった。また、Bは、死亡当時42歳の男性で、高血圧症の既往があったところ、これらは急性心筋梗塞のリスク要因ではあるが、高血圧の既往を有する中年期以上の男性が高率に急性心筋梗塞を合併しているとの知見を示す証拠はない。

〔直上段落〕のとおり、A医師は、問診に続き、胸部の聴診を行ったが、肺、心臓に雑音は認められず、〔医学的知見の認定部分〕にみた急性心筋梗塞において聴取される聴診所見はみられなかった。

A医師は、心電図検査を実施したが、心電図所見ではST上昇を認めないものと判断し、自動解析装置の結果も判定『－（正常範囲）』、解析結果『異常なし』であった。

Bにつき測定された心電図は、解析心拍の波形が、『ST上昇』（コード0920）、『急性心筋梗塞の疑い』（コード0921）を始めとしたすべての判別基準に該当しなかった。

被控訴人らは、〔……〕、自動解析装置の解析結果は急性心筋梗塞の鑑別には役立たない旨主張するが、本件解析に際し、自動解析装置が〔直上段落〕に見た『ST上昇』の基準に反して誤判したと疑いを容れるべき事情は見当たらず、したがって、同心電図の所見は、少なくとも、ガイドラインのいう典型的な持続性ST上昇には該当していなかったものと認められる。

A医師は、Bの胸痛の強度、性状、発現の時期等について問診するとともに、意識状態、体温を確認し、聴診を行っており、その上で心電図検査を施行したもので、胸痛を訴える患者に対する処置として、〔認定した医
(龍法 '25) 58-1, 302 (302)

学的] 知見に照らし、不合理な点は見当たらない。

そして、A医師が、Bを診察したときに把握し得た情報を基にして、Bについて急性心筋梗塞を含む急性冠症候群の疑いを有することが可能であったとは認められない。

上記[……]の心電図所見は軽度のST上昇を示していたことが認められ、かかる所見に加えて、Bに持続していた胸痛を考慮した場合、循環器専門医であれば、急性冠症候群の可能性を考慮して更に検査を進めた可能性が高かったといえるところであるが、その一方で、心電図のST部分の上方偏位は正常でも認められる場合があること、[……]にみたとおり、本件心電図の自動解析装置結果も、判定『- (正常範囲)』、解析結果『異常なし』であり、ガイドラインのいう典型的な持続性ST上昇の所見には該当していなかったこと、鑑定の結果によれば、同鑑定人が、循環器専門医ではないA医師に、本件心電図異常の診断を要求できるか判断に迷うとしていること、木村意見書においても、循環器専門医でも同心電図の所見のみから急性心筋梗塞の診断を下すことはできないとしていることからすると、循環器以外を専門とする医師が、臨床上、本件心電図から急性心筋梗塞を疑わせる徴候（軽度のST上昇の存在）を把握することは困難であるといわざるを得ない。

A医師は、消化器内科を中心とする一般内科を専門とする医師であり、これまで急性心筋梗塞の診断や治療に携わった経験はなかったのであるから、A医師に循環器専門医と同等の判断を要求することは酷といえ、同人が心電図におけるBの急性心筋梗塞を疑わせる所見を見逃したことは、やむを得なかったというべきである。

[被控訴人らの約3時間継続した胸痛がある場合には急性冠症候群を完全には否定できないから、少なくとも循環器専門医にコンサルトし、また、経時的に繰り返し心電図をとるべきであるとの主張については、] Bの胸痛が、[上段落]にみたような急性心筋梗塞に典型的な胸痛を示したもの

であれば格別、A医師が問診により把握したそれは、前記認定のとおり、その強度は比較的軽く、重篤感に欠けるものであり、少なくとも上記典型的症状には該当せず、また、Bは非典型症状が現れやすい高齢ないし糖尿病患者でもなかったこと、聴診の結果も心疾患に否定的なものであったこと、同胸痛は、逆流性食道炎における胸痛「……」と判断し得るものであったこと「……」からすると、「……」、A医師がBの心電図異常を把握し得なかったことがやむを得ないというべき本件事情のもとでは、持続する胸痛所見のみから急性冠症候群を疑うことは困難であったといわざるを得ない。[本稿引用外の] 文献においても、臨床症状を重視しているところ、比較的軽篤な胸痛等の存在が前提とされており、これのない本件において該当するとはいい難い。』

IV、検討

1、本判決の位置付け

本稿は、専門訴訟——とりわけ医療訴訟——において鑑定⁽⁴⁾がどのように扱われているかを明らかにする研究の一部である。鑑定は、訴訟上、証拠として扱われるため、自由心証主義に支配される。そのため、鑑定結果を否定ないし採用しないことができると考えるのが通常である。ところ

(4) 鑑定には、民事訴訟法上の鑑定と私鑑定（私的鑑定）とが存在する。前者は（少なくとも建前上は）裁判所が鑑定人を選定し（同213条）、忌避も認められる（同214条）ことから、中立的立場でなされるものである。他方、後者は一方当事者が個人的に専門家に依頼してなされるものであることから、中立性を欠く場合があるとされる。本事案で扱う鑑定は前者であるが、本事案の控訴審のように前者の鑑定がなされた事案であっても私鑑定も併存する場合もある。なお、本稿では、本事案控訴審においてY側より提出された私鑑定の内容には立ち入らない。後掲・注7『鑑定書集』に掲載されていないため内容の検証可能性がなく、また、本文中に記載した筆者の問題関心による事案類型にも該当しないためである。

が、裁判官は基本的に医学的知識を有しないために鑑定を実施するということを考慮すると、鑑定結果を否定ないし採用しないことができるのか⁽⁵⁾、できるとした場合にいかなる理由付けをすべきかという疑問が生じる。このような疑問が生じる事案類型として、当該事案で唯一または複数なされた鑑定結果を（いずれも）否定する事案類型、複数の結論を異にする鑑定結果のうちのいずれかの鑑定結果を採用しない事案類型⁽⁶⁾、下級審と上級審とで鑑定に関する争点の認定・判断が異なる事案類型、の3つに分類することができると考えられる。それら3類型について検討することで、鑑定が専門訴訟においてどのように扱われるかという問題に対して実態面からアプローチ・分析することができよう⁽⁷⁾。

-
- (5) 鑑定結果を否定ないし採用しないためには、鑑定結果を評価することが必要になる。裁判官に専門知識がないために鑑定が行われているにもかかわらず鑑定結果の評価のために専門知識を要するというこのジレンマは、「科学鑑定のジレンマ」といわれる。中野貞一郎「科学鑑定の評価」同編『科学裁判と鑑定』27頁（日本評論社、1988）
- (6) この類型のように、複数の鑑定結果が結論を異にする場合については比較的、研究が厚いように思われる。そのような状態に陥った際の具体的な処理としては、大きく当事者を重視する考え（例として、野田宏「鑑定をめぐる実務上の二、三の問題」中野編・前掲注5『科学裁判と鑑定』1頁以下）、鑑定人の役割を重視する考え、裁判所に主導させるべきとの考え（例として、本井巽「医療過誤訴訟における鑑定の評価」判タ415号48頁。但し、明らかではない。）とに大別される。鑑定人を重視する考えは、さらに、いわゆるカンファレンス鑑定のような鑑定をするべきとするなど鑑定人に議論をさせることを指向する考え（例として、小磯武男「医学鑑定——その現状と課題——」判タ1294号23頁、小島武司「鑑定と科学的争点」同『民事訴訟の基礎法理』111頁（有斐閣、1988））と、さらに鑑定を重ねるべきとするもの（例として、木川統一郎＝生田美弥子「再鑑定及び第三鑑定の必要性の基準」木川統一郎編著『民事鑑定の研究』536頁（判例タイムズ社、2003））とに大別される。
- (7) 検討に際しては、鑑定書の原文を確認することが肝要であると考えられる。しかしながら、インターネット上等ではほぼ公開されておらず、また、裁判所での訴訟資料の保管期間が5年と短いことから、入手可能な範囲は限定的である。そこで、医療事故情報センターから刊行されている『医療過誤鑑定書集』（本稿執筆時点で28巻まで刊行されている）に掲載されている事案を検討した。

本事案は、上記3類型のうち、下級審と上級審とで鑑定に関する争点の認定・判断が異なる事案類型に該当するものであり、数少ない参考事案である。

2、検討の方向性

本事案の原審判決および控訴審判決（以下、両判決）において、争点①Bの痛みの原因が何であったかという点についての判断はほぼ一致している⁽⁸⁾。そこで、判断が分かれた原因として検討しなければならないのは争点②についてということになる。そもそも、争点②コンサルト等義務が問題となるのは、胸部痛があることが直ちに循環器科へのコンサルトに直ちに結びつくわけではないためである。すなわち、胸部痛の原因は、循環器や消化器のみならず、本事案にあらわれているわけではないものの、呼吸器や神経内科領域疾患の可能性も検討の余地があり、それらの診療科へのコンサルトも一応検討する余地がある。ただ、医療現場において各科の医師がひとりの患者に寄り集まって症状等について検討をするわけでは当然なく、基本的な検査等を実施してある程度あたりをつけて当該領域の疾患の可能性がある場合にのみ、すなわちある疾患を疑い得た場合に当該疾患を専門とする診療科にコンサルトするに至るとというのが通常である。本事案においても循環器関連疾患の可能性を疑ったものの主訴内容やその訴え方、問診や聴診結果からは循環器疾患を肯定も否定もできず、これを鑑別すべく心電図検査（以下、ECG）を実施している。しかしながら、

(8) 念のため述べておくと、急性冠症候群のうち心筋虚血から心筋壊死にまで至ったものが心筋梗塞、心筋虚血にとどまるものが狭心症とされる。原審は「急性心筋梗塞に関連する症状、いわゆる急性冠症候群（不安定狭心症又は急性心筋梗塞の胸痛）」とする。控訴審は急性心筋梗塞までは発症しておらず、急性冠症候群が痛みの原因であると判断されているが、急性冠症候群の定義上、急性心筋梗塞も含まれるものであり、本稿での検討を左右するほど大きな違いがあるとはいえないと考える。

ECGを実施したにもかかわらずST上昇⁽⁹⁾という異常が発見されなかったために問題が生じている。

かくして、A医師がECG異常を発見することが可能であったか否か、ないしは発見すべきであったか否かが争点として設定されることとなるが、これは医学的知識や経験則がなければ判断することができない。他方、そのような知識等を裁判所は持ち合わせておらず判断に窮することになるため⁽¹⁰⁾、本事案ではそのような医学的知識が求められる事項について鑑定が実施されている。他方で、本事案では同一の鑑定を用いながら原審と控訴審とで判断が異なっている。そこで、以下では争点②について両判決の内容を確認するなかで鑑定がどのように用いられているかを確認し、判断が分かれた原因を検討していきたい。

3、両判決の判断構造と内容

本事案の両判決において、争点②コンサルト等義務は、a. ECGの異常発見の可否ないし義務（以下、単に可否）、b. 症状やその訴え方、他の臨床症状や問診・聴診等の結果（以下、症状等）、の2点から構成されているという点は共通する。すなわち、ECGの異常があると判断した場合、あるいは症状等から急性冠症候群を含めた心疾患を疑い得る場合には

(9) 本事案の理解に必要と思われることから、念のためECGについて記しておく。ECGは、心臓の電氣的活動をP波からT波の波形でとらえて記録するものである。ST上昇は、各波のうち、S波とT波の間が基線（平らな直線部分）より上昇するものを指し、急性心筋梗塞のうちST上昇型心筋梗塞で特徴的に見られる波形である。なお、後に出てくるST低下は、波形を記録する電極の貼付部位によって、波形が上下反対に見える（鏡面像）ことによる。

(10) もっとも、裁判官が仮に個人的にそのような知識等を持っていたとしても（私知）、それを直ちに判断に利用することはできないと考えるべきである。当該知識等が当事者に可視化されておらず、それをもとに裁判をすることは不意打ちとなるためである。そして可視化する方法のひとつとして鑑定が挙げられる（高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）（第2版補訂版）』32頁（有斐閣、2014））。

コンサルト等をしなければならない、という規範部分は両判決において共通する。しかしながら、両判決においてこの a. b. 2 点の扱いは異なっている。

(1) 原審の判断の検討と鑑定結果

原審は、a. の点について、ECG異常に気付くべき義務があったとしている。その理由付けは極めて単純なもので、ECGのⅡ・Ⅲ・aVF誘導で約0.1mVのST上昇、Ⅰ・aVL誘導でのST低下が認められたという事実から、明示はしていないものの、ECG異常が——客観的事実として——存在したことをもって直ちに異常に気付く義務があったと考えているように思われる。

他方、b. の点については、言及はするものの重視はしていないということができる。判決文中、午後3時からのどから胸にかけての痛みがあったことは認定事実として挙げるものの、争点②の判断に関する部分では、「診察時に胸痛がなく、心電図異常はないと判断した場合でも、約3時間は持続した胸痛があるから急性冠症候群を完全には否定することができない」、「心電図上のST上昇に気がついていれば、胸痛の持続と考え合わせて右冠動脈の完全閉塞〔……〕を予測することができた」、A医師は「診察の時点で胸痛症状が消失、軽減していることを重視し、心電図の自動解析結果が異常なしであったことなどから心電図の異常所見を見落とし」た、という表現をしている。このことから、争点②の判断にあたってはあくまでa. のECG異常発見の可否についての判断を主体とし、b. の症状等を副次的な位置付けとする構造をとっているといえる。このことは、後に示すように、控訴審と対比させるとなお明らかである。

そして、原審での判断の示し方は、鑑定結果をほぼそのまま原審の判断として示すというかたちである。ここで、争点②に関する鑑定結果⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

(11) 鑑定結果は、医療事故情報センター編・前掲注7『鑑定書集（第25巻）』ノ

を確認する（なお、引用中の括弧書きの表記は〈Ⅲ、判断〉での例により、また、当事者は〈Ⅰ、事案の概要〉に合わせるかたちで改めた。）。引用中、下波線部が判決文と文言がほぼ共通する部分を表す。

「BはY病院来院時には胸痛があり、その後のA医師診察時には胸痛がなかったとしても、鑑定事項1の中で記載したように0.1mVのST上昇を伴う心電図異常を認め、15時から約3時間は持続した胸痛の既往があることにより、ACS〔筆者注：急性冠症候群のこと〕を疑い心電図の経時的記録、血液生化学検査や循環器専門医へのコンサルトが必要であったと考えられる。循環器専門医であれば、30分以上持続した胸痛、上記の心電図変化からACS（〔……〕）を疑い、血液生化学検査〔での各種バイオマーカーの検査〕や心臓超音波検査での心筋の収縮異常の評価を行い、ACSと診断できたと考えられる。診察時に胸痛がなく、心電図異常はない（心電図の自動解析では正常範囲となっているが）と判断した場合でも、約3時間は持続した胸痛がありACSが完全には否定できず、血液生化学検査や心臓超音波検査をすべきであり、本件病院でできなければ循環器専門施設に紹介すべきだったと考えられる。ただし、循環器専門医ではないA医師に、軽度（0.1mV）ST上昇を伴う心電図異常の診断をどこまで要求できるか鑑定人として判断に迷うところである。」

受診時に胸痛が軽減ないし消失していたこと、およびECG異常の程度

ㄨ 315頁以下（第16事件）（2014年）に掲載されている。

(12) 原告の申請により実施されており、鑑定事項は以下のとおりである。但し、鑑定事項はどのような文言でなされたか明らかでなく、鑑定書に鑑定人がまとめるかたちで記載されていたものを、さらに筆者が整理・簡潔化したものである。

「当日15時頃から17時50分頃まで持続した痛みの原因」「急性心筋梗塞の発症時期」「A医師が問診・ECGの結果から逆流性食道炎疑いと診断してBを帰宅させたことは適切であったか」「Bを帰宅させず安静にさせていれば、18時40分過ぎの心室細動の出現を防止できたか」「本件急性心筋梗塞の発症の予測ができたか」「急性心筋梗塞症（心室細動）の発症を予測した場合の防止措置、および急性心筋梗塞あるいは心室細動を発症した場合の具体的処置」

が軽減していた原因は、血栓閉塞が自己融解していたことにあり、「本件医師は循環器専門医ではなく、心電図上ST上昇が0.1mVと軽度であるためACSの診断ができなかったと考えられる。」しかしながら、「狭心症の診断は病歴で疑い負荷心電図で心筋虚血を評価し、冠動脈CT検査や冠動脈造影検査により冠動脈の狭窄を評価し治療方針を決める。胸痛発作がない非発作時は心電図変化も無いため、自覚症状が狭心症診断の唯一の糸口となり専門医としての経験が必要となる。[……] 心筋梗塞患者の治療経験のない消化器専門医であるA医師は、少なくとも本件病院に勤務している循環器専門医へコンサルトし、その後の指示を仰ぐ慎重さが必要であったと思われる。」

このように、鑑定結果と原審判決文とを対照することで、判決の判断に関する部分において、鑑定結果を裁判所の判断として示していることが分かる。そして、結論として、原審は、争点②について実質的にはECG異常を見落としたという点からコンサルト等義務違反を認めるという判断に至っている。

(2) 控訴審の判断の検討

原審がa. を主軸に置き、b. を重視しないという判断の示し方であったのに対して、控訴審は、b. の点を原審と比較して重視した判断方法を採用しているといえる。但し、〈Ⅲ 2、控訴審〉最終段落に引用した判決文の「心電図異常を把握し得なかったことがやむを得ないというべき本件事実のもとでは、持続する胸痛所見のみから急性冠症候群を疑うことは困難」という記載から分かるように、a. b. 両点を同程度に重要なものとまでは見ていない。仮に両点を同程度に重要なものと見ていたのであれば、「ECG異常を把握し得なかったことがやむを得ないというべきであり、また、持続する胸痛所見からも急性冠症候群を疑うことが困難であった」といったような記載をするように考えられるためである。

そこでまず a. の点について見るに、客観的事実の問題として ECG 異常が存在していたという点の認定は原審と同じである。しかしながら、その発見可否については、第一に国内を含め世界各国で用いられる心電図分類方式（ミネソタコード）に準拠した自動解析装置でも「ST 上昇」や「急性心筋梗塞の疑い」をはじめとした判別基準に該当しなかった、第二に鑑定結果や意見書の記載が循環器を専門としない A 医師が当該 ECG 異常を見逃したことはやむを得なかったと判断している、という 2 点で、単に客観的事実として異常が存在したか否かのみを問題とする原審とは異なる。当該自動解析装置の判別基準では、II・III・aVF の各誘導では 1 ミリ以上の上昇を ST 上昇として判別する基準となっているとされているところ⁽¹³⁾、認定事実では約 0.1mV の ST 上昇とされていることから、実際には 1 ミリに近いもののそれに満たない程度の ST 上昇であった——でしかなかった——ことを重視していると考えられよう。

そして、b. の点については、原審は単に 3 時間の胸痛持続を述べるのみであるのに対して、控訴審は様々な症状等を考慮している。内容としては、痛みの性状が黄水が上がってくるような不快感のあるものであったこと、その訴えが軽度で重篤感が少なかったこと、医師 A の問診に対しての応答、意識清明で通常の受け答えがあること、表情や素振りからも痛みの存在を感じないこと、聴診結果、徒歩で来院したこと、急性心筋梗塞の典型症状に該当しないものであったこと、既往症から高リスク患者とはいえないこと、を具体的に認定している。

このように、a. について A 医師が ECG の異常発見をできなかったことがやむを得なかったものであり、b. についても上記のような認定事実

(13) 判決文中の認定事実には明示はないが、通常、ECG 結果を紙で出力した場合、0.1mV は 1 mm で表されることから、このような表記がされている。なお、本事案において A 医師が紙で出力した ECG 結果を見たのか、電子カルテで閲覧したのかは、Y 病院にそもそも電子カルテが導入されていたのかも含めて明らかではない。

からは急性心筋梗塞を疑い得なかったと判断することで、急性冠症候群の疑いを有することは不可能であったとしている。ことここに至っては、コンサルト等を期待することはできず、したがって判断も示されていない。

4、本件鑑定結果の判決上の扱い

ここで、鑑定の扱い方について検討したい。ある事象についての専門的立場からの見方や判断と、法的立場からの見方や判断とは、必ずしも一致するものではない。すなわち、ある行為が医学的にみて一般的ではない、あるいは問題があるとされるからといって、それがすなわち直ちに法的な過失ありということを意味するものではない。学説上、古くからそのような指摘がなされているほか⁽¹⁴⁾、今日の実務上もその点に配慮した主張立証活動がなされているといえる⁽¹⁵⁾。そもそも、医学の世界と法（学）の世界とで言語が異なるため、どのような医学的な評価があると法的過失の存在を意味することになるのかという根本的な問題もある。例えば、本事案とは領域を異にするものではあるが、産科領域では一定の事故について原因分析を実施し統一的な原因分析報告書を作成しており、その執筆要領⁽¹⁶⁾では、医学的評価として「適確である」「一般的である」「一般的で

(14) 平林勝政「2 医療事故」野村好弘ほか編『不法行為法』77頁（学陽書房、1981）は、「すべての医療事故が医療過誤であるわけではない。それらのうち、医療上の過誤で起こったものだけを『医療過誤』と呼ぶ。そして、『過誤』であるか否かは、もっぱら『医界における基準』を尺度として決せられる。したがって、すべての医療『過誤』が当然に法律上の『過失』とはならないことに注意すべきである。『医界における基準』と過失判断のための『法的基準』とは別次元のものであるからである。」と説明する。

(15) シンポジウム「東京地裁医療集中部20年を迎えて。その到達点と課題」での安原幸彦弁護士および松井菜採弁護士の発言参照。「東京地裁医療集中部20年を迎えて。その到達点と課題(1)」判タ1495号20頁、34頁

(16) 公益財団法人日本医療機能評価機構『原因分析報告書作成にあたっての考え方（2022年10月版）』7頁（最終閲覧2025年4月21日）

http://www.sanka-hp.jcqh.or.jp/documents/analysis/pdf/bunseki_approach202210.pdf

はない／基準を満たしていない」「医学的妥当性がない」という表現を用いることとしている。それらのうち、どのレベルからが法的過失に該当するのかは、少なくとも一見して明らかとはいえないであろう。仮に「一般的ではない／基準を満たしていない」という医学的評価が一見すると法的過失に該当するように思われたとしても、当該事案の状況下でほかに採り得る選択肢がないような場合には直ちに過失に該当すると考えて良いのか疑問が残る。

以上の如く、医学的判断と法的判断とは峻別されるべきであり、そして、言わずもがな、ある具体的事実が法的意味での過失を構成するか否かなどといった法的判断は裁判官が示さなければならないものである。このことは、事実の推認や間接事実による主要事実の推認などの過程で必要となる専門的知識や専門的経験則を補うべくなされる鑑定⁽¹⁷⁾の評価にあたって同じである⁽¹⁸⁾。この前提を本事案に引き直して、鑑定の主たる対象であるといえる争点② a. のECG異常発見の可否について考えるに、鑑定人の評価に拠れば、(症状等も含めての判断ではあるものの)医学的には0.1mVのST上昇にA医師は気付いてコンサルト等すべきであった、ないし気付いてコンサルト等しなければならなかったとなる一方で⁽¹⁹⁾、気付くことができなかったという事実が法的な過失を構成するかは、別個の問題として裁判官が語る必要がある、ということになる。

(17) 高橋・前掲注10『重点講義』117頁、伊藤眞『民事訴訟法(第8版)』452頁(有斐閣、2023)

(18) 本事案とはやや前提が異なるが、野田・前掲注6「鑑定をめぐる実務上の二、三の問題」21頁は、ある疾患がある薬剤の副作用によるものか否かの判断はどの程度の危険性が認められるのであれば因果関係を肯定して良いかという法的判断の問題であり、また、診療行為の過誤の有無について相反する鑑定意見があっても裁判所が規範的概念としての過失の有無を判断すべきとする。これらはすなわち、専門的立場(医学的立場)による判断と法的判断とは峻別されるべきであるとの理解ができよう。

(19) もっとも、鑑定結果はECGのみから直ちに急性心筋梗塞ないし急性冠症候群を発見すべきとはしておらず、症状も含めた判断をしている。

このような観点から本事案を見たとき、原審では、この点について、法的義務がいかなる場合に生じるかについて基準を示すことなく、ECG異常があったという客観的事実と鑑定結果とから直ちにECG異常を見抜けなかったことを過失としている。そして、コンサルト等について、同様にどのような基準の下にコンサルト等をすべき法的義務が生じるかを示すことなく、極めて厳格な判断をしている。この背景には、厳格な判断を裁判所が示しているかのように見せながら、実のところ、その共通する文言の多さからも明かなように、鑑定結果として鑑定人＝専門家が示した判断をほぼそのまま記載しているのみであるということが出来る。専門的判断と法的判断とが峻別されるべきであるとはいえ、それは両者が一致したものであってはならないということは意味しない。確かに、専門的判断と法的判断とが結果的に一致することは十分あり得る。しかしながら、その場合でも、法的判断基準を示し、それが専門的判断とも一致するというところに言及することが求められよう。にもかかわらず原審判決ではそのような提示はなく、法的判断基準が示されていない。

他方、控訴審は、医学的判断と法的判断とを峻別した判断をしているといえる。〈Ⅳ 3（2）、控訴審の判断の検討〉で言及したように、コンサルト等義務の判断にあたって、控訴審は原審と比して症状等を重視しており、同判断にあたって各症状等がどのような意味を持つのかを示している。例えば、胸痛は典型的には「圧し潰すような、あるいは灼熱痛、締め付けるような激痛」等であるところ、Bの訴えは「黄水が上がってくるような、何となく胸部に不快感のあるもの」等であったことから、急性心筋梗塞の症状としては非典型的である、といった具合である。これに加えて、ECG異常発見の可否についても、〈Ⅳ 3（2）、控訴審の判断の検討〉で述べたように本件約01.mVのST上昇がどのような意味を持つものなのかを詳細に検討していることから分かるとおり、法的判断を医学的判断とイコールのものとはせずに裁判所が医学的判断からは独立して判断している

ということができる。裁判所が着目するのは、自動解析装置の異常ないし誤判でないこと（さらにその大前提としてミネソタコードに準拠していること、フェイルセーフ的考えに立ち基準より厳しい判断をするプログラム内容であったこと）、A医師の専門領域が消化器であって循環器ではないこと、の2点である。後者はさらに、本件鑑定書で示された循環器専門医でないA医師に本件の如く軽度なST上昇を診断できるか迷うという点と、本件鑑定書とは別の意見書で示された循環器専門医であってもこのECG異常のみでは急性心筋梗塞の診断を下すことはできないとの意見との2点から成っている。ECG異常に気づきコンサルト等すべきであったと医学的には判断をする鑑定結果に対して、控訴審は以上のごとくA医師が異常を発見できなかったことはやむを得ないものであったと法的視点から判断を示している。

このように、控訴審は、法の立場からいかなる場合に過失となるかを具体的判断をするなかで提示・判断しており、鑑定結果＝医学的判断とは峻別しているという点で支持することができる判断の示し方である。

V、まとめに代えて

本稿では、結論として、原審は法的判断基準を自ら示すことなく、医学的な評価を示している——にすぎない——鑑定に依存している点で問題があり、他方、控訴審は鑑定の指摘する問題を法的問題に引き直して検討しているという点で判断方法を評価することができると述べた。本稿は、もっぱら訴訟法的側面から検討をしてきたが、実体法的側面についても若干の言及をして、まとめに代えたい。

医療事故訴訟の過失判断においては医療水準が問題とされるところ、これは一般的に当該医療機関の性格や所在地等の特性、そして当該医師の専門分野等も考慮して判断されるものであるという見解はほぼ確立している

と言ってよく⁽²⁰⁾、その判断基準は本事案においても妥当する⁽²¹⁾。すると、判断にあたっては、単にA医師が循環器医ではないというのみならず、当該地域では本件Y病院と訴外医師会病院のみが時間外の救急車を受け入れているのみであること（但し、循環器含め脳神経外科領域以外の疾患でY病院で手に負えないものは医師会病院に転送していた）、そして本件Y病院においては、17時以降の当直時間帯は医師は1名であるため、必ずしもその患者について疑わしい疾患を当該疾患を専門領域とする医師が診る（ことができる）という体制にはないことをも考慮する必要があるといえよう。そして、急性心筋梗塞の鑑別はECGのみで行うわけではないことを考慮すると、「Y病院に類似する医療機関に勤めており一人で当直を担当する循環器を専門としない医師が、その当直時に胸痛を訴えて受診する患者に対してなすべき医療水準はどのようなものか」という観点⁽²²⁾で審理・判断される必要があるといえる⁽²³⁾。そしてY病院では心臓カテーテル治療等の根本的治療は設備面から実施不可能であったため、最終的には転送させるという判断をすべきであったか否かがその具体的内容となる。0.1mVのST上昇を発見できるか否かという論点は、その大きな判断をす

(20) 最判平成7・6・9民集49巻6号1499頁

(21) 本事案の各判批および匿名解説も同旨。

(22) 控訴審判決は明示的ではないものの、それに近いような判断方法をしているように思われることは、〈Ⅳ3(2)、本件鑑定結果の判決上の扱い〉において示したとおりである。また、平野判批はこの点を「Y病院と類似の特性を有する医療機関において、循環器を専門としない内科の当直医が、胸痛を訴えて診療時間外に来院した患者を診療する際になすべき医療行為の医療水準は何か」と置く。結論に大きな違いは生じないであろうが、当直医であれば診療科を内科に限定する必要はなく、他方、一人で当直しており相談する他の医師がいないことを考慮する必要が一応あるように思われる。

(23) 平野判批はこの点、判決文中で明示的に医療水準論に言及はないものの、これを前提として判断をしているとする。しかし、平野判批は続けて「本判決は医療水準論を適用するような体裁を取っているものの、実は医療水準論の本質から外れた法律構成となってしまう」とする。判時2110号匿名解説および原判批も医療水準論で判断しているとする点で同じ。

るうえでの判断基準の一構成要素に過ぎない。

では、どのような要素から転送の必要性が判断されるべきか。それは、臨床症状、本事案でも問題となったECG、そしてその他の検査の3点である。本事案でいえば3時間に及ぶ胸痛といったような臨床症状は当然に重視すべきであるが、他方、胸痛は本事案で問題となった逆流性食道炎においても発生し持続するものであるほか、急性冠症候群に特有の症状ではないため、急性心筋梗塞の典型的な症状や訴え方をしているというわけではない場合には判断の一材料となるに過ぎない。急性心筋梗塞という重病の可能性を考慮すれば多少オーバートリアージとなることはやむを得ないとしても、胸痛がみられないし持続する全患者をカテーテル治療が可能な施設に転送するというのは、救急車を受け入れるような医療機関として適当とはいえないのではなかろうか。すると、本事案のような場合に臨床症状をあまり重視することには限界がある。そこで、むしろ、原審判決において時間外のため血液検査ができなかった旨がひとこと言及されて済まされてしまっているが、鑑定結果も言及するように、血液検査等の他の検査を実施する必要があったというべきである⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾。そして、血液検査

(24) 判決文中で詳細な認定がないためY病院でいかなる理由で血液検査を実施できなかったのかは分かり得ないが、救急車を受け入れ、入院患者もいるような医療機関が当直時間帯は一切血液検査を実施できないということにはやや疑問があろう。また、実際に血液検査が実施できない状況であったか否かとは別の問題として、病院集約化の方向をたどる——たどらざるを得ない——日本においては、個別の訴訟を離れた救急医療政策上の文脈において、Y病院類似の医療機関において当直時間帯にどのような検査をなす体制が整えられているべきか論じられる余地は大いにある。

(25) 無論、急性心筋梗塞の際にあらわれる各マーカーも発症直後においては異常を示さないことがあるなど完全なものではなく、鑑定においてもCPKやTnT等といった心筋逸脱酵素は異常が出ないことも多いことは言及されている。それを受けて控訴審は「6時間前後経過しないと異常の有無を判定できない」として血液検査不要との判断をしている。しかしながら、鑑定においても発症2時間後で診断可能なマーカー(H-FABP)についても言及されている。このマーカーは、発症後2時間以内でも89%の感度(TnTでは22%)ノ

の実施可否に関する審理を尽くし、これを実施することが可能であった、ないし大きな困難を伴わなかったというのであれば、必要な検査を怠ったとして過失を構成しないかさらに審理されるべきであろう。そして反対に、やはり血液検査は実施できなかったという判断に至った場合には、本事案と同様にECGの異常発見義務が問題とされるべきである⁽²⁶⁾。

-
- ㄨ と高感度で心筋障害を検出する（もっとも、特異度は高くないため、この指標のみでは心筋梗塞と判断することはできない）（伊比文雄「心臓由来脂肪酸結合蛋白（H-FABP）の臨床的有用性」生物試料分析37巻2号123頁）。同論文によると、1990年代からH-FABPの検査としての有用性は示されていたものの、迅速にかつ特別な機械等を要せずに検査することができるようになったのは2002年であるため、本事案においては使用されなかったこともやむを得ないという判断はあり得ようが、控訴審の記載はやや正確性を欠くものである。少なくとも、これが普及しているであろう今日において、同種の事案が発生した際には結論を異にする可能性がある。

- (26) その場合はより慎重にECG結果を評価することが求められるとも考えられよう。症状が非典型的な場合にはECGが唯一の客観的な判断材料となるためである。

作為による殺人行為にもかかわらず、 自殺に対する不可罰の介助？

— 刑法典216条と自己決定による死に関する基本権との矛盾について —

Liane Wörner (著)、Alexandra Windsberger (著)

玄 守道* (翻訳)

◆訳者はしがき

本稿は、コンスタンツ大学のProf. Dr. Liane Wörner、LL. M. (UW-Madison) 及び執筆当時ザールント大学所属で、現在、Prof. Dr. Liane Wörnerの下でwissenschaftliche MitarbeiterinであるDr. Alexandra Windsbergerの共著による Strafflose Suizidassistenz trotz aktiver Tötungshandlung? - Über Widersprüche zwischen § 216 StGB und dem Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben, in: Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 32 (2023), S. 43-55. の全訳である。

本稿では、いわゆるインスリン決定 (BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = BGH NJW 2022, 3021、なお、本決定の紹介および簡潔な解説については、神馬幸一「直接的死因と認定された殺害行為が不可罰的自殺幫助として規範的に評価された事例」判例時報2550号110-111頁がある) を素材に、ドイツ刑法典216条の要求による殺人罪と不可罰の自殺幫助の区別基準及び刑法典216条の憲法適合性、さらには夫婦間の保障人義務に関して検討が加えられている。すなわち、可罰的な要求による殺人と

* ひょんすど 龍谷大学法学部教授

不可罰の自殺幇助との区別基準については、従来、行為支配の有無、より具体的には「事実上の支配」及び「自手性」によって区別されてきたところ、インスリン決定においてはむしろ「全体計画」が重視されているとして、この点につき検討が加えられている。次いで、刑法典216条の憲法適合性については、連邦憲法裁判所が刑法典旧217条につき違憲であるとの判断を示し、その際、死の自己決定権が基本法上の権利として認められたこととの関係について検討が加えられ、最後に、このこととも関連して、刑法典216条の枠内で死の自己決定権を認めることと夫婦間の保障人義務との関係について検討がなされている。

本稿は、これらの3つの問題に関するドイツの議論状況を知ることができる点で有益なだけでなく、3つの問題のうち、第1の問題は行為支配という基準それ自体について、第2, 3の問題はいわゆる安楽死や日本刑法202条の自殺関与罪について、それぞれ再検討の契機を与えるものであり、日本刑法学においても参考に値するものと思われる。それゆえ、本稿を紹介することにした。

最後に、本稿の訳出を快諾いただいたProf. Dr. Liane Wörner及びDr. Alexandra Windsbergerに記して感謝申し上げる。

◆本文

I. 導入

多くの注目を浴びたいわゆるインスリン決定¹において、BGHは、夫の望みに従って、死亡結果の原因となった6回のインスリン注射を行った被告人に無罪を言い渡した。原審である地方裁判所は、被告人に刑法典216条の要求による殺人ゆえに一年の自由刑の有罪判決を言い渡した。なぜな

1 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = BGH NJW 2022, 3021 m. Anm. *Grünwald*

ら、彼女は彼女の夫をインスリン注射によって「作為による (aktiv)」臨死介助を行ったからである。BGHは被告人の無罪を、行為支配論を新しく記述することで根拠づけた。これによれば、誰が自殺という事象を正犯として「支配」するのかという規範的問題にとって、「全体計画」が重要とされる。本決定は、「Putz」²で始まり、そして「死の看取り (Sterbegleitung)」の刑法上の評価に対するその全体像において、パラダイム転換の到来を強める一連の最高裁判例に適合するものである。というのも、とりわけ、連邦憲法裁判所が最近、自己決定による死に関する基本権を明白にしたからでもある³。

作為による殺人行為にもかかわらず、不可罰の自殺幫助とすることへの法的な説明と刑法典216条の憲法適合性に関して述べられた疑念の両方が、自殺者の意識喪失後の夫婦の保障人義務が再生しないための基礎づけも同様に、この判例の基礎的な位置づけに対する手がかりを与える。というのも、本判例はこれまでの不可罰の臨死介助に関するトポスと一線を画し、現時点で、自殺の援助というテーマが実際に3つの政府草案と超党派による議員団の法律案提出要請動議によって取り扱われている最中であるからである⁴。ますますの変則化 (Anomalie) と適合への努力によって裏打ちされるこのようなダイナミックな生命保護刑法において、インスリン決定は、おそらく最終的にその中心領域からの刑法の撤退を定着させる裁判例であることを啓示するものである。

2 BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 SrR 454/09 = BGHSt 55, 191 = NJW 2010, 2963.

3 BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 - 2 BvR 2347/15 BVerfGE 153, 182 = NJW 2020, 905.

4 <https://dserver.bundestag.de/btb/20/009/2000904.pdf>; <https://dserver.bundestag.de/btb/20/022/2002293.pdf>, (Grüne); <https://dserver.bundestag.de/btb/20/023/2002332.pdf>, (FDP-Fraktion); <https://dserver.bundestag.de/btb/20/011/2001121.pdf>, (Fraktionsübergreifender Gruppenantrag) (2. 2. 2023).

II. 本判例の対象と構造

被告人と後の自殺者（被告人の夫）は1970年に結婚した。1990年代以降、彼は複合的な、しかしいまだ生命の危機にまでは至っていない病気に侵されていた。加えて、慢性的な痛み及び下肢静止不能症候群（Restless legs syndrome）と中程度の鬱病及び変形性関節症（Arthrose）を発症していた。2016年以降、彼はそれゆえ自宅で被告人によって看病されていた。2019年初めから、彼は寝たきりとなり、何度も死の願望を表明した。苦痛の増大と健康状態が悪化した後の春に、彼は臨死介助団体を利用しようとの考えを抱いたが、しかし、その時点で妥当していた刑法典217条による禁止によって、その点につき阻まれているとみなした。2019年8月以降、彼は耐え難い激しい苦痛を被った。さらなる苦痛の襲来後に彼は、妻に「今日、実行しよう」と言った。被告人にとって、彼がそう言うことでその日、自己の生命を終わらせようと考えていたことは明らかだった。彼は彼女と結婚生活の期間について語り、彼は彼女に一人残すのは本意でないが、しかしそれでも今日逝かなければならないといった。

被告人は遅くともこの時点までに夫の死の願望が真摯に考えられたものであったことを意識していた。23時ごろ、彼は被告人に、家にあるすべての錠剤と薬を使って、包装から取り出すよう求めた。というのも、変形性関節症ゆえ彼にそれは困難だったかである。彼はなお震える手でメモ帳に、重大な苦痛を思い、これ以上生きるつもりはない、医者に介在させることを妻に禁じた、そして望むらくは、錠剤の残りが苦痛を解放してくれれば、と書いた。被告人はすべての錠剤を持ってきて、これらを包装から取り出し、彼に手渡した。50ml分のプロメタジン（Prothazin）入りのほぼ満杯の瓶の中身をコップに注ぎ、彼に渡した。彼は錠剤を自ら受け取り、その錠剤をコップの中身とともに飲み込み、被告人にまだあるすべてのインスリン注射器を持ってくるよう求めた。被告人は、各100単位分の6個の即

効性のあるインスリン注射器を持ってきて、それらを彼の腹壁に注射した。彼女はその後、インスリン投与が死亡させるものであることをわかっていた。彼女が彼に注射した後、彼はもう一度、本当にこれらが残りの全部の注射器だったのか、「ゾンビとして戻ってくることはない」のかと問うた。その後、彼は再び頭に手をやり、眠りについた。被告人は再三再四、彼がまだ息をしているのかを確認し、最終的に3時30分頃に死を確認した。彼女は夫との約束通り医者には知らせなかった。彼は、インスリンゆえの低血糖症で死亡した。最初の錠剤の服用による作用物質は同様に死を引き起こすのに適していたが、しかしより遅い時点で初めて作用するものであった。これは実際にインスリン投与より遅かった。

BGHはその決定においてまず、刑法典216条の文脈において、不可罰の自殺の看取りと、可罰的な、要求による作為による殺人との区別に関して明らかにし、これに続いて、その結果として、いわゆるGashahn事件及びGiesela事件との相違を除外している（直後のⅢ）。主に刑法典217条に関する憲法裁判所の判決に依拠するところの、刑法典216条それ自体の憲法適合性に対する一般的性質についての疑念なしには（続くⅣにおいて）、BGHは最終的に救助の試みの不実行ゆえの不作為の可罰性を否定することはできない（Ⅴ）。

Ⅲ. 要求による殺人あるいは不可罰の自殺の看取り？

当刑事部の見解は、自殺者は被告人自らの手による作為の注射によって死に至ったのであり、自殺者が（被告人の助けを得つつも）自身に提供された薬によって死に至ったのではないにもかかわらず、被告人の態度は作為による殺人ではなく、不可罰の自殺に対する幫助であるというものである。このことをBGHは要求による殺人と不可罰の自殺に対する幫助との区別に関して通常引き合いに出される行為支配の基準で主として基礎づけ

た。もっとも、それは、より子細に見ることを必要とする行為支配の新種の解釈においてである。前提となるのは、さしあたり、正犯とは、「生命を終了させる行動を自らの手で実行する」ために、「死に至る事象を実際に支配する者」であり、しかも、「彼が他者の自殺意思に」従属する「場合であっても」、である。

これに含まれる刑法典216条の再定式化は、何十年前前から、法⁵ また倫理⁶ においても一般的に合意されている。それによれば、許される（受動的な）臨死介助と許されない（積極的な）臨死介助との間の区別は、第一段階では純粹な因果性基準に依拠して行われる。決定的なのは、常に、積極的に死に対する十分条件を創出する者であった。薬入りのカクテルやロープの単なる提供は許される不可罰の自殺の援助にとどまるのに対して、死に至る注射の設定は、許されない臨死介助あるいは他殺である。以上によれば、ここで判断しなければならない事態に照らせば、事象の前半部分—包装から取り出された錠剤の自己服用—だけでは受動的な活動に尽きているということが明らかになる。しかも先の自己服用は直接的に死の原因となるものではなかった。むしろ、被告人によって作為によって行われた、六回のインスリン注射の投与という後の事象が、それ単独で死の原因だった。これまでの支配的な基準によれば、本件は、積極的な臨死介助の明白な事案である。

BGHは、違いを示すことなく、それでも—そしてその限りでセンセーションを巻き起こしている—刑法典216条ゆえの可罰性をその核心において次のように基礎づけることで否定した。すなわち「自殺者が、自身の死を認めつつ受け入れるため、全体計画によれば、他者の掌中に自らを委ねる場合、後者（援助者：著者注）が行為支配を有している。これに対して、

5 M. w. N. MüKo-StGB/Schneider, 4. Aufl., StGB § 216 Rn. 40 ff.

6 倫理的な議論について、Birnbacher, Tun und Unterlassen, 1995, S. 337 ff.; Hoerster, Sterbehilfe in säkularen Staat, 3. Aufl. 2021, S. 42.参照。

自殺願望者（Sterbewillige）が最後の最後まで自己の運命に関する自由な決定を維持する場合、彼が他者の手助けを伴う場合であっても、自ら亡くなったのである。このことは原因の連鎖が彼自身によってだけでなく、他の者によって生じた場合であっても当てはまる。他者による犯行への寄与が行われた後に、自殺願望者に、その影響を取り除きあるいは終了させる完全な自由がなお残されている限り、自殺に対する幫助が存在するに過ぎない」⁷。BGHは可罰的な、要求による殺人との区別について、その区別が積極的な振る舞いか消極的な振る舞いかの自然主義的な区別基準に応じてではなく、規範的な考察に基づいてのみ行うことができると指摘することに関して、BGHはこれまでの判例との架橋に成功している⁸。治療中止に対する裁判例で明らかにされた患者の自律性への転換点をBGHが次のように説明する場合、さらなる具体化を行っているのは明白である。すなわち、「この（作為による殺人の：著者注）態度の個別評価は死の惹起へと向けられた全体計画を十分考慮に入れていない。評価的考察において、錠剤の服用とインスリンの注射は、全体計画によれば、その実行に関してRS（夫のこと：著者注）が彼単独で決定した、統一的な生命を終了させる行動を形成したのである。全体計画によれば、インスリンが死を引き起こした一方、薬はその死の作用をより後の時点で初めて具現化されたであろうことは単に偶然によるものであった。この点に鑑みて、LGの想定、すなわちRSは被告人の掌中にあり、彼女が死を認めつつ受け入れたというその想定は、事案の特殊性を適切に把握していない」⁹と説明する場合

7 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3022) Rn. 14.

8 BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = BGHSt 55, 191, 202 f. (Fall Putz); BGH, Urteil vom 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18 = BGHSt 64, 135 (138) = NJW 2019, 3089.への参照の下で。その他に、BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (m. Anm. Grünwald) = NStZ 2022, 663 (m. Anm. Hoven/Kudlich) = Jus 2022, 1073 (m. Anm. Hecker) もみよ。

9 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3022) ㄸ

である。

よくよく考えてみれば、BGHはそこで刑法典216条からその作業の基礎を取り去っている。今後、自殺願望者の全体計画だけが決定的になるとすれば、そこでは自殺願望者の主観的な表象が重要な基準となる。純粋な事実的な因果経過及び場合によっては作為による殺人行為はもはや決定的に重要ではないとなろう。被告人によるインスリン投与が死を惹起し、その限りで因果経過が被告人によって支配されていたということは、以上によれば、可罰性にとってもはや決定的ではない。しかしながら、このことと当初、設定された前提、すなわち「事実上の支配」と「自手性」が重要であるとの前提とは矛盾している。現行の区別公式とのこの断絶を見逃すことはできない。譲歩して刑法典216条を救い出すために、(本件のように)自殺願望者が自律と他律が混在して行われた全体事象の枠組みにおいて、部分的に自手による殺人行為が行われる場合であれ、部分的に—自殺願望者が物理的に自ら行為することが不可能な場合—援助者が作為によって介入する場合であれ、如何なる殺人行為が死の原因であるのかは(もはや)重要ではなく、「全体計画」が重要であると定式化しえよう。先の「全体計画」の方式はもっともBGHによって十分に規定されていない。例えば、誰が自殺のやり方をこの全体計画に応じて決定しなければならないとされるのか、自殺願望者自身によって具体的に何が前提とされなければならないのか、誰が死の発生にとって原因となる手段を選択しえたのか、自殺願望者は自己の計画の実施のため(行為支配なしに)人間という道具をどの範囲で利用するのが明確に認識可能でなければならないとされるのかどうか不明確である。死を受け取るために、「他者の掌中」に委ねるという定式化は¹⁰、依然として曖昧なままである。本件でも、最終的にRSが、

↘ Rn. 16.

10 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3022) Rn. 14.

家にあるすべてのインスリン注射の投与によって被告人から死を受け取るために、被告人に身を任せたとすることに耳を貸すこともできるだろう。すなわち決定的なのは、自殺願望者自身が手段を選択したのかどうか、あるいは如何なる意図を援助者が追求したのかどうかである。

加えて、自由答責的に行動する自殺願望者（自殺者）が自殺援助者を用いて常に何らかの点で決定的に自殺援助者に頼らざるをえなかった、いわばその手に自らを委ねなければならない一方で、如何なる場合であっても態度ややり方に関するイニシアティブは彼（自殺者）にのみ帰せられるのである。したがって、BGHがそこで事実的一自然主義的ではなく、規範的に考察し評価するつもりであれば、それについて、（BGHによれば）さらなる徴表、すなわち、（事前の）潜在的に死をもたらす（援助者の）行為の終了後に自殺者が自殺事象をなお回避しえたのであろうかどうか（仮定的な「中止可能性」）が決定的でなければならない。これが肯定されるのであれば、このことは同時に援助者の行為支配に反することを意味する。仮定的な「中止可能性」は、伝統的に自殺刑法の文脈において大きな意味を与えられている、刑法典216条及び13条の枠内における意識喪失後の救助的不作為ゆえの可罰性に目をやるにしても、である¹¹。これは、自殺がむしろ何かを訴えるために行われ、ほとんど常に不自由であるとする経験的な考えと密接に結びついている¹²。自殺願望者は死を望んでいるのではないとされ、休息（Pause）を望んでおり、自由答責的な決定はほとんど存在しないとされる¹³。

11 この点につき、以下V。

12 この古典的な「臨死介助の反対者の論拠」に対して批判的なのは、*Hoerster* (Fn. 6), S. 138.

13 そのように言うのはいわゆるCastellucci-Entwurf, BT-Drs. 20/904, S. 9と特に超党派の法律案提出要請動議においてであり、BT-Brs. 20/1121, S. 2.をみよ。
„Castellucci-Entwurf“ は（冷静にする）実地テストを受けた。Spiegel v. 26. 11. 2022 (Prof. Dr. *Hecker*の説得的な評価も含めて), <https://www.spiegel.de/panorama/sterbehilfe-reform-auf-gar-keinen-fall-wollte-sie-so-enden-a-4dcd6850->

BGHが明示的に依拠するGiesela事件¹⁴において—Gashahn事件¹⁵も同様に—すでに構成要件上の幫助行為終了後の自殺者の態度に大きな意義が与えられているとされる。自殺者の態度が、Giesela事件では援助者の行為支配にとって十分とされ、Gashahn事件ではその否定にとって十分とされた。決定的だったのは、各事件で異なる、BGHによって付与された中止の選択肢だった。Giesela事件では、被告人とその友人は共同の自殺を、被告人が排気管に接続したホースで排気ガスを車内へ流し込ませ、そのためアクセルを彼が意識を失うまでの長い間、踏み続けるというように計画した。Gieselaだけが死亡した。アクセルを踏み続けることによって被告人は最後の最後まで自殺の発生とその阻止の両方を事実上、手中にし、それによって行為支配を有していた。Gieselaは助手席で自殺事象の終了についてどうすることもできないものとされた。Gashahn事件では、被告人と被害者は、一緒にこの世を去るために、ホテルの部屋に移った。この目的のため、被害者は扉の隙間（Türrritze）を塞ぎ、被告人はガス栓をひねって開けた。被害者はガス中毒で死亡した。被告人は助かることができた。BGHは刑法典216条の枠内での行為支配を否定した。なぜなら、被害者は難なく救助措置を取り得たからであり、しかも被告人の積極的な寄与（ガス栓の開放）が終了した後であっても、であった。なぜ救助措置を取ること（ガス栓を閉じること、扉の隙間を開けること、部屋から去ること）がGashahn事件において被害者にとって可能であったのに、Giesela事件ではしかしそうではなかったのか（車から去ること、被告人の足をアクセルから退かすこと）は、BGHの秘事にとどまっている。

BGHが、インスリン投与事件に対して、「被告人が彼にインスリンを注射し、このことでその作為による寄与が終了した後」、彼を死に導く事象

↘ 3279-48b2-9af4-a58071506b21（最終閲覧日は31.01.2023）参照。

14 BGH, Urteil vom 14. 8. 1963 - 2 StR 181/63 = BGHSt 19, 135, 139 f.

15 RG, Urteil vom 27. 8. 1920 - 905/20 II = JW 1921, 579.

を以下のためになおもRSが支配していたと説明する場合¹⁶、脱呪術化は成功していない。すなわち、RSはその後にもなお一定の間、意識が残っており、被告人が彼に実際にも残りのすべての注射をあてがったことを確認したとされるためである。Gieselaは一言い換えると一、被告人が実際にも計画通り（ordentlich）アクセルを踏むのかどうかに関してのみ問われなければならなかったであろう。被告人が場合によっては自動車を去ったりあるいはアクセルから足を離したりできたというようなことが付け加わる場合、Gashahn事件との区別はほぼ不可能になる。抗事実的な救助の選択肢の対象は不明確なままである。BGHが明らかにこれまで、そしていずれにせよ引用される裁判例においてそうであるように、自殺願望者が援助者の援助なくその作為による働きかけの終了後になお實際上助かることができたとされるのかどうかに着目しようとするのであれば、このことはまさに本件では否定されなければならないであろう。自殺願望を有するRSは最終的に長い間、ベットに寝たきりであったし、すでに薬を包装から取り出すことに伴う諸問題を有していた、とりわけ彼がすでに自らをこの薬の強力な作用にさらしたのであるからなおさらある。いまやRSがなお意識を保ったまま被告人の行為を確かめたということだけが重要となる場合、このことは多くの事例に当てはまるだけでは許されないであろう。それはとりわけ将来的に同様の証拠調べを必要とする。自殺願望者が、ありうる帰還の意味において事象を支配していたのかどうか、そもそも支配しえたのかどうかあるいはなお甘受しつつ死を予期したに過ぎないのかどうかがいかに区別されるべきなのかは、説明されていなければ、このことは評価的には一義的に確定することもできない。自己救助可能性の抗事実的な考察は、むしろ（そしてBGH自身によって認識されていないとして

16 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = BGH NJW 2022, 3021 (3022) Rn. 17 m. Anm. Grünwald.

も、しかし正当にも)、それ自体疑わしいのである¹⁷。というのもそれは最終的に過去に存在する第二の可能世界、すなわちその他の事実と自然法則に目を向けると我々と類似する世界を取り上げるもので、自殺者が所与の事情の下で自身を助けることができたのかどうか、すなわちa(死)ではなく、非a(生)を選択しえたのかどうかを仮定的に問うからである。この抗事実的な認定の真理条件はしかしながら必然的にフィクションにとどまっている。疑わしき場合において、行為支配を排除するのに適している何らかの逆転可能性は、おおよそあらゆる場合に見出されうるのである。このことは意識があることがそれにとって十分である場合、より一層、妥当する。

(BGHとともに) 行為支配基準を適用し、抗事実的な中止問題を付け加えることで根拠づけるつもりの方は、いずれにせよ行為支配基準の相応の充足を通じてその前提に適合させるために、好都合な結論を選び出す危険を免れないのである。方法論上極めて疑わしく¹⁸、結論において恣意的でかつ矛盾に満ちた法実務がその帰結である。その際、(いまやBGHによっても「Putz」¹⁹を前提としつつ考慮されている) ひとつのありうる解決は明らかである、それに代わる、すなわち行為支配基準を、援助された自殺の文脈において、自殺願望者及び自己決定による死に関する基本権を前提にしつつ、連邦憲法裁判所²⁰もまたそうであるように、首尾一貫するよう規定すること、である。その際、刑法典216条にとって十分な領域が残されているのか、そして保障人義務の解釈論が義務の免除を許容するのかどうかだけをなお明らかにするのが適切である。

17 この基準に対して、*Frauzke/Verrel*, JZ 2022, 1116 (1118).もまた批判的である。

18 ほとんどは異ならないのは、*Hoven/Kudlich*, NStZ 2022, 663 (665), 彼らは裁判例を「大まかだが、しかしその場合最終的に一貫している」とする。

19 BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = BGH NJW 2010, 2963.

20 BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 - 2 BvR 2347/15 ua = BVerfG NJW 2020, 905.

IV. 刑法典216条の憲法適合性について

治療中止の適法性にとって患者の自律性が決定的に重要であるところの、Putz以来の今日の確定判例²¹に関連して、本稿で問題とするインスリン決定を下した当刑事部は、一正当にも一、次のことへの「傾向を有している」²²、すなわち、この間に、刑法典旧217条に関する連邦憲法裁判所によって展開された諸原則²³を刑法典216条に転用する傾向である。というのも、刑法典216条は、比肩しうるほどに自己決定による死に関する基本権へと介入するからである²⁴。刑法典216条を（BGHと同様に）これに必要な憲法適合的解釈に服させる場合、いずれにせよ次のような諸事例を当該規範の適用領域から除外しなければならない。すなわち、この世を去るという自殺願望者による自由になされた決断を自ら実行することが、自殺

21 BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = BGH NJW 2010, 2963.

22 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3023)Rn. 23.

23 想定されているのは、正当にもBVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 - 2 BvR 234/15 ua = BVerfG NJW 2020, 905.に関する自己決定による死の権利について展開された諸原則である。さらにEGMR, Urteil vom 29. 4. 2002 - 2346/02 = EGMR NJW 2002, 2851; BVerwG, Urteil vom 2. 3. 2017 - 3 C 19/15 = BVerwGE 158, 142 = BVerwG NJW 2017, 2215; BGH Urteil vom 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18 = BGHSt 64, 135 (142) = BGH NJW 2019, 3089.参照。

24 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3023)Rn. 23.とともに *Kiezerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 433 ; *Godinho*, GA 2015, 329 (331); *Huber/Ruf*, medstra 2021, 135 (141); *Kunze*, medstra 2022, 88 (91); *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507); *Öz*, JR 2021, 428 (429); *Rostalski*, JR 2021, 477 (480); a. A. *Grünwald*, JR 2021, 99 (105); *Höfling*, GesR 2021, 351 (354); *Leipold/Tsambikakis/Zöller/Mitsch*, StGB, 3. Aufl. 2020, § 216 Rn. 1; *LK StGB/ Rissing-van -Saan*, StGB, 12. Aufl. 2019, § 216 Rn. 4; *Matt/Renzikowski/Safferling* StGB, 2. Aufl. 2020, § 216 Rn. 2; *Müko-StGB/Schneider*, § 216 Rn. 60; *Scholz*, medstra 2021, 157 (161) を参照。さらにこの意味において、*Hoven/Kudlich*, NStZ 2022, 663 (665), Rn. 2; *Duttge*, GesR 2022, 642 (642) 参照。

願望者は他の者が「直接的に死に至る行為を実行する」ことに頼らざるを得ないために、自殺願望者にとって実際上ありえないとされるような諸事例である²⁵。このことは同意に値するが、しかし補足を必要とする。

確かに、刑法典旧217条（とこれに関連する裁判例）が、第一に、業としての自殺の援助者、すなわち自殺援助団体と医者とを名宛人とすることは正しい。しかし、連邦憲法裁判所は、刑罰威嚇の名宛人だけが当該規定によって基本権を害されうるのではなく、当該刑罰規範によって名宛人とされていない第三者（例えば自殺者自身）もまた侵害されうる、すなわち第三者が社会的相互作用において決定的に規範の名宛人との協働に頼らざるをえない場合にすでに侵害されうると明示的に断言した²⁶。基本法上考えられ得るコンフリクトに目をやると、すでに、刑法典旧217条は、ほとんど成功していないがしかし多くの議論のある刑法典旧217条2項で、親族を一定の状況において刑罰威嚇から除外することを試みていた。刑法典216条の諸状況へ転用する場合、しばしば先の親族が臨死介助の要請の最初に接触する相手方（Ansprechpartner）であり、物理的にその場にいることが多いため、ここでもまた、親族が刑法上の検討の焦点にあることが示されている。

それでも、連邦議会において、実際に議論された新草案はすべて、刑法典216条に触れるのはとどまるべきであることを強調している²⁷。このこ

25 そのように明示するのは、BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3023)Rn. 23. この点について、*Godinho*, GA 2015, 329 (338), *Kunze*, medstra 2022, 88 (92); *Leitmeier*, NStZ, 2020, 508 (512); *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507); *Jäger*, JA 2022, 870 (873); Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 15 a; a. A. *Matt/Renzikowski/Safferling*, § 212 Rn. 39.

26 BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 - 2 BvR 2347/15 ua = BVerfG NJW 2020, 905. この点について詳細は、*Windsberger*, Suizidbegleitung: Erlaubt oder verboten?, ZERB 2021, 95 ff. - 憲法解釈論上、このことは拡大された介入概念から導かれる。

27 明示しているのは、BT-Drs. 20/904, S. 9; BT-Drs. 20/2293, S. 10. 草案BT-ノ

とは驚くべきである、とりわけ刑法典216条はこれまであらゆる作為による自殺の援助を禁じているのであるからなおさらである。BGHが本稿で述べられた決定で自殺願望者にとってこの世を去るという自由に下された決定を自ら実行することが實際上不可能であり、それゆえ実行された他者の援助を最終的な行動において確認する先の事例のみを刑法典216条から除外することによって、問題は解決されない。というのも、自己決定に基づく死に関する基本権は、実行することで死をもたらす行為が理論的に—そして、腕ずく的手段によるものであっても—独自に実行しうるが、しかし（専門職業上の）援助を求めることを望んでいる者にも当てはまるからである。それゆえ、本来、死をもたらす行動がインスリン投与にあるのかどうかは重要ではなく、RSはすべての薬の服用と追加的に自ら設定できなかったインスリン投与によって確実にこの世を去ろうとしていた全体事象の規範的評価が必要となろう。

しかし、その場合、刑法典216条はその実際の把握において、連邦憲法裁判所の裁判例それ自体ともはや両立しえない。逆に、そしてそのことをBGHのインスリン決定が示すように、連邦憲法裁判所とBGHの判例を首尾一貫させる場合、自己決定による死に関する基本権と衝突する際の刑法典216条の適用領域に対して、事実上、如何なる余地も残されていないのである。このことは、自殺願望者が援助をされうることを望み、かつさらに自らはもはや実行できないために、他の者が直接的に死に至る行為へと実行することに頼らざるを得ない場合にも当てはまる。生命の終期に関する自己処分権は、基本法上保証された自己決定権の表れである。

もっとも、そこでは、法秩序がそれゆえ自殺願望者と一致のもとで行われる作為による殺人行為を不可罰と位置付けるべきかどうかについては、まだなにも述べていない。そのような結論は、刑法典216条の削除を必要

↘ Drs. 20/2322において、いずれにせよ、刑法典216条もまた変更されるべきということとは述べられていない。

とするであろう。しかしながら、立法者は、このことを同決定が明確に示すように、包括的かつ部分的だけではなく、刑法典旧217条の範囲において臨死介助の標準的な状況と取り組まなければならないのである²⁸。自己決定による死の権利が（積極的かつ受動的な）第三者の援助を含むとすれば、犯罪構成要件は同時に死の看取り過程におけるあらゆる積極的行為を禁止することはできない。立法者がその限界づけを判例にのみ委ねる場合—行為支配の基準の規定で—、立法者は同時に自殺者の自己決定権に徐々にダメージを与えるのであり、標準状況において当該権利を誤認しているのである。最終的な作為による殺人行動が実際の同意によって担われている場合、処罰は、原理的にパターンリスティックな思想を超えて正当化することはもはやできない。

（自己の死における）そのような同意の妥当性は、伝統的には不可侵テーゼによって疑問視されている²⁹。自己決定による死の権利を承認する刑法典217条に関する連邦憲法裁判所の判決の観点において、このことは新たな評価を必要とする。というのも、不可侵テーゼは、これが上位の脱存在論的な命法に対応するため、同意に基づく殺人を処分権者の明示的な意思に反して制限するからである³⁰。しかしながら、「承諾あれば害なし（volenti non fit injuria）」原則の強力な停止は、生命という法益の絶対的な不処分性の帰結を有するので、法において重要性を具体化する根拠を必要とする。任意の臨死介助の文脈におけるこの同意の厳格な停止はどこから来

28 Hoerster(Fn. 6), S. 37における定義の提案。Gierok, GuP 2022, 190 (194). もまた参照。

29 BeckOK- StGB/*Eschelbach*, 55. Ed., Stand: 01. 11. 2022, § 212 Rn. 26; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Neumann/Saliger*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 212 Rn. 21; LK- StGB/*Rissing van-Saan*, § 216 Rn. 2, Matt/Renzikowski/*Safferling*, § 212 Rn. 76; MüKo-StGB/*Schneider*, § 212 Rn. 90; Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben*, § 212 Rn. 6; Spockhoff/*Knauer/Brose*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 212 Rn. 19.

30 この点について詳細は、Hoerster(Rn. 6), S. 13 ff.

るのか？それは主にキリスト教の表象かつ／あるいはカントの脱存在的な立場に還元される。生命に関して、人間はみずから処分してはならない。カントによれば、そのような同意の無効は自己目的公式の帰結である、なぜなら人間は自殺の過程において自らを道具化しているからとする。「人間が、つらい状況から逃れるために、自らを破壊する場合、彼は生命の終わりまでの、耐えうる状態を得るための単なる手段として人格（自ら自身：著者による注釈）を用いているのである」³¹。「人間はしかし物ではない、すなわち単に手段として用いられうるものではなく、人間は、あらゆる彼の行為においていかなる時でも目的それ自体として自らをみなさなければならないのである」³²。自殺はカントにおいて自ら自身に対する最高度の義務違反である。それによれば、自殺と自殺の幫助は許されない道具化であり、それは自己目的公式に反し、それゆえ（脱存在論的に）否定されなければならないのである。

倫理的にこの立場を正当とみなすことはできるが、しかしながら、法におけるこの立場の実装に目を向けることで、問題がおのずと明らかになる。すなわち、なぜ、自殺願望者はそもそも、彼が医者によって（作為で）殺害されうる場合（そのような場合のみ）そもそも（自己）道具化禁止に反し、しかし、彼が電車の前に身を投げ出すあるいは縊死する場合にはそうではないのか。彼がその願望に応じて死ぬことができる場合に、まさに自己決定が促進されないのか？³³ 法における臨死介助というテーマのカント的脱存在論上の考察は、いずれにせよ自殺それ自体の禁止を含意している。自殺の可罰性について、しかし世俗の憲法国家においてはもはや如何なる基礎も存在しない³⁴。神学上の基礎に基づいて同様の結論に至る、なぜな

31 *Kant*, Grundlegung der Metaphysik der Sitten, S. 66 f.

32 *Kant*, Grundlegung der Metaphysik der Sitten, S. 66 f.

33 *Hoerster*(Rn. 6), S. 15.

34 *Wörner*, NK 2018, 157 (167).

ら生命は神からの贈り物として把握され、処分不可能であるとされるからである³⁵。「苦痛に終止符を打つため、意図して死を引き起こす行為は謀殺であり、生きた神つまり創造主に対して責任を負うところの、畏敬 (Achtung) に対する重罪である」³⁶。

これによれば、この例外なき不可侵テーゼの規定は前実定的な価値秩序を含意するものであり、否応なしに一定の人間像の固定化を含んでいる。そのような後見は、これが積極的な死の看取りへのあらゆる同意が無効なものとされ、自己決定による死に関する基本権との軋轢を投げかける場合、リベラルで世俗の法治国家においては問題を孕むものである。物理的に自ら自身で殺人行為を遂行する理論的な可能性が残酷な自殺を強いてはならず³⁷、臨死助を不可罰とする求めを排除するよう作用してはならない。さもなければ、必要とするあるいは望む援助の方法を得ることが許されるために、腕と足を折るよう仕向けられることになるであろう。これらすべては、自己決定権に徐々にダメージを与えるだけの愚かな唆しである。自殺者は、自己決定による死に関する基本権の表れとして（積極的に）殺害される権利を有するのかどうかという問題は、肯定的にも否定的にも答えられ得る。人間自身が自己の生命と死に関して決定する場合に、なぜ自己の生命の不可侵が、それは好ましくない攻撃に対する保護領域として把握されるが、突然、侵害されるものとして妥当すべきなのかは、カトリック

35 Dörner, Tödliches Mitleid, 3. Aufl. 1993, S. 90.

36 Katechismus der Katholischen Kirche, Nr. 2277 参照。

37 この点について説得的なのはすでに、*Rosenau/Hilgendorf*, Die Stellungnahme der deutschen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur Neuregelung der Sterbehilfe (<https://hpd.de/artikel/11581>); *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108 (116); 極端な諸事例における自殺のための麻酔剤の要求を肯定するのは、BVerwG, Urteil vom 02. 03. 2017 - 3 C 19. 15, BVerwGE 158, 142 ff.; Art. 8 I EMRKにおける介入を承認するのは、EGMR, Urteil vom 29. 4. 2002-2346/02 (Pretty/Vereinigtes Königreich) = NJW 2002, 2851; NJW 2022, 3021 (3025)m. Anm. *Grünwald*.

教会の思想を超えて、法における基礎付けを必要とする³⁸。

議論の核心はそれゆえ、自己の死への同意が「自己決定による死」であり、それゆえ有効であることをどこで見極めることができるのかという問題へと転回しなければならない。有効で自由答責的になされる同意を承認することができるために必要とする保護メカニズム³⁹に関する議論を必要とする。判断能力及び洞察能力、意思の瑕疵及び強制からの自由、かつ任意性が、ここでは大きな拠り所の役を演じる。援助はの場合、許されなければならない。結論において、このことは、刑法典216条に対して実際の把握において、刑法典216条がいずれにせよ無内容となり、憲法上その内容の範囲において非常に疑わしく、適用を停止するよう促さなければならないし、立法者によって新草案において必然的に考慮に入れなければならないことを意味する。

V. 生命に対する保障人義務の再生？

最後に、なお疑わしいのは、憲法上の理由から必要な刑罰からの解放は、刑法が犯罪規範の名宛人を一定の条件の下で保障義務者に割り当てることによって制限されなければならないのか、である。BGHはこのことを本件において、被告人が（RSとの）合意通りに救助措置をとることを思いとどまっているために、否定している。これは2019年7月の裁判例⁴⁰に続くもので、それより以前の裁判例⁴¹から逸脱するものである。自由で冷静に表明された彼女の夫の自殺意思から、保障義務（Einstandspflicht）の

38 結論において同旨なのは、*Hoerster* (Rn. 6), S. 165; *Birnbacher* (Fn. 6), S. 364 f.

39 *Birnbacher* (Fn. 6), S. 364 f. における諸提案。

40 BGH, Urt. vom 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18 = NJW 2019, 3089 ff.; BGH, Urteil vom 3. 7. 2019 - 5 StR 132/18 = NStZ 2019, 662.

41 この点について特に、BGH, Urteil vom 4. 7. 1984 - 3 StR 96/84 (Wittig) = NStZ 1985, 119. 参照。

状況関連的な免除が生じる⁴²。この点につき、BGHは2019年⁴³の医者／患者関係に対するいわゆる自殺看取りの合意の基準を夫婦の下での保障人義務へと転用している。その限りでも、インスリン決定は新たな方向へと進んでいる。もっとも、法律上基礎づけられた保障人義務が合意の方法において失効されうるのかどうか、同様に事前に契約上基礎づけられた保障人義務もまた失効されうるのかどうかは議論されていない。すなわち、BGHは刑法典13条の枠内における死の看取りの合意も刑法典216条における全体計画と同様の立場にある。意味論上開かれた代替（Platzhalter）の道程において、新たな基準が提示されることが意図されているが、しかしそれは基準ではない。なぜならその実質的な内容が意識的に未決定のままにされているからである。このように刑事部は改めて個別事案の修正を行っているが、法的安定性を生み出していないのである。

裁判所構成法132条3項1文による照会手続きにおける付託の要求を顧慮しても、当刑事部は2019年の両裁判例⁴⁴に続いて、これを否定し、いわゆるPeterle判例⁴⁵（Wittig）は妨げになっていないと説明している。本稿で重視すべき事案もまた「Peterle」の状況から、以下の限りで逸脱している、すなわち、自殺願望者（RS）が本件において被告人に明示的に医師による助けを呼んでくることを禁じた限りで、である⁴⁶。これに対して、Peterleにおいて、被告人は自殺者のメモをあらかじめ見つけていたに過ぎなかった。「主治医のところで—病院は勘弁してほしい—救いを！」、そ

42 同旨なのは、BGH: Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3024) Rn. 25 (m. Anm. Grünwald).

43 初めてそのように明示して主張するのは、BGH, Urt. vom 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18 = NStZ 2019, 666 (m. Anm. Sowada) においてである。

44 いわゆるBerlier Verfahren(5 StR 393/18) と、いわゆるHamburger Verfahren(5 StR 132/18)。

45 BGHSt 32, 367 = JZ 1984, 893.

46 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3024) Rn. 26 (m. Anm. Grünwald).

して「私はPeterleに会いたい」⁴⁷。なぜ、明らかに冷静で、さらに文書で表明された意思が保障人義務を事前に失わせず、しかし出来事が進行する中での口頭の指示がすでに失わせるのかは明らかではない⁴⁸。Peterle判例は連邦憲法裁判所の判決によって古びたものとなったとする刑事部の付加された注釈は⁴⁹、むしろ、BGHがその2019年代の諸判例において連邦憲法裁判所を通じて確定されたものとみなし、いまや古い裁判例は放棄されなければならないことにプラスの材料を提供している。その場合、しかし、若干の者はまったくもって原則的意義を有する問題が取り扱われていることを擁護する。それは裁判所構成法132条4項によれば、それが当刑事部の見解によれば、法の継続性あるいは統一的な裁判例の保証のため必要であれば、受訴刑事部によって大刑事部に決定するよう審議をかけることができる。しかも、本件がそうである。臨死介助の標準的な状況の中で、行為支配の従来の規定と、行為支配の転換を条件づける意識喪失後の保障人義務の承認は自己決定による死の権利を、連邦憲法裁判所がいまや自ら承認するように、侵害しており、Peterle判例はしたがってそれ自体放棄されるべきという一般的かつ原則的な明確化が自ずと明らかとなるであろう。刑法典216条の適用領域はこの基本権への視点なしにはもはや有意味に規定しえないのである。

47 „Peterle“ は彼女の亡くなった夫であり、被告人のWittigは家庭医であった、BGH, Urt. v. 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18, (LG Berlin) = BGH 64, 135 (145)Rn 36.

48 すでにそのように指摘するのは、*Wundsberger*, Goodbye Peterle, leb wohl Lehre vom Tatherrschaftswechsel ! Oder doch nicht? Ärztliche Suizidbegleitung im Lichte der aktuellen BGH-Rechtsprechung, jM 2019, 477 (481).

49 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3024)Rn. 29 (m. Anm. Grünwald).

VII. 結論

刑法典216条は連邦憲法裁判所によって認められた基本権の文脈において新たなタイプを必要とする。自己決定による死に関する権利は連邦憲法裁判所で正当にもその実現に第三者の援助を引き合いに出してもよいというように決定されている⁵⁰。これによって第三者もまた基本権の名宛人になる。自己決定による死の権利は必然的に刑法典216条と216条、13条による自殺援助者の可罰性にも包括的に作用しなければならず、しかも、本件のように、自殺者の寄与と第三者の寄与の両方が行われ、そのうちの（偶々）一方の寄与が他方の寄与よりも速く作用する場合だけでなく、自殺援助が積極的にあるいは受動的に、共同であるいは単独で行われたのかに関わりなく、それらがその限りでBGHとともに全体計画によれば自己決定による死の願望にまさに対応する限りで、自殺の援助のすべての事案に対しても影響を及ぼさなければならない。個別事案を、行為支配及び保障人義務へ関連付けることは、Putz、Peterle、2019年の諸裁判例との比較が示すように、ほとんど適切ではない⁵¹。立法者は求められる法的安定性を確立しなければならず、創出された法を解釈することが判例の義務であり、その裁量による適用は義務ではないのである。

50 再度、BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 - 2 BvR 2347/15 ua = NJW 2020, 905 (908). をみよ。

51 BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = BGHSt 55, 191 = NJW 2010, 2963 (Fall Putz); BGHSt 32, 367 = JZ 1984, 893 (Fall Peterle); BGH, Urteil vom 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18 = NJW 2019, 3089; BGH, Urteil vom 3. 7. 2019 - 5 StR 132/18 = NStZ 2019, 662.

2024年改正EU不公正取引方法 指令の意義と条文訳 ——グリーン移行指令による改正を踏まえて

中 田 邦 博*
カライスコス アントニオス*
古 谷 貴 之*

- I 2024年改正EU不公正取引方法指令の意義
- II 2024年改正EU不公正取引方法指令の条文訳

I 2024年改正EU不公正取引方法指令の意義

1 はじめに

EU消費者法は、周知の通り、1980年代以降急速な展開を見せている¹。その主な目的は、人や物などが自由に移動できる域内市場を確立するために、そのような自由移動に対する障壁の1つであるEU加盟国間の国内法の相違を可能な限り取り除くことにあった。国内法の「平準化」と呼ばれるこの作業は、主として規則や指令（中でも、特に後者）等の採択によっ

* なかたくにひろ 龍谷大学法学部教授

* からいすこすあんとにおす 龍谷大学法学部教授

* ふるたにたかゆき 京都産業大学法学部教授

1 その分析として、中田邦博＝カライスコス アントニオス「EU消費者法の現代化——消費者の権利の実効性確保に向けて」中田邦博＝鹿野菜穂子編『デジタル時代における消費者法の現代化』（日本評論社、2024年）168頁以下を参照。

て着実に進められてきた。特に初期の段階においては、そのために設けられてきた指令は特定の分野や取引類型を対象とする、いわば「垂直的な」ものであり、それによってEU消費者法の断片化という弊害が生じているとの指摘がされるようになった。

そのようなEU消費者法の断片化はEU消費者法の見通しを悪くし、その適用を困難にするものである。そこで、こうした問題を解決するために分野横断的な、つまり「水平的な」指令が必要となった。そのために採択された重要な指令として、不公正取引方法指令2005/29/EC（以下、「不公正取引方法指令」という）²と、消費者権利指令2011/83/EU（以下、「消費者権利指令」という）³を挙げることができる。いずれも消費者取引を対象とするが、前者は、事業者による不公正な取引方法を広く規制するものであり、後者は、事業者の情報提供義務等について定める。後者については別の機会に委ねることとして、本稿は前者のみを扱うものであることをお断りしておく。

2 不公正取引方法指令の意義と改正の経過

不公正取引方法指令は、「消費者に対して事業者が行う取引方法」について、事業者による作為、不作為、行為態様または表示、取引通信（広告

2 不公正取引方法指令およびいくつかのEU加盟国におけるその国内法化の状況を取り扱う文献として、カライスコス アントニオス『不公正な取引方法と私法理論——EU法との比較法的考察』（法律文化社、2020年）がある。また、本稿より前の同指令の翻訳として、中田邦博＝カライスコス アントニオス＝古谷貴之「EUにおける現代化指令の意義と不公正取引方法指令の改正」中田邦博＝鹿野菜穂子編『デジタル時代における消費者法の現代化』（日本評論社、2024年）266頁以下を参照。

3 同指令の翻訳（現代化指令およびグリーン移行指令〔後掲〕による改正よりも前のバージョンに関するもの）として、寺川永＝馬場圭太＝原田昌和訳「2011年10月25日の消費者の権利に関する欧州議会及び理事会指令」中田邦博＝鹿野菜穂子編『消費者法の現代化と集団的権利保護』（日本評論社、2016年）551頁以下がある。

およびマーケティングを含む）であって、消費者への商品の販売促進、販売または供給に直接関係するもの、と定義している（2条（d））。

このように、規制の対象となる不公正な取引方法は、広くマーケティング規制・広告規制の中核となる広範な概念として想定されており、その市場ルールとしての重要性は高く、その検討が必要とされてきた⁴。その後、不公正取引方法指令は、EUの消費者政策のさらなる進展を受けて、2024年に、再び大きく改正されることになった。

まずは、EUでの消費者政策のこうした展開を簡単に説明する。2024年改正は、2020年11月の新消費者アジェンダ⁵にさかのぼることができる。そこでは、いわゆる「グリーンへの移行」の一環として、その目的のひとつとして、EU市場で消費者がより十分に情報を得た上で選択ができるようにするために、商品の持続可能性に関する情報提供のより適切なあり方の確保が課題とされた。そのため、消費者に対して商品の持続可能性についてより良い情報を提供し、かつ、グリーンウォッシュや早期陳腐化（計画的陳腐化とほぼ同義⁶）といった取引方法に対応することを目指す指令の提案が目指された。

また、2020年3月の循環型経済アクション・プランでも同じ指令提案に

4 そのような重要性に鑑みて、中田、カライスコスおよび古谷の3名は、以前に、現代化指令（EU）2019/2161（以下、「現代化指令」という）による改正後の不公正取引方法指令の翻訳を公表したことがある（中田ほか・前掲注（2）。そこでは現代化指令の意義も紹介されている）。現代化指令による改正の概要については、中田＝鹿野編・前掲注（2）のほか、カライスコス アントニオス「現代化指令によるEU消費者法改正の意義」中田＝鹿野編・前掲注（2）204頁以下を参照。

5 同アジェンダの分析として、カライスコス アントニオス「EU新消費者アジェンダの意義」中田＝鹿野編・前掲注（2）187頁以下を参照。

6 ヨーロッパにおける計画的陳腐化について分析する論文として、シュテファン・ヴルブカ（カライスコス アントニオス訳）「計画的陳腐化——ヨーロッパ法の視点からの入門——」消費者法ニュース120号（2019年）266頁以下を参照。

言及されていた⁷。このアクション・プランは、持続可能な発展のためのEUの新たなアジェンダである欧州グリーンディールの主な柱のひとつとされた⁸。アクション・プランにおいて、欧州委員会は、循環型経済への消費者の参加を強化するため、消費者が商品の販売時点で、その寿命や修理サービス、スペア・パーツ、修理マニュアルの有無など、信頼できる適切な情報を得られるようにするためのEU消費者法の改正を提案した⁹。さらに、それによれば、欧州委員会は、グリーンウォッシュや早期陳腐化に対する消費者保護をより強化し、持続可能性に関するラベルやロゴ、情報ツールに関する最低要件を定めることも検討するとされた。

このような流れを受けて、2024年2月に採択されたのが、グリーンへの移行のための消費者のエンパワメントに関する指令（EU）2024/825（以下、「グリーン移行指令」という）である¹⁰。この指令は、商品の耐久性や修理可能性、消費者の法定保証の権利について、消費者に対して販売時点でより良い情報が提供されることを確保するものである。また、グ

7 このアクション・プランの分析として、谷本圭子「消費者法と持続可能性原則——『欧州グリーン・ディール』からの示唆——」立命409号（2023年）411頁以下を参照。

8 欧州グリーンディールについては、谷本・前掲注（7）を参照。

9 谷本・前掲注（7）422頁を参照。また、欧州委員会は、このアクション・プランの中で、スペア・パーツの入手可能性や修理へのアクセス、ICT や電子機器のアップグレードへのアクセスなどに関して、消費者の「修理する権利」を確立することも提案していた。この方針は、2024年6月に成立した、いわゆる修理権指令（EU）2024/1799において、すでに実施されている。同指令については、古谷貴之「EUにおける修理する権利」中田邦博＝若林三奈＝松岡久和編『ヨーロッパ私法・消費者法の現代的課題と日本法』（日本評論社、2025年）37頁以下での紹介と検討がある。

10 同指令による改正については、カライスコス アントニオス「持続可能性と消費者法」法の支配214号（2024年）73頁以下、同「EUにおける環境主張の規制——不正取引方法指令と新たな指令提案を中心に」龍谷56巻4号（2024年）117頁以下、谷本圭子「持続可能な社会を目指すEU消費者法の改正——グリーン移行のための消費者エンパワメント指令（EU）2024/825の公布——」立命416号（2024年）1頁以下を参照。

リーンウォッシュや早期陳腐化に対する消費者保護規定も強化されている。より具体的には、グリーン移行指令は、消費者権利指令と不公正取引方法指令を改正するものであり、これらEUの「水平的な」両指令をグリーンへの移行に適したものにし、欧州グリーンディールの下で気候変動と環境目標を達成するために必要な消費者行動の変化を支援するものである。

グリーン移行指令による不公正取引方法指令の改正は多岐にわたるが（その詳細については、本稿における翻訳をご確認願いたい）、以下では、いくつか主な項目を紹介する。①いかなる場合にも不公正となる取引方法に関する項目である、いわゆる「ブラックリスト」が拡充され、環境主張（環境訴求）や持続可能性に関する項目等が多数追加された。例えば、根拠なくして一般的な環境主張を行うこと、カーボン・オフセットのみに基づいて環境主張を行うこと、早期陳腐化の手法を用いることなどがいかなる場合にも不公正取引方法に該当することが新たに規定された。②環境主張の透明性がより強化された。例えば、将来の環境に貢献するとの主張は、明確で客観的、一般に入手可能で検証可能な行動を約束することに基づくものであって、かつ独立した第三者の専門家によって定期的に検証され、その結果が消費者に提供されるものでなければならないことが定められた。③誤認惹起的取引方法の概念が改められ、特定の取引方法が誤認惹起的であるかどうかの判断に際して、環境的または社会的特性、耐久性、修理可能性、リサイクル可能性などの循環性の側面も考慮することとされた。

今後のステップとして、欧州委員会は、2025年9月27日までに、グリーン移行指令が新設したところの、生産者が提供する商業的耐久性保証に関する統一ラベルおよび法定保証について、統一通知のデザインと内容を定める実施措置（implementing acts）を採択することとなっている。また、EU加盟国は、2026年3月27日までにグリーン移行指令を履行しなければならず、同指令は、2026年9月27日より適用される。

以下のⅡ「2024年改正EU不公正取引方法指令の条文訳」は、今後の比

較法研究の基礎とするため、グリーン移行指令によって改正された不公正取引方法指令2005/29/EC（以下では、この改正後の同指令をいう）を翻訳したものである。本翻訳では、グリーン移行指令によって改正された条文の箇所を、読者の便宜のために☆印および下線によって示すことにした。また、翻訳に際しては、原文を読みやすくするための工夫をおこなった。とくに、原文の立法理由については訳者の方で改行を加えている。

II 2024年改正EU不公正取引方法指令の条文訳

2005年5月11日の域内市場における事業者の消費者に対する不公正取引方法に関する欧州議会及び理事会指令（2005/29/EC）―グリーン移行指令（EU）2024/825による改正後のバージョン

この指令は、理事会指令84/450/EEC、欧州議会及び理事会指令97/7/EC、98/27/EC及び2002/65/EC並びに欧州議会及び理事会規則（EC）No 2006/2004を修正する。

（「不公正取引方法指令」）

（この文書は、欧州経済領域に関わるものである。）

欧州議会及び欧州連合理事会は、
欧州共同体を設立する条約、特に第95条に基づき、
欧州委員会の提案に基づき、
欧州経済社会評議会の意見に基づき¹、
条約「欧州共同体を設立する条約（EC条約）」の第251条に定める手続に従い²、

1 OJ C 108, 30.4.2004, p. 81.

2 2004年4月20日の欧州議会の意見（OJ C 104 E, 30.4.2004, p.260）、2004年

以下の指令を採択した。

理由

(1) 条約第153条第1項及び第3項(a)は、共同体が、条約第95条に基づいて採択する措置により、高水準の消費者保護の確保に貢献することを規定する。

(2) 域内市場は、条約第14条第2項に従い、物品及び役務の自由な移動並びに設立の自由が確保される域内国境のない地域によって構成される。国境を越えた活動の展開を促進するためには、域内国境のない領域における公正な取引方法の発展が不可欠である。

(3) 不公正な取引方法に関する加盟国の法は大きく異なるため、著しく競争を阻害し、域内市場の円滑な機能を妨げる可能性がある。

広告の分野では、誤認惹起広告及び比較広告に関する1984年9月10日の理事会指令84/450/EEC³が認惹起広告に関する法律を平準化するための下限基準を定めるが、加盟国は、消費者に対してより広範な保護を与える措置を維持又は採用することを妨げられない。そのことの帰結として、誤認惹起広告に関する加盟国の法規定の相違が大きくなっている。

(4) これらの相違は、消費者の経済的利益を侵害する不公正な取引方法にどの国内法規定が適用されるかについて不確実性を生じさせるとともに、事業者と消費者にとって多くの障壁を生じさせる。

↘ 11月15日の理事会の共通の見解 (OJ C 38 E, 15.2.2005, p.1)、2005年2月24日の欧州議会の見解 (公刊物未搭載) 及び2005年4月12日の理事会決定。

3 OJ L 250, 19.9.1984, p. 17. 欧州議会及び理事会指令97/55/ECにより改正された指令 (OJ L 290, 23.10.1997, p. 18).

こうした障壁は、特に事業者が国境を越えたマーケティング、広告キャンペーン及び販売促進を行うことを意図する場合等、域内市場の自由を行使しようとする事業者に費用を生じさせる。

このような障壁は、消費者にとっても自己の権利についての不確実性を生じさせ、域内市場に対する消費者の信頼を失わせる。

(5) 共同体レベルでの統一的な規定が存しないときに、国境を越えた役務及び物品の自由な移動並びに設立の自由に対する障害を正当化できるのは、欧州諸共同体司法裁判所の判例法に照らして、公共の利益という一般に承認された目的を保護することを意図し、かつ、その目的に比例する限りにおいてである。

上記の自由に対しての障害となるものは、移動の自由に関する条約の規定及び共同体の第二次法に規定される共同体の目的に照らし、かつ、委員会による政策文書「域内市場における商業通信に関する緑書についての補足」で示された商業通信に関する委員会の政策に従い、除去されるべきである。

これらの障害は、域内市場の適切な機能にとって必要な範囲で、かつ、法的確実性の要求を確保するために、高水準の消費者保護を定める統一的な準則を共同体レベルで策定し、一定の法概念を明確にすることによってのみ除去することができる。

(6) そのため、この指令は、消費者の経済的利益を直接に害し、これによって正当な競争者の経済的利益を間接的に害する不公正取引方法（不公正な広告を含む。）に関する加盟国の法を接近させるものとなる。

この指令は、比例原則に照らし、このような不公正な取引方法による結果が重大である場合に消費者を保護するが、消費者への影響が軽微な場合があることも認める。

この指令は、競争者の経済的利益のみを侵害する不公正取引方法又は事業者間の取引に関係する不公正取引方法についての国内法を対象としたり、これに影響を及ぼしたりすることはない。加盟国は、補完性の原則を十分考慮し、自らそう選択する場合には、共同体法に従い、引き続き当該取引方法を規制することができる。

また、この指令は、事業者の誤認を惹起するが消費者の誤認を惹起しない広告及び比較広告に関する指令84/450/EECの規定を対象としたり、それに影響を及ぼしたりするものでもない。

さらに、この指令は、適切な商品配置、ブランド差別化又は情報を得た上で決定する消費者の能力を損なうことなく、商品に対する消費者の認識に適切に作用し、消費者の行動に影響を与えるインセンティブの提供等の一般に承認された広告やマーケティング活動には影響を及ぼさない。

(7) この指令は、商品に関する消費者の取引上の決定に直接影響を及ぼす取引方法に対処するものである。

この指令は、例えば、年次報告書や会社の目論見書等の投資家を対象とした商用文書を含む、専ら他の目的で行われる取引方法に対処するものではない。

この指令は、加盟国間において大きく異なる道徳及び秩序に関わる法的要求事項に対処するものではない。例えば、路上での商用勧誘等の取引方法は、文化的理由から加盟国において望ましくない場合もある。したがって、加盟国は、自国における取引方法を、これが消費者の選択の自由を制限しない場合であっても、道徳及び秩序の観点から、共同体法に従い、禁止することが引き続きできるべきである。

この指令、特に指令の一般条項を適用する際には、関係する個々の事案の文脈を十分に考慮するべきである。

(8) この指令は、事業者が消費者に対して行う不公正な取引方法から消費者の経済的利益を直接に保護する。これによって、この指令の規定に従わない競争者から公正な事業者を間接的に保護し、その結果、この指令の規定により調整される領域での公正な競争も確保される。

消費者を侵害することはないものの、競争者や事業者の顧客を侵害する可能性のある取引方法も存在することが知られている。

委員会は、この指令の適用範囲を超えた、不公正競争の分野における共同体による措置の必要性を慎重に検討し、必要に応じて、不公正競争のこれらの他の側面に適用される立法提案を行うべきである。

(9) この指令は、不公正な取引方法によって侵害を受けた者が個別の行動を起こすことを妨げない。

また、契約法、知的財産権、健康及び商品の安全、設立の条件及び認可制度に関する共同体及び国内の準則（共同体法に従い、賭博行為に関するものである準則を含む。）、共同体の競争法規定並びにこれを転換する国内法規定の適用も妨げない。したがって、加盟国は、例えば酒類、たばこ又は医薬品に関連して、事業者が拠点を置く地域における消費者の健康及び安全を保護するために取引方法の制限及び禁止を維持し、又は導入することができる。

金融サービス及び不動産は、複雑であり、本来的に重大なリスクがあるため、事業者に対する積極的な義務を含む詳細な要求事項を必要とする。そのため、この指令は、金融サービス及び不動産の分野において、消費者の経済的利益を保護するためにその規定の水準を超えた規定を置く加盟国の権利を否定するものではない。

この指令で貴金属品の純度基準の認証と表示を規制することは適切でない。

(10) 特に不公正な取引方法に関する個別の規定が特定の領域で適用される場合に、この指令と既存の共同体法との関係の一貫性を確保する必要がある。したがって、この指令は、指令84/450/EEC、通信取引契約における消費者の保護に関する1997年5月20日の欧州議会及び理事会指令97/7/EC⁴、消費者の利益の保護のための差止めに関する1998年5月19日の欧州議会及び理事会指令98/27/EC⁵並びに消費者通信金融サービスに関する2002年9月23日の欧州議会及び理事会指令2002/65/EC⁶を改正する。したがって、この指令は、情報提供に関する要求事項や消費者に情報を提供する方法に関する準則等、不公正な取引方法の特定の側面を規律する特定の共同体法の規定がない場合のみに適用される。

この指令は、共同体レベルで特定の領域に関連する法が存在しない場合に消費者を保護し、事業者が商品の性質について誤った印象を与えることを禁じる。これは、特定の金融サービス商品等、消費者にとってのリスクが高い複雑な商品との関係で特に重要である。したがって、この指令は、消費者の経済的利益を害する取引方法に適用される共同体の既得事項（アキacquis）を補完するものである。

(11) この指令を通じて国内法規定が接近し、高度の収斂が達成されることで、高い共通水準の消費者保護がもたらされる。

この指令は、消費者の経済的行動を歪める、そうした不公正な取引方法に共通する一般的禁止を定める。

この指令は、現在、共同体レベルでは規律されない攻撃的な取引方法に関する規定も置いている。

4 OJ L 144, 4.6.1997, p. 19. 後に、指令2002/65/ECによって改正（OJ L 271, 9.10.2002, p. 16）。

5 OJ L 166, 11.6.1998, p. 51. 後に、指令2002/65/ECによって改正。

6 OJ L 271, 9.10.2002, p. 16.

(12) 平準化は、消費者及び事業者の双方にとって法的確実性をかなり高めるものとなる。消費者及び事業者のいずれも、欧州連合全域にわたる不公正な取引方法のあらゆる側面を規律する明確に定義された法概念に基づいて単一の規制枠組みに頼ることができるようになる。これによって、消費者の経済的利益を害する不公正な取引方法に関する規定の断片化から生じる障壁が除去され、この領域における域内市場の完成が可能になる。

(13) 域内市場の障壁を取り除くことによって共同体の目的を達成するためには、加盟国の既存の異なる一般条項及び法原則を置き換える必要がある。そのため、この指令によって確立され共通化される単一の一般的禁止は、消費者の経済的行動を歪める不公正な取引方法に適用される。

一般的禁止は、消費者の信頼を支えるために、事業者と消費者との間の契約外関係又は契約締結後及び契約の履行過程で生じる不公正な取引方法にも等しく適用するべきである。

一般的禁止は、最も一般的な2つの類型の取引方法、つまり誤認惹起的取引方法及び攻撃的取引方法に関する規定により具体化される。

(14) 誤認惹起的取引方法は、消費者を欺くことによって、情報を得た上での効率的な選択を妨げる取引方法（誤認惹起広告を含む。）を含むことが望ましい。この指令は、誤認惹起広告に関する加盟国の法律や実務に従い、誤認惹起的取引方法を誤認惹起作為と誤認惹起不作為に分類する。

この指令は、誤認惹起不作為との関係で、消費者が情報を得た上での取引上の決定を行うために必要な情報を限定的に列挙する。これらの情報はすべての広告で開示される必要はなく、事業者が申込みの誘引を行う場合のみに開示される必要がある。申込みの誘引という基本的概念は、この指令で明確に定義される。

この指令が採用する完全平準化アプローチは、申込みの誘引を行う際に
(龍法 '25) 58-1, 352 (352)

提供されないことが重要な不作為となる特定の商品（コレクター商品や電化商品等）の主要な特徴について、加盟国が国内法で定めることを妨げるものではない。

この指令は、他の商品と類似する商品の広告を禁止して消費者の選択を制限することを意図しない。ただし、商品が類似するために商品の商業的産地に関して消費者を混乱させるおそれがあることによって誤認を惹起する場合は、この限りでない。

この指令は、取引方法の分野における消費者保護を目的とした複数の規制オプションの中での選択を加盟国に明示的に委ねる既存の共同体法〔の適用〕を妨げるものではない。特に、この指令は、個人データの処理及び電子通信分野におけるプライバシーの保護に関する2002年7月12日の欧州議会及び理事会指令2002/58/EC⁷の第13条第3項〔の適用〕を妨げるものではない。

(15) 共同体法が商業通信、広告及びマーケティングについて情報提供に関する要求事項を定める場合、その情報は、この指令の下で重要なものとみなされる。

加盟国は、既存の共同体法における下限条項により許可される場合は、契約法についての情報提供に関する要求事項を維持又は追加することができる。共同体の既得事項（アキacquis）におけるこのような情報提供に関する要求事項は、付表Ⅱで非限定的に列举される。

この指令によって導入される完全平準化が前提となることから、共同体法が要求する情報のみがこの指令の第7条第5項の目的を達する上で重要なものとみなされる。

加盟国が下限条項に基づいて共同体法に明記される情報提供に関する要

7 OJ L 201, 31.7.2002, p. 37.

求事項を超える事項を導入した場合、その追加的情報の不提供は、この指令の誤認惹起不作為とはならない。反対に、加盟国は、共同体法の下限条項により許可される場合には、消費者の個人的な契約上の権利に関する高水準の保護を確保するために共同体法に従った、より厳格な条項を維持又は導入することができる。

(16) 攻撃的取引方法に関する規定は、消費者の選択の自由を著しく害するものとなる、困惑行為、強制（物理的な力を利用することを含む。）及び不当な影響を用いた取引方法に適用するべきである。

(17) 法的確実性をより高めるには、あらゆる状況において不公正とみなされる取引方法を特定することが望ましい。そこで、付表Iに、そのような取引方法を網羅したリストを掲げる。これらは、第5条から第9条までの規定と異なり、個別事例における評価を経ることなく不公正とみなされる取引方法である。この指令の改正によってのみこのリストを変更することができる。

(18) 消費者であれば何人も不公正な取引方法から保護することが適切である。しかしながら、司法裁判所は、指令84/450/EECの制定以降、広告の事件について判決を下す際に、想定される典型的な消費者への広告の影響を検討することが必要であると判示してきた。

この指令は、比例原則に従い、かつ、この指令が定める保護を実効化するために、司法裁判所が解釈したような社会的、文化的及び言語的要因を考慮に入れて合理的に十分な情報を得た、合理的に注意深い平均的消費者を標準とする一方で、不公正な取引方法に対して特に保護を要する特性を持った消費者の搾取を防止することを目的とした規定も置いている。

ある取引方法が特に子どものような特定の消費者集団を対象とする場合

には、その集団の平均的な構成員の視点からその取引方法が与える影響を評価することが望ましい。したがって、あらゆる状況において不公正とみなされる取引方法のリストの中には、子ども向けの広告を完全に禁止するものではなく、購入へ向けた直接の勧誘から子どもを保護する規定を入れることが適切である。

平均的消費者の基準は統計的基準ではない。国内裁判所及び行政機関は、当該の事例において平均的消費者が典型的にどのように反応するかを評価する際に、司法裁判所の判例法を考慮しつつ、独自に判断する必要がある。

(19) 消費者が年齢、身体的又は精神的な脆弱性、軽信性のような一定の特性を持つために、ある取引方法又はこれが基礎に置く商品に対して特に影響を受けやすく、かつ、その消費者の行動のみが当該の取引において歪められ、事業者がこれを合理的に予想できる場合、その集団の平均的な構成員の観点からその取引方法を評価することによって消費者の適切な保護を確保することが適切である。

(20) 特定の経済分野においてこの指令の原則を事業者に効果的に適用できる自主行動規準に役割を与えることが適切である。

事業者の行動を規制する特定の強行規定がある分野では、事業者がその分野における職業上の注意の要求事項に関する証拠も提出することが適切である。

不公正な取引方法を除去するために国内又は共同体レベルで規準責任者が管理を行えば、行政又は司法に頼る必要がなくなるため、そのような管理は奨励されるべきである。

高水準の消費者保護を達成するために、消費者団体に情報を提供し、自主行動規準の策定に関与させることができる。

(21) 国内法においてその事案につき正当な利益を有するとみなされる個人又は団体は、裁判所又は苦情に対して決定を下し適切な法的手続を開始する権限を有する行政機関に対し、不公正取引方法に対する手続を開始するための法的救済手段を付与されなければならない。

証明責任は国内法に従って決定されるが、事業者が行った事実の主張の正当性に関する証拠を事業者に提出させる権限を裁判所や行政機関に与えることが適切である。

(22) 加盟国は、この指令の規定への違反に対し制裁を定めなければならない。かつ、制裁が実効性を持つことを確保しなければならない。制裁は、実効的、比例的かつ抑止的でなければならない。

(23) この指令の目的、つまり、不公正取引方法に関する加盟国の法律、命令及び行政規則を接近させることによって、不公正な取引方法に関する国内法によって生じた域内市場の機能を阻害する障壁を除去し、高い共通水準の消費者保護を達成することは、加盟国では十分に実現することができず、これをより適切に実現できるのは、共同体のレベルである。そのため、共同体は、条約第5条に規定する補完性の原則に従い、措置を採ることができる。

この指令は、条約第5条に規定する比例原則に従い、域内市場の障壁を除去し、高い共通水準の消費者保護を確保するために必要な措置を超えるものではない。

(24) 域内市場の障壁に対処し、かつ、高水準の消費者保護が確保されることを確実にするために、この指令の見直しを行うことが適切である。

こうした見直しの結果、欧州委員会がこの指令を改正する提案を行う可能性があり、その提案は、第3条第5項の適用除外期間の一定の延長、又

は、高い共通水準の消費者保護を確保するために現行のアキを見直すことに関する欧州委員会の消費者政策戦略における公約を反映した他の消費者保護法の改正を含むものとなる。

(25) この指令は基本的権利を尊重し、特に欧州連合基本権憲章で承認された諸原則を遵守する。

第1章 総則

第1条 目的

この指令の目的は、消費者の経済的利益を害する不公正取引方法に関する加盟国の法律、命令及び行政規則を接近させることによって、域内市場の適切な機能に寄与し、高水準の消費者保護を達成することにある。

第2条 定義

この指令において、

- (a) 「消費者」とは、この指令の適用を受ける取引方法において、自己の商業、事業、手工業又は職業以外の目的で行為する自然人をいう。
- (b) 「事業者」とは、この指令の適用を受ける取引方法において、自己の商業、事業、手工業又は職業に関係する目的で行為する自然人又は法人、及び、事業者の名において又は事業者のために行為する者をいう。
- (c) 「商品」とは、物品又は役務をいい、不動産、デジタル・サービス及びデジタル・コンテンツ並びに権利及び義務を含むものをいう。

☆(ca) 「物品」とは、欧州議会及び理事会指令（EU）2019/771¹¹ 第2条（5）に定義する物品をいう。

- (d) 「消費者に対して事業者が行う取引方法」（以下、「取引方法」ともいう。）とは、事業者による作為、不作為、行為態様又は表示、取引通信（広告及びマーケティングを含む。）であって、消費者への商品の販売促進、販売又は供給に直接関係するものをいう。
- (e) 「消費者の経済行動を実質的に歪めること」とは、取引方法を用い

11 Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC (OJ L 136, 22.5.2019, p. 28).

ることによって、消費者が情報を得た上で決定を行う能力を明らかに失わせ、これによって、そうでなければ行わなかったであろう取引上の決定を消費者に行わせることをいう。

- (f)「自主行動規準」とは、加盟国の法律、命令又は行政規則によって課されない取決め又は一連の規約であって、事業者が特定の取引方法又は業種についてこの規準を遵守することを約した場合に、その行動を規律するものをいう。
- (g)「規準責任者」とは、自主行動規準を策定若しくは改定し、又は自主行動規準を遵守することを約した者がその規準に適合して行為することについて監視する責任を負う者（事業者又は事業者団体を含む。）をいう。
- (h)「職業上の注意」とは、事業者の活動分野における誠実な市場慣行又は信義誠実の一般原則に照らして、事業者が消費者に対して用いることが合理的に期待できる特別な技能及び注意の水準をいう。
- (i)「申込みの誘引」とは、用いられた取引通信の手段に照らして適切な方法で商品の特徴及び価格を示し、消費者が購入できるようにする取引通信をいう。
- (j)「不当な影響」とは、消費者に対する優越的地位を利用して、消費者が情報を得た上で決定を行う能力を相当程度に制限する方法で圧力をかけること（有形力の行使又は有形力を行使するとの脅しがない場合を含む。）をいう。
- (k)「取引上の決定」とは、商品の購入、商品に対する一括若しくは分割での支払、商品の保持若しくは処分又は商品に関する契約上の権利の行使をするかどうか、どのようにするか、及びいかなる条件でするかについて、これをするかどうかを問わず、消費者が行う決定をいう。
- (l)「規制専門職」とは、職業活動へのアクセス若しくは営業又は営業

方法の1つが、法律、命令又は行政規則に従って特別の専門職資格を有することに直接又は間接的に条件付けられる1つ又は複数の職業活動をいう。

(m)「ランキング」とは、事業者が提示、整理又は伝達する商品に与えられる相対的序列（提示、整理又は伝達に用いる技術的手段を問わない。）をいう。

(n)「オンライン・マーケットプレイス」とは、事業者によって又は事業者のために運営されるソフトウェア（ウェブサイト、ウェブサイトの一部又はアプリケーションを含む。）を用いたサービスであり、消費者が他の事業者又は消費者と通信取引契約を締結できるものをいう。

☆(o)「環境主張」とは、商業通信の文脈におけるあらゆる形式（ラベル、ブランド名、会社名、商品名を含む。）での連合法又は国内法の下で義務づけられないメッセージ又は表示（テキスト、図、グラフィック又は象徴的表現等）であって、商品、商品カテゴリー、ブランド又は事業者が環境に正の影響を与え、若しくは全く影響を与えないこと、他の商品、商品カテゴリー、ブランド若しくは他の事業者よりも環境への負荷が少ないこと又は時間の経過とともに環境への影響を改善したことを明示又は黙示するものをいう。

☆(p)「一般的な環境主張」とは、書面又は口頭（視聴覚媒体を含む。）で行うあらゆる環境主張であって、持続可能性ラベルに記載せず、かつ、その主張の仕様を同媒体において明確かつ顕著な形で提供しないものをいう。

☆(q)「持続可能性ラベル」とは、環境的若しくは社会的側面又はその双方を参照して、商品、生産過程又は事業を区別し、促進することを目的とする任意のトラスト・マーク、品質マーク又はそれと同等のマーク（公的又は私的なものの別を問わない。）をいう。連合

法又は国内法に従って要求される強行的なラベルは、これに該当しない。

☆(r)「認証スキーム」とは、商品、プロセス又は事業が一定の要件に準拠していることを認証する第三者検証スキームであって、対応する持続可能性ラベルの使用を認め、その要件を含む条件が公開され、かつ、次に掲げる基準を満たすものをいう。

(i) この制度が、その要件に従う意思と能力を持つすべての事業者に対して、透明、公正かつ非差別的な条件で開かれること。

(ii) スキームの要件が、スキーム所有者によって、関連する専門家及び利害関係人と協議の上で策定されること。

(iii) スキームが、スキームの要求事項に対する不遵守に対処するための手続を定め、かつ、スキームの要求事項に対する不遵守があった場合において、事業者による持続可能性ラベルの使用の撤回又は一時停止を規定すること。

(iv) スキームの要求事項が事業者によって遵守されていることの監視が、客観的な手続に従い、かつ、能力並びにスキーム所有者及び事業者の双方からの独立性が国際的、連合的又は国内的な規準に基づいて確保されている第三者によって行われること。

☆(s)「承認された優れた環境パフォーマンス」とは、欧州議会及び理事会規則 (EC) 66/2010¹² 第11条に従って加盟国で公に承認された国内若しくは地域のEN ISO 14024タイプIエコラベリング・スキームに準拠した環境パフォーマンス又は他の適用可能な連合法に従った最高の環境パフォーマンスをいう。

☆(t)「耐久性」とは、欧州議会及び理事会指令 (EU) 2019/771第2条

12 Regulation (EC) No 66/2010 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the EU Ecolabel (OJ L 27, 30.12.2010, p. 1).

(13) に定義する耐久性をいう。

☆(u) 「ソフトウェア・アップデート」とは、指令 (EU) 2019/770¹³ 及び (EU) 2019/771に従って、デジタル要素を伴う物品、デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスを維持するために必要な無料のアップデート (セキュリティ・アップデート又は機能性アップデートを含む。) をいう。

☆(v) 「消耗品」とは、繰り返し使用されるものであって、物品が意図したとおりに機能するために交換又は補充をする必要がある物品の構成部分をいう。

☆(w) 「機能性」とは、指令 (EU) 2019/771第2条 (9) に定義する機能性をいう。

第3条 適用範囲

1. この指令は、商品に関する取引の前に、その際に、又はその後に、消費者に対して事業者が行う、第5条に定める不公正取引方法に適用する。
2. この指令は、契約法 (特に契約の有効性、成立又は効果に関する準則等) に影響を与えない。
3. この指令は、商品の衛生及び安全の側面に関する欧州共同体又は各国の準則に影響を与えない。
4. この指令の規定が不公正取引方法の特定の側面を規制する欧州共同体の他の準則と抵触する場合は、その特定の側面については、後者を優先的に適用する。
5. この指令は、加盟国が、事業者による消費者の自宅への不招請訪問又

13 Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services (OJ L 136, 22.5.2019, p. 1).;

は事業者が消費者に商品の勧誘若しくは販売をする目的で若しくはその結果を意図して企画する小旅行の際の攻撃的若しくは誤認惹起的マーケティング又は販売方法に関して消費者の正当な利益を保護する規定を採用することを妨げない。その規定は、消費者保護に基づいて正当化されるものであり、かつ、比例的及び非差別的でなければならない。

6. 加盟国は、第5項に基づいて採択する国内法規定及びその後の変更を遅滞なく委員会に通知するものとする。委員会は、消費者及び事業者が専用のウェブサイトでこの情報に容易にアクセスできるようにしなければならない。
7. この指令は、裁判所の管轄を定める準則に影響を与えない。
8. この指令は、開業若しくは許認可制度の条件又は職業倫理上の自主行動規準その他共同体法に従って専門家に要求することのできる高水準の誠実さを維持することを目的として規制専門職を規律する特別の準則に影響を与えない。
9. 指令2002/65/ECが定義する「金融サービス」及び不動産に関しては、加盟国は、この指令の接近領域においてこの指令よりも制限的又は厳格な要件を課することができる。
10. この指令は、貴金属加工物の純度の証明及び表示に関する加盟国の法律、命令及び行政規則には、適用しない。

第4条 域内市場

加盟国は、この指令の接近領域に含まれることを理由として、役務を提供する自由又は物品の自由移動を制限することができない。

第2章 不公正取引方法

第5条 不公正取引方法の禁止

1. 不公正取引方法は、禁止する。
2. 取引方法は、次のいずれにも該当する場合に、不公正とする。
 - (a) 取引方法が職業上の注意の要求事項に反すること。
 - (b) 取引方法が到達し、若しくは向けられる平均的消費者の、又は取引方法が特定の消費者集団を対象とするときはその平均的構成員の経済的行動を、当該の商品に関して実質的に歪め、又は歪めるおそれがあること。
3. 取引方法が、明確に特定できる消費者集団のみの経済的行動を実質的に歪めるおそれがあり、かつ、事業者において、その消費者集団が、精神的若しくは身体的な脆弱性、年齢又は軽信性を理由として、その取引方法又はその対象である商品について特に保護を要する*1)ことを予見することが合理的に期待できた場合は、その取引方法は、その集団の平均的構成員の立場から評価する。この規定は、大げさな言明又は言葉通りに受け取られるべきでない言明を用いる一般的かつ適法な広告方法には、適用しない。
4. 特に次のいずれかに該当する取引方法は、不公正とする。
 - (a) 第6条及び第7条に定める誤認惹起的なもの
 - (b) 第8条及び第9条に定める攻撃的なもの
5. 付表Iは、いかなる場合においても不公正とみなされる取引方法のリストを含む。このリストは、すべての加盟国で適用され、この指令の改定によってしか変更することができない。

第1節 誤認惹起的取引方法

第6条 誤認惹起作為

1. 取引方法は、誤った情報を含むことで不実である場合又は次に掲げる要素の1つ若しくは複数に関して、全体としての表現方法を含む何らかの方法によって平均的消費者を誤認させ、若しくは誤認させるおそ

れがある場合（その情報が事実として正確である場合を含む。）において、そのいずれによるものであっても、平均的消費者にこれがなければ行わなかったであろう取引上の決定を行わせ、又は行わせるおそれがあるときは、誤認惹起的であるとみなす。

（a）商品の存在又は性質

☆（b）商品の主な特性（商品の利用可能性、利点、リスク、実行、構成、環境的特性若しくは社会的特性、付属品、循環性の側面（耐久性、修理可能性若しくはリサイクル可能性等）、販売後の顧客支援及び苦情処理、製造方法及び製造日、配送、目的への適合性、使用法、数量、仕様、地理的若しくは商業的出所、その使用から期待される結果又は商品に対して実行されたテスト若しくはチェックの結果及び重要な特徴等）

（c）事業者の約束の範囲、取引方法の動機及び販売過程の性質、事業者若しくは商品に対する直接若しくは間接的な支援又は許認可に関する表示若しくは記号

（d）価格若しくは価格を算定する方法又は価格に関する特別な優遇措置の存在

（e）サービス、部品、取替え又は修補の必要性

（f）事業者又はその代理人の性質、属性及び権利（その者の識別情報及び資産、資格、地位、許認可、提携関係、取引先及び工業、商業、知的所有権又は受賞及び受勲等）

（g）消費者の権利（1999年5月25日の消費者物品売買契約及び付随保証の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令1999/44/EC⁸に定める取替え又は償還を請求する権利を含む。）又は消費者がさらされる可能性のあるリスク

8 OJ L 171, 7.7.1999, p. 12.

2. 取引方法は、その事実関係において、その特徴及び事情を考慮して、次に掲げる場合において、これがなければ行わなかったであろう取引上の決定を平均的消費者に行わせ、又は行わせるおそれがあるときも、誤認惹起的であるとみなす。

- (a) 商品のマーケティング（比較広告を含む。）であって、競争者の商品、商標、商号その他の識別記号との混同を生じさせるとき
- (b) 事業者が拘束されることを約した自主行動規準に含まれる義務を事業者が遵守しない場合において、次のいずれにも該当するとき
 - (i) その義務が目標的なものでなく、強制力を有し、かつ、確認可能であること。
 - (ii) 事業者が、取引方法において、自らが自主行動規準に拘束されることを示していること。
- (c) 加盟国における物品のマーケティング方法であって、商品の組成又は特性に重大な相違があるにもかかわらず、他の加盟国において販売される商品と同一であることを示すとき。ただし、正当かつ客観的である要素に照らして正当化される場合は、この限りでない。

☆(d) 測定可能で期限を付した目標や、資源の配分など実施を支援するために必要なその他の関連要素を含む、詳細かつ現実的な実施計画に定めた、明確で客観的、一般に入手可能で検証可能な約束なく、かつ、独立した第三者である専門家によって定期的に検証され、その結果が消費者に提供されることなく、将来の環境パフォーマンスに関する環境主張を行うこと。

☆(e) 商品や事業のいかなる特徴からも生じず、かつ、無関係なものである、消費者にとっての利益を宣伝すること。

第7条 誤認惹起不作為

1. 取引方法は、その事実関係において、その特徴及び事情並びに通信媒

体の制限を考慮して、平均的消費者が情報を得た上で取引上の決定を行うためにその状況に応じて必要となる重要な情報を提供しなかったことによって、平均的消費者にこれがなければ行わなかったであろう取引上の決定を行わせ、又は行わせるおそれがあるときは、誤認惹起的であるとみなす。

2. 取引方法は、第1項に定める事項を考慮して、事業者が同項に定める重要な情報を隠匿し、不明確で、分かりにくく、多義的で、若しくは時宜に合わない方法で提供し、又は事業者がその取引方法の取引上の意図を示さなかったことによって（ただし、その状況から明らかであったときは、この限りでない。）、平均的消費者に、そのいずれによるものであっても、これがなければ行わなかったであろう取引上の決定を行わせ、又は行わせるおそれがあるときも、誤認惹起的であるとみなす。
3. 取引方法を通信するために用いた媒体が空間又は時間的な制限を伴う場合には、その制限及び消費者が他の手段で情報を入手できるようにするために事業者が講じた措置は、情報を提供しなかったかどうかを判断する際に考慮する。
4. 申込みの誘引については、状況から明らかである場合を除き、次に掲げる情報は、重要であるとみなす。
 - (a) 媒体及び商品について適切である範囲における、商品の主たる特徴
 - (b) 事業者の住所及び識別情報（事業者の商号等）並びに事業者が他の事業者のために行為する場合には、後者の住所及び識別情報
 - (c) 税込価格又は商品の性質上事前に価格を合理的に算定できない場合における価格の決定方法及び運送、配達、郵送に関する追加費用又は事前にその費用を合理的に算定できない場合における追加費用の可能性
 - (d) 支払、配達及び履行の方法（これが職業上の注意の要求事項と異なる

る場合に限る。)

(e) 撤回権又は取消権がある場合の商品及び取引については、その権利の存在

(f) オンライン・マーケットプレイスで提供される商品については、オンライン・マーケットプレイスの提供者に対するその第三者の申告に基づき、その商品を提供する第三者が事業者であるかどうか

4 a. 複数の事業者又は消費者が提供する商品についてキーワード、フレーズ、その他の入力形式でクエリ検索する手段を消費者に提供する場合には、これによる取引が最終的にどこで締結されるかを問わず、検索クエリの結果が表示されるページから直接かつ容易にアクセスできるオンライン・インターフェースの特定のセクションで利用できる一般的情報であって、クエリ検索の結果として消費者に提示される商品のランキングを決定する主要パラメーター及び他のパラメーターとの関係における主要パラメーターの比重に関するものは、重要であるとみなす。この項は、欧州議会及び理事会の規則 (EU) 2019/1150⁹ の第2条(6)に定義するオンライン検索エンジンの提供者には、適用しない。

5. 取引通信(広告及びマーケティングを含む。)に関して共同体法が定める情報提供に関する要求事項(その網羅的でないリストを付表Ⅱに載録する。)は、重要であるとみなす。

6. 事業者が商品に関する消費者レビューへのアクセスを提供するときは、公開されたレビューが実際に商品を使用し、又は購入した消費者からのものであることを事業者が確保するかどうか、及びどのように確保するのかに関する情報は、重要であるとみなす。

9 オンライン仲介サービスのビジネスユーザーの公正性及び透明性の促進に関する2019年6月20日の欧州議会及び理事会の規則(EU) 2019/1150(OJL 186, 11.7.2019, p. 57)

☆7. 事業者が、商品を比較するサービスを提供し、商品又はその供給者の環境的若しくは社会的特性、又は耐久性、修理可能性、リサイクル可能性などの循環的側面に関する情報を消費者に提供する場合に、比較の方法、比較の対象である商品及びその商品の供給者に関する情報並びにその情報を最新に保つための措置は、重要な情報とみなす。

第2節 攻撃的取引方法

第8条 攻撃的取引方法

取引方法は、その事実関係において、その特徴及び事情を考慮して、商品に関する平均的消費者の選択又は行動の自由を著しく歪め、又は歪めるおそれがある困惑行為、強制（有形力の行使を含む。）又は不当な影響によって、平均的消費者にこれが行わなければ行わなかったであろう取引上の決定を行わせ、又は行わせるおそれがあるときは、攻撃的であるとみなす。

第9条 困惑行為、強制及び不当な影響の行使

取引方法が、困惑行為、強制（有形力の行使を含む。）又は不当な影響を用いるものであるかどうかを判断するには、次に掲げる事情を考慮しなければならない。

- （a）取引方法の時期、場所、性質又は執拗さ
- （b）威嚇的又は攻撃的な言葉又は態度を用いたこと。
- （c）事業者が、商品に関する消費者の決定に影響を与えるために、消費者の判断を歪めるほどに重大であり、かつ、事業者が認識する特別の不運又は事情につけ込んだこと。
- （d）消費者が契約上の権利（契約を解消する権利又は他の商品に取り替え、若しくは他の事業者に変更する権利を含む。）を行使する際に、事業者が、契約に基づかない過剰な又は均衡を欠く負担で妨害をし

たこと。

(e) 適法ではない行為をするとの脅し

第3章 自主行動規準

第10条 自主行動規準

この指令は、第11条に定める裁判所又は行政手続に加えて設けたものである限りにおいて、加盟国が推奨することのできる規準責任者による不公正取引方法の審査及び同条に定める者又は団体による審査機構に対する不服申立を妨げない。

審査機構に対する不服申立は、第11条に定める司法上又は行政上の不服申立方法の行使を妨げない。

第4章 最終規定

第11条 実効性確保

1. 加盟国は、消費者の利益においてこの指令の規定を遵守させるために、不公正取引方法を抑止する相当かつ効果的な手段を確保しなければならない。

その手段は、各国法において不公正取引方法を抑止する正当な利益を有する者又は団体（競争者を含む。）が、次に掲げることの1つ又は全部を行使することを定める法令上の規定を含む。

- (a) 不公正取引方法に対して訴えを提起すること。
- (b) 苦情に対して決定を下し、又は適切な法的手続を開始する権限を有する行政機関に不公正取引方法を付託すること。

これらの手続のいずれを利用できるものとするか、及び裁判所又は行政機関が他に設けられた苦情処理手段（第10条に定めるものを含む。）への事前の付託を求めることができるものとするかどうかは、各加盟国が決定する。その手続は、被害を受けた消費者が、事業者の営業所がある加盟国

又は他の加盟国のいずれに所在するかを問わず利用することができるものでなければならない。

次に掲げる事項は、いずれも各加盟国が決定する。

- (a) 法的手続を、同一の経済部門に属する複数の事業者に対して個別に又は併合して行うことができるかどうか。
- (b) 自主行動規準が法令上の要求事項の不遵守を助長する場合に、法的手続を、規準責任者に対して行うことができるかどうか。

2. 加盟国は、第1項に定める法令上の規定に基づいて、関連する利益及び特に公共の利益を考慮して、次に掲げる措置が必要であると認める場合には、実際の損失若しくは損害の証明又は事業者側の故意若しくは過失の証明がないときであっても、裁判所又は行政機関にこれを行う権限を付与しなければならない。

- (a) 不公正取引方法の停止を命ずること又は不公正取引方法の停止命令のための適切な法的手続を行うこと。
- (b) 不公正取引方法がまさに実行されようとしている場合には、その取引方法の禁止を命ずること又はその取引方法に対する禁止命令のための適切な法的手続を行うこと。

加盟国は、本項第1文に定める措置を、次に掲げる迅速審理手続のいずれかによって講じるための規定を置かなければならない。

—仮の効果を伴うもの

—確定的な効果を伴うもの

加盟国は、そのいずれかを選択することができる。

さらに、加盟国は、終局的判断によってその停止を命じた不公正取引方法のおお継続する効果を除去することを目的として、裁判所又は行政機関に次に掲げる権限を付与することができる。

- (a) 裁判所又は行政機関が適切と考える形式で、判断の全部又は一部の公表を要求すること。

(b) さらに、訂正文の公表を要求すること。

3. 第1項に定める行政機関は、次に掲げる条件を満たさなければならない。

(a) 公平性に疑念を生じない組織構成のものであること。

(b) 行政機関が苦情に対して判断を下した場合に、その判断の遵守を効果的に監視し、かつ、実効化するために適切な権限を有すること。

(c) 原則として、その判断に理由を付すこと。

第2項に定める権限が行政機関によってのみ行使される場合は、常に判断の理由を付さなければならない。さらに、この場合においては、行政機関による不適切若しくは不合理な権限行使又は不適切若しくは不合理な権限不行使が司法上の審査の対象となる手続のための規定を置かなければならない。

第11a条 救済

1. 不公正取引方法によって被害を受けた消費者は、比例的かつ効果的な救済（消費者が被った損害の賠償及び該当する場合には代金の減額又は契約の解消を含む。）を利用することができなければならない。加盟国は、その救済の適用要件及び効果を定めることができる。加盟国は、必要に応じて、不公正取引方法の重大性及び性質、消費者が被った損害その他の関連する状況を考慮することができる。
2. 第1項に定める救済は、連合法又は国内法に基づき消費者が利用することができる他の救済の適用を妨げない。

第12条 裁判所及び行政機関による主張の正当性の実証

加盟国は、第11条に定める民事又は行政手続において、次に掲げる権限を裁判所又は行政機関に付与しなければならない。

(a) 事業者その他手続の当事者の正当な利益を考慮して、その要求が事

件の事情に照らして適切であると認めるときは、取引方法に関する事実の主張の正確性についての証拠を提出するよう事業者に要求すること。

- (b) (a) に従って要求した証拠が提出されず、又は裁判所若しくは行政機関によって不十分と判断された場合に、事実の主張が正確でないものとみなすこと。

第13条 制裁

1. 加盟国は、この指令に基づいて採択した国内法規定に対する違反について制裁規定を定め、その規定を実施するために必要な措置を講じなければならない。その制裁規定は、実効性、均衡及び抑止力のあるものでなければならない。
2. 加盟国は、例示的であり、かつ、指標となる、次に掲げる基準が制裁の賦課にあたり考慮されることを確保しなければならない。
 - (a) 違反の性質、重大性、規模及び期間
 - (b) 消費者が被った損害を軽減又は救済するために事業者がとった行動
 - (c) 事業者による過去の違反
 - (d) 関連するデータを利用することができるときは、違反によって事業者が獲得した経済的利益又は回避した損失
 - (e) 欧州議会及び理事会の規則 (EU) 2017/2394¹⁰ によって確立されたメカニズムを通じてそのような制裁に関する情報を利用することができるときは、他の加盟国における同じ違反に対して事業者に課された制裁
 - (f) 当該の事案の状況に適用されるその他の嚴罰化要因又は軽減要因

10 消費者保護法の実効性確保に関する各国当局間の協力及び規則 (EC) No2006/2004 (OJ L 345, 27.12.2017, p. 1) の廃止に関する2017年12月12日の欧州議会及び理事会規則 (EU) 2017/2394

3. 加盟国は、規則（EU）2017/2394第21条に基づいて制裁が課されるときは、その制裁に行政手続を通じて罰金を課す可能性、罰金を課するための法的手続を開始する可能性又はその両方の可能性があること及び罰金の最高額が該当する1つ又は複数の加盟国における事業者の年間売上高の4%以上になることを確保しなければならない。加盟国は、その規則の適用を妨げることなく、国内の憲法上の理由から、罰金の賦課を次に掲げる場合に限らせることができる。
- （a）この指令の第6条、第7条、第8条、第9条及び付表Iの違反
 - （b）取引方法が（a）に定める違反に該当しない場合において、国内の所管当局又は裁判所が不公正であるとみなす取引方法を事業者が継続的行うとき
4. 第3項に基づいて罰金が課される場合において、事業者の年間売上高に関する情報を入手することができないときは、加盟国は、罰金を課する手段を導入するものとし、その最高額を200万ユーロ以上としなければならない。
5. 加盟国は、2021年11月28日までに、第1項に定める規定及び措置を委員会に通知し、かつ、遅滞なく、これに影響するその後の改正を委員会に通知しなければならない。

第14条 指令84/450/EECの修正

[略]

第15条 指令97/7/EC及び2002/65/ECの修正

[略]

第16条 指令98/27/EC及び規則（EC）No 2006/2004の修正

[略]

第17条 情報提供

加盟国は、この指令を国内法化する各国法を消費者に周知するための適切な措置を講じ、かつ、適切である限り、事業者及び規準責任者に対してその自主行動規準を消費者に周知するよう促さなければならない。

第18条 改定

1. 委員会は、2011年6月12日までに、この指令（特に消費者保護に関する共同体法のさらなる平準化及び簡素化を目指す第3条第9項並びに第4条及び付表I）の適用、及び、第3条第5項に照らして、適切な消費者保護の水準が維持されることを確保するために共同体が講ずべき措置に関する総括報告書を欧州議会及び理事会に提出しなければならない。この報告書は、必要な場合には、この指令その他関連する共同体法を改定するための提案を伴うものとする。
2. 欧州議会及び理事会は、委員会が第1項に基づいて提案を示した時から2年以内に、条約〔欧州共同体を設立する条約（EC条約）〕に従って、措置を講ずるよう努めなければならない。

第19条 国内法化

加盟国は、2007年6月12日までに、この指令を遵守するために必要な法律、命令及び行政規則を採択し、公布しなければならない。加盟国は、これについて委員会に直ちに報告し、その後の改正を遅滞なく委員会に報告しなければならない。

加盟国は、2007年12月12日までにその法令を施行しなければならない。加盟国は、その法令を採択するときに、この指令に基づくものであることを法令の中で又は法令を官報に掲載する際に明示しなければならない。明示の仕方については、加盟国の判断に委ねる。

第20条 発効

この指令は、EU官報における公布の翌日に発効する。

第21条 名宛人

この指令は、加盟国を名宛人とする。

- * 1) 本文の“vulnerable”は、わが国では一般的に「脆弱な」と訳出されることが多いが、本翻訳では「特に保護を要する」という訳語を用いた。それは次のような理由による。本条では、消費者が「vulnerable」となるのは、特定の理由に基づいて、かつ、特定の商品や取引との関係においてである。そこでは、「vulnerable」は、人の一般的な性質としての意味で用いられてはいない。仮に「脆弱な」と訳出すると、そのグループに属する「消費者」がそうした人的性質を一般的に、そして本来的に有しているとの印象を与えるおそれがあるように思われた。そこで、一般的な人的性質という意味ではないことを明確にするために、「特に保護を要する」と訳出した方が適切であろうと考えた。

付表 I

あらゆる状況において不公正とみなされる取引方法

誤認惹起的取引方法

1. 事業者が、事実とは異なり、自主行動規準の署名者であると主張すること。
2. 必要な許認可を得ていないにもかかわらず、トラスト・マーク、クオリティ・マークその他同様のものを表示すること。
- ☆2 a. 認証スキームに基づかず、又は公的機関によって確立されていない持続可能性ラベルを表示すること。
3. 事実とは異なり、自主行動規準が公的機関その他の団体から認定を受けたと主張すること。
4. 事業者（その取引方法を含む。）若しくは商品が、事実とは異なり、公的機関若しくは民間団体から認可、認定若しくは許可を受けたと主張し、又は事業者若しくは商品が認可、認定若しくは許可の条件を遵守しないにもかかわらず、そのように主張すること。
- ☆4 a. 事業者が、主張に関連する承認された優れた環境パフォーマンスを示すことができないにもかかわらず一般的な環境主張をすること。
- ☆4 b. 商品の特定の側面又は事業者の事業における特定の活動のみに実際に関係するものであるにもかかわらず、商品全体について環境主張をすること。
- ☆4 c. 商品が温室効果ガス排出の面で環境に与える影響について、これが中立的、削減的又は肯定的なものであることを、温室効果ガス排出のオフセットに基づいて主張すること。
5. 事業者が、その商品、商品の広告規模及び提供価格に照らして合理的な期間並びに合理的な数量について、その価格でその商品若しくはその同等品を供給すること又はこれを他の事業者に供給させることがで

きないと思う合理的な根拠を開示せずに、特別価格で商品を購入するよう勧誘すること（おとり広告）。

6. 特別価格で商品を購入するよう勧誘しながら、次に掲げるいずれかをする事。

（a）消費者に広告された商品を見せることを拒否すること。

（b）広告された商品を合理的な期間内に受注し、若しくはこれを引き渡すことを拒否すること。

（c）別の商品を販売促進することを意図して、広告された商品の欠陥ある見本を提示すること（おとり商法）。

7. 直ちに決定をさせ、情報を得た上で選択をする十分な機会又は時間を消費者から奪うことを目的として、非常に限られた期間のみ又は非常に限られた期間に特別な条件のみで商品を購入することができる旨の虚偽の表示をすること。

8. 事業者が、取引前に自己の所在する加盟国の公用語ではない言語で通信を行った消費者に対してアフターサービスを提供することを約したにもかかわらず、そのサービスを他の言語のみで利用できるものとし、かつ、消費者に対してそのことを消費者がその取引を行う前に明確に開示しないこと。

9. 事実とは異なり、商品を適法に販売できると表明し、又はそのような印象を与えること。

10. 法律が消費者に与える権利を、事業者の申入れの顕著な特徴として示すこと。

☆10 a. 連合の市場における関連商品カテゴリーのすべての商品に対して法が課す要求事項を、事業者の申込みの特徴として提示すること。

11. 商品を販売促進するためにメディアの編集コンテンツを使用し、かつ、その販売促進のために事業者が代金を支払ったにもかかわらず、そのことをコンテンツの中で又は消費者が明確に見分けることができる映

像若しくは音声によって明確にしないこと（記事広告）。この規定は、理事会指令89/552/EECⁱの適用を妨げない。

- 11 a. 検索結果内の商品のランキング上位を達成するために有料広告であること又は特別な支払をしていることを明確に開示することなく、消費者のオンライン検索クエリに検索結果を提供すること。
12. 消費者が商品を購入しない場合における、消費者又はその家族の身の安全に対する危険の性質及び範囲について実質的に誤った主張をすること。
13. 特定の製造業者が製作したものに類似する商品を販売促進し、その際に、その製造業者が、事実とは異なり、その商品を製作したと消費者が思うように意図的に誤認を惹起すること。
14. ピラミッド型の販売促進スキームが、消費者が償金を受ける機会を得るために対価を支払い、かつ、その償金が商品の販売や消費によってではなく、主として他の消費者をそのスキームに引き入れることによって獲得されるものである場合において、これを開設、運営又は促進すること。
15. 事業者が、事実とは異なり、今にも営業を終了し、又は営業所を移転しようとしていると主張すること。
16. 商品によって、運で決まるゲームに勝つことが容易になると主張すること。
17. 商品が病気、機能障害又は奇形を治癒するものであるとの虚偽の主張をすること。

i Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (OJ L 298, 17.10.1989, p. 23). Directive as amended by Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 202, 30.7.1997, p. 60) [テレビ放送指令 89/552/EEC。後に、指令97/36/ECによって改正]。

18. 消費者に通常の市場条件よりも不利な条件で商品を取得させることを意図して、市場条件又は商品を見付ける可能性に関して実質的に誤った情報を提供すること。
19. 取引方法において競争による選抜又は懸賞を提供すると主張しながら、所定の賞品又はその合理的な同等品を与えないこと。
20. 取引方法に対する応答又は物品の受領若しくは引渡しのための支払について不可避免的に生じる費用以外のものを消費者が支払わなければならないにもかかわらず、商品が「gratis（無料）」、「free（無料）」、「without charge（課金なし）」であるとの表示その他これに類する記載をすること。
21. マーケティング資料の中に、事実とは異なり、既にその商品を注文したとの印象を消費者に与える請求書その他支払を求める類似の文書を含ませること。
22. 事業者が、自己の商業、事業、手工業若しくは職業に関係する目的で行為しないと虚偽の主張をし、若しくはそのような印象を与えること又は自己が消費者であるとの虚偽の表示をすること。
23. 商品が販売された加盟国以外の加盟国においても商品に関するアフターサービスを利用することができるとの虚偽の印象を与えること。
- 23 a. 個人が購入できるイベント・チケットの数に課される制限又はそのチケットの購入に適用されるその他の準則を回避するために自動化された手段を用いて事業者がチケットを取得し、そのチケットを消費者に転売すること。
- 23 b. 実際に商品を使用し、又は購入した消費者からのものであることを確認するための合理的かつ比例的な措置を講じることなく、商品のレビューがその消費者によって提供されることを示すこと。
- 23 c. 商品を宣伝する目的で、虚偽の消費者レビュー若しくは推奨又は不実の消費者レビュー若しくは社会的推奨を投稿し、又は別の法人若し

くは自然人に投稿させること。

☆23 d. ソフトウェア・アップデートがデジタル要素を伴う物品の使用又はその商品の特定の機能に悪影響を与えることについて、消費者に情報を提供しないこと。

☆23 e. 機能を向上させるのみであるソフトウェア・アップデートを、必要不可欠であるかのように提示すること。

☆23 f. 物品の耐久性を制限するために導入された特性を有する物品について、その特性及びこれが物品の耐久性に及ぼす影響に関する情報が事業者にとって入手可能であるにもかかわらず、その物品について商業通信を行うこと。

☆23 g. 通常の使用条件において、物品が使用期間や使用強度について特定の耐久性を有するとの虚偽の主張をすること。

☆23 h. 修理が不可能であるにもかかわらず、修理が可能であるかのように物品を提示すること。

☆23 i. 技術的な理由から、物品の消耗品を必要以上に早く交換し、又は補充するように消費者を誘導すること。

☆23 j. 元の製造業者が供給していない消耗品、スペア・パーツ又は付属品を使用した場合に、物品の機能性を損なうことに関する情報を隠し、又は機能性を損なうとの虚偽の主張をすること。

攻撃的取引方法

24. 消費者が、契約が成立するまで営業所から退去することができないとの印象を与えること。

25. 退去し、又は再訪問しないように消費者が求めたにもかかわらず、これに反して消費者の自宅への個人的訪問を行うこと。ただし、各国法が、契約上の債務を履行させるためにこれを認める場合及び範囲については、この限りでない。

26. 電話、ファクシミリ、電子メールその他の通信手段を用いて執拗かつ不招請の勧誘行為をすること。ただし、各国法が、契約上の債務を履行させるためにこれを認める場合及び範囲については、この限りでない。この準則は、指令97/7/EC第10条並びに指令95/46/ECⁱⁱ及び2002/58/ECの適用を妨げない。
27. 保険契約に基づいて支払を請求しようとする消費者に対して、その請求が有効であるかどうかに関連すると合理的に考えられない文書を提出するよう要求し、又は消費者が自己の契約上の権利を行使することを断念させることを目的として、適切な問合せに対して全く応答しないこと。
28. 広告の中で、子どもに対して、広告商品を購入するよう直接に促し、又は子どものために広告商品を購入することを親その他の成人に説得するよう直接に促すこと。この規定は、テレビ放送に関する指令89/552/EEC第16条の適用を妨げない。
29. 消費者が注文しなかったにもかかわらず事業者が供給した商品について支払（期限の利益を付与したかどうかを問わない。）又は返品若しくは保管を求めること（押しつけ販売）。ただし、その商品が指令97/7/EC第7条第3項に従って供給された代物である場合は、この限りでない。
30. 消費者がその商品又は役務を購入しなかった場合には、事業者が失職するおそれ又は生計を維持することができないおそれがあることを消費者に対して明示すること。

ii Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ L 281, 23.11. 1995, p. 31). Directive as amended by Regulation (EC) No 1882/2003 (OJ L 284, 31.10.2003, p. 1) [個人データ指令95/46/EC。後に、規則 (EC) No 1882/2003によって改正].

31. 次に掲げるいずれかの事実があった場合において、消費者が賞品その他これと同等の利益を既に取得しており、将来において取得し、又は特定の行為をすることで取得することができるとの誤った印象を受けたとき。

—賞品その他これと同等の利益が存在しないこと。

—賞品その他これと同等の利益を請求する行為をするためには、消費者が金銭を支払い、又は費用を負担することが条件となること。

付表Ⅱ

[略]

*訳者付記

不正取引方法指令の実務的な運用を知るためには、欧州委員会によって公表された不正取引方法指令の実施および適用に関するガイダンス（2009年版：Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, SEC（2009）1666 finalおよび2016年更新版：Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, SWD（2016）163 final）の分析が必要となる。

このガイダンスは、不正取引方法指令の適切な適用を促進することを目的として欧州委員会の担当部局によって作成されているが、必ずしも欧州委員会の公式見解を反映したものではない。しかも、それは、同指令の主要な概念および規定に関する指針を提供することを目的としており、法的な拘束力を有するものではないとされている。しかしながら、欧州連合司法裁判所および加盟国裁判所の関連判例および行政当局による執行の具体例も集約しており、実務上の利用価値が高いものと評価されている。今後の不正取引方法指令の研究においては、とくにガイダンスとの関係に

資 料

おけるさらなる検討が不可欠であることを指摘しておきたい。この点について、カライスコス・前掲注(2)34頁などを参照。

本研究は、JSPS科研費25K04875および24K04678の助成を受けたものである。

~~~~~  
**法学会消息**  
~~~~~

〈人 事〉

- 鈴木龍也教授は、2025年3月31日をもって退職した。
- 木村幹雄教授は、2025年4月1日をもって着任した。
- 吉内佑実准教授は、2025年4月1日をもって着任した。
- 後藤彰子講師は、2025年4月1日をもって着任した。

2 2024年度龍谷大学法学会決算報告
＜一般会計＞

収入の部2024/4/1～2025/3/31単位:円

項 目		2024年度決算	2024年度予算	増減
前年度繰越金		8,822,181	8,822,181	0
当 年 度 収 入	新入生会員費	8,154,000	8,246,000	-92,000
	編転入生会員費 * 1			
	大学院生会員費			
	在学生会員費 * 2			0
	教職員会員費	144,000	144,000	0
	賛助会員費(投稿料含む)	12,000	0	12,000
雑収入		4,000	0	4,000
当年度収入額 計		8,314,000	8,390,000	-76,000
前期末前受金 * 3		-1,600,000	-1,600,000	0
前受金 * 4		1,864,000	1,600,000	264,000
合 計		17,400,181	17,212,181	188,000

- * 1: 当年度入学生の入会金・会費
- * 2: 前年度以前入学生の会費
- * 3: 資金残高を期末現預金に合わせるための資金調整勘定
- * 4: 次年度入学生の入会金・会費(当年度末に入金される)
- * 5: HP作成運用経費(pdf作成経費)

一般会計 残高	9,397,134 円	
特別会計 残高	17,334,700 円	
合計	26,731,834 円	2025年3月31日現在

＜特別会計＞

60周年積立金 * 6	4,000,000 円
別途積立金	13,334,406 円
雑収入 * 7	294 円
合計	17,334,700 円

- * 6: 2017～2026年度(10年間)に60周年積立金として毎年度50万円を積立予定。
- * 7: 2024年度定期預金により発生した利息(一般会計より)

支出の部

単位:円

項 目		2024年度決算	2024年度予算	増 減
事業活動費	研究活動費(研究会)	252,392	1,000,000	-747,608
	学会誌発行費	4,814,481	5,777,000	-962,519
	1) 印刷製本費	1) 3,743,960	1) 4,057,000	1) -313,040
	2) 原稿料	2) 955,000	2) 1,440,000	2) -485,000
	3) 発送費	3) 64,921	3) 180,000	3) -115,079
	4) 電子化費 * 5	4) 50,600	4) 100,000	4) -49,400
	5) その他	5) 0	5) 0	5) 0
	法律相談補助費	500,000	500,000	0
	学術活動費	0	400,000	-400,000
	学習活動費	689,090	1,000,000	-310,910
	法学論集刊行費	924,650	800,000	124,650
	演習論集刊行費	731,824	800,000	-68,176
	その他	90,610	100,000	9,115
	計	8,003,047	10,377,000	-2,373,953
事務費	会議費	0	20,000	-20,000
	印刷費	0	0	0
	通信費	0	20,000	-20,000
	用品費	0	0	0
	消耗費	0	70,000	-70,000
	人件費	0	0	0
	計	0	110,000	-110,000
当年度支出額 計		8,003,047	10,487,000	-2,483,953
次年度繰越金(普通預金期末残高)		9,397,134	6,725,181	2,671,953
予備費		0	0	0
合 計		17,400,181	17,212,181	188,000

2024年度 法学会支出明細

番号は執行順

研究活動費				1,000,000
(講師代等)	11	10月24日	法学会研究会開催に伴う講師謝礼(10月10日)	15,000
	12	10月24日	法学会研究会開催に伴う講師宿泊費(10月10日)	10,000
	14	11月19日	法学会研究会開催に伴う講師謝礼(11月21日)	33,333
	15	11月15日	法学会研究会開催に伴う講師謝礼(11月15日)	33,333
	16	12月5日	法学会研究会開催に伴う講師謝礼(11月21日)	10,000
	17	12月5日	法学会研究会開催に伴う講師交通費(11月21日)	29,060
	18	12月5日	法学会研究会開催に伴う講師謝礼(11月21日)	15,000
	46	3月27日	法学会研究会開催に伴う講師謝礼(3月31日)	10,000
	47	3月27日	法学会研究会開催に伴う講師謝礼(3月31日)	30,000
	48	3月31日	法学会研究会開催に伴う講師謝礼(3月31日)	33,333
	49	3月31日	法学会研究会開催に伴う講師謝礼(3月31日)	33,333
計				252,392
(研究会費)				
計				0
研究活動費計				252,392

学会誌発行費				5,777,000
(印刷製本費)	4	8月9日	『龍谷法学』第57巻第1号 並製本400部	722,920
	9	11月8日	『龍谷法学』第57巻第2号 並製本400部	535,920
	25	1月10日	『龍谷法学』第57巻第3号 並製本400部	645,920
	39	3月14日	『龍谷法学』第57巻第4号 並製本400部 上製本27部	1,839,200
	計			3,743,960
(原稿料)	3	7月11日	『龍谷法学』第57巻第1号執筆者への原稿料支出	233,000
	8	10月10日	『龍谷法学』第57巻第2号執筆者への原稿料支出	128,000
	24	12月26日	『龍谷法学』第57巻第3号執筆者への原稿料支出	136,000
	35	3月19日	『龍谷法学』第57巻第4号執筆者への原稿料支出	418,000
	50	3月26日	『龍谷法学』第57巻第4号執筆者への原稿料支出	40,000
	計			955,000
(電子化費)	5	8月9日	『龍谷法学』第57巻第1号 PDF製作費	12,650
	10	11月8日	『龍谷法学』第57巻第2号 PDF製作費	12,650
	26	1月10日	『龍谷法学』第57巻第3号 PDF製作費	12,650
	40	3月14日	『龍谷法学』第57巻第4号 PDF製作費	12,650
	計			50,600
(発送料)	38	3月13日	『法学論集』第54巻執筆者抜き刷り送付用レターバックプラス12部、返信用切手1円 14	7,201
	44	3月27日	『龍谷法学』第57巻第1号～第4号送付用切手100円×1枚、500円×90枚 他大学等学外発送および執筆者宛て送付用	45,100
	45	3月27日	『龍谷法学』第57巻第1号～第4号送付用切手40円×278枚、50円×30枚 他大学等学外発送用	12,620
計				64,921
学会誌発行費計				4,814,481

法律相談活動補助費		500,000
振1 12月12日	2024年度無料法律相談開催に伴う助成金 開催地:広島県 日程:2024年9月29日	500,000
法律相談活動補助費計		500,000

学術活動費	400,000
学術活動費計	0

学習活動費		1,000,000
1 5月2日	特定非営利活動法人 法律専門秘書教育協会 2023年度会費(2023年度請求漏れに伴う支払い)	100,000
2 6月27日	特定非営利活動法人 法律専門秘書教育協会 2024年度会費	100,000
6 7月18日	龍谷大学・立命館大学日本法制史合同ゼミへの助成(6月30日)	56,000
13 11月14日	2024年度刑事法系合同討論会に伴う助成金(11月16日)	112,000
19 12月12日	2024年度司法試験合格者奨励金 1名(福留 崇弘)	30,000
20 12月26日	第31回インターカレッジ民法討論会における交通費・謝礼(12月15日)	15,000
21 12月26日	第31回インターカレッジ民法討論会における昼食代(教員9名)	10,070
22 12月26日	第31回インターカレッジ民法討論会における昼食代(学生13名)	8,020
23 12月26日	龍谷大学・立命館大学日本法制史ゼミ合同卒論構想発表会への助成(12月14日)	48,000
27 1月16日	第31回インターカレッジ民法討論会への助成(12月15日) 九州大・京都産業大・法政大・山形大との合同開催	86,000
33 3月6日	法学部卒業生内成績優秀者への表彰助成(図書カード購入代)	60,000
37 3月7日	第31回インターカレッジ民法討論会への助成(12月15日) 九州大・京都産業大・法政大・山形大との合同開催	64,000
学習活動費計		689,090

法学論集刊行費		800,000
32 3月6日	『法学論集－学生論集－』第54巻 900部	804,650
34 3月6日	『法学論集－学生論集－』第54巻 執筆者への謝礼(図書カード購入代)	120,000
法学論集刊行費計		924,650

予算額計	10,487,000
執行額計	8,003,047
次年度繰越金	
予備費	0
総計	8,003,047

龍谷大学法学会会則

制 定	1968年（昭和43年）	4月 1日
一部改正	1972年（昭和47年）	4月 1日
	1973年（昭和48年）	4月 1日
	1975年（昭和50年）	6月18日
	1995年（平成 7 年）	5月10日
	2004年（平成16年）	12月 1日
	2007年（平成19年）	4月 1日
	2017年（平成29年）	4月 1日
	2021年（令和 3 年）	9月22日

第1条（名称） 本会は、龍谷大学法学会と称する。

第2条（事務所） 本会の事務所は、龍谷大学法学部内に置く。

第3条（目的） 本会は、法学・政治学を中心とする研究及びその促進をはかることを目的とする。

第4条（事業） 前条の目的を達成するため、本会は次の事業を行う。

- （1） 定期的研究会及び学術講演会の開催
- （2） 機関誌その他出版物の編集及び発行
- （3） その他本会が必要と認めた事業

第5条（会員） 本会は、普通会员、名誉会員及び賛助会員をもって組織する。

2 次の者を普通会员とする。

- （1） 本学法学部の教授、准教授、専任講師及び助教
- （2） 本学大学院法学研究科の学生
- （3） 本学法学部の学生
- （4） その他評議員会の承認した者

3 評議員会の承認した者を名誉会員とすることができる。

4 本会の目的に賛同し、その事業を援助する者で、評議員会の承認した者を賛助会員とする。

第6条（評議員会） 本会に評議員会を置く。

2 評議員会は、第4条所定の事業遂行に必要な事項を協議決定する。

3 評議員会は、法学部の教授、准教授、専任講師及び助教をもって構成する。

第7条（役員） 本会に次の役員を置く。

- (1) 会 長 1名
- (2) 副 会 長 1名
- (3) 編 集 委 員 3名
- (4) 庶 務 委 員 2名
- (5) 会 計 委 員 1名
- (6) 会計監査委員 1名

2 役員は、評議員会において互選する。

第8条（業務） 役員は、次の業務を行う。

- (1) 会長は、本会を代表し、業務を統括する。
- (2) 副会長は、会長を補佐し、会長事故あるときは会長の業務を代行する。
- (3) 編集委員は、機関誌その他出版物の編集を行う。
- (4) 庶務委員は、本会の庶務を行う。
- (5) 会計委員は、本会の会計をつかさどる。ただし、会計事務は、本学経理課長に委嘱する。
- (6) 会計監査委員は、本会の会計監査を行う。

第9条（任期） 役員の任期は、1カ年とする。ただし、重任を妨げない。

第10条（経費） 本会の経費は、入会金、会費、寄附金及び本学からの助成金、その他雑収入をもってこれにあてる。

第11条（会費） 普通会員は、入会金及び会費を納入しなければならない。入会金及び会費の納入については、評議員会においてこれを定める。

第12条（会計年度） 本会の会計年度は、毎年4月1日に始まり翌3月31日に終わる。

第13条（会則の変更） 会則の変更は、評議員全員の3分の2以上の出席を要し、その3分の2以上の同意がなければならない。

付 則

この会則は、昭和43年4月1日よりこれを施行する。

付 則（昭和47年4月1日）

この会則は、昭和47年4月1日から施行する。

付 則（昭和48年4月1日）

この会則は、昭和48年4月1日から施行する。

付 則（昭和50年6月18日第5条改正）

この会則は、昭和50年6月18日から施行する。

付 則（平成7年5月10日第3条及び第5条改正）

この会則は、平成7年5月10日から施行する。

付 則（平成16年12月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成17年4月1日から施行する。

付 則（平成19年4月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成19年4月1日から施行する。

付 則（平成29年4月1日第5条及び第6条改正）

この会則は、平成29年4月1日から施行する。

付 則（令和3年9月22日第5条及び第11条改正）

この会則は、令和3年10月1日から施行し、令和3年9月1日に遡って適用する。

執 筆 者 紹 介（掲載順）

落 合 雄 彦	本学法学部 教授
木 下 秀 雄	元本学法学部 教授・大阪市立大学 名誉教授
浪 花 健 三	元本学非常勤講師・税理士
戸 塚 悦 朗	元本学法科大学院 教授
石 井 幸 三	元本学法学部 教授
神 吉 正 三	本学 名誉教授
永 岩 慧 子	本学法学部 准教授
金 尚 均	本学法学部 教授
柳ヶ瀬 幸 紀	本学法学研究科 博士後期課程
玄 守 道	本学法学部 教授
中 田 邦 博	本学法学部 教授
カライスコス アントニオス	本学法学部 教授
古 谷 貴 之	京都産業大学法学部 教授

2025年度 龍谷大学法学会役員および評議員

会 長	河 村 尚 志	濱 中 新 吾	庶務委員
越 山 和 広	金 尚 均	玄 守 道	畠 山 亮
副会長	木 村 幹 雄	堀 清 史	永 岩 慧 子
武 井 寛	古 川 原 明 子	本 多 滝 夫	会計委員
評議員	後 藤 彰 子	山 田 卓 平	カライスコス アントニオス
相 澤 育 郎	嶋 田 佳 広	吉 内 佑 実	会計監査委員
石 埼 学	瀬 畑 源	渡 辺 博 明	中 田 邦 博
石 塚 武 志	丹 羽 徹	編集委員	
今 川 嘉 文	橋 口 豊	寺 川 史 朗	
牛 尾 洋 也	橋 本 祐 子	斎 藤 司	
大 森 健	浜 井 浩 一	松 尾 秀 哉	
落 合 雄 彦	濱 口 晶 子	若 林 三 奈	

龍 谷 法 学 第58巻 第1号

2025年 6 月23日 印刷

2025年 6 月30日 発行

編 集 兼
発 行 人
発 行 所

龍谷大学法学会会長 越山 和広

龍谷大学法学会
京都市伏見区深草塚本町67
電話 (075) 645-7922

印 刷 所

サンメッセ株式会社
京都市下京区西洞院通七条下る東塩小路町607-10
電話 (075) 366-0124

RYUKOKU HOGAKU

Ryukoku Law Review

Vol. 58, No. 1

June 2025

Articles

- Constitutional Replacements in Nigeria: A Multifaceted Analysis
..... Takehiko OCHIAI (1)
- Das Individualisierungsgrundsatz in der Mindestsicherungssystemen
und die Prüfung der Hilfsbedürftigkeit
Über "Bedarfs, Einsatz-, Haushaltsgemeinschaft" in SGB2 und
SGB12 in Deutschland
..... Hideo KINOSHITA (43)
- A Study of Compulsory Liability Insurance under the Certified Public
Tax Accountant Law
Based on Kuhls et al. Commentary on the Tax Accountants Law
..... Kenzo NANIWA (81)
- Buried Human Rights (Part 4)
What the Paris Principles require and a Test by Comparative Law
..... Etsuro TOTSUKA (133)

Notes

- On Dician Rule of Law and Constitutionalism (1)
..... Kozo ISHII (183)
- The Current Situation of Japanese University and the Future Prospects (1)
..... Shozo KANKI (203)
- Verbraucherschutz bei Dauerschuldverhältnissen
Über die Entwicklung der jüngeren Reformdiskussionen in Deutschland
..... Keiko NAGAIWA (247)

Case law studies

- Cases in which conspiracy to defraud was questioned
..... Sangyun Kim (281)
- A Case Where District Court and High Court Reached Different
Conclusions Based on the Same Expert Testimony.
Fukuoka High Court Judgement on 26 November 2010
..... Yukinori YANAGASE (297)

Translation

- Straflose Suizidassistentz trotz aktiver Tötungshandlung ?
Über Widersprüche zwischen § 216 StGB und dem Grundrecht auf
selbstbestimmtes Sterben
..... Sudo HYUN (319)

Material

- Japanese Translation of the Unfair Commercial Practices Directive as
amended by the Green Transition Directive
... Kunihiro NAKATA / Antonios KARAIKOS / Takayuki FURUTANI (341)
-

Published by

The Association of Law and Politics
Ryukoku University
Kyoto, Japan