

筑波ロー・ジャーナル

9号

青柳幸一教授退職記念論文集

2011年3月

論 説

- 米国移転価格税制の検討と若干の提言……………飯守 一文 1
- Die Entwicklung und einige aktuelle Probleme der Unrechtslehre
in Japan……………岡上 雅美 55
- 立憲主義の源流—合理主義的啓蒙思想か、スコットランド啓蒙思想か—
……………阪本 昌成 65
- 侵害に先行する事情と正当防衛の限界……………照沼 亮介 101
- 商事法における会計基準の受容(12)—アメリカ(1)—
……………弥永 真生 155

研究ノート

- 「第三者の権利の主張適格」に関する補足的覚書
……………大石 和彦 199

判例研究

- 損害保険金請求権に対する集合動産譲渡担保に基づく物上代位権行使の可否
—平成22年12月2日最高裁第一小法廷決定(平成22年(許)第14号債権差押命
令に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件)金融・商事判例1356号10頁—
……………池田 雅則 209

- 青柳幸一教授著作目録……………225



筑波ロー・ジャーナル編集委員会

目 次

論 説

米国移転価格税制の検討と若干の提言	飯守一文	1
Die Entwicklung und einige aktuelle Probleme der Unrechtslehre in Japan	岡上雅美	55
立憲主義の源流——合理主義的啓蒙思想か、スコットランド啓蒙思想か——	阪本昌成	65
侵害に先行する事情と正当防衛の限界	照沼亮介	101
商事法における会計基準の受容（12）——アメリカ（1）——	弥永真生	155

研究ノート

「第三者の権利の主張適格」に関する補足的覚書	大石和彦	199
------------------------	------	-----

判例研究

損害保険金請求権に対する集合動産譲渡担保に基づく物上代位権行使の可否——平成22年12月2日最高裁第一小法廷決定（平成22年(許)第14号債権差押命令に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件）金融・商事判例1356号10頁——	池田雅則	209
青柳幸一教授著作目録		225



青柳 幸一 教授

米国移転価格税制の検討と若干の提言

飯 守 一 文*

- I. はじめに
- II. 移転価格税制をめぐる税制改革の概観
 - 1 1986年税制改革法から1994年最終規則までの税制改革
 - 2 現行制度をめぐる諸問題
- III. 相補的アプローチに関する提案
 - 1 定式配分は独立企業原則の代替たり得るか
 - 2 移転価格算定方法に関する相補的アプローチ
- IV. 改善のための追加的提言
 - 1 事後的アプローチの使用
 - 2 ペナルティ
 - 3 セットオフ
- V. おわりに

I. はじめに

企業グループの世界規模での展開と海外取引の量的増加・複雑化の進展により、国境を跨るグループ内取引から生ずる移転価格の問題は、多国籍企業グル

* 本稿は、未公表の別稿（英文）の邦訳に若干の修正を加えたものであるが、英文原稿の執筆に当たって邦語文献を参照・引用していないため本稿においてもその引用がない。英文原稿の執筆に際し、草稿段階を含めて、Ronald Pearlman、Steven Wrappeその他のジョージタウン大ローセンターの各教授、並びに Ryann Thomas 氏より有益なコメント及びサポートを頂いた。ここに記して感謝したい。本稿において示された意見は著者の個人的見解であり、全ての誤り及び不正確さは筆者の責任に帰する。なお、本研究は、科研費（22653004）の助成を受けたものである。

ープが直面する重要な租税問題の一つとなっている。同時に、移転価格税制は、課税ベースの他国への流出を防止することにより自国の課税権を確保する上で課税当局にとっても重要な意義を有している。

「〔米国内国歳入法〕482条は、関連納税者の真の課税所得を決定することにより、関連納税者を非関連納税者とタックス・パリティに置くものである」¹⁾。このように非関連納税者の取引価格等を参照して移転価格の算定を行うルールは、独立企業原則（arm's length standard）と呼ばれる。独立企業間価格を算定するための具体的な方法は、移転価格算定方法として482条に基づく財務省規則に規定されている²⁾。また、同規則及び内国歳入手続は、対応的調整³⁾、並びに、内国歳入庁による過去の移転価格調整を解決し又は将来の移転価格調整を回避しもって二重課税を排除するための、事前確認制度（APA）⁴⁾ 及び租税条約に基づく相互協議手続⁵⁾ を定めている。このようなメカニズムが導入されることによって、移転価格税制はこれまで合理的に機能しているように思われる。

しかし、移転価格の問題は、依然として、租税問題の中でも複雑で難しく非論理的ですらあると一般に受け止められている。その結果、移転価格税制の抱える欠陥を克服するために、定式配分（formulary apportionment）のような代替方法が提案されてきた。こうした文脈の下で、Michael Durstは、現行制度

1) Treas. Reg. § 1.482-1(a)(1).

2) 現行内国歳入法482条の前身である旧45条は1928年歳入法により導入されたが、移転価格に関する財務省規則は、1934年歳入法の下、1935年に初めて制定された。しかし、1935年財務省規則（Reg. 86（1935））45-1条(b)には、比較対象取引を利用するという点を除き、独立企業間価格がどのように決定されるべきかについて具体的な記述はなかった。財務省が同規則を改正し移転価格算定方法（独立価格比準法（comparable uncontrolled price method）、再販売価格基準法（resale price method）、原価基準法（cost plus method）及び特定されない方法（unspecified method））を定めたのは1968年である。

3) Treas. Reg. § 1.482-1(g)(2).

4) Rev. Proc. 91-22, 1991-1 C.B. 526.

5) Rev. Proc. 70-18, 1970-2 C.B. 493.

の改革が必要である理由として次の点を指摘する。即ち、コンプライアンスと執行に係る膨大な費用、納税者と内国歳入庁の議論におけるポジションの乖離、予測不可能であるが故の納税者ポジションの不確実性、コンプライアンスのための明確な基準の不存在、調査、上訴、相互協議の交渉（APAを含む。）及び訴訟によって決定される連邦歳入の巨額さ、税務実務の質の低下をもたらす議論の多さ故の妥協の必要性、並びに無税ないし低税率国への所得移転を統制する複雑さである⁶⁾。Yariv Brauner も、「この制度はコンプライアンス及び執行に多大なコストがかかり、……非常に不正確で、通常のグループ内海外取引を行う納税者に対して人為的な不利益を与える」と批判する⁷⁾。

定式配分は受入可能な代替案と考えられるべきではないが、その一方で、現在の移転価格税制の制度・執行に関する上記のような議論や批判を踏まえれば、移転価格に関する方策について執行上の観点から更に改善を加える余地が依然として残されているように思われる。円滑な税務執行のためにはコンプライアンス・コストの削減が一般的に必要であるが、移転価格の特異な性格に鑑みれば、この目的に、より一層焦点を当てることが必要となる。即ち、第1に、精緻かつ透明性のある方法での移転価格算定方法の策定、第2に、執行における予測可能性を確保するための枠組みの整備、第3に、企業が取引に係る独立企業間価格を自ら算定できるような文書化その他の内部プロセスの推進⁸⁾、第4に、可能な限りの経済的二重課税の排除である。現行制度の見直しを行う上で最も重要なことは、移転価格税制を利害関係者、別けても納税者にとってより理解可能なものとし、もって納税者の482条へのコンプライアンスを容易ならしめることである。

本稿は、1986年税制改革法⁹⁾による482条の改正、1988年移転価格白書（以下「白書」という。）¹⁰⁾、1992年規則案¹¹⁾、1993年暫定規則¹²⁾及び1994年

6) See, Michael C. Durst, *A Statutory Proposal for U.S. Transfer Pricing Reform*, 46 TAX NOTES INT'L 1041, 1044-45 (2007).

7) Yariv Brauner, *Value in the Eye of the Beholder: the Valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes*, 28 VA. TAX REV. 79, 103 (2008).

最終規則¹³⁾（以下、後三者を集合的に「一連の改正規則」という。）を主な考察対象とし、現行の移転価格税制に関連する潜在的問題及び同制度の主要部分に対する改善提案を取り扱う。

とりわけ、本稿では移転価格算定方法（独立企業間レンジ（arm's length range）を含む。）及び最適方法原則（best method rule）——即ち、他のいかなる移転価格算定方法よりも信頼可能な独立企業間結果をもたらす単一の移転価格算定方法の特定を要求するルール——に焦点を当てる。規定された移転価

8) 内国歳入庁は次のように述べている。

「典型的には、納税者は企業間取引からの課税所得を報告する目的のために独立企業原則を考慮に入れることはなかった。内国歳入庁の調査官が申告書を調査したところ、移転価格の適切さを説明するための分析や文書が存在しないことが判明するのが一般的であった。実際、納税者は、取引が行われてから何年も経って、調査の過程で初めて移転価格問題に注意を払うに過ぎなかった。」

IRS, Report on the Application and Administration of Section 482, Pub. 3218, at 2-4 (1999).

See also Treasury Department, A Study of Intercompany Pricing under Section 482 of the Code, 1988 I.R.B. LEXIS 3758, at 23 [hereinafter White Paper]. 移転価格白書は、移転価格の算定に際して納税者が用いた比較対象取引、収益率、利益分割又はその他の情報若しくは分析に係る参考資料を作成及び保存し、自身の申告と内国歳入庁の調査に利用可能ならしめることを求める同時文書化規則の必要性を強調した。また、納税者が企業間取引を計画するに際して比較対象取引その他の同時情報に依拠しなかったこと、及びそれにもかかわらず当初選択された移転価格に最も近くなるような取引や算定方法なら何でも見つけることによって自分のポジションを防御したことを深刻な問題であると考えたのである。

9) Pub. L. 99-514 (1986). See also H.R. Conf. Rep. No. 841, 99th Cong., 2nd Sess. II-638 (1986), reprinted in 1986 U.S.C.A.N. 4075.

10) See *supra* note 8.

11) Treasury Department, Intercompany Transfer Pricing and Cost Sharing Regulations under Section 482, 57 F.R. 3571 (1992).

12) 本稿において1993年暫定規則は次のものを指す: Treasury Department, Intercompany Transfer Pricing Regulations under Section 482, 1993 IRB LEXIS 2157 (1993); and Treasury Department, Intercompany Transfer Pricing Regulations under Section 482, 58 F.R. 5310 (1993)。後者の文書には規則案も含まれるため、特に「1993年暫定規則・規則案」として言及される。

13) 59 F.R. 34971 (1994).

格算定方法は、1980年代後半から1990年代前半にかけて行われた種々の主要な改革を通じて修正が加えられたものの、なお少なからぬ弱点及び欠点を有している。そのような欠点は今日に至っては当然のことと考えられているため、こうした問題を再検討する必要性が強調されるべきである。同様に、所得相応性基準（commensurate with income standard）も移転価格算定方法に沿って見直されるべきである。事後的（*ex post*）アプローチ——移転価格の文脈では後知恵（*hindsight*）の使用——については、それを確立し所得相応性基準から独立させ得るとともに、同様のアプローチに従って費用分担契約規則とともに異なる方法で実際に適用され得よう。ペナルティについても、納税者コンプライアンスを高めるため、その免除の可能性について再考すべきである。

本稿では、Ⅱにおいて移転価格算定方法と最適方法原則を取り上げ、80年代及び90年代の移転価格税制に関する税制改革について評価を行い、現行制度の重要な側面について積極面も消極面も明らかにした上で、Ⅲにおいて、発生する潜在的な問題に対処するための新しい方法についての提案を略述する。Ⅳにおいては、所得相応性基準、ペナルティ及びセットオフから生ずる潜在的な問題とアプローチの提案について述べる。Ⅴで締め括りを行う。

Ⅱ. 移転価格税制をめぐる税制改革の概観

1 1986年税制改革法から1994年最終規則までの税制改革

移転価格税制の歴史に示されているように、独立企業原則の執行に当たっての最大の障害は、企業間取引の当事者の一方が有する無形資産の存在——これは典型的には適切な比較対象取引の欠如につながる——であり、実際、内国歳入庁はこのために多くの課税事案で敗訴した¹⁴⁾。無形資産を評価する上での困難性は次の二つの側面に共通的に表れている。即ち、無形資産の使用に係る独立企業間対価——通常はロイヤルティの形態でなされる——及び、無形資産

14) See Reuven S. Avi-Yonah, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, 15 VA. TAX REV. 89, 112-29 (1995).

の譲渡に係る独立企業間対価——通常は一括払いの形態でなされる——の決定である。いずれの場合においても、独立企業間価格の決定は最終的に無形資産の経済的価値をその潜在的収益性と比較して測定するという問題に帰着するが、移転価格の文脈において無形資産を評価する決定的な方法は存在しない¹⁵⁾。このような状況の下で、議会、財務省及び内国歳入庁は、直接的であれ間接的であれ無形資産を評価し、比較対象取引の欠如に関連する問題に対処するため、次の三つのアプローチを採用した。即ち、伝統的取引法における比較可能性の緩和、利益法の導入、及び最適方法原則の導入である。

(1) 伝統的取引法における比較可能性の緩和

無形資産関連取引の独立企業間対価を決定する理想的な方法は、もし適用可能である場合には、無形資産については独立取引比準法、また、商標等の埋込み無形資産については独立価格比準法である¹⁶⁾。これらの方法が適用可能でいかなる差異調整も要しない限り、こうした無形資産の独立企業間価格は非関連者間価格を参照して自動的に評価される。それゆえこれらの方法を適用する

15) 無形資産の経済的価値は一般にマーケット・アプローチ、コスト・アプローチ又はインカム・アプローチによって測定される。マーケット・アプローチは、市場参加者がそうあるべきと判断した内容のコンセンサスを得ることによって将来便益の現在価値を測定する方法である。コスト・アプローチは、対象資産の将来役務の可能性を置き換えるのに要求されるであろう金銭の価額を算定することによって所有権の将来便益を測定するものである。インカム・アプローチは、新しい資産の構築や創生に係る費用から一步離れて、当該資産が収益を生み出す可能性の対価に焦点を当てるものである。GORDON V. SMITH & RUSSELL L. PARR, VALUATION OF INTELLECTUAL PROPERTY AND INTANGIBLE ASSETS 153-54 (John Wiley & Sons, Inc. 2d ed. 1994). 独立価格比準法及び独立取引比準法 (comparable uncontrolled transaction method) は、一般的には独立企業原則と整合的であるマーケット・アプローチに相当するところ、Brauner は、所得相応性基準の482条への導入について、マーケット・アプローチに基づく制度にインカム・アプローチを導入するものであるとの見方を示している。Brauner, *supra* note 7, at 102.

16) 財務省規則 § 1.482-3(f)は、埋め込み無形資産における関係ルール調整に言及している。無形資産の譲渡については、*see generally* Treas. Reg. § 1.482-4.

上で、関連者間無形資産と非関連者間無形資産との間の比較可能性が極めて重要となる。

白書は、比較可能性要件を緩和し、厳密な (exact) 比較対象取引に加えて非厳密な (inexact) 比較対象取引を含めるよう提言した¹⁷⁾。1992年規則案は、白書で提言された厳密比準法 (exact comparables method) 及び非厳密比準法 (inexact comparables method) の名称をそれぞれマッチング取引法 (matching transaction method) 及び調整可能取引比準法 (comparable adjustable transaction method) に改めた。調整可能取引比準法はそれに基づいて得られた結果について、比準利益幅 (comparable profit interval) ——独立企業間レンジの前身である——による義務的チェックを要求する一方、マッチング取引法の結果にはその必要はない。このような差別的取扱いが算定結果の厳密性の相違によるものであった。1993年暫定規則は、非関連の比較対象取引が殆んど利用可能でないことや1992年規則案に関して否定的なコメントがなされてきたことに鑑み、この二つの算定方法を単一の独立取引比準法に統合するとともにチェックを不要とした¹⁸⁾。加えて、1994年最終規則は、1993年暫定規則よりも更に比較可能性を緩和した¹⁹⁾。このように財務省及び内国歳入庁は、比較可能性の定義を広げることにより無形資産の評価と比較対象取引の入手の困難性を克服しようとしたのである。

(2) 利益法の導入

米国企業が、自ら形成した無形資産を外国子会社に無償若しくは不十分な対

17) White Paper, *supra* note 8, at 141-50.

18) 「規則案に対するコメントは、前者の算定方法 (マッチング取引法) は狭過ぎるという点と、比準利益幅は、第2の算定方法 (調整可能取引比準法) の下で得られた結果についての義務的チェックとすべきでないという点を主張した」。1993 I.R.B. LEXIS 2157 at 37.

19) 例えば、1993年暫定規則 § 1.482-4T(c)(2)(ii)(A)(3)では、無形資産が「実質的に同種の (substantially the same)」収益可能性を有すべきだとしていたが、1994年最終規則 § 1.482-4(c)(2)(iii)(B)(1)(ii)においては、独立取引比準法の下で「類似の (similar)」収益可能性を有すべきだとされている。

価で譲渡を行うこと——とりわけその外国子会社がルーティンの業務に従事するに過ぎない場合に——に対して、議会はこれを抑止することに繰り返し強い関心を示した²⁰⁾。白書は、こうした議会の関心に応えるべく、無形資産の評価の必要性を回避するために基本的独立企業収益法（basic arm's length return method）の導入を提言した。この算定方法は1992年規則案によって利益比準法（comparable profit method）と名称が改められた。

利益比準法の使用は次の二つの段階を経て達成される。第1段階として、関連企業的一方のみに着目する——即ち、相対的に単純な機能を有し（通常は子会社）、収益性の高い無形資産を有しておらず、それゆえルーティンの経済活動だけを行う企業である。これは、子会社によって稼得されるルーティン利益は当該子会社の資産や費用への投資を反映する通常の市場収益を通じてより容易に決定され得るためである。第2段階として、当該利益以外の全ての残余利益を他方の企業に配分する。これらを通じて、財務省と内国歳入庁は、無形資産によって稼得される米国源泉の利益に係る租税を、これらの無形資産の評価を行うことなく、確実に国庫に帰属せしめたのである。

基本的独立企業収益法と利益比準法の相違点は、後者が算定の対象を前者におけるビジネスラインの市場収益から全体利益（即ち、申告営業利益（reported operating income））に拡大したことである²¹⁾。こうして利益比準法は、たとえ非関連企業の業種区分が概ね比較可能なものに過ぎなくても、それが稼得する営業利益を使用可能であるとした。同時に、1992年規則案は上述のとおり比準利益幅を導入した。比準利益幅は、3年間における複数以上の合理的な比較可能企業の実績に統計的分析を加えた結果からなるものを使用可能であるとした。もし申告営業利益が幅の中に入っていなければ、その幅の範囲内で最も適当なポイントが選択された。比準利益幅は1992年規則案においては利益

20) 例えば、「下院法案の中に記述された関心は、米国当事者から外国子会社、とりわけ低税率の外国で業務を行う外国子会社に対する無形資産の譲渡に関連して生じた」とされる。1986 U.S.C.C.A.N. 4075, 4725.

21) White Paper, *supra* note 8, at 151 - 52.

比準法のためのために導入されていた（検証方法として用いられる場合を除く）。なぜなら、同算定方法が、比較可能性がより低く、算定対象が（上述のとおり、ビジネスラインでなく全体利益と）より広い非関連当事者を用いるからである。しかし、1993年暫定規則は、独立企業間レンジ（比準利益幅から名称変更された）の適用対象を拡大し、利益分割法（profit split method）以外の全ての算定方法に適用されることとした。これは、様々な算定方法が必ずしも独立企業間結果を正確に測定するとは限らず、二以上の独立企業間価格がしばしば存在し、それゆえ単一の正確な結果を要求することがこうした現実と整合的ではないと主張する、1992年規則案に対するコメントを考慮したものである²²⁾。

こうした改正は、内国歳入庁がアウトバウンドの事案に対処することを容易ならしめることを企図するものであったが、利益分割法の重要な構成要素の一つとして利益比準法を用いる残余利益分割法（residual profit split method）が導入されたことにより、内国歳入庁は、例えば、外国企業の米国子会社が米国内でマーケティング無形資産を形成するようなインバウンドの事案にも対処することが可能となった²³⁾。

（3）最適方法原則

1993年暫定規則の序文は、1968年以来維持されてきたヒエラルキーを廃止する理由について次のように説明する。

「厳密な比較対象取引の場合を除き、全ての算定方法の下で得られる結果が比準利益幅の範囲内に入らなければならないとする要件を課すことは、利益比準法に対し、再販売価格基準法などのより伝統的な取引ベースの算定方法と同等かそれ以上の優先性を与えることになるとの見解の下に、そうした要件を批判するコメントが多かった。利益比準法にそのような高い水準の優先性を与え

22) See 1993 IRB LEXIS 2157, at 22.

23) 代表例の一つがGlaxoSmithKline 事案である。See, e.g., 2005 TNT 114-15, 2006 TNT 176-6.

ることは独立企業原則と整合的ではないと感じるコメンターも多かった。」²⁴⁾

客観的に見れば、利益比準法が比較可能性において他の算定方法に劣後していることは財務省及び内国歳入庁にとっても明白であったに違いないが、にもかかわらず、比較対象取引の欠如に対処するために利益比準法及び比準利益幅の導入が不可欠であったため、その代わりにヒエラルキーを廃止せざるを得なかったのである。

（4）税制改革の意義

このような改革の意義をどのように考えるべきであろうか。白書及び一連の改正規則に対する主要な批判の一つは、独立取引比準法、利益比準法、残余利益分割法、独立企業間レンジ及び所得相応性基準（後述IV.1参照）の導入は伝統的な独立企業原則を拡大するもの、あるいは、それから乖離するものであると論じている²⁵⁾。本稿は、それとは対照的に、これらの改革が伝統的な独立企業原則の下で採用されるアプローチを変更したに過ぎず、それゆえ依然として独立企業原則から乖離するものではないとする立場をとる。

他方、この改革が次の点において移転価格のコミュニティ内で形成されてきた多くの禁忌を破るものでもあったことはより注目に値する。即ち、①経済学的理論の利用、②独立企業間レンジの導入、③取引単位から企業単位への移行、④比較可能性の緩和、⑤ヒエラルキーの撤廃である。以下において、各問題の詳細、並びに、この改革と1995年OECD移転価格ガイドライン（2010年に大

24) 1993 IRB LEXIS 2157, at 10.

25) Avi-Yonahは、白書が1988年に出される時まで、既に独立企業原則の伝統的な概念が時代遅れになり、新規則は「単に棺桶の釘を強化したに過ぎない」と批判している。Avi-Yonah, *supra* note 14, at 95.また、Durst & Culbertsonは異なるアプローチを採り、白書及び一連の改正規則（利益分割法及び費用分担契約規則を含む。）によって拡大された独立企業原則を「ジョイント・ベンチャー・モデル」及び「マッチング原則」と称している。See Michael C. Durst & Robert E. Culbertson, *Clearing Away the Sand: Retrospective Methods and Prospective Documentation in Transfer Pricing Today*, 57 TAX L. REV. 37, 99-104 (2003).

幅な改正が行われた。以下「OECD ガイドライン」という。) との関係について検討する。

第1に、利益比準法と利益分割法——残余利益分割法を通じて——は、それまで企業会計ルールに立脚してきた独立企業原則にミクロ経済学理論と経済学的アプローチを採用した。白書は、経済的利潤が長期的にゼロとなるという考え方²⁶⁾を採用し、「分析対象の産業が競争的で製造の要素が同質かつセクター間で流動的である限りにおいて、『経済的』利潤、『超過』利潤若しくは『正常を上回る』利潤は長期的にはゼロとなる」と強調し²⁷⁾、その上で「関連当事者は対応する非関連当事者と同じ純課税所得を得る」と結論付けた²⁸⁾。更に、独立企業原則との関係について、白書は、「伝統的アプローチは企業の『生産』が市場において命ずるであろう『価格』を求めるのに対し、代替的アプローチは企業の『要素』が市場において稼得するであろう『収益』の決定を求める。両アプローチはともに独立企業原則の基本的なゴールと整合的である」²⁹⁾ことを強調した。こうしたアプローチの明らかな人為性と国際的コミュニティからの当初の批判にもかかわらず、米国は、1995年のOECDガイドラインの制定において、利益比準法と実質的には同じである取引単位営業利益法 (transactional net margin method) という新しい算定方法をそのコミュニティに受け入れさせることに成功した³⁰⁾。

第2に、独立企業間レンジの概念は、1992年規則案に規定されたように、基本的独立企業収益法の信頼性を高めるため、複数の非厳密な比較対象取引が受

26) N. GREGORY MANKIW & MARK P. TAYLOR, MICROECONOMICS 351 (Cengage Learning EMEA 2006) は、次のように述べている。

「独占企業がある製品の単独の販売者であって類似する代替品がない場合には、その独占企業は長期的にも正值の経済的利潤を得ることができる。それと対照的に、独占的競争市場への自由な参入がある場合には、この種の市場における企業の経済的利潤はゼロへと追いやられる。」

27) White Paper, *supra* note 8, at 128.

28) *Id.* at 127.

29) *Id.* at 130 (emphasis added).

容可能となるように導入された。ミクロ経済学理論とともに、四分位レンジに代表される記述統計のアプローチが独立企業原則に導入されたのである。このことは、財務省及び内国歳入庁が、関連取引と非関連取引との間の重要な差異の直截的な識別と計量化を断念し、「それら〔重要な差異〕が統計的レンジの使用を通じて間接的に考慮されるべき」³¹⁾ ことを要求したことを意味しよう。にもかかわらず、OECD ガイドラインは独立企業間レンジを公認し³²⁾、国際的コミュニティも一般的にはそれを受け入れることとなった。

第3に、取引単位から企業単位への移行は、基本的独立企業収益法を改善するために考案された利益比準法に由来する。そのような移行の流れは移転価格のコミュニティにおいては明示的には認識されてこなかったかも知れないが、OECD 加盟国による利益比準法ないしは取引単位営業利益法のより頻繁な使用は、こうした流れを現に加速し、また一層加速するであろう。何故なら、取引単位営業利益法は、適用の仕方如何では利益比準法に近似するからである。

第4に、比較対象取引の欠如に起因する比較可能性の緩和の必要性は、白書の発表以前に課税当局及び実務家の間で広く議論されていたことは確かである。しかしながら、比較可能性の緩和の考えは、独りでに生じたものではなく、基本的独立企業収益法及び利益比準法を開発する過程において、非厳密な比較対象取引の利用から生じたものであることに留意すべきである。ただ、緩和された比較可能性は、独立企業原則に違反する可能性があるため、これまでのところ OECD ガイドラインの認めるところとはなっていない。

第5に、1992年規則案は、財務省及び内国歳入庁が、算定結果を他の算定方法によって検証する手段としてのみ利益比準法を用いることを意図していたこ

30) *See generally* Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (1995, as supplemented and modified through 2010), paras. 2.58-2.61 [hereinafter OECD Guidelines].

31) 59 F.R. 34971, 34979 (1994).

32) *See* OECD Guidelines, *supra* note 30, at paras. 3.55-3.66.

とを示している。しかし、このアプローチが、最終的に、移転価格算定方法のヒエラルキーの概念と利益比準法の位置付けを変えることになった。少なからぬOECD加盟国は、ヒエラルキーが、高い比較可能性を保証するもので、取引単位営業利益法はラスト・リゾートとして用いられるべきであるとの信念を保持してきたが、OECDガイドラインは長期間にわたる加盟国間の議論を経て2010年にヒエラルキーを撤廃した³³⁾。

2 現行制度をめぐる諸問題

上記改革の後においても、移転価格算定方法（独立企業間レンジを含む）は依然として多くの欠点を有しているが、その一方で多くの点において長所も認められる。以下では、積極面・消極面の双方にわたる現行制度の重要な点を、利益比準法、利益分割法及び最適方法原則に焦点を当てつつ検討する。

(1) 利益比準法に関する重要な側面

(i) ミクロ経済学概念の使用

利益比準法は再販売価格基準法や原価基準法等の伝統的取引法と類似するように見える。何故なら、利益比準法は営業利益率又は総費用収益率を用い、他方、伝統的取引法は売上総利益率又は付加費用に対する収益率（マークアップ率）を用いるためである。

しかし、利益比準法と伝統的取引法との間には歴史的にも理論的にも根本的な相違が存する。歴史的観点からは、伝統的取引法は1968年以来規定されている一方、利益分割法は1993年に導入されたに過ぎない。また、理論的には、伝統的取引法の適用結果は伝統的な会計理論をベースとするが、そこでは実現した損益と認識可能な資産負債しか取り扱われず、かつ、測定に関していかな

33) See OECD, Comparability: Public Invitation to Comment on a Series of Draft Issues Notes (May 10, 2006); and OECD, Transactional Profit Methods Discussion Draft for Public Comment (Jan. 25, 2008). OECDは、パブリック・コメント募集の後、2010年7月22日にガイドラインの関係する章を改訂した。

る推定も置かない。そのため、用いられるデータの正確性は当該算定方法が認識できる限りにおいて担保される。これに対して、利益比準法がベースとしているミクロ経済学理論は——会計学の観点とは対照的に——認識できない費用（機会費用など）及びリスクを含む損益を取り扱う³⁴⁾。したがって、たとえ実際に採用される計算メカニズムがそのような認識できない費用やリスクを測定したり用いたりしない場合であっても、伝統的な独立企業原則の文脈においては、そのような損益の測定の正確性は決して確保されない。更に、経済的な利潤がゼロとなるとする理論の拠って立つ完全競争は、完全な情報、並びに、時間と資本の変化によって事業や産業に変化が生じないことを前提とするものである³⁵⁾。それゆえ、経済学理論への過信は避けなければならない。

統合企業は一連の独立企業よりも低コストで経済的活動を遂行できるため、市場ベースのアプローチに基づく独立企業原則が統合事業においてはワークし得ないという理論的な批判に応える点においては、ミクロ経済学理論は確かに意味を持つ面があるかも知れない³⁶⁾。しかしながら、利益比準法はミクロ経済学分析の目的のためには伝統的取引法と区別されるべきであって並置されてはならない。比較可能な非関連当事者の費用又は資産に対する市場収益が、認識されない費用とリスクを包含し、完全競争という同理論の前提が欠けている

34) 経済的利潤は、「企業の総収入から販売される物品・役務を製造する全ての（明示的及び黙示的な）機会費用を控除したもの」と定義されている。Mankiw & Taylor, *supra* note 26, at 250.他方、会計上の利益は、「企業の総収入から明示的な費用のみを控除したもの」とされる。それゆえ、「利潤がゼロとなる均衡点では、経済的利潤はゼロとなるが、会計上の利益は正値をとる。」*Id.* at 280.

35) See, e.g., WILLIAM J. BAUMOL & ALAN S. BLINDER, MICROECONOMICS: PRINCIPLES AND POLICY 198-99 (Cengage Learning Inc. 11th ed. 2009). 別の論者も、「経済は、利潤ゼロモデルによって仮定される均衡点には決して到達しない。同モデルは、少数の競争者グループ間の所与の事例における実態を記述しない理論的な構築物である。」と評している。Durst & Culbertson, *supra* note 25, at 85.

36) そのような批判は主として定式配分の主唱者からなされている。See White Paper, *supra* note 8, at 122-26. 「ミクロ経済学理論は統合された事業に独立企業原則を適用するために利用され得る」と結論付けられている。*Id.* at 133.

ために、必ずしも関連当事者の独立企業間収益を反映するものでないとするれば、利益比準法の適用結果は、主として信頼可能な比較対象データが利用できない場合において、独立企業間対価の予備的な参考指標としてのみ用いられるべきである。この点において、1992年規則案において比準利益幅が（利益比準法の場合を除き）他の算定方法の適用結果を検証するために提案されたことが想起されるべきである。

(ii) 全体利益ベースの使用

1993年暫定規則において、利益比準法は、情報の利用可能性を容易にする目的で関連当事者と非関連当事者の全体利益を比較する方法として考案された。しかし、OECDガイドラインが利益比準法と同等である取引単位営業利益法を導入したという事実は、全体利益ベースと取引単位利益ベースとの区別の曖昧さをもたらすこととなった。取引単位営業利益法は、伝統的取引法の派生であるかのような外観を持つが、その本質においては取引単位ベースで運用される利益比準法に過ぎない。ともに営業利益を用いる取引単位営業利益法と利益比準法との相違が何かが問題となる。

取引単位営業利益は、大要次のように算定される。まず、特定の商品の売上高から売上原価を控除することにより売上総利益を算出し、次に、直接的な販売費及び一般管理費を当該商品に配賦し、第3に、商品別売上高等の配賦基準を用いて当該商品に間接的な販売費及び一般管理費を配賦し、売上総利益から配賦された直接的・間接的な販売費及び一般管理費を控除して取引単位営業利益を算出する。

伝統的なヒエラルキーにおいては、再販売価格基準法と原価基準法——ともに売上総利益を比較する——は、独立価格比準法の直後に位置付けられる。何故なら、特定の商品に係る売上総利益の比較は、上記計算の第1・2段階によれば、当該商品の価格の比較に対する近似した結果を提供し得るからである。これとは反対に、間接費用が配賦された、同じ商品の営業利益は比較可能性の点で劣るものである。さらに、営業利益は通常、売上総利益や価格よりも多くの要因によって影響を受けるとの批判³⁷⁾を考慮に入れれば、営業利益は、移

転価格の目的上、全体利益ベースで用いられる方がはるかに望ましい。したがって、営業利益は、取引単位ベースよりも全体利益ベースで用いる方が筋に適っており、この点においては利益比準法が取引単位営業利益法に対して長じているということができる。

取引単位営業利益法はその適用においても困難が生じる。同算定方法を適用する場合、関連取引と非関連取引の取引単位の営業利益³⁸⁾が比較されなければならないが、会社が単一種類の商品を取売したり、財務セグメントデータ——類似の商品分類に基づく——を公開している場合を除き、非関連取引に係る取引単位の営業利益は公開財務データからは利用可能ではない。他方、関連取引に係るそれは納税者の帳簿から容易に計算され得る。したがって、取引単位営業利益法の執行は、実務的観点から言えば、利益比準法の場合よりもはるかに困難性が増す³⁹⁾。

OECD ガイドラインは、「会社が様々な異なる関連取引に従事し、その取引が独立企業の取引と合算ベースで適切に比較できない場合には、取引単位営業利益法を企業単位ベースで適用することは適当でないであろう。」⁴⁰⁾と注意を喚起する。即ち、OECD ガイドラインは、会社が行う全ての取引の比較可能性が確実でない限り、企業単位の取引単位営業利益法、即ち利益比準法が許容され得ないという固いポジションをとっている。しかし、取引単位営業利益法を採用する国々がそのようなルールに厳格に従ってこの算定方法を適用し得るのか、またそうするのは疑問の余地がある。このように、利益比準法の性格に鑑みれば、同算定方法は、移転価格分析の点において取引単位営業利益法よりもより望ましい代替方法であると言える。

37) See 59 F.R. 34971, 34975.

38) 実際には、営業利益率その他の財務上の利益率が比較されることになる。

39) 加えて、資産又は費用を特定の取引に配賦することが難しい場合には、取引単位営業利益法を適用する際に分母として用いられる利益水準指標の選択が制限される可能性がある。

40) OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.78.

(iii) 比較対象取引情報の不十分性

利益比準法を適用する上で十分な比較対象取引データが得られない場合には、商業的に利用可能な企業情報データベースが一般に用いられる⁴¹⁾。これらのデータベースは主としてForm 10-Kデータに基づいている。Form 10-Kは、監査済みの財務諸表のみならず、会社の歴史、組織構造、取締役報酬、株式、子会社その他の情報といった、移転価格目的に有益な情報を含んでいる⁴²⁾。しかし、特定の会社のデータを探しても、Form 10-Kデータからは限られた量の事業及び地域セグメントデータが得られ得るに過ぎない。加えて、比較対象企業のデータには、たとえ関連取引が出来る限り排除されるよう努める（同一の多国籍グループ内の関連者間取引は相殺されているのが一般的である）としても、関連取引が含まれる可能性が依然として残る。

民間データベースは、詳細な標準産業分類（SIC）コードに基づくデータの探索、抽出及び分析の手段として有用性が高いであろう。特定のSICコードの下に数多くの企業が見出されるため、最も比較可能性の高い企業が特定されるように他の条件によって絞り込むことが必要となる可能性がある⁴³⁾。

このように利用可能な企業データに限界があるため、比較対象取引の探索は恣意的になりがちである。Westreco事案⁴⁴⁾は、利益比準法が導入される前に判決が下されたものであるが、そのような状況を直截的に示している。この事案は、内国歳入庁が、基本的独立企業収益法や独立企業間レンジの概念を新たに採用し、商業的な企業データベースを用いた最初のケースであると思われる。

41) 例えば、Moody's, Standard & Poor's, Compustatなど。See MARC M. LEVEY & STEVEN C. WRAPPE, *TRANSFER PRICING: RULES, COMPLIANCE AND CONTROVERSY* 261 (CCH 2d ed. 2007).

42) 発行証券の保有者が500以上で1千万ドルを超える資産を有する会社は年次報告書その他の定期的な報告書を提出しなければならない。Form 10-Kは1934年米国証券取引法13条又は15条(d)に従った年次報告書の目的のために作成される。

43) See Richard A. Clark, *Finding and Analyzing Comparable Financial Data*, in 1 *TRANSFER PRICING HANDBOOK* 12-1, app. 12B (Robert Feinschreiber ed., John Wiley & Sons, Inc., 3d ed. 2001) [hereinafter *Handbook*].

44) *Westreco, Inc. v. Commissioner*, T.C. Memo 1992-561, 1992 Tax Ct. Memo LEXIS 583.

もっとも、Westreco 事案で繰り広げられた表面的な比較対象探しのようなことは、最早行われていないと考えられる。また、比較対象企業の追加・除去によって独立企業間レンジを上下させるようなことも、相互協議担当者の間では交渉プロセスの一部として行われているであろうことは想像に難くない⁴⁵⁾。

にもかかわらず、もしもそのような手法が恣意によるものではなく合理的な調整の手段として用いられているのであれば、複雑な移転価格問題が比較対象企業候補（コンパラブル・セット）をシャッフルするという比較的単純な問題に収束するかも知れないという点では、移転価格税制の円滑な執行に貢献し得る。こうしたアプローチは、複雑な議論を関係者間でどのように解決するかを考える上では、利益比準法の文脈に限らず、有益なものと言えよう。

(iv) 片側分析

無形資産の評価における逆説の一つは、典型的には無形資産を有していない一方の関連当事者のみが検証されることである。この過程において、当該一方の関連当事者の全ての収益から当該一方の関連当事者の独立企業間収益を控除したものが、無形資産を有する他方の関連当事者に配分される。財務省は、1994年最終規則において、利益比準法の下での価値あるノン・ルーティン無形資産の存在に関する制限を撤廃し、同算定方法が「一般には、最も単純で容易に比較される事業を行う納税者に対して適用される」旨をその序文で述べた⁴⁶⁾。

45) 1993年暫定規則の主要な立案者の一人であるJames Mogleは、「我々は、コンピュータ画面と企業に関する3ないし4語のデータベースの記述を見て、それが比較可能であるか否かを決定するのに余りに多くの時間を費やしているが、実際には、それらの企業が何をやっているのかの糸口を見つけたわけではない。」と語っている。また、「最大又は最少の受入可能な結果に影響する一つや二つの企業を入れるか除外するか議論に余りに多大な時間が費やされている。」と批判している。Molly Moses, *Interview, Mogle Chronicles Transfer Pricing's Evolution in 20-year Career, Speaks out on Cost Sharing, KERT, Taxpayer's Role in MAP Cases*, 15 TAX MGMT. TRANS. PRICING REP. 50, 51 (2006).

46) 59 F.R. 34971, 34974.

今日では、①利益比準法の実務的な長所の一つが、関連当事者の一方の財務指標を検証することが不要であること（これが即ち片側分析である）、また、②同算定方法は、当事者の一方が全ての主要な無形資産を有する一方、他方の当事者はそれを有しておらず、それゆえ、より複雑でない場合に最も適していることについては、広く認識されている⁴⁷⁾。しかしながら、利益分割法が独立企業間収益を算定するために両側分析を用いる移転価格算定方法の中で唯一の方法であるという点で、利益比準法は利益分割法に劣っている——利益比準法の下でも機能及び比較可能性分析については両側でなされる必要があるとしてもである⁴⁸⁾。また、利益比準法のような片側分析を適用する場合にも、関連当事者の残余利益、即ち、全体利益から無形資産を有しない関連当事者の独立企業間対価を控除したものは、計算の結果に過ぎず、内容が明らかでない利益であることは否定できない——たとえそうした利益の多くの部分を他方の関連当事者が有する無形資産に帰属させることができるとしてもである。

利益分割法に対する利益比準法の劣後性に鑑みれば、利益比準法を適用する場合にも、両側における詳細な機能及び比較可能性分析を行うべきである。このような厳密な分析は、例えば、無形資産を有する関連当事者に帰属すべき利益の内容が明らかでない範囲を最小にすることを助けること等により、利益比準法の使用から生ずる問題のいくつかを克服するのに役立つ可能性がある。

(2) 利益分割法に関する重要な側面

(i) 両側貢献度分析

寄与度利益分割法（overall profit split method）⁴⁹⁾を適用する場合には両関連当事者の貢献度分析が必要であるが、こうした分析は、内容が明らかでない合算利益を配分するために用いられる分割要因を左右し、延いては各当事者に帰

47) See OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.59.

48) See *id.* at para. 2.58.

49) 寄与度利益分割法についての承認された定義はないが、本稿においては、OECD ガイドラインにおける「貢献度分析」を指す。See *id.* at para. 2.119.

属させる利益を左右する。貢献度分析の目的は、機能及び比較可能性分析の結果と、全ての事実と状況の下における、合算所得への貢献を明らかにする他の全ての情報を用いることによって、当事者の相対的な貢献を見出すことにある。相対的な貢献には、合算所得に対して有意な貢献を行うものである限り、売上高、費用、有形及び無形資産、リスク、機能、経営能力並びに従業員の特殊技能等の様々な要因を含み得る。

したがって、貢献度分析は、利益分割法にとって重要かつ内在的なものであり、機能及び比較可能性分析とは区別されるべきである⁵⁰⁾。更に、米国裁判所はかつて利益分割法に大きく依存していたが（下記Ⅱ.2(2)(ii)参照）、そのような貢献度分析が法廷における争いの解決に適していることが主な理由である可能性がある。これとは対照的に、利益比準法を適用する場合には、無形資産を所有する関連当事者に帰属すべき利益の内容が明らかでないにもかかわらず、貢献度分析は行われない。

(ii) 内部データの使用

寄与度利益分割法は、1968年規則の制定以来、「その他の方法」ないし「特定されない方法」の一つとして適用され得た⁵¹⁾、実際に内国歳入庁によって用いられたにもかかわらず、白書において提言されたわけでも、一連の改正規則において明示的に規定されたわけでもない⁵²⁾。このような結果も、残余利益分割法を含む利益分割法が、全体的又は部分的に非関連当事者のデータよりもむしろ内部データに依存するために、財務省及び内国歳入庁からは、他の

50) OECD ガイドラインにおいて、貢献度分析は、Chapter II（移転価格算定方法）Part III（取引単位利益法）Section C（取引単位利益分割法）に定められているが、機能分析を含む比較可能性分析は、Chapter I（独立企業原則）Section D（独立企業原則を適用するための指針）に規定されている。See *id.* at paras. 1.33-1.37, 1.42-1.51.

51) See § 1.482-2(e)(1)(iii) in the 1968 regulations; § 1.482-2(e)(1)(iv) in the 1992 proposed regulations; § 1.482-3T(e) in the 1993 temporary and proposed regulations; and § 1.482-3(e), § 1.482-4(d), & § 1.482-9T(h) in the current regulations.

52) See, e.g., *Lufkin Foundry and Machine Co. v. Commissioner*, T.C. Memo. 1971-101, 1971 Tax Ct. Memo LEXIS 231, *rev'd*, 468 F.2d 805 (5th Cir. 1972).

算定方法に劣ると考えられていることに鑑みれば、理解できないものではない。実際にも、寄与度利益分割法の計算方法は、ある関連当事者の要因（例えば、費用、資産又は資本など）を関連当事者の要因の合計で除し、関連当事者の合算営業利益を乗じたものとして表現されるため、非関連当事者のデータは必要でない。

にもかかわらず、米国連邦裁判所はとりわけ白書が出される以前に同算定方法ないし類似の方法⁵³⁾をたびたび適用した⁵⁴⁾。それは裁判所が紛争解決を容易にする上での内部データの有用性を認識していたためかもしれない。いずれにしても、内部データの使用から生ずる潜在的な短所が、独立企業原則の下でミクロ経済学理論やより緩和された比較対象取引の使用から生ずる短所よりも深刻なものであるかどうかが問われるべきである。更に、内国歳入庁が所得相応性基準を適用する場合に、客観的な外部データよりもそのような内部データの信頼性が低いと認めているにもかかわらず、予測収益に関連する内部データに過度に依存することには黙示的に同意した（下記IV.1(1)参照）。このように、

53) 利益分割法類似の方法は、例えば、*G.D. Searle & Co. v. Commissioner*, 88 T.C. 252 (1987)に見出すことができる。このケースにおいては、米国親会社（納税者）がプエルトリコの100%出資米国子会社に対して、高収益の製造用無形資産を、子会社株式との無税の交換取引で譲渡した。子会社の売上の大半は卸売一般価格で非関連の医薬品卸売業者に対してなされた。他方、納税者と子会社は、納税者が子会社のために製造及び販売促進サービスを提供することについてマーケティング上の合意をしていた。これらのサービスの手数料は、①子会社の米国顧客に対する正味売上高の25%と、②納税者が子会社にサービスを提供する費用の25%のいずれか大きい方とされた。医薬品研究開発の大半は納税者が行った。加えて、納税者は子会社のために重要な様々な管理サービスも行い、子会社は納税者に米国における正味製品売上高の3%の管理手数料を支払った。このように子会社は製造以外の活動に必要な実質的機能を欠いていた。内国歳入庁は、委託製造業者としての形ばかりの報酬を除き、当該無形資産に由来する子会社全体の純所得を納税者に配分した。租税裁判所は、所得の歪みによって所得の再配分が必要であると認定し、裁判所の最良の判断をもって（即ち、具体的な理由を示さないで）、一種の利益分割法を適用し、子会社の純売上高全体の25%を配分した、この結果、裁判所は、子会社の純売上高合計の53%（即ち、当初のサービス手数料である25%及び3%、並びに、裁判所が配分した25%の合計）が独立企業間における公平な利益配分割合であると判示した。

財務省及び内国歳入庁でさえも、内部データの使用又は市場ベース・アプローチへの過度の信頼という理由のみで、寄与度利益分割法を採用しないというポリシーを十分に正当化することはできない。

その他の利益分割法も時を経て徐々に導入されていった。白書が残余利益分割法の導入を勧告する⁵⁵⁾一方、一連の改正規則は、比較利益分割法も規定した。比較利益分割法は、非関連当事者取引に見出される分割要因を参照して利益分割法を適用するものであり、市場ベース・アプローチと整合的であると考えられており、OECDガイドラインにも導入された⁵⁶⁾。しかし、同算定方法は、非関連の比較可能当事者間の分割要因が実務上は滅多に見出せないことから、有用でないことは広く認識されている⁵⁷⁾。財務省及び内国歳入庁が、有用でない比較利益分割法の使用を明示的に規定しておきながら、より実務的である寄与度利益分割法についてまだそうしていないのは何故かについて問われ

54) 白書は、「過去何年もの間、裁判所、特に租税裁判所は、482条の配分のための適切な独立企業間価格を決定するため、様々な第四の方法を用いてきた。いくつかのケースでは、利益分割法は独立企業間ベースでの移転価格の算定に適している。何故なら、非関連当事者は、事業上の合意を結ぶ際に、潜在的利益のそれぞれの割合に関心があるためである。」とする。White Paper, *supra* note 8, at 65. *Eli Lilly & Co. v. Commissioner*, 84 T.C. 996 (1985), *aff'd in part, rev'd in part*, 856 F.2d 855 (7th Cir. 1988)において、租税裁判所は、「この分野でのリーディングケースはPPG Industries, Inc. v. Commissioner, 55 T.C. 928 (1970)である」とした上で、関連するケースとして次のものを引用した。即ち、*Baldwin-Lima-Hamilton Corp. v. United States*, 435 F.2d 182, 185 (7th Cir. 1970); *Woodward Governor Co. v. Commissioner*, 55 T.C. 56 (1970); *Nat Harrison Associates, Inc. v. Commissioner*, 42 T.C. 601 (1964); *Eli Lilly & Co. v. United States*, 372 F.2d 990 (Ct. Cl. 1967); *Lufkin Foundry & Machine Co. v. Commissioner*, T.C. Memo. 1971-101. See 84 T.C. at 1149 n.81. See also, e. g., *Cadillac Textiles v. Commissioner*, T.C. Memo 1975-46. LangbeinもPPG事案を利益分割法の嚆矢としている。See Stanley I. Langbein, *the Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, 30 TAX NOTES 625, 660 (1986)

55) 白書では残余利益分割法を「基本的独立企業収益法への利益分割の付加」としているのみである。See White Paper, *supra* note 9, at 160.

56) See OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.119.

57) See Levey & Wrappe, *supra* note 41, at 97.

るべきである。

内部データの信頼性の問題は、実際のところ全ての移転価格算定方法に共通する問題であり、内部データがそもそも移転価格の目的上信頼的であるかどうかの問題であろう。寄与度利益分割法においては、各関連当事者の相対的な分割要因（例えば、発生する費用、保有する資産又は売上高など）に比例して合算営業利益が分割される。分割要因には、関連当事者間取引のデータ（例えば、子会社が親会社に支払うコンサルティング・フィー、子会社が親会社から購入する機械、親会社から子会社へのディストリビューションのための製品の売上など）が含まれ得るが、そのようなデータは、関連当事者間取引のデータが信頼できないという理由で利益分割法の分析から除外され得る。また、関連当事者の非関連当事者との取引にも信頼できないデータが含まれ得る。例えば、非関連当事者からの購入物品や提供役務の費用で、国内の子会社が負担すべきものが外国の親会社にチャージされている場合には（即ち、不適切な費用配分の場合）、その親会社が合算営業利益の本来得るべきものよりもより大きな割合を得ている可能性があるため、そのような費用は寄与度利益分割法を適用するために用いられるコスト・ベースの分割要因から取り除かれるべきである。このように、この算定方法は、関連当事者の内部データを含む信頼できないデータが結果に影響を与えないような信頼できる方法で適用することが可能である。

更に、そのような信頼できないデータは、利益比準法の計算にも影響し得る。現行規則 § 1.482-5(b)(4)(iii) は、「内部データのみに基づく利益水準指標は、パラグラフ(b)(4)〔利益水準指標〕の下で用いられてはならない。何故なら、同様の状況の下で同様の事業活動に従事する非関連納税者の業務に由来する収益性に関する客観的な尺度ではないからである」と規定する。したがって、例えば、利益比準法を適用する際に営業費用売上総利益率が利益水準指標として用いられる場合、検証法人が関連当事者から購入する物品や提供を受ける役務に係る費用は、信頼できない内部データとして営業費用から除去され得る。使用資本利益率や売上高営業利益率が利益水準指標として用いられる場合にも同じ問題

が生ずる。

したがって、寄与度利益分割法の目的のための内部データの使用から生ずる潜在的な問題は例外的なものではなく、利益比準法のような市場ベース・アプローチにおいても見られ得る。また、信頼できない内部データの使用から生ずる問題は合理的かつ実務的な方法で回避され得る。

(iii) 利益分割法の適用

寄与度利益分割法を適用する場合には、当事者の相対的な貢献に比例して合算利益を分割するために様々な分割要因（配分キーとも呼ばれる）が利用可能である⁵⁸⁾。最もよく利用されているものは、①全費用、又は、研究開発、エンジニアリング、マーケティング等の主要分野における特定の費用、②資産、並びに、③資本（使用資産、固定資産、無形資産又は使用資本）であろう。しかし、いずれにおいても、選択された分割要因と合算利益との間に、機能及び比較可能性分析の結果だけでなく貢献度分析の結果を反映する強い相関関係が存在することが必要である。

実際には、選択された分割要因の如何にかかわらず少なからぬ議論が不可避となる。この算定方法に係る問題の一つは、機能とリスクがそれ程大きく変化しない場合でも、分割要因割合に多少の変動が生ずることもあり得る点である。しかし、このような短所は、全費用が分割要因として用いられる明白な場合に限られず、他のいかなる要因が用いられる場合にも共通する。

もう一つの困難な問題は、リスクをどのように取り扱うかである。とりわけ、銀行その他の金融機関は、金融規制に基づく自己資本規制に直面しており、信用リスク、市場リスク及び業務リスク等の様々な負担リスクをカバーするために十分な自己資本を維持する必要がある⁵⁹⁾。自己資本規制は一般に連結ベースで課されるため、米国金融機関の外国子会社は、自己資本規制を満たす目的で低税率国を含む様々な法域に設立され得る。リスク・ベース資本が分割要因の一つとして考慮に入れられる場合には、①どの子会社の資本を含めるべきか、

58) See OECD Draft Paper (profit method), *supra* note 30, at 227.

また、②金融規制目的で要求される自己資本を課税目的のためにどのように評価すべきかといった問題を決定する必要がある。

実際のところ、財務省及び内国歳入庁から明示的に認知されている残余利益分割法でさえも、全く欠点がないわけではなかった。残余利益分割法を適用する場合には、合算利益は、ルーティン機能から生ずる利益と、ノンルーティン機能や重要な無形資産の使用から生じる残余利益という二つの部分に分けられる。残余利益分割法は、ルーティンとノンルーティン機能又は重要な無形資産との区別の結果に何の疑いも残さないかのように見えるが、実際には、この区別の線引きはそれ程クリアなものではない。例えば、ロケーション・セービング⁶⁰⁾は、ルーティン機能、ノンルーティン機能又は無形資産の使用のいずれとも直接に関連するようには見えないため、利益の二つの区分（ルーティン又は残余）のいずれに属するのかが明確ではない。更に、利益比準法と同様の方法を使用して算定されるルーティン利益が不完全に計算され得ることに鑑みれば、利益の区別自体に正当な理由がないことになり得る。その他、残余利益分割法の分割要因として研究開発費が用いられる場合には、割引累積費用と当期費用のいずれが算定に適しているかも問題となり得る。

(3) 最適方法原則

1968年規則で定義された、算定方法に係る、以前の機械的なヒエラルキーに代え、異なるタイプの優先基準である最適方法原則が1993年暫定規則で導入された。「最適方法」とは、所与の事実と状況の下で独立企業間結果の最も

59) 自己資本規制については、*See* Basel Committee on Banking Supervision, Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: a Revised Framework - Comprehensive Version (June 2006), *available at* <http://www.bis.org/publ/bcbs128.htm>. また、2009年7月に改訂された Basel II capital framework 及び new global standards は併せて Basel III と呼ばれている。*See* <http://www.bis.org/press/p100912.htm>.

60) ロケーション・セービングとは、「ある製造又は他の機能をオフショアの法域に移転することによって生じる費用減少 (savings) 又は他の経済的な便益」である。Levey & Wrappe, *supra* note 41, at 47.

信頼できる測定方法と定義され、その算定方法の信頼性は、比較可能性の程度、並びに、分析において用いられるデータ及び仮定の質によって決定される⁶¹⁾。しかし、同時に、1994年最終規則及びその序文には、①独立価格比準法は一般的に他の方法よりも最も信頼できるであろう⁶²⁾、②十分なデータがある場合には、独立企業間の「価格」(例えば、独立価格比準法など⁶³⁾)又は「売上総利益」(例えば、再販売価格基準法など)は、一般に利益比準法よりも高い比較可能性が得られる⁶⁴⁾、③残余利益分割法は一般的にラスト・リゾートの算定方法であると考えられる⁶⁵⁾、といったいくつかの補足的な記述が含まれている。したがって、最適方法原則は、軽微な例外点を除けば、かつてのヒエラルキーと大きな違いがないかのように見える。

にもかかわらず、実務上は、利益比準法が内国歳入庁によって広範に使用されているように見えるし、また、そのことが全世界ベースでの同算定方法の拡張的な使用をもたらしている。こうした現下の状況をどのように理解すべきであろうか。

Charles Bee, Jr.は次のように述べている。

「最適方法原則は、規則案が比準利益幅を義務的な方法として採用したことに対する、特にOECDからの批判への対応として確立されたものである。
…最適方法原則は、各事案において特定の状況下で利用可能な最も正確な

61) See Treas. Reg. § 1.482-1(c)(1) & (2). 1968年規則におけるヒエラルキーについては、see § 1.482-2(e)(1).

62) See Treas. Reg. § 1.482-1(c)(2)(i).

63) 1994年最終規則の序文は、次のようにも述べている。59 F.R. 34971, 34982.

「1993年暫定規則と異なり、独立価格比準法は、関連取引と非関連取引との間の小さな相違以上のものがあるか、あるいは小さな相違の調整がなされ得ない場合に、潜在的に使用され得る。そのような場合にも同算定方法は採用され得るが、最適方法原則の目的における信頼性は低くなるであろう。」

64) *Id.* at 34985.

65) *Id.* at 34987.

情報に基づいて一つの算定方法が選択されるべきことを要求することによって、これらの批判に対応するための一つの試みである。」⁶⁶⁾

極端な見方をすれば、各算定方法の相対的な信頼性に基づく最適方法原則が、逆説的に、各算定方法の非信頼性をカモフラージュしているということもできる。即ち、ヒエラルキーの下では、内国歳入庁が利益比準法を適用したという事実は、関連取引と類似する、若しくは、関連取引と同種又は類似の機能を有する、比較可能な非関連取引が内国歳入庁に利用可能でなかったことを黙示的に意味する。しかし、最適方法原則の下では、同じ事実が、利益分割法が最も信頼できる方法であることを意味するに過ぎず、利用可能な全ての算定方法の中で、比較可能性やデータの利用可能性の相対的な強さについてのそれ以上の情報は何ら提供されない。加えて、内国歳入庁が、利益比準法が使用の上で効率的で便利であるからという単純な理由で利益比準法を選択したと言及することは殆んどないであろうと容易に想像される。したがって、納税者は、他の如何なる算定方法も最も信頼できる算定方法ではないという理由を確認することができないであろうし、それゆえ内国歳入庁は他の算定方法が利益比準法よりも信頼的でないと結論付けた理由を説明するのに時間を費やす必要はない⁶⁷⁾。

利益比準法の導入は、同算定方法が頻繁かつ注意深い考慮なしに用いられるかも知れないという危惧から、米国の産業界のみならず外国からも批判を招いた⁶⁸⁾。再び極端な見方をすれば、最適方法原則は、1994年最終規則の序文で述べられたように、他の算定方法よりも、より信頼性が低いと考えられていたにもかかわらず、利益比準法が広範に用いられようとしていることへの批判に対する覆いを提供するのが目的であったかも知れないことが推測され得る。も

66) Charles W. Bee, Jr., *Best Method Rule*, in Handbook, *supra* note 41, at 9-14.

67) OECD ガイドラインは、「特定の算定方法が状況に適していないことを証明する必要もない」とする。See OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.2.

68) Levey & Wrappe は、利益比準法の幅広い受容は、「この算定方法の使用についての『一般的な容易さ』と『費用節減の可能性』によるところが大きい」〔強調は筆者〕とする。Levey & Wrappe, *supra* note 41, at 90.

し利益比準法が、比較可能性に関して信頼性が劣るにもかかわらず、伝統的な算定方法とは異なるタイプの長所を真に有しているとすれば、単に最適方法原則を採用するよりも、算定方法に関するより直截的かつ透明な優先順位が確立されるべきであったのである。

Ⅲ. 相補的アプローチに関する提案

1 定式配分は独立企業原則の代替たり得るか

定式配分は、米国内の多数の州によって、企業グループ内の単一又は複数の法人に対して適用されているもので⁶⁹⁾、法人の各法域における総資産、給与又は売上高の比率等のある客観的な要因を含んだ定式を用いて企業活動の割合を基礎として所得を各法域に帰属させる⁷⁰⁾。

米国におけるもっとも熱心な唱道者の一人である Reuven Avi-Yonah は、「間違いなく、最も共通的に取り上げられた独立企業原則の代替であって、最も盛んに議論が行われたのは、米国内で所得を割り当てる際に州によって用い

69) 定式配分を支持する議論として、see generally Avi-Yonah, *supra* note 14; Langbein, *supra* note 54; Brauner, *supra* note 7; and Kimberly A. Clausing & Reuven S. Avi-Yonah, *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*, THE HAMILTON PROJECT (Discussion Paper 2007-2008), The Brookings Institution (2007), available at http://www.brookings.edu/papers/2007/06corporatetaxes_clausing.aspx; Thomas C. Pearson, *Proposed International Legal Reforms for Reducing Transfer Pricing Manipulation of Intellectual Property*, 40 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 541 (2008); Reuven S. Avi-Yonah, et al., *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, 9 FLA. TAX REV. 497 (2009). 反対の見解として、See William J. Wilkins & Kenneth W. Gideon, *Memorandum to Congress: You Wouldn't Like Worldwide Formula Apportionment*, 65 TAX NOTES 1259 (1994). 独立企業原則を定式配分に置き換えることに伴う租税回避についての議論として、see Julie Roin, *Can the Income Tax Be Saved? The Promise and Pitfalls of Adopting Worldwide Formulary Apportionment*, 61 TAX L. REV. 169 (2008).

70) U.S. General Accounting Office (GAO), *International Taxation: Problems Persist in Determining Tax Effects of Intercompany Prices* (1992) at 68.

られ、1962年に下院で推奨された方法である」と述べている⁷¹⁾。独立企業原則の代替として定式配分を支持する議論の大部分は、独立企業原則が、統合企業の移転価格問題（いわゆる「連続価格問題（continuum price problem）」⁷²⁾も、また、「30年以上にわたる、不確実性、恣意性及び訴訟」⁷³⁾という実務的な問題も解決できないという理論的な前提に基づいている。

同じく定式配分を提唱するLangbeinは、次のように述べている。

「もし分数的方法（fractional methods）〔筆者注：純所得の合計を、例えば、資産、売上高、給与又は固定した割合などの、ある要因の割合で除すことによって、企業の一施設の所得を決定する方法〕が用いられるべきであるならば、現在の連邦法及び実務の下で行われているように、ケース・バイ・ケースでその分数が決定されることを許容するよりも、法律によって定義された要因とウェイト付けの定式を用いる方が望ましい。」⁷⁴⁾

これに対し、定式配分の主要な問題の一つは、Avi-Yonah自身が指摘するように、「各国が自国の利益に合うように定式を用いる可能性があるため」⁷⁵⁾、コンセンサスが存在しないことである。これが定式配分の越え難い問題であり、それゆえ、そのようなアプローチが独立企業原則の代替になることは余りありそうでないように思われる。これに対して、後述するとおり、ケース・バイ・ケースでの決定ないし調整は不可能なことではない。

2 移転価格算定方法に関する相補的アプローチ

(1) 移転価格算定方法の長所・短所

理論的にも実務的にも欠点のない移転価格算定方法は存在するのであろう

71) Avi-Yonah, *supra* note 14, at 153.

72) そのような議論について、*see id.* at 147-50.

73) *Id.* at 159.

74) Langbein, *supra* note 54, at 673.

75) Avi-Yonah, *supra* note 14, at 154.

か。むしろ、Ⅱ.2で述べたとおり、全ての算定方法には多かれ少なかれ長所と短所があると言うべきであろう。

第1に、独立価格基準法は、厳密に言えば、最も信頼できる独立企業間結果を提供する。しかし、この算定方法を適用する上での比較対象取引の欠如は、実務においては顕著な事実である。同様に、再販売価格基準法及び原価基準法は、通常は、それに次いで最も信頼できる算定方法である一方、それを適用する上での比較対象取引は、独立価格基準法の場合ほど稀ではないにせよ、依然として相当限定される。とりわけ、原価基準法のための比較対象取引は、最終製品以外の製品（即ち、中間製品）に適用される場合には、それを見出すことは難しい。にもかかわらず、比較対象取引に基づき取引単位ベースで適用される伝統的取引法の全ては、比較可能性と「価格構造分析」の点において優位性をもつ。

第2に、利益基準法は、その実質において、非厳密な比較対象取引に基づいた、全体利益ベース（企業単位ベース）による、ミクロ経済学的なアプローチであるが、比較可能性及び価格構造分析の点では伝統的取引法にはるかに劣っている⁷⁶⁾。にもかかわらず、利益基準法は、外部比較対象取引の利用可能性の点で優れており、独立企業間レンジとの併用はその欠点を軽減し有用性を高めるものである。伝統的取引法の一つを適用する場合に複数以上の同等に比較可能な取引が利用可能である場合には、その比較対象取引の単純平均をもって独立企業間結果として用いることが許される。これとは対照的に、例えば5以上の比較対象取引が存在すれば、関連取引との間の比較可能性が十分でないことを示していると思われる。したがって、独立企業間レンジの使用と四分位の

76) 加えて、OECD ガイドライン, *supra* note 28, at para. 2.71 は、次のように述べている。

「営業利益は、産業において作用する次のような影響を直接的に受ける可能性がある。即ち、新規参入企業の脅威、競争上の位置、経営効率、個別の戦略、代替品の脅威、費用構造の変化（例えば、工場や機械の経過年数などに反映されるような）、資本コストの相違（即ち、自己資本調達と借入）及び事業経験の程度（即ち、事業が開業段階か成熟段階か）である。各要因は逆に多くの他の要素から影響を受け得る。」

分散を許容することは、比較可能性の基準の緩和を意味する可能性があるため、利益比準法のみに限定されるべきであり、伝統的取引法には適用すべきではない⁷⁷⁾。同様に、利益比準法は、将来の独立企業間結果に不確実性があるAPA事案にもより適したものである⁷⁸⁾。要するに、利益比準法は、関連当事者間取引の「収益性分析」という点での優位性を有すると言うことが可能である。

最後に、利益分割法は、ルーティン及びノンルーティンの機能並びに無形資産の貢献が分析される残余利益分割法を含め、本質的に、利益の「貢献度分析」を専門的に取り扱う。利益分割法の最大の強みが、包括性、柔軟性及び調整の

77) 対照的に、「最終規則においては、全ての算定方法の下で、いわゆる『非厳密な』比較対象取引が使用され得る」とされている点に留意すべきである。59 F.R. 34971, 34975.

78) 白書は、独立企業間価格算定方法以外にも、独立企業原則の執行を容易にするための方策を勧告するとともに、財務省及び内国歳入庁に検討を要請した。導入された方策は、納税者のコンプライアンスを高めるための「アメとムチ」の役割を果たすことが企図されていた。

そうした方策の一つがAPAである。日本が1987年に事前確認方式（ユニラテラルAPAと同様のもの）を導入したが、その下で、納税者は将来年度において利用する独立企業間価格算定方法の確認を日本の税務当局に申請した。See Masahiro Max Yoshimura, *Comment: The "Tax War" Between the United States and Japan under Internal Revenue Code § 482: Is There a Solution?* 12 WIS. INT'L L. J. 401, 432-33 (1994). 内国歳入庁は、事前確認方式を改善し、バイラテラルAPAを含むAPA制度を1991年に導入した。バイラテラルAPAにおいては、納税者と国外関連当事者双方がそれぞれの法域の税務当局と合意を締結することが可能であり、爾来世界中に普及した。See Rev. Proc. 91-22, 1991-1 C.B. 526. APAは、将来における予測できない所得の配分を決定するために用いられるため、独立企業間結果が単一の計数（例えば、営業利益率5%など）に収束することを期待することが非現実的である。むしろ、APAの目的のためには、いつくかの独立企業間結果から構成される独立企業間レンジを設定する方がより合理的で実効性がある。更に、ある年において実際の所得金額がAPAにおいて納税者と合意された所得金額を下回る場合には、納税者は修正申告書を提出することになるため、独立企業間レンジはAPAの概念と極めて適合的である。

Mogleは、APAが「正に訴訟の代替形態に他なら」ず、「APAプロセスにより、税務調査を省略し、当初から二国間に焦点を当て、取消しが困難な更正処分がなされることを回避することが基本的に可能となる。それがAPAの最大の利点であると思う。」と述べている。また、彼は納税者に有益な情報としてAPAのディスクロージャーの必要性を指摘している。Moses, *supra* note 45, at 55-56.

利用可能性であることは明らかである。かつて裁判所が寄与度利益分割法に大きく依存したことは、こうした強みの結果であると考えられる⁷⁹⁾。柔軟性の例として、利益分割法及び貢献度分析が3以上の関連当事者が関係する複雑な取引に特に有益である点が指摘できる⁸⁰⁾。例えば、移転価格の分野において最も難しいものの一つである金融グローバル・トレーディングは、多くの当事者との取引に関係することがしばしばである。そのような場合には、利益分割法が利益に影響を与える数多くの要因を測定するために利用可能であり、そのため多くの異なる観点からの調整が可能となる（それゆえ、利益分割法は訴訟にも適している）。他方、利益分割法は予測可能性の点では欠点を有する。何故なら、それが事後的（*ex post*）アプローチになる可能性があり、内部データにもっぱら（寄与度利益分割法の場合）又は主として（残余利益分割法の場合）依存し、それゆえ、上述したとおり分割割合の結果が変動を示す可能性があるためである。

（2）相補的アプローチの適用

以上の検討を踏まえれば、価格構造、収益性及び貢献度分析は、ある種のヒエラルキーの下であれ、最適方法原則の下であれ、特定の単一の算定方法を明

79) 同様の理由から、482条以外の分野においても利益分割法が用いられる。Hammer & Feinschreiber は、内国歳入法におけるいくつかの種類の利益分割法（「定式アプローチ」と称される）として、863条(b)・(e)、DISC (domestic international sales corporation)、その後身である FSC (foreign sales corporation)、936条法人、及びグローバル・トレーディングを挙げている。Richard M. Hammer & Robert Feinschreiber, *Profit Split Methodologies*, in Handbook, *supra* note 43, at 47-2.彼らはまた、「内国歳入庁は、ライセンサーとライセンシー間でのロイヤルティ支払前の純利益の配分として、経験則（rule of thumb）により 25 対 75 を要求するというポジションをしばしばとっている。内国歳入庁は Ciba-Geigy 事案で最初にその点を取り上げた。」と指摘している。Id. at 47-13 (emphasis and footnote deleted).

80) See, e.g., *United Steel v. Commissioner*, T.C. Memo. 1977-140, 1977 Tax Ct. Memo LEXIS 300, *rev'd*, 617 F.2d 942 (2d Cir. 1980). 三者取引に係るこのケースは、もし寄与度利益分割法が全ての関連当事者に適用されていたとすれば、合理的に解決されたかも知れない。

らかにして優先順位を付されるべきではなく、むしろこれら三種の分析は、各分析が相互に補って機能するように同時に実施すべきものである^{81, 82)}。換言すれば、そのような相補的アプローチ (mutually complementary approach) は、検証ないし健全性チェックとして機能するものであるかも知れない。即ち、特定の事実と状況により最も適当な単一の分析 (算定方法) を明らかにすることが可能であり、そのため他の分析 (算定方法) を行う必要がないとしても、異なる視点からの結果を考慮に入れる——他の結果は主に検証ないし健全性チェックとして機能する——ことは有益であると考えられる。

検証ないし健全性チェックとしての利用に加えて、相補的アプローチを用いて実際の独立企業間結果を計算することは可能であろうか。この点については、独立企業間結果の計算が特定の方法に限定されるべきでなく、それゆえいかなる潜在的方法もそれが合理的である限り許容され得るとすべきであろう。したがって、単純算術平均、各分析 (算定方法) の強みに応じた加重算術平均、あるいは所与の事実と状況の下での適当な他の方法といった計算方法も容認できる。また、収益性分析において独立企業間レンジが用いられる場合には、独立企業間レンジの中位値か、線形代数等の高等数学の利用も可能であろう。価格、収益性及び貢献度間の相関関係を考慮に入れた数理モデルも考えられるかも知れない。更には、このような文脈において、かつて裁判所が “broad brush” (腰だめ) アプローチを用いたことが重要な意義を持つ。同アプローチは、移転価格算定方法の下での特定の計算に基づくものではなく、移転価格算定方法の種類が限られているために、裁判所に示された事実の下で裁判所の自由判断に基づいて行われたものである⁸³⁾。したがって、このアプローチは、相補的アプローチの下で独立企業間結果の計算に用い得る。

81) 「特定されない方法」はこれら三種の分析のいずれか一つに分類されよう。

82) このアプローチは各種の「ハイブリッド算定方法」とは異なるものである。同方法は、1990年代後半に日米の権限ある当局間の交渉で用いられた、利益分割法と利益比準法を組み合わせたものである。ハイブリッド算定方法に関する議論については、See Durst & Culbertson, *supra* note 25, at 80.

相補的アプローチの下では、納税者、税務当局及び裁判所を含む利害関係者（国内及び国外）のそれぞれが独立企業間結果について異なる見解を持ち得るため、①国内の納税者と税務当局間の税務調査時の交渉、②国内及び外国税務当局間の相互協議の交渉、又は、③裁判所における訴訟といった多くの段階において調整が必要となる。これらの段階における調整を通じて、単一の独立企業間価格が利害関係者間で決定されることになる。特定かつ単一の算定方法を明らかにすることを要求する、ヒエラルキー又は最適方法原則の下では、算定方法の選択の抵触がいずれの段階でも最大の争点の一つとなり、それゆえ調整に当たっての主要な障害となり得る。とりわけ、選択された移転価格算定方法の相違は、一般に国内納税者に対して調整される所得金額に最大の影響を与えるからである。一方、相補的アプローチの下では、これは争点にならず、各段階における主要な対立点は、国内納税者への配分所得額の多寡に収束され得る。それゆえ、このアプローチは利害関係者が調整に達することを容易にすることができるのである⁸⁴⁾。

83) *E.I. DuPont de Nemours & Co. v. United States*, 608 F.2d 445 (Ct. Cl. 1979) at 455, *affg.*, 1978 U.S. Ct. Cl. LEXIS 694 (1978)において、裁判所は、「有形資産の企業間価格についての三つの特定の計算方法を一旦離れて、現実的な企業間価格を決定する者は、正確性の高い経済学的な芸術は殆んど実行していない。この非厳密的な分野には“broad brush”アプローチが必要であり、このアプローチが本裁判所の経験…とも適合すると考えられる。」と判示した。他の例として、*see, Eli Lilly & Co. v. Commissioner* 84 T.C. 996 (1985), *partly denied*, 856 F.2d 855 (7th Cir. Ct., 1988); *G.D. Searle & Co. v. Commissioner*, 88 T.C. 252 (1987); and *Bausch & Lomb Inc. v. Commissioner*, 92 T.C. 525 (1989)。

84) 費用分担契約（IV.1.(2)(iii)参照）の文脈では、相補的アプローチを基盤貢献取引支払（PCT payments）の評価に適用することも可能かもしれない。独立取引比準法、独立役務価格比準法（CUSP method）、買収価格基準法（acquisition price method）及び株式時価総額基準法（market capitalization method）（後二者の方法は基盤貢献取引被支払者（PCT Payee）の業務活動に対してなされる実質的に全てのノンルーティン貢献が基盤貢献取引でカバーされる場合にのみ適用される。*See Temp. Reg. § 1.482-7T(g)(5)(i) & (6)(i).*）の全てが、価格構造分析に関係する。他方、利益比準法に加えて収益基準法（income method）は収益性分析に関連し、残余利益分割法は貢献度分析と整合的である。

(3) 相補的アプローチと OECD ガイドラインとの関係

相補的アプローチについては、OECD ガイドラインとの関係も考慮に入れる必要がある。注目すべきは、OECD が2010年に改訂され、算定方法のヒエラルキーを、最適方法原則と同様のルールである、次の「最適方法 (the most appropriate method)」アプローチに置き換えたことである。

「〔移転価格算定方法の〕選択プロセスは、次の点を考慮に入れるべきである。即ち、OECD が承認する各算定方法の長所と短所、関連取引の性質の観点から考慮され、特に機能分析を通じて決定された算定方法の適切性、選択された算定方法及び/又は他の算定方法を適用するのに必要な信頼できる（特に非関連の比較対象取引に関する）情報の利用可能性、並びに、関連取引と非関連取引の間の重要な相違を除去するために必要となり得る比較可能性調整の信頼性を含めた、両取引間の比較可能性の程度である。」⁸⁵⁾

加えて、OECD ガイドラインは、明確に次のように述べている。

「独立企業原則は、一定の取引に2以上の算定方法を適用することは要求せず、……実際に、そのようなアプローチへの過度の信頼は、納税者に重大な負担をもたらすであろう。それゆえ、〔OECD ガイドラインは〕税務調査官にも納税者にも2以上の算定方法の下での分析を行うことを要求しない。」⁸⁶⁾

確かに、上述した相補的アプローチは、三つの分析を同時に行うことを要求することにより、税務調査官と納税者の双方の負担を大きく増加させる可能性がある。しかし、このハードルは乗り越えられない程大きなものであると考えるべきではない。何故なら、価格構造、収益性及び貢献度分析そのものは、通常の経営管理においても一般的であり、その全てがOECD ガイドラインに定

85) OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.2.

86) *Id.* at para. 2.11.

められた比較可能性、機能及び貢献度分析に典型的に基づいているからである。

更に、相補的アプローチは、あり得べき対立点を緩和することを主として企図しており、そのため三つの分析が完了した後に用いられる“broad brush”アプローチ（前述したとおり）すら許容し得るものである。したがって、各利害関係者が価格構造、収益性及び貢献度について粗い分析を概ね終えた段階に到達した後（即ち、価格構造、収益性及び貢献度分析からそれぞれの結果を計算する前）に、利害関係者が独立企業間結果に関して妥協に達するための交渉を開始することも可能である。こうした柔軟な選択肢は、それが適当である限りにおいて認められるべきである。代替的に、納税者の負担をいくらか軽減するため、相補的アプローチによってカバーされるべき取引の金額や種類に制限を設けることも可能であろう。

なお、現行規則については、最適方法原則の廃止に加えて、利用可能な利益分割法の一つとして寄与度利益分割法が特定されるように改訂すべきである。特定の方法として寄与度利益分割法を採用することについては、とりわけ、財務省規則 § 1.6662-6(d)(2)及び(3)が、純調整ペナルティの適用上、482条関連純調整の下で特定の方法が適用される場合と特定されない方法が適用される場合とで差異を設けていることや、貢献度分析という形態での寄与度利益分割法を認める OECD ガイドラインが、現在では最適方法ルールを採用していることを考慮すれば、それが必要であることは明らかである。

IV. 改善のための追加的提言

1 事後的アプローチの使用

(1) 所得相応性基準に関連する改革及び現行制度に関する重要な側面

所得相応性基準は無形資産の譲渡を通じて失われた所得を回復するための強力な手段として立案された。米国議会は所得相応性基準の導入の趣旨について、「国外関連企業に対し資本に対する貢献として〔無形資産を〕譲渡した場合には、譲渡者は、その収益性（productivity）を条件とする、支払ないし財産譲

渡を規定する合意に基づいて受け取るべきであった金額を、国内源泉所得として毎年認識することが求められる」⁸⁷⁾と説明した。同時に、議会は、所得相応性基準が無形資産の事後的な評価、即ち、後知恵——これらは独立企業原則がルールとして厳しく禁じている——を用いざるを得ないため、同基準が独立企業原則に違反する可能性があることを懸念した。白書はそうした議会の懸念に応え、規則に定める場合を除き、納税者による事前的な収益の計画が事後的な収益によって覆され代替され得るという調整メカニズムを導入することとした。定期的調整ルールの下では、無形資産が1年超の期間の契約の下で譲渡される場合に、各年における対価は、それが当該無形資産に帰すべき所得と相応するように調整されなければならないが、これにはいくつかの例外がある。即ち、①無形資産が譲渡された年度に当該無形資産に対する独立企業間対価が支払われたか、若しくは、譲受者が当該無形資産の使用の対価としてロイヤルティを支払うこと、②関連当事者が無形資産の使用から実際に稼得した収益の合計が、予測可能であった見込収益の80%未満でも120%超でもないこと、③実質的な定期的対価が最初に支払われる年度から開始する5年間に於いて適用除外要件が満たされること（5年ルール）である⁸⁸⁾。

所得相応性基準が独立企業原則に後知恵の使用を導入したものであることは明らかである。にもかかわらず、白書は、同基準が独立企業原則と整合しないというあり得る批判に対して、①独立企業原則は「所得配分のために関連当事者の利益を参照することを排除しているのではなく、実際には、比較対象取引に依存するという伝統的なアプローチを補うものとして、そのようなアプローチも包含している」⁸⁹⁾、②「非関連当事者は、譲渡された無形資産の収益性の変化に適合するために何らかのメカニズムを一般的に提供していることや、一般的に、実際収益の結果は期待収益の結果の利用可能な最良の指標であること

87) 1986 U.S.C.C.A.N. 4075, 4725.

88) Treas. Reg. § 1.482-4(f)(2)(ii).

89) White Paper, *supra* note 8, at 92.

から」⁹⁰⁾、定期的調整もまた独立企業原則と整合的であると説明した。

白書と一連の改正規則は、「後知恵」に言及することなく、所得相応性基準及び定期的調整と独立企業原則との整合性を正当化した。しかし、そうした努力にもかかわらず、この点については強い批判がある⁹¹⁾。例えば、Robert Clarkは、「所得相応性基準に対する白書の評価の最も問題のある点は、無形資産に帰すべき所得の配分が——過去の課税年度において独立企業原則に則っていると思われるロイヤルティを見直し置き換えることにより——「遡及的」であってもよいとする見解をとっていることである。」〔強調は筆者〕⁹²⁾とする。

また、Yariv Braunerは、次のように論じている。

「〔所得相応性基準〕は、勿論、独立企業原則からの重大な乖離であるとともに、我が国の所得課税制度の基礎にある「実現原則の通常の適用からの不自然な乖離」である。それは、市場の価格決定よりもむしろ（実際の）所得に基づく移転価格の決定を要求し、移転価格税制においては容認できないものと公式に断じられた「後知恵」を容認するものである。」〔強調は筆者〕⁹³⁾

もし仮に、定期的調整が、予測将来収益と実際収益との間の格差を参照することによってではなく、単純に実際収益を参照することによって、過去に譲渡された無形資産から生じる所得を調整するために考案されたものであったとすれば、そのような調整は、所得調整のために完全な事後的アプローチ、即ち後知恵を使用するものと解釈されたであろうか。答えは明らかに然りである⁹⁴⁾。

90) *Id.* at 108.

91) Avi-Yonahは、下院でさえも「『所得相応性基準』が」独立企業原則と「両立すると見せかけることはしなかった」と指摘する。Avi-Yonah, *supra* note 14, at 131.

92) Robert G. Clark, *Transfer Pricing, Section 482, and International Tax Conflict: Getting Harmonized Income Allocation Measures from Multinational Cacophony*, 42 AM. U. L. REV. 1155, 1183 (1993).

93) Brauner, *supra* note 7, at 100-01. See also, Andy Yood, *API Attacks White Paper for Misguided Policy, Recordkeeping Requirements, and New Penalties*, 89 TNI 11-58 (1989).

それゆえ財務省及び内国歳入庁は、そのような潜在的に望ましくない解釈を考慮に入れて、「予見可能な見積りによる利益及び費用軽減」を参照することによって、同基準が独立企業原則と整合的になるように考案したのである。

しかしながら、現行のメカニズムの下においても、予測収益がその期待値を下回ったことが実際収益から明らかになる限り、この文脈における予測収益は依然として調整に従わなければならない。もし、無形資産の使用の結果としての高い収益性を意図的にではなく予測できなかった納税者に対して、遡及的に定期的調整を行う権限を内国歳入庁が有していることに鑑みれば、そのようなケースで後知恵が使用されていないと言うことは殆んどできないであろう。したがって、内国歳入庁の定期的調整制度の下では、関連当事者の潜在的収益予測は独立企業原則とは既に殆んど無関係であって、予測将来収益は単純に実際収益に置き換えられるべきである。

(2) 事後的アプローチに関する新しい提案

(i) 事後的アプローチの明示的な使用

所得相応性基準その他の事後的アプローチと、利益比準法等の比較対象取引をベースとする算定方法を含む事前のアプローチとの違いはどこに存するのであろうか。若干経済学的なフレーバーをもって表現される、「事前の (*ex ante*)」か「事後的 (*ex post*)」かという問題は、独立企業原則の文脈においてしばしば混乱を招きがちである。しかしながら、ここでの問題は、事前のアプローチとは何か、そのアプローチが独立企業原則とどのように関係するのか、そして特定の算定方法やアプローチが事後的アプローチになるのかどうかである。

まず、独立企業原則の文脈での事前のアプローチは、二つの状況を前提としている。一つは比較可能なデータに基づく算定方法が適用される場合であり、もう一つは独立企業間収益を決定するために実際収益に代えて予測収益が用い

94) See, OECD Guidelines, *supra* note 30, Annex to Chapter VI (Examples to Illustrate the Guidance on Intangible Property and Highly Uncertain Valuation), Ex.1.

られる場合である。

前者については、利益比準法のような市場ベースの算定方法は必ず事前的アプローチになり、寄与度利益分割法のような非市場ベースの算定方法は事後的アプローチに分類されると考えられている可能性がある^{95、96)}。これは、非関連当事者と同種又は類似の状況下で取引が行われた時点において関連当事者が稼得したであろう収益が、関連当事者の「期待」収益に近いためにそう考えられているのかも知れない。しかし、独立企業原則は関連当事者を非関連当事者とタックス・パリティに置くものであるから、関連当事者がどれ程の収益を期待したかは重要ではなく、問題は、非関連当事者が実際にどれだけの収益を稼得したかである。

後者の状況については、予測収益が移転価格目的のための真の所得であるとみなされる場合には、調整は全く不要となるのであって、これこそが所得相応性基準が導入される基因となった問題である。それゆえ、定期的調整は、独立企業間対価へのアプローチについて、いかなる調整も許容されない「全くの事前的アプローチ」から「部分的に事前的で、部分的に事後的であるアプローチ」への転換を図ったものである——実際収益を決定するために当初の予測からの乖離が生じ得る限りにおいて——⁹⁷⁾。

95) 利益分割法の下においても、取引時点におけるある種の予測分割割合を用いることにより、事前的アプローチを採用することは可能である。OECD ガイドラインは、「独立企業が合意したであろう『予測』収益若しくは実際収益のいずれか適当なものに基づいて利益の分割を見積もるための多くのアプローチが存在する」〔強調は筆者〕と述べている。*Id.* at para. 2.118. また、同ガイドラインは、「もし関連取引の移転価格を設定するために取引単位利益分割法が用いられる場合（事前的アプローチ）には、その合意の存続期間と、取引に先だって合意されるべき基準若しくは配分キーを期待するのが合理的であろう」とする。*Id.* at para. 2.117.

96) もしそうでなく、この問題が単純に内部データが外部データほど信頼的かどうかの問題であれば、上記II.2.(2)(ii)の議論を参照されたい。

97) 白書は、「比較対象取引がない場合には、実際収益の結果は、一般的に、独立当事者が取引開始時に考慮に入れたであろう期待収益の結果の利用可能な最良の指標である。」とする。White Paper, *supra* note 8, at 95.

一方、現行制度が依拠する伝統的な移転価格理論は、比較可能なデータ及び納税者の予測収益に基づく算定方法を事前のアプローチとして許容し、実際収益に基づく算定方法を事後的アプローチとして回避するが、これはそもそも会計ルールないし課税ルールと整合的であると言えるであろうか。この点について、会計ルールないし課税ルールとして一般に認められているのは、むしろ事後的アプローチであるように思われる。例えば、過年度の財務報告書における誤りを訂正する過年度調整は、会計原則上、義務的である⁹⁸⁾。移転価格の文脈においては、そのような過年度調整が採用されない限り、納税者の誤りによって米国外へ移転した所得が戻されることは決してなく、会計ルールにおいて、遡及的に調整される取扱いとは異なっている⁹⁹⁾。

同様に、内国歳入法306条において、課税回避可能性 (bailout potential) のある株主への優先株式配当 (305条(a)の下で非課税の配当) は、「306条適用株式」というレッテルが貼られ、その後に306条適用株式の売却その他の譲渡 (株式償還を除く) が行われる場合に、実現した所得の金額は配當時 (売却その他の譲渡時ではなく) の価額について通常所得として課税される (即ち、キャピタル・ゲインでなく配当として課税)。このように、課税及び会計双方のルールにおいては事後的アプローチが現在採用されていると言えよう。

これとは対照的に、後知恵の使用が完全に事後的なアプローチであると定義されると仮定すれば、利益分割法は、国際課税のコミュニティにおいて一般に禁じられている「後知恵」に基づくアプローチに該当すると考えられるかも知れない。しかし、利益分割法が後知恵に基づくという理由で禁じられているという証拠はない¹⁰⁰⁾。移転価格と恒久的施設事案の双方において広く用いられ

98) BARRY J. EPSTEIN *et al.*, GAAP 2010 100-01 (John Wiley & Sons, Inc. 2009). 更に、偶発損失については、「もしも将来の出来事が、当初発生した最小限の損失が不十分であることを示すとすれば、追加的損失は、この事実が知られる年度において発生させるべきである。この発生は見積の変更であって、過年度調整ではない。」とされる。Id. at 733.

99) 当該調整は米国会計ルールにおいては遡及的に適用されなければならないが、他の国では将来における調整が可能な場合もある。

てきた利益分割法が、多くの国において共通的に認識されている課税ルールであることは明らかである。

このように、所得課税は、事前的还是事後のアプローチかの区別如何にかかわりなく、取引時点において稼得されるであろう収益（より正確には、稼得されるべきと予測される）収益ではなく、取引から稼得された実際の収益に課され、また課されるべきものである¹⁰¹⁾。

更に、事前のアプローチと事後のアプローチは次のように定義し直す必要があるかも知れない。即ち、事前のアプローチの下では、納税者は課税申告書の提出時点より前に生ずるデータに基づく課税に従う一方、事後のアプローチの下では、納税者は課税申告書の提出時点以降に生ずるデータに基づく課税に従うものとする。この定義に従えば、比較可能な企業に基づく算定方法や利益分割法は一般的に事前のアプローチになるが、所得相応性基準は、依然、事後のアプローチ、即ち後知恵と同等のものに分類される。

事後のアプローチを、実際収益を参照する課税ルールとする伝統的な定義であれ、納税者の納税申告書提出時点後に生ずるデータを参照する課税ルールとする新しい定義であれ、所得相応性基準は事後のアプローチに属するであろう。しかし、事前のアプローチか事後のアプローチかの区別如何にかかわらず、所得相応性基準は、実際収益ベースのルールが一般的な会計ルールであると同時に

100) OECD ガイドラインは、「取引単位利益分割法の適用は、納税者が合理的に予測できなかったという状況に焦点を当てることによって、納税者にペナルティ又は報償を与えることになり得る。同様の状況における独立企業は予測に依存し得ただけであって、実際の収益の結果を知り得なかったのであるから、そのような適用は独立企業原則に反するであろう。」としている。OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 2.128.

101) Brauner は、予測に依存して行われる、無形資産の評価のためのインカム・アプローチの使用の欠点を強調している。それは、「インカム・アプローチは、通常、幾重にもなる予測——収益とその代用、使用可能期間、割引（利子）率——を含んでおり、したがって『幾重にもなる不確実性』が合成されている。それゆえ、それは『本質的に主観的』であり、見積りの正確性に非常に敏感である（即ち、潜在的に『非常に不正確』で幾分『変わりやすい（capricious）』）」〔強調は筆者〕点にあるとする。Brauner, *supra* note 7, at 119 (emphasis added).

に多くの課税ルールであるという点において、正当化が可能である。実のところ、現行の定期的調整制度及びそれに対する議論が次の前提に基づいていることの方がより大きな問題であると思われる。即ち、取引時点において知られている事実と状況の下での関連当事者の予測収益が、関連当事者と同種又は類似の状況下で非関連当事者によって実際に稼得される収益を近似するという点である。

いずれの定義の下でも、事後的アプローチは、独立企業原則と非整合的などでは決してなく、実際、多くの現存する課税ルールとも整合的である。したがって、所得相応性基準及び定期的調整は独立企業原則と整合的であるべきである。そろそろ事後的アプローチが用いられるべきでないという発想を変える時期に来ているのではなかろうか¹⁰²⁾。更に、予測収益が実際収益を近似することが決してないとすれば、現行の定期的調整制度は予測収益を実際収益に置き換えるように改訂されるべきであり、したがって、無形資産に帰すべき所得は、実際収益のみにより、かつ、それ故、更正期間制限の範囲内で（即ち、5年ルールは不要となる）遡及的に調整されるべきである。

ところで、多くの批判を受けている、定期的調整の適用における現行の不公平も再考されるべきである。例えば、2008年費用分担契約暫定規則（後述）に対する強い批判の一つは、基盤貢献取引支払（platform contribution transaction (PCT) payments:後述）への定期的調整の適用における不公平に焦点が当てられる。Keith Reams *et al*は次のように主張する。

102) 独国は、近時、ある種の所得相応性基準を導入する第2の国となったが、導入の目的は、「事業再編 (business restructuring)」のケースで生じているドイツの課税ベースの減少に対抗することにあった。事業再編においては、無形資産のみならずリスク及び機能——関連事業者間の所得配分を決定する基礎となる——が他国へ移転されることとなる。See Heinz-Klaus Kroppen *et al.*, *Germany's Draft Law on Business Restructurings*, 15 TAX MGMT. TRANS. PRICING REP. 841 (2007). 事業再編に係る移転価格問題については、See, OECD Guidelines, *supra* note 30, Chapter IX; and OECD, *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion Draft for Public Comment* (Sept. 19, 2008).

「インベスター・モデルは、外部貢献に係る基盤貢献取引が、貢献時の事前ベースで、その時点において参加者に利用可能な全ての関連情報に基づいて決定されることを要求する。独立企業間取引は、情報を有する当事者の事前の期待に基づいて常に決定されるという規則案における仮定にもかかわらず、規則案は、現行ルールと整合的に、内国歳入庁が、ある状況においては、全ての外部貢献を事後ベースで再評価すること、及び、所得相応性基準を用いて基盤貢献取引支払に対して定期的調整を行うことを許容している。」¹⁰³⁾

情報の非対称性の問題が存在するという内国歳入庁の主張は理解可能で説得的ではあるが、内国歳入庁が所得相応性基準に関する従前のポジションを再検討し¹⁰⁴⁾、納税者の便宜のためにも事後的アプローチの適用を始める時期が来ている。

(ii) 事後的アプローチの更なる活用

納税者が取引そのものの時点で取引の収益性を合理的に予測できない場合には、事後的アプローチは常に独立企業間価格を決定するための効果的かつ説得的な方法となる。したがって、事後的アプローチは、無形資産取引に使用されるべきであるのみならず、予測できない収益性の存する取引全てにおいても採用されるべきである——そうした取引の追跡が必ずしも容易ではないとしても。

事後的アプローチを適用できる潜在的候補の一つは、負担していると申し立てられているリスクが真正かどうかの検証である。リスク配分は、関連当事者間取引において所得操作の目的で利用され得る。1994年最終規則は、リスク配分が取引の経済的実質と整合的である限りにおいて、納税者の契約条項で特

103) Keith Reams *et al.*, *Proposed U.S. Cost-Sharing Regulations: Are They a Realistic Alternative*, 40 TAX NOTES INT'L 269 (2005) at 279.費用分担契約に係る規則案については、See 70 F.R. 51116 (2005).

104) See IRS, *Taxpayer Use of Section 482 and the Commensurate with Income Standard*, IRS Memorandum AM-2007-007 (March 23, 2007).

定され、若しくは含意されているリスク配分を一般的には尊重するという立場をとった上で、経済的実質を検討する際には、次の事実を調査するとする¹⁰⁵⁾。即ち、関連納税者がリスク負担の結果として生ずることが予期される損失に資金を出す財政的能力を有しているかどうか、関連取引の他方当事者が最終的に当該損失の結果、損害を被るかどうか、また、各関連納税者が、所得金額や実現損失に直接影響する業務活動に対して経営上又は運営上の制御権をどれだけ広範に行使するかである¹⁰⁶⁾。

表面的には、リスクは契約によって容易に移転可能であるため、契約条項と経済的実質との整合性のチェックは非常に重要である。しかし、これは、潜在的リスクが損失として実現しリスクを負う当事者が実際にこれを負担するまでは、必ずしも容易な仕事ではなく、それゆえ、事後的アプローチはこの分析を容易にするであろう。こうしたケースにおいては、利益分割法又は定期的調整の使用は、更正の期間制限ないし他の適当な期間制限の下で、事後的アプローチの適用上有益な手段となり得る。

事後的アプローチの適用のもう一つの潜在的候補は、将来年度の取引から生ずる収益に貢献し続けるであろう高付加価値役務のケースである。高付加価値役務が重要な収益を生む可能性を有している場合には、当該役務から生じ又は生じるべき収益は、移転価格目的における当該役務の価値を左右する。事後的アプローチは、同様に適当な期間制限の下で、そのような高付加価値役務によって生じた収益の検証を容易にするであろう。

(iii) 事後的アプローチの費用分担契約への拡張

2008年費用分担契約暫定規則¹⁰⁷⁾は、費用分担契約への参加によって、低税率の法域の子会社に「重要な (crown jewel)」無形資産を譲渡したと仮装する納税者の試みへの懸念から生ずる様々なループホールを塞ぐのが目的であっ

105) See Treas. Reg. § 1.482-1(d)(3)(iii)(B).

106) *Ibid.*

107) 74 F.R. 340, T.D. 9441 (2009).

た¹⁰⁸⁾。新規則はまた、「費用分担がセーフ・ハーバーであるという誤解を明示的に払拭する」¹⁰⁹⁾。新規則は、以前から存在する無形資産のみならず、経験のある研究開発チームを含む、資源、能力及び権利をもカバーする基盤貢献取引支払（従前のバイ・イン支払）に焦点をあて、インベスター・モデル及び「現実的代替」の概念をベースとした収益基準法等の新しい移転価格算定方法を設け、所得相応性基準を基盤貢献取引支払にまで拡張した。財務省及び内国歳入庁がこのようにして2005年に最初に提案された議論の多いルールを首尾よく通したことは注目に値する。基盤貢献取引支払を算定するためのこれらの新しい概念や算定方法は、移転価格の歴史において画期的であると同時に、所得相応性基準、利益基準法及びレンジの概念にとっても重要であると考えられる。

基盤貢献取引支払に関しては、費用分担契約規則は既に一部において事後的アプローチを採用している。即ち、基盤貢献取引支払を行った関連当事者の収益割合実績値（actually experienced return ratio）——即ち、収益全体の現在価値を投資の現在価値で除したもの——が、特定のレンジ（通常は、0.667以上1.5以下）から外れる場合には、基盤貢献取引支払に対する定期的調整が行われ得る¹¹⁰⁾。他方、納税者の期待便益割合（reasonably anticipated benefits share）を算定するための計画（projections）が実際の調整後便益割合（adjusted benefit share）と乖離する場合には、調整後便益割合と計画便益割合（projected benefit share）の差が20%以下である場合を除き、無形資産開発費用の再配分がなされるであろう¹¹¹⁾。

108) See 2002 WTD 111-33 (U.S. Treasury Official's Testimony at W&M Hearing on Corporate Inversions). Martin A. Sullivan は、*Economic Analysis: Proposed IRS Rules Would Close Cost-Sharing Loophole*, 2005 TNT 172-4 (2005) において、「規則案が産業界、議会及びホワイトハウスの厳しい審査を乗り越えることができれば、財務省にとって数百億ドルの新しい税収が期待できる」とする。

109) 70 F.R. 51116, 51128 (2005).

110) Temp. Reg. § 1.482-7T(i)(6)(i) through (iii).

111) Temp. Reg. § 1.482-7T(i)(2)(ii).

しかし、費用分担契約の文脈においては、基盤貢献取引支払と同様に、無形資産開発費用も、実際収益を参照して遡及的に調整されるべきである——もっとも、調整を行うか否かの一定の閾値（上述の基盤貢献取引支払と同様な）は必要かも知れないが。

2 ペナルティ

(1) 事後的アプローチとペナルティの免除

しかし、以上の議論にもかかわらず、長年にわたり後知恵の使用が禁止されている事実を単純に無視することはできない。OECD ガイドラインはその使用に対して繰り返し警鐘を鳴らしている。例えば、次のような記述がある。

- ・取引がされた年度に続く年度から得られたデータは移転価格の分析にも関連するかも知れないが、税務当局は後知恵の使用を避けるよう注意を払わなければならない¹¹²⁾。
- ・取引単位利益分割法の適用は、納税者が合理的に予測できなかったという状況に焦点を当てることによって、納税者にペナルティ又は報償を与えることになり得る。同様の状況における独立企業は予測に依存し得ただけであり、実際の収益の結果を知り得なかったのであるから、そのような適用は独立企業原則に反するであろう¹¹³⁾。
- ・取引単位利益分割法の適用は、後知恵の使用を避けるため、取引が開始された時点において関連企業に知られた、若しくは合理的に予測可能な情報に基づいて行われるよう、注意が払われる必要があるであろう¹¹⁴⁾。

米国連邦裁判所も後知恵の使用を禁じているように思われる。例えば、

112) OECD Guidelines, *supra* note 30, at para. 3.74.

113) *Id.* at para. 2.128.

114) *Id.* at para. 2.130.

Bausch & Lomb 事案において、租税裁判所は、「独立企業間の性質を有する合意は、合意時点において存在する事実のみを参照して決定される」と判示した¹¹⁵⁾。

独立企業原則ないし多くの一般的な課税ルールの下で課税所得を正確に決定するためには、事後的アプローチの使用が不可欠であるとしても、取引時点において知られていない将来の事実を予測しなかったことで納税者にペナルティを与える場合には、そのような取扱いが過酷な結果をもたらす可能性がある。この問題に対する最良の解決策は、そのようなケースにおいて如何なるペナルティも科さないことによって、意図せざる、若しくは不可避の誤りを罰しないことである。

白書は、これとは対照的に、所得相応性基準からの実質的な乖離を抑止するために適当な方法としての、取引に特化したペナルティ、並びに、文書化に関連したペナルティにも強い関心を示した¹¹⁶⁾。そのため、1990年から1993年にかけての法令改正の後、情報申告義務及び文書化規則のためのペナルティと併せて、実質的及び過大評価誤謬に対する正確性関連ペナルティが科されることとなった¹¹⁷⁾。

現行制度の下においても、過少納税に対する正確性関連ペナルティ（実質的及び過大評価誤謬に対するものだけでなく、所得税の実質的過少申告に対する

115) *Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner*, *supra* note 83, at 601.

116) *See White Paper*, *supra* note 8, at 26. 当時は、「租税の実質的過少申告について6661条により科されるペナルティが適用され得る一方、これまで内国歳入庁は482条調整を行うのに関連してペナルティを科すことは極めてまれであった。」とされる。*Id.* at 25.

117) 現在、価格又は価値が正当額より200%以上（50%以下）である場合（取引ベース）、並びに、純調整額が5百万ドルと総受取額の10%のいずれか少ない方を超える場合（純調整額ベース）には、実質的評価誤謬ペナルティ（substantial valuation misstatement penalty; 20%ペナルティ）が科される。価格又は価値が正当額より400%以上（25%以下）である場合（取引ベース）、並びに、純調整額が20百万ドルと総受取額の20%のいずれか少ない方を超える場合（純調整額ベース）には、過大評価誤謬ペナルティ（gross valuation misstatement penalty; 40%ペナルティ）が科される。I.R.C. § 6662 (e) and (h). *See also IRS*, *supra* note 8, at 2 - 4. *See generally* Levey & Wrappe, *supra* note 41, at 211 - 23.

ものを含む。)の一部は、特定の要件を満たす場合には免除され得るものの¹¹⁸⁾、意図せざる、若しくは不可避の誤りの場合には、取引時点において知られていた事実と状況の下で納税者の実績が合理的であったことの証明といった適切な手続の下で、いかなる正確性関連ペナルティも免除されるようにすることが必要であろう。

(2) ペナルティ免除の更なる活用

上記の提案は、ペナルティ免除の使用を拡張する可能性にもつながる。482条の目的で所得を決定する際に、より一般的に正確性関連ペナルティを免除する選択肢を採用することが可能であるかも知れない。

米国と名目的な税率より多い税率の米国以外の国との間で関連当事者間取引を行う納税者が、両国において総計ベースで総所得金額の全額を申告しかつ実際に納税した場合——とりわけ税率が同じであった場合（例えば、米国と日本など）——において、企業間取引に関連する所得部分が誤って日本源泉所得であるとして申告され、それゆえ、内国歳入庁が当該所得を米国納税者に配分したものの、移転価格課税から生じる二重課税が相互協議を通じて解決され得る場合には、そのようなケースでの納税者に正確性関連ペナルティを科すのは余りに酷ではないかと思われる。移転価格税制の性質を考慮すれば、そのようなペナルティは納税者コンプライアンスに逆効果となり得る。むしろ、一定のケースにおいて納税者のペナルティを免除することは、長い目で見れば、移転価格規則への納税者コンプライアンスの向上に貢献し得る。

もとより、移転価格の算定誤りのケースにおいてさえ、ペナルティを免除す

118) 例えば、純調整額ベースの実質的及び過大評価誤謬ペナルティの適用における閾値を満たすかどうかの判断に際して、文書化要件等が満たされる場合には、それに係る純調整額は除外される。I. R. C. § 6662(e) and (h). それゆえ、ペナルティの適用件数は年間10ないし30件程度であった。See Molly Moses, *Penalties: Transfer Pricing Penalties Approved So Far in 2006 Outnumber Those from Prior Years*, 15 TAX MGMT. TRANS. PRICING REP. 204 (2006).

ることは、過少納税に対する正確性関連ペナルティの目的が、両国の合算ベースではなく、納税者自身の国における過少支払いを防止することであることを踏まえれば、深い考慮なくしては行い得ない。したがって、例えば、次の要件が税務当局によって確認される場合に限り、正確性関連ペナルティを免除することが適当であるかも知れない。即ち、①納税者が、提出された租税申告書を通じて、問題となっている移転価格所得を、自国又は（関連当事者の）相手国のいずれかに対して、両国に支払うべき税額の全額を申告し、かつ納税したと、②納税者によって支払われた税額の全額が、内国歳入庁が支払われるべきと信じる税額の総額の、一定の合理的な閾値の範囲内であること、③納税者が租税を回避する意図を有していたという証拠がないこと、及び④二重課税が相互協議により将来的に排除され得ることである。

一国におけるペナルティの免除は、相手国における課税所得の過少申告のインセンティブを納税者に与える可能性が高いため、国際的なコンセンサスと協力が不可欠で、かつ、そのような法制の基本的な前提となるであろう。

3 セットオフ

ミクロ経済学理論に基礎を置く利益比準法は、特定の取引でなく全体利益を基礎として収益性分析を提供するものであるため、（検証対象当事者でなく比較対象企業の）企業単位で利益比準法を適用することが望ましいと考えられる。

同様に、企業単位アプローチを考える際には、セットオフの問題も考慮されるべきである。これまでの議論では、不適切な移転価格を通じて課税ベースの他国への流出が生ずる関連取引が念頭に置かれてきた。反対に、考慮されてこなかったのは、他国からの流入を通じて、課税ベースが増加する取引である。しかし、企業単位アプローチの下では、後者（流入取引）は前者（流出取引）と併せて考慮されるべきである。

この種の「セットオフ」メカニズムは、1968年規則が制定されて以来用いられている¹¹⁹⁾。現行規則では、税務署長は、一定の要件（セットオフに関連

する事実の納税者による証明、文書化及び通知) が満たされる場合にはセットオフを考慮することとなる¹²⁰⁾。即ち、セットオフに係る現行制度の下では、セットオフの証明を行う負担は納税者に負わされており、内国歳入庁にとっては義務的なものではない。このような制度が採られている理由の一つは、外国税務当局が自国の流出取引（即ち、内国歳入庁にとっての流入取引）に係る所得を規制するであろうと、内国歳入庁が一般的に仮定しているためであると考えられる。しかし、極端な場合には、非義務的なセットオフの制度は、納税者に不公正な取扱いであるとの批判に結び付く可能性があり、それゆえ、内国歳入庁は、一定の状況においてはセットオフをせざるを得ないかも知れない。したがって、納税者の便益と内国歳入庁の行政負担とのバランスを考慮しつつセットオフのメカニズムを再検討する必要がある。

こうした観点から一定の技術的問題を取り上げる。米国親会社（USCo）が多くの外国子会社を有し、グループ全体として10種類の異なる製品（P1ないしP10）の製造販売を世界的規模で行っているとする。また、X国における外国子会社（XSub）はP1ないしP3の製品の販売を行い、他方、Y国の外国子会社（YSub）はP1、P2及びP4の販売を行っているとする。さらに、P1及びP2に係るUSCoとXSub間及びUSCoとYSub間の関連取引は流出取引である一方、P3及びP4に係るUSCoとXSub間及びUSCoとYSub間の関連取引は流入取引であるとする。このような状況の下で、内国歳入庁は、P1ないしP4についてのみ税務調査を行い、流出取引に関連して移転価格調整を行う可能性がある一方、流入取引に関して所得の調整を行うことは義務づけられていない。しかし、このような現行制度にもかかわらず、たとえUSCo自身がセットオフを申請しなくとも、内国歳入庁は、USCoのXSub及びYSubとの間（単体ベース）のP1及びP2に係る所得の調整額の決定を行う場合には、P3及びP4取引に対してもセットオフを適用すべきである。こうした取扱いにより、内国歳入庁が

119) See § 1.482-1(d)(3) in the 1968 regulations.

120) See Treas. Reg. § 1.482-1(g)(4)(i) & (ii).

（またUSCoも）、XSub及びYSubとの取引に関する限りにおいて、USCoの全体利益を確定することが可能になるであろう。

しかし、P1ないしP4に関するXSub及びYSubとの取引以外のUSCoの関連当事者間取引は進行中の調査の対象ではなく、セットオフのメカニズムから除外されるべきである——このことはUSCoの全体利益が確定され得ないことを意味するものであるが、セットオフのメカニズムの範囲から調査の対象でないそのような取引を除外することは、内国歳入庁の観点から公平かつ合理的であると考えられるためである。要するに、所得に対する調整額を決定する場合には、義務的なセットオフが、進行中の調査の対象である全ての関連当事者間取引をカバーするようにすべきである。

ところで、1993年暫定規則は、問題となっている関連納税者の一つと第三の関連納税者との間の取引から生ずるセットオフを認めた¹²¹⁾。上記のケースで言えば、USCoの米国子会社（USSub）がXSubとP1の流入取引を行っている場合に、USSubの流入取引と流出取引とのセットオフが認められることになる。しかし、1994年最終規則序文によれば、「租税条約相手国との協議において、この問題についての受入可能なコンセンサスに到達することは不可能であることが判明したため、そのようなルールは最終規則には含まれなかった」とされている¹²²⁾。コンセンサスに達しなかった理由は明らかではないが、X国の税務当局がXSubとUSSubとの間の取引を自身で調査することを望み、それゆえXSubとUSSubとの間の取引に係るセットオフに関連する相互協議を受け入れないと想像することも可能である。

義務的セットオフの利用について、二つの追加的な事項について言及しておく。第1に、要請に応じて必要な記録や情報を提供しないような非協力的な納税者にはセットオフを認めるべきではないであろう。第2に、このアプローチを実行可能かつ公平で一般的なものとするためには、非条約締結国とのコンセ

121) See. Temp. Reg. § 1.482-1T(e)(5)(i).

122) 59 Fed. Reg. 34971, 34981.

ンサスを含めた国際的なコンセンサスが必要であろう¹²³⁾。国際的なコンセンサスの必要性は、定式配分の欠点の一つでもあったが、この場合のコンセンサスが、両国の便宜となるべきセottoフのみの使用であるため、その到達はより容易であるように思われる。更に、非条約締結国とは相互協議が利用できないため、セottoフの利用について、国連のような代替的なフォーラムにおいて認識されるようにすべきである。

V. おわりに

移転価格は本来的に議論の多い問題であり、納税者、国内及び外国の税務当局、法律事務所、会計事務所及び裁判所を含め、全ての利害関係者を満足させるような独立企業間価格の問題についての一義的な答は存在しない。むしろ、各利害関係者は、異なる——しかもしばしば利己的な——答を持つ傾向がある。したがって、そのような議論を軽減することが、結局のところ、納税者の独立企業原則へのコンプライアンスに資することになり、移転価格税制のより円滑な執行を容易にする重要な鍵である。裁判所は、妥協の余地を残すアプローチが必要であったために、かつて利益分割法を適用したが、他方で、定式配分等の代替手段の推進者は、そのような議論を完全に封じ込めることに焦点を当てている——これらのアプローチは、本稿において提案したアプローチとは異なるが、このような文脈において理解が可能である。

この点を考慮すれば、利用可能な他の選択肢の中でも、移転価格算定方法は、各利害関係者に譲歩する余地が与えられ彼らが妥協案に満足できるように改訂されるべきである。相補的アプローチは妥協への扉を開くそのような手段の一つである。このアプローチは、いかなるタイプの取引、ビジネスモデルないしは税制——即ち、グローバル・ディリーング、事業再編、及び、移転価格ルールの恒久的施設への適用¹²⁴⁾などで、その全てがますます複雑化し高度化して

123) OECD ガイドラインは、意図的なセottoフにのみ言及している。See OECD Guidelines, *supra* note 30 at, paras. 3.13 - 3.17.

いる——の分析も容易にするであろう。

移転価格税制の執行を最近始めたか、始めつつある開発途上国が、普及している利益比準法を用いて比較的単純な調整を行う可能性があり、このことがより多くの国の間での移転価格課税競争の増加を招来するかも知れないことに強い関心が持たれている。価格構造、収益性及び貢献度分析に対する包括的なアプローチの採用、並びに、開発途上国を含めた国際的な移転価格コミュニティへの拡大を図ることは、そのような逆方向の流れに対して抑止的な効果をもつであろう。

最後に、本稿において提言したアプローチは、OECDガイドライン及び世界中の多くの政府が採用する移転価格税制と反対の立場をとるように見えるが、移転価格税制における多くの禁忌を緩和することは今や不可欠となっている。基本的なテーマ、即ち、ヒエラルキーや最適方法原則、企業単位アプローチの使用、事後的アプローチの使用、ペナルティ免除の使用及びセットオフについての広範な議論が期待される。米国はこれまでこれらの禁忌にチャレンジすることで便益を得てきている。本稿は、移転価格の歴史から得た教訓に基づいて、それと同じ方向に更に進むことを試みたものに過ぎない。

124) 即ち、AOA (Authorized OECD Approach) である。See, OECD, Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments (July 17, 2008). 恒久的施設に帰属する資本（それゆえ所得）の算定に当たり、銀行監督目的のために開発された自己資本規制（いわゆる BIS 規制）で採用されている複雑かつ高度な概念や技術が主に採用されている。See *supra* note 59.

論説

Die Entwicklung und einige aktuelle Probleme der Unrechtslehre in Japan

岡 上 雅 美

- I. Einleitung
- II. Rechtswidrigkeit und Schuld im japanischen Strafgesetzbuch
- III. Debatte um die Rechtswidrigkeit im Straftatssystem in Japan - Großer Unterschied zum deutschen Strafrecht
- IV. Einzelprobleme im Bereich der Rechtswidrigkeit
- V. Schlußwort

〔献辞〕

本稿は、2010年9月24日および25日に、トルコ共和国ディヤルバクルにあるディジレ大学法学部において開催された「第1回トルコ・日本刑法シンポジウム」における報告に加筆・訂正を加えたものである。同シンポジウムに同じく参加された小名木明宏教授（北海道大学）および森永真綱准教授（甲南大学）等の関係者の了解を得て、本学における国際交流の成果の一端として、ドイツ憲法学との交流に大きなご関心を寄せられ、多大の学問的貢献をされた青柳幸一教授へ謹呈させていただくことにした。なお、本報告に対応するトルコ側の報告については、別稿にて公開する予定である。

I. Einleitung

Im Mittelpunkt meines Beitrages liegt die aktuelle Unrechtslehre in Japan. Dazu erwähne ich auch in diesem Zusammenhang einige dogmatische Probleme, die

wir in der letzten Zeit anlässlich einiger Urteile des Obersten Gerichtshofs besonders intensiv diskutieren. Ich habe bei der Vorbereitung dieses Symposiums das Thema, „Unrechtslehre in Japan“ gewählt, insbesondere aus dem Grund, dass es mir am geeignetsten erscheint, um das Staffatssystem in der japanischen Strafrechtswissenschaft vorzustellen, weil die Unrechtslehre gleichzeitig das ganze Strafrecht mitbestimmt, mit anderem Wort können wir von der Unrechtslehre sowohl auf den Tatbestand- als auch auf den Schuldbegriff schließen. Darüber hinaus reflektiert die Unrechtslehre vor allem unsere grundsätzliche Strafrechtsanschauung an sich. Im folgenden will ich vielmehr einen Überblick über Rechtsprechung und Literatur einerseits, und ihre Problematik andererseits geben, und anschließend meine eigene Stellungnahme im Hinblick darauf begründen, weil ich heute meine Aufgabe darin sehe, für unsere zukünftige weitere Zusammenarbeit zwischen der Türkei und Japan zunächst das japanische Strafrecht vorzustellen.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld im japanischen Strafgesetzbuch

Einer der Anhaltspunkte für Überlegungen über das Unrecht ist sicher das geltende Strafgesetzbuch. Bevor ich die Unrechtsprobleme erörtere, stelle ich den Umriss unseres Strafgesetzbuchs vor. Zu einem befinden sich im japanischen StGB gar keine Vorschriften, die die Rechtswidrigkeit und die Schuld direkt und positiv definieren. Weiterhin drückt das StGB den Unterschied zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe nicht aus. Weil das japanische StGB, zu anderem, so wenige und so einfache Vorschriften hat, werden uns alle die Möglichkeiten der sonstigen Rechtfertigung und des Schuldausschlußes außer dem Gesetz übertragen. Trotzdem war der Gesetzgeber sich gewiss des Unterschiedes zwischen Unrecht und Schuld bewußt, was zumindest die Reihe der Vorschriften im StGB zeigt.

Das japanische StGB sieht im Kapitel 7. „Nichtbestehen eines Delikts und

Strafmilderung und Absehen von der Strafe“ vor. Es herrscht Einigkeit darüber, dass § 35 „Tat aus Gesetz oder Verordnung, rechtmäßige Geschäfte“ und § 36 „Notwehr“ Rechtfertigungsgründe sind. Man stritt in der Vergangenheit darüber, ob § 37 „Notstand“ zur Folge entweder Rechtfertigung oder Schuldausschluß hat. Anders als das deutsche StGB, das zwei Arten von Notstand, d.h. den rechtfertigenden und den entschuldigenden Notstand, getrennt vorsieht, hat das japanische StGB hingegen nur eine Vorschrift. Die absolut herrschende Meinung und die Rechtsprechung erkennen an, dass der Notstand bei § 37 ein Rechtfertigungsgrund ist. Bis dahin sind es Vorschriften mit Beziehung auf Rechtfertigung. Ferner sieht man in der Regel außergesetzliche Rechtfertigungsgründe vor in z.B. Einwilligung des Opfers, seine mutmaßliche Einwilligung, sonstige subjektive Rechtfertigungsgründe. Über die Letzteren erzähle ich später.

Danach regeln § 38 „Vorsatz“ und daneben Irrtum und §§ 39-41 Schuldfähigkeit (§ 40 fällt aus¹⁾).

III. Debatte um die Rechtswidrigkeit im Straftatssystem in Japan – Großer Unterschied zum deutschen Strafrecht

1 Wir haben auch in Japan unter dem sehr großen Einfluß des deutschen Strafrechts den dreistufigen Deliktsaufbau entwickelt. Er besteht nämlich aus Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld. Nach der herrschenden Meinung ist der Tatbestand sogenannte Unrechtstatbestand. Ein tatbestandsmäßiges Verhalten ist im Prinzip rechtswidrig, aber seine Rechtswidrigkeit wird ausnahmsweise vom Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen. Nach dem deutschen Recht und auch nach dem japanischen Recht soll die

1) § 40, der in der alten Fassung Schuldunfähigkeit der Blinden und Tauben vorsah, ist 1995 weggefallen.

Rechtswidrigkeit als „Unwertwertung“ der Rechtsordnung gelten²⁾.

Auch wenn diese Erscheinungen im allgemeinen anerkannt wäre, könnte ihre Bedeutung anders als einander sein. Wie ich am Anfang gesagt habe, standen und stehen nicht nur das japanische StGB, sondern auch die japanische Strafrechtswissenschaft dauernd unter dem großen Einfluß des deutschen Strafrechts. Das gilt jedoch nicht für unsere Unrechtslehre, die sich in Japan sozusagen „selbständig“ entwickelt hat.

Es geht hier vor allem um die Bedeutung des „Unwerts“. Man diskutiert in diesem Bereich, ob der strafrechtliche Unwert Handlungsunwert oder Erfolgsunwert sein soll. Die Handlungsunwertslehre und die Erfolgsunwertslehre halten sich gegenwärtig in der japanischen Literatur einander die Waage. Oder die Erfolgsunwertslehre ist vielmehr überlegen. Die Rechtsprechung nimmt dazu nicht (wissenschaftlich) Stellung, weil es zu weit geht, wenn es einen Beitrag zur Lösung des wissenschaftlichen Streits leisten will. Aber das Gericht zieht jeweils auf der Suche nach der gewünschten Lösung in konkretem Fall seinen Folge, teils aufgrund der Handlungsunwertslehre, teils aufgrund der Erfolgsunwertslehre.

Die Handlungsunwertslehre teilt sich wiederum in zwei: die sogenannte Einheitstheorie und den Dualismus. Der Dualismus ist von der absoluten Mehrheit der Handlungsunwertslehre unterstützt. Nach der dualistischen Ansicht findet der Unrechtsgehalt der Straftat seinen Ausdruck in sowohl Handlungsunwert als auch Erfolgsunwert des Geschehens, während die Einheitstheorie bei der Rechtswidrigkeit nur auf den Handlungsunwert abstellt und sie jetzt nur die Mindermeinung in Japan ist. Hingegen hält die Erfolgsunwertslehre, die niemand in der Gegenwart in Deutschland mehr annimmt, die Rechtswidrigkeit für die Rechtsgutverletzung und -gefährdung.

2) Z. B. Dando, Keiho Koyo Soron (strafrecht. AT), 3. Aufl, 1990, S. 184 ff.

2 Der Grund dafür, dass an der Erfolgsunwertlehre in Japan so vehement festgehalten wird, scheint mir ausreichend nachvollziehbar, und zwar auch historisch begründet. In der Vorkriegszeit, nämlich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, hat der Subjektivismus unter dem großen Einfluß von Franz von Liszt das japanische Strafrecht beherrscht. Der japanische Subjektivismus war dabei über den deutschen Subjektivismus hinausgegangen und extremer geworden. Die Bestrafung nur wegen der Gefährlichkeit des Täters hat sich auch in Verbindung mit dem damaligen japanischen Faschismus extrem erweitert. Zu Beginn der Nachkriegszeit hatte die Strafrechtswissenschaft sicher ihr Hauptinteresse an der Beschränkung des Bestehens und der Bestrafung von Straftaten. Vor diesem Hintergrund wurde zunächst der Objektivismus vorgezogen. Nach dem zweiten Weltkrieg hat man das erste Ziel des Strafrecht auf die Verdeutlichung der Bestrafung gelegt.

Diese Tendenz wurde durch die Reformarbeit am Strafgesetzbuch verstärkt. Es war fast gleichzeitig wie in Deutschland, nämlich in den Sechziger und Siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts. Damals war die Handlungsunwertslehre herrschend. Die Gegenmeinung, d.h. die Erfolgsunwertslehre hat hingegen sehr starke Kritik ausgeübt und ist inzwischen allmählich mächtiger geworden. Einerseits wurde es erneut bei der Gesetzgebung erkannt, auf Rechtsgüterverletzung großes Gewicht legen zu sollen; andererseits war man der Aussicht, dass der Handlungsunwert wegen seiner subjektiven Neigung zu bewachen sei. Z.B. hat Hans Welzel im Bezug auf subjektive Rechtfertigungselemente ein Beispiel wie folgt angeführt: Ein Lehrer hat mit einem erziehenden Zweck einem Schüler geschlagen. Ist sein Verhalten unrecht oder rechtmäßig? Ich möchte hier einen berichtigten Fall in der Rechtsprechung hinzufügen. Der Angeklagte hat aus Rache eine Frau nacht ausgezogen und fotografiert. Der japanische Oberstegerichthof hat im Bezug auf Nötigung zur Unzucht freigesprochen³⁾. Seine Begründung war: Um ein Sexualdelikt zu bestrafen, soll der Täter mit einer

sexuellen Neigung als subjektes Element handeln. Fast alle die Strafrechtler sind gegen diesen Urteil, weil der Täter das sexuelle Rechtsgut des Opfers, d.h. seine sexuelle Selbstbestimmung sicher verletzt hat. Auch bei diesem Fall müßte man in Japan einen solchen Eindruck gehabt haben, dass subjektive Rechtfertigungselemente doch anscheinend nur unklar und unerwünscht sind⁴⁾. Nach dieser Denkweise sollen subjektive Elemente von der Wertung der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen werden, und sollen diese subjektiven Elemente nicht zur Rechtswidrigkeit, sondern zur Schuld gehören.

3 Nach dem damaligen Verstand träge die Erfolgsunwertslehre zur Verdeutlichung der Strafbarkeit bei, während die Handlungsunwertslehre die Moral und das Recht miteinander verwechsle. Als die Handlungsunwertslehre die herrschende Meinung war, hat die Erfolgsunwertslehre einigermaßen überzeugend und beschränkender als die Handlungsunwertslehre ihren eigenen Deliktsaufbau gebildet.

Ich möchte nun zwei Beispiele des Unterschiedes zwischen den beiden Ansichten ausführen. Erstens: Wer auf den Handlungsunwert achtet, wählt ex ante die Überlegungsweise, um bei der Tat eine Normverletzung zu beurteilen. Zweitens sind die subjektiven Merkmale nach der Handlungsunwertslehre unerlässlich, weil man ohne sie nicht bestätigen kann, um welche Normverletzung es geht. Wer sich auf den Erfolgsunwert stützt, denkt dagegen ex post, um beim Gericht eine Rechtsgüterverletzung zu schätzen. Nach der Erfolgsunrechtslehre braucht man regelmäßig bei vollendeten Verbrechen keine subjektiven Merkmale, um das Ob der Rechtsgüterverletzung, z.B. Tod oder Körperverletzung eines Menschen, zu beurteilen.

Demzufolge hängt z.B. das Problem des Verteidigungswillens bei der Notwehr

3) OGH vom 29. 1. 1970 Keishu 24. 1. 1

4) Wie Spindel, LK, 11. Aufl., § 32 Rn. 138 ff.

unmittelbar vom Erfolgs- oder Handlungsunwert ab. Es handelt sich dabei nach der Erfolgsunwertslehre darum, ob der Verteidigungserfolg eingetroffen ist. Wenn ja, ist die Verteidigungshandlung gerechtfertigt, oder ein Versuch wird erkannt, unabhängig vom Willen des Täters.

4 Ein vollkommen anderes Kennzeichen der japanischen Unrechtslehre ist die sogenannte Strafwürdigkeit im Unrechtsurteil. Nach der herrschenden Meinung und auch der Rechtsprechung soll die Rechtswidrigkeit auch innerhalb davon zwei Stufen haben; d.h. die Rechtswidrigkeit und die strafwürdige Rechtswidrigkeit bzw. strafrechtliche Rechtswidrigkeit. Wegen der Einheit der Rechtsordnung soll das Urteil der Rechtswidrigkeit gemeinsam in allen Rechtsbereichen sein. Aber danach soll man auch überlegen, ob die einschlägige Straftat so schwer ist, dass sie eine Strafe verdient. Die Strafwürdigkeit wird auch die substantive Rechtswidrigkeit genannt. Das Gericht hat mit dieser Begründung viele Täter von Verurteilungen ausgeschlossen, vor allem in Bagatellfällen wie bei dem unerlaubten Konsum eines Tabakblattes⁵⁾, oder in Fällen solcher Arbeitsstreitigkeiten, die gewiss irgendein öffentliches Gesetz verletzt haben⁶⁾. In diesen Fällen wurde teilweise freigesprochen, und zwar mit dem Argument, dass „die (Straf-) Tat nach der Rechtsordnung zwar rechtswidrig, aber nicht strafwürdig“ sei. Weil das Gericht keine Möglichkeit einer Einstellung von Verfahren hat, hatte es sich einige Zeit lang auf dieses Argument berufen, um freizusprechen. Aber diese Praxis dauerte nicht lange. In der letzten Zeit spricht der Oberste Gerichtshof keineswegs in diesen Fällen frei, in dem der Schaden nur zehn Yen war⁷⁾. Damit schätzt man, dass die Zeit der Strafwürdigkeit schon vorbei ist, während die Literatur die Möglichkeit theo-

5) OGH vom 11. 10. 1910 Keiroku 16. 1620.

6) OGH vom 26. 10. 1966 Keishu 20. 8. 901.

7) OGH vom 24. 6. 1986 Keishu 40. 4. 29.

retisch noch bejaht.

5 Ich fasse nun nur kurz diesen Teil zusammen. Die zwei großen Kennzeichen des japanischen Strafrechts sind erstens einflußreiche oder gar übermächtige Erfolgsunwertslehre, und zweitens Überlegungen zur Strafwürdigkeit im Deliktsaufbau.

IV. Einzelprobleme im Bereich der Rechtswidrigkeit

1 Dann arbeite ich in diesem Teil einige Probleme vor allem bei der Erfolgsunwertslehre heraus. Wie ich im Kapitel III gesagt habe, lag das Hauptinteresse der Erfolgsunwertslehre in der Verdeutlichung und die Beschränkung der Strafbarkeit. Aber dass es nicht immer gilt, hat sich mittlerweile von selbst verstanden. In diesem Teil möchte ich zwei Beispiele nennen.

2 Die erste Frage lautet, ob der Rechtsgütergedanke wirklich zur Verdeutlichung der Strafbarkeit beiträgt. Die Antwort erscheint in der letzten Zeit sicher zweifelhaft. Die erste Problematik ist der Rechtsgüterbegriff. Er ist noch gar nicht offensichtlich geworden. Auch die Fachleute, die sich mit den Rechtsgütern befassen, können wissenschaftlich überhaupt nicht aufklären, was zu Rechtsgüter werden kann und was nicht. Sie können gegebenenfalls sehr abstrakt werden, und in diesem oder einem anderen Fall verfügen sie nicht mehr über effektive Mittel zur Verdeutlichung der Strafbarkeit. Beispielhaft ist die sogenannte Vorfeldkriminalisierung bzw. die Vorverlagerung der Strafbarkeit. Auch in Japan ist diese Tendenz immer weiter verbreitet, vor allem im Bereich des Verkehrsstrafrechts oder bei der einmal versuchten Gesetzgebung zur verbrecherischen Konspiration. Ein anderes Beispiel ist die Kriminalisierung der Vielzhal von Bagatellefällen. Das Wegwerfen von Zigaretten ist in der Gegenwart durch viele kommunale öffentliche Körperschaften mit folgender Begründung strafrechtlich geregelt; d.h. auch wenn jeder Raucher nur eine Zigarette wegwirft, wird eine Vielzahl solcher Verhaltensweisen die Umwelt stark verschmutzen. In

diesen Beispielen kann der Rechtsgütergedanke die Strafbarkeit nicht mehr beschränken. Man muß nach einer anderen möglichen Begründung suchen.

3 Zunächst erwähne ich hier wieder den Verteidigungswillen bei der Notwehr. Die Erfolgsunwertlehre berücksichtigt diese Voraussetzung nicht aus dem vor kurzen erwähnten Grund. Hingegen bemerkt die Rechtsprechung seit langem die subjektive Seite der Notwehr. Wenn der Täter mit dem aktiv eingreifenden Wille handelt, verneint sie die Notwehr. Auch vor zwei Jahren hat das Oberste Gerichtshof bei einer Notwehrprovokation die Notwehr nicht anerkannt⁸⁾. Einige Vertreter der Erfolgsunwertslehre behaupten, dass eine Notwehr in einem solchen Fall zu negieren sei, und dass es dabei nicht um die subjektive Seite, d.h. um den Verteidigungswillen, gehe, sondern um die objektive Seite, d.h. um das Bestehen oder das Nichtbestehen einer Notwehrlage, in der eine Notwehr zu erlauben sei. Bei einer Notwehrprovokation gebe es keine Notwehrlage. Die Erfolgsunwertlehre versucht, diesen Fall unter Berufung auf objektive Voraussetzungen zu begründen. Die Frage ist die Angemessenheit dieser Weise.

V. Schlußwort

Und damit will ich meinen Beitrag beenden. Ich finde es selber geradezu illusionär und zu viel erwartet, dass Rechtsgütergedanken normative Betrachtungsweisen vermeiden können und sollen. Die Entwicklung einer Theorie wird selbstverständlich auch von dem historischen Hintergrund vorausgesetzt. Trotzdem bedeutet es nicht unbedingt, dass ihre Folge auch dogmatisch zu bejahen ist. Aus meiner Sicht scheint unsere Unrechtslehre zur Zeit stillzu stehen, und nicht mehr das Wesen der Rechtswidrigkeit an sich, sondern nur einzelne Probleme zu diskutieren. Sie ist jedoch in absehbarer Zeit wieder aus der wissenschaftlichen Sicht nochmals überzudenken und infolgedessen zu

8) OGH vom 20. 5. 2008 Keishu 62. 6. 1786.

ändern, weil die Erfolgsunwertlehre in nicht wenigen Problemen unter Begründungsmangel leidet. Dabei sollte man die Fragestellung, „entweder Erfolgsunwert oder Handlungsunwert“ selbst in Frage stellen.

立憲主義の源流

——合理主義的啓蒙思想か、スコットランド啓蒙思想か——

阪 本 昌 成

はじめに

I. 近代立憲主義・自由・リベラリズム

1 近代立憲主義

- (1) 近代立憲主義の本質的諸要素
- (2) さまざまな二項対立図式

2 自由

- (1) 自由の捉え方
- (2) 3つの分析視角
- (3) 分析視角から除外されるべきもの

3 リベラリズム

- (1) リベラリズムの捉え方
- (2) 真正のリベラリズムから除外されるべきもの
- (3) 本章の今後の見通し

II. 合理主義的啓蒙思想と主意主義

- (1) 主体の意思——主意主義とその成果
- (2) 「社会契約論」
- (3) ホッブズとロック
- (4) ホッブズ理論
- (5) ロック理論
- (6) 本書のロック理解

III. もうひとつの主意主義——反・啓蒙の思想家、ルソーの「社会契約」論

- (1) 社会契約論
- (2) 全体主義の起源
- (3) 道徳哲学への逆戻り
- (4) ルソー主義の災い
- (5) ルソー主義を正すには

Ⅳ. もうひとつの啓蒙思想とその展開

- (1) もうひとつの啓蒙思想——スコットランド啓蒙思想
- (2) 商業社会の「公共性」
- (3) 「国家／市民社会」の原型
- (4) 市民社会と経済市場
- (5) 市民の意義
- (6) 経済市場の捉え方
- (7) 商業社会という市民社会

おわりに

自由主義者が売り歩いている有名な社会契約という観念は、多数者の意志つまり権力が、一人の個人、ないしは一つの個々人の集団に「付与」されることについて語っている。しかし、この「付与」とはいかなる行為であるのか。

I. バーリン、河合秀和訳『ハリネズミと狐』（岩波書店、1997）47頁

はじめに

(1) 「統治＝正義」という等号の成立に期待しながら、この等式が実際には成立したことはない、と歴史上の政治哲学者は知ってきた。政治哲学にできることは、何らかの媒介項を考案して両者を連結するか、または、両者の間の必然的な溝を何らかの装置で最小化することだった。

多くの政治哲学者が構想した媒介項は、ときに natural law（本来的法則または自然法）、ときに人びとの合意だった。

本来的法則または自然法とは、人間の意思を超越した本来的な正しきルールを指した。このルールの中味は、時代により論者により多様であったものの¹⁾、共通するところは、移ろいやすい人の意思の発現としての統治を、本来的な

1) Nature または natural の語義は、古典の時代においては「宇宙のまたは自然界の」、中世においては「神意の」、近代においては「人間本性の」という変遷をみせている。また、law の語義も時代によって論者によって多様である。ということは、natural law を「自然法」と訳出することに私たちは慎重でなければならない。

もので統制しようとするところにあった。ギリシャ以来、*physis*という「本来的なもの」によって*nomos*という「人為的なもの」を統制しようすることは、多くの論者が構想してきたものの、これが統治を現実には先導し統制し続けたことはなかった。

他方、*physis*によって*nomos*を統制しようとするギリシャ以来の思考を逆転させたのが16世紀以降の近代啓蒙思想だった。人びとの合意は、本来的な超越的ルールから独立した、政治的共同体に統治権力を付与することの合意であって、この合意が統治を内側から支える論拠となる、と期待された。

が、いずれも、「統治／本来的ルール」、「統治／合意」という溝を、理論的にも現実的にも、埋めることはできなかった。

(2) 上にふれた「近代啓蒙思想」も、実のところ、一枚岩ではない。また、この啓蒙思想が近代立憲主義またはリベラリズムの源流となったのでもない。

近代啓蒙の思想には、大きく、スコットランドの「批判的啓蒙派」に代表される立場と、イングランドの「合理主義啓蒙派」というふたつの系譜がみられてきた。この違いを、「伝統主義／近代主義」、「経験論的啓蒙思想／超越論的啓蒙思想」または「非意思（非主意）主義／意思（主意）主義」と表してもよい。

ふたつの系譜のうち、今日まで社会思想のみならず憲法学を席卷しているのは、合理主義的啓蒙思想である。この思想の特徴は、①人間の行為を主体の意思に帰属させて理解する「主体（主意）主義」、②人間は、本来的に一定の存在規定のもとに生まれ、その存在規定にふさわしい法則を発見し、この法則に自己を従わせて行為する能力をもっている、とする「自然（本性）主義」、③人間と社会は理性または自由意思による意識的な制御または言及の対象として捉えることができる、とする「合・理性主義」にある。

(3) わが国の社会理論体系は、合理主義啓蒙思想の影響下におかれてきた。なかんずく、わが国の憲法学は、合理主義啓蒙思想の産み落としたラディカルな思想の流れである、ヘーゲル左派、マルクス主義者、ヨーロッパ大陸左派の影響を色濃くしているように見受けられる。この左派の思想は、政治的権力の

悪性（及び、人間の利己心）を浄化すれば、人びとを何千年も苦しめてきた圧政と不平等から人間を解放できるだろう、と期待するのである。この思想を「改革的理想主義」（progressive idealism）と呼ぶことにしよう。

近年の世代交代とともにわが国の憲法学界は、かような改革的理想主義の影響から脱してきているように私にはみえる。改革的理想主義勢力の後退とともに、前面に現れてきたのが共和主義的リベラリズムである。このリベラリズムも、実のところ、上にふれた合理主義的啓蒙思想を土台としている。

このような法的思考傾向のなかで、わが国の法学界に、D. ヒューム（D. Hume）、A. スミス（A. Smith）、F. ハイエク（F. Hayek）に代表される「スコットランド啓蒙派＝批判的啓蒙派」の影響は皆無だったといつてよいだろう（法哲学学界におけるH. ハート（H. L. A. Hart）の影響は除いて²⁾）。

（4）本稿はわが国憲法学界の通説に抗して、近代立憲主義またはリベラリズムの源流を、合理主義啓蒙思想ではなく、スコットランド啓蒙思想、なかでも、スミス・モーメントに求めようとしている。

I. 近代立憲主義・自由・リベラリズム

1 近代立憲主義

（1）近代立憲主義の本質的諸要素

まず、本稿が近代立憲主義の基本的視点だと考えるものを以下に列举する。

第1は、民主的であれ専制的であれ何であれ、統治権力は制限されなければならない、という視点である。Limited Governmentという要素である（Limited Governmentは、これまで「制限の政府」と訳出されてきたが、私は「統治を制限すること」または「制限された統治」と訳出することになっている）。

第2は、「国家（公的領域）／市民社会（私的領域）」という二分法が国制の

2) ただし、わが国におけるハート研究が、暗黙知を強調するスコットランド啓蒙哲学に照らしたうえで正確になされているかとなると、大いに疑問である。

基礎となっている、という視点である（「国家／市民社会」という二分法よりも、「政府／市民社会」という表記のほうが適切である³⁾点。この視点は、第1の要素をこう言い換えたものである。《国家は位階構造のもとで指揮命令系をもつ垂直的組織であるのに対して、市民社会はそうではなく、自発的な相互行為に出る市民からなる水平的ネットワークである。国家は、市民社会を位階構造をもつ組織へと変質させてはならない》。

「国家／市民社会」二分法は、「市民社会」の法を維持し執行することに国家の役割を定位させることによって、国家の統治権力を制限しようとする原理である。

第3は、「国家／市民社会」二分法のうちの「国家」の領域における統治権力の制限にあたって、《権力を統制するものは権力しかない》という視点である。すなわち、権力分立構想である。統治権力の統制にあたっては、自然権、自然法、人格価値不可侵原則といった普遍的な価値に訴えかける憲法学説が一般的である。が、これらの価値は、手をかえ名辞をかえながら、古典の時代から採りあげられてきたものであって、近代立憲主義に固有ではない。

第4は、宗教や道徳的信条・意見に対する国家の中立性という要素である。この要素は「中性国家」原理としてよく知られている。国家の中立性の要素には、政教分離も含まれる。歴史的に振り返れば、近代国家は、統治権力が教権から脱し、脱神学の政治哲学によって正当性を与えられたときに成立した。ということは、この第4の要素は、市民社会の登場や権力分立理論の登場よりも早く、第1～第3までの要素の基礎となっているのである。

以上の4要素のほか、立憲主義には、公正な裁判を受ける権利（司法的救済手続の整備）、司法権の独立、議会の法律制定権、行政の法律適合性原則等も重要である。

3) 参照、阪本昌成「立憲国家と法治国家——F. ハイエク理論にみる立憲国の原理」立憲法学82号（2011）近刊。

（2）さまざまな二項対立図式

以上の諸要素に留意すれば、「国家 対 個人」という二項対立図式でもってしては、立憲主義の本質を捉えきれはしない、と私たちは予測できるだろう。立憲主義の本質的要素を知るためには、(i)宗教や宗教団体という制度と、信仰という非実定的な心情との関連性、(ii)宗教団体という聖権と、国家という俗権（統治機構）との関連性、(iii)国家という統治機構と、市民社会という自発的相互行為のネットワークとの関連性、(iv)市民社会というネットワーク（市場という制度）と諸個人間の相互行為との関連性、(v)市民社会における自発的組織（結社）と諸個人との関連性、そして、何よりも、(vi)「市民」または「人」の法学的な意味等々にも目配りしなければならない。

2 自由

（1）自由の捉え方

次に、近代立憲主義またはリベラリズムにおける自由についての本稿の捉え方を、「〇〇ではない」という消去法を使って簡単に述べる（もっとも、自由の捉え方とリベラリズムとが不即不離だ、というわけではない）。

近代立憲主義にいう「自由」は、以下の捉え方によってはいいない。

- ①人が自分に課した法または法則のもとにあるときこそ自由だ、という捉え方。意志すべきことをなす力をもって、これに従うとき、人は自由だ、という言い方である（本稿は、意思と意志のふたつの表記を用いるが、意志のばあいには規範的な意味合い、あるべき意思というニュアンスである）。
- ②人が能動的市民、本稿のいう「公民」になって政治参加すればするほど自由となる、という捉え方。
- ③人がその目標やニーズを実現するにあたって有効な手段や条件にアクセスできるときこそ自由だ、という捉え方。

上の①が「積極的自由論」であり、②が「共和主義的自由」論であり、③が

「もうひとつの積極的自由論」（人の目標を実現する有効な手段が整備されているとき、それを自由と呼ぶ改革的理想主義の論法。以下、「改革主義の自由」論と表記する）である。本稿は、一貫して、これらの自由観に懐疑的であり、否定的である。

（2）3つの分析視角

自由という手垢にまみれた概念を軽量化するためには、次の3つの要素の関係についての分析視角を整理しておく必要がある。「自由」の捉え方は、この3つの要素の見方に依存している。

3つの要素とは、(i)行為主体（actor）、(ii)主体の目標（goal）、そして、(iii)目標実現にとっての障碍（obstacle）、である。

上の(1)①という「積極的自由」論は、主体の「高次の目標」達成にとっての障碍を行為者の内部（intrapersonalな特性）に求める思考である。

上の(1)②という「共和主義的自由」論は、共和主義のタイプごとにウエイトの置き方が多様であろうが⁴⁾、概していえば、人が政治的に有責・有徳の主体となるにあたっての障碍を重視している。この障碍は、主体の内部にも、主体の外の社会構造（市民社会という「制度」や市民社会における経済格差）にも求められる。

上の(1)③という「改革的自由」論は、主体の外部にある障碍を問題視して、この障碍を国家の手によって（または政治過程を通して）除去せんとする論法である。この自由論のいう障碍とは、他者が意図的に作り出したものに限定されず、市場秩序、社会構造、習俗等も含まれる。この論者の最も重視する点が、

4) A. ルノー、三浦信孝訳「共和主義と政治的近代」三浦信孝編『自由論の討議空間 フランス・リベラリズムの系譜』（勁草書房、2010）239頁以下は、リベラリズムが不可逆だという前提に立って、それとの調和を説く共和主義を「ルソーのような道徳的な共和主義的リベラリズム／Ch. テイラーのような文化的共和主義的リベラリズム／トクヴィルのような政治的共和主義的リベラリズム」に類型化している。ルノーは、ポーコック理論にみられる「シヴィック共和主義」は、リベラリズムとは両立しない、と断定している。

富の偏在という障碍である。

立憲主義における自由を論ずるにあたって、これらの自由論が議論を混乱させてきた。

ある国制における個人の自由を論ずる視座は、他者、なかでも、国家による強制という外的障碍と主体との関係、それも、他者（国家）が意図的に作り出した障碍と、行為主体の目標実現をしようとする行為との関係に置かれなければならない。言い換えれば、この視座は、行為主体が自分の目標を達成せんとある行為に出るとき、他者（国家）から意図的な強制・妨害を受けているかどうか、という、他者関係的（interpersonal）な文脈における強制・妨害行為に限定して、自由を論じ分析するやり方である。この視点を軸に据えれば、上の①～③は、本稿が探求する自由概念から外れていることが、次のように判明するだろう。

（3）分析視角から除外されるべきもの

人が私利私欲に縛られているとか、営利追求ばかりを動機として行動していることは、自由問題ではない。それどころか、国家がこの動機を評定することは中立性原則に反している、という視点にこそ留意されなければならない。

人が能動的市民になるか否か、公民として行動しているか否かという共和主義的見方も自由問題とは別個である。それどころか、市民社会における市民は、政治的であったり、有徳であったり、道徳的に高潔であったりする必要はない、という視点こそ重要である。

人が自分の目標やニーズを実現するための有効な手段をもっているかどうかという「改革主義の自由」も自由の問題ではなく、不自由な状態にある、というだけのことである。何が自分の目標であって、その達成のために何を要するか、という判定自体、行為主体にとって確固としたものではない。自己の欲求・目標とそのための手段は、他人の成功例をみてはじめてわかることが多い。さらにまた、確固とした目標を熟知しており、その実現に必要で有効な手段にアクセスして、たとえ「自由」を手中にしたとしても、本来の目標を達成でき

ないのが通常である。その意味で、“自分および自分と同一状況にある者は自由ではない”との主張は常に成立する。満足できない現状から「原因」を探しだし、望ましい結果を待望しながら“自分は自由を剥奪されている”といった種類の主張は、近代立憲主義のものではない。人が不自由である原因は無数にある。

自由を捉えるにあたっては、I. バーリン (I. Barlin) の「消極的自由／積極的自由」という「ふたつの自由」論や改革主義のいう自由概念に引きずられないよう留意すべきところである。

3 リベラリズム

(1) リベラリズムの捉え方

次いで、リベラリズムの意義を分析すべきところである。が、リベラリズムも、自由概念ほどではないものの、手垢にまみれており一筋縄ではいかない。その意義は、対抗軸として何を置くか（国家に置くか、社会に置くか）、国家に置くとしても、そのなかの政治体制の軸として、専制、共和制、民主制、全体主義、社会主義等々のうち、いずれを置くかによって実に多様となる。また、どの組織を念頭に置くか（国家、営利団体、マスメディア、傾向企業、家庭等々）によってもそのニュアンスと力点が異なってくる。

本稿は、政治、経済、社会に対する人の基本的な態度について、2(1)での自由の場合と同じように、「本稿はリベラリズムを〇〇だとは捉えない」という消去法から始める。

- (a)リベラリズムとは、フランスでいわれているような経済的自由擁護の偏重した思考のことだ、とする捉え方は一面的すぎ、本稿の採用するところではない。
- (b)リベラリズムとは、政治的な自由について真剣に考える態度のことだ、とは捉えない。自由とリベラリズムとを関連づけて、「物質／精神」、「経済／政治」へと分けての価値序列化する思考も、一面的である。

(c)リベラリズムとは、公私二分論に代えて、「社会的なるもの」を真剣に考える態度のことだ、とは捉えない。

上の(a)は、フランスにおいて、否定的なニュアンスを込めていわれるリベラリズムの捉え方であり、(b)は、同じくフランスにおいて肯定的にいわれる場合の捉え方である。本稿では後者を「共和主義的リベラリズム」と呼んでいる。また、(c)は、改革的理想主義者または社会民主主義者のリベラリズムの捉え方である。

(2) 真正のリベラリズムから除外されるべきもの

フランス的なリベラリズムの捉え方は、先の2(3)でみた自由観のうち、「積極的自由」論および「共和主義的自由」をリベラリズムに反映させたものになっている。また、上の(c)は、今日、アメリカでいわれる“リベラル”の用法である。本稿は、一貫して、これらの「リベラリズム」の捉え方に懐疑的であるばかりか、否定的である。なぜなら、これらのリベラリズムが国制の一部となったとき、本稿の最も重要視する「自由」が自由の名で浸食されるに違いないからである。簡単にいえば、こういうことだ。

リベラリズムの名で経済的自由を軽視する国制は、市民社会における重要な自由領域に介入し、自由を浸食してくるだろう。

同様に、リベラリズムの名で、公民を作り上げることを重視する国制は、市民社会で解決可能な課題を民主過程に載せようとするだろう。この国制も、実のところ、経済（金銭）問題にこだわっている人々の声を過剰代表させ、市民社会とそこでの自由を浸食するだろう。

有効な手段を弱者に保障しようとする国制は、社会的利益を恒常的に再分配することを国家の責務とするだろう。というのも、この国家においては、市民社会の生み出す余剰利益や格差の原因が有効な手段を保有しているか否かにあるとみられるからである。有効な手段へのアクセスは、自由の条件ではなく、自由を有効に利用する結果である。これを逆転させる国制は、市民社会の自由

を浸食する。

(3) 本稿の今後の見通し

本稿は、近代立憲主義を支えてきたリベラリズムをデフォルトとして描き出そうとしている。

その手順は、次のとおりである。

まず、近代啓蒙思想の源流をみた後、「合理主義的啓蒙思想」の特徴——主意主義——をつかみだしてみる。次いで、これとスコットランド啓蒙思想とを対照してみる。その中間項には、啓蒙思想の批判者、J. ルソー (J. Rousseau) の社会契約論において、これを批判的に検討していく。批判的に、とは、ルソー理論こそ、「積極的自由」論および「道徳的な共和主義的リベラリズム」の教祖であったことを浮かび上がらせるためである。

本稿のねらいは、ルソーやフランスのリベラリズム——なかでも、ジャコバンの政治思想——は、近代立憲主義の流れからは外れていること、立憲主義の基礎がスコットランド啓蒙思想にあることを論証するにある。

Ⅱ. 合理主義的啓蒙思想と主意主義

(1) 主体の意思——主意主義とその成果

16世紀以降の近代政治思想の関心は社会契約の觀念に集中していた。この時代の政治哲学の大問題は、宗教上の教義に訴えずに社会的秩序の人為的成立を考えることにあったのである。

これに解答を与えるにあたって合理主義的啓蒙思想は、まず、個人という主体 (subject) の本来の性質 (nature) を取り出してみせた。そして、人間の本性として、自然的因果関係に支配されない意思の自由を強調した。

この啓蒙思想は、「主体 (主意) 主義」 (voluntarism) に訴えかけることによって、家父長的家族、教会 (特にカトリック教会)、ギルド、地縁共同体等の古い制度と秩序を否定した。近代の始まりである。

(2) 「社会契約論」

次に、この啓蒙思想は、人間の本性（human nature）という「自然（本性）主義」に訴えかけて、中世的な神の秩序から人びとを解放した。T. ホブズ（T. Hobbes）理論にみられるように、宗教的自然法（法則）から解放された世俗的自然法思想の始まりである⁵⁾。さらに、この啓蒙思想は、J. ロック（J. Locke）によってまた独自に味付けされて、“理性または自由意志の主体である個々人が、自由意志によって統治状態——natural stateと対比される civil state——を作りあげることに合意するのだ”との主張へと展開していった。

この種の主張は、後世、「社会契約」と称された。

人びとの自由意思が同一目的に向けられている法律行為は、契約ではなく、合同行為であり、しかも、この行為によって生み出されるものは「社会」ではなく、「統治状態」であると理解すべきところである⁶⁾。にもかかわらず、個々人の自由な意思による「新しい統治＝新しい秩序＝新しい社会＝新しい国制＝望ましい国家」の樹立というロマンティックな連想だろうか、または、「社会」なる茫漠たる用語が人を煙に巻くゆえだろうか、「社会契約」なる用語と概念がアカデミズムの世界にまで浸透していった。

人々が自然状態を抜け出るための法律行為は、「社会契約」ではなく、「始源的信約」とでも表現するのが適切である⁷⁾。

5) 政治哲学の出発点は、常にホブズに置かれるべきものと私は感じている。ホブズの魅力は、統治のねらいについて、アリストテレスのいう「善き生の実現」を、“戯言だ”と一蹴した点にある。

6) ホブズにせよ、ロックにせよ、自然状態から抜け出る行為が契約ではないことは明確に意識していた。ホブズは、contract（契約）と covenant または pact（信約）とをそれぞれ定義しながら、それぞれが別個の内容・中身をもっていと述べている。See T. HOBBS, LEVIATHAN 88 (Ed., M. Oakeshott, 1957). 水田洋訳『リヴァイアサン（一）』（岩波書店、1954）222頁。また、ロックも、original compactとの表記によっている。参照、J. ロック、加藤節訳『統治二論』（岩波書店、2007）201頁における訳者注（12）。

(3) ホッブズとロック

用語の正確さはともかく、主意主義理論の代表者が、ホッブズとロックである、とみていいだろう。

合意を強調するふたりの理論は、片や服従への合意であり、他方は統治状態を作り出すことへの合意であって、その基本的態度は決定的に異なっている。が、個々人という主体の同意から理論を構築している点では共通している。両者ともに、人が自由意思の主体である、との主体主義・主意主義にでたのである。彼らの理論のアウトラインを探っていこう。

(4) ホッブズ理論

ホッブズは、自然状態におけるパラドックス——誰もがすべてのものに対して権利をもつ状態——を抜け出するための合意の理論を考案していく。

このホッブズ理論の決め手は、彼の「自然権／自然法」の捉え方にある。自然権とは各自の生命を維持するために自分の意思するとおりに、各自の力を利用する自由をいう。自然法とは、各自の生命維持にとって破滅的なことをなしてはならぬ、という一般法則をいう。そうすると、「基本的自然法」の命題は、ひとつは、《各人は平和を獲得する希望がある限り、それに向かって努力せよ》という第1の自然法と、他のひとつは、《平和が獲得できないときはすべての手段によって自己を防衛せよ》、という自然権の要請によって構成されることになる⁸⁾。各人の理性（計算能力）がこのパラドックスに気づいたときには、

7) ホッブズは「ことばの拘束は、なにかの強制的な力への恐怖なしには、人びとの野心、貪欲、怒り、およびその他の諸情念を抑えるにはよすぎる」との趣旨を何度も述べている。ホッブズ・前掲注5) 訳書225、232頁。このことに留意すれば、「社会契約」に代えて「信約」と表記することにも私は躊躇を覚える。というのも、「信約」とは、“一定期間の間に相手方が履行するだろうと期待し、この期間、信頼しておくこと”と定義されているからである。が、ホッブズの理論においては「服従のための信約だ」という留保をつけて理解すればよいだろう。この理解のほうが、少なくとも、「社会契約」よりはずっとマシである。

8) 参照、同訳書217頁。

第2の自然法が浮かび上がる。「平和と自己防衛のために……必要だとおもいかぎり、他の人びともまたそうであるばあいには、すべてのものに対するこの権利（自己防衛の権利）を、すすんですてるべき」⁹⁾ だというルールがこれである。自己防衛という自然権をすすんで放棄する合意が信約（Covenant）である。信約を締結したとき、《人々は信約を履行すべし》という第3の自然法が出てくる。この自然法のなかに正義の源泉がある。つまり、信約を守ること、これが正義である。信約を守るという正義が有効であるためには、守ることを強制する政治権力が設立されなければならない。

以上が、ホブズ理論——自然権→第1の自然法→第2の自然法→第3の自然法→政治権力の設立——の筋である。

彼の主意主義理論が、合理主義的啓蒙思想の土台となった。

(5) ロック理論

ロックは、compactによって人為的に作り上げられた civil state が commonwealth であること、すなわち、《脱自然状態であるところの政治的状态（civil state）が共和的共同体（commonwealth）となること》を説いた。

ところが、ロックの著作、TWO TREATISES OF GOVERNMENT が『市民政府論』と訳出されてきたことにみられるように、「社会契約」によって設立されるのは政府であるかのようにこれまで論じられてきた。

また、これまでのわが国の憲法教科書の知識は、ロックの『統治二論』が property right を説いたこと、これを保全するために人々が「社会契約」締結に参加したこと、統治者がこの契約に反したときには締結者は契約解除する権利を保持していると説いたこと、という面ばかりを強調してきた。そのため、ロック理論のなかに近代立憲主義の起源がある、と多くの論者が思いこんできたようだ。

ロックのいう compact によって樹立される civil government とか civil state と

9) 同訳書 220 頁。

は「市民政府」という統治機構のことではなく、統治状態を指している。

Civil state という state とは、あくまで状態を意味する state であって、civil state を「市民政府」と捉えてはならない¹⁰⁾。この状態には主権者または統治者は存在するものの、統治構造については、「公衆が選出し任命した立法部」¹¹⁾以外、ロックは論じていない。

また civil state にいう civil とは、上でふれたところからも既に明らかになっているように、「市民」ではなく「脱自然」を指している。もっと正確に言えば、ロックのいう civil とは political というニュアンスであり、彼のいう government も political というニュアンスであった。ロックの government には、政府または統治の機構という意味合いはない点には留意を要する。

ロックの時代、state という用語は、絶対君主の国という意味を持っていた。ロックは、このイメージを避けるために、意図的に、state なる用語を避け、commonwealth なる概念に訴えかけた。それは、治者と被治者の利害対立なき、全員が神の姿に似た人間からなる、政治的共同体である。

ということは、彼のいう civil state は、近代立憲主義のいう「国家（公的領域）／市民社会（私的領域）」二分法の意味するところとは無縁だ、ということになる。

このことはホブズについても同様である。たしかに、ホブズの理論が近代政治思想のはじまりであり、個人主義のはじまりだといえるとしても、ホブズ理論も「国家 対 個人」または「公的領域／私的領域」という対立図式を描いたわけではないのである。

(6) 本稿のロック理解

教科書の解明に抗して本稿は、ロック理論を次のように理解する¹²⁾。

10) この点については、J. ロック、加藤節訳『統治二論』（岩波書店、2007）における「解説」（406～407頁）をみよ。私は、『新・近代立憲主義を読み直す』（成文堂、2008）44頁で、このことにふれたことがある。

11) ロック、前掲訳書『統治二論』297頁。

- ①ロック理論は、暴君討伐のための理論にとどまり、国制の理論としての要素に欠けている。
- ②ロック理論は、統治権力の現れた状態が文明状態であり、自由の保全される状態であると論じている点で、共和主義的である。言い換えれば、彼の「社会契約」論は、civitasを作り上げようとしているのであって、リベラリズムの源泉ではない。
- ③彼の理論が共和主義的であることは、彼の自由論をみればさらに明らかになる。彼にとっての自由とは、“自然法が何も定めていないとき、自分自身の意志に従って行為すること”を指した。これは、バーリンのいう「積極的自由論」の系譜、共和主義的自由論である（ただし、バーリン自身は、ロックを消極的自由論者に数え入れている）。
- ④ロック理論によれば、自然状態における人は、本来、道徳的・理性的な存在であり、civil stateとなると人はさらにcivicとなってres publica（公事）に従事するのである。
- ⑤以上の理論には、「公／私」または「国家／市民社会」の区別はない。彼の理論には人の自由な行為を公事に融け込ませようとする共和主義的姿勢が顕著である。
- ⑥ロックを近代立憲主義の思想家だと位置づけるのは適切ではない。

ロックは、次のⅢでふれるルソーと同様に、公民と、公民からなるcivitasを追い求めた、今日いう「共和主義者」である（1970年代以降の政治思想研究者の間では、この修正主義的な捉え方のほうが有力のようである）。もっとも、ロック理論は、当時の政治的・宗教的な背景のなかではじめて公正に評定できる。徳の道徳哲学とキリスト教の教義とが支配している知的環境のなかでは、ロックが共和主義的姿勢を示すことも当然であろう。

12) 私は、別著において、本文と同様の趣旨を述べたことがある。参照、阪本・前掲注9)『新・近代立憲主義を読み直す』第3章。

彼の思想傾向や彼を取り巻く知的環境はともかくとしても、その理論は、現実の政治や市民社会に不可避の希少性問題を回避する、実に粗雑なものであった¹³⁾。ホッブズの先鋭的理論と比べれば、このことは疑うべくもない。実際、ロック理論は、対抗軸としての君主が歴史的に統治の前面から退場すればするほど、輝きを失っていった。また、政治哲学者の間でも、ロック理論を過剰評価してきたことへの反省も近年顕著となってきた。さらには、上の③でもふれたように、消極的自由論の典型であると位置づけられてきた通説的ロックの自由観に対して、積極的自由論者だ、と特徴づける論者も今日では後を絶たない¹⁴⁾。

ロック理論は、あまりに神話化され、贅肉がつきすぎたようだ。

Ⅲ. もうひとつの主意主義——反・啓蒙の思想家、ルソーの「社会契約」論

わが国の憲法学や社会科学には、ロックと並んで、ルソーの社会契約論が今日まで、強い影響力を与えてきているように思われる。両者ともに、「社会契約」論者であり近代啓蒙思想家だ、と位置づけられているからだろうか。

その実、両者の思想は水と油である。近代立憲主義との関係でルソーを論ずるにあたっては、格別に慎重でなければならない。

(1) 社会契約論

ここまでで紹介してきたホッブズ、ロックは、「社会契約」を論じはしなかった。彼らは、始源的協約が契約とは異質であること、さらには、「社会」樹

13) 参照、J. プラムナッツ、藤原保信ほか訳『近代政治思想の再検討 II ロック～ヒューム』（早稲田大学出版部、1975）126頁。

14) 参照、川出良枝「自由とは何であって、何でないのか」三浦信孝編・前掲注3)『自由論の討議空間 フランス・リベラリズムの系譜』38～44頁、J. タリー「ロック」Z. A. ペルチンスキー＝J. グレイ編、飯島昇蔵＝千葉真ほか訳『自由論の系譜——政治哲学における自由の観念』（行人社、1987）95頁、阪本・前掲注9)『新・近代立憲主義を読み直す』44～47頁。

立のための法的行為ではないことを知っていた。

これに対して、ルソーは、望ましい社会を人為的に樹立するための、全員が全員に合意する理論を考えた。まさに「社会契約」である。

この理論の出発点は、ホッブズやロックと同じように「自然状態」に置かれているものの、ルソーの状態には「社会」（他者との相互関係）という要素はなく、人間の欲望は肉体的な満足だけに向けられ、しかも、後天的な不平等もない状態である。

ルソーは『人間不平等起源論』¹⁵⁾において、他者との関係を余儀なくされる市民社会こそ、牧歌的な自然状態（平等状態）に反するおそれを内在しているものとみた。彼にとっては、市民社会は私的所有権と、それに起因する不平等によって汚染された社会であった。そのために、彼は、あるべき社会の目的は人間を作り替えることにあると信じ、そう論じたのだった。その市民社会は、ロックとは異なって、所有権を保護するために必要とされたわけでもない。また、ホッブズとは異なって、「自然状態」における戦争状態から抜け出すために必要とされたわけでもない。社会・文明状態における財産権の偏在に起因する利害の対立を解消して、「本来の自由」を享受するために、新しい社会の樹立を説いたのである。「本来の自由」とは、私利私欲からも解放され、他者による統治からも解放された状態を指した。

ルソーの社会契約論は、プラトン（Platon）以来の“誰が統治すべきか”という問に解答するにあたり、「常に最初の協約に遡らなければならない」という筋道を提示する。この視点は実に鋭敏である。「人民が国王を選ぶ行為を検討する前に、人民が人民になる行為を検討しなければならない」¹⁶⁾ というのである。そのうえで、彼の解答はこう与えられる。《人民が支配すべきであり、人民が権力を獲得することに成功すれば、彼らは高次の自由を獲得するのである

15) ルソー、本田喜代治＝平岡昇訳『人間不平等起源論』（岩波書店、1933）。

16) ルソー、作田啓一訳「社会契約論 または政治的権利の諸原理」『ルソー全集第5巻』（白水社、1979）120頁。

う》と。

「人民が人民」となって主権を担い、この主権のもとで高次の自由を実現する、という論理展開を関連づけるのが社会契約である。ルソーの基本的構想は、次の有名なフレーズに表されている。

「『各構成員の身体と財産とを、共同の力のすべてを挙げて防衛し保護する結社を発見すること。そして、この結社形態は、これを通して各人がすべての人と結びつきながら、しかも自分自身にしか服従せず、以前と同じように自由なままでいられる形態であること』。これこそ根本的な問題であり、社会契約がこれに解決を与える」¹⁷⁾。

彼の根本問題と、これを解決するという社会契約論との論理関係は、おおよそ次の思考順序によっている¹⁸⁾。

- (ア) 自然状態には、「社会」はない。社会は文明化されてはじめて登場する。
- (イ) 文明社会での人は、利己心に支配されるようになる。文明社会の根源的悪は、私有財産にありそうだ。
- (ウ) 無垢な自然状態から、汚れない（経済格差のない、利己心を押さえた）政治社会は、どうすれば作られるのか。理性や道徳心に訴えて利己心を解放できるわけでもない。支配する権力、政治社会が必要である。
- (エ) 全員の自発的合意によって共同体という政治社会を作り上げ、自分たちが治者であると同時に被治者となれば、「各人がすべての人と結びつきながら、しかも自分自身にしか服従せず、以前と同じように自由なままでいられる」。この契約は、主権者に統治権を譲渡する、垂直的な「統治契約」ではなく、「人民が人民となる」ための水平的な「社会契約」であ

17) 同訳書 121 頁。

18) 参照、阪本・前掲注9)『新・近代立憲主義を読み直す』第4章。

る。

- (オ)社会契約に加わろうとする者は、自分の人身と財産とを共同体全体に譲渡する。そうすれば、各人は、均質で平等な結社構成員となると同時に、結社の一部となる。
- (カ)この社会契約は、いわば各人が自分自身と契約することになる。換言すれば、人民が人民となって、政治社会におけるひとつの人格、ひとつの精神的集合体ができあがる。そうすれば、人々の個別的意識が、この人格の一般意志となる。各人の自由は、一般意志のなかにある。
- (キ)一般意志は常に正しく、常に公共の利益に向かう。

(2) 全体主義の起源

以上のような、「一般意志を具体化する単一の人格としての人民」という概念は、透明な政治的共同体、言い換えれば、全員が自発的に平等参加する結社（アソシエーション）としての国家を渴望する人々に強い影響を与えた。が、これが政治的实践となろうとしたとき、人類の歴史上、大きな災難をもたらしたのである¹⁹⁾。共和制の魔術のもつ魔性である。人民の意思を統制するものについて解答を用意しないままの魔術は、全体主義という、自由にとって最も危険な思想となったのだった²⁰⁾。そこには、「公的領域／私的領域」の区別はなく、人の生活領域が公的人格としての政治体または人民という結社に融け込まれてしまう。または、私人を公民、すなわち *res publica* に従事する人へと叩き直すパターンリズムが統治を先導することになる。それも、自由の名において。

19) 参照、K. ボッパー、武田弘道訳『自由社会の哲学とその論敵』（世界思想社、1973）106～109頁、A. シャンド、中村秀一＝池上修訳『自由市場の道徳性』（勁草書房、1994）47頁。

20) 参照、H. アレント、志水速雄訳『革命について』（筑摩書房、1995）114～115頁。アレントのルソー理解を誤読だと評定するものについては、参照、川合清隆「ルソー 人民主権と討議デモクラシー」三浦信孝編・前掲注3）『自由論の討議空間』83～85頁。

人民主権論は、自由が自由の名において浸食される、という視点を排除するところに成立している。このトリックこそ、人民主権という魔術となって人々を惹きつけてきたのである。

トリックとは、こういうことだ。

【公民となった個々人は「自ら課した法に従う」。この公民がひとつとなった人民も、「自ら課した法に従う」。というのも、シトワイアン¹の意志と人民の意志（一般意志）との間には過不足ないからだ。一般意志の表明こそ法である。この法も「自ら課した法に従う」。一般意志の表明としての法は自由の実現であって、自由の浸食ではありえない。“自由の浸食だ”との主張は、真の自由の意義を理解していない。人民主権は、法を内部から支えているのであって、恣意的な政治的権力ではない。】

これは、自由のなかに高次の自由を、法のなかに本来的な法を忍ばせておくトリックである。残念ながら、この仕掛けは、政治的実践のなかでは有効に作動しない。なぜなら、「低次の自由／高次の自由」、「外部からくる法／自ら課す法」の識別にあたって客観的規準はなく、その判定は統治者がなす以外やりようがないからである。結局のところ、統治者の自己拘束しか拘束するものがない。ということは、人民主権における主権者は、法体系の内部にその地位をもちえていない。法体系そのものを根拠づけていたはずの主権者（人民の意志）は政治的な力となってしまわざるをえない。これは、近代立憲主義のねらいとは真逆である。彼の理論のなかに立憲主義を見出そうとすべきではない。

(3) 道徳哲学への逆戻り

上のトリックに気づいたとき、ルソーの社会契約論は権力の創出とその帰属先を解明したものの、次の2点に関しては、十分な解答を寄せていないことが理解できてくる。

第1は、成立した社会における市民の自由と、社会契約の遵守義務をどう調

和させるか、という点であり、第2点は、市民社会における利害調整のルールはいかなるものであるか、という点である。

右の第1の論点を解決するためにルソーは、一般意思を個人に内部化して、自由と義務とを調和させようとした。彼はいう。

「社会契約を空虚な公式としないために、一般意志への服従を拒む者はだれでも、団体全体によって服従を強制される、という約束を暗黙のうちに含んでいるのであり、そして、この約束だけが、他の約束に効力を与えるのである。このことはただ、彼が自由であるよう強制される、ということの意味しているにすぎない」²¹⁾。

ルソー理論においては、社会契約を遵守し、一般意思に服従する義務は、社会契約それ自体に含まれている。そればかりではなく、彼の理論によれば、この義務は自己の外にある大きな権力に服することではなく、もっと高いレベルにある自由の肯定にほかならない。それゆえ、社会契約は、「公共の決議に公平の性格をあたえる利益と正義とのすばらしい調和」、「服従と自由との一致」、「利益と正義の見事な一致」であると捉えられた。そこにおいては、自由と必然の間にも、本来的なるものと人為的なるものの間にも、矛盾はなく、自由は必然性・本来性として個々人の内に内面化されているのである。彼は、社会契約によって人びとが政治的なるものにおける内面と外面との懸隔を消滅させれば、「自然的自由」に代えて「社会的自由」を手中に収めるばかりか、道徳的自由も法律上の平等をも獲得する、と捉えた。

ルソーはこういつている。

「人間が社会契約によって失うもの、それは彼の自然的自由と、彼の欲望を誘い、しかも彼が手に入れることのできるすべてのものに対する無制限の自

21) ルソー「社会契約論」前掲注15)『ルソー全集』125頁。

由である。これに対して彼がかち得るもの、それは社会的自由と、彼が持っているすべてのものに関する所有権とである。……人間を真にみずからの主人たらしめる唯一のもの、すなわち道徳的自由を、社会状態において獲得するもののなかにつけ加えることができるだろう。なぜなら、欲望だけにかりたてられるのは奴隷状態であり、みずから課した法に従うことが自由だからである」²²⁾。

「自然的自由／社会的自由」、「真の主人となるための自由／奴隷状態の自由」といった自由の質的階層を論ずる理論は、政治哲学というより道徳哲学である。ルソー理論は、ヒューム、スミスの政治哲学を道徳哲学に回帰させ、「道徳的な共和主義的リベラリズム」を説いたのである。道徳哲学ではなく、政治哲学的であるとすれば、それは、「徳の共和国」のための原理を説いたものであって、統治機構のありようまで探求したものではない²³⁾。

(4) ルソー主義の災い

それにとどまらず、ルソー主義は次のような災いを後世に残した。

第1に、市民社会を反倫理的なものとする思考を助長した点である（この傾向は、市民社会をブルジョア社会だと断じたヘーゲル左派、K. マルクス (K. Marx) の政治哲学や、J. サルトル (J. Charles) の実存哲学によって大いに増幅された^{24, 25)}）。ルソーが、私有財産によって汚染された市民社会を浄化し、私人としての人間の単なる集まりではなく、人民が人民となる、公民の自発的結社にしたかったことについては、Ⅲ(1)で既にふれた。「共和主義者」は、ルソーと同じように、自発的結社としての共和国を作り上げるにあたって、障

22) 同訳書 126 頁

23) ルソーは、個と全体との統合が政治的实践においては実現不能と気づいていたのかもしれない。彼が「一般意志は何ものによっても代表されえない」、「力は譲渡することができるが、意志はそうはできない」と述べたのは、人民主権理論を仮説として封印し、政治的实践とは区別するための仕掛けだった、とも理解することができる。

碍となる私的所有権を否定的に評定し、挙げ句の果ては、マルクスのように、同権利の揚棄まで主張する者を生み出したのである。近代啓蒙思想家とは真逆である。

第2に、人民が権力を掌握すればするほど人は自由になる（共和主義的自由観）、とか、人が自由でないのは経済的な手段を欠いているからだ、といった主張（改革主義的自由論）を正当化した点である。この主張が一般化するにつれ、「国家への自由」（実は政治過程への参加という民主主義問題）、「国家による自由」（実は国家による「結果の平等」問題）のごとく、「自由」概念は混乱を極めた。こうした自由観は、I. バーリンの論じた「消極的自由／積極的自由」というふたつの自由観論争以来、長い論争の火種となったばかりでなく²⁶⁾、「リベラリズム／デモクラシー」概念、さらには「自由／平等」概念の相互独立性をほかす原因となり、さらには、自由を支える価値（論拠）についての一定の見方とつながっていったのである。

24) 三浦信孝「自由と自由主義の思想地図」三浦編・前掲注3)『自由論の討議空間』10頁には、次のような興味深いパッセイジがみられる。「知識階級にマルクス主義の影響が強かったフランスで『リベラル』といえば、社会主義に敵対する反共保守を指す否定的なレッテルだった……。マルクス主義を『知識人の阿片』と呼んだレイモン・アロンは左の全体主義の最も早い批判者だったが、1970年代はじめまでは『アロンとともに正しいより、サルトルとともに過ることを選ぶ』知識人が多かったのである」。

25) J. ハーバーマスは『公共性の構造転換』第2版において、市民社会を *bürgerliche Gesellschaft* という表記から *Zivilgesellschaft* と書き換えた。これによって、党派的な色合いは薄まったものの、ハーバーマスの「国家／市民社会／経済社会」という3つの位相化は、相変わらず、経済社会は公共性に欠ける圏域だ、という共和主義的臭いをもっている。参照、ハーバーマス、細谷貞夫＝山田正行訳『公共性の構造転換〔第2版〕』（未来社、1994）における序文（xxxvii 以下）。公共圏（公共性）は、理性的討議によって形成されるものではない、と私は思う。「思想家の公共道徳／大衆の商業的道徳」という階層化は、エリートが警戒してきたはずのエリート主義のように私にはみえる。

26) I. バーリンの「消極的自由／積極的自由」という「ふたつの自由」論は、本文の I. 2 (3)でもふれたように、政治的自由を語るさいの視点ではない。ということは、ふたつの自由論を政治的リベラリズムにそのまま移行させながら、リベラリズムの意を分析することは避けた方がよい。

第3に、“人民の意思またはそれを代表する議会の意思によって制定されるルールこそ、法である”とする実証主義的思考（意思主義）を生み出した点である。この意思主義が、法の制定権限は人民の代表機関である議会に独占されるべきである、とする民主主義とあわさって、「議会＝法制定の独占機関」とする理解を生み出した。この理解は、Ch. モンテスキュー（Ch. Montesquieu）の権力分立とは両立せず、立憲主義から外れている。にもかかわらず、わが国の通説的教科書は日本国憲法41条の「唯一の立法」機関の意義をルソーさながらに、人民主権論的に説いている。つまり、「国会のみが立法権を実体的にも手続的にも独占すること」とその意義を解説している。この解明は、いくつかの点で明らかに誤っている。第1に、たしかに国会だけが実質的意味の法律の制定権限を有しているものの、「立法権」は他の国家機関も有している（内閣の政令制定権、最高裁判所の規則制定権等々）。第2に、手続については、実質的意味の法律の制定にあたっては、国会以外の国家機関（内閣や各院）も有しており、国会の独占領域ではない。第3に、法律制定手続は、41条の明示するところではなく、59条の定めるところだと理解するのが正当である。言い換えれば、法律制定の手続権限は、国会によって独占されているのではなく、《二院に分配されている》と解すべきである。この二院制こそ、モンテスキューの権力分立の眼目だったはずである。教科書の説明は、国会が法律制定権限の唯一の単位であるかのように読者を誤導している。こうした誤導的な解明も、《人民が政治参加を通して権力に近づけば近づくほど、自由は確保される》という考え方や《議会中心の統治こそ国民主権と人権保障に適合的だ》との思考——議会主義——の産物である。

（5）ルソー主義を正すには

立憲主義を正確に理解するためには、“危険は議会からもやってくる”と心得ておかねばならない。権力分立の神髄は行政権を議会が抑制することにあるのだ、などと決めつけてはならない。モンテスキューの権力分立構想は、議会の権力を他の権力で抑制すること、なかでも議会の立法権を他の機関権限で抑

制して相対化することを第一義としていたのだ。だからこそ、彼は二院制から論じ、君主の立法権にふれたのだ。

「民主主義」なる用語に実体的価値を過剰に吹き込んでリベラリズムをこれのなかに融け込ませたり、議会権限に期待したりする思考は、立憲主義とは無縁である。

議会が一般意思を代表することは決してない。議会は多数者の選好すら代表しない、と覚悟しておいたほうがよい。「人民」を主体とする法理論は、方法論的集団主義の誤りを犯している²⁷⁾。

人々の選好は、主観的であり、流動的であり（時間とともに推移しており）、しかも、他者には覚知できがたい。この主観的で流動的で暗黙知的な選好は議会によって代表されることはない。個々人の選好とその満足は、個々人の間での相互行為のなかで実現されればよい（されるべきである）。この実現のためのルールを提供し維持する国家が自由主義国家である。

ルソーの功績は、ロック理論にみられた「civil societyが政治的共同体だ」という捉え方を解体して、「市民社会」を独立に取り出して前景化したことにある。が、その過ちは、個人の自由——この自由の意義も彼に特有であって、近代立憲主義の本道からは外れている——を国家の樹立によって実現しようとしたところにあった。道徳的な共和主義リベラリズムは、近代立憲主義とは両立しがたい思考である。

IV. もうひとつの啓蒙思想とその展開

(1) もうひとつの啓蒙思想——スコットランド啓蒙思想

もうひとつの啓蒙思想は、次のような特徴をもっている（以下では、スコットランド啓蒙思想の共通項を紹介しており、細かな分岐を論ずるものではな

27) 方法論的集団主義は、ルソー主義に特有ではなく、抽象概念を擬人化してわかりやすく講ずるさいにたびたび用いられる。「国家は自己保存する権利を有する」、「国家の教育権か、国民の教育権か」、「社会が〇〇を支える」といった言い方がこれである。これを口にする論者も“この言い方は比喩にすぎない”と気づいていることを私は期待している。

い)。

まずは、人間の本来的な性質（人間観）について。

- (ア)人を理性的・道徳的・人格的だ、とは捉えるべきではない。「理性は情動の僕だった」(D. ヒューム)とみるほうが適切である。情動を軽視する社会理論は空論となり、情動を蔑視する理論は道徳理論に頼りがちとなる。
- (イ)人間の本性は、存在規定（生まれながらの特性）のなかに求めるべきではなく、人と人との相互行為のなかで探求されるべきものである。自然状態と、そこにおける人間の権利（自然権）を論ずることは、希少性問題をかかえる現実社会とは無縁であり、無駄である。
- (ウ)人間の本来的な性向、すなわち、人間の nature は、他者との相互行為に出るという特性にある。
- (エ)相互行為を経験的にみれば、人間の道徳性にも寛大さにも限界がある。道徳性や寛大さの程度は人それぞれである。

(2) 商業社会の「公共性」

人間の本性が他者と交わること、すなわち、socialであること、また、人間が個別的でありながら人々の自発的相互行為の総体をみたとき、カオスではないことに気づいたスミスは、商業の発展に社会の秩序の源泉を見いだした。スミスは、ホッブズとは違って、秩序の源泉を主権者（権力）に見いだすのではなく、ルソーとは違って、社会契約（合意）に見いだすのでもなかった。それだけでなく、正義にかなうルールのプロトタイプも、経済市場に見いだしたのである。この彼の視点は、これまでの啓蒙思想家——そして今日の相当数の政治哲学者——が無秩序と不正義の源泉としてこの市場を警戒してきたことと対照すれば、画期的である²⁸⁾。

もっとも、スミスの画期的な視点は、ヴォルテールやモンテスキューが既に

取り入れていたところである²⁹⁾。たとえば、モンテスキューは『法の精神』の第20篇において「穏和な習俗のあるところには商業があり、商業のあるところには、穏和な習俗があるというのが、ほとんど一般的な規則である」³⁰⁾と述べている。その論拠について彼はこう解説してみせる。「商業が、あらゆる国民の習俗についての知識を、いたるところに浸透させたのである」³¹⁾。次いで、こうもいう。「商業は純粋な習俗を墮落させる。それがプラトンの苦情の種だった。（ところがそうではなく）商業は、われわれが日々目にしているように、野蛮な習俗を洗練し、やわらげる。……商業の精神は人間の中に、ある種の厳格な正義の感覚をつくりだす」³²⁾。商業は、権力者の指令や意思の支配を受けない、n人の自由な交流であり、利害を調整・調和させる活動である。

われわれが「公／私」を議論するとき、“自己利益を最大化しようとする経済的な取引は、計算づくの私利中心で、公事ではない”と人の内面における動機について正邪を問いがちである。道徳的にみて有徳な動機に出ていることが「欠けた人間＝private personではないこと」だ、とみられてきた。ルソーがそうだった。ルソーは『学問芸術論』において、文明の発展とともに、徳に代わって金銭・奢侈が賞賛されて人間を墮落させる、と論じた。徳のリベラリズムを説く論者は、いつの時代になっても、「物質／精神」二分法のもとで、物質（金銭）にこだわってきている。

ところが、こうした「常識」に抗するように、スミスは《経済市場に参加すること自体が私事ではなく公事であって、公共性を満たしている》というのである。

28) 参照、S.フリートウッド、佐々木憲介ほか訳『ハリエクのポリティカル・エコノミー』（法政大学出版局、2006）4頁。

29) たとえば参照、安藤隆穂『フランス自由主義の成立 公共圏の思想史』（名古屋大学出版会、2007）25～28頁。

30) 井上堯裕訳「法の精神」井上幸治責任編集『モンテスキュー 世界の名著34』（中央公論社、1980）499頁。

31) 同訳書同頁。

32) 同訳書500頁、ただし、（ ）内は阪本。

ここでの「公事」とは、交易という行為が、(a)誰にとっても（public にとっての）関心対象であること、(b)誰もが（public が）取引主体として法律行為の単位となりうること、(c)人の内面的な動機の正邪を問うわけではなく、公然の（public な）行為であることをいう。また、「公共性を満たしている」とは、《社会的効用を増加させているという意味で公益（public interest）に資していること》を指している。

スミスが最も強調したかった側面は、私的利益の追求にみえる行為が、同時に、他者（public）の利益となっている、という意味での公共性である。内心では営利追求を動機にしているパン屋の店主は、パンを購入したいと希望する人の欲求を満足させる。それも、何ら強制（指揮命令）の要素なく、である（購入したくない人は購入しなければよい。購入したくても購入できない人にパンを販売しないとしても、それは、購入希望者の自由を侵害する行為ではない）。市場参加者が、公共性に向けて自発的に活動しているというわけだ。スミスの有名なフレーズを下に引用しておこう。

「（個人は）、公共の利益を促進しようと意図してもいないし、自分がそれをどれだけ促進しつつあるのかを知ってもいない。……かれは自分自身の安全だけを意図し、……かれは自分自身の利得だけを意図しているわけなのであるが、しかもかれは、その他の場合と同じように、見えない手（an invisible hand）に導かれ、自分が全然意図してもみなかった目的を促進するようになるのである。……かれは、自分自身の利益を追求することによって、実際に社会の利益を促進しようと意図するばあいよりも、いっそう有効にそれを促進するばあいがしばしばある」³³⁾。

33) A. スミス、大内兵衛ほか訳『諸国民の富（三）』（岩波書店、1965）56～57頁。ただし、（ ）内は阪本。

（3）「国家／市民社会」の原型

「国家（公的領域）／市民社会（私的領域）」二分法の原型は、まずヒュームによって示唆され、スミスによって体系化された。

なるほど、ヒュームは、国家（政府）が登場する背景について、(i)私的所有権は人々の間に不平等を発生させ、これがねたみの原因となる、(ii)このねたみから所有権者を保護することが国家登場の動因であり国家の役割だ、とあまりに明け透けに主張した。読者は、そこに正義の香りをかぎ取れないのである。ヒュームの思想が、わが国の社会科学に影響を与えなかったのは、この点とも関連している。が、ヒュームを評価するにあたって、この点ばかりに注意を払ってはならない。彼の思想は、これまでの政治哲学が「公民としての徳の共和国」を称揚して、商業活動を消極的に評価してきたことに根底から異論を唱えたのである。商業は弱肉強食のごとき反倫理的な活動ではなく、商業こそルールを遵守してなされる自由な相互行為だ、と彼はいいかかったのである。

ヒュームの原型を体系化したのがスミスである。

スミスの基本的発想は、おおよそ次のようであった³⁴⁾。

- ①ヒュームに習って、希少性問題と、人間の知的・道徳的な不完全性を見据えながら、理性や徳から解放された政治哲学を探求する。もちろん、政治哲学は道徳哲学とは違った体系をもっていなければならない。政治哲学は体系のための体系論を論じたり、望ましき体系を頭のなかで作り上げたりするものであってはならない。
- ②最小限の、具体的状況における「正義」のための政治哲学を論ずる。というのも、正義をトータルに語ることは人間の知性でもってしては不可能であるから。抽象的な個人を切り出して、その本性を論ずる哲学の体系は空論である。人間にできることは、具体状況において、明らかな不正義だけを排除するための正義（負の力としての正義）を経験的に明らかにすること

34) 参照、阪本・前掲注9)『新・近代立憲主義を読み直す』第6章。

とだ（賞賛されるべき正義と否定されるべき不正義＝フェアプレーとファールの関係に似ている）。

- ③その正義のパターンが、「商業社会」での人間の交易（反復継続されている自発的相互行為）における交換的正義である。
- ④商業社会こそ希少性問題を前景化させ、その解決の秘策に行き着いている。これが交換的正義である。
- ⑤交換的正義は、自由な市場における無数の人々のプラクティスのうちに、いつの間にか（naturally）できあがる。「見えざる手」（invisible hand）によって（「見えざる手」とは、「いつの間にか」をわかりやすくいうための比喩である。つまり、“人為によらずして”というほどの意である）。
- ⑥政府が交換的正義を維持しておけば、豊かな商業社会が実現する。
- ⑦豊かな商業社会となるかどうかは国制の選択にかかわっている。

（4）市民社会と経済市場

自由な経済市場は、私的所有権を保障された「市民（citizen）」の自発的相互行為のシステムだ、とスミスはいいかかったのだ。そして、市場は自律的に動く、と彼がいうのは、誰からも指揮命令されない無数の自由な取引（ n 人による自発的相互行為＝交易）が反復継続されるとき、（ a 、 b ）間の局所的・個別的行為が（ n 、 $n-1$ ）間の行為に影響し、この行為がまた（ a 、 b ）間の行為に影響し、それが、また、（ n 、 $n-1$ ）間の行為に影響し、さらにまた、以下同じ……と、《 n 人の行為を包摂するネットワークとなって、しかも、いつも変動しているのだ》といたいものと思われる。“ニューヨークでの蝶の羽ばたきが、いつの間にか、中国においてはドラゴンの風となる”というわけだ。

政府は、市場参加者である市民の道徳的な動機について、その正邪を評定する必要がない。

政府の任務は、動機の正邪の評定ではなく、 n 人の行為を成立させるルールを提供し維持することにある。

このシステム³⁵⁾が健全円滑に作動し、社会的効用を増大させる、とスミス

はいうのである。

（5）市民の意義

上にいう市民（citizen）とは、身分制という経済的かつ政治的なしがらみから解放された、自由で対等の法主体をいう。これが、法学においては「人」または「法人格」となる。法学は、人間が「人」または「法人格」であること、理由づけとして「自由意思の主体であること」を強調する。歴史的視点からは、「人間」が帰属集団から解放され、まるで質料をもたない基本単位（点）となって、同質の存在（自由で平等な存在）となると理解されたとき、「市民」と呼ばれたのである。この市民の用法・語義は合理主義的啓蒙思想でも説かれてきた、一般的・伝統的なものである。

となると、ここでいう civil society にいう civil は、ホブズ、ロックのいう political というニュアンスはもはやない。また、野蛮状態から脱して文明化された存在となる、という意味あいもない。それどころか、civil または citizen とは権利義務の帰属点であり、civil society とは、脱政治化され、脱宗教化され、さらにまた、脱道徳化された秩序——無数の市民の無数の相互行為のなかに紡ぎ上げられる広がり——という意味あいとなっている。この civil society とは、王権からも、教権からも独立した秩序という意味合いである。

経済市場が市民社会だといわれる意義は、階層（身分的秩序、位階等）がなく、指揮命令系統もないところに、無数の相互行為がどこまでも水平に広がる領域だ、とイメージすればわかりやすい。

35) 本稿がいう「システム」とは、ある人の行為が無数の人びとの行為と交錯し予想もできない有機的な影響を相互に与えながら、それ自体が変動する統一体をいう。これに対して、ハーバーマスに代表される共和主義者のいう「システム」とは、「人間の発意では如何ともしがたい、埋め込まれてしまっているなにか」であって、自由な営為を阻害する要因を指している。

(6) 経済市場の捉え方

水平的広がりイメージに対して、階級格差、貧富の格差といった視点を混入させて“現実には水平的ではありえない”といいだすと、躓きの元となる。“水平的ではありえない”との主張は、法的不平等と事実的不平等とを混在させた、道徳的な主張となっており、この不平等を法的に解消せよ、という主張にまで展開したときには、政治的主張となる。“Private sphereである市民社会は私益実現に関心を集中させる私人からなっている。私人を公民へと陶冶してpublic sphereを担わせなければならない”とか“市民社会は利己的な人間を作り出す。かような市民社会における個々人は私化し、孤立化・無関係化するばかりだ”という主張は、ルソーやヘーゲル理論を請け売りする、よく聞く社会論評である。

かような政治的論評が法学にも浸透しないはずはなく、“私法（private law）は私的利益に仕えるのに対して、公法（public law）は公益実現に資する”といった思考が一般化しはじめる。この思考は、市民社会を必ず変質させる。なぜなら、市民社会に対する政府の中立性要請——法は人を賃料をもたない基点として扱うこと、すなわち、人の地位・身分に法がブラインドであること——を消し去ってしまうからである（実際、昨今の法理論は、「徳の共同体」を作り上げようとして、法的・政治的に市民社会を変質させてきた。ところが、善意の法理論を巧みに利用しながら、現実の政治は「徳の共同体」志向とは逆方向に向かっているように私にはみえる）。自然的正義に代えて人工的正義を説き、その正義を国家の手によって実現しようとする政治理論は、麗しすぎる。これまでわれわれが経験してきた無数の「政府の失敗」にこそ留意されなければならない。

(7) 商業社会という市民社会

スミスのいう商業社会（経済市場）は、市民社会という政治的概念を経済交易という経済的概念のなかに溶け込ませて、政治と哲学とを架橋して政治哲学とし、道徳哲学とは別の体系を作り上げるためのキー・タームだったのだ³⁶⁾。

この観点は、先にふれたモンテスキューによって先取りされていたともいえる。商業社会が公共的社会だ、という視点である。

ところが、この視点が一般化することはなかったようだ。Civil society は bourgeois society だ、とのヘーゲリアンの捉え方のほうが一般化した。国家は、このブルジョア社会の構造を維持し強化しているかのように説く社会理論まで登場した。そして、人の善意を掻き立てる「連帯」、「友愛」や「協働」を前面に打ち立て、市民社会とは別個のアソシエーションを作りだそうとする政治理論もみられるようになった³⁷⁾。

これらの理論は、人間の利他性の限界やリソースの希少性問題を軽視しているばかりか、国家権力をも軽視した、歴史的検証なき空論である。市民社会の統合を政治的力で実現しようとすれば、そこには必ず独占が生まれ出て、権力の分散状態を破壊することになる³⁸⁾。

市民社会における人為的（人工的・設計主義的）統合に期待するロマンティズムは、市民社会それ自体が無数の自発的相互行為のネットワークとなっていることを失念している。市民社会をブルジョア社会だと捉える論者は、この

36) 本文で述べた捉え方は、社会理論家のなかで一般化しつつあるようである。たとえば、P. ロザンヴァロン、長谷俊雄訳『ユートピア的資本主義 市場思想から見た近代』（国文社、1990）81頁は「市民社会を市場として理解することによって、スミスは世界に革命をもたらしたのである」という。私は、前掲注9)の『新・近代立憲主義を読み直す』90頁以下で、同様な趣旨を述べた。そして、こう結論した。「スミス以前の政治理論が、神の眼差しで生きるべき人間とその社会を、道徳的に説いていたのに対して、スミス理論は、日常的で局所的な人間の経済市場での行動を通して、自然的自由のパターンを発見しようとしたものでした」（106～107頁）。

経済市場の動き・機能を「エコノミー」（為政者による人民救済学またはホモ・エコノミーの効率性追求学）として捉えようとする、「市場は私利私欲の体系だ」といいにくくなる。ハイエクが「エコノミー」ではなく、「カタクラーシー」という、聞き慣れない言葉で市場を再定義しようとした背景には、この固定観念を打破するねらいがある。

37) 参照、川越修「社会国家の思想的基盤」社会思想史学会年報33号『社会思想史研究（特集）福祉国家・社会国家の思想 再訪』（2009）8頁以下。

38) 参照、M. オークショット、嶋津格ほか訳『政治における合理主義』（勁草書房、1988）53頁。

社会がヒエラルヒー状の支配組織となっていると決めつけるか、さもなくば、私権が人間を孤立化させ人間を疎外させていると決めつけるかしている。

生産手段をもつ者が労働者を隷属状態に置く、という主張は陳腐すぎる。市民社会は組織ではない。

また、私権が人間を孤立化させるという主張も陳腐すぎる。“人間は権利と自由のなかで疎外される”というヘーゲリアンの主張は適切ではない。各人を法主体という人格として法認し、徹底した形式的平等のもとで私権を保障する社会は、権利行使という相互行為で人びとを無限に無数につないでいくネットワークである。このネットワークが人間の自由を拡大し、革命的に経済を成長させた、というのが歴史的真相である。19世紀以降の歴史がこのことを論証している。だからこそ、市民社会を公民社会に作り替えようとする主張や、社会連帯を渴望する思考について私は、先に「歴史的検証なき空論である」と評定したのである。

市民社会（市場）を最適組織に作り替えようとする国家は、経済市場への干渉政策にとどまることはなく、政治過程を干渉主義へと変質させるだろう。国家によって囲まれた市場——「社会的市場経済」と称されることもあるが、この用法も「社会」という魔術の言葉の産物である——は、先にふれたように、権力の分散状態を破壊するだろう。

また、市場は人びとを孤立化させるものでもない。経済市場こそ、誰に対しても便益を与えるる制度である。

おわりに

スミスが市民社会を経済市場として取り出し、経済市場は自律的に動くと強調したのは、自由がinterpersonalな人間関係によって規定され尽くされるものではなく、この関係を取り巻く国制、経済市場、伝統・慣習、言語等、いわゆる「制度」(institution)によっても規定されている、といったかったようである。《自由は制度とともにある》といつてよい。

合理主義的啓蒙思想の主意主義の限界は、制度を語らなかった点にある。

経済自由市場が人間の局所的で暗黙的な知識を分散させている制度だ、と論じたのが、スコットランド啓蒙思想の流れを引くオーストリー学派だった。この点について私は、『法の支配』（勁草書房、2006）においてふれたところである。

侵害に先行する事情と正当防衛の限界

照 沼 亮 介

- I はじめに
- II 判例
 - 1 喧嘩と正当防衛の成否に関する判例理論
 - 2 最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁
 - 3 昭和52年決定以降の判例における「積極的加害意思論」の内容
 - 4 積極的加害意思論に依拠せず急迫性を否定した裁判例
 - 5 3の議論と4の議論を併用しているようにみえる裁判例
 - 6 最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁
- III 学説における侵害回避／退避義務論（特に急迫性との関係〔回避義務〕について）
 - 1 佐伯説
 - 2 山口説
 - 3 橋爪説
 - 4 検討
- IV 「挑発防衛」「自招侵害」をめぐる従来議論との関係
 - 1 問題の所在
 - 2 因果性の問題
 - 3 違法判断の相対化の問題
 - 4 正犯性の問題
 - 5 正当防衛の成立要件に関する解釈論との関係
 - 6 判例の評価について
- V 結語

I はじめに

本稿は第一に、これまで筆者が正面から検討対象にしてこなかった¹⁾、判例における「積極的加害意思論」の位置付けを根本的に見直すため、まず、後述する最決昭和52年7月21日に先立つ、いわゆる喧嘩闘争に関する判例の議論

を確認した上で（Ⅱ 1）、昭和52年決定（Ⅱ 2）とそれ以降の裁判例（Ⅱ 3）、さらに後述する最決平成20年5月20日の内容及び同決定と従来の判例理論との関係を検討する（Ⅱ 4）。第二に、主観的要件によらず防衛状況を否定する理論として近時注目されている侵害回避義務論の幾つかを取り上げてその内容を検討する（Ⅲ）。以上の考察を踏まえて、第三に、従来「挑発防衛」「自招侵害」という独自の領域として取り扱われてきた問題について、近年の議論状況を踏まえた上で検討を加える（Ⅳ）。これらを通じて、侵害に先行する事情が正当防衛の成否に与える影響につき望ましい方向性を探ってみたい。

なお、本稿では「挑発行為」とそれ以外とを分けずに、ひとまず「侵害に先行する事情」一般として取り扱うが、それは主として「挑発行為」それ自体に否定的評価が随伴して結論先取りとなるおそれを回避するためである。またこの他に、問題となる急迫不正の侵害に先立って既に侵害者の側が違法な侵害を繰り返しており、これに対する防衛のための行為がなされた場合に、そうした先行する一連の侵害の存在が防衛行為の相当性判断に与える影響に関しては、近時最判平成21年7月16日刑集63巻6号711頁が現れているが、この問題に関しては本稿の射程外とする²⁾。

Ⅱ 判例

1 喧嘩と正当防衛の成否に関する判例理論³⁾

判例はかつて、「喧嘩闘争」とされる事案類型において正当防衛の成立を全

1) 本稿は、日本刑法学会第88回大会（2010年、東北大学）分科会Ⅰ「正当防衛の判断基準」における報告を契機として執筆したものである（当日の報告内容については、刑法雑誌50巻2号〔2011年〕149頁以下参照）。同報告の準備過程においては、共同研究に参加された先生方から大変多くのことをお教え頂いた。ここに記して厚く御礼を申し上げる。なお、これに先立ち、照沼亮介「正当防衛の構造」岡山大学法学会雑誌56巻2号（2007年）143頁以下では、正当化根拠論と相当性判断を中心として検討を加えた。

2) 本判決については井上宜裕・ジュリスト平成21年度重要判例解説175頁以下、橋田久・法学教室判例セレクト2009・27頁、橋爪隆・刑事法ジャーナル21号（2010年）83頁参照。

面的に排除してきたと説明されていた。例えば、大判昭和7年1月25日刑集11巻1頁は、わが国古来の「喧嘩両成敗」の格言を引いた上で、闘争者の行為は相互に同時に攻撃防御を為す性質を有しており、一方のみを不正の侵害として、他方のみを防御行為と解するべきではなく、正当防衛の観念を容れる余地がないとしていた。しかし、ここでは日常用語的な意味においてではなく、相互闘争状況全般の中でも正当防衛の成立がおよそ認められないとされる類型としての「喧嘩闘争事案」が問題とされていたと考えるべきであり、実際、最高裁の時代になってから、判例はより限定的な表現を用いることで、結論的に正当防衛の成立が否定される事案であっても、およそ喧嘩闘争の場合に正当防衛の成立が全面的に排斥されるわけではないことを次第に明確にするようになった。例えば、最判昭和23年6月22日刑集2巻7号694頁は、喧嘩は双方が攻撃防御を繰り返す連続的行為であるから、ある瞬間においては一方がもっぱら防御に終始しているように見える場合でも、「闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである限り」と限定した上で、正当防衛の観念を容れる余地がないとしており、また、最大判昭和23年7月7日刑集2巻8号793頁も同様の前提から「闘争の全般からみては、刑法第36条の正当防衛の観念を容れる余地がない場合がある」という言い回しを用いている。そして、最判昭和32年1月22日刑集11巻1号31頁は、上記二つの最高裁判例を引用した上で喧嘩闘争の事案であっても正当防衛が成立しうることを主張した上告趣意に依えて、「喧嘩闘争においてもなお正当防衛が成立する場合があります」と、少なくとも過剰防衛の成否や量刑に対する影響を検討する必要があることを明らかにした。

これらの最高裁判例は、本稿で問題とする（自招侵害を含む）相互闘争状況

-
- 3) この問題に関しては、山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集27巻2号（1984年）142頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第2巻〔第2版〕』（1999年）342頁以下、359頁以下（堀籠幸男＝中山隆夫執筆）橋爪『正当防衛論の基礎』（2007年）120頁以下が詳しい。また、成瀬幸典＝安田拓人編『判例プラクティス刑法Ⅰ総論』（2010年）206頁、207頁（亀井源太郎執筆）も参照。

における正当防衛の成否の判断に関し、依然として一定のレベルで先例性を有していることは否定できない。實際上、正当防衛の事案の多くは「喧嘩闘争」の一場面として現れることが多いが、こうした問題が争点となった際に少なくとも明示的に判例変更が行われたことはないからである⁴⁾。しかし、これらの判例が、いかなる事例状況において、正当防衛のどの要件が否定されるのかについては何も示していない以上、このままでは「類型」としての機能を果たせないこともまた明らかである。そこで、この問題について、正当防衛を正当防衛たらしめている要件、すなわち防衛状況・緊急行為性の有無にスポットを当てて論じることにより、大きく議論を進展させる契機となった判例である昭和52年決定に視点を移してみることにしよう。

2 最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁⁵⁾

本件では、(A) 過激派の学生グループであった被告人らが集会を開こうとして会場を設営中に、対立関係にある学生らの攻撃を予知して、多数の木刀、ホッケースティック、鉄パイプ等を準備し、(B) 1回目の上記学生らからの攻撃を実力で撃退した。(C) その後、ほどなく相手方が態勢を調べて再び襲撃してくることは必至と考えた被告人らは、ホール入口に木製の長机や長椅子を使ってバリケードを築き始めたところ、再度襲撃してきた上記学生らに対して鉄パイプで突きかかるなどの共同暴行をした、という事案につき、最高裁は、正当防衛において侵害の急迫性が要件とされているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期

4) 橋爪・ジュリスト1391号（2009年）160頁は、上記昭和23年7月7日判決が大法廷判決である点を強調してこのように説く。

5) 本決定に関する評釈・解説は数多いが、差し当たり、曾根威彦・判例評論233号（1978年）44頁以下、平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第3版〕』（1991年）50頁以下（西田典之執筆）、大越義久『刑法解釈の展開』（1992年）36頁以下、芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第5版〕』（2003年）46頁以下（曾根執筆）、西田ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第6版〕』（2008年）48頁以下（松宮孝明執筆）などを参照。

されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではない。しかし、単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさない。被告人は相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく積極的攻撃、闘争、加害の意図をもって臨んだのであり、急迫性が否定される、とした。

本件は当初、暴力行為等処罰法1条違反の罪に関する事案であったと同時に、凶器準備集合罪の成否も争われていた。その際、1審判決では、前者の罪について、本件においては一部の被告人が仲間らの意向とはかかわりなく突発的に行った犯行部分を除くと、被告人らに全体として「積極的な加害・攻撃意思」を認定することには疑問があるという理由から正当防衛の成立は否定されないとされ、同時に後者についても、上記の認定事実から、相手方の襲撃からの防衛に必要な限度で相手方に危害を加えることのあることについての認識、すなわち「単なる防衛目的」のみでは同罪における「共同加害の目的」として評価できない、という評価が導かれる構造になっていた点が注目される⁶⁾。これに対して控訴審判決は、被告人らの行動は「共に相互に有機的に連繋した合目的的な行動」「統一のとれた行動」であるとし、各人について「共通の目的によって統一された意思とともに激しい攻撃意図を窺知することができる」「直ちに共同して敢然とこれに立ち向い迎撃する意図を共通にしていた」として「共同加害目的」の存在を認め、原判決を破棄し差し戻した⁷⁾。こうした本件の経緯に照らすと、最高裁としては、被告人らが計画的に「打って出る」ことを意図していたこと、すなわち当初から「積極的な加害目的」が存在していたことを強調する必要があると考えていたのではないかと推測される。

しかし、ここでの最高裁の判示事項は、暴力行為等処罰法違反の罪における

6) 刑集31巻4号778頁以下、788頁参照。結論として一名の被告人についてのみ、(B)の事実に関する暴力行為等処罰法違反の罪と、その場面における限度での凶器準備集合罪の成立が認められていた。

7) 刑集31巻4号798頁以下参照。

暴行の事実の有無や凶器準備集合罪における共同加害目的の有無についての判断ではなく、あくまで（C）の局面における前者の事実につき36条の適用が認められるか否かの判断なのであるから、後者の事実認定をも含めた文脈において用いられていた「目的」の存否を採り上げ、これを「急迫性の否定」に関する一般論として強調するまでの必要性は、本来なかったと思われる⁸⁾。現に、本決定は侵害の「十分な予期」の存在があったとしてもなおそれだけでは急迫性は否定されないことを強調しており、単純な「防衛状況の認識」とは異なった次元において急迫性が否定されるべきであることを説いている。その意味では、本決定の措辞は「積極的な加害目的」という用語に些か引き寄せられ過ぎた嫌いが無いわけではない。だとすれば、本件の事案を離れて「積極的加害意思」を急迫性を否定するための要件として把握し、これを広く相互闘争や自招侵害の場面一般における「判例理論」の内容であると説明するようなことは避けるべきであろう。むしろここでは、十分に予期された侵害に対して武力衝突のみを念頭に置いた準備的行動をとっていた場合には、そうした行為者（本件では人的に『閉じられた集団』でもあった被告人ら）には反撃に出ることが「許容されない」という価値判断が示されていることこそが最も重要であるように思われる⁹⁾。

8) 大塚仁＝佐藤文哉編『新実例刑法〔総論〕』（2001年）84頁以下（波床昌則執筆）は、いわゆる「出向き型」の事例において、あらかじめ凶器準備集合や銃刀法違反などの罪に当たるような用意を整えていたのであれば、積極的加害意思を問題にするまでもなく緊急状況が否定されるとしている。

9) また既に、最判昭和30年10月25日刑集9巻11号2295頁においても、相手方が攻撃してきたらこれに立ち向かうため、被告人が日本刀一振を抜身のまま携えて叢に身をひそめ様子を窺ううちに、相手方が矢庭に出刃包丁をもって突きかかってきた場合には、被告人は相手の不正の侵害について早くから「充分の予期を持ち且つこれに応じて立ち向かい敏速有力な反撃の傷害を加え得べき充分の用意を整えて」進んで相手と対面すべく様子を窺っていたのであり、相手の攻撃は被告人にとって急迫のものとはいえないとして急迫性が肯定されているが、これも上記の文脈において整合的に理解可能である。

3 昭和52年決定以降の判例における「積極的加害意思論」の内容

昭和52年決定以降の判例のうち、積極的加害「意思」という主観面についての判示を行っているものも、結局は被害者と反撃者それぞれの態度、反撃の準備の程度などを含めた、侵害に先立つ／侵害時点における客観的状況の認定を基礎としつつ、ただその過程や結論において、「積極的加害意思」の有無を論じてきたに過ぎない、とみることができる。ここではおそらく、基本的に侵害に先立つ行為者の主観的事情は急迫性の有無の問題であり、侵害現時の行為者の主観的事情は防衛意思の有無の問題として区別されているのだらうと思われる¹⁰⁾。以下ではこのような論理から急迫性の有無を判断しているとみられる判例を採り上げる^{11) 12)}。

①大阪高判昭和53年3月8日判タ369号440頁

本件では、被告人が反撃に用いたナイフを準備携帯していたのは護身用という消極的な用途であり、当初相手方と40分間行動を共にしながら攻撃意思を示した事跡がなく、相手方の少なからぬ挑発的言辞にも冷静に対処し、円満解決を希求して第三者に仲裁を依頼したり、侵害を受けるまでは仲直りのため真摯な言動を示していることなどの一連の経過に照らすと、仮に攻撃意思が心底にあったとしてもそれは防衛意思に不可分一体のものとして併存していたもの

10) 安廣文夫・最判解刑事篇昭和60年度142頁以下、同「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」刑法雑誌35巻2号（1996年）85頁以下。このような理解に対して疑問を向けるのは、齋野彦弥『基本講義刑法総論』（2007年）145頁以下（脚注部分）。

11) 昭和52年決定以降の裁判例に関しては、齋藤信治「急迫性（刑法36条）に関する判例の新展開」法学新報112巻1・2号（2005年）387頁以下、橋爪『正当防衛論の基礎』注3）154頁以下も参照。

12) なお、最近の裁判例の中では、松山地判平成21年7月24日LEX/DB 25441299が、被告人は「専ら加害の意思をもって」暴行を加えたということについて、甲府地判平成21年10月7日LEX/DB 25462909が、被告人の暴行は「専ら積極的な加害意思に基づいてなされた」とはいえないことについてそれぞれ言及して正当防衛の成否を判断しているが、文脈上、これらはいずれも防衛の意思の有無の判断に際して検討されていると解される。

にとどまるのであって、「もっぱら積極的な攻撃意思を実現する意図」のもとにナイフを携帯していたものではない、として急迫性が肯定されている。

②大阪高判昭和53年6月14日判タ369号431頁

本件では、被告人の反撃による創傷が浅い程度にとどまり、かつ、こちらから相手方に駆け寄ったといってもわずかの距離・歩数にとどまっていたことがうかがわれるとして、被告人が相手方の不正の侵害を予期していたことは認められるものの、その機会を利用し積極的に加害行為に及ぼうとするまでの意思はなかった、として急迫性が肯定されている¹³⁾。

③福岡高判昭和57年6月3日判タ477号212頁

本件では、喧嘩闘争に際して発砲してきた相手方に対して、けん銃を発射し、脇差しで切りつけるなどした被告人らの行為につき、昭和52年決定を参照しつつ、「単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用して機先を制して積極的に相手に対して加害行為をする意思で対抗するときは、もはや法秩序に反し、これに対し権利保護の必要性を認めえない」という理由から¹⁴⁾、侵害の急迫性が否定されている。

④福岡高判昭和58年4月27日判タ504号176頁

本件では、被告人が、当初クラブで飲酒中に喧嘩となったのちにいったん帰宅したものの、相手が深夜自宅に来襲することを予期しながら包丁を準備し、実際に相手方が襲ってきたことを受けて玄関先に出て、相手方に脇差で切り付けられて激昂し、包丁で刺殺したという事案について、相手方の襲撃を当然予期しながら、単に逃避しなかったというだけでなく、これに対抗するため包丁

13) ただし、本判決では侵害発生後の主観的事情が検討対象とされており、こうした理解は前述した判例の基本的な態度からは逸脱しているとみられる。この問題については橋爪『正当防衛論の基礎』注3) 161頁以下。

14) この判示には、後でみる⑭や⑳の論理に通ずる部分があるように思われる。

を準備して「積極的に一層切迫した危険状況を作り出して立ち向かい」、相手方の侵害に対して間髪を容れず反撃に出たこと、さらに、相手方を突き刺した際に¹⁵⁾ 単なる防衛の意思にとどまらず、「その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思」で反撃したこと、を挙げて、こうした場合は「もはや法秩序に反し、権利保護の必要性を認めえない」として¹⁶⁾、急迫性が否定されている。

⑤最判昭和59年1月30日刑集38巻1号185頁

本件では、被告人がいったん木刀を手放し、相手方に話し合いをしようと申し向けて階段を下りていること、致命傷を与えた理髪用鋏もともと「喧嘩に備えて用意したもの」とはいえないことから、相手の攻撃は「予期しなかった侵害」であり、急迫性が肯定されている。ここでは、侵害の予期が存在しないことから直ちに急迫性が否定されており、結論的に積極的加害意思の存否については判断されていない。しかし、本判決において、被告人が相手方の攻撃を予期しており「その機会に積極的に同人を加害する意思であった」ことを根拠に急迫性を否定していた原判決について「事実を誤認したものといわざるをえない」と評している¹⁷⁾ ことを踏まえるなら、やはり積極的加害意思論の枠組みを踏まえた上で、侵害の十分な予期の存在は「積極的加害意思」の前提であり、それすら存在しない場合には急迫性は当然に肯定される、という理解に基づいているものと解される¹⁸⁾。

本判決に関しては、侵害の予期や積極的加害意思といった主観的事実の認定は「できるだけ客観的事実から推認するようにすべきであろう」「いかなる攻

15) ここでも②と同様に、侵害発生後の主観的事実が問題とされているが、実際は侵害発生以前から加害意思が認定しうる事案であったと解される。橋爪『正当防衛論の基礎』注3) 161頁以下。

16) ③と同様に、この部分は後の⑭や⑳の論理に通ずる。

17) 刑集38巻1号190頁。

18) 松浦繁・最判解刑事事篇昭和59年度44頁以下。

撃を予期したかが、侵害の急迫性の存否に関連して重要な意味を持ってくる」としている調査官解説の指摘¹⁹⁾も重要である。ここで採り上げている一連の判例において、単なる「認識」「意思」の有無のみで急迫性の存否が判断されているわけではないことが確認できるからである²⁰⁾。

⑥東京高判昭和60年6月20日判時1162号168頁

本件では、被告人が当初相手方から受けた暴行はその場限りのもので、それ以上に発展する恐れはなかったと認められるにもかかわらず、被告人が憤激して相手の胸倉を掴んで引き立たせ喧嘩を挑んだことから、相手がこれに誘発されて喧嘩闘争に発展したものであり、さらに、その後相手が被告人から投げ飛ばされて床面に倒されてからはまったく無抵抗な状態となり、以後は被告人が一方的な攻撃に終始した、という一連の経過に照らすと、被告人は相手が挑発されて攻撃してくるであろうことを予期し、その機会を利用して積極的に加害する意思で暴行に及んだと認められるから急迫性が欠けるとされている。

⑦浦和地判昭和61年6月10日判時1199号160頁

本件では、被告人が相手方から手拳で殴りかかれ、当初これかわしていたものの、さらに殴りかかってきたため、被告人が相手方の顔面を手拳で殴打したところ、相手方に両肩を強く掴まれたので、さらに顔面を殴打して死亡させたという事案につき、被告人が犯行当時、相手方による「一連の侵害を予期しないしは挑発し、これに対して積極的に応戦したような事情」は認められないので、急迫性が認められるとされている。その際、相手方の攻撃に対して被告人が後ずさりしていることや反撃行為の態様といった侵害発生後の事情に加え

19) 松浦・注18) 46頁。

20) さらに、安廣「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」注9) 86頁は「主観面の認定に当たっては外形的事実関係が重視されるのであり、判例が積極的加害意思を認め急迫性を否定している事案では、客観的に積極的加害行為がなされたと認定されているのである」とする。

て、身障者である被告人と相手方との間に体力差があること、かねてから被告人が相手方の粗暴な性格を恐れていたことの事情が挙げられていることから、ここでも、侵害に先立つ事実関係も踏まえた上で、積極的加害意思の有無、すなわち急迫性の有無を判断するという論理が展開されているように思われる。

⑧札幌地判平成元年10月2日判タ721号249頁

本件では、被告人が相手から得物による反撃もあり得ると予想していたこと、相手が好戦的であると認識していたことなどからすれば、少なくとも暴力団の組事務所を兼ねている相手方自宅のガラスを割るなどの違法な行動に出た段階では、相手方が日本刀などの凶器を持ち出し反撃してくることは十分予測された事態であったこと、被告人が威嚇的行動を全くともせずつきやうに発砲しており、さらに命中しているのを確認しながら引き続いて二発目を撃っていることなどからすれば、被告人は相手方が模造日本刀を持ち出した際にその機会を利用し積極的に加害行為をする意思を有していたものと認められるとされて、急迫性の存在が否定されている。

⑨東京地判平成8年3月12日判時1599号149頁

本件では、被告人が相手方との喧嘩が一旦収まって帰宅した後も、相手からの仕返しをおそれ、護身用に包丁を携帯して外出した際に、路上で包丁を持った被害者に襲われ、これに応戦して刺殺した事案につき、被告人の侵害の予期が相当低くなっていたことに加えて、喧嘩のきっかけは相手が作ったものであり、相手の攻撃を予測して挑発するために喧嘩をしたものでもない、といった事実関係から、侵害の十分な予期と積極的加害意思が存在しなかったとされ、急迫性が肯定されている。

⑩千葉地判平成9年12月2日判時1636号160頁

本件では、被告人が夜間、アパート自室の階下に居住する相手方の部屋から騒音がしたので、相手方の全開になっている玄関先から注意しようとしたが、

相手方と口論となり、「これ以上同人にかかわらないで自室に帰ろうと決心し」て外階段の方へ歩き出したところ、相手方が突然大声で叫びながら胸倉を掴み、強く締め上げてきた。これに対して、被告人は相手方の両手首を掴んだり、平手で強く胸を突いたりしたが、相手方が手を離さず、なお締め上げ続けたため、手拳で顔面を殴打したところ、相手方が後ろ向きに倒れて、後頭部を路面に打ち付けて死亡した、という事案につき、侵害発生直前の被告人の行動が検討され、被告人が相手方の「侵害を予期し、あるいは挑発し、これに対して積極的に応戦し、加害したという事情」は認められないとした。さらに、立ち去ろうとした際の被告人の言辞についても「被告人の攻撃を挑発したとまでいうことができない」とする説明が付け加えられており、ここでは、挑発に基づく自招侵害の問題も、基本的に積極的加害意思の有無を基準とする急迫性の判断枠組みの内部で検討されていることが窺え、以後の判例との関係に照らして興味深いところである。

⑪東京高判平成14年6月4日判時1825号153頁

本件では、被告人はカウンターバーの店内で相手方に暴行を加えられた際に、第三者に宥められ、制止されて自席にとどまり、特に相手方を追いかけるような仕草は見せていなかったにもかかわらず、相手方の方から被告人の方向に来てさらに暴行を加えており、この間、被告人は相手方と罵りあってはいるものの、自ら暴行を加えようとするような態度には出ていない。このような経緯に徴すれば、被告人に、相手が戻ってくるのを待ち受け、その機会を利用して積極的に加害する意思があったとは認められず、急迫性は否定されないとされている。

⑫大阪高判平成14年7月9日判時1797号159頁²¹⁾

本件では、相手方の侵害は予想された侵害といえる面があることは否定できないが、被告人と相手方とは職場の上司と部下という関係にあり、当時ほとんど一緒に仕事をしていたことや、当初のけんかからかなりの時間が経過し、そ

の間共に仕事もしていたことを考え併せると、被告人としては話し合いでの解決を考えていたこともまた否定できないから、たとえ相手の行為が一面において予期された侵害であったとしても、被告人が終始相手の行為に対応する範囲内の行為しかとっておらず、「その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思」を認めることはできないので、急迫性は否定されないとされている。

⑬広島高判平成15年12月22日LEX/DB 28095137

本件では、相手方からの侵害が予期されていながら、被告人が挑発的な言動を行い、傘で殴りかかってきた相手方からこれを奪い取って頬部を突き刺すなどの暴行を加えて死亡させた事案につき、客観的に侵害の事実が存在したことを前提としつつ、被告人に侵害の「十分な予期」と「積極的に加害行為をする意思」の存在が認められて急迫性が否定されている。

4 積極的加害意思論に依拠せず急迫性を否定した裁判例

以上のような積極的加害意思論のほかに、近時の裁判例においては、特に「自招侵害」と呼ばれるケースにおいて、こうした枠組によらずに判断したとみられるものがある。

⑭大阪高判昭和56年1月20日刑月13巻1＝2号6頁、判タ441号152頁

本件では、暴力団組員である被告人が、襲撃してきた相手方によって配下の組員が拉致されることを妨げるために、事前の十分な予期に基づいてあらかじめ用意してあったけん銃を威嚇発射したという事案について、昭和52年決定を参照しながらも、相手の侵害の性質・程度と相関的に考察し、「正当防衛制度の本旨」「法秩序全体の精神」に照らして「自らの対抗行為がそれ自体違法

21) 本判決については、齊藤彰子・判例評論538号（2003年）43頁以下、川口浩一・現代刑事法53号（2003年）63頁以下も参照。

性を帯び正当な行為と認め難い場合」には「正当防衛を認めるべき緊急の状況ではなく」急迫性が欠けるとした²²⁾上で、積極的加害意思の有無に言及することなく²³⁾、行為全体の状況からみて急迫性の要件は充たされていなかったとされている。

⑮福岡高判昭和60年7月8日刑月17巻7＝8号635頁、判タ566号317頁

本件では、夜半に被告人方に上がり込んだ相手方が、被告人から殴る蹴るの暴行を加えられていったん自宅に逃げ帰ったものの、憤懣やる方なく、謝罪させるために自宅から包丁を持ち出して被告人方に引き返したところ、これを察知していた被告人が玄関先を施錠していたため、玄関戸を足蹴にしながら怒号していた。被告人はこれに立腹し、風呂場の窓から相手が包丁を手にしていることに気付いたが、差し当たりそれ以上の危険はなく、そのまま放置しておけば相手があきらめて帰宅することが十分予想される状況であって、自身もそうした認識を有していたにもかかわらず、窓から竹棒を突き出して被害者の頭部に傷害を負わせた、という事案につき、A) 自己の不正な侵害により、B) 相手方の不正の侵害を直接かつ時間的に接着して惹起した場合に、C) 相手方の侵害行為が通常予期される態様及び程度にとどまるものであり、D) その侵害が軽度にとどまる限り、急迫性が否定されるのであり、このような場合に積極的に対抗行為をすることは先行する自己の侵害行為の不法性との均衡上許されない、という前提から相手方の侵害の急迫性が否定されている。

本判決では当初の暴行の時点における積極的加害意思の有無については言及されていないが、相手方の侵害が比較的軽微なものであったことを考慮に入れて客観的事実から急迫性を否定したものと評されている²⁴⁾。しかし、既に現出している侵害が「相対的に軽微」であるかどうかという「程度」の問題を、

22) このような論理は、後でみる⑳においてより詳細に展開されている。

23) 橋爪『正当防衛論の基礎』注3) 166頁は、本件が威嚇発射にとどまった事案であることを理由に積極的加害意思を認めることは困難であったとする。

24) 大塚＝佐藤編『新実例刑法〔総論〕』注8) 118頁以下（の場純男＝川本清厳執筆）。

遡ってそもそもの前提である急迫性の「有無」の判断に際して考慮するという論理には無理があるように思われる。

⑯大阪高判昭和62年4月15日判時1254号140頁

本件では、小柄で年少の相手が喧嘩に応じさせようと執拗に挑発してきたのを受けて、被告人が渡されたナイフで至近距離から先制攻撃を加え、胸部を刺して死亡させた事案において、被告人が「対決する意思のないことを明確にし、断固としてその場を立ち去るという態度を示せば、たとえ同人に嘲弄・罵倒される程度のことはあっても、生命・身体に対する一方的な攻撃を加えられる危険があったとまでは考えられ」なかったのだから、「一時の屈辱に甘んじてもひとまずその場を逃れるという手段を取るべきであったということが出来る」とした上で、あえて屈辱を潔しとせず喧嘩闘争を受けて立った以上、自己の生命身体に対する相手の攻撃があっても、特段の事情のない限り急迫不正の侵害とはいえない、とされている。

ここでは、違法な先行行為で誘発したものではなく、その時点における加害意思等も存在していないが、やはり客観的な事情から急迫性が否定されている。ただし、量刑理由中で、喧嘩闘争を挑まれたのもとはといえば自己の生活態度に原因がある旨の言及があり、こうした事情（あるいは、こうした状況下において「ひとまずその場を逃れるという手段」を選択しなかったという「不作為」）の存在をとらえて、自招侵害の事案の延長線上に位置付けることもできるかもしれない。

⑰東京地判昭和63年4月5日判タ668号223頁

本件では、被告人が深夜相手方の自宅に赴き、同人を激しく怒鳴りつけ、脅迫し、突き飛ばして転倒させたところ、相手方が傍らにあった置物の石塊二個を投げつけ、それが被告人の頭部に当たったため、激昂した被告人が投げつけられた石塊やラジオカセットで被害者を多数回殴打し、死亡させたという事案について、相手の侵害がA) 自己の脅迫や暴行により、B) 直接に惹起された

ものであり、D) その態様や程度も自己の暴行脅迫の程度と比較して過剰なものではなく、C) 自己の行為に対して通常予想される範囲内のものであるにとどまる場合、相手方の侵害は「自らの故意による違法な行為から生じた相応の結果として自らが作り出した状況とみななければならない」「防衛行為に出ることを正当化するほどの違法性をもたないというべき」とした上で、相手方の侵害は被告人との関係においては「不正」性の要件を欠くとされている。

ここでもやはり同様の客観的事実を根拠に正当防衛状況の存在が否定されているが、その処理を「不正」性の要件の有無に位置付けた点に特徴があり、これは事前の段階で積極的加害意思が認定できない場合にも「急迫」性を否定すると昭和52年決定に抵触する可能性があることを懸念したものと評されている²⁵⁾。

25) 大塚＝佐藤編『新実例刑法〔総論〕』注8) 120頁（的場＝川本執筆）。なお、この点に関連して高山教授は、この種のケースにおいて行為者は挑発等により衝突の原因を作り出しており、相手方もその挑発に乗って攻撃に出ているため、(a)いわば「どっちもどっち」、すなわち『「不正」対『「不正』』の関係にあると定義された上で、(b)社会的損失を最小限にするためにはそれ以上の闘争の拡大を容認すべきでないとする見地から、ここでは(c)36条における「不正の侵害」の存在が否定され、行為者は緊急避難の要件が充足される限度においてのみ対抗可能だと説かれる（高山佳奈子「正当防衛論(下)」法学教室268号〔2003年〕69頁以下、同『「不正」対『「不正』状況の解決』研修740号〔2010年〕3頁以下）。これは、本判決におけるD)やC)の要件を不問とした上で、かつ、正当防衛による対抗の余地を全面的に否定しようとするものである。しかし、(a)については、ここで問題となる先行行為が事実上、もっぱら挑発の意味しか持たない暴行のような場合に限定されるのだとしても、なおその程度には差が生じる余地があり、かつ、そうした行為によってどのような状況が招来されるのかについても幅があることからすると、自招侵害の事案すべてをこのように定義するのは過度の一般化ではないかと思われる。(b)に対しても、およそ個人の利益保全をかけ離れた次元において、換言すれば個別行為者の認識・統制能力を捨象して一律に権利行使の範囲を制約しようとするものなのではないか（この点については注45）、注46）も参照）との疑問がある一現に、論者は侵害の予期・予見可能性がない場合にも正当防衛の成立を一律に否定している一し、(c)については、逆に本来一義的であってしかるべきと思われる「不正」の有無を対抗する相手ごとに相対化して判断することが可能なのかどうかについて疑問がある（橋田久「自招侵害」研修747号〔2010年〕14頁注22参照）。

⑱東京高判平成8年2月7日判時1568号145頁

本件では、通勤ラッシュ時の駅階段で被告人が相手方と喧嘩になり、被告人が相手方の腕を強くつかんで離そうとしなかったところ、相手方が平手で被告人の顔面を叩いて軽傷を負わせたため、被告人が相手方の袖口付近を引っ張って転倒させたという事案につき、違法な暴行を開始して継続中にこれから逃れるため相手方が防衛の程度をわずかに超えて（→D）？）素手で反撃した場合に、自らが違法な暴行を中止しさえすれば相手の反撃が直ちに止むという関係のあったことが明らかな場合には、相手の反撃はA）自ら違法に招いたもので、C）通常予想される範囲内にとどまるから、急迫性が欠けるとされている。

ここでも、現実の侵害の予期や加害意思の有無を問題とせずに明示的に急迫性が否定されており、昭和52年決定とは明らかに異なる論理が展開されている。

⑲仙台地判平成18年10月23日判タ1230号348頁

本件では、被告人が暴力癖のある相手方に対して出刃包丁を持ち出して示したことを考慮すると、相手方に頸部を押さえつけられた行為はC）被告人にとって十分に予測可能なもので、A）いわば自らの行為によって招いた結果であるから、急迫性が欠けるとされている。

5 3の議論と4の議論を併用しているように見える裁判例

以上のように、昭和52年決定以降の判例においては、同決定の用いた積極的加害意思論に依拠するもの(3)と、必ずしもそうした議論に依拠せずに客観的な事情から判断しているもの(4)がみられたが、ここではこれら双方の論拠に言及しているように見受けられる裁判例を挙げる。

⑳大阪高判平成13年1月30日判時1745号150頁²⁶⁾

本件では、暴力団幹部である被告人が、暴力団会長に対する襲撃を予期して、あらかじめけん銃を携帯して身辺警護の態勢を整えた上で、同会長が理髪店で

散髪中に店内の待合室で待機していたところ、他の暴力団関係者からけん銃で襲撃を受けたため、現場に駆け付けた氏名不詳者数名と共謀して発砲し相手方を殺害したという事案につき、まず(ア)「正当防衛の趣旨は、法秩序に対する侵害の予防ないし回復のための実力行使にあたるべき国家機関の保護を受けることが事実上できない緊急の事態において、私人が実力行使に及ぶことを例外的に適法として許容する制度であるところ、本人の対抗行為の違法性は、行為の状況全体によってその有無及び程度が決せられるものであるから、これに関連するものである限り、相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れてこれを判断するのが相当であり、また、本人の対抗行為自体に違法性が認められる場合、それが侵害の急迫性を失わせるものであるか否かは、相手の侵害の性質、程度と相関的に考察し、正当防衛制度の本旨に照らしてこれを決するのが相当である」とし、次に(イ)「侵害が予期されている場合には、予期された侵害に対し、これを避けるために公的救助を求めたり、退避したりすることも十分に可能であるのに、これに臨むのに侵害と同種同等の反撃を相手方に加えて防衛行為に及び、場合によっては防衛の程度を超える実力を行使することも辞さないという意味で相手方に対して加害行為に及んだという場合には、いわば法治国家において許容されない私闘を行ったことになるのであって、そのような行為はそもそも違法であるというべきである」という枠組が提示されている。その上で、本件では「被告人らの普段からの警護態勢に基づく迎撃行為が、それ自体違法性を帯びたものであったこと」、「本件襲撃の性質、程度も被告人らの予想を超える程度のもではなかったこと」(→C))などの点に照らすと、「侵害の急迫性の要件を欠き、正当防衛の成立を認めるべき緊急の状況下のものではなかった」とされた。

本判決では、前提とされている議論のうち(ア)の部分が⑭、及び、急迫性の

26) 本判決については、明照博章・現代刑事法34号(2002年)82頁以下も参照。なお、照沼「正当防衛の構造」注1)192頁以下では、防衛行為としての適性の有無という観点から本判決を検討した。

有無の判断は相手方の侵害の違法性と相関的に考慮すべきであるとして、積極的加害意思に基づいて反撃したとされるような場合には「本人の攻撃が違法であって、相手の侵害との関係で特に法的保護を受けるべき立場にはなかった」ために急迫性が否定されんとする香城判事の見解²⁷⁾に酷似していることが注目される。もしこの部分のみを根拠として急迫性が否定されていれば、その意味で4の議論に親和的な判決であると位置付けられたように思われる。しかし、本判決ではさらに(イ)の議論が示されているため、その位置付けが問題となる。

この点については、あるいは侵害発生後の主観面に関する判示、すなわち防衛意思が存在しないことを示していると読むことも可能かもしれない。しかし、侵害に先立って公的救助を求める余地の有無に言及されている点などをも含めて考えれば、やはり前提となる防衛状況の有無に関する議論を示したものであると解されるであろう。だとすれば、この部分は、侵害に先行する部分も含めた客観的な事実関係を基礎としつつ、当該反撃が「積極的加害行為」であったか否かを判断する3の議論に親和的であるといえよう。この意味で、本判決は3、4双方の論理に言及したと解しうるように思われる。

ただ、上記の香城説に対しては、保護に値する特段の生活上の利益がないのに、確実に侵害を受けることを予期して出向いていったという関係が認められれば急迫性を否定するには十分であって、それに加えて行為者の主観面において「積極的加害意思」が存在していたことまでは必ずしも要求されないのではないかという疑問が向けられている²⁸⁾。そもそも、香城説においても、「相手の侵害の違法性と相関的に考量しても本人の攻撃の違法性を肯定せざるを得ない場合には、本人が積極的に加害意思をもって相手方に出向いたか相手の侵害を待っていたか、又は先に侵害を開始したのは相手か本人かの別なく、相手の

27) 香城敏磨・最判解刑事篇昭和52年度248頁、さらに小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定—裁判例の総合的研究—(上)』(1992年)262頁以下(香城執筆)参照。なお、香城判事は⑭に関与されている。

28) 佐藤文哉「正当防衛における退避可能性について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第1巻』(1998年)244頁以下。なお、佐藤判事は⑰、⑱に関与されている。

侵害の急迫性及び本人の行為の防衛行為性を否定するのが正当であろう」とされており²⁹⁾、積極的加害意思が不可欠の要件とは解されていない。そうだとすれば、特に判断基準の客観化を意図する立場からは、本判決の(イ)の部分についても、せいぜい前提として侵害の予期が存在していたことのみを示しておけば足り、それ以上に3の文脈に位置付けられるような議論を援用する必要はなかった、と評される可能性がある³⁰⁾。このように、本判決は、昭和52年決定以降の判例において次第に判断基準の客観化が行われつつあった過渡期の議論を示すものとして位置付けることができるように思われる。

以上のように、本件では侵害の予期の存在が認定されているが、積極的加害意思があったとまでは認定されていない。しかし他方で、侵害が予期される際に外出し、その際に複数名でけん銃を携帯して常時周辺を見張っているという、侵害に先立つ具体的な行為態様が、ただ単に外出するだけの行動とは性質が大きく異なっていることから、正当防衛の成立が否定されているように見受けられる。そうした価値判断それ自体については、要件論としての位置付けはともかく、後で見るように支持しうるものであると思われる。

②長崎地判平成19年11月20日判タ1276号341頁

本件では、被告人が相手方に対してクスクス笑ったりボイスレコーダーを突き付けるなどの行為に出たことが発端となって、被告人が相手方から腕や胸倉を掴まれたり顔面を殴打されるなどの暴行を受け、さらに両肩を掴まれて下方向に力を加えられ、しゃがみ込むような態勢を取らされたが、被告人は相手方の力が抜けた一瞬の隙をついて蛙跳びのように飛び上がり、相手の胸のあたりに頭突きをする暴行を加え、打撲傷を負わせた、という事案につき、まず、そもそも暴行を開始したのは被害者であったとして、相手方からの不正な侵害が存在したことが認められた上で、(ア)被告人が被害者の暴行に先立ち、これを

29) 香城・注27) 248頁。

30) Ⅲで検討する侵害回避義務論は、こうした方向を志向するものである。

具体的に予期して、その機会を利用して積極的に加害を与えようとする意思があったとは認められないとして、積極的加害意思論の文脈から急迫性は否定されないことが示された。さらに、(イ)相手方の暴行が被告人の言動によって引き起こされたといえるかが検討対象とされ、被告人の発言は直接相手方に向けられたものではなく、発言の内容も相手方の侵害の惹起を意図したり容認したりする内容とは認められないこと（→A）？）、被告人の非礼な言動の時期・内容・程度からすれば、こうした行為を受けた相手方が被告人に暴行を加えることが社会通念上通常のこととして予想されるとまではいえないこと（→D）、C）？）からは、結局、被害者と被告人との間で、相互に身体を安全を侵害し合うという利益衝突状況を作出した第1次的責任は被害者にあると言わざるを得ないから、被害者の暴行が急迫不正の侵害の要件を満たさないということとはできない、とされた。

本判決では、積極的加害意思の有無に基づく急迫性の有無の判断という3の議論は(ア)の枠内に収められている。これに対して侵害の自招性の有無に基づく急迫性の有無の判断は、4の裁判例に類似する客観的基準を用いて(イ)の枠内で検討されており、その意味では、本判決では3、4双方の議論が併用されているものの、②⑩と比較すると両者の役割分担がさらに明確化されていると評することが可能かもしれない。

6 最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁³¹⁾

こうした状況において、近時、標記最高裁決定が出された。事案は、相手方が自転車にまたがったままゴミ集積所にゴミを捨てていたところ、帰宅途中で徒歩で通りがかった被告人がその姿を不審に感じて声を掛けるなどしたところ、言い争いとなった。その後、被告人がいきなり相手方の左ほおを手けんで1回殴打し、直後に走って立ち去った。相手方は自転車で被告人を追いかけて、歩道上で被告人に追い付き、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部または首付近を強く殴打した。被告人はこの攻撃によって前方に倒れたが、起き上って護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から

取り出し、被害者の顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え、加療3週間を要する傷害を負わせた、というものである。最高裁は、相手方の攻撃は「被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえる」（→A、B）から、相手方の攻撃が「被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでない」（→D、C）？）などの本件の事実関係の下においては、被告人の反撃は「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである」として、正当防衛の成立を否定した。ここでは、原判決とは異なって反撃の予期（や積極的加害意思）の存在は認定されていないこと、急迫性の存否ではなく端的に「反撃が許される状況にあったか否か」のみが問題とされていること、さらにその具体的な判断に際し

31) 本決定については、井上宜裕・法学教室判例セレクト2008・28頁、山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報61巻2号（2009年）1頁以下、橋爪「正当防衛論の最近の動向」刑事法ジャーナル16号（2009年）2頁以下、同・ジュリスト平成20年度重要判例解説174頁以下、同・ジュリスト1391号・注4）159頁以下、照沼「正当防衛と自招侵害」刑事法ジャーナル16号（2009年）13頁以下なども参照。なお、津田重憲「迷惑防衛再論」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（2010年）182頁以下は、本決定につき、相手方が不法にゴミ出しをしているという「迷惑行為」が発端であって、正当防衛の判断に際してもそうした事実と言及する必要があるとする。しかし、第一に、夜間であって指定時間外であった可能性があるとしても、そうしたゴミ出し自体が「不法」であって、ひいては正当防衛の対象であるとしてよいかという問題を、第二に、（より重要なこととして）その延長線上の出来事とはいえ、「相手方の顔面を殴打して立ち去る」行為が相手方に対する「防衛行為」とはいえないであろうことは一見して明らかであるにもかかわらず、裁判所がこうした点に論及する必要があるのか、という問題を、それぞれ指摘し得る。本件では自招侵害の起点として「被告人が先に暴行を加えた」ことが確認できていればそれで足り、指摘されているような点は、せいぜい量刑事情において言及されうる性質のものにとどまると解される。本決定を離れた一般論としても、結局、それが「迷惑防衛」か否か、「些細な侵害」か否か、という形式的な名称や区分が重要なのではなく、侵害対象となった利益の具体的な性質に照らして、それが「不正の侵害」であり、実力による排除に馴染むものなのか、また現になされた実力行使が「防衛」と評価し得るのか、という点を検討すれば、それで足りるであろう。念のためにいえば、照沼「正当防衛の構造」注1）173頁注52、187頁注70はそうした点を意識して述べられた部分である。

ては4、5の裁判例と類似するファクターが考慮されていること、が重要である。

本決定については、昭和52年決定の根底において存在していた「反撃を許容すべきでない」という価値判断が、それ以降の判例・裁判例を通じてより実際上の事実認定に適した客観的基準に置き換えられつつあった経緯の延長線上に現れたものと位置付けることができるだろう。もちろん、最高裁が「…などの本件の事実関係の下においては」という慎重な言い回しを選択していることからすれば、ただ単に形式的・客観的な利益衡量のみで結論を導いているわけではないであろうことが窺える。しかし他方で、そうしたことを考慮に入れてもなお、本決定は些か簡素化され過ぎた理由付けに依拠しているために、結果的に必要以上に抽象的な内容にとどまってしまっているように思われる。

この点、例えば昭和52年決定や判例④、⑭、⑳のように、事前に計画的に凶器を準備して反撃の機会をうかがっていたケースにおいて、結論として正当防衛の成立を否定すべき場合があることについては異論はない。これらの事案では相手方の侵害を招致する行為が存在しているわけではないが、攻撃手段となる「武器」を準備して外出するという行為がなされており、そうした行為が他の観点から正当な行動の自由として評価する余地がない事案であったと評価できるからである。このように、結論として過剰防衛の余地もない場合であれば、「急迫性で切るか防衛行為で切るか」はあまり重要ではないといえるかもしれない。しかし、以上のような「計画的反撃」の事案ではない本決定のようなケースについても防衛状況の存在を形式的・一律に否定することに対しては躊躇を覚えざるを得ない。このような形で要件論をスルーしてしまうと、個々のケースの具体的な判断における論理構造が不明瞭となり、その意義が看過され、ひいては波及効果が不必要に大きくなり過ぎるおそれが生ずるからである³²⁾。もし「反撃が許されない状況にあった」のなら、被告人には具体的に利益保全のためどのような行為が許容されていたのか。さらに、被告人が相手方から加えられた侵害は相当強度のものであったことが窺われるにもかかわらず、それがどの程度のダメージをもたらしたのが全審級を通じて明確にされ

ていない点についても、本決定自身の論理構造に照らして疑問が残る³³⁾。

これに対して学説においては、侵害に先行する事情は正当防衛の前提条件であるから、急迫性の要件として考えるべきであり、防衛行為の評価を左右させるのは不自然であるとする見解³⁴⁾が有力であり、それには一定の理由があるようにも思われる。また、ドイツ刑法では32条2項の「必要な (erforderlich)」防衛行為であることに加え、同条1項においてはそれと区別する形で「要請される (geboten)」所為であることが要求されており、学説においても防衛行為としての性質論の中でこうした規範的な適性の有無を考慮する（特に、論者によってはこれを「社会倫理的な根拠から正当化に適しているか否か」の問題であるとして、後者の「被要請性」の中に位置付ける³⁵⁾）傾向があるが、そうした文言を有さないわが国の36条の解釈に際しては、こうした場面において、「客観的に有用かどうか」という側面以外に、防衛行為としての「ふさわしさ（質的な適性）」を論ずる必要は、一見するとないともいえそうである。

しかし、むしろ正当防衛の前提となる要件の有無が、先行する事実関係のきわめて微妙な相違のみで一律に判断されてしまうという不安定さが、実務の側にも一種の落ち着きの悪さを感じさせ、混乱をもたらしてきたとはいえないだろうか³⁶⁾。もしこうした事情に関する考慮の結果として、許容される反撃の

32) この点、判例時報2024号160頁の匿名コメントは、自招侵害の事例が「状況を総合しての評価的な認定にならざるを得ない場合も多い」ことを理由に、本決定は「より実際の判断の枠組みを提示したもの」と評価している。これに対して高橋則夫「裁判員裁判と刑法解釈」刑事法ジャーナル18号（2009年）5頁は「印象論的に結論を導くおそれ」があるとの懸念を示しており、林幹人「自ら招いた正当防衛」刑事法ジャーナル19号（2009年）51頁も、こうした場合の正当防衛の成否もやはり個々の要件に還元させて判断されるべきものであると説く。個々の要件への位置付けは今後の類型化に委ねたのだという解釈も成り立つかもしれないが、個別具体的な事案における当事者に対して「いずれの要件を欠いたのか」を明示できないのであれば、それは刑事裁判における「判断枠組み」としてはふさわしくないとと思われる。

33) それが明確にされていないのであれば、相手方の攻撃が「被告人の暴行の程度を大きく超えるものでない」のか否か（C、D）は判然としないからである。

34) 齊藤・注21）46頁。

範囲を規範的に制限すべきだと考えるのであれば、むしろ防衛行為の要件において「ふさわしさ」の有無を論じた方が、そこで考慮されている内容をより直截に示し、より弾力的な解決を図ることが可能になるのではないだろうか。例えば、最決昭和33年2月24日刑集12巻2号297頁は、被告人が容易に逃避可能であったこと、成人した子供たちが隣室にいたのに救援を求めなかったこと、相手方が泥酔していたこと、被告人と相手方とがかねて感情的に対立していたことなどからすれば、被告人の行為は自己の権利防衛のためにしたものではなく、むしろ日頃の憤懣を爆発させ、憤激のあまり咄嗟に被害者を殺害することを決意してなしたものであり、「正当防衛行為とはいえない」ことを述べているが、それはこうした理解にも整合的であるように思われる³⁷⁾。また、裁判員にとっては、一般的・抽象的に「正当防衛が許される状況であったか否か」を考えるよりも、「どのような手段を選択して身を守るべきだろうか」を考える方が、より現実的で、生産的な議論であろう。それは、正当防衛の解釈論が「一般私人が自己らに対する侵害に直面して心の平静を乱されている状況下において、瞬時のうちにどのような行動に出るべきかを決断しなければならない局面を対象領域とする」ものであり、「このような状況下におかれた私人に対

35) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.Aufl.2006, Band I, S.683 ff (邦訳として、山中敬一監訳『クラウス・ロクシン 刑法総論第1巻 [基礎・犯罪論の構造]【第4版】[翻訳第2分冊]』[2009年] 111頁以下〔前嶋匠、松尾誠紀訳〕)。しかし、結局は個々の事例ごとに実質的な制限の根拠を示す必要があることから (Walter Perron, in: Schönke/Schröder *StGB Kommentar* 28. Aufl. 2010, § 32 Rdn.44 ff.; Felix Herzog, in: *Nomoskommentar Stragesetzbuch Band1* 3. Aufl. 2010, § 32 Rdn.88 ff.)、学説においては、むしろ「必要」性と「被要請性」は区別できないとして、正当防衛の正当化原理それ自体からこうした制限を導こうとする見解が有力である。Hans-Heinrich Jescheck = Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S.344 ff. (邦訳として、西原春夫監訳『イエシェック＝ヴァイгент ドイツ刑法総論第5版』[1999年] 261頁以下〔吉田宣之訳〕); Volker Erb, in: *Münchener Kommentar zum Stragesetzbuch Band 1* 2003, § 32 Rdn.176 ff.

36) 大塚=佐藤編『新実例刑法 [総論]』注8) 112頁以下〔的場=川本執筆〕は、積極的加害意思論について「道具立てがいささか大げさで、小回りが利きにくい嫌いもないではない」と評する。

し、少なくともどのような行動に出てはいけないかをできる限り明瞭に示すものであるべき³⁸⁾という性質を有していることによる。結局、こうした場面においても、行為者の法益の要保護性がどの程度減少していたかを確認した上で、そうした状況に置かれた行為者にとり、利益保全のためにいかなる範囲の手段を選択することが許容されていたのかを検討していくほかはないように思われる³⁹⁾。

さらにいえば、本決定及び4、5の裁判例が、「相手の侵害と被告人の攻撃の程度の比較」（→C、D）という形で、侵害に先立つ事情のみならず、侵害が発生した後の事情をも考慮して「反撃を許容すべきか否か」を判断しているのであれば、そこでは、既に現出している「侵害」の程度に基づいて、（本来、侵害発生に先行した事実から判断されるべき）防衛状況の有無ではなく、防衛行為としての質的な適性こそが問題とされているように思われる。そうでないと、既に現出している「侵害」と「反撃」の相関関係から遡って、そもそも反撃に出てよい状況だったのか否かが（いわば後付けで）判断されることになってしまい、妥当でないからである⁴⁰⁾。

37) この点に関し、中野次雄・判例評論308号（1984年）224頁は、侵害に先立つ事情をも含めた文脈の議論において、「積極的加害意思が正当防衛性を失わせるのは、正当防衛にとって本質的な行為の防衛的性質を失わせるからだと考えなくてはならない」と説いているが、ここでも同様の理解が前提とされているように思われる。また、最判昭和46年11月16日刑集25巻8号996頁においては、一般論として「法益に対する侵害を避けるため他にとるべき方法があったかどうかは、防衛行為としてやむをえないものであるかどうかの問題であり、侵害が『急迫』であるかどうかの問題ではない」（同1004頁）とされている。確かにこの点は侵害が発生して以降の事実に関する判示ではあるが（橋爪『正当防衛論の基礎』注3）325頁注340）、侵害発生以前の事実との関係でも一定の範囲で妥当する論理ではないかと思われる。

38) 安廣「正当防衛・過剰防衛に関する最近の判例について」注10）84頁以下。

39) 詳細については照沼「正当防衛の構造」注1）151頁以下、162頁以下参照。こうした考え方に基本的に賛同するものとして、林幹人『刑法総論〔第2版〕』（2008年）186頁以下、松原芳博「正当防衛（その1）」法学セミナー662号（2010年）105頁以下。

40) この点については、前掲判例4⑮の検討部分も参照。

このようにみえてくると、本件のようなケースは防衛状況の有無に関する問題としてではなく、防衛行為の質的適性の問題として解決すべきであると考えられる。ただ、なお問題となるのは、こうした場合は「自招侵害」のケースであって、侵害に先行してこれを招致するような行為が存在しているため、そうでない場合（従来、積極的加害意思論を用いて解決されてきた場合）とは異なった議論が妥当するのではないか、ということである。実際、判例も、本決定（及び4の裁判例）では、積極的加害意思論とは異なった理由付けから正当防衛の成立を否定しているようにみえる。そこで、以下Ⅲでは、これらの問題について統一的な視座から解決を図ろうとしている侵害回避義務論の検討を行い、その上で、Ⅳにおいてこうした「自招侵害」をめぐる議論の検討を行い、これまでに述べてきたことの妥当性を検証してみたいと思う。

Ⅲ 学説における侵害回避／退避義務論（特に急迫性との関係〔回避義務〕について）

近年、学説においては、基本的に利害対立の客観的な状況から判断する枠組みを用いて、行為者に事前の「侵害回避義務」違反が認められる場合には侵害の急迫性を否定し、侵害発生後に「侵害からの退避義務」違反が認められる場合には、防衛行為の相当性を否定する、という考え方が有力に主張されている。これによれば、こうした論理構成により、従来において積極的加害意思論に基づいて分析されてきたケースと、自招侵害の問題として分析されてきたケースの双方につき、統一的な視座から、客観的な判断枠組を用いて解決を図ることが可能だとされているのである。そこで以下では、本稿の中心的な課題となる侵害回避義務の問題に重点を置き、代表的な見解を採り上げた上で検討を加える。

1 佐伯説⁴¹⁾

佐伯仁志教授によれば、事前に侵害が発生することを確実に予期している場合には、その侵害から身を守るために相手の生命に対する危険の高い防衛行為

が必要であり、そのことを行為者が認識しているときに侵害の回避義務が課される。これに対して生命に対する危険の低い防衛行為については、侵害を回避することに特段の負担がない場合に限って、例外的に回避義務が課される。以上のような義務に反して防衛行為を行った場合には、急迫性（ないし防衛行為性）が欠如することになり、正当防衛の成立が否定される。このような前提からは、住居や職場に適法に滞在している場合でも、一時的に住居から退避したり、官憲の救助を求めたりする負担が生命の価値を上回るとはいえないので、（緊急状況下における行為者の心理状況を前提とした上で）安全確実に回避可能であるといえれば、そうした者にも回避義務が課される。行為者の「その場に滞留する利益」や「自己の体面を守る利益」は、（侵害者の側の）生命侵害が問題となっている場合には制約を受けてしかるべきだからである。

2 山口説⁴²⁾

山口厚教授によれば、一般的には、不正な侵害に対する「権利」の優越性を十分に考慮する必要から、原則として侵害回避義務は存在しないものの、正当な利益が害されることがない場合には、侵害の予期の存在を前提とした上で、例外的にこれを課することができる（実際上は積極的加害意思が認められる場合に限られる）。平成20年決定は、反撃行為が不法な相互闘争行為の一環であるとして客観的評価により緊急状況の存在を否定したものであり、従来の判例理論とは異なる方法で「正当防衛が否定される一つの類型を明確化したもの」であり、基本的に妥当である。

41) 佐伯仁志「正当防衛と退避義務」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀・刑事裁判論集上巻』（2006年）88頁以下、同「裁判員裁判と刑法の難解概念」法曹時報61巻8号（2009年）1頁以下。さらに、同「正当防衛論(1)(2)」法学教室291号（2004年）75頁以下、292号（2005年）72頁以下も参照。

42) 山口「正当防衛論の新展開」注31）1頁以下。

3 橋爪説⁴³⁾

橋爪隆教授によれば、侵害を招致する行為を断念させたとしても行為者の正当な利益が何ら犠牲にされない場合、侵害回避を義務づけても、それは行為者にとって特段の負担ではないのであるから、そうした状況であるにもかかわらず侵害を回避せずに正当防衛状況が現実化した場合には、そこにおける利益衝突はいわば表見的なものに過ぎず、それは本来事前に解消すべきものであったと評価できる。従って、こうした場合には、不正の侵害が物理的には切迫しているとしても、規範的な観点からは切迫したものとは評価されないとして、急迫性を否定しうる。この点、積極的加害意思とは、侵害を回避すべきであったのに回避しなかった場合に、事実上認められる意思に過ぎない。

より具体的には、いわゆる「出向き型」の場合には現場に赴くことでいかなる目的を追求しようとしていたか、いわゆる「待ち受け型」の場合にはいかなる現場滞留利益が存していたかによって、それぞれ回避義務の有無が判断される。この点、自宅や勤務時間中のオフィスなどに適法に滞在している場合には、そこに留まること自体に重要な生活上の利益が認められるため、原則として侵害回避は義務付けられない。ただし、特段の負担なく、保護が確実に期待できるような状況であれば、警察への通報による侵害回避が義務付けられる。他方、侵害の確実な予期が欠ける場合には回避は義務付けられないが、例外的に相手の報復がほぼ確実に見込まれるような状況では、十分な予期がなくとも侵害回避が期待できるので、不正な暴行を差し控える義務が課される⁴⁴⁾。平成20年決定の事案は、「違法な暴行により、直後に近接した場所で不正な侵害を自ら惹起した」とされていることからすれば、上記例外ケースに当たるとも解しうるが、実際には侵害の十分な予期を認めることが可能であった。

43) 橋爪『正当防衛論の基礎』注3) 91頁以下、305頁以下、同「裁判員裁判のもとにおける刑法理論」法曹時報60巻5号（2008年）15頁以下、同「正当防衛論」『理論刑法学の探究』1号（2008年）93頁以下、同「正当防衛論の最近の動向」注31) 2頁以下、同・ジュリスト平成20年度重要判例解説・注31) 174頁以下、同・ジュリスト1391号・注31) 159頁以下。

4 検討

①侵害回避義務論の問題点

まず、侵害回避「義務」という概念のもたらしうる問題点として、以下の三点を指摘しておきたい。

第一に、規範の観点から、「そんな所には行かなくてもよい」と評価することと、「そんな所に行ってはならない」と評価することとは、直ちには同一視できない。後者によって事前に緊急状況を避けるべき義務を課すというのは、不正な侵害者の利益に対して後見的に配慮し、事前にこれを保全すべき義務を課することと事実上等しいのではないか。あるいは、一律に「官憲通報」「回避」という手段によって葛藤状況を解消することを刑罰で義務付けることと等しいのではないか（さらに突き詰めていうなら、「通報しなかった」「逃げなかった」という「不作為」が、正当防衛の成立を否定し、可罰的な違法性を基礎付け得るのだろうか）。この点は、特に佐伯説のように自宅に滞在している場合にも回避義務を課しうるとする見解においては最も問題になるように思われる。

また、仮に侵害回避義務違反に基づく急迫性の否定を行為者にとっての一種のサンクションとして把握すると、急迫不正の侵害が行為者にとり予見されていたこと（最低でも予見可能であったこと）という意味における「帰責性」が非難の前提として必要になるはずである⁴⁵⁾。しかし、そうだとするとそれは

44) この意味で、急迫性を否定するための要件としての事前の侵害の「予期」が、侵害の「予見可能性」にまで緩和されることになる。この点に関し、佐伯教授は「先行行為を処罰するわけではないのであるから、侵害を受けた時点で、それが自己の先行行為によって招致されたものであることが行為者に認識できれば防衛行為を制限してもかまわないように思われる」（佐伯「裁判員裁判と刑法の難解概念」注41）21頁以下）とされているが、「侵害を受けた時点」での予見可能性を要件とする上記の説明からは、回避義務を課すためには「事前の」予期も予見可能性も必要でないと言われているように解する余地がある。もしそうだとすれば、ここでは本文1で要約した個所よりもさらに判断枠組の「客観化」が志向されているように思われる。

45) この点につき、曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』（2008年）80頁、83頁以下（三上正隆執筆）も参照。

結局、特別な主観的要件の存在を前提として急迫性を否定する積極的加害意思論の論理構造に接近することになる。逆に客観的判断の重要性を強調するのであれば、むしろ平成20年決定や佐伯説のように侵害の「予期」の存在を不要と解することになろうが、そうした考え方に対しては次に見るように疑問がある。

第二に、こうした立場からは基本的に、形式的に類型化された事例状況から回避義務の有無の判断が行われることから、場合によって導かれる結論の妥当性に疑問が生じ得る^{46) 47)}。例えば、交際相手から日常的に暴力を振るわれ、既に傷害を負っている者が、今回もまた暴行を受けるであろうことが予期される場合に、その呼び出しに応じて相手のもとに赴き、予想通り再び激しい暴行を受けたので、護身用に持参していた市販のカッターナイフで重傷を負わせ死亡させたとき、「外出の上で」行為に及んだという理由から常に防衛状況の存在が否定されるのだろうか。それとも、ここでの反撃の回避は「特段の負担」になるという理由から侵害回避義務の存在が否定されるのだろうか。もし後者だとすれば、そこではむしろ個々の侵害状況に応じた手段選択の適切さ、すな

46) こうした問題は、突き詰めて考えれば、違法性阻却の根拠を優越的利益原則に求めることを前提とした上で、同原則をもっぱらマクロ的・総量配分的な視点から「社会全体の利益状態の向上」を目的とするものと位置づけていることに由来しているように思われる。また、それ以外にも、例えば「法確証」（例えば、岡本晶子「我が国における自招侵害の議論の展開について」同志社法学279号〔2001年〕338頁以下、宮川基「防衛行為と退避義務」東北学院法学65号〔2006年〕67頁以下など）や、「法システムの正当性」（宿谷晃弘「正当防衛の基本原則と退避義務に関する一考察（2・完）」早稲田大学大学院法研論集125号〔2008年〕188頁以下）といったものの維持・存続を基準として回避義務の有無を判断する場合に、個人の利益保全からかけ離れた次元において「国家の利益」「法秩序」を重視するのであれば、同様の疑問が生ずる。なお、これらの見解は上記の点において実質的に同根のものであるとも思われるにもかかわらず、論者によって侵害回避義務論に対する賛否が分かれていることから伺える通り（宮川・67頁以下では一律に回避義務を否定すべきだと断定されており、これに対して宿谷・192頁以下では具体的な場面に即して場合により回避義務・退避義務の存在が肯定されるべきであることが説かれている）、その基本となる原理自体の内容がそもそも不明瞭であることも銘記されるべきであろう。これらの問題については、既に照沼「正当防衛の構造」注1）146頁以下で詳しく論じた。

わち許容された防衛行為の範疇に収まっているか否かが問題とされているのではないか。

第三に、佐伯説や橋爪説においては、「回避義務を否定し、正当防衛の成立範囲を拡張すると、社会的強者による実力行使が広く許容され、社会的弱者を切り捨てることにつながり、不当である」という理解が前提とされている⁴⁸⁾。しかし、（銃社会アメリカとは異なり）わが国の状況を前提とする限り、これに対しても以下のような疑問がある。すなわち、生命を重大な危険にさらされた弱者が身を守るために立ち向かうような場合にも正当防衛の成立が否定されているケースも目につかないわけではなく⁴⁹⁾、また、行政による救済が遅きに失したことで犯罪被害の拡大がもたらされたと評されることも増えつつあるわが国の現状では、むしろ逆に、こうした場合には「自己の利益を守る権利」

47) なお、橋田教授は、警察による救助を要請することが可能であるときに、「私人の防衛行為がより重大で有効性が同等またはより小なる場合」には、「国家の実力独占の思想」から防衛行為の必要性が否定されるとされ（橋田「警察官による救助の可能性と正当防衛」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2007年）297頁）、自招侵害に対する反撃行為が犯罪実現の過程の一環といえるような場合には、これを許容することは「法秩序として矛盾した態度」であるから、保全法益を越えた「社会的な利益」である「法確証」が否定されると説かれる（橋田「自招侵害」注25）5頁）が、これも方法論の点において同様の問題がある。臨場するであろう警察官の防衛力と自己の防衛力とを比較して「どちらがより危険性が高いか」「どちらがより有効性が高いか」を事前に判断せよというのは一般市民にとって困難であるし、仮に形式的に警察官の防衛力が高いと定義するのであれば、以後の事態の推移を捨象した形で一律に正当防衛の成立を認めないということになり、いずれにせよ疑問がある。結局、論者のように正当防衛の成否がそうした「社会的利益」の観点からのみ決定される事柄だと考えるのであれば、まさにそうした「個人に不可能を強いる」帰結が導かれても不思議ではない。

48) 佐伯「正当防衛と退避義務」注41）90頁以下（特に94頁以下）では、アメリカ法の状況、特に州法における回避義務縮小の傾向が全米ライフル協会のロビー活動の成果であるという事実を踏まえた上で、生命・重大な身体傷害の危険性が高い場合には回避義務を課すべきだとされており、橋爪「正当防衛論の最近の動向」注31）5頁もこれに賛同する。

49) 例えば大阪高判昭和54年9月20日判時953号136頁については、個人的にそうした印象を強く受ける。この点に関し、照沼「正当防衛の構造」注1）184頁、横内豪「過剰防衛における責任減少の意義」上智法学論集53巻4号（2010年）247頁以下も参照。

を国家が制度的に保障しているという関係を明確にするような解釈こそが好ましいのではないだろうか。このように解しても、計画的な準備に基づく武力衝突の状況では上述したように防衛行為としての質的な適性が否定されうるので、そうした事案の多発を招くことにはならないように思われる。

②侵害回避可能性・退避可能性の位置付け

以上のように解した場合でも、侵害の回避可能性が存在する場合には、行為者の主観面において心理的な余裕を認定できる可能性が生まれ、客観面において保全法益の安全性の向上・選択する手段の危険性減少を認定できる可能性が生まれるといえるので、裁判の場においてもそうした事実を基礎として防衛行為の成否を判断すればよいと考えられる。すなわち、「事前に安全かつ容易に移動することで、直後により適切な行動に転じられたか否か」を検討し、そうした事実を根拠として規範的な防衛行為としての適正の有無を判断するということは十分に考えられるのである。このように、防衛行為性の判断の対象には、危険性の程度に関する判断のような事實的・量的な側面のほかに、適合性の有無に関する判断のような規範的・質的な側面とが含まれるべきであり、従来の学説においてもそのように考えられてきた部分があったように思われる^{50) 51)}。もっとも危険が予期されるからといって常にそうした場所に赴く自由が否定さ

50) 例えば、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）237頁以下、前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』（1992年）156頁以下、同「正当防衛行為の類型性——判例における正当防衛の構造」研修734号（2010年）10頁以下など参照。これに対して、高山『『不正』対『不正』状況の解決』注25）7頁は、客観的に有用である行為について防衛行為性を否定するのは「一般人にとって理解しやすいとはいえない」として批判する。しかし、「防衛するための行為」といえるか否かを判断する上では、結局のところ侵害に先行する事情を含めた総合判断が必要となる場面があることは否定し難いのであり、かつ、それは「そうした経緯を経て生じた状況下においては、どのような行為を選択すべきだったのか」という問題について判断するものであるから（この点については後述Ⅳ5、6も参照）、むしろ一般市民にとって最も関心の対象となる部分であって、防衛行為の要件に位置付けられることについても理解を得られるのではないかと考えられる。

れるわけではないから、侵害回避義務論がいうような形で「どういう場所に赴くか」により一律に正当防衛の成否が判断されるべきではない。具体的には、侵害の予期の存在を前提として、例えば、もっぱら武力衝突の手段として用いられる道具を準備し、第三者の安全に配慮せずに計画的に相手を待ち伏せたような場合においては防衛行為としての適性が否定されることになろう。従って、そうした事情の認められない平成20年決定の事案においては、結論はともかく、なおこの点について検討の余地が残されていたと思われる。付け加えていえば、こうした事案においても過剰防衛の検討の余地が残されるということは、単に量刑の程度の問題にとどまるものではなく、その成否を検討する際に適切な代替手段の有無が検討されることによって、より説得的な理由付けがなされることにつながるのではないかと考えられる。

このように、事前の回避可能性が、侵害発生後における防衛行為の相当性判断に影響を及ぼすこともあり得ると解されるが、同様のことは、侵害発生後の現場からの退避可能性についてもいえるように思われる⁵²⁾。この点に関して山口教授は、退避することでかえって安全が脅かされるような場合には退避を要求することはできないが、一時退避することによって可能な防衛行為の選択の幅が広がり、より侵害性の低い反撃行為によって防衛が可能であるような場合には、「その限度で一時的な退避義務を課すことはできる」⁵³⁾ が、それは

51) 近年では、例えば伊東研祐『『侵害の予期』、『積極的加害意思』と防衛行為の『必要性』』研修710号（2007年）3頁以下は、相互闘争事案の処理を防衛行為の必要性の問題として位置づけ、その範囲が限定されるか否かを考慮すべきとしており、松原「正当防衛（その2）」法学セミナー663号（2010年）92頁以下も、「防衛するため、やむを得ずにした行為」の要件として代替手段の有無（必要性）と相手の侵害との均衡性（相当性）を掲げた上で、自招侵害を含めた相互闘争状況全般の問題をここに位置付けているが、いずれも基本的に本稿と同様の方向性を志向するもののように思われる。

52) この点に関して、遠藤邦彦「正当防衛に関する二、三の考察—最2小判平成9年6月16日を題材に」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀・刑事裁判論集上巻』（2006年）80頁以下、83頁以下、同「正当防衛判断の実際」刑法雑誌50巻2号（2011年）315頁以下、橋爪「相当性の判断と行為時における退避可能性」同281頁以下などを参照。既に筆者も、照沼「正当防衛の構造」注1）182頁以下で、幾つかの判例を素材として具体的に検討を加えた。

「正当な権利者である被侵害者の立場を害することなく、より侵害性の低い防衛行為で権利防衛ができるのであれば、全体として法益保護の観点からそれが望ましいというに過ぎない」⁵⁴⁾と主張されている。しかし、ここで考慮されている事柄の実質は「義務違反」の有無の問題ではなく、「実体的要件というよりも事実認定の問題である」⁵⁵⁾ように思われる。そうであれば、上述したような観点からも、「退避義務を課す」という論理に依拠する必要はないであろう⁵⁶⁾。

これに対して佐伯教授は、「退避可能性を重視して正当防衛の成立を否定するということは、結局のところ、退避義務を課しているのに等しい」⁵⁷⁾「もし退避義務がないのであれば、退避可能性の存在は防衛行為の相当性を判断する要素としてはおよそ入ってこないはずである」⁵⁸⁾とされる。しかし、判例においては、事前の回避可能性や侵害からの退避可能性の有無を部分的に考慮して、これを防衛意思の存否の判断や防衛行為の相当性判断に関する間接的な資料として用いているものが見られる。例えば前掲判例3①は、防衛意思の存否の判断に際して、「もともと急迫不正の侵害に対し、その場から退避しなかったからといって正当防衛が否定されるものではない」上、被告人が退避しようとするれば店内の奥の方に逃げるほかないが、「同所は行き止まりの狭い空間であつ

53) 山口「正当防衛論の新展開」注31) 34頁。

54) 山口「正当防衛論の新展開」注31) 31頁。

55) 佐伯「正当防衛と退避義務」注40) 106頁。

56) 岡本「正当防衛と侵害回避義務」同志社法学57巻6号(2006年)460頁も結論的に同趣旨か。また、佐藤「正当防衛における退避可能性について」注28) 248頁以下では、質的過剰行為は「性質自体からして最初から必要のないものである」ため、防衛行為の必要性が否定されるとされ、同254頁以下では、侵害発生後に退避可能性があるときは、それがないときと比較して、相手方の侵害の客観的危険性が小さいし、反撃する側はいわば余裕のある状態にあり、「緊急の度合が緩和され、侵害から受ける危機感も少なく、より危険性の小さい防衛行為が容易となる」ため、相当性が否定されると説明されているが、このような判断枠組は回避義務論・退避義務論を前提としなくても十分に採用可能であろう。

57) 佐伯「正当防衛と退避義務」注41) 107頁。

58) 佐伯「裁判員裁判と刑法の難解概念」注41) 27頁・注60。

て、退避することが容易な状況にあったとはいえない」と認定して、これを専ら攻撃意思に基づいて暴行を加えたとはいえないとする理由の一つとして挙げている⁵⁹⁾。また、大阪高判昭和62年1月27日判時1228号141頁は、正当防衛が成立するためには「必ずしも他にとるべき方法のなかったことを必要とするものでない」とする一般論を示した上で、被告人が相手方の包丁を直接叩き落とすなどより軽い打撃によって攻撃を防ぐことが客観的に可能でなかったとはいえないにしても、現実にはそのような方法をとるにはかなりの困難と危険が伴うこと、応戦中の被告人に自分の妻などを残したままその場から離脱するのを期待することも非常に困難であることなどを挙げ、相当性を肯定しているが、これは、防衛行為の判断に際して補充性を要求しない立場を堅持しつつも、具体的な状況に即して退避可能性が存在しなかったことにも触れた上で、より適切な代替手段の存否を慎重に検討したものであり、高く評価し得るように思われる⁶⁰⁾。ここでは、特段に退避「義務」の有無については検討されていない。さらに、大阪高判平成12年6月22日判タ1067号282頁は、相手の反撃についての予期を否定して急迫性を認めた上で、一般論としてはあるものの、相手の侵害が自らの挑発的な態度により誘発された場合には「右のような誘発行為の存しない場合に比し、相当性が認められる範囲がより限定されるものと考えられる」ことにも言及した上で、相当性を否定している。これは、事前の回避可能性ないし現場からの退避可能性の存在が認定できる状況においては相当性判断が限定されうるという理解に接近するものであろう。このようにみえてくると、「回避義務違反に基づく防衛状況の全面的な否定」であるとか「退避義務違反に基づく防衛行為性の全面的な否定」というような大掛かりな構成は、実務において浸透しているとはいえないように思われる。

59) 東京高判平成14年6月4日判時1825号156頁。

60) この他、福岡高判昭和63年11月30日判タ685号265頁も、相手方の執拗な攻撃に対して被告人に素手による反撃を期待することは困難であり、それによって侵害から逃れることも容易ではなかったと認められるため、より軽い打撃によって相手方の攻撃を防ぐことが客観的に可能であったとは考え難いとして、相当性を肯定している。

さらに、同様の傾向はわが国のみならず、英米法やドイツ法の領域においても見出すことができる。すなわち、英米法の議論では、州法などで原則として退避義務が課されることを承認している場合でも、例えば自宅内で侵害を受けた際には「防衛の推定」をしたり、自宅を「聖域」と位置付けて例外的に退避義務を否定する論理（いわゆる「城塞の法理」）を併用することで、結論的に正当防衛成立の余地が認められている⁶¹⁾。また、ドイツの議論においては、「法確証の原理」を根拠に原則として回避・退避義務は存在しないとしておきながら、生命に対する危険のある手段を用いた場合には「他に容易に取り得る防衛手段がなかったか否か」を考慮に入れた上で正当防衛の成否が判断されており、実質において同様の傾向を看取することができる⁶²⁾。ロクシンは一般論として、「法確証」「法的な平和——秩序」の観点からは無法者や乱暴者が自由に一般市民を追い出すことができるという帰結は承認されないことを挙げた上で、行為者に回避・退避可能性が存在している場合においても、防衛行為の存在そのものは否定されないと述べる⁶³⁾。しかし彼は他方において、事実上逃走が要求される場合があることを認める。相手方の殴打行為を身をかがめたり飛びのいて回避し、その後で相手を取り押さえることが可能であるなら、直

61) Marion Wössner, Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA, 2006, S.142 ff. ; Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law, Sixth Edition, 2009, pp 120-123. 近年の英米の議論状況については、佐伯「アメリカの正当防衛法」ジュリスト1033号（1993年）53頁以下、ヨシュア・ドレスラー著＝星周一郎訳『アメリカ刑法』（2008年）336頁以下、364頁以下、385頁以下なども参照。

62) 連邦通常裁判所2003年1月29日決定（BGH NStZ 2003, 420）は、相互闘争の場合に防衛状況の存在が認められるか否かは総合的な考慮に基づくとした上で、Ⅳで問題となる自招侵害のケースにおいては、行為者が侵害から退避し得たか、あるいは、より危険性の低い防衛手段を用いることで退避し得たか、という事情も考慮の対象に含まれるとしている。なお、自招侵害の問題に関する近年のドイツの議論状況については、橋爪『正当防衛論の基礎』注3）253頁以下、吉田宣之『『自招防衛』と正当防衛の制限』判例時報2025号（2009年）3頁以下、橋田『自招侵害』注25）・3頁以下などを参照。

63) Roxin, a.a.O., S.680（『クラウス・ロクシン 刑法総論第1巻〔基礎・犯罪論の構造〕【第4版】〔翻訳第2分冊〕』107頁〔前嶋訳〕）。

ちに発砲することは防衛として必要ない行為であって許容されないのだから、同様に、身を隠すことで相手に損害を与えずに退避が可能であるのなら、まず身を隠す場所を探すべき場合があるというのである⁶⁴⁾。ここでは、わが国との条文上の差異があることに加えて⁶⁵⁾、銃器の使用そのものに対する許容の度合いが異なっているという背景を踏まえる必要はあるものの、いずれも「防衛行為」として許容されるか否かという局面において回避・退避可能性の問題が取り扱われている点が重要であると思われる。

こうして、客観的な事例状況ごとに類型化がされたとしても、それらの状況において「一律に」回避義務・退避義務違反の有無を基準として「反撃が許容されるべきか否か」を判断するというような方法や、あるいは逆に回避可能性の有無や代替手段の有無に関連する事実関係をどの要件の判断においても一切考慮しないで正当防衛の成否を判断するというような（いわば両極端の）方法は、結局いずれも採用されていないように思われる。

IV 「挑発防衛」「自招侵害」をめぐる従来の議論との関係

1 問題の所在

従来、行為者が侵害を招致ないし誘発したようなケースについては、これを「挑発防衛」「自招侵害」という独自の問題領域として扱い、主に、行為者の主観面に照らして事例を類型化して正当防衛の成否を判断するドイツの議論や、Ⅱ 4に掲げられた裁判例の事例などを素材として議論されることが多かった。確かに、侵害に先行してその原因となるような行為者の態度が存在している場合には、従来積極的加害意思論の適用対象と考えられてきたケースに比して事実関係の点で異なる部分があるといえる。しかし、侵害に先行する一定の態度が存在する場合に、後の侵害現在時の段階で正当防衛の成立範囲が限定される

64) Roxin, a.a.O., S.680 (『クラウス・ロクシン 刑法総論第1巻 [基礎・犯罪論の構造] 【第4版】 [翻訳第2分冊]』108頁 [前嶋訳])。

65) Ⅱ 6 (及び、注35) 参照。

という点において、両者は何ら異なるものではなく、むしろ統一的な視座から解決が図られるべきだと思われる。以下では、これまでの本稿の議論を踏まえた上で、従来のこの点に関する議論につき検討を試みたい。その上で、Ⅱ 6で検討した平成20年決定をこの文脈から再度検討することにする。

まず、現在では、行為者が侵害に先立ち、(A) 意図的に相手方の侵害を招致した場合（意図的挑発）と、(B) 意図的ではないが故意に招致した場合（故意による挑発）、それに (C) 不注意によって招致した場合（過失的挑発）のケースに区分した上で、(A) の場合に正当防衛の成立が否定される（さらに、過剰防衛の余地も排除される）という点では争いはないものの、(B)、さらには (C) のケースにおいてもそうした制限が可能か否か、という点が主に論じられているようである⁶⁶⁾。これは、ドイツの判例・多数説の影響を受けた議論の枠組みである⁶⁷⁾。しかし、こうした対立は、それが結論の相異を主張し合うレベルにとどまるものである限り、今後においても解決されないとと思われる。例えば、(A) 相手方が必ず怒って殴りかかってくるであろうことを理解した上で挑発した場合と、(B) 相手が殴りかかってくる可能性は分かっている、その場合には反撃することもやむを得ないと思いつつ挑発した場合とを比較して、両者は質的に異なるから取り扱いを区別すべきだとする主張⁶⁸⁾と、相手方の侵害可能性の認識という主観面によって挑発行為と防衛行

66) わが国における議論の状況を示したものとして、差し当たり、大塚ほか編『大コンメンタール刑法第2巻 [第2版]』注3) 359頁以下（堀籠＝中山執筆）、前田『刑法総論講義 [第4版]』(2006年) 330頁以下、山中敬一『刑法総論 [第2版]』(2008年) 483頁以下、大谷實『刑法講義総論 [新版第3版]』(2009年) 292頁以下、今井猛嘉ほか『刑法総論』(2009年) 231頁以下（橋爪執筆）、高橋『刑法総論』(2010年) 275頁以下など。

67) 詳細については、齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』(1991年) 197頁以下のほか、注62に掲げた文献などを参照。多数説は、(A) の場合には全面的に正当防衛が否定されるが、(B) (C) の場合には、原則として退避義務が課される（補充性が要求される）が、退避し得なくなった場合にも、相対的に攻撃力の低い手段を選択する必要が生ずると解している。(B) (C) の場合におけるこうした判断の構造を指して、「退避、(より攻撃力の低い) 防衛、(より攻撃力の高い) 抵抗」という順序の三段階構造と表現することもある（例えば、Urs Kindhauser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.Aufl. 2010, S.150 f.）

為が結び付けられる点で両者は共通しており、いずれも正当防衛の成立が否定されるとする主張⁶⁹⁾とは、いかなる点で対立しているのかの実質が、理論的に不明であるといわざるを得ない。

ここで示唆的であるのは、原則として両者に事実関係の違いがあることは認めながらも、むしろ「自招者によって支配・操作された事象経過」といえるか否かが決定的であるとして、(A)の場合には全面的に正当防衛の成立を排除するが、(B)の場合には、目的に向けた事象経過の支配・操作が存在したと評価し得る場合（相手方の侵害に関する確定的認識が存在していた場合）を除いて、そのような処理はなされないとする見解⁷⁰⁾の存在である。ここでは、「意図的」挑発であったか、それとも「故意による」挑発であったか、という際は、単なる事実関係の相違としてのみ位置付けられているにとどまっている。そうだとすると、行為者の側が「事象経過を支配・操作して防衛状況を生じさせた」ということが理論的に何を意味しているのかがさらに問われることになる⁷¹⁾。

そもそもこの種のケースでは、防衛行為に先行して、防衛状況を招致する一

68) 齋藤『正当防衛権の根拠と展開』注67) 209頁以下、橋田「自招侵害」注25) 10頁以下。

69) 吉田「『自招防衛』と正当防衛の制限」注62) 12頁。

70) 岡本「我が国における自招侵害の議論の展開について」注46) 340頁以下。なお、(B)の場合には例外的に退避が要求され、より攻撃性の低い手段を選択することが求められるとされ、(C)の場合には、(B)と比較するとさらに許容される防衛行為の範囲が広がることが説かれている。結論的には妥当な方向性であると思われるが、もし、その理由付けにおいて退避義務が援用されているのであれば、その必要はないように思われる。

71) なお、そうした場合に結論的に「社会的相当性が欠ける」と表現するか、「権利濫用である」と表現するか、あるいは「法確証が欠ける」と表現するかは、それが具体的な要件解釈論のレベルに影響を及ぼさない限り大差はなく、さほど重要ではないと思われる。むしろ問題であるのは、理論的にいかなる根拠から、正当防衛の要件のうちいずれの部分の判断において制約がかけられることになるのか、その実質的な論理構造である（そうしたものを積極的に示せない／示す気がないのであれば、平成20年決定に対する説得的な批判を加えることはできないであろう）。

定の行為（以下、招致行為と呼ぶ）が存在しており、そのことを根拠に後続する正当防衛の成立が制限されるか否かが問題とされている。そこで、上記の問題を検討するにあたって、いわゆる原因において違法な行為の理論⁷²⁾によれば、正当防衛の成立自体は肯定されるものの、招致行為が防衛状況を作り出し、結果を惹起したと評価され得る場合には、招致行為自体を処罰の対象となしうると説明されていることが注目される。そして、これに対しては主に以下の理由から批判が向けられている。すなわち、①招致行為と結果との間に因果性が存在しないのではないか、②同一の結果が防衛行為との関係では適法と解され、他方で招致行為との関係では違法と解されるというのは矛盾ではないか、③招致行為について正犯性が肯定できないのではないか、といった問題である⁷³⁾。しかし、本稿の問題意識を先に示しておけば、「招致行為を独立して処罰し得るか否か」という問題は、そもそも自招侵害をめぐる議論において本質的なものではないのではないか、という疑問があるのである。以下においてはこれらについて検討を加えることにしたい。

2 因果性の問題

①に関しては、より具体的には、侵害者は「挑発」されたとはいえ、最終的には自律的な意思決定に基づいて（さらにいえば、故意に）侵害という違法行為に出ているのであるから、答責的な主体が介在事情として存在している以上、招致行為と結果との間の因果関係が認められないのではないか、という疑問が

72) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）235頁、山口『刑法総論〔第2版〕』（2007年）120頁以下など参照。より詳しい議論と適用範囲の限定の試みとして、山口「自ら招いた正当防衛状況」法学協会百周年記念論文集第2巻（1983年）751頁以下。

73) これらのほかに、招致行為について実行行為性を肯定すると着手時期が早くなり過ぎるという批判もあり得るが、形式的な構成要件該当行為の存在と未遂犯の成立とを常に連動させて解する必然性はないことから（例えば、離隔犯や間接正犯における実行の着手時期に関する議論を想起されたい）、ここでは取り上げない。さらに、正犯性の存在と未遂犯の成立とを連動させて解する必然性も存在しないことにつき、例えば照沼「共犯論」法律時報81巻6号（2009年）39頁以下参照。

示されている⁷⁴⁾。しかし、一般論としていえば、自律的な意思決定を行った行為主体が介在したとしても、それだけで因果関係が否定されるわけではない、というのが、むしろ因果関係に関する現在の一般的な理解なのではないかと思われる。まず、教唆犯が正犯者に犯罪の実行をさせた場合に、自由な判断に基づいて正犯者が実行に出たことを根拠としておよそ因果関係が否定されるわけではない。ただもちろん、共犯の因果性については通常の因果関係と異なった考慮が必要になることは確かであるから⁷⁵⁾、同時正犯の場合に話を限るべきであるかもしれない。しかし、そうだとした場合、第一行為者の行為後に、自律的な第二行為者の行為が介在したとしても、やはりそれだけで第一行為者の行為について「常に」因果関係が否定されるわけではない⁷⁶⁾。

ただし、注意を要するのは、自招侵害の事案として実際に問題とされているのは以下のようにより複雑な構造を有しているということである。すなわち、まず第一に、行為者の招致行為が存在し、第二に、これにより招致された相手方による攻撃行為が存在し、さらにそれにとどまらず、第三にこれに対する行為者自信による防衛行為がなされた上で、相手方に対する侵害結果が生じているのである。つまり、上述した議論からは、行為者による第一の招致行為後に、（一応、自律的な意思決定に基づいた）相手方による第二の攻撃行為が介在しても、それだけで直ちに因果関係が否定されるわけではないが、自招侵害のケ

74) この点については、例えば、山中『刑法総論〔第2版〕』注66) 488頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（2009年）140頁以下、今井ほか『刑法総論』注66) 235頁（橋爪執筆）などを参照。

75) 例えば、林『刑法の基礎理論』（1995年）159頁以下、増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』（2008年）503頁以下など参照。

76) 例えば、山口ほか『理論刑法学の最前線』（2001年）23頁（佐伯執筆）、山口ほか『クローズアップ刑法総論』（2003年）6頁以下（高山執筆）、辰井聡子『因果関係論』（2006年）133頁以下、曾根＝松原編『重点課題刑法総論』注45) 35頁以下（杉本一敏執筆）、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年）114頁など参照。その理論的な当否についてはここでは触れないが、大阪南港事件に関する最高裁決定（最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁）の帰結自体についてはこれに賛成する見解が多数であることも想起されたい。

ースではさらにその後、第三の防衛行為が介在しており、かつ、これが自己の構成要件に該当する自律的な行為であるといえることから、第一行為と最終的な侵害結果との間に因果関係を肯定することが、実際上の問題としてさらに困難になるのではないかが問題となる。確かに「故意行為」ないし「自律的な行為」が介在したことのみに基づいて因果関係は否定されないのだとしても、法的・規範的な観点からみて、介在した行為の創出した危険が明らかに当初の行為の危険とは異質であり、かつ、介在した行為の危険の方が結果の中に実現したと評価される場合には、当初の行為と結果との間の因果関係が否定される、というのが一般的な理解であるように思われる⁷⁷⁾。そうだとすると、(100% そうだというわけではないにせよ) 自招侵害の事案においては、招致行為と最終的な侵害結果との間に因果関係を肯定することが難しいという問題があり、招致行為を独立した問責対象の行為と位置付ける原因において違法な行為の理論にはこうした内在的な疑問が向けられよう⁷⁸⁾。

3 違法判断の相対化の問題

②は、より具体的にいえば、以上のような問題をいったん措くとしても、防衛行為につき正当防衛が成立するのであれば、相手方に与えた侵害結果は防衛行為との関係で適法であって、そうでありながら他方で原因行為との関係において違法と評価するようなことはできないのではないかという問題である。この点に関し、ドイツの連邦通常裁判所2000年11月22日判決(BGH JZ 2001, 664)が興味深い問題を提起している。事案は以下のようなものであった。以前に相手方に左脚に重傷を負わされたことを恨んでいた被告人が、復讐のために虚偽の口実を設けて相手方を呼び出し、散弾銃で相手方の脚を撃とうという

77) 例えば佐伯「因果関係(2)」法学教室287号(2004年)50頁以下、山口『刑法総論[第2版]』注72)58頁以下、井田良『講義刑法学・総論』(2008年)115頁以下、124頁以下、高橋『刑法総論』注66)124頁以下など。

78) 橋爪「正当防衛状況における複数人の関与」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』(2006年)644頁以下参照。

計画を立てていたが、実際にやって来た相手方に対して、被告人はまず不意について手拳で殴りかかり、地面に打ち倒して傷害を与えた。それから被告人が相手方に対して発砲しようとしたところ、相手方がこれをやめさせるべく、（武器用の）棍棒で被告人に殴りかかり、頭部を強く殴打し、重い傷害を負わせた。さらに仰向けに倒れた被告人に対して、相手方が「殺してやる」などと言いながら棍棒を振りかざしたため、被告人は散弾銃を両手で構え、これを蹴飛ばそうと迫ってきた相手方の胸を狙って、約30cmの至近距離から発砲し、死亡させた。連邦通常裁判所は、傷害致死罪（227条）の成立を認めた原審の判断を退けた上で、以下の理由から過失致死罪（222条）の成立を認めた。

まず、相手方に手拳で殴りかかった時点においては、被告人は相手方の侵害＝防衛状況を意図的に惹起したわけではないので、（正当防衛の成立が排斥される）「意図的挑発」のケースに当たらない。また、相手方が棍棒で被告人の頭部を殴打した時点では、その行為は正当なものであったが、さらに「殺してやる」などと言いながら向かってきた時点では既に正当防衛ではなく急迫不正の侵害である。被告人には防衛の意思があり、さらに、故意・過失に基づく自招侵害のケースであるものの、既に重傷を負って倒れており、かつ目前に相手方が迫っている状況にあった被告人には、退避可能性、あるいはより危険性の低い手段を選択する可能性が存在しなかったため、防衛行為としての必要性・被要請性も充たされている。従って、発砲行為それ自体には正当防衛が成立する。しかし、他方において、招致行為である当初の殴打行為との関係で罪責を問い得るかが問題となる。この点、相手方の死亡という加重結果が殴打によって直接に惹起されたわけではないので、傷害致死罪は成立せず、また、重大な傷害を惹起することを意識して着手していない以上、故意も認められないので、犯情の重い傷害罪（226条）や、危険な傷害の未遂犯（224条2項）も成立しない。しかし、被告人の認識と可能性を前提とした上で、過失致死罪における注意義務違反が認められる（予見可能性に関しては、結果がその本質において予見可能であればよく、因果経過の細部に関する全事情についての予見可能性は必要ない）。また、同一の行為が、一方で適法でありながら、他方に

において違法であるということは確かにあり得ないものの、当該行為に先行する違法な行為が過失犯として罪責を問われることはあり得る。当初の被告人の計画は、口実を設けて一定の場所に相手方を呼び出し、散弾銃で重大な傷害を負わせるというものであったが、本件ではこのような危険がまさに実現したといえるからである。この点、行為後に新たに生じた事情が創出した危険のみがもっぱら実現し、他方で当初の行為の寄与が完全に排除されたような場合でなければ、因果関係は否定されない。

以上のような本判例の論理は、判示ではそうした前提は否定されているものの⁷⁹⁾、正当防衛の成立を認めつつ、他方でそれに先行する招致行為のみを問責の対象として、結果との因果関係を肯定し、招致行為の主観面に対応した罪責を認めている、という構造において、完全に原因において違法な行為の論理と共通しているといえる。そして、本判決に対する評釈⁸⁰⁾の中で、ロクシンが、意図的挑発でないことを根拠に正当防衛の成立を否定しなかった点には賛成できるとしながら、上記の部分に関してはもはや従い得ないとして批判していることが、ここで重要な問題となる。すなわち、上記判決が、同一の行為が適法であると同時に違法であることはない、としつつ、第一の招致行為と第二の防衛行為とを分離しているのに対して、彼によれば、こうした分離が可能なのは、同一の「不法な結果」に向けられている場合に限られる。そして、本件においては最終的に適法な結果が生じている以上、招致行為については、法的に許容されない結果の惹起が存在せず、過失の行為無価値のみしか存在していないという。この点、本判決は、やはり原因において違法な行為の理論と類似しているが、同理論についても、正当防衛の成立を肯定しつつ、他方で招致行為に対する罪責を問うのであれば、やはり同様の批判が妥当する。(ロクシンの前提とする)客観的帰属論によれば、本件のようなケースではまさに不正な侵害行為に出た相手方が、死亡という違法な結果につながる危険を故意に、

79) JZ 2001,665.

80) Roxin, JZ 2001, S.667 f. さらに、Jörg Eisele, NStZ 2001, S.417.

かつ答責的に創出しているのであり、逆に被告人の行為には結果は帰責されない。ここでは、結果に対して単独正犯性を有する相手方が存在しており、被告人の行為には自然法則的な意味での条件関係を認めることはできず、相手方に対する心理的因果性が存在しなければ帰責は認められない。

これらの議論は、招致行為に対する結果の客観的帰属という領域で論じられており、2の問題として捉えられていることが分かる。しかし、因果関係が肯定される可能性については、2でみたように少なくとも理論的にはなお留保されている。むしろ、ここで問題となるのは、その根本において前提とされている理解、すなわち、結果の直近に位置する行為に正当防衛が成立する以上、その所産として生じた相手方の死亡は「適法な結果」であって、防衛行為に先行する招致行為には帰属すべき「違法な結果」がない、という理解である。この点に関しては、確かに、狭義の共犯に関しては、その処罰根拠に「正犯の惹起した、正犯からみて不法な結果」が含まれると解すべきである以上^{81)、82)}、従

81) 狭義の共犯の処罰根拠論に関しては、照沼『体系的共犯論と刑事不法論』（2005年）157頁以下、同「共犯の処罰根拠と中立的行為による幫助」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』注78）569頁以下、高橋『規範論と刑法解釈論』（2007年）152頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（2009年）3頁以下、160頁以下、小島秀夫「共犯の処罰根拠——共犯従属性の観点から——」明治大学社会科学研究所紀要48巻2号（2010年）213頁以下などを参照。

82) これに対して、従来は、いわゆる「要素従属性」の問題に関していずれの立場を前提とするかにより問題が解決される、とするスタンスが一般的であった。しかし、そうした対立軸自体が他の根本問題における態度決定を前提として導かれる「結論の相異」でしかないことについては、照沼「共犯論」注73）41頁以下参照。ここでの問題状況に即していえば、例えば正犯者につき正当防衛が成立する場合でも、教唆者がその背後で防衛状況を作出したと評価される場合には、「制限従属性を放棄して」教唆犯として処罰すべきであるとする見解（島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』〔2002年〕197頁以下）と、こうした場合にもあくまで「制限従属性を厳格に維持して」処罰を否定すべきであるとする見解（山口『刑法総論〔第2版〕』注72）341頁、橋爪「正当防衛状況における複数人の関与」注78）655頁）の対立があるが、それは現時点においては結論の妥当性をめぐる見解の相違にとどまっており、処罰根拠に関する理論的な基礎付けを伴っているとは言い難いことが想起される。

属の対象となる行為が正当防衛で正当化される場合には、既遂結果との関係で共犯の成立を肯定することはできない。しかし、少なくとも、心理的因果性で媒介されているわけではない、単独正犯（同時正犯としての直接正犯、間接正犯）の場合には、必ずしもそうはいえない。構成要件に該当する行為によって惹起した侵害結果が存在している以上、最終的にその行為が正当防衛として正当化されるのは、急迫性をはじめとする要件がすべて具備された場合でしかなく、これに時間的に先行する行為についてはそれ自体が独自に正当防衛の要件を満たさなければ、別途違法行為として処罰の対象となる、ということ自体はおそらく否定し得ないものと思われる⁸³⁾。以上のように考えてくると、正当防衛の成立を肯定しつつ、他方で招致行為につき独立して処罰を認めるためには、究極的には、招致行為がそれ自体で単独「正犯」としての適格を備えているか否かに（少なくとも理論上は）かかっているということになろう。

4 正犯性の問題

③に関して、一般的な理解からは、正当防衛のような適法行為を介した間接正犯の成立については、事実上、因果性や故意、正犯性などを認定することの難しさはあるものの⁸⁴⁾、理論的にその成立が排除されるとまでは解されていないように思われる⁸⁵⁾。しかしここでも、自招侵害のケースにおいて、行為

83) そうでないと、その延長線上に位置する問題である、共同正犯における正当防衛の成否について、それは各関与者毎に相対的に判断されるべきであるという一般的な理解（例えば、最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁を参照）に反して、「いずれかの行為について正当防衛が成立すれば全ての関与者が無罪となる」という帰結に至ってしまうことになる。この意味で、正当防衛行為への関与者につき、関与者の行為が狭義の共犯にとどまるか、それとも正犯性を具備するかによって処罰の可否を分ける考え方は、その結論において正当であると思われる（この点については林「適法行為を利用する違法行為」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第1巻』（1983年）244頁以下、さらに Wolfgang Mitsch, Notwehr gegen fahrlässig provozierten Angriff - BGH, NSStZ 2001, 143, JuS 2001, S.754 f. など参照）。

84) 例えば、曾根＝松原編『重点課題刑法総論』注45) 220頁以下（田山聡美執筆）。

者が当初に行った招致行為がいかなる事態との関係で正犯性を有し得るのか、という点を検討する必要がある。より具体的には、2で示したように、招致行為が後結果に至るまでの間には、相手方の攻撃と、これに対する自己の反撃とが介在しているため、問題となるのである。

理論的には、間接正犯の正犯性はあくまで個別具体的な「構成要件該当事実」との関係で、事象経過を主体的にコントロールしていたと評価し得る場合に肯定されるが、ここで、介在する行為者の行為が自律的なものである場合には「正犯としての帰属」を行うことに対して「規範的障害」が存在し、狭義の共犯としての可罰性しか認められないと解する立場⁸⁶⁾をとるのであれば、理論的に間接正犯はおおよそ成立し得ないということになるだろう。しかし、そのように解する必然性はなく⁸⁷⁾、適法行為が介在した場合においても、行為者が以後の事態の経過を事前に把握した上で、その通りに事態を推移させ、結果へと導いたといえるのであれば、間接正犯は成立し得ると考えられる。しかし、1の(C)過失的挑発のケース、また、(B)故意的挑発とされてきたケースにおいても、相手方が何らかの攻撃に出てくることは認識していたが、侵害の具体的な程度、態様などを十分事前に把握していなかったのであれば、招致行為の時点で以後の経過をコントロールするという側面が既に欠落しており、そもそもこの段階で支配性＝正犯性が否定されることになるように思われる⁸⁸⁾。

これに対して、残る(A)意図的挑発のケースにおいて、招致行為につき、相手方の侵害、さらにはそれに対する自己の防衛行為、そこから生じた結果との関係において正犯性を肯定できるだろうか。ここでは上記と異なり、行為者

85) 例えば、林『刑法総論 [第2版]』注39) 417頁、大谷『刑法講義総論 [新版第3版]』注66) 161頁。

86) 例えば、山中『刑法総論 [第2版]』注66) 822頁以下など。

87) 間接正犯の正犯性に関する判断構造につき、詳細は照沼『体系的共犯論と刑事不法論』注81) 86頁以下参照。

88) こうした観点からは、正当防衛を何らかの形で制限するためには、最低限、侵害の「予期」の存在が条件であり、これを「予見可能性」にまで緩和することは困難であると思われる。

が事象経過を意図的に操縦し、実際にその通りの形で事態が推移し、その通りに侵害がなされ、反撃し、最終的な結果を生じさせているという関係が認められる。もちろん、自招侵害における相手方の攻撃は、行為者による招致行為が存在したとはいえ、基本的に任意の判断に基づいて不正の侵害に出ていると解されることから、俗に「規範的障害」と称されているような場合が多いであろう。そこで、防衛行為に出る時点において行為者の自律性が失われているとまではいえないとすると、その点のみに着眼して判断する立場からは、やはり上記と同様に正犯性が否定されることになりそうである⁸⁹⁾。しかし、上述の通り、間接正犯の正犯性をそのように形式的に判断する理由はないのだとすれば、相手方が非常に怒りやすく、挑発的な態度をとれば確実に自分に対して殴りかかってくるであろうことを十分に把握した上で、相手方の性癖を踏まえた挑発手段を選択し、相手方から実際に想定されたような攻撃がなされたケースでは、仮にその後の防衛行為に際して自由な意思決定が存在していたとしても（相手方の急迫不正の侵害に対応するために行動せざるを得なくなっているという意味においては、「その局面における」自律性が若干損ねられているということも踏まえて考えれば）、こうした状況を意図的に創出した招致行為につき、間接正犯としての行為支配を肯定する余地は残されているように思われる⁹⁰⁾。

以上のような考え方に対しては、自招侵害の事案において正当防衛が制限されるか否かは、行為者の主観的事情に関係なく、むしろ、相手方の侵害がもはや行為者の態度の所産として「帰属」されず、行為者が当初侵害を招致したことに関する「部分的な答責性」が完全に消滅したといえるかどうかによって判断されるのであり、結論的に、意図的挑発か、故意的挑発か、過失的挑発か、という違いは影響を及ぼさないとする見解⁹¹⁾が主張されている。これはその実質において、因果関係にとどまらず、正犯性や正当防衛の成否も、当事者の

89) 橋爪「正当防衛状況における複数人の関与」注78) 645頁参照。

90) 松原「正当防衛（その2）」注51) 97頁参照。

91) Annette Grünwald, Notwehrein-schränkung-insbesondere bei provoziertem Angriff, ZStW 122, 2010, S.79 ff.

いずれに「管轄」や「答責性」が認められるかという問題であって、その意味において広義の「帰属」の問題として捉えるべきだとする立場を前提としていると解される。しかし、正犯性の問題にせよ、正当防衛の成否にせよ、一元的にそうした枠組みから刑事責任の有無を判断しようとするのは既に方法論として支持し得ないし⁹²⁾、広く過失的挑発の場合にも正当防衛の成立が排除されるという結論それ自体にも、また具体的にいかなる場合にそうした結論が導かれるかについての理由付けが不明であることについても、それぞれ疑問が向けられるように思われる。

5 正当防衛の成立要件に関する解釈論との関係

以上のようにみてくると、原因において違法な行為の理論によるときには、少なくとも理論的には招致行為自体を処罰対象とすることは排斥されないが、實際上、それが可能な範囲は非常に制約されるといえる。しかし、1で既に示唆した通り、防衛行為につき正当防衛が成立することを前提とした上で、あくまで招致行為のみについてこのような形で議論を展開することには、あまり意味がないようにも思える。実は、以上のような議論を踏まえた場合に、既に防衛行為について正当防衛の成立それ自体を否定し、可罰性を基礎づけることは可能であると考えられるのである。

やはり既に1において指摘したように、意図的挑発のケースでは、行為者が以後の事象経過を「支配・操作」していたとして正当防衛の成立を排除する見解があった。この帰結を、正当防衛の成立要件との関係で説明すれば以下のように考えることができるだろう。つまり上述したように、意図的挑発のケースでは、相手方の侵害が、既に行行為者側のコントロールに服している（正犯性が認められる）事態であるという特徴がある。言い換えれば、行為者は自己に対する急迫不正の侵害を自己の行為の所産として意図的に生じさせているのである⁹³⁾。そうであれば、もしそうした侵害から自己の生命・身体を保全しよう

92) 詳細については、照沼「正当防衛の構造」注1) 179頁以下参照。

というのであれば、初めからそのような事態を生じさせなければよいのであって、防衛行為のみを独立してみるのではなく、当初からの経緯を踏まえて事態を評価するのであれば、その行為は「正当防衛行為」として許容されるような性質を有していない、と解することが可能であろう。つまり、物理的にみれば、相手方の不正の侵害から身を守るために有用である手段だとしても、規範的に評価すれば、それは「防衛のための行為」とはいえない。そして、このように招致行為と防衛行為とを一体的に評価することが許されるのは、まさに当初の招致行為の時点から反撃までの事象経過を意図的にコントロールし、狙い通りの結果を生じさせたことに由来している⁹⁴⁾。言い換えれば、招致行為の時点で、以後の事象経過に対する支配性＝正犯性が肯定されるようなケースにおいては、後の行為について防衛行為としての質的適性を全面的に否定することが可能だということになる⁹⁵⁾。これに対して、招致行為それ自体に、正犯性以

93) ただし、その攻撃によって自分の生命・身体が現実侵害されることを承諾しているわけではなく、あくまでその危険性が生じる点について認識し、そのような事態を生じさせている、という趣旨である。この意味で、林『刑法総論〔第2版〕』注39) 189頁が、積極的加害意思が問題とされるようなケースにつき、行為者に「(高度の) 危険の引受」があると説明しているのは、その射程の広さやそこから論者が導く帰結等については留保が必要であるものの、少なくともこの文脈における比喩としては十分理解可能である。

94) これに対して、橋田「自招侵害」注25) 5頁以下は、招致行為と反撃行為が時間的・場所的に密接している、という客観的要件と、反撃を当初から意図していたという主観的要件とが充足されれば正当防衛は制限されるとした上で、より具体的には、意図的挑発のケースにおいてこうした要件が充たされれば、「比喩的に言えば自らも不正の侵害者であるため」、法確証の観点から、防衛行為の相当性が否定されるとする。結論的に正当防衛の成立が制限される範囲については私見もほぼ同様に考えるが、①上記のような要件が充たされるときに、なぜ行為者自身が(自らに対して)不正の侵害を行ったと評価できるのが理論的になお明らかでないこと、②「法確証」概念に依拠する必要はなく、またそうすべきでもないこと、③「相当性」が否定されるにとどまるのか否かが明らかでないこと、において疑問が残る。

95) この点、意図的挑発とされたケースではないが、連邦通常裁判所2009年6月25日決定は、侵害に先立って相手方の自転車隠し行為があっても以後の正当防衛は否定されないという結論を導く際に、「防衛行為の必要性」を充足するか否かという次元において判断している(BGH NStZ 2009, 626)。

外の他の要件（因果性等）が認められ、最終的に可罰性が肯定できるか否かは、必ずしも後の行為についての正当防衛の成否と連動するものではない。

この点、こうした規範的考慮を行うのであれば、それは侵害の急迫性という要件の解釈に反映させるべきだとするのが従来の判例や多数説の説明に馴染むのかもしれない。しかし、これまで述べてきたように、その実質は結局のところ行為者に「要保護性を一切認めない」という価値判断にとどまるものであり、かつ、そうした価値判断を急迫性ないし防衛状況に反映させて二者択一的な判断を行うことについては問題があり、むしろ、過剰防衛の成否について検討する可能性を残した上で、これを否定すべきことについてより立ち入った検討を行うことが必要であると思われる⁹⁶⁾。特に、本稿では詳しい検討を加える余裕はないが、共同正犯者間で正当防衛の成否が相対化すると一般に解されているようなケース⁹⁷⁾において、同一の不正な侵害につき、関与者の一方に「急迫性」を肯定しながら、他方において「急迫性」を否定するという処理を行うのは、日常用語に照らしても、また理論的にも数多くの問題があり⁹⁸⁾、かつ、それを各関与者の法益の「要保護性」の意味において理解するのであれば、既に急迫性の解釈論の範疇にとどめておく必然性は失われていると考えられる。

96) この点、従来、防衛行為性の要件で解決すべきだと主張する見解に対しては、それでは喧嘩闘争や積極的加害意思に基づく反撃の事案について基本的に過剰防衛として扱うことになり妥当でない、という趣旨の批判（例えば、遠藤「正当防衛判断の実際」注52）314頁など）が加えられてきたが、本文でも述べたように、防衛行為性を全面的に否定して判例と同様の結論に至るケースも多いと思われるため、このような批判は妥当しいと思われる。

97) 注83) 参照。

98) 橋爪「正当防衛状況における複数人の関与」注78）639頁以下を参照。同論文640頁以下では、要保護性の減弱を考慮する見解からは侵害に直面した関与者（被侵害者）を基準として正当防衛の成否が判断され、防衛行為性を問題にする見解からは、その背後で正当防衛の成否が問題になる関与者（防衛行為者）自身を基準として正当防衛の成否が判断される傾向があると説かれている。しかし、私見の枠組みからは、要保護性の減弱は被侵害者を基準として判断し、防衛行為としての適性については防衛行為者自身を基準として判断されることになる。

6 判例の評価について

以上のような観点から改めて平成20年決定（Ⅱ6）をみると、招致行為の時点において以後の経過に関する支配・統制を認めうるかどうかが問題となるどころ、そもそもいずれの時点においても、こうした部分に関する被告人の主観的な状態について積極的な事実認定がなされていない。もし正当防衛のみならず過剰防衛の余地をも排除するという結論を導くのであれば、少なくとも当初の殴打行為の時点において、被告人に以後の事象経過を招致することに関する十分な認識があり、その後の経緯が被告人の支配・統制に服していたといえることが示されなければならなかったように思われる。

それでは、こうした自招侵害以外の事案についてはどうか。確かに従来、積極的加害意思論を用いて処理されてきたケースには、少なくとも外形上、こうした明確な形で招致行為が存在していたとはいいいにくいものも存在していた。しかし、Ⅱ6においても触れたように、例えば昭和52年決定や判例④、⑭、⑳などにおいては、事前に計画的に攻撃手段となる「武器」を準備して相手方の侵害を待ち受けているという事実関係が認められ、かつ、そうした行為が他の観点から正当な行動の自由として評価する余地がなかったと評価できる。特に、相手方の襲撃が十分に予想される場所に上述のような「武器」を装備して出向いているようなケースでは、もはやそうした態度は単に日常生活上の行動の自由を行使しているという域にとどまるものではなく、むしろ、相手方の襲撃を所与の前提とした上で、これを因果経過のひとつとして利用し、確実に相手方の生命・身体を侵害することが意図されており、現実はその意図に基づいて事態が推移しているといえるだろう。このように、結局は相手方に侵害を行わせてこれに反撃するという形で、事象経過を支配し、当初に意図していた通りの事態を実現させているのであれば、仮に侵害に先立って（正犯性の判断対象となり得るだけの外形を伴った）招致行為の存在を認定することができないとしても、行為者の法益の要保護性は著しく減弱しているといえ、行動規範との関係で許容される行動の選択の幅は狭まり、結論的に防衛行為としての質的適性が否定されることになると解される。Ⅱ6で論じたことは、こうした観点

から説明することも可能であろう。なお、以上のような事実関係が認められないのであれば、許容される行為の選択の幅が狭まるとしても、防衛行為としての性格は直ちには排除されず、少なくとも過剰防衛の成否について検討の余地が残されることになる。この場合、仮に過剰防衛が成立するとしても、一定の場合に刑の減免が認められないこともあるのは当然である⁹⁹⁾。

V 結語

本稿では、侵害に先立つ行為者側の態度に一定の事情が認められる場合に、これを防衛行為の質的適性という観点から考慮するという方向性を示した。実務的にも、裁判員裁判の時代を迎え、さらに平成20年決定が現れ、その理論的根拠がいまだ不明であることを踏まえれば、もはや「積極的加害意思論に基づく急迫性の否定」という枠組みに固執する必要はないのであるから¹⁰⁰⁾、刑法理論の側としても、単なる「事実認定のための下位基準」の説明のみに自己矮小化することなく、より広範なケースについて妥当し得る「基礎理論」を新たに深く探求していくことが必要であるように思われる。

99) 例えば、誤想過剰防衛のケースではあるが、確定的殺意を持って被害者を殺害した事案につき、刑の減免を認めなかった東京地判平成5年1月11日判時1462号159頁、並びに山口『刑法総論 [第2版]』注72) 125頁、松宮『刑法総論講義 [第4版]』注74) 145頁を参照。

100) 佐伯「裁判員裁判と刑法の難解概念」注41) 18頁以下、高山「『不正』対『不正』状況の解決」注25) 5頁以下など。

商事法における会計基準の受容(12)

——アメリカ(1)——

弥 永 真 生

- 1 1933 年法及び 1934 年法以前
- 2 1933 年法及び 1934 年法
- 3 会計連続通牒第 4 号
- 4 会計手続特別委員会、会計原則開発特別委員会及び棚卸資産特別委員会
- 5 会計手続委員会
- 6 会計原則審議会
- 7 会計原則審議会意見書の権威
- 8 会計原則審議会意見書の権威の失墜
 - (1) 繰延税額控除の会計処理
 - (2) 企業結合会計
 - (3) 市場性のある有価証券の評価
 - (4) 会計連続通牒第 102 号

1 1933 年法及び 1934 年法以前

会計学は厳密な科学ではなく、会計士は不確実な環境に直面するゆえに、それぞれの環境の中で適切な手段を見つけるために判断しなければならないこと、また統一的な会計手続きを機械的に適用した財務諸表は、会計士が代替的な会計方法から選択して作成した財務諸表に比べて誤解を招きやすいことなどを理由として、会計実務家は、事業会社一般に広く適用されるべき統一的な会計システムを構築することには消極的であった（Previts and Merino [1979] p.162）。

また、州青空法によって設けられた各州の委員会の力は弱く、全体としても、会計実務にほとんど影響を及ぼすことはできなかったといわれている

(Blough [1939] p.271)。

もっとも、アメリカ会計士協会（American Institute of Accountants）の1917年の年次大会において、投資に対する利子の原価算入を検討する委員会の設置が提案され、「原価との関連での利子についての特別委員会」が設置された。1918年の年次大会においては、投資に対する利子を製造原価に含めることは理論的には不健全であり、実務上誤っているという報告がなされ（Special Committee on Interest in Relation to Cost [1918] p.112）、出席会員は、その受入れと承認を決議したが、そこには、すべての会員は委員会の勧告に従うことが期待されるという含みがあった（Special Committee on Interest in Relation to Cost [1918] p.112）。そして、会計手続きの標準化についての特別委員会を設置することを求める決議がなされ、その特別委員会は、提示されたすべての手続きの問題を検討し、論争となっている問題について、国中で手続きの統一に近づく、確立された何かが究極的に存在することになるかもしれないという希望をもって、勧告をすることが期待されていた（Editorial [1918] p.295）。この手続特別委員会（Special Committee on Procedure）は1929年までにいくつかの報告書をまとめたが、残念なことに、いずれも会員による承認を得るために年次大会に提出されることはなかった。

また、基金の管理についての特別委員会は、1918年に、図書館の情報局に会員から寄せられた問合せの一部について『特別公報（Special Bulletin）』を公表することをライブラリアンに認め、1920年から1929年の間に33本が公表された。もっとも、この『特別公報』は協会によって権威が与えられていたわけではなく、「質問が付託された会計士の意見の表明にすぎない」と位置づけられていた（Special Committee on Administration of Endowment [1920] p.132）。

以上に加えて、1915年に、連邦通商委員会（Federal Trade Commission）¹⁾の委員長であったHurleyは、統一会計の導入が監査済財務諸表を利用する債権者にとって有益であることを理由として、「あらゆる目的の標準財務諸表、資産および負債の評価の一連の規定および規則」の作成、そして連邦準備制度

理事会 (Federal Reserve Board) に登録された会計士による財務諸表の検査の導入が必要であると述べた (Previts and Merino [1979] p.188)。これをうけて、アメリカ会計士協会が、1917年に、財務諸表監査の標準的手続を示すものとして、『統一会計 (*Uniform Accounting*)』を公表した (Carey [1969] pp.133-134)²⁾。もっとも、そのタイトル³⁾は必ずしもこの文書の内容を示しておらず⁴⁾、記述のほとんどは監査手続に関するものであった。この事実からうかがえるように、1933年より前には、一般に認められた会計原則は確立していなかった。このため、どのような会計原則を採用するかについては個々の企業が広範な裁量を有していた (Seligman [2003] p.48, Smith [1937] pp.145-148, Parrish [1970] pp.40-41. *See also* Ripley [1927] pp.158-208, Hawkins [1963] pp.135-162)。

このような環境の中で、1926年に、ハーバード大学教授であった *Ripley* は、ニューヨーク証券取引所⁵⁾等に上場している代表的企業の中には、年次報告書を全く発行しなかったり、企業の概況のみの説明で財務情報を明らかにしな

1) 連邦通商委員会も統一的な会計方法を推奨するとし (Federal Trade Commission [1916] p.16)、アメリカ公共会計士協会 (American Association of Public Accountants) も連邦通商委員会に助言するための委員会を設置した。

2) わずかな修正を加えた上で、連邦準備公報の1917年4月号に連邦準備委員会からの暫定的提案として掲載され、1918年には『貸借対照表作成のための承認された方法 (*Approved Methods for the Preparation of Balance Sheet Statements*)』として政府印刷局から、改訂の上、1929年には『財務諸表の検証 (*Verification of Financial Statements*)』として連邦準備委員会から (*For details, see* Editorial [1929])、再改訂の上で、1936年には『独立公共会計士による財務諸表の検査 (*Examination of Financial Statements by Independent Public Accountants*)』としてアメリカ会計士協会から、それぞれ、出版された。

3) *Carey* は、*Hurley* の統一会計に対する興味がこのタイトルの選択に反映されたとの推測を示している (*Carey* [1969] p.133)。

4) もっとも、会計に関する事項も若干であるが、取り上げられていた (*See Moonitz* [1970] pp. 146-147)。

5) *Ripley* は、ニューヨーク証券取引所が適切な企業内容の開示の促進において主導的な影響を与えるものであることに疑いはないと述べ (*Ripley* [1927] p.210)、*Berle* もニューヨーク証券取引所が果たした役割を高く評価していた (*quoted in: Weissman* [1939] p.111)。

いものや貸借対照表のみを開示し損益計算書を発行しないものがあること、減価償却、資産の評価、営業権、剰余金、無額面株式等について、経営者の意のままに不可解な (enigmatic) 会計実践が行われていることを会社名を挙げて指摘し、大企業によるこのような悪弊を除去するために、連邦通商委員会がこの分野へ介入すべきであると主張した (Ripley [1926])。しかし、Coolidge 大統領は、「株主が保護されるべき権利を有していることは認めるが、民間企業は州政府の管轄下にあるので、連邦通商委員会が企業会計に介入する権限を持っているかは疑問である。」⁶⁾ と述べ、明確な態度を示さなかった⁷⁾。

また、Berle と Means も、「会計基準が確立されずまた法律が何らの特別の規範を強制しない限り、取締役とそのお抱え会計士達は、限定された範囲内でいように数字を作りあげることができる。取締役の権限がこれほど強大な理由の一つは、会計士自身が今まで一連の会計基準を作りあげていないという事実」に存する」と指摘していた (Berle and Means [1932] p.182)⁸⁾。

これらを背景として、アメリカ会計士協会は、ニューヨーク証券取引所と連携を図って、企業内容開示の改善を図ろうとしたが (cf. May [1926] p.326)、当初は門前払いをうけた (peremptorily rejected) (Carey [1969] p.164)。しかし、証券取引所も、同じ取引について異なった会社が採用している会計処理方法の多様性の問題を認識するようになり (See Hoxsey [1930a] pp.12 - 13)、

6) President Coolidge Inclined to View That State Rather Than Federal Authority Should Govern Publicity of Financial Operations of Corporations, *Commercial & Financial Chronicle*, vol.123, no.3193 (September 4, 1926), pp.1200 - 1201 (originally appeared in *New York Times*, August 27, 1926).

7) 弁護士 Montague は、連邦最高裁判所等の判例を引いて、連邦通商委員会が介入することは、憲法違反であると指摘した (Gilbert H. Montague of New York Bar Declares Courts Have Ruled against Power of Federal Trade Commission to Require from Corporations Reports Required by Professor Ripley, *Commercial & Financial Chronicle*, vol.123, no.3193 (September 4, 1926), p.1200)。

8) 「会計の諸原則は、今までのところ法律の諸原則ほど十分に認識されていない。……事実、法律が会計諸基準を認識していないのは、おそらく会計士間での同意を欠くことに起因している」 (Berle and Means [1932] pp.271 - 272)。

1930年のアメリカ会計士協会の年次大会において、取引所がおこなっている財務報告改善の動きへの協力を求めた(Hoxsey [1930b] p.278)。

これをうけて、アメリカ会計士協会は、1930年に、Mayを委員長とする証券取引所協力特別委員会(Special Committee on Corporation with Stock Exchanges)を設置した⁹⁾。そして、1932年には、取引所は、指導的な会計専門職業人団体によって、会社の報告書と文書に含まれる誤謬と不実開示に対する防御策として必要な会計ルールの開発と定期的な改訂を任務とする会計基準についての合同委員会を設置する必要を強く認識するにいたった(Rorty [1932] p.14 [quoted in: Special Committee on Corporation with Stock Exchanges [1932] p.242])。これを背景として、Mayは¹⁰⁾、書簡を起草し、委員会の承認を得た上で、1932年9月22日付書簡(証券取引所協力特別委員会の勧告)がニューヨーク証券取引所に送付された。この書簡の付録として、いわゆる5つの幅広い会計原則¹¹⁾が示された¹²⁾。そして、上場会社からの回答に基づき、Hoxseyは、この会計原則は、取引所によって、すべての上場会社

9) なお、1931年に、アメリカ会計士協会会長のCouchmanは、「それに関して、かつては、個々の実務家が自らの判断のみに依拠しなければならなかった多くの専門的手続きに関して専門職業人からの何らかの一般のプロナウンスメントが必要とされる段階にわれわれの職業は達している。協会がこれらの問題に対する解答を決定するにあたっての助けの適切な源泉となるかをみている政府監督当局及び証券取引所の委員会によって、これらは、ますます多く、われわれに提示されている。」と述べた(Couchman [1931] pp.188-189)。

10) Mayは、会計処理方法を「公に」特定するという考え方に反対であり、幅広い原則の範囲内で、会社は自己が用いる会計処理方法を選択し、その方法に従っているか否かについて、監査人は意見を表明すべきであると考えていた(Grady [1962] p.62)。

11) ①未実現利益は会社の損益勘定に直接貸記してはならない。②資本剰余金はどのような源泉のものであっても、利益に対して借記されるべき当期または将来の期間の費用と相殺するために用いてはならない。③取得以前に創出された子会社の利益剰余金は、親会社及び子会社の連結利益剰余金の一部を構成するものではない。④一定の状況の下では、十分な開示を条件として、自己株式を資産として表示することが許されるが、自己株式に対する配当は、会社の損益勘定に貸記してはならない。⑤役員、従業員または関係会社からの受取手形や債権は別項目で表示しなければならない。

12) 以上の経緯の詳細については、Grady [1962] pp.63-74。

が従わなければならないほど一般に受け入れられていると考えられなければならない、これからの離脱は株主及び取引所の注意を明示的に喚起しなければならないという見解を取引所の運営委員会に対して示し¹³⁾、この勧告は、運営委員会によって承認された。

他方、アメリカ会計士協会は、1934年の年次大会において、会計原則開発特別委員会の勧告に従って、5つの原則及び自己株式に関する原則を承認した。また、1934年には、『会社計算書類の監査（*Audits of Corporate Accounts*）』を出版したが、この文書は、「認められた会計原則（accepted accounting principles）」という表現を用いた点、及び、独立会計士の報告書の標準書式を提示し、そこでは、「適正に表示している（present fairly）」という文言が用いられ、また、「われわれの意見によれば」という表現が用いられていた点¹⁴⁾で意義を有する。

2 1933年法及び1934年法

1929年の証券恐慌を背景として、1933年証券法（ch. 38, title I, Sec. 1, Public Law No. 22, 48 Stat. 74）及び1934年証券取引所法（ch. 404, title I, Sec. 1, Public Law No. 291, 48 Stat. 881）が制定されたが、この2つの法律は、独立行政委員会の性格を有する委員会に会計に関する規則の制定権を与えた。

すなわち、1933年証券法の19条(a)は、委員会¹⁵⁾は、「さまざまな証券あるいは発行者についての届出書（registration statements）及び目論見書を規律する規則及び本法で用いられている会計用語や取引用語を定義する規則（rules and regulations）を含む、本法（this title）の定めを施行するために必要な規

13) Letter dated October 24, 1933 from Hoxsey to the Governing Committee (reproduced in: American Institute of Accountants [1934] p.18)

14) ただし、会計手続特別委員会は、1932年の段階では、監査報告書の文言を直ちに変更することは推奨できないという見解を示していた（Special Committee on Accounting Procedure [1932] p.237）。

15) 「委員会」とは連邦通商委員会をいうものとされていた（2条（5））。

則を、その時々、に、制定し、改正し、廃止する権限を有する。とりわけ、委員会は、本法にいう、開示が要求されている情報（required information）を示すべき様式、貸借対照表及び損益計算書に含められるべき項目及び事項（items or details）、財務諸表の作成、資産及び負債の評価（appraisal or valuation）、減価償却及び減耗償却の決定、反復的収益（recurring income）と非反復的収益（nonrecurring income）の区別、投資収益（investment income）と営業収益（operating income）の区別、及び、委員会が必要または望ましいと認める場合には、直接または間接に発行者を支配しまたは発行者に支配されている、あるいは発行者と共通支配下にあるあらゆる者との連結貸借対照表、連結損益計算書の作成にあたって、従うべき方法について規則を制定することができる…」と定めていた。同様に、1934年証券取引所法13条(b)は、委員会¹⁶⁾は、「本法に従って作成される報告書に関して、開示が要求されている情報を示すべき様式、貸借対照表及び損益計算書において示されるべき項目及び事項、資産及び負債の評価、減価償却及び減耗償却の決定、反復的収益と非反復的収益収入の区別、投資収益と営業収益の区別、及び、委員会が必要ないし望ましいと認める場合には、直接または間接に発行者を支配しまたは発行者に支配されている、あるいは発行者と共通支配下にあるあらゆる者との個別（separate）貸借対照表及び/または連結貸借対照表、個別損益計算書及び/または連結損益計算書の作成にあたって、従うべき方法について規則を制定することができる…」と定めていた。

このように、1934年改正前1933年証券法及び1934年証券取引所法当初案が連邦取引委員会に、1934年改正後1933年証券法及び1934年証券取引所法が証券取引委員会に広範な規則制定権を与えたのは¹⁷⁾、規制の実効性を確保するためには、行政裁量を認める必要があるという認識に基づいていた。

すなわち、1933年証券法及び1934年証券取引所法の起草において中心的役

16) 「委員会」とは証券取引委員会をいうものとされていた（3条(a) (15)）。また、1933年証券法にいう「委員会」も証券取引委員会をいうものとされた。

割を果たした *Frankfurter* は、議会による立法だけでは現代経済を効率的に規律していくことはできないという発想に基づき¹⁸⁾、ある程度の権限を与えられた行政機関 (agency) が、その専門性を発揮しつつ柔軟に規律していくことが必要であると考えていた (Seligman [2003] p.58)¹⁹⁾。そして、会計に関する規則制定権を証券取引委員会に与えたことは、「アメリカの会社実務にとって多くの便益をもたらす」ものであるという評価を与えている (*Frankfurter* [1933] p.108)。

また、1934 年証券取引所法案に係る上院銀行通貨委員会報告書では、上院銀行通貨「委員会は、初めから、その仕組みの繊細さのために、現代の証券取引は厳格な法令に基づく体制 (program) の下では効率的に規制できないという理論を前提として議論を進めた。行政裁量の行使にあたって相当程度の自由を認めない限り、一方では、役に立たない「硬直した (strait-jacket)」規制を、他方では、取引方法のわずかな変化によって潜脱される抜け穴を、避けることができない。そこで、この法の執行を、不当な困難 (undue hardship) を克服し脱法行為を予防し処罰する権限を与えられた行政機関に託すことが本質的なこととなる」²⁰⁾ と述べられていた。

なお、1933 年証券法及び 1934 年証券取引所法は連邦通商委員会または証券取引委員会に会計原則を設定する権限を与えたが、設定しなければならないと

17) ただし、1933 年証券法は、開示すべき情報 (required information) を付則 (schedule) で規定していた (1933 年証券法 7 条及び同付則 A 及び B)。これは、開示すべき情報を定める付則 (detailed information schedules) を法文で規定すべきであるという *Cohen* の考え方が取り入れられたといわれているが、その背景には、開示すべき会計情報を法律に定めないと「立法権限の委譲という憲法上の疑義」を生ずるのではないかという *Frankfurter* の考慮が働いたと指摘されている (Seligman [2003] pp. 64-65, Chatov [1975] p.34)。

18) *Landis* も、「立法府は行政機関の専門分野を定義し、解決すべき問題を列挙し、その解決手段については広い裁量に委ねる」というのが、行政機関と立法府の適切な関係であると述べている (*Landis* [1938])。

19) もっとも、過度に広範な権限を行政機関に与えることは憲法違反になると解していた (Seligman [2003] pp. 58-59)。

20) Senate Report, No. 792, 73rd Congress, 2nd Session (April 17, 1934), p. 5.

はしなかった。これは、*Cohen*によれば、証券取引委員会が統一的な会計原則を作成しようとする「大変な争い (quite a fight)」になると考えたからであり、会計原則を制定することを証券取引委員会に強制することは、証券取引委員会にとっても厳しすぎる束縛になる可能性があると考えたからである。すなわち、連邦通商委員会または証券取引委員会に権限を付与するにとどめることによって、健全な (sound) 会計原則を発展させ、それについて最終的な決定権を与えようとしたと評価することができる (*Chatov* [1975] pp.89-90)²¹⁾。

3 会計連続通牒第4号

アメリカにおける会計基準設定権限を証券取引委員会が直接行使すべきか否かという問題をめぐっては、証券取引委員会が会計基準設定を設定することについて積極的な *Douglas* (後に、第3代委員長となった) 及び *Healy* とこれに対して消極的な初代の主任会計士であった *Blough* との間で大きな見解の相違がみられた。

すなわち、*Douglas* の回顧によると、*Healy* と *Douglas* は、「1936年と1937年に、1933年法のもとで付与された権限を行使することで、証券取引委員会が会計原則の形成にあたって指導的役割を果たすべきであると考えていた」(*Douglas* [1974] p.274)。実際、*Healy* は、会計の「基準を定め、維持する権限を有する組織が、これまで存在しなかったという大きな困難があったように思われる。今や、このような組織は証券取引委員会内に存在していると考ええる。成功するか失敗するかは、この職務権限をいかに賢く行使するかに大いに依存するであろう」(*Healy* [1938] p.5) は述べていた。

そこで、委員長に就任した *Douglas* は、「会計基準を定め、遵守させる権威ある機関」となりうる登録部 (Registration Division) 及び主任会計士室に既存

21) *Parrish* は、上院の抵抗の結果、1934年証券取引所法には、「受け入れられた会計原則」に従うことを証券取引委員会に要求する規定が設けられなかったと指摘している (*Parrish* [1970] pp.141-142)。

の会計実務についての研究を指示する一方で (Seligman [1985] p.253; Seligman [2003] p.199)、1938年2月12日には「会計実務及び手続きを規定する規則」を策定する委員会を設けた (Douglas [1974] p.275)。しかし、*Douglas* は、懸案への対応に迫られ、主任会計士室等に作成させた既存の会計実務に関する研究報告書を十分に活用できなかった (Seligman [1985] p.253; Seligman [2003] p.199)。

しかも、主任会計士であった *Blough* は、精緻な会計原則を開発するために必要な包括的な調査研究を行うための時間及び人員が不足していること (Douglas [1974] p. 275; Zeff [1972] p.133; Seligman [1985] p.254; Seligman [2003] pp.199-200)、ならびに、厳格なルールを設定することは会計の進展にとって有害であると考えられること²²⁾ を主たる根拠として、財務諸表を証券取引委員会に提出するすべての会社が従うべき1組の会計原則を証券取引委員会が自ら公表すべきであるという *Douglas* と *Healy* の意見に「非常に強く反対」した (*Blough* [1967] p.5)。また、3人の委員 (*Mathews*²³⁾, *Frank* and *Hanes*) も、会計原則を証券取引委員会がみずから公表することには消極的であった。

他方、1935年に問題となった *Northern States Power* 社事件²⁴⁾ では、その会計処理²⁵⁾ が不適切であることについて、証券取引委員会の委員全員の意見が一致していたにもかかわらず、停止命令は発出されなかった。建前としては、脚注及び会計士の証明書等を通じて開示はなされているという判断に基づいたも

22) たとえば、ハーバード大学教授であった *Sanders* は、会計実務の完全な統一は実現不可能であるし、統一に向けたいかなる試みも現行の会計慣行の質を大きく低下させることになりかねないと論じていた (*Sanders* [1934] pp.201-208)。

23) *Mathews* は、「会計士はきわめて一般化された柔軟なルールに対応して財務諸表を作成すること、従うべき手続の詳細や提出すべき財務諸表の様式や形態が大きく彼の裁量にゆだねられることを好む。会計学の原則は、後見責任 (guardianship) を専門家の手からもぎとるのがためらわれるほど、流動的で急速な発展状態にあるということを認識する必要がある」としている (*Mathews* [1938] p.226)。

24) *For details, see Blough* [1937c] pp.35-37, *Healy* [1938] pp.2-3, *Seligman* [2003] p.117.

のであったが、この背景には、会計原則に関するルールを公表していない段階で停止命令を発行するのは公正でないのではないかという考えがあったと指摘されている (Chatov [1975] p.108)。

このような中で、証券取引委員会は、1938年4月に、会計連続通牒 (Accounting Series Release, ASR)²⁶⁾ 第4号『財務諸表についての執行方針 (Administrative Policy on Financial Statements)』 (Securities and Exchange Commission [1938]) を発出した。すなわち、「1933年証券法または1934年証券取引所法に基づく規則に従って当委員会に提出される財務諸表が、実質的に権威ある支持 (substantial authoritative support) を有する会計原則に準拠して作成されていない場合には、かりに、監査証明書または財務諸表の脚注においてその旨が開示されていても、この事実が重要であるかぎり、当該財務諸表は誤解を招くものまたは不正確なものと見なされる。当委員会と届出者との間で準拠すべき適切な会計原則について意見の相違がある場合には、当該事項について届出者が準拠した原則に実質的に権威ある支持が存在し、かつ、規則または主任会計士の公表意見も含めた委員会の公式発表において、当委員会の立場がこれまで表明されていない場合に限り、訂正を求めることなく、当該財務諸表は受理される。」とされた。

この会計連続通牒第4号の第1文は、いわゆる *Northern States Power* 社事件について証券取引委員会がとった方針、すなわち、「実質的に権威ある支持」のない会計原則に準拠して財務諸表を作成したとしても、財務諸表本体を修正せずに注記開示や監査証明書によって補足情報が開示されていれば、証券取引

25) *Northern States Power* 社は、再調達原価に基づいて資産の帳簿価額を増加させ、増加額の半額を退職準備金 (retirement reserve) に積立てるとともに、半額を資本準備金に組入れ、未償却社債発行差金 (unamortized debt discount) と相殺した (Chatov [1975] pp. 107-108)。

26) 会計連続通牒は、「主要な会計問題における統一的基準や実務の発展に寄与することを目的として、会計原則についての意見を表明するため」のものと位置付けられていた (会計連続通牒第1号『資産の再評価から生ずる損失の取扱い (*Treatment of Losses Resulting from Revaluation of Assets*)』 (1937年4月1日))。

委員会は、届出書類を受理するという方針 (*Kennedy/Landis* の注記開示政策) とは対照的な方針を、証券取引委員会が採用することを表明したものとするのが自然である²⁷⁾。しかし、第2文は、*Northern States Power* 社事件において証券取引委員会が採用した方針を支持するものとみることができ、全体としてみれば、会計連続通牒第4号は、*Kennedy, Landis* 及び *Mathews* によって形成されていた「多数説を支持する妥協であった」(*Chatov* [1975] p.109) と評価することも不可能ではない(盛田 [1987] 72頁も参照)。

そして、証券取引委員会は、会計連続通牒第4号を少なからぬ事案において適用したし(*Greidinger* [1942] pp.222-224, *Rappaport* [1972] 25・3-25・9)、1950年にはRegulation S-Xの3-21条に会計連続通牒第4号の全文を組み込むとした(会計連続通牒第69号『Regulation S-Xの改正提案 (*Proposal to amend Regulation S-X*)』)。もっとも、これに対しては強い反対があり、結果的には、会計連続通牒第4号の内容は、Regulation S-Xの1-01条(a)に反映された(会計連続通牒第70号『Regulation S-Xの改正 (*Amendment of Regulation S-X*)』)。

もっとも、会計連続通牒第4号においては、この「実質的に権威ある支持」とは何であるのかが定義されていなかった。このことは、「会計専門家団体による勧告が『実質的に権威ある支持』を持つものとして承認される途を開いた」と評されている(*Blough* [1967] p.6)。

4 会計手続特別委員会、会計原則開発特別委員会及び棚卸資産特別委員会

アメリカ会計士協会は、1930年に会計手続特別委員会 (*Special Committee on Procedure*) を設置したが、外国為替の取扱いについて2つのメモランダム

27) たとえば、*Greidinger* は、会計連続通牒第4号は「財務諸表の『完全かつ公正な開示』のフェーズに関わる証券取引委員会の政策の決定的な変更」と評価している(*Greidinger* [1942] p.221)。そして、会計連続通牒第4号は、受け入れられた会計原則に準拠するように説得する手段を会計士に与え、財務諸表における開示の信頼性を高め、除外事項の減少に役立ったと評価している(*Greidinger* [1942] p.224)。

を公表するにとどまり²⁸⁾、それは、委員会の権威のみに基づいて公表され、理事会または評議会において検討の対象とされることはなかった (Zeff [1972] p.126)。

また、1933年に、証券取引所との協力委員会、証券取引委員との協力委員会、銀行との協力委員会及び投資銀行との協力委員会、会計手続特別委員会、専門家倫理委員会及び教育委員会の各委員会の委員長を構成員とする会計原則開発特別委員会 (Special Committee on the Development of Accounting Principles) を設置した。これは、それからの離脱には説明を要するほど、一般に認められうる (acceptable) と考えられる幅広い会計原則を開発することがどの程度可能であることを検討することを任務とするものであったが (*Bulletin of the American Institute of Accountants*, No.116 (December 15, 1933), p.5)²⁹⁾、1934年に、アメリカ会計士協会とニューヨーク証券取引所との間の5原則と委員会が追加した自己株式についての1つの原則を認めることを会員に対して勧告する報告書を提出したにとどまった (Special Committee on the Development of Accounting Principles [1934])。

さらに、同年に、アメリカ石油協会の示唆に基づいて、棚卸資産特別委員会 (Special Committee on Inventories) を設置し、この委員会は、1936年に、後入先出法が石油会社にとって「認められうる (acceptable) 会計原則」の1つであるという結論をまとめたが、これは「異なる条件が存在する他の会社の場合に他の方法が等しく認められ (acceptable) または望ましいとわれわれが考えることを排除するものではない」と付け加えていた (Special Committee on Inventories [1936] p.466)。このことは、会計処理の方法を完全に統一することは望ましくないと会計士たちが考えていたことを示している。

28) Published in: *Bulletin of the American Institute of Accountants*, Series B, no.92 (December 15, 1931), pp.2-3 and No.117 (January 11, 1934), pp.5-7 (Memorandum on Accounting for Foreign Exchange Gains).

29) ここでいう「一般的な承認 (general acceptance)」とは会計士 (profession) における承認が想定されていた。See Executive Committee [1934] p.240.

5 会計手続委員会

アメリカ会計士協会は、1936年には、『財務諸表の検証』を改訂したものと
して、『独立公共会計士による財務諸表の検査 (*Examination of Financial
Statements by Independent Public Accountants*)』を公表したが、Zeffの見解によ
れば (Zeff [1972] p.129)、アメリカ会計士協会の公表物で初めて、「一般に認
められた会計原則 (generally accepted accounting principles)」という表現が用
いられた³⁰⁾。

また、証券取引委員会からの働きかけを背景として³¹⁾、1936年に、会計原
則開発特別委員会を改組して、協会の他の7つの委員会の委員長から成る会計
手続委員会 (Committee on Accounting Procedure, CAP) を設置し、1937年に
は、G.O. Mayが委員長となった。1938年4月には、自己株式の売却の会計処
理に関する報告書 (reproduced in: *Journal of Accountancy*, vol.65, no.5, pp.417-
418) を公表し、これは、証券取引委員会の会計連続通牒第6号『自己株式の
処分益の会計処理 (Treatment of excess of proceeds from sale of treasury stock
over cost thereof)』(1938年5月10日)に取り入れられた。

さらに、会計連続通牒第4号の発出をふまえて (Zeff [1972] p.134)、1938
年には委員の数を7名から21名³²⁾に増加させることなどが決定された

30) 改訂委員会の委員長であった *Broad* によれば、'accepted' という表現が選ばれたのは、
主観的というより客観的な基準を設定するからであり、'generally' という表現が追加された
のは、だれに認められたのか、経済界か、会計士か、証券取引委員会かという問題があり、
また、ある原則が少数の会計士によって受け入れられると「認められた」ことになるすと
すると、それは、ほとんど、主観的な基準に逆戻りすることによる (Zeff [1972] p.129, foot-
note 43)。

31) たとえば、1937年に、ニューヨーク州公認会計士協会の会合において、証券取引委員
会の主任会計士の *Blough* は、「間違いなく専門家に受け入れられていると考えていた諸原
則が、私が高い信頼を置いていた会計士によって作成された財務諸表において、ほとんど
毎日、破られている。実際、何百もの登録書類を検査していると、複式簿記という簡単な
ルールを除いて、この国の会計士が合意している会計原則はほとんどないのではないかと
いう結論に至る。」と述べていた (*Blough* [1937b])。See also *Blough* [1937a] p.30)。

(Council [1938] p.93)³³⁾。また、1939年5月には、理事会または評議会への事前の付託なしに、会計手続きの問題について見解 (pronouncement) を作成する権限が会計手続委員会にあるものとするという理事会 (1939年1月30日) の勧告が評議会において承認された (Zeff [1972] p.136)。

委員の中には、証券取引委員会の主任会計士であった *Blough* がいたほか、学界からは *Paton* や *Kester* などが委員となり、1939年には、初代のリサーチ・ディレクター (非常勤) としてハーバード大学の *Sanders* が就任した。当初は、体系的な会計原則の必要性も討議されたが、そのためには5年程度を要すると予想されたことから (*Blough* [1967] pp.7-8)、当面する個別的問題についての意見書を公表するという、いわゆるピースミール・アプローチによることとされた³⁴⁾。すなわち、会計手続「委員会の現在の計画は、まず、実務の現状との関連で、特定の問題について検討し、そして可能なかぎり、一つまたは複数の代替的な手続を一定程度の承認を得ている他の手続に比べて、委員会の意見によれば優れたものとして推奨し、同時に、委員会の意見によれば許容すべきでないと思われる手続きについては否定的な見解を表明するつもりである。」(圈点—弥永) とされていた (*Committee on Accounting Procedure* [1939] p. 140)。

そして、会計手続委員会は、アメリカ会計士協会の1932年9月22日付のニ

32) 1939年5月に、理事会の勧告及び評議委員会の決定により、このほかに、アメリカ会計士協会の会長が委員長となることが定められ、合計22名の委員から成ることとなった (*Zeff* [1972] p.136)。もっとも、1940年には21名に減少し、1941年から1942年にかけて22名であったほかは、21名の委員で構成されていた。しかも、1941年初めから、アメリカ会計士協会の会長が委員長となるという方針は採られなくなった。

33) これは、*Glover* の提案によるもので、*Glover* は拡大後の委員会は、理事会または評議会への付託またはそれらによるレビューを経ることなく、実務の規則と手続きを公表する完全な権限を、定款の定めによって、与えられるであると述べた (*Zeff* [1972] p.135)。

34) 包括的な会計原則書を作成することは有益であるが、そのような会計原則書を作成するには長い時間がかかってしまい、証券取引委員会がしびれを切らして、自ら会計原則制定に乗り出してしまうことをおそれたためである (*Blough* [1967] pp.7-8. *See also* *Grady* [1962] p.278)。

ニューヨーク証券取引所株式上場委員会宛の書簡に示された5つの原則と金庫株についての原則を再確認した会計研究公報（Accounting Research Bulletin, ARB）第1号『全般的前書きと以前に採択された規則（*General Introduction and Rules Formerly Adopted*）』（1939年）を皮切りに、1959年8月末までに、8つの術語委員会報告を含む51の会計研究公報を発表した。

会計手続委員会のプロナウンスメントがアメリカ会計士協会の会員を拘束するものと理解されるという懸念については、1939年10月の理事会で検討され（Zeff [1972] p.138）、会計研究公報には、結論と勧告は委員会のみによる結論と勧告であり、協会の公的な立場を反映するものではないという文言を挿入すべきこととした。そして、それまでに公表された会計研究公報を統合した会計研究公報第43号の序文第8節は「協会の会員による公式な採択が求められ、かつ、採択された場合を除き、委員会が到達した意見の権威は一般の承認にある。」としていた。

会計手続委員会が会計研究公報を公表するようになった後も、証券取引委員会はこれを背後から監督するという方法を取りつづけていた（Zeff [1972] p.139）³⁵⁾。会計研究公報の内容はおおむね証券取引委員会の支持を受けていたが³⁶⁾、いくつかの局面で見解の不一致が生じた。まず、1947年に公表された会計研究公報第32号『利益と利益剰余金（*Income and Earned Surplus*）』は損益計算書における当期業績主義を前提とするものであったのに対し、証券取引委員会は従来から包括主義を支持していたため、King主任会計士は、アメリカ会計士協会のリサーチディレクターとなっていたBloughに対し、「証券取引

35) もっとも、証券取引委員会委員長のFrankは、会計士のグループが、おそらく、その関与先の影響のために、その任務を徹底的に果たそうとせず、または果たすことができないときには、われわれは法令上の権限を最大限に行使することを躊躇しないと述べていた（Securities and Exchange Commission [1939] p.121）。

36) 会計手続委員会は、その見解の草案が証券取引委員会にとって受け入れることができるものであるかどうかを判断するために、証券取引委員会のスタッフと定期的に意見交換を行っていた（Zeff [1972] p.139）。

委員会は、財務諸表が会計研究公報第32号に準拠しているとしても、それらは誤導するものとみなす」旨を通知し、かつ、その旨を *Journal of Accountancy* に公表するよう求めた (King [1948] p.25)。また、証券取引委員会は、1949年から1950年にかけて、Regulation S-Xの全面的な見直しを行なったが、その中間草案においては、包括主義に基づく損益計算書を提案していた。

アメリカ会計士協会は、証券取引委員会のこのような提案に反対することを年次総会で決議し (Carey [1970] p.67)、証券取引委員会は、この提案に対して寄せられたコメントを検討し、かつ、アメリカ会計士協会と協議した上で、「純利益または純損失」の後に特別項目を加減し、最後の項目は「純利益（純損失）及び特別項目 (net income or loss and special items)」とすることを内容とする会計連続通牒第70号『Regulation S-Xの改正』(Securities and Exchange Commission [1950b])を公表した。これは、会計研究公報第32号が認める方法のうち1つ（特別項目を損益計算書の純利益の後に記載する）を認めるものであった。

他方、会計士から会計研究公報に対する支持を十分に得られなかったという例もあった。第2次大戦後の激しいインフレーションの中で、U.S.スチールなどいくつかの製鉄会社が取得原価にもとづく通常の減価償却費に加え、原価の値止がり分を加味した特別減価償却費を計上したことに対応して、会計手続委員会は、従来の取得原価を基礎とする減価償却を一般に認められたものとするステートメントを1947年10月に発表し (Committee on Accounting Procedure [1947] p.290)³⁷⁾、この趣旨は、会計研究公報第33号『減価償却と高い原価 (*Depreciation and High Costs*)』(1947年)において確認され³⁸⁾、証券取引委員会及びニューヨーク証券取引所もこれを支持した (Zeff [1972] p.163)。これに対して、G. O. Mayは、たな卸資産には後入先出法が適用できるのに、価格変動が著しい時にも固定資産の減価償却の基礎として取得原価を維持する会計手続委員会の態度を批判した (May [1947] pp.453-456)³⁹⁾。

37) See also Editorial [1947] and Blough [1947].

これをきっかけに、アメリカ会計士協会は会計手続委員会による意見書公表のプロセスを再検討するため、調査委員会を設置した。調査委員会は会計研究公報につきアメリカ会計士協会の常務理事会、評議員会、さらに会員の承認を受けるという案を含め、検討を行なったが、適切な解決策を見出すことができなかった (Zeff [1972] p.164)。

さらに、Arthur Andersen の Spacek が、会計手続委員会の公表する会計原則は「一般に認められた時代後れの会計原則」であり (Spacek [1958a])、会計手続委員会と州際通商委員会 (ICC) との協力委員会の二つの委員会は、「会計原則や監査手続の設定に関し企業の圧力に屈している」 (Spacek [1969] p.21, Zeff and Keller [1973] p.42) と主張し⁴⁰⁾、会計士業界は会計処理・手続きの繁殖を許していると批判し、会計研究公報を審理する「会計裁判所」の設立を提案した (Spacek [1958b])。

38) なお、会計手続委員会は、1953年に、従前の会計研究公報をまとめたものとして、会計研究公報第43号『会計研究公報のリステートメントと改訂 (*Restatement and Revision of Accounting Research Bulletins*)』を公表したが、これには、財務諸表は同一の購買力で表示して初めて意味を持つとし、売上原価と減価償却費に時価を考慮することを内容とする修正原価主義を支持する、May が中心となったスタディグループの1952年報告書 (Study Group on Business Income [1952]) の内容は反映されなかった。そこで、会計研究公報第33号が出された当時の状況はもはや妥当しないとする6名の委員が、公表に反対し、ぎりぎり14名の委員 (委員の3分の2) の賛成を得て、会計研究公報第43号は採択されたため、会計手続委員会の「権威」に大きな疑問が投げかけられた。

39) ただし、1948年10月に、会計手続委員会は、従来の立場を再確認しつつ、同時に経営者が必要と認めた時は、付属明細表や脚注で時価を基準とする減価償却費を表示・説明することを認めることを決議し、その旨会員に通知した (Broad [1948] p.381)。

40) これを契機として、下院の議院運営委員会に設けられていた法律・貨幣問題小委員会は、1957年4月30日から5月3日にかけて、鉄道会計に関する公聴会を開催し (House of Representatives [1957])、アメリカ会計士協会も調査委員会を設けた (Zeff and Keller [1973] p.42)。なお、鉄道会計をめぐる、アメリカ会計士協会 (アメリカ公認会計士協会) や監督当局の、この時期以降の動向については、たとえば、Heier and Gurley [2007] を参照。

6 会計原則審議会

アメリカ公認会計士協会会長の *Jennings* は、研究計画の再検討を提唱し、会計原則の確立は、純粋な研究の性格をもつものと考えべきこと、研究組織を設置し、適当な学問的背景をもち、かつ、経験に富んだスタッフを5ないし6名を置くこと、産業界と会計士業界が、研究計画に要する費用を分担すること、研究組織は「基本的な会計上の仮定」を調査または検討し、産業界と会計士業界の両方の指針となるような「権威ある文書」を作成発表すること、研究機関の作成する文書は、アメリカ公認会計士協会理事会に提出して、その賛否を問うべきこと、理事会構成員の3分の2の承認を得たときには、アメリカ公認会計士協会の会員を拘束するものとすべきことなどを提案した (*Jennings* [1958] p.32)。そして、「われわれは、財務諸表の公正さを客観的に決定するために必要とされている「一般に認められた会計原則」なる概念についての、われわれの忠誠をあらためて強調しなければならない」、「われわれは、一般に採用されなければならない会計原則の明確化の責任を、正しく分担しつつけるとともに、その明確化の過程に、同じような関心をもつ人々と協同できるような新方式を考案しなければならない」、「われわれは、会計原則が、財務報告を有意義なものとすることができるほどに、十分に頑健なものであるとともに、状況の要求に応じて、変化しうるような柔軟性をもつことを認識しなければならない」と述べた。

これをうけて、アメリカ公認会計士協会が設置した研究計画特別委員会 (*Powell* 委員会) の報告書 (*Special Committee on Research Program* [1958]) に基づいて、1959年に、会計原則審議会が創設された。

研究計画特別委員会の報告書では、財務会計分野におけるアメリカ公認会計士「協会」の一般目標は、会員やその他の人々のために、何が一般に認められた会計原則を構成するのにについて書面による表現を推進することである。このことは、現存する実務の調査以上の何かを意味する。それは、適切な実務を決定し、実務において差異や矛盾が存在する領域を狭めるための継続的な努力を意

味する。これを達成するには、強制よりも説得に信頼が置かれるべきである。しかし、協会は、解決されておらず議論のある論点に対する考察において先導するための確かな歩みを踏み出すことができるし、踏み出すべきである」とされた。

また、同報告書によれば、会計研究報告書（Accounting Research Study, ARS）は、一般に認められた会計原則を形成するものではなく、一般に認められた会計原則に関する文書は、会計原則審議会によって発表されるものであって、「一般に認められた会計原則を構成しているものを権威ある文書として表明したもの（an authoritative written expression of what constitutes generally accepted accounting principles）」とみなされるよう期待される。この文書は、先に、会計研究スタッフにより作成された会計研究報告書に、その基礎をおくことが普通であり、また、会計研究報告書と同じく、「基本的公準と広範な原則」に関連するような構成となっていなければならない。一般に認められた会計原則は、アメリカ公認会計士協会の理事会により承認されるべき性質のものではなく、また、会員の同意も要しない。

そして、同報告書は、会計原則審議会は、会計原則の公式プロナウンスメント（public pronouncements）を作成し、または権威づける権限を有するアメリカ公認会計士協会内の唯一の集団として指定される、会計原則審議会は、通常、会計調査研究部（Accounting Research Division）の部員から成る研究者による徹底的な研究が終了するまでは、いかなる問題についても行動しない、会計研究報告書は協会の公式の見解を表明するものではない、完成した会計研究報告書は、会計原則審議会によって検討され、通常の場合は、研究報告書の結論を全面的または部分的に採択するか、審議会自体の結論を述べてその結論を退けるかして、意見書を公表するという方針を提示した⁴¹⁾。

41) すなわち、会計原則審議会は、会計調査研究部の支援を受け、会計調査研究部のディレクターがそのスタッフの調査研究を公表する権限を有していた（Moonitz [1974] p. 17）。

しかし、Moonitzによる会計研究報告書第1号『基本的会計公準論 (*The Basic Postulates of Accounting*)』(1961年)、及び、とりわけ、SprouseとMoonitzによる同第3号『企業会計原則試案 (*A Tentative Set of Broad Accounting Principles for Business Enterprises*)』(1962年)をめぐって、実務とのかい離が問題とされ⁴²⁾、結局、ピースミール・アプローチをとることになった。すなわち、「正式の調査研究が、1958年研究計画特別委員会が考えていたような、審議会の意見書開発プロセスに対して寄与をするということが、近年、とりわけないような気がする。この点に関して、審議会はその前身「会計手続委員会—弥永」の方法によっている」(Zeff [1972] p.224)という結果になってしまった⁴³⁾。Zeffは、この理由として、研究の速さが問題の発生やその解決の必要に追いつかなかったこと、会計原則審議会が研究開発による解決に設置当初有していたような熱心さを失ってしまったことなどを指摘している(Zeff [1972] pp.222-223)。

そして、1965年に公表された会計研究報告書第7号『企業にとって一般に認められた会計原則の総覧 (*Inventory of Generally Accepted Accounting Principles for Business Enterprise*)』は、「実務上に存在している一般に認められた会計原則の一覧表」(Moonitz [1974] p.20)にすぎなかった。もっとも、これは、実務において一般的合意が存在している部分と解決されていない部分とを明確にするという意義は有していた。

42) Accounting Principles Board Comments on “Broad Principles”, *Journal of Accountancy*, vol.113, no.5, pp.9-10 (1962).

43) もっとも、意見書第3号『資金源泉・運用計算書 (*The Statement of Source and Application of Funds*)』(1963年10月)は、会計研究報告書第2号『キャッシュ・フロー分析と資金計算書 (*Cash Flow Analysis and the Funds Statement*)』(Mason, P., 1962)に、意見書第5号『レシーの財務諸表におけるリースの報告 (*Reporting of Leases in Financial Statements of Lessee*)』(1964年9月)及び意見書第7号『レッサーの財務諸表におけるリースの報告 (*Accounting for Leases in Financial Statements of Lessors*)』(1966年5月)は会計研究報告書第4号『財務諸表におけるリースの報告 (*Reporting of Leases in Financial Statement*)』(Myers, J. H., 1962)に、それぞれ対応するものであった。

7 会計原則審議会意見書の権威

1962年11月に、会計原則審議会は、意見書第1号として『減価償却に関する新しい指針と規則（*New Depreciation Guidelines and Rules*）』⁴⁴⁾を公表し、1973年6月までの間に、31本の意見書を公表した。『会計原則審議会による会計原則設定計画の拡張』（*Journal of Accountancy*, vol.116, no.2: 12-13）では、会計原則審議会が「一般にうけ入れられているもの」と信ずる会計原則を列挙し集成するよう、その研究計画を拡張するものとする、「会計原則」の「在庫目録」の作成であるが、当面、特定の取引についての会計処理について、会計原則審議会が意見を公表する形式をとる、これと平行して、「会計にかんする公準と広範な原則」を示す作業をも行うものとするが、これは長期計画であって、Moonitzが担当した2冊の会計研究報告書とは異なったものが想定されており、「基礎的な概念（concepts）に関する包括的な表示に関し、実質的な同意（eventual agreement）を得られる」ようなものとする、という方針が打ち出されていた。

他方、上述のJenningsが示した構想に従って、意見書第1号には、「特に明示しないかぎり、本意見書は、会計原則審議会メンバーが、当該問題について調査を行なった後の公式の投票にもとづき、その3分の2以上の賛成を得た意見である。協会の理事会または会員による正式の採択が要求され、かつ、可決された場合を除き、本意見書の権威（authority）は、その一般的受容（general acceptance）にかかっている。一般原則には、例外がありうるということが認められる場合には、審議会の勧告からの逸脱を正当化する責任は、勧告されたもの以外の方法を採用する者が負わなければならない。」という付記がなされ、意見書第2号から第5号には、同じ付記に加えて、「審議会の勧告は、過去にさかのぼって適用されるものではなく、また、重要でない項目には適用さ

44) 意見書第1号はinterpretative opinionsという名称が付されていたが、意見書第2号からはopinionsとされた。

れない。」という文言が加えられていた。

もっとも、1963年の夏ごろには、アメリカ公認会計士協会の常務理事会は、会計原則審議会の意見書は、それが公表された分野においては、「一般に認められた会計原則」として唯一のものであることを確認し（Editorial [1964] pp.33-34）、「会計原則審議会意見書に関する特別委員会」を設置し、意見書が有する地位についての検討を始めていた。すなわち、会計原則審議会は、1963年6月に、「アメリカ公認会計士協会会員は財務諸表の報告にあたって、会社が採用した会計原則と会計原則審議会が承認した原則との間の重要な差異に注意を払わねばならない。そして重要な差異がある場合は、一般に認められた会計原則からの逸脱と会計原則審議会意見書からの逸脱の両者について報告し、監査報告基準と倫理基準もこれに沿って改正されねばならない。」という勧告を決議し、アメリカ公認会計士協会常務理事会に提案した（Executive Committee [1964]）。しかし、1964年3月に、常務理事会は、この提案は一般に認められた会計原則と会計原則審議会意見書という2つの基準が存在しているかの誤解を招くという理由で反対し、会計原則審議会意見書のみが一般に認められた会計原則であるとして、会計原則審議会意見書に従うことを会員に強制する旨を決議し、評議員会に報告書（Executive Committee [1964]）を提出した（Carey [1970] p.112）。

ところが、同年5月に開かれた評議員会においては、会計原則審議会意見書に従うことを強制することは財務報告プロセスにおける専門家の判断を排除することであるとして強い反対が表明され（Carey [1970] p.113）、常務理事会からの提案は否決され、「会員の作成する監査報告書は、会計原則審議会意見書からの重要な離脱（material departure）を明示しなければならないものとし、また、理事長は特別委員会を設けて、この決定の内容を遂行する適当な方法を検討し勧告させるものとする」ことを決定した。

そして、同年10月に開催された評議員会では、会計原則審議会意見書にかんする特別委員会の報告である『会計原則審議会意見書からの逸脱の明示について（*Disclosure of Departure from Opinions of Accounting Principles Board*）』

（reproduced in: Appendix A to APB Opinion No. 6 Status of Accounting Research Bulletins, *Journal of Accountancy*, vol.120, no.5: 57-58）が討議の対象となり、承認された⁴⁵⁾。この報告では、「「一般に認められた会計原則」は、実質的に権威ある支持（substantial authoritative support）」をもつような原則をいう」、「会計原則審議会の意見書は「実質的に権威ある支持」にあたるものである」、「「実質的に権威ある支持」は、会計原則審議会の意見とは異なるような会計原則についても存在しうるものである」、「会計原則に関する事項につき、会計手続委員会が発表した会計研究公報と会計原則審議会の意見書との間に、何らの区別もしてはならない。したがって、この報告書において、会計原則審議会の意見書に関して述べられていることは、同時に、会計研究公報にも適用される」⁴⁶⁾、「もし、会計原則審議会の意見書において採用されているものと、その効果において、著しく相違しているような会計の原則が、財務諸表に適用されている場合、監査報告を行なう会員は、当該原則が実質的に権威ある支持を有しているかどうか、及び、当該状況のもとで適用可能であるかどうかを決定しなければならない。(a)もし、そうでないと結論した場合には、会員は、状況に応じて、その意見を限定するか、意見の表明を差し控えるか、または、不適正意見を表明するかしなければならない。会員の作成する監査報告書において、このような状況を処理するにあたっての要求事項は、一般に認められている監査基準及び職業紀律が明示しており、ここで、特につけ加える必要を認めない。(b)当該原則が実質的に権威ある支持をもつものと、当該会員が認めた場合には、(i)無限定適正意見を表明するものとし、(ii)監査報告書に別の区分を設けて、会計原則審議会意見書と相違している旨を明記するか、または、その旨、あるいは実施可能な場合には、財務諸表に及ぼす影響が、財務諸表の脚注に明示されているか否かを確かめること」⁴⁷⁾とされていた。また、「会計原則審議

45) 特別公報（Special Bulletin）として、会員に配布された。

46) ただし、「会計原則審議会は、1965年12月31日までに、会計手続委員会の発表したすべての会計研究公報を再検討し、その一部につき改訂もしくは廃止するかどうかを決定するものとする」とされていた。

会は、各意見書のなかに、会員は、この意見書に述べられているところと著しく相違するものについて明瞭に記載しなければならない旨の注意事項を加えるものとする」、「会計原則審議会の意見書と著しく相違する旨の記載を怠った場合は、監査報告基準に違反するものとみなされる。業務監督委員会は、この点に関し、注意を喚起しなければならず、また、このような勧告の違反の程度につき、個別に、理事会に報告しなければならない」としつつ、「職業紀律委員会及び協会法律顧問の助言により、現行の本協会規則及び職業紀律は、上述の勧告の違反については言及しない。職業紀律を改正すべきか否かは、今後、特別委員会が、その委員会規約2条により、検討を加えるべき問題である」としていた。

さらに、会計原則審議会意見書にかんする特別委員会は、1965年5月に、最終的な報告書 (*Report of the Special Committee on Opinions of the Accounting Principles Board*)⁴⁸⁾ を提出し、8つの勧告を行なった。勧告1では、審議会は、できるだけ早い時期に、会計の方法や実務が準拠すべき会計原則を表明するこ

47) 記載の文例は、以下のように示されていた。「会社の採用する会計処理（その内容を説明すること）はアメリカ公認会計士協会会計原則審議会意見書第何号（または会計手続委員会は会計研究公報何号）と相違している。この意見書（または会計研究公報）によれば、会計処理はつぎのようになる（その内容を説明すること）。もし、会計原則審議会意見書（または会計研究公報）によっていたとすれば、会社の年度利益は×××ドルだけ増加（または減少）し、何月何日現在の留保利益は×××ドルだけ増加（または減少）することとなる。われわれの意見によれば、会社の採用する会計処理は、実質的に権威ある支持をえているものであって、認められうる実務 (acceptable practice) の一つである。」

脚注によって明瞭な表示がなされている場合の文例は、「独立の公認会計士の意見としては、会社の採用する会計処理は、実質的に権威ある支持をえているものであって、受容可能な実務の一つである。会社の採用する会計処理（その内容を説明すること）はアメリカ公認会計士協会会計原則審議会意見書第何号（または会計手続委員会会計研究公報第何号）と相違している。この意見書（または会計研究公報）によった場合、その影響は脚注何号に述べられているようなものとなる。われわれの意見によれば、会社の採用する会計処理は、実質的に権威ある支持をえているものであって、認められうる実務の一つである。」とされていた。

48) *Journal of Accountancy*, vol.119, no.6, pp.12, 14 and 16 に、この要旨が掲載されている。

と、監査報告書で用いられる文言、たとえば、「適正に表示している」、や「一般に認められている会計原則」などを定義すること、監査手続委員会と協議して、監査報告書の文例の改善の可能性、とりわけ、「一般に認められている会計原則」という表現における「一般に認められている」という文言の改善の可能性につき考察すること、会計士が用いている術語、たとえば、「実質的に権威ある支持」、「概念」、「原則」、「方法」、「手続」、「資産」、「負債」、「利益」、「重要性」などを定義することなどを、勧告2として、審議会は、会計上の諸項目の取り扱いにおける多様性は、事実関係（factual circumstances）における実質的な差異によるものにかぎり正当とされるという目的を認識すること、その意見書において、多様な方法を適用する基準を明示すること、及び、事実関係において、重要な差異が存在しない場合であっても、代替的方法を採用することにつき、審議会が正当と考えるような状況を取り扱うような意見書においては、より好ましいと考えられる処理方法を明示し、かつ、その処理方法について明瞭表示を要求すること、という方針を採択することにより、会計における代替的諸方法を減少させるよう努力すべきことを、それぞれ勧告していた。

なお、会計原則審議会は、『会計原則審議会意見書からの逸脱の明示について』における委任に従い、会計研究公報について検討を加え、1965年10月には、意見書第6号『会計研究公報の地位（*Status of Accounting Research Bulletins*）』を公表した。そこでは、会計研究公報にいくつかの改訂を加えるとともに、改訂がなされなかった会計研究公報は完全な効力を変更なしに有し続けるとされた（パラグラフ10）⁴⁹⁾。

49) これに対して、証券取引委員会は何らの反応もしなかった。これは、証券取引委員会が、会計原則審議会の意見書は「権威ある支持を有する」ものであるというアメリカ公認会計士協会の見解を消極的に支持したものと解釈する余地がある（盛田 [1987] p.73）。

8 会計原則審議会意見書の権威の失墜

会計原則審議会の意見書の権威が十分ではないことを示すいくつかの事象が生じた。

(1) 繰延税額控除の会計処理

1962年歳入法 (Revenue Act of 1962, Public Law 87-834, 76 Stat. 960) によって認められることとなった投資税額控除を会計的にどのように処理すべきかについて、1962年10月8日に、会計原則審議会は繰延税額控除 (investment credit) についての調査研究を実施せずに、一括法 [即時繰入法] (flow-through method) を退け、繰延法 (deferral method) を唯一の認められる会計処理方法とする草案を公表した。この草案に対するコメントは繰延法を支持するものと反対するものとがほぼ同数であったが、経営者は反対する意見を寄せた (Zeff [1972] p.179)。また、連邦統制機関の間でも見解が分かれたが⁵⁰⁾、1962年12月10日の会議で、Barr主任会計士の手紙が紹介され、証券取引委員会が繰延法を支持することを伝えてきたことをうけて (Zeff [1972] p.179)、会計原則審議会は、かろうじて3分の2の賛成により、繰延法によることを要求する意見書第2号『「投資税額控除」の会計 (*Accounting for the "Investment Credit"*)』を確定し、公表した。しかし、反対した、*Price Waterhouse, Haskins & Sells* 及び *Ernst & Ernst* は、それぞれの関与先がこの問題につき自由に判断することを認めるとし、意見書第2号に従わない意思を表明した⁵¹⁾。

そこで、証券取引委員会は、1963年に、会計連続通牒第96号『1962年歳入

50) FCC rules investment credit must “Flow through” to income, *Journal of Accountancy*, vol.116, no.3, pp.11-12 (1963), GAO states position on investment credit for government contracts, *Journal of Accountancy*, vol.116, no.5, pp.24-25 (1963) and CAB investment credit treatment differs from that of APB, *ibid*, pp.26-27.

51) A Matter of Principle splits CPAs, *Business Week*, January 26, 1963 (no.1743) : 50, 55-57 and 60, at 55.

法が定める「投資税額控除」の会計（*Accounting for the “Investment Credit” provided in the Revenue Act of 1962*）』（Securities and Exchange Commission[1963]）を公表し、投資税額控除の会計処理に関与する人々の間に存する重大な意見の相違を認識し、意見書第2号が指示する会計処理方法（繰延法）及び48-52方式（投資税額控除の48%をそれが発生した年度の利益に反映し、残りの52%を次期以降の年度に繰り延べるというもの）を認め、さらに規制産業の場合、統制機関が認めるかまたは要請する場合は100%の一括法も認めるとした。そして、企業が証券取引委員会の認める方法に準拠している限り、かりに公認会計士が限定付意見を表明しても、証券取引委員会はその限定付監査報告書が付された提出書類を受理するとした。これは、他の連邦統制機関や経済界が強く反対しているにもかかわらず、意見書第2号が勧告する繰延法のみを支持すると、一括法を指示する集団が裁判所に一括法の適用の可否についての判断を求める可能性があるところ、一括法が実質的に権威ある支持を有していないという根拠を証券取引委員会としては明確に示すことができないと判断したからではないかといわれている（ラバポート [1972] p.130）。これをうけて、結局、1964年3月に、会計原則審議会は、「意見書第2号以降非常に多くの会社が税額控除をその発生した年の純利益の増加として処理したこと」と「1964年歳入法が投資税額控除は固定資産の基礎価額の減額として処理されなければならないという1962年歳入法の強制規定を削除したこと」とを理由として、意見書第2号で勧告した繰延法の方がより望ましいと考えるとしつつも、一括法も認めるとする方向で、意見書第4号『「投資税額控除」の会計（*Accounting for the “Investment Credit”*）』により意見書第2号を改訂した。

また、税効果会計について、会計原則審議会は、1967年12月に、全部配分説によった意見書第11号『所得税の期間配分（*Accounting for Income Taxes*）』を確定し、公表したが、9月に公表した草案では、繰延税額控除の会計処理として繰延法によることもあわせて提案していた。しかし、財務担当役員協会（FEI）が会員会社を通じて、反対の書簡を書くというキャンペーンを行い、約1000通のコメントが、会計原則審議会と証券取引委員会によせられたが、

ほとんどが繰延税額控除の会計処理として繰延法を指示することに反対していた⁵²⁾。また、*Surrey*は「議会は、繰延税額控除を税の減額として考えたので、会計原則審議会のルールは企業の近代化と拡張を阻害する」という趣旨の書簡を寄せた(Keller and Zeff [1969] pp.447-449)。このような状況の中で、証券取引委員会が、会計原則審議会の提案を支持することを約束できない旨伝えてきたため(Zeff [1972] p.202)、会計原則審議会は、繰延税額控除についての会計処理を定めることを断念し、意見書第11号は、所得税の期間配分のみを対象とすることとなった。

さらに、ニクソン大統領が、繰延税額控除の復活を提案したことを背景として、会計原則審議会は、繰延税額控除の会計処理方法として、繰延法のみを勧告する草案を再び準備した(Zeff [1972] p.219)。アメリカ公認会計士協会の代表は、財務省幹部と会談し、この問題に関する会計原則審議会の提案に中立の立場にあるよう懇請を受けた財務省は中立の立場を確認する書簡をアメリカ公認会計士協会に送付し、*Armstrong* アメリカ公認会計士協会会長は、*Casey* 証券取引委員会委員長から繰延法を支持する書簡を受けとった。そこで、会計原則審議会は、1971年10月22日に、公開草案を発表した。

ところが、経済界は議会に対し会計原則審議会の勧告に反対するよう圧力をかけ、上院の財政委員会は、1971年財政法案(92nd Congress, H.R. 10947)の審議の過程において、繰延税額控除の本質を税金の減額とみる立場と取得資産の減額とみる立場があるので、一つの方法だけ勧告することは望ましくないという立場から、いかなる納税者も連邦機関に届け出る報告書において、繰延税額控除に関する会計は特定の方法を使用することが要求されるべきではないこと、及び、財務省が変更に同意しなければ選択した会計方法を継続して使用すべきことを定める規定を追加する修正を行なった(Senate Report (Finance Committee), No 92-437 (November 9, 1971))⁵³⁾。また、11月12日に、*Walker*

52) APB approves ballot draft of income tax opinion, *Journal of Accountancy*, vol.125, no.1, pp.7-8 (1968).

財務長官代理は、中立の立場を変更し、上院財政委員会に対し、財務省は繰延税額控除について会計処理法の選択を認めることの継続を強く支持すること、そしてこの問題を立法的に解決することを希望する旨通知した。両院協議会においても、下院が上院の修正を受け入れたため、上院による修正で追加された規定は1971年歳入法 (Revenue Act of 1971, Public Law 92-178, 85 Stat. 497) に設けられることとなった。このため、会計原則審議会は公開草案を撤回せざるを得なくなった⁵⁴⁾。

(2) 企業結合会計

持分プーリング法の濫用などに対する批判的世論⁵⁵⁾を背景として、企業結合会計に関して、Budge証券取引委員会委員長が、「会計士業界が迅速に行動しないならば、事態の緊急性に鑑み、証券取引委員会がルール・メーカーとなるかもしれない」と証言したこと⁵⁶⁾などをうけて、会計研究報告書第5号『企業結合会計の批判的研究 (A Critical Study of Accounting for Business Combinations)』(1963年)及び同第10号『暖簾会計 (Accounting for Goodwill)』(1968年)をふまえて、1969年に、会計原則審議会は、持分プーリング法を禁止し、パーチェス法を適用すべきことを内容とする見解を表明した⁵⁷⁾。連邦通商委員会は持分プーリング法の排除を支持したが (Federal Trade

53) 1954年内国歳入法 (Internal Revenue Code) の49条(c)項として、このような規定を設けるという修正であった (101条)。

54) 会計原則審議会は、会計原則設定に議会が介入したことを非難する文書を公表した (APB “Deplores” Congressional Action on Investment Credit, *Journal of Accountancy*, vol.133, no.1 (1972), pp.9-10)。

55) Briloff [1967] p.489, *Time*, April 11, 1969, p. 96; *Time*, March 9, 1970, p.62, *Newsweek*, April 7, 1969, p.66, *Newsweek*, July 13, 1970, p.42. See also Federal Trade Commission [1969] pp. 23, 119-134, Sommer [1970] p.211.

56) Testimony of Hamer Budge, *Securities Markets Agencies*, Hearings, House Commerce Subcommittee, 91st Congress, 1st Session, 17-19 (1969).ただし、この証言は前任者であったCohenが作成したものであった (*Address of Manuel Cohen* (October 26, 1968), quoted in: Seligman [1985] p.259)。

Commission [1969])、企業経営者のみならず、*Arthur Andersen* や *Ernst & Ernst* が反対に回った。このため、会計原則審議会は、1970年2月に3：1の規模テストを⁵⁸⁾、同年6月には9：1の規模テストを、それぞれ、みたすことを条件に持分プーリング法の適用を認める公開草案を公表したが（Zeff [1972] pp.215-216）、会計原則審議会は、結局、規模テストを課さないこととし、一定の条件の下での持分プーリング法の適用を認めることを内容とする意見書第16号『企業結合（*Business Combinations*）』が採択された。

(3) 市場性のある有価証券の評価

以上に加えて、会計原則審議会は、市場性のある有価証券の評価について検討を加え、1971年9月に、市場性ある有価証券の評価損益を損益計算書に表示することを内容とする公開草案を作成し、証券取引委員会や保険業界の意見を求めたが、市場性ある有価証券を大量に保有する保険会社や証券会社は反対し議会に対してロビイングを行ったため、証券取引委員会は会計原則審議会の草案を支持できないと伝え、意見書には至らなかった（Hornsgren [1973] pp.62-64）。

(4) 会計連続通牒第102号

他方で、*Cohen* 証券取引委員会委員長は、1964年12月に、会計原則審議会の作業ののろさを批判し⁵⁹⁾、正当化されない実務の多様性を除去することが

57) Accounting for Business Combinations and Goodwill, *Financial Executive*, vol. 38, no.9 (1970) : 6-7, at 6.

58) 証券取引委員会は、公式には、その態度を明らかにしなかったが、*Needham* は、その講演において、証券取引委員会委員長である *Budge* は、この草案を支持していることを明らかにしたし、ニューヨーク証券取引所やアメリカ証券取引所も支持していた（Zeff [1972] p.215）。

59) 会計原則審議会が発足して5年以上経過しているにもかかわらず、公表した意見書は6本のみであり、意見書第3号『資金の源泉および運用表』（1963年10月）を別とすれば、成果として特に評価できるものはなかった。

会計原則審議会に課された緊急な課題であると強調した(Zeff [1972] p.189)⁶⁰⁾。そして、1965年1月、Cohenは会計原則審議会の代表を呼びつけ、「我々は、多くの代替的会計処理について、会計士業界が解決することを辛抱強く待っている。もしあなたがたが、これらの問題を合理的かつ迅速に処理することができないなら、あるいはそうしようとしなければ、我々がそうすべきであるということ強く要望されている。現在のところ我々の我慢は尽きてないし、会計原則審議会との協力は今までも有益であったし、今後もそうあるべきだと信じているが、つぎの点は明確にしておきたい。我々はまさに一定の法的責任を負っているものであり、その責任を果たさなければならないということ」(Zeff [1972] p.192)と述べた。しかも、証券取引委員会は、同年12月7日に、会計連続通牒第102号『割賦販売から生ずる繰延所得税の貸借対照表上の分類 (*Balance Sheet Classification of Deferred Income Taxes Arising from Installment Sales*)』を公表した (*For details, see Zeff [2007]*)。割賦販売から生ずる繰延所得税の表示方法について、会計原則審議会は、すでに、会計研究公報の地位についての意見書の公開草案 (*Status of Accounting Research Bulletins*, 1965)⁶¹⁾において、案を示していたが、意見がまとまらず意見書の発表を延期していたところ、Arthur Andersenがこの草案の勧告を会計連続通牒にとり入れるよう証券取引委員会に請願し、これに応えたものであった (Carey [1970] pp.131-132)。

Bibliography

- American Institute of Accountants [1934] *Audits of Corporate Accounts*, American Institute of Accountants
- American Institute of Certified Public Accountants [1972] *Establishing Financial Accounting Standards*, American Institute of Certified Public Accountants

60) See also Cohen [1966] p.58.

61) *Journal of Accountancy*, vol.120, no.2: 57-60.

- Armstrong, M.S. [1969] Some Thoughts on Substantial Authoritative Support, *Journal of Accountancy*, vol.127, no.4: 44 - 50
- Armstrong, M.S. [1981] The Financial Accounting Standards Board, in: Burton, L., R.E. Palmer and R.S. Kay (eds.), *Handbook of Accounting and Auditing*, Warren, Gorham & Lamont: 40/1 - 40/25
- Arthur Andersen & Co. [1976] Reaction in the Accounting Profession to Our SEC Petitions Shows Lack of Understanding of Its Intent and the Issues Involved, *Executive News Briefs* (June) : 1
- Barr, A. [1963] *The Influence of Government Agencies on Accounting Principles with Particular Reference to the Securities and Exchange Commission*, address at 37th Annual Michigan Accounting Conference, October 18, 1963 <<http://www.sec.gov/news/speech/1963/101863barr.pdf>>
- Berle, A.A. and G.C. Means [1932] *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan (北島忠男 (訳)『近代株式会社と私有財産』(文雅堂銀行研究社、1976年))
- Berton, L. [1994] Accounting board to weigh softening its controversial stock option proposal, *Wall Street Journal*, 14 December 1994: A2
- Blough, C.G. [1937a] The Need for Accounting Principles, *Accounting Review*, vol.12, no.1: 30 - 37
- Blough, C.G. [1937b] *Some Accounting Problems of the Securities and Exchange Commission*, address before the New York State Society of Certified Public Accountants, January 11, 1937 <http://sechistorical.com/collection/papers/1930/1937_0111_BloughNewYorkCPAT.pdf>
- Blough, C.G. [1937c] The Relationship of the Securities and Exchange Commission to the Accountant, *Journal of Accountancy*, vol.63, no.1: 23 - 39
- Blough, C.G. [1939] Accounting Principles Interpreted in the Light of Recent Developments, *Journal of Business of the University of Chicago*, vol.12, no.3: 265 - 279
- Blough, C.G. [1947] Replacement and Excess Construction Costs, *Journal of Accountancy*, vol.84, no.4: 333 - 336
- Blough, C.G. [1952] Accounting Principles and their Application, in: Kane, R.L., *The CPA Handbook*, American Institute of Accountants: Chapter 17
- Booth, R.A. [1985] Self-Regulation in a Democratic Society, *Journal of Air Law and Commerce*, vol.50: 491 - 512
- Bostelman, J. T. [2004] *The Sarbanes - Oxley Deskbook*, Practising Law Institute
- Bricker, R. J., and G. J. Previts (eds.) [2002] *The Murphy - Kirk - Beresford Correspondence 1982 - 1996*, JAI/Elsevier Science
- Briloff, A.J. [1967] Dirty Pooling, *Accounting Review*, vol.42, no.3: 489 - 496
- Broad, S.J. [1948] Institute Committee Rejects Change in Basis for Depreciation Charges,

Journal of Accountancy, vol.86, no.5: 380 - 381

Burk, J. [1985] The Origins of Federal Securities Regulation: A Case Study in the Social Control of Finance, *Social Forces*, vol. 63, no.4: 1010 - 1029

Burton, J. C. [1974] Elephants, flexibility and the Financial Accounting Standards Board, *The Business Lawyer*, vol.29, Special issue: 151 - 154

Burton, J. C. and R. J. Sack [1990] Standard Setting Process in Trouble (again), *Accounting Horizons*, vol.4, no.4: 117 - 120

Carey, J. L. [1969] *The Rise of the Accounting Profession: From Technician to Professional 1896 - 1936*, American Institute of Certified Public Accountants

Carey, J. L. [1970] *The Rise of the Accounting Profession: To Responsibility and Authority 1937 - 1969*, American Institute of Certified Public Accountants

Chatov, R. [1975] *Corporate Financial Reporting: Public or Private Control?*, The Free Press

Cohen, M.F. [1966] The SEC and Accountants: Co - operative Efforts to Improve Financial Reporting, *Journal of Accountancy*, vol.122, no. 6: 56 - 60

Commission on Auditors' Responsibilities [1977] *Report of Tentative Conclusions*, AICPA

Commission on Auditors' Responsibilities [1978] *Reports, Conclusions, and Recommendations*, AICPA

Committee, B.E. [1990] The Delegation and Privatization of Financial Accounting Rulemaking Authority in the United States of America, *Critical Perspectives on Accounting*, vol.1, no.2: 145 - 166

Committee on Accounting Procedure, American Institute of Accountants [1938] Report of the Committee on Accounting Procedure, in: *1938 Year - Book of the American Institute of Accountants*, American Institute of Accountants: 116 - 117

Committee on Accounting Procedure, American Institute of Accountants [1939a] Midyear Report of the Committee on Accounting Procedure, in: *1939 Year - Book of the American Institute of Accountants*, American Institute of Accountants: 139 - 142

Committee on Accounting Procedure, American Institute of Accountants [1939b] Report of the Committee on Accounting Procedure, in: *1939 Year - Book of the American Institute of Accountants*, American Institute of Accountants: 142 - 143

Committee on Accounting Procedure, American Institute of Accountants [1940] Midyear Report of the Committee on Accounting Procedure, in: *1940 Year - Book of the American Institute of Accountants*, American Institute of Accountants

Committee on Accounting Procedure, American Institute of Accountants [1947] Appropriation, Not Charges, Recommended to Cover Inflated Replacement Cost, *Journal of Accountancy*, vol.84, no.4: 289 - 290

Couchman, C.B. [1931] Report of the President of American Institute of Accountants, in:

- 1931 Year-Book of the American Institute of Accountants, American Institute of Accountants: 187 - 189
- Council of American Institute of Accountants [1938] Report of the Council, in: 1938 Year-Book of the American Institute of Accountants, American Institute of Accountants: 91 - 98
- Douglas, W.O. [1974] *Go East, Young Man: the early years*, Random House
- Editorial [1918] Standardization of Accounting Procedure, *Journal of Accountancy*, vol.26, no.4: 292 - 295
- Editorial (Richardson, A.P.) [1929] Instruction for Verification of Financial Statements, *Journal of Accountancy*, vol.47, no.5: 355 - 362
- Editorial [1947] Depreciation and Inflation, *Journal of Accountancy*, vol.84, no.4: 265 - 266
- Editorial [1964] Authority of the Accounting Principles Board, *Journal of Accountancy*, vol.117, no.3: 33 - 34
- Evans, J.R. [1984] An Evaluation of SEC Accounting Policies and Regulation, in: Mundheim, R.H. and N.E. Leech (eds.), *The SEC and Accounting: The First 50 Years*, North - Holland: 155 - 167
- Executive Committee, American Institute of Accountants [1934] Report of the Executive Committee, in: 1934 Year-Book of the American Institute of Accountants, American Institute of Accountants: 236 - 245
- Executive Committee, American Institute of Certified Public Accountants [1964] *Status of Pronouncements of Accounting Principles Board*, Special Report of the Executive Committee to the Council of the American Institute of Certified Public Accountants, March 14, 1964
- Federal Trade Commission [1916] *Annual Report, for the year ended June 30, 1916*
- Federal Trade Commission [1969] *Economic Report on Corporate Mergers*, Government Printing Office
- Foster, G. [1980] Accounting Policy Decisions and Capital Market Research, *Journal of Accounting and Economics*, vol.2, no.1: 29 - 61
- Frankfurter, F. [1933] The Federal Securities Act: II, *Fortune*, vol.7, no.2: 53 - 55, 106, 108, 109 and 111
- Freeman, J. [2000] The Private Role in Public Governance, *New York University Law Review*, vol.75, no.3: 543 - 575
- Gorton, D.E. [1991] The SEC Decision Not to Support SFAS 19: a case study of the effect of lobbying on standard setting, *Accounting Horizons*, vol.5, no.1: 29 - 41
- Grady, P. (ed.) [1962] *Memoirs and Accounting Thought of George O. May*, Ronald Press
- Greidinger, B.B. [1942] S.E.C. Administrative Policy on Financial Statements, *Journal of Accountancy*, vol.73, no.3: 219 - 224
- Hanson, W.E. [1977] Big Brother and the Big Eight, *Management Accounting*, vol.58, no.10: 15 - 19

- Hatfield, G.K. [2000] *Privatizing Commercial Law: Lessons from the Middle and the Digital Ages*, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 195. Available at <<http://ssrn.com/abstract=220252>>
- Hawkins, D. F. [1962] *Corporate Financial Disclosure, 1900 - 1933: A Study of Management Inertia within a Rapidly Changing Environment* (published in 1986, Garland Publishing)
- Hawkins, D. F. [1963] The Development of Modern Financial Reporting Practices among American Manufacturing Corporations, *Business History Journal*, vol.37, no.3: 135 - 168
- Hayt, G. [1998] Chapter 5 Accounting, in: Rutter Associates LLC, *1998 Financial Products Institute Yearbook*: 165 - 178
- Healy, R.E. [1938] The Next Step in Accounting, *Accounting Review*, vol.13, no.1: 1 - 9
- Heier, J.R. and A.L. Gurley [2007] The End of Betterment Accounting: A Study of the Economic, Professional, and Regulatory Factors That Fostered Standards Convergence in the U.S. Railroad Industry, 1955 - 1983, *Accounting Historians Journal*, vol.34, no.1: 25 - 55
- Henry, M.O. [1999] The Impact of Statement of Financial Accounting Standards 133 on the Banking Industry, *North Carolina Banking Institute*, vol.3: 291 - 318
- Herdman, R.K. [2002] *Improving Standard Setting to Advance the Interests of Investors*, April 11, 2002 <<http://www.sec.gov/news/speech/spch551.htm> >
- Horngren, C.T. [1972] Accounting Principles: Corporate Financial Reporting: Public or Private Contro?, *Journal of Accountancy*, vol.133, no.5: 37 - 41
- Horngren, C.T. [1973] The Marketing of Accounting Standards, *Journal of Accountancy*, vol.136, no.4: 61 - 66
- House of Representatives [1957] *Railroad Accounting Procedures (Prescribed by the Interstate Commerce Commission)*, *Hearing before a Subcommittee of the Committee on Governmental Operations, House of Representatives*, 85th Congress, 1st Session, Governmental Printing Office
- House of Representatives [2002a] *Hearing before the Subcommittee on Commerce, Trade, and Consumer Protection of the Committee on Energy and Commerce, House of Representatives*, 107th Congress, 2nd Session, June 26, 2002
- Hoxsey, J.M.B. [1930a] *Address to the National Association of Securities Commissioners*, May 20, 1930 (quoted in: Zeff [1972] p.121)
- Hoxsey, J.M.B. [1930b] Accounting for Investors, *Journal of Accountancy*, vol.50, no.4: 251 - 284
- Jenkins, E. [1998] Beware Trap of Politicizing Financial Reporting Rules, *The American Banker*, May 21, 1998: 4
- Jennings, A.R. [1958] Present - Day Challenges in Financial Reporting, *Journal of Accountancy*, vol.105, no.1: 28 - 34

- Kaplan, M.C. and D.M. Reagh [1939] Accounting, Reports to Stockholders, and the SEC, *Accounting Review*, vol.14, no.3: 203 - 236
- Kaplan, R.S. [1980] Should Accounting Standards Be Set in the Public or Private Sector?, in: Buckley, J.W. and J.F. Weston (eds.), *Regulation and the Accounting Profession*, Lifetime Learning Publications: 178 - 195
- Keller, T.F. [1965] Uniformity versus Flexibility: a review of the rhetoric, *Law and Contemporary Problems*, vol. 30, no.3: 637 - 651
- King, E.C. [1948] SEC May Take Exception to Financial Statements Reflecting Application of Bulletin No.32 (A letter from Earle C. King, chief accountant, Securities and Exchange Commission, to Carmen Blough, director of research, the American Institute of Accountants, dated December 11, 1947), *Journal of Accountancy*, vol.85, no.1: 25
- Keller, T.F. and S.A. Zeff [1969] *Financial Accounting Theory II: Issues and controversies*, McGraw - Hill Book
- Ketz, J.E. and P.B.W. Miller [1998] Financial Accounting Fairness Act: Fairness to whom?, *Accounting Today*, May 25 - June 7: 14 and 17
- Kripke, H. [1970] The SEC, the Accountants, Some Myths and Some Realities, *New York University Law Review*, vol.45, no.6: 1175 - 1188
- Kripke, H. [1979] *The SEC and Corporate Disclosure: Regulation in Search of a Purpose*, Law & Business
- Krupsaw, D.L. [1937] Opinions of the Securities and Exchange Commission, *Mississippi Law Journal*, vol.10, no.1: 8 - 61
- Landis, J. [1938] *The Administrative Process*, Yale University Press
- Landis, J. [1940] Crucial Issues in Administrative Law, *Harvard Law Review*, vol.53, no.7: 1077 - 1102
- Landis, J. [1959] The Legislative History of the Securities Act of 1933, *George Washington Law Review*, vol.28, no.1: 29 - 49
- Lawrence, D.M. [1986] Private Exercise of Governmental Power, *Indiana Law Journal*, vol.61, no.4: 647 - 695
- Leonard, B. (ed.) [2001] *Report on the Activity of the Committee on Energy and Commerce for the 107th Congress*, Diane Publishing
- Levitt, A. [2002] *Take on the Street: what Wall Street and corporate America don't want you to know, what you can do to fight back*, Pantheon Books
- Mathews, G.C. [1938] Accounting in the Regulation of Security Sales, *Accounting Review*, vol.13, no.3: 225 - 233
- May, G. O. [1926] Corporate Publicity and the Auditor, *Journal of Accountancy*, vol.42, no.5: 321 - 326
- May, G. O. [1943] *Financial Accounting: a distillation of experience*, Macmillan

- May, G. O. [1946] Authoritative Financial Accounting, *Virginia Law Review*, vol.32, no.4 : 698 - 729
- May, G. O. [1947] Should the LIFO Principle Be Considered in Depreciation Accounting When Prices Vary Widely?, *Journal of Accountancy*, vol.84, no.6: 453 - 456
- Mayer, M. [1997] FASB on Trial, *Institutional Investor*, vol.31, no. 11: 78-86
- Miller, P.B. W., R.J. Redding, and P.R. Bahnson [1998] *The FASB: The People, the Process, and the Politics*, 4th edition, Irwin/McGraw - Hill
- Moley, R. [1939] *After Seven Years*, Harper
- Moonitz, M. [1970] Three Contributions to the Development of Accounting Principles Prior to 1930, *Journal of Accounting Research*, vol.8, no.1: 145 - 155
- Moonitz, M. [1974] *Obtaining Agreement on Standards in the Accounting Profession*, American Accounting Association (小森瞭一 (訳)『アメリカにおける会計原則発達史』(同文館出版、1979年))
- Morrison, P.L. [1937] The Interest of the Investor in Accounting Principles, *Accounting Review*, vol.12, no.1: 37 - 42
- Nelligan, J. L. [1980] *Regulation and the Accounting Profession: The Congressional view*, in: Buckley J. W. and J. F. Weston (eds.), *Regulation and the Accounting Profession*, Lifetime Learning Publications: 109 - 122
- Olson, W. E. [1982] *The Accounting Profession, Years of Trial: 1969 - 1980*, American Institute of Certified Public Accountants
- Orben, R. A. [1984] An Evaluation of the SEC's Performance - a product of leadership, in: Mundheim, R.H. and N.E. Leech (eds.), *The SEC and Accounting: The First 50 Years*, North - Holland:141 - 148
- Parrish, M. [1970] *Securities Regulation and the New Deal*, Yale University Press
- Paton, W. A. [1971] Earmarks of a Profession - and the APB, *Journal of Accountancy*, vol.131, no.1: 37 - 45
- Pines, J.A. [1965] The Securities and Exchange Commission and Accounting Principles, *Law and Contemporary Problems*, vol.30, no.4: 727 - 751
- Previts, G. J. [1978] The SEC and Its Chief Accountants: historical impressions, *Journal of Accountancy*, vol.146, no.2: 83 - 91
- Previts, G. J. and B. D. Merino [1979] *A History of Accounting in America*, John Wiley & Sons (大野功一 = 岡村勝義 = 新谷典彦 = 中瀬忠利 (訳)『アメリカ会計史——会計の文化的意義に関する史的解釈』(同文館, 1983年))
- Previts, G. J. and B. D. Merino [1998] *A History of Accountancy in the United States: The Cultural Significance of Accounting*, Ohio State University Press
- Rappaport, L.H. [1972] *SEC Accounting Practice and Procedure*, 3rd ed., Ronald Press
- Van Riper, R. [1994] *Setting Standards for Financial Reporting: FASB and the Struggle for*

- Control of a Critical Process*, Quorum Books.
- Ripley, W.Z. [1926] Stop, Look, Listen !, *The Atlantic Monthly*, vol.138, no.3: 380 - 399, accessible at <<http://www.theatlantic.com/past/docs/issues/26sep/ripley.htm>>
- Ripley, W.Z. [1927] *Main Street and Wall Street*, Little, Brown (reprinted: Scholars Book, 1972)
- Rorty, M.C. [1932] *Corporate Financial Policies from Boom to Depression, Financial Management Series No.38*, American Management Association (quoted in: Special Committee on Cooperation with Stock Exchanges [1932] p.242)
- Salfi, P. [1998] An Unlikely Impediment to Doing Banking Business, *ABA Banking Journal*, vol.90, no.8: 55 - 56
- Sanders, T.H. [1934] Reports to Stockholders, *Accounting Review*, vol.9, no.3: 201 - 219
- Schwarcz, S.L. [2002] Private Ordering, *Northwestern University Law Review*, vol.97, no.1: 319 - 350
- Securities and Exchange Commission [1938] *Accounting Series Release No.4, Administrative Policy on Financial Statements* (April 25, 1938)
- Securities and Exchange Commission [1939] *Fifth Annual Report, for the year ended June 30, 1939*
- Securities and Exchange Commission [1963] *Accounting Series Release No.96, Accounting for the Investment Credit*, January 10, 1963
- Securities and Exchange Commission [1950a] *Accounting Series Release No.69, Notice of Proposal to Amend Regulation S-X; A General Revision of Articles 1, 2, 3, 4, 5 and 11* (July 12, 1950)
- Securities and Exchange Commission [1950b] *Accounting Series Release No.70, Amendment of Regulation S-X; Adoption of Comprehensive Amendments to Articles 1, 2, 3, 4, 5 and 11* (December 20, 1950)
- Securities and Exchange Commission [1973] *Accounting Series Release No.150, Statement of Policy on the Establishment and Improvement of Accounting Principles and Standards* (December 20, 1973)
- Securities and Exchange Commission [1979] *Report to Congress on the Accounting Profession and the Commission's Oversight Role*, prepared for the Subcommittee on Governmental Efficiency and the District of Columbia of the Committee on Governmental Affairs, United States Senate, 96th Congress, 1st Session, Government Printing Office
- Securities and Exchange Commission [2003a] *Policy Statement: Reaffirming the Status of the FASB as a Designated Private - Sector Standard Setter*, Release Nos. 33 - 8221; 34 - 47743; IC - 26028; FR - 70
- Securities and Exchange Commission (Office of the Chief Accountant and Division of Corporation Finance) [2008] *Report and Recommendations Pursuant to Section 133 of*

- the Emergency Economic Stabilization Act of 2008: Study on Mark - To - Market Accounting*, December 30, 2008
- Seligman, J. [1983] The Historical Need for a Mandatory Corporate Disclosure System, *Journal of Corporation Law*, vol.9, no.1: 1 - 61
- Seligman, J. [1985] The SEC and Accounting: a historical perspective, *Journal of Comparative Business and Capital Market Law*, vol.7: 241 - 266
- Seligman, J. [2003] *The Transformation of Wall Street: A History of the Securities and Exchange Commission and Modern Corporate Finance*, 3rd edition, Aspen Publishers
- Senate [1977a] *The Accounting Establishment*, A staff study prepared by the Subcommittee on Reports, Accounting, and Management of the Committee on Government Operations, United States Senate, 95th Congress, 1st Session, Document No.95 - 34, Government Printing Office
- Senate [1977b] *Improving the Accountability of Publicly Owned Corporations and their Auditors*, Report of the Subcommittee on Reports, Accounting, and Management of the Committee on Government Affairs, United States Senate, 95th Congress, 1st Session, Government Printing Office
- Smith, F.P. [1937] Accounting Requirements of Stock Exchanges, 1933, *Accounting Review*, vol.12, no.2: 145 - 153
- Solomons, D. [1978] The Politicization of Accounting, *Journal of Accountancy*, vol.146, no.5: 65 - 72
- Sommer, A.A. [1970] Survey of Accounting Developments in the 60's: What's Ahead in the 70's, *Business Lawyer*, vol.26, no.2: 207 - 214
- Spacek, L. [1958a] The Need for an Accounting Court, *Accounting Review*, vol.33, no.3: 368 - 379
- Spacek, L. [1958b] Can We Define Generally Accepted Accounting Principles?, *Journal of Accountancy*, vol.106, no.6: 40 - 47
- Spacek, L. [1969] *A Search for Fairness in Financial Reporting to the Public*, Arthur Andersen & Co.
- Special Committee on Accounting Procedure, American Institute of Accountants [1932] Report of the Special Committee on Accounting Procedure, in: *1932 Year - Book of the American Institute of Accountants*, American Institute of Accountants: 237 - 240
- Special Committee on Administration of Endowment, American Institute of Accountants [1920] Report of the Special Committee on Administration of Endowment, in: *1920 Year - Book of the American Institute of Accountants*, American Institute of Accountants: 132 - 134
- Special Committee on Cooperation with Bankers, American Institute of Accountants [1932] Report of the Special Committee on Cooperation with Bankers, in: *1932 Year - Book of the American Institute of Accountants*, American Institute of Accountants: 240 - 241

- Special Committee on Cooperation with Stock Exchanges, American Institute of Accountants [1932] Report of the Special Committee on Cooperation with Stock Exchanges, in: *1932 Year - Book of the American Institute of Accountants*, American Institute of Accountants: 242
- Special Committee on the Development of Accounting Principles [1934] Report of Special Committee on the Development of Accounting Principles, in: *1934 Year - Book of the American Institute of Accountants*, American Institute of Accountants
- Special Committee on Interest in Relation to Cost, American Institute of Accountants [1918] Report of the Special Committee on Interest in Relation to Cost, in: *1918 Year - Book of the American Institute of Accountants*, American Institute of Accountants: 110 - 112
- Special Committee on Inventories, American Institute of Accountants [1936] Report of the Special Committee on Inventories, in: *1936 Year - Book of the American Institute of Accountants*, American Institute of Accountants: 458 - 466
- Special Committee on Research Program [1958] *Report to Council of the Special Committee on Research Program*, reproduced in: *Journal of Accountancy*, vol.106, no.6: 62 - 68
- Sprouse, R.T. and D.F. Vagts [1965] The Accounting Principles Board and Differences and Inconsistencies in Accounting Practice; An Interim Appraisal, *Law and Contemporary Problems*, vol. 30, no.3: 706 - 726
- Staff of the Joint Committee on Internal Revenue Taxation [1972] *General explanation of the Revenue act of 1971, H.R. 10947, 92d Congress, Public law 92 - 178*, Government Printing Office
- Storey, R.K. [1964] *The Search for Accounting Principles*, American Institute of Certified Public Accountants (reprinted in 1977, Scholars Book) (井原理代 = 田中嘉穂 (訳) 『会計原則の探究』(香川大学会計学研究室、1978)
- Structure Committee [1977] *The Structure of Establishing Financial Accounting Standards*, Financial Accounting Foundation
- Study Group on Business Income [1952] *Report of Study Group on Business Income, Changing Concepts of Business Income*, Macmillan (渡邊進 = 上村久雄 (訳) 『企業所得の研究: 変貌する企業所得概念』(中央経済社, 1956))
- Walker, D.M. [2002] *Accounting Profession: Oversight, Auditor Independence, and Financial Reporting Issues* (a letter to the Honorable Paul S. Sarbanes, May 3, 2002), GAO - 02 - 742R Accounting Profession Issues (*reproduced in*: General Accounting Office, *The Accounting Profession*, GAO - 02 - 411, May 2002: 75 - 86)
- Waters, C.C. [1917] Public Accountants and Industrial Preparedness, *Journal of Accountancy*, vol.23, no.6: 445 - 449
- Weissman, R. [1939] *The New Wall Street*, Harper & Brothers
- Wienshienk, R. [1947] Accountants and the Law, *University of Pennsylvania Law Review*, vol.96, no.1: 48 - 65

- Wiesen, J. [1978] *The Securities Acts and Independent Auditors: What Did Congress Intend?*, American Institute of Certified Public Accountants
- Wyatt, A. R. [1988] Professionalism in Standard - setting, *The CPA Journal*, vol.58, no.7: 20 - 32
- Wyatt, A. R. [1989] Accounting Standards and the Professional Auditor, *Accounting Horizons*, vol. 3, no.2: 96 - 102.
- Wyatt, A. R. [1991] Accounting Standard Setting at a Crossroads, *Accounting Horizons*, vol.5, no.3: 110 - 114
- Zeff, S.A. [1972] *Forging Accounting Principles in Five Countries: A History and an Analysis of Trends*, Stipes Publishing
- Zeff, S.A. [1984] Some Junctures in the Evolution of the Process of Establishing Accounting Principles in the U.S.A.: 1917 - 1972, *Accounting Review*, vol.59, no.3: 447 - 468
- Zeff, S.A. [1986] Big Eight Firms and the Accounting Literature: The falloff in advocacy writing, *Journal of Accounting, Auditing & Finance*, vol.1, no.2: 131 - 154
- Zeff, S.A. [1993] The Politics of Accounting Standards, *Economia Aziendale*, vol.XII - 2: 123 - 142
- Zeff, S.A. [1997] Playing the Congressional Card on Employee Stock options, in: Cooke, T.E. and C.W. Nobes (eds.), *The Development of Accounting in an International Context, A Festschrift in honour of R.H. Parker*, Routledge: 177 - 192
- Zeff, S.A. [2001] The Work of the Special Committee on Research Program, *Accounting Historians Journal*, vol.28, no.2: 141 - 186
- Zeff, S.A. [2002] “Political” Lobbying on Proposed Standards: A challenge to the IASB, *Accounting Horizons*, vol.16, no.1: 43 - 54
- Zeff, S.A. [2007] The SEC Preempts the Accounting Principles Board in 1965: The Classification of the Deferred Tax Credit Relating to Installment Sales, *Accounting Historians Journal*, vol. 34, no. 1: 1 - 23
- Zeff, S.A. and T.F.Keller [1973] *Financial Accounting Theory I: Issues and Contraversies*, McGraw - Hill Book
- 久保大作 [2004] 「商法上の会計規範の決定に関する一考察」(未公開)
- 高松和男 [1982] 『アメリカ会計原則の展開』(同文館出版)
- 津守常弘 [2002] 『会計基準形成の論理』(森山書店)
- 盛田良久 [1987] 『アメリカ証取法会計』(中央経済社)
- 山本繁 [1990] 『会計原則発達史』(森山書店)
- ルイス・H・ラバポート (Rappaport, L.H.) [1972] 「SECの会計士業界並びに会計実務に対する影響(2)」*会計ジャーナル* 4巻8号: 126 - 131

本稿は、科学研究費補助金基盤研究(B)「商事法における会計基準の受容」(平成19年度～平成22年度)(課題番号19330019)による研究成果の一部である。

なお、既発表研究成果(IXを除く)は以下のとおりである。

- I 証券取引法と会計基準⁽¹⁾⁽²⁾ 会計174巻1号1-15頁、2号283-294頁
- II オランダ 筑波法政45号71-92頁
- III ドイツ⁽¹⁾ 筑波ロー・ジャーナル5号193-219頁
ドイツ⁽²⁾ 筑波法政46号107-128頁
- IV カナダ⁽¹⁾ 筑波ロー・ジャーナル6号77-98頁
- V カナダ⁽²⁾/イギリス⁽¹⁾ 筑波法政47号27-41頁
- VI イギリス⁽²⁾ 筑波ロー・ジャーナル7号51-78頁
- VII デンマーク 会計176巻6号763-772頁
- VIII スペイン⁽¹⁾(未完) 筑波法政48号9-24頁
- IX 「フランス会社法における会計基準の地位-1998年会計規制委員会創設まで」 奥島孝
康先生古稀記念論文集(成文堂、近刊)
- X フランス 筑波法政49号23-43頁
- XI ベルギー⁽¹⁾⁽²⁾ 会計178巻5号1-13頁、6号111-121頁
- XII イタリア⁽¹⁾ 筑波ロー・ジャーナル8号73-86頁
イタリア⁽²⁾ 筑波法政50号(2011年2月)
また、より詳細なりサーチ・ペーパーは
<http://www.sakura.cc.tsukuba.ac.jp/~kigyoho/accountingstandards.html>
で入手可能である。

「第三者の権利の主張適格」 に関する補足的覚書

大 石 和 彦

- 1 当事者または第三者のうち一方に対する適用が同時に（偶然ではなく必然的に）もう一方の憲法上の権利を制約する場合
 - (1) 当事者に対する適用が同時に第三者の権利に対する制約にもなる場合
 - (2) 第三者の権利に対する制約が当事者自身の権利に対する制約にもなる場合
 - (3) 共通項——第三者を「特定しうる」ことか、それとも…
- 2 コア・ケース該当当事者をめぐる事案においてボーダーライン・ケース該当者に及ぶ害悪を理由に憲法判断しうるか

本稿筆者はかつて、大石眞・石川健治〔編〕『憲法の争点』にて「違憲の争点を提起する適格」というテーマの下、従来の学説・判例を整理し、若干の私見を述べる機会をいただいた¹⁾。本稿は、スペースの関係上そこで十分述べるができなかった点、さらに同テーマにつき、不十分ながらその後さらに私なりに考えてみた若干の論点につき、さしあたり現段階での覚書程度のものを残しておこうというものである。上掲拙稿も、また本稿も、アメリカの判例・学説にまで及ぶ十分網羅的な調査の上書かれたものではない。法科大学院生の前で立場上「知らない」とは言えず冷や汗をかきながらの日々の中、自分なりに徒手空拳で考えてみたらこのようになった、という程度のものに過ぎない。特にその方面に詳しい方々からのご叱正を仰げれば幸甚である。

1) ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3（有斐閣2008）278頁。

1 当事者または第三者のうち一方に対する適用が同時に（偶然ではなく必然的に）もう一方の憲法上の権利を制約する場合

（1）当事者に対する適用が同時に第三者の権利に対する制約にもなる場合

（i）情報発信者と受信者

ある情報を発信する自由が保障されることは、同情報の受領を希望する者の知る権利の実効的保障にとっても不可欠である。ということは、発信者の表現の自由に対する制約は、間接的・実質的には、受信者の知る権利を制約することにもなる。一方、受信側の知る権利の行使に障壁が設けられている場合には、発信者の知ってもらう自由も、実質的に制約されているといえる。つまり、受信者側に知る権利が保障されることは、発信者側の表現の自由の保障にとって不可欠でもある。ここに、発信者（または受信者）を当事者とする裁判で、受信者（または発信者）たる第三者の知る権利（または表現の自由）の制約の合憲性という争点を取り上げる余地が生じる。「憲法26条は児童、生徒がすぐれた学問研究の成果を自由に学び、これによって個性を尊重され、人間としての全面的な発達を自由に追求しうるような教育を受ける権利を保障したものであって、教科書検定制度は国が教科書の内容に介入し、これを規制することによって、右のような児童、生徒の教育を受ける権利を侵害する」という教科書執筆側主張²⁾や、参拝者に課せられる拝観税の特別徴集義務者に指定された社寺（宗教法人）が、自らの布教の自由のみならず、当該社寺の教えに触れる参拝者の自由の侵害を主張するのも³⁾、情報発信者が受信者の知る権利の侵害を主張するのとはほぼ同様の構造を持つものといえる。

もっとも、発信者（または受信者）を当事者とする裁判では、当事者自身の権利に対する制約が合憲かどうかを問えば足り、あえて加えて第三者の知る権

2) 「第2次家永教科書訴訟」第一審判決（東京地判昭和45年7月17日・行集21巻7号別冊1頁）。

3) 京都地判昭和59年3月30日・行集35巻3号353頁。

利（または表現の自由）の制約問題を取り上げる必要性があるかどうかは疑問である。例えば、性表現を行った者が刑法175条で起訴された場合、それが表現の自由の保護領域に該当するか否かの問題含め、被告人の表現の自由の問題として構成すれば足りるのであって、これをあえて見たい人の知る権利の問題として（も）構成しなければならない必然性は見出し難い。したがって、当事者ではなく第三者の表現の自由または知る権利の制約問題を取り上げなければならない必然性が生じるのは、当事者自身が表現者でもなければ受信者でもなく、情報発受信行為の間にあって媒介する者の場合などであると考えられる。具体例としては、有害指定図書を自販機に納入した罪に問われた被告人の裁判で、当該刑罰法規が購入希望者（特に未成年者）の知る権利との関係で憲法21条1項に違反しないと断じた「岐阜県青少年保護育成条例事件」（最三小判平成元年9月19日・刑集43巻8号785頁）および、「関税定率法（昭和55年法律第7号による改正前のもの…）21条1項三号に掲げる貨物に関する税関検査による輸入規制は、…国民の知る自由を事前に規制するものであるから、憲法21条…1項の規定に違反する」との上告人主張に対し最高裁も「猥褻表現物である書籍、図画等の輸入が一切禁止されることとなる結果、…国民のこれに接する機会も失われ、知る自由が制限されることとなる」と述べた「札幌税関検査事件」（最大判昭和59年12月12日・民集38巻12号1308頁）をあげることができよう。これら当事者の行為もまた、第三者の憲法上の権利の実現に不可欠だ（いいかえれば、当事者の行為を制約する法令の適用が同時に必然的に第三者の権利を制約することにもつながる）という。

(ii) その他の場合

以上の他、当該法令の直接の規制（適用）対象たる当事者の活動が第三者の憲法上の権利の実現に不可欠であるといえる二者間関係としては、医師と患者、または団体とそのメンバーの間のそれがあげられる。すなわち患者に対し人工妊娠中絶や、安楽死を行った医師を処罰することは、間接的・実質的には患者の自己決定権を制約すると考えられるし⁴⁾、宗教法人の解散を命ずることは

個々の信徒の宗教活動の自由をも間接的には制約するであろう。つまりここにも、一方に対する法令適用が同時に、もう一方の憲法上の権利に対する制約ともなる、という関係が認められる。

もっとも、情報発信者と受信者の関係が対称的なそれである（両者の憲法上の権利が問題となり、また一方の権利の保障がもう一方の権利の保障に不可欠だという関係が相互に認められる）のに対し、医師と患者の関係においては、専ら患者の憲法上の権利の問題のみが想定されている（医師が患者の自己決定権を主張することはありえても、逆はない。）。

では、例の「第三者所有物没収事件」（最大判昭和37年11月28日・刑集16巻11号1593頁）はこのパターンに該当するか。当該法令の直接の規制（適用）対象たる被告人の密輸が、第三者の弁明機会を与えられる権利の実現にとって不可欠であるとは到底思えない⁵⁾。もっとも、被告人自身に対する刑罰法規の適用（付加刑を科すること）が同時に第三者の権利に対する制約にもなるという点では、ここにあげた他の例と共通する。

（2） 第三者の権利に対する制約が当事者自身の権利に対する制約にもなる場合

第三者所有物没収事件に関する上記昭和37年判決の評釈において平野龍一は、同判決以前から日本では、「証人の黙秘権が侵害された場合にも、…被告人はこれを理由として原判決の破棄を求めることができる」と解されていた⁶⁾。

4) 避妊具を使用する罪の教唆に当たるとして、避妊の指導をした医師が起訴された *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) で合衆国最高裁は、医師に対し、避妊具の使用を禁ずる刑罰法規の違憲主張の適格を認めた。また医師による末期患者の自殺補助に対する規制の合憲性に関する *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) および *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) でも、安楽死を選択する患者の権利の主張適格を原告医師らが有することを前提に判断がなされた。

5) もっとも被告人が主張した第三者の権利は財産権（憲法29条1項）であったが。

(1)であげた例がいずれも、当事者に対する当該法令の適用が同時に第三者の権利に対する制約にもなる場合であったのに対し、平野があげているのは、第三者の権利が侵害されることが同時に、被告人本人の公正な刑事裁判を受ける権利の侵害にもなるという、いわば正反対の例である。自分の患者の権利が侵害されたと主張する医師自身の憲法上の権利の侵害が通常想定されていないのに対し、平野があげる例の場合、結局は当事者自身の憲法上の権利が侵害されている。したがって、「第三者の権利の主張適格」を認めない理由は、前者より少ない（あるいは認められて当然）であろう。

(3) 共通項——第三者を「特定しうる」ことか、それとも…

(i) 第三者を「特定しうる」ことの本来の意味

これまであげてきた例は、特定の第三者の権利の主張適格問題という名でカテゴライズされる場合が少なくない⁷⁾。確かに「第三者所有物没収事件」や(2)で取りあげた例の場合、当事者が特定されれば、それに対応して第三者もまた特定されるであろう。もっとも、(1)にあげた例の受信者（例えば有害指定図書を見たい未成年者）、教科書を読まされる児童生徒、または拝観者は不特定多数であろう。これをどう考えるか。

常識的に（法技術論的にでなく）考えれば、当事者と第三者が、いわば“運命共同体”とでもいうべき“特別な関係”にあるからこそ、夫（親）が特定されれば、妻（子）が自動的に特定されるがごとく、前者が特定されれば後者も

6) 『憲法判例百選』（有斐閣 1963）77 頁 [平野 竜一^(ママ)]

7) 時國康夫「憲法上の争点を提起する適格」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 第1巻』253 頁（有斐閣 1987）（後に時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』〔第一法規 1996〕225 頁所収）；市川正人「憲法訴訟の当事者適格・再論」『現代立憲主義と司法権（佐藤幸治先生還暦記念）』（青林書院 1998）625 頁以下（以下「市川・再論」〔前掲注 7〕と引用）；阪本昌成『憲法理論 I（補訂第三版）』（成文堂 2000）421 頁；『憲法判例百選 II（第4版）』（有斐閣 2000）418 頁 [市川正人]；初宿正典ほか著『憲法 Cases and Materials 憲法訴訟』（有斐閣 2007）405 頁；新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社 2010）392 頁以下。

特定されることが多いのであろうし、特定表現者と不特定受信者、教科書執筆者と児童生徒、社寺と拝観者との間の関係も、後者の数が多ければその性格が希薄化することはあるのかもしれないが、やはりある意味“運命共同体的関係”（片方が困ればもう片方も困る関係）である。では、この“運命共同体的（特別）な関係”とは、技術論的にパラフレーズした場合、どのようなものとなるであろうか。

市川正人によれば、いわゆる「第三者の憲法上の権利の主張」の問題は、「自己に対する法令の適用が、自己に対して不利益を与えると共に、特定される第三者の憲法上の権利を侵害すると主張する場合、ないし自己に適用される法令が特定される第三者の憲法上の権利を侵害するがゆえに違憲であると主張する場合」と、「自己に合憲的に適用される法令が、不特定の仮想上の第三者に対して適用される際には違憲であると主張する場合」とに分かたれる⁸⁾。第三者が「特定」か「不特定」かという要素が、この二分法のメルクマールとして（少なくとも前者の特徴を表すのに）妥当でないことは先に指摘したとおりである。ここではむしろ「適用」という要素に着目すべきである。実は市川は以前に、上記2パターンのうち前者を「自己に対して損害を与える行為（たとえば法律の適用）が同時に第三者の権利を侵害すると主張される場合」⁹⁾とも呼んでいた。要するに後者の（「不特定の仮想上の第三者」の権利主張）パターンとの対比した場合の、前者の問題パターンの真の特徴とは、当該法令の一つの適用が同時に第三者にも必然的に不利益となることだと考えられる。この点に着目した場合、後者の問題パターンの特徴は、当該法令の自己への適用と「不特定の仮想上の第三者に対」する適用が一つ（同時）でない点にこそあることになる。もっとも、市川の前者のパターンの定式化は、本稿でいえば上掲(1)のパターンのみを指すことになる。(1)および(2)で述べた例をすべて包摂し

8) 市川・再論（前掲注7）628-629頁（ただし傍点は本稿筆者）。

9) 市川正人「憲法訴訟の当事者適格（一）」民商法雑誌91巻4号34頁（通頁506）以下（1985）[44（516）頁]（傍点は原文）。

ようすると、「当事者または第三者のうち一方に対する法令適用が同時に（偶然ではなく必然的に）もう一方の憲法上の権利を制約する場合」とでも修正すべきであろう。

(ii) A説とB説との間の実際の距離

私は上掲旧稿にて、第三者の権利制約問題をめぐる学説の分布状況につき「第三者の権利の制約につき当事者には『適格』又は『利益』が認められないのを『原則』としつつ、『例外』としてそれが認められる場合がありうるという立場（A説）と、適法に提起された訴えの当事者の勝敗を決する憲法上の争点なら全てこれを主張・提起する『適格』又は『利益』が認められるべきであり、たとえそれが第三者の権利制約問題であったとしても、それを殊更排除する理由は無いとする立場（B説）とがある」と書き、市川を後者に分類した¹⁰⁾。

ところでA説は、「例外」該当要件の一つとして、当事者と「第三者との関係」（それが「偶然的なもの」に過ぎないか、それとも「実質的な関係」か）というファクターをあげてきた¹¹⁾。「第三者の権利の享有・実現にとって訴訟当事者の行為が不可欠であるか否か」という渋谷秀樹¹²⁾が掲げる要件も、要するに当事者と第三者の間の関係の属性である（そのような関係については、本稿上記(1)および(2)で検討した）。

上述のように、B説に立つ市川もまた、当事者と第三者が、同一の適用により同時に不利益を被るという、まさに運命共同体的な特別の関係にあるといえないようなケースは、そもそも「第三者の憲法上の権利の主張」問題の土俵にすら乗ってこないと考えている。とすると、A説もB説（少なくとも市川）も、「第三者の憲法上の権利の主張適格」が認められるための要件として、当事者

10) 念のため指摘しておく、市川自身、浦部法穂や戸波江二の見解を自己のそれと「同様」と述べ、それを渋谷秀樹の見解と対置している（市川・再論〔前掲注7〕649頁以下）。

11) 芦部信喜「憲法訴訟における当事者適格」同『憲法訴訟の理論』（有斐閣1973）55頁以下〔72-73頁〕。

12) 渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』（信山社1995）454頁。

と第三者間に上記のような特別の関係があることを、共通に要求していることになり、その限りでは、両者の間の懸隔は、一見したほど遠くはないものと見る余地もあろう。

2 コア・ケース該当事者をめぐる事案においてボーダーライン・ケース該当者に及ぶ害悪を理由に憲法判断しうるか

次に以下では、市川いわくの「自己に合憲的に適用される法令が、不特定の仮想上の第三者に対して適用される際には違憲であると主張する場合」に関して本稿筆者が抱いている素朴な疑問を提示し、ささやかな問題提起としたい。

上記のような場合、例えば表現の自由など精神的自由の規制については、それがもたらす萎縮的效果を早急に排除する必要から「例外」としてその主張を認めるべきだとする見解¹³⁾が有力である。とすると、「川崎民商事件」上告審判決（最大判昭和47年11月22日・刑集26巻9号554頁）のうち以下引用部分は、上記「例外」に該当しないがゆえの「原則」どおりの判断ということになるだろうか。

「所論は、昭和40年法律第33号による改正前の所得税法（以下、旧所得税法という。）70条10号の罪の内容をなす同法63条は、規定の意義が不明確であって、憲法31条に違反するものである旨主張する。

しかし、第一、第二審判決判示の本件事実関係は、被告人が所管川崎税務署長に提出した昭和37年分所得税確定申告書について、同税務署が検討した結果、その内容に過少申告の疑いが認められたことから、その調査のため、同税務署所得税第二課に所属し所得税の賦課徴収事務に従事する職員において、被告人に対し、売上帳、仕入帳等の呈示を求めたというものであり、右職員の職務上の地位および行為が旧所得税法63条所定の各要件を具備するものであることは明らかであるから、旧所得税法70条10号の刑罰規定の内

13) 例えば渋谷秀樹『憲法』（有斐閣2007）646頁。

容をなす同法63条の規定は、それが本件に適用される場合に、その内容になんら不明確な点は存しない。」(傍点本稿筆者)

上記(コア・ケース該当当事者はボーダーライン・ケース該当者に及ぶ害悪を理由とした違憲主張を認められないのが「原則」だとする)“見解”は、当該法令につき「自己についてはその適用が合憲となる」ことを前提としている。だがそもそも、法令そのものが違憲無効であれば、その適用もありえないの(無効)でなければ、「法の段階構造」(「法令」が上で「適用」が下)からして、おかしくないだろうか。

もしかしたらここで、「恵庭事件」判決¹⁴⁾につき、「自衛隊法の合憲を前提としたものだ、という意見があるようであるが、賛成できない」、つまり同判決は自衛隊法につき「合憲・違憲の判断をする必要がない」との前提に立つものだとして述べた、かつての宮沢俊義の議論¹⁵⁾を想起する人もいるかもしれない。だが、その宮沢自身同じ論稿で、「自衛隊法の規定によって有罪とした場合ならともかく、自衛隊法の規定にあたらな^いとして無罪とした判断が、その自衛隊法の合憲を前提としていると見るのは、おかしい」(傍点本稿筆者)と述べている。つまり、恵庭事件につき札幌地裁が憲法判断そのものを回避できたのは、あくまで同事件が当該刑罰法規の適用をしていないケースであったがゆえにであって、同規定を適用した場合についても憲法判断回避と見ることが可能であるなどといってるわけではない。上掲川崎民商事件は、あくまで当該刑罰法規が適用された事案なのである。適用の前提として、法令自体の合憲性が前提とされていると見なければならぬ。「自己についてはその適用が合憲となる」ためには、法令自体が合憲であることが必然的に前提とされざるを得ない。また、この単純素朴な理屈は、問題となっている権利が精神的自由権(特に表現の自由)か、そうでない権利かの区別には一切関心を持たないはずなのであ

14) 札幌地判昭和42年3月29日・下刑集9巻3号359頁。

15) 宮沢俊義『憲法と裁判』(有斐閣1967)278-279頁。

る。

最後に、「広島市暴走族追放条例事件」上告審判決（最三小判平成19年9月18日・刑集61巻6号601頁）の藤田宙靖裁判官反対意見のうち以下部分を賛意をもって引用し、もう一度重ねて問題を提起し、この小稿を閉じる。

「被告人の本件行為は、本条例が公共の平穩を維持するために規制しようとしていた典型的な行為であって、多数意見のような合憲限定解釈を採ると否とにかかわらず本件行為が本条例の規定自体に違反することは明らかである。しかしいうまでもなく、被告人が処罰根拠規定の違憲無効を訴訟上主張するに当たって、主張し得る違憲事由の範囲に制約があるわけではなく、またその主張の当否（すなわち処罰根拠規定自体の合憲性の有無）を当審が判断するに際して、被告人が行った具体的行為についての評価を先行せしむべきものでもない。そして、当審の判断の結果、仮に規律対象の過度の広範性の故に処罰根拠規定自体が違憲無効であるとされれば、被告人は、違憲無効の法令によって処罰されることになるのであるから、この意味において、本条例につきどのような解釈を採ろうとも被告人に保障されている憲法上の正当な権利が侵害されることはないということとはできない。」（下線及び傍点は本稿筆者）

損害保険金請求権に対する集合動産譲渡 担保に基づく物上代位権行使の可否

——平成22年12月2日最高裁第一小法廷決定(平成22年(許)第14号債権差押命令
に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件)金融・商事判例1356号10頁——

池 田 雅 則

〔事実〕

Y(抗告人)は、平成20年12月および平成21年2月頃、X(相手方)に対する貸金債務の担保のために、所有する養殖魚を対象とするいわゆる集合動産譲渡担保を設定した。この契約において、Yは、養殖魚を通常の営業方法に基づいて販売することができ、同時に同価値以上の養殖魚を補充することが義務づけられていた。

平成21年8月上旬頃に赤潮によって本件養殖魚が死滅し、その結果、Yは訴外A(共済組合)との間で締結されていた漁業共済契約に基づく損害填補を目的とする共済金請求権を取得した。しかし、赤潮発生後、YはXからの貸し付けを受けることができず、平成21年9月4日、本件養殖業を廃業した。

他方、Xは、平成21年10月23日、被担保債権を回収するため、残存する養殖魚に対して集合動産譲渡担保を実行し、売却代金を被担保債権に充当した。また、被担保債権の残額については、平成22年1月29日に、YのAに対する共済金請求権に対する物上代位を申し立てた。原々審(熊本地決平成22年2月3日金融・商事判例1356号15頁)は、Xの申立てに基づいて差押命令を発した。

これに対して、Yは、Xの譲渡担保権が目的物の売却によって消滅している

こと、および、集合動産譲渡担保においては個々の動産の処分は譲渡担保権設定者に委ねられており、譲渡担保権者は目的物の固定化までは物上代位できないことを理由として、本件共済金請求権に対して集合動産譲渡担保権が及ばないと主張し、差押命令に対して執行抗告を行なった。

原審（福岡高決平成22年3月17日金融・商事判例1356号14頁）は、以下のように判示して、Yの執行抗告を棄却した。

まず、譲渡担保権の消滅に関して、「一般に、譲渡担保が担保としての実質を有していることに照らし、譲渡担保の目的物が何らかの事情により金銭等に変形した場合には、譲渡担保権者の利益を保護するため、譲渡担保は当該代替物である金銭や債権の上に存続するものと認めるのが相当であり、本件譲渡担保権は、前記目的物の売却により消滅したとは認められず、前記目的物の売却前に発生した代替物である漁業共済金請求権の上に（集合物譲渡担保の特質から物上代位ができる時期については別途考慮しなければならない点は別として）存続しているものというべきである」として、売却による消滅を否定した上で、物上代位権行使の可能性を承認した。

次いで目的物の固定化に関しては、以下のように判示した。

「確かに、集合物譲渡担保においては、集合物を構成する個々の動産につき、設定者によって通常の営業の範囲内で処分がなされている限りにおいては、設定者には新たな動産の補充が義務付けられ、新たに補充された動産に対して譲渡担保権の効力が及ぶため、譲渡担保権者は、担保価値の維持を図ることができるから、通常の営業の範囲内において処分された動産に対しては、譲渡担保権の効力は及ばなくなると解すべきであり、処分にかかる売買代金債権等につき、物上代位を認めることはできない。

しかしながら、集合物を構成する個々の動産について、通常の営業の範囲を超える処分が行われた場合には、当然に新たな動産が補充されるとは限らず、担保価値の維持を図るためには、個々の動産の代替物ないし派生物に対して譲渡担保権の効力を及ぼす必要があり、また、物上代位権の行使を認めても、譲渡担保権者の把握する担保価値が拡大しなければ、第三者に不測の損害を与え

ることにもならないというべきである」と一般論を述べた上で、本件について、Yによる本件共済金請求権の取得が通常の営業の範囲を超える処分に該当し、赤潮被害の後補充がないことを踏まえて、「赤潮被害が発生した時点において、Yが直ちに廃業を決意しなかったとしても、赤潮被害発生後、通常の営業が継続していたとは認め難いから、本件譲渡担保契約の目的物は、赤潮被害発生時に実質的に固定化したものということができる」として、本件共済金請求権への物上代位を承認している。

これに対して、Yが本件許可抗告を申し立てた。

〔判旨〕 抗告棄却

「構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保権は、譲渡担保権者において譲渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産（以下「目的動産」という。）の価値を担保として把握するものであるから、その効力は、目的動産が滅失した場合にその損害をてん補するために譲渡担保権設定者に対して支払われる損害保険金に係る請求権に及ぶと解するのが相当である。もっとも、構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保契約は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるから、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により上記請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されているなどの特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該請求権に対して物上代位権を行使することは許されないというべきである。

上記事実関係によれば、Xが本件共済金請求権の差押えを申し立てた時点においては、Yは目的動産である本件養殖施設及び本件養殖施設内の養殖魚を用いた営業を廃止し、これらに対する譲渡担保権が実行されていたというのであって、Yにおいて本件譲渡担保権の目的動産を用いた営業を継続する余地はなかったというべきであるから、Xが、本件共済金請求権に対して物上代位権を行使することができることは明らかである。」

〔考察〕

1 本決定は、集合動産譲渡担保に基づく物上代位の効力を認めた初めての決定であり、また、同時に通常の営業が継続している場合における目的物の滅失により発生する目的債権、すなわち共済金請求権については物上代位の効力を否定する決定である。もっとも、集合動産が目的となっていた場合ではないものの、動産譲渡担保に基づく物上代位を認めたものとしては最高裁平成11年5月17日決定（民集53巻5号863頁、以下「平成11年決定」と呼ぶ）があり、また本決定においても物上代位が承認されたことにより、少なくとも動産譲渡担保に基づく物上代位が認められることは、判例法上定着したといって良いであろう¹⁾。さらに、本件では、物上代位の対象となる目的債権が、漁業共済金請求権という目的物の滅失による損害保険金債権であった点も、従来、物上代位の肯否について最高裁判所の判断のなかったところであって、この点でも意義のある決定ということができる。

このように、本決定は、これら三点についての判断を示したものである。以下、検討することにした。

2 まず、物上代位の基礎となる担保権の点についてである。本件は、すでに述べたように、譲渡担保契約に基づいて担保目的での所有権の移転が行なわれていた事案であり、このような動産譲渡担保に基づく物上代位を認めた公表裁判例は、上述の平成11年決定の他には見あたらない^{2, 3)}。

1) この平成11年決定は、後述するように、その事案の特殊性から、事例決定であると評価されており、必ずしも譲渡担保に基づく物上代位が一般的に承認されたとは断言できないものであった。たとえば、平成11年決定を、その事案の特殊性に鑑み、動産売買先取特権に基づく物上代位に類似するものであると評価するものとしては、たとえば、角紀代恵「判批」金法1588号45頁（2000）がある。

2) 債権譲渡担保に関して、一般論としては譲渡担保による物上代位の可能性を認めたものの、具体的な結論においては否定したものとして、東京地判平成14年8月26日金法1689号49頁がある。また、不動産譲渡担保に関しては、不動産賃料への物上代位を否定したものとして浦和地判平成12年10月31日判タ1085号223頁がある。

この平成11年決定の事案は、次のようなものであった。すなわち、輸入業者がその輸入品について譲渡担保権を信用状発行銀行のために設定すると同時に、その輸入品の貸渡しを受けるとともに処分権限の授与を受けていた。その後、この輸入業者は輸入商品の転売をした後に破産宣告を受けている。他方で、信用状発行銀行は、輸入業者から設定を受けた譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、輸入商品の転売代金債権に対して差押えを行なっている。最高裁は、譲渡担保権に基づく物上代位を認めるに当たって、特段の理由づけをすることなく、「右の事実関係の下においては」と判示しているにすぎない。このため、この決定については、いわゆる事例決定であり、その射程については慎重に検討する必要があると評価されている⁴⁾。他方で、学説においては、譲渡担保を担保的に構成する立場を中心に、動産譲渡担保が担保である以上は、物上代位が可能であると解するのが一般的であった⁵⁾。ただ、その根拠付けは、担保であるからというにすぎず、一般論にとどまっている。この点に関わって、譲渡担保の法律構成がいわゆる所有権的構成である場合には、物上代位を承認することは理論的に困難であるとの指摘もある⁶⁾。

これに対して、譲渡担保に基づく物上代位を否定する見解がないわけではな

3) もっとも、非公表ではあるが、集合動産譲渡担保に基づく物上代位を否定した裁判例がある。すなわち、東京地決平成11年12月22日とその抗告審東京高決平成12年9月21日である。これらは、両決定を紹介する森田浩美「譲渡担保と物上代位」山崎恒＝山田俊雄編『新・裁判実務体系12 民事執行法』315頁（青林書院、2001）によれば、店舗内の商品に譲渡担保が設定された後、弁済期徒過後、商品の一部が売却されたため、債権者が転売代金債権の差押えを申し立てた事件である。東京地裁は、集合物が変動しうる状態では差し押さええないとして申立てを却下し、抗告審である東京高裁においても、通常の営業の範囲での転売を認めている以上は、物上代位を観念しえないとして執行抗告を棄却しているようである。

4) このような評価をするものとして、たとえば、徳田和幸「判批」判時1697号193頁（2000）や秦光昭「判批」金法1557号5頁（1999）などがある。

5) たとえば、我妻栄『新訂擔保物權法』621頁（岩波書店、1968）や高木多喜男『担保物權法〔第4版〕』343頁（有斐閣、2005）などがある。

6) 近江幸治「判批」平成11年度重判78頁（2000）。

い⁷⁾。その見解によれば、通常の売買の連鎖においては、所有者は買主に対して代金債権以上の権利を取得せず、買主の有する転売代金債権に対して優先権を行使することができないにも関わらず、実質的に担保的な利益を把握するにすぎない譲渡担保権者が物上代位を認められるのは所有者と比較して保護が過大であるとする。また、本件のような滅失を原因とする場合については、理論的に背理とは評価できないものの、むしろ、譲渡担保権者が原因者に対して損害賠償請求権を有し、他方で設定者も設定者留保権侵害として損害賠償請求権を有するという構成をとるべきであると主張している⁸⁾。

他方で、このような物上代位を否定する見解に対しては、仮登記担保権において物上代位が法定されていること（仮登記担保法4条2項）を指摘するほか、所有権者の保護の弱さについてはそれ自体を問題とすべきであって、むしろ「所有権に基づく物上代位」という発想すら可能であると指摘する見解⁹⁾がある。

このほか、平成11年決定において問題となった転売を原因とする物上代位について、集合動産譲渡担保に基づく場合には、第三者への転売が通常の営業の範囲内であるか否かによって物上代位の可否が異なることを主張する見解¹⁰⁾もある。これは、集合動産譲渡担保においては、通常の営業の範囲内で転売された動産の売却代金についても設定者の自由に委ねる必要があることに基づいている¹¹⁾。この立場からも、物上代位を否定する見解に対しては、所有者との対比からだけで物上代位の可否を決定するのではなく、総合的な比較考量が必要であると指摘されている¹²⁾。

7) 道垣内弘人『担保物権法〔第3版〕』334頁および308頁（有斐閣、2008）。

8) 道垣内・前掲注（7）308頁。

9) 松岡久和「判批」法教232号113頁（2000）。

10) 山野目章夫「流動動産譲渡担保の法的構成」法時65巻9号24頁（1993）。

11) もっとも、この見解では、滅失を原因とする物上代位に言及しておらず、この点に関する立場は不明である。

12) 山野目・前掲注（10）24頁。

また、両当事者の利益衡量という観点からの整理¹³⁾によれば、売却代金への物上代位を肯定すると設定者の自由な経済活動を妨げる恐れがあること、そして、対抗要件が占有改定である場合には売却代金への優先権を認めると他の債権者の保護に欠けることの二点が物上代位を肯定した場合の不都合であるとされる。他方で、設定者による目的物の処分により第三者の善意取得が生じる場合や目的物の滅失の場合に、目的物に代わる代位物への物上代位を認めないと譲渡担保権者の保護に欠ける結果となること、そして、物上代位を否定することで譲渡担保が十分に利用されないことになれば、金融実務への影響が懸念されるという二点が否定した場合の不都合であるとされている¹⁴⁾。このような整理自体は、平成11年決定に際して行なわれたものであるが、しかし、本件においても同様の視点から両当事者の利益衡量を行なうことは無意味ではないと思われる。そのような観点からすると、たしかに、売却代金が問題となった平成11年決定におけるように、処分授權を前提とした転売をほぼ必然的に必要とする輸入信用の局面においては、転売代金に対する物上代位を認めなければ、金融実務への影響は大きいといえよう。他面で、本件のような集合動産譲渡担保の場合には、むしろ売却代金が対象であるならば、設定者の営業の継続の観点から物上代位によって売却代金が把握されること自体の問題性は大きいのではないだろうか^{15)、16)}。また、本件での譲渡担保は、平成11年決定の事案とは異なり、動産債権譲渡特例法による譲渡登記によって対抗要件が具備されている。この動産債権譲渡特例法に基づく譲渡登記は、事実の記録にすぎない¹⁷⁾とはいえ、占有の外観の変更のない占有改定と比較すれば、他の債権者

13) 河邊義典「判解」最判解平成11年度(上)458～460頁(2002)。

14) もっとも、河邊・前掲注(13)459頁によれば、いずれに場合であっても、それぞれに対する反論があり得るとされている。

15) 転売代金債権に対する集合動産譲渡担保に基づく物上代位に関して、動産譲渡担保とは異なって解しうると指摘するものとして角・前掲注(1)45、46頁がある。

16) この点を考慮して、本件の原審決定も本決定のいずれもが、通常の営業が継続している局面において、譲渡担保権者による物上代位を否定する旨の説示を行なっているものと考えられる。

へ配慮は行なわれているとも評価できる。さらに、集合動産譲渡担保を用いることは、過度に不動産担保を偏重した与信を回避する上からも必要なことである¹⁸⁾とするならば、本決定のように、譲渡担保に基づく物上代位を肯定することには一定の意義があるといえるのではないだろうか。もっとも、上述したように、集合動産譲渡担保に基づく物上代位についてはなおその特質に基づいて検討すべき点があり、これについては、後に再度検討することにした。

3 次に、物上代位の対象となる「債務者の受けるべき金銭その他の物」の点である。本件は、譲渡担保目的物の滅失に備えてAとYとの間であらかじめ契約していた共済保険金が物上代位の目的である。この種の滅失による物上代位に関しては、抵当権に基づく物上代位について、すでに大審院の時代から、それを認めることを前提とした判決が存在している。たとえば、大判明治40年3月12日（民録13輯265頁）や大連判大正12年4月7日（民集2巻209頁）などである。また、通説も保険金に抵当権の効力が及ぶことを承認してきた。

もっとも、火災保険金に付された質権との優劣が争われた事件¹⁹⁾を契機にそもそも物上代位の目的であり得るのかという観点から、議論がなされていた。すなわち、火災保険金などの損害保険金は、当事者間で締結された損害保険契約に基づいて保険契約者が支払う保険料の対価として保険事故の発生の際に保険会社によって受取人に対して支払われるものであり、担保目的物である抵当家屋に生じた保険事故を契機とするものの、あくまでも保険料の対価であって、担保目的物の代位物ではないというのである²⁰⁾。

17) 動産債権譲渡特例法における譲渡登記と同様の性質を持つ債権譲渡登記について、池田真朗『債権譲渡法理の展開』141頁（弘文堂、2001）などを参照のこと。

18) この点は、平成16年に行なわれた債権譲渡特例法の改正による動産譲渡登記制度の創設や事業プロセスに着目した与信手法の推進などの動きを背景としている。このような動きについては、たとえば、森田宏樹「事業の収益性に着目した資金調達モデルと動産・債権譲渡公示制度」金融法研究21号91頁以下（2005）などを参照のこと。

19) 鹿児島地判昭和32年1月25日下民集8巻1号114頁と福岡高宮崎支判昭和32年8月30日下民集8巻8号1619頁である。

これに対しては、そのように保険金が保険料の対価であるとしても、担保権者の保険金に対する利益を考慮して、当事者意思の推定や担保権者の保護から、物上代位を肯定する見解²¹⁾もあった。このような議論はあったものの、従来は、抵当権者が火災保険金請求権について質権の設定を受けるという実務の普及によって實際上問題となくなっていると評価されてきた²²⁾。

動産譲渡担保に関しては、抵当権と同様に解することができるか否かが問題となり得るものの、物上代位の局面においては、いずれの場合であっても、いわゆる「代替的物上代位」²³⁾であって、しかも滅失の場合には目的物が消滅するという点において両者は共通している。そうであるとすれば、目的物の滅失によって物的な支配権の客体が失われ、他方で、設定者には滅失を契機として物的支配の及ばない金銭債権が帰属するというのでは、設定者に望外の利益が帰属することになって、妥当ではなく、むしろ公平の観点から物上代位を認めるべきであるという抵当権における理解²⁴⁾が妥当しうと考えられる。そのように解するならば、動産譲渡担保に基づくものであっても、滅失の局面における物上代位を公平の見地から認めることができよう。

本決定においては、その説示から、譲渡担保における担保目的物の価値把握

20) このような立場に立つものとしては、たとえば、柚木馨編『注釈民法（9）〔増補再訂版〕』60頁〔柚木馨＝西沢修〕（有斐閣、1982）がある。

21) たとえば、大森忠夫「擔保物權の物上代位と保險金」『石田文治郎先生還曆記念 私法學の諸問題（二）』35頁以下（有斐閣、1955）、西島梅治『保險法〔第2版〕』263頁（筑摩書房、1980）、田村諄之輔「保險金請求權に対する物上代位」商法の争点（第2版）259頁（1983）などがある。

22) このような指摘は、一般的であり、たとえば、道垣内・前掲注（7）149頁や内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』403頁（東京大学出版会、2005）などがある。

23) 物上代位を「代替的物上代位」と「付加的物上代位」とに区別し、前者に該当するのが「売買」や「滅失」、「損傷」であり、後者に該当するのが「賃貸」であるとする理解は近年一般的である。これに関しては、たとえば、道垣内・前掲注（7）143、144頁および松岡久和「物上代位権の成否と限界(1)」金法1504号12頁（1998）などを参照のこと。

24) たとえば、内田・前掲注（22）401、402頁、柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(9)』164頁（有斐閣、1998）〔小杉茂雄〕などがある。

を根拠として、損害填補を目的とした損害保険金への物上代位を肯定していることが明らかである。この判旨を、いわゆる価値権を根拠とするものと理解すべきであるか必ずしも判然とはしないものの、従来の議論を前提とすれば、公平の見地に基づくとの理解を排除するものではないといえよう。

4 第三に問題となるのは、流動資産を目的とする集合動産譲渡担保の場合において目的物の流動性を確保するために認められる「通常の営業の範囲」との関係において、物上代位の効力を判断した点である²⁵⁾。本件の事案それ自体においては、譲渡担保権者による物上代位のための差押えの際にすでに譲渡担保権設定者はその営業を停止しており、物上代位の障害とはなっていない。

この点について、原決定と本決定とは、いくつかの点で異なった判断枠組みを示している。すなわち、原決定は、目的物の滅失の場合に発生する代位物に対して物上代位によって譲渡担保の効力が及ぶものの、集合動産譲渡担保では通常の営業が継続している間については物上代位が認められないとする。しかし通常の営業の範囲を超えた処分がなされた場合には、物上代位が認められる。そして、譲渡担保目的物の滅失による損害保険金請求権の取得が通常の営業の範囲を超えた目的物の処分であり、また、赤潮被害発生時点で、譲渡担保目的物が実質的に固定化していると判断している。つまり、この原決定では、物上代位権の行使が認められるためには、通常の営業の範囲を超えた処分があり、かつ、目的物の固定化が生じていなければならないとする。もっとも、目的物の固定化については、Yが主張するYによる養殖業の廃業の時点ではなく、赤潮被害の発生の時点で通常の営業が困難となっており、実質的に固定化が生じているとしている。このように解することによって原決定は、物上代位権の行使の要件を事実上緩和したことになる²⁶⁾。

25) 「通常の営業の範囲」と目的物の処分との関係については、最判平成18年7月20日民集60巻6号2499頁がある。また、この問題に関する学説については、たとえば、森田修「判批」法協124巻11号224頁（2007）や武川幸嗣「判批」判時1968号202頁（2007）、小山泰史『流動財産担保論』257頁以下（成文堂、2009）などを参照のこと。

これに対して、本決定においては、目的物の固定化を物上代位権の要件として明示することはなく、差押えの時点ですでにYが養殖業を廃業していたことで、通常の営業が終了していたとし、本件における物上代位権の行使を肯定している。そしてその前提として、通常の営業が継続している場合には、物上代位権の行使が否定されるとした。このように、原決定と本決定との両者とも、結論としては物上代位権の行使を肯定しているが、その枠組みは異なっている。とりわけ、本決定は原決定と異なって譲渡担保目的物の固定化には直接言及していない。むしろ、通常の営業が継続しているか否かのみを問題としている。また、この通常の営業に関しても、原決定では、通常の営業の範囲を超えた処分が行なわれたことを必要と解しているが、本決定はやはりこの点を問題としていない。

そもそも固定化の概念は、集合動産譲渡担保に関してその実行時点において問題とされてきた²⁷⁾。すなわち、固定化することによって、集合動産譲渡担保の対象である動産群の変動、つまり流入と流出が停止することになる。これによって集合動産譲渡担保は実行可能となる。もっとも、実行にあたって固定化を必要としないとの見解²⁸⁾もある。それによれば、集合動産譲渡担保が特定譲渡担保に転化し、しかもなお実行に至っていない段階を構想するのでなければ、固定化の概念は意義がなく、集合動産譲渡担保はそのような中間段階を

26) このような原決定の判断枠組みにおいて特徴的であるのは、損害保険金債権の取得をもって、通常の営業の範囲を超える処分であると解する点であろう。しかし、このような原審の判断枠組みについては、「通常の営業の範囲」がそもそも目的動産の売却を本質的な前提としなければならない集合動産譲渡担保において、設定者の経営の自由と譲渡担保権者の担保的利益の調整のための仕組みであるという点を看過するものではないだろうか。すなわち、目的物の滅失という事態の発生がそもそも通常の営業の範囲によって画されるべきであるのかは疑問の余地がある。

27) 固定化については、たとえば、道垣内・前掲注(7) 339、340頁や高木・前掲注(5) 373頁、田原睦夫「〈シンポジウム〉集合動産譲渡担保の再構成—担保権実行の局面から—」金融法研究・資料編(5)149頁(1989)などを参照のこと。

28) 山野目・前掲注(10) 26頁。

必要としないためである。本決定がこの立場に立つものであるかは不明である。さらに、そもそも本件において問題となっているのは、集合動産譲渡担保それ自体の実行ではなく、物上代位である。つまり、物上代位の客体は、本件の場合においては、損害保険金請求権であって、動産ではないのであるから、固定化は必要ないといえる。物上代位権の行使という観点からは、むしろ、本決定において示されているように、通常の営業が継続しているか否かが問題であるといえよう。

この点に関して、集合動産譲渡担保に関する伝統的な通説の立場²⁹⁾によれば、集合動産譲渡担保はその本質において集合物を構成する動産の処分と補充を必要としており、集合物を構成する個別の動産の売却代金に対して譲渡担保の効力を及ぼすことが認められないというのである。つまり、通常の営業が継続されている場合には、物上代位を認めることができないということになる。また、理論的に考えるならば、たとえば、集合物それ自体を集合動産譲渡担保の対象として捉える立場³⁰⁾であれば、集合動産譲渡担保契約の直接の目的物は集合物それ自体であって、集合物を構成する個々の動産は集合動産譲渡担保の直接の目的物ではないと解している。そうであるならば、この立場からは、それらの個々の動産が仮に滅失し、その代位物を生じたとしても、譲渡担保の効力は及ぶことはないと帰結するように思われる。そして、このような理解は、たとえばいわゆる価値粋説³¹⁾と呼ばれる見解においても同様であろうと考えられる。というのは、いずれも個別の動産を直接の目的物と解するのではない点においては、共通しているからである。仮にそうであるとすると、このような立場からは、物上代位権の行使については、むしろ政策的な利害調整の観点が必要になるのではないだろうか。つまり、集合動産譲渡担保が設定されている局面における設定者による通常の営業の継続と集合動産譲渡担保権者の有す

29) 我妻・前掲注（5）663～665頁など。

30) 道垣内・前掲注（7）330頁。

31) 価値粋説自体については、たとえば、伊藤進「集合動産譲渡担保理論の再検討」ジュリ699号92頁以下（1979）などを参照のこと。

る担保力の確保という利益との調整である。

もっとも、本決定は、そのような通常の営業が継続している場合であっても、当事者間において物上代位の目的である代位物やその請求権に対して譲渡担保の効力を及ぼすことをあらかじめ合意していたときは、物上代位が可能である旨を説示している。本件のような譲渡担保目的物の滅失の場合には、そのようなあらかじめの合意によって集合動産譲渡担保権者が物上代位によって損害保険金請求権を把握しようとすることは考えにくい。むしろ、このような特段の事情は、転売代金債権のような場合にこそ存しうのではないだろうか。とりわけ、本決定の説示を前提とすると、集合動産譲渡担保は、本来の目的物である動産群のみを対象とすることとなり、転売代金債権などの物上代位の客体についてはその対象とならないことになる。またその一方で、設定者の処分によって第三者に譲渡されたものについても、もはや追及できないことになるからである³²⁾。したがって、そのような場合に債権者が債務者の事業のプロセスを一体的に把握しようとするならば、集合動産譲渡担保の他に、あらかじめの合意によって転売代金債権への物上代位の可能性を確保することが考えられよう³³⁾。

32) この点に関わって、最高裁平成18年7月20日判決（前掲注（25））は、集合物からの離脱によって集合動産譲渡担保の効力が及ばなくなる可能性を示唆している。

33) もっとも、そのような局面において、物上代位によるべきか、それともむしろ転売代金債権を対象とした集合債権譲渡担保を設定するべきかについてはその利害得失をさらに検討する必要がある（この点を指摘するものに、たとえば、角・前掲注（1）45、46頁がある）。とりわけ、現行の動産債権譲渡特例法によって対抗要件を具備するのであれば、第三債務者については不特定のみであっても、集合債権譲渡担保契約を有効に締結し、第三者対抗力を確保しうるからである。他方で、物上代位による場合であれ、債権譲渡登記による集合債権譲渡の場合であれ、設定者に転売代金債権の取立・費消権限を委ねて、その営業の継続性を確保することは可能であると思われるし、第三債務者にとっては設定者への弁済によって債務を免れうるため、通常の状況においてはいずれの方法をも選択可能ではないだろうか。

5 さらに、この問題は、次のような派生的な問題を生じるのではないだろうか。すなわち、本件説示が示すように、集合動産譲渡担保において設定者の経営が継続している限り、当事者間における特約がなければ、物上代位が否定されるのであれば、動産が転売されることによって生じる転売代金債権を確実に把握する方策を債権者、すなわち譲渡担保権者において講じなければ、譲渡担保の目的物が減少する一方であるという事態が発生しかねない。そのため、一方においては、本決定が示すように、譲渡担保権者は、転売代金債権への物上代位をあらかじめ特約しておくことが必要となろう。また、他方においては、譲渡担保権者は、設定者に対して、経営の継続中においては集合動産譲渡担保の目的物の範囲に含まれる動産の価値を一定に維持することを切実に求めることになる。しかし、この後者の対策をとったとしても、その違反に対する効果として譲渡担保権者が設定者に求めうるのが、債務不履行でしかないとするならば、結局のところ、目的物が減少した状況のまま譲渡担保を実行することが可能になるにすぎず、実効性の点で問題があろう³⁴⁾。

もっとも、このような理解は、本件において判示された通常の営業の継続中における損害保険金に対する物上代位の可否の問題が、転売代金債権に対しても同様に妥当するという立場を前提とするものである。では、そのような理解は可能であろうか。損害保険金と転売代金債権との大きな相違は、いずれも代替的物上代位によって生じるものであるとはいえ、譲渡担保設定者の営業が継続している限りにおいて、目的物の売却は関係当事者において合理的に予期される範囲であり、また、必要なものであるといえる。これに対して、損害保険金は、その用途が目的動産の回復に用いられるか否かは、売却の場合以上に設定者の意思にかかっているものであり、そもそも損害保険金を生じること自体が通常の予期の範囲といえるのであろうか。そうであるとすれば、損害保険金

34) もっとも、このように補充義務違反ないし担保価値維持義務違反を設定者による債務不履行として理解することでは、その効果として不十分であるとしても、それは設定者に経営の自由を承認する以上はやむを得ないとの考えることもできよう。

の発生という事態そのものが譲渡担保設定契約における当事者にとって通常の経営の結果とは言い難いであろう。また、不動産譲渡担保に関する事案に関して、最高裁は、不動産所有者のみならず、不動産譲渡担保権者についても目的不動産に関する被保険利益を有することを承認しており、同様に解することができるのであれば、集合動産譲渡担保権者は、自ら目的物について保険を付すことによって危険を回避することが可能になるといえよう³⁵⁾。そうのように考えるならば、転売の場合よりもむしろ滅失の場合にこそ、物上代位による保護を集合動産譲渡担保権者に与えるべきであるということになりそうである。そうであるにもかかわらず、本決定が集合動産譲渡担保による物上代位権の行使を通常の営業の継続中について認めないと判示したことを踏まえるならば、転売の場合にあっても本決定と同様に、通常の営業の継続中についてはその物上代位権の行使を認めないという帰結になろう。

では、物上代位権の行使が認められる「通常の営業の停止」をどのように解すべきであろうか。本決定においては、差押えの時点ですでに営業を廃業していたため、廃業が通常の営業の停止を意味することは異論がないと思われる。しかし、原決定のように、営業を実質的に廃止したといいうる時点まで営業の停止をさかのぼらせることが許されるのかについては、本決定は直接判示するところではない。

この点に関して、伝統的な通説³⁶⁾や本決定などにおいて、通常の営業の継続中に物上代位権の行使を否定したのは、営業の継続によって目的動産の販売が継続されることを前提としている。その点からするならば、目的動産の販売が中止された時点において、廃業になお至っていない場合であっても、営業の中止が実質的なされたといいうるのではないだろうか。この点に関して、原決定は赤潮被害の後に新たな補充がなかったことを考慮しているのであって、

35) もっとも、そうのように解することによって、かえって設定者のモラルハザードを誘発する可能性は否定できないし、そうでないとしても、その保険に関わる費用についてどのような負担を行なうことが実務的に適切であると解されるのかは議論の余地がある。

36) 我妻・前掲注(5) 663～665頁など。

販売の側面をとらえているわけではない。しかし、ここで問題となっている通常の営業とは、目的動産の売却とその補充を一連の過程としてとらえることができるものである。そうであるとするならば、売却と補充のどちらかの要素を欠くに至った場合には、設定者はもはや通常の営業を行っていないといえるのではないだろうか³⁷⁾。

37) 本件の場合には、集合動産譲渡担保契約において、設定者に対して通常の営業の範囲内における販売が認められると同時に、その価値と同価値の動産（養殖魚）の補充が義務づけられていることも、このような理解と矛盾するものではないといえるのではないだろうか。

青柳幸一教授著作目録 (2011年1月1日現在)

・著書等については『』、論文等については「」で表記した。

I. 著書論文等

【単著】

- 1 『個人の尊重と人間の尊厳』、尚学社、1996年5月
- 2 『人権・社会・国家』、尚学社、2002年7月
- 3 『憲法における人間の尊厳』、尚学社、2009年3月
*本書によって、博士（法学）学位を授与される（2010年7月）

【編著】

- 4 栗城壽夫・戸波江二・青柳編『人間・科学技術・環境』、信山社、1999年8月
- 5 栗城壽夫・戸波江二・青柳編『未来志向の憲法論』、信山社、2001年8月
- 6 戸松秀典・青柳編『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』2004年版、第一法規、2004年6月
- 7 栗城壽夫・戸波江二・青柳編『先端科学技術と人権』、信山社、2005年2月
- 8 戸松秀典・青柳編『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』2005年版、第一法規、2005年6月
- 9 青柳編『融合する法律学』上・下巻、信山社、2006年4月
- 10 戸松秀典・青柳編『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』2006年版、第一法規、2006年6月
- 11 戸松秀典・青柳編『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』2007年版、第一法規、2007年6月
- 12 戸松秀典・青柳編『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』2008年

版、第一法規、2008年6月

- 13 戸松秀典・青柳編『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』2009年版、第一法規、2009年6月
- 14 戸松秀典・青柳編『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』2010年版、第一法規、2010年6月

【共著】

- 15 木村實・青柳・山下泰子ほか『法と現代女性』、尚学社、1983年3月
- 16 手塚豊編『基本法学』、北樹出版、1983年9月
- 17 芦部信喜先生還暦記念論文集『憲法訴訟と人権の理論』、有斐閣、1985年9月
- 18 木村實・青柳・山下泰子ほか『法と現代女性』[改訂版]、尚学社、1985年10月
- 19 佐藤司編『現代憲法論』、八千代出版、1986年5月
- 20 青柳・円谷峻ほか『市民社会と法』、蒼文社、1987年4月
- 21 木村實・青柳・山下泰子・神尾真知子ほか『法学—法と現代女性』、尚学社、1988年3月
- 22 青柳・北川善英・坂本茂樹・清野幾久子・長谷川憲『自由・平等・友愛』、八千代出版、1989年9月
- 23 青柳・笠原毅彦・安部哲夫『現代法学入門』、尚学社、1992年4月
- 24 久留島隆編『法学をやさしく学ぶ』、中央経済社、1993年4月
- 25 成田頼明先生退官記念論文集『国際化時代の行政と法』、良書普及会、1993年4月
- 26 芦部信喜先生古稀記念論文集『現代立憲主義の展開 上』、有斐閣、1993年9月
- 27 阿部照哉ほか編『憲法(3)』第3版、有斐閣、1995年1月
- 28 阿部照哉ほか編『憲法(2)』第3版、有斐閣、1995年2月
- 29 栗城壽夫・戸波江二編『憲法』、青林書院、1995年4月

- 30 青柳・笠原毅彦・安部哲夫『現代法学入門』[改訂版]、尚学社、1995年4月
- 31 ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』、信山社、1996年2月
- 32 青柳ほか『図解による法律用語辞典』(改訂新版)、自由国民社、1996年4月
- 33 栗城壽夫・戸波江二編『憲法』[補訂版]、青林書院、1997年4月
- 34 青柳ほか『図解による法律用語辞典』(全訂版)、自由国民社、1998年6月
- 35 憲法訴訟研究会編『アメリカ憲法判例』、有斐閣、1998年7月
- 36 青柳・笠原毅彦・安部哲夫『新版 現代法学入門』、尚学社、1998年10月
- 37 ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』、信山社、1999年3月
- 38 ホセ・ヨンパルト教授古稀祝賀『人間の尊厳と現代法理論』、成文堂、2000年3月
- 39 青柳・笠原毅彦・安部哲夫・磯本典章『新版 現代法学入門』[第2版]、尚学社、2000年10月
- 40 青柳ほか『図解による法律用語辞典』(補訂版)、自由国民社、2003年5月
- 41 栗城壽夫先生古稀祝賀『日独憲法学の創造力 上巻』、信山社、2003年9月
- 42 ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(第2版)、信山社、2003年12月
- 43 青柳・笠原毅彦・安部哲夫・磯本典章『新版 現代法学入門』[第3版]、尚学社、2004年4月
- 44 青柳ほか『図解による法律用語辞典』(補訂2版)、自由国民社、2006年1月
- 45 ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ』(第2版)、信山社、2006年5月
- 46 青柳・笠原毅彦・安部哲夫・磯本典章『新版 現代法学入門』[第4版]、尚学社、2006年9月
- 47 ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』、信山社、2008年10月

- 48 青柳ほか『図解による法律用語辞典』（補訂3版）、自由国民社、2009年1月
- 49 社団法人全国警備業協会編『安全・安心な社会の実現に向けて』、社団法人全国警備業協会、2010年4月
- 50 青柳・笠原毅彦・安部哲夫・磯本典章『新版 現代法学入門』[第5版]、尚学社、2010年10月

【翻訳書】

- 51 ユッタ・リンバツハ（青柳・栗城壽夫 [共訳]）『国民の名において』、風行社、2001年9月

Ⅱ. 論文

- 1 「法理論としての抵抗権」慶應義塾大学大学院法学研究科修士論文、1974年1月
- 2 「基本権論の変遷」慶應義塾大学大学院法学研究科昭和52年度論文集、1978年2月（後に、著書No.1に収録）
- 3 「ロレンツ・フォン・シュタインの社会国家論」法学研究53巻4号、1980年4月（後に、著書No.3に収録）
- 4 「基本権の多次元的機能（一）」法学研究55巻4号、1982年4月（後に、著書No.1に収録）
- 5 「基本権の多次元的機能（二）」法学研究55巻5号、1982年5月（後に、著書No.1に収録）
- 6 「基本権の多次元的機能（三・完）」法学研究55巻6号、1982年6月（後に、著書No.1に収録）
- 7 「選挙における供託金制度の違憲性」横浜経営研究Ⅳ巻2号、1983年9月（後に、著書No.2に収録）
- 8 「憲法上の権利としての立候補の権利」、『慶應義塾創立125年記念論文集（慶應法学会法律学関係）』所収、慶應通信株式会社、1983年10月（後に、

著書 No.2 に収録)

- 9 「国公立女子大学の憲法適合性」 横浜経営研究 V 巻 1 号、1984 年 6 月 (後に、著書 No.1 に収録)
- 10 「基本権の侵害と比例原則」、『憲法訴訟と人権の理論』(著書 No.17) 所収、1985 年 9 月 (後に、著書 No.1 に収録)
- 11 「子どもの人権とマスメディアの自由」 横浜経営研究 VI 巻 4 号、1986 年 3 月 (後に、改題して著書 No.1 に収録)
- 12 「『個人の尊重』と『人間の尊厳』」 横浜経営研究 VII 巻 4 号、1987 年 3 月 (後に、著書 No.1 に収録。さらに、著書 No.3 に収録)
- 13 「青少年の保護とマスメディアの規制」、『市民生活と法』(著書 No.20) 所収、1987 年 4 月 (後に、改題して著書 No.1 に収録)
- 14 「公共の福祉」 法学教室 81 号、1987 年 6 月 (後に、著書 No.1 に収録)
- 15 「法令違憲・適用違憲」、芦部信喜編『講座憲法訴訟 第 3 巻』、有斐閣、1987 年 6 月 (後に、著書 No.1 に収録)
- 16 「公共の福祉」、芦部信喜編『憲法の基本問題』、有斐閣、1987 年 7 月 (後に、著書 No.1 に収録)
- 17 「基本的人権的侵犯と比例原則」(華夏・訳)、中国政法大学・比較法研究、1988 年 1 月
- 18 「国政調査権と司法権」、小林孝輔編『新版 判例教室 憲法』、法学書院、1989 年 4 月
- 19 「自衛隊と政教分離」、小林孝輔編『新版 判例教室 憲法』、法学書院、1989 年 4 月
- 20 「岐阜県青少年条例合憲判決の問題点と影響」 新聞研究 460 号、1989 年 11 月 (後に、改題して著書 No.1 に収録)
- 21 「外国人に対する社会権保障の法理」、『慶応義塾大学法律学科開設 100 周年記念論文集』所収、慶應通信株式会社、1989 年 12 月 (後に、著書 No.1 に収録)
- 22 「政見放送における表現の自由」 新聞研究 468 号、1990 年 7 月 (後に、改

題して著書No.2に収録)

- 23 「解散の無効は如何なる場合に起こりうるか」、小林孝輔・越路正巳編『憲法論点セミナー』、辛夷社、1991年3月
- 24 「憲法と条約」法学教室141号、1992年6月
- 25 「ドイツにおける外国人の人権：庇護権」、法務省平成4年度委託調査報告書『ヨーロッパにおける出入国管理法制に関する調査研究』、1993年3月
- 26 「政治的信条の自由と情実的人事行政」、『国際化時代の行政と法』（著書No.25）所収、1993年4月（後に、著書No.2に収録）
- 27 「現代社会と憲法—『新しい人権』をめぐる—」新聞研究502号、1993年5月（後に、改題して著書No.1に収録）
- 28 「青少年の保護と表現の自由」、『現代立憲主義の展開(上)』（著書No.26）所収、1993年9月（後に、著書No.1に収録）
- 29 「アメリカ違法入国外国人の人権」法務省平成5年度委託調査報告書『欧米における不法就労取締法制の研究調査』所収、1994年3月
- 30 「定住外国人の参政権：選挙権と被選挙権」（山越由理氏との共著）横浜国際経済法学研究4巻1号、1995年1月（後に、著書No.2に収録）
- 31 「カリフォルニア州プロポジション187：不法移民排斥法の成立」、法務省平成6年度委託調査報告書『ヨーロッパにおける移民及び不法就労者問題に関する研究調査』、1995年3月
- 32 「『不法滞在外国人排斥法』の合憲性」横浜国際経済法学研究4巻2号、1996年3月（後に、著書No.2に収録）
- 33 「職業の自由」、樋口陽一・野中俊彦編『憲法の基本判例』[第2版]、有斐閣、1996年4月
- 34 「環境権と司法的救済」（書き下ろし論文）、『個人の尊重と人間の尊厳』（著書No.1）所収、1996年6月
- 35 「人権の基礎—『強い人権』か『弱い人権』か」（書き下ろし論文）、『個人の尊重と人間の尊厳』（著書No.1）所収、1996年6月
- 36 「人権制約正当化理由としての青少年の保護」（書き下ろし論文）、『個人の

- 尊重と人間の尊厳』（著書No.1）所収、1996年6月
- 37 『『公共の福祉』の積極的意義』（書き下ろし論文）、『個人の尊重と人間の尊厳』著書No.1に収録）
- 38 『『公共の福祉』論補論－二重の基準論の修正』（書き下ろし論文）、『個人の尊重と人間の尊厳』（著書No.1）所収、1996年6月
- 39 「環境権と司法的救済」公法研究58号、1996年10月
- 40 「幸福追求権」、小林孝輔編『憲法演習自習セレクト50』、一粒社、1998年6月
- 41 「憲法八九条後段と『協働』社会」、『法の理論』18号、成文堂、1999年1月（後に、著書No.2に収録）
- 42 「憲法八九条後段と『横浜コード』」横浜市調査季報137号、1999年3月
- 43 「人権と公共の福祉」、高橋和之・大石眞編『憲法の争点〔第3版〕』所収、有斐閣、1999年6月
- 44 「団体の規律と個人の自由」受験新報1999年7月号、1999年6月（後に、著書No.2に収録）
- 45 「人間の尊厳と個人の尊重」、『人間・科学技術・環境』（著書No.4）所収、1999年8月（後に、著書No.2に収録）
- 46 「芦部信喜憲法学の3つの基軸」受験新報2000年1月号、1999年12月（後に、著書No.2に収録）
- 47 「先端科学技術と憲法－序説」、『人間の尊厳と現代法理論』（著書No.42）所収、2000年3月（後に、著書No.2に収録）
- 48 「セクシュアル・ハラスメントと性差別」受験新報2000年7月号、2000年6月（後に、著書No.2に収録）
- 49 「大学教授と弁護士資格」横浜国際経済法学9巻1号、2000年9月（後に、著書No.2に収録）
- 50 Die Würde des Menschen und der Respekt vor dem Individuum, 横浜国際経済法学9巻2号、2000年12月
- 51 Japanische Verfassungsrechtslehre und Verfassungsvergleichung, 横浜国際

経済法学9巻2号、2000年12月

- 52 「人権の私人間効力論－芦部説と批判説」 受験新報2001年1月号、2000年12月（後に、著書No.2に収録）
- 53 「表現の自由と青少年の保護－芦部説との対話」 受験新報2001年7月号、2001年6月（後に、著書No.2に収録）
- 54 「個人の尊重規定の規範性」、『未来志向の憲法理論』（著書No.5）所収、2001年8月（後に、著書No.2に収録）
- 55 「科学／技術の進歩と人間の尊厳」 ジュリスト1222号、2002年5月（後に、著書No.3に収録）
- 56 「芦部憲法学と私人間効力論」（書き下ろし論文）、『人権・社会・国家』（著書No.2）所収、2002年7月
- 57 「アメリカにおけるヒト・クローン禁止をめぐる憲法論」、『日独憲法学の創造力 上巻』（著書No.41）所収、2003年9月（後に、著書No.3に収録）
- 58 「生命科学の発展と日本国憲法」、韓日法学会第19回国際学術会議発表資料、2003年9月
- 59 「憲法学の視点から－二つの『人間の尊厳』論と憲法理論」 北大法学論集54巻6号、2004年2月（後に、著書No.3に収録）
- 60 「『安全の確保』手段としての『監視社会』」 SECURITY TIME2004年8月号、2004年8月
- 61 「幸福追求権」、小林孝輔編『憲法演習自習セレクト50』[新版]、一粒社、2004年10月
- 62 「日本の憲法学と比較憲法」、『先端科学技術と人権』（著書No.7）所収、2005年2月
- 63 「人間の尊厳論の『原点』と『現点』」 法学研究78巻5号、2005年5月（後に、著書No.3に収録）
- 64 「ドイツ基本法1条1項『人間の尊厳』論の『ゆらぎ』」、『融合する法律学上巻』（著書No.8）所収、2006年4月（後に、著書No.3に収録）

- 65 「憲法学における『生命に対する権利』」国際人権17号、2006年11月（後に、著書No.3に収録）
- 66 「憲法判決における『主論』」筑波ロー・ジャーナル創刊号、2007年3月
- 67 「環境」ジュリスト1334号、2007年5月
- 68 「生殖補助医療における自己決定と憲法」法律時報79巻11号、2007年10月（後に、著書No.3に収録）
- 69 Biotechnologie und Menschenwürde、筑波ロー・ジャーナル3号、2008年3月
- 70 「人権の意義と基礎」、杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』、青林書院、2008年7月
- 71 「人権の普遍性とその射程」、杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』、青林書院、2008年7月
- 72 「障害をもつ人の憲法上の権利と『合理的配慮』」筑波ロー・ジャーナル4号、2008年9月
- 73 「人権と公共の福祉」、大石眞・石川健治編『憲法の争点』所収、有斐閣、2008年12月
- 74 「思想・良心の表出としての消極的外部行為と司法審査」、慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学 公法I』、慶應義塾大学出版会、2008年12月
- 75 Biotechnologie und Menschenwürde、in: R. Wahl (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, 2008年12月
- 76 「裁判員制度と報道」ジュリスト1370号、2009年1月
- 77 「差別の直接的救済と司法の使命」筑波ロー・ジャーナル5号、2009年3月
- 78 「ヒト・クローン技術規制法と『人の尊厳』」（書き下ろし論文）、『憲法における人間の尊厳』（著書No.3）所収、2009年3月
- 79 「国連ヒト・クローニング禁止宣言と人間の尊厳」（書き下ろし論文）、『憲法における人間の尊厳』（著書No.3）所収、2009年3月
- 80 「外国人の選挙権・被選挙権・公務就任権」ジュリスト1375号、2009年4

月

- 81 「憲法と条約の相剋 - 『第三の道』を求めて」筑波ロー・ジャーナル7号、2010年3月
- 82 「『監視社会』をめぐる憲法論」、『安全・安心な社会の実現に向けて』（著書No.49）所収、2010年
- 83 「障害をもつ人の権利に関する条約－憲法と国際人権法の対話」国際人権21号、2010年10月

Ⅲ. テキスト・辞典における執筆項目

- 84 「私たちにとって憲法とは何か」、『法と現代女性』（著書No.15, 18）所収、1983年3月/1985年9月
- 85 「わが国の憲法の歴史」、『法と現代女性』（著書No.15, 18）所収
- 86 「日本国憲法の基本原理」、『法と現代女性』（著書No.15, 18）所収
- 87 「憲法の保障する教育権」、『法と現代女性』（著書No.15, 18）所収
- 88 「日本国民の権利義務」、『基本法学』（著書No.16）所収、1983年9月
- 89 「内閣」、『基本法学』（著書No.16）所収
- 90 「国民主権と象徴天皇制」、『現代憲法論』（著書No.19）所収、1986年5月
- 91 「国民主権と国民代表制」、『現代憲法論』（著書No.19）所収
- 92 「基本的人権の保障」、『現代憲法論』（著書No.19）所収
- 93 「市民的権利」、『現代憲法論』（著書No.19）所収
- 94 「裁判所の地位と性格」、『現代憲法論』（著書No.19）所収
- 95 「司法権の独立」、『現代憲法論』（著書No.19）所収
- 96 「違憲審査制」、『現代憲法論』（著書No.19）所収
- 97 「憲法訴訟」、『現代憲法論』（著書No.19）所収
- 98 「私たちにとって憲法とは何か」、『法学－法と現代女性』（著書No.21）所収、1988年3月
- 99 「わが国の憲法の歴史」、『法学－法と現代女性』（著書No.21）所収
- 100 「日本国憲法の基本原理」、『法学－法と現代女性』（著書No.21）所収

- 101 「憲法の保障する教育権」、『法学－法と現代女性』（著書No.21）所収
- 102 「憲法とは何か」、『自由・平等・友愛』（著書No.22）所収、1989年9月
- 103 「精神的自由」、『自由・平等・友愛』（著書No.22）所収
- 104 「経済的自由」、『自由・平等・友愛』（著書No.22）所収
- 105 「司法審査制」、『自由・平等・友愛』（著書No.22）所収
- 106 「審査基準」、『自由・平等・友愛』（著書No.22）所収
- 107 「地方自治」、『自由・平等・友愛』（著書No.22）所収
- 108 「平和主義」、『自由・平等・友愛』（著書No.22）所収
- 109 「憲法訴訟の動向」、『現代法学入門』（著書No.23, 30）所収、1992年4月
/1995年4月
- 110 「男女平等」、『現代法学入門』（著書No.23, 30）所収
- 111 「自己決定権－子どもの人権」、『現代法学入門』（著書No.23, 30）所収
- 112 「表現の自由」、『現代法学入門』（著書No.23, 30）所収
- 113 「プライバシーの権利と情報公開」、『現代法学入門』（著書No.23, 30）
所収
- 114 「信教の自由と政教分離原則」、『現代法学入門』（著書No.23, 30）所収
- 115 「生存権の保障」、『現代法学入門』（著書No.23, 30）所収
- 116 「国民主権と選挙制度」、『現代法学入門』（著書No.23, 30）所収
- 117 「憲法9条と平和主義」、『現代法学入門』（著書No.23, 30）所収
- 118 「外国人の人権」、『現代法学入門』（著書No.23, 30）所収
- 119 「名誉毀損と法」、『法学をやさしく学ぶ』（著書No.24）所収、1993年4月
- 120 「平等と法」、『法学をやさしく学ぶ』（著書No.24）所収
- 121 「選挙と法」、『法学をやさしく学ぶ』（著書No.24）所収
- 122 「表現の自由と法」、『法学をやさしく学ぶ』（著書No.24）所収
- 123 「生存権と法」、『法学をやさしく学ぶ』（著書No.24）所収
- 124 「財産権と法」、『法学をやさしく学ぶ』（著書No.24）所収
- 125 「租税と法」、『法学をやさしく学ぶ』（著書No.24）所収
- 126 「国民の基本義務」、『憲法(3)』[第3版]（著書No.27）所収、1995年1月

- 127 「通信の秘密」、『憲法(2)』[第3版] (著書 No.28) 所収、1995年2月
- 128 「学問の自由」、『憲法(2)』[第3版] (著書 No.28) 所収
- 129 「平等」、『憲法』(著書 No.29, 33) 所収、1995年4月/1997年4月
- 130 「包括的人権としての幸福追求権」、『憲法』(著書 No.29, 33) 所収
- 131 「人権規定の効力」、『憲法』(著書 No.29, 33) 所収
- 132 「二院制」、『図解による法律用語辞典』(著書 No.32, 34, 40, 45, 48) 所収、
1996年4月/1998年6月/2003年5月/2006年1月/2009年1月
- 133 「議院の自律権」、『図解による法律用語辞典』(著書 No.32, 34, 40, 45, 48)
所収
- 134 「議員の特権」、『図解による法律用語辞典』(著書 No.32, 34, 40, 45, 48) 所
収
- 135 「議員の権能」、『図解による法律用語辞典』(著書 No.32, 34, 40, 45, 48) 所
収
- 136 「議事手続の原則」、『図解による法律用語辞典』(著書 No.32, 34, 40, 45, 48)
所収
- 137 「国会の役員」、『図解による法律用語辞典』(著書 No.32, 34, 40, 45, 48) 所
収
- 138 「『新しい人権』と人権の保障」、『新版 現代法学入門』(著書 No.36, 39,
43, 46, 50) 所収、1998年4月/2000年10月/2004年4月/2006年9月/2010
年10月
- 139 「子ども・障害者・外国人の人権」、『新版 現代法学入門』(著書 No.36,
39, 43, 46, 50) 所収
- 140 「『環境国家』と環境権」『新版 現代法学入門』(著書 No.36, 39) 所収
- 141 「職業の自由」、『新版 現代法学入門』(著書 No.43, 46, 50) 所収
- 142 「男女平等」、『新版 現代法学入門』(著書 No.36, 39, 43, 46) 所収
- 143 「生まれによる差別」、『新版 現代法学入門』(著書 No.50) 所収
- 144 「表現の自由」、『新版 現代法学入門』(著書 No.36, 39, 43, 46, 50) 所収
- 145 「プライバシーの権利と情報公開」、『新版 現代法学入門』(著書 No.36,

- 39, 43, 46, 50) 所収
- 146 「信教の自由と政教分離原則」、『新版 現代法学入門』（著書 No.36, 39, 43, 46, 50) 所収
- 147 「教育権」、『新版 現代法学入門』（著書 No.36, 39, 43, 46, 50) 所収
- 148 「国民主権と選挙制度」、『新版 現代法学入門』（著書 No.36, 39, 43, 46, 50) 所収
- 149 「憲法9条と平和主義」、『新版 現代法学入門』（著書 No.36, 39, 43, 46, 50) 所収
- 150 「基本的人権の原理」、『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』（著書 No.6, 8, 10, 11, 12, 13, 14) 所収、2004年6月/2005年6月/2006年6月/2007年6月/2008年6月/2009年6月/2010年6月
- 151 「人権保障の限界」、『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』（著書 No.6, 8, 10, 11, 12, 13, 14) 所収
- 152 「包括的基本権」、『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』（著書 No.6, 8, 10, 11, 12, 13, 14) 所収
- 153 「思想・良心の自由」、『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』（著書 No.6, 8, 10, 11, 12, 13, 14) 所収
- 154 「財政」、『ベーシックラーニング@ロースクール憲法』（著書 No.6, 8, 10, 11, 12, 13, 14) 所収

IV. 翻訳

- 155 W. ルドルフ 「ドイツ連邦共和国における基本権の現今の問題」 法学研究 51 卷 10 号、1978 年 10 月
- 156 H. シュナイダー 「連邦憲法裁判所の基本権衝突のさいの価値衡量」 LAW SCHOOL 25 号、1980 年 10 月
- 157 R. アレクシー 「民主的憲法国家における基本権」 (Alexy の法理論や基本権論等を検討する【訳者あとがき】付き) 横浜国際経済法学研究 5 卷 2 号、1997 年 3 月

- 158 R. ヴァール「比較憲法における説明モデル」、『人間・科学技術・環境』（著書No.4）所収、1999年8月
- 159 D. ムルスヴィーク（伊東明子氏との共訳）「技術の動態性と法の適応：循環立法」横浜国際経済法学8巻1号、1999年9月
- 160 ユッタ・リンバッハ「ドイツ連邦憲法裁判所の50年」ジュリスト1212号、2001年9月
- 161 R. ヴァール「比較法および国際関係における憲法」、『先端科学技術と人権』（著書No.7）所収、2005年2月

V. 判例評釈

- 162「州立女子大学の違憲性」ジュリスト797号、1983年9月（後に、著書No.1に収録）
- 163「知恵遅れの人の権利と平等保護」ジュリスト870号、1986年10月（後に、改題して著書No.1に収録）
- 164「名誉毀損表現の司法的事前抑制」法学教室77号別冊・判例セレクト'86、1987年2月（後に、法学教室『判例セレクト'86～'00』〔有斐閣、2002年3月〕に収録）
- 165「名誉毀損と『公共ノ利害ニ関スル事実』」、『憲法判例百選I』（第3版）、有斐閣、1988年1月
- 166「外国人と社会保障法上の権利」、『昭和63年度重要判例解説』、有斐閣、1988年9月
- 167「土地台帳の地積による換地処分と憲法29条」、『街づくり、国づくり判例百選』、有斐閣、1989年9月
- 168「学校が後援する生徒新聞と修正1条」ジュリスト943号、1989年10月（後に、改題して著書No.1に収録）
- 169「戦没者慰霊碑等の維持管理者に対する補助金交付と憲法二〇条三項－長崎忠魂碑訴訟」法学教室120号、1990年9月
- 170「バイク『三ない原則』と自主退学勧告」法学教室138号（別冊）判例セ

- レクト'91、1992年3月（後に、法学教室『判例セレクト'86～'00』〔有斐閣、2002年3月〕に収録）
- 171 「人間の尊厳と国家の保護義務」、『ドイツの憲法判例』（著書No.31）所収、1996年2月
- 172 「指紋押捺制度の合憲性」、『平成7年度重要判例解説』、有斐閣、1996年6月
- 173 「女性労働者の夜間労働を禁止する規定の合憲性」自治研究73巻9号、1997年9月
- 174 「パソコン通信と名誉棄損」法学教室210号（別冊）判例セレクト'97、1998年3月（後に、法学教室『判例セレクト'86～'00』〔有斐閣、2002年3月〕に収録）
- 175 「州立女子大学の違憲性」、『アメリカ憲法判例』（著書No.39）所収、1998年7月
- 176 「知的障害者の権利と平等保護」、『アメリカ憲法判例』（著書No.39）所収、1998年7月
- 177 「女性労働者の深夜労働を禁止する規定の合憲性」、『ドイツの最新憲法判例』（著書No.37）所収、1999年3月
- 178 「教師による生徒へのセクシュアル・ハラスメントと学校区の責任」ジュリスト1170号、2000年1月（後に、著書No.2に収録）
- 179 Davis v. Monroe County Board of Education, 119 S. Ct. 1551 (1999)、『アメリカ法2000-1』、東大出版会、2000年7月（後に、改題して著書No.2に収録）
- 180 「名誉毀損と『公共ノ利害ニ関スル事実』」、『憲法判例百選I』（第4版）、有斐閣、2000年10月
- 181 「タバコ包装への警告表示義務の合憲性」自治研究76巻11号、2000年11月
- 182 「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」法学教室246号（別冊）判例セレクト'01、2002年3月（後に、法学教室『判例セレクト2001-2008』〔有斐

閣、2010年12月] に収録)

- 183 「恩給法における国籍条項の合憲性等」 民商法雑誌 126 巻 3 号、2002 年 6 月
- 184 「人間の尊厳と国家の保護義務」、『ドイツの憲法判例』(第 2 版) (著書 No. 42) 所収、2003 年 12 月
- 185 「推定報道と名誉・プライバシー侵害ー長良川リンチ殺人報道訴訟」、『平成 15 年度重要判例解説』、有斐閣、2004 年 6 月
- 186 「戦争損害に対する憲法的保護の有無」 民商法雑誌 132 巻 4・5 号、2005 年 9 月
- 187 「取材源の秘匿と証言拒否」、『メディア判例百選』、有斐閣、2005 年 12 月
- 188 「女性労働者の深夜労働を禁止する規定の合憲性」、『ドイツの憲法判例 II』(第 2 版) (著書 No.45) 所収、2006 年 5 月
- 189 国公法・社会保険事務所職員事件判決「本判決への感想」、法律時報増刊『新たな監視社会と市民的自由の現在』、日本評論社、2006 年 10 月
- 190 「嫡出性の有無による法定相続分差別」、『憲法判例百選 I』[第 5 版]、有斐閣、2007 年 2 月
- 191 「記者の取材源秘匿をめぐる最高裁決定」 法律のひろば 60 巻 5 号、2007 年 5 月
- 192 「タバコ製品の包装への警告表示義務」、『ドイツの憲法判例 III』(著書 No.47) 所収、2008 年 10 月

VI. 演習

- 193 「憲法判断回避のルール」 LAW SCHOOL 1 号、1978 年 10 月
- 194 「予算の法的性格」 LAW SCHOOL 2 号、1978 年 11 月
- 195 「地方自治の本旨」 LAW SCHOOL 4 号、1979 年 1 月
- 196 「知る権利・報道の自由」 LAW SCHOOL 5 号、1979 年 2 月
- 197 「外国人の人権」 LAW SCHOOL 7 号、1979 年 4 月
- 198 「正当な補償」 LAW SCHOOL 8 号、1979 年 5 月
- 199 「裁判の公開」 LAW SCHOOL 10 号、1979 年 7 月

- 200 「生存権の法的性格」 LAW SCHOOL 11 号、1979 年 8 月
- 201 「法の支配」 LAW SCHOOL 13 号、1979 年 10 月
- 202 「法律の留保」 LAW SCHOOL 14 号、1979 年 11 月
- 203 「議員定数不均衡」 LAW SCHOOL 15 号、1979 年 12 月
- 204 「内閣の責任」 LAW SCHOOL 16 号、1980 年 1 月
- 205 「参議院の緊急集会」 LAW SCHOOL 17 号、1980 年 2 月
- 206 「国政調査権」 LAW SCHOOL 18 号、1980 年 3 月
- 207 「『法の下』の平等」 LAW SCHOOL 19 号、1980 年 4 月
- 208 「審査権と議事手続」 LAW SCHOOL 20 号、1980 年 5 月
- 209 「政教分離原則」 LAW SCHOOL 21 号、1980 年 6 月
- 210 「信教の自由と政教分離原則」 LAW SCHOOL 22 号、1980 年 7 月
- 211 「請願権」 LAW SCHOOL 23 号、1980 年 8 月
- 212 「報道の自由」 LAW SCHOOL 24 号、1980 年 9 月
- 213 「定住外国人の地方選挙権」 法学教室 176 号、1995 年 5 月
- 214 「思想・信条の自由と内申書」 法学教室 177 号、1995 年 6 月
- 215 「ノンフィクション作品と前科の公表」 法学教室 178 号、1995 年 7 月
- 216 「目的効果基準」 法学教室 179 号、1995 年 8 月
- 217 「政教分離原則と信教の自由」 法学教室 180 号、1995 年 9 月
- 218 「青少年保護と表現の自由」 法学教室 181 号、1995 年 10 月
- 219 「表現の自由の時・場所・方法の規制」 法学教室 182 号、1995 年 11 月
- 220 「表現の自由の事前抑制」 法学教室 183 号、1995 年 12 月
- 221 「教科書検定の合憲性」 法学教室 184 号、1996 年 1 月
- 222 「取材ビデオ・テープの押収」 法学教室 185 号、1996 年 2 月
- 223 「傍聴人のモノの自由」 法学教室 186 号、1996 年 3 月

VII. その他

- 224 学会レポート「全国憲法研究会（1982 年度春季）」 LAW SCHOOL 45 号、1982 年 6 月

- 225 学会レポート「公法学会（1982年度）」LAW SCHOOL 50号、1982年11月
- 226 「合憲性判定基準としての比例原則」三田評論 861号、1985年5月
- 227 「北京事情」横浜経営研究Ⅸ巻2号、1988年9月
- 228 「憲法に基づく国際貢献を進路に」朝日新聞「論壇」1991年5月3日朝刊
- 229 「『人間・科学技術・環境』日独共同研究第1回シンポジウム」ジュリスト 1137号、1998年7月
- 230 「目指すは自省的で、開かれた司法」横浜弁護士会新聞 142号、1999年11月
- 231 「自然体の優しさ、そして父親のような温かさ」ジュリスト 1169号、1999年12月
- 232 「日独共同研究第2回シンポジウム」ジュリスト 1183号、2000年10月
- 233 「横浜国立大学の地域連携型法科大学院構想」月刊司法改革 20号、2001年5月
- 234 「法科大学院の責任、教員の責任」受験新報 2002年4月号、2002年3月
- 235 「学界展望 憲法」公法研究 65号、2003年10月
- 236 「学界展望 憲法」公法研究 66号、2004年10月
- 237 「人権：講義録」Security Time 2005年8月号、2005年8月
- 238 「筑波大学法科大学院の意義と責任」筑波フォーラム 71号、2005年11月
- 239 「私の授業」筑波フォーラム 78号、2008年1月
- 240 「座談会（日本国憲法研究3）外国人の選挙権・公務就任権」ジュリスト 1375号、2009年4月

執筆者紹介（掲載順）

飯 守 一 文	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
岡 上 雅 美	筑波大学大学院人文社会科学研究科 准教授
阪 本 昌 成	立教大学法学部教授
照 沼 亮 介	筑波大学法科大学院准教授
弥 永 真 生	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
池 田 雅 則	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授
大 石 和 彦	筑波大学法科大学院教授

お詫びと訂正

以下の箇所に誤りがありました。お詫びして訂正いたします。

『筑波ロー・ジャーナル8号』

裏表紙 藤澤尚江助教の名前の英文表記

（誤）Naoe Fujisaw

（正）Naoe Fujisawa

筑波ロー・ジャーナル 9号
青柳幸一教授退職記念論文集
2011年3月発行

発行者 筑波大学大学院
ビジネス科学研究科企業法学専攻
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1
TEL 03-3942-5433

筑波大学法科大学院
〒101-0021 東京都千代田区外神田1-18-13
秋葉原ダイビル14階
TEL 050-5518-2645

教授	青山 慶二
	飯守 一文
	池田 雅則
	江口 隆裕
	大野 正道
	潮海 久雄
	平嶋 竜太
	弥永 真生
	山田 務
准教授	大淵 真喜子
	川田 琢之
	小林 和子
助教	木村 真生子
	藤澤 尚江

教授	青柳 幸一
	新井 誠
	植草 宏一
	大石 和彦
	大塚 章男
	岡 伸浩
	小幡 雅二
	上山 泰
	北 秀昭
	徳本 穰
	藤村 和夫
	藤原 静雄
	宮城 啓子

准教授 照沼 亮介

編集者	筑波ロー・ジャーナル編集委員会
制作	株式会社TKC
印刷所	倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.9 March 2011

Articles

- The U.S. Transfer Pricing Regime : An Analysis and Proposals for Reform.....**Kazufumi Iimori** 1
- Die Entwicklung und einige aktuelle Probleme der Unrechtslehre in Japan.....**Masami Okaue** 55
- The Origin of the Constitutionalism
.....**Masanari Sakamoto** 65
- Circumstances Precedent to Invasion and Limitations of Self-Defense
.....**Ryosuke Terunuma** 101
- Legal Status of Accounting Standards in Commercial Legislation(12)
-United States(1).....**Masao Yanaga** 155

Note

- Rethinking on Jus Tertii or the Third Party Standing
.....**Kazuhiko Oishi** 199

Case Note

- Civil Case Note Kann die Wirkung der Sicherungsübereignung von Warenlagern sich auch auf die Versicherungsforderung erstrecken ?
.....**Masanori Ikeda** 209
- Publications of Professor.....**Koichi Aoyagi** 225

ISSN:1881-8749