

龍谷法学

第59巻 第2号

-
- | | | |
|---------|--|--------------------|
| 論 説 | The Duty to Preserve | Andrew M. Pardieck |
| | 『所有権法の理論』から『科学としての法律学』へ（三）
——川島法学の展開と課題—— | 川角 由和 |
| | 韓半島植民地支配の不法性（その8）
——日韓関係を支える新しい国際法秩序を担うのは誰か？ | 戸塚 悦朗 |
| 研究ノート | アメリカ連合時代の邦憲法と立憲主義（2） | 石井 幸三 |
| 判 例 研 究 | 大学非常勤講師の業務遂行の「労働」性、講師の「労働者」性
——大阪大学非常勤講師事件・大阪高判令8.5.15—— | 萬井 隆令 |
| | 臨時会不召集違憲訴訟 | 大芝 理穂 |
| | 刑訴法430条の準抗告裁判所が捜査機関の処分の当否を判断
するに当たり考慮すべき資料
——最決令和7年11月10日刑集79巻8号415頁—— | 藤本 航平 |
| 翻 訳 | イエ・ベ・パシュカーニス『法の一般理論とマルクス主義』
武井 寛 | |
| | 人権に関する企業の注意義務をめぐる法と経済学的分析
シュテファン・コルヒ（著）／後藤 彰子（翻訳） | |
| | クーリング・オフと「お得な取引」
——通信販売契約における「グリーン・スラッジ」導入の提唱（2・完）
カライスコス アントニオス | |
-

目 次

論 説

- The Duty to Preserve
..... Andrew M. Pardieck..... 1（257）
- 『所有権法の理論』から『科学としての法律学』へ（三）
——川島法学の展開と課題——
..... 川角 由和..... 79（335）
- 韓半島植民地支配の不法性（その8）
——日韓関係を支える新しい国際法秩序を担うのは誰か？
.....戸塚 悦朗.....117（373）

研究ノート

- アメリカ連合時代の邦憲法と立憲主義（2）
.....石井 幸三.....167（423）

判 例 研 究

- 大学非常勤講師の業務遂行の「労働」性、講師の「労働者」性
——大阪大学非常勤講師事件・大阪高判令8.5.15——
.....萬井 隆令.....201（457）
- 臨時会不召集違憲訴訟
.....大芝 理穂.....221（477）
- 刑訴法430条の準抗告裁判所が捜査機関の処分の可否を判断するに当たり考慮すべき資料
——最決令和7年11月10日刑集79巻8号415頁——
.....藤本 航平.....241（497）

翻 訳

- イエ・ベ・パシュカーニス『法の一般理論とマルクス主義』
.....武井 寛.....265（521）
- 人権に関する企業の注意義務をめぐる法と経済学的分析
.....シュテファン・コルヒ（著）／後藤 彰子（翻訳）.....297（553）
- クーリング・オフと「お得な取引」
——通信販売契約における「グリーン・スラッジ」導入の提唱（2・完）
..... カライスコス アントニオス.....327（583）

The Duty to Preserve

Andrew M. Pardieck*

Table of Contents

- I. Introduction
- II. Preserve Why?
 - A. The Duty to Preserve & Spoliation
 - B. Sanctions
 - (1) Rule 37(e) Failure to Take Reasonable Steps
 - (2) Rule 37(e)(1) Sanctions for Prejudice
 - (3) Rule 37(e)(2) Sanctions for Intent to Deprive
- III. Preserve When?
 - A. Anticipation of Litigation
- IV. Preserve What?
 - A. The Scope of the Duty to Preserve
 - B. Whose Information Must Be Retained?
 - (1) Custodians & Key Players
 - (2) Possession, Custody, or Control
 - C. What Must Be Retained?
 - D. Proportionality
- V. Preserve How?
 - A. Preservation Best Practices
 - B. Preservation Duration
- VI. Conclusion

I. Introduction

In 1722, a chimney sweep in London found a gemstone, took

* アンドリュー・M・パーデック 南イリノイ大学シモンズロースクール教授

it to have it appraised, and the jeweler “lost it”.¹ The chimney sweep sued for damages, and an English court instructed the jury to “presume the strongest against [the defendant], and make the value of the best jewels the measure of their damages.”² The English court concluded that the spoliator should bear the risk of any error in judgment by the jury as to the value of the gem.³

The English court applied an ancient principle, one with roots in Roman law: *omnia praesumuntur contra spoliatorem*.⁴ “[A]ll things are presumed against a despoiler.”⁵ In doing so, the court issued an adverse inference instruction to a jury based on the failure to preserve evidence relevant to the dispute. In penalizing the jeweler’s spoliation of evidence, the court created a common law duty to preserve evidence.

This duty to preserve evidence, with its Roman law origins, has taken on vastly different meanings in modern civil law jurisdictions compared to their common law counterparts.⁶ Some say there

1 Armory v. Delamirie, 1 Str. 505, 93 Eng. Rep. 664 (K.B. 1722).

2 *Id.*; see also JAMIE S. GORELICK ET AL., DESTRUCTION OF EVIDENCE § 2.1 (2017); Robert Keeling, *Sometimes, Old Rules Know Best: Returning to the Common Law Conceptions of the Duty to Preserve in the Digital Information Age*, 67 CATH. U. L. REV. 67, 78–9 (2018).

3 Armory, *supra* note 1; GORELICK ET AL., *supra* note 2, § 2.1.

4 See Mead v. Papa Razzi Rest., 899 A.2d 437, 446 (R.I. 2006).

5 See Trigon Ins. Co. v. United States, 204 F.R.D. 277, 284 (E.D. Va. 2001).

6 Other common law countries require parties to preserve potentially relevant information for civil litigation and investigations. See The Sedona Conference, *Commentary on Managing International Legal Holds*, 24 SEDONA CONF. J. 172 (2023). In the UK, “[a]s soon as litigation is contemplated, the parties’ legal representatives must notify their clients of the need to preserve disclosable documents,” including documents that support the other party’s case. *Id.* at 173; Civil Procedure Rules PD 31B, ¶ 7 (UK).

is no duty to preserve in the civil law tradition.⁷ Yet, as any Japanese practitioner will tell you, that is not entirely accurate. Japan's Code of Civil Procedure Article 234 provides for "Preservation of Evidence" where a court finds that "unless the examination of evidence is conducted in advance, it will be difficult to use the evidence."⁸ In medical malpractice cases, where Japanese courts have found potential for alteration or destruction of medical records, they have issued orders to produce the records in order to preserve them.⁹ At the same time, Japanese courts require a showing of concrete facts sufficient to infer a risk of spoliation before issuing the preservation order.¹⁰

Therein lies the trap for the unsuspecting Japanese litigant confronting litigation in the United States. While Japan and the United States may share a similar starting point in Roman law, U.S. courts have drastically different expectations regarding litigants' duty to preserve evidence. Litigants in the United States have a duty, without being ordered by a court, to preserve information and things reasonably anticipated to be discoverable in foreseeable litigation or a government investigation.

There can be a high price to pay for failing to understand these different expectations. In the *In re Actos (Pioglitazone) Litiga-*

7 See, e.g., John M. Barkett, *The Duty to Preserve: Lawyers Beware!*, NAT. RES. & ENV'T, Winter 2011, at 53, 54.

8 Minji Soshōhō [Minshōhō] [C.Civ.Pro.] Law No. 109 of 1996, art. 234.

9 See, e.g., Tōkyō Kōtō Saibansho [Tōkyō High Ct.] Dec. 24, 1981, Sho 56 (ra) no. 722, 464 Hanrei Taimuzu [Hanta] 99; Osaka Kōtō Saibansho [Osaka High Ct.] Nov. 19, 1958, Sho 33 (ra) no. 182, 9 [Gemin] (11) 2275.

10 See, e.g., Hiroshima Chihō Saibansho [Hiroshima Dist. Ct.] Nov. 21, 1986, Sho 51 (so) no. 11, Hanrei Taimuzu [Hanta] 221.

tion, a jury in a federal district court in Louisiana imposed a \$6 billion punitive damage award against Takeda Pharmaceuticals for its disregard of the risks associated with a drug it manufactured and sold. Combined with \$3 billion assessed against a co-defendant, the jury awarded a total of \$9 billion in punitive damages — one of the largest punitive damages verdicts in U.S. history.¹¹

The district court judge drastically reduced the punitive damages award in accordance with modern U.S. Supreme Court jurisprudence, but the question remains: Where did that verdict come from? In other litigation involving the very same drug, defendants either won or were assessed far more modest damages. Is this simply an example of a U.S. jury run amok?

The difference can be explained, in part, by an adverse inference instruction. The judge in the Louisiana case found Takeda spoliated evidence, and she instructed the jury that it could presume the destroyed information was adverse to Takeda.¹²

I have determined Takeda...had a duty to retain documents and files pertaining to their product Actos... I instruct you that many of the files and documents were destroyed after the Takeda companies had the legal obligation to retain them... You have heard evidence those files and documents were on the computers of ...

11 In re Actos (Pioglitazone) Prods. Liab. Litig., No. 6:11-MD-2299, 2014 WL 7781455, at *1-2 (W.D. La. Oct. 27, 2014); Feeley & Matsuyama, *Multibillion-Dollar Punitive Award In First Federal Actos Bladder Cancer Trial*, BLOOMBERG BNA (Apr. 11, 2014).

12 In re Actos (Pioglitazone) Prods. Liab. Litig., No. 6:11-MD-2299, 2014 WL 2921653, at *18 (W.D. La. June 23, 2014).

certain key Takeda executives ... I instruct you that many of those files and documents cannot be restored or reconstructed... I instruct you that you are free to infer those documents and files would have been helpful to the plaintiffs or detrimental to Takeda, if you feel the evidence you have heard supports that inference.¹³

The jury inferred the worst.

In short, despite common origins, the duty to preserve evidence in the United States is different from that found in Japan, and the difference matters. The Japanese litigant facing the threat of litigation (or a regulatory investigation) in the United States must understand the duty to preserve and how to meet that obligation.

This article seeks to facilitate that understanding. It addresses the who, what, when, where, how, and why of the duty to preserve. With its common law origins, the duty to preserve varies from jurisdiction to jurisdiction in the United States. This article focuses on how that duty is defined in the federal courts, utilizing the federal rules and leading cases to define the norms and then cases involving Japanese litigants to illustrate their application.

Part II explains the why. It sets out how the duty to preserve is defined and the sanctions for breach of that duty. Part III defines when the duty to preserve arises. What facts trigger a litigant's duty to preserve? Part IV addresses what must be preserved and by whom. Part V addresses the how. In a world where information types multiply and information volumes grow exponen-

13 *Id.* at 1.

tially, how are litigants to find and preserve information that may be relevant to anticipated litigation or a government investigation? Finally, the Conclusion provides a working example and insights into best practices for potential litigants: practices and workflows that ensure they meet their duty to preserve and avoid potential sanctions. There are lessons to be learned from \$9 billion in punitive damages.

II. Preserve Why?

A. The Duty to Preserve & Spoliation

Federal courts have consistently held that parties for whom litigation or a government investigation is reasonably foreseeable have an affirmative duty to preserve potentially relevant information, regardless of whether a court formally mandates preservation.¹⁴ Judges are instructed: “People and companies have a duty, without being so ordered by a court, to preserve documents that they reasonably anticipate may be discoverable in foreseeable litigation.”¹⁵

What happens when they fail to preserve potentially relevant information? Spoliation. In *Zubulake v. UBS Warburg, LLC*, a leading case addressing the duty to preserve, the court defined spoliation as “the destruction or significant alteration of evidence, or the failure to preserve property for another’s use as evidence in pending

14 See, e.g., *Bozic v. City of Washington*, 912 F. Supp. 2d 257, 267 (W.D. Pa. 2012).

15 David K. Isom, *Electronic Discovery Primer for Judges*, 2005 FED. CTS. L. REV. 1, ¶ ILC.1 (2005).

or reasonably foreseeable litigation.”¹⁶ This definition is standard. The court in the *Takeda Pharmaceuticals* case adopted it verbatim.¹⁷ Other courts have adopted variations on the same. In a recent trade secrets case involving an individual Japanese defendant, the federal district court stated simply, “[s]poliation occurs when a party destroys, significantly alters, or fails to preserve evidence after its duty to preserve arose.”¹⁸

The result is that a breach of the duty to preserve, i.e. spoliation, can arise from (1) destroying, (2) altering, or (3) failing to preserve potential evidence when litigation or a government investigation is reasonably foreseeable.

B. Sanctions

Sanctions for destroying, altering, or failing to preserve have varied over time. Prior to the 2015 amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, courts in some jurisdictions in the United States held that “the sanction of an adverse inference may be appropriate in some cases involving the negligent destruction of evidence because each party should bear the risk of its own negligence.”¹⁹

16 *Zubulake v. UBS Warburg, LLC*, 229 F.R.D. 422, 430 (S.D.N.Y. 2004).

17 *In re Actos (Pioglitazone) Prods. Liab. Litig.*, No. 6:11-MD-2299, 2014 WL 2872299, at *1 (W.D. La. June 23, 2014). *See also* *Tri-Cnty. Motors, Inc. v. Am. Suzuki Motor Corp.*, 494 F. Supp. 2d 161, 176 (E.D.N.Y. 2007), *aff’d*, 301 F. App’x 11 (2d Cir. 2008).

18 *Microvention, Inc. v. Balt USA, LLC*, No. 8:20-cv-02400-JLS-KES, 2023 WL 7476998, at *2 (C.D. Cal. Oct. 5, 2023), report and recommendation adopted, No. 8:20-cv-02400-JLS-KES, 2023 WL 7634109 (C.D. Cal. Nov. 13, 2023).

19 *Residential Funding Corp. v. DeGeorge Fin. Corp.*, 306 F.3d 99, 108 (2d Cir. 2002).

Jurists acknowledged that “when one party is responsible for losing evidence, it is fairer to make the party at fault suffer the consequences of that loss rather than the innocent party”²⁰ and “imposing sanctions only where evidence is destroyed willfully or in bad faith creates perverse incentives and encourages sloppy behavior.”²¹

Courts in other jurisdictions rejected this position, requiring a finding of intentional misconduct or bad faith prior to adopting harsher sanctions, including an adverse inference instruction.²² They reasoned that while intentional destruction of evidence may give rise to a reasonable inference that the evidence was unfavorable, negligent behavior does not. Information lost due to negligence may have been favorable to either party.²³

In 2015, the Supreme Court adopted this more restrictive interpretation for spoliation of electronically stored information when it revised Federal Rule of Civil Procedure 37(e).²⁴ The new rule rejected case law permitting an adverse inference instruction based

20 Letter from Hon. James C. Francis IV, Magistrate Judge, U.S. Dist. Ct. for the S.D.N.Y., to the Comm. on Rules of Practice & Procedure (Jan. 10, 2014), available at <http://www.regulations.gov/index.jsp#!documentDetail;D=U-SCRULES-CV-2013-0002-0395>.

21 *Sekisui Am. Corp. v. Hart*, 945 F. Supp. 2d 494, 504 n. 51 (S.D.N.Y. 2013).

22 *See, e.g., Aramburu v. Boeing Co.*, 112 F.3d 1398, 1407 (10th Cir. 1997); *Morris v. Union Pac. R.R.*, 373 F.3d 896, 902 (8th Cir. 2004).

23 *See* Fed. R. Civ. P. 37(e) advisory committee’s note to 2015 amendment.

24 Fed. R. Civ. P. 37(e), as amended in 2015. Rule 37(e) applies only to electronically stored information. For tangible things, including paper documents, federal courts continue to apply the common law, including doctrines recognizing the court’s inherent authority to sanction a party for spoliation. *See, e.g., EEOC v. GMRI, Inc.*, 2017 WL 5068372, *2 (S.D. Fla. Nov. 1, 2017); *The Sedona Conference, Commentary on Legal Holds Second Edition: The Trigger & the Process*, 20 SEDONA CONF. J. 341, 353 (2019).

on a finding of mere negligence.²⁵ Instead, it created a two-tiered standard, which limits when the harshest sanctions may be imposed:

If electronically stored information that should have been preserved in the anticipation or conduct of litigation is lost because a party failed to take reasonable steps to preserve it, and it cannot be restored or replaced through additional discovery, the court: **(1)** upon finding prejudice to another party from loss of the information, may order measures no greater than necessary to cure the prejudice; or **(2)** only upon finding that the party acted with the intent to deprive another party of the information's use in the litigation may: **(A)** presume that the lost information was unfavorable to the party; **(B)** instruct the jury that it may or must presume the information was unfavorable to the party; or **(C)** dismiss the action or enter a default judgment.²⁶

The rule creates a decision tree.

(1) Rule 37(e) Failure to Take Reasonable Steps

The first part of the rule asks whether (a) electronically stored information (ESI) has been lost, and (b) if so, should it have been preserved? This codifies the common law duty to preserve for ESI.²⁷ If the answer is yes for both questions, courts then examine (c) whether the responding party failed to take reasonable steps.

²⁵ Fed. R. Civ. P. 37(e) 2015 advisory committee's note to 2015 amendment.

²⁶ Fed. R. Civ. P. 37 (e).

²⁷ Fed. R. Civ. P. 37(e) advisory committee's note to 2015 amendment.

As the drafters noted, perfect preservation is often impossible.²⁸ In evaluating the reasonableness of a party's efforts to preserve ESI, the courts apply a negligence standard, one tailored to the facts of the case. Courts consider the party's sophistication and whether the steps taken and costs incurred to preserve ESI were proportional to the amount in controversy.²⁹

If a party failed to take reasonable steps to preserve the ESI, the courts then examine (d) whether the lost information can be restored or replaced through additional discovery.³⁰ If the lost ESI can be restored or replaced, the court may order remedial measures but not impose sanctions.³¹

If the lost ESI cannot be restored or replaced, the court engages in two distinct analyses, depending on whether the spoliating party intended to deprive the opposing party of the use of the lost information in the litigation.

(2) Rule 37(e)(1) Sanctions for Prejudice

If a court finds mere negligence, pursuant to Rule 37(e)(1), it may sanction only after first “finding prejudice to another party from loss of the information.”³²

The moving party generally bears the burden of proof for each of the above four elements. But proof of prejudice is different.

²⁸ *Id.*

²⁹ *See, e.g.,* Fast v. GoDaddy.com LLC, 340 F.R.D. 326, 344 (D. Ariz. 2022); Fed. R. Civ. P. 37(e) advisory committee's note to 2015 amendment.

³⁰ Fed. R. Civ. P. 37(e)(1).

³¹ *Id.*

³² *Id.*

“The rule does not place a burden of proving or disproving prejudice on one party or the other” and instead “leaves judges with discretion to determine how best to assess prejudice.”³³

Some courts will find prejudice “when spoliation prohibits a party from presenting evidence that is relevant to its underlying case.”³⁴ Other courts find mere proof the lost ESI was relevant to the claims or defenses is insufficient, but proof of the loss of a “smoking gun” is not required.³⁵ Instead, they look for evidence that “plausibly ‘suggests’ that the spoliated ESI could support the moving party’s case.”³⁶ Some courts find “a violation of a records retention policy creates a rebuttable presumption that the missing evidence was unfavorable to the responsible party.”³⁷

On finding prejudice to the moving party, the court has “broad discretion” to sanction, but it may order measures “no greater than necessary to cure the prejudice.”³⁸ Common examples of such measures include:

- Payment of attorney’s fees and costs associated with investigating the spoliation and seeking sanctions;³⁹

33 Fed. R. Civ. P. 37(e) 2015 advisory committee’s note to 2015 amendment.

34 *Paisley Park Enters., Inc. v. Boxill*, 330 F.R.D. 226, 236 (D. Minn. 2019).

35 *In re Keurig Green Mountain Single-Serve Coffee Antitrust Litig.*, 341 F.R.D. 474, 495 (S.D.N.Y. 2022) (“Proof of relevance . . . does not necessarily equal proof of prejudice.”).

36 *Id.*; *Karsch v. Blink Health Ltd.*, No. 17-cv-3880 (VM) (BCM), 2019 WL 2708125, at *21 (S.D.N.Y. June 20, 2019).

37 *Martinez v. City of Chicago*, No. 14 C 369, 2016 WL 3538823, at *23 (N.D. Ill. June 29, 2016).

38 *Borum v. Brentwood Vill., LLC*, 332 F.R.D. 38, 49 (D.D.C. 2019).

39 *See In re Keurig Green Mountain Single-Serve Coffee Antitrust Litig.*, 341 F.R.D. at 498; *Borum*, 332 F.R.D. at 49–50; *Paisley Park Enters., Inc.*, 330 F.✓

- Payment of the costs of obtaining discovery from litigants or third parties to cure the prejudice⁴⁰;
- Payment of a monetary sanction to the court⁴¹;
- Permitting introduction of evidence at trial by the opposing party regarding the loss of information⁴²;
- Instructions to the jury regarding their consideration of “lost evidence”;⁴³ and
- Exclusion of evidence the spoliating party would otherwise present⁴⁴;

A finding of prejudice and possible sanctions under Rule 37(e)(1), however, does not end the analysis.

(3) Rule 37(e)(2) Sanctions for Intent to Deprive

The courts also inquire into the *mens rea* of the spoliating party. If the court finds the party that lost the information “acted with the intent to deprive another party of the information’s use in the litigation” the court may, pursuant to Rule 37(e)(2), impose the

↘ R.D. at 238 (D. Minn. 2019); *Fast v. GoDaddy.com LLC*, 340 F.R.D. 326, 355 (D. Ariz. 2022).

40 *Charlestown Cap. Advisors, LLC v. Acero Junction, Inc.*, 337 F.R.D. 47, 68 (S.D.N.Y. 2020).

41 *Paisley Park Enters., Inc.*, 330 F.R.D. at 238.

42 *In re Keurig Green Mountain Single-Serve Coffee Antitrust Litig.*, 341 F.R.D. at 497–98; *Fashion Exch. LLC v. Hybrid Promotions, LLC*, No. 14CV1254SH-SOTW, 2019 WL 6838672, at *10 (S.D.N.Y. Dec. 16, 2019).

43 *In re Keurig Green Mountain Single-Serve Coffee Antitrust Litig.*, 341 F.R.D. at 497–98; *Gov’t Emps. Health Ass’n v. Actelion Pharms. Ltd.*, 343 F.R.D. 474, 487 (D. Md. 2023).

44 *In re Keurig Green Mountain Single-Serve Coffee Antitrust Litig.*, 341 F.R.D. at 497–98; *Fashion Exch. LLC*, 2019 WL 6838672, at *7.

harshest of sanctions. They include:

- (1) the court's presumption that the lost evidence was unfavorable to the spoliating party;
- (2) a mandatory or permissive adverse inference instruction to a jury that it must or may presume the same; or
- (3) dismissal of plaintiff's claims or a default judgment against defendant.⁴⁵

As a result, in a bench trial, the court may presume the "lost" evidence was adverse to the party that spoliated it, and, in a jury trial, the court may instruct the jury as the trier of fact that it must or may presume as much.⁴⁶ The court in the *Takeda Pharmaceuticals* case did the latter when it instructed the jury regarding Takeda's loss of relevant ESI.⁴⁷

The last sanction, dismissal of plaintiff's claims or default judgment against defendant, ends the lawsuit for plaintiffs and leaves only a damages determination for defendants. Such terminating sanctions are an "extreme remedy not to be ordered lightly."⁴⁸ They are reserved for those instances where lesser sanctions are insufficient, e.g., where the spoliation has severely impaired the other party's ability to present their case making it unfair to continue; placed an intolerable burden on the court and judicial system; or the

45 Fed. R. Civ. P. 37(e)(2).

46 Fed. R. Civ. P. 37(e) advisory committee's note to 2015 amendment.

47 *In re Actos (Pioglitazone) Prods. Liab. Litig.*, No 6:11-MD-2299, 2014 WL 2872299 at *1 (W.D. La. June 23, 2014).

48 *Am. Career Coll. Inc. v. Medina*, 673 F. Supp. 3d 1139, 1149–50 (C.D. Cal. 2023); *Conn. Gen. Life Ins. Co. v. New Images of Beverly Hills*, 482 F.3d 1091, 1096 (9th Cir. 2007).

sanction is necessary to deter similar misconduct.⁴⁹

Courts need not find prejudice in order to impose these sanctions.⁵⁰ But courts must find intent. Most courts have defined the “intent to deprive another party of the information’s use in the litigation” as “the equivalent of bad faith,” meaning the destruction of evidence “for the purpose of hiding adverse evidence.”⁵¹ This requires proof of more than mere negligence and more than an intentional act resulting in the destruction of evidence.⁵² Courts look for evidence of “the willful destruction of evidence with the purpose of avoiding its discovery by an adverse party” for use in the case being litigated.⁵³

Courts recognize that while direct evidence of intent is preferred, it is rare.⁵⁴ Because one cannot determine precisely what a person thought or intended at the time of spoliation, circumstantial evidence may be accorded equal weight with direct evidence.⁵⁵ As a result, courts hold “smoking gun” proof of a spoliation with an intent to deprive is not necessary.⁵⁶ Instead, they consider “circum-

49 *Freeman v. Giuliani*, 691 F. Supp. 3d 32, 63–64 (D.D.C. 2023); *Webb v. District of Columbia*, 146 F.3d 964, 971 (D.C. Cir. 1998).

50 *Skanska USA Civ. Se. Inc. v. Bagelheads, Inc.*, 75 F.4th 1290, 1311 (11th Cir. 2023); Fed. R. Civ. P. 37(e)(2) advisory committee’s note to 2015 amendment.

51 *Skanska USA Civ. Se. Inc.*, 75 F.4th at 1312.

52 *In re Keurig Green Mountain Single-Serve Coffee Antitrust Litig.*, 341 F.R.D. 474, 496 (S.D.N.Y. 2022); *Leidig v. Buzzfeed, Inc.*, No. 16 Civ. 542 (VM) (GWG), 2017 WL 6512353, at *11 (S.D.N.Y. Dec. 19, 2017).

53 *Jones v. Riot Hosp. Grp. LLC*, 95 F.4th 730, 735 (9th Cir. 2024).

54 *Fast v. GoDaddy.com LLC*, 340 F.R.D. 326, 339 (D. Ariz. 2022); *Auer v. City of Minot*, 896 F.3d 854, 858 (8th Cir. 2018).

55 *CAT3, LLC v. Black Lineage, Inc.*, 164 F. Supp. 3d 488, 500 (S.D.N.Y. 2016).

56 *Paisley Park Enters., Inc. v. Boxill*, 330 F.R.D. 226, 236 (D. Minn. 2019).

stantial evidence, witness credibility, motives of the witnesses in a particular case, and other factors.”⁵⁷ Relevant considerations include the timing of the destruction, affirmative steps taken to delete the evidence, and selective preservation.⁵⁸

While the courts uniformly consider both direct and circumstantial evidence of intent, they are divided on the burden of proof. Some require only proof of intent by a preponderance of evidence.⁵⁹ In a 2025 decision, the Second Circuit clarified that the “usual rule in civil cases,” the preponderance of evidence standard, applies to intent findings under Rule 37(e)(2), and the trial courts may delegate intent determinations to the jury.⁶⁰ In contrast, given the nature of the sanction, some circuits require proof by “clear and convincing evidence” of an intent to deprive another litigant of the use of the information, and the judge evaluates the evidence.⁶¹

When thinking about the duty to preserve, Rule 37(e) is not the only legal standard requiring preservation and not the only authority for imposing sanctions for spoliation. Federal courts may sanction a party for the attempted but unsuccessful spoliation of electronically stored information based on the court’s inherent authority to control judicial proceedings.⁶² Federal courts may sanc-

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Jones v. Riot Hosp. Grp. LLC*, 95 F.4th 730, 735 (9th Cir. 2024).

⁵⁹ *OmniGen Rsch. v. Yongqiang Wang*, 321 F.R.D. 367, 372 (D. Or. 2017); *Fast*, 340 F.R.D. at 335.

⁶⁰ *Hoffer v. Tellone*, 128 F.4th 433, 440-41 (2d Cir. 2025).

⁶¹ *See, e.g., Gov’t Emps. Health Ass’n v. Actelion Pharms. Ltd.*, 343 F.R.D. 474, 482 (D. Md. 2023); *Micron Tech., Inc. v. Rambus Inc.*, 917 F. Supp. 2d 300, 324 (D. Del. 2013).

⁶² *Victor Stanley, Inc. v. Creative Pipe, Inc.*, 269 F.R.D. 497, 517-18 (D. Md. ✓

tion a party for spoliation of a tangible thing, as opposed to electronically stored information, based on the court's inherent authority, and it may dismiss a case based solely on a finding of negligence where the loss of evidence will result in unfairness.⁶³

Federal courts may sanction spoliation following violation of a court order based on Fed. R. Civ. P. 37(b), which authorizes sanctions against a party for failing to obey a discovery order.⁶⁴ When Toppan Photomasks, a Japanese semiconductor manufacturer, sued a former employee for theft of trade secrets, a federal court imposed sanctions on the former employee after he violated a preservation order. The court required the defendant pay the costs of Toppan's forensic computer examiner hired to recover deleted information and pay reasonable attorney's fees associated with the motion and hearing.⁶⁵ This rule expressly authorizes a court to treat violation of a court order requiring preservation and production of information as civil, or, in extreme cases, criminal contempt of court potentially resulting in imprisonment.⁶⁶

Federal statutes also expose litigants to criminal liability for a failure to preserve information. Courts have upheld criminal charges filed, pursuant to 18 U.S.C. § 1503, alleging obstruction of justice where corporate employees engaged in willful destruction of

↘ 2010), *aff'd in part, modified in part*, No. MJG-06-2662, 2010 WL 11747756 (D. Md. Nov. 1, 2010).

63 *Silvestri v. General Motors Corp.*, 271 F.3d 583, 590 (4th Cir. 2001).

64 Fed. R. Civ. P. 37(b)(2); *Victor Stanley, Inc.*, 269 F.R.D. at 520.

65 *Toppan Photomasks, Inc. v. Park*, No. C-13-03323 MMC (DMR), 2014 WL 2567914, at*12 (N.D. Cal. May 29, 2014).

66 *Victor Stanley, Inc.*, 269 F.R.D. at 539-542.

documents during a civil employment discrimination case.⁶⁷ 18 U.S.C. § 1519 criminalizes falsification, concealment, or destruction of documents with an intent to impede a government investigation, regardless of whether an official proceeding is imminent or pending.⁶⁸ Following adoption of the Sarbanes-Oxley Act in 2002, it is a felony offense to alter, destroy, or conceal documents or things with the intent to obstruct a federal investigation.⁶⁹ And courts have sanctioned attorneys, pursuant to 18 U.S.C. § 1927, for misrepresentations relating to preservation of electronically stored information, finding the misrepresentations “unreasonably and vexatiously” multiplied the proceedings.⁷⁰

But application of these federal statutes is rare, as are sanctions based on the court’s contempt powers. And, following the 2015 amendments to the federal rules, most courts have found sanctions based on the court’s inherent authority preempted where Federal Rules of Civil Procedure 37(e) applies.⁷¹

The result is that most sanctions for failure to preserve information are imposed pursuant to Federal Rule 37(b) if there is a violation of a court order, and 37(e) if there is not. And court-ordered preservation is the exception rather than the rule. As a result, this article focuses on application of Rule 37(e), and the bottom line for

67 *United States v. Lundwall*, 1 F. Supp. 2d 249, 255-56 (S.D.N.Y. 1998).

68 *United States v. Gray*, 642 F.3d 371, 377 (2d Cir. 2011).

69 Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, § 802, 116 Stat. 745, 800, codified at 18 U.S.C. § 1519.

70 *Pable v. Chicago Transit Auth.*, 145 F.4th 712, 725-26 (7th Cir. 2025).

71 *Gregory v. State of Montana*, 118 F.4th 1069, 1079 (9th Cir. 2024); Fed. R. Civ. P. 37(e) advisory committee’s note to 2015 amendment.

Rule 37(e) is a three-part analysis. When evaluating the failure to preserve ESI, the courts examine: (1) whether a party failed to take reasonable steps to preserve ESI that should have been preserved and the lost information cannot be restored or replaced; (2) if that failure and loss prejudiced the other party; and (3) if the spoliating party acted with intent to deprive another party of the information's use in litigation.⁷²

The first step — whether a party failed to take reasonable steps to preserve ESI — will be addressed next.

III. Preserve When?

A. Anticipation of Litigation

The legal standard for when the duty to preserve arises depends on the jurisdiction.⁷³ The majority of federal courts utilize some variation of a reasonable foreseeability test. Some circuits use that very language: The duty arises when future litigation is “reasonably foreseeable,”⁷⁴ or “once a party reasonably anticipates litigation.”⁷⁵ In some circuits, the duty to preserve arises when a party

72 In re Keurig Green Mountain Single-Serve Coffee Antitrust Litig., 341 F.R.D. 474, 494 (S.D.N.Y. 2022).

73 See, e.g., *Spoilation Sanctions by US Circuit Court Chart*, Practical Law Checklist 0-549-3879.

74 *Gerlich v. U.S. Dep’t of Justice*, 711 F.3d 161, 170-71 (D.C. Cir. 2013); *Micron Tech., Inc. v. Rambus Inc.*, 645 F.3d 1311, 1320-21 (Fed. Cir. 2011).

75 *Zubulake v. UBS Warburg, LLC (Zubulake IV)*, 220 F.R.D. 212, 218 (S.D.N.Y. 2003). See also *Gordon v. DreamWorks Animation SKG, Inc.*, 935 F. Supp. 2d 306, 314 (D. Mass. 2013); *Medcenter Holdings Inc. v. WebMD Health Corp.*, 692 F. Supp. 3d 81 (S.D.N.Y. 2023); *In re Delta/AirTran Baggage Fee Antitrust Litig.*, 770 F. Supp. 2d 1299, 1307 (N.D. Ga. 2011).

knows or should know information may be relevant in future litigation. In *Fujitsu Ltd. v. Federal Express Corp.*, a case involving shipping damage and accusations that Fujitsu spoliated evidence, the court held the duty to preserve “arises when the party has notice that the evidence is relevant to litigation or when a party should have known that the evidence may be relevant to future litigation.”⁷⁶ A few jurisdictions use language that implies a stricter standard: they impose a duty to preserve when a party “knew, or should have known, that litigation was imminent.”⁷⁷ But the analysis remains much the same.

The courts are uniform in holding that the duty to preserve may arise well before the complaint gets filed. The language whether litigation is “reasonably foreseeable”, “reasonably anticipated,” or “imminent” suggests as much. The courts have stated this expressly. In *Toppan Photomasks*, the court held the duty to preserve “arises not only during litigation but also extends to that period before the litigation when a party reasonably should know that the evidence may be relevant to anticipated litigation.”⁷⁸

Perhaps less obvious, but equally important, the duty to preserve does not arise at the same time for all parties. “Federal courts across the country have recognized that a plaintiff’s duty to pre-

76 *Fujitsu Ltd. v. Fed. Exp. Corp.*, 247 F.3d 423, 436 (2d Cir. 2001). *See also* *Byrd v. Alpha All. Ins. Corp.*, 518 F. App’x 380, 384 (6th Cir. 2013); *Bashir v. Home Depot*, 2011 WL 3625707, at *4 (D.N.J. Aug. 16, 2011); *Turner v. United States*, 736 F.3d 274, 282 (4th Cir. 2013).

77 *See, e.g.*, *Trask-Morton v. Motel 6 Operating L.P.*, 534 F.3d 672, 681 (7th Cir. 2008); *Turner v. Pub. Serv. Co. of Colo.*, 563 F.3d 1136, 1149 (10th Cir. 2009).

78 *Toppan Photomasks, Inc.*, 2014 WL 2567914 *5 (N.D. Ca. May 29, 2014). *See also* *Gerlich*, 711 F.3d at 170-71. *Bashir*, 2011 WL 3625707, at *4.

serve is more often triggered before litigation commences, in large part because plaintiffs control the timing of the litigation.”⁷⁹ Plaintiffs will often seek out an attorney and formulate an intent to sue before a defendant will anticipate being sued.

The courts are also uniform in imposing an objective standard. “If a reasonable person would have expected litigation, a party’s duty to preserve generally is triggered.”⁸⁰ The courts consistently ask, “not whether the party in fact reasonably foresaw litigation, but whether a reasonable party in the same factual circumstances would have reasonably foreseen litigation.”⁸¹

In multi-district litigation involving approximately 2,500 plaintiffs alleging they were injured by a drug Otsuka Pharmaceutical manufactured, the court acknowledged that “mere awareness of potential liability is insufficient to trigger a duty to preserve.”⁸² The “mere existence of a potential claim” or “the distant possibility of litigation” is insufficient.⁸³ Courts look for objective indices of a credible threat of litigation. The court in the Otsuka Pharmaceuticals

79 *Vander Pas v. Bd. of Regents of Univ. of Wisconsin Sys.*, 664 F. Supp. 3d 893, 905 (E.D. Wis. 2023).

80 *Title Cap. Mgmt., LLC v. Progress Residential, LLC*, 2017 WL 5953428, at *4 (S.D. Fla. Sept. 29, 2017).

81 *Micron Tech., Inc. v. Rambus Inc.*, 645 F.3d 1311, 1320 (Fed. Cir. 2011). *See also* The Sedona Conference, *The Sedona Conference Commentary on Legal Holds, Second Edition: The Trigger & the Process*, 20 SEDONA CONF. J. 341, 354 (2019).

82 *In re Abilify (Aripiprazole) Prod. Liab. Litig.*, 2018 WL 4856767 at *2 (N.D. Fla. 2018).

83 *Micron Tech., Inc. v. Rambus Inc.*, 645 F.3d 1311, 1320 (Fed. Cir. 2011); *In re Abilify (Aripiprazole) Prod. Liab. Litig.*, 2018 WL 4856767, at *4; *Oracle Am., Inc. v. Hewlett Packard Enter. Co.*, 328 F.R.D. 543, 550 (N.D. Cal. 2018)).

case looked for “a credible probability that it will become involved in litigation, seriously contemplates litigation, or when it takes specific actions to commence litigation.”⁸⁴

The inquiry is fact specific. As the court in *Fujitsu* and subsequent cases explain, when the duty to preserve arises is assessed case-by-case, with the courts exercising broad discretion to confront “the myriad factual situations inherent in the spoliation inquiry.”⁸⁵ Reference to the court’s discretion and a myriad of factual situations, however, offers scant guidance. A survey of the case law and literature offers more.⁸⁶

First, there is no question that receipt of a summons and complaint triggers the duty to preserve.⁸⁷ At this point, litigation is not just “reasonably anticipated” or “imminent”, it is underway.⁸⁸ Prior to litigation though, courts look for “trigger dates” and have found the following events may trigger the duty to preserve:

- Internal investigation or notice of the type of incident that typically gives rise to litigation, e.g., a cybersecurity inci-

84 *In re Abilify (Aripiprazole) Prod. Liab. Litig.*, 2018 WL 4856767, at *4; *Oracle Am., Inc.*, 328 F.R.D. at 550.

85 *Fujitsu Ltd. v. Fed. Express Corp.*, 247 F.3d 423, 436 (2d Cir.2001).

86 *See Duty to Preserve Evidence (Federal)*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-019-0638; *Reasonable Anticipation of Litigation Under FRCP 37(e): Triggers and Limits*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-008-2708; The Sedona Conference, *The Sedona Conference Commentary on Legal Holds, Second Edition: The Trigger & the Process*, 20 SEDONA CONF. J. 341, 354 (2019).

87 *The Sedona Conference Commentary on Legal Holds, Second Edition*, *supra* note 86, at 354.

88 *Borum v. Brentwood Vill., LLC*, 332 F.R.D. 38, 46 (D.D.C. 2019); *McIntosh v. U.S.*, 2016 WL 1274585, at *32 (S.D.N.Y. Mar. 31, 2016); *Kronisch v. U.S.*, 150 F.3d 112, 126 (2d Cir. 1998).

- dent, theft of trade secrets, serious personal injury⁸⁹;
- Government investigation or enforcement action of the type that commonly trigger follow-on litigation,⁹⁰ e.g. charges filed by a federal agency such as the Equal Employment Opportunity Commission;
 - Prior litigation involving the same subject matter;⁹¹
 - Related disputes between similarly situated parties in the same industry⁹²;
 - Formation of an intent to sue or file a complaint with a regulatory agency, evidenced by, e.g., research into potential claims or defenses; meetings regarding potential litigation; drafting pleadings; or discussions with key witnesses.⁹³
 - Receipt of communications threatening specific legal action for violation of a right, seeking settlement of a claim; requesting preservation of evidence, or demanding a party cease-and-desist from infringing on that right.⁹⁴

89 *McCabe v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 2016 WL 706191, at *2 (D. Nev. Feb. 22, 2016)).

90 *M & T Mortg. Corp. v. Miller*, 2007 WL 2403565, at *5-6 (E.D.N.Y. Aug. 17, 2007); *AOT Holding AG v. Archer Daniels Midland Co.*, No. 19-2240, 2021 WL 6118175, at *6 (C.D. Ill. Sept. 3, 2021).

91 *Williams v. BASF Catalysts LLC*, 2016 WL 1367375, at *7 (D.N.J. Apr. 5, 2016); *Stinson v. City of New York*, 2016 WL 54684, at *4 (S.D.N.Y. Jan. 5, 2016).

92 *Phillip M. Adams & Assocs., L.L.C. v. Dell, Inc.*, 621 F. Supp. 2d 1173, 1190-91 (D. Utah 2009).

93 *Apple Inc. v. Samsung Elecs. Co., Ltd.*, 888 F. Supp. 2d 976, 997 (N.D. Cal. 2012); *Rimkus Consulting Group, Inc. v. Cammarata*, 688 F.Supp. 598, 612-3 (S.D. Tex. 2010).

94 See, e.g., *Gonzalez-Bermudez v. Abbott Labs. PR Inc.*, 214 F. Supp. 3d 130, ↗

Each of the above depends on the facts. An employer may not reasonably anticipate litigation with every rumor or angry employee. But a specific claim of discrimination, as opposed to an angry exchange, may cause a reasonable employer to anticipate litigation. A demand letter expressing hope to “amicably resolve [the] claim short of litigation” will not establish a credible threat of litigation,⁹⁵ a demand letter stating an “explicit” threat will.⁹⁶ Toppan Photomask’s letter advising the former employee it would discontinue severance payments and threatening legal action triggered that defendant’s duty to preserve.⁹⁷

Trigger dates may also depend on the jurisdiction. Some courts have found industry knowledge, knowledge about legal disputes between similarly situated parties, may trigger the duty to preserve. In a patent case involving Dell, ASUS, and other computer manufacturers, the court held the fact that Toshiba had paid billions of dollars to settle a class action and Sony was litigating a class action based on the same alleged defect was sufficient to trigger the duty to preserve.⁹⁸ “The industry as a whole was aware of potential litigation.”⁹⁹ In a products liability action against Isuzu Motors, Ltd.

↘ 162 (D.P.R. 2016)); *Bagley v. Yale Univ.*, 318 F.R.D. 234, 241 (D. Conn. 2016); *CBF Industria de Gusa S/A v. AMCI Holdings, Inc.*, No. 13CV2581PKCJLC, 2021 WL 4190628, at *14 (S.D.N.Y. Aug. 18, 2021).

95 *Menapace v. Alaska Nat’l Ins. Co.*, No. 20-CV-00053-REB-STV, 2020 WL 6119962, at *17 (D. Colo. Oct. 15, 2020).

96 *Cache La Poudre Feeds, LLC v. Land O’Lakes, Inc.*, 244 F.R.D. 614, 623 (D. Colo. 2007).

97 *Toppan Photomasks, Inc.*, 2014 WL 2567914 *5 (N.D. Ca. May 29, 2014).

98 *Phillip M. Adams & Assocs., LLC v. Dell, Inc.*, 621 F. Supp. 2d 1173, 1191 (D. Utah 2009).

99 *Id.* at 3-4.

and its American subsidiaries, the court allowed plaintiffs to introduce evidence that Isuzu failed to preserve raw test data related to the alleged design defect because of Isuzu's knowledge of a rollover problem involving other similarly designed vehicles and "other information known industry wide involving the rollover factor."¹⁰⁰

Contrast that with the Otsuka America Pharmaceuticals case. Plaintiffs alleged Otsuka spoliated evidence by failing to preserve emails for three custodians with information about the safety of the drug in question.¹⁰¹ The court rejected plaintiffs' arguments for an industry-wide trigger for a duty to preserve finding "it improperly places too much emphasis upon events other than those generated by the plaintiffs or those who are similarly situated."¹⁰² It then rejected plaintiff's spoliation claims finding Otsuka America did not reasonably anticipate litigation until plaintiffs began filing suit, well after the emails were purged from the company's computer systems.¹⁰³

After suit was filed against Toyobo Japan and Toyobo America, Inc. alleging its product was defective and allowed bullets to pierce vests worn by law enforcement officers, plaintiffs alleged Toyobo spoliated evidence.¹⁰⁴ The court again rejected claims that industry-wide knowledge created a duty, and it rejected a "shift-

100 *Livingston v. Isuzu Motors, Ltd.*, 910 F. Supp. 1473, 1494 (D. Mont. 1995).

101 *In re Abilify (Aripiprazole) Prod. Liab. Litig.*, 2018 WL 4856767 (N.D. Fla. 2018).

102 *Id.* at *3.

103 *Id.* at *9.

104 *Point Blank Sols., Inc. v. Toyobo Am., Inc.*, No. 09-61166-CIV, 2011 U.S. Dist. LEXIS 42239, at *1 (S.D. Fla. Apr. 5, 2011).

ing-duty” theory that a subpoena issued as part of a government investigation created a duty to plaintiffs: both were “incompatible with the basic rule that a duty is owed to a specific party.”¹⁰⁵

Knowledge of a government investigation does, however, create a duty to preserve. While the “reasonable anticipation of litigation” language is standard, the courts are clear that the duty to preserve also arises in government investigations. Recipients of a civil investigative demand owe a duty to government agencies to preserve and produce all relevant information.¹⁰⁶ Receipt of notice of a government investigation may also make civil litigation reasonably foreseeable and extend that duty to civil litigants.¹⁰⁷

Whether a government investigation or civil litigation, the Sedona Conference, a nonprofit legal policy research and educational organization, provides a good working rule summarizing when the duty to preserve arises: reasonable anticipation of litigation arises when [1] a party is “on notice of a credible probability that it will become involved in litigation”, [2] when it “seriously contemplates initiating litigation,” or [3] “when it takes specific actions to commence litigation.”¹⁰⁸

105 *Id.* at *76-77.

106 *See, e.g.*, *In re Delta/Airtran Baggage Fee Antitrust Litig.*, 770 F.Supp.2d 1299, 1307-8 (N.D. 2011); *Point Blank Sols., Inc.*, 2011 WL 1456029, at *1.

107 *AOT Holding AG v. Archer Daniels Midland Co.*, No. 19-2240, 2021 WL 6118175, at *6 (C.D. Ill. Sept. 3, 2021).

108 The Sedona Conference, *The Sedona Conference® Commentary on Legal Holds: The Trigger & the Process*, 20 SEDONA CONF. J. 341, 366, 370-77 (2nd ed. 2019).

IV. Preserve What?

A. The Scope of the Duty to Preserve

Once the duty to preserve is triggered, a potential litigant must decide what to preserve. The scope of the duty to preserve has changed over time. In 2003, when Judge Scheindlin handed down the foundational *Zubulake v. UBS Warburg* decisions, she described a litigant's duty as: "a duty to preserve what it knows, or reasonably should know, is relevant in the action, is reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence, is reasonably likely to be requested during discovery and/or is the subject of a pending discovery request."¹⁰⁹

While some courts continue to utilize this standard,¹¹⁰ the 2015 amendments to the Federal Rules of Civil Procedure arguably narrowed the scope. In 2015, the Supreme Court eliminated the "reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence" language previously found in Rule 26(b)(1), which defines the scope of discovery.¹¹¹ The rule now states: "Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any

109 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 217 (S.D.N.Y. 2003); *Toppan Photomasks, Inc. v. Park, No. C-13-03323 MMC (DMR)*, 2014 WL 2567914, at *12 (N.D. Cal. May 29, 2014).

110 *See Duty to Preserve Evidence (Federal)*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-019-0638, *EPAC Tech., Inc. v. HarperCollins Christian Publ'g, Inc.*, 2018 WL 1542040, at *17 (M.D. Tenn. Mar. 29, 2018); *Harbor v. Cherniss*, 2017 WL 2472242, at *2 (E.D. Cal. June 8, 2017).

111 Summary of the Report of the Judicial Conference Committee on Rules of Practice and Procedure, at Rules App. B-30-B-31 (Sept. 2014); Andrew M. Pardieck, *The Shifting Sands of Cost Shifting*, 69 Clev. St. L. Rev. 349, 357 (2021).

party's claim or defense and proportional to the needs of the case."¹¹² This rule offers two guideposts for preservation: (1) a party must preserve what it reasonably should know may be relevant to the claims and defenses in a case, and (2) is proportional to the needs of the case.

This does not mean that if potentially relevant, a potential litigant need preserve "every shred of paper, every e-mail or electronic document."¹¹³ One need not preserve multiple copies of the same document.¹¹⁴ Instead, "anyone who anticipates being a party or is a party to a lawsuit must not destroy unique, relevant evidence," assuming the cost of preserving that information is proportional to the needs of the case.

This requirement applies to recorded information and tangible things in existence when the duty to preserve is triggered, as well as that created after.¹¹⁵ The requirement applies to information a potential litigant may use to support its claims or defenses, as well as that which "an opposing party is likely to request."¹¹⁶ The *Zubulake* court states clearly: litigants "must not destroy unique, relevant evidence that might be useful to an adversary."¹¹⁷

112 Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).

113 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 217 (S.D.N.Y. 2003).

114 *Id.* at 218; *Point Blank Sols., Inc. v. Toyobo Am., Inc.*, No. 09-61166-CIV, 2011 U.S. Dist. LEXIS 42239, at *33 (S.D. Fla. Apr. 5, 2011).

115 *Zubulake*, 220 F.R.D. at 218.

116 *Goldstein v. Denner*, 310 A.3d 548, 576 (Del. Ch.), cert. denied, No. 2020-1061-JTL, 2024 WL 776033 (Del. Ch. Feb. 26, 2024), and appeal refused, 346 A.3d 1123 (Del. 2024).

117 *Zubulake*, 220 F.R.D. at 217-8.

B. Whose Information Must Be Retained?

(1) Custodians & Key Players

Since *Zubulake*, courts have often analyzed what must be retained in terms of whose information a party should preserve. In the corporate context, *Zubulake* and its progeny state that the duty extends to “those employees likely to have relevant information – the ‘key players’ in the case.”¹¹⁸

The cases and commentary refer to these key players as “custodians”,¹¹⁹ i.e. (a) individuals in possession of data that is potentially relevant to a case; and (b) those responsible for data types or repositories for a given entity.¹²⁰

Litigation involving larger organizations will typically require preservation of information controlled by (a) hands-on actors, e.g. employees, Human Resources, and supervisors involved in the events giving rise to the dispute; (b) information technology staff who maintain shared information systems, e.g. Microsoft 365 or Google Workspace; and (c) third parties providing cloud-based productivity or collaboration tools, e.g. Salesforce.com or Slack.

For each, the courts require potential litigants to engage in an “intentional and systematic approach that includes custodian interviews” in selecting whose information to preserve.¹²¹ The selec-

118 *Id.* at 218; *Matter of In re Skanska USA Civil Southeast Inc.*, 340 F.R.D. 180, 185 (2021).

119 See EDRM Glossary, <https://edrm.net/wp-content/uploads/2017/03/20160422-EDRM-Glossary-2.pdf> (last visited Apr. 29, 2026).

120 See *Reasonable Anticipation of Litigation Under FRCP 37(e): Triggers and Limits*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-008-2708.

121 *Goldstein v. Denner*, 310 A.3d 548, 576 (Del. Ch.), cert. denied, No. 2020-1061-JTL, 2024 WL 776033 (Del. Ch. Feb. 26, 2024), and appeal refused, 346 A.3d ↗

tion “must be designed to respond fully to document requests and to produce responsive, nonduplicative documents during the relevant period.”¹²²

The courts encourage cooperation with the opposing party in that selection.¹²³ In *Nissan N. Am., Inc. v. Johnson Elec. N. Am., Inc.*, a breach of contract case involving a parts manufacturer, the court cited well-established law: “Electronic discovery requires cooperation between opposing counsel and transparency in all aspects of preservation and production of ESI.”¹²⁴

In the typical case, the Federal Rules of Civil Procedure require the parties to meet and confer to establish a discovery plan before engaging in discovery.¹²⁵ The discovery plan states the parties’ views on foundational issues, including preservation of electronically stored information,¹²⁶ and parties typically negotiate, or attempt to negotiate, preservation of specific custodians’ information and information management systems.¹²⁷

↘ 1123 (Del. 2024); *DR Distributors, LLC v. 21 Century Smoking, Inc.*, 513 F. Supp. 3d 839, 926–27 (N.D. Ill. 2021).

122 *Kleen Prods. LLC v. Packaging Corp. of Am.*, No. 10 C 5711, 2012 WL 4498465, at *1 (N.D. Ill. Sept. 28, 2012), objections overruled, No. 10 C 5711, 2013 WL 120240 (N.D. Ill. Jan. 9, 2013)

123 *Nissan N. Am., Inc. v. Johnson Elec. N. Am., Inc.*, No. 09-CV-11783, 2011 WL 1002835, at *12 (E.D. Mich. Feb. 17, 2011); *William A. Gross Constr. Assocs., Inc. v. Am. Mfrs. Mut. Ins. Co.*, 256 F.R.D. 134, 136 (S.D. N.Y. 2009).

124 *Nissan N. Am., Inc.*, 2011 WL 1002835, at *4; *William A. Gross Constr. Assoc., Inc.*, 256 F.R.D. at 136.

125 Fed. R. Civ. P. 26(f).

126 *Id.* at 26(f)(3)(C).

127 *See, e.g.*, In re: Copaxone Antitrust Litigation, No. 2:22-CV-1232 (JXN/JSA), 2026 WL 1080393, at *2 (D.N.J. Mar. 27, 2026); D. Md. Loc. R. App. D., Principles for the Discovery of Electronically Stored Information in Civil Cases, *Princi-*

Negotiating custodians whose information will be preserved creates certainty, but also a duty. In one recent case, a federal court sanctioned a litigant that failed to preserve text messages from five (5) custodians who were not “primary players” but they “were certainly key players” with potentially relevant information and they were identified by the parties during initial negotiation of a discovery plan.¹²⁸

(2) Possession, Custody, or Control

The selection of key players whose information will be preserved does not end the analysis. The Federal Rules of Civil Procedure permit requests for production of documents, electronically stored information, or tangible items, in a party’s “possession, custody, or control.”¹²⁹ As a result, potential litigants are required to preserve not only information employees may have in their immediate possession, but also information or things held by third parties, so long as it is within the litigant’s “possession, custody, or control.”¹³⁰

Possession generally refers to actual physical possession, and custody typically includes both some form of possession and legal

↘ ple 2.02 (Conference of the Parties), <https://www.mdd.uscourts.gov/discovery>.
 128 Matter of In re Skanska USA Civ. Se. Inc., 340 F.R.D. 180, 186 (N.D. Fla. 2021)

129 Fed.R.Civ.P. 34(a)(1).

130 *Id.*; see, e.g., *La Belle v. Barclays Cap. Inc.*, 340 F.R.D. 74, 81 (S.D.N.Y. 2022) ; *U.S. Equal Emp. Opportunity Comm’n v. MVM, Inc.*, 2020 WL 6482193, at *1 (D. Md. Nov. 2, 2020);

Possession, Custody, and Control of ESI in Federal Civil Litigation, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-002-9023.

authority over the object.¹³¹ Control is broader. It encompasses constructive possession. “[D]ocuments are considered to be under a party’s control when that party has the right, authority, or practical ability to obtain the documents.”¹³²

The courts are uniform in imposing on the party seeking production the burden of establishing the opposing party’s control over the documents.¹³³ The courts are split on the standard to apply: Some apply a “legal right” or authority standard; some a “practical ability” standard; some both.¹³⁴

The legal right standard finds control when a party has a legal right to obtain information, documents, or things on demand, often because of a contractual or principal-agent relationship.¹³⁵ The practical ability standard is broader and examines access, whether as a practical matter the party can obtain the document, electronically stored information, or tangible item.¹³⁶

The difference matters. Time after time, Japanese litigants in the U.S. get caught in discovery disputes related to possession, custody, or control. Which standard applies often determines whether a Japanese subsidiary based in the United States must provide information in the possession of its parent corporation in Japan.

131 See, e.g., *Mirlis v. Greer*, 80 F.4th 377, 382 (2d Cir. 2023).

132 *Id.*; *Gross v. Lunduski*, 304 F.R.D. 136, 142 (W.D.N.Y. 2014).

133 *Camden Iron & Metal, Inc. v. Marubeni Am. Corp.*, 138 F.R.D. 438, 441 (D. N.J. 1991); *Princeton Dig. Image Corp. v. Konami Dig. Entm’t Inc.* 316 F.R.D. 89 *90 (D. Del. 2016).

134 See *Possession, Custody, and Control of ESI in Federal Civil Litigation*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE W-002-9023.

135 *Id.*

136 *Id.*

When a metals recycling company sued Marubeni America Corp. for breach of contract, it sought production of all communications between Marubeni America and Marubeni Japan with a prospective third-party purchaser.¹³⁷ Marubeni America objected to producing communications between Marubeni Japan and the third-party purchaser. The court compelled it to do so.¹³⁸

The *Marubeni* court, as have others, held that control should be construed “broadly”.¹³⁹ It found a subsidiary may have control over documents in the possession of the parent corporation, where the subsidiary:

1. acted as the parent’s alter ego, and facts supported “piercing the corporate veil”;
2. acted as an agent of the parent in the transaction at issue;
3. acted as a marketer or servicer of the parent’s products in the U.S.;
4. accessed documents from the parent in the ordinary course of business; or
5. could obtain documents from the parent to meet its own business needs.¹⁴⁰

The *Marubeni* court held that “control” for the purposes of discovery turned on whether the relationship established a “legal right, authority, *or ability*” (emphasis added) to obtain the requested docu-

137 Camden Iron & Metal, Inc., 138 F.R.D. at 440.

138 *Id.* at 439.

139 *Id.* at 441–42.

140 *Id.*

ments. And this depended on how interrelated the parent-subsidary operations were: (a) the degree of ownership and control exercised by the parent over the subsidiary; (b) the extent the two entities operated as one; and (c) demonstrated access to the documents in the ordinary course of business; and an agency relationship.¹⁴¹

Marubeni America was wholly owned by Marubeni Japan. Marubeni Japan transferred employees between the two entities. Marubeni Japan was directly involved in the transaction at issue and it subjected the contract to its final approval before execution. According to the court, this proved Marubeni America had the ability to obtain the Marubeni Japan documents in question, and it compelled them to produce the same.¹⁴²

Subsequent courts have reached similar conclusions, in summary fashion. When over 1,800 plaintiffs filed suit against Daiichi Sankyo Inc., Daiichi Sankyo Co., Ltd, and Daiichi Sankyo U.S. Holdings, Inc. alleging injury from a drug it manufactured, plaintiffs sought to compel the Daiichi defendants to produce information from its European subsidiary. Plaintiffs argued the European subsidiary played a central role in the global evaluation and reporting of adverse side effects from the drug.¹⁴³

141 *Id.* See also *Mabrey v. Yamaha Motor Corp.* 2021 WL 1667425 (S.D. Ind. 2021)(courts examine factors including (1) the parent's ownership share in the affiliated corporation, (2) interlocking management structures, (3) documents exchanged in the ordinary course of business, (4) the foreign parent's connection to the transaction, and (5) whether the foreign parent will receive a benefit from the litigation.).

142 *Camden Iron & Metal, Inc.* 138 F.R.D. at 444.

143 *In re Benicar (Olmesartan) Prod. Liab. Litig.* 2016 WL 5817262 at *6 (D.N.J. 2016).

The court found this an easy case.¹⁴⁴ Access to documents in the normal course of business “gives rise to the presumption that such documents are in the litigation corporation’s control.”¹⁴⁵ Witnesses from the U.S. subsidiary testified it was “no big deal” to obtain documents from Daiichi Europe, and they exchanged information with Daiichi Japan and Europe regularly.¹⁴⁶ The Daiichi court found “control” over the Daiichi Europe documents such that it would require the Daiichi defendants to respond to narrowly tailored requests for information from the European entity.¹⁴⁷

When a plaintiff in a products liability action sued Yamaha Motor Corp. U.S.A. for injuries arising from an all-terrain vehicle manufactured by its parent corporation, Yamaha Japan, plaintiff sought to compel the U.S. subsidiary to produce documents from the parent corporation.¹⁴⁸ The court noted Yamaha’s interlocking management structure, with corporate officers routinely sent from the Japanese parent to the U.S. subsidiary. The court noted that the Yamaha Japan and Yamaha US entities exchanged documents in

144 *Id.* at *6.

145 *Id.* at *7.

146 *Id.*

147 *Id.* (the court denied Plaintiff’s Motion to Compel finding the requests overbroad but invited Plaintiffs to submit revised requests). *See also* Toyota Motor Sales, U.S.A., Inc. v. Allen Interchange LLC 2024 WL 3617141 (D. Minn. 2024) (defining control to include the “ability to obtain upon demand documents in the possession of another”; “[u]nder certain circumstances, courts can treat related corporate parties as a single ‘party’ for discovery purposes”; and ordering responses to discovery served on Toyota Motors Sales, Inc. include documents within Toyota Motor North America’s possession, custody, or control”).

148 *Mabrey v. Yamaha Motor Corp., U.S.A.*, No. 319CV00194RLYPB, 2021 WL 1667425, at *1 (S.D. Ind. Jan. 8, 2021).

the ordinary course of business, and that Yamaha Japan designed and manufactured the product at issue. Yamaha Japan also indirectly financed the litigation and was represented by the same counsel as the Yamaha subsidiary. The court compelled the Yamaha US subsidiary produce Yamaha Japan documents.¹⁴⁹

Contrast these cases with a patent infringement case naming Konami Digital Entertainment Inc. as defendant.¹⁵⁰ The parent company in Japan developed the software at issue, just as Yamaha had designed and manufactured the ATV, and plaintiff sought to compel the Konami subsidiary in the US to produce technical documents in the possession of the Konami holding and parent companies in Japan, just as plaintiffs in the Yamaha case.¹⁵¹ But the court here said no. It defined “control” not based on practical ability, but on “the legal right to obtain the documents on demand from the non-party corporation.” And it found none.¹⁵² Despite evidence that the Konami US had been able to obtain technical documents from Konami Japan in the past, the court emphasized that Konami US and Japan have separate officers, directors, and employees, and Konami U.S. does not have access to or the authority to direct Konami Japan to turn over documents.¹⁵³ Absent additional information regarding whether Konami Japan benefited financially from the sale of the allegedly infringing product or that its employees played some role in

149 *Id.* at *5-6.

150 *Princeton Dig. Image Corp. v. Konami Dig. Entm't Inc.* 316 F.R.D. 89 (D. Del. 2016).

151 *Id.* at *90.

152 *Id.* at *91.

153 *Id.* at *91.

the U.S.-based acts, the court found no basis to require production.¹⁵⁴

A review of the case law involving Japanese litigants makes clear that federal courts may compel a U.S. subsidiary to produce information in the possession of its Japanese parent corporation. But the scope of the duty to first preserve and then produce information depends on where the case is filed and the facts detailing the relationship between parent and subsidiary.

At the same time, questions about preservation of information held by related business entities are only the first item on a longer list that must be considered when thinking about information in a litigant's possession, custody, or control.¹⁵⁵ Courts have also applied the legal right or practical ability test in cases involving:

- Current and former employees using personal devices for work purposes¹⁵⁶;
- Independent contractors, vendors, and service providers¹⁵⁷;
- Principal and agents, including accountants, attorneys, and

154 *Id.*

155 *See Possession, Custody, and Control of ESI in Federal Civil Litigation*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-002-9023.

156 *See, e.g.,* La Belle v. Barclays Cap. Inc., 340 F.R.D. 74, 84 (S.D.N.Y. 2022); *In re Flag Telecom Holdings, Ltd. Sec. Litig.*, 236 F.R.D. 177, 181–82 (S.D.N.Y. 2006).

157 *Final Expense Direct v. Python Leads, LLC*, No. 8:23-CV-2093-WFJ-AAS, 2025 WL 2604564, at *1 (M.D. Fla. Sept. 9, 2025); *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Precious Physical Therapy, Inc.*, No. 19-10835, 2020 WL 7056039, at *6 (E.D. Mich. Dec. 2, 2020); *Brown v. Tellermate Holdings Ltd.*, No. 2:11-CV-1122, 2014 WL 2987051, at *17–20 (S.D. Ohio July 1, 2014), adopted as modified, No. 2:11-CV-1122, 2015 WL 4742686 (S.D. Ohio Aug. 11, 2015).

other third-party advisors¹⁵⁸;

- Affiliated business entities, including but not limited to parent- subsidiary relationships.¹⁵⁹

Determining that a litigant “controls” information held by one of these third parties does not end the inquiry. It still may be protected by attorney-client privilege, work product doctrine, or other protection from disclosure. But possession, custody, or control triggers the duty to preserve. Determining whose information to preserve requires more than a cursory look at a corporate organization chart.

As companies increasingly adopt and rely on workplace collaboration tools, it also requires thinking more globally about information systems. With the increasing use of collaborative tools in the workplace, discovery plans and discovery requests will focus less on individual custodians and more on data platforms.¹⁶⁰ As the

158 Johnson v. Riverhead Cent. Sch. Dist., No. 14-cv-7130, 2016 WL 4507002, at *6 (E.D.N.Y. Aug. 26, 2016); Am. Broad. Companies, Inc. v. Aereo, Inc., No. 12-cv-1540, 2013 WL 139560, at *1 (S.D.N.Y. Jan. 11, 2013); Cikel (Beijing) Sci. & Tech. Co. v. Misonix, Inc., 331 F.R.D. 218, 236 (E.D.N.Y. 2019); Eletson Holdings Inc. v. Levona Holdings Ltd., No. 23-cv-7331 (LJL), 2025 U.S. Dist. LEXIS 129755, at *5-7 (S.D.N.Y. July 9, 2025).

159 E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Kolon Indus., Inc., 286 F.R.D. 288, 291 (E.D. Va. 2012); Mt. Hawley Ins. Co. v. Felman Prod., 269 F.R.D. 609, 618 (S.D. W. Va. 2010); Steele Software Systems v. Dataquick Information Systems, Inc., 237 F.R.D. 561, 564 (D. Md. 2006).

160 Kelly Twigger, *In-House Counsel in the Custodian Debate: Balancing Proportionality and Relevance*, ACEDS Blog, (Oct. 24, 2024), available at <https://aceds.org/in-house-counsel-in-the-custodian-debate-balancing-proportionality-and-relevance-aceds-blog/>; Redgrave LLP, *The Custodian Field Is Gone: What Microsoft Purview's Unified Workflow Means for Your eDiscovery Operations* (Nov. 2025), <https://www.redgravellp.com/publication/microsoft-purviews-unified-workflow-means-for-your-ediscovery-operations>.

role of the custodian or “key player” in framing preservation obligations diminishes, the need to map and preserve information systems containing potentially relevant information will grow. We will turn to that next.

C. What Must Be Retained?

“What types of information need to be preserved?” If the duty to preserve extends to information and things relevant to a potential litigant’s claims and defenses, the short answer is, it depends.

The courts provide some guidance. *Zubulake v. UBS Warburg* makes clear that the duty extends to all potentially relevant information across all platforms and devices, including third-party held information.¹⁶¹ The scope encompasses electronically stored information, paper documents, and physical evidence that may be relevant to anticipated claims.¹⁶²

This tells us that, while relevancy is the touchstone, the duty extends to (1) electronically stored information, (2) paper documents, and (3) tangible things. It tells us that the duty to preserve is technology agnostic. It includes information found on mobile devices, laptop or desktop computers, servers, and loose media, including external hard drives, discs, and tapes. It applies, *inter alia*, to email or text messages; word processing documents or PowerPoint slides; spreadsheets or databases; transcripts, audio, or video.

Federal courts publish checklists of sources of relevant information for litigants to discuss. For example, the federal court for

161 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 217 (S.D.N.Y. 2003).

162 Fed. R. Civ. P. 34(a)(1)-(2).

the Southern District of California instructs:

The parties must discuss the sources of relevant information, including corporate and personal accounts, and disclose all software and applications that are used to generate, manage, and store that information. This includes, but is not limited to:

- Email systems;
- Mobile device data;
- Text and messaging applications, such as iMessage, WhatsApp, Facebook Messenger, SnapChat, WeChat, Signal, Wickr, and Telegram;
- Workplace collaboration tools and chat applications, such as Slack and
- Microsoft Teams;
- Social media accounts;
- Accounting software;
- Unstructured data, such as documents created by commonly used Microsoft Office programs and Google programs;
- Structured data, such as information stored in structured databases like
- Salesforce and Basecamp;
- Wearable devices, such as data from watches or tags;
- Backup media, such as data from tapes, discs, or cloud accounts;
- External storage media, such as portable hard drives or flash drives;

- Voicemail systems;
- Video surveillance systems.¹⁶³

The list is representative, not exhaustive, and not necessarily intuitive. While individuals may consider text and other instant messaging platforms a “private” form of communications. Courts make clear that, if relevant, instant messages are just as discoverable as email messages.¹⁶⁴ A text sent from a personal device may be just as discoverable as that sent from an employer-issued phone.¹⁶⁵

While historically few meetings were recorded and transcribed, remote work and generative AI have made that commonplace, and individuals’ expectations of privacy do not determine preservation and disclosure obligations. Relevancy does. Meeting recordings and transcripts, if relevant, will need to be preserved. Depending on the type of case, parties may be required to preserve system and application logs, as well as data from internet of things

163 U.S. Dist. Ct. for the S.D. Cal., Checklist for Rule 26(f) Conference, <https://www.casd.uscourts.gov/judges/major/docs/Checklist%20for%20FRCP%2026%20Conferences.pdf> (last visited Apr. 30, 2026). *See also*, U.S. Dist. Ct. for the N.D. Cal., Checklist for Rule 26(f) Meet and Confer Regarding Electronically Stored Information, https://cand.uscourts.gov/sites/default/files/wp-content/uploads/forms/e-discovery-esi-guidelines/ESI_Checklist-12-1-2015.pdf (last visited Apr. 30, 2026); Tadler et al., *The Sedona Conference “Jumpstart Outline”* (Mar. 2016), https://www.thesedonaconference.org/publication/Jumpstart_Outline.

164 *We the Protesters, Inc. v. Sinyangwe*, 348 F.R.D. 175, 180 (S.D.N.Y. 2024); *Flagg v. City of Detroit*, 252 F.R.D. 346, 352–53 (E.D. Mich. 2008); *Fam. Wireless #1, LLC v. Auto. Techs, Inc.*, No. 3:15CV01310(JCH), 2016 WL 3911870, at *4 (D. Conn. July 15, 2016).

165 *La Belle v. Barclays Cap. Inc.*, 340 F.R.D. 74, 84 (S.D.N.Y. 2022); *In re Flag Telecom Holdings, Ltd. Sec. Litig.*, 236 F.R.D. 177, 181–82 (S.D.N.Y. 2006).

(IoT) devices. Litigants may be required to preserve and produce generative AI conversations, including the prompts and output.¹⁶⁶

The list goes on, seemingly *ad infinitum*. It is, however, cabined by the Federal Rules of Civil Procedure.

D. Proportionality

Federal Rule of Civil Procedure 26(b)(1) expressly limits the scope of discovery to that which is:

proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit.¹⁶⁷

The federal courts have long applied this standard to the parties' duty to preserve: "proportionality is necessarily a factor in determining a party's preservation obligations"¹⁶⁸

The analysis takes two forms. First, courts, and now the federal rules, distinguish between accessible and inaccessible information. Accessible information is readily available in a usable format

166 United States v. Heppner, No. 25 Cr. 503 (JSR), 2026 U.S. Dist. LEXIS 32697 (S.D.N.Y. Feb. 17, 2026); Concord Music Grp., Inc. v. Anthropic PBC, No. 24-cv-03811-EKL (SVK), 2025 U.S. Dist. LEXIS 99068 (N.D. Cal. May 23, 2025); Morgan v. V2X, Inc., No. 25-cv-01991-SKC-MDB, 2026 U.S. Dist. LEXIS 67939 (D. Colo. Mar. 30, 2026); In re OpenAI, Inc., Copyright Infringement Litig., No. 23-CV-11195, 2025 WL 1443780, at *1 (S.D.N.Y. May 16, 2025).

167 Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).

168 Pippins v. KPMG LLP, 279 F.R.D. 245 (2012).

and reasonably indexed; inaccessible information is not.¹⁶⁹ For electronically stored information, active online or near-line data provides an example of the former; erased, damaged, or archived data are examples of the latter.¹⁷⁰ Courts have held that a potential litigant must preserve accessible information. But they need not, as a rule, preserve inaccessible information unless that inaccessible data contains unique, relevant information from “key players” that is not otherwise available.¹⁷¹

This standard has been codified in the Federal Rules of Civil Procedure:

A party need not provide discovery of electronically stored information from sources that the party identifies as not reasonably accessible because of undue burden or cost. On motion to compel discovery or for a protective order, the party from whom discovery is sought must show that the information is not reasonably accessible because of undue burden or cost. If that showing is made, the court may nonetheless order discovery from such sources if the requesting party shows good cause, considering the limitations of Rule 26(b)(2)(C).¹⁷²

Both the courts and the rules go on to hold that for accessible information, the usual rules apply: the responding party pays the cost of preserving and producing responsive information.¹⁷³ But for inacces-

169 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 217 F.R.D. 309, 318 (S.D.N.Y. 2003).

170 *Id.*

171 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 218 (S.D.N.Y. 2003).

172 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(B).

173 *Zubulake*, 217 F.R.D. at 324.

sible information, courts may consider shifting the costs to the requesting information.¹⁷⁴

The Advisory Committee notes to Rule 26 make clear that this language is intended to distinguish between technologically accessible and inaccessible information: to consider “different types of technological features” and sort between “information systems” designed to provide “ready access to information” and “information on sources that are accessible only by incurring substantial burdens or costs.”¹⁷⁵

The language of the Rule 26(b)(2)(B), however, is broader. It defines accessibility by “burden or costs.” This broader definition is repeated later, in Rule 26(c), which permits a court to enter a protective order to protect a party from “undue burden or expense” by forbidding disclosure or discovery; specifying its terms, including allocating costs; or prescribing a discovery method.¹⁷⁶

This generalized inquiry into the cost of preservation is now routine. Potential litigants and the courts consider proportionality when deciding whose and what sources of information to preserve. Determining “reasonable and proportionate steps” to preserve requires a “fact specific inquiry” that varies from case to case.¹⁷⁷

The 2015 Advisory Committee notes to Rule 37 addressing spoliation now expressly state “the rule calls only for reasonable

174 *Id.*

175 Fed. R. Civ. P. 26 advisory committee’s note to 2006 amendment.

176 Fed. R. Civ. P. 26(c).

177 *DR Distributors, LLC v. 21 Century Smoking, Inc.*, 513 F. Supp. 3d 839, 978 (N.D. Ill. 2021); *Travelers Prop. Cas. Co. of Am. v. Cannon & Dunphy, S.C.*, 997 F. Supp. 2d 937, 945 (E.D. Wis. 2014).

steps to preserve,” and a factor in evaluating the reasonableness of a party’s preservation efforts is proportionality.¹⁷⁸ They suggest courts “should be sensitive to party resources; aggressive preservation efforts can be extremely costly, and parties...may have limited staff and resources to devote to those efforts.”¹⁷⁹

With that in mind, the courts reject “vague and overly broad preservation requests,” requiring parties to engage in meaningful meet and confer processes to resolve preservation disputes¹⁸⁰ They utilize a utility analysis. “[t]he burdens and costs of preserving potentially relevant information should be weighed against the potential value and uniqueness of the information when determining the appropriate scope of preservation.”¹⁸¹

And they increasingly require proof, both of the value of the information sought and the cost of preserving it. Mere speculation that a custodian may possess relevant information is insufficient. Courts will evaluate evidence regarding custodian’s level of involvement in the decisions giving rise to the claims and defenses and whether the information they possess is unique and unavailable from other designated custodians.¹⁸²

178 Fed. R. Civ. P. 37, advisory committee’s 2015 notes.

179 *Id.*

180 *RG Abrams Ins. v. L. Offs. of C.R. Abrams*, 342 F.R.D. 461, 534 (C.D. Cal. 2022); *Travelers Prop. Cas. Co. of Am. v. Cannon & Dunphy, S.C.*, 997 F. Supp. 2d 937, 945 (E.D. Wis. 2014).

181 Hon. Craig B. Shaffer, *The “Burdens” of Applying Proportionality*, 16 SEDONA CONF. J. 55, 106–08 (2015); *The Sedona Conference, Commentary on Proportionality in Electronic Discovery*, 14 SEDONA CONF. J. 155 (2013).

182 *In re EpiPen (Epinephrine Injection, USP) Mktg., Sales Pracs. & Antitrust Litig.*, No. 17-MD-2785-DDC-TJJ, 2018 WL 1440923, at *2 (D. Kan. Mar. 15, 2018).

Courts also reject general statements and conclusory objections where litigants do not provide “evidence or specific factual allegations to support their assertion that discovery from the additional custodians would unduly add to the cost or time needed to process the necessary documents.”¹⁸³ Courts reject proportionality arguments where the responding party “fails to provide any specific information or evidentiary support for the time and expense it would incur searching the files and records of the requested custodians.”¹⁸⁴

Courts also reject proportionality arguments where the burden is self-inflicted. “[D]efendant may not excuse itself from compliance . . . by utilizing a system of record-keeping which conceals rather than discloses relevant records, or makes it unduly difficult to identify or locate them, thus rendering the production of the documents an excessively burdensome and costly expedition.”¹⁸⁵ The Sedona Conference’s *Commentary on Proportionality* states simply: “Undue burden, expense, or delay resulting from a party’s action or inaction should be weighed against that party.”¹⁸⁶

In sum, proportionality defines preservation, but it is incumbent on both the requesting and producing parties to define how the proportionality principles apply to their case. And they must do

183 *Garcia Ramirez v. U.S. Migr. & Customs Enft*, 331 F.R.D. 194, 198 (D.D.C. 2019).

184 *Burge v. Teva Pharm. Indus., Ltd.*, No. 22-CV-2501-DDC-TJJ, 2025 WL 1100047, at *9 (D. Kan. Apr. 14, 2025).

185 *Kozlowski v. Sears Roebuck & Co.*, 73 F.R.D. 73, 75-6 (D. Mass. 1976).

186 The Sedona Conference, *Commentary on Proportionality in Electronic Discovery*, 18 Sedona Conf. J. 141, 146, 159-162 (2017).

so both qualitatively and quantitatively.

V. Preserve How?

A. Preservation Best Practices

The duty to preserve potentially relevant information extends to both counsel and client.¹⁸⁷ The duty runs “first to counsel,” who has “a duty to advise his client of the type of information potentially relevant to the lawsuit and of the necessity of preventing its destruction.”¹⁸⁸ The courts make clear, however, “[a]t the end of the day...the duty to preserve...rests on the party. Once that duty is made clear...that party is on notice of its obligations and acts at its own peril.”¹⁸⁹ Failure may result in sanctions imposed on counsel, client, or both. In one recent opinion, the court imposed over \$2.5 million in monetary sanctions, requiring the client to pay 50% and former defense counsel to pay 50%.¹⁹⁰ Avoiding those sanctions requires affirmative steps.

The courts do not prescribe methods by which a potential litigant must preserve information, but they have identified steps.¹⁹¹

187 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 229 F.R.D. 422, 432 (S.D.N.Y. 2004).

188 *Point Blank Sols., Inc. v. Toyobo Am., Inc.*, No. 09-61166-CIV, 2011 U.S. Dist. LEXIS 42239, at *37 (S.D. Fla. Apr. 5, 2011); *Indus. Quick Search, Inc. v. Miller, Rosado & Algois, LLP*, No. 13 CIV. 5589 (ER), 2018 WL 264111, at *10 (S.D.N.Y. Jan. 2, 2018); *Turner v. Hudson Transit Lines, Inc.*, 142 F.R.D. 68, 73 (S.D.N.Y. 1991).

189 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 229 F.R.D. 422, 436 (S.D.N.Y. 2004).

190 *DR Distributors, LLC v. 21 Century Smoking, Inc.*, No. 12 CV 50324, 2022 WL 5245340, at *1 (N.D. Ill. Oct. 6, 2022).

191 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 218 (S.D.N.Y. 2003).

Early on, the *Zubulake* court held, once a party reasonably anticipates litigation, a party and her counsel “must”:

1. Identify all potentially relevant sources of information;
2. Suspend routine document retention/destruction policies for these sources;
3. Implement a “litigation hold” to preserve these sources; and
4. Monitor and oversee compliance of the client’s preservation & production.¹⁹²

The first step in identifying potentially relevant information is to identify and communicate with the key players, i.e., the “custodians” discussed above, including those who were involved in the dispute and those maintaining relevant records. The court in *Zubulake* found: “Unless counsel interviews each employee, it is impossible to determine whether all potential sources of information have been inspected.”¹⁹³ Key players can answer basic questions, including “what potentially relevant information is there;” “where should we be looking for relevant information;” “who else should we be talking to?”¹⁹⁴ Those conversations enable a party to identify docu-

192 *Zubulake*, 220 F.R.D. at 218; *Zubulake*, 229 F.R.D. at 431-2; *Duty to Preserve Evidence (Federal)*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-019-0638

193 *Zubulake*, 229 F.R.D. at 432.

194 Standardized interview questionnaires and checklists can be used to document reasonable preservation efforts. *See, e.g., Data Collection: Document Custodian Interview Questions*, PRACTICAL LAW STANDARD DOCUMENT 0-544-6915 (model questions for interviewing company employees (custodians) including categories of questions related to the employee’s background, involvement in the dispute and devices used for work; use of email; handheld devices; geolocation data; calendars and to-do lists; instant messaging; voice mail; computer files; social media; hard copy documents and other tangible materials; ✓

ment retention policies, and deletion or destruction schedules that must be suspended.¹⁹⁵

The custodial interviews also enable a party to identify sources of information that must be placed on a “litigation hold.” A “litigation hold” is an instruction directing the litigant, as well as employees and others acting on its behalf, to preserve information that may be relevant to a pending or anticipated investigation or litigation.¹⁹⁶ Some use the term “legal hold”, because it is broader, encompassing preservation obligations that arise from government investigations as well as litigation.¹⁹⁷

Zubulake’s final step, monitoring and overseeing compliance, emphasizes the ongoing nature of the duty. “[A] party’s discovery obligations do not end with the implementation of a ‘litigation hold’—to the contrary, that’s only the beginning.”¹⁹⁸ According to *Zubulake*, counsel should periodically re-issue the litigation hold and actively

↘ and communications with others.).

195 The U.S. Supreme Court recognizes: “Document retention policies...are common in business... It is, of course, not wrongful for a manager to instruct his employees to comply with a valid document retention policy under ordinary circumstances.” *Arthur Andersen LLP v. United States*, 544 U.S. 696, 704 (2005). But once a party reasonably anticipates litigation, it must suspend those policies. See, e.g., *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 216 (S.D.N.Y.2003); *Micron Tech., Inc. v. Rambus Inc.*, 645 F.3d 1311, 1319–20 (Fed. Cir. 2011).

196 *Implementing a Litigation Hold*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE 8-502-9481.

197 Legal Hold, THE SEDONA CONFERENCE GLOSSARY 75 (6th edition 2026), available at <https://www.thesedonaconference.org/download-publication?-fid=9329>.

198 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 229 F.R.D. 422, 432 (S.D.N.Y. 2004).

supervise or participate in the preservation and collection process.¹⁹⁹

Courts and commentators have expanded on the steps identified in *Zubulake* and recognized as evidence of reasonable preservation efforts “best practices” that can be broken down into stages: pre-litigation; a preservation trigger and early case assessment; issuing the litigation hold; ongoing monitoring and supervision of the hold; and releasing the hold.

Pre-Litigation Information Governance & Litigation Readiness

1. Maintain a Records Management System: Establish an information governance program that balances a business’s need for information with the need to simplify location and collection of information. Document retention policies should prescribe how electronic stored information and paper records are organized, retained, and destroyed in the ordinary course of business.²⁰⁰ Information technology – workplace productivity and collaboration tools, as well as mobile device management software – should automate these policies as much as possible.

2. Create a Data Map: Maintain an up-to-date data map

199 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 229 F.R.D. 422, 432 (S.D.N.Y. 2004); *DR Distributors, LLC v. 21 Century Smoking, Inc.*, 513 F. Supp. 3d 839, 933 (N.D. Ill. 2021); The Sedona Conference, *Commentary on Legal Holds, Second Edition: The Trigger & The Process*, 20 SEDONA CONF. J. 341, 358 (2019) (collecting cases and other authority dating back to 2004).

200 See, e.g., *How to Organize Company Data Before Litigation Arises Checklist*, PRACTICAL LAW CHECKLIST 7-503-4435.

that tracks the substance, format, and location of the organization's information, including servers, cloud storage, mobile devices, and legacy systems. Identify which systems use automatic deletion.²⁰¹ For companies operating in Europe and compliant with the G.D.P.R., this data map can be used in conjunction with Records of Processing Activities (RoPA) mapping categories data subjects and personal data.²⁰²

3. **Assemble an E-Discovery Team:** Before litigation arises, put a team in place—include in-house counsel, outside counsel, IT personnel, records management, and human resources—to establish preservation protocols before litigation is reasonably anticipated and execute the same once it is.²⁰³

Trigger Dates & Early Case Assessment

1. **Recognize the Trigger:** Look for facts indicating a party is on “notice of a credible probability” of litigation.

201 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 218 (S.D.N.Y. 2003); *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 229 F.R.D. 422, 432 (S.D.N.Y. 2004); *Cross-Border Legal Holds: Challenges and Best Practices*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-010-6737; *Duty to Preserve Evidence (Federal)*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-019-0638; *Duty to Preserve Evidence (Federal)*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-019-0638.

202 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), 2016 O.J. L 119/1 [hereinafter GDPR], art. 30, <https://gdpr-info.eu/art-30-gdpr/>.

203 *How to Organize Company Data Before Litigation Arises Checklist*, PRACTICAL LAW CHECKLIST 7-503-4435.

tion; “seriously contemplates initiating litigation,” or taking specific actions to commence litigation.”²⁰⁴

2. Discuss preservation in the initial client interview:

Question the client regarding potentially relevant information, people, sources, and types of ESI.²⁰⁵ Counsel may be required to “cross-examine the client and test the accuracy of the client’s response.”²⁰⁶

3. Identify and interview relevant custodians: Conduct an “intentional and systematic”²⁰⁷ investigation identifying key players. Key players may include line of business employees creating and using the information, information technology, records management, and human resources personnel.²⁰⁸ They may include current and former employees, as well as third parties. Learn how each individually creates and stores infor-

204 The Sedona Conference, *Commentary on Legal Holds, Second Edition: The Trigger & The Process*, 20 SEDONA CONF. J. 341, 358 (2019).

205 DR Distributors, LLC v. 21 Century Smoking, Inc., 513 F. Supp. 3d 839, 920, 924-7 (N.D. Ill. 2021).

206 *Id.* at 924; Goldstein v. Denner, 310 A.3d 548, 576 (Del. Ch.), cert. denied, No. 2020-1061-JTL, 2024 WL 776033 (Del. Ch. Feb. 26, 2024), and appeal refused, 346 A.3d 1123 (Del. 2024); Zubulake v. UBS Warburg LLC, 229 F.R.D. 422, 433-34 (S.D.N.Y. 2004).

207 DR Distributors, LLC, 513 F. Supp. 3d at 920, 924-7; Goldstein, 310 A.3d at 576; Zubulake, 229 F.R.D. at 433-34.

208 See, e.g., *Data Collection: Document Custodian Interview Questions*, PRACTICAL LAW STANDARD DOCUMENT 0-544-6915; *Data Collection: Information Technology Personnel Interview Questions*, PRACTICAL LAW STANDARD DOCUMENT 1-544-1007; *Data Collection: Personnel Files*, PRACTICAL LAW STANDARD DOCUMENT 3-557-1286; *Data Collection: Questions to Ask Records Department Personnel Checklist*, PRACTICAL LAW CHECKLIST 6-562-6107.

mation, rather than relying on high-level corporate policies.

4. **Investigate the client's information systems:** Consult directly with IT personnel to understand the organization's data retention architecture and where and what data is maintained.²⁰⁹ The court in the *Nissan* case made clear that Nissan's counsel must become knowledgeable about their client's computer systems and ESI at the onset of litigation.²¹⁰
5. **Identify relevant devices, accounts, information:** Utilize custodial interviews, data maps, and records of processing activities to identify sources of potentially relevant information, including accounts (personal and business), types of information, and the devices on which it is stored.²¹¹
6. **Immediately Preserve Vulnerable Information.** Take steps to preserve electronically stored information that presents a risk of immediate deletion or alteration. Common sources include data from departing employees; mobile devices and their messaging data; dynamic databases; and forensic artifacts that may be overwritten in the ordinary course of business. While

209 Zubulake, 229 F.R.D. at 432; *Data Collection: Information Technology Personnel Interview Questions*, PRACTICAL LAW STANDARD DOCUMENT 1-544-1007.

210 *Nissan N. Am., Inc. v. Johnson Elec. N. Am., Inc.*, No. 09-CV-11783, 2011 U.S. Dist. LEXIS 16022, at *2, 10 (E.D. Mich. Feb. 17, 2011).

211 *Id.* at *9.

not every case involves former employees or computer forensics, most now involve mobile devices.²¹²

Issue the Litigation Hold

1. **Issue a tailored, timely, written legal hold:** Promptly distribute a written litigation hold to the client and affected employees that is tailored to the case. It should inform the employees of the scope of their duty to preserve and how.²¹³ Oral preservation instructions invite spoliation claims. The court castigated *Toyobo* for its “nebulous oral instruction” to its employees to preserve information.²¹⁴
2. **Require acknowledgement:** Each recipient should sign or electronically acknowledge that they received, read, and intend to comply with the hold notice. Request participation in a written survey regarding where potentially relevant information is located and who else might possess the same.²¹⁵
3. **Notify Third Parties:** Send preservation letters to non-parties who have custody or control of potentially

212 *First Steps for Identifying and Preserving Electronic Information Checklist*, PRACTICAL LAW CHECKLIST 0-501-1791.

213 *Duty to Preserve Evidence (Federal)*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-019-0638.

214 *Id.* Point Blank Sols., Inc. v. Toyobo Am., Inc., No. 09-61166-CIV, 2011 WL 1456029, at *1, 4, 7 (S.D. Fla. Apr. 5, 2011)(The court denied plaintiff's request for an adverse inference instruction finding no evidence of bad faith, but it invited Plaintiffs to seek a lost evidence instruction at trial.).

215 *See, e.g., Litigation Hold Notice*, PRACTICAL LAW STANDARD DOCUMENT 0-501-1545; *Implementing a Litigation Hold*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE 8-502-9481.

relevant information, including cloud service providers, IT vendors, and contractors.²¹⁶

4. **Suspend document retention policies.** Suspend document retention or destruction policies that may result in the destruction of relevant information.²¹⁷ As seen in the *Nissan* case, courts may order production of record retention policies and analyze the extent to which the litigant complied with and, as necessary, suspended them.²¹⁸
5. **Disable auto-delete; ban ephemeral messaging:** Coordinate with IT to turn off automatic deletion, auto-archive features, and overwriting cycles for information systems used by key custodians.²¹⁹ Courts have sanctioned failures to turn off auto-delete software for messaging and collaboration software data.²²⁰ Instruct

216 *Implementing a Litigation Hold*, *supra* note 215.

217 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 217 (S.D.N.Y. 2003); *Steves & Sons, Inc. v. JELD-WEN, Inc.*, 327 F.R.D. 96, 108 (E.D. Va. 2018); *Matter of In re Skanska USA Civ. Se. Inc.*, 340 F.R.D. 180, 185 (N.D. Fla. 2021).

218 *Nissan N. Am., Inc. v. Johnson Elec. N. Am., Inc.*, No. 09-CV-11783, 2011 U.S. Dist. LEXIS 16022, at *9 (E.D. Mich. Feb. 17, 2011).

219 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 218 (S.D.N.Y. 2003); *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 229 F.R.D. 422, 432 (S.D.N.Y. 2004); *Goldstein v. Denner*, 310 A.3d 548, 578 (Del. Ch.), cert. denied, No. 2020-1061-JTL, 2024 WL 776033 (Del. Ch. Feb. 26, 2024), and appeal refused, 346 A.3d 1123 (Del. 2024); *Duty to Preserve Evidence (Federal)*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-019-0638;

220 *See, e.g., Freeman v. Giuliani*, 2023 WL 5600316, at *13 (D.D.C. Aug. 30, 2023); *Youngevity Int'l v. Smith*, No. 3:16-CV-704-BTM-JLB, 2020 WL 7048687, at *2 (S.D. Cal. July 28, 2020); *Laub v. Horbaczewski*, 2020 WL 9066078, at *4 (C.D. Cal. July 22, 2020); *Paisley Park Enters., Inc. v. Boxill*, 330 F.R.D. 226, 233 (D. Minn. 2019).

key players not to use ephemeral messaging. Courts consider use of “disappearing messages” settings or applications in determining whether a spoliating party intended to deprive the opposing party of use of the information in litigation.²²¹

6. **Implement a preservation protocol tailored to the needs of the case:** Some information systems will allow a party to preserve in place. For some, preservation requires collection. Use forensically sound preservation and collection practices to avoid altering metadata. Determine whether the case requires imaging of electronic devices to preserve forensic artifacts such as system logs or “deleted” information.²²²

Ongoing Monitoring and Oversight

1. **Monitor Compliance with Legal Hold:** Without affirmative action, a litigation hold is “mere empty verbiage.”²²³ Take steps to ensure ongoing compliance with the litigation hold—monitor, supervise, and actively confirm the client and its employees are pre-

221 *Pable v. Chicago Transit Auth.*, No. 19 CV 7868, 2023 WL 2333414, at *1-3 (N.D. Ill. Mar. 2, 2023), report and recommendation adopted, No. 19 CV 7868, 2024 WL 3688708 (N.D. Ill. Aug. 7, 2024), *aff'd*, 145 F.4th 712 (7th Cir. 2025); *SRS Acquiom Inc. v. PNC Fin. Servs. Grp., Inc.*, No. 19-CV-02005-DDD-SKC, 2023 WL 6461234, at *5-6 (D. Colo. Sept. 8, 2023), report and recommendation adopted, No. 19CV02005DDDSKC, 2023 WL 8651425 (D. Colo. Nov. 7, 2023).

222 *The Sedona Conference Commentary on Legal Holds, Second Edition: The Trigger & the Process*, 20 SEDONA CONF. J. 341, 366 (2019).

223 *In re Actos (Pioglitazone) Prods. Liab. Litig.*, No. 6:11-MD-2299, 2014 WL 2872299, at *15 (W.D. La. June 23, 2014).

serving relevant ESI.²²⁴

2. Actively supervise collection and preservation efforts: Counsel should actively supervise implementation of the preservation protocol.²²⁵ The *Toyobo* court found defendants negligently failed to monitor the litigation hold resulting in spoliation and indicated plaintiffs could seek to introduce “evidence surrounding *Toyobo*’s alleged loss or destruction of evidence at trial.”²²⁶

3. Coordinate with service providers: Ensure that third-party vendors or IT professionals assisting with identification, preservation, or collection are given proper instructions and are supervised.²²⁷ The Rules of Professional Responsibility require counsel to understand the “benefits and risks associated with relevant technology,” and to supervise non-lawyers providing assistance.²²⁸

224 *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 218 (S.D.N.Y. 2003); *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 229 F.R.D. 422, 432 (S.D.N.Y. 2004); *Goldstein v. Denner*, 310 A.3d 548, 576–77 (Del. Ch.), cert. denied, No. 2020-1061-JTL, 2024 WL 776033 (Del. Ch. Feb. 26, 2024), and appeal refused, 346 A.3d 1123 (Del. 2024); Duty to Preserve Evidence (Federal), PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-019-0638

225 *Implementing a Litigation Hold*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE 8-502-9481 (2017).

226 *Point Blank Sols., Inc. v. Toyobo Am., Inc.*, No. 09-61166-CIV, 2011 WL 1456029, at *31 (S.D. Fla. Apr. 5, 2011).

227 *Cross-Border Legal Holds: Challenges and Best Practices*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-010-6737.

228 Model Rules of Prof'l Conduct r. 1.1 cmt. 8 (Am. Bar Ass'n 2025); Model Rules of Prof'l Conduct r. 5.3 (Am. Bar Ass'n 2025).

4. **Reissue and Remind:** Periodically re-issue the litigation hold to capture newly hired employees and send regular reminders to existing custodians.
5. **Document the Process:** Maintain a contemporaneous written record of all preservation efforts. Document when the hold was triggered, who was interviewed, what technical steps were taken, and the rationale for excluding any data sources. Include written records of interviews, instructions given, and all steps taken to preserve potentially relevant information.^{229,230}

Courts recognize two important corollaries to these best practices: First, “[b]lindly relying on a client” for “the identification, preservation, and collection of ESI is not reasonable.”²³¹ “Self-collection” may not be unreasonable *per se*, but, unless the litigant is appearing *pro se*, unsupervised self-collection is.

Federal Rules of Civil Procedure 26(g) requires an attorney to sign every discovery request, response, or disclosure. By signing, the attorney certifies that, to the best of that person’s knowledge, information, and belief, the discovery is, *inter alia*, consistent with the rules.²³² Courts have held “[t]here is simply no responsible way

229 *Duty to Preserve Evidence (Federal)*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-019-0638.

230 *The Sedona Conference Commentary on Managing International Legal Holds*, 24 *The Sedona Conf. J* 171-2 (2023).

231 *DR Distributors, LLC v. 21 Century Smoking, Inc.*, 513 F. Supp. 3d 839, 920 (N.D. Ill. 2021).

232 Fed. R. Civ. P. 26(g).

that an attorney can effectively make the representations required under Rule 26(g)(1) and yet have no involvement in, or close knowledge of, the party's search, collection and production of discovery."²³³ The attorney "cannot abandon his professional and ethical duties imposed by the applicable rules and case law and permit an interested party or person to "self-collect" discovery without any attorney advice, supervision, or knowledge of the process utilized."²³⁴

In the *Otsuka Pharmaceuticals* case, the court found "self-collection by a layperson of information on an electronic device is highly problematic and raises a real risk that data could be destroyed or corrupted," particularly where the employees are interested fact witnesses who lack of forensic training in searching for and preserving electronically stored information.²³⁵ The court ordered two plaintiffs to provide "cell phones, computers, tablets and any other electronic devices" to designated experts for forensic imaging and examination.²³⁶

The second corollary is that the best insurance against a spoliation claim is an agreement with opposing counsel. Early discussions with opposing counsel, as part of a Rule 26(f) conference to develop a discovery plan or even earlier in response to a preservation letter, enable counsel to discuss and potentially agree on the scope of preservation, including data sources, date ranges, search method-

233 *Equal Emp. Opportunity Comm'n v. M1 5100 Corp.*, No. 19-CV-81320, 2020 WL 3581372, at *2-3 (S.D. Fla. July 2, 2020).

234 *Id.*

235 *In re Abilify (Aripiprazole) Prods. Liab. Litig.*, No. 3:16-MD-2734, 2017 WL 9249652, at *3 (N.D. Fla. Dec. 7, 2017).

236 *Id.* at *4.

ologies, and forms of production. As the *Nissan* court stated, “[e]lectronic discovery requires cooperation.”²³⁷ One of the potential benefits of that cooperation is an agreement on what should be preserved and how. And if relevant information is lost nonetheless that agreement preempts any argument that the steps taken to preserve the information were unreasonable.

B. Preservation Duration

The duty to preserve information does not continue indefinitely.²³⁸ During litigation, the duty may be extinguished “by providing the opposing party with an adequate and meaningful opportunity to inspect.”²³⁹ Otherwise, the duty ends when litigation is no longer reasonably anticipated.

The duty may be extinguished by resolution of the parties’ claims, either through settlement or a litigated outcome.²⁴⁰ It may be extinguished by the expiration of the relevant statute of limitations. The key, in any event, is to document the basis for lifting the litigation hold and either deleting information or resuming normal document retention and autodelete policies.²⁴¹

As a result, once the duty to preserve has ended, a final best

237 *Nissan N. Am., Inc. v. Johnson Elec. N. Am., Inc.*, No. 09-CV-11783, 2011 WL 1002835, at *4 (E.D. Mich. Feb. 17, 2011); *William A. Gross Constr. Assoc., Inc. v. Am. Mfrs. Mut. Ins. Co.*, 256 F.R.D. 134, 136 (S.D.N.Y.2009).

238 *Bryant v. Gen. Cas. Co. of Wisconsin*, 337 F.R.D. 1, 6 (N.D.N.Y. 2020).

239 *Id.*

240 *Edwards v. Hearst Commc’ns, Inc.*, 2017 WL 6458612, at *3-4 (S.D.N.Y. Dec. 18, 2017).

241 *Reasonable Anticipation of Litigation Under FRCP 37(e): Triggers and Limits*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE w-008-2708.

practice is to add to the list above is to release the litigation hold:

Litigation Hold Release: Issue a written release notice instructing employees, including IT personnel, that the restrictions on altering or deleting specific information have been lifted and they are to resume normal document retention practices.²⁴²

Failure to do so results in preservation of data that is no longer necessary but remains in a party's possession, custody, or control, and subject to a future legal hold or data breach.

VI. Conclusion

In July of 2011, the first diabetes patients who developed bladder cancer after taking Actos began filing suit in the United States alleging that Takeda Pharmaceuticals and Eli Lilly and Company had known about the bladder cancer risk for years, yet failed to warn them and they developed cancer as a result.²⁴³ In December 2011, pretrial proceedings in all related federal actions were consolidated in one federal district court.²⁴⁴ At the same time, plaintiffs were filing suit in state courts throughout the country.

By July 2015, there were 4,800 lawsuits filed in federal courts, consolidated in Louisiana, and 4,500 in state courts, many of them

242 *Implementing a Litigation Hold*, PRACTICAL LAW PRACTICE NOTE 8-502-9481.

243 Brandon Lowry, *Takeda Tells Jury Studies Tying Actos to Cancer are Flawed*, LAW360 (Aug. 28, 2015); *Van Treeck v. Takeda Pharmaceuticals AM RICA*, 2015 WL 968877 *2 (Wis.Cir. Mar. 2, 2015).

244 Lowry, *supra* note 243.

consolidated in California and Illinois.²⁴⁵ As many as 10,000 plaintiffs ultimately filed suit against Takeda Pharmaceuticals, the manufacturer, and Eli Lilly, which helped market the drug.²⁴⁶

Early 2012, Takeda began production in the federal case, and separate coordinated proceedings in Illinois state courts, of millions of pages of documents.²⁴⁷ In the federal case, the parties agreed to a discovery plan,²⁴⁸ and, in July 2012, the federal court entered its Case Management Order: Protocol Relating to the Production of Electronically Stored Information.²⁴⁹

The Case Management Order identified the data sources then known to Takeda as “most likely to contain discoverable information.”²⁵⁰ Takeda agreed to provide information about those sources, including their date ranges, who used them, where they were hosted, and the database type.²⁵¹

As a result, at the beginning of the consolidated federal case, Takeda identified thirteen (13) databases likely to have relevant in-

245 Jef Feeley, *Takeda’s \$2.37 Billion Drug Accord Endangered*, BLOOMBERG BNA CLASS ACTION LITIGATION REPORT (Aug. 28, 2015); In Re Actos Product Liability Cases Coordinated Proceeding, JCCP No. 4696, venued in the California Superior Court, Los Angeles County, California; In re Actos Related Cases, No. 2011 L 010011, venued in the Circuit Court of Cook County, Illinois, County Department, Law Division.

246 Feeley, *supra* note 245.

247 Defendants’ Opposition to Plaintiffs’ Motion to Compel Production of Documents, No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. June 19, 2013) Dkt. No. 2887.

248 Ruling on Motion, No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. July 10, 2013) Dkt. No. 2992.

249 In re Actos (Pioglitazone) Prod. Liab. Litig., No. 6:11-MD-2299, 2012 WL 7861249 (W.D. La. July 27, 2012).

250 *Id.* at *1.

251 *Id.*

formation,²⁵² and it disclosed a preliminary list of twenty-nine (29) “custodians” identified as “most likely to have information relevant to this litigation.”²⁵³ It assumed an ongoing obligation to identify additional “key” custodians.²⁵⁴ The court order required Takeda to collect and preserve data for each, including the email, computer hard drives, and physical files in its “possession, custody, or control.”²⁵⁵

In the first wave of discovery, Plaintiffs requested production of Actos-related documents from fifteen (15) Takeda employees.²⁵⁶ Takeda informed Plaintiffs that the files of four (4) had been “destroyed.”²⁵⁷ Plaintiffs identified more “key players” in the litigation, and Takeda replied that their files had also been destroyed.²⁵⁸

By the end of the process, Plaintiffs learned that Takeda had destroyed the files of forty-six (46) key Takeda employees located in Japan, the United States, and Europe.²⁵⁹ These “key players” ranged from the company president and officers involved in the development and marketing of Actos on down to sales representatives.²⁶⁰

252 *Id.*

253 *Id.* at *3.

254 *Id.*

255 *Id.*

256 Plaintiffs’ Steering Comm.’s Mtn to Compel Fed. R. Civ. P. 30(B)(6) Dep. (June 19, 2013), No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. July 10, 2013) Dkt. No. 2884, at 2.

257 Ruling on Motion, No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. July 10, 2013) Dkt. No. 2992, at 2.

258 *Id.*

259 Pls.’ Steering Com. Memo. In Supp. of Mtn. to Compel. Fed. R. Civ. P. 30(B)(6) Dep. (June 19, 2013), No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. June 19, 2013) Dkt. No. 2884-1, at 2.

260 *In re Actos Products Liability Litig.*, 2014 WL 2921653 *3 (June 23, 2014); Pls.’ Steering Com. Memo. In Supp. of Mtn. to Compel. Fed. R. Civ. P. 30(B)(6) ✓

Plaintiffs argued Takeda destroyed the files of witnesses who sought to “manage the bladder cancer risk as a marketing problem.”²⁶¹

For each custodian, Takeda informed Plaintiffs that the documents had been destroyed as part of its “normal business practices” after the employees left Takeda or retired.²⁶² Plaintiffs then requested information regarding their departure dates and when Takeda implemented its “litigation hold.”²⁶³

In response, Takeda provided inconsistent answers. Initially, Takeda stated that it issued its first hold “for bladder cancer product liability litigation on February 15, 2011.”²⁶⁴ It turned out that the files of at least one key Takeda employee, a former Associate Director of the Pharmaceutical Research Division, were destroyed after that date.²⁶⁵ Takeda then “supplemented” its answer stating that the litigation hold was first implemented on September 2, 2011.²⁶⁶

Noting the discrepancy, Plaintiffs sought the deposition of a Takeda representative to testify on its behalf, pursuant to Fed. R. Civ. P. 30(b)(6), regarding Takeda’s implementation of the litigation

↘ Dep., *supra* note 259, at 2.

261 Pls.’ Steering Com. Memo. In Supp. of Mtn. to Compel. Fed. R. Civ. P. 30(B)(6) Dep., *supra* note 259, at 5.

262 Ruling on Motion, No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. July 10, 2013) Dkt. No. 2992, at 2-3.

263 *Id.*

264 *Id.*

265 Pls.’ Steering Com. Memo. In Supp. of Mtn. to Compel. Fed. R. Civ. P. 30(B)(6) Dep., *supra* note 259, at 2-3; Van Treek v. Takeda Pharmaceuticals, 2015 WL 968877 (Wisc. Cir. Mar. 2, 2015).

266 Ruling on Motion, No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. July 10, 2013) Dkt. No. 2992, at 2.

hold and the lost documents.²⁶⁷ Takeda objected, but later agreed to produce a witness in Osaka to speak to the destruction of files for six (6) custodians.²⁶⁸ In June 2013, Plaintiffs filed a motion with the court to compel Takeda to produce a representative for a deposition and do so in the United States.²⁶⁹ Takeda characterized Plaintiffs' deposition notice as "a worldwide fishing expedition" seeking to "insatiably perpetuate" discovery "breathtaking" in scope.²⁷⁰ And it came after Takeda had already produced some 23 million pages of documents.²⁷¹

Takeda also offered a legal argument that if successful would moot the issue: its duty to preserve did not arise until after the documents were destroyed. Takeda argued that a general concern over litigation did not create a duty to preserve, and all the documents at issue were disposed of before "the legal hold associated with this litigation was issued and before the first bladder cancer action was filed in July 2011."²⁷²

Yet, a former Takeda employee testified that she received instructions regarding preserving documents relating to Actos prior to 2011.²⁷³ And Plaintiffs submitted documents obtained from Eli Lil-

267 *Id.* at 3.

268 *Id.* at 3; Defendant's Mtn for Prot. Order, No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. June 18, 2013) Dkt. No. 2881, at 2.

269 Plaintiffs' Steering Comm.'s Mtn to Compel Fed. R. Civ. P. 30(B)(6) Dep. (June 19, 2013), No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. July 10, 2013) Dkt. No. 2884, at 1.

270 Defendant's Mtn for Prot. Order, No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. June 18, 2013) Dkt. No. 2881, at 2.

271 *Id.*

272 *Id.* at 10.

273 Ruling on Motion, No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. July 10, 2013) Dkt. No. 2992, at 6.

ly detailing correspondence between Takeda and Lilly discussing bladder cancer as a “significant adverse event” dating as far back as July 1999.²⁷⁴

The court found prima facie evidence of destroyed documents and ordered the deposition take place in the United States with a special master present to rule on discovery issues.²⁷⁵ The court expanded the scope of the deposition, to extend the date range for discovery back to 2002 after additional disclosures indicated the first litigation alleging personal injury arising from the ingestion of Actos actually occurred in 2002.²⁷⁶

Depositions and document discovery later showed that Takeda had issued “a general litigation hold” in July 2002 in response to a lawsuit alleging Actos caused liver failure.²⁷⁷ The hold instructed employees: “to preserve any and all documents and electronic data which discuss, mention, or relate to Actos®. This means do not destroy, delete, throw away or otherwise discard any such documents or electronic data.”²⁷⁸ As more plaintiffs filed more suits, Takeda “refreshed” this litigation hold in 2003, 2006, 2007, 2008, in February 2011 in the U.S and September 2011 in Japan.²⁷⁹

274 *Id.* at 7-8.

275 *Id.* at 9.

276 Amended Order, No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. July 26, 2013) Dkt. No. 3056, at 2.

277 *Van Treeck v. Takeda Pharmaceuticals AM RICA*, 2015 WL 968877 *2 (Wis. Cir. Mar. 2, 2015); *Amaris Elliott-Engel, Illinois Judge Rejects Sanctions for Destroyed Actos Documents*, THE NATIONAL LAW JOURNAL (Apr. 24, 2014).

278 *In re Actos Products Liability Litig.*, 2014 WL 2921653 *4, 9, 20 (June 23, 2014).

279 *Id.* at *4.

Despite these repeated instructions, Takeda employees destroyed large volumes of documents relating to Actos, and, in August 2013, a magistrate judge found *prima facie* evidence of spoliation.²⁸⁰ In January 2014, the district court judge reviewed the magistrate judge's findings. The court denied Plaintiffs' request for default judgment, and it deferred ruling on the requested jury instruction.²⁸¹ But it allowed "all evidence of and relating to Takeda's conduct as to documents and electronic data destruction to go before the jury."²⁸²

When the district court later ruled on jury instructions, the court found Takeda had acted in "bad faith" and "willfully abused the judicial process."²⁸³ The court rejected Takeda's argument that it had already produced millions of documents so there could be no prejudice, finding Takeda's "enthusiasm in producing documents is ... mitigated by its widespread failure to preserve large swaths of Actos[®]-related documents."²⁸⁴ The court found Takeda selectively destroyed the custodial files of 46 employees, while retaining the custodial files of others.²⁸⁵ The destroyed files included meeting notes, drafts of letters, PowerPoint presentations, and other information directly related to the development and marketing of Actos.²⁸⁶

280 *Id.* at *6.

281 *Id.* at *59-60.

282 In re: Actos (Pioglitazone) Prod. Liab. Litig., No. 6:11-MD-2299, 2014 WL 12601010, at *36 (W.D. La. Jan. 30, 2014).

283 In re: Actos (Pioglitazone) Prod. Liab. Litig., No. 6:11-MD-2299, 2014 WL 2921653 *24 (June 23, 2014).

284 *Id.* at *56.

285 *Id.* at *3.

286 *Id.* at *10.

The destroyed files included both paper and electronic files²⁸⁷; both the notes and communications of those “intimately involved with the development and marketing of Actos.”²⁸⁸

The court found the breadth of the files destroyed “disturbing,” particularly because they were the files of key decision-makers at Takeda.²⁸⁹ “In effect, the files of Takeda’s commanding general as well as his front line generals and direct aides in the battles waged by Takeda in its development, regulation of, and marketing of Actos[®] were deleted and destroyed.”²⁹⁰ Takeda did this “in the face of a valid and applicable litigation hold,” with “full notice of that hold and a full understanding of its legal obligations in the United States.”²⁹¹

The court found the 2002 hold applied to plaintiffs’ bladder cancer claims because it encompassed all documents that “relate to Actos” with “no mention of any specific malady.”²⁹² In issuing such a hold, Takeda undertook a duty to preserve Actos-related documents with its 2002 litigation hold.²⁹³ The court cited the testimony of in-house counsel for Takeda admitting that the general litigation hold applied to the bladder cancer patients and that Takeda did not issue

287 *Id.* at *10, 39.

288 *Id.* at *10, 39, 42.

289 *In re: Actos (Pioglitazone) Prod. Liab. Litig.*, No. 6:11-MD-2299, 2014 WL 12601010, at *16 (W.D. La. Jan. 30, 2014).

290 *In re: Actos (Pioglitazone) Prod. Liab. Litig.*, No. 6:11-MD-2299, 2014 WL 2921653 *35, 46 (June 23, 2014).

291 *Id.* at *35, 46.

292 *Id.* at *26.

293 *Amaris Elliott-Engel, Illinois Judge Rejects Sanctions for Destroyed Actos Documents*, THE NATIONAL LAW JOURNAL (Apr. 24, 2014).

a “new” litigation hold in 2011 but, in fact, “refreshed” the 2002 hold through 2011.²⁹⁴

The court found Takeda’s inconsistent and misleading information regarding its litigation hold evidence of “culpable intent.”²⁹⁵ Not only did Takeda first represent it implemented a litigation hold in February 15, 2011,²⁹⁶ and later change this to September 2011,²⁹⁷ it repeatedly implied that its litigation hold did not apply to the destroyed employee files and the destroyed files were not subject to discovery.²⁹⁸ Only after the judge specifically questioned Takeda about prior litigation holds did defense counsel advise the court of the existence of the 2002 general Actos[®] products liability litigation hold.²⁹⁹ Until then, Takeda offered “misleading” and “inconsistent” disclosures that caused the court to “labor under false impression[s]” of the facts.³⁰⁰

The court was blistering in its criticism of Takeda’s litigation conduct:

There is a clear and unassailable distinction between failing to disclose relevant information which exists and disputing the applicability of that information; a distinction Takeda deliberately chose to ignore. It is not for a party such as Takeda to unilaterally decide to withhold

294 In re: Actos (Pioglitazone) Prod. Liab. Litig., No. 6:11-MD-2299, 2014 WL 2921653 at *14, 26 (June 23, 2014).

295 *Id.* at *4, 27, 31.

296 *Id.* at *4, 52.

297 *Id.* at *5.

298 *Id.* at *43-44.

299 *Id.* at *52.

300 *Id.*

the fact of the very existence of information which falls under a valid discovery request.³⁰¹

The court found Takeda's obfuscation regarding its litigation hold caused costly delay and was part of a broader pattern of obfuscation.³⁰² Despite repeated orders from the court, Takeda designated corporate representatives for deposition who lacked knowledge of Takeda's information systems and the document destruction.³⁰³ Takeda hired an IT consultant with no personal knowledge of the issues to testify, according to Plaintiffs, a "hired gun" brought in to obfuscate on Takeda's behalf.³⁰⁴ Takeda later designated in-house counsel from a U.S. subsidiary to testify regarding the document destruction.³⁰⁵ She was unable to explain what steps Takeda, Japan had taken to preserve or recover the missing documents, or whether the destroyed documents could be recovered.³⁰⁶

The court voiced concerns about the credibility of both witnesses, calling their designations "highly regrettable" and their declarations "highly questionable."³⁰⁷ Despite repeated rulings by the court, Takeda never presented anyone knowledgeable about Takeda's document retention policy in Japan.³⁰⁸ It remained a "great mystery" and "demonstrates, again an unexplained and seemingly

301 *Id.* at *44.

302 *Id.*

303 *Id.* at *4.

304 *Id.* at *4, 7.

305 *Id.* at *7.

306 *Id.* at *7-8,10.

307 *Id.* at *7-9.

308 *Id.* at *47.

blatant disregard of their legal obligations by Takeda Japan.”³⁰⁹

The court ordered Takeda, at its sole cost, to reconstruct all deleted files from its backup tapes. It invited Plaintiffs to seek reimbursement of all costs, including attorney’s fees, associated with bringing the spoliation motion, and to seek another deposition of a Takeda representative knowledgeable about Takeda’s document destruction with all costs to be borne by Takeda.³¹⁰

Takeda’s ability to recover the deleted documents remained a mystery. The court found Takeda offered inconsistent statements regarding its document retention policies and ability to reconstruct the deleted files from its computer system backup tapes.³¹¹ At some points it argued the files were irretrievably deleted; at other points it argued that Takeda’s plan all along had been to use computer backup tapes to comply with its preservation obligations.³¹² The court found “Takeda’s oft shifting positions…distressing” and further support of its finding that Takeda acted in bad faith.³¹³

The court found that the destroyed documents were likely relevant. Plaintiffs obtained a sample of documents from lower-level Takeda employees who were copied on emails and whose files were not deleted. It obtained information from third parties that suggested the missing files showed Takeda knew of the risks.³¹⁴ The Upjohn Pharmaceutical Company produced emails sent to Takeda ex-

309 *Id.* at * 42, 48.

310 *Id.* at *59-60.

311 *Id.* at *33.

312 *Id.* at *53.

313 *Id.* at *33.

314 *Id.* at *13, 34-36.

plaining Upjohn's decision to withdraw from a joint venture because of concerns about Actos' "margin of safety," and emails received from Takeda trying to persuade Upjohn to publicly frame this withdrawal as a concern about "efficacy"³¹⁵

The court found "culpable intent" in the evidence that Takeda destroyed files³¹⁶ and the fact that Takeda sought to conceal the existence of its earlier litigation holds.³¹⁷ It minced no words when it found:

Takeda acted in bad faith and, also, a willful abuse of the judicial process in a deliberate attempt to destroy and, eliminate information concerning Actos and to obfuscate and hide its conduct and its knowledge of potential health risks of Actos[®] that might be relevant to future lawsuits....³¹⁸

As a sanction, the court allowed the jury to hear evidence regarding Takeda's spoliation and gave the permissive adverse inference instruction discussed earlier. The jury could infer the destroyed documents and files were adverse to Takeda.³¹⁹ The court's ruling set the stage for Plaintiffs' victory in the first bell weather trial, the \$9 billion punitive damages verdict, and ultimately a negotiated global settlement.³²⁰

315 *Id.* at *37-38.

316 *Id.* at *27.

317 *Id.*

318 *Id.* at *24, 51.

319 *Id.* at *1.

320 Joe Van Acker, *Takeda's \$2.4B Actos Deal Ends 5th Circ. App.*, LAW 360 (May 5, 2015).

The verdict is admittedly an outlier. But the case offers lessons to be learned. Most important, Takeda Pharmaceuticals was “hoist on its own petard.”³²¹ It angered the judge with its recalcitrance and conflicting disclosures about its preservation efforts.³²² Judges “cannot and do not expect that any party can meet a standard of perfection,”³²³ but they do expect candor. The Rules of Professional Responsibility require “candor toward the tribunal” and prohibit false statements of law or fact.³²⁴ The Federal Rules of Civil Procedure sanction both counsel and client for factual contentions made without evidentiary support in written discovery and in papers filed with the court.³²⁵ Takeda failed to heed the most important lesson of all: own your mistakes.

There are other lessons to learn from the Takeda litigation. Had Takeda followed the basic dictates of *Zubulake* and its progeny, they would not have been subject to sanctions. Implementing a litigation hold tailored to the needs of the case would have eliminated the spoliation claims. Takeda issued a sweeping litigation hold in 2002 that required preservation of “any and all documents and electronic data which discuss, mention, or relate to Actos.” The duty to preserve requires preservation of information potentially relevant to

321 See *Pippins v. KPMG LLP*, 279 F.R.D. 245, 256 (S.D.N.Y. 2012).

322 Amended Memorandum Opinion and Ruling, No. 6:11-md-02299-RFD-PJH (W.D. La. Jan. 30, 2014) Dkt. No. 3933, at 71-72.

323 *Webb v. CBS Broad., Inc.*, 2010 WL 2104179, at *6 (N.D. Ill. May 25, 2010); *Pension Comm. of the Univ. of Montreal Pen. Plan, et al. v. Banc of Am. Sec., LLC*, 685 F. Supp. 2d 456 (S.D.N.Y. Jan. 15, 2010), abrogated on other grounds by *Chin v. Port Auth. of N.Y. & N.J.*, 685 F.3d 135 (2d Cir. 2012).

324 Model Rules of Prof'l Conduct r. 3.3 (Am. Bar Ass'n 2025).

325 Fed.R.Civ.P. 26(g)(1) and 11(b)(3).

a claim or defense and proportional to the needs of the case. The Actos claims were initially few and related to liver cancer. They grew to include thousands focused on bladder cancer. A properly scoped litigation hold, revised as the litigation grew in scope, should have followed that progression. Instead, Takeda instructed its employees from the start to preserve everything, and then it did not.

Understanding the client's information systems is indispensable to identifying and securing potentially relevant information. In imposing sanctions, the court noted repeatedly the conflicting statements given by Takeda's corporate and legal representatives and the confusion regarding Takeda's IT procedures, whether its backup tapes were intended solely for disaster recovery or legal retention, and how Takeda had implemented its corporate policy regarding email management and retention.³²⁶ In court, Takeda argued it planned to use unindexed backup tapes to satisfy its litigation hold obligations. In practice, this directly violated Takeda's own Business Operating Procedure. Investigation of the client's information systems, at the beginning, would have avoided these misrepresentations.³²⁷

Identifying potentially relevant sources of information by interviewing relevant custodians and issuing specific preservation instructions would have ensured preservation of information in the possession of the individuals closest to the subject matter. In Japan, Takeda deleted the files, documents, and emails for departing em-

³²⁶ In re Actos (Pioglitazone) Prods. Liab. Litig., No. 6:11-MD-2299, 2014 WL 2872299, at *8 (W.D. La. June 23, 2014).

³²⁷ *Id.*

ployees like Mikihiko “Ken” Obayashi, a Director of Pharmaceutical Development involved in the development of Actos, and Katsuhisa Saito, a Senior Director of Pharmaceutical Development responsible for Actos. Takeda permitted deletion of data for Masahiro Miyazaki, an Associate Director of Pharmaceutical Research, while he was still an active employee and after Takeda’s litigation team “refreshed” the Actos litigation in February 2011. In the U.S., Takeda failed to preserve information from key players including a senior vice president of sales and a senior manager of product safety, and, in Europe, Takeda allowed data in the possession of its vice president for regulatory affairs and director of epidemiology to be deleted.³²⁸ A systematic approach to identifying key players would have identified these individuals and enabled a third party to preserve relevant information in their possession.

Suspending document retention policies and disabling auto-delete functions would have prevented the destruction of relevant evidence. Takeda’s failure to instruct its IT and HR departments to halt the routine deletion of files for departing employees was instrumental in the loss of custodial files for key executives and employees. Takeda’s standard business practice was to invalidate an employee’s email address at the end of the month of their departure, and three months later completely delete the email account and its contents. At the time of an employee’s separation, IT staff and vendors also routinely wiped personal computers and deleted personal file shares from active servers. The failure to suspend these policies

328 *Id.* at *5-6.

for key employees when they left the company resulted in the loss of information directly related to the safety of Actos.

Coordinating with service providers would have ensured that outside vendors did not inadvertently spoliage evidence. Dr. Kiyoshi Kitazawa, Managing Director, Board Member, and General Manager of the Strategic Product Planning department at Takeda from the early 1970s through 2009 personally corresponded with Upjohn regarding Actos' margin of safety.³²⁹ Dr. Kitazawa's personal file share and personal data were deleted by a Takeda IT vendor on January 28, 2010.³³⁰ If Takeda had properly coordinated with and supervised this IT vendor regarding the active 2002 litigation hold, the vendor would have been instructed to preserve, rather than delete, the files.

Monitoring compliance would have avoided spoliation. Courts have stated, time and again, a party's duty to preserve requires more than simply issuing a litigation hold. Without more it is "empty verbiage." Takeda issued and "refreshed" its litigation hold year after year, but the record is devoid of evidence that counsel took affirmative steps to oversee collection and preservation of potentially relevant information. Instead, the record suggests Takeda employees were left to their own devices. Takeda's 2002 litigation hold simply instructed: "Please take steps immediately to preserve such documents and data within your department."³³¹ Takeda's 2006 "Best Practices" memorandum later instructed employees and contractors to store legal hold materials within Outlook to prevent

³²⁹ *Id.* at *3.

³³⁰ *Id.*

³³¹ *Id.* at *9.

them from being deleted — instructions the employees ignored.³³²

As the *Otsuka Pharmaceuticals* case recognized, self-collection is “highly problematic”.³³³ The courts are clear that preservation cannot be delegated, without immediate oversight, to employees without any training in computer forensics and whose own culpability is in question. Counsel for Takeda could have taken affirmative action, beyond emailing litigation hold notices, to ensure all sources of potentially relevant information were identified and actually placed on hold.

Documenting preservation steps could have shielded Takeda from findings of obfuscation and bad faith. Instead of maintaining a clear, documented record of its preservation efforts, Takeda provided shifting and inconsistent dates regarding issuance of its litigation hold. First, it was February 15, 2011. Then it shifted to September 2, 2011, before Takeda admitted that a hold had been in place since 2002 and “refreshed” in 2003, 2006, 2007, 2008, and 2011. Accurate documentation of when the holds were issued, to whom, and what steps were taken to preserve relevant information would have prevented “repeated material misrepresentations regarding litigation holds” and the court finding that Takeda engaged in a “campaign of concealment and obfuscation.”

Given the record, one might conclude, as the court did, that Takeda intentionally deleted information to avoid its use in litigation. But even if employees at Takeda panicked and started hitting the

332 *Id.* at *33.

333 *DR Distributors, LLC v. 21 Century Smoking, Inc.*, 513 F. Supp. 3d 839, 936 (N.D. Ill. 2021).

delete button, the outcome could have been different. Creating an eDiscovery Team, developing data maps, and establishing preservation protocols, in advance, enables centralized, defensible preservation efforts. It removes a lot of human nature from the equation. Enterprise-based tools simplify preservation and collection utilizing forensically sound methods, as opposed to tasking employees to copy files or move information into Outlook. Addressing preservation in the initial client interview and then in hands-on custodial interviews—where counsel joins an employee at their computer and asks “show me where you store your information related to the product”— help ensure that relevant information that is not available on enterprise networks is nonetheless identified and preserved.

There is no strict liability for information lost despite reasonable efforts and best practices. In cases involving voluminous documents, documents will get lost. Documents will get left out of production. The real question is, when that happens, can the producing party demonstrate that they took reasonable steps to preserve relevant information and it happened regardless? Can the producing party show the court a defensible preservation protocol? As the Advisory Committee for the Federal Rules of Civil Procedure recognized “perfection in preserving all relevant electronically stored information is often impossible...‘reasonable steps’ to preserve suffice.”

Understanding the law of preservation set out in this article, following the best practices set out in this article, will allow those litigating in the U.S. to demonstrate they took “reasonable steps.” The duty to preserve relevant information for litigation in the United

Article

States is broad, but manageable.

『所有権法の理論』から『科学としての法律学』へ（三）

——川島法学の展開と課題——

川 角 由 和*

〈目 次〉

1. はじめに
2. 『所有権法の理論』（1949年2月）の誕生
3. 『所有権法の理論』の基本的立脚点とその問題点
 - ① 「法社会学」的なモメントとしての近代的所有権における「人と人との関係」ないし「人間と人間との関係」
 - ② 川島における「法律」の物神性
 - ③ 近代的所有権の観念性と絶対性、川島による所有権の消極的把握・物権的請求権論との関係
 - ④ 近代的所有権の経済学的考察と川島の法社会学的市民法論の形成
 - ⑤ 近代的所有権と私法・公法の独立的形成（近代国家と市民社会との関係）
 - ⑥ 『所有権法の理論』における「法意識」論
 - ⑦ 「近代的所有権の観念性と絶対性」再論
(以上、龍谷法学58巻4号)
 - ⑧ 「商品所有権」としての近代的所有権（商品交換過程への着眼）および「貨幣所有権」の位置づけ
 - ⑨ 「商品所有権」の補論：不動産取引と所有権移転時期
(以上、龍谷法学59巻1号)
 - ⑩ 「資本所有権」の特質
 - (i) 「資本としての所有権——その抽象的端初的型態」——その基礎理論的考察
 - (ii) 「資本としての所有権の具体的な発展型態——その1」（「信用」によって媒介された諸型態）

* かわすみよしかず 龍谷大学名誉教授

- (iii) 「資本としての所有権の具体的な発展型態——その2」（「会社」によって媒介された諸型態）
 - (iv) 「資本としての所有権の具体的な発展型態——その3」（「独占資本」および「金融資本」における諸型態）
4. 「科学としての法律学」への架橋
- ① 序論——『所有権法の理論』に内在的な「科学としての法律学」への「動機づけ」
 - (i) 『所有権法の理論』における「法社会学と法解釈学との架橋」および「経験科学」の萌芽
 - 〔a〕背景——末弘法学の影響
 - 〔b〕川島による「法社会学と法解釈学との架橋」——「思考の実験室」としての『所有権法の理論』
 - 〔c〕『所有権法の理論』における「経験科学」への接近とその限界
(以上、本号)
 - (ii) 補論：川島法学と民法の「古典理論」との関係
 - ② 『所有権法の理論』（1949年2月）から「科学としての法律学」（1953年）への歩み——いくつかの論文を手がかりに
5. 「科学としての法律学」（1953年）の内容とその展開
6. 川島法学の総括とわが国民法学への影響
7. 結語

3. 『所有権法の理論』の基本的立脚点と問題点（続き）

本号では、『所有権法の理論』に関する残された課題として、「「資本所有権」の特質」からその考察を開始する。さらに、『所有権法の理論』から「科学としての法律学」へと至る川島法学の「動機づけ」についても検討を加える。まずは、前者からみていくことにする。

⑩ 「資本所有権」の特質

- (i) 「資本としての所有権——その抽象的端初的型態」——その基礎理論的考察

この点川島は、「資本は「法的な」存在であることと、および資本の法

的構造とは、資本制経済そのものの歴史的社会的構造によって規定されている」とする¹。この文章で注目すべきことは、「資本」という元来経済学的カテゴリーが「法的」な存在であり、それゆえ「資本」が相対的に独自にその「法的構造」を具備することが指摘されているということである。すなわち川島は、「資本」が「資本制経済そのものの歴史的社会的構造によって規定されている」ことを承認しながら（すなわち、いわゆる「経済的土台」による被規定性を肯定しつつ）、「資本」そのものをいわゆる「法的上部構造」において把握する姿勢を押し出す（もっとも、川島が「法的上部構造」というタームを用いているわけではない）。

要するに川島の場合、上記の観点は、マックス・ヴェーバーの見解とマルクスの見解とを連結せしめることによってえられた一つの理論的な帰結である²。それゆえ、いわゆるマルクス主義法学の立場からみれば妥協

1 川島『所有権法の理論』・同『著作集第七巻・所有権』（岩波書店、1981年）286頁。傍点・原著（この著作を、以下、『所有権法』として引用する。ただし、見出しは別扱いとする）。ちなみにマックス・ヴェーバーが、マルクスの影響を受けつつも、いわゆる「社会的上部構造」ないし「社会関係」の固有な内容的充実（人間の個体现象を含めた社会現象の類型化あるいはその科学化）を図ったことはよく知られている。さしあたり、大塚久雄『社会科学の方法——ヴェーバーとマルクス』（岩波書店、1966年）を参照。川島自身の態度表明として、「社会科学における人間の地位」（1959年）同『著作集第二巻・法社会学2』（岩波書店、1982年）2頁以下、特に22頁、24頁注34。また、川島が直接大塚からヴェーバーに関する私的講義を受けたことについては、後注2も参照。

2 川島『著作集第七巻・所有権』（前注1）の「解題」417頁以下。川島の回顧によれば、「Appropriation（「専属利益」或いは「専有利益」）に関するマックス・ヴェーバー理論とマルクスの商品および価値理論とをく連携ないし融合>せしめた跡が鮮明にみとれる。この点、特に「解題」421-422頁。そのことに鑑み、このく連携ないし融合>につき川島がヴェーバーのAppropriationを起点として位置づけ、その上でマルクスの価値論をむしろ副次的に関連づけたと解する余地が出てくる。藤田勇「戦後初期川島法学的方法的モチーフについて」法律時報65巻1号（1993年）20頁以下、特に24頁第二段は、これを「見逃せない検討課題」とする。同時に藤田は、川島に対する大塚久雄の影響にも留意する（藤田24頁上段）。これについては、川島『ある法学者の軌跡』（有斐閣、1978年）186-188頁の与瀬疎開記録（戦争中に疎開先の与瀬で川島が大塚から直接ノ

的・折衷的なスタンスとして批判される余地をのこすであろうが、むしろ戦後の「法社会学論争」当時の作品としてみる限り、少なくとも川島の見解が、いわゆる「法制的上部構造」のあり方³につき一定の積極的な役割を果たしたことが明らかであると考えてよい。

とはいえ、この点について付言するなら、「資本」が資本主義経済の基本構造（経済的諸関係・生産関係の仕組み＝「土台」）によって究極的に規定されるべき存在であるということ（さらにいえば、「資本」そのものが資本主義的生産関係＝「土台」にとって必須の構成要素であるということ）と、それが「法制的上部構造」の構成要素として相対的な独自性を有するところの法的なカテゴリーであることは、一応理論的な区別が図られた上で、より整合的・統一的に理解される必要があるように思われる。そしてそのことは、マルクス自身の思想の形成過程においても、一定の必然性によって規定されることの理論的かつ実践的課題であったと考える⁴。したがって、川

ゝ ヴェーバーに関する私的講義を聴講し、強い感銘を受けたこと）も併せて参照されてよいだろう。なお、ヴェーバーに関して、川島が、Appropriationを「人対人の社会関係」を対象とする「公準的構成概念」としつつ、その「客体」も社会学的な見地からかなり広く捉えていることが確認されるべきである（川島のいう「社会学的分析道具」としてのAppropriation概念）。この点については、川島「『権利』の社会学的分析——Max Weberの“Appropriation”の理論を中心として」（1973年）同『著作集第二巻・法社会学2』（前注1）362頁以下。いずれにせよ重要な点は、川島の見解においてAppropriation概念を通じたマルクス理論の独特な相対化が図られている、ということである。

3 このことに関連して、加古祐二郎は「法制的制度」（いわゆる「法制的上部構造」）につき、「厳密にはむしろ社会における中部的構造を形造り、宗教・哲学・芸術乃至は政治等々の上部的諸構造と経済的下部構造との云はば中間的媒介的契機をなす」と規定する。加古「法律学における政治的性格」（1936年）同『近代法の基礎構造』（日本評論社、1964年）4頁。その意味で、加古の見解はわが国における「法制的上部構造」論の先駆けであり、一個の典型であった。

4 なるほどマルクスは、「法的諸関係ならびに国家諸形態」の分析、ことに「市民社会の解剖学」は「経済学のうちに求められなければならない」とする。マルクス「経済学批判・序言」（1859年）全集13巻（大月書店、1964年）6頁。しかし注意すべきことは、マルクスが、ここで自覚的に、一個の本質論をよりメ

島がマックス・ヴェーバーを通じたマルクス理論の相対化を企図する場合、われわれは一定の留保を付しつつ、川島の見解に接することを余儀なくされるであろう⁵。それは、川島の「資本」＝「法制的上部構造」論を評価しつつ、その「法制的上部構造」としての「資本」の捉え方＝その方法をより厳密に、より批判的におこなう作業を要求するのではないか。そしてその場合、「資本」に関する川島の理解が、一方でマルクスの要素・ヒルファディング的な側面をともしつつ、他方でお、彼の師・我妻栄の見解からの影響を強く受けていることをより注意深く確認することに繋がるであろう（この点、後述のところを参照）。

ところで川島は、「資本の法制的構造の内容」に考察を移し、「特殊＝資本制的な意味での資本とは、いうまでもなく賃労働をもってする生産により増殖運動をとげる富であり、それは生産手段・労働・商品・貨幣等々の現象形態においてメタモルフォーゼを遂行するところの運動において在る」とする⁶。その指摘は、川島がマルクス『資本論』を読んで「資本」の特

ㄨ 強固な表現で主張しているということである。だからマルクスは、「経済的諸関係」が、究極的にはわれわれの社会的存在と意識を規定することを承認しつつ、同時にわれわれが相対的ながら独立した思想的・理論的諸活動（たとえば法の理論や学説の構築）をおこなうところの「主体」たりうることまで否定するわけではない。この問題は、要するにわれわれの思想的・理論的活動にかかる「精神」のあり方（「方法論」の構築）と繋がりをもつであろう。この点に関し、芸術的な表現の「本質的性格」としての「普遍的な自由さ」の尊重と、それを守る主体的な闘争の重要性を同時に追求するマルクスの観点が参考になる。マルクス「プロイセンの最新の検閲訓令にたいする見解」（1842年）全集第1巻（大月書店、1959年）7頁。

5 ちなみに、マルクス『資本論』の「科学」性とその歴史的普遍性とともにより一定の客観的な制約を伴うことはなかば必然的なことだが、しかし、それをもってマルクスを「非科学」とする見解との相対化＝無原則的な妥協を図り、ましてや「言語使用の問題としてはいずれも正当」として合理化するなら（川島「社会科学と哲学——特に法学および法社会学を中心として」〔1971～1972年〕同『著作集第二巻・法社会学2』〔前注1〕25頁以下、特に45頁）、おのずと別の問題を生ずるものと考えらる。

6 川島『所有権法』（前注1）287頁。傍点・原著。ここでは、一応「生産にメ

性を論じたことの⁶一応のあかしであるとともに、川島においては「剰余価値」が労働力商品の「売買」（いわゆる「雇用契約」を媒介にするもの）に根拠するという観点が比較的弱い⁷ため（そもそも「剰余価値」というターム自体、『所有権法』ではほとんど顔を出すことはない⁷）、その結果として、有形無形に我妻の現状追認的なシェーマ（この点につき後注10と14を参照）による影響を受けるという傾向をうみやすい（あるいは逆に、我妻による規定的な影響が存在したため結果的に川島のマルクス『資本論』の読解が不徹底となったとみることも可能である）。

とまれ川島において、結局「資本」は、その法的形態においては「私的所有権と契約との結合」であるとされる。すなわち、その「契約」は「資本の運動の法的現象形態」であり、「したがって資本の法的構造は、「契約を媒介として運動するところの私的所有権」として把握され得る」⁸とする。かくて川島は、「私的所有権」としての「資本所有権」（生産手段、労働、商品、貨幣等々に対する所有権）を構想し、それと商品交換に関する「契約」とをリンクする。要するに、「契約」を通じて資本としての「私的所有権」が運動する、という。それは、「剰余価値」から「利潤」への転化が交換過程における「契約」（おもに売買契約）を通じておこなわれることを指摘するものとしてみるかぎり、あくまで正当である。にもかかわらず川島においては、労働力商品の「売買」（「雇用契約」という形態をまとしてお

ゝより増殖運動をとげる富」としての「剰余価値」と「資本」との関係が論じられている。ところが川島においては、生産過程への目配りが比較的弱い⁷ため、直接、「私的所有権」と「契約」との統一としての「資本」が語られていく。その思考形態は我妻栄と共通する側面を有する（後注10）。

7 もっとも川島は、彼の『所有権法』（前注1）を構想するにあたって、それが戦時中の言論統制のため、「卑屈な奴隷のことば」で書かれたと記す。前掲・「解題」（前注2）432-433頁。したがって、われわれもそのような川島の思いを深く斟酌する必要がある。とはいえ、理論的な批判であれば、それが必要な限り、自由になされるべきことは当然である。

8 川島『所有権法』（前注1）287頁。傍点・原著。

こなわれるもの）もまた「交換過程」（「労働力売買市場」）でおこなわれ、労働力が生産過程で消費される結果として「剰余価値」が産出されるという観点がやや希薄であるということにも留意する必要がある（ちなみに「雇用契約」が労務利用型の契約であって交換型契約ではないというドグマティッシュな批判は、ここでは屁理屈にすぎない⁹⁾）。

なお、このように資本を「私的所有権と契約との結合」として把握することは、先ほど示唆したことと関連するのであるが、すでに川島の師・我妻栄以来一貫したものであった¹⁰⁾。このように、我妻の導きとともに川島の「資本としての所有権」が論じられていく側面があることに注意を払う必要がある。それゆえ、生産過程における「私的所有権」と交換過程における「契約」が「資本の運動」を形づくることが指摘されたとしても、それは、「資本の運動」を「説明」したにとどまり、「生産過程」から「交換

9 この点につき、広中俊雄『債権各論講義・第6版』（有斐閣、1994年）246頁の指摘が重要である。それによれば、「資本制的労働関係においては、労務に服する者は自己の人格の自由を保持しつつ労働力（のみ）を——商品として——時間ぎめで使用者に売り（使用者の処分にゆだね）、その対価として賃金（623条のいう「報酬」）の支払いを受ける」とされる（括弧内・原著）。なお、本多淳亮『労働契約・就業規則論』（一粒社、1981年）4頁の記述もほぼ同旨。これに対して、わが国通説的見解は、「雇用は、他人の労働ないし労働力を利用する契約の一種である」とするにとどまる。たとえば、我妻栄『債権各論中巻二（民法講義Ⅴ3）』（岩波書店、1962年）531頁。なお、我妻に独特な「労務協同体（Arbeitsgemeinschaft）」の構想については、我妻543頁以下を参照。

10 川島は、「資本が所有権と契約との結合だとする理論を立てられたわが国における最初の人」として我妻栄の名を挙げ、我妻が『岩波法律学辞典』で担当した「資本主義」と「所有権」の参照を指示している。川島『所有権法』（前注1）288頁注2。とはいえ、「資本」を「私的所有権と契約の結合」というだけでは、「資本主義的生産の総過程」を視野に入れた批判的考察は困難である。むしろ、そもそも我妻理論の重点は、「資本主義の発達に伴う私法の変遷」（資本主義批判を結果的に置き去りにしたまま、資本主義の変化に対応した私法の変遷、すなわち「金融資本の統制力」と「国家の統制」とを統合するところの私法の変遷）を検討することにあった点に注意が向けられる必要がある。さしあたり、我妻「資本主義」（1935年）同『民法研究Ⅰ』（有斐閣、1966年）165頁以下、特に170頁、172頁。

過程」へのルートを通じて実現される「剰余価値の利潤への転化」・それを通じた「貨幣の資本への転化」という、資本主義的生産活動における「資本」の運動過程に関する、より本質的側面にまで理論的かつ批判的な切り込みがされるわけではない（それは、川島がおもに「商品交換過程」にその考察の比重を置いたことと軌を一にする可能性がある。この点については、すでに前号〔龍谷法学59巻1号〕で指摘したところを参照）。

とはいえ、川島は我妻と異なり、いわゆる「階級関係」につき言及する¹¹。どういう形で言及するのか。川島にきこう。——「市民の法」たる「民法」においては、その「市民」の「抽象的＝普遍的」な存在性格のゆえに「近代社会におけるもっとも基礎的な関係たる階級関係は捨象され」るに至るのであり、また「民法学」においても「所有権・契約・人格の属性はしばしば絶対化され、階級関係も捨象され無視される。」¹²。この川島の理解は、それ自体として（もっぱらアン・ジッヒな意味で）正当な側面を含むものである¹³。にもかかわらず、「資本主義の発達に伴う私法の変遷」¹⁴

11 もっとも我妻も、「階級」および「二階級の対立」という概念について言及している。我妻「近代法における債権の優越的地位」（1929～1931年）同『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953年）254頁。しかるにその内容に関する切り込みはかなり手薄である。

12 川島『所有権法』（前注1）289頁。傍点・原著。

13 とはいえ、川島は「階級関係」が法に及ぼす影響に立ち入ることをしない。また、「階級闘争」という言葉を使うこともない。よって、必然的に「階級闘争」が、ある意味で一種の法の産出根拠となる側面をもちうることにについても論じない。なるほど、「階級闘争」本位の法律観はあまりに一面的であるが、かといってそれを全く無視するわけにはいかないであろう。

14 我妻『近代法における債権の優越的地位』（前注11）「序」1-2頁、4頁、9頁。なお我妻は、とりわけ、所有権の「睡眠状態」論（298頁）を主張し、さらに金銭債権を通じた企業統制から国家的統制へ（327頁）などの展開を図った。要するに、「所有権の絶対性」が「剰余価値主義」を可能にし、「搾取」を合理化したとし、よって所有権に代えて「債権の優越」を企図し、「金融資本」および「国家の統制」に依拠することを通じ、資本主義経済組織の「弊害」を「矯正」するという妥協的な方向性を提示する（我妻321頁および326頁）。

という——すでに指摘したように現状追認的な——「我妻モチーフ」が川島の『所有権法の理論』に与えた影響を無視することはできないと考える。それゆえ川島理論では、ほんらい「生産過程」と「交換過程」との<統一>を法的に反映する「市民法」において、その主体たる「市民」が同時に「階級関係」（ないし「階級闘争」）のにない手として機能する側面が比較的容易に切り落とされてしまうのである¹⁵（あるいは、「階級関係」を捨象する一般的見解がそのまま直接的に肯定される）。

言い換えれば、川島は市民法の基本原則の一つたる「法的人格の平等」の形式面に直接的にひきずられて、「法的人格の平等」がもつ「虚偽的性格」のみならず、それとともに、その「進歩的」・「普遍的」な側面を同時にみてとるうえで独特の弱さをもったように思われる。すなわち、先ほどの引用文でも示されるように、川島は「所有権・契約・人格」の「属性」の「絶対化」を形式論的にネガティブに捉え、その「絶対化」の論理的帰結として「階級関係」が捨象される、とする（前注12に対応する引用文を参照）。なるほど、市民法において「階級関係」は——とりわけ、「概念法学」ないし「制定法立法主義的法律学」のもとで——確かにそれが捨象されるという事実的な側面をもつが（それゆえ第一次大戦後にみられたように、

15 かかる川島の姿勢に対し、戒能通孝（1908-1975年）は、「市民」を「それ自体として闘争観念」であり、「闘争のなかで自己をきたえあげた人々が、「市民」であることに誇りをもち、それに榮譽を附与した」と述べる。戒能は、この「闘争」が「単純な権力闘争ではなくして精神的・社会的革命だった」と規定するが、それは基本的にルネサンス以降の宗教改革・ドイツ農民戦争・イギリス名誉革命・アメリカ独立革命・フランス革命などの歴史的過程を念頭に置いたものである。そのような「精神」の持ち主たる「市民」が一連の革命の過程を通じて「市民社会」を形成した（その「市民社会」の経済的な機動力は資本主義にあったが、それ〔資本主義〕は同時に「市民社会」を形成し、その基本理念を守るために闘う市民を育成した側面をもつ。それゆえ、「階級」概念もかかる「市民」概念と関連づけつつ、「市民社会」および「市民法」に包摂していくことができる）。戒能「市民法と社会法」（1958年）同『著作集Ⅶ・法社会学』（日本評論社、1977年）138頁以下、特に141-142頁。

「市民法から社会法へ」の価値的転換の流れにそのまま乗る傾向¹⁶が生み出されてくるのである)、しかしながらそのような思考の固定化は、私見によればいわゆる「物象化」の現象形態を無媒介的に肯定するものとなりうるものであり、その「物象化」解明の営みを媒介とした批判的契機が見失われてしまうという理論的な帰結を招来する¹⁷。その結果、とくに法学の分野では、戦前、牧野英一的な自由法論的社会法学と平野義太郎的なマルクス主義的法学理論とが「市民法から社会法へ」への傾向において共鳴しあうという奇妙な事態も生み出されたのではないだろうか¹⁸。もとより、川島は牧野や平野

16 もとより筆者自身は、社会法（労働法、社会保障法）そのものの歴史的な生成とその展開を肯定的かつ積極的に捉えている。ただ、その際の視点はあくまで「市民法に基礎を置いた社会法」であり、「市民法と内面的にリンクした社会法」である。この視点につき、「社会法」（ことに「労働法」）の歴史的形成の必然性を説きつつ、それが「市民社会的原理による被規定性をなんら逸脱し能はない」とする、加古祐二郎「法的主体より見たる社会法」（1936年）同『近代法の基礎構造』（前注3）281頁以下、特に303頁の見地が重要である。さらに、原島重義「競争秩序と民法——赤松美登里助教授を惜しむ」（1997年）同『市民法の理論』（創文社、2011年）187頁以下、特に202頁の観点（市民法を「競争秩序の法の土台」として捉えつつ、そのことを「織り込んで市民法を見直し、民法の内容を豊かにする」という観点）も参照。

17 「物象化」概念を、マルクスを介しヘーゲルに立ち戻ることによってより深く、より具体的かつ全面的に把握することに成功したのは、ルカーチである。その際に、ルカーチはヘーゲルの„Dialektik”（「弁証法」）を徹底して研究し抜き、マルクスの方法の全体と自覚的に関連づけた（要するに彼は、「マルクス主義者」と名乗る人々がいかにヘーゲルの思考と無縁であるかという事実を踏まえて、その批判的な研究をおこなったのである）。ルカーチ（城塚登＝古田光・共訳）『著作集9 歴史と階級意識』（白水社、1987年、原書1923年）12-13頁および159頁以下。これは、レーニンの『哲学ノート・上巻』（岩波書店、1975年）155頁の、いわゆるマルクス主義者に対する「アフォリズム」（「警告」）の精神と同質のものである。

18 ここで詳論することはできないが、両者において「市民法から社会法へ」の傾向が直接的かつ無媒介的な形で肯定されたことは確かである。牧野については、拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（十八）」龍谷法学54巻4号（2022年）72頁以下。平野については、彼の代表作『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』（有斐閣、増補新版1970年）427頁以下。

の見解とは異なる。ただ、19世紀に現実に妥当した「市民法」が20世紀の社会変動においてその存立基盤を失ったとする点では一致するといってい

いだろう¹⁹。

いずれにせよ——前注15で指摘したことと関連することだが——市民法が「闘争概念」として「階級関係」の存在を自覚的にその内部に取り込み、市民法独自の課題として「階級闘争」（これは、現代社会において労働者個人の自己決定を前提とした団結権行使を通じ、賃金等の労働条件に関する使用者＝「資本」との共同決定＝合意形成を含むこと当然である）のあり方が法的に模索される必要があろう。そしてそのことを通じ、「法的人格の平等」の「虚偽的性格」に対する批判とともに、歴史的に普遍的な存在たる「法的人格の平等」を、個別のかつ具体的に展開・発展せしめ、よって「法的人格」の主体としての市民＝「労働者」の自己決定の内容を実質化し高度化することが促進されるものと考え²⁰。

19 たとえば、川島「市民法と社会法について」法律時報30巻4号（1958年）68頁以下は、第一に「資本制経済が存在するかぎり」、それに固有なものとして「常に存在する」ところの「市民法」（いわゆる「ブルジョア法」、すなわち「抽象的原理」として自由・平等・独立を肯定する法体系）と、第二に歴史的・現実的に「資本主義経済社会の初期」に「中産的生産者層」が「支配的な構成部分」を占め、かつその層の「現実生活」において「自由・平等・独立」が現実化した「市民法」（川島はこれを「古典的市民法」と呼ぶ）の二つのタイプを構想する。そして、その後者（「古典的市民法」）はその後の社会経済的な諸関係の変化によりその存立基盤を失ったにもかかわらず、「観念型態」（たとえば「意思自由のドグマ」）としては「多かれ少なかれ存続している」。それゆえ、この「古典的市民法」を修正する要求を反映して登場したものこそ「社会法」（とくに労働法）である、とする。この川島の見解も広義の意味での「市民法から社会法へ」の潮流に属するといってい

いだろう。

20 労働者が市民たることはいわば自明のことであるが、その主体性・能動性により鋭く定式化し直そうとする見解がある。たとえば、西谷敏「市民と労働者」（2013年）同『著作集第1巻・労働法における法理念と法政策』（旬報社、2024年）319頁以下、特に322頁は「規範的人間型としての能動的市民を『市民』と呼び、これを「広く一般」の意味で用いられる「市民」と区別する。そのような西谷の視点（市民概念の二重性論）からすれば、現実の「企業社会の構造」にお

以上の点に即していえば、ことに川島による「所有権・契約・人格」の「絶対化」批判という観点は、その後「科学としての法律学」における、川島による「所有権・契約・人格」などの「価値」や「価値体系」そのものが、その「普遍性」の側面で把握されることが弱く、むしろそれ自体において形式論的な「相対化」の対象となっていることと平行な関連性をもつといつてよいであろう（それは、「集団〔階級・地域・人種〕」ごとに異なる存在として「価値」や「価値体系」をアメリカ行動理論的に把握する態度に起因する。これについては、次号以下で考察するところを参照）。

他方、以上で指摘したように、「階級関係」・「階級闘争」などの範疇は、「市民法」がその前提として抱え込むべき基礎的な社会的・経済的・法的カテゴリーであり、それら諸範疇は「市民法」の視点から常に現実的かつ批判的に、そしてまた発展的・建設的に把握されるべきことが再度確認される必要がある²¹。すなわち、それら諸範疇は、いわば市民法的に普遍的

ゝける「労働者」の、「市民」としての性格は二重的に「矛盾」したものとして現象せざるをえない（西谷325-326頁）。なお「市民」としての「労働者」の「自己決定」について、西谷「労働法における自由と自己決定」（2022年）前掲著作集293頁以下が重要な問題を提起する。すなわち、西谷は「自己決定」が「法理念」として把握されるべきことを強調しつつ、その現実化を阻む諸要因（たとえば、「非正規雇用の実態」や「悪しきポピュリズムの危険性」など）を直視しながら、「自己決定の二重構造」（労働者が人間として具備する第一次的な「自己決定」と、労働者が使用者との間で締結する「労働契約」を通じた第二次的な自己決定との「二重構造」）の意義と課題とを詳細に論ずる。

21 たとえば加古祐二郎は、「階級関係」・「階級闘争」を必然化するところの、資本主義的な人的諸関係を「商品の物神性」と関連づける。そして、自己の労働力商品の切り売りによって外観上の「対価関係」という形式を通じ、自己の「剰余労働」およびその結果として生み出された「剰余価値」の生産の仕組みを覆い隠すため現象化する神秘的なバールとして「商品の物神性」が機能するものと規定する（労働者が他の労働者によって生産された商品を買う過程＝交換過程において、彼は、その売買契約において、もっぱら平等な、定型化された抽象的人格として現象し、かつまたそのことが全社会的規模で普遍化するのであるから）。そしてそのことを通じ、加古は、近代法的な人格平等の虚偽的性格とともに、資本主義社会の一定の歴史的進歩性を媒介とするところの、人格平

なプリンシプル、すなわち「法的人格の平等と尊重・所有権保護の絶対的性格・契約自由の確保」などの基礎として在りつつ、それらのプリンシプルの実質化を図るうえで常に参考とされるべき法的な価値の形成に寄与するものである（たとえば現代市民国家論および市民法論の価値的な形成について、「階級関係」ないし「階級闘争」というカテゴリーは、市民国家・市民法の啓蒙的・教育的な役割に照らし、「現状の批判的把握」のため常に不可欠な機能を営む可能性を内在させている²²）。

なお川島は、「資本としての所有権」を、より具体的に「生産手段所有権の私的性質」のうちに捉え、かかる形での資本の私的所有と労働「契約」との社会的結合を認識し、その上で、生産過程の社会的性格と「生産物」の「私的領得」との間の「矛盾」を指摘する²³。そのこと自体は川島の優れた着眼点を示すものであるが、彼の場合、そのことがいわゆる「所有権起点論」へと収斂する点に、その特徴がある。すなわち、「私的所有権こそは資本制経済の全運動の起点、その最終の基礎たるのである」とす

ㄨ等のポジティブな存在性格を同時に肯定する。それゆえ必然的に、「市民法」への冷徹な批判眼とともに、その肯定的・積極的な側面に格別の注意を払う。だからこそ加古は、いわゆる「市民法から社会法へ」という流れのうえにのる特殊な「社会法」的傾向を、「法的楽観主義」の現われであり、かつそれは「思想の不当な濫用」であり、あるいは政治的に「反動的」なものとして強く批判するのである。加古「社会定型としての法的主体に就て」（1933年）同『近代法の基礎構造』（前注3）63頁以下、特に96頁および102頁、111-112頁。

22 本稿と視点は異なるが、グラムシは「国家の「教育者」的機能、さらに「法の教育的、創造的、形成的性格」を重視しつつ、その点に関するマルクス主義の認識の遅れを指摘する。そして、「従属的階級」が「支配的階級」となるプロセスの多様性を踏まえ、「すべての大衆のなかに立法上の議論をもちこむ必要がある」として「国民投票」（レフェレンダム）の「概念」を「有機的に変革する必要性」を説く（そこに、「階級闘争」を営む市民の闘争方法の具体的な課題が示唆されていると考える）。グラムシ（上村忠男〔編・訳〕）『新編・現代の君主』（青木書店1994年、訳書の底本は1975年のイタリア語版）252-253頁および255頁。

23 川島『所有権法』（前注1）290-291頁。傍点・原著。本稿は、その点に関する川島の姿勢をポジティブに捉える。しかしながら、いわゆる「所有権起点論」についてはやや行き過ぎの感を抱く。この点、後注25も参照。

ることによって、川島に独特な「私的所有権」の「起点論」が提示される²⁴。そしてそのことは、その裏面として、所有権に関する「法技術的解釈論的」な「法律構成」を、単なる「仮象＝観念的型態」（いわゆる「観念的所有権」の基礎）として把握し、そしてその場合の所有権は、法規範的で抽象的な「平等者の自由」と資本家の私的欲求に資する「支配と強制」との「矛盾」がもたらす「諸側面の統一」においてのみ見出される、という²⁵。このような理解を通じて「資本としての所有権」の「抽象的端初的型態」が描出される。

なるほど、上記の論述には、基本的に終戦直後の川島の澁刺たる学問的な進歩的「精神」の発露というべき側面を描写するものが含まれている²⁶。とはいえ、川島は、ここでも私的所有権の「起点」論²⁷と契約の重視論とのあいだで、その立場を微妙に浮動させている。また、法規範的な所有権の外面性＝仮象＝観念型態の重視が示される。私見によればそれは、川島

24 川島『所有権法』（前注1）291頁。川島は、「資本」とは「生産力の歴史的発展段階としての一定の社会的生産に矛盾するところの所有権の私的性質が、内面的必然性をもって、契約をとおして展開するところの運動であった」とする（川島292-293頁）。だが、これ自体はかなり抽象的な記述であり、むしろ我妻理論の焼き直しともいえる一面をもつ。

25 川島『所有権法』（前注1）292頁。

26 この「資本としての所有権」の項目は、川島『所有権法の理論』の「第五章」をなす。川島は、この箇所を、「終戦後昭和21年の正月休み」に書いたという。川島『所有権法』（前注1）「はしがき」4頁。

27 川島の「所有権起点論」は、我妻の「近代法における債権の優越的地位」（一種の債権起点論）の到達点を乗り越えようとして提唱された側面があると考えられる。そのかぎりでは、川島説は一定の成果を収めたが、「法制的上部構造」論の展開に照らしていえば、その「所有権起点論」につき「経済的関係としての所有関係とその法的表現・媒介形態とが明確に区別されていない」、つまり「資本主義的私的所有、その内在的矛盾が資本主義社会の社会的諸関係の運動全体を規定する「原動力」であるということと、所有権が近代法のすべての形態の「原動力」となるということとが、いわば等号でつなぎうるものとされている」のであり、その意味での「概念的不明確さ」が指摘されている。この点、藤田勇『法と経済の一般理論』（日本評論社、1974年）233頁。

が我妻の「近代法における債権の優越的地位」に有形無形に拘束されていたことの反映であり、いわば川島法学に対する我妻法学の規定的影響の投影、といったものであったように思われる²⁸。さらにいえば、川島「資本所有権論」に含まれていたマルクスの要素（たとえば生産過程と交換過程との統一的な把握、言い換えれば左記の「統一」的把握の所産としての市民社会の史的唯物論的把握）が、その「資本所有権論」では散発的に摘記されるだけで、その（経済的モメントと社会的・法的モメントとの）相互関係の追究が手薄であり、他方で川島の思考が容易に我妻理論の肯定や川島に独特な「所有権起点論」へ流れていったことは無視することができない、と考える²⁹。

（ii）「資本としての所有権の具体的な発展型態——その1」（「信用」によって媒介された諸型態）

次に川島は、商品交換の同時的実現（「現実的同時的交換」）からの発展的形態として、「信用」を媒介とした取引に目を移す。たとえば、売主が目的物を先に買主に引渡し、その後に代金が支払われる仕組みや、商人間の手形・小切手による決済方法などに着目する。そのような「信用」は、売

28 私見によれば、このような川島に対する我妻の影響関係がいわゆる後期川島法学における独特な変容の一個の要因としての役割を果たした。要するに、すでに川島法学初期の『所有権法の理論』のうちに、後期川島法学の変容の芽が潜んでいたのである。かかる川島法学の傾向については、藤田「戦後初期川島法学的方法的モチーフ」（前注2）25頁下段が慧眼にも示唆するところであったが、残念ながらそれは単なる「示唆」とどまっていた。

29 おそらく川島は、1949年2月刊行の『所有権法』第五章「資本としての所有権」の箇所を（その推敲と校正を含めて）、同年5月刊行の『民法解釈学の諸問題』と同時並行的に書き進めた可能性がある（川島自身は、この第五章の本体を昭和21年〔1946年〕の正月休みに書いたという。前注26）。それが肯定される場合、川島の『所有権法』におけるマルクスの要素への言及がやや形式的なものにとどまったこと、また川島に独特なマックス・ヴェーバーを通じたマルクス理論の相対化がそのことに一定の拍車をかけたことが指摘されてよいであろう。

買契約の成立を促進し、その規模を拡大し、販売利益を増加せしめる³⁰。そして、その「信用」は「資本としての所有権」の機能拡大のための一種の潤滑油としての役割を果たす。すなわち「信用」は、収益獲得をめぐる「個別資本間の「競争」」を「完全に実現する基礎をなす」のであり、よってそれは「私的所有と契約との内的関連」を活かしつつ、「資本の構造」に「一定の「社会的な」発展型態を刻印づける」のであり、同時に、そのことは「資本としての所有権」に「確実な変形を付与した」とする³¹。

この点、「資本としての所有権」は——あとでも確認するように——銀行制度を活用しつつ社会的規模で展開される資本の生産と流通にとって有益なものであるが、あくまで「私的所有権」としての性質がその基底にあるものであるから³²、主たる傾向としてはもっぱら目先の利潤追求に走りがちなものとなる。それゆえ、「信用」制度を無秩序に用いる場合、それは、無統制な「過剰生産」と「過剰貸付け」に起因する債権回収の不能状態（「不良債権」の発生・いわゆる債権の「焦げ付き」）を惹起し、社会的規模での「恐慌」を引き起こす原因にもなりうる³³。

30 川島『所有権法』（前注1）294頁。このような機能を営む「信用」制度は、社会的な規模での「信用」の活用を通じて（つまり「買いと売りという二つの行為」を「かなり長い期間にわたって分離」することによって）、当面の現実的な「通貨の節減」を実現するものである。マルクス『資本論Ⅲa』全集25巻第1分冊（大月書店、1966年）556頁。

31 川島『所有権法』（前注1）294頁。

32 この点については、K・レンナー（加藤正男・訳）『私法制度の社会的機能〔新訳版〕』（法律文化社、1988年、原書初出は1929年）134頁、および川島『所有権法』（前注1）293頁。

33 川島『所有権法』（前注1）296頁。もっとも、川島は「恐慌」について言葉としてそれに言及するが、立ち入った記述をしていない。なお、マルクスの「恐慌論」として、『資本論Ⅰa』全集23巻第1分冊（大月書店、1965年）160頁、および同『資本論Ⅰb』全集23巻第2分冊（大月書店、1966年）824頁などを参照。ちなみに、一般に「恐慌」は交換過程＝流通過程での一種の見せかけの「活況」（いわゆる粉飾決算などを含む）を前提にした上で、生産過程における無計画的な「過剰生産」によって惹き起こされる。なお、現代においては、国家的市ノ

とまれ、「信用」は、その初期形態として商人同士・資本家同士の間での「商業信用」（主に「為替手形」が活用される）から始まり、次に「銀行信用」（「資本の本来的な循環行程の「外から」銀行によって与えられる信用」〔「為替手形、小切手、信用開始契約」など〕）へと発展を遂げる³⁴。ここで、川島の論述を詳細に辿ることはできないが、注目しておくべきことは、川島が「商業信用」において、売主の「債権」はその多くが「手形関係」に転化しており、その「手形関係」はそれ自体として、手形そのものの裏書譲渡（手形の流通）を介し³⁵、「社会的総資本の総循環行程の一環として、社会的な関係に転化している」と記していることである³⁶。すなわち、「資本」は「その本質において貨幣所有である」ところ、その「貨幣所有」は手形などの「信用」媒体の機能を伴いつつ、それ自体として「高度の社会的性質」を帯び、それゆえすでにそれは、「所有権と債権との端初的な差別を止揚し」、もってその「高度な観念性」によって刻印されるところの「高度に社会的な所有型態」への転化をきたす、とする³⁷。

ゝ場介入・金融介入などにより、恐慌の可能性は抑制されているが、それは現代的に姿を変えつつ強く潜在していることに留意する必要がある。

34 川島『所有権法』（前注1）294頁以下。

35 このような手形の譲渡ないし流通を媒介にして、手形はそれ自体として一種の「信用貨幣」へとその機能を転化せしめる。ヒルファディング（林 要・訳）『改訂・金融資本論』（原書刊行は1910年、訳書は大月書店・1961年）97頁。なお、すでにマルクスも「信用貨幣」に注目し、それが具有する「支払手段」としての「貨幣」的機能のうちに、その「自然発生的な根源」を見出している。マルクス『資本論Ⅰa』（前注33）166頁。この点、原島「手形裏書の社会関係——統一的有価証券法成立の可能性を探る」（1954年）同『民法学における思想の問題』（創文社、2011年）133頁以下、特に149-150 頁注36も参照。

36 川島『所有権法』（前注1）295頁。なお、マルクスは「商業信用」を「再生産に携わっている資本家たちがお互いに与えあう信用」と規定しつつ、同時にそれが「信用制度の基礎」としての役割を果たしてきた、とする。マルクス『資本論Ⅲb』全集25巻第2分冊（大月書店、1967年）612-613頁。この点、深町郁彌『所有と信用——貨幣・信用論の体系』（日本評論社、1971年）159頁、原島「手形裏書の社会関係」（前注35）138頁以下も参照。

37 川島『所有権法』（前注1）296頁。ここにも、我妻理論と川島理論の連携ノ

また、「銀行信用」では、「利子附資本関係の発展」³⁸をみるとともに、「貨幣の観念性の発展」も顕著となる、という³⁹。そして、この後者の過程において「貨幣は非物質的な社会関係そのものに転化する」⁴⁰。すなわち、銀行信用を通じた産業資本間の「貨幣の流通」は「銀行の帳簿上の・諸資本家の口座における、記帳上の移動に転化」し（いわゆる「相殺による決済」を含む）、それゆえ「資本はその限りでは単なる社会的な関係そのものとして現われる」⁴¹。

さらに「銀行信用」を通じて、銀行は、「多数貨幣所有者＝利子附資本家と産業上商業上の資本家とを媒介しつつしかも同時にみずから独立の資格において貸付資本家となる。」⁴²。すなわち、「社会的資本の配分」は「個々の私的資本家の貨幣所有権から分離して、銀行の社会的機能としての「管理」に服する」に至る⁴³。こうして、そのような銀行の社会的機能

ゝと融合が見て取れるであろう。

38 川島『所有権法』（前注1）297頁。なお「銀行信用」につき、マルクス『資本論Ⅲb』（前注36）647頁の記述を参照。すなわち「銀行信用」とは、「再生産する資本家たちの一方の部分から貨幣を借りる銀行業者が、再生産する資本家たちの他方の部分にその貨幣を貸し、そこで銀行業者が福の神として現われ、それと同時に、この資本の処分権をまったくの仲介者としての銀行業者の手に握られてしまう」という機能をも営むものである。この点、深町『所有と信用』（前注36）198頁、原島「手形裏書 of 社会関係」（前注35）160頁注68を参照。

39 川島『所有権法』（前注1）298頁。なるほど、「諸支払が相殺されるかぎり、貨幣は、ただ観念的に計算貨幣または価値尺度として機能するだけである」。しかしながら、このような「相殺による決済」というメカニズムの「一般的な攪乱が起きれば、それがどこから生じようとも、貨幣は、突然、媒介なしに、計算貨幣というただ単に観念的な姿から堅い貨幣に一変する。」。マルクス『資本論1a』（前注33）180頁。

40 川島『所有権法』（前注1）298頁。

41 川島『所有権法』（前注1）298頁。傍点・原著。

42 川島『所有権法』（前注1）298頁。「金融資本」ないし「金融資本主義」は、いわば独占資本主義のより高度な形態の言い換えである。それは、資本による私的収奪の社会構造的な高度化を意味する。なお、ヒルファディング『金融資本論』（前注35）150-151頁も参照。

43 川島『所有権法』（前注1）299頁。

の先に、いわゆる「金融資本」の成立をみる⁴⁴。だが、その前に、川島の「会社」に関する考察を辿っておくことが有益であろう。

（iii）「資本としての所有権の具体的な発展型態——その2」（「会社」によって媒介された諸型態）

川島は「資本としての所有権」の「具体的な発展型態」の「その2」として、「会社により媒介された諸型態」につき言及する⁴⁵。要するに、それは、企業間の「競争」の結果としての「資本の集積Akkumulation」と「資本の集中Konzentration」という経済現象⁴⁶を必然的に伴うところの、「会社」形態の出現とその発展（ことに「合名会社」・「合資会社」から「株式会社」への発展）を論ずるものである。特に川島は「株式会社」に関してかなり詳しく考察している。

川島によれば、要するところ、「株式会社」は合名会社・合資会社のような「個々の資本所有者の外的結合」ではなく、すでに「独立の存在としての団体corporationである」と規定される⁴⁷。そして、「株式会社の内部」において「資本の独占」への傾向が、「株式の私的所有性をとおしての、且つ株式の私的性質の発展としての・独占」として具体化すること、また「株主総会の民主主義は、自由の反対物たる「支配」の手段に転化」

44 川島『所有権法』（前注1）299頁。

45 川島『所有権法』（前注1）300頁以下。

46 川島『所有権法』（前注1）300頁。

47 川島『所有権法』（前注1）301頁。あとでも示すように、川島はその株式会社の独立的団体性を「擬制された個人persona ficta」であると規定する。川島301頁および303頁。なお、川島「法的構成としての「法人」——民法学および商法学のための基礎作業として」（1975年）同『著作集第六巻・法律学2』（岩波書店、1982年）70頁以下、特に79頁は、「事業主体に「法人格」を承認するかどうかということは、純粹に取引上の法律関係の単純化・明確化のための法的構成上の技術の問題として考慮されるべきである」とする。傍点・原著。その川島の立場は、おそらく「法人擬制説」あるいは「法人否認説」に接近するであろう。

しており、同時に「株式会社においては「私的所有と社会的所有とが会社の団体性——「擬制された個人」 *persona ficta*としての団体性——を媒介として、二重に分裂しつつ統一されている」、とする⁴⁸。言い換えれば、個々の「貨幣所有者」が株主として登場する局面では、その所有は端的に「私的所有」であるが、他方でその所有関係は「株式会社」という特殊な法人格を媒介に高度に展開されるところの、かつまた「資本の集積」・「資本の集中」を必然的にともなうところの、かつまた銀行資本・金融資本との連携・結合を包括したところの、「社会的所有」へと転化するという⁴⁹。

また川島は、上記のような株式会社の構造変化によって、株式会社における資本家の「二つの類型」の存在を指摘する。すなわちそれは、現実には会社の実質的な経営管理をおこなう「機能的資本家」と、単に配当を受けることだけを目的とする「投資的資本家」とへの分裂をもたらす⁵⁰。そして、その後者の資本家の意味において、株式会社では「資本の所有は全く寄生的性格をもつに至っている」とする⁵¹。ちなみに、この株式会社制度に基づく資本所有の寄生性に関連して、マルクスは、「株式会社」を「社会的生産手段」確立のための萌芽が含まれているとしつつ、しかしそれは

48 川島『所有権法』（前注1）303頁。なお川島は、本来出資者全員の「経営に対する発言の機構」であったはずの「株主総会」も、「大株主の専制支配の媒介者」となり、その反面少数株主は「企業の経営から事実上分離された」と指摘する。川島303頁。ちなみに、そもそもマニファクチュア時代の「株式会社」（イギリス東インド会社など）にあっては、「株主総会の民主主義、株主総会をととしての資本の管理＝支配」が「支配的要求として現われ且つ実現された」。川島302頁。この点につき、川島は大塚久雄『株式会社発生史論』（有斐閣、1938年）の参照を指示している（川島303頁注5）。

49 川島『所有権法』（前注1）303頁。このような「社会的所有」の確立と同時に、人の「労働」もまた分業等の形態の高度化を媒介にしつつ、その「社会的性格」をより強く帯びることというまでもない。マルクス『資本論Ⅰa』（前注33）100頁、102頁。

50 川島『所有権法』（前注1）303-304頁。

51 川島『所有権法』（前注1）304頁。

けっして「社会的な富と私的な富」とのあいだの「対立」を克服するものではなく、「ただこの対立を新たな姿でつくり上げるだけなのである」と規定する⁵²。要するに、「株式会社」は、その社会的な生産関係の機構性および組織性の確立に照らして、資本主義社会の歴史的な一歩前進を体现すると同時に、その「矛盾」の象徴的表現形態としての社会的な富の私的な一極集中現象を生み落とす。そのことを述べる際、川島は、マルクスと大塚久雄（『株式会社発生史論』・前注48）の見解を下敷きにして「株式会社」論を展開していると考えてよい。

この、「株式会社」の歴史的地位とその矛盾的性格に関する問題も重要だが、しかしここでは、先を急ぎ「独占資本」と「金融資本」の段階における「資本所有権」の「発展」に目を転じよう。

（iv）「資本としての所有権の具体的な発展型態」（「独占資本」および「金融資本」における諸型態）

すでに指摘したように、資本主義的な「競争」を通じて、資本ないし企業の淘汰と集中がその強度をつよめる。やがて、「競争が競争を次第に止揚するところの資本型態たる「独占」」が創り出されるに至る⁵³。川島は、その「独占」の最初の段階として、「カルテル」を取り上げる。その「カルテル」自体にも独自の発展段階がある。第一に「カルテル協定（契約）」による「単純な契約債権関係としてのカルテル」（いわゆる価格カルテルなど）⁵⁴が登場する段階があり、次に「共同計算の協定を含むカルテル」（いわゆる「共同販売、利潤のプール計算」など）が出現し⁵⁵、さらに「カルテル」によってより大きな「独立の法主体（通常株式会社）」としての

52 マルクス『資本論Ⅲ a』（前注30）560-561頁。

53 川島『所有権法』（前注1）305頁。

54 川島『所有権法』（前注1）305頁。

55 川島『所有権法』（前注1）305頁。

資本の組織的結合体たる「カルテル機関」を生み出す段階へと登りつめる⁵⁶。

そのうち、資本のより組織的な「カルテル機関」は、企業合併・他資本の「子会社」化・持株会社を媒介とする巨大独占資本の諸形態を含む「トラスト」へと転化する可能性を含みもつ⁵⁷。「カルテル機関」は、それ自体として各個別資本間の「協定」に基づく組織体であって、各個別資本の経済的独立性はなお維持されている。これに対し、「トラスト」は、「さらに私的性質のより高い資本の型態、より強い独占をつくりだす」ところのものであり、そこでは「いくつかの資本の競争主体性は支配的な一資本の競争主体性に対し自己を委譲」し、つまりは「一資本による他資本の征服＝降服の関係」という経済的・法的な特殊現象が確立する⁵⁸。

最後に川島は「金融資本」につき言及する。ここでまず川島が強調するのは、資本の「独占」形態を生み出す触媒としての「銀行信用」の機能である。それは、銀行が付与するところの、資本＝貨幣の貸付にかかる「信用」を媒介として、「巨大量の貨幣型態における資本」が生じ、さらにその資本の「集中」（カルテルやトラストの機能がもたらすところの資本の「集中」）が発生するとともに、銀行間での巨大銀行による中小銀行の統合としての「銀行企業の集中」が進展する結果として、独占的銀行大資本による産業資本に対する「圧倒的な支配力」が形成される⁵⁹。川島によれば、

56 川島『所有権法』（前注1）306頁。なお、この「独立した法主体」ないし「カルテル機関」に関連してヒルファディングは、次のようにいう。すなわち、「独立の産業はカルテル化した産業にますます依存することになり、ついにはこれに合併される。この過程の結果として、やがて一般的カルテルがうまれることになる。資本主義的生産ぜんたいは、すべての部面における生産量を決定する一つの審判所によって、意識的に調整される」と。ヒルファディング『金融資本論』（前注35）358頁。傍点・原著。

57 川島『所有権法』（前注1）306-307頁。

58 川島『所有権法』（前注1）306頁。

59 川島『所有権法』（前注1）308頁。

「金融資本」は、銀行資本の組織的連携のうちに「構造的には信用と産業資本とのより高き結合」を体现する⁶⁰。そして、それは「資本制的貸付資本の「債権」型態」のうちに被支配的存在としての「産業資本」の「間接的観念的な所有」をも併せもつ機能を営む⁶¹。

すなわち、「高度な独占」たる「金融資本」は、「一方では社会の全生産を蔽い、巨大な生産手段、巨大な社会的労働を支配する」とともに、「他方では資本制社会の貨幣資本の大部分を管理支配しており、金融資本の担い手たる銀行等の背後には無数の貨幣資本所有者がひかえている。」⁶²。そのことは、なるほど「金融資本」による「資本」の「社会的性質の強化」を意味するであろう。しかしながら、同時にそれは「金融資本の私的性質を減殺するどころか、かえってますます激化する」という、その本性から免れるものではない⁶³。

ところで、このように「金融資本」が高度化すると、「金融資本に統率される諸企業の間における貨幣資本の配分は、金融資本によって、すなわち金融資本の内から決定されるに至る。」⁶⁴。このような「金融資本」による「資本の配分」は、それ自体として新たな「社会的機能」を営むものであるが、それはけっして資本間の「競争」を封じ込めるものではなく、かえってそれを激化せしめる。その意味で「金融資本」の段階に至っても「経済の自然法則」はなお継続し、存続する⁶⁵。それゆえ川島は、「だから資本の配分が、真の人の自由なる行為としての配分であり得るためには、それが資本の配分でなくなることが必要な前提条件となるであろう」とす

60 川島『所有権法』（前注1）308頁。

61 川島『所有権法』（前注1）309頁。

62 川島『所有権法』（前注1）309頁。

63 川島『所有権法』（前注1）309頁。

64 川島『所有権法』（前注1）310頁。傍点・原著。

65 川島『所有権法』（前注1）310頁。

る⁶⁶。以上につき、川島は、基本的にマルクスおよびヒルファディングの著作をよく読み込んで論述していると考える。

このように、川島による「信用」論・「株式会社」論・「独占資本」論および「金融資本」論は——その一貫した「私的所有権」の「観念性」に関する理解の点は別として——当時の作品にあって型破りの成熟度と到達点を指し示すものであった⁶⁷。もっとも、それら各論点についてはマルクスやヒルファディングによる先行業績があるところ、川島は参照文献として彼らの作品を挙げるだけであり（川島『所有権法』（前注1）314頁）、そこには我妻栄の作品（前注14）も併記されている。それゆえ、川島の「資本所有権論」のオリジナリティがどの程度のものであったかに関しては、一定の留保が必要であるように思われる。

他方、川島は「恐慌」との関連で「金融資本」の内在的矛盾を解明することまでには至っておらず⁶⁸、また「金融資本」に対する「国家」の支配的機能（「国家金融資本主義」とか「国家独占資本主義」などとして把握される場合の「金融資本」の宿命的な問題性⁶⁹）を独自に考察するには至らなかった⁷⁰。

66 川島『所有権法』（前注1）310頁。ちなみにマルクスは、かかる「資本」の「独占」の段階において資本の機能が頂点を画するとともに、その独占的資本はみずから「そこで開花した」ところの社会的な「生産様式」の「桎梏」となる（つまり資本主義的な「外皮」は「爆破される」という著名な文章をのこす。マルクス『資本論I b』（前注33）995頁。

67 そのことは、川島の『所有権法』に関する戒能通孝や山中康雄の書評が——総論的な評価として——すでに裏書きするところであった。この点、前々号（龍谷法学58巻4号、特に35頁注7）を参照。なお、藤田「戦後初期川島法学的方法的モチーフ」（前注2）25頁も、川島の「資本所有権」論を「圧縮したすぐれた叙述」と評する。

68 それに対し、ヒルファディング『金融資本論』（前注35）361頁以下は、「金融資本」による管理・統制のもとにあっても「過剰生産」が生ずること、また「信用」に関するリスク計算を誤り「信用の崩壊」を招くことによって「支払手段」が突然に「欠乏」をきたすこと、あるいは「証券投機」に依拠する度合いが高まることに起因する「取引所恐慌」のリスクが高まることなどを指摘する。

69 その問題は、一方で国家による金融資本に対する政治的・政策的統制とし

この点は率直に指摘されてよいだろう。

とまれ、以上をもって川島法学の一時期を画した記念碑的作品・『所有権法の理論』に関する考察を終える。次なる考察対象は、その『所有権法の理論』（1949年）と、「科学としての法律学」（1953年）との「架橋」＝「関連性」に関する問題である。

4. 「科学としての法律学」への架橋

① 序——『所有権法の理論』に内在的な「科学としての法律学」への「動機づけ」

以下では、川島が『所有権法』以降、いかなる思考過程をへて「科学としての法律学」へと至ったのかという論点につき、少しく基礎的な解明を試みたい。その際、本号では、川島法学における「科学としての法律学」への「動機づけ」に関する問題に考察の重点を置きたと思う。

ところで、その「動機づけ」解明のための手掛かりは、川島の『所有権法』そのもののうちにすでに幾つか内在していたと考える。すなわち、その4年後に登場する「科学としての法律学」形成のための「基礎的なファ

ゝて現象化するものである。とはいえ、他方で金融資本の「代理人」が国家権力をも掌握している事実を踏まえる限り、逆に金融資本によって国家がコントロールされているという側面にも留意する必要がある。ヒルファディングの言葉を借りるなら、「資本主義的独占のカタマリができると、資本は国家権力の強化に関心をもってくる」のである。ヒルファディング『金融資本論』（前注35）496頁。しかも、その傾向が「金融資本」と「大土地所有」との結合へと導くならば、それはおよそすべての社会的生産手段の支配を意味するのだから、「国家権力にたいする金融資本の支配力を異常につよめる」ことに行き着く。ヒルファディング504頁。

70 渡辺洋三も、川島の見解における「国家論」の希薄さを指摘する。渡辺『法社会学とマルクス主義法学』（日本評論社、1984年）147頁以下、特に150頁、156-157頁。この渡辺による批判は、川島に対する批判としてのみならず、我妻に対する批判としても呈示されたものである。渡辺145頁。

クター」「素因」とでもいうべきものが、1949年2月の『所有権法』のうちに、やや潜在的な形ながら存在していたように思われる。よってここでは、おもに『所有権法』との関連で、その「基礎的ファクター」を抽出することにより、「科学としての法律学」への「動機づけ」の基本的な意味内容をやや明らかにすることに傾注してみたい。

さて、その「基礎的なファクター」と思われる事項を、一般的・抽象的な形で定式化するなら、次のようになるであろう。すなわち、川島『所有権法』の根底にあったと思われるところの、(イ)「基本的な思考パターン」、そして(ロ)それに基礎づけられた「課題意識」、および(ハ)その「思想内容あるいは方法論上の問題」が、それである。以下、上記(イ)(ロ)(ハ)ごとに、順次点描しておく。

まず第一に、(イ)川島の「基本的な思考パターン」に注目する場合、川島に独特な、ある種の「相対主義的思考形態」の存在に注目する必要がある。すなわち川島は——次号以下で詳しく確認するように——その「科学としての法律学」(原論文初出は1953年)において法的な「価値」・「価値体系」をもっぱら相対的な基準(たとえば、「集団〔階級・地域・人種〕」ごとに異なる相対化された基準⁷¹⁾によって、その内容および位置づけを決定しようとする。このような「相対主義」は、すでに『所有権法』以来、川島自身の思考のうちにアメリカ法学的な「経験科学」⁷²⁾(さらにその基礎に横た

71 川島は、「価値」をvalueと解したうえで、アメリカの経験科学ないし行動理論で用いられる意味で使っている。それゆえ、「価値」とは人々の「行動選択の規準(動機づけ)として作用すべき・行動目標についての表象である」とされる。川島「科学としての法律学」同『科学としての法律学』(弘文堂、1955年)18-19頁(valueに関する引用文献も参照)。この点については、次号以下で立ち入る予定である。

72 川島『所有権法』(前注1)13頁および16頁注13における「経験科学」への傾向を参照。もっとも、その「注13」では、マルクスの「ドイツ・イデオロギー」が参考文献として挙げられている。それゆえ、『所有権法』執筆時の川島において、「経験科学」は、それ自体として広くマルクス主義をも含みうるものと理解されていた。それは、川島法学における「経験科学」形成初期の一種の「星ノ

わる哲学的プラグマティズム⁷³⁾への傾向ないし志向があったことにその基礎を置くものである。

もっとも『所有権法』では、いまだかかる「経験科学」に起因する「相対主義」は希薄であり、どちらかといえば近代法的に普遍的な価値を重視する傾向も看取された。にもかかわらず、近代的所有権をもっぱら「人と人との関係」として関係論的に捉える傾向のうちに、すでに一定の形式的な「相対主義」の萌芽が潜んでいたといってもよいのではないか。また、すでに指摘したように、川島が「所有権・契約・人格」などの市民法の「普遍的」モメントを、それらが（たとえば「概念法学」などによって）「絶対化」されてしまったというネガティブな側面でのみ、直接的・無媒介的に捉え、よってその思考方法をやや固定化せしめたことも、川島法学のその後の形式論的な「相対主義」の育成に繋がっていったように思われる。

ところで、上記で示した「経験科学」あるいは「プラグマティズム」は、基本的にアメリカにおいて特有な「リアリズム」＝「現実主義」と整合的な傾向を示す⁷⁴⁾。そして、すでに川島の『所有権法』において、一種の

ゝ雲状態」を意味するものである。ところが、この「星雲状態」は、その後1959年の「社会科学における人間の地位」や、1971年から1972年にかけての「社会科学と哲学」を通じ、「経験科学」と「マルクスの思想」との分裂および対立の方向で解消される（この二つの論文は、川島『著作集第二巻・法社会学2』〔前注1〕に収録されている）。

73 「哲学思想」としてのプラグマティズムは、それ自体かなり多義的である。すなわち、それは「実証主義的或いは自然科学的な考え方を特色とする」ものであって、その方法は「経験主義的・多元論的な傾向に向かっている」とされる。鶴飼信成『現代アメリカ法学』（日本評論新社、1954年）48-49頁。また、鶴見俊輔『新版 アメリカ哲学』（社会思想社、1971年）16頁によれば、プラグマティズムの語源はギリシャ語の「プラグマ」に由来し、それは「[行為]を意味する」ものであり、ソクラテス、アリストテレス、そしてスピノザにその源流をなしつつ、イギリスのジョン・ロック『人間悟性論』からの影響、さらにはドイツのカント哲学からの影響も受けて形成された、とされる。

74 もっともアメリカ法学において、経験科学やプラグマティズムは多元的に把握されており、かつまたリアリズムの理解も多様である。だから、それらのメ

「法学的リアリズム」の発露として、「所有権」を「観念的所有権」として把握する傾向が是認され、もってそれを生ける諸個人の社会的諸関係に還元する方法（一種の関係論的相対主義ともいべき川島的な法社会学的方法）が採用されたことが意味をもつであろう。そしてその思考様式は、結果的に川島において独特な形式的な「相対主義」と結びついた。そしてそのことが、その後の「科学としての法律学」において、川島に固有な「価値」・「価値体系」に関する、やや偏頗的な「相対主義」として現象化するに至るのである。

もとより「相対主義」は、それ自体としては、必須の、しかも必然的な思考形態へと高まるポジティブな可能性を秘めるものである⁷⁵。しかるに他方、それは「あれかこれか」の目先の選択問題もしくは単なる形式的比較考量（あるいは「行動選択」の「規準」にかかる「表象」）にことを終始させるという「二面性」をもつものである（川島法学それ自体のうちに、そのよう

、短絡的な連結は回避されなければならない。とはいえ、ここではアメリカのリアリズム法学が「行動主義心理学（Behaviorism）」の発展と軌を一にしたという指摘は傾聴に値する。鶴飼『現代アメリカ法学』（前注73）108頁。なぜなら前注71で指摘したように、川島による「価値」（value）の定義がアメリカの経験科学ないし行動理論によって規定されるに至るからである。すなわちこれは、経験科学の一種の主観主義的把握（個人の行動選択基準に関する「動機」を重視する立場）に通ずるといえよう。

75 いうまでもなく、事物の「本質」は他者との相対的な位相において解明される。たとえばヘーゲルは、諸々の事物の「有」（Sein）としての側面は直接的（unmittelbar）なものにとどまるが、これに対し、それら事物の「本質」（Wesen）はすべて「相対的」（relativ）なものであると規定する。ヘーゲル（松村一人・訳）『小論理学・上』（岩波書店、1978年、原書1817年）332頁。Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften, I, Die Wissenschaft der Logik, Suhrkamp, 1986, S. 230. ちなみにレーニンも、ヘーゲルにおける「相対主義」がディアレクティーク（弁証法）の内部において発展的に捉えられており、決して「相対主義」そのものに終始するのではなく、あくまでそれを「認識」のための一契機として、つまりは客観的真理への接近のための一つの判断の契機として把握する点で優れている、とする。レーニン『唯物論と経験批判論』10巻選集・別巻Ⅱ（大月書店、1972年、原書1909年）130頁。

な「二面性」の素因があったというのが本稿の見立てである。この点、詳しくは次号以下で確認する）。

また第二に、（ロ）「法社会学と法解釈学との架橋」（ないし「実用法学と法社会学との架橋」）という「課題意識」が川島法学において重視されたところ、『所有権法』では、それがいまだ未完成であったことに注意したい。前号までの考察を踏まえていうならば、たとえば川島『所有権法』における「観念的所有権論」は、法社会学との関係性を意識しつつも、個別の論点に即して、どちらかといえば「法解釈学」的な考察にシフトを移したものであったし（物権的請求権における費用負担の「責任説」、貨幣所有権の基礎理論、不動産取引における所有権移転時期の「有償性説」など）、他方「資本としての所有権論」は、法社会的傾向、あるいは経済学的な傾向に比重をかけたものであって、そこにおいて法解釈学的な考察との関連は比較的に手薄であった。要するに、『所有権法』では、「法社会学と法解釈学」との「架橋」はそれ自体として萌芽状態にとどまったのであり、それが本格的に展開されたとはいいい難い（ちなみに、川島によるヘーゲルないしマックス・ヴェーバーやマルクスの取り込みについても散発的な印象を受ける）。したがって、「法社会学と法解釈学」との「架橋」をさらに具体的に前に押し進めることは、川島固有の「課題意識」として依然のこされたわけである。川島は、そのことを「科学としての法律学」においてトータルな形で完成せしめようとしたように思われる。

さらに第三に、（ハ）「法の科学」としての「法社会学」の方法的把握そのものは一応末弘法学においてすでに完成の域に達したものであり、また川島自身その『所有権法』を通じてみずからそれを応用的に実践しようとしたことであった。しかしながら、その末弘法学や初期川島法学の段階においては、少なくとも法解釈学的な「法律学」はいまだ体系的に「科学化」されるには至らなかった⁷⁶。それゆえ、この課題（＝「法律学」の「科

76 川島の『所有権法』（前注1）における個別の解釈学的論文については、前々ノ

学化」という課題⁷⁷⁾もまた、川島にとって独自のテーマとしてのこされたものである。このことは、川島の「科学としての法律学」への「架橋」を検討するうえでも大きな意味をもつと考える。なぜなら川島は、一方で末弘法学を継承・発展させることを自分自身の課題として位置づけつつ、他方、同時に我妻法学をも継承・発展させるという錯綜した任務⁷⁸⁾を遂行し、その一つの実践的成果として「科学としての法律学」を公表するに至ったと考えられるからである（なお、我妻が川島の直接の指導教官＝「師」であったことは、前々号および前号でたびたび触れたところである）。

ㄨ 号および前号（龍谷法学58巻4号・龍谷法学59巻1号）でやや具体的に立ち入った。それゆえここでは、そのテーマを個々に詳論することはしないであろう。要するに、これら個別的な法解釈学理論は、その個々の論旨の展開において、なるほどわが国民法学理論に一定程度貢献するものであったが、しかしながら、それらにおいては相互に内容的な整序化が施されたものとは言い難い。それゆえ、「法解釈学」の「科学化」のための必須要件としての「論理的な整合性」が確保されるには至らなかったと考える。要するに、『所有権法』における「法律学ないし法解釈学の科学化」は、川島自身の言葉を借りるなら、「一種の試行錯誤的」な「試論」にとどまらざるをえなかった、といえよう。川島『所有権法』（前注1）の「解題」427頁以下、特に429頁。

77 末弘厳太郎（1888-1951年）もまた、「法社会学」を基盤とする「法律学」の「科学化」を志向していた。末弘に独特な類型論や判例研究論などにその萌芽が見られる。それは、彼の『物権法・上』（1921年）および「嘘の効用」（1922年）あたりから開始され、1926年の『民法講話・上』、1931年の「法律解釈に於ける理論と政策」、1934年の『法学入門』などで一定の進捗をみた。とはいえ、末弘法学における「法解釈学」そのものの「科学化」は、いわば可能態にとどまり、現実態にまでは至らなかった。この点、磯村哲『社会法学の展開と構造』（日本評論社、1975年）110-112頁および113-114頁注14も参照。

78 このような「錯綜した任務」は、川島が末弘の見解を我妻的に脚色する点にも示されている。たとえば、「法解釈学」の方法としての「三段論法」において、あらかじめ「結論」を出して「後から」法的な構成（「理由づけ」）をするというのは、我妻に独特な見解（我妻「私法の方法論に関する一考察」〔1926年〕同『債権の優越的地位』〔前注11〕475頁以下、特に554頁）であるところ、川島は、むしろそれを「末弘厳太郎先生の基本的見解」とであると、やや断定的な記述を与えている。川島『所有権法』（前注1）の「解題」429頁。このことが示唆するように、末弘法学の基本的な理解に関しても川島的な「変容」があった点に留意する必要がある。

ともあれ、以下の項目では、上記「動機づけ」に関することを改めて川島の『所有権法』の内容と関連づけしながら、またその他の川島の論稿をも踏まえつつ、今少し敷衍しておきたい。

（i）『所有権法の理論』における「法社会学と法解釈学との架橋」
および「経験科学」の萌芽

〔a〕背景——末弘法学の影響

すでに述べたことであるが、川島は、早くから我妻栄と末弘厳太郎の学問的影響を強く受けつつ学問的に成長した。なかでも末弘法学の影響は、かなり大きなものがあつたように思われる⁷⁹。その末弘は、エールリッヒやパウンドの「法社会学」から多くのことを学びつつ、しかも「法社会学」そのものに終始することなく、あくまで「法社会学」を基礎としたところの実用法学＝法解釈学（ないし社会学的法律学）の具体的構築とその発展に寄与しようとした⁸⁰。なかでも、末弘によるエールリッヒの継承は、「法社会学と法解釈学との架橋」をより具体的、かつより実践的に追究するという研究過程をたどった。そして末弘は、その解釈法学的な作品の内部で法社会学的な成果を最大限に活用したのである。たとえば、1921年の末弘の『物権法・上』という教科書そのものが、詳細な判例研究とその類型化の作業を通じ、法解釈学の法社会学的な把握を如実に体現した⁸¹。

79 川島の回顧によれば、「1932年卒業後、民法研究の助手に任命されて以来、私は（末弘）先生が亡くなられた1951年まで約20年間、先生から法律学および法社会学について指導を受けた」とされる。川島『著作集第一巻・法社会学1』（岩波書店、1982年）「解題」398頁。なお、川島が末弘の講義を初めて聞いて「知的好奇心」を呼び起こしたのが1928年とされているので（前掲「解題」同頁）、本稿は川島に対する末弘の影響を「20数年におよぶ」とした。

80 その結果として、末弘は「法社会学」そのものの実用法学との連携を内在せしめたところの、「法社会学」の「社会科学」化に貢献した。この点、磯村（前注77末尾）111頁。

81 この点、すでに前注77で触れたところも参照。なお、1960年に再刊された末弘『物権法』（一粒社）の戒能通孝による「まえがき」が特に参照に値する。➤

それゆえ川島も、末弘『物権法・上』の戦後再刊を記念する短文のなかで次のようにいっている。すなわち、「現に裁判所で妥当している法律は何か」という問題意識の根底に据えられた「市民的な法律学の方法論」は末弘によって初めて企図されたものであるところ、この方法に関する（末弘の）「宣言⁸²は日本の法律学史に時期を画する重大事件であった」、なぜなら「この（末弘の）『物権法』と（末弘）先生を中心とする判例研究会とが、その後の日本の法律学——少なくとも民法学——をリードし、その性格を規定したからである」と⁸³。

さらに川島は、末弘の「コペルニクスの転回」、すなわち法律学における演繹的・抽象的な思考から「帰納主義・経験主義の確立」および「判例から出発して実用法学を建設する」ところの思考への方法的転換に大きな衝撃と感銘を受けたと記す⁸⁴。こうして、川島にとって、末弘との出会いからその死去に至るまで20数年におよぶ末弘の教えと訓戒は基本的に川島の身にしっかりと刻印された。とりわけ、末弘の「トライアル・アンド・エラー」を含めたプラグマティズム的思考⁸⁵は、川島にとってきわめて魅

ゝ戒能は、「末弘博士の「物権法」は「法」が「六法全書や教科書のなかに「物」としてある」のではなく、社会のなかに社会的存在として「ある」ものであり、それを法学的に、すなわち裁判や立法の過程に反映させるにはどうすればよいか、一つの模範を提供している」と規定する。戒能「まえがき」7頁。

82 ここで川島が末弘の「宣言」と称するのは、末弘『物権法・上』の「自序」のことである。川島「日本民法学史の巨大な転回点——末弘厳太郎『物権法・上』に寄せて」（1961年）『著作集第一巻』（前注79）368頁。

83 川島「巨大な転回点」（前注82）368-369頁。括弧内・引用者。

84 川島「巨大な転回点」（前注82）369頁。傍点・原著。なお、末弘にプラグマティズム的傾向があったことは確かだが、末弘法学において川島のいう意味での「経験主義」の「確立」があったのかどうか、一個の問題となりうることである。

85 末弘による「トライアル・アンド・エラー」の思想につき、同「講義「法律社会学」」六本佳平＝吉田勇（編）『末弘厳太郎と日本の法社会学』（東京大学出版会、2007年）24頁および76頁を参照。そこでは、アメリカのプラグマティズムによる影響も記されている（とくに24頁）。なお、「経験科学」ないし「経験法学」の基礎にある哲学的な「経験主義」および「多元論的傾向」は、基本メ

力的な存在であった。もっとも、そのような川島の末弘への強度のシンパシーは、あくまで我妻法学と両立する範囲にとどまるものであったように思われる。要するに、川島法学における末弘受容それ自体が我妻による限定的な影響下にあったことを忘れるわけにはいかないと考える。

〔b〕川島による「法社会学と法解釈学との架橋」——「思考の実験室」としての『所有権法の理論』

ところで、川島の『所有権法』は、いわば一個の大きな思考の実験室であった。それは、エールリッヒの「法社会学」を基礎としつつ、マックス・ウェーバーやマルクスの方法をも取り込み、さらに幾つかの個別具体的な「法解釈学」的諸課題とも格闘した作品であった。なかでも「不動産取引における所有権移転時期」に関する考察は、末弘『物権法・上』を導きの星としたところの、その応用であった⁸⁶。その意味で、川島の『所有権法』は、基本的に法社会学に基盤をおいた作品として成立すると同時に、いわゆる「法社会学と法解釈学との架橋」をも部分的に意図し、実現せしめたものであった。それは、思想的あるいは方法論的に、その視野をマックス・ヴェーバーやマルクスへと広げた点で、末弘の到達点を凌ぐものであったといつてよいであろう。

要するに、川島の『所有権法』は、当時「近代的所有権論」の前人未到の到達点を示したもののだが、見方をかえていえば、それ自体一個の「思考の実験室」であり、「トライアル・アンド・エラー」を実践した作品であった。要するに、川島の所有権論においてキータームをなす「観念的所有権」は、所有権の「実体的把握・内容的把握とは基本的に疎隔されたまま、それ自体、もっぱら法規範的な概念として『所有権法』を支え

ゝ的にこのプラグマティズムの落とし子である。鶴飼『現代アメリカ法学』（前注73）49頁。

86 川島『所有権法』（前注1）220-221頁。

ていくという屈折した課題を背負っていた。そしてその「観念的所有権」は、『所有権法』を「法社会学」的作品として仕上げることにつき一定の寄与をしたものの、他方で法解釈学的な面で幾つかの問題をのこしたというのが本稿の立場である（それは物権的請求権における「責任説」において典型的である）。そしてそのことは、「法社会学と法解釈学との架橋」についても一種のネガティブな刻印をのこしたように思われる。それは——すでに指摘したように——川島の『所有権法』では、「法社会学」と「法解釈学」とが互いに切り離されて論じられており、いわば「総論」で考察された近代的所有権論が、その後の法解釈学的な個別的「各論」との関連性に関して具体的に論証されないままであったことに集約されるといってよいであろう。要するに、幾度か繰り返しているように、川島の「観念的所有権」は「人と人との関係」に還元されるという側面において「法社会学」な考察と深くリンクしうるものであったが、その分、必然的に近代的所有権における財貨帰属機能の重視⁸⁷ および割当て内容的思考とはかなり疎遠＝フレムト（fremd）なものであった、といえよう。

〔c〕『所有権法の理論』における「経験科学」への接近とその限界

すでに指摘したように、川島の『所有権法』において、彼の念頭にあったのは、近代的所有権における「現実性」と「観念性」との対比であり、その対比の結果として承認されるべきところの——すなわち「法技術的な観念的な存在型態」との対極にあるところの——近代的所有権のもつ「現実の生ける人間的個人の関係」の科学的分析、つまりは当該所有権の「経験科学的現実性」の「確保」という観点であった⁸⁸。川島は、そのような

87 この点、近時の代表作、吉田克己『物権法Ⅰ』（信山社、2023年）134頁以下の観点も参照。

88 川島『所有権法』（前注1）13頁。

所有権の「経験科学的」な分析態度を指して、それを「社会科学的分析」と規定している⁸⁹。ここに、すでに「社会科学」そのものを「経験科学」として把握しようとする川島の基本姿勢がうかがえる。

しかしながら、この川島の姿勢は、マルクス『資本論』における「価値理論」を「力学の公準理論」として理解することと繋がっていった⁹⁰。それゆえ、「マルクスにおける「価値」という概念は一種の函数関係として理解されるべきもの」⁹¹であり、また「マックス・ヴェーバーのIdealtypus」も、「分析するための道具として構成された概念」であって、「それを使って分析していくと、素朴な観察ではわからないことがわかるようになる」とする⁹²。この点、私見としては、マックス・ヴェーバーの「理念型」（Idealtypus）を活用することは積極的な要素を含みうるものであると考えるが⁹³、それと「力学の公準理論」や「函数関係」が果たしていかに整合的に連結するのか、問題であるように感ずる⁹⁴。しかも、それらのキーワードと「経験科学」、あるいはそれに基づく「経験法学」との関係性も不明なままである。それゆえ、この段階（『所有権法』の執筆当時の段階）での川島の「経験科学」・「経験法学」への志向は、いまだ厚いベール

89 川島『所有権法』（前注1）13頁。

90 川島『軌跡』（前注2）169頁（なお、龍谷法学58巻4号36-37頁注12、龍谷法学59巻1号5-6頁に指摘したところを参照）。

91 川島『軌跡』（前注2）169頁。

92 川島『軌跡』（前注2）170頁。

93 「理念型」の意義につき、マックス・ヴェーバー（富永祐治・立野保雄〔訳〕・折原浩〔補訳〕）『社会科学と社会政策にかかわる認識の「客観性」』（岩波書店、1998年、原論文1904年）111-116頁、129-132頁。

94 マルクスは——すでに前号および前々号で触れたことだが——その『資本論』で「力学の公準理論」を応用したというより、むしろヘーゲルのディアレクティーク（いわゆる「弁証法的論理学」）を具体的に活用した。この点については、前号（龍谷法学59巻1号）で述べたところを参照。なお、見田石介は、『資本論』の三部構成（「資本の生産過程」・「資本の流過程」・「資本主義的生産の総過程」）そのものが「ディアレクティーク」を反映すると説く。見田『著作集第4巻・資本論の方法』（大月書店、1977年）221頁。

に覆われたままであったといわざるをえない。そこに、この時期における川島の「経験科学」への接近には、明らかな「限界」があったと考える。

とまれ次号では、やや補論的な位置づけながら、「川島法学と民法の「古典理論」との関係」を考察することから始める。なぜなら、民法の「古典理論」は、民法の「学」(Wissenschaft)としての性格をにないつつ、特殊な仕方で「社会科学」(Sozial-Wissenschaft)との接点をも有するからである⁹⁵。しかし他方で、それは「特殊——ドイツの寂靜的發展思想」のゆえに「概念法学」的な「制定法教義学」の根拠となり⁹⁶、あるいは「意思主義的ドグマ」の正当化理由としての性格をも付与されてきた⁹⁷。

95 さしあたり、ドイツの古典理論＝サヴィニー法学に考察の基軸を置きつつ、「古典理論」の「学」(Wissenschaft)としての性格を追究する作品として、原島重義『法的判断とは何か 民法の基礎理論』(創文社、2002年)第五章以下がとくに研究される必要がある。なぜなら、法秩序や法制度が実定法(制定法のみならず慣習法を含む)を包み込み、よっていわゆる「類推」の論理的根拠をも提供するものとみう場合(ことに反省的判断力に基づいて個別の特殊な事件事実から普遍としての法を見出し創出する法的判断を正当化しうる場合)、おそらくその「法的判断」は、客観的法秩序ないし客観的法制度に内在する価値基準と論理的に整合化され、もって「学」および「科学」＝「社会科学」との接点を付与されることになろう。

96 磯村哲「啓蒙期自然法理論の現代的意義——自然法学・歴史法学・概念法学的法律実証主義・社会法学」(1956年)・同『社会法学の展開と構造』(前注77)119頁以下、特に144頁。その箇所では磯村は、「法の形成・発展を歴史科学的に探究すること」を、「法学の本来の課題としてする」ことに成功することができれば、「法学」を「概念法学の制定法教義学」から「解放」し、それ(「法学」)を「社会科学化しうる」、という道筋を描き出している。

97 たとえば川島は、サヴィニーの「意思主義」を「私的自治」(Privatautonomie)との関連でみることをせず、単なる「意思主義的意思表示論」の主張者とみている。川島「意思欠缺と動機錯誤」(1938年)・同『民法解釈学の諸問題』(弘文堂、1949年5月)188頁以下。なお、サヴィニーの見解を「私的自治」ないし「自己決定の行為」(ein Akt der Selbstbestimmung)との関連で現代によみがえらせたのは、フルーメの功績であり、それはドイツでも比較的に新しい時期に属する。この点、原島「なぜ、いまサヴィニーか」(1988年)同『市民法の理論』(前注16)80頁以下、特に93頁以下、97頁、児玉寛「古典的私的自治論の法源」

川島の「古典理論」への理解は、基本的に後者のラインで収斂されたように思われる。そのことが、川島の「科学としての法律学」への「動機づけ」といかなる関連性をもつのか。この点にも留意しながら、次号での考察を準備していきたい。

（未完）

ㄨ 論的基礎』（1988年）原島重義（編著）『近代私法学の形成と現代法理論』（九州大学出版会、1988年）119頁以下、特に167頁以下を参照。

韓半島植民地支配の不法性（その8）

——日韓関係を支える新しい国際法秩序を担うのは誰か？

戸 塚 悦 朗*

（56-1 目次）

韓半島植民地支配の不法性（その1）——2018年韓国大法院判決と2023年日韓首脳会談

第1. なぜ、2023年日韓首脳会談は、強制動員問題を解決できなかったのか？

1. 2018年10月韓国大法院判決は日韓和解の好機だった
2. 2023年3月16日韓首脳は、何を合意したのか
3. 2023年3月16日の日韓首脳会談をどう評価するか

第2. 植民地支配の歴史的事実に光をあてる方法はあるか？

（56-2 目次）

韓半島植民地支配の不法性（その2）——安重植はなぜ伊藤博文を撃ったのか？——その歴史的事実の検討

第3. 安重植はなぜ伊藤博文を撃ったのか？その歴史的事実の検討

1. 事件に至る庶史的背景
2. 伊藤博文公爵は1905年11月17日に大韓帝国に対して何をしたのか？

（56-3 目次）

韓半島植民地支配の不法性（その3）——日韓旧条約の国際法上の効力と安重根義軍参謀中将裁判の不法性の検討

第4. 安重根義軍参謀中将裁判の不法性の検討

1. 安重根義軍参謀中将がハルビンで伊藤博文公爵を射殺
2. 安重根義軍参謀中将が伊藤博文公爵を撃った動機
3. 倉知鉄吉政務局長の旅順での活動

* とつかえつろう 元本学法科大学院教授

4. 安重根義軍参謀中将裁判の不法性
- 第5. 日韓旧条約の国際法上の効力の検討
 1. 1905年11月17日付日韓協約の不法性
 2. 1963年国連ILC総会宛て報告書
 3. 「1905年11月17日付日韓協約は不存在」という発見
 4. 1905年11月17日付「日韓協約」は条約として不成立
- 第6. 結論
 1. 安重根義軍参謀中将裁判の不法性についての結論
 2. 韓半島植民地支配の不法性についての結論

(56-4 目次)

- 韓半島植民地支配の不法性（その4）——1904年1月21日大韓帝国中立宣言と「不法強占」
- 第7. 歴史と法
 - 第8. 1904年1月21日大韓帝国局外中立宣言と戦時国際法
 - 第9. 朝鮮及び大韓帝国の局外中立は合理的な政策だった
 - 第10. 大韓帝国の1904年1月21日局外中立宣言と「不法強占」

(58-2 目次)

- 韓半島植民地支配の不法性（その5）——強制労働条約による鉱山地下強制労働禁止と長生炭鉱問題をめぐって
- 第11. 日本政府には長生炭鉱の遺骨搜索・返還義務がないのか？
 - 第12. 戦後80年・日韓基本条約締結から60年を迎えて

(58-4 目次)

- 韓半島植民地支配の不法性（その6）——国際社会における日韓基本条約認識
- 第13. 国際社会における日韓基本条約認識

(59-1 目次)

- 韓半島植民地支配の不法性（その7）——2025年日韓法律家共同宣言と日韓旧条約原初の無効論
- 第14. 2025年日韓法律家共同声明は何を明らかにしたのか
 - 第15. 日本社会と脱植民地化の課題
 - 第16. 日韓旧条約は原初の無効という結論に至った筆者の研究プロセス

第17. 長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会総会講演

2026年5月23日「長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会」総会に招かれ、「強制労働条約による鉱山地下労働禁止と長生炭鉱問題：日本政府には遺骨捜索・返還義務がないのか？」と題して講演した¹。講演の概要を紹介したい。

★筆者は、講演の冒頭で最近犠牲になったダイバーの方の事故²について次のようにお悔やみの言葉を述べた。

長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会のみなさまによる長年のご活動³を高く評価いたします。

1 戸塚悦朗総会記念講演「強制労働条約による鉱山地下労働禁止と長生炭鉱問題：日本政府には遺骨捜索・返還義務がないのか？」、主催：長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会（社）第1回総会、日時2026年5月23日13時30分～14時50分、場所：山口県宇部市役所（本庁舎）市民交流棟2F会議室。長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会HP

<https://www.chouseitankou.com/> に案内が掲載されている。

2 ダイバーの方の犠牲については、「刻む会会報」No.97（2026年5月9日）参照。長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会HP <https://www.chouseitankou.com/> 内の「刻む会だより」タグからアクセスできる。

3 長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会HP <https://www.chouseitankou.com/> によれば、「長生炭鉱の“水非常”を歴史に刻む会」が1991年に結成され、①犠牲者全員の名前を刻んだ追悼碑の建立、②ピーヤの保存、③証言、資料の収集と編纂などの活動を継続してきた。2013年2月2日、念願の追悼碑を建立したことを契機に、更なる大きな課題である遺骨の収集という問題に立ち向かうべく、2014年に新しく「長生炭鉱の水非常を歴史に刻む会」を発足し、遺骨収集の活動にとり組むようになった。その活動成果は、「刻む会だより」に報告されている。例えば、「刻む会だよりNo.80」（2021年3月19日）には、79周年追悼集会の報告がある。第1部の追悼集会報告に続き、第2部では、顧問内岡貞雄氏の講演が掲載されている。「刻む会」を長年共同代表としてけん引してきた内岡貞雄顧問の講演「「強制連行」と長生炭鉱及び今後の展望」は示唆に富む。共同代表井上洋子氏による「「長生炭鉱」の新しい証言について」という報告には、新メ

総会講演にご招待いただき、感謝申し上げます。

先日調査に参加されたダイバーのみなさま方の調査への熱意に深甚なる敬意を表し、犠牲になられた方のご逝去をこころからお悔やみ申し上げます。

この新たな犠牲は、84年前の犠牲者の搜索の過程で生じた二次被害であることに思いを馳せ、今後調査が再開され、死者のご遺骨の搜索と郷里への返還が実現することを祈念しています。

★イントロダクション

講演のイントロダクションとして、筆者の国際活動が実はあまり誇ることができない失敗から始まったことを報告した。筆者には、理学部物理学科（原子物理学専攻）卒業（1964年3月）を前にして米国の大学院入試に失敗した悪夢があったのである。

この体験は、当時の筆者にとっては人生の方向を変えざるを得ない相当大的な打撃だった。この挫折は、ネガティブな記憶として残ってきた。だが、少し大げさかもしれないが、「その失敗の原因は何だったのか？」を考えることには意義があるとも思う。韓国の植民地支配に至る歴史研究の過程で知ることになった三人の先人の経験と比べてみると興味深いものがある。時代により外国語の習得と海外事情の調査研究の困難さは異なる。しかし、世界認識のためにはまず外国語の習得が必須であることは時代を超えて共通している。それこそが、世界を複眼で見ることを可能にする。それがどれほど困難なことかを知ることは、時代と個人的な事情を越えて社会的な意味があると思う。

先人が出会った障壁は、筆者の場合とは比べ物にならないほど高かった。

ㄴ たに明らかになった事実と得難い資料（「40年目の証言美祢市民・戦争体験記「五日の会」「強制連行の労務者」嶺町中村山本操（当時下関警察署長）」）が添付されている。

だが、外国語（米英語）理解の能力をなんとか習得して複眼で世界を知る資質を養い、さらに実際に体験的に海外（国際社会）の実情を学び研究することになった筆者の苦心惨憺も相応に大きなものだった。

- ① 幕末長州藩出身の軍学者だった吉田松陰は、海外への武力進出と征服による領土の拡張戦略をとえ、日本の軍国主義化と朝鮮・韓国の植民地化への道を定めた⁴。

松陰は、黒船来航による衝撃を受け、海外事情を実地に調査しようとした。しかし、「鎖国」と言われた徳川幕府時代の法制度の障壁を乗り越えられなかった。松陰は、大胆にもいきなり米国船に乗り込んで密航を企てたが、失敗した。しかし、もし松陰が密航に成功していたら、日本と朝鮮・韓国の歴史は変わっていたのではないかと考えるのは筆者だけだろうか。松陰は、漢学には通じていたが、オランダ語、英語など欧米の言語を習得する機会がなかったのは不運だった。

- ② 幕末中津藩出身の福沢諭吉は、周知のとおり明治時代の偉大な啓蒙家である。福沢は、西欧事情の紹介者として知られ、慶応義塾の創設者となった。

しかし、筆者から見ると、福沢ほどの開明的な知識人が「脱亜」をとええるようになって、帝国主義的な植民地支配への道を推進してしまったことが残念でならない⁵。

4 ここでは詳述しないが、最近日本で出版された良書に詳しい。李泰鎮著・酒井裕美翻訳『日本帝国の「東洋史」開発と天皇制ファシズム』明石書店2026年、1-228頁。

5 福沢諭吉の『脱亜論』については、吉野誠「『脱亜論』の前後——福沢諭吉の朝鮮論」、同『明治日本と朝鮮：征韓論・脱亜論から韓国併合へ』有志社2024年、52-74頁が参考になる。後掲の『福翁自伝』では、福沢自身は、幕末の開国と攘夷の激しい相克にも戊辰戦争にも明治維新にも一切関与せず、終始政治の流れの外に身を置き、学問に専念したと述べている。にもかかわらず、朝鮮につま

幕末に西洋医学で著名だった緒方洪庵塾で蘭学を学び塾頭にまでなった。しかし、のちに英語習得に転換した。翻訳者として幕臣になり海外視察の機会をつかみ、三回にわたって米欧をめぐり、膨大な原書を収集し読みこなし⁶。出版を通じて、その西欧文明に関する知識を広く日本に紹介した。このような研究を通じて自然科学も理解できていた。だから、欧米視察の際にも驚かなかった。興味深いことに、書物による研究と海外視察ではわからないことがあったと告白している。米国の社会のことも、英国の政党などの政治制度の実際もよく理解できなかった。選挙法も「皆目わからない」。政治上の争いをしているのに、「同じテーブルで酒を飲んで飯を食っている。少しもわからない」と告白している⁷。福沢には留学の機会がなかった。もし、若い時に留学できていたら、海外の社会・政治制度をよりよく理解できていたのではないか？吉田松陰との違いは、幕末の日本にしながら外国語（オランダ語、英語）を習得した点である。

③ 明治時代小説家として成功した夏目漱石は、著名な英文学者であった。

漱石は、小説『門』に安重根によるハルビンでの伊藤博文射殺事件を、登場人物の言葉として書き込んだ。これについて、田口律夫教授は、以下のように要約している⁸。

学業も出世も諦め、「腰弁」（下級役人）として生きる野中宗助は、

ゝいては打って変わって、その政治問題に深く関与し続け、日本の武力による植民地獲得を推進した。その『脱亜論』は、学問・言論の域を超えた独立国への内政干渉と批判されてもやむを得ないであろう。

6 人物事典風雲伝 <https://jpreki.com/ishikawa-ta/>。

7 福沢諭吉『福翁自伝』（1899年刊行）白鳳社版昭和45年、115頁。同書、129-130頁。

8 田口律夫「ハルビン事件と夏目漱石——『門』の内と外」『龍谷大学社会科学研究年報』No. 54, 2024年、151-161頁。 <https://opac.ryukoku.ac.jp/>にて閲覧可能。

伊藤博文の暗殺を「運命」と捉え、「伊藤さん見た様な人は、哈爾濱へ行つて殺される方が可いんだよ」と皮肉を込めて答えている。こうしたアイロニーは、他の作家には見られない漱石独自のものである。

明治33年（1900年）5月、漱石は第五高等学校在任中に、文部省から2年間の英国留学の命令を受けた。成人してからのロンドン留学の困難さを以下のようにのべている⁹。

倫敦に住み暮らしたる二年は尤も不愉快の二年なり。余は英国紳士の間にあつて狼群に伍する一匹のむく犬の如く、あはれなる生活を営みたり。（中略）英国人は余を目して神経衰弱と云へり。ある日本人は書を本国に致して余を狂気なりと云へる由。（中略）帰朝後の余も依然として神経衰弱にして兼狂人のよしなり。親戚のものすら、之を是認するに似たり。親戚のものすら、之を是認する以上は本人たる余の弁解を費やす余地なきを知る。たゞ神経衰弱にして狂人なるが為め、「猫」を草し「漾虚集」を出し、又「鶉籠」を掛けにするを得たりと思へば、余は此神経衰弱と狂気に対して深く感謝の意を表するのは至当なるを信ず。

ロンドンの漱石は、大学に通うのをやめ、自宅に閉じこもってチューターを頼み、英文学の研究に没頭した。漱石は、英文学の研究には成果を上げたと言えるだろう。しかし、文部省から英国に派遣された任務だった「英語教育法」を十分学ぶことはできただろうか？疑問がある。日本の英

9 東北大学附属図書館夏目漱石ライブラリ「漱石の生涯」「英国留学時代」から。
https://www.library.tohoku.ac.jp/collection/collection/soseki/syogai-04.html?utm_source=copilot.com

語教育が高度の文学作品などの英文和訳を中心とする読解力の習得中心になったのには、漱石の存在も影響したのではないだろうか。

★「井の中の蛙」留学の夢を抱く

1963年のことで、まだトーフル（TOEFL）テストがなかったときだった。筆者は、前述したように米国の大学の大学院（人工頭脳の研究のため）への入学申請を進めていた。成績表など必要書類はすでに大学に送っており、そこまではパスしていた。大学からは、英語テストを受けるようにという指示があった。指示された受験会場は限られていて、日米会話学院（JACI）で受験した。

英語試験については、不遜にもあまり心配していなかった。大学での成績は専門科目だけでなく、英語もよくできた（と本人は誤認していた）。専門科目の物理学の教科書はほとんど英語の原書を使って講義がされていたし、英語の論文の輪講なども経験していた。個人的にだが、英会話教室にも通ったし、英国人による個人教授も受けていた。

英語小論文は、制限時間内に何とか書き上げて提出できた。

問題は、コミュニケーションのテストだった。試験官との会話によるのかと思いきや、予想に反してテープレコーダーによるテストだった。試験官が相手なら、個人教授の時のように先方がこちらの答えを待ってくれる。だが、機械相手ではそうはいかなかった。黒板に掛けられた絵があり、それに関する質問があった。英語の質問は聞き取れた。頭の中で英語を日本語に翻訳し、日本語で回答を考え、それを英語に翻訳して回答しようとした。すると、そのとたん、テープレコーダーは次の質問を繰り出してきたのだ。回答が終わるのを待ってくれなかった点に誤算があった。同じことが繰り返されて、10問の質問に全く回答できなかった。「手も足も出ない」というのはこういうことか！と思うほどだった。今から思い出しても、冷や汗が出る。

こうして、英語テストの悪夢は終わった。質問も簡単な内容で、回答も（時間さえあればだが）むつかしくはない。しかし、困ったのは、英語を日本語に翻訳してから回答を日本語でまず考え、それを英語に翻訳して回答するという私の脳内事情を全く配慮してくれない試験方式なのだった。米国に行けば英語で考え、生活しなければならないのだから、このような試験方法の結果も受け入れるしかなかった。

予想通り、大学からは、もう少し英語を習得してから再受験するようにという手紙が来た。

「井の中の蛙にすぎなかった！」と反省してももう遅かった。

なぜこんな失敗をしてしまうことになったのだろうか？

日本での戦後英語教育も戦前と本質的に変わらなかったのではなかったのか。特に、文字の読解中心の教育では、音声の聴き取り（リスニング）力、発話（スピーキング）力などのコミュニケーション能力の習得はおろそかになった。リスニング力習得のためには幼児のころから音声の聴き取り中心の学習をするのが望ましい。英語の聴き取りの場合は、日本語に翻訳せず、英語で考えることができるようになる必要がある。その後できたトーフル（TOEFL）テストのような試験には、これまで筆者たち世代が受けたような文字の読解中心の英語教育では太刀打ちができなかったのだ¹⁰。

このような日本の教育のもとでは、複眼によって世界を認識する能力の習得は困難なのである。当時はそのように考える余裕はなく、ただこの体験が悪夢として残った。

★コミュニケーションのための英語習得：夜学で頑張る！

この悪夢は、トラウマになってしまった。そこで、この試験会場になっ

10 戸塚悦朗『日本の教育は間違っている！——グローバル化時代に生きるために』（Kindle版）アジェンダ・プロジェクト、2023年。

た日米会話学院（JACI）を受験し、その夜間部（1日3時間、週5日）に入学し、1年半の間熱心に英語コミュニケーション力の習得に努めた。卒業したころには、英語力の点では米国の大学院への留学は可能になったはずだった。ところが、どうしたことか、この間に留学という初心を忘れてしまっていたのである。

結局、父親の勧めで進路を変更し、法学部に学士編入して法学を学び、1973年に弁護士になった。弁護士業務に専念するうちのことだったが、急に海外調査の必要ができて、欧米を訪問することになった。ところが、困ったことにせっかく学んだ英語をすっかり忘れてしまったことに気が付いた。小児のうちに学んだ言語でなければ、10年も使わないとさびついでしまうのだ。せっかく学んだ英語コミュニケーションをすっかり忘れてしまったことを体験によって思い知らされ、愕然とした。愚かなことに、日常的に使っていない外国語、特に成人してから学んだ言語は忘れてしまうことを知らなかったのである。しかし、体験的にそのことに気が付いた時には、もう遅かったのだ。

★ロンドン大学に留学

ブリティッシュ・カウンシルの援助をいただくことができ、1988年からロンドン大学の大学院である精神医学院（IOPsych）のジョン・ガン教授（司法精神医学研究室）のもとで客員研究員として受け入れて頂いた¹¹。英国の精神保健法の研究をしようとしていた。筆者を受け入れて下さった英国の方々のご親切には今でも感謝している。

1989年からは、研究の方向を変え、LSEのLLM（修士）コースに入学し、ヒューマンライツの国際法による保障について学ぶことになった。入学当時の体験談だが、英語による講義を聴いていた。ところが、あとで筆

11 戸塚悦朗「外国人のヒューマンライツ（その4）：海図を求める旅そしてヒューマンライツの歴史」龍谷法学第55巻第2号2022年、105-159頁。

者のノートを見ると、日本語で書かれていたのだ！あとから気が付いて、強い衝撃を受けた。英語の講義を聴いていても、頭の中で常時日本語への翻訳をしていたのだ。講義は当然ながら英語でされる。ところが、筆者の脳は、それを英語でそのまま理解しなかった。日本での読解中心の英語教育によって出来上がった脳内記憶回路がそのまま生き残っていたのだ。

それに気が付いて愕然とした。日本での英語教育によってできあがった癖こそが米国大学院入試受験の失敗の原因だったことは前述した。これは、相当頑固な習慣で、夜学1年半の英語コミュニケーション力習得の努力程度では矯正できなかったのだ。

筆者は、漱石同様成人してから同じロンドンでの留学生活を送った。年齢が高かったことも、漱石同様異国になじみにくかった原因だったと思う。子供時代からだったら全然違っただろう。ロンドンの陰鬱な気候では気持ち落ち込むのも無理がなかったとも思う。大学にも、英国社会にも溶け込むことは簡単ではなかった。文化の違いもある。習慣も異なる。数人で話しているときも、英国の人びとはしきりにジョークを飛ばす。言葉がよく理解できないだけではない。文化や習慣が身についていないこともあって、ジョークに心から笑うことができなかった。一人だけ笑えないときは、ひととき孤独感を強く感じる瞬間だった。こうしたことがいくつも起きるのだ。精神的に鬱になって落ち込みがちになった。ロンドンの留学生活で苦勞し、「神経衰弱」だったと自認した漱石に同情した。

苦勞ばかりではなかった。

LSE留学時代には大きな収穫もあった。ロザリン・ヒギンス教授（のちの国際司法裁判所裁判長）の指導を受けることができたことだった。「図書館に行きなさい」と指導を受けて、図書館の埃のおいが大好きになった。それだけではない。授業でも、図書館でもいくつもの発見があり、これまでの研究生生活の基礎になっている。

言語習得も不十分なまま成人してから留学した、その苦勞なくして、

「慰安婦」問題や「強制労働」問題の提起など、その後の国連ヒューマンライツ会議での国連NGO活動も可能にはならなかっただろう。

★国連ヒューマンライツ会議体験授業

2000年4月に大学教員になった筆者は、海外での活動の苦勞と成果を教育に活かせるだろうか？と考えた。大学と国連NGOを結びつけて、学生が国連ヒューマンライツ会議を現地体験できる授業を創ることはできないだろうか？そうすれば、学生は外国語習得の必要性を痛感することができる。複眼で世界と国際社会を認識する力を身に着けることも可能ではないか。そう考えたのだ。先輩教員の後押しのみならず、学生たちの熱意にも励まされて、国立大学としては全国初の国連ヒューマンライツ会議体験特別授業ができた。

神戸大学大学院国際協力研究科教員時代に創った特別授業を龍谷大学法学部・法科大学院教員時代（2003年4月に移籍）でも続けた¹²。ジュネーブには国連欧州本部、国連ヒューマンライツ高等弁務官事務所など国際機関が沢山ある。その後、先進諸国から学生がジュネーブを訪れ、筆者が創ったような授業に参加している例もあることを知ることになった¹³。

龍大法・公法特別講義Ⅴでは国連機関のみならず、国際労働機関（ILO）も訪ねて学生とともにILO専門官によるセミナーを受けた。国際労働機関（ILO）は、国連欧州本部から徒歩で数分の距離にある。日本からでは地球の裏側だが、ジュネーブでは、すべてがすぐ近くにある。

12 戸塚悦朗『国際人権法入門』明石書店2003年、第3章。

13 2007年ころは、急速にグローバル化する世界のなかで日本の若者がどのように生きる力を身につけることができるか？この問題に筆者の関心が向いていた。その一つの回答が以下の論文で示されている。戸塚悦朗「国際理解教育の研究：国際都市ジュネーブの持つ教育力について（その1）」龍谷法学第40巻第4号2007年、1005-1027頁。同「国際理解教育の研究：国際都市ジュネーブの持つ教育力について（その2）」龍谷法学第41巻第1号、92-120頁。

そのILOについての話に移ろう。

★本題：長生炭鉱水非常事件

- ① 日本政府は、ILO29号強制労働条約に違反したのか？
- ② 仮に違反があるとして、日本政府には、遺骨搜索、収容、返還義務があるのか？

これらの二つの問題を検討することにしたい。これらについては、すでに本シリーズの（その5）論文¹⁴に説明した。筆者は、二つの問のいずれにも肯定的な回答をしている。詳細は、論文を参照されたい¹⁵。

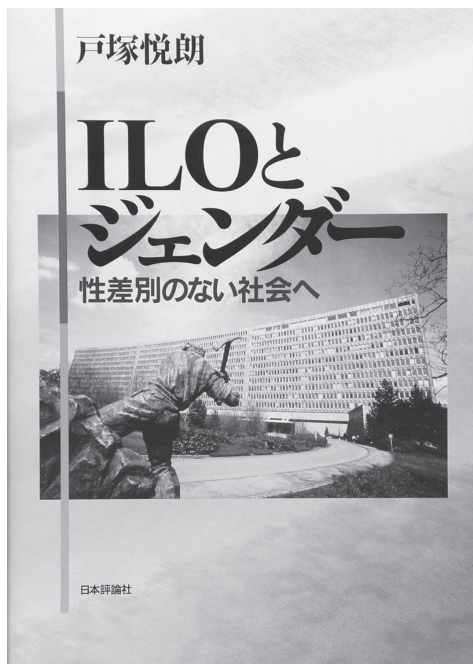
筆者の研究書『ILOとジェンダー』¹⁶【写真1】が論文の基礎にある。時代は34年もさかのぼるが、1992年以来国際労働機関（ILO）に着目して、ILO29号強制労働条約について実践的な研究を続けていた。それが、長生炭鉱水非常事件の研究にも役立ったのである。

14 戸塚悦朗「韓半島植民地支配の不法性（その5）：強制労働条約による鉱山地下強制労働禁止と長生炭鉱問題をめぐって」龍谷法学第58巻第2号2025年、113-163頁。

15 要約的には、しんぶん赤旗日曜版（2026年4月12日）に掲載された筆者のインタビュー記事（本吉真希記者執筆「長生炭鉱はILO29号条約＝「強制労働禁止」違反、日本政府に遺骨の搜索・返還義務」）を参照されたい。

16 戸塚悦朗『ILOとジェンダー：女性差別のない社会へ』日本評論社2006年、1-300頁。

【写真1】『ILOとジェンダー：性差別のない社会へ』表紙



ごくおおざっぱに言うと、ILO29号強制労働条約とは次のようなことを定めた条約である。強制労働は、原則として廃止しなければならない。刑事罰として裁判所判決による懲役刑とか、純然たる軍事的な目的の徴兵制度その他の適用除外規定がある。しかし、例外として強制労働の存続を認められる場合もある。例外として認められる場合については、厳しい条件（女性の強制労働は禁止。男性でも年齢制限がある。期間にも制限がある。公的な機関によることが必要で企業に強制労働をさせることは禁止。鉱山の地下労働には禁止など）が条約上列举されている。病気事故などで労働不能になった労働者については、公費で帰還させる義務がある。この定めを準用すれば、事故で死亡し労働不能となった労働者も公費で帰還させる義務があると考えられる。

韓半島出身の人びとは、①1904年2月以降1945年8月までは「不法強占」下にあり、自由がなかった。②カイロ宣言は、朝鮮の人びとが奴隷状態にあったと評価している。③韓半島からは閣議決定による募集・官あつせん・徴用などによる国家による強制連行がなされた。これらを総合すると、韓半島出身の労働者は個別に自由な労働契約による労働だったという反証のない限り、原則として③によって強制労働を日本政府によって強いられた。廃止すべき強制労働を強いたことで、日本政府は強制労働条約に違反したと推定すべきである。

また、日本政府は、長生炭鉱をはじめとする企業による鉱山地下強制労働について、厳しい処罰を科す義務を負っている。その処罰義務を怠ってきたという条約違反も認められる。長生炭鉱の水非常事件の場合は、強要罪のほか、業務上過失致死罪、殺人罪（未必の故意）の適用が考えられるが、それらによる捜査と責任者の処罰がなされたという証拠はない。現に、捜査当局による被害者の遺体の搜索も回収さえもされていない。

前掲『ILOとジェンダー』で述べた通り、ILO専門家委員会は、日本軍「慰安婦」被害者をILO29号条約違反の女性強制労働被害者と認定したほか、韓半島出身の人びとで企業によって労働を強いられていた人々については、産業強制労働被害者と認定している。

前掲「韓半島植民地支配の不法性」（その5）論文は、長生炭鉱の水非常被害者を産業労働被害者であっただけでなく、それに加えて鉱山地下強制労働被害者だったとしている。

ここで、筆者の主張に対する日本政府の反論をどう考えるかについても、触れておきたい。

国連ヒューマンライツ小委員会（差別防止少数者保護小委員会）での軍「慰安婦」問題について、日本政府が女性の強制労働を禁止する強制労働条約に違反したとする筆者の提起に対して、日本出身の委員から反論があった。戦時の場合は、強制労働条約の適用は除外されるというのである。

これに対して、筆者が再反論したことがあった。前掲書『ILOとジェンダー』にその詳細を述べている。ILO専門家委員会も筆者同様の論理で、日本政府の戦時適用除外の反論が誤りであると公式に指摘している¹⁷。その本質は、比例原則にある（バグワティ判事の指摘）¹⁸。

長生炭鉱の水没事故犠牲者の遺骨の搜索と返還を民間任せにしてきた日本政府が「我関せず」という姿勢をとってきたことには大きな問題がある。その不作為は、前掲書と前掲論文（その5）に合わせて書いた通りILO29号条約に違反する。今後は、日本政府が遺骨搜索と返還の義務を果たさなければならない。

長生炭鉱水非常問題への取り組みを含め、これからの日韓関係を支えるのは、ILO29号条約をはじめとする国際法秩序である。筆者は、そのような主張をしているのだ。ところが、現在の国際社会の現実を見ると、超大国が国際法秩序を破壊しつつあるように見える。

そこで、筆者は、以下に次の問題を検討する必要があることを指摘して講演をまとめた。

★国際法は、もう頼りにならないか？

筆者の上記論理は、ILO29号条約という国際法に基づく主張である。

ところで、最近の国際情勢を見るにつけ、「国際法は、もう頼りにならないのではないか？」と心配する向きも少なくないのではないだろうか。日韓関係も、国際法秩序に支えられているのだから、このような疑問には十分な根拠がある。

講演では以下の三点を上げて、今後そのような疑問を持つ人々にどのように応答するかを研究する必要があると述べ、まとめとした。

① 国際法は、「法」なのか？

17 前掲『ILOとジェンダー』146-149頁。

18 前掲『ILOとジェンダー』132-150頁。

② 国際機関の意見は、「紙切れに過ぎない」か？

③ 昨今の国際情勢を見ると、国際法秩序は壊れてしまったのか？

本論文では、以下で主としてその③に焦点をあてて、疑問に答えてみたい。

第18. 国際法秩序は崩壊するのか？

1. 最近の国際情勢の概観

①ロシアによるウクライナ侵略

2022年に始まったプーチン大統領のロシアによるウクライナ侵略戦争は、本論文執筆時点（2026年7月）も継続している。国連総会は、ロシアの軍事行動に対して国連憲章に違反すると批判してきたが、この戦争を終わらせることができなかった。国連安保理は、常任理事国であるロシアの拒否権で期待された行動をとることができていない。

常任理事国ロシアが暴力的に国連憲章を逸脱する試みがどのように起こり、国際社会がどのように対応してきたかを振り返ってみたい。

★ロシア軍のウクライナ侵攻に対する国際機関の対応

2022年2月24日突然ロシア軍がウクライナ領に侵攻したのに対して、3月2日国連緊急特別総会は、「ウクライナへの侵略決議」（Aggression against Ukraine: A/RES/ES-11/1）¹⁹を採択し、ロシアによる侵攻は、国連憲章に違反する侵略であると認定した。

ロシアは、1996年以来欧州評議会（Council of Europe）に加盟していたが、2月25日閣僚委員会（Committee of Ministers）はロシアの加盟国資格を停止した。3月15日ロシア政府は、欧州評議会から脱退し、欧州

19 <https://digitallibrary.un.org/record/3965290?v=pdf> Visited on 27 May 2026.

ヒューマンライツ条約を破棄すると通告した。3月15日欧州評議会の議員会議（Parliamentary Assembly）は全会一致でロシアの除名を議決し、3月16日閣僚委員会はロシアを除名した²⁰。

ロシアのウクライナに対する特別軍事行動について国際法上の問題をどう考えるべきなのだろうか？

平和の問題に関する国際法としては、第二次大戦後国連憲章ができた。侵略に対する国連による軍事的な制裁行動のためにはまず法的判断が必要である。その権限を持つのは、安全保障理事会だ。ところが、軍事行動を始めた当事国であるロシアが常任理事国として拒否権を持っているので、安保理が機能しない。これは国連の制度上の欠陥であり、国連憲章制定のときから問題となっていた。だが、改革ができなかったのだ。上記の緊急特別総会が必要になったのはそのためだった。

★ロシアのウクライナ侵略に対する国際司法裁判所（ICJ）の対応

第二次大戦後、国際司法裁判所（ICJ）が設立された。ウクライナ危機には、国際司法裁判所は機能しないのだろうか？

国際司法裁判所の問題は、義務的管轄権が確立していないことである。しかし、条約上、国際司法裁判所の裁判管轄が認められている場合がある。

ウクライナは、ロシアがウクライナに侵攻した際に、ウクライナが国内のロシア人に対するジェノサイドを冒していると非難したことに着目した。ロシアが軍事侵攻した理由を自衛だったと主張し、ウクライナによるロシア人に対するジェノサイドを止め、処罰するための軍事行動だったというのだ。

これに対して、ウクライナは、「事実無根」と国際司法裁判所に提訴し、即時停戦の仮処分を求めた。ウクライナは、ジェノサイド条約違反には、

20 <https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-russian-federation-is-excluded-from-the-council-of-europe> Visited on 5th June 2026.

国際司法裁判所の裁判管轄権が書き込まれていることを法的根拠にして、ロシアが特別軍事行動を起こした直後である2月26日に素早く国際司法裁判所に対してロシアを提訴し、即時停戦の仮処分を求めるとともに、ウクライナがジェノサイドを侵していないと認める判決を求めたのだ。

国際司法裁判所は、3月16日ロシアに対して即時停戦命令（仮処分決定）を下した²¹。ウクライナの司法的行動は、成功したのである。

しかし、ロシアはこの命令に従っていない。

国際裁判の常であるが、ロシアからの管轄権をめぐる裁判手続きに関する反論の審理は簡単ではなかった。ジェノサイド条約9条（ICJの管轄権の根拠）によってICJに管轄権があるか否かを争う法的論争について国際司法裁判所は、慎重な検討を加え、長い時間がかかった。国際司法裁判所が、ウクライナの提訴について裁判管轄を認める判決を下したのは、2024年2月2日のことだった²²。管轄権の判断は、提訴から2年後になったのである。しかも、管轄権論争は、それで終わりではなかった。

今度はロシアが反訴をおこし、反訴の管轄権論争にさらなる時間がかかった。ロシアの反訴の管轄権が認められたのは、2025年12月8日のことだった²³。これで、ようやく本案審理が始まる。戦場の戦闘も長期化して

21 Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)

<https://www.icj-cij.org/case/182>

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220316-ord-01-00-en.pdf> Visited on 6th June 2026.

81. The Court considers that, with regard to the situation described above, the Russian Federation must, pending the final decision in the case, suspend the military operations that it commenced on 24 February 2022 in the territory of Ukraine.

22 <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20240202-sum-01-00-en.pdf> Visited on 7th June 2026.

23 <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20251208-pre-01-00-en.pdf> Visited on 7th June 2026.

いるが、本案審理にも時間がかかるだろう。この国際裁判には、多数の国が参加しているし、きわめて重要な国際裁判になっているが、その審理は進行している。

その意味では、まだ国際法秩序は保たれている。

★国際刑事裁判所（ICC）がウクライナ状況の捜査を開始

もう一つの重要な国際法上の手続きがある。最近の国際刑事司法手続きの発展はめざましく、注目する必要がある。2022年2月28日国際刑事裁判所（ICC）検察官が「ウクライナ状況の捜査開始を決定」を公表した²⁴。何が犯罪になるのか？1998年ICCローマ規程に定めがある。

第5条：集団殺害犯罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪については、2002年締約国会議が採択した。侵略犯罪に関する改正（2010年締約国会議決議）がなされた。冷戦終結がなければ、このような国際法の発展は不可能だったと思われる。1993年ウィーン国連世界ヒューマンライツ会議の役割が重要だった。

2023年3月17日ICCがロシアのプーチン大統領に対する逮捕状を出したことは、ロシアに衝撃を与えた²⁵。

★ロシアによるウクライナ侵略と日本

筆者は、和平交渉の鍵は、ウクライナの提案（中立構想）にあったという報道（朝日新聞2024年8月11日朝刊「ニューヨーク・タイムズから読み解く世界」）に注目している。

24 <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220228-prosecutor-statement-ukraine> Visited on 7th June 2026.

25 Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova
<https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and> Visited on 7th June 2026.

国際社会は今、第二次大戦後確立した国連憲章を基礎とする国際秩序を維持できるか否かの岐路に立たされている。この国際法秩序が維持されるのか？と、多くの人々が危惧せざるを得ない事態であることは間違いない。

そのときに日本はどう対応すべきなのだろうか？憲法9条のたまものだが、日本は、戦後80年の間武力の行使によって国際平和への脅威となったことはなかった。そのような日本が国際的な信頼を受けてきたためか、現在は国際司法裁判所でも、国際刑事裁判所でも裁判長には日本人が就任している。だから、日本政府のみならず、日本の人びとが国際法秩序維持のためにどのような立ち位置をとるのが、今問われているのだ。

日本の国会（参議院）は、2022年3月2日ロシアによるウクライナ侵略を非難する決議を採択した。日本政府は、対ロシア経済制裁をはじめ、ウクライナからの避難者の受け入れ、ウクライナに対する物資支援などの努力を継続している。民間のウクライナ支援は多岐にわたるが、日弁連も単位弁護士会もウクライナ支援の意思を表明している²⁶。

これで十分だろうか？

戦後憲法下、日本は憲法を遵守してきただろうか？とりわけ、憲法98条2項（国際法遵守義務）を十分に実現してきたかどうかという視点から真摯に反省する必要がある。ヒューマンライツと国際法を守り、国連を強化し、国際法秩序を強化してきたか？を改めて見直すことが重要である。

その反省は、第二次大戦に至る国際法秩序を破壊したのは、日本自身だったという過去の行為についての歴史認識と反省が十分だったか？という視点のうえに立つ必要がある。

第二次大戦を起こしたのは誰だったのか？ナチス・ドイツの行為を非難するだけでは歴史認識は十分ではない。そこに至る原因になった日本による不法な植民地支配の歴史を反省しているか？という視点から見ると、日

26 日弁連会長声明（2022年3月4日）。第二東弁会長声明（2022年3月3日）など。

本の私たちの歴史認識が不十分だったことが明らかになってくるだろう²⁷。

②トランプ米国大統領による国際法秩序の破壊

国連憲章を頂点とする第二次大戦後の国際法秩序の方向を定め、国際社会を指導したのは、フランクリン・D・ルーズベルト（FDR）米国大統領だった。だが、FDRは、その実現を見ることなく逝去（1945年4月12日）した。副大統領だったトルーマンが大統領に就任し、FDRの遺志を継いで、同年4月25日サンフランシスコで連合国による国際会議を開催した。この会議は、国連憲章（1945年6月26日）²⁸を制定することに成功した。

ところが、戦後国際法秩序の根幹をなすこの国連憲章秩序がほかでもない米国大統領によって掘り崩されようとしているのである。

2025年1月国連常任理事国である米国の大統領にドナルド・トランプ氏が返り咲いた。それからは、とてつもない勢いで世界の法秩序の破壊が進むようになってしまった。

まず、トランプ大統領は、議会の承認なしに世界中の国々との貿易に高額の関税をかけまくるという自由貿易秩序の破壊に取り掛かった²⁹。その後は、国連憲章を中心とする戦後国際法秩序を掘り崩す暴挙を続けている。

27 戸塚悦朗『韓半島植民地支配の不法性——大韓帝国内立宣言と「不法強占」』アジェンダ・プロジェクト2024年。

28 国際連合憲章は、国際機構に関する連合国会議の最終日の、1945年6月26日にサン・フランシスコ市において調印され、1945年10月24日に発効した。国際司法裁判所規程は国連憲章と不可分の一体をなす。

https://www.unic.or.jp/info/un/charter/text_japanese/ 2026年6月8日閲覧。

29 米国議会の承認のない大統領令によるこの関税措置に対し、これを違法とし米国最高裁判所が歯止めをかけたのは、三権分立が機能した好例である。トランプ大統領の暴挙のため、米国内のみならず、国際経済も混乱を極めている。しかし、この米国内の混乱は、米国の人びとの「民主的」な選択によって引き起こされたことなので、簡単に収拾されることは期待できない。とりあえず、2026年11月の中間選挙までこの大混乱が継続することは避けられないだろう。

米国が乱暴な国際政策変更をたて続けに打ち出しているのだ。

トランプ大統領は、2026年1月ヴェネゼイラへの奇襲軍事攻撃によってマドゥロ大統領を拉致するという主権侵害を侵し、世界を驚かせた³⁰。トランプ大統領は、犯罪の処罰のためという理由をあげているが、米国の軍事行動については、米国の国際法学者が、国際法に違反していると指摘している³¹。

③中東情勢による国際情勢の複雑化

問題がさらに複雑になった契機には、パレスチナ問題が爆発的に噴出したことにもよる。この複雑な問題の解決のために、国連はパレスチナとイスラエルという二国の独立と平和共存を目指してきた³²。オスロ合意で歴史的な和解が成立し、平和が実現すると期待された。だが、イスラエルとそれを支持する米国が二国独立解決案を認めないまま、紛争が継続してきた。

ところが、2023年12月7日パレスチナ人が居住するガザの軍事組織であ

30 朝日新聞【詳報】「米国、マドゥロ大統領を拘束 ベネズエラに「大規模な攻撃」」2026年1月3日16時24分（2026年1月4日3時24分更新）有料記事（ワシントン＝青山直篤 プリュッセル＝疋田多揚 パリ＝坂本進 テヘラン＝大野良祐）
https://www.asahi.com/articles/ASV1326F6V13UHB100LM.html?iref=pc_extlink 2026年6月27日閲覧。

31 朝日新聞「トランプ政権のベネズエラ攻撃は「国際法違反」国際人権団体元代表」2026年1月3日19時43分有料記事（聞き手・青山直篤）
https://www.asahi.com/articles/ASV133D07V13SFVU1TPM.html?iref=pc_rellink_04 2026年6月27日閲覧。

32 1992年6月、イスラエルはラビン・労働党政権に交代、停滞する交渉の打開策として、オスロ（ノルウェー）を拠点にPLOとの直接秘密交渉を開始。その結果、1993年9月、イスラエル・PLO間の相互承認がなされ、ワシントン（米国）においてイスラエルとPLOの間で「暫定自治原則宣言」（オスロ合意I）が署名された。

外務省HP <https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/plo/kankei.html> 2026年6月9日閲覧。

るハマスがイスラエルを奇襲し、多数の人質を拉致するという事件を起こした。これに対してイスラエルが反撃したのは、自衛戦争として認められるだろう。日本の外務省は、この事態を「中東和平に関する日本の立場」として以下のように記述している。

2023年10月7日に発生したハマス等のパレスチナ武装勢力によるイスラエルに対するテロ攻撃とそれに伴うイスラエルによるガザ地区における軍事作戦をめぐる情勢の悪化を背景として、イスラエル・パレスチナ問題が激化した。我が国は、中東和平交渉の前進は、中東地域全体の緊張を大きく緩和し、中東地域がもつ地域的繁栄の潜在力を最大限高めるものと確信し、早期に、公正で永続的且つ包括的な和平が実現することを期待する。

このような問題のとらえ方は間違っているとは言えない。だが、以下の検討も必要だ。

第一に、前記したように、少なくともオスロ合意以降の事態の中でこの事件をとらえる必要がある。より深くは、この問題は、第二次大戦中のホロコーストはもとより、それ以前の二千年単位の歴史の流れの中で起きた複雑な問題で、筆者には十分な検討は困難である。

第二に、イスラエルが全人質奪還を掲げて、ガザの壊滅作戦を始めた心情を理解するとしても、イスラエルによるガザ戦争の遂行は、その被害と比例しているとは思えない。あまりにも長期間に膨大なガザの子供や非戦闘員の殺傷をものともせず継続された。このイスラエルの作戦は、ジェノサイドであるという強い批判をあげていることにも留意しなくてはならない³³。

33 後掲ハーグ・グループの批判を参照。

憂慮されるのは、この紛争が中東全域の軍事紛争に拡大しつつあることだ。

イスラエルとパレスチナの軍事紛争は、2025年10月の停戦で一段落したと思われた。

トランプ大統領などの仲介により、2025年10月にイスラエルとハマスの間で停戦が発効した。第1段階の履行としては、停戦発効後、ハマスによる人質の解放と、イスラエル軍の指定合意ラインまでの撤退が実施された。第2段階への移行としては、ガザにおける「ガザ行政国家委員会（NCAG）」の設置など、非軍事化と復興を伴う第2段階へ移行している³⁴。おおむね停戦が継続しているものの、イスラエルによるレバノンへの攻撃も報告されており、中東の情勢は平和とは程遠い。

★米国とイスラエルによるイランへの2026年2月武力攻撃。

核兵器の拡散を防ぐというのだが、米国とイランが核兵器問題で外交交渉を継続していたにもかかわらず、2026年2月28日突如として米国とイスラエルによる対イラン戦争が開始されたことは、世界を震撼させた³⁵。この戦争は、米軍がイランの最高指導者を爆撃による奇襲によって殺害するという衝撃的な作戦から始まった。

米国とイスラエルがイランへの軍事攻撃を始めた2026年2月28日の直後（3月7日）からすでに、この軍事攻撃が国際法違反であることは、日本

34 JETRO「米ウイトコフ特使、ガザ地区停戦合意「第2段階」への移行を発表」

<https://www.jetro.go.jp/biznews/2026/01/29822838c60fc745.html> 2026年6月14日閲覧。

35 朝日新聞「米・イスラエルがイラン攻撃、生徒ら死亡 イラン反撃、周辺国に拡大」2026年2月28日15時35分（2026年3月1日3時38分更新）青山直篤＝ワシントン 石原孝＝エルサレム 大野良祐 原田達矢

<https://www.asahi.com/articles/ASV2X231WV2XUHB103GM.html> 2026年6月14日閲覧。

の識者（西南学院大学法学部教授の根岸陽太さんによる寄稿記事）が指摘していた³⁶。だが、国際法秩序は、米国とイスラエルの暴挙を抑止できなかった。国連国際法委員会の委員をも勤める浅田正彦教授（同志社大学）は、「戦後の国際法に基づく秩序の根幹である「武力不行使」が正面から否定され」と米国の攻撃を批判し、さらに米国の「先制的自衛権」の行使だという主張を正当化の主張として「不十分」と以下のように述べている³⁷。

米国は「先制的自衛権」だと主張しているのだとみられますが、先制的自衛権が合法なのかについてはかねて議論があり、国連加盟国の中でも否定的見解が多かった。国際法の専門家から見れば、正当化の主張としては不十分です。むしろ今回、先制的自衛権を理由にすればどんな攻撃も正当化できてしまうという危うさが明らかになりました。

トランプ大統領とネタニヤフ首相が、イランのレジームチェンジを目指していたのか、イランの軍事占領を目指していたのか、戦争の目的もはっきりしない。文明を滅ぼすというトランプ大統領の脅迫は、核戦争によるイランの人びとに対するジェノサイドの恐れさえ危惧させた。この戦争に

36 根岸陽太「イスラエル・米国によるイラン攻撃と国際法——瓦礫の下から見通す「法の支配」」Dialogue for People, 2026年3月7日

https://d4p.world/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=pmax_03_gaza_article33331 から「記事を探す」タグにて2026.3.7を検索できる。

2006年6月15日閲覧。

37 朝日新聞記事「(帝国の幻影 壊れゆく世界秩序) 第6章「国連以前」の世界へ、後戻りの恐れ 浅田正彦氏」2026年6月28日 5時00分有料記事。

https://www.asahi.com/articles/DA3S16491884.html?iref=pc_ss_date_article
2026年6月28日閲覧。

ついて英国公共放送BBC（2026年6月10日）は、以下のように解説を報道した³⁸。

トランプ氏とネタニヤフ氏は、古くからの教訓を学んでいるところだ。

人類が戦争の術と呪いを発見してからというもの、指導者たちは、はっきりと勝利して戦争を終わらせるよりも、戦争を始める方が簡単だと気付かされてきた。

2月の最終日に自国を率いてイランとの戦争を始めた時、両首脳はビデオ声明の中で、歴史的変化の瞬間が近づいているという前提で言葉を選んでいった。1979年に国王が倒されて以来、イランを統治してきた政権は間もなく終わると、二人は決めつけていた。

トランプ氏は2月28日未明に米フロリダ州の私邸兼リゾート「マール・ア・ラーゴ」で発言し、イランの反体制派に1月に約束した内容を繰り返した。「もうすぐ助ける」と。

大統領は、「イランの偉大で誇り高い人々」と前置きし、「あなた方の自由の時はそこまで訪れている。屋内に避難していなさい。家を出てはいけない。外は非常に危険だ。爆弾があちこちに落ちるだろう。私たちがやり終えた時、あなた方は自分たちの政府を奪い取りなさい。あなた方の手に入る状態になっている。

トランプ大統領の米国は、イスラエルと共にイランの指導者を殺害する大規模軍事行動を外交交渉が継続しているさなかに起こしたのだが、この軍事攻撃は、安全保障理事会の決議なしで開始された。だから、国連憲章違反であることは疑いがない。

38 BBCは、2026年6月10日このような解説（2026年6月10日ジェレミー・ボウエンBBC国際編集長）を報道した。（少し長いが、その一部を引用する）

2026年1月8日のニューヨーク・タイムスの“The World” (By Katrin Bennhold) によれば、トランプ大統領は、「自分には国際法は必要ない」とジャーナリストに対して公言したという³⁹。トランプ大統領は、米国の行政府の長であり、米軍の最高司令官なのだから、国際法を遵守する責務があるのであって、「国際法は必要ない」という発言自体が国家の指導者としての資質を疑わせる。到底超大国の指導者にふさわしいと考えることはできない。

トランプ大統領は、イランを攻撃すれば短期間で屈服させることができるはずだと予想していたようだ。だが、そのようには進まなかった。イランがホルムズ海峡を封鎖し、湾岸諸国からの原油輸出が止まってしまった。そのため世界経済は大打撃を受けてしまったのである。トランプ大統領は、イランの輸出入を停止させようとホルムズ海峡の逆封鎖でこれに応じた。

米イランの和平交渉は簡単には進まず、双方の軍事衝突は完全には終わっていなかった。2026年6月13日トランプ大統領の発言は、「イラン合意「14日署名」ホルムズ海峡は即開放と主張」と報道された⁴⁰。イスラエ

39 View in browser|nytimes.com The World, January 8, 2026. By Katrin Bennhold.

トランプ大統領は、二時間にわたってニューヨーク・タイムスの四名の記者と会見して以下のように述べたという。

And he said that he did not feel constrained by any international laws, norms, checks or balances. Asked by my colleagues if there were any limits on his ability to use American military might, he said: “Yeah, there is one thing. My own morality. My own mind. It’s the only thing that can stop me.” “I don’t need international law,” he added. “I’m not looking to hurt people.” It was the most blunt acknowledgment yet of Trump’s worldview: It is national strength alone that should be the deciding factor when nations’ interests collide. Past U.S. presidents, he believes, have been too cautious when it comes to exercising American power.

40 朝日新聞「イラン合意「14日署名」ホルムズ海峡は即開放と主張」

2026年6月14日3時52分有料記事ワシントン＝中井大助「トランプ米大統領は13日、イランとの合意について「明日（14日）、署名予定だ」とSNSに投稿」

ルがレバノンへの攻撃をやめないこともあり、実際に合意署名に至るかどうかは綱渡りである⁴¹。

6月17日米国イラン両国大統領が署名した14項目の覚書（MOU）の内容が報道された⁴²。停戦をさらに60日延長し、その間にホルムズ海峡を段階的に再開する、米国はイラン港湾への封鎖を解除し、核問題を含む追加交渉の枠組みを設定するという。

これらの事実を踏まえて、6月20日の朝日新聞社説は、以下のように述べた⁴³。

ㄨし、「署名直後に、ホルムズ海峡は万人に開放される」と主張した。12日には、米イラン両政府の高官が、戦闘終結に向けた覚書が近く署名される可能性を示しており、交渉は大詰めを迎えている。…」

https://www.asahi.com/articles/ASV6F6502V6FUHBI01KM.html?iref=comtop_7_03 2026年6月14日閲覧。

41 「イラン外務省、覚書巡り「内部協議は最終段階」」＝報道ライター編集
2026年6月13日午前 4:17 GMT+9 12時間前更新

<https://jp.reuters.com/world/security/3C3PWPEPZZI2NBW2P22EVMGCZQ-2026-06-12/> 2026年6月13日閲覧。

[12日 ロイター]－イラン外務省報道官は12日、協議中の覚書を巡り、同国の意思決定機関が現在検討を進めていると明らかにした。国営テレビに対して述べた。報道官は、メディアで報じられている覚書の詳細については「確認できない」とし、イラン側で正式な決定が下されるまでは、覚書の署名時期や場所についてもコメントできないとの立場を示した。一方、イラン国営通信IRNAによると、報道官は交渉について大部分の論点で理解に達していると説明。現在はイラン国内で最終的な結論を取りまとめる段階にあると述べた。これより先、イランのアラグチ外相は、イランと米・イスラエルの戦闘終結に向けた「イスラマバード覚書」が「これまでになく実現に近づいている」と述べていた。

42 What's in the 14-point US-Iran peace plan ?

https://www.dw.com/en/whats-in-the-14-point-us-iran-peace-plan/a-7595563?utm_source=copilot.com Visited on 20 June 2026.

DW: Kieran Burke with AP, Reuters 06/17/2026 June 17, 2026

US officials have released an interim agreement that ends fighting on all fronts for 60 days and sets out provisions for the reopening of the Strait of Hormuz.

43 朝日新聞「(社説) 米イラン覚書 粘り強く最終合意を」2026年6月20日 5ノ

覚書は、イランのミサイル開発や中東各地の代理勢力への支援に一切触れていない。2月末に米国がイスラエルとともにイランを攻撃した際は、これらの問題も理由に挙げていた。

一方で、イランの復興のため少なくとも3千億ドルを確保するとした。このためトランプ氏の与党・共和党からも「譲歩しすぎだ」との批判が出ている。秋の中間選挙を前にトランプ政権への圧力が高まりかねない。

イランの最高指導者モジタバ・ハメネイ師は、今後の交渉は「敵の立場を受け入れることを意味しない」と牽制（けんせい）した。昨年6月と今年2月、米国との交渉が続くさなかに攻撃を受けたことから、対米不信は根深い。

トランプ氏はイランが合意を守らなければ「再び爆撃する」と、相変わらず威嚇している。こうした言動は双方の利益にならない。

最大の懸念材料はイスラエルの動向だ。覚書はレバノンでの戦闘終結も明記している。しかし、ネタニヤフ首相はレバノンからの部隊の撤退を拒否した。不満を表明したトランプ氏に対し、ネタニヤフ政権内の極右政党の閣僚らは反発している。

米国は毎年巨額の軍事支援を供与している。イスラエルが合意を守らないなら、その見直しなど何かしらの行動で抑制しなければならない。

何が起こったのだろうか？①停戦が60日間延長される。②その間にホルムズ海峡が漸次開放される見込みである。③核問題等で60日間の米イラン間の外交交渉が行われる。

＼ 時00分

https://www.asahi.com/articles/DA3S16486464.html?linkType=article&id=DA3S16486464&ref=mor_mail_free_editorial_20260620 2026年6月20日閲覧。

これらがパキスタンなどの仲介による米国とイランの間の外交交渉によって合意された。さらに外交交渉が継続するが、60日間は戦闘が再開されないと予想できるであろう。しかし、イスラエルのレバノン攻撃は継続しているし、実際にホルムズ海峡が開放されて、航行が以前のように自由になるかどうかは、未知数である。

2. 国際法秩序は活きているのか？

しかし、この停戦合意と外交交渉のプロセスをみると、伝統的な国際法上の交渉と手続きのもとに合意が成立したことを示している。その意味では、国際法秩序は、まだ活きているのである。従来の国際法秩序は、その重大違反も起きてはいるが、まだ活きているとも言える。

この事態の意味を知るためには、過去の世界大戦と国際法秩序の破壊と発展のプロセスを再認識する歴史研究から国際法秩序の発展の過程を学ぶ必要がある。歴史研究から国際法秩序の発展の過程を学ぶことができるが、それは次の研究課題である。

朝日新聞は、本論文執筆中の2026年6月25日に『帝国の幻影 壊れ行く世界秩序第6章』のなかで「国連の意義トルーマンの警告」と題する記事を一面トップで報道した⁴⁴。1946年3月米国ニューヨーク大学リーマン校の体育館で初めて国連安全保障理事会が開かれたとき、トルーマン大統領の演説について、以下のように書いている。

広島、長崎への原爆投下を決断したことで知られるトルーマンは

44 朝日新聞2026年6月25日（一面トップ）『帝国の幻影 壊れ行く世界秩序第6章』のなかで「国連の意義トルーマンの警告」。同電子版では、「国連の存在揺さぶる米国 80年前、トルーマンが体育館で発した警告2026年6月8日8時00分田中恭太＝ニューヨーク 喜田尚。

https://www.asahi.com/articles/ASV650R87V65UHBI013M.html?iref=pc_rensai_long_914_article 2026年6月25日閲覧。

45年4月、ルーズベルト大統領の急逝で大統領に昇格し、国連構想を引き継いだ。アナン元事務総長は「ルーズベルト氏が国連の設計者ならトルーマン氏は建築責任者だ」と表現した。

だがこのとき、トルーマンは警告も発していた。

「団結し共に協力し続けなければ、(国連の)居場所はどこにも存在し得なくなってしまうだろう」

設計者であり、建築責任者——。国連の設立を主導したその米国自身が今、「団結」に背を向け、国連の存在を窮地に追いやっている。

「団結し共に協力し続け」ることを求めたトルーマン大統領の警告後80年経った今、米国を中心とする連合国が創った国際法秩序は、トランプ米国大統領による極端な政策の大転換によって破壊される可能性さえもある。

トランプ大統領の行動の予測が困難であることが不確実性を拡大する。

それを象徴するかのように、ウクライナ戦争への非協力的な行動を重ねている。米国が中心になって創設され、欧州の安全保障体制をささえてきた北大西洋条約機構(NATO)から肝心の米国が脱退しかねない事態も起きてきた。

さらに、トランプ大統領の米国は、国連国際法委員会をはじめとする多数の国連機関・組織からも脱退し、地球規模の温暖化の危機に対処するための国際枠組みからさえも脱退してしまった⁴⁵。

それに加えて、米国は、国連への分担金の支払い義務を懈怠しており、不払いの状況はきわめて深刻である。その結果、2026年8月には国連が財

45 朝日新聞「国連、トランプ政権の脱退決定に「遺憾」「驚き通り越した」とも」2026年1月9日 4時58分(2026年1月9日 19時27分更新)ワシントン=畑宗太郎

https://www.asahi.com/articles/ASV186J34V18UHB102FM.html?iref=pc_ss_date_article 2026年6月17日閲覧。

政的に破綻するという悲観的な情報がある⁴⁶。

このように超大国（国連常任理事国）ロシアと米国による国連憲章違反の軍事行動が続き、分担金支払い義務の不履行が続き、「団結し共に協力し続け」ることが当然視されてきた国連などの国際機構の存続の危機を引き起こしている。これは、国際法秩序の乱れを超えて、戦後国際秩序の崩壊をも危惧させる。それも、遠い先ではなく、近未来なのだ。

藤原帰一教授（国際政治学者）は、以下のように述べている⁴⁷。

国際秩序が壊れるのは世界戦争が起きたときです。まだ崩壊していないというべきです。米ソ冷戦終結後の約10年間、ソ連が国連安全保障理事会で拒否権を行使しなくなることで、法の支配に基づいた安全保障が実現し、地球環境問題などについても国際協調が進むという願望が語られました。…転機は、米国による2003年のイラク戦争でした。安保理の（武力行使を明確に容認する）決議はなく、多国籍軍の活動も国連から外れたものでした。…米国はイランを攻撃し、秩序を自ら破壊しました。米国主導の国際関係が構築される余地はなくなりました。国際機関は米国抜きで持ちこたえるしかない。

果たして、国連などの国際機関は持ちこたえることができるのだろうか？ 未来の世界には無法・無秩序しかないのだろうか？

しかし、明るい兆しがあることも見逃せない。

46 중앙일보 61읽는 중지금 이 기사, 핵심만 쉽고 빠르게국제 국제일반전쟁도 못 막고, 美中 돈줄 죄기에 8월 재정 고갈…위기의 유엔중앙일보
업데이트 2026.05.31 16:45

<https://www.joongang.co.kr/article/25432696> 2026年6月17日閲覧。

47 朝日新聞2026年6月25日（9面）「国際機関 米抜きで持ちこたえるしか 藤原帰一。順天堂大学特任教授（国際政治学）」（聞き手・伊藤和貴、喜田尚）。

この危機にあたって、新しい国際法秩序を創設しようとする運動があることに注目したい。以下で、誰が新しい国際法秩序の担い手となり得るのかを探ってみたい。それ次第では、そして、私たちの努力次第では、希望が見えてくるのではないだろうか。

第19. 新しい国際法秩序創設の担い手

1. ミドルパワーは新しい国際法秩序を創ることができるか？

①2025年1月ハーグ・グループ結成の意義

筆者は、国際紛争を武力によって解決しようとするほど愚かなことはないと思う。二度の世界大戦を経験したのだ。世界の多くの人々もそう考えているのではないだろうか？

ほとんどの国でも、国内的な紛争は、司法制度を整備して解決しようと努めているだろう。国際社会でも同じように、国際紛争を国際法秩序の構築によって平和的に解決しようとする努力が重ねられてきた。第二次大戦後の国連システムは、国際司法裁判所をハーグに設置し、多くの国際紛争に対応している。筆者は、オランダを訪問する機会を得て、2016年10月に国際司法裁判所を訪問し、写真を撮ってきた。

【写真2】 ハーグ所在国際司法裁判所（2016年10月16日筆者撮影）



その国際司法裁判所の判断を基礎にして、国際法秩序を実現しようと、2025年1月31日に結成されたのがハーグ・グループ⁴⁸である。

その中心になったのは、国際法秩序を実現した成功体験を持つ南アフリカ連邦政府である。植民地支配と白人支配の残滓だった人種差別（アパルトヘイト）の被害を克服できた原体験を持つ南アフリカ連邦だからこそ、その運動を支えた国際法秩序の重要性を心の底から理解できたのだろう。

この共同声明には、コロンビア共和国、キューバ共和国、ホンジュラス共和国、マレーシア、ナミビア共和国の5か国が参加し、6か国のグループが結成された。いずれも植民地主義時代の被害者であったことに注目したい。

直接的には、イスラエルによるガザの住民に対するジェノサイド犯罪の責任者（ネタニヤフ・イスラエル首相ほか）に対する国際刑事裁判所によ

48 ハーグ・グループ The Hague Group

<https://thehaguegroup.org/meetings-hague-en/> Visited on 22 June 2026.

る処罰を求める要求が中核となっている。しかし、究極的には、この共同声明は、国際法秩序を全体として擁護し、実現しようとする極めて重要な文書である。

無知をさらけ出すようでためらわれるが、筆者は、この共同声明が出された2025年1月当時はこの事実を知らなかった。以下に述べるカーニー・カナダ首相の演説を知って、これこそが新しい国際法秩序の実現の希望の星第一号だと感じた。だが、本論文執筆の過程で、ハーグ・グループの共同声明に出会い、大いに力づけられた。時間的にはこの共同声明の方がカーニー演説より一年も先だって出されている。国際法秩序は全人類の利益であるところから、諸国にこの共同声明に参加するよう求めている。そこで、この情報を筆頭に挙げることにした。

②2026年1月カーニー・カナダ首相演説

最近最も感銘を受けたのは、2026年1月20日ダボス会議で発表されたカーニー・カナダ首相による画期的な演説である⁴⁹。

カーニー首相は、これまで超大国が中心となって創ってきた国際法秩序へのノスタルジアは捨て、ミドルパワーが中心となって新しい国際法秩序を創り上げることを提唱している。筆者は、カーニー首相が新しい国際法秩序のリストの最初に挙げたのが“human rights”であることに感激した。

ミドルパワーであるカナダなどがしっかりと「原則と現実」を踏まえて進めば、新しい国際法秩序を築くことができるという、すばらしいヴィジョンを提起してくれた。この演説は、インターネット（カナダ政府のHP）で日本語版を読める。カナダは、国際法秩序を破壊しつつあるトラ

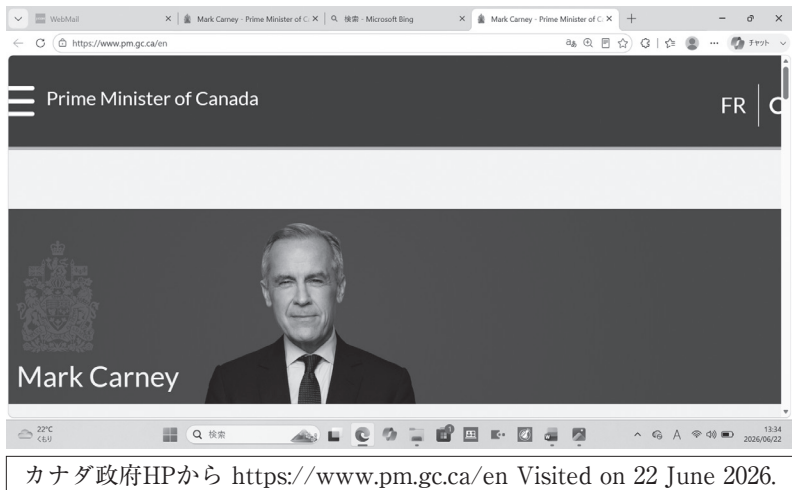
49 2026年ダボス会議におけるカーニー・カナダ首相演説「原則と現実——カナダの進む道」Davos 2026: Special address by Mark Carney, PM of Canada | World Economic Forum

https://www.international.gc.ca/country_news-pays_nouvelles/2026-01-21-japan-japon.aspx?lang=jpn 2026年3月8日閲覧。

ンプ大統領の米国の北側に位置して、長い国境を接する隣国である。近いからこそトランプ大統領の米国に正面から立ち向かうには非常に大きな決断が必要だったであろう。カーニー首相の勇気、知性そしてリーダーシップに敬意を表したい。この重要演説を熟読していただければ幸いである。

日本も含めたミドルパワーが進む道を示してくれている。

【写真3】マーク・カーニーカナダ首相



カーニー首相は、この演説で、以下のように述べている。

本日私は、世界秩序の断絶、美しい物語の終焉、そして大国間の地政学が一切の制約を受けない残酷な現実の始まりについて話します。

しかし同時に申し上げたいのは、カナダのようなミドルパワー（中堅国家）をはじめとする他の国々が無力ではないということです。これらの国々は人権尊重、持続可能な開発、連帯、主権、領土の一体性といった、私たちの価値観を体現する新たな秩序を構築す

る能力を持っているのです。

カーニー首相は、この演説で、「私たちの価値観」の筆頭に「人権尊重」を挙げている。ここで「人権」と翻訳されているのは、カーニー演説の原文⁵⁰では、私が「ヒューマンライツ」と翻訳している“human rights”である。

カーニー首相は、ミドルパワーを自認する独立主権国家（国際法の担い手）の努力によって創るべき新国際法秩序の筆頭に、ヒューマンライツを保障する国際法秩序を擁護する政策を掲げた。未来に明るい展望を持ったのは、私一人ではなさそうだ。朝日新聞は、カーニー演説全文を掲載して、この提言を大きく報道した⁵¹。

実は、カナダ政府には、このような行動をとることができる実績を示した歴史的な背景がある。カナダは、これまでもぶれることなく国際法秩序の力強い担い手であり続けてきた。そのことを想起することが大切だと思う。

カナダは、国際文書として初めて“human rights”を掲げた1942年1月1日の連合国宣言にも当初から署名していた。これを初めて条約に取り入れた国連憲章を起草したサンフランシスコ国際会議（1945年4月25日から6月26日）にも当初から参加していた。

第一次大戦後の1919年以降の国際法秩序の根幹には国際連盟（LoN）と国際労働機関（ILO）があった。そのことは、前掲拙著『ILOとジェン

50 “Principled and pragmatic: Canada’s path” Prime Minister Carney addresses the World Economic Forum Annual Meeting English version

https://www.international.gc.ca/country_news-pays_nouvelles/2026-01-21-japan-japon.aspx?lang=eng 2026年3月8日閲覧。

51 「カナダのカーニー首相、ダボス会議演説が話題 全文を日本語と英語で」：朝日新聞2026年1月22日

<https://www.asahi.com/articles/ASV1Q2BVZV1QUHBI016M.html> 2026年3月9日閲覧。

ダー』で詳しく述べた。ところが、1931年に大日本帝国が起こした満州事変は、国際連盟を中心とする世界秩序を破壊する第二次大戦の引き金となった。この激動する国際社会にあって、カナダがILOを救ったプロセス⁵²については、筆者も最近まで知らなかった。

ナチス・ドイツと枢軸国に囲まれ、スイスのILO本部が自由な国際活動が続ける国際秩序が失われた。そのため、カナダ政府の受け入れ決定を受けて、ILO本部のスタッフは、1940年8月モンリオールのマクギル大学に避難することになった。こうして、第二次大戦中もILOは、国際機関として機能を継続できたという歴史的逸話があったのである。

この間、1944年に採択されたILOフィラデルフィア宣言⁵³は、ILO憲章を画期的に改正し、“human being”（人類）概念を導入した。これが、1945年国連憲章の“human rights”への発展の基礎を築いたと見ることができる。

ちなみに、筆者は、ヒューマンライツという言葉が国連憲章に取り入れられた歴史の中で、「ヒューマンライツの産婆役JTショットウェル教授」の活躍について報告した。同教授は、カナダ（トロント大学）出身者なのである。同教授は、米国コロンビア大学で博士号を取得し、歴史学の教授となった。米国で市民運動を創設し、国際平和機構と“human rights”に生

52 ILO Century-Project, Office moves to Montreal, Canada: In August 1940, the Canadian Government officially agrees to the temporary transfer of forty staff members from 18 countries. They are hosted until 1947 by McGill University in Montreal. Most other officials return to their countries as national correspondents or are posted to branch offices.

<https://www.tiki-toki.com/timeline/entry/23965/ILO-Century-Project/#vars!panel=206708!> Visited on 23 June 2026.

53 Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation (DECLARATION OF PHILADELPHIA)

https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRY_ID:2453907:NO#declaration Visted on 23 June 2026.

涯を捧げた偉人である⁵⁴。

③ 立ち上がるミドルパワー

それでは、ミドルパワーは、カナダに呼応して立ち上がりつつあるのだろうか。

ニューヨーク・タイムス紙は、スペインのペドロ・サンチェス首相とイタリアのジョルジア・メロニ首相を典型例に挙げ、ヨーロッパでは、トランプ大統領を厳しく批判し、戦争に反対する政治指導者ほど市民から熱烈に支持されていると報道している⁵⁵。

朝日新聞は、2026年4月23日付社説で、米国の対イラン戦争がホルムズ海峡の封鎖を招いている事態について、「航行の自由が認められるはずの国際海峡が、交渉の駆け引きのために封鎖される。そんな異常事態が続くことは許されない。世界経済が窒息し、誰の利益にもならないことは明らかだ。」と主張し、英仏を中心とする諸国が国際会議を開いたことを以下のように報じている。

英仏は17日、ホルムズ海峡に関する国際会議を開いた。米国は不参加だが、欧州、中東、アジアなど約50の国と機関がオンラインで参加した。

スターマー英首相は「海峡の無条件かつ即時の再開は世界の責任であり、行動を起こす必要がある」と述べた。各国は協調して、米イラン両国に働きかけを強めるべきだ。

米以外の主要7カ国で、この会合に首脳が参加しなかったのは日

54 戸塚悦朗『埋もれたヒューマンライツ（その1）——human rightsの誕生物語』龍谷法学55巻3号2022年、105-144頁。

55 ニューヨーク・タイムス、The World, April 22, 2026、By Katrin Bennhold and Jason Horowitz.

本だけだ。石油の9割以上を中東に頼るなか、首をかしげざるを得ない。多国間外交の流れから取り残されることがあってはならない。

ミドルパワーである日本がこの会議に参加しなかったのは残念である。だが、英仏を中心に欧州、中東、アジアなど約50の国と機関がこの会議に参加したというニュースは心強い。

2. 宗教者が果たす役割

★ローマ教皇がトランプ大統領の戦争を批判

読売新聞は、以下のように報道した⁵⁶。

米国出身ローマ法王と「舌戦」

これに反応したのがローマ教皇レオ14世だ。世界約14億人のカトリック信徒をたばねる教皇は3月29日、「神は戦争を仕掛ける者の祈りを聞かない」と批判。これにトランプ氏は反応し、4月12日に「教皇は核兵器や犯罪に弱腰だ」と言い放った。レオ14世は初の米国出身の教皇だが、「米国人でなければ（教皇に）なれなかっただろう」と自分の世界的な影響力ゆえに教皇に選出されたとの独自の解釈まで披露した。

レオ14世はその翌日に「私はトランプ政権を恐れていない。今後とも戦争に強く反対する」と述べるなど、2人の対立は続く。

トランプ大統領は、米国のキリスト教信者（福音派）の支持を背景にし

56 読売新聞電子版「世界を混乱させるトランプ発言、誇張やウソが多いのに岩盤支持層が離れない理由…英語に込められた意味」2026/04/29 17:

https://www.yomiuri.co.jp/world/20260427-GYT1T00189/2/?utm_source=copilot.com 2026年6月24日閲覧。

て大統領選挙に当選したと言われている。しかし、このローマ教皇のトランプ大統領の戦争を批判する発言によって世界の多くのキリスト教（カトリック）信者の離反を招くことになった。ローマ教皇の批判に応えることがなかったことは、トランプ大統領に対する不支持率の上昇に輪をかけることになるだろう。

★草の根宗教者市民の宣言を想起

草の根宗教者市民の運動にも目を向けることができる。これは、トランプ大統領に対する批判ではないが、最近の日韓宗教者市民共同宣言（2025年6月20日「日韓条約60年を問う——日韓市民・宗教者共同宣言」）の事例がある⁵⁷。筆者は、すでに本シリーズ論文で取り上げ、資料として全文を掲載したので、詳細は省く。しかし、日韓の草の根の宗教者と市民がヒューマンライツと国際平和（アジアと世界の平和）の実現のために連帯して声を上げている。この運動は、ローカルではあるが、今後の国際法秩序の草の根の担い手として注目することができるだろう。

3. 立ち上がる市民

ここで、諸国の市民が新しい国際法秩序を創り上げる担い手となることのできるかどうかを見てみたい。その象徴的な萌芽を見出すことができるだろう。

① ハンガリー市民の選択

欧州連合（EU）にあって、ロシアによる侵略に対して自衛戦争を戦っているウクライナへの支援の足並みがそろわなかったことは、憂慮すべき難題だった。親ロシアだったハンガリーのオルバン政権による反対は、

57 戸塚悦朗「韓半島植民地支配の不法性（その6）：国際社会における日韓基本条約認識」龍谷法学第58巻第4号2026年、147-199頁。

EU全加盟国の一致が必要な場面では大きな障害となってきた。

ところが、直近の総選挙でハンガリー市民が明確な意思を示した。そのため逆転が起きたのだ⁵⁸。これまでウクライナ支援に反対してきたオルバン政権の16年間にもわたる長期支配が終わった。EU内でウクライナ支援を妨害してきた最大の障害が取り除かれたという評価が世界に広がった。この市民の選択の結果、EUによる多額のウクライナへの軍事援助が実現することになった。ロシアによるさらなるウクライナ侵略を食い止める大きな力になるだろう。

②米国市民の選択は？

国際法秩序を破壊し続けているトランプ大統領に対する米国保守派市民の岩盤が崩れようとしている。中東での戦争の結果、トランプ大統領への支持率が下がり続けている。その結果がどうなるか。それは、2026年11月の中間選挙の結果に表れるだろう。米国市民がトランプ大統領の横暴にどのような審判を下すかに注目したい。

もう一つ筆者が注目しているのは、第二次大戦中に国際法秩序の強化を目指して活躍した前述のショトウェル教授のような市民運動の指導者が米国にあらわれるのかどうかである。

③日本の市民のキャンドル非戦運動と首相の沈黙

日本は、第二次大戦後憲法9条の平和主義を国是として堅持してきた。そのため、第二次大戦後80年の間、核兵器も持たなかったし、他国への軍事的侵略もしてこなかった。そういう輝かしい歴史を持つ日本は、ミドルパワーとして国際法秩序の維持に多大な貢献ができる潜在的な資格を持っている。内外からそのような期待を受けているだけではない。日本は、ト

58 Budapest Business journal, Nicholas Pongratz, Thursday, Apr 30, 2026. 10:00
“Election Result Offers Hungarian Reset With EU and Ukraine”.

ランプ大統領からホルムズ海峡を開くためにも対イラン戦争への参加を期待された。だが、高市首相は、憲法9条を理由に日本は軍事的に貢献できないことを説明できた。

残念なことは、高市首相のもと日本政府が米国の対イラン戦争の違法性について沈黙を保っていることである。そればかりか、自民党を中心とする保守勢力は、憲法9条を含め、憲法「改正」を目指して活発に活動し続けている。このような活動は、国際法秩序の回復にとって役立たないと危惧される。

このような政府の政策に対しては、若者を含む日本の市民多数がキャンドル非戦運動を展開している。その背景には、核兵器による唯一の被爆国としての悲惨な被害実態を粘り強く世界に訴えてきた長年の日本の市民運動の貢献がある。それが、2024年12月に「日本被団協（日本原水爆被害者団体協議会）」がノーベル平和賞を受賞する基礎になった⁵⁹。被団協のノーベル賞受賞の快挙は、国際法秩序を市民が強化することができるという可能性を示した。未来への希望を象徴するものであろう。

日本国憲法9条は、1929年不戦条約を誠実に国内実施しようとしているものと評価できる⁶⁰。国際法秩序の強化に大きな貢献をしている。平和を求める日本の市民運動が日本全国に建てつつある「9条の碑」が増えていることも明るいニュースだ⁶¹。日本の憲法9条堅持を訴え続けてきた「9

59 朝日新聞電子版2024.12.11（最終更新：2024.12.11）「ノーベル平和賞に日本被団協 代表委員の田中熙巳さん「核兵器も戦争もない世界を」」

<https://www.asahi.com/sdgs/article/15544720> 2026年6月26日閲覧。

60 牧野雅彦『不戦条約 戦後日本の原点』東京大学出版会2020年、1-270頁。

朝日新聞に柄谷行人による書評がある。「「不戦条約」憲法9条と1条のつながり示唆」掲載：2020年04月18日。

61 ①東京新聞「平和の願い刻む「9条の碑」埼玉土建会館に建立」2026年6月2日 07時55分。<https://www.tokyo-np.co.jp/article/492229> 2026年6月26日閲覧。

②日本YMCAホーム「Piece of Peace ～9条の碑に込められた想い～」

<https://www.ywca.or.jp/news/peace/hiroshima50th/piece-of-peace/post019/> 2026年6月26日閲覧。

条の会」などの市民運動が今後ノーベル平和賞を受賞することも夢ではないだろう。

④ 日韓の有識者の運動と研究の進展

過去の植民地支配と帝国主義を克服しようと努力してきた日韓の有識者の運動と研究について触れないわけには行かない。この運動と研究は、歴史研究を通じて国際法秩序を強化しようとしている。

日韓の有識者による運動と研究については、拙著『歴史認識と日韓「和解」への道』⁶² 及び『韓半島植民地支配の不法性』⁶³ で詳細に報告したので、それに譲りたい。

この運動と研究は、さらに発展することが期待できるだろう。

⑤ 日本の弁護士による国際法実現運動の挫折と飛躍的發展

★1980年代に挫折したヒューマンライツの実現運動

ヒューマンライツを保障する国際法の重要性に筆者が気づいたのは、今から40年以上も前の1980年代初頭のことだった。当時、第二東京弁護士会の人権擁護委員会で精神医療人権部会担当の副委員長だった筆者は、精神病院への恣意的拘禁による人権侵害事例を調査していた。私たちは、精神病院への拘禁事例について「裁判所で解放決定を受ける権利」を認めた欧州ヒューマンライツ裁判所の1979年ウィンターウェルプ判決（欧州ヒューマンライツ条約5条に関する判例）を研究し、日本でも自由権規約9条4項（欧州ヒューマンライツ条約5条4項にそっくりの条文を持つ）によってこの権利を保障すべきだと主張し始めていた。その権利を認めていなかった精神衛生法を改正して国際基準に沿った人権を保障すべきだと訴え

62 戸塚悦朗『歴史認識と日韓「和解」への道』日本評論社2019年。

63 戸塚悦朗『韓半島植民地支配の不法性』アジェンダ・プロジェクト2024年。

たのである⁶⁴。

ところが筆者の当時の理解は混乱していて、「ヒューマンライツ」（国際法が保障する権利）というべきところを「人権」と表現していた。筆者は、憲法が保障する国内法上の権利である「人権」と国際法が保障する権利である「ヒューマンライツ」の違いに気付いていなかったのである。

ただ、筆者は、その当時「国際基準に沿った人権」の実現を唱えたのだから、憲法98条2項（国際法順守義務）に基づいて国際法による権利保障を国内で実施することを主張したことにはなる。この研究成果は、1984年以降ジュネーブ国連ヒューマンライツ小委員会に報告され、国際法律家委員会（ICJ）等による実情調査団の来日が実現した。それらの調査団報告書は、宇都宮病院事件などのスキャンダルの発覚と合わせて日本政府に大きな影響を与え、1987年9月精神衛生法の改正につながった。精神保健法（のちに精神保健福祉法）の成立は、かなり大きな成果ではあった。しかし、筆者が目指した肝心の「裁判所で解放決定を受ける権利」（自由権規約9条4項が保障する手続き）の立法は、実現しなかった⁶⁵。

筆者の当時の主張は、第二東京弁護士会はともかく、その他の単位弁護士会からも、いわんや日本弁護士連合会からも、つまり日本の弁護士層全体から支持を受けることができていなかった。それが自由権規約9条4項を実現する立法に失敗した根本的な原因だった。

64 戸塚悦朗＝光石忠敬＝喜多村洋一「ヨーロッパ人権裁判所判決と精神障害者の人権——迫られる精神衛生法改正」『ジュリスト』779号1982年12月1日、47～56頁。

65 戸塚悦朗「精神衛生法改正の評価と問題点」『ジュリスト』1987年5月1日、14～21頁。その後ロンドン大学に留学し、ヒューマンライツを保障する国際法の日本への導入の方法を研究し、そのための実践にも努めるようになった。日本の大学で教育・研究に携わったのち、2018年になって第二東京弁護士会に再登録し、精神病院によるヒューマンライツ侵害について調査を再開した。ところが、残念ながらこの分野でも他の多くの分野と同じで、未だにヒューマンライツの実現が不十分で、期待したほどの大きな変化がなかったことを思い知らされた。前掲ジュリストで危惧した立法の欠陥が露呈したのである。

★飛躍的發展

【写真4】弁護士による個人通報研究会（編）『個人通報150選』の出版（2023年）



ところが、今日その弱点が飛躍的發展によって克服されてきた。それを象徴的に示すのは弁護士による『個人通報150選』出版（2023年）である。その快挙を祝って、筆者は次のように書いた⁶⁶。

同書が出版されたことこそが2023年を通じて最も良い知らせでした。編者である「個人通報研究会」（大川秀史代表）から贈呈して

66 戸塚悦朗「『人権』と『ヒューマンライツ』——同じなのか？ それとも違うのか？」法学館憲法研究所オピニオン2024.01.05

https://www.jicl.jp/articles/opinion_20240105.html 2026年6月27日閲覧。

いただいて出版を知り、大変感激しました。

この出版の快挙を心からお祝い申し上げる次第です。

なぜトップニュースなのか？

それを説明する必要があります。実は、私がこの分野に長年関わってきたという全く個人的な事情の故なのです。私がこの分野に強い関心を持つようになったのは1982年のことでした⁶⁷。それから40年以上経っているのです。その間必要だと感じながらも、どうしても達成できなかったのがこの研究でした。それがこの本が出版されることで、実現したのです。いわば、長年の夢がかなったのです。

出版の背景

これが実現するまでには長い準備期間がありました。大川秀史弁護士に長期間にわたる条約機関への個人通報事件に関する超人的な事例研究があったのです。「はじめに」で紹介されていますが、大川弁護士は、「2020年8月時点で8つの条約機関が公開していた合計3,000件余の個人通報ケース」を研究し、「我が国の人権擁護活動において有意義と思われる150件を選」んだとのこと。このような基礎的研究作業は、考えるだけでも気が遠くなるほどの時間と労力を要するものです。それを達成したことに深い敬意の念をおぼえました。

執筆者は、150人の弁護士

さらに、「各分野、各地（31弁護士会）の合計150名の弁護士が1件ずつを担当している」とのことです。このように多数の弁護士の方々がこの分野の研究に参加し、このようなケーススタディーの執筆に加わったのです⁶⁸。私の知る限り、前例がない驚異的な大成果

67 戸塚悦朗『外国人のヒューマンライツ——コリアンワールド創刊23周年記念出版』日本評論社、2023年。

68 実は、私も1件を担当するようにお誘いを受けたのですが、辞退しました。➤

だと思います。研究会に参加した150名の弁護士の皆さまの努力には、頭が下がります。

このような研究会が結成されたことは、歴史的な事件です。おそらく、これを画期として、この分野の研究も運動も飛躍的な発展を遂げるでしょう。日本の将来に希望の灯をともし明るいニュースだと心が躍る思いです。

一体この本には、どのような意義があるのでしょうか？

8つの条約機関の個人通報事件の先例集はこれまでなかったのです。

大川弁護士は、日本の停滞状況を打開する方法として、この個人通報150選が活用されることを期待し、日本における裁判などを念頭に、「市民個人が人権条約加盟国政府を相手取り、条約違反を主張して個人通報した事案と委員会見解を指摘するのも説得的である。世界中、同じような人権侵害事件が発生し、当事者や支援者、弁護士らが声を上げるも国内ではついに救済されないまま、条約機関に個人通報が行われている（なお2022年現在、日本政府を相手取って条約機関に個人通報することはできない）」と書いています。

各報告は、この分野に関わる事件に日本の法律実務家として関わってきた経験を持つ弁護士が執筆しています。生きた事例に出会って苦心惨憺した体験を背景にして執筆しているのです。それだけに、各報告の行間には、熱い魂が込められていることでしょう。それが本書の説得力を高めているのです。

2026年7月現在、大川弁護士が主宰する個人通報研究会は、『個人通報

＼それは、一人でも多くの若い弁護士の方にこの研究会に参加して欲しいと考えたからなのです。

150選』第二巻出版のための共同執筆者を日本全国の弁護士と研究者から募っている。その成功を願ってやまない。今後、日本全国の全ての弁護士会所属の弁護士がこの共同研究を担うときがくれば、日本のヒューマンライツ研究と実践の水準は、飛躍的に高まるに違いない。

新しい国際法秩序の創設を推進する日本の弁護士の運動の前進が目に見えるようである。

アメリカ連合時代の邦憲法と立憲主義（2）

石 井 幸 三*

- I はじめに
 - II 大陸会議と邦憲法
 - III 本稿の課題
 - IV 資料
 - IV-1 各邦憲法の枠組みと特徴
 - IV-2 資料の提示
 - A；権利宣言と国家組織を規定した憲法典とが分離した邦
 - B；権利宣言（憲法第一部）と国家組織規定（憲法第二部）とで憲法典構成した邦
- （以上第59巻1号）
- C；権利宣言がまとまって書かれていない憲法典の邦
 - V 検討
 - V-1 邦憲法の一般的特徴
 - V-2 邦憲法と立憲主義
 - V-3 牽制の分類
 - VI 結

C；権利宣言がまとまって書かれていない憲法の邦

⑨1776年ニュー・ハンプシャー邦（NH）

アメリカ合州国憲法史上、最初の憲法典であるが、条項化されていないで非常に簡素である。

* いしいこうぞう 本学法学部 元教授

前文に、〔第二回〕大陸会議の勧告によって、独立のため邦憲法が制定されたと書かれている。立法府二院制。選挙で選ばれた代議院という下院と同じく選挙で選ばれた参事会という上院からなる。独立戦争が続くなら、基本的には、両院がお互いに協力し、国政を運営するという戦時色の強い憲法である。この邦憲法は1784年に再制定される（前稿参照）。この邦憲法は、急ごしらえの感が否めない簡素なものであり、ここでは余り考察する論点がない。

⑩サウス・カロライナ邦（SC）

1776年邦憲法

1776年3月26日、（イギリス本国で認められていない当植民地会議（Provincial Congress）で採択される。前文に植民地サウス・カロライナがイギリスから独立し憲法を制定するに至ったかの経緯が述べられている。

第1条、立法府二院制。／第2条、上院は、立法参事会（a legislative council）と呼ばれる。その議員は、下院議員から選ばれる。／第3条、両院が、両院議員の中から、〔邦〕大統領兼最高軍司令官を選ぶ。／第4条、大統領選出で生じる欠員補充の方法。／第7条 立法の権限（the legislative authority）は、〔邦〕大統領兼総司令官と両院に付与される。／「第30条 行政権（the executive authority）は、〔邦〕大統領兼総司令官に与えられるが、上述したように制限され抑制される。」／第20条、〔邦〕大統領兼総司令官が任命する衡平法裁判官以外の裁判官は、両院の投票で選ばれ、身分保障がある。

1778年邦憲法（1778年3月19日制定、同年11月発効）

第3条／最高行政権者が知事という名称になり、立法府の両院の議員の投票で、議員の中からあるいは全ての人民の中から選出される。任期2年。参事会も同様の方法で選ばれる。彼らは、プロテスタントでなければなら

ない。／第6条、知事は、任期後4年を経なければ再任されない。／第38条「神は唯一であり、報いと罰のある来世があり、神は公に崇拝されるべきであることを認める全ての個人（person）および宗教団体は、自由に寛容に扱われるべきである。キリスト教プロテスタントは、この邦の公定宗教とみなされ、この憲法によってそのように制定され宣言される。平和的かつ忠実にふるまっている、この邦のキリスト教プロテスタントの全ての教派は、平等の宗教的および市民的特権を享受する。〔以下略〕」／第41条この邦の如何なる自由人も、その人の同輩の裁判か国土の法による以外、自身の自由保有地、諸自由や特権を奪われたり、拘束されたり、占有剥奪されたりされないし、法外放置や追放を受けたりしないし、如何なる方法でも毀損されたりすることはないし、その人の生命、自由や財産を奪われない。」／第42条 全ての軍は邦の民政権力に服する。」／第43条 印刷出版の自由は、冒されることなく維持される。」／第44条 この憲法の如何なる部分も、90日前の告知なしに変更されえないし、上院と代議院〔下院〕の総構成員の過半数の同意がなければ変更されえない。」

①1776年ニュー・ジャージー邦（NJ）

前稿の表で、1789年に権利宣言批准と書いたが、詳しく言えば、アメリカ連邦議会が1789年3月4日に各州に提案した憲法修正案第1～12条を案2条を除いて、NJ州が批准したことを意味する。結局、案第1、2条は賛成票に届かず、案第3条以下が賛成票を獲得し、条文付けが繰り返して今日の「アメリカ合衆国憲法修正第1～10条」の形になった。⁽¹⁾

第1条、統治機関は、知事、上院すなわち立法参事会（legislative council.定員7名）と下院（General Assembly）とで構成される。／第2条、立法府は、二院制。／第7条、各議員の任期は1年。／第6条、法案提案権は上院にあるが、金銭法案は下院の特権である。／第7条、知事は、議会の投票で選ばれる。任期は1年。／第9条 知事と立法参事会が、これまで

と同様に、法の全ての条項における最後の手段としての控訴裁判所（the Court of Appeals）である。そして、それは、反逆罪、重罪や他の犯罪の全ての事件において、有罪宣告後の犯罪者に恩赦を与える権力を保持する。」／これとは別に最高裁判所を頂点にした裁判所の機構がある。最高裁判所を含めた裁判官の任期の規定（第12条）はあるが、裁判官の資格や任命に関する規定がない。／第22条、この邦（植民地）で有効であったイングランドの法は、立法府によって変更がなされない限り、有効である。

⑫ジョージア邦（GA）

本稿で示される憲法は1777年制定の憲法である。邦憲法に後述するように少しの権利規定はあるが、包括的な権利章典が制定された年は、1861年である。⁽²⁾

第1条、権力分立。／第2条、立法府は一院制で任期1年。議員が、投票で、選挙で選ばれた代表者の間から知事と知事に助言を与える執行参事会（an executive council）の両方を選ぶ。知事と執行参事会構成員を除いた代表者が、議会を構成する。／「第7条 立法議会は、邦の良い秩序や福利（wellbeing）に資するだろう法と規制を定める権力をもつ。但し、そのような法と規制は、本憲法に含まれた規則や規制の真の意図と意味に矛盾してはならない。」／第8条、執行参事会の役割は、第2読会后、法案を精査、助言をする。／第12条、選挙権者が、正当な理由なしに選挙欠席すると罰金が科される。／「第19条 知事は、執行参事会の助言をもって、本邦の法律と憲法に従って、恩赦と罰金の免除の場合を除いて統治の執行権を行使する。恩赦と罰金の免除に関しては、知事は、如何なる場合もそれを認めてはならず、立法議会の会合まで、犯罪人を刑の執行を延期にしておくか罰金を科すのを停止しなければならない。議会が、自らが適切だと裁判する（Judge）ように、決定する。」／第36条～第48条は、裁判に関する規定である。／第36条、裁判所の設置。／第37～39条、訴訟の性質によ（龍法 '26）59-2, 170（426）

る管轄裁判所の規定。／第40条、最高裁判所の審理では、特別陪審が使われる。／第41条、陪審について、陪審は一般評決をなす。／第42条、陪審の宣誓。／第43条、特別陪審の宣誓。／第44条、捕獲物に関する訴訟について。／第45条、大陪審について。／第46条、良心の裁判所〔衡平裁判所〕の存続。／第47条、5ポンド超過の負債の執行について。／第48条、各郡に設置された上級裁判所の裁判費用について。／以下に権利条項が少し書かれている。／第59条、過度な罰金と過度な保釈金の禁止。／「第60条 人身保護法の諸原則は、本憲法の一部である。」／「第61条 印刷出版の自由と陪審裁判は、冒されることなく永遠に存続する。」／憲法の変更について。「第63条。この憲法において、多数の選挙郡からの請願且つこの邦の各選挙郡の投票者の多数によって署名された各選挙郡の請願なしに、この憲法にいかなる変更も加えられてはならない。その〔請願〕時点で、議会は憲法会議がこの目的のために招集されるように命令しなければならない。その際、議会は、前述の選挙郡の多数によって議会に提出された請願に従って、改正がなされるべきことを明記しなければならない。」

ジョージア邦憲法はヴァージニア邦憲法と同様に立法権が強い。その憲法には、陪審裁判の規定はあるが、裁判官に関する規定が少ない。

⑬ニュー・ヨーク邦（NY）

権利章典は1787年制定法として作成され、1881年に州憲法の一部と成る。権利章典は、本稿の対象外にしている。

憲法（1777年制定）

前文。この邦憲法が、第2回大陸会議の決議を受け入れて制定されたことが記されている。ニュー・ヨーク邦の政府の原理として、近代自然法理論が言及されている。本文にも、この憲法の選挙に関する条文は、イギリスとの戦争が終結した時、再検討すると書かれている。

第1条／邦の政治権力は、「人民、邦の構成員」から発生する。／第2条、

立法府二院制。／「第3条 本憲法の精神または公共善と一致しない法律が、性急かつ助言を受けずに可決される可能性があるため、次のように定める。当面の間、知事と衡平法裁判所長官と最高裁判所裁判官が、または知事とともに彼ら〔衡平法裁判所長官と最高裁判所裁判官〕のうちの2名が、議会で可決されようとしている全ての法案を修正するための参事会（council to revise all bills about to be passed into laws by the legislature）に任命される。この目的のため、議会が開かれる時には、彼らは随時会合しなければならない。ただし、彼らは、いかなる出席であっても、いかなる報酬も手当も受けてはならない。上院および下院を通過したすべての法案は、法律となる前に、修正および審議のため、前記参事会に提出される。そして、そのような修正および検討の結果、前記参事会またはその過半数が、前記法案をこの州の法律とすることが不適切であると思える場合、彼らは、それに対する異議を書面にして上院または下院（法案が発議された院）に当該法案とともに返送する。上院または下院は、参事会が提出した異議を議事録に詳細に記載し、前記法案の再審議を行わなければならない。しかし、そのような再審議の後、前記異議にもかかわらず、前記上院または下院の3分の2が法案を可決することに同意した場合、前記法案は当該異議を付けて、議会の他の院に送付される。その他院で再審議され、もし出席議員の3分の2の承認があれば、前記法案が法律となる。〔以下略〕」／第4条、下院議員は毎年選挙。／第9条、上院は、任期4年であるが、憲法施行の最初から、その4分の1は毎年選挙で選ばれるようにする〔従って、最初は、1年任期、2年任期、3年任期の上院議員が生じる。〕／第15条、邦の安寧上（welfare）議場閉鎖が望ましいとされる以外は、議会は原則公開されるし、議事は議場閉鎖の会議を除き、公表される。／第17条、知事は、任期3年で、上院選挙の投票資格ある者の選挙により選出される。／憲法には「最高裁裁判官」という用語もみられるが、特別な任命方法などが規定されていないので、憲法第23条が適用される。第23条（龍法 '26）59-2, 172（428）

によれば、憲法に任命方法が規定されていない公務員は、主に上院議員で構成された指名評議会の助言と同意を得ながら下院が任命する。／第27条「……今後任命されるすべての弁護士、事務弁護士、法律顧問は、裁判所によって任命され、それぞれが訴訟または業務を行なう裁判所の第一裁判官によって免許を付与され、当該裁判所の規則と命令によって規制されるものとする。」／人権規定は少ない。／第38条、差別や優遇のない宗教的信仰の自由。／第40条、「社会を防衛する用意と意思をもつことは、社会の保護を享有している全ての人（every man）の義務である。」邦は民兵組織をもつ。対価を支払えば良心的兵役拒否は認められる。／第41条、陪審裁判が不可侵で維持される。

V 検討

V-1 邦憲法の一般的特徴

私の記述は、田中英夫の邦憲法の全般的な特徴づけを導きの糸とする。田中は、次の二点を大まかな特徴としている。①執行権を担う知事が弱体である。②人民の意思が立法に反映されるような配慮がなされている。「このような共通の特色は、植民地時代の末期の経験、特に国王の意を受けた総督の統治の苦い記憶が生々しかった時期に、自然に出て来たものであった。」⁽³⁾ ①については、『ザ・フェデラリスト』第47篇（マディソン執筆）は、権力分立の観点から、次のように説明している。「各部門の混合がはなはだしいために、時には各部門の権限が事実上統合されているために、権力分立の基本原則が侵されている」。⁽⁴⁾ ②については、私が邦の憲法条文を読んだ限りで、田中の「人民（people）」と書いていることに注意を促しておきたい。確かに、邦憲法を読むと邦の政治権力は人民から発するという表現がありその限りでは正しいのであるが、邦憲法の選挙資格をみると、女性が省かれていることをここでは問題にしないとしても、財産制

限があり、厳密には、「選挙民」と書いた方が、より正確と私は考えている。

田中の指摘を手掛かりにして、もう少し検討がなされる。行政（執行）部人事への立法権の積極的な介入は、立法権自体が他の権力よりの強いというのではなく、邦憲法では、人民、厳格に言えば選挙民、の意見を反映させようという民主主義的要素が強く出たことに原因がある。これは、田中の指摘のように、アメリカ植民地時代における植民地総督（governor）の権力のあり方への反省があろう。⁽⁵⁾ この行政権と立法権の力関係では、立法権が圧倒的に強い。しかし、田中が整理した立法府に関する資料を見ると、日本の衆議院に該当する議院（田中の表では下院）の議員の任期がサウス・カロライナの2年以外は1年である。⁽⁶⁾ そして、複数の邦では、権利宣言や権利章典で、立法議員が長年その職に留まるのを禁止している（VA5、PA6、VT7、MA8）。今日よりもはるかに交通や伝達手段の限られた時代、また土地の高低を無視してもかなり選挙区が広い地域でしかも戦時下で、毎年議員選挙を行なうという憲法の規定は、選挙権資格が限られているとしても（あるいは選挙資格を限定したので可能かもしれないが）、代表的民主主義を採用しながらも、選挙民の意思をできるだけ採り入れるという直接民主主義の要素を組み込むことを意図している。選挙民と議員の関係は、リコール制がないにしても、「彼らの代表者に指図する（to instruct their representatives）権利」（PA16、NC18、VT18、MA19）という表現を用いているように、国民代表の理論よりも命令委任理論や選挙区（地域）代表の要素が濃いものになっている。⁽⁷⁾ 選挙権は自由の最良の保障（MD5）であるので、選挙の間隔を短くし、人々のため立法議会は頻繁に開催され（MD10）、議員も恒常的議員、職業としての政治家、世襲の政治家が生じない制度にしている。

田中の指摘する①②の特徴は、国家機構における権力を分割して相互牽制をさせることで権力の専制化防ぐ分立理論（それを通じて人々の自由は保障される）と人民が国家権力の由来とする近代国家の正統化理論とを結（龍法 '26）59-2, 174（430）

合させようとした邦憲法の努力の結果と言える。複数の邦憲法は、政治的主権は人民から派生するという論理に則り、分立された権力が人民から遊離するのを避けるとともに、選挙民を代表する立法府を強めることで権力分立の中での立法権を強化することで、行政権を抑制し、邦憲法制定時点では、権利宣言により司法権を抑制するということである。その際、権力分立内では強い位置にある立法権も、立法府の選挙を年一回で行ない、立法府議員の永年の再任化が避けられ、しかも選挙民の指図に従うことになっており、立法府の独立化も防がれている。

そのような、人民、選挙民が主導する国家体制の運営が、首尾よく行ったかどうかは、考察の余地がある。少なくとも下院議員の毎年選挙そして永年再任を防ぐ規定は、時として、統治の安定性と恒常性を阻む可能性をもっているかもしれない。⁽⁸⁾

権力分立については、後にも言及する事柄もあるが、私は司法権あるいは司法も言及しておく。邦憲法では権力分立が不十分であるのは、選挙民の声を背景にした立法府の相対的強さという理由の他に、邦として実務法律家を含めた司法制度のあり方がなお確定していなかったという理由が推測される。司法権と他の二権力との相互関係について、憲法で詳しく規定する邦憲法は少ない。人権宣言の関係で司法が言及されている例もあるが⁽⁹⁾、裁判所法、裁判官法、実務法律家といった裁判制度の詳細は、法律で規定されずとも、その原則が余り憲法で規定されていない。これには、次のような理由が考えられる。

ニュー・ジャージー邦憲法第22条や1776年デラウェア邦憲法第25条が示しているように、独立諸邦の地域では憲法は制定されたが、その他の法は未だイングランド法に頼っている部分がある。自邦内での法の体系、裁判所制度、実務法律家のあり方が整備されていなかった。⁽¹⁰⁾ それに連動して、実務法律家についても、植民地時代にも各植民地内部でさえイギリス法を実務として取り扱う人々の資格認定や職業団体のあり方、更には実務

法律家志望者をどう教育していくかの問題、が流動的であったのを反映して、邦としての独立後もなお確定していないと言えよう。⁽¹¹⁾ 従って、このような司法環境の整備の状況が、邦憲法の制定時で司法（権）の事項を非常に粗い枠組みに留まらせた。諸邦憲法のみを対象としている本稿は、司法権については論じない。

V-2 邦憲法と立憲主義

1) 権利宣言について。

①煩雑な形で資料が提示された。提示した以上、検討が加えられるのだが、先ず、本稿の目的と間接的に関係する権利宣言ないし権利章典の内容について記しておきたい。前稿で各邦の権利宣言や権利章典の内容を書き出したのであるが、そこには一定の特徴がある。先陣を切ったヴァージニア権利章典は、その後の権利宣言の参照基準になっている。ヴァージニア権利章典の他にも、立法の模範ないしは模倣の基準となっているのが若干ある。本稿は、そのことを、MD（メリーランド）→DE（デラウェア）、PA（ペンシルヴァニア）、PA→△VT（ヴァモント、VTは独立宣言した13植民地ではない。）、MA（マサチューセッツ）→1784NH（1784年ニュー・ハンプシャー邦憲法）、という形で示した。⁽¹²⁾ この中でも、メリーランド邦の権利宣言は、当時で考えられる限りの権利条項を書き出し、後の邦の権利宣言の取捨選択の対象としての重要な役割を果たしている。更に、各邦の権利宣言、権利章典や憲法に書かれた権利宣言の幾つかが、アメリカ合衆国憲法の修正10条の幾つかに影響を与えているのが分かる。あるいは、邦のそれらの中に、彼らの元の本国イングランドの権利条項を見出すことができるかもしれない。ある権利の歴史的つながりを見出すことは、好古趣味からではなく、なぜその権利が歴史の中で延々と引き継がれているかの考察を惹き起こす。

②各邦の権利宣言はそれなりの独自性を与えようと努力している。例え

ば、私が何の気なしに、近代自然法は人の自由と平等を尊重していると書いているが、ヴァージニア権利章典は、「平等に自由で独立しており（equal-ly free and independent）」であり、自由と平等が必ずしも並列ではない。これが解釈学でどう解釈されているのかは、私の勉強不足故分らないが、私の関心をひきつけた。複数の邦（DE10、PA8、1784NH13、NY憲法第40条は例としてクェーカー教徒を出している）では早くも宗教に基づく良心的拒否を明文化しているが、その文をどの条文に入れるかがまだ定まっていない。多くの邦はキリスト教の一定の宗派を支持しているが（それ自体批判もあろうが）、他宗派には寛容な立場を採っている。（無宗派については書かれていない。）本稿は、私の宗教学の無知のため、キリスト教に関する各邦の憲法上の書き方に注意が払われるべきだがそうされていない。ただ、宗教と立憲主義とのあり方は、避けて通れない問題をもっており、いずれ言及したい。

2）立憲主義的諸制度

私は、本題の立憲主義に重点を移し、それに言及する。

ヴァージニアが独立するに当たって、権利章典を憲法よりも先に発出し、そして、メリーランドやデラウェアもそのような発出に従ったことに何らかの意味があるとすればこうなるだろう。そこでの考えは、社会契約の考えに基づき、国家の形成に参加する主体が⁽¹³⁾、国家以前にもっている諸自然権の享受を安定させるために、国家組織を創造するということである。イギリスからの独立を目指した植民地の人にとって、イギリスという国家の為に個人の権利や自由を合わすことは最早不可能であり、個人の立場から個人が自立（自律）的に生活できるように支える、しかも自分達が自ら運営する国家を構想し構築することが必要となった。

最初期の植民地（邦）の権利宣言ないし権利章典の部分を私が読んで気づくことは、今日では、国家組織の項目に入るだろう事項があることであ

る。例えば、ヴァージニア権利章典では、第2条の部分にある高位行政官は人民の受託者、第4条の国家の公僕報酬規程と世襲制排除、第5条、立法権と行政権を与かる者の就任期間限定規定、第6条、権力分立、第7条、法の執行について、がある。メリーランド邦の人権宣言では、同様に、第4条、立法権者と行政権者は受託者、第6条、権力分立、第7条、法の執行について、第9条、立法府と公文書館、第30条、裁判官の身分保障と顕職禁止。第31条、最高位行政諸部門（者）の長期在職の禁止と交替制。第34条、牧師、聖職者への寄付禁止。第37条、首都アナポリスの権利、がある。さすがに、権利宣言に多くの権利を書き込んだメリーランド以後の邦憲法は、権利と国家組織とを分けて書くことで、権利宣言に国家組織に関する事柄を書き込むことは少なくなっているが、それでもなお権力分立や「国家の権力は人民（人々）に由来する」と権利宣言に書いている邦憲法がある。これらのことが示しているのは、権利宣言（権利章典）に国家制度の基本を書き込むことは、国家組織と権利宣言との区別して記載しなかったという法典制作上の不出来に帰すよりも、むしろ権利の保障は、基本的な国家枠組みの提示なしにはなされえないという考えの現れである。そのような考えで各植民地は邦憲法制定していった。

このようにして制定された邦憲法は、国家権力を託された者がその重要部分を容易に変更できないように、起草者たちによって、様々な形でいはば塹壕で守られるようにした。⁽¹⁴⁾ この塹壕で守られる、あるいは強固に守られることを通じて、国家の基本を定めた憲法という名の法が、他の法と差別化され、上位にある国家法としての地位を固めていくと言えよう。以下は、憲法は如何に「憲法」となっていくかを述べる。

（1）憲法の硬性化

独立宣言以前のNH、SC、VA、NJの憲法と宣言後のNY邦憲法には、憲法変更の規定がない。これらの邦憲法は、NYの場合少しは権利宣言が

入っているが、多くは国家の組織を定めた法である。この邦憲法の性格が、変更規定がないことを意味しているかもしれない。つまり、国家の組織法は、硬硬化しなくてよいと考えられていたのかもしれない。

ヴァージニアは、いち早く権利章典を出しており、ほぼ半月後に（邦）憲法を制定したにもかかわらず、憲法の法的性質には触れていない。⁽¹⁵⁾ ヴァージニア（邦）憲法がこうした形式になった理由として、その制定が1776年6月29日であり独立宣言が同年7月4日であるので、戦時の過渡期の憲法として制定されたことがあるかもしれない。ヴァージニアに続く1776年7月2日制定のニュー・ジャージー邦憲法（権利宣言はない）は憲法変更の手続がないが、第23条で立法部議員（議院二院制）は、就任に際して、植民地時代の憲章のある部分や公の利益に反する法には賛成しないという宣誓をなすように規定している。この時期は前年5月から独立戦争が実質的に始まっていたので、ニュー・ジャージー邦憲法は、議員に忠誠心を求めるためこの条文を作成したのかもしれない。独立宣言以前のNH、SC、VA、NJの憲法と宣言後のGAとNYの邦憲法（そこには少しは権利宣言が入っている）と1778年SC邦憲法は、主に国家の組織を定めた法で成り立っている。⁽¹⁶⁾ このような組織法としての憲法の性格が、敢えて変更規定を定めることも硬硬化することも必要としない考えられたのかもしれない。

私は、ヴァージニアの植民地会議の決定の意図を明確にしたのが、メリーランド邦の権利宣言と憲法と考えている。メリーランドの権利宣言と憲法は両者の役割分担を明確にしつつ、前稿で指摘したように相互参照させる（権利宣言の第42条、憲法の第59条）ことで、一体性を保っている（実質的意味での憲法）。メリーランドが、権利宣言と国家組織の規定を統合的に捉えて以後、第1部を権利宣言、第2部を国家組織とした憲法（典）を制定する邦が出てくる。この憲法の編成方法は、今日でも多くの憲法にも現れている。

憲法変更に関してメリーランド邦憲法（国家組織法）第59条が、邦の東海岸部分に関して、「議会各院の全議員の3分の2以上の賛成がないなら、〔憲法は〕今後いかなる時点においても変更されない。」という規定を設け、硬性化をなしている。デラウェア憲法（国家組織法）第30条が、その硬性化を進化させ、憲法の変更のできない項目と変更できる項目に分け、後者では可決数を加重することにより、憲法の硬性化の意味をより明確にした。憲法の硬性化は他の邦でも言及されるようになる。硬性化の方式も色々と考え出されるようになっている。憲法の硬性化は、憲法が特に保障しようとしている事柄を、法の限界点でもある政府変更権（抵抗権）が発動される前に、憲法それ自体を他の法と異なってより変更しがたい法として強化することにある。憲法の硬性化は、今日言われる立憲主義の基本的前提を形成するものであろう。邦憲法は、憲法の硬性化に関して、憲法の重要部分の変更について以下のような法的仕組みを採っている。

イ 憲法の変更に関して。

①一定条項の変更不可能化

これは主に権利宣言の部分に關している。1776年デラウェア邦憲法第30条、ペンシルヴァニア邦憲法（国家組織の部）第46条、ノース・カロライナ邦憲法（国家組織の部）第44条、△ヴァモント邦憲法第2章第43条。他の条項に関しては、ジョージア邦憲法第61条、ニュー・ヨーク邦憲法第41条、1778年サウス・カロライナ邦憲法第43条。

②一定期間の変更不可能化

ペンシルヴァニア邦憲法（国家組織の部）第47条、制定後7年毎の変更禁止、その後の憲法点検規定。△ヴァモント邦憲法第2章第44条が、ペンシルヴァニア邦憲法と同じ規定を置く。マサチューセッツ邦憲法第2部第6章第10条、制定後15年間変更禁止、その後1795年に有権者の意見聴取。1784年ニュー・ハンプシャー邦憲法、制定後7年間の変更禁止⁽¹⁷⁾

ロ 憲法変更手続規定。この変更手続きの仕組みは、通常の立法機関（議
（龍法 '26）59-2, 180（436）

会）の法案の成立要件と比べれば、手続が複雑であり、変更の成立要件も加重されているので、硬性であると言える。憲法変更の手続を規定した邦憲法はあるが、子細にみると全ての邦憲法は不完全のようにみえる。

①変更機関。

邦の憲法は、憲法会議（convention）によって制定された。憲法会議が憲法制定権力をもっていた。憲法変更に関しては、変更を発議する機関と決定する機関に分けられるが、両者を明確に区別して規定している邦憲法は少ない。

メリーランド邦憲法第59条は、発議機関を議会の両院としているが、発議機関がそのまま決定機関になれない（下院の選挙が必要）。この邦の憲法と権利宣言の影響を受けているデラウェア憲法第30条は、発議機関の規定が明示されていない。憲法会議が発議機関の役割を担うとしているのは、ペンシルヴァニア邦憲法（国家組織の部）第47条、ジョージア邦憲法第63条、△ヴァモント邦憲法第2章第44条、マサチューセッツ邦憲法第2部第6章第10条、1784年ニュー・ハンプシャー邦憲法である。

②どこが声をあげるか。

憲法会議は憲法変更の必要が生じた時、招集される法制度である。では、誰があるいはどこが憲法の変更の必要性について声をあげるのか。

1777年ジョージア邦憲法第63条は、「多数の選挙郡からの請願且つこの邦の各選挙郡の投票者の多数によって署名された各選挙郡の請願なしに、この憲法にいかなる変更も加えられてはならない」と規定し、選挙民の請願を重視している。マサチューセッツ邦憲法第2部第6章第10条は、憲法変更の憲法会議を開催する前に選挙民の意見を聴取する会議が開催されるように議会が手続をとることを規定している。

選挙民の意見を直接反映するのではなく、特別な機関を設置しているのが次の邦である。ペンシルヴァニア邦憲法（国家組織の部）第47条、それを踏襲している△ヴァモント邦憲法第2章第44条は「監察参事会（Council

of Censors)」を、憲法制定後7年毎に設置することを定めている。(但し選出方法は両邦で異なる。ペンシルヴァニア邦は「本邦の各市および各郡から2名が投票で選出される」。△ヴァモント邦は、国会議員と行政参事会委員を除く13名を投票で選ぶと定める。)この監察参事会が、憲法変更の案を憲法会議に提出する。⁽¹⁸⁾この監察参事会は、後述するように他の役割も担っている。監察参事会が、憲法状況を調べ、変更の必要がある時に、憲法会議開催を要請する。両憲法とも、憲法会議招集には全数の3分の2の賛成が必要。

③変更の成立要件

上記の条文中に記されたPA邦憲法、△VT邦憲法は、憲法会議で可否を問う。憲法会議の代表者の選挙公示は、選挙民が事前に考慮できるように、少なくとも6か月前になされる。憲法会議の可決条件は書かれていない。PA邦憲法(国家組織の部)第47条、△VT邦憲法第2部第44条は憲法改正でも「人々がその問題について〔憲法会議の〕代表者(delegates)に指図する機会を与える」という表現を用いる。

マサチューセッツ邦憲法第2部第6章第10条は、州全体の有権者の3分の2以上が憲法変更賛成を示していれば、議会が憲法会議代表者の選挙を行ない、その代表者の数は下院と同じと書いているが、その後の規定はない。1784年ニュー・ハンプシャー邦憲法は、賛成票3分の2以上と解することができる。

上述のように、メリーランド邦憲法第59条は、変更規定の周知期間後の下院選挙後の議会を決定機関とする。その可決条件は「議会各院の全議員の3分の2以上である」。デラウェア邦憲法第30条は、下院議員の定員7名の内5名以上と上院議員9名の内7名以上の賛成が必要とする。

1778年サウス・カロライナ邦憲法第44条は、総議員の過半数の賛成に留めている。

ニ 憲法遵守を監査したり憲法変更を提言する特別機関の設置

ペンシルヴァニア邦憲法（国家組織の部）第47条、△ヴァモント邦憲法第2章第44条の監察参事会⁽¹⁹⁾

憲法の硬性化に失敗した例もある。失敗例は、1776年との1778年のサウス・カロライナ邦憲法である。後者の憲法は、その第44条で憲法変更規定を定めたのにもかかわらず、その憲法資料註でこう書かれている。「この憲法はサウス・カロライナ邦議会によって起草され、1778年3月19日に法（act）として可決されました。しかし、それが発効したのは1778年11月でした。その後まもなく、サウス・カロライナ邦最高裁判所は、1776年憲法と1778年憲法はどちらも邦議会の法（acts）にすぎないのであり、邦議会は任意に廃止したり改正したりできると宣言した。」つまり、挙げられた邦憲法は、軟性憲法と裁判所によって認定されたのである。⁽²⁰⁾

ここから、少し私見を述べる。複数の邦憲法では、憲法変更を議論し変更を発議する法的機関を立法府ではなく、本稿では憲法会議と訳している‘convention’にしている。これは、この期の邦憲法が、各植民地（後の邦）の会議が憲法制定機関となって、人民を代表する形で、憲法を作成してきたことを踏襲している。それは、今日の視点から、憲法制定権力と立法権力との区別がなされていたと言える。何故立法府ではなく、憲法会議にしたのか。単純に言えば、憲法は国家機関の権力を抑制するものであり、立法府は、国家の治政権の源である選挙民からの代表者の集合体と言っても国家権力の一つである立法権に関与しているからである。更に、私は、英米法ではよく言われる「何人も自己の事件の裁判官たりえない。」（No one should be judge in his own cause. Memo debet esse iudex in propria causa.）に相当するもの影があるのではないかと考える。すなわち、憲法によって制限を課された立法府が憲法の変更案を自ら作成するのは何か異様であろう。しかも、その変更によって、立法府やその議員のあり方が、何らかの形で、前よりも優越や有利になる場合は、特に上の命題が当ては

まる。憲法制定権力と立法権力との区別が明瞭になるのは、立法府議員の選挙規定と憲法会議議員のそれとを対比することであろうが、憲法会議の議員の規定を明示しているのはマサチューセッツ邦憲法第2部第6章第10条だけであり、区別が実際どこまで有意なものか判断しがたい。

「②どこが声をあげるか」が示しているように、邦憲法では、憲法の変更に対して最初に声をあげるのは、民主主義の建て前を尊重すると選挙民である。その点では、ジョージア邦憲法やマサチューセッツ邦憲法が理想に近い形を示している。恐らくその構成によって評価が変化するだろうかもしれない、いわゆる中立的・第三者機関である「監察参事会」に発議をさせている邦がある。この監察参事会は、他でも触れるが、広範な役割と大きな権力をもっているが、憲法が遵守されているかを調査する機関であり、もし憲法の表現が不明確ならばそれを変更するように憲法会議に要請する機関であり、それは、政治的行為と一線を画している。⁽²¹⁾

邦憲法における憲法変更の規定で重要なのは、例は少ないが、選挙民に対する憲法の変更についての情報を周知させるための期間が相当設けられていることである。ペンシルヴァニア邦憲法（国家組織の部）第47条、△ヴァモント邦憲法第2章第44条。憲法会議であれ立法府であれ憲法変更を審議する代表者は、独自に行動できるのではなく、選挙を通じて指図（*instructing*）を受けるのであろう。1778年サウス・カロライナ邦憲法第44条で90日前の告知を規定しているが、何のための告知か私には不明である。

憲法変更は、憲法会議か立法議会が可決するのか邦憲法によって分かれるが、邦憲法は変更についての可決投票数について余り規定していない。立法議会の場合の例として、メリーランド邦憲法第59条が、少し手掛かりを与えている。それは、「東海岸に関するこの政治形態のいかなる部分も、その変更と確認に関して議会各院の全議員の3分の2以上の賛成」という表現であり、そしてこの文の前では、憲法変更の案が現状の議会で通過後、下院選挙を経て再度提出され可決されなければならないと規定されている。

1778年サウス・カロライナ邦憲法第44条は立法議会総議員の過半数を憲法変更の条件にしているが、その憲法は上述したように硬化性に失敗している。私は当該条文の理解を十分にできていないが、1784年ニュー・ハンプシャー邦憲法は「3分の2」という記載がある。

人民、正確には選挙民の意思が反映されたと思われる例が、1784年ニュー・ハンプシャー邦憲法に付けられた編纂者の注に見られる。注はこう書く。「憲法会議は、1778年6月10日〔州都〕コンコードで開催され、憲法を起草した。憲法は、1779年諸タウン・ミーティングで人民に提示されたが、否決された。新しい憲法会議が招集され1781年6月12日エクセクターで開催され、別の憲法を起草した。それは、承認か修正を求めて諸タウン・ミーティングで人民に提示された。提案された修正が非常に多かったし、様々な衝突する意見を調和させることが非常にむづかしかったので、その憲法会議が作業を終えたのは、1781年10月31日である。このように論議され修正されそして憲法会議の管理の下で集会された諸タウン・ミーティングにおいて項目毎にニュー・ハンプシャーの人民によって承認された憲法が、1784年6月2日に発効した。」

この記述の実態については、調べる必要があるが、タウン・ミーティングで変更案を議論し、修正したりして、一度は憲法変更案の否決までなされている。人民、厳密には選挙民が、変更案を諾否の意思だけを示すのではなく、様々な修正案を提出して憲法会議がそれを考慮して変更案を再提出し、決議に掛けていくという、民主主義的な手続が採られている。憲法変更の手続に、民主主義的要素を加えることで、変更手続の形骸化を防いでいる。

（2）他の立憲主義的制度

邦憲法で保障されている人権やその他の項目が容易に国家権力によって侵されないように、邦憲法は次のような制度を設けている。邦の憲法は、

権力分立に重点を置いていたので、その展開から整理する。

邦の国家権力における立法権については、既に指摘している。本稿は、憲法上、立法権が他の二権よりも強いと指摘しているが、同時に立法議会の議員選挙の頻繁化（多くの邦は年毎の下院議員選挙）と度重なる再任の禁止によって、実質上、立法権力の圧倒的強化が避けられている。複数の邦憲法は、立法議会議員を、抽象化され国民代表ではなく、選挙民の指図に服すると定めている。更に、以下のような抑制を立法権に課している邦憲法もある。

1) 憲法遵守への要請

1776年のニュー・ジャージー邦憲法第23条の宣誓については上記した。ジョージア邦憲法第7条も憲法に従った立法を要請している。これは、厳密には法的要請ではない。ヴァージニア権利章典第15条（VA15）「自由な政府、すなわち自由の恵が、誰にでも維持されるのは、正義、節度、自制、質素と徳を堅守すること、そして基本的諸原則に頻繁に立ち戻ること以外にはありえない。」とそれを模範にした条文をもつノース・カロライナ邦憲法・人権宣言・第21条は名宛人が明確でないが、邦の人々に訴えかけた要請とみなされる。しかし、ペンシルヴァニア邦憲法、権利宣言の部、第14条は、VA15を基にしながらも、後半に「人民は、……邦の良い統治に必要な諸法律の制定と執行において、代表者の立法府と諸行政機関から彼ら人民に対する然るべき継続的な配慮を求める権利をもつ。」と書き込んで人民の権利としている所に特徴がある。

なお、多くの邦の憲法にある、立法府議員、知事（邦大統領）、裁判官等の公務員に対する就任宣誓は、究極的には法的制裁が発動されるにしても、多分に非法的な責務であろう。この国家の役務に就く人々の宣誓は、当時の邦憲法では、宗教的色彩の濃い要素が入っており、近代法のあり方としては、法と宗教が分離していないと言える。私は、この邦憲法におけ

る宗教的要素が、なお完全な近代憲法となりえない要因の一つと考える。

2) 法律案の採決前の事前公表性制

ペンシルヴァニア邦憲法（国家組織の部）第15条。

この規定が可能なのは、立法議会議員が選挙民の指図を受けるという構図があるからである。

3) 法律案の事前審査制

ジョージア邦憲法第8条、ニュー・ヨーク邦憲法第3条、△ヴァモント邦憲法第2章第14条。

ニュー・ヨーク邦憲法第3条は、略記すれば「法案を修正するための参事会」(council to revise all bills) という特別な機関が構成され、立法案の監視を行なう。△ヴァモント邦憲法は、おおむねペンシルヴァニア邦憲法を見習っているが、この条は、近隣邦でもあるニュー・ヨーク邦憲法も参考にしているようである。ニュー・ヨーク邦憲法との違いは、構成員からみると、△ヴァモント邦憲法では法律案の事前審査は知事と参事会によってなされるので、行政による立法の抑制という権力分立型に近いことにある。ニュー・ヨーク邦憲法は、異議が出されたあとの法案可決要件が厳しくなっている。⁽²²⁾ ペンシルヴァニア邦（第15条）と△ヴァモント邦の憲法は、直接民主主義的な要素を加味して、法案を一度人々に公開するという制度を取り、人々の意見を反映させる仕組みを採用している点で独特である。

3) 法律問題における特別裁判所の設置

1776年デラウェア邦憲法第17条の控訴院。これは、一見すると司法権による立法権と行政権への抑制と考えられるが、控訴院の構成が、邦大統領と立法府各院から指名された3名の者によって構成されており、⁽²³⁾ 法と

衡平に関する事柄も審議するので、三権を超えた権力とみなされるかもしれない。法文では、イギリスの「枢密院における国王（King in council）」に比せられている。

4) 法律問題における裁判所への問い合わせ権限

1784年ニュー・ハンプシャー邦憲法。これは、立法権や行政権を有する側が権限を持つので、司法からの両方への牽制とはみなし難い。

5) 国家の諸機関の憲法遵守に対する監察参事会

ペンシルヴァニア邦憲法、△ヴァーモント邦憲法

監察参事会は、上の項目でも触れられたが、この機関は国政に関して調査する広範な権限を有している。⁽²⁴⁾

V-3 牽制の分類

以上が、アメリカの邦憲法で、その憲法を護る為、私が国家組織の内部相互牽制機構と名づける制度である。これらの諸制度の根本に、権力分立の原理がある。しかし、そこでは、司法権からの他権力の抑制は、ほとんど言及されていない。したがって、そこでは、立憲主義の重要な要素である具体的法令審査制が語られていない。私は、アメリカの独立時に多くの植民地（邦）で権力分立が論じられが、法理論の影響に関して言えば、司法権については、モンテスキュー（Montesquieu.1689-1772）やそれをイングランドの法理論に取り入れて説明したブラックストン（Blackstone.1723-1780）の考えが影響していると考える。彼らは、相対的に司法権による他の国家権力への抑制については消極的である。⁽²⁵⁾ 具体的法令審査制の出現問題については、私の今後の課題にしておく。⁽²⁶⁾

アメリカ邦憲法で設けられた内部牽制機構は、各機構の制度だけで牽制を完結させていない場合があることに注目しておこう。憲法の変更でもそ

うであったように、そしてペンシルヴァニア邦（第15条）と△ヴァモント邦の憲法第2部14条の二邦に限られているが、公共性を有する法案に関しては採決前に人々の理解と判断に供するという民主主義的な過程が取り込まれている。その国に住んでいる人々の権利や自由に、憲法変更以後影響が出る可能性の高い法案にもかかわらず、その可能性が人々に明確に知らされないでいたり、その法案と他の法案とを一括して採決されるという状況が生じている今日において、それらの手続の制度は、我々に民主主義政治とは何かを考えさせる。

◎周辺の牽制機構

以上が、邦憲法の制定者達（本稿では、制定者と書いている場合、起草者やその案の支持者を含めて厳格でない意味で使用している）が、いわゆる実質の意味での憲法に施した様々な内部牽制機構である。これらのあるものは、後年に廃止されたものもある。廃止の理由が、制度の欠陥にあったのか、その後の憲法を取り巻く政治情勢にあったのかは、本稿の課題ではない。また、日本の現行の内閣法制局は、上述のニュー・ヨークと△ヴァモントの変化形態として継受されているとも言えようが、こういった後年の制度への影響も、本稿の課題ではない。

本稿が課題としたのは、立憲主義を考える時、これらの内部牽制制度に連なる制度と法令審査制度に注目することで十分なのかということである。

アメリカの邦憲法の制定者達は、その憲法（権利宣言を含む場合が多い）を強固にするため様々な制度を考案した。本稿は、立憲主義のいわば源流を辿るために、邦憲法を探索した。私は、邦憲法を検討する中で次のことに気づかされた。邦憲法で想定される人民、厳密には選挙資格をもつだろう人は、市民社会と政治社会を区別しながらも、両者の関係を疎に考えていない市民である。ここでの「疎」は、「イギリスの人民は自由だと思っているが、それは大まちがいだ。彼らが自由なのは、議員を選挙する

間だけのことで、議員が選ばれるやいなや、イギリス人民はドレイとなり、無に帰してしまう。」というルソー(Rousseau, Jean-Jacques.1712-1778)の言葉で表される。⁽²⁷⁾ 邦憲法で示された市民像(法的人間像)は、自然権としてもつ自由と権利を、政治社会と市民社会で常に保持できるように、自らも機会があれば政治社会に関与し、政治社会を自主的に護っていく人間像を提示している⁽²⁸⁾。市民は、政治社会では他律ではなく、自治・自律でなければならない。つまり、市民社会と政治社会とを分けた近代国家社会は、市民社会における人の自律性だけでなく、市民社会を護り支える政治社会における人の自律性をも想定しているのである。政治への参加を促す邦憲法の規定として、頻繁な選挙の実施、行政権者と立法権者の長期在職に排除と交替制、立法院議員に対する選挙民の指図、等がある。政治社会の主導権は、政治に長け政治活動をほぼ生業にしている人ではなく、市民社会の選挙人が握る。それが、ルソーの言う「ドレイ」回避策である。

アメリカの邦憲法における主体は、このような政治社会に積極に関与する人であるならば、その憲法は、これらの人が憲法を護る活動を制度として規定していても不思議ではない。これらの制度は、その機能において、黒田覺の記す「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」と言われる制度と言えらう。⁽²⁹⁾ 黒田は、こうも書いている。「憲法がこれらのもの〔諸自由権と裁判請求権、請願権および公務につきうる権利〕を基本権に関する諸条項として規定する目的からいえば、すべてが国家権力に対して国民の自由を保障する意味を有する。すなはち、兵役、納税の義務に関する規定は、これらの義務が無制限な方法によって国民に課せられないことを保障しているのである。」⁽³⁰⁾ 私は、黒田の後者の義務に関する文は、規則としての法の性質からくる保障と立憲主義の要請からくる保障との混同があると考えるので、後者の文を除いて、彼の基本の考えには与する。

黒田の「国民の自由の保障のために附加された安全装置」は、上述した国家組織内部相互牽制機構に限っていない。（なお、邦憲法でのこの機構が閉じられた機構でないことも注意してほしい。）政治社会を人民が自主的に運営したり関与したりしようとするならば、国家組織の周辺から、人民（選挙民）から国家運営を監視する制度も立憲主義の観点から評価されねばならない。私は、この制度を（国家組織）周辺の牽制機構と呼ぶ。⁽³¹⁾

以下のような権利や制度が、当時の状況を考えれば、人々の政治への関与を促している諸制度である。これらを、憲法典で規定しているのは、主として、ペンシルヴァニア邦憲法の国家組織の部である制度とそれを受け入れた邦憲法である。確かに、ペンシルヴァニア邦憲法は、その邦の成り立ちからして、ペン⁽³²⁾の思想の影響が強いかもしれないが、他邦もそれを踏襲している場合があるので唯一独特の邦憲法とは言えないだろう。ペンシルヴァニア邦（PA）憲法・組織法・第13条、△ヴァーモント邦（VT）憲法第2章第12条、ニュー・ヨーク（NY）邦憲法第15条は、議会傍聴を、PA憲法・組織法・14条、ノース・カロライナ邦憲法・組織法・第46条、△VT邦憲法第2部第13条、NY邦憲法第15条は、議会議事の公開を定めている。PA邦憲法・組織法・第35条と△VT邦憲法第2章第32条は「印刷機は、立法府または政府のあらゆる部分の過程を調査することに着手する全ての人に無料である。」と定めている。

国家組織法の部に書き込んだこれらの権利条項は、僅かであっても重要である。確かに、邦の権利宣言には国制に関する主要な事柄が書かれていても、権利宣言で書かれている権利は、多くは国家権力からの自由を保障する権利（自由権）であり、国家権力を監視する人民の積極的権利は書かれていない。それに比べて上述の権利によって、人々が国家権力の国家運営を議場で傍聴したり、議事録を読んだりしたすることが原則的に認められ、さらには人々が政治について自主的に調べ、そしてそれを他の人々に知らせるための印刷機を使用することができるのである。ペンシルヴァニ

ア邦憲法は、国家組織の部で今日の言葉で言えば、人々は議会や政府の運営に対して、主権者として知る権利をもっており、対象国家機関は、自己の保有する情報を主権者に対して誠実に提供し、そして安価な価格で複写の便宜を得る権利をもつと言うことになろう。⁽³³⁾

私は、これらの制度は黒田の言う「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」に該当し、それらの制度が国家組織そのものに位置するのではなく周辺に位置する制度として「周辺の牽制制度」と呼ぶ。（機構を制度化しているので制度と言う。）その際、黒田の「国民の自由の保障」を少し変更して、私は、「人々の自由と権利の保障」にする。この制度の最も根本的な権利は、政府変更権である。

この立憲主義保障の周辺の牽制制度の弱点と言われるものは、この制度によって与えられた権利を行使することの全てが、その時の憲法あるいは憲法の精神というものを護る運動、活動に直結するとは限らないことである。それらの運動や活動は、その時の体制支持をしている人からは、反憲法的行為とみなされる場合もある。すなわち、周辺の牽制制度は不確実性、不安定性を内包している。それに対して、制度内的牽制機構は、「人々の自由と権利の保障のために附加された安全装置」として確実に安定しているかと言われれば、それにも全面的に肯定できない。両者の牽制の違いは、牽制主体の差、周辺の牽制制度を利用する人は一般人であり、制度内牽制制度を用いる人は公人か公機関に属する人である。

VI 結

アメリカ合州国それ自体の立憲主義について考察するならば、具体的法令審査（制）を抜きに済ますことはできない。本稿は、独立期の各邦（州）の憲法を主題にしているので、アメリカ合州国とは直接関係がない（龍法 '26）59-2, 192（448）

とは言え、ここで本稿を閉じることは中途半端と思われるだろう。邦の諸憲法からアメリカ合衆国憲法の成立過程で、本稿の課題である立憲主義との関連でアメリカ合州国の法令審査（制）を調べることは、私自身も、意義のある課題と考える。しかし、私は、この考察の準備に至っていない。ここでは、本稿の考察に絞って、本稿の結を書いておく。

本稿は、立憲主義を、近代自然権論に基づいた権利宣言とその権利宣言を実効化するための民主的運営をする国家組織とを定めている憲法が、いわば憲法自体を強化するために設けた諸制度と理解して考察を進めた。本稿の考察の目的は、近代憲法の先駆けになったアメリカの独立期の邦憲法を対象にして、邦憲法はどのように立憲主義の形成に寄与したのかを検討し、その上で立憲主義と人々（人民）との関係を探ることであった。

アメリカ邦憲法は、各邦が憲法を制定する過程で、各邦が徐々に、憲法を他の法から差別化し、近現代の憲法で言われる硬性憲法、権利宣言を組み込んだ国家組織の法という形を作り出していったことが明示された。憲法をこのような形にしたのは、イギリスから独立するに当たって各植民地の人々が、自らの自然権を如何にして国家成立後も守れるかという、人民主体の視点で、国家の基本法である憲法を他の法よりも何よりも重視したからである。その憲法は、人民の基本権を維持するため、権力分立を採用して国家権力内の相互牽制機構を制度として定めた。それだけでなく、邦憲法は、そのような憲法を擁護するために、人民または人民の多数または社会に、最後の手段としての政府変更権を与えつつ、人民に国家組織の周辺から憲法を護る仕組み（制度）も定めた。制度内牽制機構は、閉ざされた制度ではなく、人々による牽制に繋がるように開かれている。憲法が変更される場合も、邦憲法の規定は慎重である。憲法会議が憲法制定（変更）機関となり、立法機関は憲法変更の主導権も与えられていない。

邦憲法は、政治社会に関与する主体すなわち選挙民を、政治社会の自律的主体として位置付けていた。言うまでもなく、これは規範的要請であり、

現実にはそうなるとは限らないが、人民が行動を起こす正当化根拠になる。立憲主義とは、近代的憲法によって、国家権力を託された人々が憲法に従うように国家機関の相互牽制機構、国家機関が人々の権利や自由を蹂躪しないようにその権力に歯止めをかける制度を定めているだけでなく、人民が一定の条件で政治に参加する制度と国と地方行政に対して人々が情報を得たり監視したりする制度を定めている国家（憲法）制度を指すと言えよう。ペンシルヴァニア邦憲法とそれを手本にした△ヴァモント邦憲法は、積極的に下線で示した諸制度を準備した。数少ないとはいえ、アメリカの初期の邦の立憲主義は、人々（人民）の積極的な関わりを予定していた。

※本稿で使われる記号と表記について。

- （１）斜字は、原文イタリック体である。
- （２）亀甲括弧〔 〕と文の下の波線は石井が使用している。括弧（「」または『』）内の二文字分の……は、原文を略した場合に用いられる。また、訳文の途中で入れられている記号は、特に記載のない限り、石井の付加である。
- （３）United States of America の日本語表記について。United States of Americaは、1781年のArticles of Confederation（「連合規約」）の第１条で決められた。この日本語表記は、通常「アメリカ合衆国」であるが、「アメリカ合州国」にした。但し、その憲法に関しては、引用等を考えて、「アメリカ合衆国憲法」とした。
- （４）NHとは、今日のニュー・ハンプシャー州の略号である。他の邦もそれに従う。
- （５）邦の略号の後に数字がある場合、それは前稿で示したように、その数字は権利宣言あるいは権利章典の条文である。例えば、VA 1は、ヴァージニア権利章典の第１条を意味する。なお、ヴァージニア権利章典は、元は条項化されていなかったが、後に便宜上付け

られている。

- (1) <https://www.nj.gov/state/archives/docbillofrights.html> による。
- (2) <https://www.georgiaencyclopedia.org/articles/government-politics/georgia-bill-of-rights/> による。この記事を訳しておく。「1777年～1861年の間に、ジョージアの人は4つの憲法下で過ごした。そのどれもが、包括的な権利章典を含んでいなかった。〔原文改行〕州の最初の包括的な権利章典は、1861年のジョージア州憲法で現れた。それは、州が、〔南北の分離に反対した〕連邦主義（the Union）から脱退し南部同盟（the Confederacy）に加盟した直後であった。歴史上この時点での権利章典の出現理由は、大いに議論されてきている。一つの広範に受け入れられている説は、南部州の連邦離脱の危機の時期、権利章典は、ジョージア州は合州国政府が基礎づけられている諸基本原則を見捨てたのではないということを経ョージアの人に明示するための声明文として役立ったと述べている。」
- (3) 田中英夫『アメリカ法の歴史(上)』（1968年）、90-91ページ。田中は、91ページ注（18）で「従来、邦憲法については、ややもすると、これから述べる急進派、保守派の対比のみが強調されがちであったが、共通面の存在にも注意する必要がある……」と書いているが、田中は、この後で「邦憲法おける急進派と保守派」という項目を設けて叙述している。
- (4) A・ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン、斎藤眞、中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』（岩波文庫）、223ページ。
- (5) 資料的な補強なく石井の感覚だけで言えば、多くの邦の統治の枠組みは植民地時代の枠組みを使わざるを得なかったのも、より選挙民（人民）からの牽制が必要とされたと思われる。
- (6) 田中、前掲書、89ページ参照。
- (7) PA、国家組織の部、第47条は憲法改正でも「人々がその問題について〔憲法会議の〕代表者に指図する機会を与える」という表現を用いる。
- (8) 前掲書、『ザ・フェデラリスト』第53篇（マディソン執筆）、258ページは、アメリカ合衆国憲法案では短期の議員では「有能な議員になることはできない」と論じている。マディソンは、邦（訳では州）における邦下院議員の毎年選挙は必要とされる知識範囲が狭いので認められると書いているが、それは合衆国憲法案を通すための戦術的言辞と私は理解する。同書、第37篇（マディソン執筆）、154ページも参照のこと。選挙で選ばれる立法議員と選挙民との関係をどう捉えるべきかは、間接民主主義制を採用する場合の重要な問題だろう。アメリカの邦憲法の規定に逆らかのような日本の政治家の職業化とその世襲化は、民主主義政治のあり方から常に考えられるべきである。
- (9) マサチューセッツ邦憲法第1部「権利宣言」の中でこう規定している。「第29条 法の偏りのない解釈と公正な執行が、あらゆる個人の諸権利、生命、自由、所有、そして名声の維持に必要不可欠である。あらゆる人が認めるだろ

う自由で偏りのない独立した裁判官によって裁判を受けることが、全ての市民の権利である。したがって、最高裁判所の裁判官達は、善良に行動している限りその職を維持し、また、永続的法によって確定された俸給を得ることは、最善の政策であるだけでなく、人民と全ての市民の諸権利の保障としても最善の政策である。」

- (10) 大内孝『アメリカ法制史研究序説』（2008年）、巻末の制定法索引は、マサチューセッツ邦が1782年に各裁判所設置法と最高司法裁判所設置法を、ヴァージニア邦が、1778年1月に大法官府裁判所・一般管轄裁判所設置法、12月に（最高）上訴裁判所設置法を制定したと記している。大内による本文の制定過程の記述も参照。そこでは、法案を巡り政治的な対立も分析されている。
- (11) 大内、前掲書、第1、2、3篇参照。同書、47ページによれば、マサチューセッツにおいてイギリス本国が任命した「裁判官の大部分が法的素養に乏しい者であった」。なお、本稿本文で「いわゆる裁判所法、裁判官法、実務法律家に関する法」と書いた部分を大内、同書、制定法索引を見ても、マサチューセッツは、1780年のマサチューセッツ邦憲法以前にはそのような法律が少ないのに対して、ヴァージニアは1640年代以降頻繁に実務法律家であるアトニー(attorney)に関する法律が頻繁に出されているように植民地(邦)によって違いが大きいようにみえる。
- (12) James T. Knight II, Splitting Sovereignty: The Legislative Power and the Constitution's Federation of Independent States, 17 *The Georgetown Journal of Law & Public Policy* (2019), p.703 は、1784年ニュー・ハンプシャー邦憲法(NH)の権利宣言は、文法的な変更を加えただけでマサチューセッツ邦憲法(MA)の権利宣言とほとんど同じであるし、NHの立法権の規定もMAに似ていると指摘する。
- (13) この社会契約ないしは国家契約は、人々の間に的確に理解されているかどうかは、論点なるかもしれないが、本稿はそれを解明することを目的としていない。この相違は、前稿注(35)で記したように政府変更の主体の相違になって表れている。
- (14) 「塹壕で護られる(entrenched)」という言葉は、Hart, *The Concept of Law* (1st ed., 1960), pp.146, 147, 149から借りた。ハート、矢崎光圀監訳『法の概念』（第2刷、1984年）、164ページでは「堅持する」、167ページでは「保護的留保」という訳語が当てられている。
- (15) ヴァージニア(邦)憲法の形式は、chapter(章)、section(節)、article(項)、数字と言った分類に必要な記号や数字を使わず、段落毎に立法や執行等が書かれており、非形式的である。『原典 アメリカ史』（第二巻）、174ページ(中屋健一執筆)参照。
- (16) この国家組織だけにに関する邦憲法については、前稿Ⅱ参照。
- (17) 残念ながら私は、1784年ニュー・ハンプシャー憲法のこの条を十分理解できていない。

- (18) 関誠一、『アメリカ革命と司法審査制の成立』（1970年）124-129ページに、本稿では「監察参事会（Council of Censors）」と訳している機関を「監察院」と訳し、ペンシルヴァニア邦と△ヴァーモント邦で実際にその会が開かれた様子を記している。それによれば、ペンシルヴァニア邦では、1783年11月に第1回会合が開かれ、保守派が主導権を握り、憲法変更の提案をしたが、失敗に終わった。以後、憲法の変更に対する人々の対立が激化し、監察参事会が開かれなくなり、1790年に保守派主導の新憲法が制定され、監察参事会は廃止された。△ヴァーモント邦についても、関参照。関は言及していないがヴァーモントの1786年憲法変更に際しても、この制度は維持されている（1786年憲法、第2章第40条）。なお、ヴァーモントは、1791年にアメリカ合州国に加盟するまでは、ヴァーモント共和国という独立国である。
- (19) 齊藤眞、武則忠見訳『ザ・フェデラリスト』（1991年）、第50篇（マディソンがハミルトンが執筆）は、ペンシルヴァニア邦憲法・国家組織の部第47条の規定に関して、実施状況を踏まえて批判している。齊藤眞、武則忠見訳『ザ・フェデラリスト』は全訳版であり、齊藤眞、中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』（岩波文庫）には掲載されていない。
- (20) この裁判所の判断の資料は、調べ方が悪かったのか、出てこなかった。
https://www.carolana.com/SC/Courts/sc_supreme_court_justices_history.htm によると、「邦としてサウス・カロライナが始まって以来、その邦憲法は、様々な目的に対して色々な裁判所を設けた。」と書いている。これに従えば、この注が書いた「サウス・カロライナ邦最高裁判所」が何を指すのかさえも不明であろう。ちなみに、サウス・カロライナ州で初めて正式な最高裁判所を設けたのは、1868年のサウス・カロライナ州憲法である。
- (21) 「政治的行為とは一線を画す」とは言え、ペンシルヴァニア邦憲法、国家組織の部、第47条で書かれている「憲法の条項に関して、明確に表現されていないと考えられるだろう条項を説明するために、そして人民の権利と幸福の保持に必要なものを追加するため」憲法の変更を要請するとしても、そこには政治的思惑が存在するので、完全に政治的無色とは言い切れない。注（18）も参照。
- (22) ニュー・ヨーク邦憲法の法律案の事前審査制について、関、前掲書、129ページに言及があり、関は、Council of Revisionに「審査院」という訳を付けている。ペンシルヴァニア邦憲法と△ヴァーモント邦憲法については、関、同書、129-130ページ参照。
- (23) なお、前稿でのこの控訴院の構成に関して、不完全な記述があったので訂正しておく。
- (24) ペンシルヴァニア邦の監察参事会については、A.ハミルトン、J.ジェイ、J.マディソン著、齊藤眞・中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』（岩波文庫）、第48篇（マディソン執筆）、231-232ページ参照。齊藤眞、武則忠見訳『ザ・フェデラリスト』（1991年）、第50篇は、ペンシルヴァニアの監察参事会を実施状

況を踏まえて、憲法が予定していた機能を果たしていないと批判している。

- (25) モンテスキューが自己の権力分立論を要約した文が^{コンスティテュション}参照されよう。「……われわれの述べている政体の基本的な国制は次のとおりである。その立法府は二つの部分から構成され、相互的な阻止権能によって一方が他方を抑制するであろう。両者はともに執行権力によって拘束され、執行権力自体も立法権力によって拘束されるであろう。」モンテスキュー、野田良之、稲本洋之助、上原行雄、田中治男、三辺博之、横田地弘訳『法の支配（上）』（岩波文庫）、303-304ページ。この文章からわかるように、彼の権力分立論での権力抑制は、立法府については、立法院内の2つの構成院、貴族からなる院と選挙区から選ばれ人民を代表する院（同書、297、298ページ）の相互の阻止権能、そして立法権と執行権との相互の拘束関係である。ここでは、司法権の役割は無視されている。「裁判権力はある意味では無である。」（同書、297ページ）「だが、国民の裁判役は、前に述べたように、法律の言葉を発する口にすぎず、その力も厳しさも緩和することのできない無生物である。」（同書、302ページ。）

『ザ・フェデラリスト』第78篇（1788年5月28日発行のMcLean's Edition（マクリーン版）、*The Federalist Papers*で追加される）を執筆したハミルトン（Alexander Hamilton.1757?-1804）は、モンテスキューを利用して「司法部は、つまるところ力も意思もたず、ただ判断するにすぎないと、といって誤りではなかろう。」（岩波文庫、341ページ）と書いている。ブラックストンはこう記している。「我々〔イングランド〕に関しては、裁判官は、ただ法を宣言したり、表明したり（pronounce）するだけで、法を制定したり、改造したりするのではない。」「判決は裁判官によって表明されたり裁定されたりするが、それは、彼らの決定や宣告でなく、法の決定や宣告である。」「順に、Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* vol.3 (1768. 1st. ed., Facsimile ed.), pp.327, 396.

『ザ・フェデラリスト』第47篇でマディソンがモンテスキューの権力分立制を論じている。彼は、モンテスキュー理論にある身分的な要素には余り触れないで、モンテスキューの説を理論として理解し、国家機関の相互抑制のみに集中して説明している。

- (26) 一つの道筋。ハミルトンが、『ザ・フェデラリスト』第78篇で、「裁判権力はある意味では無である」を利用しながらも（『ザ・フェデラリスト』（岩波文庫）、343ページ。）、「……憲法の明白な趣旨に反する一切の立法行為を無効であると宣言するのが裁判所の義務なのである。」（同書、342ページ）と具体的法令審査論を主張するに至っている。1788年迎りのこの文を重視すれば、最初は、彼は、司法権の権力は小さいものとみなしていたかもしれないが、諸アメリカ邦の憲法を知るうちに憲法が上位規範であり、他の下位規範を統制できると認識したのではないかと私は推測する。この推測が正しいかどうかはハミルトンの資料を当たる他ないだろう。関、前掲書、133-147ページは、

1778年から1787年の間に諸邦の裁判所で具体的法令審査をなした諸判決を提示している。今後の残された問題は、①この期間のそのような諸判決が当時も具体的法令審査権行使した判決と人々によってみなされていたのかということと、②もし当時の人もそのような性質の判決だと考えていたら、それがハミルトンの上の考えに影響したかということである。私は、具体的法令審査への道にはまだ語るべき要素があると考ええる。

- (27) ルソー、桑原武夫、前川貞次郎訳『社会契約論』（原書、1762年刊行、岩波文庫）、第3編第15章、133ページ。
- (28) 前稿で私が、「治政権」と要約しておいた条文を参照。MD2、DE4、PA3、NC2、△VT4、1784年NH7。
- (29) 黒田覺「民主主義と立憲主義」(蠟山政道責任編輯『新憲法講座』第1巻(1946(S.21)年)所収)、129ページ。旧漢字は新漢字に変えた。本稿の前稿では、サルトリを引用したが、私は、基本的考えではサルトリと一致しているし、彼よりも早く立憲主義について明確にしている黒田をここでは参照する。黒田のこの論文は、別の箇所でも書いたが、私が読めた文献では紙質が悪く、最低限のみの複写しか出来なかったことを申しておく。それでも、私が、黒田の論文を参照するのは、それは戦後直ぐに出版されており具体的法令審査には触れていないが、立憲主義に関する基本的文献として評価されるべきだと考えるからである。
- (30) 黒田、前掲論文、92ページ。旧漢字は新漢字に変えた。
- (31) なお、アメリカ邦憲法で言及されていない周辺の牽制機構として、リコール、議会の解散請求、ある地位の行政官の解職請求、日本での裁判官の国民審査、検察審査会制度があろう。
- (32) ウィリアム・ペン (William Penn .1644-1718.キリスト教フレンド会 (友会) (the Society of Friends) の教徒。この教徒はクエーカー教徒と呼ばれている場合がある。) は、1681年イングランド国王チャールズ2世から、アメリカ植民地に関する特許状を得た。彼はその地をペンシルヴァニアと命名した。
- (33) ペンシルヴァニア邦憲法・国家組織の部・第13条「本邦の自由人の代表者が邦議会で着席する院の扉は、この邦の安寧 (welfare) が閉扉を要求するだろう場合を除き、礼儀よく振る舞う全ての人に開かれている。」／同、第14条「……開会中毎週、2名の議員の要求に応じて、賛否の投票を付して、あらゆる質問、投票、決議に関して印刷がなされねばならない。例外は、投票が無記名用紙でなされる場合である。無記名投票の場合、各議員は希望すれば議事録に自己の投票理由を記載する権利を有する。」この条文を近代憲法というには問題がある大日本帝国憲法 (明治憲法、公布1889 (M.22) 年、施行1890年11月29日) と比較しておく。「第48条 両議院ノ会議ハ公開ス但シ政府ノ要求又ハ其ノ院ノ決議ニ依リ秘密会ト為スコトヲ得」「第52条 両議院ノ議員ハ議院ニ於テ発言シタル意見及表決ニ付院外ニ於テ責ヲ負フコトナシ但シ議員自ラ其ノ言論ヲ演説刊行筆記又ハ其ノ他ノ方法ヲ以テ公布シタルトキハ一般

ノ法律ニ依り処分セラルヘシ」清宮四郎によって「一九世紀の自由主義の典型的な産物である」と位置付けられる1831年制定されたベルギー憲法も第33条は、こう規定する。「両議院の会議は、公開とする。〔原文改行〕ただし、各議院は、その議長または議員の10名の要求にもとづいて、秘密会を開くことができる。〔原文改行〕秘密会の後に、各議院は、過半数の投票によって、同一の議題につき、会議を再び公開すべきかいなかを決定する。」（ベルギー憲法については、宮沢俊義編『世界憲法集』（岩波文庫）所収の清宮の解説と訳を引用）。

※前稿の訂正

148ページ下から6行目から4行目の文。

訂正文。最初の成文憲法典とされる1776年1月15日制定のニュー・ハンプシャー邦憲法と同年7月2日制定のニュー・ジャージ邦憲法、9月21日制定のデラウェア邦憲法は、後年の州憲法編集者によって「大陸会議の勸告に従って制定された」と書かれている。

訂正理由は、前稿で記載したサウス・カロライナ邦憲法に関しては証拠不十分であったので、邦憲法を差し替える。また、波線部分を追加することで記述を明確にした。勸告については、訳文を統一した。

大学非常勤講師の業務遂行の「労働」性、 講師の「労働者」性

—大阪大学非常勤講師事件・大阪高判令 8.5.15—

萬井隆令*

大学で講義を非常勤講師に委ねることは一般的にみられるが、中に、法形式上、それを委嘱契約により、当該非常勤講師を「労働者」ではないとする大学が存在する。「労働者」ではないから労働法は適用されず、契約解除は「解雇」に当たらないから自由である。有期の場合、合理的理由は求められないから、雇い止めすることも自由である。それを不当と争う例が相次いだ。阪大非常勤講師事件はその一つである。非常勤講師であったSらは、有期契約の更新拒否（雇い止め）は労働契約の一方的解除（解雇）であり、客観的に合理的な理由は存在しないから解雇は無効であると主張し、労働契約上の地位確認等を請求した。大阪地裁は訴えを棄却したが、大阪高裁は地裁の事実認定をほぼ引継ぎながら、法的評価を変更し、請求を認容した⁽¹⁾。同様の事案に関わる東京海洋大学事件・東京高裁判決に続く2例目で、判例の方向性を決定付ける意義を有する⁽²⁾。

【事案の概要】

大阪大学は2007年10月に大阪外国語大学を統合して外国語学部とし、そ

* よろいたかよし 龍谷大学名誉教授

の際、外語大のS、I、Kを、Uは謝金講師を経て、結局、全員を非常勤講師として準委任契約（委嘱契約）を結んで引き継いだ。担当する主要な科目はSは学部の英語、Iはモンゴル遊牧民地域講義、K、Uは国際教育交流センター(CIEE)で（留学生対象の）日本語等であった。

教授会でカリキュラム（開講科目、当該授業の骨子）を策定した後、「外部（非常勤講師）に委嘱する授業を選別の上、委嘱先候補者に打診」し、「内諾を得られた者」にシラバスの作成を依頼し、提出されたシラバスが適切であることを確認して、授業担当を委嘱した。講師には講義の内容・進め方等について「教授の自由」はあるが、教室、時限は指定され、試験の日程や成績評価の期限は指定された。Sらは「シラバスに記載されていない業務の依頼や指示がなされることはなかった」。

阪大は、委嘱契約であることを理由に非常勤講師を「労働者」と認めていなかったが、Sらは、就労実態に照らし契約は実質的には労働契約であり、就労が通算5年を超えているとして2021年3月、労働契約法18条に基づき無期労働契約への転換を申請した。だが、当該申込について決着が付かないまま、2022年4月1日から1年の有期労働契約を結び、阪大は翌年3月末、契約更新をせず、Sらを雇止めとした。

以下、主たる争点である、本件委嘱契約の法的性格およびそれが労働契約と認定された場合の労働契約法18条に基づく無期契約への転換について検討する（未払賃金の請求問題は省略する）。

【判決要旨】

「労働者」性の判断枠組みとして「使用従属性（使用され、労働の対償としての賃金を支払われるという関係）」の有無が問われる。具体的には、

1. 大学の指揮監督下での労務の提供—（1）仕事の依頼、業務従事の指示に対する諾否の自由、（2）業務遂行上の指揮監督、（3）勤務場所・時間の拘束性、（4）労務提供の代替性、2. 報酬の労務対償性、3. 事業

者性、専属性等を総合的に考慮する必要がある（原本36頁一以下、頁のみ示す）。

1. 大学の指揮監督の下で労務を提供したか

（1）仕事の依頼、業務指示に対する諾否の自由

（ア）「学生の授業選択の重要な指標となる」シラバスの作成は当然に行うべきことであり、学期前の教務オリエンテーションへの参加、学生の質問への対応等は「授業の実施と密接不可分」であるから、それらは「労働者性を直接に基礎づける事情」とは評価し得ない。

学生への課題提出の指導や教職課程再認定のための文書作成等は「軽微な事務」であり、委嘱された以外の業務とは評価し得ない。

（イ）契約に含まれる業務以外の業務につき指示を受けないことは当然で、その事情自体は使用従属性を否定する要素とは認められない。

（ウ）「高度の専門性と業務遂行の大幅な裁量性」が前提とされる以上、大学教員は「本来、授業の内容や遂行方法につき大学側から具体的指示を受けることに親しむものではない」。「業務遂行上の諾否の自由が事実上制約されていた」ことは、直接労働者性を肯定するには足りないが、「否定する方向で特段の意味をもつものではない」。

（エ）要するに、非常勤講師の使用従属性の判定に当たり、「諾否の自由の有無を微視的・局所的に検討することは必ずしも有益なことではない」（36～40頁）。

（2）業務遂行上の指揮監督の有無

（ア）教育事業の遂行に不可欠な事業組織への組入れは労働者性の判断にあたり過大視はできない。ただ、教育水準や学生間の衡平確保のために、大学が「一定の具体的な対応を求めることがあり得る」から、それに対する「対応の実情を吟味することを通じて…指揮監督下にある」かどうかを検討される。

(イ) 大学は「委嘱契約締結の前後を通じて、非常勤講師が作成したシラバスを点検・審査し、必要に応じて、その補正が指示されていた…CIEEでは…授業の進行や採点基準等を調整するため、各種ミーティング等を実施したり、学内通信ツールを利用するなどして、専任教員から具体的な指示がされていた」。成績評価に関しても、「KOANで入力した内容等が、専任教員の指示で訂正、変更されることがあった」。

これらの大学の対応は、教育水準の確保等、「大学設置者としての事情と必要性に基づく」もので、それらの指示は「準委任契約…でもあり得る程度の指示や依頼の一環と同視し得るものの域を超え…具体的な指揮監督の性質を有する」。

(ウ)「契約に先立つシラバスの審査が相当程度形骸化」しており、契約締結後も補正指示があったから、契約締結時期の事情によって指揮監督の有無は左右されない(40～43頁)。

(3) 勤務の場所、時間に関する拘束性の有無、程度

授業は指定された講義室や時間帯で実施されるが、そのような拘束は「労働者性を斟酌させる強い要素にはなり得ない」が、労働者性と矛盾するものでもない。

カードや出勤簿により「勤怠管理がされていた」が、それは「労働者であることと矛盾するもの」ではない(43～44頁)。

(4) 労務提供の代替性の有無

第三者に授業を代替させることは予定されていないが、代替性がないことは「労働者性を斟酌させる強い要素にはなりえない…が…否定する要素とはいえない」(44頁)。

3. 報酬の労務対償性

報酬は「時間給を基礎とし…全体として、労務対償性が維持されている」(44頁)。

4. その他

(1) 事業者性の有無

1時間当たり6685円の報酬で事業者性を認めることは相当ではない(45頁)。

(2) 専属性の程度

阪大に専属しないことは労働者性を弱めるものとはいえない(45頁)。

(3) その他の事情(採用の際の選考過程、服務規律など)

報酬については源泉徴収され、授業回数は免除されないが年次有給休暇を付与されていることは労働者性を一定程度補強する。他方、採用につき公募が要件とされないとか雇用保険の対象とされないこと等は労働者性を否定する方向に働く。

非常勤講師にも服務規律の定めがあり、大学からの中途解約が可能で指揮監督権を担保している。懲戒処分の対象とされないことは労働者性を強く否定する要素とはいえない。委嘱契約が通算して5年を超えないとしたことは、労働者性を強く補強するとまではいえない。

以上の事実は、大学が「労働者と認識していると推認される事情」であるが、「法形式の操作や選択により強行法規の潜脱、形骸化がもたらされる可能性が否定できず、労働者性の有無を判定するに当たっての事情としては、限界がある」(45～47頁)。

5. 総合評価

Sらが「契約外の業務を命じられることはなかった…こと自体は…契約上職種や業務内容が限定されていることに由来する」。「勤務場所や勤務時間が指定され、勤務時間につき一定の管理がされていた…事情は…労働者性を否定する方向で考慮されるべきものではない」。授業の実施に代替が認められないことは労働者性を認めることとは矛盾しない。「シラバスの作成、審査を通じ…指揮監督を受けているといえるし、成績評価(採点)

についても…専任講師により必要に応じて変更、訂正され…強い指揮監督が及んでいた…特に、CIEEにおいては…授業の進め方、採点基準の統一など…幅広い指揮監督に服していた」。これらは報酬の労務対償性と相まって「労働者性を強く推認させる」。労働者性を肯定、否定する方向に馴染む両者があるが、それは「法形式の操作により定まり得る」から、使用従属性を判定する要素としては慎重に扱わざるを得ない。

以上を総合すると、「遅くとも本件各申込みの当時、有期労働契約の通算期間が5年を超える労働者であったことが認められる」(47～48頁)。

【評釈】

本件では、専任の教授や准教授らが労働者であることは問題とされないにもかかわらず、民法上の委嘱契約（準委任契約）によって大学教育の一端を担い、しかも専任教員よりも多数でありながら、身分上は不安定な非常勤講師が労働法による保護の対象となる「労働者」と認められるかという問題が争点となった。

大阪高裁は、大学の指揮監督下における労務の提供か否かを重視し、非常勤講師の労働者性を認定した。結論は妥当であるが、それを導く論証は必ずしも非常勤講師の実態を明快に分析した結論とは言い難い。また、労働契約法18条により無期契約への転換を認めるが、結論だけで論証は存在しない。本判決の事実認定の在り方については慎重な吟味を要する。

1. 非常勤講師の委嘱契約締結について

(1) 委嘱契約締結の手順と契約成立

大阪高裁は、外国語学部における非常勤講師の委嘱までの経緯につき、①時間割と授業の骨子を策定して、②外部に担当を委ねる科目を決め、③当該科目につき「委嘱先候補に打診」し、④内諾（次年度の講義担当を了
(龍法 '26) 59-2, 206 (462)

解) が得られれば、⑤シラバスの作成を依頼し、⑥提出されたシラバスの内容を審査して、適切であれば「非常勤講師としての委嘱に係る契約書を作成する」という手順を認定し、ただ、実際には、⑥のシラバスの「審査が完遂されず」契約書が送付されたり、契約締結以降にシラバスの不備の補正が指示された例があるなど、「手続きは相当形骸化」していたと判示している (17頁)。

判決は何事もないかのように、「契約締結の前後を通じて…」というが、契約を締結したからこそ、大学はそれに基づき指揮命令権を得られるのであるから、どの時点で、何を指標として契約成立を認定するのか明瞭でなければならない。時期の問題を含め、契約締結についての理解は杜撰に過ぎる。

なお、上記手続きは法的形式を整える建前であり、現実には「形骸化」がむしろ常態となっている。実態に照らせば、③の「打診」は専任教員が大学から契約締結申込の権限を付与されて行なう契約の申込みであり、④の「内諾」はそれへの同意であって、その時点で契約は成立する。委嘱契約が成立したからこそシラバスの作成を依頼する次のステップに進むのであって、シラバスの依頼は契約成立を確認し、それを伝える意味をも含むことになる。原告Sは、提出したシラバスが審査を受けた後に正式に委嘱を依頼する手順になったことはないと証言している (令6.6.27証人調書6頁)。

そもそも、③「打診」というが、その「委嘱先候補」はどの機関で決めるのか。私の大学教員としての経験に照らすと、通常、上記①、②の業務を担当する学部教務委員会といった機関において当該科目に近い分野を専門とする専任教員に「候補」の推薦を依頼する。どの分野でも大学の枠を超えた研究会が存在し、そこで他の研究者と接触しており、また日頃から周辺分野の研究論文を読み、「委嘱」するに相応しい研究者についての情報を有しているから、専任教員を信頼して候補者の推薦を依頼する (それ

以外に、適当な候補者を探す手立てを想像することはむづかしい)。そして、推薦があれば特に支障がない限り、当該候補者への「打診」も委ね、④「内諾」が得られれば実質的には契約が成立する。契約の申込みも承諾も、一定の形式は要件ではなく、社会常識に照らし、両当事者の意思が確認されるものであれば足りる⁽³⁾。

被告阪大は、「シラバス確定までの種々の作業は…契約締結に向けた担当者との準備や協議」にすぎないと主張し、高裁は同主張を事実と認める(12頁、32頁)。しかし、それが事実だとすれば、委嘱契約の成立(講師の採用)を認定する指標は何か。阪大は大学総長の「契約書」の送付が指標であるという(阪大令6.9.11第7準備書面9頁)。

契約は口頭でも成立する。コンビニで棚からとった品物をレジで現金を添えて差し出せば「これを買いたい」、店員がレシートと釣りをだせば「売ります」という意思表示であり、無言のままで売買契約が成立する。契約書が交わされることはない。それはデパートでの高価な商品の場合も同様である。また、住宅建築といった高額の契約で契約書が交わされる場合も、会社代表が出向くわけではなく、担当者が代行する。非常勤講師の「採用」も、必ずしも学長による「採用」といった表現とか契約書がなければならぬというものではない。

「契約書」を作成する場合も、契約は当事者双方の合意によって成立するから、それに相応しく、両当事者の署名があつて然るべきである。しかし、阪大の「契約書」なるもの(甲A3の1号証)は、科目、業務時間などを記し、当事者は「大阪大学 総長 ○○」だけで、非常勤講師が署名する仕様にはなっていない。それは労働条件を一方向的に通知するだけのもので、「契約書」とはいえない。阪大は、労働契約を避けて民法上の委嘱契約の形式をとって法形式に拘りながら、肝腎な「契約」なるものの理解に欠けている。

常識的に考えても、契約成立以前の「候補」に過ぎない段階でシラバス
(龍法 '26) 59-2, 208 (464)

の作成を依頼することはあり得ない。シラバス作成の期限以前に阪大から契約書が送付されたことがあるとの証言もある（原告 I t 令 6.6.27 本人調書 3 頁）。シラバスの審査を経て学部教授会で委嘱決定—契約書の作成等は単に契約成立の形式を整える意味を有するにすぎない。

なお、就職をめぐるのは、縁故採用もあれば、インターンで来ている学生の中に有能な者を見つけ、会社が働きかけて採用するケースもある。従業員に大学の後輩で優秀な学生をリクルートさせる例は少なくない。本件に直接関わらないとしても、公募が要件とされないことは労働者性を否定する方向に働くという判示は、高裁の一般的な就職問題についての認識不足を示している。

（２）シラバスの「審理」

高裁は、⑤の依頼に応じて提出されたシラバスの適切性について⑥の「審査」が「完遂」されていないと判示するが、同判示は妥当なのか、現実には照らして判断する必要がある。

阪大外国語学部は2024年5月現在、教授44人、准教授31人、講師らが20人で計95人、非常勤講師が250人程度のスタッフである。非常勤講師もそれぞれの科目については大学で講義を担当する見識を備えた専門家であるが、250人から提出されたシラバスを95人の専任教員で「審査」をすることが現実には可能なのか。例えば原告 I t は「モンゴル遊牧民地域講義」担当であるが、講義担当者の推薦と交渉を任された専任教員の他にそのような特殊な分野について提出されたシラバスを「審査」する学識を持つ適任者が学部内に存在するのか。語学であれば存在するとしても、シラバスが提出される時期は、専任教員も期末試験と卒業判定や大学の入試の業務があり、翌年度のカリキュラム編成や学部役職の選任などの作業が集中する年度末の繁忙期であるが、多数の「候補者」について実質的な「審査」を短期間の内に処理することは可能なのか。高裁は手続きの「形骸化」を指

摘するが、元々、非常勤講師の採用（委嘱）の実態は、専攻の近い分野を研究している専任教員の判断を基本的に尊重するシステムになっている。適任性についても提出されたシラバスについても、交渉を委ねた専任教員の学識や判断を信頼する以外にない（W令6.6.27本人調書2頁）。高裁はそのような実情を認識・理解していない。

なお、「契約書」の成立は、いつ、何を指標として判断するのか、明確にする必要があるが、高裁は、阪大側の契約成立までの手順を確認するだけで、契約の他方当事者である非常勤講師の意思の確認の指標を明確にはしないまま、漠然と「契約書を作成する」と判示した（17頁）。大阪高裁も形式に拘って、実態に即した理論構成を成し得ていない。

（３） 非常勤講師の実情—経済的従属性

非常勤講師といっても一様ではない。他大学で専任教員の留学、役職就任に伴う担当コマ数の配慮といった事情があり、いずれかの大学の専任教員が、代役を依頼され、本務校の了解を得て努めることも多い。本件の原告らは、本務校はなく、専ら非常勤講師としての収入によって生計を営まざるを得ない専業非常勤講師である。専業非常勤は大半が1年の有期契約であり、契約の有無は生活に直結するから、毎年、翌年度の出講についての「打診」を期待し待ち受けている状況にあり、特別の事情がない限り、「打診」を受けて、他大学からの打診と出講日・時間などを調整する必要があるとしても、断ることは考えられない。契約について、実質的に諾否の自由はなく、その意味で大学との関係では経済的従属状態にある。

判決は、「諾否の自由」といった表現を用い、Sら専業非常勤講師が阪大と自由対等に契約を締結するか否かを判断し得るかのように述べているが、1コマ当たりの報酬や収入の状況まで明らかであるにもかかわらず、同判示をみると、高裁は「労働者」性問題の基底にある経済的従属性を理解しているのか、疑問である。また原告らは、阪大の教育体系に組み込ま

れているという組織的従属性を主張したが（7頁）、高裁は准委任契約によってもあり得るとして同主張を退けている（41頁）。その認識不足は労働問題について裁判官としての資質が問われる問題である。

専任教員が労働者であることは疑われないにもかかわらず、非常勤講師の労働者性が問われること自体が社会常識に反することである。

2. 「労働者」評価の判断枠組みについて

非常勤講師の「労働者」性の判断枠組みとして、高裁は、先に指摘した契約締結の自由に関わる認識の問題とは別に、Sらが大学の「指揮監督下において労務を提供したか」に着目し、（1）業務指示に対する諾否の自由、（2）業務遂行に対する指揮監督、（3）勤務場所・時間の拘束、（4）代替性を検討する。

（1）業務指示に対する諾否の自由の有無

判決は、シラバスの作成、学生の質問への回答、教職課程再認定のための文書の提出等は「当然」あるいは「軽微な事務手続き」で、その業務指示への「諾否の自由の有無」の「微視的・局所的」な検討は労働者性・使用従属性の判定のためには「必ずしも有益なことではない」とする（40頁）。

しかし、大学で講義を担当する者は「当然」、日頃から文献を渉猟して読み込み、研究会に出席して議論を交わす等して見識を高め、研究論文を執筆する。本人の心得次第だが、研鑽に上限はない。学生は講義では判らなかったので質問するから、教員は「当然」どのように表現すれば理解されるか工夫を凝らさねばならない。「当然」のことでからといって短時間で済むとか容易であるわけではない。なぜ、「当然」だとして、指示に従わせることが「使用従属性」とは別問題なのか。また、「教職課程再認定

のための文書」の内実は不明だが、文科省からの問合せの内容によっては、文書作成に相当量の作業が求められる場合もあり、文書作成の作業は「軽微」では済まされないこともある。徒に揚げ足取りをするつもりはないが、「当然」とか「軽微な事務」といった、内容は不確かで、しかも「微視的・局所的」という、何を指しているのか判然としない曖昧な表現によって、指示に対する諾否の自由の検討を回避することは適切とはいえない。

（２）業務遂行上の指揮監督の有無

（ア）大学の理念と非常勤講師の業務の実情

高裁は、大学教員の講義は「高度の専門性と業務遂行の大幅な裁量性」を特徴とするから、本来、「授業の内容や遂行方法につき大学側から具体的指示を受けることには、原則として親しまない」と述べて、一定水準の教育および学生間の衡平確保のために、「一定の具体的な対応を求めることがあり得る」から、その実情を吟味して「指揮監督下」にあったと認められるか、検討する必要があるという。

阪大では教育水準の確保、授業の進行や成績評価の統一・調整を通じた学生間の衡平の維持等を目的として、シラバスに一定の内容を求め、それに基づく授業の実施を図るため、具体的にはシラバスの「点検・審査」を行ない、必要があれば補正を指示し、授業の進行や採点基準等を調整し、成績評価の補正を行なった。高裁は、それらに関わる指示は「準委任契約…でもあり得る程度の指示や依頼の一環と同視し得るものの域を超え」ており、「事業目的を遂行するため…具体的な指揮監督」であり、労働契約の履行という実態があったと判断した（40～41頁）。

当該判断は妥当である。ただ、その直前では、「業務遂行上の諾否の自由が事実上制約されていた」としても、それは「直接の根拠として大学の非常勤講師の労働者性を肯定するに足り」ないと述べており、前後矛盾するのではあるまいか。さらに、それは「逆に、労働者性を否定する方向

で特段の意味を持つものではない」ともいう（40頁）。高裁は、大学というものの理念と阪大の非常勤講師の実情の乖離をみながら、それを理論的に整理し得ず、判断を下しかねている。

改めて、裁判所は事実に基づいて判決しなければならないことを想起すべきであろう。

（イ）事実認定に対する疑問

委嘱という契約は、ある企業や団体として臨時的な業務であるため、その遂行を外部化し、成果を受け取ることに重点をおく性格の契約であって、本来、恒常的に遂行する必要がある業務には馴染まない。それはさて置くとしても、提出されたシラバスを「審査」し「補正を求める」とか、成績評価の「補正」を求めることは、「高度の専門性と業務遂行の大幅な裁量性」を前提に講義担当を委嘱した趣旨にそぐわない。また具体的に観ても、シラバス作成の依頼—提出—確定—シラバス集作成・公表（学生への配布）の手順およびそれに要する日数とか、試験—答案採点—成績表の確定と学生への通知（公表）の進行を観察すれば、通常は大学（専任教員）による「補正」等の時間的余裕はなく、実施はあり得ない。高裁も「補正」が実際に行なわれたとは認定してはいない。

学生から、シラバスに不備があるとか内容に差別的表現があるといった苦情が申立てられ、関係者が確認したところ当該申立てに理由があると判断され、当該シラバスの作成者に修正を指示することはあり得る。また、講義開始後、話が判り難い、科目の内容から離れた雑談が多すぎる、セクハラ的な発言があるといった苦情や告発等が寄せられ、調査したところ事実が確認されたので、是正を求めることはあり得る。また、ある科目（担当教員）について採点が不公平だ、成績評価に偏りがあるといった苦情が申し立てられ、通常は受理されないが、苦情が合理的と判断される特段の説明があれば、学部として受理し、事情を調査し、結果によれば当該教員

と協議し、評価を変更することもあり得る。しかし、それらはいずれも一種の「事件」である。それに対してはその都度、学部長、教務主任などあるいは独自の委員会が対応する。対象は専任教員、非常勤の別を問わない。それは、大学の指揮監督の下で授業が進められているとの判断・評価に通じるが、留意すべきは、それらはシラバスや成績評価の提出後であり、例外的な「事件」への危機管理的な対応であり、事後の修正措置であるということである。

高裁の、シラバスの補正を指示したとか、「専任教員において非常勤講師による成績評価をチェックし……修正することがあった」という記述は、学生に対する公表以前に、担当者から提出されたシラバスを「補正」させるとか、専任により評価が「補正」された例があると判示していると解されかねない（13頁）。だが、「事件」はおきていないにもかかわらず、全ての講師のシラバスや成績評価が対象であったのか、一部の特定の講師に關してだけなのか、一部だけであるとすれば、それは何を契機に特定の講師について行なわれたのかが問題になるが、その点についても確認していない。重要な筈の「指示」や「チェック」の具体的な切っ掛けや時期についても確認していない。要するに、重要な問題点についての事実認定はことごとく著しく杜撰で、「指揮監督」の内実を明らかにするには不備であり、裁判所の判断の前提とはなり得ない。

本件当事者や関係者が高裁の判断に沿うような証言をした形跡はない。例えば成績評価について、Sは学生からの疑義には自ら対応したし、答案用紙を見ないで成績評価が適切か否かは判断できないが、専任教員から答案を見せて欲しいと言われたことはないと言言している（令6.6.27本人調書9頁、11頁）。また、Iは成績評価書（KOAN）に2021年10月から専任教員Imの名が併記され、あたかも成績評価をIと同人とで行なっているようにされたが、その実態はなかったし、後日、別の専任の名が併記されたが、異議を述べて削除されたと証言している（令6.6.27本人調書7（龍法'26）59-2, 214（470）

～8頁)。後者は、現実に専任教員が成績評価を行なうわけではないし、非常勤講師が成績評価をKOANに載せれば、その後は専任が修正（変更）はできないにもかかわらず、一つの科目の「担当教員」について非常勤講師と専任教員とを併記することによって、専任（つまり、大学）が成績評価に関与し、文科省の「事務連絡」に対応し、非常勤講師を管理監督しているかのように見せかける、姑息な手段であった。要するに、当事者が主張・立証を行ない、それを事実として認定した跡は観られない。裁判所の事実認定としては在り得べからざることである。

大学は、専任であれ非常勤であれ、専門家である教員の教育能力に対する信頼の上に運営されている。当事者の主張・立証が不充分であった可能性がないではないが、いずれにせよ、裁判官は大学という教育機関の運営の実情を理解し損ね、なされた主張や立証を曲解しているのではないかと疑問を持たざるを得ない。

（３）勤務場所・時間に関する拘束性・程度

委嘱は、業務の遂行を外部化するもので、政府や自治体が法案作成に係る作業を委嘱した場合には関係者が多数になるため業務遂行の場所、時間を調整し準備することは例外であり、業務遂行の場所・時間に関する「拘束」は委嘱本来の趣旨から逸れると解される。

判決は、勤務場所・時間は拘束されるが、それは非常勤講師の「労働者性」を斟酌させる強い要素にはなり得ない…他方で、労働者性と矛盾する要素ともいえない」として、判断基準を決め兼ねる様子を示している。しかし、授業実施に係るカード、出席簿、授業報告等により勤怠管理が行なわれていたことは「労働者であることとするものとまではいえない」と述べながら、何故か、その「拘束」を労働者性の一つの指標と認めている（43～44頁）。結論は妥当としても、支える論理不在の判示と言わざるを得ない。

（４） 労務提供の代替性

判決は、労務代替性の欠如は労働者性斟酌の「強い要素にはなりえない」というが、委嘱は業務遂行を相手方に委ねることが特徴であり、それには第三者への再委嘱も含まれ得るから、その判示は根拠に欠ける⁽⁴⁾。

（５） 報酬の労務対償性、契約期間の上限ほか

雇用保険等の対象とされないことは労働者性を否定する方向に働くとしても、報酬は労務対償性を認められ、１時間当たり6685円の報酬では事業者性があるとはいえない、阪大に専属しないことは労働者性を弱めるものとはいえない、服務規律の定めがあり、中途解約の可能性により間接的に指揮監督権を担保されている等々、労働者性を肯定する要素も多いとする(45頁)。

判決は、委嘱は通算５年を超えないとしたことは労働者性を強く補強するとまではいえないというが、如何なる必要あるいは根拠に基づき契約期間の上限を５年としたのかは問われる必要がある。通常、委嘱は臨時で発生する専門的な知識や経験を要する仕事を処理するための契約形態であり、常に存在する業務には馴染まない。したがって、５年という長い期間とすることの根拠、しかも長期に利用しながら何故５年を上限とするのかが問われる。合理的理由が存在するとは考え難い以上、常識的には労働契約18条を念頭におき、その適用の可能性を予め回避することを意図したものと推測される。それは、「隠すよりは現われる」という俗言のままで、阪大自体が契約は実情に照らすと労働契約であったと認識していることを示唆する。

（６） 総合評価について

判決は、諸事情には労働者性を肯定する方向と否定する方向に馴染むものがうかがわれるが、それは「法形式の操作により定まり得る」から、労
(龍法 '26) 59-2, 216 (472)

働者性の考慮要素としては慎重に」扱うべきだとする（48頁）。労働者性の有無判断の根拠として挙げた要素については、教育水準の確保や成績評価の統一・調整を通じた学生間の衡平の維持等のためのシラバスの審査や採点基準の調整等は、委嘱契約の場合でもあり得る程度の「指示や依頼の一環と同視し得るものの域を超える」とし、シラバスの審査・補正や成績評価の変更等を根拠として労働者性を推認した（42頁、48頁）。しかし、勤務場所等の拘束や勤務管理の実態は労働者性とは矛盾はしない（43頁）、「懲戒処分の対象とされていないことをもって労働者性を強く否定する要素とまではいえない」（46頁）等の消極的肯定の表現がある。それに対して、勤務場所や時間の拘束、代替性がないこと等は「労働者性を斟酌させる強い要素にはなり得ない」（43頁、44頁）、雇用保険等の対象とされていないことは「労働者性を否定する方向に働く」（46頁）といった消極的認識も多い。表現が一樣ではなく内容が明快ではないことは問題があるほか、それらをどのように「総合」するのが最も重要であるが、それは窺い知れない。

ところが、本件委嘱は数年前から実質的には労働契約であったとする、本件にとって最も重要な事柄について判示は存在しないにもかかわらず、いきなり、諸事情を「総合すると…遅くとも本件各申込み（筆者注―労働契約法18条に基づく無期労働契約への転換の通告）の当時、有期労働契約の通算期間が5年を超える労働者であった」と判示する（48頁）。余にも唐突の感を否み得ず、判決文から判断の実質的理由を読み取ることは難しい。

5 小括

阪大は、文科省が2021年4月8日に『大学が請負契約等を締結した者を活用して授業を実施する場合の留意点について』と題して出した「事務連絡」および国会において固有名詞を挙げての追及があり、その直後に、教

育担当理事、人事労務担当理事連名で、文科省から「非常勤講師が担当する本学の授業について…主体性と責任をもって実施しているか事実確認の依頼」があったとして、委嘱契約当時の「授業実施の現状を把握」するためにアンケート調査を指示し（甲全第40号証）、結果を踏まえて、2022年4月1日から1年の有期労働契約を結んだ。しかし、同アンケートの設問は形式的であり、委嘱契約下の教育の実態を把握し得るものではなかった。日頃、非常勤講師の諸事情は把握している筈であるから、アンケート調査するまでもなく、「労働者」概念についての理解と通常感受性があれば、非常勤講師が労働者性を備えていることは認識し得ていたに違いない。アンケートは、敢えて、それまでは非常勤講師が担当する教育の実情を知らなかったことにし、その調査により実情を把握し得たことにするための「演出」と推測される。その時点で早々に、有期労働契約を結んだのは、文科省「事務連絡」を受け、国会で名指しで批判された際に文科省が「不適切な事案が判明した場合は必要な指導・助言をする」と答えた以上、官僚答弁と無視し得ないと感知したからに他ならず、阪大としては不本意な契約形態の変更であったに違いない。

仮に、阪大が委嘱契約当時の実態を慎重に検討・考慮して労働契約と判断したのであれば、それは外語大併合まで遡る筈であり、したがって、労働契約法18条に基づく通告に率直に応じ、2022年4月には無期契約を結んでいた筈である。阪大の1年有期契約の締結は一応は委嘱契約当時の実情への「反省」とも解されるが、反省とすればあまりにも不徹底である。そうであったからこそ、翌年3月に契約更新をしないで雇止めとした。契約更新をしなかった対象は非常勤講師の多数に及ぶが、多くはクーリング期間の後には再度、雇用しており、結局、雇止めのままであったのはほぼ原告らだけであったことを考え合わせると、雇止めは無期契約への転換を通告した原告らへの「意趣返し」と見做される。それは不当労働行為（不利益取扱い）を構成する違法行為でもあり、阪大理事会の品性が疑われる。

大阪高裁は、「授業の内容や遂行方法につき大学側から具体的指示を受けることには、原則として親しまない」と述べつつ、シラバスや成績評価について専任教員による「補正」の可能性を指摘して、立証されていないにもかかわらず「補正」があったとし、それによる大学の「指揮監督」を確認して「労働者」性を認定した。それは、高裁は、工場や事務所で就労する一般の労働者に係るのと同様な指揮監督が存在することが大学教員の「労働者」性の認定に必要と考えているもので、大学における教育、それを担当する大学教員の「労働」についての認識が不充分、不正確であることを示している。「労働者」性の判断にかかわりが深い「労働の従属性」についていえば、大阪高裁は、人的従属性に過度に囚われ、経済的従属性や組織的従属性についての理解に欠け⁽⁵⁾、したがって、それに関わる検討を回避しているという難点がある。

高裁は、阪大の「反省」部分は汲み取り、文科省が「事務連絡」で示した強い偽装請負の禁止の意向を付度して「意趣返し」にあたる契約更新拒否（雇止め）を違法とし、「総合評価」としたものと解される。ちなみに、本件と同様の事案である東京海洋大学事件で、東京高裁は文科省の上記「事務連絡」を詳しく紹介し、「当然参照されて然るべき」としている⁽⁶⁾。Sらも同「事務連絡」を書証（甲全6）として提出し、留意を喚起している（11頁）。大阪高裁は一言も言及しないが、説得的な判決理由があるとは言い難い唐突な「総合評価」を読むと、事実認定よりもむしろ文科省の見解に対する付度が主要な要因となっていたとまで推測される。

本件判決の結論は了とされる。ただ、判決には判決理由が不可欠である。大阪高裁は独自に、例えば、阪大が委嘱契約の実態に基づき労働契約へ変更したことの理由およびそれを1年有期としたことについての評価、また、当該契約終了時に次の契約を結ばなかったこと（雇止め）の可否についての見解を示し、判決理由と評価されるに相応しい法律論を示すべきであった。それは阪大理事会に「反省」の不徹底を示唆し、「意趣返し」の違法性を

指摘するものになり、今後の同種の紛争を防止する意義・効果があったに違いない。阪大は上告したが、阪大理事会の「反省」の不充分さが主要要因としても、判決理由の説得力不足が一因を成していると推測される。

-
- (1) 阪大非常勤講師事件・大阪地判令7.1.30労働法律旬報2077号72頁、同判決について萬井隆令「大学非常勤講師の『委嘱契約』の意義」龍谷法学58巻2号（2025年）237頁、本久洋一「国立大学非常勤講師における『一般的指揮監督』の存在について」労働法律旬報2086号（2025年）23頁。同事件・大阪高裁第10民事部（裁判長裁判官：大島雅弘、裁判官：竹添明夫、姥迫浩司）判令8.5.15（掲載誌未詳）。
 - (2) 東京海洋大学事件・東京高判令8.1.15労働法律旬報2099号51頁。
 - (3) 萬井隆令『労働契約締結の法理』（有斐閣、1997年）154頁以下。
 - (4) 萬井隆令「労働者性の指標：労務の代替性について・試論」西谷敏先生古希記念論集『労働法と現代法の理論』（日本評論社、2013年）277頁。
 - (5) 西谷敏『労働法の基礎構造』（法律文化社、2016年）第3章Ⅳ「日本における民法と労働法」および第7章「『労働者』の統一と分裂」。
 - (6) 前掲注（2）労働法律旬報2099号54頁。

臨時会不召集違憲訴訟

大 芝 理 穂*

目次

問題の所在

事実の概要

判旨

判決および評釈の検討

(1) 臨時会召集決定と冒頭解散

(2) 本件における「権」とは何か

(3) 行政権観念の執政権説に基づく内閣の責任

おわりに

問題の所在

第2次安倍内閣は、2012年12月の衆議院選挙において、それまで政権を担っていた民主党に大勝し政権を奪還する形で発足した。自民党は294議席を獲得し、当時連立を組んでいた公明党と合わせると325議席に及び、法律案が参議院で否決された場合も、政権与党の衆議院議員で再可決することが可能となった。反対派議員や国民の反対デモ集会が行われるにも関わらず、これを押し切り十分な話し合いを行わず数の力で成立させたのが安全保障関連法（2015年）である。たとえ多数の「民意」によって政権を獲得したとしても、恣意的に政治的権限を行使してよい理由にはならず、

* おおしほりほ 龍谷大学非常勤講師

憲法尊重擁護義務に違反する¹。こうした「政治の私物化」とも称される安倍内閣による行為は、数の力による法律制定にとどまらなかった。

2017年、財務省近畿財務局が森友学園に対し払い下げた大阪府豊中市内の国有地について、売却額を非公開にしていることが発覚した。国有地の売却額は公開が原則であるが、情報開示請求に対して不開示の決定がなされた。学園は、この土地に小学校を設置する予定であり、安倍内閣総理大臣夫人を小学校の名誉校長としていた。売買契約や設置認可について、政治家や安倍内閣総理大臣夫人への忖度疑惑等が、国会で議論された²。また、加計学園獣医学部設置認可に関わって、学園（岡山理科大学今治キャンパス）のある今治市の国家戦略特区追加指定、国家戦略特区諮問会議における応募条件の追加によって、加計学園のみが獣医学部新設可能となった一連の過程について、早い実現を促す文書の存在や安倍内閣総理大臣と学園理事長との友人関係から、不透明さが問題とされた³。

本件臨時会召集要求は、「モリカケ問題」追及が目的の1つとされているが、内閣は長期間召集に応じず召集後冒頭解散した（すなわち内閣は不召集の決定をした）ため、議論が実施されることはなかった。本件不召集は、内閣による「政治の私物化」に私物化を重ねる決定である。本件における内閣の強い権限行使に対し、同じく憲法尊重擁護義務を負う裁判官は、これを司法審査の対象であるとし、召集要求があった場合に应じる義務が内閣にはあると判示した。本判決は、政治部門による恣意的な権限行使に対し、少数派議員がこれを止められなかった場合に、司法部門が歯止めをかけることを示した判決であると評価すべきである。

1 大芝理穂「憲法尊重擁護義務を基軸とした立憲民主政治の構築理論」龍谷大学院法学研究21号、2019年、1頁以下。

2 村上裕章「森友学園事件から見えてくる法的問題」法律時報90巻2号（2018年2月）、64-65頁。

3 藤原静雄「加計学園問題と情報公開・公文書管理」法律時報90巻2号（2018年2月）、79-82頁。

事実の概要

2017年（平成29）6月22日、憲法53条（内閣は、国会の臨時会の召集を決定することができる。いずれかの議院の総議員の4分の1以上の要求があれば、内閣は、その召集を決定しなければならない。）の規定に従い、衆議院の総議員の4分の1以上である120名の議員及び参議院の総議員の4分の1以上である72名の議員が臨時会召集要求を行なった。これに対し内閣は98日間召集をせず、同年9月28日に召集した臨時会で衆議院を冒頭解散し、議員による質問の機会などは設けられなかった。本件は、内閣による臨時会実質的不召集決定によって議員としての活動を行うことができなかった損害を負ったとして、当該議員が国賠法1条1項に基づき提訴したものである。

本件訴訟は、沖縄と岡山と東京で提起されている。那覇地判では⁴、本件における内閣による臨時会召集決定が、苫米地訴訟（後述する）によって示された統治行為論に該当するかについて、その高度の政治性を肯定しつつも、「憲法53条後段に基づく内閣の臨時会の召集については、議院の総議員の4分の1以上の要求がある場合において、内閣が憲法上の要請に基づき行う必要があるものであって、これは単なる政治的義務と解されるものではなく、憲法上明文をもって規定された法的義務と考えられる」と判示し、内閣に裁量が認められるとしても極めて限定的であるとした。「憲法53条後段の趣旨すなわち少数派の国会議員による国会の召集要求の途を開け、少数派の国会議員の意見を国会に反映させるという趣旨が没却されるおそれがあるのであって、そのような事態が生じる場合には、議院内閣制の下における国会と内閣との均衡・抑制関係ないし協働関係が損なわれるおそれがあるというべきであるから、司法審査の対象とする必要性

4 那覇地判2020（令和2）年6月10日判例時報2473号93頁。

が高いというべき」とする。他方で、「臨時会で行使できたはずの質問権等の諸権利を侵害された」という原告らの主張は、「国会議員の召集要求権は、内閣に対して国賠法1条1項の職務上の義務を負わせるものと解することはできないのであるから、臨時会の召集が合理的期間内に行われないうことによって原告らの国会議員として質問権等の諸権利が害されたとしても、これをもって、国賠法1条1項所定の損害賠償請求権が発生するとは解されない」とし、内閣の損害賠償義務を否定した。

福岡高判において⁵、本件召集要求に基づく内閣の召集決定が、本件召集要求をした個々の国会議員との関係において、国賠法1条1項の適用上、違法と評価されるかについて、「内閣は、憲法53条後段の要件を充足する臨時会召集要求に応答して、召集のために必要な合理的な期間内に国会の臨時会を召集する旨の決定をする義務を負うけれども、これは、国会と内閣という国家機関相互の間の公法上の義務の性格を有するものであり、臨時会召集要求をした国会議員に対して義務を負うものとはいえず、上記の義務は、国会議員個人の権利利益の保護を目的とするものともいえないから、内閣は、臨時会召集要求をした国会議員との関係において、その権利利益の保護を目的とした職務上の法的義務を負っているとはいえないと解すべきである。したがって、内閣による憲法53条後段に基づく臨時会の召集行為の懈怠が、その召集要求をした国会議員との関係において、国賠法1条1項の適用上、違法となると解することはできない」とした。臨時会召集が議員個人の権利利益であるという主張については、①国会議員の歳費請求権（憲法49条）、不逮捕特権（憲法50条）及び発言表決の無答責（憲法51条）に基づく訴え、②憲法15条1項等を根拠に議員自身の政治信条等を実現する権利があるとの主張、③接見交通権をもととする訴え（被疑者・被告人の権利擁護等の実現のために与えられた接見交通権が侵害さ

5 福岡高那覇支判2022（令和4）年3月17日裁判所ウェブサイト掲載判例。

れた場合に弁護人個人の権利として国賠請求することが認められる)について、いずれも否定した。

岡山訴訟でも(原告は衆議院議員のみ)、53条の召集義務は「単なる政治的義務ではなく、憲法上明文をもって規定された法的義務である」とし、53条後段に基づく臨時会の召集要求がされた後、召集手続等を行うために通例必要な合理的期間内に臨時会を召集する法的義務がある」と司法審査の対象であることを認めたが、個々の国会議員に対する義務とはいえないとして、内閣の「国賠法1条1項所定の損害賠償義務を負う余地はな」とした⁶。広島高判では⁷、内閣を加害公務員として、臨時会召集を怠るという加害行為によって「国会議員の権能行使を侵害」されたと主張した点に特徴がある。原告は、国会議員といえども国会活動は職業選択の自由(22条)や表現の自由(21条)、参政権(15条)といった人権として保障されていると主張するが(東京高判においても同様)、裁判所は、「国会議員であるがためになしうる国会活動も、政治活動の自由の一環として、憲法上保障され又は保護されている権利益として公益に解消されない主観的利益の側面があることを否定はできない」としつつも、「本件懈怠と直接結びつく権利益」は「控訴人の国会活動ではなく、本件召集要求」であるとし国賠法上保護される権利益は有しないとしている。

東京訴訟は(原告は参議院議員のみ)、次に原告が憲法53条後段による召集請求を行った場合に内閣の20日以内に召集決定する義務が生じることの確認を主位的な請求に、予備的な請求として、次に原告が参議院議員の総議員の4分の1以上の1人として、「内閣に対して臨時会の召集の決定を要求した場合に、20日以内に臨時会の召集を受けられる地位を有することを確認」を求める(確認訴訟)とともに、上述の2訴訟と同様に国賠法

6 岡山地判2021(令和3)年4月13日裁判所ウェブサイト掲載判例。

7 広島高岡山支判2022(令和4)年1月27日裁判所ウェブサイト掲載判例。

1条1項に基づく損害賠償請求を行った⁸。確認の訴えについて、「当該個人が国又は地方公共団体の機関として有する権限の侵害を理由としてその保護救済を求めるような場合は、当該訴訟の実質は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであるか、又は機関相互間の権限の争いを内容とするものであるかのいずれかであって、自己の権利又は利益の保護救済を目的とするものということとはできない」として法律上の争訟性を否定した。さらに国会議員を国の機関にとらえ、「国会議員としての地位を有する者が、その有する権限の侵害を理由として、内閣が国会議員に対して負う義務又は内閣が一定の意思決定をすることを享受することができる地位を有することの確認を求める趣旨の訴え」は、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」には該当しないとし、本件確認訴訟部分は「行政事件訴訟法6条が規定する機関訴訟に該当する」とした。

損害賠償請求部分について、国会議員という職に就く個人の人格的な価値を一概には否定し難いとしつつ、「仮に、原告が参議院議員として有する臨時会の召集の決定の要求のほか国会において行使することが可能な種々の権限と、原告がこれらの権限を行使する際の職業上の人格的な価値とされるものとが関連していることを前提としたとしても、当該価値とされるものは、……当該権限が国家賠償法1条1項の規定に基づく損害賠償請求権の存在を基礎付けるに足りる法律上保護された利益であるとは認められないことと同様に、上記の意味における法律上保護された利益とは認められないというべきである」とし、棄却した。

東京高判も地判を踏襲する判決であり⁹、国会議員の権利についての主張（広島高判参照）が追加されたが、「個々の国会議員が主観的な権利又は利益として臨時会召集決定要求権を有しており、本件不作為等が控訴人のそのような主観的な権利又は利益を侵害したものといえるか否かという

8 東京地判2021（令和3）年3月24日訟務月報68巻5号464頁。

9 東京高判2022（令和4）年2月21日訟務月報68巻5号511頁。

問題とは、自ずから別問題であり、主観的な権利又は利益として臨時会召集決定要求権があるとはいえないとする。原告が主張の中で引用する「市議会が市議会議員に対して行った出席停止の懲罰の違法性」が問題となった岩沼市議会事件において¹⁰、「市議会議員と市議会（いずれも市の機関）との間の争いについて、その性質上法令の適用によって終局的に解決し得るものであり、裁判所は常にその適否を判断することができる」とされたことに対しては、「本件とは事案を異にするものというべき」として棄却した。

これに対し、原告が上告した（最三小判2023（令和5）年9月12日判例時報2590号50頁）。

判旨

最高裁は原審の判決を破棄し、「本件各確認の訴えは、上告人が、個々の国会議員が臨時会召集要求に係る権利を有するという憲法53条後段の解釈を前提に、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上告人を含む参議院議員が同条後段の規定により上記権利を行使した場合に被上告人が上告人に対して負う法的義務又は上告人が被上告人との間で有する法律上の地位の確認を求める訴えであると解されるから、当事者間の具体的な権利義務又は法律関係の存否に関する紛争であって、法令の適用によって終局的に解決することができる」とし、「本件各確認の訴えは、法律上の争訟に当たるといふべき」とした。その上で、「将来、上告人を含む参議院の総議員の4分の1以上により臨時会召集要求がされるか否かや、それがされた場合に臨時会召集決定がいつされるかは現時点では明らかでないといわざるを得ない」から、不利益が生じる現実の危険があるとはいえないとして、確認の利益を欠き、不適法として却下すべきとの結論が導き出さ

10 最大判2020（令和2）年11月25日民集74巻8号2229頁。

れている。

国家賠償請求については、「内閣が臨時会召集決定をすることとしつつ、これがされない場合においても、国会の会期を開始して国会による国政の根幹に関わる広範な権能の行使を可能とするため、各議院を組織する一定数以上の議員に対して臨時会召集要求をする権限を付与するとともに、この臨時会召集要求がされた場合には、内閣が臨時会召集決定をする義務を負うこととしたものと解される」としつつも、「個々の国会議員の臨時会召集要求に係る権利又は利益を保障したものとは解されない」として、下級審と同様に請求を退けた。

宇賀克也裁判官の反対意見は、「国会議員にとって、国会において国民の代表として質問、議案の発議、表決等を行うことは、最も重要な活動といえ、憲法上は召集されるはずであった臨時会で上記のような議員活動を行うことができないことは極めて重大な不利益であり、事後的な損害賠償によって回復できるものではないので、臨時国会召集の要求があったにもかかわらず、これがなされない事態を事前に防止するための法的手段が用意されていてしかるべき」とし、「実質的当事者訴訟としての確認訴訟は、当事者間の具体的紛争解決にとって適切な手段であるといい得る」とする。参議院議員という地位は恒常的なものではないが、原告の参議院議員としての任期満了が2028（令和10）年7月25日であり、「任期中に再度、憲法53条後段の規定による臨時会召集要求に加わることは可能である」ことを挙げ、臨時会召集が行われる頻度が年に複数回ある点、過去3年における内閣による臨時会召集要求決定が20日以内に行われないことの方が多い点を検討し、原告の任期中に本件と同様の事案が起こる蓋然性が高いことを指摘する。よって、「即時確定の利益も認められる」とし、「本件各確認の訴えは、いずれも、確認の利益が認められ、適法である」とする。また、「臨時会召集要求があった場合に、召集に必要とされる合理的期間」について、「20日あれば、十分と思われる」としている。

国家賠償請求について、「国家賠償法1条1項は、〔1〕国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員による作為又は不作為であること、〔2〕職務関連性があること、〔3〕違法性があること、〔4〕故意又は過失があること、〔5〕他人に損害が生じていることを国家賠償責任の要件として規定して」おり、全て満たしていると考えることができ、そうすると「この損害が法的保護に値するものといえるか」が問題となるとする。岩沼市議会事件大法廷判決を引用し、個々の国会議員の国会の審議に参画して表決に加わる権利は「法的保護に値すると考えてよい」と述べる。「本件では、臨時会の召集が遅延したことについて特段の事情がなかったのであれば、本件損害賠償請求は認容されるべきと考えられるが、特段の事情の有無及びそれが認められる場合の損害額については原審で審理されていないので、原判決のうち本件損害賠償請求に係る部分を破棄し、原審に差し戻してこれらの点について審理させるべき」とした。

判決および評釈の検討

（1）臨時会召集決定と冒頭解散

憲法53条は、議員による自律的な臨時会召集を規定するとともに、その決定権を内閣に義務付けている。この義務は、本件那覇、岡山地判においては法的義務であると、最高裁においては内閣の義務であることが確認された。53条は、「少数党にも国会運営への参加の機会を認め、国会に自律的な集会を保障するもの」と考えられ¹¹、つまり少数派の国民意思を代表する少数派議員が国会で活動することは困難であるから、これを補うための規定であると解することができる。憲法制定過程において総司令部が53条の草案を考慮した趣旨は、国会が自律的に必要に応じて開会することができるようにし、「国会が開会されていないときに行政権が濫用されるこ

11 辻村みよ子『憲法 第8版』（日本評論社、2025年）378頁。

とを防止する」点にあった¹²。つまり、法意を汲むのであれば、53条をもって行政権の濫用を防止できなければならない。

召集に必要な合理的期間について、宇賀反対意見において20日以内とすべきであると示されたが、多数意見では特に指摘されることはなかった。実際の運用も、「諸般の状況を勘案して、合理的に判断してその最も適当と認める召集時期を決定すべき」と、明確な期日を設けることはされてこなかった¹³。学説は、期日指定を否定するにしても、「せいぜい2、3週間」を相当な期間であるとする説と¹⁴、期日指定を肯定するとしても「社会通念上合理的と判断される」期間と考えるべきで機械的に定めるべきではないとする説とがある¹⁵。前者が通説的見解であるが、その実はそう相違ない。

衆議院を解散することができる権限（解散権）については、69条限定説と非限定説が存在する。前者は、解散が認められるのは69条の手続によるときに限定されるとする説である。衆議院による内閣不信任案が可決されることではじめて内閣は衆議院解散か内閣総辞職を選ぶことができるのであり、つまり衆議院が自律的に解散を決定できる（内閣は解散を決定するのではない）とする説である。非限定説は、いずれも内閣に解散決定権を認める立場であり、7条説（天皇の国事行為に対する内閣の助言と承認）、65条説（行政権の控除説の中に解散権が含まれるという考え方）、「議院内閣制等の制度全体を根拠とする制度説」に分けられる¹⁶。実際の運用では、7条を根拠に解散が行われるようになっていたが、7条説に限らず非限定

12 高柳賢三、大友一郎、田中英夫編著『日本国憲法制定の過程Ⅱ』（有斐閣、1972年）202-203頁。

13 増田甲子七国務大臣答弁（1949年8月27日）。

14 宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂 日本国憲法』（日本評論社、1978年）399-400頁。

15 佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院、1995年）162-163頁。

16 辻村・前掲注）11、426頁。

説を採用すると、内閣が都合のよい時に解散をすることができてしまう点が問題視される。本件冒頭解散がまさに「都合のよい時」の一例である。形式的には臨時会を召集したものの、実態としては内閣の権限で衆議院が解散されることによって議論の機会が設けられなかったとしても、臨時会が召集されたことにはなるのである。

衆議院の解散について、裁判では統治行為論が採用されたことがある。衆議院の解散が7条のみを根拠として行われたこと等が憲法違反であると訴えが提起された苦米地訴訟につき最高裁は、衆議院の解散について、「裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられている」とした¹⁷。本件では、臨時会召集について裁判所で判断を下すこと自体が統治行為であるというのが被告（国）の主張であるが、最高裁は採用せず、司法審査の対象とされた。長谷部によれば、こうした統治行為論はフランスの行政裁判所の判例法理を基にし、議会の解散や召集は「統治行為」の範囲にあたるが、そうであったとしても、裁判所が「政府の見解をそのまま受け入れて本案に関する判断を下す」べきという帰結にはならない¹⁸。さらに、苦米地訴訟においては、衆議院の解散に対して統治行為論が採用されたというよりも、解散が行われてからすでに選挙が実施されていた等の事情によって統治行為論が採用されたと見るべきであるとし、裁判所が臨時会不召集の合憲・違憲判断を下すべきでない理由はないとしている¹⁹。那覇地判では、苦米地訴訟における衆議院の解散と本件とは「国政に与える影響力という面からも、憲法上の規律の面からも、憲法53条後段に基づく内閣の臨時会の召集決定とは大

17 最大判昭和35年6月8日民集14巻7号1206頁。

18 長谷部恭男「憲法53条後段に基づく臨時会の召集」判例評論751号（判例時報2490号、2021年）135頁。

19 同上。

きく異なるもの」とされている。

最高裁判決では、東京地判、高判で問題とされた機関訴訟であるから裁判で扱えないとの主張も退けられた。これには岩沼市議会事件大法廷判決の影響があったのではないかとする指摘がある²⁰。司法審査の対象であるとする一方で、国賠法1条1項で訴えることは認められないとの結論に至った。宇賀反対意見では、岩沼市議会判決を引用し、公職にある者の国賠請求が認められる場合があることを指摘している。また、立法不作為について、公法上の確認訴訟として争うことができるという指摘も存在する²¹。

(2) 本件における「権」とは何か

本件は、国賠訴訟法1条1項に基づく訴えの提起であるため、いかに当該国会議員の権利が侵害されているといえるかという点に学説が集中している。そもそも、権利といえるか権限であるかという点で論争が存在し、たとえ後者を採用したとしても国賠法による訴えの提起は妥当であると考ええることも可能であるとする説もある。

国会議員の権利である点を強調する考え方は多岐にわたる。議会の召集要求を権利だと捉え、これに応じなかった場合に権利の侵害があったとする考え方²²、議会が召集され通例通り（冒頭解散などなく）議論が行われた時に保障されるであろう議案発議権、動議提出権、質問権、質疑権、討論権、表決権等の権利が損なわれたとする考え方、国会議員としての活動を遂行するにあたって職業選択の自由（22条）、表現の自由（21条）、参政

20 神橋一彦「憲法53条違憲国賠等請求事件判決」行政法研究第54号（2024年2月）217-219頁。

21 太田照美「日本国憲法53条後段訴訟と行政事件訴訟法4条の実質的当事者訴訟について」産第法学58条3号2024年18頁。

22 橋本基弘「憲法53条後段による臨時国会の召集要求と司法審査」法学セミナーNo.829（2024年2月）50頁。

権（15条）が保障される必要があるとする考え方、被選挙権の行使を根拠とする考え方などである。また、東京訴訟の原告が主張するように、こうした国会議員としての仕事ぶりを有権者は次回の選挙の際に誰に投票するかという判断材料とするのであるから、国会議員にとって活動ができないというのは、かなり大きな損害であるといえよう。これら権利は裁判の中で別々の主張として登場するものの、国会議員の職務や活動を遂行するためには複合的に必要となるであろう。但し、権利であるといえるか権限であると捉えるかによって、認識も帰結も異なる。最判の「法廷意見が国家賠償請求を棄却した決定的理由は、本件召集遅延により原告の権利や法律上保護される利益が侵害されているとはいえない、ということ」であると指摘されるように²³、国賠法による訴えが認められるためには、権利として保障される必要があったのである。

権利であるか権限であるかに拘る必要はないとする考え方も可能である²⁴。本件の主題は、憲法53条後段に基づく臨時会召集要求が行われたにもかかわらず、これに応じず不召集の決定を行った内閣の責任を問うところにあるのであるから、国賠法上の請求を退ける論理づけよりも、内閣による臨時会不召集決定の違憲性を検討すべきである。むしろ、本判決は、賠償される権利があるか否かという点に論点をおくことで、内閣の行為が違憲であるか否かの判断を回避したと批判される²⁵。那覇地判において、

23 沼本祐太「臨時会召集遅延違憲訴訟最高裁判決」新・判例解説Watch憲法 No.6、Vol.34（2024年4月）33-34頁（LEX/DB文献番号25573040）。

24 長谷部・前掲、注）18、136頁。

25 違憲判断を回避したことを批判するものとして、例えば、毛利透「憲法53条後段の要求があったのに臨時会を長期間召集しないことの合憲性」法学教室484号（2021年1月）125頁、奥村公輔「臨時会不召集の違憲性とその国賠法上の違法性」法学セミナーNo.793（2021年2月）124頁、村西良太「憲法53条に基づく内閣の臨時会召集義務」令和2年度重要判例解説、憲法6（ジュリストNo.1557）18頁以下、高作正博「臨時国会不召集をめぐる最高裁判決の意義と問題点」法学館憲法研究所2023年11月3日（https://www.jicl.jp/articles/opinion_20231107.html）（最終閲覧日：2026年6月26日）。

53条の召集決定は法的義務であると判示された点、最判において、臨時会召集要求がされた場合に臨時会召集決定をする義務を負うと示された点については評価されるが、内閣の義務が履行されなかった場合にどのような方法で救済の要求を行うことができるか、具体的には示されていない。この点、憲法99条の憲法尊重擁護義務をもとに、法的責任（強制力が伴う形で義務を遂行しなければならない）や政治的責任（道義的・宣言的という意味ではなく、政治部門においての責任追及を受けるべき）を負うべきであると指摘される²⁶。ここで、法的にか政治的にか何らかの責任が伴うとして、如何にして内閣がその責任を負うかが問題となる。義務を履行させる術がなければ、本判決は画餅に帰すこととなるだけでなく、民主主義の根幹である議会が召集しなくても（召集後冒頭解散したとしても）何ら責任を問われまいという意味の、内閣に対する免罪符を発行することになってしまう²⁷。内閣は、本判決を受けてどのような対応をすべきか。

（3）行政権観念の執政権説に基づく内閣の責任

東京地判の原告の主張の中にこういうものがある。

「安倍内閣は、本件不作為等に加え、平成27年にも、臨時会の召集の決定の要求に応じなかったことがあり、国会議員である原告は、これらのことによって当該要求権及び臨時会が召集されていれば行使し得たであろう国会議員としての諸権能を現実侵害された。また、安倍前首相は、あたかも内閣の自由な裁量により、臨時会の召集の時期を決定することができるかのような認識を示す答弁をしている。さらに、衆議院議員131名が、

26 憲法99条について言及するのが、高作正博「内閣による臨時国会不召集の違憲性と国家賠償法」関西大学法学論集70巻1号（2020年）85-87頁。同条の法的義務説については石村修『憲法の保障』（尚学社、1987年）を参照。

27 神橋・前掲、注）20、228-231頁、同「統治機構の機能維持と司法審査——憲法53条違憲国賠訴訟など近時の事件を中心に——」立教法学第105号（2022年）88-89頁は、行政権の議会に対する強力な権限行使について危惧を示す。

令和2年7月31日、新型コロナウイルス感染症問題等の審議を求めて臨時会の召集の決定の要求をしたものの、実際に、臨時会が召集されたのは、上記の要求から47日後であり、かつ、当該臨時会の会期は、僅か3日間であり、内閣総理大臣を指名する国会の議決をすることのみが企図されたものであって、その余の審議等は、何もされなかった。このような事情を前提とすると、今後も、内閣が臨時会の召集を決定すべき義務に違反する事態を繰り返し、原告がこれまでに受けた国会議員としての権利又は諸権能の侵害が繰り返されるおそれは顕著であるから、本件は、現時点において、当然に争訟性が肯定されるべき事案である。」

本判決と同様に、臨時会召集要求に適切な期間とはいえぬ長期間応じず、臨時会が開かれた後も審議を行うことが実質的になされなかった事案があり、その根拠として内閣は、内閣が自由な裁量権を持っているという認識に基づいての行為であると答弁している。本判決において臨時会召集は法的義務であることが確認されたが、今後どのような運用がとられるのかによって、「実質的に」議会が開催されるか否かが左右される。

本判決が統治行為論を採用しなかったのは、苦米地裁判が行われた当時の政治状況と現代における政治状況が異なることを指摘するものがある。苦米地事件の起こった「当時の国会は、中選挙区制に由来する多党制であり、与党は複数の派閥の緩やかな連合体であったために、内閣による解散権の濫用を制約する要因が数多くみられ」、司法部門が内閣の解散権を統制する必要がなく、政治部門による統制が期待されたが故の判決であったといえる²⁸。しかし、政治改革（1994年）と行政改革（2001年）により、「与党党首＝内閣総理大臣の政治的権限が強化され」たことで、裁判所が

28 宮村教平「憲法53条に基づく臨時会召集権限の行使と国家賠償（那覇地裁判決）」新・判例解説Watch憲法No.8（2020年）39頁（LEX/DB文献番号25565871）。

内閣総理大臣の権限を統制する役割を担うことが期待されるものである²⁹。

行政権観念は、憲法学的通説としては控除説が採用され、すなわち、国家権力のうち立法権でも司法権でもないものを内閣が担当する行政権とするという考え方である。控除説を批判する立場として法律執行説や執政権説が存在し、すなわち、内閣の権限を強化する考え方となる。官僚主導の政治を憂いたのが法律執行説の出発点であり、内閣の権限を行政と執政とに分けることで内閣の活動を明確化するのが執政権説のねらいであったが、現代の政治においては内閣の権限が強化される点のみに主眼が置かれつつ行政権の運用がなされているきらいがある。しかし、法律執行説論者や執政権論者によっても、内閣の権限を強化することだけを語られるものではなく、内閣の権限で行うことができることをはっきりさせ責任も取るよう要請する（むしろ内閣の行為に内閣自身が責任を取らなければならないという点を明確にすることに論じる意義があるように思われる）説や³⁰、内閣の権限を強化する代わりにそれを制約する規定も設置せねばならず、制約する主体としては国会（特に野党議員）、裁判所、さらには国民を挙げる説が存在する³¹。しかし、現実政治では、内閣の権限が強化されることのみ実現され、それを制御する方法が自主的に定められることはない。苦米地訴訟当時のように野党議員によって、ひいては国会議員に代表される国民によって、内閣や政権与党の行為を制御し難い昨今の政治状況においては、裁判所が内閣の行政権行使の統制を買って出る必要がある。本件において問題となる臨時会不召集とは、臨時会召集要求があったにもかかわらずこれに実質的に応じないという決定を行った内閣の権力行使であると改めて捉えなければならない。裁判所が臨時会不召集の事案を司法審査の対

29 同上。

30 石川健治「統治のゼマンティック」憲法問題17号（2006年）65頁。

31 高橋和之「立法・行政・司法の概念の再検討」『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣、2006年）123頁以下。

象であるとしたのは、強化された内閣の権限によって、不適当に長い期間臨時会召集を行わなかったり、冒頭で解散をするなど国会での議論を不可能な状態にしたり、「政治的道義」に反するようなことが行われた際は、裁判所が制御することがあると示したことに意義を見出すべきではないか。

志田陽子は、公務員や教員などの「公益性・公共性の高い職業」にも「職責を自発的に果たそうとしている時に妨害を受けない権利」があるとする。例として、教員が授業を行って職責に対する評価を受けるためには教室を使って学生の前で授業ができるように環境を整える必要があることを挙げる。職務を行う場が人為的に（不作為として）用意されないとすれば、それは権利侵害にあたるとし、本件裁判においてもこういった問題がある旨指摘する³²。また、宇賀反対意見にあるように、国会議員にとって国会で質疑を行うことは最も重要な活動である。これは、一般人の活動でいうところの労働（職務）にあたるとされる。一般の労働者の労働権は、27条によって保障されるとともに、勤労の義務として明記されているが、この権利に対して政府には、労働者が労働できる環境を整備する義務が発生するものと考えられる³³。志田も指摘するように、国会議員という立場の特殊性は存在するにしても、労働（職務）という側面では同様であり、区別すべきではないと思われる。国民が各々の立場で職務を全うできるように整備するのが政府の役割であると考えるのであれば、53条後段の臨時会召集決定においては、国会議員がその職務を全うできるよう内閣が召集要求に直ちにに応じ議論を行うことができるようにすることが求められると解すべきである。裁判における主張では、精神的・経済的自由に由来する権利の主張が見られたが、本件のような事例はむしろ、国家からの自由で

32 志田陽子「憲法53条・臨時会不召集裁判——議会制民主主義を支えるもの」Law & Practice（早稲田大学大学院法務研究科臨床法学研究会）16（2022年）106頁。

33 渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法1（人権）（第9版）』（有斐閣、2025年）85頁。

はなく国家による適切な介入が必要とされたのではないだろうか。社会保障は政府の重要な職務の1つであり、本判決と合わせると政府の裁量は認められないのであるから、要求が叶わなかった場合の保障となる制度整備は、早急に行われるべきである。

おわりに

内閣が強い行政権限を持って職責を果たそうとする時、その責任もまた強く大きいものとなる。志田のいうようにどのような職にも自発的に職責を果たすことを妨害されない権利があるとすれば、内閣の職責は、行政権行使を恣意的に行うことではなく、憲法や法令を遵守し（遵守の仕方につきその専門家に確認し多様な意見を取り入れる必要があることはいうまでもない）、国民や他の権力機関が職責を全うできる場を整えることが1つであるといえるであろう。こういった職責が果たされていない場合は、少数派議員や裁判所によって統制を受けて然るべきである。本件裁判は、強力な内閣権限の統制の嚆矢として見ることができる。

昨今、奇しくも本件と類似する政治状況にある。2025年に発足した高市内閣は、日本における「初の女性首相」という文言に祭り上げられた内閣支持率が高いうちに衆議院を解散し、2026年2月の選挙において自民党のみで316議席を獲得し歴史的な大勝であるといわれた。政権与党が数的優位を維持すれば、内閣による強い権限行使や政治の私物化が起りやすい環境が整い、すなわちこれは、少数意思や反対意思を無視することにつながる。臨時国会召集要求を無視し続けた内閣の行為（不作為）は、国会内少数派の憲法上認められた臨時会召集要求権の行使を無に帰するものといえ、本件98日間について国会と内閣の間の均衡・抑制関係ないし協働関係が機能不全に陥っている状態にあったと見ることができる。憲法41条にいう国会の最高機関性をめぐり、政府機関の相互関係を調整する権限があると解するならば、このときこそ、国会が国権の最高機関として、議院内閣制下（龍法 '26）59-2, 238（494）

における国会・内閣間の機能不全を解消する現実的な行動を起こすべきである（たとえば、衆参両議長から、あるいは少なくとも臨時会召集要求権を行使したいずれかの議院の議長から、内閣に対し臨時国会召集の助言と承認を天皇に与えるよう促すことが考えられる）。このような現実的な行動を国会・内閣間という政治部門内で起こすことができないようであれば、少数意思の表明を含む民主的手続きが政治部門において蔑ろにされるのは明らかであるから、少数意思の表明機会を奪う、いわば「傷つけられた」民主的手続きへの復旧作業は司法部門が担うことになる。本稿で扱った判例の検討はそのような位置づけも与えられる。

刑訴法430条の準抗告裁判所が捜査機関の処分 の当否を判断するに当たり考慮すべき資料

——最決令和7年11月10日刑集79巻8号415頁——

藤 本 航 平*

I. 事案の概要

1. 事案の概要

Xが、2021年3月1日にAの持参した1億5000万円等在中のスーツケースを窃盗したという窃盗被疑事件（以下、「本件窃盗事件」という）の捜査において、同月20日、司法警察員は、搜索差押許可状を得てX使用の自動車进行搜索し、スーツケース1個（以下、「本件スーツケース」という）を差し押さえた（以下、「本件差押え」という）。司法警察員は、本件差押えの同日に、A及びAの母親で前記1億5000万円の所有者とされるBを立ち合わせて本件スーツケースを開け、その中から現金1500万円（以下、「本件現金」という）を発見した。そして司法警察員は、本件現金在中の本件スーツケースを本件窃盗事件の被害品——すなわち「贓物」（刑訴法124条1項）である——と認めて、刑訴法222条1項、124条1項に基づきAに還付した（このうち本件現金を還付した部分について、以下では「本件還付処分」という）。その上で、Aから本件現金及び本件スーツケースの任意提出を受けて領置した（なお本件現金は、その後検察官に送致され

* ふじもこうへい 京都大学大学院法学研究科特定研究員（学振PD）

保管されている)。

その後、Xは、Aから現金1億5000万円等在中のスーツケースをだまし取ったという詐欺の公訴事実で起訴されたが、2023年11月17日に無罪が言い渡され¹、検察官の控訴がなく確定した。

無罪判決が確定したことから、Xは、本件現金の還付を請求した。しかし、2024年2月29日に、検察官は、還付請求に応じず還付をしない処分(以下、「本件還付拒否処分」という)をした。

これに対してXは、司法警察員のした本件還付処分については刑法430条2項に基づく準抗告を、検察官のした本件還付拒否処分については同条1項に基づく準抗告を、それぞれ申し立てた。

2. 原決定²について

(1) 本件還付処分について

Xは、(本件還付拒否処分の前提となっている)司法警察員がした本件還付処分について、本件現金は贓物であるとは認められないとして、その取消しを求めて刑法430条2項の準抗告を申し立てた³。

これに対し、原決定は、捜査経過等についての事実の取調べを行い、司法警察員が本件還付処分に際して、本件現金を本件窃盗事件に係る贓物であると認めたことは、その当時の判断として合理的であったとし、本件還付処分に違法はないとして、Xの準抗告を棄却した。

(2) 本件還付拒否処分について

1 東京地判令和5年11月17日(LEX/BD 25596604)

2 東京地決令和7年3月14日〔令和6年(む)第81929号〕刑集79巻8号430頁、東京地決令和7年3月14日〔令和6年(む)第81930号〕刑集79巻8号433頁。
なお、原決定は脱稿前時点で公刊物未掲載であったため、脱稿後に原決定文に触れた。そのため、以下の原決定の内容については、本決定文から引用した。

3 池亀尚之「判批」法教546号(2026年)119頁も参照した。

Xは、検察官がした本件還付拒否処分についても、その取消しと検察官に対して本件現金をXに還付するよう命じる裁判を求めて、刑訴法430条1項の準抗告を申し立てた。

これに対して、原決定は、本件現金は適法に還付を受けたAから任意提出を受けて領置されているものであるから、申立人は押収処分を受けた者に当たらず、本件還付拒否処分に違法はないとし、これについても申立人の準抗告を棄却した。

これらに対して、Xは特別抗告を申し立てた。

Ⅱ．決定要旨

最高裁は、「本件各抗告の趣意は、いずれも憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反の主張であって、刑訴法433条の抗告理由に当たらない」とする一方、「所論に鑑み、職権により調査すると、各原決定は、取消しを免れない」とし、以下のとおり判示して、原決定を取り消した。

1. 司法警察員がした本件還付処分に係る特別抗告について

「刑訴法430条の準抗告が、裁判に対するものではなく、捜査機関の処分に対する不服申立ての制度であることに鑑みれば、同条の準抗告裁判所は、捜査機関の処分の当否を判断するに当たり、捜査機関が当該処分当時に収集していた資料のみならず、その当時の事実に関する資料であって、その後に捜査機関が収集し、又は裁判所に提出されたものについても考慮に入れるべきである。

しかるに、原決定は、専ら捜査機関が本件還付処分当時に収集していた資料を考慮して、その当時の事実に関する資料であって、その後に捜査機関が収集し、又は裁判所に提出されたものを考慮に入れてい

ない。本件詐欺被告事件の記録等によれば、申立人は、第三者の依頼を受けて、当該第三者とBとの間の外貨両替取引に供するものとして、Aから現金1億5000万円を受け取った可能性が否定できないから、本件現金が贓物であったとは認められない。したがって、本件現金が贓物であると認定した本件還付処分を是認した原決定は、刑訴法430条、426条の解釈適用を誤り、ひいては同法222条1項、124条1項の適用を誤った違法があり、これが決定に影響を及ぼし、原決定を取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる。」

2. 検察官がした本件還付拒否処分に係る特別抗告について

本件事実関係や、上記の通り本件還付処分が取り消されるべきであることを踏まえれば、「本件差押えに基づく押収の効果は失われておらず、申立人は、押収処分を受けた者に当たると解される」。

「本件現金を申立人に還付すべき場合に当たるかについてみると、……無罪判決が確定しているものの、本件還付拒否処分及び原決定は、申立人が押収処分を受けた者に当たることを前提とせず、申立人以外の者に還付することを相当とする事情の有無についての調査及び検討を欠いたままされており、当該事情の有無はなお明らかとはいえない。」

「以上によれば、原決定は、取り消されるべき本件還付処分が有効であることを前提に、申立人が押収処分を受けた者に当たらないとして本件還付拒否処分を是認しており、刑訴法222条1項、123条1項の解釈適用を誤った違法があり、これが決定に影響を及ぼし、原決定を取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる。申立人の還付請求については、検察官において、記録や検察官が把握している事

情に基づき、申立人以外の者に還付することが相当な場合に当たるかを検討した上、改めて判断すべきである。」

Ⅲ. 評釈

1. 問題の所在——刑訴法430条の準抗告審において考慮されるべき資料とは

刑訴法429条（以下、特に断りがない限り、条文は刑事訴訟法のものとする。）は、裁判官がした裁判に対する不服申立てを規定しているのに対し、430条は、捜査機関のした接見指定及び押収、押収物の還付に関する処分に対する不服申立てを規定している。両者の不服申立ては、一般的に準抗告と言われている。

本件では、後者の430条に基づく準抗告に関して、処分の違法性の判断の基礎とすべき資料が問題となった。この問題は、従来準抗告審の構造（事後審か続審か）を理論的前提として論じられてきた⁴。すなわち、原裁判当時の事情に関する資料で原審の取調の対象とならなかったもの」（以下、「新資料」という）及び「原裁判後に生じた事情」（以下、「新事情」という）を準抗告審は判断資料とすることができるかという問題について、——それぞれの立場を純粹に貫くならば——事後審説は、原裁判で取り調べられなかった新資料も新事情も参酌することはできないとするであろうし、これに対して続審説は、原裁判で取り調べられなかった新資料も新事情も参酌することができるとするだろう⁵。

4 傳田喜久＝河原俊也「準抗告裁判所の判断資料、裁判」判例タイムズ1179号（2005年）86頁。

5 司法研修所編『刑事抗告審の運用上の諸問題（増補）』（法曹界、1991年）ノ

他方で、現在の学説には、事後審説が通説であるとしつつも、準抗告の対象となる裁判の多様性を踏まえて、「一律に準抗告審の構造を決め、それに従って事実の取調の範囲を決めるといった態度をとることなく、準抗告審の簡易迅速性の要請を十分考慮しつつも、各裁判の性質に応じ、具体的に妥当な結論を得るための取扱いをするのが現実的である」との指摘もある⁶。そして、このような議論は、少なくとも30年以上前から学説上になされており⁷、実務もこの趣旨で運用されているとされる⁸。

これに加えて、430条による準抗告については、429条による準抗告との性質の違いという観点からの考慮も必要であるとされている。すなわち、430条による準抗告は「原審たる裁判官の判断」を経ていない捜査機関の処分を対象とするところ、この処分は本来、行政処分として行政訴訟の対象となり得るものである。しかし、この処分は刑事手続の一環として行われるものであるため、刑事手続の内部で解決を図る方が迅速かつ適正な処理に資するとの趣旨に基づき、本条が設けられたものと解されている⁹。このため、430条による準抗告は、事後審か続審かという準抗告審の構造の議論にはなじまず、むしろ新しい訴訟と見るべきとの理解が有力に唱えられている¹⁰。

実際、本決定は、事後審か続審かといったような準抗告審の構造に言及することなく、「刑訴法430条の準抗告が、裁判に対するものではなく、捜査機関の処分に対する不服申立ての制度であることに鑑みれば」（傍点引用者）と述べた上で、「同条の準抗告裁判所は、捜査機関の処分の可否を

↘ 130頁以下 [高橋省吾]。

6 松尾浩也監『条解刑事訴訟法』（弘文堂、第5版増補、2024年）1226頁。傳田＝河原・前掲注4）88頁も参照。

7 司法研修所編・前掲注5）131頁以下 [高橋]。

8 松尾監・前掲注6）1226頁。

9 司法研修所編・前掲注5）165頁 [高橋]。

10 司法研修所編・前掲注5）165頁 [高橋]、中山善房ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第9巻』（青林書院、第3版、2023年）798頁 [古田佑紀＝河村博]。

判断するに当たり、捜査機関が当該処分当時に収集していた資料のみならず、その当時の事実に関する資料であって、その後に捜査機関が収集し、又は裁判所に提出されたものについても考慮に入れるべきである」とした¹¹。

以上を踏まえ、本評釈では、二段階に分けて本決定の内在論理を検討することとしたい。第1段階として、行政法上の処分の違法判断の基準時とそれに関連する議論を概観し、本決定の内在論理を明らかにするための示唆を得たい。第2段階として、その示唆に基づき、刑訴法の還付規定を検討することで、さらに本決定の内在論理を具体的に見ていきたい。

2. 行政処分に対する取消訴訟における違法判断の基準時に関連する議論について

(1) 取消訴訟における違法判断の基準時——処分時説と判決時説

行政法上の取消訴訟においては、行政処分が行われてから判決がなされるまでの間に時間的な経過があることから、どの時点の法令や事実を基礎として処分の違法性を判断するのかという問題が生じ得る。これが取消訴訟の違法判断の基準時と呼ばれるものである¹²。

違法判断の基準時についての学説は、処分時説と判決時説に分けられる。処分時説とは、行政処分が行われた時点における法令・事実状態を基準としてその違法性を判断すべきとする説である。それに対して、判決時説は、口頭弁論終結時点における法令・事実状態を基準としてその違法性を判断すべきとする説である¹³。

11 池亀・前掲注3) 119頁を参考とした。

12 大橋洋一『行政法Ⅱ 現代行政救済論』(有斐閣、第5版、2025年) 143頁、宇賀克也『行政法概論Ⅱ 行政救済法』(有斐閣、第8版、2025年) 290頁以下、児玉弘「法・事実状態の変化と『違法判断の基準時』——『違法判断の基準時』をめぐる議論・再考」法律時報93巻8号19頁。

13 大橋・前掲注12) 143頁以下、宇賀・前掲注12) 290頁以下。

この両学説の対立は、従来、取消訴訟の本質論ないし制度目的や機能との関係で論じられてきた¹⁴。

処分時説は、論拠として行政庁の第一次判断権の尊重すべきことを挙げ、取消訴訟は処分の司法的事後審査であるべきとする¹⁵。また、処分後に生じた事情は他の行政訴訟で処理するべきという手続的な役割分担の観点も指摘されている¹⁶。

これに対して、判決時説は、処分の違法排除という取消訴訟の本質に着目し、処分が現在（判決）の時点で違法であれば取り消されるべきとする¹⁷。またこの説は、本来であれば他の行政手続や行政訴訟で処理され得る処分後の事情を、「取消訴訟手続を通じて一回的に解決しようとする」点で、手続的合理性を重視する見解だとされる¹⁸。

（２）判例通説の立場——処分時説

判例通説は、処分時説の立場にあるとされる¹⁹。最判昭27年1月25日民集6巻1号22頁は、処分後に法令の改正があった場合について、「行政処分の取消又は変更を求める訴において裁判所の判断すべきことは係争の行政処分が違法に行われたかどうかの点である。行政処分の行われた後法律が改正されたからと言って、行政庁は改正法律によって行政処分をしたのではないから裁判所が改正後の法律によって行政処分の当否を判断することはできない」とした。また、事実状態の変動があった場合について、最判昭28年10月30日行集4巻10号2316頁は、「行政処分の取消又は変更を求

14 児玉・前掲注12) 20頁。

15 室井力編『現代行政法入門（１）——基本原理・行政作用・行政救済』（法律文化社、第4版、1995年）333頁〔室井力〕。

16 大橋・前掲注12) 145頁。

17 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）248頁。

18 大橋・前掲注12) 145頁。

19 宇賀・前掲注12) 291頁、芝池義一『行政救済法講義』（有斐閣、第3版、2006年）75頁など。

める訴において、裁判所が行政処分を取り消すのは、行政処分が違法であることを確認してその効力を失わせるのであつて、弁論終結時において、裁判所が行政庁の立場に立つて、いかなる処分が正当であるかを判断するのではない。所論のように弁論終結時までの事情を参酌して当初の行政処分の当否を判断すべきものではない」と判示した²⁰。

このように、判例は処分時説に立っており、学説上もこれを支持する見解が多数を占める。

（３）現在の学説の風潮——二者択一の議論への疑問

しかしながら、現在は、処分時説と判決時説の二者択一的な議論に対して疑問が提示されている。とりわけ、両者がともに多くの例外を認めていることから、両学説が相対化されているとの指摘もあり²¹、「個別具体的な事案にそくして、それぞれの行政過程ないし処分根拠法規の規律のありように応じて『違法判断の基準時』を決すべきという個別考慮説ともいえる考え方」も有力に唱えられている²²。

また、「処分時説を一貫して採用しているといわれる最高裁判例においてすら、少なくとも純粋な理念型としての処分時説にはよっていない」との指摘もある²³。

さらに、2004年の行政事件訴訟法改正により義務付け訴訟が法定された

20 ここでの判例の整理は、宇賀・前掲注12) 291頁、児玉・前掲注12) 20頁を参照した。

21 児玉・前掲注12) 21頁以下、宇賀・前掲注12) 292頁、室井編・前掲注15) 334頁〔室井〕など。

22 児玉・前掲注12) 26頁。また、人見剛「行政行為の『後発的瑕疵』に関する一考察」高木光ほか編『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）722頁では、最近の学説の状況について、「処分説が通説とはいき切れない」とし、「違法判断の基準時の問題は『行政実体法、手続法の問題に解消されるべき課題である』、とか『具体の行政過程における法律の仕組みごとに考察すべきもの』とする議論が主流のように思われる」とする。

23 児玉・前掲注12) 20頁。

ことで、処分時説の「行政庁の第1次的判断権」という論拠は、もはや決定的なものではなくなったとも指摘されている²⁴。

これらの指摘を確認するために、以下では、3つの論点について見ていきたい。

A. 後発的瑕疵について

違法判断の基準時の議論には、「処分時に適法な行政行為が、後発的な事情に基づいて違法と評価され得る場合」についての問題、すなわち「後発的瑕疵」と呼ばれるものがある²⁵。

先に見たように、判例は、「行政庁の第一次判断権の行使を事後的に再審査するという」取消訴訟の性質論を根拠に処分時説を採っているとされるため、「処分後の事情を考慮することを一般に否定する」ものと考えられる²⁶。

しかしながら、処分時説の立場を採る論者にも、後発的瑕疵が認められる場合には例外的に判決時を基準とすることを認める見解が多くみられる²⁷。

さらに、処分時説に立つ実務にも、後発的瑕疵を非遡及的後発的瑕疵と遡及的後発的瑕疵の2種類に分けて、前者については、「そもそも行政処分が処分時に瑕疵を帯びていたとはいえないのであるから、『後発的調整事由』によることにな」る²⁸のに対して、後者については「当該行政行為の本来的な瑕疵として論ずることができる」とする見解もある²⁹。すなわ

24 山本隆司「取消訴訟の審理・判決の対象——違法判断の基準時を中心に(1)」
法曹時報66巻5号(2014年)9頁。

25 人見・前掲注22) 721頁。

26 人見・前掲注22) 721頁以下。

27 以下の整理は、人見・前掲注22) 722頁を参照している。そこでは例として、
芝池・前掲注19) 76頁、阿部・前掲注17) 248頁が挙げられている。

28 児玉・前掲注12) 24頁。

29 人見・前掲注22) 722頁以下。

ち、「法律関係ないし法律状態が処分要件の要素となっている場合に後発的な事由により当該法律関係ないし法律状態が遡及的に欠落する場合³⁰」には、これを「遡及の後発的瑕疵」とし、処分時説を採ったとしても、当該処分の違法性の判断要素としてこの「遡及の後発的瑕疵」を取り込むことを認めるのである³¹。

B. 処分当時には存在しなかった「新たな知見」について

さらに、違法判断の基準時に関連する問題として、「処分当時には存在しなかった新たな知見が口頭弁論終結時には存在するようになったとき、裁判所は、口頭弁論終結時の知見に基づいて判断してよいかという問題」がある³²。

伊方原発訴訟について判断した最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁（以下、「平成4年判決」という）は、「原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、……現在の科学技術水準に照らし」て判断すべきであるとした。

この平成4年判決については、違法判断の基準時との関係でどのように評価すべきかが1つの問題となる³³。最高裁は平成4年判決において例外的に判決時説を採用したと評価する論者³⁴ もいるのに対して、「法令の解釈、事実認定は裁判所の権限に属するのが原則であるから、処分時の事実をいかに認定するかについては、裁判所が口頭弁論終結時の知見に基づ

30 長屋文裕「違法判断の基準時」藤山雅行＝村田斉志編『新・裁判実務大系 行政争訟〔改訂版〕』（青林書院、2012年）339頁。

31 人見・前掲注22）722頁以下。ここでは、遡及の後発的瑕疵の例として、「青色申告承認処分取消後にそれを根拠になされた繰越欠損金の損金算入を否定してなされた更正処分について、前者の再取消処分がなされたような事情」が挙げられている。長屋・前掲注30）339頁以下も参照。

32 宇賀・前掲注12）291頁。

33 以下の整理は、児玉・前掲注12）20頁を参照した。

34 首藤重幸「もんじゅ原発行政訴訟控訴審判決」法学教室271号（2003年）47頁。

いて行うべきであり、このことは処分時説と矛盾しない」とする論者もいる³⁵。また、平成4年判決における事案においては、法令や事実状態が変化したわけではないため、「違法判断の基準時が問われたものではなく、事実に関する審理で用いるべき評価基準（科学的経験則）の選択問題であると理解する」評価もあり³⁶、判例についての統一的な理解はいまだ確立されていないのが見て取れる。

C. 義務付け訴訟の法定による判決時説の論拠の喪失

2004年の行政事件訴訟法改正により抗告訴訟の一種としての義務付け訴訟が法定されたことで、処分時説は理論的根拠を失うこととなったとされる。

従来までの議論において、義務付け訴訟は肯定説と否定説の対立が存在した。否定説は、その論拠として、①行政庁の有する処分権限を裁判所が代替的に行使することは権力分立に反すること、②抗告訴訟は事後審的な性格のものであり、義務付け訴訟はその性格に反して行政庁の第1次的判断権を侵害すること、③行政訴訟は弁論主義を原則とするため、処分を行うべきかどうかの判断のための資料が必ずしも法廷に出揃う保障がないこと、④司法には、処分権限の行使後にそれに対する責任を取る体制が保障されていないこと等を挙げていた。しかしながら、義務付け訴訟が法定されたことにより、これらの論拠は正面から否定されることとなった³⁷。

それに加えて、義務付け訴訟における違法判断の基準時が、「将来において、行政庁が一定の処分をすべき旨を命じることを求めるという義務付け訴訟の性質」に照らせば判決時説であるとされる点も重要である³⁸。例

35 宇賀・前掲注12) 291頁以下。

36 大橋・前掲注12) 148頁、高橋利文「伊方・福島第二原発訴訟最高裁判決」ジュリスト1017号（1993年）57頁。

37 宇賀・前掲注12) 367頁。

38 室井力ほか編『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法』（日ノ

えば、不利益処分後に同処分取消訴訟を提起した原告私人に有利に事情が変化した場合、取消訴訟においては処分時説が採られているため、処分後の事情変化（後発的瑕疵）は認められないことになろう。これに対して、処分の撤回を求める義務付け訴訟を提起すれば、判決時説の下で、処分後の事情変化を含めた処分の違法性の判断を求めることができる³⁹。

以上のような形で、義務付け訴訟の法廷により、取消訴訟に係る違法判断の基準時の意味自体、相対化されたのである。

（４）小括

A. 行政法上の違法判断の基準時に関する議論の整理

行政法上の取消訴訟における違法判断の基準時に関する議論は次のように整理することができる。第1に、かつては処分時説と判決時説の二者択一的な議論がなされてきたが、近年は両学説が相対化されており、むしろ個別具体的な事情に応じて違法判断の基準時を決定する個別考慮説が有力に唱えられるに至っている。第2に、判例通説は、処分時説を採っているとされるが、後発的瑕疵に関する実務家の議論や、処分時には存在しなかった新たな知見に対する判例に鑑みると、「純粋な理念型としての処分説」の立場にはないとされている⁴⁰。むしろ、遡及的後発的瑕疵や新たな知見に関して、処分時に行政庁は把握していなかったが客観的には存在し

↘ 本評論社、第2版、2006年）401頁〔深澤龍一郎〕。

39 山本・前掲注24）9頁。また、児玉・前掲注12）25頁以下も参照。

40 また、山本隆司「取消訴訟の審理・判決の対象——違法判断の基準時を中心に（2・完）」法曹時報66巻6号（2014年）5頁では、最高裁が判決時説の立場にあることを明らかにしたとされる最判昭27年1月25日民集6巻1号22頁等の判例を挙げて、「当該事案の主眼論点は、自創法や農地法等の解釈として、農地買収計画や買収処分が処分時の事情を基準に行われるべきであり、その意味で基準時が行政実体法上固定されているため、その後の事情の変化は実体法上考慮されないことにあった」とし、したがって最高裁による違法判断の基準時に関する「上記の一般論の判示は、傍論に近いのではないか」という分析もなされている。

ていたといえる事情を判断の基礎に含めようとする判断枠組みに鑑みれば、純客観的な処分時説を採っているという評価も可能である。第3に、処分時説は義務付け訴訟の法定により、その決定的な論拠を喪失している。

以上3点に鑑みれば、行政法上の取消訴訟に関する判例においては、処分時説で一貫した立場が採られておらず、むしろ、従来の処分時説の論拠——行政庁の第1次判断権という行政庁の「主観」の尊重や抗告審の事後審的性格——によれば導かれえないはずの純客観的な処分時説といえるような見解が採られていると評価できよう。また、行政法上の学説において、それぞれの制度趣旨に従って多様な取り扱いを認める考慮が求められている点も注目に値する。

B. 刑事訴訟法430条の準抗告への示唆

以上の行政法上の議論から得られる示唆は次のとおりである。まず、430条の準抗告は、処分に対する不服申立ての制度であるから、行政法上の議論に鑑みれば、単に処分を取り消すという作用だけではなく、行訴法のような処分を義務付ける方向の作用も含みうる⁴¹。それゆえ、430条の準抗告においては、取消訴訟における違法判断の基準時の視点だけでなく、義務付け訴訟における違法判断の基準時の視点も含まれるため、処分時説か判決時説かという視点はかなり相対化されて取り込まれることとなる。その結果、430条による捜査機関の行った処分に対する準抗告における判断の基礎とすべき資料の範囲については、従来の処分時説か判決時説かという理論的基礎から離れて、またもちろん、429条において議論されて

41 後述する通り、刑訴法における還付規定に関しては、受還付者には還付請求権が認められる点でも、このような理解の正当性は補強されよう。他方で、430条における準抗告の規定が「その処分の取消又は変更を請求することができる」としており行訴法のように不服申立ての制度を細分化して規定していない点から、違法であれば「取消又は変更」は認められるが、必ずしも義務付けが命じられるわけではない。

きた準抗告審の構造理論的基礎からも離れて、導かれ得ることとなる。本決定があえて、「刑訴法430条の準抗告が、裁判に対するものではなく、捜査機関の処分に対する不服申立ての制度であることに鑑みれば」と示したのは、上記の考えを意図した可能性がある。

また、上記で、行政法上の判例においては、純客観的な処分時説を採っているのではないかと分析を加えたが、これは、本決定が「同条の準抗告裁判所は、捜査機関の処分の当否を判断するに当たり、捜査機関が当該処分当時に収集していた資料のみならず、その当時の事実に関する資料であって、その後に捜査機関が収集し、又は裁判所に提出されたものについても考慮に入れるべきである」とした点と整合する。すなわち、捜査機関が処分当時に収集していた資料という捜査機関の主観だけでなく、捜査機関が処分当時に収集していなかったが客観的には存在していた、その当時の事実に関する資料という客観的なものも裁判所に提出されれば準抗告裁判所の判断の基礎とすることができるとした点で、本決定も純客観的な処分時説の立場を採るのである。

他方で、なぜ純客観的な処分時説が妥当であるかという点については、少なくとも本決定においては、明確な論拠が示されていない。これに関しては、行政法上の学説の議論、すなわち、処分規定の性質に応じた個別具体的に妥当な解決が図られるべきとする有力な見解に参照価値があると思われる。すなわち、刑訴法における還付規定を具体的に検討することで、なぜ最高裁が本件で客観的な処分時説がよいとしたのかが明らかになるのではないか、ということである。そこで、次に還付処分に関する規定を確認し、刑訴法の視点からさらに本決定の内在論理を見ていきたい。

3. 還付規定から見る本決定の内在論理

以下では、まず還付処分の規定について確認したのちに、簡単に本件事案と還付処分の関係を整理した上で、本決定と照らし合わせ、その内在論

理及び具体的結論の妥当性を検討したい。

(1) 123条、124条について

A. 還付規定の趣旨

押収の効力は、本来、被告事件の終結まで継続するものである。しかし、押収は、対象者の重要な権利利益への侵害を生じさせる強制処分であるため、このような権利侵害は必要最小限に抑えられなければならない。それゆえ、押収後に占有を継続する必要がなくなったものは、被告事件の終結前であっても被処分者に返還されるべきである。このような趣旨で還付に関する規定は設けられたとされる⁴²。

還付とは、被押収者に押収物を返還することをいうが、規定の沿革上、「押収の解除」の意義を有するとされる⁴³。判例も、「還付は、押収物について留置の必要がなくなった場合に、押収を解いて原状を回復することをいう」としている⁴⁴。それゆえ、受還付者については、原状回復という還付の趣旨に鑑み、民事上の権利関係を考慮せず、原則として被押収者に還付とするのが判例・通説であるとされる⁴⁵。さらに、特段の事情がない限り、「押収が介在したことによって占有を含む私法上の権利関係に事実上も影響を及ぼすような還付は許されない」という指摘すら存在する⁴⁶。

B. 還付請求権について

押収は、必要な限りで認められるだけであり、必要がなくなれば還付す

42 中山善房ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第2巻』（青林書院、第3版、2024年）515頁〔渡辺咲子＝加藤俊治〕、河上和雄ほか編『注釈 刑事訴訟法 第2巻』（立花書房、第3版、2020年）300頁〔増井清彦＝飯島泰〕。

43 中山ほか編・前掲注42）516頁〔渡辺＝加藤〕。

44 最決平2年4月20日刑集44巻3号283頁。

45 中山ほか編・前掲注42）518頁以下〔渡辺＝加藤〕。

46 熊谷弘ほか編『捜査法大系Ⅲ 第3編 捜索・押収』（日本評論社、1972年）166頁〔堀籠幸男〕。

べきことが義務付けられている上、留置の必要がある場合ですら仮還付の請求が認められていることから、学説上、被押収者が還付請求権を有するのは当然であると解されている⁴⁷。

この点に関して、最決平15年6月30日刑集57巻6号893頁によれば、「捜査機関による押収処分を受けた者は、(刑訴法)222条1項において準用する123条1項にいう『留置の必要がない』場合に当たることを理由として、当該捜査機関に対して押収物の還付を請求することができる」とされており、被押収者の還付請求権は判例実務上も認められている。

C. 「被告事件の終結」と「留置の必要性」について

還付規定における「被告事件の終結」とは、終局裁判の確定をいい⁴⁸、捜査機関に準用された場合には、終局判決が確定するか、不起訴処分がなされるまでを意味する⁴⁹。この点について、規定の趣旨に基づき、「事件の終結前であっても、留置の必要がないと認められる物については、押収を継続する理由がないから、還付しなければならない」とされる⁵⁰。この留置の必要性については、捜査機関に一次的な判断が委ねられているが、恣意的であってはならず、捜査等の公共的必要性和個人の権利侵害との調和という憲法上の要請の下で、慎重に判断されなければならない⁵¹。

D. 123条と124条の関係

123条1項は、押収物の還付に関する規定であり、124条1項は、押収された贓物の被害者還付に関する規定である。そしてこれらの規定は、222条1項により、捜査機関による押収に準用されている。ただし、123条4

47 中山ほか編・前掲42) 523頁 [渡辺=加藤]

48 河上ほか編・前掲注42) 304頁 [増井=飯島]。

49 河上ほか編・前掲注42) 308頁 [増井=飯島]。

50 河上ほか編・前掲注42) 308頁 [増井=飯島]。

51 河上ほか編・前掲注42) 309頁 [増井=飯島]。

項及び124条1項の当事者への意見を聞くべき規定の各準用は、密行主義を原則とする捜査の法的構造に明らかに反しており、採りえない解釈であるとされる⁵²。

124条は、123条の特則にあたる⁵³。先に述べた通り、原則は民事上の権利関係を考慮せずに被押収者へ還付すべきであるが、被害者が贓物の占有を回復すべきことが明らかであるのに、それでもなおこの原則を貫くと、著しく具体的妥当性を欠く結果を招くことによる。むしろ、このような場合には「刑事訴訟上の手続で直接被害者にこれを引き渡すことが実務上便宜であり、妥当でもある」⁵⁴。なお、このような被害者への還付は、民事上の権利関係の確定や変動の効果を有しないことは還付規定の趣旨から明らかであり、124条2項はそのことを明確にするものである⁵⁵。

E. 124条の要件について

124条における要件について、「贓物」とは、「財産罪である犯罪行為に因り不法に領得された財物で、被害者が法律上追及できるものをいう」⁵⁶。

また、「被害者に還付すべき理由が明らかとなるとき」とは、「被害者が私法上無条件で押収赃物の引渡しを請求する権利を有することが明白な場合を」をいい、仮に少しでも疑義がある場合には、被害者に還付することはできず、原則に従い、被押収者に還付すべきである⁵⁷。

(2) 還付規定を踏まえた処分・還付対象の整理

還付規定について確認した上で、検討に入る前に改めて本件事案におけ

52 河上ほか編・前掲注42) 310頁 [増井＝飯島]。

53 中山ほか編・前掲注42) 534頁 [渡辺＝加藤]。

54 河上ほか編・前掲注42) 316頁 [増井＝飯島]。

55 中山ほか編・前掲注42) 538頁 [渡辺＝加藤]。

56 中山ほか編・前掲注42) 535頁 [渡辺＝加藤]。

57 河上ほか編・前掲注42) 316頁 [増井＝飯島]。

る各処分の対象と還付対象者を簡単に整理しておきたい。

まず本件差押えの被処分者はXである。そのため、本件差押えがなされた本件スーツケースと本件現金は、留置の必要がなくなれば、本来、222条1項、123条1項によりXに還付されることとなる。しかし、本件差押えの直後に司法警察員は、本件スーツケースとその中にあった本件現金を、本件窃盗事件により窃取された「贓物」と認めたため、222条1項、124条1項に基づき、「被害者」であるAに還付したのである（本件還付処分）。

本件還付処分後、本件スーツケースと本件現金はAから任意提出され、221条に基づき領置された。この領置の被処分者はAであるため、この時点以降での123条1項に基づく還付処分の対象者は原則としてAとなる。そして、Xは、本件スーツケースや本件現金の所有者でもなければ、領置の被処分者でもないため、受還付者としての適格を失うのだと整理できる。

（3）検討

A. 還付処分についての整理

還付規定からまず確認されるべきことは、押収物の還付においては、被押収者に対する原状回復が原則とされていることである。押収は捜査の必要等に基づき被押収者の占有等の権利利益を制約する処分である。したがって、その必要性が消滅した場合には、押収によって生じた被押収者の権利利益の制約を解消し、押収前の元の状態に戻さなければならない。還付は、この意味で、被押収者に対する原状回復のための処分である。換言すれば、刑事訴訟法は、押収によって重要な権利利益を直接的に制約された者に対し、原則として原状回復を受ける利益を保障しているものと理解することができる。

もっとも、刑事訴訟法は、被押収者への原状回復を絶対的に保障するわけではない。その例外として明文化されているのが、被害者還付について

定める124条である。同条は、押収物が贓物であり、これを被害者に還付すべきことが明らかな場合には、被押収者への還付という原則を後退させ、被害者への還付を認めるのである。これは、被押収者への原状回復を絶対的なものとして優先すれば、かえって著しく具体的妥当性を欠く結果を招く場合があることを考慮したものと理解できる。

また、124条に関するものではないが、被押収者らに対する集団準強姦被疑事件に関する動画データについて、被害者とされる女性らの名誉や人格等への著しい害や精神的苦痛などの回復しがたい不利益を生じさせる危険性等を踏まえれば、「被押収者が押収物の還付を請求することは、権利の濫用として許されない」とした判例もある⁵⁸。この判例は、124条の直接の解釈を示すものではないが、被押収者への原状回復の利益も、具体的事情の下では例外的に後退し得ることを示すものとして位置づけることができる。

以上を踏まえると、押収物の還付においては、被押収者への原状回復が優先的に考慮されるべき原則であるが、その利益は絶対的に保障されるわけではない。被押収者への還付を認めることが著しく具体的妥当性を欠く結果を招くことが明らかな場合、すなわち被押収者への原状回復を否定すべき特段の事情がある場合には、その限度で被押収者の原状回復の利益は後退し、例外的に被押収者以外の者への還付が優越する。そして、124条は、そのような特段の事情の一類型として、押収物が贓物であり、被害者に還付すべきことが明らかな場合を規定したものと解される。

B. 還付規定の整理を踏まえた本決定の検討

以上のような還付処分に関する整理を踏まえれば、準抗告審が124条1項に基づく押収物の還付処分の当否を判断するにあたって問題とすべきは、

58 最決令4年7月27日刑集76巻5号685頁。

単に捜査機関が処分当時に収集していた資料を前提としてその判断が合理的であったかどうかではない。むしろ、処分当時の客観的な事実関係に照らし、被押収者への原状回復を否定し、被押収者以外の者への還付を正当化し得る事情が実際に存在していたか、である。なぜならば、そのような例外的事情が実際には存在しないにも関わらず被押収者以外の者に還付することは、被押収者が有する原状回復を受ける刑事訴訟上の利益を不当に奪うことになるからである。

本決定が、刑訴法430条の準抗告裁判所は、「捜査機関の処分の可否を判断するに当たり、捜査機関が当該処分当時に収集していた資料のみならず、その当時の事実に関する資料であって、その後に捜査機関が収集し、又は裁判所に提出されたものについても考慮に入れるべきである」としたのは、このような還付処分の性質を踏まえれば、次のように説明することができる。すなわち、還付処分に対する430条による準抗告は、捜査機関の処分時における認識や判断過程の合理性のみを審査する制度ではなく、処分当時の事実関係に照らして当該還付処分が客観的に正当化されるかを審査する制度であると。したがって、処分後に現れた資料であっても、処分当時にすでに存在していた事実を明らかにするものである限り、準抗告裁判所の判断資料に含められるべきことになる。

本件において、司法警察員は、本件還付処分当時に収集されていた資料を前提として、本件現金を贓物と判断し、124条1項に基づきAに還付した。しかし、その後に収集され、又は裁判所に提出された処分当時の事実に関する資料によれば、本件現金が贓物であるとは認められないのである。すなわち、処分当時に存在した客観的な事実関係に照らせば、被害者とされるAへの還付を正当化する例外的事情は存在しなかったこととなる。そうすると、本件還付処分は、原状回復という原則を否定すべき特段の事情を欠くにもかかわらず、例外的処理を行ったものといえる。このような不当な原則からの逸脱を行った本件還付処分は、違法と評価されるべきである。

さらに、本件現金がいったんAに還付されたのち、Aから任意提出され、領置されたという経過を理由に、申立人がもはや本件現金について「押収処分を受けた者」に当たらないと解することも相当ではない。仮に、124条1項による違法な還付処分とその後の任意提出及び領置という形式的な処分の経過によって元の被押収者の還付請求上の地位が失われるとすれば、捜査機関による違法な還付処分によって、被押収者の原状回復を求める利益が空洞化されることになりかねない。したがって、本決定は、Aへの本件還付処分が違法であるとして取り消されるべきである以上、少なくとも、本件還付処分の存在を前提としてXの還付請求を拒否した本件還付拒否処分も、違法として取り消されるべきであるとした⁵⁹。

4. 本決定の意義と射程

(1) 本決定の意義

本決定は、430条の準抗告審において、被押収者以外の者への還付処分の当否を判断するにあたり、処分当時には捜査機関に収集されていなかった資料であっても、その後収集され又は裁判所に提出された資料であり、かつ処分当時の客観的事実に関するものである限り、このような資料も踏まえて審査されるべきことを明らかにしたものである。このように、430条の準抗告裁判所が判断の基礎とすべき資料の範囲を示した点で、本決定は、講学上も実務上も非常に重要な意義を有する。

(2) 本決定の射程

A. 新資料と新事情の問題について

59 なお、本決定では、Xに本件現金が還付されるべきかの判断について、「検察官において、記録や検察官が把握している事情に基づき、申立人以外の者に還付することが相当な場合に当たるかを検討した上、改めて判断すべきである」とした——すなわち、検察官に「差戻し」をした——点には注意が必要である。

本決定においては、「処分当時の事実に関する資料」であることが示されていた。これは、「処分後に生じた事実に関する資料」——すなわち、新事情——に関しては、判断をしていない。そのため、新事情に関する資料が準抗告裁判所において判断の基礎として考慮されるべきかどうかについては、本決定の射程外ということになるだろう。

他方で、行政法上の議論では、新事情（非遡及的後発的瑕疵）に関して、取消訴訟以外の不服申立ての手続（理由の差替えや義務付け訴訟等）での解決の妥当性も議論されている⁶⁰。本決定が、「刑訴法430条の準抗告が、裁判に対するものではなく、捜査機関の処分に対する不服申立ての制度である」としたことに鑑みれば、そういった他の不服申立て手段を細分化して規定していない刑事訴訟法においても、430条の捜査機関による処分に対する準抗告の場合には、新事情に関する資料を判断の基礎とすることができるとする余地があるように思われる。

B. 429条の準抗告について

また、「刑訴法430条の準抗告が、裁判に対するものではなく、捜査機関の処分に対する不服申立ての制度である」としていることに鑑みれば、裁判に対する429条の準抗告において、「処分当時の事実に関する資料であって、その後に捜査機関が収集し、又は裁判所に提出されたもの」を判断の基礎として考慮すべきかは、射程外である。

しかし、準抗告審の構造の議論において、裁判の多様性を踏まえて各裁判の性質に応じて適切な取り扱いをすることが指摘されていることに鑑みれば、429条と430条で同じ性質を有する裁判・処分においては、同様の結論を採り得ることもあろう。

この場合に429条と430条の準抗告において差異が認められうるのは、事

60 人見・前掲注22) 724頁以下、山本・前掲注40) 25頁以下など。

後審という準抗告審の構造をどのように捉えるかであると思われる。個別具体的な事例においては、430条の準抗告では判断の基礎とすべき資料であるとされても、事後審という性質に鑑み、429条の準抗告では判断の基礎とすべき資料ではないとされることもあろう。

C. 還付規定以外の処分について

本決定は還付に関する処分についての準抗告であったがゆえに、それ以外の処分の場合に本決定の射程が及ぶかについては、別途で検討が必要であるように思われる。

D. 補足

なお、射程の問題とは若干異なるが、本件のように還付の後に任意提出及び領置が行われなかった場合、事後的にXが準抗告を申し立てても訴えの利益がないとして不適法となることもあるだろう⁶¹。他方、処分の取消しにより、押収物が捜査機関の下に戻るのであれば、本件と同様の処理がなされることとなろう。

※本稿は特別研究員奨励費（課題番号 26KJ0166）の助成による研究成果の一部である

61 還付処分後に、押収物が廃棄等により特定性を失った場合や、他人に譲渡されるなど、「処分が取り消されても押収物の還付等を受けえない状態になっている場合には、目的の実現不能な裁判を求めるものとして、申立の利益がない」とされる（司法研修所編・前掲注5）83頁〔横田安弘〕。

イエ・ベ・パシュカーニス
『法の一般理論とマルクス主義』

武 井 寛*

目次

はじめに

序説 法の一般理論の課題

第1章 抽象的な科学において具体的ものを構成する方法

はじめに

以下に訳出するのは、パシュカーニス『法の一般理論とマルクス主義』の第三版（1927年）である（初版は1924年刊）。今回は序説と第一章を扱う。本書の日本語訳は、すでに山之内一郎訳『法の一般理論とマルキシズム』（改造社、1930年）、佐藤栄訳『マルクス主義と法理学』（共生閣、1932年、ドイツ語版からの日本語訳）、そして稲子恒夫訳『法の一般理論とマルクス主義』（日本評論社、1958年）がある。したがって、当然のことながら、なぜ現時点でこの書を翻訳するのかという疑問が投げかけられるであろう。

実は、ある私的な研究会でパシュカーニスを読んでもみようということになり、不十分ながらも少しロシア語をかじった者として私が一定の部分訳すことになった際に、従前の日本語訳では意味の判然としないところの

* たけいひろし 龍谷大学法学部教授

あることが共通の認識となった。たとえば、今回対象とする序説から一例をあげよう。その序説の終わりかけの一節、マルクス『ゴータ綱領批判』に示された「ブルジョア的な法＝権利のせまい地平」についてパシュカーニスがその論を展開する箇所である（山之内訳では31頁、佐藤訳では28頁、稲子訳では62頁）。

「法形態の存在のための基本的な、経済そのものに根ざしている条件」について、稲子訳は「等価交換の原則による労働条件の統一」、山之内訳は「等価の交換の法則による労働給付の包括」、佐藤訳は「等価交換の原則による労働給付の総括」となっている。稲子訳ではほとんど意味が読み取れず、山之内訳と佐藤訳はおそらくドイツ語版を参考しているのではないかと考えられるが、それでもここだけを読んでいるだけでは意味がわからない。『ゴータ綱領批判』を参照すると、将来社会における貨幣形態を媒介しないでなされる分配（個々の生産者が社会ににあたえたのと同じ労働量を別のかたちで返してもらうという分配方式¹）が、なおも等価交換原則に支配されていることを述べている箇所を指していることはわかるが、もやもや感が残る。というのも、これらの訳の下線部に該当するロシア語原文は「объединение трудовых усилий」であるが、「усилия（一般的には①努力や骨折り、②力、という意味をもつусилиеの複数形）」の語義が山之内・佐藤訳の「給付」とかなり距離があるからである。試みにこのロシア語を「労働諸力の結合」と直訳して、これは何を意味するのだろうかとかあれこれ考えをめぐらせているなかで、『資本論』のある箇所にたどり着いた。それは、「私的諸労働の複合体」と区別された「直接に社会化された労働を考察する」ため²に、「共同の生産手段で労働し自分たちのたくさんの個人的労働力を自分で意識して一つの社会的労働力として支

1 マルクス・エンゲルス全集（大月書店。以下「邦訳全集」という）第19巻20頁。

2 邦訳全集第23巻a104頁。

出する自由な人々の結合体」についてふれた部分³である。パシュカーニスはこの箇所を念頭においていたのではないかとの推測のもと、この部分を参考に、「支出」の語を補って「[支出された] 労働諸力の結合」としてみた次第である（本文中の [] は訳者による挿入であり、() は原文のままのパシュカーニスによる挿入である）。パシュカーニスの叙述には、以上のように、『資本論』を意識していると思われる箇所が散見される。このように、原文の意義を明確化するためには、既存の訳とは異なった訳が必要だと考えたのが、第一の理由である⁴。

二つ目の理由は形式的なことにかかわる。訳出の対象とした第三版は、引用文献が本文中括弧に入れられ埋め込まれている場合（引用ページ数が付されているものとそうでないものがある）と、本文外に脚注として置かれている場合がある（脚注番号は脚注の数にしたがった連番ではなくページごとに再度1からの番号がふられている）。後者の場合、パシュカーニスのコメントが付されているものも多い。推測にすぎないが、後者は、初版以降にパシュカーニスの議論に加えられた批判などへの応答や明確にしておくべき引用文献が、脚注として第二版へ付加・修正されたものではないかと考えられる（現時点で初版と第二版にあたり確かめることはできなかったのであくまで推測である）。稲子訳では、本文に埋め込まれた注もすべて段落ごとに後置され連番がつけられているが、原文との比較が容易なように、第三版の原文通りの形式で（原語の別も付記し）訳出した。また、原文の脚注は、当該本文の段落の後に [] に入れて連番で配置した。これら以外の本稿における脚注はすべて訳者の脚注である。なお、第三版への修正は、パシュカーニス自身が括弧書きでその旨指摘しており、その

3 邦訳全集第23巻a105頁。

4 その他、「юридический」という形容詞は「法律的」または「法的」のふたとおりの意味がありうるが、文脈に応じて適宜訳し分けた。また、「право」は「法」という意味と「権利」という意味をもつが、文脈に応じて訳し分け、ときには二つの意味を合わせた表現として「法＝権利」を用いた。

部分は原文に忠実に訳した。原文の斜字体（今回の分ではマルクスとレーニンからの引用が該当する）には、傍点をつけた。

三つ目は、パシュカーニスの議論がこんにちにあっても未だ色あせておらず、多様な議論の対象となっているからである。たとえば、本書出版100周年を記念して、2025年にCosmin Cercel、Gian-Giacomo Fusco、そしてPrzemysław Tacikを編者とする論文集、*Legal form: Pashukanis and the marxist critique of law*と*Legal form and the end of law: Pashukanis's legacy*がRoutledge社（ニューヨーク）から出版されている。前者はパシュカーニスによる「法形態」論に関する解釈論的遺産を再考し、再構築することを課題とし、後者は「法形態」の概念的可能性を探究すること（ないしそれを批判的に再考すること）が目指されている⁵。

序説 法の一般理論の課題

法＝権利の一般理論は、基本的な、つまり最も抽象的な法的諸概念の展開であると定義することができる。これらの法的諸概念に属するのは、たとえば「法規範」、「法関係」、「権利主体」などのような定義である。自らの抽象的な性質によって、これらの概念はいかなる法領域にも同一に適用可能であり、その論理的かつ体系的な意味は、どのような具体的内容に適用されるかにかかわらず、同じままである。たとえば、民法の主体および国際法の主体という概念は、それ自体として、法＝権利主体という、より一般的な概念に並列して従属していること、したがって、このカテゴリーは、あれこれの具体的内容とは無関係に定義され、発展させられる可能性をもつということ、これらのことは誰も否定しようとはしない。他方、も

5 See, *Legal form and the end of law: Pashukanis's legacy*, p.1.

しわれわれがどれでもよいが一つの法分野の枠内にとどまるならば、次のことを確認することができる。すなわち、上で触れた基本的な法カテゴリーは、その具体的で物質的な内容のいかなる変化の下でも自己の意義を維持するという意味において、法規範の具体的内容には依存しないということである。

もちろん、これらのもっとも一般的で単純な法概念は、実定法規範の論理的加工の所産であり、自然発生的に形成される法＝権利義務の諸関係とそれらを表す諸規範と比べれば、意識的な創造の最新かつ最高の産物である。

しかし、このことは、新カント派の哲学者たちが基本的な法カテゴリーを、経験のうえにそびえ立ち、経験そのものを可能とする何かとみなすことを妨げはしないのである。たとえば、サワリスキー（『科学的観念論における法哲学の基礎〔露語〕』モスクワ、1908年、216頁）を読んでみよう。「主体、客体、関係および諸関係の規則は、法的経験のアプリオリであり、それを可能とするのに不可欠の論理的諸条件である」。そして以下のように続く。「法関係は、すべての法制度の、したがって法学にとっても、必要かつ唯一の条件である。というのも、法関係がなければ、それについての科学、つまり法学は存在しないからである。このことは、因果律という法則がなければ、自然も、したがって自然科学も存在しないのと同じである」（前掲書218頁）。サワリスキーは、自らの考察において、著名な新カント主義者の一人であるコーエンの結論を繰り返しているだけである（コーエン、『純粹意思の倫理〔独語〕』、1907年版、227頁以下）。まったく同じ見解が、シュタムラーの初期の主著である1896年の『経済と法』にも、最後の著書である1923年版の『法哲学教科書』にも見られる。後者には次の記述がある。「法＝権利概念のなかでは、純粹な概念と条件付けられた概念を区別しなければならない。前者は、基本的な法＝権利概念の一般的な思考形態である。それらは、その理解にとって、法＝権利の理念そのも

ののほかには、いかなる前提も必要としない。それらは、したがって、まさに生じうるすべての法＝権利の問題に適用される。というのも、それらは、法＝権利の形態的概念のさまざまなあられそのものに他ならないからである。それゆえ、それらは変わらずに存在する（bleibende）法＝権利の定義から抽出されなければならない。」（同書、245頁）

とにもかくにも、新カント派は、彼らの見解にしたがって、発生史的つまり時間的にではなく、論理的かつ認識論的に「法＝権利の理念」は経験に先行すると請け合うのであるが、われわれはやはり、いわゆる批判的哲学は、他の多くの点におけると同様に、この点においても、中世のスコラ哲学へとわれわれを連れ戻すものだと思えなければならない。

このようなわけで、次のことは確立したものとみなしてよい。すなわち、発達した法的思考は、どのような素材に向き合うにせよ、一定数の最も抽象的で一般的な定義なしにすすむことはできないということである。

わがソビエト法学も、そのようなものである限り、すなわち自らの直接的な実践の任務に合致する限り、それらなしですすむことはできない。基本的な、つまり形式的な法概念は、われわれの諸法典およびそれに対応するコンメンタールにおいて、存在し続けている。

しかし、このことによって、法の科学的理論は既述の抽象概念の分析に従事しなければならないということが示されたと言えるだろうか。かなり広く普及した見解は、純粹に当事者間で取り決められた技術的な意義を、これらの基本的でもっとも一般的な法概念に帰せしめている。解釈法学は、言われるところによれば、単なる便宜のためにこれらの符号を用いている。それ以外のいかなる理論的・認識的意義ももたないと言われる。しかし、解釈法学が実践的、かつある意味において技術的な学科であるという事情は、いまだその概念がしかるべき理論的な学科の一部を構成しえないという結論を根拠づけるわけではない。法についての科学は法学が終わったところから始まるという、カール・レンナー〔1〕に同意することはできる

が、しかしそのことから、法についての科学が、法的形態の原理的本質を表現する基本的な抽象を、まったく放棄しなければならないということにはならない。経済学もその発展を実践的な問題、とくに貨幣流通からはじめ、最初は、「政府と諸国民の富を豊かにする手段」を示すことを自らに課したではないか。それにもかかわらず、すでにそれらの技術的な助言のなかに、われわれは、掘り下げられ一般化された形態において、理論的学科——経済学の構成部分となった概念の基本原則を見出すのである。

〔1〕カール・レンナー『法の社会的機能〔露語〕』（ロシア語訳、1923年）11頁を見よ。

法学は、その場合心理学へも社会学へも融解しない法の一般理論へと発展することができるのであろうか。経済学において商品形態または価値形態という基本的でもっとも一般的な定義の分析を行うのと同じように、われわれは法的形態の基本的定義の分析を行うことができるのであろうか。法に関する一般理論を独立した理論的な学科とみることができるかどうかは、これらの諸問題の解決に左右される。

ブルジョア法哲学——その代表者の大部分は新カント主義の立場に立っている——にとって、上記の問題は、二つの合法則性を単純に対立させることで解決されている。すなわち、存在の合法則性と当為の合法則性である。このことに対応して、二系列の科学の存在が認められる。因果科学と規範科学である。たとえばヴァントを見てみよう。「因果科学または説明科学は、自然の法則——現実の生活過程がそれに沿って自然的必然性をもって実際に進みかつ進まなければならないような自然の法則をさがそうとするのに、目の前でできごとの説明を求めない規範的学科の目的と対象は、もっぱら規範——実際には決してなされていなくとも何かなさねばならないことの元となる規範だけなのである。」〔2〕ジンメルにあっては、当為のカテゴリーは、思考の特殊な形式、すなわち、われわれが自然的必然性

をもって生じている生を考えている論理的方法と越えられない境界によって隔てられている、そのような思考形式を規定する。具体的「なすべき」ことは、別の当為の援用によってのみ基礎付けることができる。論理の枠内にとどまるかぎり、われわれは必然性から当為へ、そしてその反対も推論することはできない〔3〕。これと同じ考え方、すなわち、合法性は二つの異なった方法——因果論的および目的論的方法——によって確定できるという考え方を、シュタムラーは、自らの基本著作『経済と法』において、ありとあらゆるしかたでこねくり回している。法学は、かくすることにより、規範的学科の一つとして確固たる方法論上の基礎をうけとったかのようにいうのである。かてて加えて、この方法論を発展させる試みは、たとえばケルゼンにあっては、以下のことを確信させるにいたった。まさに法学は、主たる規範的科学なのだ。というのも、法学は、この種の学科のどれよりも当為のカテゴリーの形式的・論理的意味の枠内に踏みとどまることができるからである。実際のところ、道徳や美学においては、規範的なものは心理的なものに満たされており、それは格付けされた欲求、すなわち事実、実在とみなされる。因果関係の見地が絶え間なく介入して、規範的思考の純粋さを損なっている。反対に、法——ケルゼンは国法をその最高の表れとみなしている——においては、当為の始原は、現実のもの、存在するものと完全に断絶した、無条件に他律的な形態で登場するのである。まさにそのほかならぬ立法機能を法超越的領域へと移すだけで——これこそケルゼンがしていることなのであるが——、法律学の持ち分として残るのは規範的なものの純粋な領野にすぎず、その任務は、さまざまな規範的内容を厳密に論理的に整理するだけになるであろう。

〔2〕 ヴント『倫理〔独語〕』1頁。

〔3〕 ジンメル『道徳科学序説〔独語〕』を参照。

もちろん、ケルゼンの多大な功績は認めなければならない。彼は、その

おそれを知らぬ首尾一貫性によって、二つの合法則性をもつ新カント派の方法論の不条理さをしめしてくれた。というのも、実在のもの、現実のものというすべての不純物から、すべての心理学的・社会学的「スラグ」⁶から溶離された「純粋な」当為の合法則性なるものは、そもそも理性的な定義をもたないし、もつことなどできないからである。また、純粋に法的な、つまり無条件に他律的な当為にとっては、目的でさえ余計でどうでもよいことだからである。「汝は、……のため、かくあらねばならない」——これは、ケルゼンによれば、すでに法的な「汝は、かくあらねばならない」ではない。

法的当為の見取り図には、ヒエラルヒー的な階段の踏み段ごとに、一つの規範から別の規範への移行が存在するのみであり、その一番上にはしんがりをつとめるところの最高規範を制定する権威が、すなわち法学がそこから出発する前提としての究極の概念がひかえている。理論法学の問題へのこのような態度を、ケルゼン批判者の一人は、立法者への法律家の戯画的なメッセージとして、次のように表現した。「あなたがいかなる法律を公布すべきか、われわれは知らないし、それについて気にかけることもない。それはわれわれには無関係の立法技術に属する。なんでも好きな法律を公布してみることだ。あなたがなんらかの法律を公布してくれるだけで、あなたが法律として何を公布したのかを、ラテン語で説明してさしあげよう」[4]。

[4] J. オフネル、『社会的な法的思考 [独語]』1923年、54頁。

なにごととも説明しようとせず、実際の現実すなわち社会生活にはじめから背を向けて、規範の出自（問題は法を超越している！）や規範と何らかの物質的利益との結びつきに何の関心ももたずにそれを扱うような、その

6 鉄や銅などの金属精錬のときに発生する不純物のこと。

ような法の一般理論は、もちろん、たとえばチェスの理論について語られるのと同じ意味においてのみ、理論という肩書きをもつことができよう。このような理論は科学とは何の共通性もない。法、歴史的形態としての法形態を、それは研究しようとしな。というの、この理論は存在しているものの研究をまったく考えもしないからである。したがって、俗に表現すれば、この理論から「取れるものはない」。

いわゆる社会学的ないし心理学的な法理論は、話がことなる。これらの理論にはより多くのことを求めることができる。というの、それらはその用いている方法のために、法をその発生と発展における現れとして説明しようとしているからである。しかし、ここでも別の幻滅がわれわれを待ち受けている。社会学的ないし心理学的な法理論は、通常法の形態それ自体を検討の対象としな。つまり、法の形態に含まれている問題をまったく見ようとしな。のである。これらの理論は、そもそもの始まりから法外的な性質の概念を操作しており、かりに純粹に法的な定義を検討の対象にする場合でも、ただ後で、それを「フィクション」、「イデオロギー的な幻影」、「投影」などと言明するだけなのである。自然主義的またはニヒリスティックなこの態度は、一見すると、たしかにある種の共感を覚えさせる。この態度を、目的論と「道徳的なもの」に浸りきった観念的な法理論に対置した場合は、特にそうである。「法の永遠の理念」や「人格の絶対的意義」についての気取ったフレーズを読んだあと、社会現象の唯物論的説明を求める読者は、法を、利益をめぐる闘争、国家的強制の現れ、または現実の人間の心理において展開されているプロセスとしてさえみなす理論に対し、特別の満足をもって向き合うのである。多くのマルクス主義者の同志は、真の唯物論的マルクス主義法理論を手に入れるためには、上に列挙された理論に階級闘争の契機を持ち込めば十分であると思っている。しかし、結果としてわれわれが手に入れるのは、多かれ少なかれ弱々しげな法的色合いを帯びた経済的形態の歴史か制度の歴史であり、決して法の一般

理論ではないのである〔5〕。そのさい、ある程度まで唯物論的な見地を示そうと試みたブルジョア法学者——たとえばグンプロヴィッチ——が、基本的な法概念が人為的で相対的なものであることを明らかにするためであるとしても、いわば職務上、その兵器庫を検分することを自らの義務であると考えていたとすれば、マルクス主義の著述家たちは、法律学に対して無責任な人びとのように、法形態の具体的内容ないし法制度の歴史的発展に全ての注力を注ぎつつ、たいていは法の一般理論の形式的な定義にはだんまりを決め込んでいる。一般論として指摘しなければならないのは、マルクス主義の著述家たちは、法概念について語りながらも、もっぱら、あれこれの時代に固有の法規制の具体的内容、すなわち当該発展段階において人びとが法とみなしたことしか考慮に入れていないことである。「生産力の所与の状態を基盤として、一定の生産関係が形成され、この生産関係が人びとの法概念において、そして一定の『抽象的な規則』、つまり不文の慣習や成文法においてその理念的表現を受けとる」（ペリトフ、『諸問題に向けて〔露語〕』その他、140頁）⁷。ここでは、法概念はほとんどその内容の面から検討されるだけである。法の形態に関する問題そのものは提起されない。ところが、疑いのないところであるが、マルクス主義理論は、さまざまな歴史的時代における法規制の物質的な内容のみならず、特定の歴史的形態としての法規制そのものの唯物論的解釈も提供しなければならないのである。

〔5〕法の一般理論の一連の問題を扱っている、同志ストゥーチカの著書『法と国家の革命的役割〔露語〕』でさえ、それら一連の問題を体系的な一つのまとまりに結びつけてはいない。階級的内容の面からの法的規制の歴史的発展が、形態そのものの論理的かつ弁

7 ペリトフはプレハーノフの筆名（この本の正式名称は稲子訳によれば『一元的历史観の発展の問題について』1895年であり、日本語訳として川口唯彦訳『史的一元論』岩波文庫がある。該当箇所は同書238-239頁）。

証法的な発展に比べて、叙述において前面に出ている。とはいえ、断っておかねばならないのは、この本の第三版を第一版と比較する者はだれでも、法的形態の問題への注視という意味で、わが尊敬する著者がどれほど前進を遂げたかということに、もちろん気づくであろうということである。とはいっても、それはストゥーチカの出発点に由来するものであり、彼が法をなによりもまず生産と交換という諸関係のシステムとして理解しているからである。最初から法が任意の社会的関係の形態として論じられると、法の特殊な兆候が視野の外におかれるであろうことは断言できる。逆に、生産と交換の関係の形態として法を論じることになれば、ある程度の綿密な分析の下では、その特殊な相貌を明らかにするのはたやすいのである。

実際のところ、基本的な法概念の分析を放棄すると、われわれは次のような理論しか獲得できない。すなわち、法規制は社会の物質的必要から生じ、したがって、あれこれの社会階級の物質的利益に照応していると説明する理論である。しかし、法規制そのものは、われわれがそれに歴史的内容の豊穡さを注ぎ込んだとしても、形態としては分析されないままである。内的な区分とつながりの豊かさの代わりに、われわれは、わずかながら大雑把に描かれた法的なものの輪郭を用いることを強いられる。どれほど大雑把かといえば、法的な領域と隣り合う領域とを区別する境界線はすっかり消し去られているのである。〔6〕

〔6〕歴史的な叙述の豊かさと法的形態の最も未完成の殴り書きが共存できている一例が、エム・ボクロフスキーの『ロシア文化史概略〔露語〕』である。この本における法の定義は、経済現象の流動性に対比された、不動性と保守性の特徴をもつということだけである（同書、第1巻、第2版、16頁）。

一定の段階までは、このようなやり方はもっともなことであつたと認めざるをえない。経済の歴史を述べることは、たとえば地代論や賃金論を微に入り細にわたり気にしなくとも、可能である。しかし、理論経済学の基本的なカテゴリー——価値、資本、利潤、地代その他——が、漠然とした区別不能の経済概念のなかでぼやけているとしたら、そのような経済形態の歴史について語ることができようか。このような歴史を経済学の理論といつわる試みが、どのように取り扱われるかについてはいうまでもない。ところが、マルクス主義的法理論の分野では、まさにそういった事態なのである。確かに、法学者は、自らの法の概念にとっての定義を探し求めてきたものの、いまだ発見できないでいることで、自分を慰めることができる。法の一般理論に関する教程の大部分が、通常あれこれの定式ではじまっているとしても、実際のところ、この定式は法的なものの一般に関する、おぼろげで、概略的な、細分された表象を与えているだけではないかと。公理として承認できるのは、次のことである。すなわち、われわれは、法に与えられる定義から法について知ることは決してできないということ、また逆に、しかるべき学者が、自らの固有の定義を考慮しなくなればなるほど、彼は形態としての法について、より根拠をもって伝えてくれるということである。

この原因はきわめてはっきりとしている。法とはいかなるものであるかという複雑な概念的理解は、その類および種差に基づいて (per genus et differentia specifica) といった学校で習う論理の規則にしたがった定義でつくせるものではないからである。

残念なことであるが、法理論に取り組んだ数少ないマルクス主義者であっても、スコラ的な難解さの誘惑を免れなかった。かくして、たとえばレンナー(『マルクス研究 [独語]』 I、1905年)は、社会の名において個人に向けられる命令 [インペラティブ] の概念を、自らの法の定義の基礎においている。この単純な概念構成が、彼にとっては、過去、現在および

未来の法制度を子細に追跡するのにまったく十分なのである〔7〕。

〔7〕 ジーベルの同様の定義（全集〔露語〕、第2巻、134頁）——「法は、経済的ことがらが成し遂げられる典型的な場合の表現としての役割をはたす強制的規範の総体、事物の平均的推移からの逸脱の警告・阻止を目的とするその総体に他ならない」を参照せよ。われわれは、国家権力によって公布される強制的規範としての、類似の法の定義を、同志ブハーリンの本（『史的唯物論〔露語〕』第2版、175頁）のなかに見出す。ブハーリンをジーベルおよび特にレンナーから分かťのは、ブハーリンが国家権力、したがって法の階級性格をしきりに強調する点である。より発展させられた定義は、ブハーリンの弟子の一人であるボドヴォロツキーが与えている。「法は、所与の社会の経済的ないし他の社会的諸関係を反映する強制された社会規範のシステムであり、その規範は、支配階級の国家権力によって導入され、保護されるが、それはこれらの諸関係の承認、規制および強化のためであり、したがって、支配階級の支配の強化のためのものである」（『マルクス主義法理論〔露語〕』156頁）。これらすべての定義は、法的規制の具体的内容と経済との間の結びつきを強調している。しかし、同時に形態としての法を、外からの国家的・組織的強制という特色で尽くそうとしている。すなわち、実際には、最も実用的ないしドグマ的な法律学の粗雑で経験的な受容——その克服がマルクス主義の任務として求められていた——以上には進まなかつたのである。

この種の定式の基本的な欠陥は、法概念を、実際の運動——その内的相互関係と結びつきの豊かさを解き明かしてくれる運動——においてとらえることができないということである。それは、その最も完成した明確な形式における法概念を与える代わりに、そしてそれゆえ、この概念の一

定の歴史的時代にとっての重要性を示す代わりに、人間社会の発展のあらゆる時代および段階にひとしくうまい具合にあてはまる「外部からの権威的な規制」についての純粋に言葉上の陳腐な表現を紡ぎ出してくれるのである。これとまったく同様なのが、経済学において、あらゆる歴史的時代を支配するかのような経済の概念を定義しようとする試みである。経済理論のすべてがこのように無駄でスコラ的な一般化から成り立っているとすれば、それははたして科学の名に値するだろうか。

マルクスは、周知のとおり、経済一般に関する考察ではなく、商品と価値の分析からその研究を開始している。というのも、諸関係の特殊な領域としての経済は、交換の登場にともなって分化するからである。価値関係が存在するようになるまでは、経済活動を他の生活機能の総体から切り離すことはきわめて困難である。経済活動は他の生活機能と一体となっている。純粋な自給自足経済は、独立した科学としての経済学の対象にはなりえない〔8〕。商品＝資本主義的な関係のみが、はじめてそれ特有の概念を用いる特別の理論学科としての経済学の対象を作り出すのである。「経済学は商品からはじまる。すなわち、個々人のものであろうと原生的な共同体のものであろうと、諸生産物が相互に交換されるときからはじまる」〔9〕。

〔8〕なお、マルクス主義者のなかでは、理論的経済学の対象に関する見解の完全な一致はないということを言っておかねばならない。このことを示したのが、「経済学とは何か」というテーマでの同志ステパーノフ・スクヴォルツォフの発言に関連する議論であった（共産主義アカデミー紀要〔露語〕、1925年、第12号）。同志ステパーノフの見解によれば、商品経済ないし商品＝資本主義経済の前記カテゴリーは、決して理論経済学固有の対象にはならないというのであるが、しかし、この議論に関与した我が国の経済学者の圧倒的多数は、この見解に断固として反駁した。

[9] ロンドンの労働新聞『Das Volk』6号(1859年8月20日)に掲載されたエンゲルス「マルクス『Zur Kritik』への評注〔露語〕」他⁸。

同じことは、法の一般理論についても、そのままあてはまる。発達した法的思考によって生み出され、法的形態一般の近似的定義であるような基本的な法的抽象概念は、特定の、しかもまったく複雑な社会的関係をそれ自体で反映している。このような複雑な関係にとどまらずに、「人間性」ないし「人間の共同生活」一般にあてはまるかのような法の定義を見つけようとする試みは、不可避免的にスコラ的で純粋に言葉上の定式化をもたらさざるを得ない。

このような死んだ定式から法的形態の分析に移行する段になると、われわれが実際に出くわすような一連の困難にぶつかるのは避けがたい。これらの困難は、あきらかなこじつけや術策によってしか乗り越えられない。かくして、たとえば、通常は法の一般的定義が与えられたあとで、次のように知らされることになる。実をいうと二種類の法＝権利がある。主観的なそれと客観的なそれ〔*jus agendi* и *norma agendi*〕だと。この場合、定義そのものにおいては、このような分裂の可能性はまったく予見されていない。そこで、それはフィクションであり幻影だなどといいながら、ふたつのうちのどちらか一方を否定したり、法＝権利の一般的定義とその二つの種類の間にまったくうわべだけのつながりを設けたりするはめに陥ることになる。ところが実際は、法＝権利のこうした二重性格、その規範と権能へのこうした分離は、たとえば商品が価値と使用価値に分離するのに劣らず、本質的な意義を有するのである。

8 邦訳『マルクス・エンゲルス全集』第13巻478頁(マルクス『経済学批判』)。本文引用部分はこの邦訳にしたがった。ただし、「始める」を「始まる」に改めた。

形態としての法は、そのもっとも近い関係にある諸定義なしではとらえがたい。それは、まさに対立において存在するのである。客観法と主観法、公法と私法などなど。しかし、基礎となる定式が、既述の対立をまったく知らないような時代と社会発展段階を含む、すべての時代と社会発展段階を包括するようなくろみをもって作り出された場合、これらすべての基本的区別は、基礎となる定式に機会的に付け加えられたものであることがわかってしまうのである。

ブルジョア資本主義社会のみが、社会関係において法的な契機が完全な明確さに達するのに必要なすべての条件を作り出すのである。

規範的秩序という大量の社会現象から法＝権利を区別することがきわめて難しい原始民族の文化を横におくとすると、中世封建制のヨーロッパにおいてさえ、法形態はその極度の未発達さの点で際立っているのである。すでに指摘した対立のすべてが、区別されない不可分の一体となっている。客観的な規範としての法と権能としての法との境界は存在しない。一般的な性格の規範は、具体的なその適用から区別されていない。これに対応して裁判官と立法者の活動は一体化している。マルク共同体の組織でも封建的権力の組織でも、公法と私法の対立はまったくぼかされている。ブルジョア時代にかくも特徴的な、私人としての人間と政治的結社の一員としての人間との間の対立は、まったく存在しない。[多面体のような]⁹ 法形態のこれらすべての切り子面が完全な明確さをもって結晶するためには、諸都市を最重要の舞台とした長期にわたる発展のプロセスが必要であった。

このように、基本的な法概念の弁証法的発展は、もっとも可視化され¹⁰

9 形式的・表面的な意味は、「法的諸形態のこれらすべての境界（границы: 複数形）が完全な明確さで結晶するためには」であるが、境界（границы）には、多面体や結晶などの（カット）面、切り子面の意味があるので、そのことがわかるように「多面体のような」という語を補って訳した。

10 ここは、それまで覆いにさえぎられ見えなかったものが、その覆いがとれ見えるようになった（раскрытый: раскрытьの被動形動詞過去）という趣メ

細分化された姿における法の形態を与えてくれるのみならず、発展の現実的で歴史的な過程を反映しているのである。この過程はまさにブルジョア社会の発展過程そのものにほかならない。

われわれが理解しているこのような法の一般理論に対する、次のような異議申立はなりたたない。すなわち、それが相手にしているのは形式的で相対的な定義と人為的な概念構成だけではないかと。価値、資本、利潤、地代などの事象の「分析では、顕微鏡も化学試薬も役に立たない」¹¹と、すでにマルクスが警告しているとはいえ、経済学が実際に存在しているなにかを研究していることに疑念をさしはさむ者はいない。法理論もほぼ同じように「人為的な」抽象を操作する。「法関係」や「権利主体」は、(経済学と)まったく同じように、自然科学的な研究方法によって明らかにすることはできないが、とはいえ、これらの抽象のむこうには、完全に現実的で社会的な力がひそんでいるのである。

自給自足という経済環境のなかで生きている人間にとっては、価値関係の経済学は、「平均的人間」の健全な常識にとっての法的思考様式とまったく同じように、普通であたりまえの事象の人為的な歪曲に思われるであろう。

「平均的」人間の認識からすれば、法的なものの見方は経済的なそれよりはるかによそよそしいものであることは、認めなければならない。というのも、経済的關係が同時に法的關係としても実現されるとき、この關係の参加者にとって切実なのは、ほぼ例外なく、まさに経済的側面だからである。法的契機はといえば、後景に退き、特別の例外的な場合(訴訟、権利紛争)にかぎり、その明確さとともに、明るみへあらわれるのである。別の面からいえば、その活動段階における「法的契機」の担い手は、通常、

ㄨ 旨ととらえて、本文のように訳した。

11 パシューカーニスは引用元を明示していないが、『資本論』の一節(邦訳全集23巻8頁)である。

特殊な特権階級の代表者（法律家、裁判官）である。したがって、「平均的」人間にとっては、経済的カテゴリーでの思考が、法的カテゴリーでの思考よりも、おなじみの自然なものなのである。

それ自身によって法的形態の意味を表す基本概念を恣意的な捏造であると考え、18世紀の啓蒙思想家が陥っているとマルクスが指摘したのと同様の誤りに陥ることを意味する。なぜなら、これらの啓蒙思想家たちは、マルクスのいうところによれば、社会関係の謎めいた形態の起源と発展とをいまだ明らかにできなかったのも、それらは人間の創造物であり、それはわかりきったことだ¹²と述べて、これらの形態から不可解な性格を是ぎ取ろうと努力したからである（『資本論 [露語]』第1巻61頁）¹³。

とはいうものの、実際のところ、法的な概念構成のかんりの部分が、まったくたよりなく状況次第で変わってしまう性格をもっていることは否定し得ない。たとえば、公法の概念構成の大部分がそうである。われわれは、のちにこの現象の原因を明らかにしようと努力するつもりである。今のところは次の指摘にとどめておこう。発展した商品経済の条件においては、価値形態は一般的になり、その第一次的な表象とならんで、一連の派生的であやしげな表象を受けとるのである。労働の生産物ではないもの（土地）だけでなく、生産過程とまったく無関係なものの値段（たとえばスパイから購入される軍事秘密）としても立ち現れることによって。このことは、経済的カテゴリーとしての価値は、あれこれの生産物の生産にとって必要な社会的必要労働の支出の観点からのみ理解されうのだということ、妨げるものではない。まさに同じように、法形態の普遍性は、その現実的基礎を構成する諸関係の探求において、われわれの妨げとなっ

12 逐語的に直訳すると「天から降ってきたようなものではない（не свалились с неба）」であるが、「как с неба свалился」の意味が、わかりきっていることのわからない人に向かっていうセリフなので、本文のように訳した。

13 『資本論』邦訳全集23巻121頁。

てはならないのである。のちに、われわれは、法形態の現実的基礎が公法的と呼ばれるような関係ではないことを、明らかにしたいと思っている。

われわれが提起した法の一般理論の課題の考え方に対するもう一つの反論は、次のところにある。すなわち、その分析の基礎に横たわる抽象概念がただブルジョア法だけに固有の概念だとされるのである。プロレタリア法は、彼らにいわせると、別のひとまとまりの概念——その探求こそがマルクス主義的法理論の課題となる——を見つけなければならない。

この反論は、一見するときわめて重大なものにみえるが、誤解にもとづいている。プロレタリア法にとっての新しいひとまとまりの概念を求めるといふこと、この方針は一段と [par excellence] 革命的であるかのようである。しかし、それは実際のところ、法の形態の不滅を宣言していることになる。というのも、それは、法の形態を、その完全な開花を保障した一定の歴史的條件から引き離し、不斷に刷新される能力をもつと表明しようとするものだからである。ブルジョア法のカテゴリー（まさにカテゴリーであって、あれこれの指示ではない）の死滅は、決してそれを新しいカテゴリーに取り替えることを意味しない。それはちょうど、全面的な社会主義への移行時における価値、資本、利潤その他のカテゴリーの死滅が、価値、資本、利潤その他の新たなプロレタリアのカテゴリーの出現を意味しないのと同じである。

これらの条件下でのブルジョア法の死滅は、法＝権利一般の死滅を、すなわち、人びとの関係における法的契機の漸次的消失を意味することになるろう。

移行期にとって特徴的なのは、マルクスが『ゴータ綱領批判』で述べたことだが、人びとの関係がある程度の期間にわたり「ブルジョア的な法＝権利のせまい地平」にはからずも閉ざされるであろうという事実である。マルクスの考えに基づいて、このブルジョア法のせまい地平が何であるのかを分析してみたい。マルクスは、生産手段が社会全体のものであり、生
(龍法 '26) 59-2, 284 (540)

産者たちが自らの生産物を交換しない、そのような社会体制を前提にしている。それゆえ、彼は、われわれが体験しつつあるネップよりも高度の段階をとりあげているのである。市場を通じた結びつきは、すでにまるごと組織された結びつきに代わっており、それに対応して「生産物に費やされた労働が、生産物そのものに固有の価値という形式では現れない。なぜなら、ここでは資本主義社会とは違って、個々人の労働は、もはや間接にではなく直接に集団的労働の一部分として存在しているからである」（『ゴータ綱領批判 [露語]』ペトログラード、1919年）¹⁴。しかし、市場と市場による交換の完全な廃止の状況にあっても、新しい共産主義社会は、マルクスの言葉によれば、ある程度の期間にわたり「あらゆる点で、経済的にも道徳的にも精神的にも、それがその内部から生まれ出てきた旧社会の特色たるくっきりとした痕跡」¹⁵を身につけている。このことは、「個々の生産者は、彼が社会にあたえたのと正確に同じだけのものを（控除をしたうえで）返してもらう」¹⁶という分配の原則にも影を落とす。マルクスは、内容と形態の根本的な変化にもかかわらず、「ここで支配している原則は商品等価物の交換の場合と同じであり、一つの形態における労働の一定量が別の形態における労働の同じ量と交換される」¹⁷ことを強調している。個々の生産者と社会との関係が等価交換の形態をとりつづけるかぎり、この関係は法＝権利の形態を維持する。というのも、「法＝権利はその性質上、同一の尺度の適用にとどまる」¹⁸からである。しかし、そのさい個人的能力の生まれつきの違いは考慮されないで、「内容からいえば、この法＝権利は、すべての法＝権利と同じように不平等の法＝権利であ

14 邦訳全集第19巻19頁。

15 邦訳全集第19巻20頁。ここで引用されている『ゴータ綱領批判』ロシア語訳には、母胎、母斑という用語がないので、それに即して訳した。

16 邦訳全集第19巻20頁。

17 邦訳全集第19巻20頁。

18 邦訳全集第19巻21頁。

る」¹⁹。自らの「ブルジョア的制約」を保持したままの法＝権利という、これらの「不平等な」規範の履行をしかるべき強制によって保障するであろう国家権力の必要性について、マルクスは何も語っていないが、しかし、それは自明のことである。それをレーニンは次のように導き出している。「ブルジョア法は、消費生産物の分配について、もちろん不可避免的にブルジョア国家そのものを前提とする。というのも、法＝権利は法規範の遵守を強制できる機構なしにはないのも同然だからである。そこで、共産主義の下では、一定期間にわたりブルジョア的な法＝権利が残るだけではなく、ブルジョアジーのいない（！）ブルジョア国家でさえ残っていることになる」（レーニン『国家と革命〔露語〕』93頁²⁰）。等価関係の形態が与えられれば、それは法＝権利の形態が与えられることを意味し、公的な、すなわち国家的な権力の形態が与えられることを意味する。国家権力の形態は、そのおかげで、階級への分裂がもはや存在しなくなった条件の下においてさえも、しばらくの間は残るのである。法＝権利の死滅と同時に国家の死滅は、マルクスの考えによると、「労働が生活の手段であることをやめ、労働そのものが第一の生活欲求となる」とき、個人の全面的な発達とともに生産力が増大するとき、各人が能力に応じて自発的に働くようになるときに²¹、あるいはレーニンのいうように、「他人より半時間でも余分にはたらかないように、シャイロック流にそろばんをはじかなくなる」とき²²、一言でいえば、等価関係の形態が最終的に使い果たされるときに、成し遂げられるのである。

マルクスが思い描いた全面的な共産主義への移行は、つまるところ、法の新しい形態への移行ではなく、法形態一般の死滅、ブルジョアジーその

19 邦訳全集第19巻20-21頁。

20 邦訳レーニン全集25巻509頁

21 邦訳全集19巻21頁。

22 邦訳レーニン全集第25巻507頁。

ものよりも長生きする運命にあるブルジョア時代のこの遺産からの解放なのである。

同時にマルクスは、法形態の存在のための基本的な、経済そのものに根ざしている条件、まさに等価交換の原則にしたがった「支出された」労働諸力の結合について指摘しており、これをより正確に言えば、彼は法形態と商品形態との深くて内的なむすびつきを明らかにしているのである。自らの生産力の状態に応じて、かすかであるとはいえ商品価値のやりとりを思い出させるようなかたちで、労働の支出と報酬との間の等価関係をやむなく維持している社会は、法の形態もまた維持せざるをえないであろう。この基本的な契機から出発してはじめて、なぜ他の一連の社会関係が法的形態をとるのかということを理解できるのである。反対に、最大限の経済的保障のもとにあってさえ、個人その他に対するいくつかの犯罪はなくなるのだから、裁判所と法律はつねに残るらしいなどと考えることは、二次的で派生的な契機を重要で基本的なものと勘違いすることを意味する。ブルジョアジーの進歩的犯罪学者でさえ、理論的には次のような確信に到達しているのである。すなわち、犯罪との闘争そのものは医学的・教育学的課題とみなすことができるのであり、その解決のためには、「犯罪の構成要件」や法典、「有責性」や「完全なまたは軽減された責任能力」の概念、共犯、幫助、教唆その他のあいだの厳密な区別にこだわる法律家は、まったく不要だという確信である。たとえこの理論的確信が、現在にいたるまで、刑法典や裁判所の廃止をもたらしていないとしても、それはもちろん、法の形態の克服はブルジョア社会の枠を脱するだけでなく、ブルジョア社会のすべての遺物からの根本的な解放と結びついているからにすぎないのである。

科学的社会主義の見地からのブルジョア法学に対する批判は、マルクスがブルジョア経済学に対して与えたような批判を手本としなければならない。そのような批判のためには、何よりもまずは敵のテリトリーへとむか

わなければならない。すなわち、それぞれの時代とそれぞれの階級を基盤としてブルジョア法学者たちによってつくりあげられた一般化や抽象化を軽視せずに、これらの抽象的なカテゴリーを分析することでその真の意味をあきらかにすること、換言すれば、法的形態の歴史的な被規定性を明らかにしなければならない。

すべてのイデオロギーは、それを生み出した社会関係とともに死滅する。しかし、これらの最終的な消滅の前に、イデオロギーが、自らに向けられた批判の危険にさらされて、自らが生まれ出た社会関係を自分自身でおおいかくす能力をうしなう時期が先行する。イデオロギーの源泉を曝くことは、近づきつつあるその最期のたしかな兆しである。というのも、ラッサールが言うとおりに、「新しい時代の始まりは、これまで存在していた現実そのものが何であったかを認識することにある」からである [10]。

[10]「新しい生活の到来は、つねに、これまでに存在していた現実そのものが何であったかということの達成された認識にある」(ラッサール『既得権の体系 [露語]』)。

第1章 抽象的な科学において具体的なものを構成する方法

一つのまとまりをもったそれぞれの科学は、自らの対象を研究するにあたり、具体的でかつひとまとまりの同一の現実注目する。同一の観測、たとえば子午線をまたいで運行する天体の観測は、天文学および心理学の結論にとって役立つことになろう。同一の事実、たとえば土地の賃貸借は、経済学および法学の研究対象となりうるであろう。それゆえ、科学相互の差異は、本質的には事実に対する方法やアプローチの違いに基づいている。それぞれの科学は固有の見取り図を有し、その見取り図にしたがって現実を模写しようとする。そのさい、それぞれの科学は、もろもろの形態、関

係および依存といった豊かさをもつ具体的現実を、もっとも単純な要素と
もっとも単純な抽象の組合わせの結果として構築する。心理学は意識を
もっとも単純な要素に分解することをめざす。化学は同じ課題を物質との
関係で解こうとする。実際にもっとも単純な要素へと現実を分解できない
ところでは、抽象の助けを求めなければならない。社会科学においては、
抽象の役割がことのほか大きい。抽象の完全さの程度によってもろもろの
社会科学の成熟度が決まる。マルクスは、経済学の例をあげて、このこと
を申し分なく明らかにしている。

彼はいう。具体的な総体から、一定の地理的条件において生きて生産す
る人口から研究を始めることは、きわめて自然なことにように思われる。
しかし、人口は、それを構成する階級ぬきでは空疎な抽象であり、階級は
といえば、賃金、利潤、地代のようなその存在の条件抜きではなにもので
もない。そして、賃金、利潤、地代などの分析は、価格、価値、ついには
商品というもっとも単純なカテゴリーを前提とする。これらのもっとも単
純な定義から出発しつつ、経済学は同一の具体的総体を再現するが、それ
は混沌とした不明瞭な全体ではなく、内的な依存と相互関係に満たされた
不可分の一体である。その際、マルクスは以下の点を付け加えている。科
学の歴史的発展はこれとはまさに逆方向の発展をたどったのであり、17世
紀の経済学者たちは、具体的なもの、つまり民族、国家、人口からはじめ、
その後で地代、利潤、賃金、価格そして価値にたどり着こうとしたのであ
る、と。しかし、歴史的に不可避であったことが、決して方法論的にも正
しいわけではない〔1〕。

〔1〕マルクス『経済学批判序説〔露語〕』、モスクワ、1922年、24頁を
参照²³。

23 邦訳全集第13巻627頁以下。

この指摘は完全に法の一般理論に適用可能である。そしてその場合、具体的な総体、すなわち社会、人口、国家といった総体は、われわれの考察の結果および最終段階でなければならず、その出発点であってはならない。われわれは、もっとも単純な過程からより複雑な過程へと、純粋な姿でのそれからそのより具体的な形態へと進むことによって、おぼろげで区分があいまいな具体的全体のイメージだけを手にして行き当たりばったりに動くときよりも、方法論的に明確な道、したがってより正しい道にそって進むのである。

二つ目の方法論的指摘——それはここで行わなければならない——は、社会科学のひとつの特殊性、より正確には、それが扱う概念の特殊性に関することである。

何らかの自然科学上の概念、たとえばエネルギーの概念を取り上げる場合、もちろん、われわれはそれが発見された年代的時期を正確に突きとめることができる。しかし、この日付は、ただ科学と文化の歴史にとってのみ意義をもつ。自然科学の研究そのものにおいては、この概念の使用はいかなる年代的な背景とも関係がない。エネルギー転換の法則は、人類が出現する前から作用していたのであり、また、地球上からすべての生命が消滅したとしても作用するであろう。それは時間とは無関係に存在する。つまり、永遠の法則である。エネルギー転換の法則がいつ発見されたかという問いは可能であるが、しかし、それが表現するような関係がいつからはじまったのかを問題にすることは無意味である。

今度は社会科学、たとえば経済学の研究にとりかかり、その基本的概念、たとえば価値をとりあげてみれば、ただちに次のことが明らかになる。すなわち、歴史的なのはわれわれの思考の要素としての概念だけでなく、この概念の歴史と対をなすもの²⁴としての、経済学の歴史の一部である価値

24 原文は「в pendant к истории понятия」である。このpendantは仏語であり、露語と合成して使われている。

の現実の歴史、すなわち、この概念を一步一步歴史的現実とする人間関係の発展が存在するということである [2]。

[2] もちろん価値形態の発展と価値論の発展とが同時におこなわれたと考えてはならない。むしろこの二つの過程は年代的にはかなり食いちがっている。多少とも発展した交換の形態とこれに対応する価値形態とは、はるか古代にもみとめられる。しかし、経済学は周知のとおり若い科学の一つである（第3版への注）。

われわれは、事物の「観念のうえでの」「仮想の」性質が、労働の生産物を自然現象から社会現象へと変えたのちに、「現実の」しかも自然の性質に比して決定的な意義を獲得するためには、どのような物質的条件が必要であるかを正確に知っている。われわれは、このようにして、自ら用いている意識的な抽象の現実的・歴史の実体を知っており、それと同時に、この抽象の適用が意味をもつその境界が、現実的・歴史的發展の枠と一致し、それによって規定されていることも分かっている。マルクスによりあげられている別の例は、このことを特にわかりやすく示している。自然に対する人間のもっとも単純な関係としての労働は、すべての発展段階において例外なく見受けられる。しかし、経済的抽象として、それは相対的に遅れて登場した（学派の順序——重商主義者、重農主義者、古典派——と比較せよ）。概念のこの発展には、人間労働のそれぞれの違いを後景に押しやり、その代わりに労働一般を押し出した経済的関係の現実の発展が対応している。このように、概念の発展は歴史的過程の現実の弁証法に対応している [3]。経済学の分野からもう一例をとりあげよう。それは国家である。ここでは、一方において、国家という概念が、自らの定義の完全性を発展させながら、いかにして明確性、完全性を獲得するのか、他方において、実際のところ国家がどのように成長し、民族的・封建的社会から「抽象され」、かつ、「自足的で」「社会のすべての気孔をふさぐ」力へと変

わるかを観察することができる。

[3] マルクス『批判への序説〔露語〕』26-27頁を参照²⁵。

したがって、その一般的定義において把握される法＝権利、形態としての法＝権利もまた、学識あふれる法律家の頭のなかや理論においてのみ存在するわけではない。それは同時に並行する現実の歴史を有しており、この歴史は、思考の体系としてではなく、諸関係の特殊な体系として展開するのである。人びとは、意識的に選択してこの歴史にはいったのではなく、生産の諸条件がかれらをそのような歴史へと向かわせたのである²⁶。人間は、自然の生産物が価値という謎の特性をもつ商品へと転化するのと同じの必然性の力によって、法主体へと転化する。

定在のブルジョア的諸条件の枠をふみこえない思考にとって、この必然性は、自然的必然性としてしか理解されえない。したがって、自然法学説は、意識的にか無意識的にかはともかく、法のブルジョア的理論の基礎をなしている。自然法学派は、ブルジョアジーが革命的な階級として登場し、自らの要求を公然かつ理路整然と定式化した時代の、ブルジョア・イデオロギーのもっとも鮮明な表現者であったばかりでなく、この学派自身もまた、法的形態のもっとも深く明快な理解の手本となったのである。自然法学説の最盛期が、ブルジョア経済学の偉大なる創始者たちの登場とほぼ重なっているのは偶然ではない。二つの学派は、ブルジョア社会が存在するための基本的諸条件を、もっとも一般的な、したがってもっとも抽象的な

25 邦訳全集第13巻634頁以下。パシュカーニスの本書では、ここから『経済学批判序説』は『批判への序説』と短縮されたかたちで記載されていることがある。

26 ここでは、マルクスのかの有名な一節が念頭におかれているのではないかと推測する。「人間は、自分で自分の歴史をつくる。しかし、人間は、自由自在に、自分でかつてに選んだ事情のもとで歴史をつくるのではなくて、あるがままの、与えられた、過去からうけついだ事情のもとでつくるのである」（「ルイ・ボナパルトのブリュメール18日」邦訳全集第8巻107頁）。

形態において定式化することを自らの課題とした。このブルジョア社会の存在の基本的諸条件は、彼らにとっては、すべての社会が存在するための基本的諸条件と思われたのである。

法実証主義をたたえるベルグボームのような自然法学説の敵対者でさえ、自然法学説が現代のブルジョア法秩序を基礎づける仕事においてなしとげた功績をみとめざるをえなかった。

「それ（自然法のこと－パシュカーニスによる注）は農奴制²⁷と封建的な従属関係を根底からぐらつかせた。それは土地所有の解放への道をきりひらいた。それはギルドの束縛と取引の制限を打ち砕いた。……それは良心の自由を実現した。……それは、あらゆる信仰と民族の結びとのために私権の保護を保障した。……それは拷問を排除し、刑事手続を整備した」（ベルグボーム『法律学と法哲学〔独語〕』215頁）。

ここで、法理論におけるあれこれの学派の交代について詳しく言及するつもりはないが、法思想と経済思想の発展が若干の類似性をもつことは指摘できる。すなわち、いずれの場合にも、その歴史的傾向を、封建的・貴族的な、いくらか小ブルジョア的・ギルド的な反動のあらわれとみることができる。さらに、ブルジョアジーの革命的熱情が19世紀後半において最終的にさめてしまうにつれて、古典学説の純粹さや明確さは魅力を失ってゆく。ブルジョア社会は、安定と強い権力を熱望する。法理論の関心の中心を占めるのは、したがって、もはや法的形態の分析ではなく、法的命令の強制力を基礎づけるという問題なのである。歴史主義と法実証主義の独特なごたまぜが生まれるが、それはオフィシャルなもの以外の法の否定に帰着する。

いわゆる『自然法の復活』は、ブルジョア法哲学が18世紀に占めていた革命的地位への復帰を意味するわけではない。ヴォルテールとベッカリア

27 原文は「農奴のправо」であり、農奴に関する権利や法のことを指すと考えられる。

の時代には、すべての啓蒙的な裁判官は、法の適用を口実にして、封建制度の革命的否定以外のなにものでもなかった哲学者の見解を具体化することに成功した場合、それを自らの功績であるとみなした。こんにち、復活しつつある『自然法』の予言者シュタムラーは、『正義の』法 (richtiges Recht) はまず第一に実定法への服従を求める——かりにそれが『不正義』であったとしても——というテーゼを提起している。

法における心理学派は、経済学における心理学派と対比することができる。両者ともに、分析の対象を意識の主観的状态の領域（「評価」、「命令的・属性的感情」）へと移動させようとつとめているが、対応する抽象的カテゴリーが、それ自体の論理的構造の合法則性によって、諸個人の背後にかくれ、個人的意識の範囲を越え出ている社会関係を表現していることを考慮していない。

最後に、規範学派（ケルゼン）の極端な形式主義は、まちががなく、最近のブルジョア科学思想——無益な方法論的・形式論理的な策を弄することに没頭し、自らがリアルな現実から完全に遊離していることを得意げに見せびらかしている——の全般的な衰退傾向をあらわしている。経済理論において同一の地位を占めるのは、数理学派の代表者たちである。

法関係は、マルクスの用語でいえば、抽象的、一面的な関係であるが、この一面性において、法関係は、それを考察する主体の知の営みの結果としてではなく、社会発展の産物としてあらわれるのである。

「およそどの歴史的、社会的科学の場合にもそうであるように、経済学的諸範疇の歩みの場合にもつねに次のことが銘記されなければならない。すなわち、現実界でそうであるように頭のなかでも主体が、ここでは近代ブルジョア社会が、あたえられているということ、したがって、諸範疇は、この特定の社会の、この主体の諸定在形態、諸存在規定を、しばしばただその個々の面だけを、表現しているということ」[4] である。

[4] マルクス『批判への序説〔露語〕』29頁、モスクワ、1922年²⁸。

ここでマルクスが経済的カテゴリーについて言っていることは、そのまま法的カテゴリーにあてはまる。これらは、自らの外観上の一般性において、現実には特定の歴史的主体、すなわちブルジョア的、商品生産者の社会の定在の個々の側面を表現している。

そのほか、われわれは、何回か引用したマルクスの『経済学批判序説』において、もう一つの深い方法論上の指摘に出会う。それは、より後期の、したがってより発展した形成物の分析によって、先行する構造の意味をあきらかにする可能性にかかわる。彼がいうには、地代を理解すれば貢租、十分の一税および封建的小作料²⁹も理解できる。より発展した形態は、それがただ胚芽としてのみ現れているような、先行する段階を説明してくれる。後に続く進化は、過去の一部に散見される暗示を明るみに出してくれるかもしれないのである。

「ブルジョア社会は、最も発展した最も多様な歴史的な生産組織である。それゆえ、ブルジョア社会の諸関係を表現する諸範疇は、またブルジョア社会の編制の理解は、同時に、すべての滅亡した社会形態の編制と生産関係との認識を可能にするのである。ブルジョア社会はこれらの社会形態の破片や要素でぎずかれてきたのであり、これらの要素のうちのまだ一部克服されていない遺物がブルジョア社会のなかでまだ余命を保っていたり、たんに暗示されていただけのものが完成された意義をもつまでに発展していたりするのである」[5]。

[5] マルクス『批判への序説 [露語]』、28頁、ロシア語訳、モスクワ、1922年³⁰。

28 邦訳全集第13巻633頁。

29 マルクス『経済学批判序説』そのものには「封建的小作料」という用語の記述はないが、パシュカーニスが用いているのにしたがった。

30 邦訳全集第13巻632頁。

われわれは、ここまでの方法論的な考察を法＝権利の理論に適用しつつ、最も抽象的で純粋な姿における法形態の分析からはじめ、複雑化の道を通して、歴史的に具体的なものへと徐々に移行しなければならない。その際、概念の弁証法的発展が歴史的過程そのものの弁証法的発展に相応していることを見落としてはならない。歴史的進化は、規範内容の交替と法制度の交替のみならず、法的形態そのものの発展をともなっている。その法的形態は、文化のある段階にあらわれ、長期にわたって、内部ではわずかしかな分化しておらず、隣接する分野（倫理、宗教）から区別されない胚芽の状態にとどまる。その後、徐々に発展しながら、それ〔法的形態〕は最盛期に達し、最高度に分化し明確さをもった状態にいたる。この最高度の発展段階は、一定の経済的・社会的関係に相応する。同時に、この発展段階は、完結した全体としての法的体系を理論的に反映する、一般的概念の体系の出現によって特徴付けられる。

文化的発展の二つの周期に相応して、一般的な法的概念が発展の最高潮に達した二つの時代が存在する。私法の体系をもつローマとヨーロッパにおける17-18世紀である。後者の時代には、哲学思想がブルジョア民主主義の実現すべきある種の可能性として法的形態の普遍的意義を明らかにした。

それゆえ、われわれは、法＝権利の完全に発達した形態——それは自らの胚芽としての先行する諸形態に説明を与えてくれる——の分析を基礎にすえた後で、はじめて明確で十全な定義を手に入れることができる。

このような場合においてのみ、われわれは、抽象的人間社会の付属物としてではなく、私的利害の対立のうえにきずかれた特定の社会的環境に対応する歴史的カテゴリーとして、法をとらえるのである。

人権に関する企業の注意義務をめぐる 法と経済学的分析

シュテファン・コルヒ** (著)

後 藤 彰 子* (翻訳)

目次

- I. 規制に対する懸念
- II. 経済学的基础
 - 1. 最適な活動水準および注意水準
 - 2. 不完全なコストの内部化
- III. グループ企業の子会社に対する責任
 - 1. 有限責任による負の外部効果
 - 2. 有限責任を支持する論拠
 - 3. 国内規制の弱点
- IV. 子会社および供給者に対する間接規制
 - 1. サプライチェーンにおける不完全なコストの内部化の原因
 - 2. 間接規制
 - a) 購入者および投資家への情報提供
 - b) 問題のある製品の価格の引上げ
 - 3. 間接規制のデメリット
 - 4. 現時点での評価：EUの規制の影響は限定的である
- V. 結論

* ごとうあきこ 龍谷大学法学部講師

** 教授、法学博士、法学修士（ハーバード大学）。ドイツ・ミュンスター大学にて民法、会社法、資本市場法、倒産法の講義の専任教授を務めている。本稿は先行論文（ZVglRWiss 122(2023), 20に掲載された）をもとに講演原稿として執筆されたものである。

要約

経済学的観点から見ると、国際的なサプライチェーンにおける人権侵害は、規制の欠如によって生じる負の外部効果の一例である。このような外部効果は、特に生産国において、注意水準を非効率的に引き下げ、活動水準を過剰にする傾向をもたらしている。サプライチェーン注意義務指令においては、EUの立法者は、EU域内のみならず、全世界における規制の欠如に対応することを目的としている。直接的な加害者（Schädiger）である、最も低いコストで損害を回避できる者（以下、最安価コスト回避者（cheapest cost avoider）という）を規制することは通常、困難であるため、EUの立法者は間接規制という手法を採用せざるを得ない状況にある。この規制アプローチは、EUで事業を行う企業に対し、サプライチェーン上の人権侵害行為を排除し、予防する義務を課すものである。本稿は、この規制手法の導入を契機として、法と経済学の観点からその手法が有する機能および副次的効果を分析するものである。

I. 規制に対する懸念

EUの立法者は、持続可能性のための企業の注意義務（デュー・ディリジェンス）に関する指令（Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit, Corporate Sustainability Due Diligence Directive、略称CS3D）を制定し、EU域内で活動する企業に対して、サプライチェーンにおける人権侵害および環境違反を予防・是正する責任を課している¹。この指令は、「域内市場で事業を行う企業が、

1 持続可能性に関する企業の注意義務、並びに指令（EU）2019/1937および規則（EU）2023/2859の改正に関する2024年6月13日付欧州議会および欧州理事会指令（EU）2024/1760、ABL L 1760.

自社の事業、子会社の事業およびそのサプライチェーン上の取引先に関連して、人権および環境に対する潜在的または実際の負の影響を特定し、必要に応じて優先順位をつけ、防止し、緩和し、改善し、最小化し、およびこれらに関する救済措置を講じ、そして企業がこれらの義務を履行しない場合にはその影響を受ける人々が司法および法律上の手段を通じて救済を受けられるようにすることで、経済および社会の持続可能な発展および持続可能な移行に貢献すること」を目的とするものである²。本指令は、フランスにおける企業注意義務法 (loi de vigilance)³ やドイツにおけるサプライチェーン注意義務法 (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz)⁴ の制定に見られるような、「国際的な人権状況の改善」を志向する流れに沿うものである⁵。

しかし、こうした規制アプローチの効果や副次的効果に関する実証的なデータは、現時点では十分に蓄積されていない。本稿の目的は、法と経済学的な観点からこうした問題状況を分析し、コストを考慮に入れた上での可能な解決策について理論的な検討を行うことにある。そのために、まず規制が欠如している領域に注目することにしたい。規制が欠如している場合、経済活動に伴うコストは十分に内部化されず、企業は他者や環境に犠牲を強いる形で収益を上げることが可能となるからである。次に、過剰な活動水準および過小な注意水準の問題を検討する (Ⅱ.)。近時、負の外部効果の主要な原因として活発な議論の対象となっているのは、グループ企業における責任の断片化の問題である (Ⅲ.)。しかしながら、これらの問題の根底には、多くの法秩序において、規制や責任を課すことによって損

2 前文16、2024年6月13日付指令2024/1760/EU、ABl L 1760/3.

3 親会社および発注企業の注意義務に関する2017年3月27日付法律第2017-399号。

4 2021年7月16日付サプライチェーンにおける人権侵害を回避するための企業の注意義務に関する法律。

5 BT-Drucks. [Bundestagsdrucksache] 19/28649, 2.

害の回避を促す十分なインセンティブが企業に付与されていないという、より深い構造的な要因が存在する場合が少なくない（Ⅳ.）。

特にⅣ. で示される問題点に対して、CS3Dが採用するアプローチは、本国法において実際に規制が不十分であるか、あるいは不十分であると推定される企業を間接的に制御しようとする。このような規制手法は、とりわけ規制対象となる企業に不利益をもたらす競争の歪み（Wettbewerbsverzerrungen）という看過できない副次的効果を生じさせるおそれがある。

Ⅱ. 経済学的基礎

経済学の観点からすると、（経済）活動は、標準的な（合理的な）意思決定者に対して、規制や責任、その他の方法により、最適な注意水準および活動水準を遵守するための十分なインセンティブが与えられている場合にのみ、社会厚生を最大化させる（1.）⁶。活動に伴うコストが完全に内部化されていない場合には、このような社会的に最適な状態は達成されない（2.）。その結果として生じる負の外部効果は、国際的なサプライチェーンにおいても広く観察される。したがって、人権に関する注意義務を経済学的に研究するための出発点は、どのような場合に、どのような条件のもとで最適な注意水準および活動水準が達成されるのか、そしてコストが十分に内部化されないことがその効果のメカニズムにどのような負の影響を及ぼすのかを理解することになる。

1. 最適な活動水準および注意水準

活動水準とは、ある活動がどの程度行われているかを示すものである。
例えば、石油採掘の量、縫製される繊維製品の数量、あるいは森林伐採の

6 先行研究として、*Calabresi, The Costs of Accidents*, 1970, 28参照。

規模等がこれにあたる。最適な活動水準は、その活動によって得られる便益からコストを差し引いた値が最大となる時点において達成される。これは、活動を拡大しても、また縮小しても、正味の便益がそれ以上増大し得ない段階を意味する⁷。ここでいう活動コストには、その活動によって他者や環境に生じる損害も含まれる。この場合、予想される損害の程度は固定的なものではなく、採用される注意水準によって左右される。潜在的な加害者が注意深く行為すればするほど、発生する損害は小さくなる⁸。もっとも、こうした損害の回避や軽減にはそれ自体に支出が必要であり、こうした支出もまた社会厚生を低下させる効果がある⁹。そのため、総コストは、損害回避のためのコストと、残存する損害とが最適なバランスである場合にのみ最小化されることになる¹⁰。このような状態は、回避コストの限界便益（Grenznutzen）と限界費用（Grenzkosten）とが一致する点において達成される（いわゆるハンドの公式¹¹）。この関係を図式化すると以下のようなになる。

7 代表的な文献として、Posner, *Economic analysis of law*, 9. Aufl. 2014, 205 ff.

8 潜在的な被害者の注意水準については、Korch, *Haftung und Verhalten*, 2015, 18参照。

9 Kötz, in: FS Steindorff, 643, 647; Schlobach, *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes*, 2004, 362.

10 いわゆるカルドア・ヒックス基準（補償原理）が目指されるべきである。Kaldor, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, 49 ECON. J. 549 (1939); Hicks, *The Foundations of Welfare Economics*, 49 ECON. J. 696 (1939).

11 Learned Hand判事の判決（*United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947).）参照。この定式は、Brown, *Toward an Economic Theory of Liability*, 2 J. Legal Stud. 323, 332(1973) によって現在の形となった。

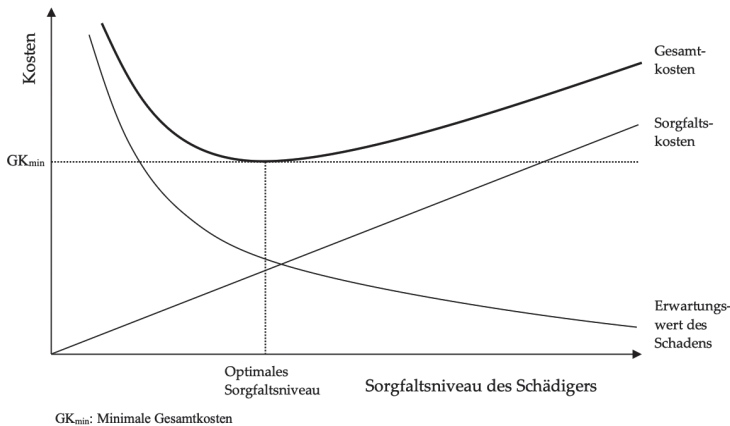


図 1：最適な注意水準¹²

図 1 に示されているように、回避コストが増加するにつれ、損害の期待値は減少する。一般的に、既に高い水準の注意を払っている場合には、最も簡単な防止措置を講じる場合に比して、追加的に回避できる損害が少ない。そのため、この関係を示す曲線は、図の通り、通常、逆進的な形状をとる¹³。想定し得るあらゆる組合せの中で最適であるといえるのは、損害を回避するための総コストと損害の期待値が最小になる場合である（最小総コスト、 GK_{min} ）¹⁴。この状態が、防止の観点からは望ましい水準となる。

最適な注意水準を達成するためには、各利害関係者に対して、損害の回避が効率的である場合にはそれを選択するようなインセンティブが与えられていなければならない。このようなインセンティブは、刑法¹⁵や公法に

12 Cooter/Ulen, Law & Economics, 6. Aufl. 2012, S. 200.をもとに作成された図。

13 Cooter, 84 COLUM. L. REV. 1523, 1526(1984) 参照。

14 Cooter/Ulen, Law & Economics, 6. Aufl. 2012, S. 200 f.

15 その例として、2019年オランダ児童労働注意義務法第 9 条がある。これについては、Lafarre, EBLR, 2023, 213, 220 ff.

よっても付与することができる。例えば、特定の危険な行為を規制したり、場合によってはそのような行為を全面的に禁止したりすることが考えられる¹⁶。合理的な行為主体は、科される可能性のある制裁（例えば罰金）について、その時々金額と発生確率を計算に入れて、意思決定を行うであろう。もっとも、私法もまた行動を誘導する効果を持つことができる¹⁷。合理的に行動する行為主体が存在する基本的な経済モデルにおいては、過失責任と危険責任のいずれによっても、最適な注意水準を達成することが可能である¹⁸。こうした行為主体は、潜在的な加害者として、少なくとも過失のある行為について損害賠償責任を負う（過失責任）おそれに直面する場合には、合理的な意思決定を行う限り、その責任の脅威ゆえに最適な注意水準を遵守することになる¹⁹。危険責任もまた、注意水準を効率的に調整することができ、加えて、活動水準を規制し、社会的に望ましくない過剰な行為（Übermaß）を防止するのに適している²⁰。

私法および公法におけるリスク規制についても、その機能が作用するための条件は、ある活動によって生じるコストが完全に内部化されていることである²¹。すなわち、あらゆる損害が、行為主体の意思決定に織り込まれていなければならない。活動水準との関係では、ある活動から便益を得る者が、その不利益も負担しなければならないことに留意する必要がある

16 Calabresi, The Costs of Accidents, 1970, 28.

17 これについて、代表的なものとして、Kötz, in: FS Steindorff, 643, 646 ff.; Koziol, Grundfragen des Schadensersatzrechts, 2010, 78 ff.; Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, 1888, 19 ff.; Wagner, in: Karlsruher Forum 2006, 5, 22 ff.; ders., AcP 206(2006), 352, 454.

18 以下について詳しくは、Korch, Haftung und Verhalten, 2015, S. 14 ff., 21 f.

19 Easterbrook/Fischel, 52 U. CHI. L. REV. 89, 107(1985); CSRの文脈においても述べるものとして、Wagner, ZIP 2021, 1095, 1096; 限定的に合理的な加害者については、Korch, Haftung und Verhalten, 2015, S. 59-107参照。

20 Cooter/Ulen, Law & Economics, 6. Aufl. 2012, S. 212.

21 これについては、Cooter/Ulen, Law & Economics, 6. Aufl. 2012, S. 39 f.; Taupitz, Ökonomische Analyse und Haftungsrecht, AcP 196(1996), 114, 147 f参照。

る²²。そうして初めて、行為主体の便益と社会全体（Allgemeinheit）の便益との一致が確保される。それは、本稿で扱う事例では、製品を販売することで製造から生じる便益を得ている企業に対して、損害のコストを負担させることを意味する。また、注意を払うためのインセンティブは、最も低いコストで損害を防止できる行為主体（いわゆる最安価コスト回避者）に対して、可能な限り付与されることになるのである²³。

2. 不完全なコストの内部化

行為主体が活動に伴うコストを他者や社会全体に転嫁することが可能である場合には、最適な注意水準および活動水準は達成されない。行為主体である潜在的な加害者が不注意な行為を行ったとしても、その損害の全てを賠償する必要がないのであれば、十分な注意を払わなくなる²⁴。潜在的な加害者にとって、注意を払うことの主観的な（限界）便益が減少する。なぜなら、潜在的な加害者がその損害の全てを賠償する必要はなく、損害の一部を被害者が負担することになるからである²⁵。例えば、工場や石油採掘施設の労働者や周辺住民の健康被害といった形で、社会厚生上の損失が生じる。このような危険責任²⁶における注意水準の低下は、図式化する

22 先行研究として *Mataja*, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, 1888, S. 24 参照; さらに、人権に関する注意義務の議論については、*Geistfeld*, 10 JETL 130, 131 f. (2019); *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 162.

23 *Calabresi*, The Costs of Accidents, 1970, S. 135 ff.

24 これについては、*Bainbridge/Henderson*, Limited Liability, 2016, 294; *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 6. Aufl. 2012, S. 39 f.; *Easterbrook/Fischel*, 52 U. CHI. L. REV. 89, 104; ドイツ語文献としては、例えば、*Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 160 f.

25 *Arlen*, 52 MD. L. REV. 1093, 1097 (1993); *Cooter*, 73 CAL. L. REV. 1, 35 (1985); *Dari-Mattiacci*, 13 SUP. CT. ECON. REV. 165, 172 (2005).

26 危険責任については、*Cooter*, 73 CAL. L. REV. 1, 35 (1985); *Miceli*, Economics of the Law, 1997, 34; *Schlobach*, Das Präventionsprinzip im Recht des

と以下のとおりである。

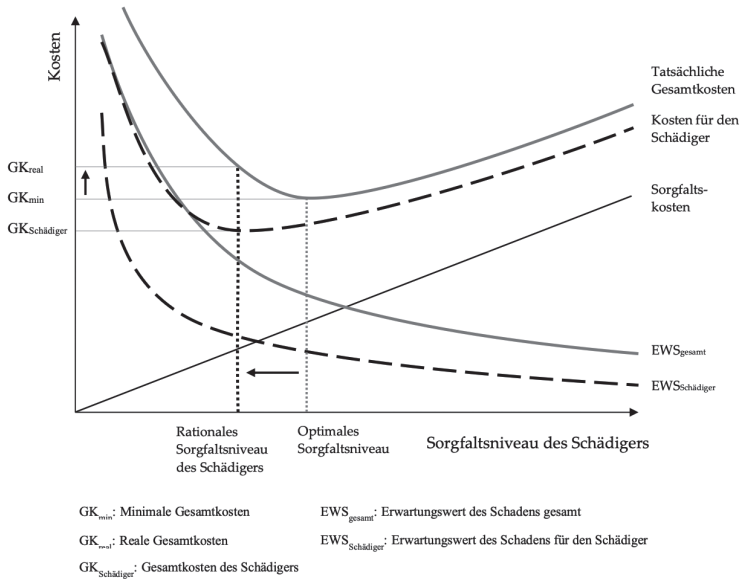


図2：危険責任と不完全なコスト内部化における注意水準

潜在的な加害者の観点からすると、その行為から生じる損害の全てを賠償する必要がないため、損害コストは減少する。その結果、潜在的な加害者にとっての損害コスト曲線および総コスト曲線（注意にかかる費用および損害コストから算出）はいずれも下方に移行する。潜在的な加害者にとっては、最適注意水準よりも低い水準の段階で既に総コストが最小となる。したがって、より低い水準の注意しか払わないことが合理的である。この時の社会厚生上の損失は、最適水準における最小総コスト（ GK_{min} ）

↘ Schadensersatzes, 2004, S. 390. 参照。過失責任に関して言えば、この相関関係はより間接的であるが、結果としてはしばしば同様の傾向が生じる。簡略化のため、ここでは危険責任のみを示す（過失責任における不十分な損害賠償の影響について詳しくは、Korch, Haftung und Verhalten, 2015, S. 164 f., 212 ff. 参照）。

から実際の水準の総コスト（GKreal）への増加により、余分に発生するコストとして現れる。この差は、過度に不注意な行為によって生じ、被害者のみによって負担される損害を表している。例えば、不十分な安全対策や老朽化した設備による石油流出等がこれにあたる。

もっとも、コストの内部化が不完全である場合、潜在的な加害者は過度に不注意な行為を行うだけでなく、活動水準を非効率に高めることにもなる²⁷。これは、社会全体にとって不利益となる場合であっても、例えば石油採掘や生産活動を拡大することによって、潜在的な加害者自身は追加の利益を得ることができるからである。

経済学的な観点からみると、本稿の事例では、企業は、利益の全てを享受することができる一方で、事業活動に伴うコストを完全には負担する必要がない場合には、過度に不注意な行動をとり、また事業活動を過度に拡大するインセンティブを有することになる。その結果として、損害が過剰に生じることになる。これらの損害は、被害者のみが負担することになる。

この中間的な所見が実務上重要となるのは、現在の国際的な経済活動の枠組みが、負の外部効果を許容していることが少なくないからである。その一因として、グループ企業法上の分離原則が、近時、企業法分野の文献を中心に活発に議論されている点が挙げられる（Ⅲ.）。とりわけ実務上重要なのは、子会社および供給者による法益侵害が、現地の水準では、最適な注意水準および活動水準を実現するのに十分な責任追及や規制の対象となっていない場合が少なくないという点である（Ⅳ.）。このため、EUの立法者は、間接規制によって介入しようとしている。

27 Arlen, 52 Md. L. Rev. 1093, 1097(1993); Korch, Haftung und Verhalten, 2015, S. 211 ff.

Ⅲ. グループ企業の子会社に対する責任

有限責任は、特定の活動によって生じた損害のコストが十分に内部化されないという結果を生じさせる場合がある。サプライチェーンにおける人権侵害をめぐる議論においては、グループ企業における有限責任に焦点が当てられており、これは近年、コンツェルン不法行為法 (Konzerndeliktsrecht) やコンツェルンの状況における不法行為法 (Deliktsrecht in Konzernlagen) というキーワードのもとで大きな注目を集めてきた²⁸。もっとも、それ以前から、資本金会社に有利な有限責任は、とりわけ法と経済学の文献において、激しい議論の対象となっていた²⁹。以下では、これらの先行研究に依拠して検討する。

1. 有限責任による負の外部効果

グループ企業における責任の細分化は、子会社によって引き起こされる、とりわけ重大な損害について、コストが十分に内部化されない結果が生じる³⁰。社員であるグループ企業の親会社が子会社の債務について責任を負わないことになる。子会社の企業価値を超える損害は子会社の倒産をもたらし、その結果、債権者は最終的に比例的に損失を被ることになる。そのため、経済学的な観点からみれば、グループ企業の親会社は、子会社の行為について、子会社の企業価値を上限として「責任を負う (haften)」こ

28 例えば、Fleischer/Korch, ZIP 2021, 709; Habersack/Zickgraf, ZHR 182(2018), 252; Paccès, Ondernemingsrecht 2023, 268, 271 ff.; Wagner, RabelsZ 80(2016), 717, 750 ff参照。

29 例えば、非任意債権者に対する有限責任の廃止を主張しているHansmann/Kraakman, 100 YALE L.J. 1879(1991) 参照。Leebron, 91 COLUM. L. REV. 1565, 1617(1991) も同趣旨である。他方で、維持を主張するものとして、Grundfest, 102 YALE L. J. 387(1992)、LoPucki, 106 YALE L.J. 1(1996) (とりわけ20頁以下、55頁以下、各頁にてHansmann/Kraakmanに反論) も参照。

30 Leebron, 91 COLUM. L. REV. 1565, 1584 f.(1991) 参照。

となる³¹。このことは、理論上、子会社の経営陣に対してリスク愛好的な行動、すなわち過度なリスクを引き受けるよう促すインセンティブが生じる³²。さらに、親会社は、成功した場合には利益を無制限に得ることができる一方で、失敗した場合には限定的な範囲でしか責任を負わない。そのため、親会社の経営陣は、子会社のリスクの高い企業経営に介入する（十分な）動機を有しない³³。このような負の外部効果は、経済学的観点からは、子会社による人権侵害について、グループ企業の親会社に責任を負わせることによって排除することができる。

契約上の債権者は、自らを守り³⁴、状況に応じて価格を決めることができる。例えば、消費貸借において高い利息を設定することができる。そのため、こうした債権者については、有限責任の影響はそれほど大きくない³⁵。とりわけ影響を受けるのは、子会社の非任意債権者（unfreiwilliger Gläubiger）である³⁶。非任意債権者の損害は、有限責任のもとでは、意思決定者の計算に十分に織り込まれない³⁷。企業と契約関係にない場合、人権侵害の被害者も非任意債権者に含まれる（例えば、工場、パイプライ

31 上記については、例えば、*LoPucki*, 51 STAN. L. REV. 147, 149 f.(1998) 参照。

32 先行研究として、*Blumberg*, 11 J. CORP. L. 573, 616 f.(1986); *Easterbrook/Fischel*, 52 U. CHI. L. REV. 89, 107(1985); *Hansmann/Kraakman*, 100 YALE L.J. 1879, 1882 f.(1991); *Posner*, 43 CHI. L. REV. 499, 506, 519 f.(1976)。

33 これについては、*Enriques u.a.*, in: *Kraakman u.a.*(Hrsg.), *Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, 79, 93; *Leebron*, 91 COLUM. L. REV. 1565, 1584 f.(1991) 参照。実証研究としては、*Akey/Appel*, 76 J. FINANCE 5, 25 ff.(2021)。

34 *Stone*, 90 YALE L. J. 1, 68(1980) 参照。

35 *Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, 50 ff.; *Posner*, 43 CHI. L. REV. 499, 501 ff.(1976); *Stone*, 90 YALE L. J. 1, 68(1980)。

36 *Armour/Hertig/Kanda*, in: *Kraakman u.a.*(Hrsg.), *Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, 109, 115 f.; *Bainbridge/Henderson*, *Limited Liability*, 2016, S. 295; *Blumberg*, 11 J. CORP. L. 573, 616 ff.(1986); *Leebron*, 91 COLUM. L. REV. 1565, 1600 ff.(1991); *Stone*, 90 YALE L. J. 1, 68(1980)。

37 *Armour/Hertig/Kanda*, in: *Kraakman u.a.*(Hrsg.), *Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, 109, 115 f.; *Wagner*, *RabelsZ* 80(2016), 716, 765も参照。

ン、鉱山の周辺住民等)。従業員は原則として任意債権者 (freiwilliger Gläubiger) に分類される³⁸。しかし、従業員が有限責任に伴う不利益から十分に身を守ることができるというのは、通常は、単なる理論上の話に過ぎないといえるであろう。従業員は、一定期間雇用関係にあると転職が困難になる可能性があるからである³⁹。さらに、従業員は、例えば情報の不完全性⁴⁰や限定的な合理性⁴¹ゆえに、業務や有限責任に伴うリスクを正確に評価できないことが多いであろう。従業員は、例えば、情報を有しかつ合理的に判断する大口債権者というよりもむしろ、非任意債権者に匹敵するのである⁴²。以上のように、グループ企業における有限責任は、本稿で扱う人権侵害や環境破壊を助長する可能性がある。

2. 有限責任を支持する論拠

一方で、有限責任の維持を支持する論拠も存在する⁴³。資本金会社における有限責任は、資本の効率的な配分を実現するという目的に資するものである⁴⁴。こうした有限責任があるからこそ、出資者は少額であっても企業に出資することが可能となる⁴⁵。仮に有限責任がなければ、企業の資金調

38 例えば、*Easterbrook/Fischel*, 52 U. CHI. L. REV. 89, 104(1985).

39 その理由としては、雇用主に特化した能力プロファイルが形成されている場合や、例えば大規模な茶畑で見られるように、家族全員が1か所に住んでいるため、転居費用が非常に高額になる場合等が考えられる。これに対して、1か所に多数の工場がある繊維産業では、大きな障がいはない。

40 *Muscat*, The Liability of the Holding Company for the Debts of its Insolvent Subsidiary, 1996, 91, 184 f.

41 限定的に合理的な被害者については、*Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 109 ㊦参照。

42 *Blumberg*, 11 J. CORP. L. 573, 618(1986); *Geistfeld*, 10 JETL 130, 138 f. (2019); *Muscat*, The Liability of the Holding Company for the Debts of its Insolvent Subsidiary, 1996, S. 91. も同様の結論に達している。

43 *Bainbridge/Henderson*, Limited Liability, 2016, S. 297 ㊦参照。

44 *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 42 f.

45 無限責任を負うことを懸念しなければならないとすると、投資家(委任者)ノ

達は非常に難しくなるであろう⁴⁶。とりわけ、革新的な開発は、そのリスクの高さゆえに大幅に鈍化すると考えられる。さらに、持分の取得は情報コストやリスクの増大をもたらし、企業買収を困難にする。そのため、買収の脅威を通じた経営の監視機能（いわゆる企業支配の市場、market for corporate control）が妨げられるであろう⁴⁷。

有限責任を支持する前述のような論拠は、グループ企業の文脈における、資本会社に有利な有限責任においては、必ずしも十分な説得力を持たない⁴⁸。出資比率の低い少数派の出資者に対する投資の抑制効果は、グループ企業の子会社の持分が親会社によって全て保有されている場合には問題とならない。この場合には、分散投資の論拠も、もはや本来の意義を失うことになる⁴⁹。とはいえ、グループ企業の子会社について無限責任を負わせることは、場合によっては、望ましくない複合企業化（Konglomeraten）の傾向を生じさせるおそれがある。そのため、有限責任の論拠を完全に否定することはできない⁵⁰。

ㄨ が経営陣（受任者）を厳格に管理している場合にのみ、投資は合理的となる。さらに、他の株主とその株主の経済状況をより厳格に監督する必要性が生じるであろう。この点について詳しくは、*Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, S. 41 f., 45; *id.*, 52 U. CHI. L. REV. 89, 94 f., 99 (1985).

46 *Blumberg*, 11 J. CORP. L. 573, 614 f. (1986).

47 *Easterbrook/Fischel*, 52 U. CHI. L. REV. 89, 95 f., 98 f. (1985); *Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, S. 42 f.

48 そのため、批判するものとして、*Blumberg*, 11 J. CORP. L. 573, 624 f. (1986); *Landers*, 42 CHI. L. REV. 589, 618 f. (1975); *Muscat*, *The Liability of the Holding Company for the Debts of its Insolvent Subsidiary*, 1996, S. 154–176; また、*Habersack/Zickgraf*, ZHR 182 (2018), 252, 262 f.; *Paccès*, *Ondernemingsrecht* 2023, 268, 271; *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 716, 764 f. も参照。

49 *Bainbridge/Henderson*, *Limited Liability*, 2016, S. 294, また、*Muscat*, *The Liability of the Holding Company for the Debts of its Insolvent Subsidiary*, 1996, S. 166 ff. も参照。

50 この立場として、*Bainbridge/Henderson*, *Limited Liability*, 2016, S. 295 ff.; 別の見解として、*Muscat*, *The Liability of the Holding Company for the Debts* ㄸ

損害の発生可能性が高まるほど、経営者にはモニタリング (monitoring) を強化するインセンティブが働く⁵¹。無限責任のリスクを負う場合には、グループ企業の親会社の経営陣は子会社に対して、より厳格な監視を行わざるをえなくなるであろう。このような監視強化には追加のコストが生じて、特定の投資が見送られる可能性もあると考えられる。さらに、無限責任は、中央集権的なグループ企業の経営体制を強いることになるが、このような体制は、経営の観点からは望ましくない場合が少なくない。とりわけ巨大企業においては、権限の分散と柔軟な組織運営によって非効率性を回避することができる⁵²。同様に、任意債権者の観点から見ても、責任の制限がない場合には、自ら契約を締結している事業体に情報収集や監視の対象を限定することができないため、融資のコストが増加する⁵³。

さらに、グループ企業の親会社における経営陣の人的資本が会社に結びついているため、責任追及の可能性は、経営陣に対して望ましくないリスク回避的な行為を動機付けるおそれもある⁵⁴。そのため、グループ企業における無限責任のリスクは、親会社の経営陣にとってとりわけ重く受け止められる。しかしながら、リスク回避的な企業経営は、分散投資を行う投資家の利益にはならず、社会厚生上の損失をもたらす⁵⁵。

↘ of its Insolvent Subsidiary, 1996, S. 173.

51 Bainbridge/Henderson, Limited Liability, 2016, S. 300; Blumberg, 11 J. CORP. L. 573, 613 f.(1986); Easterbrook/Fischel, 52 U. CHI. L. REV. 89, 94 f.(1985); Habersack/Zickgraf, ZHR 182(2018), 252, 260 f., 264 f.

52 Fleischer, ZGR 2001, 1, 21 f.; Muscat, The Liability of the Holding Company for the Debts of its Insolvent Subsidiary, 1996, S. 13参照。

53 これについては、Armour/Hertig/Kanda, in: Kraakman u.a.(Hrsg.), Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, 109, 110.

54 Easterbrook/Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 53; dies., 52 U. CHI. L. REV. 89, 97(1985); ドイツ語文献としては、例えば、Habersack/Zickgraf, ZHR 182(2018), 252, 263 f.

55 Bainbridge/Henderson, Limited Liability, 2016, S. 297.

3. 国内規制の弱点

グループ企業における親会社の責任を、規制を通じて強化しても、その効果は、国際的に統一された法的枠組みが存在しない限り、十分に発揮されないという重要な問題が残る。しかし、そのような法的枠組みは現時点では存在せず、長期的にみても実現を期待することは困難である。当面は各国が単独で規制を導入せざるを得ないが、その場合、規制対象となる企業は、国際的な競争相手と比べて競争上の不利益を負うことになる。他国の法秩序が有限責任を定めている場合、そのことは、その国に拠点を置く企業にとって、子会社に対する監視の労力や注意の水準を意図的に引き下げる誘因となる。その結果、無限責任を負う企業は、有限責任を負う企業によって（一部は）市場から排除される⁵⁶。

このような状況は、例えば、自国の規制が全体的に緩やかであることや、レピュテーションリスク（企業の評判毀損リスク）をおそれる必要がないこと等の理由で、新たに参入する行為主体が、従来と同様またはそれ以上にコストの外部化を行うことができる場合、現地の人権状況を改善しないどころか悪化させる可能性すらある⁵⁷。規制対象となる企業の側も、例えば外国会社を介在させたり、自社の子会社を設けずに現地の供給者に依存したりといった回避行動を取ることで、このような排除を未然に回避することができる⁵⁸。

56 *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 57; *Geistfeld*, 10 JETL 130, 143(2019); *Wagner*, ZIP 2021, 1095, 1098参照。また、*Grundfest*, 102 YALE L. J. 387, 395 ff.(1992)（株主の比例責任（Pro-rata-Haftung）に反対）も参照。

57 これに関する先行研究として *Wagner*, *RabelsZ* 80(2016), 717, 781.

58 「非系列企業」の競争上の優位性については、*Bainbridge/Henderson*, Limited Liability, 2016, S. 297; *Easterbrook/Fischel*, 52 U. CHI. L. REV. 89, 111(1985) 参照。

IV. 子会社および供給者に対する間接規制

グループ企業の子会社に関する親会社の責任については、これまで教義上の観点および法と経済学の観点から詳細に分析されてきた。しかし、この議論は、サプライチェーンにおいて実務上最も重要な問題を見落としていることが少なくない。というのも、多くの事案においては、被害を受けた者は、グループ企業の子会社に対してすら有効に権利行使できず、子会社の支払能力の欠如という問題自体が生じないからである。

このことは、例えば、イギリスの最高裁判所で争われたOkpabi判決にも示されている。イギリス・オランダのグループ企業の親会社（Royal Dutch Shell Plc）に加え、ナイジェリアの子会社（The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd）に訴訟が提起されたが⁵⁹、ナイジェリアの子会社に損害賠償を行うだけの資力がないことを示す事情は存在しなかった⁶⁰。それにもかかわらず、グループ企業の親会社に対する訴訟は、ナイジェリアにおける訴訟手続によることなく、イギリスの裁判所の法的手段へのアクセスを確保する役割を果たしたのである。この判決は、直接的な加害者（現地の供給者を含む）に対してすら責任追及がままならない多くの事例を典型的に示すものである。こうした状況を生む要因は多岐にわたり、購入国の立法者による対応は容易ではない。

1. サプライチェーンにおける不完全なコストの内部化の原因

国際的なサプライチェーンにおいては、生産国、栽培国および資源採掘

59 *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another* [2021] UKSC 3 Rn. 4 ff.

60 同様の事例として、*Lungowe and others v Vedanta Resources plc and another* [2019] UKSC 20; *Choc v. Hudbary Materials Inc.* [2013] ONSC 1414; ただし、異なる事例として、*Chandler v Cape plc* [2012] 1 W.L.R. 3111, Rn. 1 ff. (現在は解散した南アフリカの子会社); *CSR Ltd v Wren* [1997] BC9707084, 2 ff.

国の法秩序が人権の効率的な追及を保障していないために、これらの国の段階で負の外部効果がすでに生じていることが多い。この点については、主に3つの理由が挙げられる。

第一に、被害者の属する裁判管轄における訴訟手続法が不利である場合がある。例えばザンビアでは、Vedanta訴訟の原告のような、特に資力の乏しい原告が依拠する成功報酬契約（Conditional Fee Agreements）が禁止されている⁶¹。

第二に、実体法が被害者の法的地位を十分に保護していない場合がある⁶²。もっとも、法典にある法律（law in the books）が決定的な障壁となるとはかぎらない。例えばOkpabi判決では、両当事者ともにナイジェリアの実体法がイギリスの実体法と同等の内容であることを前提としていた⁶³。

第三に問題となるのは、現地における法の適用および法の実施であり、これは被害者や弁護士懸念事項であった⁶⁴。というのは、当局による法の実施や司法の独立が保障されていない国においては、成文法は被害者にとってほとんど実効性を持たないことが多いからである。脅迫や汚職、利益誘導政治は、企業が規制上の要件に違反している場合や、被害者が理論上請求権を有している場合にも、法的な結果の実現を妨げることがある⁶⁵。このような状況は、たとえ結果発生地の法が適用される場合であっても、

61 *Lungowe and others v Vedanta Resources plc and another*, [2019] UKSC 20 Rn. 90.さらに、同国の司法実務は、そのような訴訟手続を行うための設備や経験が不足しており、適していないとしている（*ibid.* Rn. 91）。

62 *Geistfeld*, 10 JETL 130, 140 f.(2019).

63 *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another* [2021] UKSC 3 Rn. 7参照。

64 これについては、*Geistfeld*, 10 JETL 130, 141 (2019); C. König, An Economic Analysis of Supply Chain Liability, 17 f.(Working Paper v. 30.4.2024, verfügbar unter <https://ssrn.com/abstract=4819667>).

65 ガバナンスギャップについて、詳しくは、*Hübner*, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, 2022, S. 24 ff.

被害者が（非政府組織の支援を受けていることが多いが）、外国の裁判所で訴訟を提起しようとする理由を説明するものである⁶⁶。

2. 間接規制

このような複雑な状況は、改革を志向する国家および超国家の立法者をジレンマに陥れる。経済学的観点からすれば、損害を防止するインセンティブは、こうした損害を最も効率的に防止することができる最安価コスト回避者に付与されなければならない。サプライチェーンにおける人権や環境問題については、通常、その役割を担うのは生産国に所在するグループ企業の会社または供給者である。しかし、購入国の立法者にとって、これらの行為主体を直接規制することは不可能であるか、きわめて困難である。そのため、残された選択肢として、間接規制という次善の解決策に依拠せざるをえず、その具体的な形態は規制の厳格さに応じて多様である⁶⁷。

a) 購入者および投資家への情報提供

ソフト・アプローチとしては、購入者への啓発を通じて、市場において問題のない製品が問題のある製品よりも高い価格で取引されるよう促すことが挙げられる⁶⁸。これは、製品やサービスが人権侵害や環境破壊と無関係である場合、多くの購入者がより高い対価を支払う意欲を持つという仮定に基づいている⁶⁹。実際に、そうした相関関係の存在を示唆する事例は

66 これについては、*Lungowe and others v Vedanta Resources plc and another*, [2019] UKSC 20 Rn. 22参照。[「…」本来ならザンビアが訴えを提起する適切な場所であったとしても、原告らがザンビアの管轄権において根源的正義（substantial justice）を得られないという現実的なリスクがあった。」]

67 そのほか、各政府に対して政治的な影響力を行使する可能性ももちろん存在するが、それは本稿の対象ではない。

68 透明性モデルについては、*Hübner, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen*, 2022, S. 383 ffも参照。

69 *Beckers*, ZfPW 2021, 220, 230; *Geistfeld*, 10 JETL 130, 146 ff.(2019).参照。

様々に観察されている。その一例として、多くの企業が国際協定に参加していることが挙げられる⁷⁰。この協定は、ラナ・プラザの悲劇を契機として設立されたバングラデシュ協定から生まれたものであり、その目的は同様の惨事を防止することにある⁷¹。このイニシアティブには、繊維メーカーや国際的な購入者、バングラデシュおよびパキスタンの労働組合が参加している。これは、繊維工場における労働条件や安全性、とりわけ防火対策の改善を目的としている⁷²。多くの企業がこの協定に参加しており、Primark社、KiK社およびH&M社といった低価格帯のブランドも参加している⁷³。企業を参加に踏み切らせたのは、主としてレピュテーションリスクへの懸念であったと考えられる。

その他の例としては、最低限の基準を遵守した場合に付与される認証ラベルがある。例えば、グローバル・オーガニック・テキスタイル・スタンダード (Global Organic Textile Standard)⁷⁴ やフェアトレード・テキスタイル・スタンダード (Fairtrade Textile Standard)⁷⁵ がこれにあたる。各国やEUによるこのような認証ラベルの採用は、例えば、EUエコラベル (EU Ecolabel)⁷⁶ や、2019年に連邦経済協力開発省によって導入されたドイツの繊維ラベル「緑のボタン (Grüner Knopf)」の取組みにも表れている⁷⁷。これらの制度の目的は、消費者が購入する衣料品が社会的および環境的に持続可能な方法で製造されたことの確認を可能にする点にある。上

70 <https://internationalaccord.org/> (全てのウェブサイト出典は、2025年2月12日最終閲覧)。

71 <https://bangladeshaccord.org/>。

72 <https://internationalaccord.org/>。その他の例として、Geistfeld, 10 JETL 130, 149 f. (2019)。

73 <https://internationalaccord.org/signatories/#signatories-search>。

74 <https://global-standard.org/>。

75 <https://www.fairtrade.net/en/why-fairtrade/how-we-do-it/standards/who-we-have-standards-for/textile-standard.html>。

76 https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel_en。

77 <https://www.gruener-knopf.de/>。

場企業に課される報告義務にも同様のねらいがあり、その目的は、投資家が実体経済企業や金融企業の社会環境的側面を評価し、投資判断に反映できるようにすることにある⁷⁸。

このような透明性に関する規制やイニシアティブの実効性は、社会的・環境的観点が消費者の支払意思および投資家の利回り期待に及ぼす影響の程度に依存する。これまでのところ、透明性確保のための義務は、消費者や投資家の意思決定に目立った変化をもたらしてはいない⁷⁹。消費者や投資家がこうした情報を受け取り、かつ十分に処理できる範囲は限られている。そのため、この手段が広範に効果を及ぼすことは難しく、むしろ、衝撃的でメディアに大きく取り上げられる事例を契機として、特定の製品や製品分野においてのみ効果が認められるにとどまる。

b) 問題のある製品の価格の引上げ

さらに一歩進んだアプローチとしては、人権侵害や環境破壊を伴って生産された製品について、その販売を困難にするという方法がある。経済学的に言えば製品の価格を引き上げることである。価格の引上げは、様々な

78 例として、指令2014/95/EU (CSR指令) に基づく商法典 (HGB) 第289b条および第289c条、並びに開示規則 (規則2019/2088/EU) 参照。2024年7月6日までに国内法に組み込むことが義務付けられていた企業持続可能性報告指令 (CSRD: 指令2022/2464/EU, ABI. L 322) により、大幅に拡大された。同様に、米国では、ドッド・フランク・ウォールストリート改革および消費者保護法 (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) 第1502条-第1504条 (124 Stat. 137, 838-847; この点については、最近の文献として、*Shulman*, 49 COLUM. J. ENV'T L. 479, 504 ff. (2024)). 持続可能性報告という立法手段に関する基礎的な文献として、*Schön*, ZfPW 2022, 207.

79 同様に懐疑的な見解をとるものとして、*Chambers/Vastardis*, 21 CHI. J. INT'L L. 323, 346 ff. (2021) (考えられ得る要因も列挙している); *Shulman*, 49 COLUM. J. ENV'T L. 479, 504 (2024); CO₂削減に関する公表義務についてやや楽観的な見解を示すものとして、*C. Williams*, 48 SEATTLE U. L. REV. 571, 600 f. (2025). 経済学的な観点から、現在の非財務報告制度に批判的な見解を示すものとして、*Hell*, Offenlegung nichtfinanzieller Informationen, 2020, 67 ff.

方法によって行われる。その一つは、そのような製品を市場に流通させることに特別な義務を課すことである。これは、EUのサプライチェーン注意義務指令にみられる規制アプローチに相当する。同様の規制アプローチは、すでにドイツのサプライチェーン注意義務法⁸⁰、フランスの企業注意義務法、ノルウェーの透明化法⁸¹ およびEUの紛争鉱物規則⁸² においても採用されてきた⁸³。

サプライチェーン注意義務指令は、従業員数が1,000人を超え、かつグループ売上高が4億5,000万ユーロを超えるEU企業、並びにEU域内における売上高が4億5,000万ユーロを超える第三国の企業に対して、そのサプライチェーンに関する広範な義務を課している⁸⁴。これらの企業は、自らの企業方針を、その事業活動の連鎖における人権侵害、環境破壊の防止および是正に向けて整合させなければならない⁸⁵。そのために、対象企業はリスク管理システムを構築し（CS3D第7条）、負の影響を特定することが求められる（同第8条）。潜在的な負の影響（リスク）については、

80 サプライチェーン注意義務法（以下、LkSGという）は、人権（または環境関連）のリスクが存在する場合、広範な調査義務、監視義務、防止義務および是正義務を規定している（同第5条-第9条）。同第9条に基づき、間接的供給者については、注意義務が緩和されている。これらの義務に違反した場合、公共調達からの排除（同第22条）または過料（同第24条）によって制裁が加えられる。

81 これについては、*Lafarre*, EBLR [European Business Law Review], 2023, 213, 219 f.; *Götz*, RIW 2021, 99, 101 ff.

82 紛争地域および高リスク地域からのスズ、タンタル、タングステン、その鉱石および金を輸入するEUの輸入業者に対して、サプライチェーンにおける注意義務の履行についての義務を定める2017年5月17日付欧州議会および理事会規則（EU）2017/821, ABL L 130.

83 その他の例については、*Salminen/Rajavuori*, Maastricht J. of Europ. and Comp. L. 26(2019), 602, 615 f.の概要を参照。

84 適用範囲のより詳細かつ完全な説明については、CS3D第2条参照。これについて解説したものとしては、例えば、*A.-M. Weber*, 42 PACE ENV'T L. REV. 155, 162 ff.(2024).

85 深く論じているものとして、*A.-M. Weber*, 42 PACE ENV'T L. REV. 155, 167 ff.(2024).

適切な防止措置を講じて防止しなければならない（同第10条）。例えば、直接の取引先から契約上の保証を取得することが想定されている。リスクを長期的に低減できない場合、規制対象企業の努力にもかかわらず潜在的な深刻な負の影響を防止できないか、または少なくとも最小限に抑えることができないのであれば、取引関係を終了することが求められている（同条第6項）。実際に負の影響が発生した（侵害）場合には、これを是正しなければならない（同第11条）。例えば、直接の取引先に対して是正を働きかけたり、他の企業と連携してイニシアティブを取ったりすることが想定されている。ここでも、最終手段として取引関係の終了が規定されている（同条第7項）。企業がこれらの義務に違反した場合、全世界のグループ売上高の5%を上限とする罰金が科せられる可能性がある。

このことに加え、加盟国は、防止義務および是正義務（同第10条、同第11条）の違反について、私法上の責任を規定しなければならない（同第29条）⁸⁶。さらに、影響を受けた当事者に対する是正措置を講じる義務が規定されているが（同第12条）、この是正義務と責任の関係は不明確である⁸⁷。気候変動対策に関しては、対象企業に対し、1.5度目標の遵守に向けた計画を策定し、実施しなければならないと規定している（同第22条）。

この種の規制は、グループ企業の実態においては、親会社に対して子会社の基準遵守を促すインセンティブを与える効果がある。グループ企業の親会社自身が注意義務の名宛人となる以上、子会社が責任を負わないことや、少なくとも他のグループ企業の会社にとって有利な有限責任にもはや依拠することはできない。

供給者との関係における作用はより間接的である。こうした注意義務は、

86 これについては、*Farah/Kunuji/Kent* 34(2023) King's Law Journal 499, 517 ff.; *A.-M. Weber*, 42 PACE ENV'T L. REV. 155, 175 ff.(2024); ドイツの見解については、*Wais*, JZ 2025, 177、オーストリアの見解については、*Baumgartner*, GesRZ 2024, 361.

87 *J. Schmidt*, NZG 2024, 859, 865.

人権侵害や環境破壊を伴って製造された製品の価格を引き上げる方向に作用する。購入者には監視義務、防止義務および是正義務が課され、それらに違反すれば罰金や影響を受けた人々への損害賠償義務や補償義務が生じ得る。問題のある製品の購入者は、こうしたコストを計算に組み込まなければならず、利益を得るためにより高い価格でしか製品を転売できない。その結果、そのような製品に対する需要は減少する。こうした需要の変化に対し、原産国における取引先も対応し、供給を削減する。他方で、関連基準を満たした製品に対する規制対象企業からの需要は増加する。そのため、その価格は上昇し、規制対象外である供給者もこれに対応して、問題のない製品の供給を拡大するようになる。

このようにして、理論モデル上は、少なくともEU加盟国の管轄外にある企業に対しても間接規制が及ぶことになる。取引先は、需要の変化という間接的な経路を通じて、自らの経済活動がもたらす実質的なコストを内部化するよう強いられることになる。人権侵害や環境汚染は、得られる売上を減少させ、収益を低下させるため、魅力のないものとなる。この効果が、違反によって得られるコスト削減効果を上回るならば、取引先にとっても、人権保護や環境保護を行うことが経済的に「価値がある」と感じるようになる。

この場合、人権侵害や環境破壊は、その程度に応じて「価格として織り込まれる」ことになる。最も価格を押し上げるのは、特定の製品の輸入禁止である。当該製品は違法にしか輸入および販売ができなくなり、通常は非常に高いコスト（例えば、違反が発覚した場合の制裁のおそれ等）を伴うことになる。CS3Dはこの方向に一步踏み込んでおり、第10条第6項および第11条第7項は、恒久的かつ重大な（差し迫った）負の影響が存在する場合には、契約締結の禁止を求めている。一方で、利益衡量を伴わない一般的な禁止としては、「違法伐採された木材または木材製品の市場への出荷」を禁止する森林伐採規則第3条⁸⁸がある。

3. 間接規制のデメリット

サプライチェーンに対する間接規制は、重大な副次的効果を生じさせる⁸⁹。損害回避のコストは、最安価コスト回避者が規制の対象とならないため、通常、必要以上に高くなる⁹⁰。具体的には、規制対象企業が負担しなければならない監視コストや取引コストが、損害防止の成果に直接的には繋がらないという問題がある。供給契約において労働上の安全基準について合意する場合、その内容はまず交渉によって決定され、その後も遵守状況を監視しなければならない。しかし、現場の労働条件を実際に左右できるのは供給者のみであるため、規制対象である購入者は供給者への働きかけに頼らざるを得ない。その結果として、コストが二重に発生することが少なくない。さらに、どの程度コストを引き上げれば良いのかが不明確であることも多い。リスクに基づく規制アプローチにより、CS3Dはこの問題に対応しようとしているが、情報基盤は必然的に不完全であるため、個別の事案において過少規制にも過剰規制にもなる可能性がある⁹¹。最後

88 森林破壊および森林劣化と関連する特定の原材料および製品のEU市場への供給およびEUからの輸出に関する規則であり、並びに規則（EU）第995/2010号の廃止に関する規則である、2023年5月31日付欧州議会および理事会規則（EU）第2023/1115号、ABl. L 150/206(2025年12月以降)。

89 間接的な規制に関するその他の問題のうち一部は、あまりに抽象的で、経済学モデルでうまく考慮することができない。そのため、国の当局や裁判所が、他国の法制度の状況について暗黙のうちに価値判断を下す危険性が生じるであろう。この点については、*Lungowe v Vedanta Resources Plc*, [2017] EWCA Civ 1528 Rn. 133参照。「裁判官を悩ませたもう1つの問題について、おそらくここで触れておくべきだろう。裁判官の判断は、ザンビアの法制度に対する批判に等しいとみられてしまうおそれがある [...] この種の事件における司法へのアクセスを可能にするためにすべきことは、事例を国外に持ち出すことなく、十分な資金を用意し、現地の弁護士、専門家が現地で事件を審理できるようにすることである。その時がいつかきつと来るにちがいない。」

90 さらに、*C. König*, *An Economic Analysis of Supply Chain Liability*, 31 f. (Working Paper v. 30.4.2024, verfügbar unter <https://ssrn.com/abstract=4819667>).も参照。

91 この問題については、先行研究として *Korch*, *Haftung und Verhalten*, 2015, 7

に、企業は規制を回避する戦略をとるおそれがある⁹²。特定の製品を規制に違反することなく調達しようとする多大なコストを要するか、あるいは調達自体が困難となる場合には、サプライチェーンに中間業者を介在させるなどして原産地を偽装する動機が生じる。このような対応はコストを伴うものの、人権状況や環境の改善には寄与しない。

さらに、EUや各国による規制は、常に規制対象企業に不利な競争の歪みをもたらす⁹³。こうした歪みは、取引コストや監視コストに由来するだけでなく、例えば、第三者による不適切な行為に対して（コストのかかる）是正措置を講じる義務や、契約関係を完全に解消する義務といった、その他の義務からも生じる。とりわけ後者の事例の場合には、代替となる問題のない供給源が存在しないために、特定の原材料や中間製品をもちや調達できなくなった場合、下流市場において深刻な競争上の不利益が生じる可能性があることは容易に想像できる。

こうした競争上の不利益が生じる結果として、規制対象企業が各市場から排除されることもある。このことは、当該企業が不均衡に規制の対象となっている国の経済圏において、社会厚生上の損失をもたらすことになる（例えば、労働場所の移転等）⁹⁴。しかし、このような社会厚生上の損失が、必ずしも人権状況や環境にプラスとなる効果によって相殺されるとは限らない。それどころか、規制対象外の企業が、より緩やかな規制要件の下でレピュテーションリスクを恐れる必要がないために、コストをより多く外

↘ S. 85.参照。

92 回避のコストについては、C. König, An Economic Analysis of Supply Chain Liability, 34 ff. (Working Paper v. 30.4.2024, verfügbar unter <https://ssrn.com/abstract=4819667>).参照。

93 これについては、既述の第Ⅲ章第3節。さらに、Geistfeld, 10 JETL 130, 143 (2019); Hellgardt/Jouannaud, AcP 222(2022), 163, 194; Wagner, ZIP 2021, 1095, 1098; ders., RabelsZ 80(2016), 717, 780.

94 Dutzi/Schneider/Hasenau, Der Konzern 2021, 454, 463; Wagner, NJW 2021, 2256, 2259.

部化でき、利益を得る場合には、状況はさらに悪化する可能性すらある⁹⁵。したがって、サプライチェーン規制によって生じるコストは確実であるのに対し、その便益は確実ではない。

競争上の不利益および社会厚生上の損失の程度は、さまざまな要因に依存する。具体的には、監視コスト、法の遵守に伴う追加コスト、そして違反に伴うコストである。このうち最後の要因は、罰金の額や責任（CS3D第29条）に加え、違反が発覚する確率や有罪判決に至る確率によっても大きく左右される⁹⁶。罰金や被害者に対する責任を課せられる確率が低いほど、企業が自らのサプライチェーンを規制内容に適合させて見直すインセンティブも低下し、追加的に投じるコストも少なくなる。

4. 現時点での評価：EUの規制の影響は限定的である

以上を踏まえると、CS3Dによってもたらされるプラスの影響を過大評価すべきではない。たしかに、EUの立法者は、EU企業のみならずEU域内で活動する全ての企業に対して売上高に応じた義務を課すことにより（CS3D第2条）、少なくとも競争の歪みの是正を試みている⁹⁷。この点は問題の緩和には資する可能性がある。しかし、EUの規制の適用は依然として市場および企業の一部に限られるため、問題の解消には至らない。さらに、競争上の不利益によって経済活動が他地域へ移転するおそれも踏まえると、世界的な人権状況および環境保護の顕著な改善を期待する理由は乏しい。

95 これについては、先行研究として、Wagner, *RebelsZ* 80(2016), 717, 781.

96 Wagner, *ZEuP* 2023, 517, 526 f.は、私法上のエンフォースメントの効果が低いことを前提としている。

97 この規定は、ドイツ企業およびドイツの事業所のみを対象とするLkSG第1条第1項第1文および第2文とは明確に異なる。その他の全ての企業は、その製造において人権が侵害され、環境が破壊されていたとしても、引き続きドイツ国内で製品を販売することができる。

V. 結論

1. 国際的なサプライチェーンにおいては、行為主体がコストを外部化することが可能であるため、最適な注意水準および活動水準が達成されない場合が多い。その結果、人権侵害や環境破壊に起因する回避可能な損害により、社会厚生上の損失が生じる。こうした社会厚生上の損失は原産国の被害者が負担する一方で、購入国における企業および消費者はその利益を享受する。

2. グループ企業における有限責任は、利益とリスクの部分的な切離しをもたらすため、コストの外部化を助長することになる。しかし、この要因の実際的な重要性は、広く議論されているほど大きくはない。多くの場合、経済活動に伴うコストは、加害者の段階（グループ企業の子会社や供給者）においても既に十分に内部化されていない。このような場合には、グループ企業法上の分離原則は社会厚生上の損失に寄与しない。

3. 購入国の立法者は、直接的な加害者を規制できないという難題に直面している。唯一の手段として残されているのは、人権や環境基準を無視して製造された製品の価格を引き上げるという間接規制の手法である。この規制アプローチは、最安価コスト回避者を直接規制するものではないため、構造的な弱点と競争上の不利益を内包している。さらに、このような手段が各国または超国家的な立法者の単独規制としてとられる限りは、その実効性にも疑問が残る。規制対象企業が国際競争において排除される可能性があり、その結果、人権状況が必ずしも改善されるとは限らないにもかかわらず、関係する経済圏に社会厚生上の損失が生じ得ることとなる。

〔訳者付記〕

本稿は、2025年3月31日（月）に京都弁護士会主催（後援：龍谷大学法学会、ヨーロッパ消費者法研究会、ヨーロッパ契約法研究会）で開催された、Prof. Dr. Stefan Korch（シュテファン・コルヒ教授）による講演「Law and Economics of Supply Chain Regulation」に基づく。講演後、当日の質疑応答を踏まえて同教授が修正を加えた原稿について、その承諾を得て翻訳したものである。

講演会当日は、カライスコス・アントニオス教授（龍谷大学）が通訳を、鹿野菜穂子教授（慶應義塾大学）がコメンテーターを務め、中田邦博教授（龍谷大学）が司会兼コーディネーターを担当した。

また、本翻訳の作成にあたり、貴重なご助言と丁寧なご指導を賜った寺川永教授（関西大学）に深く感謝申し上げます。加えて、講演原稿の翻訳に際して仲介の労をお取りいただくとともに、多大なご助言を賜った中田教授に謝意を表する。さらに、本ワークショップの開催を可能にしてくださった京都弁護士会の皆様にも御礼申し上げます。

クーリング・オフと「お得な取引」

——通信販売契約における「グリーン・スラッジ」導入の提唱(2・完)

マルタ・サントス・シルヴァ

トマス・ガブリエル・ガルシア＝ミコ

(カライスコス アントニオス* 訳)

4 物品の通信販売における「グレーな」撤回権

4.1 グリーンな視座によるEU消費者法再構想の必要性

EU消費者法の軌跡は、当初、共通市場、さらには域内市場を保護・促進することを目的として設計されており、国境を越えた取引を円滑にし、加盟国間で活動する経済主体に法的確実性を提供する点にその中心的な関心が置かれていた。1980年代には、消費者政策および消費者法は、加盟国全体で消費者に対して均一な保護水準を確立することを目指していた¹。

しかし近年、EU消費者法が、持続可能な発展²、とりわけ環境の持続可能性³の要請を十分に満たしているかについて、疑問が提起されるようになっていく。

循環経済モデルへの世界的な転換が進む中であっても、EU消費者法は、

* からいすこすあんとにおす 龍谷大学法学部教授

1 Hans-W Micklitz, 'Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy' [2019] 6 *EuCML* 229.

2 Klaus Tonner, 'Consumer Protection and Environmental Protection: Contradictions and Suggested Steps Towards Integration' [2000] 23(1) *Journal of Consumer Policy* 63, 64 (<https://doi.org/10.1023/A:1006307709249>).

3 Hans-W Micklitz, 'Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy' [2019] 6 *EuCML* 229.

依然として消費を主として促進する思考様式を温存しているように見える。消費者および事業者の双方にとってその重要性は認められるものの、消費が環境に及ぼす影響に対処する必要性に対する認識は高まりつつある。従来の域内市場の概念は再構築されなければならない。すなわち、消費者法を支える目的および戦略を批判的に再検討し⁴、特に環境の持続可能性および責任ある行動といった現代的課題と整合するように再定位する必要がある。そのためには、商業的利益と環境保全の要請とを調和させる、より全体的かつ将来志向的なアプローチが求められている。

ヨーロッパの消費者は、意図的に消費支出を促すよう設計された空間を移動している⁵。広告産業は、その黎明期以来、この目的を達成するために行動科学的知見を戦略的に活用してきた⁶。しかしながら、このように増幅された消費文化は、消費者の過剰債務⁷や環境被害といった社会的コストを伴う。EU消費者法の枠組みの中には、環境的に持続可能な行動を促進しない規則や政策も少なくなく、それらは「グレー・ナッジ」に分類

4 Hans-W Micklitz, 'Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy' [2019] 6 *EuCML* 229, 234.

5 法が選択的に特定の資産を「コード化」し、それらに、私的富を保護し、かつ生み出す能力を付与していると論じるものとして、Katharina Pistor, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton University Press 2019) を参照。

6 Gerhard Wagner and Horst Eidenmüller, 'Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions' [2018] 20 *The University of Chicago Law Review* 581.

7 ユーロスタットによれば、2022年には、EUにおける27の加盟国の住民のうち9.2%が、住宅ローンまたは家賃、公共料金、もしくは割賦払いに関する支払の延滞状態にあった（〈[https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_MDSES05\\$DV_422/default/table?lang=en](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_MDSES05$DV_422/default/table?lang=en)〉2023年9月14日最終アクセス）。一方、米国では、2023年夏にクレジットカードの利用額が新たな節目に達し、残高総額が1兆ドルを超えた（<https://www.gao.gov/blog/american-credit-card-debt-hits-new-record-whats-changed-post-pandemic>, 2023年11月30日最終アクセス）。

され得る。本稿では、その一例として、次節において撤回権を取り上げる。

4.2 撤回権と返品がもたらす持続不可能な影響

消費者権利指令（CRD）⁸ 9条から16条は、撤回権を規定している。撤回権とは、消費者が契約を締結する意思決定を再考し、これを撤回することができる、短期かつ一方的な権利である⁹。EUにおける義務的情報開示に関する準則や一般契約条項に対する規制といった他の重要な措置¹⁰と並んで、撤回権は、ヨーロッパの立法者によって¹¹ 消費者保護の中核的原理として位置づけられてきた。この権利は、消費者に対し、「クーリング・オフ期間」¹²、あるいは「冷静に熟慮する期間」¹³を付与し、その間に締結した契約を再検討する機会を与える。

撤回権を保障する義務は、通信販売契約および訪問販売の双方に及ぶ¹⁴。消費者権利指令4条に定められた最大限平準化の原則により、加盟国が店

8 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights (2011) OJ L 304/260.

9 Marco BM Loos, 'Rights of Withdrawal' in Geraint Howells and Reiner Schulze (eds), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (Sellier 2009) 241.

10 Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) 86.

11 撤回権は、ヨーロッパでは最初に1985年12月20日の理事会指令85/577/EECによって法制化された。

12 Alberto Alemanno, 'Nudge and the European Union' in Holger Straßheim and Silke Beck (eds), *Handbook of Behavioural Change and Public Policy* (Cheltenham, Edward Elgar 2019) 271.

13 Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) 36.

14 訪問販売の文脈におけるこの権利の根拠（ratio）は、消費者が販売員からの心理的圧力の下で契約を締結してしまうおそれがある点に求められる。このことについて、Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) 36を参照。

舗販売契約について撤回権を義務付けることは許されていない¹⁵。もっとも、同指令3条6項は、指令が定める保護水準を超える契約上の取扱いを事業者が消費者に提供することを認めている。その結果、撤回権は、商品やサービスの品質を示す自主的な指標として、事業者によって店舗販売にも任意に拡張されてきた¹⁶。

実証研究によれば、返品を認める制度は消費者の信頼を高め¹⁷、特にオンラインにおいて取引量を増加させることが示されている^{18,19}。撤回権は、

15 この点は、電子商取引において返品がより多く発生するという事実を正当化する理由となり得る。このことについては、Henrik Pålsson, Fredrik Pettersson and Lena Winslott Hiselius, 'Energy Consumption in E-Commerce versus Conventional Trade Channels-Insights into Packaging, the Last Mile, Unsold Products and Product Returns' [2017] 164 *Journal of Cleaner Production* 765, 776(<https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2017.06.242>) を参照。

16 Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) 94. 研究成果によれば、事業者による任意の提供が友好的なものとして認識される場合、買い手は売り手を過度に利用しないことで報いる傾向があることが示されている。このことについて、G Borges and B Ilrenbusch, 'Fairness Crowded Out by Law: An Experimental Study on Withdrawal Rights' [2007] 163 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 84を参照。

17 Horst GM Eidenmüller, 'Why Withdrawal Rights?' (2010) Social Sciences Research Network Working Paper (<http://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>) 8; Jan M Smits, 'The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law' [2011] Maastricht European Private Law Institute Working Paper no. 2011/01, 9; Joasia A Luzak, 'To Withdraw or Not to Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers' [2013] Centre for the Study of European Contract Law Working Paper, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 15 ff.

18 Tomas Suwelack, Jens Høgreve, and Wayne D Hoyer, 'Understanding Money-Back Guarantees: Cognitive, Affective, and Behavioral Outcomes' [2011] 87(4) *Journal of Retailing* 462-478, 462. Patricia Sánchez Abril, Francisco Oliva Blázquez and Joan Martínez Evora, 'The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: A Comparative Analysis of American and European Law' ↗

「後悔メカニズム」²⁰として機能し、消費者は返品理由を示すことなく (ad nutum) ほとんどの商品を返却することが可能である²¹。撤回権行使の主たる効果は、CRD12条に定められているとおり、事業者と消費者との契約関係が終了する点にある。さらに、通信販売または訪問販売契約の資金調達のために締結された消費者信用契約などの付随契約 (CRD15条) も自動的に終了する。消費者が撤回権を行使した場合、事業者は、受領したすべての支払を速やかに返金する義務を負い、その期限は解除通知の受領から14日以内とされている (CRD13条1項1文)²²。

↘ [2018] 3 *InDret* 3, 27も参照。

19 Marco BM Loos, 'Rights of Withdrawal' in Geraint Howells and Reiner Schulze (eds), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (Sellier 2009) 241, 245-246; Omri Ben-Shahar and Eric A Posner, 'The Right to Withdraw in Contract Law' [2011] 40(1) *The Journal of Legal Studies* 115-148, 119. ヨーロッパ域内市場の強化および調和を追求する観点から、その支持者たちは、ヨーロッパの消費者がより多くの国境を越えた取引に参加すべきであると主張している (GM Horst Eidenmüller, 'Why Withdrawal Rights?' 17 August 2010, <http://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>, p. 6); European Commission (September 2006). Consumer protection in the internal market. Special Eurobarometer 252, p. 2; European Commission (October 2008). Consumer protection in the internal market. Special Eurobarometer 298, p. 2; European Commission (2 October 2008). EUの報告書によれば、国境を越えたショッピングには大きな潜在力があるにもかかわらず、それが十分に活かされていない。Press release, IP/08/1447, p. 1. これらの取引の相当部分は遠隔で行われており、オンライン取引の増加傾向が見られる (Joasia A Luzak, 'To Withdraw or Not to Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers' [2013] Centre for the Study of European Contract Law Working Paper, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, p. 4)。

20 Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) 37.

21 Reiner Schulze and Jonathan Morgan, 'Right of Withdrawal' in Gerhard Dannemann and Stefan Vogenauer (eds), *The Common European Sales Law in Context* (Oxford, Oxford University Press 2013) 294.

22 Joasia A Luzak and Vanessa Mak, 'The Consumer Rights Directive' Cen-

撤回権は、契約が一度締結されれば当事者を拘束するという基本的契約原則 (pacta sunt servanda)²³ の例外として、ヨーロッパ消費者法に導入された。

この制度は、搾取的となり得るマーケティング手法から消費者を保護し、B2C関係に内在する情報および交渉力の非対称性に対応することを目的としている²⁴。店舗販売とは異なり、通信販売において取得される商品やサービスは、経済理論上「経験財」として位置づけられる。すなわち、その特性は実際の検査や使用を通じて初めて確認可能だからである²⁵。した

Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2013-01, 13.

23 Joasia A Luzak, 'To Withdraw or Not to Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers' [2013] Centre for the Study of European Contract Law Working Paper, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 1; Patricia Sánchez Abril, Francisco Oliva Blázquez, and Joan Martínez Evora, 'The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: A Comparative Analysis of American and European Law' [2018] 3 *InDret* 31.

24 Pamaria Rekati and Roger Van den Bergh, 'Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States: A Comparative Law and Economics Approach' [2000] 23(4) *Journal of Consumer Policy* 371, 391-392 (<https://doi.org/10.1023/A:1007203426046>).

25 Horst GM Eidenmüller, 'Why Withdrawal Rights?' (2010) Social Sciences Research Network Working Paper (<http://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>) 7; Christian Twigg-Flesner and Reiner Schulze, 'Protecting National Choice Information and the Right of Withdrawal' in Geraint Howells, Iain Ramsay and Thomas Wilhelmsson, *Handbook of Research on International Consumer Law* (Cheltenham, Edward Elgar 2010) 145; Patricia Sánchez Abril, Francisco Oliva Blázquez, and Joan Martínez Evora, 'The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: A Comparative Analysis of American and European Law' [2018] 3 *InDret* 32; Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) 36. なお、通信販売契約における消費者保護に関する1997年5月20日付指令97/7/ECの前文14項および消費者権利指令(1997年) OJ L144/19・37項も参照。

がって、オンラインで購入を行う際、消費者は、オンライン表示が商品に正確に反映していること、および提示された価格がその品質、ひいては価値に見合うものであることについて、事業者を信頼せざるを得ない²⁶。通信販売契約の撤回が認められることにより、取引リスクおよび意思決定後の後悔のリスクが低減し、消費者に契約締結を促すインセンティブとして機能する²⁷。この意味で、撤回権は、受領した商品が期待と異なる場合の消費者の救済手段として位置づけられる²⁸。

消費者権利指令（CRD）に定められた撤回権は、その適用範囲が広く、その解釈も非常に拡張的に行われてきた。

第一に、この権利は、消費者に商品の試用を認めることによって、実店舗における消費者の権利を超える内容となっている²⁹。

26 しかし、Joasia A Luzak, 'To Withdraw or Not to Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers' [2013] Centre for the Study of European Contract Law Working Paper, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 7 は、撤回権が認められているにもかかわらず、消費者はなおその価値を適切に評価することができていないと主張している。

27 Pamaria Rekati and Roger Van den Bergh, 'Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States: A Comparative Law and Economics Approach' [2000] 23(4) *Journal of Consumer Policy* 371 (<https://doi.org/10.1023/A:1007203426046>) 381; Joasia A Luzak, 'To Withdraw or Not to Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers' [2013] Centre for the Study of European Contract Law Working Paper, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 6.

28 撤回権の必要性に対処するための代替的な解決策として、後続の節で言及するように、テクノロジーを通じた新たなアプローチが台頭しつつある。このことについて、Commission, 'New Consumer Agenda: Strengthening consumer resilience for sustainable recovery' COM (2020) 696, 8-9を参照。

29 Joasia A Luzak, 'To Withdraw or Not to Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance

第二に、CRD14条2項によれば、消費者が責任を負うのは、「商品の性質、特性および機能を確認するために必要な行為」から生じたものではない価値減少に限られる。同規定については、Messner事件における欧州連合法裁判所（CJEU）の判断³⁰により、多くの場合、合理的な使用から生じた減価については、消費者は一切責任を負わないことが明らかにされた。もっとも、CRD14条1項2文は、商品の返送費用を消費者負担とすることを定めているが、多くの事業者やオンライン・プラットフォームは、同業者間で競争する目的から、「送料無料返品（free returns）」の方針を自主的に採用している³¹。注目すべきことに、この方針は、返品された商品が損傷している場合にも及ぶようになっており³²、主要なプラット

↘ Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers' [2013] Centre for the Study of European Contract Law Working Paper, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 6 が正しく指摘しているように、「消費者は、購入前に、枕を店から自宅に持ち帰り、一晚使用してその硬さに満足できるかどうかを試すことは許されていない」。

30 CJEU C-489/07 Pia Messner [2009]. Jonathon Watson, 'Withdrawal Rights' in Christian Twigg-Flesner (ed), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (Cheltenham, Edward Elgar 2016) も参照。

31 Evelyne Terryn and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce' [2021] 3 Eu-CML 89, 95. オンライン購入を行う際の消費者の判断要素において、無料返品は、送料無料に次いで2番目に重要な要因として位置付けられている。このことについて、Power Reviews, 'Consumer Survey: Returns in Retail in 2021' (Power Reviews, 2021) 〈<https://www.powerreviews.com/insights/consumer-survey-retail-returns-2021/>〉(2023年6月12日最終アクセス)を参照。AmazonやWalmartなどの大手小売業者は、自主的に商品の返品権を提供しており、通常、商品の引渡し後30日以内に返品を認めている。Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) 94, fn. 37。

32 Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) 89, 95. これに対し、Ben-Shahar と Posner は、より均衡の取れた見解を提示しており、商品に中程度の価値減少が生じる場合には、その減価費用は消費者が負担すべきであると明確に述べている (Omri Ben-Shahar and Eric A Posner, 'The Ri-

フォームの中には、商品の受領後30日目まで、損傷品についても無料返品および返金を認めているものが存在する³³。

逸話的証拠 (anecdotal evidence) によれば、実際に契約が撤回される割合はそれほど高くないとされるものの³⁴、事業者の観点からは、撤回権の行使は重大な課題を伴う。

発送、処理、再整備に要するコストは極めて高く³⁵、Amazon³⁶やWalmartのような大規模小売業者は、返品された商品を回収・処理するコストが商品の価値を上回る場合に、消費者に商品をそのまま保持させるこ

ught to Withdraw in Contract Law' [2011] 40(1) *The Journal of Legal Studies* 115, 118)。

33 Amazon Spain <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=orc_hp_s_retest?ie=UTF8&nodeId=201149940> (2023年6月19日最終アクセス) および Amazon International <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=GKQNFKFK5CF3C54B&ref_=hp_GNW5VKFXMF-72FFMR_Refunds> (2023年9月17日最終アクセス) の払い戻し条件を参照。

34 Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism* (London, Springer 2012) 114.

35 Daria Dzyabura et al, 'Leveraging the Power of Images in Managing Product Return Rates' [2019] 42(6) *Marketing Science* 3(<<https://doi.org/10.1287/mksc.2023.1451>>).

36 最新の入手可能なデータによれば、Amazonはヨーロッパにおいて最も訪問数の多いオンライン・マーケットプレイスであり、月間訪問数は10億7,000万回を超えている。Statista, 'Leading Online Marketplaces in Europe as of July 2022, Based on Number of Monthly Visits', 2022 (<<https://www.statista.com/statistics/288056/leading-retail-websites-in-europe-based-on-unique-visitors/>>). これは、月間訪問数がその半分にも満たない(5億3,460万回)直接の競合者であるeBayと比べても大きな差がある。Amazonの重要性は、年間売上高の観点からも確認できる。Amazonは2021年において、年間売上高が5兆1,322億3,400万ユーロに達していた [Statista, 'Total revenue of Amazon Europe from 2011 to 2021' (*Amazon*, 2022) (<<https://www.statista.com/statistics/934963/revenue-of-amazon-europe/>> accessed 19 June 2023)]. これに対し、eBayの売上高はAmazonよりも約80%少ない95億4,159万ユーロにとどまっている [Statista, 'Annual net revenue of eBay from 2013 to 2022' (*eBay*, 2023) (<<https://www.statista.com/statistics/507881/ebays-annual-net-revenue/>> (2023年6月19日最終アクセス))].

とさえある³⁷。さらに、返品された商品を中古市場で再販売することが困難であるため、多くの企業は商品の廃棄という問題にも直面している。

処理費用、撤回事務の実施、損傷した返品商品の修理または交換、さらには法的コストなど、送料無料返品に伴う財務的負担は、すべての消費者に分散して転嫁される。その結果、購入商品について十分な知識を有している、あるいは持続可能性への配慮からそもそも返品を忌避している消費者³⁸など、撤回権を実際には行使しない者³⁹であっても、これらの費用の一部を負担することになる。したがって、撤回権は、消費者全体にとって潜在的に不利益をもたらし得る⁴⁰。

送料無料返品は、拙速な⁴¹「まず購入し、後で考える」という購買行

37 Wall Street Journal (2022) Retailers' many unhappy returns. <<https://www.wsj.com/articles/retailers-many-unhappy-returns-11641387605>> (2023年11月17日最終アクセス)。

38 このようなクロス・サブシディゼーション (交差補助) については、Oren Bar-Gill and Omri Ben-Shahar, 'Regulatory Techniques in Consumer Protection. A Critique of European Consumer Contract Law' [2013] 50 *CMLRev* 109, 121 (<https://doi.org/10.54648/cola2013039>) が言及している。

39 Oren Bar-Gill and Omri Ben-Shahar, 'Regulatory Techniques in Consumer Protection. A Critique of European Consumer Contract Law' [2013] 50 *CML-Rev* 109, 121 (<https://doi.org/10.54648/cola2013039>) ; Pamaria Rekati and Roger Van den Bergh, 'Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States: A Comparative Law and Economics Approach' [2000] 23 (4) *Journal of Consumer Policy* 371, 383 (<https://doi.org/10.1023/A:1007203426046>)。

40 Pamaria Rekati and Roger Van den Bergh, 'Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States: A Comparative Law and Economics Approach' [2000] 23 (4) *Journal of Consumer Policy* 371, 381 (<https://doi.org/10.1023/A:1007203426046>) ; Marco BM Loos, 'The Case for a Uniform and Efficient Right of Withdrawal from Consumer Contracts in European Contract Law' [2007] 15(1) *Zeitschrift Für Europaeisches Privatrecht* 5, 10; Horst GM Eidenmüller, 'Why Withdrawal Rights?' (2010) Social Sciences Research Network Working Paper (<http://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>)。

41 Marco BM Loos, 'The Case for a Uniform and Efficient Right of Withdrawal from Consumer Contracts in European Contract Law' [2007] 15(1) *Zeits-*

動⁴²を助長する点で、グレー・ナッジとして機能する⁴³。それは、天然資源の枯渇や炭素排出量の増加に寄与するからである。

以上を踏まえると、一方で消費者の利便性を考慮しつつ、他方で消費パターンがもたらす環境への広範な影響にも目を向ける、均衡の取れたアプローチが必要である。このような背景の下、学界においては、撤回権を現

↘ *chrift Für Europäisches Privatrecht* 5.

42 私たちは、撤回権をいわゆる「一時的狂気 (temporary madness)」の事例に対する救済手段として捉える見解を退ける。この見解につき、Pamaria Rekati and Roger Van den Bergh, 'Cooling Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States: A Comparative Law and Economics Approach' [2000] 23 (4) *Journal of Consumer Policy* 371, 372 and 375 ff (<https://doi.org/10.1023/A:1007203426046>): Patricia Sánchez Abril, Francisco Oliva Blázquez, and Joan Martínez Evora, 'The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: A Comparative Analysis of American and European Law' [2018] 3 *InDret* 7を参照。これに対して私たちは、Watson, 'Withdrawal Rights', に代表される見解に立ち、衝動的または十分に熟慮されていない行動を、意思の瑕疵として評価すべきではないとする立場を支持する。これは、Horst GM Eidenmüller, 'Why Withdrawal Rights?' (2010) Social Sciences Research Network Working Paper (<http://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>) 5 において示唆されている考え方でもある。仮に、衝動に基づいて行われた取引を意思能力の欠如の事例とみなし、その結果として契約が無効とされるのであれば、電子商取引のように衝動的購買行動に依拠するビジネスをはじめ、事業者は、契約の取消しや無効主張によって重大な経済的損失を被るおそれがある。さらに、クーリング・オフ期間が、認知的または感情的困難の下で締結された契約からの離脱を可能にするという経済的機能のみを果たすものだとするならば、商品の現実の引渡しや使用の必要性は否定されることになる。そのような場合、撤回権は当該状況に適切に対処する手段とはなり得ないであろう。このことについて、Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism* (London, Springer 2012) を参照。

43 消費者には、撤回権を有すること自体は義務的に保障されているものの（金融サービス遠隔マーケティング指令12条1項、消費者信用指令25条、タイムシェアリング指令12条1項、CRD 25条参照）、撤回権の実際の行使は、他のすべての消費者の権利と同様に、消費者にとって義務ではなく裁量に委ねられている点に留意することが重要である（Hans-W Micklitz, 'Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy' [2019] 6 *EuCML* 229, 235）。

行の構成のまま維持すべきか否かが問われるとともに⁴⁴、より持続可能な代替案が模索されてきた。

4.3 撤回権に代わる持続可能な代替策

ヨーロッパの学術研究は、電子商取引および従来型サプライチェーンの双方に影響を及ぼす、商品の返品に関連する環境問題を認識している。従来型のサプライチェーンでは、主に旅客輸送に起因する輸送過程におけるエネルギー消費が大きいのに対し、電子商取引分野では、段ボールなどの追加的な保護資材を要することから、包装におけるエネルギー消費が相対的に高くなる傾向がある⁴⁵。

これらの環境影響に対応するため、グリーン志向の消費者の関心に応えつつ、小規模な電子商取引事業者の経済的利益も保護しようとする提案が示されてきた⁴⁶。具体的には、以下のような方策が挙げられている。すな

44 Horst GM Eidenmüller, 'Why Withdrawal Rights?' (2010) Social Sciences Research Network Working Paper (<http://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>) 5; Jan M Smits, 'The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law' (2011) Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2011/01 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1719104) ; Joasia A Luzak, 'To Withdraw or Not to Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers' [2013] Centre for the Study of European Contract Law Working Paper, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper; Evelyne Terryn and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce' [2021] 3 *EuCML* 89.

45 Henrik Pålsson, Fredrik Pettersson and Lena Winslott Hiselius, 'Energy Consumption in E-Commerce versus Conventional Trade Channels-Insights into Packaging, the Last Mile, Unsold Products and Product Returns' [2017] 164 *Journal of Cleaner Production* 765, 776(<https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2017.06.242>).

46 Evelyne Terryn and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Re-

わち、①撤回権行使期間の短縮、②消費者権利指令（CRD）16条⁴⁷に定められた撤回権行使の例外の拡張、③撤回権行使に先立つ手数料の賦課⁴⁸（特に濫用的な消費者に対するもの⁴⁹）、④濫用的消費者のブラックリスト化およびこれに対する制裁である⁵⁰。

これらの提案はいずれも慎重に検討されたものであるが、本稿は、いずれも十分に説得力のある解決策とは言い難いと考ええる。

撤回権行使期間の短縮は、主として二つの理由から問題がある。第一に、それは、善意の消費者が商品を十分に体験する時間を持ってないことを意味し、結果として正当な保護から排除されるおそれがある点である。第二に、研究によれば、消費者は、撤回権行使のために与えられる期間が短いほど、

↘ 'gulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce' [2021] 3 *Eu-CML* 89, 95-100; Pålsson, Pettersson, and Hiselius, 'Energy Consumption in E-Commerce versus Conventional Trade Channels-Insights into Packaging, the Last Mile, Unsold Products and Product Returns'.

47 これらの例外は、事業者の利益にも配慮することを目的として設けられている（Evelyne Terryn and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce' [2021] 3 *EuCML* 89, 97）。CRD前文4項、および CJEU C-681/17, *Slewo* (2019) ECLI:EU:C:2019:255, para 39も参照。撤回権は、契約締結時においては強行的な権利であり、契約上の合意によって放棄することはできないが、契約の履行段階においては放棄され得る。Jonathon Watson, 'Withdrawal Rights' in Christian Twigg-Flesner (ed), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (Cheltenham, Edward Elgar 2016) 256。

48 研究によれば、商品を返品する際に手数料の支払を求められた顧客の支出水準は、そのような支払を求められなかった場合と比べて、75%から100%低下したことが示されている（Bower and Maxham 2012）*apud* Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020)。

49 Evelyn Terryn and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce' [2021] 3 *Eu-CML* 89.

50 Evelyn Terryn and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce' [2021] 3 *Eu-CML* 89, 98.

この権利を行使しやすくなる傾向がある⁵¹。この傾向は、先延ばしの性向や楽観バイアス——すなわち、いずれ返品すればよいと考えてしまう心理——に起因する可能性がある。

撤回権の既存の例外に、再び新品として販売できない商品⁵²や、使い捨てプラスチック指令⁵³によって禁止されていない単回使用製品という二類型を追加することには一定の意義があるかもしれない。しかしながら、例外規定のさらなる拡張には慎重な検討が求められる。現行の例外規定はすでに包括的であり、また、撤回権は、契約は当事者を拘束するという原則（*pacta sunt servanda*）に対する例外であることから、撤回権はあくまで例外として維持されるべきであって、原則となってはならない⁵⁴。

また、本稿は、撤回権の行使や、撤回権行使に影響しない形での商品使用に対して手数料を課すことについても慎重な立場をとる。撤回権の有無

51 Evelyne Terryn and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E Commerce' [2021] 3 *Eu-CML* 89, 96 に引用されている研究を参照。

52 Evelyne Terryn and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce' [2021] 3 *Eu-CML* 89, 97. この立場は、Ben-Shahar および Posner の見解とも一致しており、彼らは、消費者による使用の結果として商品の価値減少が相当程度に及ぶ場合には、撤回権を認めるべきではないと考えている（Omri Ben-Shahar and Eric A Posner, 'The Right to Withdraw in Contract Law' [2011] 40(1) *The Journal of Legal Studies* 115, 118）。

53 特定のプラスチック製品が環境に及ぼす影響の削減に関する、2019年6月5日付の欧州議会および理事会指令（EU）2019/904（2019年 OJ L155/1）。同指令が対象とする環境影響の概要については、Marta Santos Silva and Luísa Cortat Simonetti Gonçalves, 'Nudging Consumers towards Sustainable Practices Regarding Plastics in a Post-COVID-19 Europe' in Ewoud Hondius et al (eds), *Coronavirus and the Law in Europe* (Cambridge, Intersentia 2021) 947 を参照。

54 Jonathon Watson, 'Withdrawal Rights' in Christian Twigg-Flesner (ed), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (Cheltenham, Edward Elgar 2016) 253.

を選択できる契約形態を消費者に提示すること⁵⁵は、消費者に対し、撤回権がその価格に見合うかどうか——すなわち、返品を余儀なくされる、あるいは返品したいと感じるリスクに対する「保険料」⁵⁶に相当するかどうか——を判断させることになる。その結果、損失回避バイアス⁵⁷などの心理的要因により、そのような特典に対して支払う能力がない⁵⁸、または支払う意欲のない善意の消費者、すなわち本来この権利が保護しようとしている者に不利益が及ぶおそれがある。

濫用的消費者のブラックリスト化および制裁の実効性は、実効的な監視および執行体制の確立に左右される。本稿は、そのような統制を確保することの困難性を認識している。さらに、顧客生涯価値（Customer Lifetime Value）の観点から見ると、最も価値の高い顧客とは、頻繁に購入し、頻繁に（たとえ濫用的にであっても）返品し、再び購入する顧客であり、かつブランドを支持し、電子的口コミ（e-WOM）を拡散する可能性が高い顧客である⁵⁹。このことは、事業者やプラットフォームが、こうした顧

55 Joasia A Luzak, 'To Withdraw or Not to Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers' [2013] Centre for the Study of European Contract Law Working Paper, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 32 ff.

56 Horst GM Eidenmüller, 'Why Withdrawal Rights?' (2010) Social Sciences Research Network Working Paper (<http://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>) 9.

57 Evelyne Terryn and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce' [2021] 3 *Eu-CML* 89, 99.

58 このバイアスは、ある物を手放すことによって生じる不効用が、その物を得ることに伴う効用よりも大きいことを示唆している。Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler, 'Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias' [1991] 5(1) *Journal of Economic Perspectives* 193, 194.

59 Navjit Bhasin, 'The Four Personas of a Serial Returner' *Women's Wear Daily* (4 October 2019) <<https://wwd.com/feature/personas-of-a-serial-returner-1203333197/>> .

客をブラックリストに掲載する判断を躊躇する要因となり得る⁶⁰。

結論として、本稿は、EU消費者法に規定された撤回権の廃止や大幅な改正を支持するものではない⁶¹。撤回権は、購入前に商品を確認できない消費者に対して安全網として機能する、消費者保護の礎石であり⁶²、消費者の信頼を強化する役割を果たしている。高水準の消費者保護を維持することは、今後もEU政策の優先的目的であり続けるべきである^{63,64}。

消費者のニーズが変化することを踏まえると、撤回権は、誤解を招くマーケティング手法（ダーク・パターン）など、消費者に衝動的な意思決

60 このようなブラックリスト化には、一定の懸念が伴う。このことについて、Horst GM Eidenmüller, 'Why Withdrawal Rights?' (2010) Social Sciences Research Network Working Paper (<http://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>) 21を参照。

61 Jan M Smits, 'The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law' (2011) Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2011/01 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1719104) 11 は、次のような反論を指摘している。すなわち、強行的な撤回権は「クラウドディング・アウト効果」をもたらす可能性があり、個々の小売業者は、消費者に対して追加的な権利を付与する意思を示すことができなくなり、その結果、消費者を自社製品の購入へと誘引する手段を失うことになる、というものである。この点に関する議論については、4.2節を参照。

62 拡張現実（augmented reality）などの技術的進歩は、消費者が事前に商品を物理的に確認できない状況において撤回権が必要であるとする議論の根拠を弱めるものである。返品によって生じる問題に対する技術的解決策については、Daria Dzyabura et al, 'Leveraging the Power of Images in Managing Product Return Rates' [2019] 42(6) *Marketing Science* (<https://doi.org/10.1287/mksc.2023.1451>)、および Priya Ambikar et al, 'Product Returns Management: A Comprehensive Review and Future Research Agenda' [2022] 60(12) *International Journal of Production Research* 3920 (<https://doi.org/10.1080/00207543.2021.1933645>) を参照。

63 Jonathon Watson, 'Withdrawal Rights' in Christian Twigg-Flesner (ed), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (Cheltenham, Edward Elgar 2016) 264-265.

64 EU機能条約114条および欧州連合基本権憲章38条を参照。

定を促しかねない不公正な実務に対する重要な防波堤として機能する。撤回権は、非効率な契約の履行を防止するうえでも、極めて重要な役割を果たしている。

その実施は、消費者の厚生を向上させるとどまらず、消費者の自己決定権をも保障するものである⁶⁵。事業者の側から見ても、撤回権の存在は、商品説明、顧客サービス、そして全体としての透明性において高い水準を維持するよう企業にインセンティブを与える。その結果、より責任ある、倫理的な事業環境が促進される。

本稿において我々は、撤回権そのものは維持しつつも、この権利が本来保護を意図していない者、すなわち慢性的返品者によって濫用されることを防ぐ、代替的アプローチを提案する。

5 慢性的返品者にスラッジを課すことによるEコマースのグリーン化

5.1 通信販売契約における慢性的返品の有害な帰結

学説上、撤回権の行使を信義誠実の原則に服させるべきか否かについては見解が分かれている⁶⁶。信義誠実の原則の適用を支持する立場は、撤回権の行使を、正当な行使、機会主義的行使、不正な行使に区別する分類に

65 Horst GM Eidenmüller, 'Why Withdrawal Rights?' (2010) Social Sciences Research Network Working Paper (<http://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>) 11.

66 同趣旨として、Evelyn Terry and Elias Van Gool, 'The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce' [2021] 3 *EuCML* 89, 99、ならびにCJEU C-489/07, *Messner* [2009] ECLI:EU:C:2009:502, paras 25-27 を参照。他方で、撤回権の行使に善意要件は求められないとする見解については、Cour de Cassation (FR) 2006年3月7日判決 (2006) JCP (G) 737 II, 10056およびMarco BM Loos, 'Rights of Withdrawal' in Geraint Howells and Reiner Schulze (eds), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (Sellier 2009) 241を参照。

賛同する可能性がある⁶⁷。

正当な撤回は、通信販売契約において撤回権が導入された主要な根拠である情報の非対称性を特徴とする状況に対する反応として生じる。独自性への欲求、商品の適合性、知覚されたりスク、社会的影響といった様々な要因が、正当な撤回行動を促進する⁶⁸。

他方で、人間が必ずしも純粋に合理的な経済行動をとらないことを認めるとしても、衝動的な消費者行動の結果として生じる撤回は、後悔や経済的損失を軽減することを目的とした機会主義的撤回の一例とみることができる⁶⁹。

不正な返品は、消費者が空箱、破損品、あるいは盗難品を返品する場合に生じ、返品方針に違反する行為である⁷⁰。これらの行動には、スリル追求、過去の経験、規制に関する知識、社会規範、消費者アノミー（社会的孤立）、苦情申立てに対する態度、不正返品がもたらす影響の認識など、複数の要因が関与している⁷¹。

内面的には、非道德的な消費者⁷²ほど、返品の場面で不正行為を行う傾

67 Lloyd C Harris, 'Fraudulent Return Proclivity: An Empirical Analysis' [2008] 84(8) *Journal of Retailing* 461 (<https://doi.org/10.1016/j.jretai.2008.09.003>).

68 Zhi Pei and Audhesh Paswan, 'Consumers' Legitimate and Opportunistic Product Return Behaviors in Online Shopping' [2018] 19(4) *Journal of Electronic Commerce Research* 301.

69 Hsiu-Hua Chang and Ting-Shan Yang, 'Consumer Rights or Unethical Behaviors: Exploring the Impacts of Retailer Return Policies' [2022] 64 *Journal of Retailing and Consumer Services* (<https://doi.org/10.1016/j.jretconser.2021.102779>).

70 Mengxia Zhang and Lan Luo, 'Can Consumer-Posted Photos Serve as a Leading Indicator of Restaurant Survival? Evidence from Yelp' [2022] 69(1) *Management Science* (<https://doi.org/10.1287/mnsc.2022.4359>).

71 Lloyd C Harris, 'Fraudulent Return Proclivity: An Empirical Analysis' [2008] 84(8) *Journal of Retailing* 461 (<https://doi.org/10.1016/j.jretai.2008.09.003>) 465.

72 Zhi Pei and Audhesh Paswan, 'Consumers' Legitimate and Opportunistic

向が強い⁷³。明確な期間、梱包方法、返金条件を定めた自由な返品方針の文脈では、消費者はそれらを権利として認識し、その結果、道徳的抑制がさらに弱まる可能性がある。

本稿は、慢性的返品抑制を目的とするものであり、特に撤回権の機会主義的行使を対象としている。前述のとおり、正当な撤回（その性質上、頻繁に生じるべきではないもの）にはいかなる制限も設けられるべきではないが、不正な返品については明確に否定され、厳格に対処されなければならないと考える。

実証研究によれば、撤回権は、慢性的返品者、いわゆる「リターナホリック (returnaholics)」⁷⁴ による機会主義的返品を助長している⁷⁵。典型

↘ 'Product Return Behaviors in Online Shopping' [2018] 19(4) *Journal of Electronic Commerce Research* 301.

73 Jochen Wirtz and Doreen Kum, 'Consumer Cheating on Service Guarantees' [2004] 32(2) *Journal of the Academy of Marketing Science* 159 (<https://doi.org/10.1177/0092070303261416>) ; Zhi Pei and Audhesh Paswan, 'Consumers' Legitimate and Opportunistic Product Return Behaviors in Online Shopping' [2018] 19(4) *Journal of Electronic Commerce Research* 301, 319.

74 Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) 91; Pamaria Rekati and Roger Van den Bergh, 'Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States: A Comparative Law and Economics Approach' [2000] 23(4) *Journal of Consumer Policy* 371 (<https://doi.org/10.1023/A:1007203426046>) 381.

75 Pamaria Rekati and Roger Van den Bergh, 'Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States: A Comparative Law and Economics Approach' [2000] 23(4) *Journal of Consumer Policy* 371 (<https://doi.org/10.1023/A:1007203426046>) 381; Jan M Smits, 'The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law' (2011) Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2011/01, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1719104) , 9; Antonios Karampatzos, *Private Law, Nudging and Behavioural Economic Analysis. The Mandated-Choice Model* (London, Routledge 2020) 103.

例としては、消費者が同一商品の複数サイズや複数色を意図的に注文し（サイズ・サンプリング）、その大半を返品する「フィッティングルーミング（fittingrooming）」が挙げられる。もう一つの例としては、「ワードロービング（wardrobing）」があり、これは結婚式やハロウィンのパーティー⁷⁶、あるいはソーシャルメディアへの投稿⁷⁷のために商品を購入し、使用后すぐに返金を受ける意図で返品する行為である⁷⁸。

撤回権の行使に信義誠実が要件とされるか否かについて立法上の明確な指針が存在しないことから⁷⁹、あるいはそのことに加えて、それに伴う立証や執行上の困難を考慮すると、代替的な解決策を検討することが不可欠である。

研究によれば、撤回権を行使するのは主として同一の消費者であり、様々な商品について繰り返し行われる傾向がある⁸⁰。また、これらの事例における非道徳性は、人格的に固定されたものというよりも状況依存的な性格を有しており、したがって行動の修正可能性も高いことが示唆されている。

事業者は、返品に伴って増大する運営コストへの対応に苦慮しており、

76 Klas Hjort and Bjorn Lantz, ‘(R) e-Tail Borrowing of Party Dresses: An Experimental Study’ [2012] 40 *International Journal of Retail & Distribution Management* 997.

77 その例として、50万人を超えるフォロワーを持つInstagramページ「#outfitoftheday（#ootd）」が挙げられる。

78 Evelyne Terryn and Elias Van Gool, ‘The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce’ [2021] 3 *Eu-CML* 89, 98.

79 Evelyne Terryn and Elias Van Gool, ‘The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of E-Commerce’ [2021] 3 *Eu-CML* 89, 99.

80 Georg Borges and Bernd Ilrenbusch, ‘Fairness Crowded Out by Law: An Experimental Study on Withdrawal Rights’ [2007] 163(1) *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 84.

この文脈において、本稿は「義務付けられたグリーン・スラッジ」が検討に値する代替策であると考ええる。

5.2 義務付けられたグリーン・スラッジ——概説

事業者やプラットフォームに対し、消費者を一定の行動へと誘導する義務を課すことは、「義務付けられた私的ナッジ (mandated private nudge)」と呼ばれてきた。義務付けられた私的ナッジとは、特定の属性を有する個人に対して (private)、企業に一定の行為義務を課すもの (mandated) であるが、最終的にその行動指針に従うか否かは、依然として当該個人の自由委ねられている (nudge) 点に特徴がある。これに対し、義務付けられた私的 (グリーン) スラッジとは、より持続可能な消費者行動を促進するために、企業に一定の行動を義務付けるものである。

本稿が提唱する義務付けられたグリーン・スラッジは、返品率が平均を上回る消費者 (「慢性的返品者」) に対し、一定期間が経過した後に、購入意思を改めて確認することを求める仕組みから成る。この期間は、契約締結前に課される「事前クーリング・オフ期間」として機能し、消費者は、この期間を経過しなければ契約を締結することができない。その間、注文された商品は、消費者のために無償で確保 (保留) される⁸¹。価格およびその他の契約条件は、この期間を通じて一切変更されない。

消費者が耐えるべき期間の長さは、その返品履歴に応じて変動し得る。すなわち、過去の返品回数が多い消費者ほど、事前クーリング・オフ期間は長く設定されることとなる。また、この期間は、商品が環境に及ぼす影

81 消費者が航空券の購入意思を再考することを認める慣行は国際的な企業において広く見られ、再考期間は6時間から最長14日間に及ぶ。しかし、これらすべてのケースにおいて、消費者は「考えるための費用」を支払わなければならない。その結果、損失回避バイアスの影響により、この選択肢は一般に航空券購入を検討する者にとって選ばれにくいものとなる。こうした理由から、この措置はグリーン・ナッジではなく、むしろグレー・ナッジに分類されることになる。

響に関わる他の要素、たとえば、消費者の手元に届くまでに要する輸送距離や、返品される商品の大きさ・重量などによっても左右され得る。このような事前クーリング・オフ期間を課す理由およびその具体的な算定方法については、消費者が購入意思を最初に表明した時点において、明確に情報提供されなければならない。

事前クーリング・オフ期間は、耐久消費財⁸² および緊急性のない商品にのみ適用される。医薬品その他の医療関連商品、衛生用品および食品は、公序上の理由からのみならず、そもそも撤回権の対象外とされていることから、この仕組みから除外される。

慢性的返品者に該当する消費者を識別するためには、購入した商品の返品回数や返品額といった購買行動に関する情報が必要となる。実務上、技術の発展により、こうした情報は容易に入手可能であるが⁸³、それらはGDPR 4条1項にいう「個人データ」に該当し得る。また、とりわけその処理の態様によっては、自動化された処理によるプロファイリング（GDPR 4条4項）に該当する可能性がある。したがって、経済事業者によるいかなるデータ処理も、GDPR 5条1項および2項に定められた、適法性・公正性・透明性、目的限定、データ最小化、正確性、保存期間の限定、完全性・機密性、説明責任といった原則に従わなければならない。特に、消費者の財務データの取扱いについては、その目的が明確である必要があり、データ主体から明示的な同意を得なければならない⁸⁴。

同意は強制することができないが、同意が得られない場合には、前述の

82 耐久消費財（durable products）とは、1年以上の期間にわたって反復的または継続的に使用される製品を指す（国際連合、2009年）。

83 例えば、行動科学とAIを組み合わせることで、電子商取引におけるコンバージョン率および商品返品率を最適化する、クラウドベースのソフトウェア・アズ・ア・サービスである Behamics を参照（<https://xpreneurs.io/news/behamics>、2023年11月30日最終アクセス）。

84 紙幅の都合上、本稿では、適用され得るデータ保護に関する検討を展開することはできない。

とおり、医薬品や食品といった生活必需品を除き、購入意思の確認を要する商品の購入が不可能となり得る。

本提案は、消費者行動に関する知見、特に環境配慮型デフォルト（グリーン・デフォルト）の効果、惰性、そして現状維持バイアスの強さに基づくものである。

この義務付けられたスラッジの導入により、契約を締結する意思が表明された後であっても、契約はなお確定しておらず、消費者は実際に確定させるまで一定の時間を耐え忍ばなければならないことになる。

このように、「まだ締結されていない契約」がデフォルトとなるよう選択アーキテクチャを変更することで、契約が最終的に締結されない可能性は高まる。これは、惰性や先延ばし——しばしば「努力」あるいは「努力税」⁸⁵と表現されるもの——が、個人に現状を維持させる強い力として作用するためである。いわゆる現状維持バイアスは、消費者が現在の状態を維持しようとする過度な傾向を説明する⁸⁶。

消費者が取引の確定を断念する場合、仮に通常の条件で契約が締結されていれば、製品の返品に至っていた可能性が高い。

これに対し、消費者がこのスラッジに抗して取引を完遂する場合、それは当該商品を取得し（そしておそらくは保持する）という真の意思を示していると考えられる。プレ・クーリングオフ期間を耐え抜き、最終的に商品を購入することは、自己決定の真の行使であり、消費者法が保護すべき、また今後も保護し続けるべきものである。

85 Eric J Johnson and Daniel G Goldstein, 'Decisions by Default' [2013] *The Behavioral Foundations of Policy* 417.

86 Daniel Kahneman, Jack L Knetsch and Richard H Thaler, 'Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias' [1991] 5(1) *Journal of Economic Perspectives* 193, 194.

6 結論

消費者に対し、一定期間内であれば理由を示すことなく商品を返品できるという安心感を与えることで、撤回権の存在には十分な正当性がある。しかし同時に、それは生産される物品の量を増加させ、輸送に伴う排出量を増やし、再梱包を必要とし、廃棄物を生み出し、さらには消費主義の悪循環を助長するなど、環境面で有害な影響をもたらしてきた。また、撤回権は市民の経済的健全性や福祉にとっても好ましくない。

本稿では、通信販売契約における義務的な撤回権がもたらす「グレイ・ナッジ」に対抗するため⁸⁷、オンラインで商品を販売する民間企業に対してグリーン・スラッジを国家が義務付けるべきであると主張した。こうしたグリーン・スラッジは、撤回権の行使を常態的に行う者にとって電子商取引での購買をより困難にすることで、返品を減少させる可能性がある。

本提案は、グリーン・デフォルトの重要性に関する先行研究や、惰性、現状維持バイアス、楽観バイアスの強力な影響を示す研究を基礎としている。

電子商取引を「慢性的な返品者」に対して制限することは、事業者および消費者双方の経済活動の自由に影響を及ぼしうる。しかし、義務付けられたグリーン・スラッジは、比例原則の審査を通過する可能性が高いのみならず、選択の自由も維持する。すなわち、純粋な義務規制とは異なり、スラッジが存在していても、消費者は依然として商品を購入するを選択できるのである。

総じて、グリーン・スラッジを受け入れることは、電子商取引における慢性的な返品が環境に与える影響を抑制するためだけでなく、進化し続け

87 それらは「カウンター・ナッジ」として機能する。Anne-Lise Sibony and Alberto Alemanno, *Nudge and the Law* (London, Hart Publishing 2015) 328を参照。

るオンライン小売の環境において、持続可能な取引に対する集団的責任を醸成するためにも有望な戦略であると言える。

〔訳者付記〕

本稿は、Marta Santos Silva and Tomàs Gabriel García-Micó, *Cooling-Off Hot Deals: A Plea for Green Sludge in Distance Sales Contracts*, in: Marta Santos Silva, Andrea Nicolussi, Christiane Wendehorst, Pablo Salvador Coderch, Marc Clément and Fryderyk Zoll (eds.), *Routledge Handbook of Private Law and Sustainability*, Routledge, 2024, pp. 366–396 を日本語に翻訳したものである。

関連する研究活動として、本稿の共同執筆者であるマルタ・サントス・シルヴァ氏は2024年に来日し、同年3月24日に京都弁護士会において開催された講演会（主催：京都弁護士会、共催：ヨーロッパ消費者法研究会）にて、「グッド・グリーンナッジ指針に関するELI（ヨーロッパ法協会）の改革提案」と題する講演を行った（当日は、中田邦博教授〔龍谷大学〕が司会・コーディネーターを務め、鹿野菜穂子教授〔慶應義塾大学〕がコメントーターを担当し、通訳はカライスコスが務めた）。

なお、本研究はJSPS科研費24K04677の助成を受けたものである。

執 筆 者 紹 介（掲載順）

Andrew M. Pardieck	南イリノイ大学シモンズロースクール教授
川 角 由 和	本学 名誉教授
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
萬 井 隆 令	本学 名誉教授
大 芝 理 穂	龍谷大学非常勤講師
藤 本 航 平	京都大学大学院法学研究科特定研究員（学振PD）
武 井 寛	本学法学部 教授
後 藤 彰 子	本学法学部 講師
カリスコス アントニオス	本学法学部 教授

2026年度 龍谷大学法学会役員および評議員

会 長	古川原明子	浜 井 浩 一	庶務委員
松 尾 秀 哉	越 山 和 広	堀 清 史	丹 羽 徹
副会長	後 藤 彰 子	本 多 滝 夫	石 塚 武 志
今 川 嘉 文	斎 藤 司	山 田 卓 平	会計委員
評議員	嶋 田 佳 広	吉 内 佑 実	河 村 尚 志
相 澤 育 郎	瀬 畑 源	若 林 三 奈	会計監査委員
石 埼 学	寺 川 史 朗	渡 辺 博 明	武 井 寛
牛 尾 洋 也	中 田 邦 博	編集委員	
落 合 雄 彦	永 岩 慧 子	濱 中 新 吾	
カリスコアントニオス	橋 口 豊	杉 本 好 央	
金 尚 均	橋 本 祐 子	濱 口 晶 子	
木 村 幹 雄	畠 山 亮	玄 守 道	

龍 谷 法 学 第59巻 第2号

2026年9月19日 印刷

2026年9月29日 発行

編 集 兼
発 行 人
発 行 所

龍谷大学法学会会長 松尾 秀哉

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. 59, No. 2

September 2026

Articles

- The Duty to Preserve
..... Andrew M.Pardieck (1)
- Von der „Theorie des Eigentumsrechts“ zur „Jurisprudenz als
Wissenschaft“ (3)
Entwicklung und Aufgabe der Rechtswissenschaft von Kawashima
..... Yoshikazu KAWASUMI (79)
- Unlawfulness of Colonization of Korean Peninsula (Part 8)
Who could work for rule of new international law order sustaining
Japan-Korea relationship?
..... Etsuro TOTSUKA (117)

Note

- Constitutionalism and States' Constitutions during the era of
Confederation in U.S.A (2)
..... Kozo ISHII (167)

Case law studys

- part-time, lecturer and entrust contract
..... Takayoshi YOROI (201)
- The Supreme Court's Decision on the case that the Cabinet Didn't
Convoke an Extraordinary Session of the Diet
..... Riho OSHIBA (221)
- Materials to Be Considered in Determining the Propriety of an
Investigative Disposition in Quasi-Appeal Proceedings under Article
430 of the Code of Criminal Procedure
..... Kohei FUJIMOTO (241)

Translations

- Евгений Пашуканис, 'Общая теория права и марксизм'
..... Hiroshi TAKEI (265)
- Rechtsökonomische Analyse menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten
von Unternehmen
..... Akiko GOTO (297)
- COOLING-OFF HOT DEALS
A Plea for Green Sludge in Distance Sales Contracts
..... Antonios KARAISKOS (327)
-

Published by

**The Association of Law and Politics
Ryukoku University
Kyoto, Japan**