

大宮法科大学院大学

大宮ローレビュー

創刊号 2005年3月

大宮法科大学院大学ローレビューへの期待

大宮法科大学院大学学長
住吉 博

設置されてから2年目を迎えるいま、大宮法科大学院の紀要として関係者の尽力により、最初のOmiya Law Review が刊行されるはこびとなった。研究者と実務家とオリジンの相違する要員を集めて根底的に新しく編成されたファカルティから公表される第一回目の業績としては、充実した内容に仕立て上げられていると自讃することが許されるであろう。

ひとり大宮法科大学院のみならず、すべての法科大学院が自己の存在意義を確かめ、将来の目処をいかに認識すべきかについて今なお模索しているのが現状である。法律家を養成し訓練するプロセスの一環として、(新)司法試験受験直前の段階を法科大学院教育が担うという構想は受容されてよいし、それはすでに関連の法規をもって実定制度化された構想である。しかし、日本の法律家(いわゆる法曹)の供給と選抜が、条件となる関連の諸事情との見合いでどのような具体相をもって実現されるべきか、という問題はなお残されていて、機関としての法科大学院運営の関心からその問題について考察を試みようとするならば、いくつかの深刻な疑問に直面することになる。設置規準として示されている教員資格の要求水準に関してもそうであるし、入学者を送り出す現実社会の側に醸成されている期待の的確さについてもまたそうである。

要するに、法科大学院なる新教育機関の制度設計は日本の実情に十分な配慮をめぐらせた末のものであったのか、またその新規性について社会の理解、とりわけマスメディアの認識を確保する手立てを尽くしたものであったのか。その他にもいくつかはなはだ残念に思われるところがある。そしてその真底には、法と法律家をめぐる日本人全般の意識が問われるという問題が潜在している。

Omiya Law Review がそうした懸念に立ち向かう論策をも提供できるフォーラムになることを期待する次第である。

目次

創刊に寄せて

- 大宮法科大学院大学ローレビューへの期待 …………… 3
大宮法科大学院大学学長 住吉 博

論説

- 法人代表権の制限と第三者の善意——再論 …………… 7
——最判昭和60年11月29日を契機として——
小林一俊

- 行為者の属性としての常習性概念の問題性 …………… 21
——一判例を素材として——
中島広樹

- 「副検事」制度の成立と課題 …………… 41
新屋達之

- 誤振込みと財産犯の成否について …………… 75
上田正和

- 競争法における抱き合わせ規制と統合製品の評価 …………… 93
隅田浩司

翻訳

- クリニック環境で奉仕することによっての学び …………… 111
——専門化が社会正義と技能訓練にもたらす効果——
アントワネット・セディロ・ロペス (Antoinette Sedillo LOPEZ)
訳・住吉 博

法人代表権の制限と第三者の善意 再論

最判昭和60年11月29日を契機として

小林一俊

はしがき

1. 起草者の構想
 2. 法令による制限と民法54条不適用・110条類推の論理
 - (1) 法令による制限と「法の不知は許されない」
 - (2) 制限の性質を基準にする観点
 3. 若干の批判的考察
 - (1) 表見法理と法令による制限
 - (2) 表見法理と第三者の善意
 4. 旧稿・最判昭和58年研究との関係
- むすび

はしがき

最判昭和60年11月29日(民集39巻7号1760頁)は、水産業協同組合法上の漁業組合の理事が、同組合の定款上必要とされる理事会の承認を得ないで同組合を代表して同組合所有地を売却した事案において、当時の水産業同組合法45条により(現在は同法44条2項により商法261条を介して)準用される民法54条の第三者の「善意」につき、通説・判例に従い定款の規定により客観的に理事の代表権が制限されていることを知らないという意味に一限定的な一解釈をした⁽¹⁾。こうした解釈によると、理事の代表権が定款により客観的に制限されていることにつき第三者が悪意であれば、理事の具体的代表行為がその制限に違反することにつき善意でも、悪意の第三者として民法54条による保護は受けられない。そのように第三者が理事の制限違反につき善意であっても民法54条の保護を受けられない場合につき、前示・最判昭和60年は、民法110条による保護は受けられるとの新判断を示したものと評価されている。

ところで、法人代表行為に表見法理の特別法たる民法54条の適用が排除される場合につき、同法理の一般法たる民法110条を適用するとの法律構成は、法人(とくに公法人)代表権の法令による制限に関して、夙に有力学説により主張され⁽²⁾、大判昭和16年2月8日(民集20巻5号264頁)⁽³⁾をリーディング・ケースとして、それが最高裁により踏襲され(最判昭和34年7月14日民集13巻7号96頁など)、すでに確定した判例法となっている。こうして、前示・最判昭和60年は、法令による代表権制限に関する確定した判例法と整合的であるとはいえよう⁽⁴⁾。

しかし、上述のように、(1)民法54条の第三者の善意・悪意につき、理事の具体的制限違反(越権)行為についてのそれを含まないと解釈し、また(2)理事の代表権に対する法令による制限は民法54条の制限に含まれないと解釈し、(1)・(2)いずれの場合も、民法54条でなく同110条の適用により善意の第三者の保護を計るとの法律構成は、果たして適切かどうか、筆者には疑問である。確かに該構成は従来の学説・判例との整合性を配慮した一応は巧妙なもののように思われるが、他面において複雑かつ技巧的な感がしないでもない。とにかく、民法54条は、周知の通り、広く特別法上の法人にも準用されるから⁽⁵⁾、同条の内容いかんは重要視されよう。

筆者はかつて、学校法人の理事長が寄附行為所定の手続きに違反して代表行為をした場合に関する最判昭和58年6月21日(金融・商事判例676号12頁)の研究において、類似の問題につき私見を述べたことがあるが⁽⁶⁾、本稿はその再考の意味もあり、ま

ず民法54条の立法趣旨(1)、次に実際の問題化の点では時系列的に先行する上述(2)の問題 2・3(1)、そして上述(1)の問題 3(2)、最後に前示・最判昭和58年研究との関係(4)の順で、以下若干の紹介・吟味をしてみたい。

1. 起草者の構想

民法54条の原案起草者は穂積陳重委員であるが、同委員による原案は現行規定と同じ内容であり、同委員自らにより起稿された「理由」は、次の通りである⁽⁷⁾。

理事の包括的な代理権に対して「若シ定款ノ規定、寄附行為又ハ總會ノ議決ヲ以テ或種類ノ行為ヲ禁シ又ハ或行為ヲ為スノ条件若クハ方法ヲ定ムルカ如キ制限ヲ設クルコトアルトキハ」、法人と取引をする第三者との関係につき、その制限を登記して有効とする方法(ドイツ民法64条・70条)や、また取引安全・第三者保護のため制限を無効とする方法もあるが、前者方法は法人の保護に厚すぎ、またその後者方法は第三者の保護に厚すぎるので、法人・第三者間の衡平を計るため「其当事者ノ善意悪意ヲ区別シ其制限アルヲ知ラスシテ取引ヲ為シタル者即チ善意者ニ対シテハ之ヲ無効トシ其制限アルコトヲ知テ取引ヲナシタル者即チ悪意者ニ対シテハ之ヲ有効トスル」ことにより、善意者を害することがないように配慮した⁽⁸⁾。

これと同旨の説明が起草者であった梅・富井両者の著書にもみられるが⁽⁹⁾、こうした理由からすると、民法54条は、法人の理事の包括的な代理権の越権に関する特別な表見法理のルールとして設けられたものであることが確認されうる。そして、同条における第三者の善意・悪意は定款や寄附行為による客観的制限に向けられているように見える。

ところで、そのような制限の存在すら知らないときは、具体的行為がその制限に違反することについても知りえようがないから問題ないが(制限につき善意のときは、その違反についても善意)、制限の存在についての悪意は、必ずしも制限違反についての悪意に直結するとは限らない。例えば、定款や寄附行為により一定の事項につき、そもそも代表行為自体が禁止される場合は(例えば保証・手形裏書・株式売買のようなリスクを伴う行為の禁止)、禁止についての悪意、すなわちその違反についての悪意ということになるのが(代表権者を理事長に限定するような、現に多くみられる制限の場合も同様に考えられようか)、これに対し、ある一定の重要事項(不動産売却・手形振出・金品借入れなど)をするについて一定の条件・手続(理事会や評議員会の

事前承認など)が要求される場合は、代表行為にそうした制限が存在することに対する悪意は、その制限違反についての悪意に直結しない。すなわち、前示・最判昭和60年ケースがそうであったように、一定の手續(例えば理事会の承認)が必要であることは知っていても(悪意)、その手續が履践されないことは知らなかった(善意)ということも起こりうる。

こうした場合については、起案者・穂積による民法54条「理由」にも、また梅・富井の解説にも言及がみられない。民法54条では制限につき善意の場合のみ規定したこともあって、起草者は制限につき悪意の場合の前述のような状況は想定しなかったのであろうか。この点は推測の域を出ず、立法趣旨はペンディングというほかない。また前述・穂積「理由」においても、梅・富井の解説においても、民法54条の理事の代表権制限について、定款・寄附行為・総会決議による場合を挙げるだけであるが、該制限が主要なものであるから例示のためにそうしたのか、または該制限に限定する(法令による制限は除外する)つもりであったのかも定かでない。

2. 法令による制限と民法54条不適用・110条類推の論理

(1) 法令による制限と「法の不知は許されない」

前述(1)のような起草者による民法54条の理由や解説において、民法53条但書の定款・寄附行為・総会決議による制限が挙げられていることから、学説上一般に、民法54条における理事の代表権制限は民法53条但書の制限を承けたものと解するか⁽¹⁰⁾、少なくとも民法54条の制限として挙げられるのは、同制限である⁽¹¹⁾。

また定款・寄附行為・総会決議による制限と法令による制限とでは、それを知りうることの難易度に違い(法令は公布されるなど)があることも指摘されるが、結局は、法令による制限を善意の第三者に対抗できないとすると法令の不知を保護することになって不当であるとの考慮に基づかしめるのが一般的なのである⁽¹²⁾。いわゆる「法の不知は許されない」命題に基づく理由である。このことが、おそらく前述・民法53条に基づく理由づけの根拠にもなっているであろうと推測される⁽¹³⁾。

(2) 制限の性質を基準にする観点

上述の民法54条を53条但書に基づかしめる説は、法令による制限を民法54条から除外するためだけでなく、同制限に関しては民法110条の類推を認めるべきことを目

的として主張されたものである。同説は、もともと判例とその評釈とによって説示・提唱されたものであるから、以下、関係判例と評釈につき、やや詳しく紹介してみよう。

当初下級審には、旧・漁業組合令20条により漁業組合が漁業権を組合員以外の者に貸付けるには組合員総会の決議を経ることが要件とされていたのに、適法な総会議決なく（決議無効）貸付がなされた事案において、同組合令20条所定の要件につき、同令35条により準用される民法54条にいう理事の代表権制限と解したものがある（東京控判大正6年6月23日新聞1307号30頁）。そして、理事の制限違反の代表行為（漁業権貸付）は「貸借人タル相手方が其決議ナキコトヲ知りタル場合ニ限り」（すなわち、理事の具体的違反行為につき第三者が悪意のとき）組合はその行為の無効を主張できるとする（本件では悪意なし）。

しかし、その後、大判大正15年12月17日（民集5巻12号862頁）は同種事案（代表行為は不動産売買）において、原審が前掲・東京控判大正6年と同旨の判示をしたのを失当として、次のように判旨した。「漁業組合令第二十条ニ八不動産ニ関する物権ノ得喪変更ハ組合員総会ノ決議ヲ経ヘク右決議ハ規約ニ別段ノ定ナキ限総組合員三分ノ二以上出席シ其ノ三分ノ二以上ノ同意アルコトヲ要スル旨ノ規定ヲ存スルニ依リ漁業組合ノ理事ハ組合ノ規約ニ別段ノ定ナキ限右ノ事項ニ関シテハ前記決議ヲ経タルトキニ限り其ノ職権ヲ行ヒ得ヘキモノニシテ理事ノ同権限ハ右規定ノ定ムル要件ヲ具備スルニ依リ初テ存在スルモト謂フヘク從テ前記ノ規定ハ之ヲ以テ民法第五十四条ニ所謂理事ノ代理権ニ加ヘタル制限ト解スヘキモノニ非ス・・・（中略～引用者）・・・本件被告組合ノ規約ニ八所有不動産ノ売却ニ関シ決議ノ定数ニ何等別段ノ定ヲ存セサル」により本件における漁業組合の不動産「売買ハ前記漁業組合令第二十条ニ違背スル無権限ノ行為ニ出ツル無効ノ行為」である。すなわち、漁業組合令20条所定事項については、同条所定の組合員総会の決議があって初めて理事の代表権が発生するのであって（同条所定要件は代表権発生要件）現に存在する理事の代表権を定款によりあとで制限するのは異なるから、同条違反の代表行為については民法54条の適用はないとのロジックを採用したわけである。

この大判大正15年は、大判昭和9年3月30日（民集13巻5号400頁）により踏襲され、後者・大判昭和9年においては、漁業組合が漁業組合令20条の総会議決なく組合員の金品借入れのため連帯保証をした事案につき、連帯保証も同組合令20条1項にいう「債権ヲ起ス」に含まれ、同条の決議を要するとした上で、その決議については、

前掲・先例大判大正15年にしたが「理事力当該行為ヲ為ス権限発生ノ要件ニシテ其ノ第35条ニ依リ準用セル民法54条ニ所謂理事ノ代理権ニ加ヘタル制限ト云フヲ得サル」ものと判示された。

末弘教授は、前掲・大判大正15年ケースの評釈において（注（2）参照）、同判決の民法54条適用排除に賛同された上で、本件のように形式上ともかく総会の決議がありながら、ただそれが決議要件を欠くため無効の場合につき、その無効を知りえない第三者は条理上保護に値するとして、民法110条の類推適用を提案された。さらに同教授は、その後、地方公共団体（東京市）の土地売買につき市会の決議を必要とする市制42条6号違反の場合に民法54条の適用を問題にしなかった大判昭和3年6月4日（民集7巻7号426頁）についても、同様の主張を繰り返されている（注（2）参照）。

また、内田（力蔵）教授も、前掲・大判昭和9年評釈において、前述・末弘教授の見解を支持され、民法54条の適用がない場合でも「決議が何等かの形に於て為されたことが示されてある場合には、之ヲ信賴して行為する第三者は保護に値する」として民法110条の準用を認められる（ただ当事件では「全然決議がなかった」として該準用の余地はないとされる。注（2）参照）。

ところが、その後、大判昭和15年6月19日（民集19巻13号1023頁）においては、旧・産業組合に関するものであるが、前掲2件（大判大正15年・大判昭和9年）の漁業組合に関する先例とは異なり、旧・産業組合たる社団法人（某信用販売購買利用組合）の土地交換契約に関し、旧・産業組合法32条により準用される民法52条2項の法人の事務に関する理事の過半数による決議の要件につき、その法人の事務が対外的なものであるときは、民法54条に準拠すべきものとする。すなわち、「右組合定款ニ別段ノ規定ナキトキハ理事数人アル場合ニ於テハ組合ノ事務ハ其ノ過半数ヲ以テ決スルヲ要スヘキコトハ産業組合法三十二条ニ依リ準用セラルル民法第五十二条第二項ノ規定ニ徴シ明白ナリトス而シテ右規定ハ素ヨリ組合内部ノ関係ヲ定メタルモノニシテ其ノ外部ニ対スル関係ニ於テ理事過半数ノ共同代表ヲ要求シタル法意ニ非サルコト蓋シ言ヲ俟タザランモ元来理事力外部ニ対シ組合ヲ代表スル行為モ之ヲ対内的ニ觀察スレハ畢竟組合ノ業務執行行為ニ外ナラサルカ故ニ各組合理事ニ於テ独断専行ヲ為シ得ヘキモノニ非サルヤ当然ナリト謂フヘク從テ若シ右理事ニ於テ其ノ過半数ノ決議ヲ經ルコトナク壇ニ組合ヲ代表シテ本件ノ如キ取引ヲ敢テシ相手方該事情ヲ了知セリトセンカスル悪意ノ相手方ニ対スル関係ニ於テハ右代表行為ハ組合ニ対シ何等ノ効力ヲ生セサルモノト解スルヲ相当トスヘキコトハ前示産業組合法第三十二条ニ依リ準用セラル

ル民法第五十四条ノ律意ニ照シ多ク疑ヲ容ルヘカラス」ところである。柚木教授も、本件を法令による制限に民法54条の適用を肯定したものと理解されるようであり、また磯田教授は、本件評釈において、民法53条・52条2項の制限を全く同列において、いずれの制限も54条の代表権制限に含ませて解釈し、善意の第三者を保護するのが妥当とされている⁽¹⁴⁾。ただ本件では、組合の相手方は理事の代表権制限、かつ代表行為の該制限違反につき、悪意であったと認定されている。

しかし、この法令による制限も民法54条によって考慮しうるとする大審院昭和15年判決および見解（磯田説）は、その後の判例・学説により継承されるに至らなかった。すなわち、その翌年には公法人に関するものであるが、村長の違法な（村議会の議決を欠く）金品借入の効力につき、その効力は民法54条でなく110条を類推適用する大判昭和16年2月28日（民集20巻5号264頁）が現れた（しかし、その根拠は示さない）。そして、同判決が市町村長の越権的代表行為に関するリーディング・ケースとして機能し、以後戦後の最高裁においても地方公共団体＝公法人の長の法令違反の取引的代表行為（借入金授受、議会の議決によらない金品借入など）の効力に関しては、民法110条の類推を問題にするのが判例法として確定するに至っている⁽¹⁵⁾。そして、そのいずれのケースにおいても、民法110条適用の可否につき、市町村長の具体的な法令違反＝越権に対する相手方の善意・悪意が問題にされている。

川島教授は、そのリーディング・ケースたる前掲・大判昭和16年ケースの評釈において（注（3）参照）法令による法人代表権制限に民法54条が適用されない場合でも、その制限違反には民法110条を考慮すべきことにつき、前述・末弘見解を支持されつつ、次のように述べる「元来民法第54条は、個人間の代理についての第110条に該当する所の、法人の代表機関についての表見法理の特則であり、民法の典型的な公益法人の理事の行為については常に第54条が適用され、第110条の適用の余地がないはずである。しかし、原始的に代理権が十全なのではなくして一定の限界が劃されておる場合には、個人的代理の場合と極めて類似の関係が生ずる。町村の取引主体としての信用を高め、その取引界における地位の重要性の故に取引の安全を高めようとするならば、第110条の適用は恰好の手段である。」として同判決に賛同された。

また、我妻教授は、最高裁として初めて同判決を踏襲した前掲・最判昭和34年ケースの評釈において、前述の末弘・川島両見解に沿って、次のように述べ、当判決を歓迎された。「公益法人では、理事は『総て法人ノ事務ニ付キ法人ヲ代表ス』という前提をとり、総会の決議や定款の規定はこれを制限する事項となし、その制限は善意の第

三者に対抗しえないものとする。これに反し、地方公共団体では、村会（総会）の決議を要する事項や収入役の専権に属する事務については、団体の長の権限は対外的にも制限されている。だから、総会の決議を要する事項について決議がなかったとき（無効のときも同じ）や収入役の専権に属する事務を其の意見に基づかずに団体の長が執行したときは、その行為について権限が全然なかったものとする出発点をとらねばならない。「しかし、この出発点をとつても、そこに民法110条を類推適用することをも否定する結論にならない・・・（中略 - 引用者）・・・けだし、民法110条は、一応代理権があり、特定の場合についてそれが制限されている事項についてだけでなく、権限が全然ない事項 正当に存在する代理権の範囲と全く異なる事項 についても適用あるものとされるからである」。

このような前掲・大判大正15年、大判昭和9年、最判昭和16年、最判昭和34年やそれらの評釈にみられる代表的学説（末弘・内田・川島・我妻）の論法は、法令による代表権制限と定款・寄附行為によるそれとの性質の違いを理由として、前者制限の場合に民法54条の適用を否定し、民法110条を類推するもので、以後の判例・学説を方向付けることになった。

3. 若干の批判的考察

(1) 表見法理と法令による制限

かりに民法53条の定款・寄附行為・総会決議による制限だけを善意の第三者に対抗できない すなわち法令による制限は含めない ことを定めるためなら、同条に2項を設けてその旨規定するのが常道のように思われる（例えば民法94条2項・96条3項・商法38条3項）。そうした観点からは、民法53条の制限が理事の代表権制限の主たるものであるが、わざわざ同条とは独立した1条文として設けられた民法54条の制限について、53条の制限だけに限定するのは、むしろ不自然のように思われる。民法52条2項の「事務」が対外的取引（法人代表）に関するもので、かつ定款や寄附行為に別段の定めがないときには、同条項による制限も（理事の過半数による決議）民法54条の制限に含まれると解することができよう⁽¹⁶⁾（その点で、前掲・大判昭和15年および磯田説（注（14）参照）は適切であったというべきである）。

表見法理において重要なのは、代理人の制限違反につき第三者が善意か悪意かであって、代理権制限が法令によるものか、または定款・寄附行為によるものかは、問題

でないが、少なくとも表見法理の適用を左右するほど決定的な問題ではない。法人の包括的代表権の制限を問題にするとしても、「法令による制限」の場合も、本来包括的と認められる法人代表権を特に重要な事項に限って制限するものに外ならず（私立学校法37条・42条、商法260条・261条など）この点で定款・寄附行為による制限の場合と本質的な違いはないであろう。要するに、前掲・大判大正15年の判決理由のロジックは、法令による制限の場合に「法の不知は許されない」命題に依拠しつつ民法54条の適用を排除するためにする強引な説法であったように思われる。

とにかく、今日のように「法律の氾濫」がいわれる時代において「法の不知は許されない」との命題は、もはや「法は知るべきであり、知ったものとみなす」として無制限には適用しないことを知るべきであろう（民法95条の錯誤に関しては、法の不知と事実のそれとの区別は否認されている）⁽¹⁷⁾。

取引法 私的自治の認められる分野における相手方の信頼保護ないし取引安全の制度としての当面の表見法理においては、「法の不知は許されない」命題の適用はないか、少なくとも法が知ったものと擬制されることに適さない。該法理においては、取引相手方が代理権外観を信頼したとき、換言すれば該外観とは異なる事実（代表権制限違反＝無権限）を知らない善意のときは保護され、それを知った悪意のときは保護されないのである。その代表権制限が法令によるか定款・寄附行為によるかは重要でない。その制限が法令によるものであるからといって民法54条の適用を排除することに合理的理由はないであろう。むしろ、法令による制限を民法54条の制限から除外するのは、結果において、法およびその違反を知ったものと擬制することになり（悪意の擬制）それは「法の不知は許されない」の濫用というべきである。

定款・寄附行為も自主的法規範として、法令と同様に裁判規範たることが認められており、当面の理事の代表権に関しては、場合により、法規定より定款・寄附行為の方に優先効が認められている（例えば民法52条2項）。法令による制限も、定款・寄附行為によるそれと同じように包括的な代表権に対する一つの制限として、民法54条の制限に含めるべきではないか⁽¹⁸⁾。

現に営利法人である株式会社の取締役の代表権に関してであるが、商法上の制限（商法260条・取締役会の決議の要件）についても、定款・株主総会などによる制限と同様に、手続上の制限とみて民法54条（商法261条3項・78条による準用）の法理が一般的悪意の抗弁により処理すべきとの有力な見解が見られる⁽¹⁹⁾。

なお公布される法令による一般的制限と各法人の定款・寄附行為による個別的制限

との間に、それを知りうる難易度に違いがあることについては、第三者の善意・悪意や過失の認定の問題として考慮すればよいのではないか。それにしても、法令による制限の方が定款・寄附行為による制限より知り易く、したがって悪意や過失の認定がされ易いと一概には言えないであろう。結局は個別・具体的に諸般の事情を考慮して判断されることになる。

以上、要するに、法令による制限を代表権発生要件と解するロジックは、該制限を特別表見法理たる民法54条から除外することは容認しながら、一般表見法理たる民法110条の適用下におくこと、そして公共団体（公法人）が取引主体として取引界に参加する場合の代表行為につき、それを表見法理に服さしめることに成功したことにおいて、評価されるべきであろう。しかし、「法の氾濫」がいわれ「法の不知は許されない」命題が限定的に解される今日において、当面の表見法理の適用に関していえば、該命題による法令の制限に対する悪意の擬制は承認しがたい。法令による代表権制限の場合も民法54条に統合し、せいぜい第三者の悪意ないし過失の認定に際して一つのファクターとして考慮すれば足りるのではないか。

（2）表見法理と第三者の善意

通説・判例によれば、民法54条の第三者の善意につき、定款・寄附行為・総会決議による制限が客観的に存在することを知らないことと解している。しかし、実際に問題化するの、具体的に制限違反＝越権が行われた場合である。民法54条はもともと理事の代表行為（代理権外観）に対する第三者の信頼を保護するために設けられたはずの規定で（前述1参照）、そのように機能することが期待されよう。そうとすれば、第三者の善意か悪意かは、理事の代表行為が制限違反ではないことに向けられることになる。したがって、客観的な制限の存在についての善意・悪意は、そのこと自体が目的、自己目的、なのではなく、それが具体的な制限違反についての善意・悪意を媒介する限りで意味をもちうる。

制限の存在について善意であるときは、当然に制限違反についても善意が帰結されるから問題ない。同様に、前者についての悪意も必然的に後者についての悪意を帰結するなら問題ないが、前掲・最判昭和60年ケースがそうであるように、前者（制限の存在）については悪意でも、後者（制限違反）については善意の場合も生じうる。後者について善意の第三者は保護されるべきであるというなら、第三者の善意・悪意は後者について問題にすべきであろう。そして、その場合の善意の第三者には、別途一

般的表見法理（民法110条）に依拠するというより、むしろ法人の場合における特別表見法理（民法54条）による保護を考えて然るべきではなからうか。結局、民法54条の第三者の善意・悪意については、理事の代表権制限違反についてのそのの意味に解釈（前掲・最判昭和60年ケースの上告理由も同旨）するのが妥当であろう。そのように、民法54条に特別的表見法理として自足的な意味をもたせるのが同条の目的に合うように思われる⁽²⁰⁾。

ところで、法典調査会の民法総会では、第三者の善意に関して過失は問題にしない旨、起草者により説明されているが⁽²¹⁾、例えば、理事会の決議を要するのに全く決議がなされなかった場合のように、通常期待される調査をすれば容易に知りうるのにそれをもしなかったような場合などは、制限違反につき善意ではあっても重過失あるものとして、悪意に準じて扱われるべきであろう。けだし、重過失は、悪意の立証はできないが、諸般の事情からみて悪意の疑いが大である場合に、悪意の立証に代わる機能を果たすものだから、である⁽²²⁾。

4. 旧稿・最判昭和58年研究との関係

筆者はかつて、学校法人の理事長が寄附行為による代表権制限に違反した事案に関する最判昭和58年6月21日の研究において（金融・商事判例679号47頁以下）、法人の理事の代表権制限につき、それが法令によるか定款・寄附行為によるかの区別なく、代表行為自体を禁止する場合と代表行為に際しての手續を定める場合とに分けて、民法54条の適用を前者違反の場合だけに限定し、後者違反の場合については、法人の事務の内部的制限に関する民法52条2項の適用により、対外的に有効であるが、ただ違反につき第三者が悪意が重過失であったときに限り、法人において一般悪意の抗弁（民法1条）をなしうるとの私見をのべたことがある。

筆者がそうした区別を採用したのは、次のような理由からであった。第三者が一定の代表行為自体が禁止されることを知っているときは、当然に具体的な代表行為についてそれが禁止されるものか否かを知りうるのに対し、一定の代表行為に際しての手續（例えば理事会決議）が必要なことを知っていた悪意の場合には、具体的な代表行為についてその手續が採られていると信頼すること、すなわち手續違反について知らないで善意ということもありうる。そして後者のような制限違反についての第三者の善意も保護されるに値すると考えられたから、である。

すなわち、前述 3(2) のような代表権制限の存在に対する第三者の善意・悪意と具体的制限違反に対するそれとの関係についての考えと同じ考慮に基づくものであったのである。しかし、本稿においては、この区別が否定され、結局のところ民法54条の善意・悪意は代表権制限違反について問題にされることになったわけであるから、前述・旧稿での区別も無用になり、代表行為禁止・制限のいずれの場合も民法54条によって考慮されることになる。

なお民法54条による場合も、第三者としては、善意で重過失のない場合にだけ保護されるから、その点では法人に一般悪意の抗弁を認めるのと変わらない。ただ立証責任では、民法54条では第三者において自らの善意・無重過失を立証しなければならないが、一般悪意の抗弁によるときは、法人において第三者の悪意または重過失を立証しなければならないという点に違いがあるにすぎない。

むすび

以上につき、結論的に要約すれば、次の通りである。

- (1) 民法54条における法人代表権の制限には、法令によるそれも含まれる。法令による制限を排除しなければならない合理的理由は見当たらないし、また当面の表見法理に関しては「法の不知は許されない」命題に服さしめる必要はないから、である。
- (2) 民法54条における第三者の善意・悪意は、代表権の制限違反に対するそのの意味に解すべきである。客観的に代表権の制限が存在することに関する善意・悪意だけを問題にするのは十分でないし、むしろ具体的な制限違反に関するそのの意味に解するのが表見法理の目的に適合するであろうから、である。

前掲・旧稿において民法52条2項の準用が考えられた場合も、民法54条の適用下におかれる。本稿での自説は、筆者としては旧稿における私見の止揚のつもりである。民法54条と同様に110条の特則とされる規定（商法38条3項）や民法54条を準用する諸規定（商法78条2項・261条3項）に関する解説によれば、その文脈から、第三者の善意については、實際上問題になる全てのケースがそうであるためか、法人代表権の制限に対する違反についてのそれが念頭に置かれているように読み取れるのであり⁽²³⁾、民法54条もその制限違反に直接対応しうるように機能させられるべきであろう。

【注】

- (1) 藤原弘道・新版注釈民法(2)(1993年)378頁
- (2) 末弘巖太郎・判例民事法大正15年度120事件評釈、同昭和3年度43事件評釈、内田力蔵・判例民事法昭和9年度36事件評釈
- (3) 川島武宜・判例民事法昭和16年度18事件評釈
- (4) 山崎敏彦・判夕613号(1986年)5頁評釈は、同確定判例の延長線にあるといい、中田昭孝「時の判例」ジュリスト855号(1986年)94頁解説、能見善久・民法判例百選 5版(2001年)73頁解説は、法令による制限の場合とのバランスを指摘される。
- (5) 最判昭和60年ケースの水産業協同組合法45条、学校法人につき私立学校法49条、商法78条・261条など。類似規定として商法38条、中間法人法45条。
- (6) 小林一俊・金商判例689号(1984年)47頁研究。
- (7) 「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報10巻7号17 - 20頁・29 - 30頁、小林一俊・民法総則理由概要(1972年)21頁・30頁。
- (8) 日本近代立法資料叢書13(1988年)法典調査会・民法査査会議事速記録527 - 528頁、未定稿本・民法修正案理由書46 - 47頁、同上叢書15(1988年)民法修正案10頁。
- (9) 富井政章・訂正増補民法原論第1巻総論上(15版・1920年)276 - 277頁、梅謙次郎・民法要義巻之1総則編(1896年)123 - 125頁。
- (10) 例えば柚木馨・判例民法総論上(1966年)337 - 338頁など。
- (11) 我妻栄・新訂民法総則(1990年)171頁、川島武宜・民法総則(1969年)123頁。
- (12) 柚木・注(10)掲338 - 339頁、四宮和夫・民法総則4版(1986年)107頁注(5)、藤原・注(1)掲381頁、四宮・能見・民法総則6版(2002年)143 - 144頁、川井健・民法概論(2000年)116頁など。
- (13) 同旨・内田貴・民法 第2版補訂版(2004年)251頁。
- (14) 柚木・注(10)掲343 - 345頁。磯田進・判例民事法昭和15年度56事件評釈。
- (15) 村長の借入金出納に関する最判昭和34年7月14日民集13巻7号960頁、村長の手形振出における村議会の議決に関する最判昭和35年7月1日民集14巻9号1615頁、町長の不動産売却における町議会の議決に関する最判昭和39年7月7日民集18巻6号1016頁、市長の手形振出における市議会決議に関する最判昭和41年9月16日判時459号45頁など。相手方の善意・無過失が認定されたのは最判昭和39年ケースのみ。
- (16) 我妻栄・民法案内(1960年)134頁、藤原・注(1)掲375頁も同旨。森泉章「理事の代表権とその制限」公益法人の研究(1977年)69頁は、民法54条・110条のいずれの適用も可とされる。なお注(14)掲文献も参照。
- (17) 小林一俊・錯誤・原始不能と不履行法(1988年)6頁、同・判例評論357号(判時1285号・1988年)177頁評釈。なお表見法理と信頼保護一般については、橋本恭宏「表見法理・外観法理・禁反言・取引安全・外観理論と第三者保護法理」小林古稀記念・財産法諸問題の考察(2004年)79頁参照。
- (18) 柚木・注(10)掲338頁は、こうした解釈も1つの見解として紹介されている。同旨、山本

敬三・民法講義（2001年）409頁。山田誠一「法人の理事と代理権の制限」星野英一先生古稀論集・日本民法学の形成と課題上（1996年）149 - 150頁は、法律による制限を区別することに疑問を呈されている。

- (19) 竹内昭夫・判例民事法昭和40年度70事件評釈（同・判例商法 <1976年>所収）、鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法3版（1994年）284 - 285頁。この指摘につき、山口幸五郎・新版注釈会社法（6）（2001年）165頁。なお株式会社の代表取締役が定款で要求される取締役会の決議なしにした代表行為について、判例（最判昭和40年9月22日民集19巻6号1656頁）は、原則として有効であるが、その代表権制限違反を相手方が「知りまたは知り得べかりしときに」限り無効であるとしており（心裡留保類推説）、学説では、かつては代表権制限違反につき相手方が悪意のとき、会社において信義則違反（一般悪意の抗弁）を以って対抗できるといのが多数説のようであったが（会社判例百選三版 1979年 87頁 米沢明）、最近民法54条準用説（商261・78）も有力である（同百選六版 1998年 90頁 山田廣己）。
- (20) 星野英一・民法概論（2000年）136頁は、制限違反についての善意と解されているように受けとれる。上柳克郎・民商95巻3号（1986年）99 - 100頁批評も、民法54条の文言上そうした解釈の可能性を認められる。同旨、山本・注（18）掲407頁。なお、上柳・同上105頁は、同条解釈論の根本的再検討の必要性を指摘される。
- (21) 注（8）掲叢書12（1988年）民法総会議事速記録351頁以下。
- (22) 竹内・注（19）掲評釈。
- (23) 大隈健一郎・商法総則（1957年）156頁、菅原菊志・新版注釈会社法（1）（2001年）269 - 270頁、山口幸五郎・注（19）掲164頁以下など。

行為者の属性としての常習性概念の問題性

一判例を素材として

中島広樹

はじめに

1. 考察の対象

～大阪高判平成15年10月29日判時1862号176頁～

2. 累犯要件を失した窃盗行為と常習累犯窃盗罪との罪数関係

3. 窃盗目的の住居侵入罪と常習累犯窃盗罪との罪数関係

おわりに

はじめに

常習賭博罪に関する判例において、最高裁大法廷は「刑法186条の常習賭博罪が同185条の単純賭博罪に比し、賭博常習者という身分によって刑を加重していることは所論のとおりである。そして、右加重の理由は賭博を反復する習癖にあるのであって、即ち常習賭博は単純賭博に比しその反社会性が顕著で、犯情が重いとされるからである。そして、賭博常習者というのは、賭博を反復する習癖・即ち犯罪者の属性による刑法上の身分であるが、憲法14条にいわゆる社会的身分と解することはできない」と判示している⁽¹⁾。

すなわち、判例は常習性を行為者の属性・責任要素として把握していると解される。

そして、学説においてもまた、常習性を行為の属性ではなく、行為者の属性であって、犯罪論の体系上は、違法要素ではなく責任要素であると解する立場ないし少なくとも行為の属性を加えた折衷説的立場が通説となっている⁽²⁾。

しかし、常習性の法的性格については、立法過程の段階からすでに、行為主義的把握が行われていたことが知られており⁽³⁾、判例も当初、常習賭博罪における「常習」を行為者の属性と解していなかった⁽⁴⁾し、学説にいたっては、今日も依然として行為の属性と解する見解が有力であることは周知のとおりである⁽⁵⁾。

常習性を行為者の属性と解する見解は、もともと常習犯が端的に行行為者の危険性に着眼した概念であったという、立法例や刑法学・犯罪学上の事情を重視するものであり、相応の説得力はあるといえよう⁽⁶⁾。

しかし、また常習性を行為者の属性と解することにより、法解釈上、様々な看過しがたい問題を生じさせてしまうのではなからうか。

本稿においては、最近公刊物に登載されたひとつの判例を手掛かりに、これまであまり指摘されることのなかった観点から、行為者の属性としての常習性概念につき批判的な検討を行ってみたい。

1. 考察の対象：大阪高判平成15年10月29日判時1862号176頁

本判決は、常習累犯窃盗、各住居侵入・窃盗、窃盗目的の住居侵入という四個の訴因で起訴された事件につき、原審が、これら四個の犯罪事実を認定して、併合罪として処理したにもかかわらず、常習累犯窃盗の包括一罪として評価すべきであ

るとしたものである。

本判決の重点は、検察官が、その起訴裁量権に基づいて の常習累犯窃盗から ～ を切り離して、四個の事実を別々に起訴し、しかも ～ の訴因には犯行の常習性についての記載のなかった事例につき、「犯罪事実は各訴因ごとに認定すべきであるが、そのうちの一つの訴因が他の訴因と一罪の関係にあることがその訴因の記載自体によりうかがわれる場合には、罪数判断に当たっては、証拠により認められる実体法上の罪数関係に従うべきである」と判示して、罪数判断のうえで訴因記載外の事情を考慮すべきとした点に求められているが、本稿の問題関心は、本来、別個に起訴された と ないし と との罪数関係を常習累犯窃盗罪と一罪の関係にあるとした点の当否に係わっている。

すなわち、前者についてはすでに「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」(以下、盗犯防止法という)3条の累犯時効を失した窃盗行為(・)についても、常習累犯窃盗の構成要件に該当するとの解釈を許容させる「行為者の属性」としての常習犯概念の問題性、後者に関しては、窃盗目的の住居侵入罪が常習累犯窃盗罪と一罪の関係にあるとした最高裁判決⁽⁷⁾が存するが、この一罪という罪数判断に際して生じる「行為者の属性」としての常習性概念の問題性につき、順次考察する。

2. 累犯要件を失した窃盗行為と常習累犯窃盗罪との罪数関係

本判決によると、被告人は、昭和61年以後、住居侵入、窃盗又は窃盗の罪で三回、常習累犯窃盗の罪で三回も懲役刑を受けていずれも服役しながら、平成12年10月に前刑の執行を終えて出所した後、間もなく窃盗を再開し、以後2年もの間、空き巣狙いの窃盗で生計を立てていたものであり、本件は、空き巣狙いの住居侵入、窃盗三件(うち一件は常習累犯窃盗としての起訴)、住居侵入一件の事案である。

そして、本判決は、二個の訴因に記載された各住居侵入・窃盗(それぞれ ・ とよぶ)および一個の訴因に記載された金品窃取目的の住居侵入(とよぶ)は、いずれも、被告人の窃盗に対する常習性の発現であると認められるから、常習累犯窃盗(とよぶ)の訴因に包括され、これと一罪の関係にあると評価すべきであるとしたが、 ・ の各事実は、それ自体としてみれば、過去10年以内に窃盗罪等につき3回以上6か月の懲役以上の刑の執行を受けるなどしたことを要するとの常習累犯窃盗の構成要件には該当しないが、常習性の発現として行われた複数の窃盗については、その最初

の窃盗行為を基準として過去10年以内に3回以上6か月の懲役以上の刑の執行を受けたことがあれば、上記複数の窃盗が全体として常習累犯窃盗の構成要件に該当するものと解される、と判示した。

なるほど、盗犯防止法3条にいわゆる「行為前10年内」とは、一般に、当該常習累犯強・窃盗にあたる最初の行為が開始される前の10年内という意味であり、「10年内」とは、その最初の行為が開始された当日を除き、その行為の前日から10年を遡った日以後という意味と解されている⁽⁸⁾。

しかし、なぜ「その行為が終了する10年前」ではなく、「その行為が開始される10年前」なのか、その根拠は説明されない。

常習累犯窃盗は、常習犯でありと同時に累犯でもある。そして、常習犯は集合犯であるから、複数の窃盗行為によって構成されるはずである⁽⁹⁾。その場合、刑の加重根拠が、常習性とともにも累犯性にも求められるならば、通常、累犯加重の根拠は、累犯行為が前刑の警告機能を無視してなされた点に重い行為責任を生じる点に存する⁽¹⁰⁾ことから、集合犯としての常習犯を構成する各行為ごとに前刑の警告機能無視が認められなければならないであろう。

その結果、常習犯を構成する最初の窃盗行為のみならず、最後の窃盗行為までが累犯時効の要件を満たすべきである（終了は不要であろう）と解されるはずである。

そして、このような理解に立つならば、本件・は、原判決判示の如くとは併合罪関係にあると考えられなくてはなるまい。

しかし、通説・判例ともに盗犯防止法3条においては、最初の行為が累犯時効の要件を満足させれば足りる、とするのはどのような根拠からなのであろうか。

それは、前述した常習累犯窃盗の刑罰加重の根拠につき、常習性のほかに累犯性も加味して考える見解自体の問題性に係わるのではなからうか？

すなわち、盗犯防止法3条の刑の加重根拠が、常習性にのみ求められるとするならば、累犯性の要件充足に関しては、集合犯を構成する各行為ごとに厳格に要求する必要はないということとなる。

では、盗犯防止法3条の刑の加重根拠、換言すると、盗犯防止法3条における常習性と累犯性とはどのような関係にあると解されているのであろうか？

この問題に関しては、従来、おおむね三種類の見解が主張されてきた⁽¹¹⁾。

すなわち、第一に、刑を加重する根拠は常習性のみであり、累犯性は刑を加重する根拠ではなく、常習者の中から一定の者を選びだす形式的基準であり、直接には常習

性の程度や有無を識別するものではない、という考え方である⁽¹²⁾。

ただ、この見解によっても、累犯性の要件を充足する者は、多くの場合、常習性の程度が、事実上顕著であろう。

次に、累犯性の要件によって、盗犯防止法3条の常習性は、通常の常習罪における常習性に比べて常習性が顕著なものに限定される、とする見解である⁽¹³⁾。

そして、第三の見解として、常習性が刑を加重する主たる根拠であり、累犯性が従としてではあるが、常習性とは別個に刑を加重する根拠と解するものが存する⁽¹⁴⁾。

これら三種の見解のうち、第二の見解については、なるほど、盗犯防止法3条は、同法2条と同様に強窃盗罪の常習者のなかから一定の累犯要件を充足する者に刑を加重しようとするものであり、法定刑も同一であることから、立法当局者としては、2条が犯行の手段、態様に着目して、特定の危険な方法による強窃盗罪の常習者を重く罰しようとするのに対して、3条は、これと同価値と認められる程度の常習性のすこぶる進んだ者を対象としようとした、と考えることは、理解しえないこともない。しかし、常習性と累犯性には、事実上、必ずしも強固な相関関係は認められず、したがって、累犯性が常習性の意義を通常の場合より制限するとは解しがたい⁽¹⁵⁾。

ついで、第三の見解は、常習累犯窃盗罪を、行為責任の見地からの累犯加重と行為者責任の観点からの常習犯加重の結合形態と解釈するものであり、一見説得力のある外観を呈するものの、しかし、このように本条を特別な累犯規定と解する結果、常習累犯窃盗罪に対して刑法56条を適用することが、二重処罰の危険に陥るため不可能となる結果、56条の要件を備えた常習累犯窃盗者の処断刑の上限が15年、同様の累犯要件を充足する通常の窃盗者の処断刑の上限が20年という不均衡を招来せざるを得ない⁽¹⁶⁾。

そこで、第一の見解が妥当とされる。すなわち、常習累犯窃盗は、累犯と称するものの実体は常習犯の一態様にすぎず、累犯要件は、前述したとおり、常習者のなかから、一定の者を選択するための形式的条件にほかならず、ただ多くの場合、常習性の顕著なものが選ばれるということになるにとどまる、と解されるべきこととなる。

その結果、盗犯防止法3条における常習累犯窃盗は、常習犯加重規定であり、累犯時効は、行為責任の観点から累犯加重を根拠づける機能とは無関係であることから、常習犯を構成する最初の窃盗行為についてのみ要求されるにすぎないと解しても、何ら支障はないということとなる。

ところで、常習累犯窃盗罪を構成する行為のうち最初の行為のみが、累犯時効の対

象となるという考え方の根底には、常習性を行為者の属性と解する判例の立場が影響していると解される。

常習性を行為者の属性と解する場合、常習性による責任加重（行為者責任）という理解を採ることが必要となる⁽¹⁷⁾が、この結果、常習累犯加重は、常習犯加重のみでまかなうことが可能となり、あえて累犯加重を援用する必要性が存しない。

集合犯たる常習犯を構成する各行為について、累犯要件を吟味する必要性も消滅するので、累犯時効は最初の行為から起算すれば足りてしまうのである。

もし、常習性を行為の属性と解するならば、刑の加重根拠についての考え方次第では、累犯時効との関係を厳密に解さなくてはならない場合もありえよう⁽¹⁸⁾。

このことから、刑の加重された常習累犯⁽¹⁹⁾という規定を設けた場合、常習性を行為者の属性と解するならば、累犯性は刑罰制約に関するその実質的意義を失ってしまうであろうことを知りうるのである。

そして、常習犯が行為者の属性とされる結果、常習犯加重が行為者責任に支えられ、累犯加重が「高められた行為責任」という一応の行為責任が通説的根拠とされている点に鑑みると、常習累犯においては行為責任の原則は、名実ともに完全に放棄されるに至らざるを得ない。

3. 窃盗目的の住居侵入罪と常習累犯窃盗罪との罪数関係

10年以内に、三回以上、窃盗罪により6月の懲役以上の刑に処せられてその執行を受けている者が、それにもかかわらず、更に常習として、数個の窃盗罪と窃盗を目的とする住居侵入罪を犯した場合、この住居侵入罪は、他の窃盗罪とともに、一つの「盗犯等ノ防止防止及処分ニ関スル法律」（以下、盗犯防止法という）3条の常習累犯窃盗罪を構成するのか、それとも、常習累犯窃盗罪として包括評価されるのはあくまで窃盗罪だけで、住居侵入罪は、これとは別罪を構成し、両罪は併合罪の関係に立つことになるのか？

この点につき、判例は、かつて一罪説と併合罪説に分かれていたが、昭和55年、最高裁判決（以下55年判決という）は一罪説に立つことを明示して判例を統一したことは前述のとおりである（注（7）参照）。

そして、学説もまた、一罪説が通説といってよい状況であるが、しかし、一罪説とはいっても、その内容は法条競合説、包括一罪説、科刑上一罪説に分かれている⁽²⁰⁾。

だがしかし、学説においては、依然として併合罪説も有力に主張されており⁽²¹⁾、判例において解決されたかに見える「窃盗目的の住居侵入罪と常習累犯窃盗罪との罪数関係」は、今なお決して解決済みとは言いがたい問題といえよう。

そこで、この問題に関する議論の検討を通じて、行為者の属性としての常習性概念が各種の見解に及ぼす影響について考察したい。

(1) 併合罪説

実務では、55年判決以前は、併合罪説が大勢を占めていたといわれるが、ここでは55年判決の上告趣意において引用された二個の判例と上告趣意自体を検討する。

a. 仙台高判昭和48年10月5日判例集不登載⁽²²⁾

常習累犯窃盗犯人が他人の寮内の三室に入って、各室から現金、カフスポタン等を窃取したほか、同日、他人の住居に窃盗目的で侵入した事案について、住居侵入の罪と常習累犯窃盗の罪とを併合罪とすることは刑の不均衡をもたらすとする弁護側の控訴趣意に対して、以下のように判示した。すなわち、

『住居侵入罪は、窃盗罪と別個の法益浸害に関する異種独立の犯罪で、両者がともに成立し手段結果の関係にある場合には科刑上一罪として取り扱われるが、元来、それ自体独立して刑罰上の評価を受けるべきものであるから、これがかかる関係のない常習累犯窃盗の罪と併合罪の関係に立つことは当然である』。

b. 東京高判昭和49年5月21日判例集不登載⁽²³⁾

常習累犯窃盗犯人が二回にわたり他人の現金、カメラ等を窃取したほか、その翌日に他人の住居に窃盗目的で侵入した事案において、原判決が住居侵入と常習累犯窃盗とは包括一罪の関係にあるとして、刑法130条を適用することなく、盗犯防止法2条、同3条のみを適用したのに対して、以下のように判示した。すなわち、

『同法律第3条を構成する行為は同法律2条に列記されているものに限られ、原判決の住居侵入の罪は、右法律第2条に列記されたものに該当しないから、これに対し同法を適用すべき限りではない』。

c. 55年判決上告趣意

上記二個の判例を引用するほかに、併合罪説を採用すべき三つの論拠を挙げる。

すなわち、盗犯防止法の解釈論、刑の不均衡、既判力問題である。順次検討することとする。

盗犯防止法の解釈論⁽²⁴⁾

上告趣意は、昭和初年の経済不況下に頻発した凶悪な強窃盗に対する厳しい世論を背景に盗犯防止法が定められた点を指摘し、同法2条と3条の関係につき、文理解釈を施して、それぞれ独立の犯罪類型であると論じている。

すなわち、盗犯防止法は、常習累犯者にできる限り長期刑を科すべきであるとの刑事政策的見地から制定されたものであり、同法2条及び3条は、それぞれ独立の処罰類型として定められていて、3条が2条の補充的規定でないことはもとより、3条が忍び込み盗、押し込み盗のみを対象としたものでもなく、あらゆる形態の常習的盗犯を対象として制定したことは明らかである。

そして、3条の場合、2条に定めるような特殊な個別の行為類型をすべて捨象し、所定の累犯前科を刑の加重事由としている。加えて、3条を構成する行為は、2条に列記されている刑法235条の罪又はその未遂罪に限られており、刑法130条の住居侵入は、たとえ常習性の発現としての窃盗目的の住居侵入であっても、2条に列記された行為として掲げられていない以上、同法律によって処罰されないことは、規定の文理積上明白である、という旨主張している。

刑の不均衡⁽²⁵⁾

これは、窃盗目的で住居に侵入したが、まだ窃盗に着手していない場合を併合罪として扱うときは、窃盗罪に着手した後は、常習累犯窃盗罪に包含され、かえって処断刑が軽くなる、という不合理を指摘した原判決に対する反論としてなされたものである。その要旨は以下のとおりである。

すなわち、常習累犯窃盗罪の法定刑は3年以上15年以下の懲役であり、その幅は、罪数論によって直ちに甚大な影響を受ける程狭いものではない。

住居侵入について懲役刑を選択した場合における併合罪加重と累犯加重を比較すると、その長期は、前者では18年、後者では20年で大差がない上、短期は変わらない。そして、常習累犯窃盗には累犯加重の適用があるとする判例の立場によれば、多くの場合、3年以上20年以下の範囲内で処断されるから、住居侵入罪を併合罪としてもその刑の範囲内にあるし、また同条を適用した場合の量刑の実態は、ほとんど法定刑の

下限に集中しており、実質的に被告人に不利益はない、と論じる。

既判力問題⁽²⁶⁾

これが併合罪説の最も強力な論拠といわれるのだが、併合罪説によらない場合、常習累犯窃盗の犯人が住居侵入だけで逮捕され、他の窃盗の余罪が発見されないときは、住居侵入の刑で罰するほかないが、その場合には、後日、常習累犯窃盗にあたる余罪が発覚しても、重ねて処罰することができないという不都合があるとされるのである。

以上のうち、⁽²⁷⁾は、先に引用した二つの高裁判例の判旨を補強して、併合罪説を基礎づけようとするものであるから、併合罪説の論拠は、上告趣意における⁽²⁸⁾の主張に要約しうるのである。

そして、⁽²⁹⁾および⁽³⁰⁾は、どちらかといえば政策・実務面からの論拠であるのに対して、⁽³¹⁾は文理解釈・立法趣旨に基づく盗犯防止法2条・3条の法的関係に関連した論拠であり、そこにおいて展開される、両者は独立の犯罪類型であるから、住居侵入は2条と異なり3条には含まれず、従って、常習累犯窃盗罪と窃盗目的の住居侵入罪とは併合罪である、とする常習累犯窃盗罪の本質論に基づく議論が最も重要と考えられる。

すなわち、文理解釈上、盗犯防止法3条の構成要件に住居侵入行為を読み込もうとするのは、はじめから無理であるといわざるを得ない⁽²⁷⁾にもかかわらず、他方で、通説においては、一罪説が主張されており、判例もまた、前述のとおり、昭和55年判決は一罪説を採用することを明示した。ただ、併合罪説が退けられた論拠は、上記の処断刑の不均衡に関する反論が奏功しなかったためと解されている⁽²⁸⁾。

本質論として、数罪が成立すると考えるのが盗犯防止法3条の文理解釈としてきわめて自然であるにもかかわらず、何故、一罪説が解釈論として可能となるのであろうか？

次に、その点を検討してみることにする。

(2) 一罪説

一罪説の内容であるが、判例には、住居侵入行為が常習累犯窃盗罪に吸収されるとするもの、両行為は包括して常習累犯窃盗罪の一罪となるとするものが存し、学説上は、法条競合説、包括一罪説、科刑上一罪説に分かれる。

以下において、順次検討したい。

判例

a. 京都地判昭和46年5月22日判タ265号230頁

盗犯防止法3条の罪は、2条の罪と補充関係に立つので、2条と3条の要件を同時に具備する場合（刑法54条1項前段の規定に依拠することなく）、ただちに2条のみを適用すべきであり、2条の要件を具備しない場合にはじめて、3条を適用すべきであると述べ、両者の関係からして、当然3条には、2条と同様に手段としての住居侵入行為が取り入れられていると解すべきという旨判示し、以下のように論じた。すなわち、

『住居侵入の所為が窃盗の目的として行われ、その（目的とする）窃盗が常習性癖の発露として推認することを妨げられない限り、現実はその窃盗行為に及ばなかった場合でも、住居侵入の所為は常習累犯窃盗の罪に吸収される』。

b. 高松地判昭和44年9月18日判時590号106頁

盗犯防止法3条の罪は、2条のように方法の特殊性は要件とされていないものの、方法の特殊な場合を除外する趣旨だともいえないし、他方、2条も累犯性のある場合を除外する趣旨が明らかだともいえない。それゆえ、両者の重なる場合、規定相互の関係からは、いずれが優先するともいずれが吸収するとも断じがたい。

これは、立法の不備であり、2条にも該当するし、3条にも該当すると解するほがなく、2条を適用する場合には住居侵入が包括され一罪となり、3条を適用する場合は住居侵入が包括されず、併合罪となり、その選択如何によって処断刑に差ができるというのは不合理である。

しかも、盗犯防止法は、要件があいまいであり、刑が過酷であることから、被告人の刑責をいたずらに加重することのないように慎重を期すべきである、と述べ、結局、以下のように判示した。すなわち、

『2条が窃盗の常習性の発露としての夜間住居侵入を包括しているものと解するとともに、3条もまた窃盗の常習性の発露としての夜間住居侵入を包含していると解することが妥当である』。

c. 最判昭和55年12月23日刑集34巻7号767頁⁽²⁹⁾

55年判決であるが、本判決は、以下のように判示している。すなわち、

『盗犯防止法3条中）常習累犯窃盗に関する部分は、一定期間内に数個の同種前科のあることを要件として常習性の発現と認められる窃盗罪（窃盗未遂罪を含む）を包括して処罰することとし、これに対する刑罰を加重する趣旨のものであるところ、右

窃盗を目的として犯された住居侵入の罪は、窃盗の着手にまで至った場合にはもちろん、窃盗の着手にまで至らなかった場合にも、右常習累犯窃盗の罪と一罪の関係にあるものと解するのが、同法の趣旨に照らして相当である。

この判決により、当該住居侵入行為が、犯人の窃盗の常習性の発現として犯されたと認められる限り、あらゆる形態の住居侵入が常習累犯窃盗罪に包括されて、これと一罪の関係になるということになる、と評されている⁽³⁰⁾。

d. 小括

まず、京都地判が、2条と3条との関係を補充関係としつつ、併合罪説においては本来常習累犯窃盗に含まれるはずのない住居侵入が常習累犯に包含されていると解する理由は、前述のとおりであるが、そこでは、住居侵入の目的たる窃盗の常習性が、住居侵入を常習累犯窃盗に含ませる契機とされていることが示されている。

すなわち、行為者の属性としての常習性が、本来異なる窃盗行為と住居侵入行為を同化させる役割を果たしているのである。

同様に、高松地判が2条と3条との選択的適用を認めた結果、3条の構成要件に住居侵入を包含していると解釈しえたのも、2条と3条とがともに「常習的な盗癖を有するものを重く処罰しようとする趣旨」であることを条文解釈の基準としたためであった。すなわち、やはり、行為者の属性としての常習性が、明文で住居侵入行為を規定していない3条のなかに、住居侵入を含ませる解釈を可能にする役割を果たしている。

さらに、55年判決も、「窃盗目的の住居侵入罪も、窃盗罪の常習性の発現として評価すべきであるとしているように思われる」⁽³¹⁾という評釈の指摘するとおり、行為者の属性としての常習性概念を前提とするからこそ、住居侵入行為が窃盗行為の常習性の発現と評価される（同一の常習犯人の窃盗行為であり、住居侵入行為であるから、一つの犯罪と評しうる）ということにほかならない。

常習性が行為の属性と解せられるところでは、常習性を契機として、窃盗行為の構成要件のなかに住居侵入行為を読み込むことはできなかったはずである。

学説

a. 法条競合説

(1) 谷口説

2条と3条との関係を個別・補充の関係と解したうえで、盗犯防止法3条の常習累犯

窃盗の場合、窃盗の手段としての住居侵入がその構成要件に組み入れられていると解すべき論拠を三つ挙げる。

すなわち、第一に、盗犯防止法制定の経緯、第二に2条と3条の常習犯としての共通性、第三に常習累犯窃盗の法定刑の程度である。

第一の論拠は、盗犯防止法が当時頻発した忍び込み盗や押し込み盗に対処すべく制定されたことに照らせば、住居侵入はこの種の窃盗に当然随伴するものと解して、3条にいう窃盗罪・窃盗未遂罪もそのような住居侵入窃盗を予定したものと主張し、第三の論拠は、住居侵入と窃盗を別罪にするのは、屋内侵入盗の規定を欠く刑法の解釈として、屋内盗を屋外盗よりも重く処罰するための操作だったが、3条の常習累犯窃盗の規定は十分に刑が加重されているので、改めて別罪を構成すると解するまでもないという趣旨である。

しかし、これらの論拠はいずれも説得力に乏しい⁽³²⁾。

むしろ問題は、第二の論拠である。すなわち、谷口説は、2条の場合、窃盗の手段としての住居侵入行為が独立に評価されることはないが、常習者限定の方法が2条と異なるとしても、3条もまた「特殊の常習者について刑の加重を定めたもの」であって、2条の場合に明かな、窃盗の手段としての住居侵入を独立に違法評価しないという法の趣旨は、3条の場合にも同様に解すべきである、という旨主張する。

つまり、行為者の属性たる常習犯概念を媒介として、2条と3条が同視された結果として、明文上、常習累犯窃盗の概念内容として住居侵入が含まれているとはいえない⁽³³⁾にもかかわらず、住居侵入が3条の構成要件要素と解釈されているわけである。

本来、「住居侵入」と「窃盗」は、行為としては互いに異なることは明白なのであるから、常習性が行為の属性ならば、やはり「常習住居侵入」と「常習窃盗」も別物のはずであるがゆえに、2条の構成要件要素として「常習」および「住居侵入」が存している場合、3条の法文には「常習」のほかに「住居侵入」も存しないかぎり、3条のなかに当然に「住居侵入」が含まれているとは解しえない。

すなわち、行為者の属性としての常習犯概念を前提とするからこそ、罪刑法定主義に反するような盗犯防止法3条の解釈を導くにいたることが判明するのである⁽³⁴⁾。

(2) 大塚説

この見解は、窃盗目的の住居侵入行為を独立の犯罪と認め、それを盗犯防止法3条の常習累犯窃盗の罪と科刑上の一罪ないし併合罪と解する立場を、「3条の罪の形式的

文理解釈にとらわれたもの」と批判し、さらに、包括一罪説についても、住居侵入行為を独立の行為として取り扱う必要がないとして退ける⁽³⁵⁾。

そして、盗犯防止法3条の罪における常習窃盗は、社会観念上、窃盗行為に通常伴う手口をも当然包含して理解するのが妥当であるとして、住居侵入を盗犯防止法3条に含ませる、という解釈（吸収説）をとる⁽³⁶⁾。

(3) 小括

法条競合説においては、2条と3条を同視したり、「常習窃盗犯人には、忍び込みその他住居侵入を手口とするものが少なくない」という議論を導く形等で、行為者の属性としての常習性概念が法解釈上、決定的な役割を果たしているといいうるのである⁽³⁷⁾。

b. 包括一罪説

(1) 庭山説

本説は、盗犯等防止法の立法趣旨が、常習犯の発現と認められる盗犯を包括して処罰することとし、これに対する刑罰を加重するものであることに思いをいたすとき、同法3条の常習累犯窃盗罪においても、「常習性の発現としての住居侵入（窃盗を目的とする）が常習一罪として包括されると解することに、さほど心理的抵抗はないであろう、として端的に「常習性の発現としての住居侵入」という表現を用いており、行為者の属性としての常習性概念を一罪として解釈するための前提としていることは明らかである⁽³⁸⁾。

この見解は、ほとんど吸収説と紙一重である⁽³⁹⁾が、しかし、このような解釈を採用した場合、包括一罪がもともと単一の犯意のもとに同質の保護法益を侵害する行為をいうものと考えられるにもかかわらず⁽⁴⁰⁾、法益を異にする窃盗罪と住居侵入罪を包括一罪と解する結果、罪数論上の妥当性を問われるような結論に至ってしまう。

(2) 林説

この見解は、3条は2条のような特殊な個別行為類型を排除し、所定の累犯前科等によって常習性を認めようとしていること、および3条は押し込み強盗等に限らず、あらゆる形態の常習犯を対象としているといえることを根拠に、吸収説を批判し、さらに、処断刑の不均衡という観点から併合罪説を問題視し、さらに結果・目的の関係が

現実化されていないので、牽連犯説をも退ける⁽⁴¹⁾。

そして、住居侵入は常習窃盗に通常伴うのであって、盗犯防止法が「常習的盗癖」による窃盗を重く処罰しようとした趣旨を中心に考えると、目的とされた窃盗が常習性の発露である限り、住居侵入は3条と包括一罪となる、と解する。

この場合、住居侵入と常習累犯窃盗は、ともに個人的法益に対する罪と考えられるから、包括一罪と解しうる、とするのである⁽⁴²⁾。

以上の見解もまた、行為者の属性としての常習性概念を基礎としたものであることが明白である。

この考え方に対しては、確かに、両者は個人的法益に対する罪であるが、異なる法益に対する罪であるから、別の機会に行われたこれらの罪を同一の機会に行われたものと同様に包括一罪と解するのは容易ではない、と批判されている⁽⁴³⁾。

(3) 小括

結局、行為者の属性としての常習性概念を基礎とする包括一罪説は、罪数論上の困難をきたすということが判明するのである。

さらに、訴因の記載あるいは事実認定において被告人に不利をもたらしうる、という点において罪刑法定主義との抵触の可能性をも否定できない、という指摘が存在することに注意すべきである⁽⁴⁴⁾。

c. 科刑上一罪説

(1) 飯田説

本説は、大塚説同様、盗犯防止法2条および3条は、それぞれ犯罪類型を異にする別個の常習犯について規定したものと解釈を前提としつつ、吸収説を批判し(注32参照) 刑の不均衡の観点から併合罪説も採用せず、窃盗の着手に至らない住居侵入は「常習性の発露としての窃盗を目的としたものであるから」全体として常習累犯窃盗と牽連犯の関係にあると主張する⁽⁴⁵⁾。

しかし、この見解に対しては、手段または原因としての住居侵入の相手である目的または結果としての犯罪の存在しない牽連犯を認めることは、刑法54条1項後段の文理に反する、という批判が加えられている。

牽連犯説もまた、「常習性の発露としての窃盗を目的としたものである」という形で、行為者の属性としての常習犯概念が、住居侵入と窃盗という互いに異なる行為を科刑

上とはいえ、一罪視させる解釈の基軸となっていることがわかるはずである。

その結果、54条の文言に反するような結論を招いている。

(2) 山火説

この見解は、処断刑の不均衡をもたらす併合罪説を批判し、吸収説は、いかなる解釈を施しても不可能もしくは困難であると論じ、包括一罪説も循環論法として退け、結局、常習累犯窃盗と窃盗目的の住居侵入罪の関係については、率直に両罪の成立を認め、包括的に常習累犯窃盗の刑によって処断するべき、すなわち、科刑上一罪の一種としての包括的一罪として扱うべきだと主張する⁽⁴⁶⁾。

そしてさらに、包括的一罪を認める実質的根拠として、包括される窃盗目的の侵入が、単なる住居侵入ではなく、常習窃盗の常習性の発露である、ということが重要である、とされる⁽⁴⁷⁾。

すなわち、常習窃盗の常習性の発露としての住居侵入は、常習窃盗の予備の実質を備えるから、常習累犯窃盗罪の刑によって包括的に処断すれば足りる、と主張するのである。

いうまでもなく、行為者の属性としての常習犯概念を支えとして、住居侵入行為と窃盗行為が予備・実行の関係と同視された結果、観念的競合にも牽連犯にもならない科刑上一罪概念が主張されたのであった⁽⁴⁸⁾。

(3) 小括

このように、科刑上一罪説は、行為者の属性としての常習性概念に支えられて展開された見解であるが、結局、刑法54条の文理に反する解釈を導いており、それはとりもなおさず、立法の趣旨から逸脱するような法文解釈を、行為者の属性としての常習犯概念が促したことにほかならないであろう。

おわりに

以上の考察の結果、2では、盗犯防止法3条の累犯要件を具備しない窃盗の罪と常習累犯窃盗罪との罪数関係の検討を通じて、行為者の属性としての常習性概念が、行為責任を基礎とする責任主義に反する解釈をもたらす作用を有することを例証し、3では、窃盗目的の住居侵入罪と常習累犯窃盗罪との罪数関係の検討により、行為者の属性と

しての常習性概念が、本来併合罪と解されるべき両罪の関係を一罪とする解釈の基礎を提供しつつ、しかし、罪刑法定主義との抵触や法文の立法趣旨からの無理な逸脱を生ぜしめることを、明らかにしえたと思われる。

しかし、このように行為者の属性としての常習性概念が、客観的に差異のある別個の行為を同化させるような解釈に力を与えてしまうことは、共犯の領域でもすでに発生していたことは周知のとおりである。

すなわち、常習者が非常習者に賭博を教唆・幫助した場合、多数説・判例（大判大正3年5月18日刑録20輯932頁）は、常習者に常習賭博罪の教唆・幫助が成立するとし、行為者の属性としての常習性が、その発現において正犯の場合と教唆・幫助の場合とで区別されないという解釈を行っていたのである。

この事実に想到するならば、本稿で論じたような事柄は異とするに足りないのかも知れないが、常習性概念を行為者の属性とすることの問題性を再確認させられるのではなかろうか。

【注】

- (1) 最判昭和26年8月1日刑集5巻9号1709頁。
- (2) 板倉宏・刑法総論（平成16年）262頁、植松正・再訂刑法概論 各論（昭和50年）227頁、小野清一郎・新訂刑法講義各論（昭和25年）148頁、岡野光雄・刑法要説総論（平成13年）154頁、川崎一夫・刑法各論（平成12年）391頁、川端博・刑法総論講義（平成7年）124頁、吉川経夫・刑法各論（昭和57年）337頁、荘子邦雄・刑法総論〔第三版〕（平成8年）105頁注（2）、団藤重光・刑法綱要各論〔第三版〕（平成2年）355頁、西田典之・刑法各論〔第二版〕（平成14年）394頁、日高義博「常習賭博罪の問題点」植松正＝川端博＝曾根威彦＝日高義博（編）『現代刑法論争（第二版）』（平成9年）323頁、福田平・全訂刑法各論〔第三版〕（平成14年）140頁、堀内捷三・刑法各論（平成15年）288頁等。折衷説として、青柳文雄・刑法通論 総論（昭和40年）499頁、大塚仁・刑法概説（各論）〔第三版〕（平成8年）530頁、大谷實・新版刑法講義各論〔追補版〕（平成14年）535頁、小暮得雄「賭博及び富籤に関する罪」団藤重光（編）『注釈刑法（4）』（昭和40年）342頁、佐久間修・刑法講義各論（平成2年）242頁、山口厚・刑法各論（平成15年）511頁等。なお、行為の属性が行為者の属性かという分類法を否定するのが、林幹人・刑法各論（平成11年）411～412頁。
- (3) 拙稿「常習犯に関する一考察」平民法政研究7巻1号（平成14年）68頁。
- (4) 大判大正3年3月10日刑録20輯268頁。
- (5) 内田文昭・刑法各論〔第三版〕（平成8年）524頁、大越義久・刑法総論〔第三版〕（平成13

- 年) 24頁、木村光江・刑法〔第二版〕(平成14年) 427頁、島伸一「常習賭博罪の加重根拠」内田文昭(編)『争点ノ・ト刑法各論』(改訂版)(平成9年) 203頁、曾根威彦・刑法総論〔第三版〕(平成12年) 159頁、内藤謙・刑法講義総論(下) (平成3年) 740頁、中山研一・刑法各論(昭和59年) 473頁、平野龍一・刑法概説(昭和52年) 252頁、前田雅英・刑法各論講義〔第三版〕(平成11年) 419頁、山中敬一・刑法各論 (平成16年) 679頁、吉岡一男「累犯と常習犯」中山研一=西原春夫=藤木英雄=宮澤浩一(編)『現代刑法講座第三巻』(昭和54年) 316頁等。
- (6) 内田文昭「常習犯と違法性の意識」神奈川法学34巻2号(平成13年) 17頁以下。
- (7) 最判昭和55年12月23日刑集34巻7号767頁。
- (8) 安西温・特別刑法7(昭和63年) 106頁、大塚仁「特別刑法」『特別刑法・矯正保護法・刑事補償法』(平成2年) 97頁、中谷瑾子「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」伊藤榮樹=小野慶二=莊子邦雄(編)『注釈特別刑法第二巻』(昭和57年) 300-301頁。
- (9) 大塚・前掲書(注8) 96頁。
- (10) 阿部純二「累犯加重の根拠」岩田誠先生傘寿祝賀『刑事裁判の諸問題』(昭和57年) 77頁以下。
- (11) 平本喜祿「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律三条の意義」研修379号(昭和55年) 77頁。
- (12) 富田仲次郎「盗犯等ノ防止及処分に関する法律に就て」司法研究報告書14輯4号(昭和6年) 135頁以下、古田正武「盗犯等の防止及処分に関する法律案解説」警察研究1巻4号(昭和5年) 14頁以下。
- (13) 平井彦三郎・盗犯等防止法釈義(付録「盗犯等ノ防止及処分に関する法律の理由説明書」)(昭和5年) 20頁。
- (14) 岩崎二郎「累犯」総合判例研究叢書(6)(昭和32年) 99頁。
- (15) 田宮裕「累犯」団藤重光(編)『注釈刑法(2)の』(昭和44年) 666頁等。
- (16) 大判昭和14年7月14日刑集18巻411頁、最決昭和44年6月5日刑集23巻7号935頁等。
- (17) 山口厚・刑法総論(平成15年) 512頁注(21)。
- (18) 中義勝・講述犯罪総論(昭和55年) 166頁では、集積した違法行為の分量の大きさに常習犯加重根拠を求めるが、この場合、違法性の大きさが担保されるにしても、行為責任の重さは、累犯の高められた行為責任で補充せざるを得ないであろうから、常習累犯の刑の加重にとつては、常習性のみならず、累犯性も不可欠となるはずである。
- (19) 昭和49年改正刑法草案は、常習累犯に対する不定期刑宣告の可能性を規定した(58条・59条)。
- (20) 八木宏幸「常習累犯窃盗と窃盗目的住居侵入との罪数関係」研修578号(平成8年) 73頁。
- (21) 虫明満「常習累犯窃盗罪と罪数」福田平大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討(下)』(平成5年) 489頁以下。
- (22) 稲田輝明「常習累犯窃盗の罪と窃盗の着手に至らない窃盗目的の住居侵入の罪との罪数関係、他」法曹時報33巻12号(昭和56年) 334頁、大塚仁「常習累犯窃盗罪と窃盗の着手にいたらない住居侵入罪との罪数関係」研修402号(昭和56年) 5頁、庭山英雄「常習累犯窃盗の

- 罪と窃盗の着手に至らない窃盗目的の住居侵入の罪との罪数関係」判例評論269号（昭和56年）45頁、古田佑紀「常習累犯窃盗の罪と窃盗目的の住居侵入罪との罪数関係」研修393号（昭和56年）72頁。
- (23) 稲田・前掲論文（注22）334頁、大塚・前掲論文（注22）5頁、庭山・前掲論文（注22）45頁、古田・前掲論文（注22）72頁。
- (24) 稲田・前掲論文（注22）337頁、大塚・前掲論文（注22）5頁以下、庭山・前掲論文（注22）45頁以下、古田・前掲論文（注22）72頁。
- (25) 稲田・前掲論文（注22）337頁、大塚・前掲論文（注22）6頁以下、庭山・前掲論文（注22）46頁以下、古田・前掲論文（注22）72頁。
- (26) 稲田・前掲論文（注22）337頁、大塚・前掲論文（注22）7頁、庭山・前掲論文（注22）47頁、古田・前掲論文（注22）72頁。
- (27) 飯田英男「常習累犯窃盗の間に窃盗目的の住居侵入が介在した場合の罪数」研修358号（昭和53年）67頁。
- (28) 大塚・前掲論文（注22）11頁。
- (29) 本判決の評釈として、稲田・前掲論文（注22）332頁以下、大塚・前掲論文（注22）3頁以下、飛田清弘「常習累犯窃盗を犯した者が窃盗を目的とする住居侵入を犯している場合における両罪の関係」警察学論集34巻8号（昭和56年）150頁以下、庭山・前掲論文（注22）44頁以下、林美月子「常習累犯窃盗罪と窃盗の着手に至らない窃盗目的の住居侵入の罪との罪数関係」警察研究54巻10号（昭和58年）74頁以下、古田・前掲論文（注22）71頁以下、八木・前掲論文（注20）73頁以下、山火正則「常習累犯窃盗罪の罪数関係」ジュリスト768号（昭和57年）162頁以下等参照。
- (30) 飛田・前掲論文（注29）159頁。
- (31) 古田・前掲論文（注22）74頁。
- (32) 飯田・前掲論文（注27）66頁は、第一の論拠については、3条を住居侵入を手段とした窃盗のみを対象にしたものと限定的に解釈すべき理由は認められない、と述べ、第二の論拠に対しては、常習性の内容が異なるのに、何故、2条と3条を同様に解すべきとするのか疑問であるとし、第三の論拠については、住居侵入窃盗は、刑法54条後段により重い窃盗刑が処断刑とされるのであって、屋内侵入盗を屋外盗に比べて重く処罰するものではない、と批判する。なお、林・前掲論文（注29）79頁、古田・前掲論文（注22）74頁も同様の批判を行っている。
- (33) 虫明・前掲論文（注21）493頁。
- (34) 谷口正孝「常習累犯を構成する窃盗の手段として住居侵入がなされている場合の擬律」ジュリスト509号（昭和47年）138頁以下。
- (35) 大塚・前掲論文（注22）11頁以下。
- (36) 大塚・前掲論文（注22）11頁以下。
- (37) 大塚説は、一見、常習窃盗「行為」の方法を論じており、行為の属性としての常習性を問題にしているような外観を呈しているが、実は、前述（注2）で指摘したとおり、折衷説に立

ち、「わたくしは、住居侵入を伴う常習窃盗行為は、『常習として』刑法235条の『罪ヲ犯シタル者』として、3条の罪に含まれるべきもの」としており、行為者の属性としての常習性概念をも視野に収めていることが知られる。

- (38) 庭山・前掲論文(注22)46頁。
- (39) 庭山・前掲論文(注22)47頁は、吸収説ではなく、包括一罪説を採用する理由を「吸収説においては、・・・3号は一種の結合犯・・・と見られるので、住居侵入の実行に着手しただけでも吸収関係を生じよう。これに対して、包括一罪説においては住居侵入が既遂に達しないかぎり包括の問題は起きないと思われる。単なる住居侵入の実行の着手のみでは常習窃盗の常習性の発現としてはいかに不十分なので、その発現においてより確かな包括一罪説の方が妥当だからである」と説明している。
- (40) 古田・前掲論文(注22)75頁以下。もっとも、近年、混合的包括一罪という罪数概念が登場してはいる 只木誠・罪数論の研究(平成16年)163頁以下参照。
- (41) 林・前掲論文(注29)79頁以下。
- (42) 林・前掲論文(注29)79頁以下。
- (43) 虫明・前掲論文(注21)494頁。
- (44) 罪刑法定主義との抵触については、奈良俊夫「いわゆる『包括一罪』の再検討」研修471号(昭和62年)6頁以下参照。
- (45) 飯田・前掲論文(注27)65頁以下。
- (46) 山火・前掲論文(注29)163頁以下。
- (47) 山火・前掲論文(注29)164頁。
- (48) 虫明・前掲論文(注21)495頁以下は、観念的競合にも牽連犯にもならない事例をなお科刑上一罪とするのは、特に科刑上一罪を刑法54条に限定して規定した立法の趣旨に反するのではないか、と批判し、結局「かすがい」理論を否定することにより、併合罪説をあらためて主張する。

「副検事」制度の成立と課題

新屋達之

はじめに

1. 明治初期
2. 裁判所構成法下での状況（1）
3. 裁判所構成法下での状況（2）
4. 戦後改革期初期
5. 戦後改革第二期：検察庁法の制定まで
6. その後の状況

総括

はじめに

司法制度改革審議会（1999年7月～2001年6月）、司法改革推進本部（2002年2月～2004年11月）において政府が進めてきた司法改革は、その規模において明治期における近代型司法制度の確立、戦後改革に次ぐ第三の大改革であった。この事実は、今回の司法改革についての評価・賛否は別としても、異論はないであろう。法曹制度についても、法曹養成制度の再編（法科大学院）、判検事を含む法曹人口増・法曹資格の見直しをはじめ、相当におおがかりな変革が行なわれ、特に弁護士のある方をめぐっては非常に激しい議論が展開された。

しかしその一方、今回の司法改革は、検察制度については検事の増員、若手検事の弁護士経験、人事・研修制度の見直し、検察庁運営への国民参加などの改革を試みたものの、抜本的改革には踏み込むことがなかったといってもよい。これは検察に問題がなかったからでは無論なく、当初から警察・検察のあり方を俎上に載せることが回避されていたためであろう⁽¹⁾。この点で、検察改革は 今回の政府主導の司法改革があるべき司法の実現に寄与しえたとしても なお今後の課題として、後世に委ねられたことになる。

もっとも、学説においては、検察改革の方向性を模索する作業は今回の司法改革を離れても存在してきたし⁽²⁾、ジャーナリズム独自の観点から検察の現状を分析する作業も少なくない⁽³⁾。さらに、日弁連など弁護士層においても、今回の司法改革を通じ、あるいは独自に検察改革の方向性を探る動きはみられた。

ところで、これまでの検察制度論は、もっぱら検察の制度や権限のあり方であり、それらの主役となるべき検事のあり方であったといってもよい。しかし、検察活動の実際においては、これまでは法曹有資格者たる正規の検事の不足の故もあり、区検察庁の事務のみを取り扱う副検事あるいは検察官の補佐役である検察事務官が、それぞれ地方検察庁事務取扱副検事として、あるいは検察官事務取扱検察事務官として、現実には大きな役割を果たしている。

このような点で、従来は「脇役」であったこれらの職種についても、改めてそのあり方が問われる必要があるだろう。特に、副検事は検事とともに検察官の一員であり（検察庁法3条）、検察制度のあり方、更には刑事手続のあり方を抜本から問い直すほど、再検討の必要は高まる。実際、日弁連部内においては、副検事のあり方をも含めた検討が試みられている。

そこで以下では、副検事制度の沿革を踏まえ、今後の課題について若干の検討を試みることにする。なお、本稿はもともと、筆者が日弁連より副検事制度の沿革について調査囑託を受け、その結果を提出したものに更に若干の修正を加えたものに由来する。しかし、筆者の私見に基づくものであることはいうまでもない。

1. 明治初期

1 日本において、多少とも近代的な意味における検察制度は、1872年の司法職務定制にはじまる。「検事」の名も、このときにはじめて使われたといわれる。

司法職務定制によると、検察官は「検事」と「検部」にわけられ、それぞれさらに六階級ごとに分けられていた⁽⁴⁾。「検事」は、「法憲及人民ノ権利ヲ保護シ良キヲ扶ケ悪ヲ除キ裁判ノ当否ヲ監スルノ職」で（同23条）、公判で「裁判ヲ求ムル権」（同24条）、「罪犯ノ探索逃亡ヲ管督指令」する捜査への指揮監督権、「検部及逮部ヲ総撰ス」る権限などを有していた。フランス法に倣ったものと考えられているが、独自捜査権が存在しないこと、司法警察への直接的指揮権が可能であったことを除き、現在の検事とほぼ同一の権限である。「検部」は「各裁判所ニ出張シ検事ノ指揮ヲ受ケ其事ヲ撰行シテ聴断ヲ監視」することや訴状への検印の付与、さらに「罪犯ノ探索ヲ掌ル」ことや現行犯では「逮部長ニ協応シ逮部ヲ指揮シ捕縛」させるなどの捜査権限を有していた。これらの点で、現在の副検事・検察事務官に近い。ちなみに「逮部」は裁判所に所属する司法警察官で、主に犯罪捜査にあたる（以上、司法職務定制22条）。その後、「検事職制章程司法警察規則」（1874年）は、検部を廃止した。なお、1873年の司法省廻達によれば、区裁判所出張検事局に検事は置かれぬものとされていた⁽⁵⁾。

1875年の「司法省検事職制章程」では、「検事」は「非違ヲ案検シ之ヲ裁判所ニ弾告スルコトヲ掌ル」（同・検事職制）とされたが、本質的な職務内容に変化はない。だが、今回の制度改革により、「検事補」制度がおかれた。検事補は、「事ヲ検事ニ受ケ検挙ヲ掌ル」（同・検事職制）もので、各裁判所に配置され、「本属検事ノ指揮ヲ受ケ」る（同・検事章程1条）。その後も官制の変更は頻繁に行なわれるが、治罪法制定まで、検事および検事補の制度は基本的には変化しなかった⁽⁶⁾。

なお、治罪法施行までの刑事訴訟手続は、基本的に江戸時代の糺問手続を踏襲していた。加えて、刑事事件の控訴は認められておらず、上告も、違警罪と「死罪」では許されていなかった（1875年の大審院諸裁判所職制章程、控訴上告手続及裁判事務心

得)。従って、これらの事件は一審制であったことになる。

2 (1) 日本に近代的刑事手続をもたらした治罪法(1880年制定)の下では、治安裁判所、始審裁判所、控訴裁判所、大審院が置かれた。一審段階について管轄を見ると、治安裁判所は違警罪裁判所として、ほぼ現在の軽犯罪法違反に相当する違警罪(旧刑法9条)に関する事件を担当した(治罪法49条)。始審裁判所は軽罪裁判所として、軽罪(旧刑法8条)の予審・公判と重罪(旧刑法7条)の予審を管轄した(治罪法54条1・2項)。重罪は、控訴裁判所または始審裁判所において原則として三ヶ月ごとに開廷される重罪裁判所で審理される(治罪法71・72条)。

各裁判所には検察官が置かれ、捜査、訴追、裁判の執行、裁判における公益保護の役目を担った(治罪法33・34条)。検察官とは、検事長、検事、検事補、違警罪裁判所における公訴原告の職務を行なう警部を総称した概念である⁽⁷⁾。このうち検事補は、軽罪裁判所の検事の指名に基づき軽罪裁判所公判における職務を行なう(治罪法58条参照)。

違警罪裁判所である治安裁判所においては、検察官の職務は、その裁判所所在地の警部が行なうものとされた(治罪法51条)。このような特例を認めた理由は、違警罪は軽微な事件であり審理を綿密にする必要がないので「簡易省費」を目的としたとされる⁽⁸⁾。だが、違警罪は「其地方ノ安寧ヲ妨碍スルモノ」だが安寧確保は警部(すなわち行政警察官)の役目であること、違警罪に対する告訴・告発がなされることはごく稀な上、私人による現行犯逮捕も許されないため(治罪法105条。なお、102条2項)その摘発はほとんどが巡査により行なわれることになる。それ故、警部の職責とも合致し、実際上の便益があることを理由とする論者もある⁽⁹⁾。いずれにせよ、違警罪の軽微・特殊な性格が、かかる特例の根拠とされたのである。

(2) 治罪法は、それまでは認められていなかった上訴制度についても整備し、違警罪(拘留刑に限る)・軽罪・重罪を問わず、控訴・上告の途を開いた。ところが、治罪法施行を翌年に控えた1881年、違警罪の上訴は許されないものとされ(明治14年太政官布告44号)さらに「三府五港ノ市区」すなわち東京・京都・大阪と箱館・新潟・横浜・神戸・長崎を除き、違警罪の処理は府県の警察署及び分署において行なうものとされた(明治14年太政官布告80号)。これは、治安裁判所を多数設置することが、財政上、過大な負担を伴うとの理由からであったと思われる⁽¹⁰⁾。

ところがこれでは「压抑二流ルル懼レ」がある(伊丹重賢)とか、軽微な事件でも

「冤柱二陥ル無キヲ保セス」(細川潤次郎)ということ⁽¹¹⁾が考慮されたためか、正式裁判請求の途を開くこととされた。そのために制定されたのが、違警罪即決例である(明治18年太政官布告31号)。すなわち、警察署長などは管轄地内で発生した違警罪を即決処分するが(違警罪即決例1条)、被告人は、即決の言渡しに対して違警罪裁判所に正式の裁判を請求することができることとされた(同3条)。これに伴い、違警罪の上訴禁止と警察裁判を規定していた先の太政官布告は廃止された。

その後、違警罪即決例は犯罪捜査の手段として濫用されるが、制定の時点では、不服申立てを保障するという限りで人権保障を目的としていた。もっとも、このような側面はやがて忘れられ、違警罪即決例の趣旨は「簡易手続にて軽微な科刑処分をなし、被疑者も無用の負担を免れ国家も無用の煩累を避けて而かも国家の目的を万全に遂行しやうとする立場からのもの」⁽¹²⁾とされていった。

3 治罪法は、当時としてはきわめて先進的な法律であったが、当時の司法界ではそれを使いこなすことはできなかったようである。同法が施行されてみると様々な不備・欠点が痛感された由であった。さらに、法継受の対象もフランス法系からドイツ法系へと変化した。そこで、大日本帝国憲法の制定(1889年)に合わせ、治罪法は旧々刑事訴訟法にとって代わられた。同時に裁判所構成法が制定され、従来は治罪法で規定されていた裁判所・検察の組織は、裁判所構成法の定めるところとなった。これにより、日本の検察制度は一応の完成をみることになった。

裁判所構成法は、検事局を裁判所に付置するものとし(裁判所構成法6条1項)検事局には相応な数の検事を置くこととした(同7条)。これに伴い、従来の検事補は裁判所構成法上の検事として扱われることとなり(明治23年勅令254号)検察権限を行使する者は検事一本に絞られた。一方、違警罪は警察が管轄すべきものと考えられたためか⁽¹³⁾、違警罪即決例が裁判所構成法・旧々刑事訴訟法により変更されることはなかった。

区裁判所にも検事局が付置され、検事が配置されることは、他の裁判所と同様である(裁判所構成法18条1項)。区裁判所は比較的軽微な軽罪をも管轄して自由刑を言い渡す権限を有する点(裁判所構成法16条)で治安裁判所以上に事物管轄が広げられている。このことが、区裁判所にも検事を配置した理由と考えられる⁽¹⁴⁾。しかし同時に、区裁判所検事局の検事事務は、その地の警察官、憲兵将校又は下士官、林務官も扱いうるとされ(同条2項)⁽¹⁵⁾、さらに司法大臣が適当と認めた場合には、区裁判所判事

試補または郡市町村長に検事の代理をさせることもできた（同条3項）。これらは検事代理と呼ばれたが、それはあくまで便宜上の措置で、区裁判所の扱う事件が軽微であることがこのような例外的措置を認めた根拠とされている⁽¹⁶⁾。

なお、治罪法以来、旧刑訴法まで同様であるが、検事は捜査の主催者であった（治罪法92条、旧々刑訴法46条、旧刑訴法246条）。従って、司法警察官吏は検事の補佐役で、検事の指揮命令の下にある。もっとも、検事が司法省の管理であるのに対し、司法警察官吏は都道府県（最終的には内務省）の管理に属する。なお、司法警察官吏はもちろん、検事にも強制権限は認められず、強制処分は一部の例外を除き予審判事の権限に属していた。

2. 裁判所構成法下での状況（1）

1 （1）裁判所構成法の制定により、戦前期司法制度の大枠は定まった。しかし、当時の日本はなお後発資本主義国の域を出ておらず、法曹養成制度もようやく確立期を迎えたばかりで、そのための高等教育機関の整備も十分ではなかった⁽¹⁷⁾。加えて、当時の国家財政からして司法の拡充を図ることも困難であった。

そこで、1892年、政府は「区裁判所検事局検事補設置ニ関スル法律案」を第3回帝國議会に提出した。これは次の二項からなる簡単なものであった。

「区裁判所検事局二検事補ヲ置キ検事ト同一ノ職務ヲ行ハシム

検事補ハ委任トス検事補ニ任セラルルニ必要ナル資格ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」

勅令で定められる「必要ナル資格」については、三年以上裁判所書記または警部の職にあった者から採用し、待遇（委任官）・職権は検事と同一とするが、検事への昇進には高等官試験に合格する必要があるというのが、政府側の構想であった。

政府委員三好退蔵は、提案理由を次のように述べている⁽¹⁸⁾。

「〔区裁判所の検事事務の取扱いについて〕裁判所構成法ノ第十八条〔により〕憲兵將校又ハ林務官等ニ於テ其取扱ヒマスル犯罪事件ハ、自カラ限りガアリマスルノミデアリマセヌ、区裁判所ト所在地ヲ異ニ致シテ居リマスル、故ニ常ニ其便利ニ依ルコトガ出来マセヌ、唯警察官ノミハ区裁判所所在地ニ常ニ居ルモノデアリマスルカラ、警察官ヲシテ区裁判所検事ノ事務ヲ取扱ハシメルコトハ出来マスルノデアリマス、然ルニ警察官ノ事務ノ繁劇ナル又人員ニモ自カラ限りガアリマスノデ、地方庁ヨリ警察官ヲシテ区裁判所ノ検事ノ事務ヲ取扱ハシメルコトハ出来ナイト云フノデ

謝絶セラレマスルノガ往々アリマス、然ラバ各区裁判所ニ普ク検事ノ本官ヲ置〔くこと〕……余程困難デアリマス、且ツ裁判所構成法ノ実施以来判事検事ノ死亡転免等ノ数ガ七十余名ニ及ンデ居リマス……〔だが、司法官試補により〕判事検事ノ補欠ヲ致シマスノデサへ、尚ホ足ラザルコトヲ苦シンデ居ルノデアリマス、ソレ故ニ此司法官試補ヲ以テ区裁判所ノ検事ト致シマスコトハ、實際出来マセヌノミナラズ、区裁判所ノ中ニハ誠ニ事務モ少ナキ所ガアル、且ツ其取扱フ所ノ事件モ輕易ナルモノノ場所ガ往々アリマス、ソレ故ニ此ノ如キ場所ニハ二回ノ試験ヲ経タルガ如キ、高尚ナル学識ヲ持ツテ居ル検事ヲ用ヒル必要ガアリマセヌ……斯様ニ検事補ヲ以テ区裁判所ノ検事ノ補欠ヲ致スコトニ致シマスレバ……司法官ヲ二百名以上モ養成セバナラヌト云フガ如キ不経済ナルコトモ致サンデ済ミマスルシ、旁々区裁判所ノ事務ヲ執ラスルノ上ニ就イテモ敏活ナルコトヲ得ル〔だろう〕」

要するに、区裁判所検事局の事務の合理化と、区裁判所取扱ひ事件の軽微であることが、検事補設置の理由であった。この他、司法予算の圧縮という趣旨が強調されていた。

(2) 法案は、衆議院で可決されて貴族院に送付された。ところが貴族院は、法案を否決するに至った。箕作麟祥は、おおよそ次のような点を反対理由に挙げる⁽¹⁹⁾。

第一に、裁判所構成法との関係である。施行からわずか一年半程度で「夫レ程経験シナイチョットシタ区裁判所ノ検事補ノコトカラシテ貴重ナル裁判所構成法ニ続ギ足シノ法律ヲ以テ大ナル法律ヲ恰モ打チ壊スト様ナ姿ニナルノハ本員ノ甚ダ取ラザル所デアリマス」。また、検事補制度を導入すると「裁判所構成法ノ中ノ何レノ条ニ此検事補ガ適用ガ出来ルモノヤラ何レノ条ニ適用ガ出来ヌモノヤラ其区別ガサッパリ分ラヌコトニナル」。

きわめて観念的・形式的な批判だが、裁判所構成法は、その改正に枢密院の諮詢を要する「憲法付属の法」であり、軽々にいじるべきでないと考えられていた事情があるためである。

第二に、検事補制度は高等試験を経ない者を奏任官という高等官に取り立てる点で、「我邦ノ官制ニハナイ」「一種奇妙ナル役人ガ出来ルコトニナル」ので、官制上の矛盾をきたす。

第三に、検事代理の制度を「融通シテヤレバ一切検事ノ事務ヲ扱ハセルコトノ出来ヌト云フ不便ハアルマイト思ヒマス」、「行政官ノ便ノ目前ニ目前ノ僅ノ差支ヘトカ融通トカ云フコトノタメニ此ノ堂々タル司法官ノ独立ヲ保ツタメニ作ラレタ所ノ裁判所

構成法ト云フモノヲ修正スルノカト思ヘバ修正デモナシ、一種ノ簡單ナル続ギ足シ法律ヲ拵ヘテ此構成法ヲ打壞ハスト云フコト」はおかしい。

また、裁判所書記の経験を持つ小笠原寿長は、延岡裁判所では検事差支えのときに警察署長が一名の警部が検事の職を代行していたが、「其間別段差支ヲ生ジタコトモゴザリマセヌデシタ……普通ノ職務丈ケナラバ警部ガ執ツテ居ル以上ハ検事補ヲ置カンデモ万々差支」はない⁽²⁰⁾。

2 こうして、検事補制度新設法案は葬られたが、その後も、検事補制度新設の動きのない意見は、司法省内部では根強かった。第15回帝国議会には「検事補設置二關スル法律案」の提出が計画されていた。だが、裁判所構成法の改正が計画されていたため、特別の単行法で裁判所構成法の実質的変更を行なうことは好ましくないとして、提出は撤回されたという⁽²¹⁾。

政府部内に設置された法典調査会では、1901年、裁判所構成法改正の要否について検討を行なった。ここにおいても再び検事補制度設置の問題が取り上げられ、裁判所構成法6条に「検事補ハ其ノ所属検事局ニ属スル検事ノ事務ヲ取扱フ」、裁判所構成法18条に「区裁判所検事局ニハ検事補ヲ置クコトヲ得」「検事補ノ事務取扱ニ付テハ検事ニ關ル規定ヲ適用ス」との規定を追加することの当否が論じられた⁽²²⁾。

倉富勇三郎によると、厳格な資格を要する検事を検事局にあまねく配置することが困難なこと、「僻遠ノトコロデ裁判所ガナケレバ不便デアルガ置イテ見レバ事件ノ数ガ多クアルデハナシ又偶々ニ起ルニシテモ其事件ハ六ヶ敷クナイカラ今日ノ検事ヨリモ……資格ヲ容易クシテ一通リ検事ノ職務ガ執レレバ差支ナイ場所ガアルサウ云フ箇所ニ検事ノ資格ヲ低クシテ検事補ヲ置イタ方ガ適當デアル」という。そして、区裁でも重要なところには検事を配するが、「閑散ノ所ニハ検事補ヲ配置」する、というのである。三好退蔵も、人を得る上でも経済面でも事務内容の繁閑の面でも地裁検事と区裁検事は「全く別資格ノ者ヲ以テセラルレノガ適當デアラウト思フ」として賛成した。資格などについては、年俸500～600円⁽²³⁾で、警部や裁判所書記から試験などにより特別任用する。検事補から検事への任用は認めないというのが、大略の構想であった。

しかし、奥田義人は、検事と検事補は「職務ハ同一デアル然ルニ一方ハ検事ト云ヒ一方ハ検事補ト云フノハ立法上ノ体ヲ得ナイ」。実際上の必要があるのであれば、「任用法ニ区裁判所ニ在勤セシムル検事〔に〕限り斯クスクノ俸給、斯クスクノ資格ヲ採ルト云フ特例ヲ設ケルコトニシテ此ノ運用ヲ附ケタ方ガ立法上ノ体ヲ得タモノト考ヘ

マス」という。かれの意図は、二回試験の程度を「区裁判所ノ検事二限ツテ低メルコト八出来ル」という点にあったようで、区裁判所専用の検事そのものに反対したわけではなかった。「唯検事補ト云フ名義ハ悪ルイト云フヤウニ見ラレル」(石渡敏一)ということの問題としたようである。村田保は、検事代理の制度を利用すれば差支えないという。一方、梅謙次郎は、過渡的には検事補を認めてもよいが書記に検事の代理をさせればよいといい、仁井田益太郎も書記が検事の代理をすれば足りるという。

最終的には、議長清浦奎吾が、裁判所構成法6条及び18条への追加規程は削るが「最モ或ル場合ニ於テ補則力何カラ提出スルコトガアルカ知りマセヌガソレハ別問題トスル」とした上で採決を行い、それが多数意見となった。

もっとも、司法省部内ではその後も検事補導入のための検討が続けられた模様で、1904年頃には、次のような規定を設けるための裁判所構成法改正案が作成されていた⁽²⁴⁾。「区裁判所検事局検事補設置ニ関スル法律案」及び法典調査会での構想とほぼ同一であるが、議会には提出されていない。

「第一四三条ノ二 区裁判所検事局ニハ検事補ヲ置クコトヲ得

検事補ハ其所属検事局ニ属スル検事ノ事務ヲ取扱フ

検事補ノ事務取扱ニ付テハ検事ニ関ル規定ヲ適用ス

第一四三条ノ三 検事補ハ委任官トス

検事補ノ職ハ司法大臣之ヲ補ス

第一四三条ノ四 検事補ニ任セラルルニハ勅令ニ特別ノ規程アルモノヲ除ク外

試験ヲ経ルコトヲ要ス試験ニ関ル規程ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」

3 (1) その後、しばらくの間、検事補問題は姿を消していた。1928年には、司法権の独立を担保するには裁判所と検事局を分離すべきだとして裁判所と検事局を分離するための法律(裁判所法案、検察庁法案)を帝国議会に提出する動きもあり(枢密院段階で挫折する)、1938年には同様の議員立法が第73回帝国議会に提出されたが(貴族院で廃案)、いずれにおいても検事補の問題は取り上げられていなかった。

しかし、検察実務家の間には検事補新設論も有力であった。

平井彦三郎(大審院検事)は「公訴捜査ヲ二機関ニ分ツコトナク総テ検事ノ権限トシ、別ニ検事ノ補佐トシテ特別任用ニ由ル検事補ヲ設ケ、検事指揮ノ下ニ検事同様検察事務ニ従事セシムルコトトシ、従来ノ司法警察官ヲ全廃スルコト」を主張した⁽²⁵⁾。これは第一に、検事自身が取調べに関与しなければ「其捜査ニ心証ヲ得難ク、更ニ再

度ノ取調ヲ余儀ナクスル場合アルコト」、第二に、司法警察官は公訴権を有しないため「公訴ノ結果ヲ顧慮スルノ責任ニ乏シク、起訴ノ関門通過ノミヲ唯一ノ標的ト為ス力為、自然其取調ニ無理ヲ生スル場合アルコト」、第三に、捜査記録の送致・閲覧のため「公訴提起ノ遅延ヲ来スコト多大ナルコト」を理由とする。

これは、検事が捜査の主体であることを徹底すると同時に、いわば検事直属の司法警察を創設するというものである。内務省系統の警察組織は行政警察に純化するという含みを持たせているが、これは当時、行政検束の犯罪捜査への流用が問題となっていたため、司法警察と行政警察の分離を図ろうとする向きがあったことに由来するものであろう。また、このような制度は、検事の員数減による国費の節約にもなり、検事補候補者である司法警察官・裁判所書記に対する「優遇ノ途開ケ、下級官吏ノ能率増進ヲ見ルコト」にもなる点で利益がある、という。

榎田忠美（検事）も、高等警察事務を担当する警察官を上位の者と見、司法警察事務を担当する警察官を下に見る傾向が存在することを指摘し、「是レ犯罪捜査ヲ軽視スル偏見ヨリ生ジタル傾向ニ外ナラズ」という。これを改善するためには昇任後も刑事の職に専念できるような警察制度を作るべきだが、また、「検事補（高等官）ニ採用スルノ制度ヲ設ケ、之ガ昇進優遇ノ途ヲ拓クヲ可ナリト信ズ」とした⁽²⁶⁾。ここでも、暗に司法警察と行政警察の分離を求めているように思われる。

(2) 検事補創設問題を総括した津秋午郎（東京区裁検事）は、検察事務処理の迅速化・合理化、司法警察官に対する検察の指揮権の確立（「検察の一元化」、検察補助事務の刷新と裁判所書記などに対する前途の光明という三点を挙げ、検事補制度の新設に積極的な見解を示した。津秋のものが必要論を集大成しているので、繰り返しをいとわずその内容を挙げてみる。

津秋はまず、区裁判所検事局の負担の急増による手続遅延を指摘する。しかし、検事の増員は国家財政に制約される上、手続の簡略化も司法の適正衡平の点から受け入れ難い。だが、区裁検事局の事件処理は「正義の確保、国民の権益保全尊重を危険に陥らしむることのない限度を以て足りるのであり、その程度に於る資格者を以て処理せしむるも決して不当ではない」し、経済的にも必要であるとする⁽²⁷⁾。ところで、これまで検事事務を取り扱ってきた警察官は「必ずしも人格、法律、智識、技能等に付き最も優秀なる者として特に厳選され」ていたわけではない「普通の警察官」であった。それでも区裁検事局の事件処理にも不都合はなかった。それ故、裁判所書記や司法警察官の優秀者を抜擢して検事の命の下に区裁検事局の事務を扱わせたと警察

官などによる検事代理を廃止すれば、「正義の確保、国民権益の保全をより強固ならしめることが出来る」⁽²⁸⁾。

次に、捜査の主体は検事であり司法警察官は検事の指揮を受けて捜査に従事する補助機関であるが、「此の両者が一体を形成し一元となって活動するとき捜査は円滑に運ばれ検察の全きを期することが出来る」⁽²⁹⁾が、そのためには検事の指揮命令の徹底を要する。ところで、司法警察官は、司法省・検事局と内務省・地方官庁が協議の上、警察官の中から指定をしてその職に従事させるのが原則である（裁判所構成法84条2項）。これは、司法警察官の任用について司法官庁に関与権を認める趣旨であり、この種種からすれば「少くとも司法警察専務員に対する昇進の道を講ずると共に、其の任免に付職務上の上官たる検事の関与権を確立することは刻下の急務である」。だが、すべての司法警察官の人事を検事が握ることは好ましくもなく必要もない。そこで、実質的にそのような効果を持ち、かつ司法警察官の優遇となりその事務刷新を図るには、司法警察官の検事補抜擢が必要である。

さらに、司法警察事務は多忙でその従事者は事実上昇任のための準備ができない点で、司法警察専務となることは好まれない傾向がある。だが一方、その職務には専門の智識・技能を要するから、司法警察事務に熟達したことによる昇進の途も開く必要がある。そこで検事補による昇進制度を設ければ、「必ずや司法警察専務員は将来に光明を得て精励し目前の事務繁忙を意に介せず、兎角繁忙を厭ひて司法警察事務に従事することを希望せざる風を一掃し……得るのみならず、司法警察官は司法警察事務への清新なる努力と深き理解とにより益々司法警察官と検事との絶対不可分のな関係を無上命令的に信ずるに至るであらう」。それがうまく行けば、検事の司法警察官に対する実質的捜査指揮権はますます確立されるであろう⁽³⁰⁾。

津秋の構想⁽³¹⁾では、「検事補の職務権限は区裁判所事件に付ては凡て区裁判所検事と同一の権限を有せしむるのであって捜査に関してのみその管轄の如何を問はず捜査をなし得る訳である。而して唯区裁判所検事と異なる点は検事補は検事の命に従はねばならぬと云ふことである」。任用資格は、裁判所書記及びそれと交流が多い司法属、警部以上の司法警察官、曹長以上の憲兵で、現職にあり、五年間以上判任官に在職して刑事司法事務に従事し判任官五号俸以上の俸給を受けている者の中から、試験若しくは推薦によって選衡し、一年の修習を経て任用される。

3. 裁判所構成法下での状況(2)

1 公式な動きとして検事補の新設が改めて俎上に乗せられたのは、日中戦争が勃発した翌年の1934年であった。

この年7月、いわゆる帝人事件によって斎藤実内閣が崩壊し、岡田啓介内閣が成立するに伴い、小原直が司法大臣に就任した。小原は就任直後から「司法制度改善」を掲げて司法制度調査会を設置する方針を明らかにし、その準備作業として、10月に裁判所・検事局・弁護士会・大学・商工会などの経済団体に対して「司法制度改善二関スル諸問題」を示して意見を求めた。帝人事件における「検察ファッショ」が大きな問題となっていた当時ではあるが、「諮問事項から看取される主な発想ないしモチーフは司法制度の合理化であり、人権保護の発想は未決拘禁制度改善を除いては見られなかった⁽³²⁾。

この諮問の第26は、判事補・検事補制度の新設の可否を問うていた。また、裁判所・検事局の書記に対する講習制度の設置(第27)のほか、司法簡易化にかかわるような諮問、すなわち、検事局書記・雇による司法警察権行使(第11)、夜間裁判所(第4)、簡易手続(第15)、違警罪即決処分・略式命令に対する正式裁判申立て(第16)もなされていた。諮問事項とそれに対する回答は、おおよそ次のようになる⁽³³⁾。このほか、裁判所・検事局などからの意見聴取もされているが、具体的な内容は明らかにしえない。津秋のまとめたものによると、弁護士会で検事補の新設に対する批判的意見が強いのに対し、裁判所・検事局は条件付も含めて必要だとする意見が多い。

「第26 特別任用ノ判事補及検事補ヲ新設スルノ可否」についての賛否及び理由ないし条件は、おおむね以下の通りである。

a 賛成意見と理由

司法官の負担軽減、司法事務の合理化(大阪商大=原龍之助)

優秀老練者の優遇(慶大法学部法学科、第二東京・大阪・宇都宮の各弁護士会、小倉商工会議所)

経験者・実務習熟者の活用(松山・飯塚・尾道・境・長野・清水の各商工会議所)

理由を付さないもの(京城帝大法学研究会、旭川・青森の各弁護士会、鶴岡・神戸・金沢・若松・戸畑・旭川・横浜・郡山・長崎・津・沼津・津山・水戸・岡山・別府・青森・横須賀の各商工会議所)

b 認める場合の職務権限・条件

裁判所構成法18条、61条、62条規定程度の事務（大阪弁護士会）

検事代理と同一の権限（一宮・四日市・長浜の各商工会議所）

略式事件または検事代理の権限（米子商工会議所）

軽微な事件（大阪商大＝原龍之助、清水商工会議所）

調停、和解、非訟事件など（長野商工会議所。注＝原文のまま）

考査の実施、取扱い権限の制限、当事者による忌避の可能性（日本経済連盟会の多数意見）

運用について弊害を生じないような十分な注意（第二東京弁護士会）

人選を確実にする必要がある（前橋商工会議所）

c 反対意見と理由

司法の威信の確保には有資格者たることが必要（立命館大学法経学部法律学科有志、東京商工会議所）

司法官の品位保持（東京帝大法学部、帝国弁護士会。なお、東京弁護士会）

書記の学識・素養への懸念（東京帝大法学部、東京・浦和の各弁護士会、日本経済連盟会の一部意見）

裁判所書記の優遇政策は別に考慮すべき（早大法学部、立命館大学）

「警察官や検察官〔ガ〕権力を濫用しないやうにすることが先決問題」（日大法学部教授有志）人権保護を不確実にする（帝国弁護士会）

弁護士からの特別任用は必ずしも不可ではない（東京商工会議所）

不必要（京都弁護士会）ないしかえって弊害が大きい（第一東京弁護士会）

司法官試補制度のほうがよい（山形・水戸の各弁護士会、宇治山田商工会議所）

理由を付さないもの（京大法学部、法政大法学部教授有志、中央大教授＝花井忠・片山金章・升本重夫・佐々穆、日本弁護士協会、酒田商工会議所、名古屋商工会議所、敦賀商工会議所、鳥取商工会議所）

賛成意見を見ると、人材の抜擢・優秀者の優遇といった理由が多くを占め、軽微な事件に限定して扱わせるべきだというものが多し。ただし、裁判所・検事局の賛成理由がわからないため、これが検事補構想のもっとも重要な理由であるとは言い切れない。反対意見では、現行の司法官任用の方法でよいとするもの、特別任用者の能力上の疑問を上げる見解が多い。

なお、「第27 裁判所及検事局ノ書記ノ教養訓練ノ為講習制度ヲ設クルノ要ナキカ」において、実地教育のほか適当な講習制度を設けて法律一般及び特に速記・習字など

を講習させるべきだが、判事補・検事補養成のため「高級の法律教育を施す」必要はない（東大）判事補・検事補創設のためには必要でない（慶大）とするもの、逆に、判事補・検事補制度を設けるとすれば、書記に対する何等かの組織方法による講習施設をなすことは必要（大阪商大＝原）という意見が見られる。

このほか、軽微な事件に対する夜間裁判所（第4）簡易手続（第15）の新設についても、賛否双方に興味深い意見が少なくないが、詳細は省略する。ただ、第4について、特に違警罪では設置してもよいが同時に違警罪即決例を廃すべき（東大）第15についても「最も便宜」であろうが違警罪即決例は廃すべき（東大）簡易手続新設の代わりに違警罪即決例を廃止すべし（慶大）といった、違警罪即決例の廃止に言及した意見が見られる。

2 戦時体制が深刻化し、太平洋戦争を約半年後に控えた1941年5月に開かれた司法長官会同のうち、地方裁判所長・検事正各別の協議会は「時局下ニ於テ司法ノ機能ヲ發揮スル為特ニ考慮スベキ事項如何」を取り上げたが、そこでは職員の事務負担量、職員の能率増進、事務の簡易化と並び、判事補・検事補制度が検討課題の例示として挙げられていた⁽³⁴⁾。

この協議状況は明らかになっていないが、津秋午郎によると、検事正協議会では、「検察指揮権ノ確立ニ付此ノ際特ニ考慮スベキ事項如何」の問題との関連で検事補問題が取り上げられ、次の三点を理由としてその設置が強く求められた由である。すなわち、裁判所書記・司法警察官に対する優遇策、検察事務の負担増に伴う本官検事の負担緩和と能率増進方策、検察指揮権の確立と司法警察官との連絡の一層の緊密化方策であるが、特にこれまではさほど指摘されることのなかった第三点目のウエイトが大きく前面に出てきていたという⁽³⁵⁾。

その後、刑事手続の簡易迅速化、特に統制法規違反の迅速処理をいかに行うかについては、折に触れて司法長官会同などで触れられている。また、戦時刑事特別法やその改正に伴い、現実になされてもいる。しかし、戦時体制の深刻化といった事情もあつてか、検事補制度の創設が課題となることはなかった。

4. 戦後改革期初期

1 敗戦により、「日本国政府ハ日本国民ノ間ニ於ケル民主主義的諸傾向ノ復活強

化ニ対スル一切ノ障碍ヲ除去」する義務を負い（ポツダム宣言）「人民はその精神を奴隸的狀態においた日常生活に対する官憲の機密審問から……解放されねばならず」、「秘密の検察及びその濫用が国民をたえざる恐怖にさらしてきた諸制度の廃止 従って、圧倒的、専横的にして不正な手段から国民を擁護しうる如き正義に基いてつくられた組織」の確立が求められた⁽³⁶⁾。

ところが、戦後改革に対しては、旧体制を温存しようとする日本政府によるプロテストが図られた。たとえば新憲法の制定についても、1946年2月にGHQに提出した政府の憲法草案は帝国憲法の文言を多少修正した程度にとどまっていた。そのため、刑事司法規定について抜本的な改革は構想されていない。改革提案自体が少ないが、たとえば佐々木惣一の作成した「帝国憲法改正ノ条項」で示唆された検察改革は職権主義的で司法官的性格を強く持つ検察官像を前提とするもので、改革へのインパクトはなきに等しいものであった⁽³⁷⁾。

2 刑事司法の具体的な改革も、旧刑訴法体系を実質的に維持し、むしろ強化することから始まった。一般に戦後刑訴改革は、敗戦から新憲法の骨格が定まるまでの第一期（1945年9月頃から1946年1月末頃まで）、新憲法の枠組みの下で新たな刑事手続像が作られてゆく第二期（1946年2月頃から1947年10月頃間で）、政府案を確定し、総司令部と日本政府側の協議を経て現行法の制定に至る第三期（1947年11月頃から1948年末まで）にわけられる⁽³⁸⁾。とりわけ第一期には、戦前との連続性を強く持った改革提案が展開されていた⁽³⁹⁾。

検察改革についてみれば、思想検事の追放が行なわれたにとどまる。のみならず、戦後検察の最初の目標は、「検察機構ノ整備ニ関スル件」（1945年10月22日）がいうように⁽⁴⁰⁾、「軍備撤廃二伴フ軍警察力ノ欠缺ヲ補ヒ治安維持ニ万全ヲ期スルト共ニ各種ノ悪質犯罪ノ検挙ヲ徹底セシメ道義ノ顕揚及ヒ民政ノ安定ヲ図ル為」に検事補及び検務官・検務吏を置くことと⁽⁴¹⁾、検事及び司法警察官に対する強制権限の付与であった⁽⁴²⁾。敗戦前後の犯罪急増への対応が必要であったことは事実だとしても、人権保障の側面はほとんどネグレクトされていた。その人権問題も、「検事補及検事局直属ノ司法警察官吏ヲ創設シ検事、検事補及司法警察官ニ捜査上必要ナル強制権限ヲ与フル反面行政検束ニヨル犯罪捜査ノ慣行ヲ廃絶スルト共ニ捜査機関ノ強制権行使ノ公正ヲ担保スルノ措置ヲ講ズルモノトス」⁽⁴³⁾というように、強制権限を捜査機関に付与すれば行政検束の犯罪捜査への流用という違法・異常な状況は阻止されるという認識であっ

た。これはまた、検事直属の司法警察組織の新設とそれによる司法警察・行政警察の分離論へと展開する。しかし、真の問題は、検束を利用した実質的な長期の身体拘束とその間の取調べ、自白強要であった。かかる認識は、より本質的な問題を組織・権限問題にすりかえている感さえある。

さて、「検察機構ノ整備ニ関スル件」において構想された検事補とは、司法属・裁判所書記・司法警察官など一定の資格を満たす者から銓衡され、区裁判所検事局に配置される委任官である。当初は、約100人の定員を予定していた。検事補は、公訴の提起に関して区裁判所検事と同一の権限を有するが、捜査権限についても検事と同一で、被疑者の召喚・拘引・勾留・尋問の権限も付与されるものとされていた。司法警察官吏に対する指揮権を持つと共に、地裁及び所要の区裁付置の検事局に置かれることが構想されていた検務官をも指揮しうる。この検事補制度が、副検事制度の直接の前身であると考えられている⁽⁴⁴⁾。

その後、これにのっとなって作成されたと思われる「検察制度改革案要綱」(1945年10月30日)⁽⁴⁵⁾では、「検察官補」(仮称である旨注記されている)の名称が用いられた。官制上、検察官補は高等官四ないし八等で、検察官は高等官五等以上である。検察官は検察官補に対する指揮権を持つ。任命資格は「一定ノ資格ヲ有スル者……ノ外特別認容ノ途ヲ拓ク」としたように法曹資格とは無関係であり、区検のみならず地検にも置かれるという想定であった。

3 検察部内で始められた検察制度改革の動きは、その後、1945年晩秋頃から司法制度改革に向けて設置された様々な審議会、委員会の審議過程でも具体化されてゆく。

1945年11月16日に設置された司法制度改革審議会は、「新情勢ニ鑑ミ裁判並ニ検察ノ機構ニ付改正ヲ要スベキ具体的事項如何」(第一諮問事項)ならびに「新情勢ニ鑑ミ犯罪捜査ニ関シ人権ヲ擁護スベキ具体的事項如何」(第二諮問事項)を取り上げ、各々に小委員会を設置して検討を加えた。検察関係の検討結果のみを示すと、第一諮問事項関係小委員会では、検事局と裁判所の分離、検事任官の前提となる司法官試補の修習期間の延長と試補修了者を予備検事として一定限度の検察事務をとらせうこと、検事の身分保障強化などを決議した⁽⁴⁶⁾。第二諮問事項関係小委員会は、行政執行法・違警罪即決例の廃止、予審廃止と検事・司法警察官への強制権限付与、捜査権行使の公正確保のための諸措置、検事局と裁判所の分離、検事の増員などを決議している⁽⁴⁷⁾。検事補ないし副検事制度については、触れていない。

これを受けて、司法省部内では、1928年の裁判所法案を下敷きに、裁判所構成法の改正作業にかかった。しかし、その直後に日本国憲法改正要綱が公になり、いっそう大きな裁判諸制度の変革を余儀なくされたため、改正作業は頓挫した⁽⁴⁸⁾。

4 一方、検察制度の改革は、裁判所法とは別に、1945年11月頃に司法省刑事局総務課内に設けられたいわゆる「刑事局別室」で行われた⁽⁴⁹⁾。「刑事局別室」での作業は、12月末から本格化し、現行刑法・検察庁法の基礎となる立法要綱案の作成、政府草案の作成ないし修正に直接・間接に関与した。検察庁法関係は主に勝田成治、下牧武（いずれも検事）が担当した模様で、両名がそれぞれ検察庁法案を作成している。

まず、下牧案⁽⁵⁰⁾によると、検察庁は、区検察庁、地方検察庁、検察院（高等検察庁に相当）、総検察院（最高検察庁に相当）からなる（同案2条）。各検察庁には検事が置かれ、区及び地方検察庁には副検事を置くことができる（同案3条）。ただし、副検事の職務権限は法律の定める範囲に限定される（同案4条1項）。任用資格者は、奏任官であって司法省高等官・裁判所書記・録事・刑務所高等官の職にあるかあった者、司法属・裁判所書記・録事その他の判任官たる司法職員として十年以上在職した者、検務官など司法警察官に十年以上在籍した者、外国においてこれらに相当する資格を有する者であって、副検事任用委員会の銓衡を経た者である（同案36条）。その職務権限は原則として検事と同一だが、総検察院・検察院の職務及び地方検察庁の管轄に属する事件の公訴提起は行なえない（同案39条）。副検事に十年以上在籍した者は、検事となる資格を有する（同案25条1項2号）。

一方、勝田案⁽⁵¹⁾も、検察庁の種類については下牧案と同様であるが（同案1条1項）、各検察庁に検事が置かれ、区検察庁には副検事を置くことができるとされている点（同案2条）は、微妙に相違する。また、副検事は区検察庁の検事の職務を行う（同案3条2項）。その任用は以下の経歴のいずれかを要し、副検事特別任用委員会の銓衡を経た者である（同案17条1項）。すなわち、司法理事官・裁判所書記長・典獄・典獄補、奏任官であって司法属・裁判所書記・検務官・看守長、判任官であって七年以上の司法属・裁判所書記・検務官・看守長、警視庁警視・北海道庁警視・地方警視に現に在職するか在職経験のある者、高等試験合格者、である。副検事に五年以上在職した者は、検事に任ずることができる（同案16条2号）。

両案に共通する点として、検事と副検事とでは、身分保障については同一だが、官吏としての身分・任命権者・定年などに差が設けられていること、副検事任用者に対

する実務修習が要求されていること（ただし、両案で若干の相違がある）副検事に対する検事の指揮権などが挙げられる。

この両案を提示して、在京の検事局に対する照会がなされた。東京刑事地方裁判所検事局及び東京区裁判所検事局は、副検事に任用しうる司法属・裁判所書記・検務官などの勤務年限を七年とし、その採用範囲はなるべく広くして人材の抜擢に遺憾なきようにすること、副検事から検事の任用を三年とすることなどを求めた⁽⁵²⁾。一方、東京控訴院検事局は、「副検事ハ之ヲ設クルノ要ナシ」と回答する⁽⁵³⁾。もっとも、理由は明らかでない。

これを受けて「刑事局別室」が作成したと思われる「検察庁法要綱案」（1946年1月31日付）⁽⁵⁴⁾では、副検事に関する規定は消えている。理由は、定かでない。

5. 戦後改革第二期：検察庁法の制定まで

1 1946年2月、政府は憲法改正の政府試案をGHQに提出したが、それは帝国憲法の文言を多少修正した程度にとどまっていた。そのため、GHQは当時の民間憲法草案なども参考にいわゆるマッカーサー草案を作成し、日本側に手渡した。これは政府草案と異なり、多数の刑事人権規定を置き、司法制度にも重要な変革を迫るものであった。このため、裁判所法・刑訴法などの改正作業はほとんどやり直しを余儀なくされることになった。

この余波を受けて、検察庁法の制定も一時中断されたようである。だが、7月には司法省に司法制度調査会が設置され、新憲法の制定に伴って行われる司法制度改革に関する重要事項の審議にあたった。検察関連では、検事局と裁判所の分離、検事局と司法省との関係、検事局の組織、検事の資格・権限及び名称が問題とされた⁽⁵⁵⁾。この他、簡易裁判所の設置との関係で「違警罪即決例を廃しそれに代る簡易裁判所（仮称）を設置することはどうか」とその場合の事物管轄についての諮問があった⁽⁵⁶⁾。

検察庁法は、裁判所法・刑事訴訟法ほど大きな変化を受けることはなかったが、1946年7月24日付の「検察庁設置に関する要綱案（刑事局試案）」は⁽⁵⁷⁾、それまでなかった検事総長の任命に関する国会の推薦・承認を提案している。さらに検事の任用は「司法官試補と弁護士試補の両制度を合一し司法省に於て統一的に指導訓練し一定の期間（例へば二年）の修習を了へて一定の考試を経たる者により任命する」（司法研修所による統一修習の前身）が、検事任官に先立ち二年程度の予備検事の段階を設け

ることとした。さらに「試補たる資格なき者の特別任用についても考慮すること」とした。なお、簡易裁判所では「過渡的に検事の指揮の下に司法警察官をして公訴を行ふことが出来るものとする」と構想していた。

作成された要綱は司法法制審議会第一小委員会で審議され、必要に応じて修正を受けてゆくが、1946年8月5日付の第二次「検察庁法要綱案」⁽⁵⁸⁾では、「地方検察庁及び区検察庁には副検事を置くことができるものとする」と(第2、第2号)という規定が置かれ、所属庁に対応する裁判所に関する事項について職務を行なう。もっとも、司法大臣は、地裁単独事件及び区裁判所の管轄に属する事項については、検事の職務をその庁の検察補佐官または司法官試補に取り扱わせることができるとし、簡易裁判所の場合、当分の間その庁の所在地の警察官に検事の職務を取り扱わせることができる(第4)。副検事への任用は、検察補佐官、地方事務官たる警察官、内閣事務官・各省事務官・地方事務官として法律に関係ある事務に従事した者のうち、二級の者で通算三年以上在職したことまたは高等試験合格者の中から委員会の銓衡を経て行なわれる。三級職にあった者はその在職年限の半分を通算することができるとされていた(第9)。なお、司法法制審議会第一小委員会での修正で「法律に関係ある事務」の部分が後に削られた。三年以上副検事の経験を持つ者は、検事となりうる(第8、第5号)。

その後も検察庁法要綱案には微調整が積み重ねられてゆくが、副検事の点については特に修正を受けることはなかった。

2 司法法制審議会の作業と平行して、「刑事局別室」による検察庁法の立案が行なわれた。

1946年9月には第一次案⁽⁶⁰⁾が作成されているが、それによると、副検事の任用資格は高等試験合格者または「三年以上二級の事務官吏の職にあった者」から銓衡されるものとされていた(20条)。在職年数計算の特例の点を除けば、司法法制審議会の「検察庁法要綱案」とほぼ同一と考えてもよい。副検事三年以上の経験者が検事となる点も、同様である(8条2号)。副検事は地検または区検において(18条)、所属庁の検事の命を受けて検事の職務を行なうが、その職務権限は検事と同一である(19条)。この他、検察補佐官が置かれ、検事の補佐として捜査、尋問への立会い、書類・記録の作成・保管、検察庁の庶務などの任を掌る(23、24条)。公訴権行使に関する検察補佐官、司法警察官の特例を定めた規定はない。

その後、政府案確定までの部内作業において、数度にわたる検察庁法案の修正が繰

り返される。最終的には1947年1月13日に政府案原案ともいべき検察庁法案が「刑事局別室」で作成された⁽⁶¹⁾。その後、同じ内容の2月3日付「検察庁法案」(未確定案)⁽⁶²⁾が、裁判所法案に対する枢密院諮詢の参考とするため、枢密院に提出されている。これらによると、副検事の任用については、高等試験合格者、三年以上政令で定める二級官吏の職にあった者から副検事選考委員会の選考を経て任命するものとし(21条2項)、この点はほぼ従来のものである。一方、三年以上の副検事経験者は「政令で定める考試」を経て、「これを副検事以外の検察官に任命することができる」(21条3項)とされた。検事への任用に考試を要するとした点が、これまでと大きく異なる。副検事は現行法と同様、区検察庁の検察事務を扱うものとされ(19条2項)、地検の事務は取り扱わないものとされた。また、検察補佐官の名称が検察事務官に変更せられたが、その職務権限は現行法と同様で、上官の命を受けて検察庁の事務を執り、検察官を補佐し、その指揮を受けて捜査に従事する(26条)。

3 検察庁法案は、1947年3月、第92回帝国議会議に提出された。貴族院・衆議院とも法案に特に異論はなく、付託委員会・本会議ともに全員一致で政府案を可決・成立させた。検察庁法は、裁判所法、同施行法とともに4月16日に公布され、日本国憲法の施行に併せ5月3日に施行された。

議会上に提出された法案は、先の未確定稿にあった検察官の権限に関する規定のうち、検事正以上の者に与えられた捜査補助者への懲戒請求(13条)及び特に捜査権を付与された機関の長に対する協議・勸告権(14条)を削ったほかは、副検事も含め、基本的に変化していない。

副検事制度を導入した理由について、木村篤太郎(司法大臣)は、次のように説明した⁽⁶³⁾。

「副検事の制度を設ける理由は、裁判所法施行に伴いまして違警罪即決令が廃止され、従来警察署長において即決されておった違警罪、すなわち拘留または科料に該する罪が、すべて簡易裁判所において処理されることとなりますため、検察官の取扱う事件は急に増加するわけでございますが今にわかに従前の検事と同様の資格を有する多数の検察官を得ますことは、人的にも予算的にも困難であるばかりでなく、これらの事件は必ずしもすべて従来同様の資格を有する者をして処理せしめる必要はございませんので、従来の厳格な検事の任用資格を緩和いたしまして、所要の検察官を得ようとする点に存するのであります」。

加えて、「副検事は前に申し述べた様な理由から」任用資格を別にしているが、「三年以上副検事の職にあって、別に定める試験を経た者は検事に任命することができる」とし、特別任用の検事を認めることと致しました。この副検事及び特別任用の検事の制度は、従来の裁判所書記、警察官等に対し、新たに昇進の途を開くものであって、意義のある改革と考えております。これは誠に結構な新たに設けられた制度でございます。従来のように何年書記をやっても、何年警察に務めても、いわゆる従来的高等官として途が開けないというのと大いに趣を異にいたしまして、長年在野法曹としてやっておったわれわれが、非常に喜んでおる改正の要点でございます」という。

すなわち、公式な立法理由としては、正規の検事の不足を補うこと、取扱う事件が軽微であることであり、加えていわゆるキャリアとノンキャリアの格差縮小政策が、副検事制度成立の背景にあったことになる。

6. その後の状況

1 検察庁法の制定により、戦後検察は一応確立を見た。その後、戦後民主化に対する逆コースの中で、1953年の刑訴法改正問題が生じるが、その中で取り上げられたことのひとつが、警察に対する検察官の一般的指揮権の強化（刑訴193条）であった⁽⁶⁴⁾。この改正の頃、警察による逮捕権の濫用がしばしば問題となっていたため、警察による逮捕状請求の際に検察官を経由させるべきだとの提案がなされていた（結局は通らなかったが）。この時、経由検察官に副検事を含めるかがひとつの問題とされ、法制審議会ではできる限り副検事を除外すべき旨の希望決議を付した⁽⁶⁵⁾。これに関連して、下牧武（法務省刑事局参事官）は次のように述べている⁽⁶⁶⁾。

「我々といたしましては、この副検事制度そのものを又再検討いたしております、現在の傾向といたしましては、この副検事の定員を検事の定員に代えて、だんだん検事のほうに切換えて行くというような、これは程度は全部廃止するということは考えておりませんけれども、そういう方向に向つて努力いたしておるわけでございます。できるだけ早く逮捕状の請求の場合には、法制審議会における希望決議のごとく、副検事をこれから除きたい。かように考えております。」

さらに、次のようなやり取りもなされている⁽⁶⁷⁾。

「小林亦治君 ……見識の非常に低いが、熟練した警察官といったような程度の連中が副検事に登用せられ、一般の公判裁判に検察官として立会っている。この場合

裁判官からは圧倒せられ、裁判官自体も当の相手を対等の相手とはみなしておられないような状態なのであります。ここに公訴権の遂行の上から言つても、まずさが非常に出ている。勿論法廷の権威といひましようか、空気といひましようか、弁護士も裁判官も同じやはり司法試験という枠を受けて参つた、更に高いレベルのところの機関で以て相対立しているのに、副検事は今申上げましたように何といひますか、便法的な任用制度で浮かび上つて来ている、そこに非常に平均しないものが出て参る。……殆んど検事はお忙がしいからでありましようが、検察庁におられて一般の事務をなすつていらつしやる。法廷に出て働いているところの検察官というものは大概副検事で以て充たされている。殊に検事のやつたことがどうかという概して粗雑であり、見識とか素養の浅さから来るところのミスというものは、たくさん出ている。……やはりこういうような制度こそ元に復して、高等試験の代り、現在では司法試験と申しましようか、あいつた程度のもを通つて参つた者でなければ、法廷には参与できないというふうに直すことが、たるんだところの現行制度を引締めて、持直して行くところの一つの段階ではないかと考えます……。

国務大臣（犬養健君） この問題は……御承知のように終戦直後の特殊事情によりまして、副検事が何といひますか多少論功行賞的に採用されておつた向きもあります。又簡易裁判所等で、判事対副検事の關係というものは必ずしも、今簡明に御指摘のように円満に行つていないところがあります。輕んぜられている、同じことを言つても副検事が言つたことは何となく権威がないというような先入主を持たれやすいのでありまして、私はその前者の部分、つまり何かこう論功的な採用と明らかに思われる事案もありましたので、人事異動のときに私が指摘したこともあるようなわけでございまして、これは全く只今の御質問は同感でございます。……副検事の資質向上についても、余り論功行賞的な採用というものは今後はもう少ししたいということで行きたいと思つております」

これと同時期に行なわれた司法試験法改正の審議過程でも、位野木益雄（法務大臣官房調査課長）は次のように述べている⁽⁶⁸⁾。

「〔特任の簡裁判事及び副検事〕は好ましい事態とはいへないと考えるのでありまして、戦後の異常な事態、ことに新憲法施行後に司法の分野が非常に拡大された、手続も複雑化したというような必要に応じて、やむを得ない措置としてとられた部面もかなりあるように考えるのであります。しかしながらだんだん世の中がおちついて来るに従ひまして、そういうような点についてもなお十分再検討を必要とするも

のだというふうに考えております。」

2 このように、当初の副検事制度（とその運用）は、きわめて問題の多いものであったようである。もっとも、社会の安定と採用方針の変化のためか、このような批判はやがて姿を消した。ただ、1950年代には副検事の定員は漸減される傾向にあった。

その後、副検事制度、特にその存廃をめぐることは、ほとんど議論はない。だが、副検事の任用のあり方および副検事から検事に任用されたいいわゆる特任検事に弁護士資格を付与するか否かという形で、間接的ながら副検事のあり方が問われた。それが、1962年から64年の臨時司法制度調査会である。

すなわち、特任検事となるための検察官特別考試は「司法試験レベルで行われていまして、その審査委員の方も、現在または元司法試験委員の方が多くのでありまして……検事になった後の勤務成績も比較的良好であります」⁽⁶⁹⁾という認識の下、特任検事に対する弁護士資格の付与が検討されてしかるべきだというのである。副検事の成立自体が昇任の途を開くことにあるのだから、特任検事に弁護士資格を与えるのもその趣旨にかなう上、年齢的な面でも司法試験合格後に司法修習を行うのは無理があるという面も指摘されている。

これに対して島田武夫（弁護士）が批判を加え、副検事は軽微な事件を扱うためにとられた制度である上、司法改革を論じる際に昇進・士気の鼓舞といった問題はむしろ些細なことだという。そして、司法修習を経て法曹になるとの原則は崩すべきでないこと、弁護士資格は与えつつ裁判官資格を与えないことの矛盾を指摘している⁽⁷⁰⁾。

もっとも、副検事制度自体の突っ込んだ検討がなされた形跡はない。意見書に盛り込まれた副検事に関する事項は、検察官そのものの負担過重を解消するとともに、副検事事務の増加・多様化に対応するため「副検事の増員及びその資質の向上を図ること」にとどまっていた⁽⁷¹⁾。これに従い、副検事定員は、これまでの減少傾向から漸増傾向へと転じた。

3 その後、副検事に関する突っ込んだ検討は、行われていないようである。

もちろん、副検事のあり方に対する指摘がなかったわけではない。司法制度改革審議会第17回会議においては、吉岡初子（審議会委員）の「一番下の3というところを見ますと、『検事不配置支部の拡大』ということが書かれていますので、国民が裁判を受ける権利と言いますか、そういう立場から言うと非常に量が足りないという実

態だろうと思います」「そういう中で、検察事務官なり副検事なりで進められた訴訟というのは、公平性という面から見てどうなのか。その辺のところを伺わせていただきたいと思います」との問に対し、但木敬一（法務大臣官房長）は次のように答えている。

「本来、地方事件は検事が扱わなければならないということになっております。実際問題といたしましては、5ページの左上の表にございますように、昭和43年には、そのうちの60%を検事が扱っておりましたが、現在では25%程度しか検事はやれない。あと75%は副検事に地方事件を委ねているという状態にございます。

また、副検事が本来扱う区的事件というのは、検察事務官が扱っている。こういうように少しずつずれてやっております。検察が持っているいろいろな機能がございます。例えば捜査のチェック機能、警察の捜査が適正に行われているかどうかというチェック機能というのは非常に大事な機能です。また、被害者の訴えと被疑者の人権、こういういろいろな利益調整というか、それが的確にできないといけないという問題がございます。検事が事件を取り扱った方が事件の処理としては、そういう意味では深い処理ができるという面があるかと思えます。それをどうしても副検事さんに委ねざるを得ない。勿論、皆さん一生懸命やっておられるわけですが、捜査の適正の確保とか、あるいは被害者の言い分を十分聞くとか、被疑者の主張を十分聞く、その中で結論を出していくという意味では、これほどの肩代わり現象が起きますと、相当な事件まで検事がやれないということになってきていますので、それはかなり問題だろうと思っております」⁽⁷²⁾

発言内容は検事の人員不足とそれによる検事の職務の副検事らによる肩代わりが焦点であり、副検事制度そのものに対する評価は、事件への対処能力は検事のほうが上であるという形で間接的に触れられているにとどまる。もっとも、かつてのように副検事そのものの能力・資質が直接問題とされているのではなく、より高度な法的素質が必要なため副検事では不十分だという含みである。それ故、法務省部内においては、軽微な事件であれば副検事の処理能力に問題は無い、少なくとも深刻な弊害は存在しないと考えられているのであろう。

総括

1 以上、正規の検事とは別に検察権限を行なう検事補ないし副検事をめぐる議論を概観してきた。日本では明治のごく初期にそのような補助機関が置かれ、戦後に副検

事制度が創設されたのみであるが、折あるごとに検事補制度という形でその導入（復活？）が論じられてきた。一方、区裁判所取扱い事件に対しては、常に検事代理など簡便な例外措置が認められてきた。

その理由については、ほぼ次の点に要約されよう。

- 正規の検事の確保の困難さ
- 正規の検事の確保による国家財政の負担増への懸念
- 正規の検事の負担増に対する緩和
- 裁判所・検事局の書記、司法警察官に対する優遇措置
- 捜査に対する検察の関与強化
- 事件の軽微さゆえ正規の検事を充てる必要がないこと

一方、これに反対する理由は、だいたい次のような点にある。

- 司法の威信確保
- 特別任官者の能力に対する懸念
- 検事代理の制度の存在

このうち、いかなる点が重視されるかは年とともにある程度の変動があるが、少なくとも賛成論の　　は、ほぼ同等の比率をもって、かつ一貫して主張せられてきたように思われる。

ところで、戦後の副検事制度の制定の際には、違警罪即決例廃止の代償ということが言われた。だが、戦前にも違警罪即決例廃止論はいくつか見られるが、それらは、廃止後の措置をどうするかに触れていないということもあるにせよ、検事補制定論と結びついてはいなかった。一方、戦前の検事補新設論も、違警罪即決例の廃止を前提としていたわけではない。その存続は前提としていたし、むしろ廃止の対象は検事代理の制度であった。戦後においても、違警罪即決例の廃止が全く具体化されていない敗戦後ごく初期から検事補の導入は顔を出している。加えて、敗戦前後の混乱により犯罪そのものが増加していたという事情もある。逆に裁判所構成法が制定されるまでは、違警罪即決例と検事補が同時に存在した時期もある。それ故、違警罪即決例を廃止する代償として正規の検事でない検察官として副検事を多数必要とする事情が戦後に生じたことは否定できないとしても、この理由は必ずしも決定打でないように思われる。

2 さて、以上の賛否両論のうち、反対論の　　が現在の法制度・法思想と整合しな

いことは明らかである。また、賛成論の は、たとえば捜査の適正化の観点から正規の検事の捜査手続への関与を強化するという主張は現在でもありえようが、検事が第一次捜査権を有していた戦前と警察が第一次捜査権を有する戦後では、やはり事情を異にするであろう。

従って、現在、副検事制度の問題を検討するには、それ以外の点の評価に関わる。

(1) 賛成論の は、つまるところ司法の規模をどうするかの問題に行き着く。予算上の規模としてどの程度が望ましいか、また法曹養成の規模の問題とも関わる。さらに、日本の検察制度の特徴として捜査機能が重視されていることはつとに指摘されてきたが、かかる捜査重視は相対的に検察官の規模を拡大させる方向に作用する。特に、特捜事件を重視するほど、そのような傾向は強くなる⁽⁷³⁾。だが、捜査機能を維持・強化しつつ、必要とされる検察官のすべてを法曹有資格者たる正規の検事でまかなうことは、確かに困難かもしれない。そうすると、正規の検事を重点配置すべき部分と、必ずしも正規の検事を充てる必要のない部分を選別し、後者を副検事の権限とするという現在方式にも、それなりの意味はあることになる。

もっとも、検察の捜査権限を重視するとしても、裁判員制度の下では、詳細な事前準備（公判前整理手続）と集中審理が特に強く求められる。通常の事件でも、訴訟促進の観点から事前の争点整理と集中審理への要請が高まる。そうであれば検察活動は現在以上に公判へとシフトすべきはずであるし、法的側面での高度な素質が要求されることになる。かく考えると、正規の検事の増員が第一義的に必要なものであり、仮に正規の検事と副検事の職務のすみわけを前提とするとしても、副検事の比重はかなり低下することになる。加えて、検察官の増員やさらに法曹資格者自体の増加は、少なくとも十数年程度の中期的レベルではこれまでに比べ相対的には容易になっている。ここでも副検事は減少すべき運命にあるように思われる。

また、区裁判所（現在では簡易裁判所）取扱い事件は軽微であるから有資格者を充てる必要がないとの理由も、但木敬一の指摘するように、そのままでは維持し得ないであろう。法律職従事者にとっては日常茶飯事のことがらであっても、事件の当事者にとっては生涯の一大事だからである。軽微な事件だから有資格者でなくてよいという議論は、特に現在では単純に支持できない。

しかし、戦前の区裁判所は地方裁判所の小型版であったのに対し、戦後の簡易裁判所は、少なくとも建前上は「民衆裁判所」「駆け込み寺裁判所」として成立した。刑事の場合、この趣旨が単純にあてはまらないことはいうまでもない。だが、刑事事件と

はいつでも、秩序違反的性格（たとえば道交法違反）や市民間のトラブルとしての色彩が強い事件（たとえば比較的軽微な詐欺や横領のような財産犯、名誉毀損、交通事故）などの中には、事件が軽微であるがゆえに「法的」紛争というより「社会的」紛争としての側面が強いものも少なくない。最近の重要なテーマである修復的司法の試みは、実はこのような軽微な事件でこそ活用しやすく、また有効なのである。ちなみにドイツでは、私訴（Privatklage）に先立つ和解の試み（Sühneversuch, § 380 StPO）が存在している。

このような事件は、ある意味では簡裁事件としてもっともふさわしいはずである。簡裁のあり方、刑事和解の導入の可否⁽⁷⁴⁾などとも絡めた広汎な検討を要するが、「社会的」紛争としての性格が強い刑事事件の場合、法曹有資格者が処理にあたるべき必然性は必ずしも強くない。むしろ、地域密着型であり、社会経験の豊かさや事件の常識的解決という側面を重視して、法曹資格にこだわらず手続の関与者の給源をより広く求めるほうがふさわしいという考えに結びつくように思われる。

この場合、副検事制度はむしろそれにふさわしい形、たとえば「刑事調停員」的な要素をもった存在として構成されるべきことになるだろう。かような改革を試みるのであれば、令状請求や公訴提起など、従来有していた検察官としての権限を制限（場合によっては撤廃）し、簡裁事件にふさわしい権限のみを付与するというのも、選択肢としてはありうる。

（2）賛成論の は、戦前、常に指摘されてきたことである。しかしこれも、いくつかの点から検討する必要がある。

まず、判任官と高等官（奏任官・勅任官・親任官）といった身分制的な官吏制度は、戦後は一応消滅している。また、司法警察官の優遇という点も、旧刑法下のように検事が捜査の主催者であって司法警察官吏を指揮する体制であれば、検事局に仲間入りすることは優遇といえよう。だが、戦後は警察が第一次捜査権を有することとなり、そのような関係が崩れている。さらに、警察官からの任用は警部以上が有資格者とされている（検察庁法施行令2条9号）が、警部まで昇進すること自体、警察内部では相当の出世である⁽⁷⁵⁾。従って、警察との関係では、優遇策という面は考えがたい。

ただ、現在の制度においても、検察事務官や法務教官などから副検事任用の途があること（検察庁法18条2項2号、検察庁法施行令2条1・2号）、副検事はさらに検事への任用の途があり（検察庁法18条3項）、制度的には検事正はもとより検事長・検事総長への昇進もあること、検事任用により法曹資格の付与もありうることなどの点で、

優遇策としての色彩が存在することは事実である。しかし、この点も正規の検事の任用が増加するのであれば、枠は総じて狭まることになる。

もっとも、法科大学院における法曹養成教育が拡大する一方、いわゆる新司法試験の合格者（ないし司法研修所入所者）の人数をどう考えるかによっては、法曹資格未取得の修了者に対する処遇のありかた如何というきわめて切実な問題が生じる⁽⁷⁶⁾。この場合、法曹資格未習得とはいえ、修了者は相当高度の法的能力を有すると考えられるので、これらの者を副検事あるいは検察事務官として研鑽させ、さらに法曹資格を付与するという（ある意味で好ましくはないがやむを得ざる）選択肢の必要性が発生するかもしれない。

(3) 一方、反対論 については、1950年代までは副検事制度に相当に疑問が投げかけられていた点で、かなり理由のある廃止論であったとはいえよう。しかし1960年代以降、むしろ検察部内に特任検事への法曹資格付与論が台頭し⁽⁷⁷⁾、実際に法曹資格が付与されたことに見られるように、一定の改善は図られたのであろう。もっとも、副検事はもとより特任検事の能力にもなお疑問を投げかける向きがあることも事実であり、任用・教育の実態を踏まえた検討を要するであろう。

3 総じていえば、これまで副検事（及び戦前の検事補）制度が必要とされてきた所以は、現在では相当に薄れてきているように思われる。この点で、副検事制度は縮小、さらには解消の方向に向うべきものなのかもしれない。あるいは、相当の変革を伴って新たな司法関与者として構成されるべきなのかもしれない。しかしいずれにせよ、あるべき司法制度・検察制度・刑事手続をどう構成するかを踏まえた慎重な判断が必要であるように思われる。むしろ、これらの理想像、改革像を前提としつつ、その中で存続・廃止・改革の選択肢を捉えなおすべきであるように考えられる。

【注】

- (1) これは、こと刑事司法に関する限り、国民の司法参加（裁判員制度）、被疑者公的弁護など一定のリベラルな改革を含みつつ、総体としては刑事司法全体が危機管理型司法に向かいつつあることとも関係がある。
- (2) 川崎英明『現代検察官論』、拙稿「現代検察官論の課題」刑法雑誌40巻1号、同「検察制度の現状と改革課題」法律時報増刊『シリーズ司法改革』。など。
- (3) ごく最近の検察に関するルポルタージュとして、魚住昭『特捜検察』、同『特捜検察の闇』、産経新聞社会部『検察の疲労』など。
- (4) 「検事」の場合、大検事、権大検事、中検事、権中検事、少検事、権少検事である。「検部」は、以上の「検事」を「検部」と置き換えたものが階級となる。もっとも、このような「検事」「検部」内の階級は、訴訟法上の権限とは関係がなかった模様である。
なお、司法職務定制の歴史的意義については、『福島正夫著作集』第1巻（1993年、勁草書房）65頁以下参照。
- (5) 細川亀市『日本近代法制史』（1961年、有斐閣）91頁による。
- (6) 明治初期の検事制度については、平井彦三郎『検察制度論』上（弘文社、1930年）151頁以下、津秋午郎『検事補制度論』（司法研究第31輯2号、1942年）27頁以下に詳しい。津秋の研究は、戦前期の検事補制度論をほぼ完全に網羅している。
- (7) 堀田正忠『治罪法釈義』第1巻（1880年）35頁、村田保『治罪法註釈』第1巻（1882年再版）1丁裏。
- (8) 村田・前掲書第2巻14丁表。
- (9) 堀田・前掲書643頁。
- (10) 明治法制経済史研究所編『元老院会議筆記』第23巻（1979年、元老院筆記刊行会）1441頁〔鶴田皓〕。
- (11) 前掲注（10）1441頁以下。
- (12) 溝渕増巳『日本警察』（1942年第5版、松華堂）179頁。
- (13) ルドルフ『裁判所構成法註釈』（1940年、司法資料259号）30頁。
- (14) ルドルフ・前掲注（13）87頁。
- (15) このうち、警察官、憲兵将校、憲兵下士官は、司法警察官の職務を行なう権限を有する。
- (16) 菱谷精吾『裁判所構成法要義』（1907年、清水書店）42頁。
- (17) 1890年当時、法学教育を行っている「大学」は、東大のみであった（京大法学部設立は1899年）。現在の私立大学の前身である法律学校は専門学校に過ぎず、しかも正規の高等教育機関としては位置づけられていなかった。1902年にはそれらも「大学」を名乗ることが許され、専門学校令（1904年）によって正規の高等教育機関として位置づけられた。正式に大学として位置づけられたのは、1920年の大学令によってである。
加えて、特に明治期には、大学卒業者には官界志望が強く、帝国大学卒業生に無試験で法曹資格を認めた（1884～1922年）のも、ひとつには司法界に人材を吸収するためであったといわれている。

- (18) 第3回国議会衆議院議事速記録20号441頁。なお、当時、区裁判所の数は301であったが、そのうち170庁は検事・司法官試補、104庁は警察官が事務を執り、26庁は判検事不足のゆえ未開庁であった。
- (19) 第3回国議会貴族院議事速記録26号399頁以下。
- (20) 前記貴族院議事速記録26号403頁。
- (21) 津秋・前掲注(6)66頁。
- (22) 法典調査会「裁判所構成法議事速記録」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書25』(1986年、商事法務研究会)所収)54頁以下。
- (23) これは、裁判所書記の最高給と検事の最低給のほぼ中間である。
- (24) 「裁判所構成法中改正法律案」所収(法務図書館蔵)。
- (25) 平井・前掲注(6)255頁以下
- (26) 樫田忠美『日本刑事訴訟法論』下(巖松堂書店、1936年)51頁以下。
- (27) 津秋・前掲注(6)111頁以下。
- (28) 津秋・前掲注(6)118頁以下。
- (29) 津秋・前掲注(6)120頁以下。
- (30) 津秋・前掲注(6)125頁。
- (31) 津秋・前掲注(6)148頁以下。そのための法改正試案として、168頁以下。
- (32) 以上、小田中聰樹『刑事訴訟法の史的構造』(1986年、有斐閣)43頁以下による。小原自身、「司法制度改善の目標」として「特に重要なことは、制度の改善により司法の権威威信の確保、事務の適正、負担の軽減、訴訟の敏速及訴訟経済の総合的な実現を期し真に克く時代に適応する善良なる司法制度を樹立すること」だという(法曹会雑誌12巻11号116頁)。
- (33) 法律時報7巻3号59頁以下及び4号49頁以下、法律新聞3772号19頁以下、法曹公論38巻12月号74頁以下及び39巻1月号50頁以下、同6月号113頁以下。このほか、各地商工会議所の意見については日本商工会議所『司法制度改善二関スル各商工会議所意見』(1934年。法務図書館蔵)。なお、検事補制度の賛否に関する各団体の意見の分布については、津秋・前掲注(6)75頁の表参照。
- (34) 法務大臣官房司法法制調査室編『続司法沿革誌』(1970年、法曹会)99頁。
- (35) 津秋・前掲注(6)78頁による。
- (36) 「憲法自由化に関するマッカーサー元帥の声明」(1945年10月11日)。内藤頼博「終戦後の司法制度改革の経過」司法研究報告書第8輯第10号第1分冊267頁(以下、内藤・第x分冊・x頁の形で引用)。
なお「秘密の検察」とは、捜査から予審までの公判前手続、行政執行法などの運用状況などを含む糾問的刑事司法のありさまを漠然と示唆したものと考えられる(刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(3)」法学協会雑誌91巻11号1535頁注2〔松尾浩也〕。以下、「制定過程(連載回数)」掲載巻号〔執筆者〕の形で引用。
- (37) 内藤・第1分冊16、18頁。検事の身分保障強化(75条2項) 捜査の主催者を検事としたこと(75条1項)、裁判官・検事の公正さの担保(76条1項)、裁判所と検察の分離・独立(76

- 条2項)などを規定していた。
- (38) 座談会「刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト551号30頁〔松尾浩也〕。
- (39) 「制定過程(2)」法学協会雑誌91巻8号1271頁〔松尾浩也〕は、「戦争末期における社会情勢の悪化に対処するため〔の〕……検事直属の司法警察官の設置などの改革〔の構想〕……がまだ実現の目途を得ぬうちに昭和20年8月を迎え、局面が一転するのであるが、戦後改革も、まず、右の問題を中心とする検察機構の改革から出発したと思われる」という。
- (40) 同文書の「第一、趣旨」。井上正仁ほか編著『刑事訴訟法制定資料全集(1)』(2001年、信山社)12頁(以下、全集と略す)。
- (41) 「検察機構ノ整備二関スル件ノ措置要綱」(1945年10月18日)、全集9頁。検務官とは、検事局に直属する司法警察官のことである。この他、検事局には、司法警察史に相当する検務史が置かれ、両者が検事の指揮の下に捜査を担当する予定であった。これらが後に検察補佐官(1946年12月設置。昭和21年勅令600号)となり、検察庁法の制定により検察事務官となった。
- (42) 「捜査機関ノ強制権ノ問題」(1945年10月18日)全集11頁。これらは、22日の「検察機構ノ整備二関スル件」(全集12頁)、それに若干の修正を加えた31日の「強制捜査権二関スル規定要綱」(全集25頁)で具体化される。
- (43) 前記「検察機構ノ整備二関スル件」の「第二 方針」。全集12頁。
- (44) 「制定過程(2)」法学協会雑誌91巻8号1271頁〔松尾浩也〕。
- (45) 全集23頁。
- (46) 内藤・第2分冊2頁以下、同・第3分冊504頁、全集85頁参照。
- (47) 全集46頁、56頁、68頁、79頁、81頁、83頁参照。
- (48) 内藤・第2分冊47、54頁。
- (49) 「刑事局別室」は「刑事局分室」などと呼ばれることもあるが、制式の組織ではなく「当時の司法省刑事局が、山積する立法準備作業の機動的処理のため、司法省の内外から人材を集めて作ったタスク・フォース的な機構」であった。「制定過程(5)」法学協会雑誌91巻12号1739頁〔松尾浩也〕、座談会「刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト551号33頁。
- (50) 1946年1月7日付の「検察庁法案(下牧検事案)」。全集107頁。
- (51) 1946年1月9日付の「検察庁法案(勝田第一次案)」。全集134頁。「第二次案」があるかは、明らかでない。
- (52) 「制定過程(10)」法学協会雑誌92巻11号1510頁〔小田中聰樹〕。
- (53) 「制定過程(10)」法学協会雑誌92巻11号1512頁〔小田中聰樹〕。
- (54) 「制定過程(10)」法学協会雑誌92巻11号1513頁〔小田中聰樹〕。
- (55) 「第二 検事局関係」(昭21、7、9司、刑印)『司法法制審議会資料等』上巻27頁以下(東北大学図書館蔵)。
- (56) 「簡易裁判所に関する問題」(昭21、7、9司、刑、印)『司法法制審議会資料等』上巻30頁。なお、簡易裁判所の呼称については、「国民裁判所」「治安裁判所」「平和裁判所」「保安裁判所」「民衆裁判所」「審判所」「保安所」「民生署」等の案が出たが、結局、当初の簡易裁判所

に落ち着いた。もっとも、警察署ごとの設置が構想されていたように、駆け込み寺的なものを目指していた点は変わらない。簡裁設置に伴い違警罪即決例を廃止すべき点も、変化することはなかった。

- (57)「制定過程(11)」法学協会雑誌92巻12号1651頁〔小田中聰樹〕。要綱案は、検事総長任命への国会関与の他、裁判所と検察庁の分離、司法省の存置と司法大臣による検事総長への指揮監督権、検事の身分保障、検事の司法警察指揮権と検事への強制権限付与、人権蹂躞事件の不起訴処分に対する抗告(付審判手続の前身)と民意を反映した監察制度(検察審査会の前身)の新設を構想していた。
- (58)内藤・第4分冊731頁。
- (59)「検察庁法要綱案」(昭21,8,9刑別印)『司法法制審議会資料等』下巻195頁以下。
- (60)「制定過程(21)」法学協会雑誌99巻5号764頁〔三井誠〕。
- (61)「制定過程(21)」法学協会雑誌99巻5号768頁〔三井誠〕。
- (62)内藤・第4分冊743頁。
- (63)第92回帝国議会衆議院裁判所法案委員会議録(速記)第5回27、28頁。第92回帝国議会貴族院検察庁法案特別委員会議事速記録第1号1頁。なお、木村は、もともとは弁護士である。
- (64)日本刑法学会『改正刑事訴訟法』(1953年、有斐閣)。これは、「一般的」だが警察(当時は旧警察法の時代で、なお自治体警察が残っていた)に対する検察の指揮権限を強める点で捜査における中央集権の強化であり、かつ旧刑訴法的検察官像を復活強化するものであった。
- (65)横井大三「刑訴改正の経緯」前掲注(64)106頁参照。
- (66)第16回国会参議院法務委員会議録18号4頁。同会議録7号5頁〔岡原昌男〕、第16回国会衆議院法務委員会議録22号9頁〔岡原昌男〕も参照。
- (67)第16回国会参議院法務委員会会議録20号5頁。
- (68)第16回国会衆議院法務委員会会議録7号7頁。
- (69)臨時司法制度調査会第5回会議議事録32頁〔神谷尚男法務大臣人事課長〕。同第51回会議における馬場義統委員発言も参照(同議事録12頁)。
- (70)臨時司法制度調査会第51回会議議事録23頁以下。
- (71)「臨時司法制度調査会意見書」法曹時報16巻8号別冊付録96頁。なお、事務量云々は、事物管轄の拡大(同168頁)と、区裁判所(仮称)への改称(同155頁)による簡裁のミニ地裁化を意見書が謳ったことに由来する。
- (72)月刊司法改革17号90頁。なお、問答中に出てくる「一番下の3」、「5ページの左上の表」とは、第17回会議に提出された法務省資料「検事不足による地方検察の弱体とその弊害」である(ジュリスト1208号付録CD-ROMに掲載)。
- (73)たとえば、「司法制度改革審議会最終意見書」第一2(2)は、「(i)警察等からの送致事件や告訴・告発事件の捜査体制の充実・強化を図るとともに、(ii)経済事件への対応を強化」すべきだという捜査機能の強化を、検察官の増員を必要とする重要な根拠としている。
- (74)特に起訴前の刑事和解は、無罪推定との関係、捜査の糺問化の防止、和解の実施・不実施に関する捜査機関の影響力の排除など、解決すべき問題が多くあるように思われる。

- (75) 警察官の階級比で見ると、現在、警部以上は全警察官の約10パーセントである。また、いわゆるノンキャリアの場合、警部までの昇任は20数年を要するといわれるし、全ての者が昇任しうるわけではない。警察官の階級・昇任については、三浦正充「警察における昇任制度について」および宮園司史「警察官の階級制度について」(いずれも河上和雄他編『講座日本の警察』第1巻(1993年、立花書房)所収)、日弁連編『検証日本の警察』(1994年、日本評論社)254頁以下。
- (76) 2004年現在の数字を前提とすると、法科大学院全体の一学年定員が約6000名、いわゆる新司法試験の合格者が3000名を目途としているとされるから、最も単純に計算すると、修了者の約半数のみが法曹資格を取得しうることになる。一方、現行司法試験と異なり、法科大学院の場合、受験の年限・回数制限がある上、多額の学費負担、法曹養成に特化された教育内容などからみて、卒後の転進は本人にとっても周囲にとってもきわめて困難である。しかし、法科大学院の修了人員・新司法試験の合格者数に変化がないとすれば、そのしわ寄せを受けるのはもっぱら学生で、しかも本人の勉強不足に帰せしめ得ない外部的要因により、一方的かつ生涯にわたる不利益を及ぼすことになる。従って早晩、法科大学院全体の定員を「適正規模」に見直すか、新司法試験を法科大学院修了試験として合格者数制限を撤廃ないし緩和するか、パイプ的な救済策を制度化するか、いずれかが不可欠とならざるを得ない。
- (77) 伊東勝『検察庁法精義』(1974年5訂版、令文社)121頁、伊藤栄樹『新版検察庁法逐条解説』(1986年、良書普及会)129頁。

誤振込みと財産犯の成否について

上田正和

1. はじめに
2. 誤振込金受取人の預金債権の成否
3. 近時の最高裁の判断（最決平成15年3月12日）
4. 詐欺罪の要件と民法との関係
5. 銀行預金の財物性と占有の帰属
6. おわりに

1. はじめに

銀行振込みは、今日、会社取引や個人の代金振込みを問わず、我々の日常生活において一般化しているが、人間が行なうものである以上（通信回線を利用するインターネット取引においても、人間の入力行為が介在する）過誤が生じることは避けられない。その1つの例が、本稿がこれから検討を行おうとするいわゆる誤振込みのケースである。

誤振込み（Fehlüberweisung）とは、「振込依頼人が仕向銀行に対して、支払先（振込名宛人）である受取人が被仕向銀行に開設してある預金口座宛てに一定の金額（振込金額）を振り込むように依頼する。」という銀行振込みの過程において、とりわけ振込依頼人に過誤が生じ、「振込依頼人から本来予定されていた支払先に対する予定の金銭の支払いが実現しない一方で、予定されていた支払先とは全く別人の預金口座に振込金相当額の誤った入金となされる。」というものである⁽¹⁾。

誤振込みによって自己の銀行預金口座に予定外の入金記帳がなされていることに気付いた予定外の受取人としては、通常、誤った入金処理がなされていることを被仕向銀行に告げるであろうし、あるいは、本来予定されていた支払先に振込みがなされていないことに気付いた振込人が仕向銀行に過誤を申し出た場合にも、予定外の受取人は、誤振込みの前の状態に戻す組戻しの手続きに協力するのが通常であろう。予定外の受取人が誤振込みによる不当な利得を享受することは、振込依頼人と受取人の間に原因関係上の債権債務関係が存在しない以上、民法上、正当化することはできない⁽²⁾。

ところが、自己の銀行預金通帳への記帳によって本来入金されるはずのない金額の入金処理がなされていることを知った受取人が、これを奇貨として、例えば、自己の借金返済や事業資金に充てようとして誤振込金相当額を引き出す行為は現実に生じ得る。しかも、悪意の受取人は、時間が経過すれば誤振込みであったことによる各種の処理（振込前の状態に戻す組戻し手続等）が採られることを予想して、通帳記帳によって誤った入金を知るや否や比較的短期間に金銭を引き出そうとする。かかる行為は、民法上は不当な利益を得る行為であるものの、刑法上も犯罪を構成する行為とは言えないのが問題となる。民法上は正当化し得ない預金口座からの出金行為によって財産上の利益を得る行為であるので、預金通帳と印鑑を不正に入手した者が正当な預金者であることを装って預金を引き出す行為⁽³⁾と同様に考えられないかということ

である。

自己の銀行預金口座に誤振込みがなされていることを知りつつ敢えて金銭を引き出すとする行為のうち、銀行の窓口で預金通帳を示して銀行員から誤振込金相当額の払戻しを受ける行為については詐欺罪の成否が問題となり、現金自動支払機においてキャッシュカードを使用して誤振込金相当額を引き出す行為については窃盗罪の成否が問題となる。本稿は、これまで主に議論されてきた のケース（詐欺罪の成否）に焦点を当てるものであるが、あらかじめ結論を言えば、詐欺罪の成立を肯定した最近の最高裁判所の判断（最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁）に賛成するものである⁽⁴⁾。

2. 誤振込金受取人の預金債権の成否

(1) 誤振込みのケースにおいては、振込依頼人と（現実の）受取人との間には金銭の支払いを正当化するような原因関係（例えば、売買代金の支払義務等）は存在しないので、銀行振込みの決済手段性（原因関係のない振込みを受け入れる意思が受取人にはない）や受取人の棚ぼた利益性（受取人には保護すべき信頼がない）等を根拠に、受取人には誤振込金相当額部分については預金債権が成立していないと考えることも可能である。

受取人に誤振込金相当額についての預金債権が成立していないとすれば、権利が存在しないにもかかわらず、預金債権の存在を装って当該金員を引き出す行為は、預金通帳と印鑑を不正に入手した者が正当な預金者であることを装って預金を引き出す行為と同様に考えられ、このような観点から、誤振込みであることに悪意で誤振込金相当額を引き出す行為について、詐欺罪（窓口での払戻しの場合）⁽⁵⁾や窃盗罪（現金自動支払機からの引出しの場合）⁽⁶⁾の成立を認めた下級審の裁判例が出されてきた⁽⁷⁾。

(2) とところが、比較的最近の最高裁の民事判例（最判平成8年4月26日民集50巻5号1267頁）は、誤振込みの事案において、誤振込みによって自己の銀行預金口座に入金があった受取人には当該金員につき預金債権の成立が認められることを明らかにした。従って、これを前提とすれば、受取人には預金債権が成立していない（正当な払戻権限が存在しない）ことを根拠として詐欺罪（又は窃盗罪）の成立を認めるという従来の法律構成を見直す必要が生じてくる⁽⁸⁾。

誤振込みのケースにおいて受取人の預金債権の成立を認めた前記・最判平成8年4月

26日の事案は、振込依頼人A（の従業員）が賃料の振込先を誤って同音（発音が同じ）の別会社B宛てとし、振込みがなされ、その後、Bに対する貸金債権者Cが、誤振込金を含むBの銀行預金を差し押さえたが、これに対して振込依頼人Aが貸金債権者Cに対して第三者異議の訴えを提起してCの差押え（強制執行）の排除を求めた、というものであった⁽⁹⁾。

上記事案について、第1審（東京地判平成2年10月25日）及び第2審（東京高判平成3年11月28日）は、何れも、預金契約の合理的な意思解釈によれば預金債権の成立のためには振込依頼人と受取人との間に原因関係が必要であるが、本件の振込依頼人Aと受取人Bとの間には原因関係がなく、Bの預金債権は成立していないとして⁽¹⁰⁾、Aの第三者異議の請求を認めた。

ところが、前記・最判平成8年4月26日は、原審判決を破棄自判してAの請求を棄却した。最高裁判旨は次のように述べている。

「1 振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときは、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得するものと解するのが相当である。ただし、前記普通預金規定には、振込みがあった場合にはこれを預金口座に受け入れるという趣旨の定めがあるだけで、受取人と銀行との間の普通預金契約の成否を振込依頼人と受取人との間の振込みの原因となる法律関係の有無に懸からせていることをうかがわせる定めは置かれていないし、振込みは、銀行間及び銀行店舗間の送金手続を通して安全、安価、迅速に資金を移動する手段であって、多数かつ多額の資金移動を円滑に処理するため、その仲介に当たる銀行が各資金移動の原因となる法律関係の存否、内容等を開知することなくこれを遂行する仕組みが採られているからである。

2 また、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在しないにかかわらず、振込みによって受取人が振込金額相当の預金債権を取得したときは、振込依頼人は、受取人に対し、右同額の不当利得返還請求権を有することがあるにとどまり、右預金債権の譲渡を妨げる権利を取得するわけではないから、受取人の債権者がした右預金債権に対する強制執行の不許を求めることはできないというべきである。

3 これを本件についてみるに、前記事実関係の下では、Bは、甲銀行に対し、本件振込みに係る普通預金債権を取得したものであるというべきである。そして、振込依頼人である被上告人Aと受取人であるBとの間に本件振込みの原因となる法律関係は何ら存在

しなかったとしても、被上告人Aは、Bに対し、右同額の不当利得返還請求権を取得し得るにとどまり、本件預金債権の譲渡を妨げる権利を有するとはいえないから、本件預金債権に対してされた強制執行の不許を求めることはできない。」

(3) 上記民事判例に対しては、民法学上、預金債権成立における振込みの原因関係の要否⁽¹¹⁾や振込依頼人の優先的な債権回収方法⁽¹²⁾等の議論がなされているが(民法学上の最も困難な問題の1つである不当利得返還請求権の保護というテーマに関わる)、誤振込金相当額の引出行為についての刑法学上の議論(財産犯の成否)を行うに当たっては、上記民事判例の、受取人には誤振込金相当額について預金債権が成立すること、振込依頼人には不当利得返還請求権による保護しか与えられないこと、という判断を前提とすることになる。この内、とりわけ、(受取人の預金債権の成立)が重要である。

受取人に誤振込金相当額についても預金債権が成立しているというのであれば、受取人が悪意で銀行窓口において誤振込金相当額を引き出す行為はあくまでも民法上は預金者としての正当な権利行使であって、民法解釈と刑法解釈の統一性という見地からは、受取人に詐欺罪の成立を認めることはできなくなりそうである⁽¹³⁾。

ところが、誤振込金の銀行窓口での引出しについて受取人の詐欺罪の成否が問題になった比較的最近の最高裁の判例(最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁)は、前記・民事判例を引用しつつも(誤振込金相当額についての預金債権の成立を認めつつも)結論として、詐欺罪の成立を認めるに至っている。第1審(大阪地堺支判平成9年10月27日刑集57巻3号351頁)及び第2審(大阪高判平成10年3月18日刑集57巻3号353頁)も、最高裁決定要旨と表現は多少異なるものの、ほぼ同様の理論構成を示している。項を改めて紹介し、さらに検討を行っていきいたい。

3. 近時の最高裁の判断(最決平成15年3月12日)

(1) 誤振込みのケースにおいて受取人の詐欺罪の成立を認めた最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁の事案は、税理士の集金事務代行者(税理士の妻)が、税理士が顧問先から受け取る顧問料等の振込先銀行預金口座を、誤って被告人(受取人)名義の銀行預金口座と指定してしまったので、被告人(受取人)の預金口座に75万円余りが誤って振り込まれたが、これを知った被告人(受取人)が、自己の借金返済のために銀行の窓口で誤振込金を含む金額(88万円)の払戻しを受けた、というもので

あった⁽¹⁴⁾。

最高裁決定要旨は、原審判決をほぼ踏襲して次のように述べている。

「本件において、振込依頼人と受取人である被告人との間に振込みの原因となる法律関係は存在しないが、このような振込みであっても、受取人である被告人と振込先の銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、被告人は、銀行に対し、上記金額相当の普通預金債権を取得する（最高裁平成4年（オ）第413号同8年4月26日第二小法廷判決・民集50巻5号1267頁参照）。

しかし他方、記録によれば、銀行実務では、振込先の口座を誤って振込依頼をした振込依頼人からの申出があれば、受取人の預金口座への入金処理が完了している場合であっても、受取人の承諾を得て振込依頼前の状態に戻す、組戻しという手続が執られている。また、受取人から誤った振込みがある旨の指摘があった場合にも、自行の入金処理に誤りがなかったかどうかを確認する一方、振込依頼先の銀行及び同銀行を通じて振込依頼人に対し、当該振込みの過誤の有無に関する照会を行うなどの措置が講じられている。

これらの措置は、普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人との紛争に巻き込まれないためにも必要なものといえることができる。また、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものである。したがって、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に応ずるか否かを決する上で重要な事柄であるといわなければならない。これを受取人の立場から見れば、受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然といえるべきである。そうすると、誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、誤った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといえるべきであるから、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立する。」

(2) 上記最高裁決定要旨は、第2審(大阪高判平成10年3月18日)が、「誤振込による入金の払戻をしても、銀行との間では有効な払戻となり、民事上は、そこには何ら問題は生じない(後は、振込依頼人との間で不当利得返還の問題が残るだけである。)のであるが、刑法上の問題は別である。」としたのとは異なり、正面から民法解釈と刑法解釈の別(刑法解釈の独自性)を明言してはいないものの、実質的にはこれを承認するものであって、そこに上記決定要旨の問題性を見出す見解が有力に存在する⁽¹⁵⁾。

決定要旨は、受取人は誤振込金について預金債権を取得するとして受取人の権利性を肯定しつつも(上記民事判例参照)振込送金手続の安全性、とりわけ誤振込みの場合には銀行に保護されるべき利益があることを強調し⁽¹⁶⁾、それと関連付けて、「銀行との間で……継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には……誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。」としている。そして、これを補強する事情として、「誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はない」ことを上げている⁽¹⁷⁾。

4. 詐欺罪の要件と民法との関係

(1) それでは、偶然にも誤振込金相当額の利益(不当利得者であるので最終的には実質的な利益を享受し得ないが、誤振込金相当額を一応は引き出せるという現実的な利益)を得た受取人が、これを奇貨として、銀行から誤振込金相当額を引き出す行為について、詐欺罪の成立を認めることができるであろうか。民法上は受取人に預金債権が成立していることを前提として(前記・最高裁民事判例)詐欺罪の要件を検討する。

詐欺罪の成立要件は、詐欺行為(欺罔行為)、錯誤、財産的処分行為、財物又は財産上の利益の取得、損害の発生、であり、これらが因果の流れによって結び付いていることが必要である。

誤振込金の引出し行為については、これらの内、詐欺行為(欺罔行為)(そして、これに関連して 錯誤)の成否が大きな問題となる。

(2) 詐欺罪における「詐欺行為(欺罔行為)」は、錯誤に陥った状態での瑕疵ある財産的処分行為に向けられた欺く行為であることが必要である。単に、嘘や偽りを申

し向けるだけでは足りない。そしてこれを充たす限り、詐欺行為は、言語や動作によるか、作為か不作為によるかは全く問われない。

ただ、他人という「人間」を錯誤に陥れ、錯誤に陥った状態下で「意思に瑕疵のある交付行為を行わせる」というものである以上、そこには常に、被詐欺者（騙される側）との相互関係が生じてくる。

つまり、被詐欺者の守られるべき利益に着目して言えば、被詐欺者（相手方）が虚言に惑わされることなく自己の任意の意思判断が高度に保障されてしかるべき場面では、虚偽の情報によって騙されてはならないという相手方の期待利益が詐欺罪によって保護されるべき正当な法的利益に達していると言え、そのような法的利益を脅かすことに向けられた騙す行為（一定程度以上の騙す行為）は、詐欺罪における詐欺行為に当たると言ってよい。その反面、内容として虚偽を含んでいる騙す行為であっても、その場面での相手方の（真実の情報への）期待利益が一定程度以下であれば、詐欺行為には当たらない。これは「擬似的詐欺行為」とでも言えるものであって、本来の詐欺行為（「本来的詐欺行為」）と区別すべきものである。

例えば、日常の商取引において、メーカーや小売店が自社製造製品ないし自社販売商品が他社製品ないし他者商品より優れていることを多少誇張したからといって、一般消費者は、広告や宣伝はある程度誇張されたものであることを前提に、多くの商品やサービスの中から選択を行っている。従って、そこでは詐欺罪の成否（詐欺行為の有無）が議論になることは通常は考えられない⁽¹⁸⁾（憲法上は、営利広告の規制方法の問題が存在する）。

これに対して、知識経験のない一般市民に対して、投資によって確実に利益が入るとの断定的な情報を与え、それに基づき出資させたり、各種先物取引に参加させる等の悪徳商法の事案⁽¹⁹⁾や、宗教的背景を示しつつ確実な治癒の効果があると申し向けて供養料を支払わせる行為⁽²⁰⁾等については、虚偽の情報によって騙されてはならないという相手方の期待利益が詐欺罪によって保護されるべき正当な法的利益に達していると評価できるので、詐欺行為（「本来的詐欺行為」）に当たり、詐欺罪が成立し得る。

もっとも、これまでの例からも分かるように、詐欺罪の要件である詐欺行為の成否の判断は、相対的で規範的な要素を伴う。そしてこのことは、詐欺行為という概念が、時代や社会状況等（取引方法・態様の変化や国民の取引への習熟度等の多くの諸事情を含む）によって変容し得る概念であることを意味している。

(3) このような観点から誤振込金の引出しのケースを考えてみると、誤振込金の受

取人が誤振込金相当額の引出しを求めてきたとき、一体、銀行側には果たしてどのような利益があると考えられるのか、そして、その利益は、詐欺行為（詐欺罪）の成立を認めるに足りる程度の正当な法的利益に達しているともと言えるのか（現在の取引社会の状況下において、保護に値する法的利益と評価してよいかどうか）、という問題となる。

ここで、受取人が誤振込金相当額について預金債権を取得するということ（前記・最高裁民事判例）が、預金債務者である銀行の利益を検討する際の決定的な要素として働きそうであるが、必ずしもそうではないと考える。

民法上の権利関係というのは、実は抽象的・観念的なものである。所有権や賃借権、あるいは著作権は、権利それ自体としては抽象的・観念的なものである。通常は、そのような抽象的・観念的な権利があれば、義務者の側から具体的・現実的な利益（財貨）の提供がなされ、それ以上の問題は生じない。例外として、民法には占有権という事実的な権利が存在するが、その実態は、占有者が対象物を所持・支配していることによってどのような利益が現実には与えられるのか、という占有による利益の問題であって、本来的な権利とは言い難い（民法学上、占有（権）は仮の権利とも称されている）。

本稿で問題となっている預金債権も同様に抽象的・観念的なものであって、預金債権者が銀行に対して預金の払戻しを求めることができると言っても、銀行から預金債権者への金銭の移動について、その当事者間の債権債務関係の処理という限られた範囲でその正当性を抽象的・観念的に基礎付けるに過ぎない⁽²¹⁾。

従って、その限られた局面において民事上は抽象的・観念的に正当化されるからと言って、そこでの金銭の移動が法律上の問題を生じさせないことにはならず、だからこそ、「振込依頼人は、受取人に対し、右同額の不当利得返還請求権を有することができる」のである（前記・最高裁民事判例）⁽²²⁾。

また、誤振込金については、前記・最決平成15年3月12日が述べているように、「社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はない」のであって、振込送金手続に不可欠な関与者である銀行側から見れば、「銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に應ずるか否かを決する上で重要な事柄である」と言うのも、もっともなことであろう。

そして、このような銀行側（受取人に預金を払い戻す立場にある被仕向銀行側）の利益は、銀行を利用する振込送金制度が現在の取引社会や国民の日常生活等に広く普及し、その安全性・確実性に対する国民の信頼は極めて高い、という現実には照らせば、詐欺行為（詐欺罪）の成立を認めるに足りる程度の正当な法的利益に十分に達していると評価してよい。誤振込金の受取人との関係においては、被仕向銀行（の窓口従業員）は、誤振込みによって予期せぬ利益を得た受取人の虚言に惑わされることのない任意の意思判断（預金の引出しを求めて来た当該預金者に本当に支払ってよいものか否かの判断）が最高度に保障されていなければならない場面である⁽²³⁾。

なお、このように考えることは、結果として、受取人が預金債権を有していることの意義、さらに言えば、民法解釈と刑法解釈の統一性・安定性を大きく減じることにもなり得るが、既に述べたように、預金債権者であること自体が決定的に大きな意味を持つものではなく、また、私人間の権利義務関係の規律を目的とする民法と処罰に値する法益侵害行為の選別を目的とする刑法とでは、ある程度のズレが生じてくることは避けられない⁽²⁴⁾。そして、このズレは、民法と刑法の両者の対象となる財産法の領域においては顕著となる（刑法解釈の独自性は、これまでの判例によっても承認されてきた⁽²⁵⁾）。

（4）なお、受取人が誤振込金相当額を銀行窓口で引き出そうとする行為が詐欺罪における詐欺行為に当たるとしても、それが作為（挙動）による詐欺行為か不作為による詐欺行為であるのかも問題となる。不作為によるものであるとすれば、告知義務が必要となるからである⁽²⁶⁾。

詐欺行為は、錯誤に陥った状態での瑕疵ある財産的処分行為に向けられた欺く行為である限り、作為によるか不作為によるかは問われないが、前記・最決平成15年3月12日は、「誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然というべきである。」として告知義務の存在を導いているので、不作為による詐欺行為として理解していると考えられる⁽²⁷⁾。

これまでの判例や実務においては、作為（挙動）による欺罔行為の概念が比較的緩やかに用いられてきたので（無銭飲食や無銭宿泊のケース等⁽²⁸⁾）、告知義務を前提とする不作為による欺罔行為のケースは比較的限られてきた。例えば、病気を隠して生

命保険契約を締結したり⁽²⁹⁾、準禁治産者（現行民法上は被保佐人）であることを隠して借金をする場合⁽³⁰⁾等である。

告知義務を前提とする不作為による詐欺行為であるとするにより、詐欺行為の成立範囲は限定され得るが、前記・最決平成15年3月12日は、受取人は誤振込金相当額について（一応は）預金債権を取得しているという判断が前提にあるので、告知義務を問題とする不作為型として捉え、かつ、告知義務の論拠を振込送金手続に誤りがあった際の銀行の一連の対応措置と関連付けて説明しようとしたものであろう⁽³¹⁾。ここにも、詐欺行為という概念の相対性・規範性が窺われるが、誤振込みの事案は、代金支払いの意思・能力がないにもかかわらずクレジット・カードを不正使用する事案において作為（挙動）による詐欺行為が認められる⁽³²⁾のとは事情を異にしている。

（5）これまでの検討により、私は、受取人が誤振込金相当額を銀行窓口で引き出す行為については、被仕向銀行（の窓口従業員）に対する受取人の詐欺行為が肯定でき、そこから、被仕向銀行（の窓口従業員）の錯誤、同人の財産的処分行為、が導かれ、受取人が誤振込金相当額を窓口で受け取ることによって財物を取得する、（ に対応して）被仕向銀行には同額の損害が発生する、という構成で、被仕向銀行に対する詐欺罪の成立を認めると考え、前記・最決平成15年3月12日を支持するものである。

なお、誤振込金について、受取人が、現金自動支払機においてキャッシュカードを使用して誤振込金相当額を引き出す行為については、受取人が誤振込金相当額を機械から引き出して受け取ることは被仕向銀行の意に反して財物を取得するものであって、被仕向銀行に同額の損害が発生する、という構成で、被仕向銀行に対する窃盗罪の成立を認めることができる。

（6）残された点として、誤振込金の引出しにつき仮に詐欺罪（窃盗罪）の成立を認めたととしても、その成立範囲（被害金額）をどのように考えたらよいかという問題がある。

銀行から引き出した金額全体について詐欺罪（窃盗罪）の成立を認めるのか、それとも、本来受領することのできない誤振込金相当額についてのみ詐欺罪（窃盗罪）の成立を認めるのか、という問題である。民法上、銀行預金契約（預金債権）をどのように理解するのか、という議論も関係してこよう。

この点、上記の最高裁判例（最決平成15年3月12日）の第1審判決（大阪地境支判平成9年10月27日）は、「その違法性は、右一個の欺罔行為により払い戻された金員

の全額に及ぶものというべきである」として、払戻しを受けた全額について詐欺罪の成立を認めており、これが第2審（大阪高判平成10年3月18日）そして上告審（最高裁）でも維持されている。

このように引き出した金額全体について詐欺罪の成立を認める考え方は、詐欺行為に伴って金銭の提供を行った場合であっても、提供した金額を被害額の算定に当たって考慮に入れない（提供額を控除しない）従来の判例⁽³³⁾や通説の考え方と整合している。その前提には、詐欺罪は個別財産に対する罪であるというほぼ共通の理解がある。

5. 銀行預金の財物性と占有の帰属

(1) これまで、誤振込金（さらに広くは、銀行に振り込まれ、あるいは、預金されている金銭）については、銀行にその占有があるという前提（従来の判例・多数説）に立って検討してきたが、これに対しては、預金債権者である受取人に誤振込金に対する占有が認められるとの法律構成が主張されているので⁽³⁴⁾、ここで若干の検討を行っておく。

たしかに、刑法上、銀行預金者について、単なる預金債権者としての地位に止まらず、自己の銀行預金に対する占有を認める余地がない訳ではない（預金の占有論）。

例えば、金銭の保管の委託を受けた者が、その委託された金銭を自己の銀行預金口座に入金して保管していたが、それを自己の借金返済のため、預金口座から引き出して返済に充て、あるいは、預金口座から直接債権者に振込送金したようなケースにおいては、預金という形で保管していた当該金銭に対する受託者の占有を認めることができ、委託物横領罪が成立する⁽³⁵⁾。つまり、預金債権について財物性が肯定され、かつ、これに対する預金者の占有も肯定されるのである。

学説の中には、これをさらに広げて、委託関係がない場合にも預金に対する占有を認めようとする見解がある⁽³⁶⁾。たしかに、銀行預金という形で金銭を保管しておくことの安全性や利便性を考えると、預金者の占有を完全に否定することはできない。

そして、銀行預金者の預金に対する占有を広く一般的に承認し、誤振込金については受取人に預金債権の取得が認められるとすれば、誤振込金の引出し行為については、被仕向銀行に対する詐欺罪（窃盗罪）を問題にするのではなく、自己の占有に属する（他人の）物に対する財産犯である委託物横領罪や遺失物等横領罪こそが問題とされるべきだということになる。

その上で、誤振込金については委託関係がないと言えるので、具体的には遺失物等横領罪の成否を考えることになるであろう。ただ、「振込依頼人は、受取人に対し、右同額の不当利得返還請求権を有することがあるにとどまり、右預金債権の譲渡を妨げる権利を取得するわけではないから、受取人の債権者がした右預金債権に対する強制執行の不許を求めることはできない」として、振込依頼人の第三者異議の訴えを退けた前記・最高裁民事判例によると、受取人にとって、遺失物等横領罪の要件である「他人の物」と言えるのかは疑問になってくる⁽³⁷⁾。もっとも、振込依頼人の権利が仮に弱いものであったとしても、法定刑が極めて軽い財産犯である遺失物等横領罪によって守られる程度の「他人性」を肯定する余地はあるのではなかろうか⁽³⁸⁾。

(2) しかし、横領罪の場合を超えて、一般的に銀行預金者の預金に対する占有を肯定することには賛成できない。窃盗罪や詐欺罪との関係では、銀行預金者の占有ではなく、あくまでも銀行自身の占有を問題にすべきであって、これまでの判例・多数説は妥当であると考えられる。

占有とは、対象物を所持ないし支配していることを指す概念であるが、何らかの財産的価値のある対象物（ここでは債権を含めて考える）に対して所持ないし支配を及ぼし、そこから財産的利益を享受している主体は必ずしも1人ではない。言わば、1つの対象物に対して占有は重疊的に存在し得る。そして、占有主体が重疊的に存在するような場合、刑法上は、占有から生じる具体的・現実的な財産的利益に対する法益侵害者を処罰するという観点から、誰のどのような占有に基づく利益が最大限に尊重されるべきかを判断することになるのである⁽³⁹⁾。言うまでもなく、それぞれの犯罪類型の性格（例えば、委託物横領罪は委託信任関係を破る犯罪であること等）や法定刑等も考慮に入れられる。

とすれば、振込金については、具体的・現実的には銀行が所持・支配していることは否定できず、この利益は、誤振込金の受取人という言わば抽象的・観念的な預金債権者の振込金に対する権利に優先すると言うべきであろう。刑法上の占有の主体の判断に際しては、誰の手元に正に当該財産が置かれているのが最も重要な判断要素であって（委託信任関係を前提とする横領罪は例外である。）、これまでの判例や実務（そして多数説）は、このような観点で占有の主体や財産犯の被害者を考えてきたのである。

その意味で、受取人の誤振込金引出しのケースにおいて、被仕向銀行が被害者であるとして同人に対する受取人の詐欺罪の成立を認めた前記・最決平成15年3月12日

は、従来の判例・実務の延長線上にあると位置付けられる。

6. おわりに

(1) 本稿は、自己の銀行預金口座に誤った振込みの入金処理がなされていることを知りながら敢えてこれを銀行窓口で引き出したケースについて、受取人が誤振込金相当額の預金債権を取得しつつも（最判平成8年4月26日民集50巻5号1267頁）、刑法上は、自己が預金口座を有する当該銀行（被仕向銀行）に対しての詐欺罪の成立が認められるとした最近の最高裁判所の判例（最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁）に賛成するものである。そして、民法上は預金債権者であることが、刑法の詐欺罪における詐欺行為の判断にどのような意味を持ち得るのか、詐欺行為の成否はどのような観点・基準から判断されるのか、銀行預金者の預金に対する占有等の諸問題について、私なりに検討を行ってみた。

銀行振込みを利用して代金の支払いや広く債務の弁済等を行うことは、今日の国民生活に広く普及しているが、それは同時に、振込送金手続過程における過誤の可能性を相当程度孕んでいる。民事上の利得の調整（最終的には金銭による解決）を超えて、処罰という強烈な効果を予定する刑事法がいかにして対処するのか（対処すべきであるのか）という困難な問題でもある。

本稿のテーマは、刑法分野だけの議論では解決が困難なテーマであり、振込送金手続にかかわる民事法上の法律関係、誤振込みがあったときの事後処理を含めての当事者間の権利義務関係の調整等、幅広い分野にわたる論点の検討が不可欠である（抜本的には、誤振込みの可及的な防止策、万一誤振込みがあったときの振込依頼人の速やかな権利保護のためのシステムないし立法措置等が必要であろう）。刑法の分野に限っても、刑法上の占有論や詐欺行為の概念等、財産犯の中核に関わる重要な問題を含んでいる。

詐欺行為概念の相対性（「擬似的詐欺行為」とでも言うべき行為の存在）や刑法上の占有の重畳性等についても言及してきたが、私自身の理解不足による誤解もあろうかと思う。多くの御指摘を賜りながら、今後のさらなる検討を深めていきたい。

(2) 資本主義社会が高度に進み、科学技術が日進月歩の社会状況においては、日々、新しい社会事象や取引形態が次々と登場してくる。新たな財産取引形態の登場は、言うまでもなく新たな民事法上の諸問題を提起するが、それがやがては刑事問題にも発

展し得る⁽⁴⁰⁾。

その意味で、従来以上に、民商法と刑事法（刑事実体法に限らず、手続法をも含む）とが交錯する場面が増大するであろうし、双方の分野の実務や研究成果の交流が一層期待されるであろう⁽⁴¹⁾。私も、双方の法律実務に携わる人間として、さらに研鑽を積み、多少なりとも貢献できることを願っている。

【注】

- (1) 銀行振込みにおける当事者間の民事法上の関係、誤振込み事例における法律関係については、松岡久和「誤振込事例における刑法と民法の交錯 松宮論文によせて」刑法雑誌43巻1号（2003年）90頁以下によって整理されている。
- (2) このこと自体は、否定し得ない。
- (3) この場合は、詐欺罪の成立が認められる。預金通帳と印鑑を窃取した点について窃盗罪が成立したとしても、別途、詐欺罪が成立する（最判昭和25・2・24刑集4巻2号255頁等）。
- (4) なお、海外における議論状況については、松宮孝明「財産犯における刑法と民法の交錯 誤振込金員の引き出しを素材に」刑法雑誌43巻1号（2003年）83頁以下の中で簡潔に紹介されており、それによると、ドイツの最近の判例（2000・11・8）は詐欺罪の成立を否定したとのことである。
さらに詳しくは、松宮孝明「誤振込と財産犯の解釈及び立法 ドイツ及びスイスの議論を素材にして」立命館法学278号（2001年）1頁以下を参照。
- (5) 札幌高判昭和51・1・11刑月8巻11・12号453頁。
- (6) 東京高判平成6・9・12判時1545号113頁。
- (7) なお、初期の裁判例には、遺失物等横領罪の成立を認めたものがあった。東京地判昭和47・10・19公刊物未登載（原田國男「誤って振り込まれた預金の払戻しと占有離脱物横領罪の成否」研修337号（1974年）69頁以下を参照）。
- (8) 預金債権（民法上の権利）の成否という前提問題の結論が全く正反対になったからである。
- (9) 仕向銀行と被仕向銀行が同一銀行である同一銀行支店間振込みの事案である。また、誤振込みから約3ヶ月後に預金の差押えがなされている。
- (10) 従来の民事裁判例も、預金債権が成立するためには、振込依頼人と受取人との間に原因関係が必要であるとしていた。名古屋高判昭和51・1・28金商795号44頁や鹿児島地判平成元・11・27金法1255号32頁。
- (11) 原因関係必要説と原因関係不要説をめぐる民事上の議論状況については、松岡・前掲（1）を参照。
- (12) 原因関係不要説（預金債権成立）を採りつつ、誤振込人の民事上の救済方法を探るものもの例として、松岡久和「受取人を誤記した誤振込による預金債権の成否」ジュリスト臨時増刊1113号（平成8年度重要判例解説）（1997年）73頁以下。

なお、林幹人「誤振込みと詐欺罪の成否」ジュリスト臨時増刊1269号（平成15年度重要判例解説）（2004年）165頁以下は、刑法学の観点から、振込人に準所有権的な物権的請求権ないし先取特権的な優先権を認めるべきだという提案に賛同している。

- (13) 法秩序の統一性の見地から詐欺罪の成立を否定するものとして、松宮・前掲(4)（「誤振込と財産犯の解釈及び立法 ドイツ及びスイスの議論を素材にして」）、川口浩一「誤振込と詐欺罪」奈良法学会雑誌13巻2号（2001年）1頁以下、山口厚「誤振込と財産犯」法学教室283号（2004年）82頁以下等がある。
- (14) なお、本事案では、誤振込み自体は2ヶ月以上の期間に及び、その誤振込金額は合計222万円に達している。
- (15) 民法解釈と刑法解釈の統一性を強調する見解からの指摘である。
- (16) 最高裁判例に反対しつつも、銀行に保護するに値する利益があったことを説明しようとしている姿勢を評価するものとして、林・前掲(12)166頁。
- (17) 「実質的な権利はない」との部分捉えて、受取人の払戻しの可能性を含んでいると理解するものとして、重井輝忠「誤振込みの事実を知った受取人がその情を秘して預金の払戻しを受けた行為が詐欺罪にあたりとされた事例」現代刑事法6巻6号（2004年）82頁以下。
- (18) 商品を販売するに当たり、単に名称を偽ったに過ぎず、購入者自らが確認して買った場合に詐欺罪の成立を否定したものとして、大判大正8・3・27刑録25輯396頁。
- (19) 代表的なものとして、商品先物取引における客殺し商法について詐欺罪の成立を認めた最決平成4・2・18刑集46巻2号1頁。
悪徳商法については、詐欺罪以外にも各種の特別立法によって規制がなされている。
- (20) 富山地判平成10・6・19判夕980号278頁。
- (21) 今井猛嘉「現金の占有・誤振込みと財産犯の成否」現代刑事法5巻11号（2003年）104頁以下は、受取人の預金債権を肯定した最高裁民事判例について、銀行を媒介とした振込み送金制度の維持という大局的観点から理解できるとした上で、受取人に認められた預金債権の実質的機能は、誤振込金を銀行を煩わせることなく受取人から振込依頼人に返還させることを可能にする点にあり、この預金債権は例外的な権利であると位置付けている。
- (22) 受取人に預金債権が成立する（最高裁民事判例）と言っても、刑罰的には受取人の預金債権を正面から肯定したものではないとするものとして、西田典之「誤振込による預金の払戻と詐欺罪の成否」法学教室222号別冊付録判例セレクト1998（1999年）30頁、亀井源太郎「誤振込みと知りつつ払戻し受ける行為と詐欺罪の成否」法学教室282号別冊付録判例セレクト2003（2004年）32頁。
また、佐藤文哉「誤って振り込まれた預金の引出しと財産犯」佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』（2002年）338頁は、悪意の受取人には正当な払戻権限が認められないとし、さらに、信義則違反や権利濫用の理論によっても誤振込みの預金債権の行使は許されないとしている。
- (23) 渡辺恵一「誤って振り込まれた預金の引出し行為と犯罪の成否」研修599号（1998年）113頁は、銀行が誤振込みであることを知っていれば直ちに払戻しに応じることはないとして、

詐欺罪の成立を認めている。

また、重井・前掲(17)85頁は、誤振込みの際に行なわれる組戻しや照会という銀行実務の存在とそれに対する銀行の関心という観点から、受取人による払戻しが早すぎたこと(早められた財産の交付)を指摘している。

これらに対して、林・前掲(12)は、誤振込みの場合において法秩序として保護すべきなのは、銀行ではなく振込依頼人であって、受取人の行為が違法であるのは、銀行の利益ではなく振込依頼人の利益を害しているからであるとする。

- (24) 亀井・前掲(22)は、受取人が誤振込金を引き出す行為について、「民法上、やってよい行為」と評価できるかについても議論の余地があるとして、預金債権成立の意味を極めて限定して理解する。
- (25) 建造物の「他人」性の判断について、抵当権の有効性という民事上の問題から独立した判断を行った最決昭和61・7・18刑集40巻5号438頁や、詐欺賭博によって債務を負担させた場合(不法原因給付)についても詐欺利得罪の成立を認めた最決昭和43・10・24刑集22巻10号946頁等、その例は非常に多い。
- (26) 不作為による詐欺罪は不真正不作為犯であり、既に相手方が錯誤に陥っているにもかかわらず敢えて事実を告知しないという義務違反によって成立する。ここで言う告知義務は法律上の義務でなければならないが、その根拠は、法令や契約に限られず、慣習や条理であってもよい。従って、信義則も根拠となり得る。
- (27) このような告知義務違反を認めることに反対のものとして、山口・前掲(13)88頁、林・前掲(12)166頁以下等。
- (28) 最決昭和30・7・7刑集9巻9号1856頁。
- (29) 大判大正7・2・19刑録24輯85頁。
- (30) 大判大正7・7・17刑録24輯939頁。
- (31) 重井・前掲(17)86頁は、組戻しや照会といった銀行実務や銀行の関心事を終局的に無意味に帰せしめる「払戻しの請求」という財産の交付に密着した具体的な作為が求められているとする。
- (32) この場合には、裁判例はほぼ一貫して加盟店(店員)に対する作為による詐欺行為を認めてきた。東京高判昭和59・11・19判夕544号251頁や東京高判平成3・12・26判夕787号272頁等。
- (33) 最判昭和28・4・2刑集7巻4号750頁。
- (34) 上高「預金による占有」刑法の争点[第3版](2000年)190頁以下。
- (35) 大判大正元・10・8刑録18輯1231頁や大判大正8・9・13刑録25輯977頁等、判例でも古くから認められており、学説も一般的に承認している。
- (36) 上高・前掲(33)191頁。また、山口・前掲(13)86頁は、正当な払戻権限が何らかの理由から認められるときには預金者の「預金の占有」を肯定することが可能であるとする。これに反対して、委託関係がある場合に限って預金に対する占有を認めるものとして、西田典之『刑法各論[第2版]』(2002年)225頁等。

- (37) 山口・前掲(13) 88頁は、このような見解に立ちつつも、振込依頼人の権利内容を契約等で強化することを通じて遺失物等横領罪の成立を肯定するのが本筋であるとの方向性を示している。
- (38) 林・前掲(12) 167頁は、委託人が受託人名義で預金することを許容している場合にすら刑法上の他人性が肯定されていること(大判大正9・3・12刑録26輯165頁)や、誤振込金の引出しは、誤配達された郵便物の領得が遺失物等横領罪を成立させる(大判大正6・10・15刑録23輯1113頁)のと実質的には同じであることを根拠に、遺失物等横領罪の成立を認めるべきであるとする。
- (39) 抽象的・観念的な権利の発生を問題とする民法における占有概念とは、大きく異なっている。「自己のためにする意思」(民法180条)の要否や代理人による占有の可否等、その違いは大きい。
- なお、前田雅英『刑法各論講義(第3版)』(1999年)168頁は、占有の有無についての判例を検討すると、財物自体の特性、占有者の支配の意思の強弱、距離などによる客観的・物理的な支配関係の強弱、が範囲を決定する実質的基準であるとしている。
- (40) 立法措置(法改正を含む)が即時に行なわれない以上は解釈論を展開することになるが、我が国の刑法典の財産犯の条文が簡潔であることは、判例(下級審裁判例を含む)の分析検討の重要性がさらに増すことになる。
- (41) 民法と刑法が交錯する重要なテーマに関し、民法研究者と刑法研究者が対談するという形式で議論を深めているものとして、佐伯仁志・道垣内弘人『刑法と民法の対話』(2001年)がある。
- また、2002年7月に開催された日本刑法学会関西西部会において、共同研究のテーマとして「刑法と民法の交錯」が取り上げられている。その内容については、「特集刑法と民法の交錯 その一断面」刑法雑誌43巻1号(2003年)72頁以下を参照。

競争法における抱き合わせ規制と 統合製品の評価

隅田浩司

はじめに

1. 米国抱き合わせ規制の歴史の変遷

- (1) 古典期
- (2) シカゴ学派による抱き合わせ規制への批判
- (3) Jefferson Parish Hospitals 事件及び Kodak 事件

2. Microsoft 事件における抱き合わせの判断

- (1) Microsoft 事件の判断
- (2) EC委員会における抱き合わせの判断
- (3) 公取委による規制

結語

はじめに

日米欧の競争法を比較検討するとき、時として、日本の独占禁止法と欧米との問題意識の相違に驚くことも少なくない。この抱き合わせ規制もまた、そのひとつだった。すなわち、1990年代初頭、日本における代表的な抱き合わせ事件は、ゲームソフト（ドラクエ）の人気に便乗して、卸売業者が不人気ソフトを小売業者に押しつけ販売したケースである藤田屋事件⁽¹⁾である。これに対して、病院の外科手術と麻酔サービスの抱き合わせが問題となった米国のJefferson Parish 事件⁽²⁾は、同じ抱き合わせ規制といってもその問題意識は大きく異なるものであった⁽³⁾。しかし、パソコンの製造販売業者（OEMs）に対して、表計算ソフトエクセルとワープロソフトのワード、そしてエクセルとワードとスケジュール管理ソフトアウトLOOKを抱き合わせて購入するようにさせていたマイクロソフト社の行為が独占禁止法19条、一般指定10項に違反するとされたマイクロソフト事件⁽⁴⁾以後、現在、日本の抱き合わせ規制は、欧米と同様の問題意識の元で議論されるようになってきた。

ちなみに、近年、メディアで大きく取り上げられたMicrosoft 事件⁽⁵⁾での大きな争点の一つもまた、抱き合わせである。ここでは、米国反トラスト法上、最も厳格な当然違法の原則の元で審査される抱き合わせ規制について、技術革新を根拠と、その例外を限定的に認め、合理の原則を適用した⁽⁶⁾。さらに、2004年、EC委員会は、マイクロソフト社がコンシューマ向けPCの基本ソフト（Windows）の独占的な地位を濫用したとして、4億9,700万ユーロという巨額の過料が課せられた事件⁽⁷⁾においても、基本ソフトとマイクロソフトメディアプレーヤーの抱き合わせ（OSへの統合）が問題となっている。このように日米欧においてなぜ、マイクロソフト社が、抱き合わせ規制に関して問題とされるのか。ここには、コンピュータの基本ソフトの技術革新におけるソフトウェアの統合とそれによる競争者への影響というきわめて今日的な問題が内包されているからである。同時に、コンシューマ向けコンピュータソフトウェア市場は、グローバルに展開しているため、マイクロソフト社に対するある国・地域の競争法の適用は、直ちに全世界のマイクロソフト製品に関する契約、取引に影響を与えることになるといえる。その意味でも、この抱き合わせ規制について、日米欧の運用の実態を比較・検討することは重要である。そこで本稿は、EC委員会の判断にも大きな影響を与えている米国のマイクロソフト事件について、米国抱き合わせ規制の歴史の変遷を手がかりに、その問題構造を明らかにし、ソフトウェア産業における製

品の統合と技術革新に関する議論の整理の手がかりを得たい。

1. 米国抱き合わせ規制の歴史的変遷

(1) 古典期

反トラスト法における抱き合わせ規制については、古典期、1950年代後半から80年代のシカゴ学派時代、そして、1990年代以降の3期に分けて整理することが一般的である⁽⁸⁾。古典期は、厳格な当然違法の原則に基づく規制が特徴である⁽⁹⁾。

初期の代表的判例⁽¹⁰⁾は、自社製品の賃貸に関連して、原材料及び自社製品に使用する製品の購入を義務づけるものである⁽¹¹⁾。古典期の判例の違法性の根拠は、能率競争 (competition on merits) に求めているが、その内容は多義的であり、また具体的な違法性判断の根拠も不透明であることが多い⁽¹²⁾。この多義性は、古典期判例が確立した抱き合わせの要件にも見ることができる⁽¹³⁾。まず、最初に、1) 2つの製品が存在し、抱き合わせる製品 (tying product) は、購入者が購入を望んでおり、抱き合わされる製品 (tied product) は、購入者が購入を望んでいないことが挙げられていた。例えば、United Shoe事件⁽¹⁴⁾のように、製靴原料はすべて、United Shoe Machinery社から購入するように強制され、また、賃貸している製靴機の作業と関連する機械はすべて、United Shoe Machinery社より購入することが強制されていたが、これはこの要件に該当する典型例といえる。次に、2) 購入者が両製品を購入する以外の選択肢を与えられていない、すなわち購入を強制されていることがある⁽¹⁵⁾。そして、最後に、3) この種の抱き合わせが独占的すなわち、主たる製品 (Tying Products)⁽¹⁶⁾において独占的であることが求められた。このように古典期判例の特徴は、特許権に関連する有体物が問題とされている。その上、主たる製品と従たる製品の区別は、一目瞭然であった。ところが、裁判所は、1950年代以降になると新聞の広告スペースに関する朝夕刊の抱き合わせ、鉄道会社の保有する沿線の土地購入と優先輸送条項、プレハブ住宅と同住宅購入のための住宅ローン⁽¹⁷⁾といった古典期判例とは異なるタイプの抱き合わせ事件に直面することになる。特に、従来の特許権に関連する事件とは異なり、強制の前提となる強制しうる力の認定について新しい基準が必要となった。そこでTimes-Picayune事件⁽¹⁸⁾では、新聞社が、主たる製品である朝刊の市場において「独占的地位」を有しているか否かを問題にした⁽¹⁹⁾。これは、強制しうるだけの力の存在が違法性判断に必要なだと言うことを明示したものである。その後、Northern Pacific Railway

事件⁽²⁰⁾では、独占的地位までは必要なく、競争者に対して優位に立ってそれらを排除するだけの、実質的な経済力 (substantial economic power) があればよい⁽²¹⁾と判示した。この実質的な経済力の有無は、抱き合わせの違法性判断に置いて大きな影響を与えることになる。当時の、抱き合わせの違法性の根拠は、ある製品の抱き合わせによって、需要者の選択肢が減少し、その結果、抱き合わせられた市場での競争に対する市場閉鎖効果に影響するものと考えられていたといえる⁽²²⁾。

(2) シカゴ学派による抱き合わせ規制への批判

1970年代から、抱き合わせに対する当然違法の原則が確立されると相反して、抱き合わせという、いわばビジネスにおいて通常行われる事業戦略に対して、当然違法の原則が適用されることに対する企業サイドからの違和感も高まりつつあった。この時期、裁判所の抱き合わせ規制を理論的に厳しく批判したのがシカゴ学派である。シカゴ学派は、当然違法の原則を適用する違法性の根拠について、判例理論は、「てこ (leverage) の理論」すなわち、主たる市場における市場力 (独占力) をてことして当該独占力を従たる市場に拡大することにあるとし、この理論には根拠がないことを厳しく批判した⁽²³⁾。すなわち、シカゴ学派は、抱き合わせをしたとしても独占力を拡張することはできないと主張したのである⁽²⁴⁾。簡単に説明すると⁽²⁵⁾、すなわち、主たる製品の独占者であっても、従たる製品について独占力を保持していない場合には、抱き合わせ行為をしなくても主たる製品の価格を引き上げればよいのでそもそも抱き合わせのインセンティブは発生しないし、抱き合わせ行為によってむしろ消費者余剰が増える場合もあり得るというものである⁽²⁶⁾。この批判には、問題点も少なからず存在するが⁽²⁷⁾、少なくとも、抱き合わせという行為の違法性について、より詳細な分析を行う必要があるのではないかという問題提起としてこのシカゴ学派による批判には大きな意味があったといえる。このシカゴ学派の批判は、判例法理にも影響を与えることになる。

(3) Jefferson Parish Hospitals 事件及び Kodak 事件

Jefferson Parish Hospitals 事件は、外科手術における麻酔処置について East Jefferson 病院と、麻酔医によって設立された Roux 社との間での麻酔サービス契約中にあった当該病院の施設利用を Roux 社にのみ認める旨の排他条項に端を発する。その後、当該排他条項は削除されたが、病院は、同条項の削除後も、依然として Roux 社にのみ麻

酔施設を使用させていた。1977年、麻酔医のHydeが同病院の麻酔のスタッフに応募したところ、病院内の医局スタッフらの委員会等は、これを承認したにも関わらず、病院の理事会は、これを拒否した。これに対して、Hydeが病院を反トラスト法違反で提訴したのがこの事件の経緯である。多数意見は、病院の行為は、外科手術サービスと麻酔サービスを不当に抱き合わせたものではなく、シャーマン法1条に違反しないと判示した上で、抱き合わせ規制それ自体については当然違法の原則が維持されるとした。

まず、多数意見は、それぞれの製品が、競争的な市場で別個に販売されているならば、ある売り手が製品をパッケージにして販売したとしても市場に対する不合理な制限ではないとする⁽²⁸⁾。しかし、買い手が購入を望んでいないか、もしくは他の条件で他の売り手から購入することを望んでいるような買い手に対して、主たる製品の購入に際して、従たる製品の購入を強制する（forcing）する場合には、当該行為は違法な抱き合わせであるとする⁽²⁹⁾。次に、抱き合わせが当然違法となるためには、相当量の取引が抱き合わせによって排除されることを要件とする⁽³⁰⁾。そこで、多数意見は、当該地区の患者の70%がEast Jefferson病院以外の病院を利用していること、すなわち当該病院の市場シェアが30%以下であることから、市場における独占的な地位を形成していないと判断した⁽³¹⁾。また、本件では、そもそも外科手術と当該手術の際の麻酔処置が、別個の製品といえるか否かに関する審査基準は大きなポイントとなる。この点、多数意見の基準は、2つの製品（本件で役務）の機能的な関連性に基づくのではなく、2つの役務に対する需要の特性から判断すべきというものである⁽³²⁾。すなわち本件の場合、麻酔施術を病院サービスと分離して購入するという十分な需要の存在が必要となる⁽³³⁾。この基準に基づき、多数意見は、診療報酬の請求システムそして外科医や患者から、麻酔医の指定があったことを根拠として需要サイドから見て、別個の役務を構成すると判示した。

Jefferson Parish事件以後、再び別個の製品の判断が直接的に問題となったのが、Kodak事件である。本件は、Kodak社は、自社製の高性能フォトコピー及びマイクログラフィック（コピー機）の製造販売に際して、同製品の保守点検サービス及び保守用の部品を、自社及びOEMを通じて提供していた。ところが1980年代以降、独立系保守サービス事業者（independent service organizations, ISO）がKodak社よりも低価格かつKodak社が提供するものと同水準の保守点検サービスを提供し始めた。そこでKodak社は、1）コピー機を自ら保守点検する顧客にのみ保守部品を提供すること、

2) ISO に対する部品供給を抑制するため、同社以外の事業者には部品の販売を禁止し、さらに同社製のコピー機などの中古品流通を制限するなどした行為が問題となった。これに対して、1992年、連邦最高裁の多数意見は、1) 保守サービス及び保守部品は、それぞれ独立して販売されていることから、需要者側から見て両者はそれぞれ別個の製品(役務)を構成していると判断し⁽³⁴⁾、第二に、Kodak社は、部品の入手をコントロールすることで、競争的な保守サービスを排除するなど、需要者である顧客が望まない従たる保守サービスの購入を強制するだけの十分な経済力(sufficient economic power)を保有し手いと判断した⁽³⁵⁾。また、コピー機市場において市場力を保有しないKodak社が、保守部品等の価格を引き上げれば、潜在的顧客は同社コピー機を購入することを控えることになるという主張に対して、保守サービスの価格引き上げ後、同社製コピー機の売り上げが減少した証拠がなく、コピー機の切り替えコストの存在故に同社製コピー機市場にロックインされた顧客に対して、高い情報コスト及び差別的価格を課すことで、競争的な機器市場での損失を相殺しようと判断した⁽³⁶⁾。

この2つの事件において確立した抱き合わせに関する当然違法の原則は、次の3つの要件を満たした段階で成立するといえる。すなわち、1) 別個の製品の抱き合わせが存在すること、2) 競争市場では購入しないであろう製品を顧客に購入させることができる力(市場力、経済力)の存在⁽³⁷⁾、3) 相当数の取引が抱き合わせによって閉め出されること(foreclose)である。

では、そもそも当然違法の原則による要件解釈にはどのような特色があるのだろうか。当然違法の原則とは、裁判所の経験上、当該行為によって反競争的效果の発生がほぼ確実であり、競争促進的效果の存在の可能性が極めて低い特定の行為類型については、原告側は、被告の行為が当該行為類型に該当することを立証すれば足り、被告側は当該行為が有する競争促進効果に関する立証責任が転換されるという分析手法である⁽³⁸⁾。従って、当然違法の原則の下では原告は、被告の反競争的效果の立証に際して詳細な市場分析は必要とされない。すなわち当然違法の原則において、詳細な市場分析を行うことそれ自身が、同原則と矛盾することになるのである。すなわち、抱き合わせ規制における別個の製品基準は、合理の原則が要求する通常の市場画定の立証と同じものであってはならないということになる⁽³⁹⁾。しかし、別個の製品基準や経済力の立証は、カルテルに適用される当然違法の原則以上に詳細な立証を要求するものである。では、なぜ、抱き合わせ規制において、当然違法の原則を維持しなければならないのか。これは、当然違法の原則に該当しない行為類型について、その反競争的

効果を測定する合理の原則の内容が必ずしも明確ではなく、そのため原告の立証の負担が非常に多いという背景があるからである⁽⁴⁰⁾。従来の反トラスト訴訟は、時折、当然違法か合理の原則かといった二分法的な議論に終始するという弊害が叫ばれてきた。今日では、合理の原則の内容の精緻化、違法性判断の手順の明確化という新しい課題によりこの二分法的な議論の弊害を回避しようという試みが見られる。

2. Microsoft 事件における抱き合わせの判断

(1) Microsoft 事件⁽⁴¹⁾の判断

本判決において抱き合わせが問題となったものは、1) Windows95及び98のライセンスに対して、単一価格でインターネットエクスプローラ(IE)を抱き合わせてライセンスを受けるように要請したこと、2) デスクトップ上からIEをアンインストール若しくは削除することをOEMに対して認めなかったこと、3) 「プログラムの追加と削除」のユーティリティを使用して消費者がIEを削除できないようにWindows98を設計したこと、4) 特定の環境において、ユーザの設定した通常使用するブラウザを上書きするようにWindows98を設計したことである⁽⁴²⁾。この争点に対して連邦控訴裁は、プラットフォーム・ソフトウェア製品に関する抱き合わせについては、合理の原則に基づいて判断すべきという、これまでの抱き合わせ規制の歴史から見て画期的な判断を下した。ただし、本判決は、あくまでも合理の原則に基づいて判断すべきとして連邦地裁に差し戻した事件であり、その後、司法省が抱き合わせを訴因を放棄するばかりでなく、同意判決に終わったため、具体的な抱き合わせに関する合理の原則に基づく最終的な評価を差戻審は行わなかった。

控訴審判決は、これまで、下級審においてソフトウェアに関する抱き合わせが問題となった事例は、ソフトウェアとハードウェアとの抱き合わせ⁽⁴³⁾が大半であり、ソフトウェアの統合が問題となったわずかな下級審判例も本件の先例として適切ではない⁽⁴⁴⁾と判断する。特に、抱き合わせに対する別個の製品基準をそのまま適用することに懸念を示している。すなわち従たる製品が主たる製品とは別個に存在し、それに対する独立した需要がその当時存在するならば、当該製品の効率性について考慮する余地なく、当然違法の原則により、違法な抱き合わせと判断されるため⁽⁴⁵⁾、ソフトウェアのように技術革新による統合の効率性が存在する市場では、当然違法の原則の存在によって、ソフトウェアの統合に対する事業者のインセンティブを損なうことになるとす

る。その上で、別個の商品基準における需要とは、過去に別個に存在していた従たる製品の組み合わせに関する需要を見るものであって、新規性のある技術革新に基づいた統合の存在がもたらす効率性全体を見ることはできないと判断する⁽⁴⁶⁾。このように本判決では、ソフトウェアにおける統合という現象それ自体が、技術革新の一端を担っていることを強調し、このような場合には合理の原則が適用されるべきだと判断しているのである。

また、Microsoft 事件の大きな特徴は、合理の原則の適用に際して、その際の審査項目について指示をしているところにある⁽⁴⁷⁾。この指示内容は、反競争的効果の立証に際して、従たる製品の市場（ブラウザ市場）の明確な画定及び、本件抱き合わせ以外に存在する参入障壁等具体的な項目について指示している。では、本判決の意義とその問題点はどこにあるのだろうか。まず、確かに、当然違法の原則から合理の原則への転換を意図したという意味では、判例として画期的である。しかし、本判決では、別個の商品基準の問題性を指摘したものの、それに代わる合理の原則に基づいた別個の商品の審査基準が明確ではない⁽⁴⁸⁾。この点について、今後、抱き合わせにおける別個の商品の画定に際して、詳細な市場分析が求められることになるのか、検討する必要があるだろう。他方、参入障壁についてMicrosoft 事件は、判決自体では、この問題を差戻審で争うことを認めていないものの、合理の原則に基づいて抱き合わせを判断する際に、従たる製品市場に存在する参入障壁分析は違法性を判断基準として重要である⁽⁴⁹⁾。この点、独占化の企図と抱き合わせ規制との相関関係をより明確にするためにも参入障壁分析を基軸とした概念整理が行われることは有益であろう。また、Microsoft 事件は、当該行為の実質的な閉鎖効果（foreclosure）に違法性の根拠を求めていることから、当該判決を契機として、排他取引全般の違法性判断の整合性が生み出される可能性があるとする見解がある⁽⁵⁰⁾。

（2）EC委員会における抱き合わせの判断

2004年3月24日、EC委員会は、マイクロソフト社に対してウィンドウズメディアプレイヤー（WMP）をOSに抱き合わせたことがEC条約82条（d）に違反すると判断した⁽⁵¹⁾。委員会は、82条（d）に違反する抱き合わせの要件として、1）別個の商品の存在、2）主たる市場において支配的地位が認められること、3）従たる製品を購入せずに主たる製品を購入するという消費者の選択肢を与えていないこと、4）抱き合わせによって競争を排除していることという4要件を挙げ⁽⁵²⁾る。この決定は、マイクロソ

フト社の申立の影響などもあって、Microsoft 事件判決を意識した記載が見られる。特に、マイクロソフト社が、2002年の和解によってOEMsは、自由にWMP以外の音楽プレイヤー、例えばリアルプレイヤーなどをインストールして出荷することに同意している以上、これ以上EC委員会が措置を執る必要がないという反論に対しては、米国の訴訟の焦点は、ネットスケープ、サンマイクロシステムズのJavaとOSとの関係を議論していたものであり、原告は差戻審ではシャーマン法1条に関する抱き合わせの申立を取り下げていることから、差戻審では抱き合わせに関する論点が議論されていないと判断する⁽⁵³⁾。このように同じ企業を相手取った複数国間での競争法適用に際して、それぞれの国の排除措置や和解案との整合性を求める抗弁に対してどのように対処すべきかは、今後競争法当局にとって大きな課題となってくると思われる。

次に、具体的な抱き合わせの問題についてEC委員会は、今回、WMPとOSの統合それ自体を問題にしている。この判断においては需要者側から別個の製品を画定している。その根拠として、リアルプレイヤーやアップル社のクイックタイムなど複数の音楽プレイヤー製造業者の存在、そして、マイクロソフト社自ら、WMPをアップルのマッキントッシュやサンマイクロシステムズのソラリスなど他のOSにも提供しているという事実、現実に音楽プレイヤーを選択する消費者の行動そして、この種のプレイヤーを必要としない消費者（企業など）の存在から、音楽プレイヤーとOSは別個の市場だと判断する。ここで興味深いところは、EC委員会が、Microsoft 事件判決が統合前の消費者行動に依拠した別個の製品判断は、統合製品の効率性の適切な評価を損なうおそれがあるとする判断に対して、音楽プレイヤーに関する限り統合後4年間の間、消費者が代替的な音楽プレイヤーを求める需要があったと指摘する点である。また、製品統合は通常のビジネス上の判断であり、他のOSでもこの種の統合が見られるというマイクロソフトの主張に対しても、他社が統合しているという事実は消費者の多機能を求める声に応じるものではあっても、そのことからOSとWMPが一つの製品であると結論づけることはできないと判断している。このEC委員会の判断は、統合製品としてOSとWMPが一つであるかという最初の関門について別個の製品として認定し、その上で、抱き合わせ行為によってもたらされる効率性を考慮するというものである。この点について、EC委員会は、マイクロソフト社の提出した証拠は効率性を立証するのに十分なものではなく、特に、同社が抱き合わせの効率性として主張した便益は、抱き合わせを行うことなく達成することができるものであって、抱き合わせの反競争的効果を上回る効率性を立証するものではないとする⁽⁵⁴⁾。このEC委員会の効率性に

関する判断は、Microsoft 事件判決が問題としたものはブラウザであり、今回音楽プレイヤーが問題となっており両者を簡単に比較することはできない。しかし、OSの発展とは、統合によりもたらされてきたという側面を否定することはできない⁽⁵⁵⁾。そして、OSのバージョンアップが、消費者を引きつける魅力の一つは、他のソフトウェアとして単体で提供されたものを統合することでOSとしての機能を高め、従来別個の商品であったときよりも低廉な価格で消費者に提供するという側面も無視すべきではない⁽⁵⁶⁾。しかし、他方で、この統合（抱き合わせ）によって、従来の市場の概念を供給サイドから変更してしまう、すなわち統合ソフトウェアの登場によって従来存在していた市場が消滅してしまうという側面も考慮する必要がある。このように統合製品と抱き合わせに関する競争法の評価は、より直接的に製品・サービスそして市場それ自体のあり方を左右することになることに注意が必要である。すなわち、これはハイテク市場に対する政府介入のあり方という根本的な問題を内包する問題であるといえる⁽⁵⁷⁾。この点について、政府介入を最小限に抑え、「正のフィードバック効果」を最大限尊重し、市場の「自然的な展開と企業の人為的な排除行為を区分して、後者の人為的な排除行為を排除」することに専念するという⁽⁵⁸⁾発想は、Microsoft 事件判決の背景にある思想とも一致するといえるのではないと思われる。ただし、人為的な排除行為と市場の発展に伴う自然な展開の区別は、それほど自明なものではない。すなわち、市場の発展・衰退は、最終的には市場に参加するプレイヤーの行動に依存することはいうまでもないからである。今回のMicrosoft 事件判決とEC委員会の決定は、この問題点をより鮮明にしたことに意義がある。

(3) 公取委による規制

なお、ここで、簡単に日本の公取委によるマイクロソフト社に対する抱き合わせ被告審決について紹介する。事実の概要は以下の通りである。すなわち、マイクロソフト社は、富士通に対して平成7年1月頃、自社のワープロソフト「ワード」と表計算ソフト「エクセル」を併せてパソコン本体に登載して出荷する権利を許諾する契約（ブレ・インストール契約）を締結したいと申し入れた。その際、富士通が、当時日本語処理能力において「ワード」より優秀であるとされ、市場占有率1位であったジャストシステム社のワープロソフト「一太郎」と「エクセル」とが登載されたパソコンの発売を希望していたことから、「エクセル」のみのプレインストール契約を要請した。しかし、マイクロソフト社は、「エクセル」のみの契約を拒絶し、結果的に富士通に対

して当初主張した契約内容を受諾させた。その後バージョンアップの際、同種の契約が更新され、その際、他のコンピュータメーカーから「エクセル」のみのプレインストール契約締結の申出が再三行われたが、マイクロソフト社はそれを拒絶している。また平成9年7月頃から、マイクロソフト社は、スケジュール管理ソフト「アウトルック」の市場占有率拡大のため、前述のプレインストール契約のバージョンアップに伴う契約更新において、さらに「アウトルック」も合わせた契約内容とするように各パソコン製造業者に要請し、契約を締結させた。このような一連の行為の結果、平成9年度には、ワープロソフトの分野における「ワード」の市場占有率が「一太郎」にかわって1位となり現在に至っている。また「アウトルック」も同様に平成9年度に1位となっている。これに対して、公取委は、マイクロソフト社が取引先のパソコン製造業者に対してプレインストール契約の際、不当にワープロソフトなどを抱き合わせている行為が、一般指定10項に違反するとした。本件は、勧告審決のため、法令の適用が極めて簡潔にしか示されていない。このことから、この審決における公正競争阻害性が、主としてパソコン製造業者とマイクロソフト社との能率競争阻害、つまり不要品強要を念頭においた判断なのか、あるいは、「エクセル」に対する従たる商品であるワープロソフト一太郎を製造するジャストシステムや、スケジュール管理ソフトを製造するソフトウェア製造業者の排除を念頭においた判断なのか不明確である。しかし、以下の理由からこの審決は、競争者排除型のケースであると評価できる⁽⁵⁹⁾。まず、事実の概要において、シェアの変動を認定していること、これによって、従たる商品分野への影響をこの審決が考慮していることが理解できる。次に、「一太郎」と「エクセル」の同梱を拒否しようとするマイクロソフトの姿勢が審決から明らかなことである。ところで、この審決では、マイクロソフトが、今回のような抱き合わせ行為ができる背景を明確にはしていない⁽⁶⁰⁾。しかし、周知の通り、マイクロソフト社のこの種の要請にパソコン製造業者が従わざるをないのは、OSを事実上独占しているマイクロソフト社の圧倒的な独占的地位が背景にあるからである。本件審決では、「エクセル」の市場におけるシェアや人気によって、パソコン製造業者が追従せざるを得なかったかのような表現を用いているが、現実には、OSに関する独占的地位がない限りこのような抱き合わせは不可能だとも言える。ただし、本件は、米欧の事例とは異なり、統合製品の問題ではない。しかし、今後、日本の抱き合わせ規制を考える上で、日本の法運用もまたこの統合製品の評価の問題に直面する可能性がある。

結語

以上のように、抱き合わせ規制に関し、ハイテク市場、特に統合製品の評価に際しては、統合による効率性の達成とそれにより失われる市場や競争の減殺・排除の比較対象というきわめて難しい問題に直面することになる。さらに問題を複雑にするのは、ハイテク市場の場合、一国の競争法の適用が及ぼす影響がグローバルな展開を見せるということにある。また、Microsoft 事件判決は5年以上の歳月をかけて調査、審議されてきたものであるが、その間、市場は変化を続けている。このような変化の激しい市場に対して競争法が機動的に対処するにはどうすべきか、という問題についても検討する必要があるだろう。この点に関して、今回のMicrosoft 事件判決以後司法省とマイクロソフト社による和解について、際限のない訴訟による莫大なコスト（政府そしてマイクロソフト社双方）を回避する手法として、今後、この種の解決策が米国反トラスト法の一つの大きな流れになるだろうといわれている⁽⁶¹⁾。確かに、ハイテク市場に対する競争法上の適切な対応手段としては有効な手段であるともいえる。しかし、この場合、司法省と企業間の交渉次第では、企業側に違法行為を継続できるような抜け穴を認めてしまう危険性も否定できない⁽⁶²⁾。その意味では、この種の対応にも一定の限界があるといえるだろう。

なお、マイクロソフト社に対しては、公取委がきわめて興味深い勧告⁽⁶³⁾を出している。すなわち、マイクロソフト社がOEMとの間で締結するOS等のライセンス契約に際して、マイクロソフト社及びそのライセンサーに対して特許侵害訴訟を提起することができないようにする条項の締結を余儀なくさせ、その結果、OEMのAV機能に関するソフトウェア開発インセンティブ（開発意欲）を損なうことになり、日本のAV機能に関するソフトウェアの技術分野の公正な競争を阻害するおそれがあり、これは独占禁止法19条、一般指定13項（拘束条件付き取引）に違反するというものである。この判断は、これまでライセンス契約などに際して、特許権に関する相互のトラブルの防止のためにこの種の条項を挿入することがよく行われていることからすれば、実務に与える影響は少なくない。と同時に、マイクロソフト社にとっても大きな影響を与える判断である。すなわち、審決書を見ると本件ライセンス契約は、マイクロソフト本社と日本のOEMが直接契約しているものであり、その意味では、契約内容はローカライズされたものではなく、世界的に標準的に用いられているからである。そのため、今回の公取委の判断の結果は、全世界のOEMとのライセンス契約に影響を及ぼす

ことになる。その意味ではこの審判の行方は、今後の競争法の国際的な執行の方向性を考える上で注目に値するといえよう。

【注】

- (1) 公取委審判審決平成4年2月28日審決集38巻41頁
- (2) Jefferson Parish Hospital No. 2 et al. v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).
- (3) 前者を「不要品強要型」、後者を「競争者排除型」として整理するのが今日、通説の見解といえる。白石忠志『独禁法講義 第二版』(有斐閣、2000)100頁以下参照。
- (4) 公取委勧告審決平成10年12月14日審決集45巻153頁
- (5) U.S. v. Microsoft Co., 346. U.S. App. D.C. 330, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).
- (6) 根岸哲「マイクロソフト事件 - 独禁法適用の適切性・有効性」公正取引627号(2003)38頁及び、同「マイクロソフト判決」アメリカ法2002年2号218頁参照。
- (7) Case COMP/C-3/37.792, available at <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>
- (8) See Keith N. Hilton & Michael Salinger, Tying Law and Politics: A Decision Theoretic Approach, 69 ANTITRUST L.J. 469 (2001). なお、隅田浩司「アメリカ反トラスト法における抱き合わせ規制に関する考察 - 別個の製品基準を中心として」法学政治学論究61号(2004)59頁参照。
- (9) Standard Oil Co. v. U.S., 337 U.S. 293, 305 (1949).
- (10) 初期の代表的事件は、United Shoe Machinery Corp. v. U.S., 258 U.S. 451 (1922).そして、International Business Machine Co., v. U.S., 298 U.S. 131 (1936).およびInternational Salt Co., v. U.S., 332 U.S. 392 (1947).である。
- (11) 特許権の正当な行使の範囲内であるというgood willの抗弁が事件関係している。
- (12) 川濱昇「独禁法上の抱き合わせ規制について(一)」法学論叢123巻1号(1988)1,16頁
- (13) See ANDREW A. GAVIL, WILLIAM E. KOVACIC, JONATHAN B. BAKER, ANTITRUST LAW IN PERSPECTIVE, CASES, CONCEPTS, AND PROBLEMS IN COMPETITION POLICY, (West 2002) 692.
- (14) United Shoe Machinery Corp. v. U.S., 258 U.S. 451 (1922).
- (15) 例えば、International Salt事件では、製塩の原材料について同一価格の場合にはSalt社から購入することを定めた優先購入条項が問題となった。その際、最高裁は、この条項に基づいた取引では、競争者は、Salt社の提供する塩板(Salt mat)よりも低価格で提供しない限り顧客を獲得することができず、競争者との関係で競争抑圧的であると判示している。International Salt Co., 332 U.S. 392, 397.
- (16) 主たる商品、従たる商品という用語法は、白石忠志「抱き合わせられたものは別個の商品と

いえるか」公正取引 568号 (1998) 39頁による。

- (17) Fortner Enterprises Inc. v U. S. Steel Co., 394 U.S. 495 (1969), U.S. Steel Co. v. Fortner Enterprises Inc., 429 U.S. 610 (1977).
- (18) Times-Picayune Publishing Co. v. U.S., 345 U.S. 594 (1953).
- (19) なお、前掲注12、17頁参照。
- (20) Northern Pacific Railway Co. v. U.S., 356 U.S. 1.
- (21) Northern Pacific Railway Co., 356 U.S. 7., See also Fortner Enterprises v. U.S. Steel Co., 394 U.S. 495, 504 (1969)
- (22) 前掲注12、20頁参照。なお、この定義は、AreedaとTunerによるものであり、Jefferson Parish Hospitals事件において引用されている。See P. Areeda & D. Tuner, Antitrust Law para. 1134a. p. 202 (1980). (quoting Jefferson Parish Hospital v. Hyde. 466 U.S. 2 (1984).)
- (23) 川濱昇「独禁法上の抱き合わせ規制について(二)」法学論叢123巻2号(1988)1,21頁
- (24) See supra note 4 at 486-487, 藤田稔「反トラスト法における抱き合わせの規制(1)」山形大学紀要(社会科学)17巻2号(1987)65,69頁以下参照。
- (25) これ以下の説明は次の文献による。See supra note 4 at 485.
- (26) 詳しくは、前掲注7隅田、64頁以下参照。
- (27) See. GEORGE J. STIGER, THE ORGANIZATION OF INDUSTRY (1968), 165-170. (Quoting note 4 at 487. and See supra note 8 at 487.
- (28) Jefferson Parish, 466 U.S. 12.
- (29) Id. at 13.
- (30) Id. at 16. なお、強制を推定しうる場合として、特許権等の存在によって当該製品を他で購入できない場合、特許製品のリースに関する従たる製品の購入強制及び、市場シェアの高さなどを挙げる。Id. at 16-17.
- (31) Id. at 26-27.
- (32) Id. at 19.
- (33) Id. at 21-22.
- (34) Eastman Kodak Co. v. Image technical Service, Inc. et, 504 U.S.451, 462-463 (1992).
- (35) Id. at 464-465.
- (36) Id. at 465-478.
- (37) Microsoft 事件では、主たる製品における市場力の存在及び従たる製品の購入強制という形で2つに分けている。Microsoft Co., 346. U.S. App. D.C. 330, 253 F.3d 85.
- (38) 隅田浩司「競争事業者における事業提携に関する反トラスト法の分析手法」法学政治学論究56号(2003)89、95頁以下参照。
- (39) この点について、白石忠志「マイクロソフト事件連邦控訴審判決の勘所」中里実・石黒一憲『電子社会と法システム』新世社(2002)311頁参照。
- (40) 当然違法の原則と合理の原則の間を埋める分析手法として簡略化された合理の原則といわれ

- るものが存在する。なお、分析手法の意義と立証との関係については、隅田浩司「米国反トラスト訴訟における簡略化された合理の原則に関する一考察 - California Dental Associations 事件連邦最高裁判決を中心として」法学政治学論究53号(2002)137頁、同「競争事業者間における事業提携に関する反トラスト法の分析手法 - 反競争的効果の立証を中心として」法学政治学論究56号(2003)89頁及び、同「アメリカ反トラスト法における共同の取引拒絶に対する分析手法について」法学政治学論究57号(2003)61頁を参照されたい。
- (41) Microsoft 事件は、3つの判決に分けて分析されることが多い。Microsoft I は、1994年にMSに有利なライセンス契約に基づくオペレーティングシステム(OS)に関する不法な独占力の維持を違法とする同意判決である。U.S. v. Microsoft Co., 312 U.S. App. D.C. 378, 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995)。この同意判決にMicrosoft社が違反したか否かが争われたのがMicrosoft「事件である。U.S. v. Microsoft co., 331. U.S. App. D.C. 121, 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1997)。そして今回取り上げるのがMicrosoft 事件ということになる。Microsoft co., 346. U.S. App. D.C. 330, 253 F.3d 34。
- (42) U.S. v. Microsoft co., 346. U.S. App. D.C. 330, 253 F.3d 34, 84 - 85.
- (43) 2本件に最も類似する例として、CPUにメモリーを組み込んだことが問題となったTelex Co. v. IBM Co., 367 f. Supp. 258 (N.D. Okla.1973)が存在するものの、本判決では、統合が競争や効率性にどのような影響を及ぼすかについて検討することも、抱き合わせについて当然違法の適用が適切であるかも検討していないとする。Id.at 91.
- (44) 裁判所が、本件に最も類似する4例は以下の通りである。この4例のうち、Innovation Data Processing. v. IBM Co., 585 F. Supp. 1470 (D.N.J. 1984) (PCのデータをテープからフロッピーに転送できるユーティリティとOSの抱き合わせが問題となったがIBMがユーティリティをつけないOSをディスカウントして販売していることを理由に違法とされなかった) A.I. Root Co. v. Computer Dynamics Inc., 806 F. 2d 673 (6th Cir. 1986) (OSと他の応用ソフトを抱き合わせてビジネス顧客に販売したものの、市場力がないとして違法とされなかった)は、抱き合わせによる効率性を考慮することがなかった事例であって本件の先例として不適切であるとする。これに対して、後者の2例は、MS社の関連する事例である。Caldera Inc. v. Microsoft Co., 72 F. Supp. 2d 1295 (D. Utah 1999)については、略式判決及び統合製品の効率性に関する立証責任が問題となったケースであり、これに加えて、Microsoft「事件については、同意判決中の統合製品の解釈という部分については、別個の製品テストと同様のものであるとしつつ、この事件では反トラスト法の論点が論じられていないとして本件の先例として不適切であるとする。ただし、Caldera事件に関する限り、統合による技術革新の立証に関する点が争点となったため、実質的にハイテク市場の効率性を抱き合わせにおいてどのように評価するかという点の議論は不十分であったとしても、本件にきわめて類似する事件ではある。
- (45) ただし、この別個の製品基準の中で、実質的に当該統合の効率性を評価することが現実には行われてきた。これについては、白石前掲注59,311頁及び前掲注64,800頁参照。
- (46) U.S. v. Microsoft Co., 346. U.S. App. D.C. 330, 253 F.3d 89.

- (47) 分析手法の手順の明示については、前掲注39、301頁参照。
- (48) See Samuel N. Weinstein, COMMENT: Bundles of Trouble: The Possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Case., 90 CALIF. L.REV. 903, 929-957. (2002)
- (49) 2条の独占化の企図と参入障壁との関連性及び、「危険な蓋然性 (dangerous probability of success)」基準についてはSee supra note 8 at 508 note 127.
- (50) 前掲注59,307頁参照。RICHARD A.POSNER,ANTITRUST LAW, 202.255. Herbert Hovenkamp, BOOKREVIEW: The Rationalization of Antitrust: ANTITRUST LAW, By Richard A. Posner, 116 HARV L. REV. 917938 (2003) .
- (51) この決定には、ワークグループ・サーバーのオペレーティングシステム製品に関連して、マイクロソフト社が、相互運用性を確保するために必要な情報を提供しなかったことも併せて違法とされているが本稿では取り扱わない。
- (52) Case COMP/C-3/37.792 at 210 (para .794)
- (53) Id. at 211 (para 797-799)
- (54) Id. at 269 (para 970)
- (55) 抱き合わせと市場画定に関する一般的な問題は、白石忠志「抱合せられたものはものは別個の商品といえるか」公正取引568号等参照。
- (56) 近年では、機能追加よりも、安定性やセキュリティへの関心が高まりつつあるとはいえ、最新OSのマーケティング戦略上も新機能追加という側面を全く無視した競争法の適用は想定しがたいだろう。
- (57) ハイテク産業の有する諸問題についてはさし当たり、マイクロソフトとの関係で、和久井理子「マイクロソフト社と米国司法省の係争について(上)(下)」公正取引577, 578号(1998年)、および、稗貫俊文「ハイテク産業の収穫逦増と反トラスト政策 - マイクロソフトと「正のフィードバック」論」田村善之編『情報・秩序・ネットワーク(北海道大学法学部ライブラリー3)』北海道大学図書刊行会(1999年5月)378頁等参照。ハイテク産業における正のフィードバック効果とは次のような現象を指すといわれる。ハイテク産業では、収穫逦増の原理が働いている。このような市場では、先行者が優位に立ち、市場を独占する傾向がある。それは、先行者は、生産の際に蓄積されるノウ・ハウの蓄積という学習効果によってコストを削減できるが、そのコスト格差が潜在的競争者に対する参入障壁となるためである。また、製品や技術の規格の分裂状態に伴う不経済を嫌うユーザーの行動により需要者側の正のフィードバック効果(好循環)が発生する。このネットワーク効果がある特定の製品を事実上の業界標準に押し上げ、それに対応する関連製品の登場により一層の独占を生み出す。ただし、この正のフィードバック効果を競争政策上どのように評価するのかについては、この効果の負の側面である独占の問題と他方でネットワーク効果によりユーザーやソフト開発業者に便益を与える側面を有することを考慮する必要がある。一方で、マイクロソフト事件を巡る思想の背景には、市場における独占を恐れる立場(衡平志向)と志向に対する国家介入を警戒する立場(自由志向)の対立があることにも留意すべきである。

- (58) 前掲注61、稗貫394頁
- (59) 同様の結論に立つものとして、坂本耕造・五十嵐牧「マイクロソフト株式会社による独占禁止法違反事件について」公正取引580号(1999年)55頁、(前掲注9)白石「マイクロソフト」102頁、楠茂樹「応用ソフト同士の抱き合わせ - マイクロソフト事件」ジュリスト1161号(1999年)185頁、藤田稔「ソフトウェアの抱き合わせ販売 - マイクロソフト事件」ジュリスト臨時増刊1157号(平成10年度重要判例解説)253頁、ただし、本件において全く不要品強要型の要素がないとは言えないとするものとして、上記楠186頁など参照。ここで問題となるのは、どちらか一方の要素しかもち得ないとするのではなく、どちらの要素が強く、そのためどのような公正競争阻害性判断の基準を適用するのが妥当かという視点であるから、例えば、富士通にとって「ワード」が契約当時、不要であったとしても本件を競争者排除型と判断するのになんら問題は生じない。
- (60) 公正競争阻害性の判断においては、マイクロソフト社の市場支配力、あるいは独占力といった判断をする必要はない。審決では、2頁においてマイクロソフト社のOSにおける独占的地位に言及するにとどまっている。
- (61) Amanda Cohen, *Surveying the Microsoft Antitrust Universe*, 19 *Berkeley Tech. L. J.* 333, 359 (2004).
- (62) *Id.* at 360.
- (63) 公取委勧告平成16年7月13日(2004年9月30日現在、審判開始決定により審判継続中)

クリニック環境で奉仕することによっての学び

専門化が社会正義と技能訓練にもたらす効果

アントワネット・セディロ・ロペス
(Antoinette Sedillo LOPEZ)

訳・住吉 博

論旨概要

はじめに

1. ユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコのクリニック法学課程
2. 社会正義使命：司法の利用と司法の理解
 - A. 多重の法的問題についての援助を求める需要
 - B. 影響訴訟 対 サービス
 - C. さらに進めるべき社会正義計画
 - D. 主題事項は、奉仕する対象が誰であるかに影響を及ぼす
3. 技能訓練：主題事項を限定することの含意
 - A. 依頼者が語る物語を / 依頼者の実生活を、識ること
 - B. 技能訓練：問題解決と創造性
 - C. 専門化は、何が教えられ何が学ばれるかに影響を及ぼす
 - D. 主題事項の仕事をするのではなくにコミュニティに奉仕することは、学生たちの社会生活順応に影響する

結び

論旨概要

専門化への趨勢に反対の議論を述べているこの論説は、クリニックの二重の使命すなわち〈社会正義と技能訓練〉とを推進するについて、専門化された法律クリニックに潜在している制約を検討する。論説が指摘するのは、専門化されたクリニックは、依頼者の多面的なニーズのうちのあるものを充たされないままに放置することによって、司法の利用を制限するという事情である。専門化されたクリニックは、依頼者をもつ複合したニーズについて学生たちが学ぶのを制約し、法システムにある広汎な不公平を発見する学生たちの能力を制約する。専門化は、創造力ある問題解決者になるよう学生たちを訓練するのを困難にし、学生たちの専門家としての社会順応に影響を及ぼす。クリニックの使命の二重の側面 社会正義および技能訓練 にとりもっともよく役立つのは、あるコミュニティないし特定の依頼者基盤をもつニーズに奉仕するよう企画されたクリニックで得る経験である、とこの論説は結論づけている。この論文は、ユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコのクリニックを記述して、諸クリニックは、依頼者のニーズを発見し、ついでもし適当であるならばコミュニティ教育およびその他の非伝統的仕方での問題解決やコミュニティ奉仕を活用することにより、それらニーズに奉仕するよう力を尽くすべきである、と説く。クリニックなるものは、制限するとの決定がクリニックの使命に及ぼす影響を考慮することなしには、信認代理の主題事項を制限すべきではない、というのである。

著者⁽¹⁾紹介と著者によるまえおきは、訳文の最後に収録する。

はじめに

ここ数年の間、クリニック課程において専門化の増大⁽²⁾に向かう傾向のあることに私は気づいている⁽³⁾。1986年の1月に私が教えはじめたときには、クリニック指導教員たちは民事編成か刑事編成かどちらかの環境で教育をしており⁽⁴⁾、多少の勇敢な人物が双方を行なっているようであった。[これに対し]〈2000年クリニック協議 the 2000 Clinical Conference〉のために作成されたアメリカ・ロースクール協会の案内パンフレットは、16の専門分野とそして「掲げられていない選択主題」という〈何で

もカテゴリー>を列記している⁽⁵⁾。専門化の増大に向い急速に進みつつある世界においては、クリニック法学教育がこれまでにないいっそう精巧な発展を遂げていることに祝意を表する人がいてもよい⁽⁶⁾。そうではあるにせよ、民事クリニックにおいて専門化の増大に向かうこの傾向は、クリニック教育の方法論・授業目標そしてわれわれの使命にとりかなり重要なかわり合いを持つのである。本論説はそうしたかわり合いを検討する。

民事クリニック課程が専門化しようになったのにはいくつかの理由がある。専門化は、法律サービスを与える際の効率を高める⁽⁷⁾。第二として、専門化は、教授職経験をより予見可能なものにする。専門化は、学生と教師と双方の気楽さの程度を大きいものにする。[依頼者のための]信認代理の質が、いっそう高められる公算があると認識されている⁽⁸⁾。特定のサービスあるいは社会正義計画を実施するために専門化するクリニックも存在する⁽⁹⁾。教授陣の専門能力と関心の故に専門化するクリニックもある⁽¹⁰⁾。学生の要請ないし関心に応えて専門化するクリニックもある⁽¹¹⁾。そのクリニックの資金繰りの手段として主題を制限するクリニックもある⁽¹²⁾。そういう利点はあるにせよ、専門化はまた制約をもたらすのであり、専門化されたクリニックを企画するか否かを考慮する際に、そのような制約を究明してみることは無意味ではない。

クリニック教師の全員がクリニック教育の授業目標について同一の意見を持つ訳ではないけれども⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾、私は、クリニック指導教員によって述べられている授業目標のすべてが、次の2点の要素 それらがクリニック法律教育の使命⁽¹⁵⁾において基軸をなしている を促進するものと信じている。すなわち、1)個人としての、および専門職としての責任を包含したスキル訓練使命⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾、そして2)貧窮者の必要に奉仕することおよび司法利用について学生に教える社会正義使命⁽¹⁸⁾。専門化するとの決断は、クリニック使命のこれら双方の側面に影響を及ぼすのである⁽¹⁹⁾。

この論文は、はじめに背景としてユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコの経験⁽²⁰⁾を記述する⁽²¹⁾。ユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコの諸クリニックは、依頼者の共同体に焦点を結んで、依頼者の共同体がもつニーズに奉仕するようにと課程を設計してある。ついで本論文は、クリニック環境における信認代理の主題を限定するという決断が提起する社会正義論点を考察する⁽²²⁾。専門化したクリニックは、司法の利用を制約する。すなわちそこでは、依頼者のニーズの幾分かは充たされないままに放置されるのである⁽²³⁾。そうなると、依頼者が持つ多数のニーズについて学生が知るのを狭くし、現行法システムにある不公事例を理解する学生の能力に影響が生じる⁽²⁴⁾。

クリニックの社会正義使命を果たす方法としてのimpact litigation or service の価値をめぐる論議について述べてから、本論文は、クリニックが双方のタイプの経験を学生に提供するものとして企画され得る、と結論づける⁽²⁵⁾。本論文が論じるのは、専門化が意図しない仕方では依頼者層を限定することもあり得る、という事情である⁽²⁶⁾。

次に本論文が考察するのは、スキル訓練にとって専門化が持つ意味合いである。専門化は、依頼者にとっての視野総体を理解する学生たちの能力を狭いものにし、問題解決と創意を制約することにもなり得る⁽²⁷⁾。主題事項の選択はまた、学生たちの〈社会慣れ〉にも通ずる⁽²⁸⁾。

本論文の結論は、クリニックの使命にある二重の側面 社会正義およびスキル訓練 にもっとも良く適うのは、そのクリニックが奉仕したいと望んでいる特定のコミュニティにまず焦点を結ぶよう企画されたクリニック法学課程である、というものである⁽²⁹⁾。クリニックなるものは、コミュニティを顧慮し、そのコミュニティのニーズに役立つような課程を構成すべきである⁽³⁰⁾。課程は、個々人の信認代理に加えて、コミュニティ教育をも提供し、コミュニティ内の諸グループ、非営利かつ法律外の社会サービス提供者との関係を展開することがあり得る。クリニックなるものは、コミュニティに奉仕する方法で伝統とは異なるものを考慮に入れてよい。奉仕することになるコミュニティを選択してから、クリニック課程は、そのコミュニティとコミュニティ構成員とのニーズに奉仕することに焦点を結ぶべきであろう。クリニック課程は、その課程における信認代理の主題事項を、司法の利用に、社会正義論題につき学生たちを教育することに、そしてスキル訓練に、主題事項のそうした制限の及ぼす影響を考慮しないままで、限定するべきではない。

原文の脚注は、この訳文では各章の最後に一括掲記する。

【注】

- (1) Antoinette Sedillo Lopez, Testimony, 7 AM. U. GENDER SOC. POL'Y 177 (1999).
この詩が心に浮かんだのは、コミュニティ・ロイヤリングの学生ルシア・ブランコ Lucia Blancoと私が午前中ファミリー・コートに出頭していたところ、われわれの依頼者が証言台で泣き出したそのときのことである。[訳注：この原註は、本論文冒頭に掲げられた次の詩に付されたものである。それを『秋の日のヴィオロンの溜息』流に名訳することは訳者の及ぶところではないし、他方また、「一つの簡単な詩を理解するためには、単に個々の単語の平均的な意味がわかるというだけでは足りず、[その言語習慣が成立している]共同体の生活全体がそれらの語の中にいかに反映しているかとか、語のニュアンスとしていかに暗示されてい

るかとかを十全に把握することが必要である。」と説かれているとおりであるから（碧海純一『新版法哲学概論 [全訂第二版補正版]』83頁に援用されているサピ - ア見解）、さしあたりは以下に詩の原文を収録しておくにとどめる。要するに、この詩が示唆しているのは、法の言葉だけでは依頼者の生の苦悩を表現することも法手続に際して代理発言することも覚束ない、そこに恨みが残る、ということであろう。]

Words, only words
ice cube echoes
bouncing off cold white marble.
fragments of life
filtered through shame
telling of wounds in sterile rooms.
lawyers no/know
not my story
re/presenting me.

- (2) 私は、＜専門化＞を信認代理のために受任することになる主題事項事案の限定、と定義する。
- (3) 「貧窮者法」が一個の専門化であるという範囲では、多くのクリニックはその発端からすでに専門化していると言い立てることもできよう。しかし、貧窮者法とは、資力の乏しい人びとにかかわりのある多彩な法分野の略称なのである。私が言及しているのは、それよりも狭い範囲での主題事項についてである。See, e.g., Donald N. Duquette, *Developing a Child Advocacy Clinic: A Law School Clinical Legal Education Opportunity*, 31 U. MICH. J. L. REFORM 1 (1997); Susan R. Jones *Small Business and Community Economic Development: Transactional Lawyering for Social Change and Economic Justice*, 4 CLIN. L. REV. 195 (1997); Minna J. Kotkin, *The Violence Against Women Act Project: Teaching a New Generation of Public Interest Lawyers*, 4 J. L. & POL. 435 (1996).
- (4) このような趨勢は第一次には民事専門において表面化していた。刑事クリニックは、いまなお刑事弁護、検察および少年事件クリニックを中心に動いているようである。この論説は、民事クリニックの趨勢に焦点を結んでいる。
- (5) これらの専門および／あるいは下位専門は、以下のとおりであった。Alternative Dispute Resolution, Civil, Civil Rights/Discrimination, Criminal, Disability and Education, Criminal/ Juvenile Delinquency, Community Development and Transactions, Externships/Simulations, Family/Domestic Violence, Family/Child Advocacy/ General, Housing, Immigration and Human Rights, Public Benefits/Elder Law/AIDS, Mixed Subject Matter, Preferred subject not listed. Association of American Law Schools Conference Brochure, Conference on May 6-10, 2000 Clinical Legal Education, Albuquerque, New Mexico (Brochure on file with author).
- (6) See, e.g., Michael Ariens, *Know the Law: A History of Legal Specialization*, 45 S.

- C. L. REV. 1003 (1994)(専門化への趨勢が法の実務をいかに変化させたかを記述し、かつ法律家団体の専門化へのかかわりを記述している。)
- (7) ABA Ad Hoc Committee on Business Courts, Report: Business Courts: Towards a More Efficient Judiciary, 52 Bus. Law. 947 (May 1997)(複雑な事案につき法的サービスを提供する際の効率の故に実務法律家の専門化増大が支配的趨勢となっている事情を記述している。)
- (8) See Philip G. Schrag, Constructing a Clinic, 3 CLIN. L. REV. 175, 191 (1996). シュラフ教授は、二つの法領域のうち的一方に専門化すると決断に関連をもつ諸要因につき記述している。同教授は、広さに勝る深さ、監督の質、クリニックの均質一体性そして教育上の負担を例として挙げる。そのクリニックが所在するコミュニティの性格のごとくにクリニックの社会正義使命にとり意味をもつ要因は『外在的要因』である、と述べているが、私は、コミュニティのニーズが考慮すべき主要な要因の一でなければならない、と考える。
- (9) See, e.g., Louise G. Trubeck, Context and Collaboration: Family Law Innovation and Professional Autonomy, 67 FORDHAM L. REV. 2533 (1999). (貧窮者にとりもっとも奉仕の少ない分野でありながら最大の必要のある分野が家族法であると記している。)
- (10) See Schrag, supra note 8.
- (11) ユニバーシティ・オブ・ニューメキシコの南西インディアン法クリニックは、学生の要請に応えて創設された。See Christine Zuni Cruz, [On the] Road Back In: Community Lawyering in Indigenous Communities, 5 CLIN. L. REV. 557 (1999) .
- (12) See, e.g., Patricia Pierce & Kathleen Ridolfi, The Santa Clara Experiment: A New Fee Generating Model for Clinical Legal Education, 3 CLIN. L. REV. 439 (1997). 筆者が非公式に行なった地域法律家層の調査によれば、コミュニティにあるニーズで充足されていないものにクリニックが対応しているのであった。それらニーズに対処するアターニイはクリニック以外には得られない故である。
- (13) See Nina W. Tarr, Current Issues in Clinical Legal Education, 37 How. L. J. 31, 48 n. 7 (1993)(ヴァージニア州マククリーンでの1993年度AALSクリニック会議におけるジェロールド・ロペスGerald Lopez とデイヴィッド・ピンダ_David Binderの発表を記している。)
- (14) See, e.g., Kimberlee K. Kovach, The Lawyer as Teacher: The Role of Education in Lawyering, 4 CLIN. L. REV. 359 (1998) (<クリニック授業の目標にとってのモデルとして教育を援用する>ことの価値を記述している。); Peter Margulies, Reframing Empathy in Clinical Legal Education, 5 CLIN. L. REV. 605 (1999)(クリニック授業の目標としての<感情移入する参加>を記述している。); Association of American Law Schools, Report of the Committee on the Future of the In-House Clinic, 42 J. LEGAL EDUC. 508 (1992)(クリニック授業の教授法的目標を記述している。)
- (15) 私は、使命を教育目標とは区別する。使命は、われわれが自分の学生に及ぼそうとしている衝撃に焦点を結ぶ。教育目標は、その衝撃を得ようとする方法に焦点を結ぶのである。See

William P. Quigley, Introduction to Clinical Teaching for the New Clinical Law Professor: A View from the First Floor, 28 AKRON L. REV. 463 (1995).

- (16) クリニック教育は、その当初からスキル [= 技能] 訓練の効果的の手法として役立ってきた。いくつかのクリニック課程にとっては、技能訓練ということがクリニック授業の第一次の正当化根拠であった。それにしても多くのクリニック課程は、技能訓練から超え出て専門職責任と社会正義の教育に移っている。この技能訓練から社会正義への移動はクリニック法学教育の根本への回帰である。See, e.g., Nina Tarr, Current Issues in Clinical Legal Education, 37 How. L. J. 31 (1993); Jane Harris Aiken, Striving to Teach "Justice, Fairness and Morality," 4 CLIN. L. REV. 1 (1997) (社会正義について教える際のクリニックの役割を記述し、かつ正義、公正そして道義性について勉強させるために、権力を解体し、特権を見きわめそして実定法規が支配を繰り返し続ける仕方につき責任を取るよう学生に教えることを提案する。)
- (17) See, e.g., Howard Sacks, Education for Professional Responsibility in the Law Schools, in COUNCIL ON EDUCATION IN PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, PROCEEDINGS OF THE ASHEVILLE CONFERENCE OF LAW SCHOOL DEANS ON EDUCATION FOR PROFESSIONAL RESPONSIBILITY (1965). 専門職責任の一つの重要な側面は、役割と省察である。see Gary Bellow, On Teaching the Teachers: Some Preliminary Reflections on Clinical Legal Education as Methodology, in CLINICAL LEGAL EDUCATION FOR THE LAW STUDENT: LEGAL EDUCATION IN A SERVICE SETTING (Council on Legal Education for Professional Responsibility 1973).
- (18) 他の人たちが社会正義の沿革とクリニック法学教育の使命を上手に記述している。See, e.g., Margaret Martin Barry, A Question of Mission, Catholic Law School's Domestic Violence Clinic, 38 How. L. J. 135 (1994); Stephen F. Befort & Eric S. Janus, The Role of Legal Education in Instilling an Ethos of Public Service Among Law Students: Towards a Collaboration between the Profession and the Academy on Professional Values, 13 LAW & INEQ. 1 (1994); Jon C. Dubin, Clinical Design for Social Justice Imperatives, 51 SMU L. REV. 1461, 1463-1478 (1998); Peter A. Joy, Political Interference with Clinical Legal Education: Denying Access to Justice, 74 TUL. L. REV. 235 (1999); Nina W. Tarr, Current Issues in Clinical Legal Education, How. L. J. 31 (1993). See also Aiken, supra note 16. (正義、公正および道義性についてのマクレイト・レポートの価値観に焦点を結んでいる。) 私は、ここで彼らの議論を繰り返すことはしない。私が信じているのは、社会に注意を払う実務家になれと学生たちに教えることがクリニック法学教育の核心を占めており、かつそれが適切な法学教育の核心であるべきだということである。法的サービスが貧窮の者たちおよび下位に置かれている者たちの手の届くところがないならば、そしてそれらの人びとに立ちふさがる障壁に対処されることがなければ、司法の平等な活用ということは達成されようがないであろう。多くのロースクールにとって、コミュニティ奉仕と社会正義がクリニック法学教育の一側面であることは明白である。コミュニティ奉

仕と社会正義は、私の活動の重要な側面なのである。

- (19) 私の思うところでは、社会正義と技能訓練は、相互が補い合う関係に立つ。例として言えば、良き専門職業人は法システムの改善について省察する技能ないし能力をもつべきである。そうした省察は、疑いもなく司法の利用への意図と現行システムにおける不公平の考慮を内容としているであろう。
- (20) もちろんユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコでの経験を私の同僚のある者たちは別様に認識している、ということもあろう。われわれは輪番制でクリニックを受け持っているので、われわれの経験はそれぞれ異なっていることがあり得る。クリニック法学課程で教える教授会メンバーの各人が、教室で教えるものである。以下の叙述は、私の経験と私の同僚の多くの人たちとの会話に基づくものである。
- (21) See notes 31-58 and text, *infra*.
- (22) See notes 59-68 and text, *infra*.
- (23) See notes 59-68 and text, *infra*.
- (24) See notes 59-68 and text, *infra*.
- (25) See notes 69-74 and text, *infra*.
- (26) See notes 75-80 and text, *infra*.
- (27) See notes 81-95 and text, *infra*.
- (28) See notes 96-101 and text, *infra*.
- (29) コミュニティに基礎を置く実務への意義深い転換があった。see, e.g., Ingrid V. Eagly, *Community Education: Creating A New Vision of Legal Services Practice*, 4 CLIN. L. REV. 433 (1998); Robin S. Golden, *Toward a Model of Community Representation for Legal Assistance Lawyering: Examining the Role of Legal Assistance Agencies in Drug Related Evictions From Public Housing*, 17 YALE L. & POL'Y REV. 527 (1998); Daniel S. Shah, *Lawyering for Empowerment: Community Development and Social Change*, 6 CLIN. L. REV. 217 (1999). これらのコミュニティに基礎を置いた実務は、学生たちの学習経験の一部として彼らをコミュニティに入れようとするものである。See Vernellia Randall, *Service Learning in Law Schools*, <<http://www.udayton.edu/~aep/galed/service.htm>> (visited February 14, 2001) for a description of her service learning project in a health law course. Service learning is also a project of the American Association of Higher Learning, see <<http://www.aahe.org/service/srv-lrn.htm>> (visited February 14, 2001). See also The National Service Learning Clearinghouse, <<http://www.nicsl.coled.umn.edu/>> (visited February 14, 2001) for resources about the service-learning concept.
- (30) Jon Dubin & Antoinette Sedillo Lopez, "Designing Programs to Fulfill Our Visions," Association of American Law Schools Workshop on Clinical Legal Education, Lake Tahoe, California, May 7, 1999.

1. ユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコのクリニック法学課程

ユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコ・スクール・オブ・ローは、全国で最古のものの一に属するクリニック法学課程を運営しており、学生がクリニックに参加することを必須としている数少ないロースクールの一である⁽³¹⁾。ずっと初期の1950年には、学生は、卒業要件を部分的に充たすために地域のリーガル・エイド事務所ではたらくことを選択できた⁽³²⁾。1955年には、リーガル・エイドあるいは公設弁護人事務所でのインターンシップが卒業の要件とされるに至った⁽³³⁾。[ロースクールの]校舎内でのクリニックは、1960年代の終わりにCLEPR 計画からの支援を基にして始められた⁽³⁴⁾。ウィリアム・マクファースンが採用され、ユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコのクリニック課程の初代のクリニック監督者として仕事に就いた。1970年には、校舎内クリニックに参加していることが卒業の必要条件になった⁽³⁵⁾。当時の学長フレッド・ハートFred Hart および教授陣が視野の中心においていたのは、ニューメキシコで法実務に従事する法律家を創り出すというユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコの使命であった。そのクリニック案件は民事クリニックとして始められたのであるが、刑事弁護モデルをも試していた。クリニックはときどき学生コミュニティが直面する特殊問題にも対処した。例えば、1971年には、クリニックは徴兵に関する学生の選択肢にかかわり学生たちに助言するためのSelective Service Branch Projectと名付けられた企てを開始した⁽³⁶⁾。クリニックは、専門化を試みてから⁽³⁷⁾、最終的には法実務一般モデルに移行した⁽³⁸⁾。1980年にユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコ・ロースクールは、法実務モデルと択一の関係で検察クリニック実験を開始した⁽³⁹⁾。スキル訓練の一部は、専門職責任の考え方と専門職の価値観を教え込むことを含むものとみなされてはいたけれども、第一のこととして焦点が結ばれていたのは、ニューメキシコにおいて法実務に従事するのに必要なスキルを学生が獲得することの援助であった⁽⁴⁰⁾。1982年には、クリニック科目が成績評価科目となった⁽⁴¹⁾。1983年には、以後はエクスターンシップ就業がもはやクリニック卒業要件に充当されるものとはならない、と教授会が決定した⁽⁴²⁾。

1991年には、ユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコは、連邦の奨励金を得て、ニューメキシコ州内の貧窮者及び少数民族コミュニティのニーズを学生たちが理解するのを援助することにいっそう強く集中したクリニック実践を開始した⁽⁴³⁾。この年間にわたるクリニック実験を企画したのはジェイ・マイクル・ノーウッドJ. Michael

Norwoodであり、彼はこのクリニック実践を「司法利用のための制度Institute for Access to Justice」(IAJ)と呼んでいた。スウディーン・ケリーSudeen Kelly とジョン・カボウスキJohn Kapowski がこのIAJの最初のクリニック指導教員であった⁽⁴⁴⁾。二人は、ニーズ・アセスメントを実施し、当該コミュニティの司法利用ニーズに応える計画を作るよう学生に求めた。ナンシー・クックNancy Cook⁽⁴⁵⁾と私が、それに続く学期に彼らの仕事をさらに発展させた。クリニックの法学生ミッチ・ジョウフクMitch Jofukuは、幼児保健センターYoung Children's Health Centerとともに、コミュニティ教育および依頼者奉仕のモデルを作り上げた。このモデルは、後からの参加者が依頼者たちのニーズについての洞察を広げる助けとして役立つものであった。1993年における南西インディアン法クリニックの開業は⁽⁴⁶⁾、コミュニティのニーズに対処するという考え方を私が理解する助けとなり、かつコミュニティのニーズに奉仕することの必要性、コミュニティのニーズに関してコミュニティ構成員たちやサービス提供者たちと相談することの必要性を教えてくれた⁽⁴⁷⁾。司法利用Access to Justiceクリニックは、伸長してセメスターにわたるクリニック Semester in Clinic 体験となり、そこでは技能と価値観の双方を教育するについての成功の尺度にマクレイト・レポート⁽⁴⁸⁾が使われた⁽⁴⁹⁾。ファカルティのメンバーの中には、学生たちがどのようなタイプのクリニック体験からであれ、マクレイトが言う技能⁽⁵⁰⁾および価値観⁽⁵¹⁾を学ぶのに主題事項はかかわりをもたない、と信じているものもいる。他のものたちは、貧窮者のニーズと法システムにおける[クリニック]学生の役割を学生たちに理解させるには、事案類型が決定的である、と信じている。われわれのクリニックの構造が、主題事項の選択についてファカルティ・メンバーに大きな自主決定を許しているので、学生たちに提供される体験は、そのクリニックをいずれのファカルティ・メンバーが教えているのかに応じて相違することがあり得る。

1994年には、私が教育省助成金の主任調査員として、学生に利用可能なクリニック経験の類型を計画した。私が目指したのは、セメスターからセメスターへの継続を強化することであり、とりわけコミュニティ奉仕施設ではたらくことの関連でそれを行うことであった。教授会と協議してから、私は、クリニック課程を法実務クリニックLaw Practice Clinic、コミュニティ法律家活動⁽⁵²⁾クリニックCommunity Lawyering Clinics (経済正義Economic Justiceを含む)、南西インディアン法クリニックSouthwest Indian Law Clinic (SILC) および検察クリニックProsecutor Clinicとして組織した。これらの分類は、各クリニックの依頼者基盤を表しているものであり、主

題事項の限定範囲を表すものではない。〈法実務クリニック〉は、ユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコの学生および職員であって財政規準に合致する者たちに奉仕する。コミュニティ法律家活動クリニックは、コミュニティ内部に存在している事業施設および事業施設に支援されているコミュニティの一部である個人のためにはたらく。SILCは、部族および原住アメリカンのためにはたらく。われわれのクリニック課程は、そのときどきにどの教授会構成員が当該クリニックの要員となるかに応じて、力点に相違を示しつつ、当面のところはこの分類を維持している。クリニック内の主題事項がクリニックの方針によって制限されているのではない⁽⁵³⁾。各グループは、そうはしないで、そのクリニックが奉仕しようとしている特定のコミュニティのニーズに奉仕するのである。

例を挙げると、私は、Community Lawyering Clinic で教えている。われわれが奉仕しているのは、われわれの課程地域の中に存在している〔ドメスティック・バイオレンスからの〕女性避難所、子育てのスキルについて援助を必要としている親たちのための非営利コミュニティ組織、老人センター、農業用水使用者団体およびある近隣居住者団体のごとき各コミュニティである。われわれの仕事には、多様な主題と活動が含まれる⁽⁵⁴⁾。学生たちは、その専門職としての責任事項の中に、依頼者の信認代理を務めることのほか、コミュニティ教育に従事することを求められる。コミュニティ教育として、学生たちは、ウェブ画面を含めた⁽⁵⁵⁾教育資料を準備し、教育のための研究集会を実施し、非営利サービス提供団体と州の機関との間の会合を企画し、ドメスティック・バイオレンス面接要領を開発してコミュニティ教育の会合を行ってきた⁽⁵⁶⁾。

対照して言えば、アルフレッド・マシュウスン Alfred Mathewson、スコット・テイラー Scott Taylor⁽⁵⁷⁾あるいはナタリー・マーティン Natalie Martin がコミュニティ・ロイヤーリング・クリニックで教えるときには、コミュニティの非営利組織、所得税貸付および倒産のような経済司法論点に力点を置く。エイプリル・ランド April Land、マイケル・ノーウッド Michael Norwood は、足りないところの無い未成年者信認代理を求めるニーズを含む子供たちのニーズに関するコミュニティ活動に力点を置いてきた。ロブ・シュワーツ Rob Schwartz は、コミュニティの保健ニーズおよび保健立法に焦点を結ぶ傾向がある。デニス・フォート Denise Fort は、学生たちが環境論点について活動するよう求めていた。

コミュニティ・ロイヤーリング課程の開始に先行する事件量と比較すれば、事件類

型が大きく多様化されていることが明らかとなる。われわれが、コミュニティ・ロイヤリングの概念を伝授し、依頼者たちおよびコミュニティ奉仕提供者たちに彼らが必要とするものを訊ねたことによる⁽⁵⁸⁾。もちろん、われわれは彼らが持つニーズのすべてに答えることはできないが、しかし奉仕へのニーズはわれわれの活動の出発点の役割をするのである。

【注】

- (31) 学生たちは、N.M. DIST. CT. R.C.P. 1-094 (2001)[ニューメキシコ・ディストリクト・コート民事訴訟規則]に従い、依頼者の信託代理をして裁判所に出頭することが許されている。
- (32) See University of New Mexico School of Law website, <http://lawschool.unm.edu/dean/gausewitz/index.htm> (visited July 10, 2000) .
- (33) See id.
- (34) フォード基金Ford Foundation が1968年に Council on Legal Education for Professional Responsibility, Inc. (CLEPR) を創設したのである。十年のうちにそのCLEPR は6百50万ドルを超える209口の奨励金をクリニック課程のために107のロースクールに対し支出した。See John M. Ferren, Prefatory Remarks, 29 CLEV. ST. L. REV. 351, 352 (1980) . CLEPRの奨励金は、課程が社会的に前向きのものであることとともに教育面で適正であり法律専門職に意義をもつものであることを条件としている。COUNCIL ON LEGAL EDUCATION FOR PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, CLINICAL LEGAL EDUCATION IN THE LAW SCHOOL CURRICULUM I (1969) .
- (35) UNM School of Law Policy handbook, compiled by Margaret Banek (on file in the Dean's office) Addition to Faculty Minutes for September 5 & 6, 1979 dated October 5, 1970 (Hunter Geer, Assistant Dean) .
- (36) See University of New Mexico School of Law website, <<http://lawschool.unm.edu/dean/hart/index.htm>> (visited July 10, 2000) .
- (37) 1970年代には、デイク・ゴンザレスDick Gonzales が第7章資金Title VII fundingを得て雇用法クリニックの監督を務めていた。
- (38) J. Michael Norwood, Requiring a Live-Client In-House Clinical Course: A Report on the New Mexico Law School Experience, 19 N.M. L. Rev. 265 (1988) .
- (39) ニューメキシコの検察クリニックは、ネブラスカのそれに変よく似ている。See Karen Knight, To Prosecute is Human, 75 NEB. L. REV. 847 (1996)(ユニバ・シティ・オブ・ネブラスカ-リンカーンの検察クリニックおよびクリニックの教授方法的価値を記述している。)
- (40) ニューメキシコで法実務に就くようにと学生たちの準備をしてやることは、ひるませる課題

- である。メキシコ国境に近いこと、ニューメキシコ国境内にインディアン地域のかなりの部分が存在していることを含めた多文化性、貧窮、連邦実験施設の存在、ぜい弱な高地砂漠生態系そして水資源の乏しさ、すべてがニューメキシコにおける法実務に影響を与えているのである。Cf Antoinette Sedillo Lopez, *Evolving Indigenous Law: Navajo Marriage: Cultural Traditions and Modern Challenges*, 17 ARIZ. J. INT'L & COMP L. 283 (2000); Antoinette Sedillo Lopez, *International Law U.S./Mexico Cross Border Child Abduction The Need for Cooperation*, 29 N.M. L. REV. 289 (1999) .
- (41) UNM School of Law Policy handbook, compiled by Margaret Banek May 3, 1982 faculty meeting minutes (Louise P. Camp, Secretary)(1982年の秋学期から相対的成績評価コースとなるクリニック) (on file in the University of New Mexico Law School Dean's office) .
- (42) UNM School of Law Policy handbook, compiled by Margaret Banek (on file in the Dean's office) , November 14, 1983 faculty meeting minutes (E.K. Fuge, Faculty Secretary) (on file in the University of New Mexico Law School Dean's office) .学生たちはエクスターンシップ雇用を済ませることで単位を取得してよいとされているが、しかしエクスターンシップ雇用はクリニック課程 [を履修せよとの] 要件を充たすものではない。裁判所でのエクスターンシップは、ユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコではとりわけ人気がある。See Linda F. Smith, *The Judicial Clinic: Theory and Method in a Live Laboratory in Law*, 1993 UTAH L. REV. 429 (裁判所エクスターンシップの教授法上の価値を記述している。)
- (43) See University of New Mexico School of Law web site <http://lawschool.unm.edu/dean/romero/index.htm> (visited July 12, 2000) .
- (44) われわれは次の点で幸運である。すなわち [ニューメキシコ州] 最高裁が、どこか1州のバーのメンバーであってクリニック課程で学生の監督に当たる法律教師には、ニューメキシコのバーに在籍していなくてもニューメキシコにおいてクリニック監督プロフェッサーとして実務を行なう限定的特権を認めているのである。See New Mexico Supreme Court Rule 3-303.これが他の諸ロースクールから優秀な教員をビジターとして迎え入れることをわれわれに可能ならしめている。
- (45) ナンシー・クック Nancy Cook がその経験についてわずかばかり書いている。See Nancy Cook, *Legal Fictions, Clinical Experiences, Lace Collars and Boundless Stories*, 1 CLIN. L. REV. 41 (1994) .
- (46) クリスティーン・ズニ・クルズ Christine Zuni Cruz が1993年に南西インディアン法クリニック (SILC) を開始した。このクリニックは学生の要請に応じたものであり、分離してニューメキシコ議会により資金を与えられていた。このSILCは、学生がインディアン法の内部および外部で実務を行なうのを援助することに集中していた。See, Christine Zuni Cruz, *supra* note 11; グロリア・ヴァルニカ-ウエバー Gloria Valenica-Weber、バーバラ・クリール Barbara Creel、スーザン・オーセン Susan Aussen およびアリザ・オーガニック Aliza

Organick が輪番でSILC教師を務めている。

- (47) クリスティーン・ズニ・クルスChristine Zuni Cruzがそのクリニックを始める前に、彼女は、地域諸部族の統治体およびコミュニティと会合を持ち彼らが自分たちのニーズについて語るのに耳を傾けた。
- (48) AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION ON LEGAL EDUCATION AND ADMISSION TO THE BAR, TASK FORCE ON LAW SCHOOLS AND THE PROFESSION: NARROWING THE GAP, LEGAL EDUCATION AND PROFESSIONAL DEVELOPMENT: AN EDUCATIONAL CONTINUUM 135 (1992) (named the "MacCrate Report" for Robert MacCrate Esq., Chair of the Task Force).
- (49) アンドレア・シールスタッドAndrea Seielstad、レスリー・マンズフィールドLeslie Mansfield、バーバラ・クリードBarbara Creel、ドノヴァン・ロバーツDonovan Robertsおよびナンシー・シモンズNancy Simmonsがそのセメスター・イン・プラクティスにおいて研究員となるために教育省から資金を与えられていた。彼ら各人は、ユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコにおけるコミュニティ・ロイヤリングの仮説と理論展開に寄与するところがあった。See, e.g., Andrea M. Seielstad, Unwritten Laws and Customs, Local Legal Cultures, and Clinical Legal Education, 6 CLIN. L. REV. 127 (1999)(一部分は彼女のユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコ経験を基にして、不文のルールをめぐる洞察を展開している。); Nancy Simmons, Memories and Miracles Housing the Rural Poor Along the United States-Mexico Border: A Comparative Discussion of Colonia Formation and Remediation in El Paso County, Texas and Dona Ana County, New Mexico, 27 N.M. L. REV. 33 (1997)(ユニヴァーシティ・オブ・ニューメキシコ法クリニック課程を通じて、彼女が農場労働者についての自身の活動をいかに進めたかを記述している。); マーガレット・モントヤMargaret Montoya教授は、われわれが今日それを基礎にして活動している考え方を展開するについての指導者でもあった。See Margaret E. Montoya, Voicing Differences, 4 CLIN. L. REV. 147 (1997).
- (50) マクレイト・レポート中で特定して示されている諸技能は：(1) 問題解決、(2) 法的分析および法的理由付け；(3) 法規調査；(4) 事実探索；(5) 意思伝達；(6) 相談助言；(7) 折衝；(8) 訴訟および代替的紛議決着諸手続；(9) 法的活動の組織および管理；(10) 倫理上の背反状況の認知と解決、である。NARROWING THE GAP, supra note 48, at 138-40.
- (51) リーガル・プロフエッションにとって中心をなす価値は、(1) 有能な信託代理の提供、(2) 正義、公正そして道義性を促進する意欲、(3) このプロフエッションを改善する意欲、および(4) 専門職としての自己開発である。Id. at 140-41.
- (52) われわれのコミュニティ奉仕機関との関係の故に、かつわれわれが依頼者を見つけるためにコミュニティに入り込んでいったが故に、われわれは、コミュニティ・ロイヤリングという用語を使った。われわれは、依頼者たちが自分の方に来るのを待ってはいなかったのである。「コミュニティ・ロイヤリング」は、コミュニティのグループおよびコミュニティ組

織化を記述するのに用いられてきたのである、と私は了解している。See, e.g., Zenobia Lai, Andrew Leong & Chi Chi Wu, *The Lessons of the Parcel C Struggle: Reflections on Community Lawyering*, 6 ASIAN PAC. AM. L. J. 1 (2000). コミュニティ・サービス提供者たちと協同するかたちで活動しようというわれわれの決断が、コミュニティ・グループを信認代理しコミュニティ組織化に参加する機会をもたらした。それでもこれがわれわれにとっての主たる中心点ではなかった。われわれの法的活動の大部分は、個人としての依頼者を信認代理することであった。

- (53) 各セメスターごとに、クリニックで教えている教授陣が信認代理のために受け入れる事案を検討する毎週の導入会議を開く。この会議において、教授陣が焦点とするのは、十分な信認代理を提供するためのクリニックの能力である。その事案が取り扱うのに大きすぎるならば、報酬を発生させるものならば、あるいはわれわれには能力ある信認代理を提供するのに足りる熟練を使うことができると教授陣が思わないならば、われわれはその事案を受け入れず、他に委託する。
- (54) See, e.g., Dennis Hill, *Step-Parent Adoptions and A Child's Right to Inherit from the Non-Custodial Biological Parent*, *New Mexico Bar Journal* 13 (Summer 2000); イダ・ハーナンデス Ida Hernandez とシャロン・グッディング Sharon Gooding は、教師たちが児童虐待を報告する義務を負うことについての教師訓練会議を組織した。エス・キャロライン・ラモス S. Carolyn Ramos は、「児童虐待の報告」に関するパワーポイント発表を創った。加えて、私が受け持っていた上級家族法の学生たちは、一個の計画立案を選択することになっていた。イゼラ・ガルシア Isela Garcia、リディア・カマホ Lidia Camacho およびジェイン・ロメロ Jane Romero は、女性保護施設の監督者とソーシャル・ワーカーのためにマニュアルを作成し、そこに雇用および小規模ビジネスの情報を含めた。単独で学んでいた学生サンドラ・シャヴェス Sandra Chavez は、女性にとっての非法律手段にかかわる情報を含むマニュアルを創り出した。これらのサービスは、われわれが奉仕した依頼者がしていたニーズ表明に基づくこの資料から依頼者は便益を得るであろう、という考え方に発するものである。
- (55) UNM Clinical Law Program Web Pages,
<http://lawschool.unm.edu/Clinic/clinic_webs/index.htm> (visited February 15, 2001).
- (56) See *Clinic Project Addresses Domestic Violence*, UNM LAW 4 (Spring 1999). (alumni newsletter article describing Gabrielle Sanchez's community lawyering project).
- (57) テイラー Taylor 教授は、経済的正義に集中していたことに加え、クリニックにおけるコンピュータ採用に関して思いきり革新的であった。See Scott A. Taylor, *Computer and Internet Applications in a Clinical Law Program at the University of New Mexico School of Law*, 6 J. LAW & INFO. Sa. 62 (1995)
- (58) See computer printout of 1999 cases sorted by case type (on file with author) and compare with appendix in J. Michael Norwood, *Requiring a Live-Client In-House Clini-*

cal Course: A Report on the New Mexico Experience, 19 N.M. L. REV. 265 (1988).

2. 社会正義使命：司法の利用と司法の理解

社会正義の追求がかかわるのは、司法の利用をもたらす仕事をする事、およびわれわれの司法システムに不公平事例があることを理解してそれら不公平に対処することである。クリニックという環境にあっては、司法利用の提供とは、法的サ・ヴィスへのわれわれのコミュニティにおけるニーズに対処する課程を企画すること、を意味している。われわれのコミュニティのニーズは大変に大きなものであるので、それら諸ニーズの一つあるいはいくつかに専門化すると決断が、ますます複雑になっているわれわれの世界においては法的サ・ヴィスを果たすための唯一の実際的手段であるのかも知れない⁽⁵⁹⁾。そのうえ、われわれは、自分たちがする専門化について、社会正義にかかわる特定の計画を念頭に置いてそうしたのだ、ということもあろう⁽⁶⁰⁾。それにしても、専門化すると決断は、社会正義使命を推し進めるにおいてのクリニックの潜在力を限定することになり得る。専門化は、クリニックの奉仕側面を限定するのであって、その限定のしかたは明白なものと微妙なものといずれでもあり得る。

A. 多重の法的問題についての援助を求める需要

信認代理の主題事項を限定するときを生じる最も明白な難題は、貧窮状態にある人びとに質の高い法的事務を十分に提供できないというものであり、そうした人びとがもつ多数かつ多重の法的サ・ヴィス需要を対応されないままに放置してしまうのである⁽⁶¹⁾。これは、リーガル・サ・ヴィス[により援助される依頼者の]相手方となる者たちが、Legal Service Corporationの支援しているリーガル・エイド計画の主題事項を制限することをして、自分たちの目標を達成するよう仕組んできたやり方そのものなのである⁽⁶²⁾。

専門化がもつもっと微妙な難点は、[専門化してしまうと]組織としてのクリニックが、そして実務家大学人としてのわれわれが、資力の乏しい人びとのさまざまであって変化するニーズについて知得することはないであろう、というものである。学生は、自分の依頼者たちにある実生活の複雑性や難題を全体として理解するよう学ぶことが

ないであろうし、依頼者たちを依頼者としてではなしに事例として見ることに傾きがちとなるであろう⁽⁶³⁾。専門化の仕方によっては、われわれが意識的に有色の人たちを依頼者として探し出すことをしないかぎり、それらの人びとおよびその実生活にふれることがないままにするであろう。

社会正義につき経験しての学びを使って学生を教えることは、単純ではない⁽⁶⁴⁾。それは、社会にある不公平に学生の目を開くこと、そのシステムにかかわり学生が何かをするようにと仕向けることを意味する。学生に向かい説教するのではなしに、学生に教えることをわれわれ教師は要求されているのである。依頼者たちのニーズにより提起されてある多数の論点に対する感受性と社会に即応した教授法が要求されている⁽⁶⁵⁾。クリニック教員たちはこの種の教育の求めるところについて記述しており、重要な教授法的洞察を展開してきた⁽⁶⁶⁾。もっとも重要な洞察の一が、依頼者の生活を単なる<解決を必要とした「事例」>としてではなしに総体的な仕方理解するよう学ぶこと、という洞察であると私は信じている⁽⁶⁷⁾。依頼者たちの実生活と諸経験を理解することは、われわれの社会にあるシステム内在的な不公平や劣位関係をわれわれが把握する助けとなる。フラン・キグリ Fran Quigley は、貧窮者法クリニック環境で学生の経験する居心地の良くない経験がわれわれの体制にある不公平を学生が把握するための十全の手段を提供する、という事情を証明するのに成人学習仮説を用いている。ところが、クリニックにおける専門化は、教師/学生が依頼者のニーズの方よりも主題事項の方に焦点を結ぶという危険をもつし、理解を促進し得る「失見当契機 disorienting moment」を無くす危険をもつ⁽⁶⁸⁾。

B. <影響訴訟>対<サ・ヴィス>

クリニック法律教育の正義使命を推進するについて、クリニックは、大規模法改革事案に身を入れるべきなのか、それとも、もっと小規模なより扱い易い事案に身を入れるべきなのか?⁽⁶⁹⁾ 法改革事案は、資力の乏しい人びとの生活に妥容をもたらすのに効果的な方法であり得よう。法改革という観点は、体制の変化について独特のかつ貴重な学習経験を与えるかも知れない。それでも、ロイヤリング技能を教えるのに、小規模事案はいっそう良い手段であり得る。ピーター・マーガリス Peter Margulies が、ドメスティック・ヴァイオレンスを耐えしのいだ被害者のための奉仕を例にして、個別的な活動は、政治的でも変成的でもあり得る、と論じている⁽⁷⁰⁾。社会正義使命とは貧窮者たちの生活改善について学生を教育することであるならば、[法改革事案を扱

うのと小規模個別事案を扱うのと]クリニックの双方の類型がこの潜在的可能性をそなえている。影響訴訟は、個人が奉仕を受けるというよりもいっそう広汎な影響をもたらす可能性について学生たちに教えるものと看做されている。

それでも、コミュニティ・サ・ヴィス・モデルにおいて、そのクリニックの教授法に体制内不公平に対処するという考え方が含まれているならば、学生たちは、個別の依頼者に奉仕しながらも、より広汎な影響を及ぼす体制内不公平に焦点を結ぶことができる。例として、クリニックの学生ガブリエル・サンチェスGabrielle Sanchez は、ソ・シアル・ワーカーがDepartment of Children Youth and Familiesにおいて、ドメスティック・バイオレンスの行為を子供が見ているドメスティック・バイオレンス事案を処理する仕方に変更をもたらす計画を設計した⁽⁷¹⁾。彼女の活動は、千人とは言わないまでも何百人もの女性たちに影響を及ぼす可能性を有している。もう一つの計画は、立法にかかわるものである。私が受け持っていた学生、ジェニファー・カトリップJennifer Cutcliffe とメラニ・ローズMelanie Rhoades は、ニューメキシコがドメスティック・バイオレンスを子供の監護権事案で考慮に入れるべき要因としていないわずか3カ州の一であることを発見した。ジェニファーが調査を行ないメラニーが制定法案を起草して、それを立法に持ち込むロビー活動に成功した⁽⁷²⁾。ここでもまた、われわれが提供したクリニック・サ・ヴィスは、われわれが提供した個人的サ・ヴィスよりも広汎なものであった。われわれがドメスティック・バイオレンスの被害者に直面する問題点について学んだのは、法的信認代理を行なったからであった。これらの女性たちが監護権および訪問権の取り決めについて折衝するときの、そしてDepartment of Children Youth and Families との関係での厄介ごとについて、われわれは学んだのである。その知識がシステムを改革する企てに身を入れるようわれわれを動かした⁽⁷³⁾。

C. さらに進めるべき社会正義計画

そのクリニックが奉仕しているコミュニティの中に見られる特定の問題に対処するよう専門化しているクリニックもいくつか存在する。例えば、スー・ベネットSue Bennett は、Community Development and Housing Clinicに専門化するよう自分を導いてくれた貧窮者にかかわる活動を記述している⁽⁷⁴⁾。彼女の活動は、奉仕目標を達成するのと自分の依頼者たちについて長期にわたり学ぶのと、双方の点でほんとうに重要である。しかし、彼女のクリニックの小さい依頼者群は常に特例となっていて、

より広汎な貧窮コミュニティの代表例とはなり難いであろう。そのクリニックは、それら依頼者たちの複雑にからみあった問題について熟練を積んでいくであろうけれども、コミュニティのその他の人びとおよび有色の人びとがもつ現代的ニーズについてもっと広汎な見取図を獲得することはないであろう。スー・ベネットのやり方は、特定の正義目標を成就する唯一の実際的方法ではあるかも知れない。ただ私は限界を指摘しようとしているだけである。

D. 主題事項は、奉仕する対象が誰であるかに影響を及ぼす

信認代理の主題事項を限定して出発するクリニック法学課程は、常にそのクリニックの依頼者がどのような人物になるかを限定することになる。ときにはこの限定が依頼者の個性に焦点を結ぶことになる。例えば、移民クリニックは移民たちを信認代理するであろう。ドメスティック・バイオレンス・クリニックは、通例は女性であるドメスティック・バイオレンスの被害者の信認代理をするであろう。女性および有色の人びとのニーズを充たすことを焦点とするクリニックも存在するが⁽⁷⁵⁾、主題事項あるいは依頼者特性から出発するのは、コミュニティのニーズについて仮定をしている。[ところが]その仮定は、当該コミュニティにとって適切なものではないこともあり得る。例えば、われわれがドメスティック・バイオレンス避難施設で女性たちと面接したとき、私には予想外であったが、彼女たちは小規模の商売を始めることや仕事に就くことの援助を欲していたのである。彼女たちがデイケアに関して援助を必要としていたことは私にとって予期していたことであったが、しかしわれわれは、彼女たちに訓練を受けるよう援助をするとともに、デイケアやその他の小規模の商売を設立するよう援助することもできたのであった⁽⁷⁶⁾。われわれが、他のニーズについても彼女たちを援助しようとして、自分たちを単なるドメスティック・バイオレンス・クリニックとは見ていなかったことには意味があった。

ドメスティック・バイオレンスの被害者であったKは、自分の家庭関係についての信認代理に加えて、自分の子供たちの特殊教育ニーズおよび自分の健康管理ニーズについてもサ・ヴィスを求めていた。このような全体的サ・ヴィスのための信認代理は、Kに付いた学生アタ・ニイ、アン・ノエル・オキアリーノ Anne Noel Occhialino にとって本当に貴重な学習経験であった。そのうえ、クリニック集団総体が、Kとその二人の子供たちに迫っている多重の法的および非法的問題から多くを学んだのであった。

レスリー・エスピノーザ Leslie Espinosa は、クリニック教育および依頼者信認代理における人種の不可視性というパラドックスと、クリニック教育および依頼者信認代理におけるそのパラドックスの遍在とについて記している。彼女が検討しているのは、白人の女性、その混血の子供たちおよびその女性の夫による実子虐待が内容をなしている困難な家庭関係事案である⁽⁷⁷⁾。エスピノーザは、その依頼者が直面している多面的な難問を論じ、複雑な人種問題に対処するについてシステムにある限界を提示する。主題事項ではなしに依頼者およびコミュニティのニーズに奉仕することが、学生たちに人種問題およびジェンダー問題をその総体としての文脈で眺めさせるのである。例えば差別クリニックにおいて提出されるであろうような、文脈から切り離された伝統的『人種』事案、として見るのとは異なるわけである⁽⁷⁸⁾。

ロブ・ウィリアムズ Rob Williams は、[ネイティブ・アメリカン]部族のニーズに奉仕する部族法クリニックを記述している⁽⁷⁹⁾。そのクリニックは諸部族およびネイティブの人たちに奉仕するのであるから、クリニックが主題事項とするところはほんとうに広汎である。主題事項は、貧窮者の国際的権利から部族裁判所における後見申請にまでわたっている。ウィリアムズは、自分が奉仕しようと欲したコミュニティから出発して、そのコミュニティのニーズに奉仕するよう主題事項を拡げて行った。有色の人びとのコミュニティにあるニーズに焦点を結ぶことは、有色の人びとの実生活の現実について学生に教える助けとなった⁽⁸⁰⁾。幾人かの学生にはほとんど知るところが無かった事柄である。クリニックは、専門化しようと決断すると、<奉仕の対象となるのはだれであるのか>をその選択が決めつけてしまうことになる。その専門化によってだれが奉仕されないことになるのかを決定し、これが意図しての成り行きであるのか否かを考慮することが重要である。

【注】

(59) See Hope Babcock, *Environmental Justice Clinics: Visible Models of Justice*, 14 STAN. ENVIR. L. J. 3 (1995) (とりわけ貧窮の人びとおよび有色の人たちに影響を持つ環境事案についての信認代理の必要と、そうした専門化がもつ教授法上の独特の便益を記述している。)

(60) Elvia R. Arriola, *Symposium Foreword, Difference, Solidarity and Law: Building Latina/o Communities Through Lat/Crit Theory*, 19 CHICANO L. REV. 1 (1998) (クリニック内容をともなった著者による市民権授業を記述している。)

(61) Laurence E. Norton II, *Not Too Much Justice for the Poor*, 101 DICK. L. REV. 601

- (1997).
- (62) Pub. L. No 104 -134 Section 504 (a)(1), (2)-(4), (7), (11)-(18) (1996) (ロイヤーが次のことをするのを制約している。選挙区再区画請求を処理すること、制定法立法弁論を開始すること、クラスアクションを開始することもしくはクラスアクションに参加すること、特別の公共政策を推進するための訓練を提供すること、妊娠中絶に関連する訴訟を処理すること、収監されている人物の信認代理をすること、ある種の外国人の信認代理をすること、福祉改革立法に対し反対活動をする事、[麻薬など]物質濫用が問責されている場合に、ある種の明渡し事案で公営住宅の住人を弁護すること、訴訟代理報酬を請求すること、依頼者を誘引すること)。See David S. Udell, *The Legal Services Restrictions: Lawyers in Florida, New York, Virginia and Oregon Describe the Costs*, 17 *YALE L. & POL'Y. REV.* 337, 338 (1998).
- (63) 依頼者に対するクリニックの義務についての議論に関しては、see Ann Juergens, *Teach Your Students Well: Valuing Clients in the Law School Clinic*, 2 *CORNELL J. L. & PUB. POL'Y* 339 (1993).
- (64) See Jon C. Dubin, *Clinical Design for Social Justice Imperatives*, 51 *SMU L. REV.* 1461 (1998).
- (65) Lucie White, *The Transformative Potential of Clinical Legal Education*, 35 *OSGOODE HALL L.J.* 603, 605 (1997)(Parkdale Clinicのコミュニティ資格付与モデルを記述している。)
- (66) See, e.g., Jane Harris Aiken, *Striving to Teach "Justice, Fairness and Morality,"* 4 *CLIN. L. REV.* 1 (1997) (正義、公平および道義性について学ばせるために、権力を脱構築し、特権を見分けそして実定法規が支配を再生産する仕方について責任をとるよう、クリニックが学生たちに教えることを提案する。); Stephen Ellmann, *Empathy and Approval*, 43 *HASTINGS L. J.* 991 (1992).
- (67) David Barnhizer, *Of Rat Time and Terminators*, 45 *J. LEGAL EDUC.* 49 (1995) (ロースクールが包括全体的に問題を解決する技能に焦点を結ぶことを弁護している。); Robert Seibel, John M. Sutton Jr. & William C. Redfield, *An Integrated Training Program for Law and Counseling*, 35 *J. LEGAL EDUC.* 208, 209 (1985).
- (68) Fran Quigley, *Seizing the Disorienting Moment: Adult Learning Theory and the Teaching of Social Justice in Law School Clinics*, 2 *CLIN. L. REV.* 37 (1995).
- (69) Compare Paul D. Reingold, *Why Hard Cases Make Good (Clinical) Law*, 2 *CLIN. L. REV.* 545 (1996) (クリニックにおける複雑な、法改革事案の教授法的価値を支持する議論をしている。) with James C. May, *Hard Cases From Easy Cases Grow: In Defense of Fact and Law Intensive Administrative Law Cases*, 32 *J. MARSHALL L. REV.* 87 (1998) (ラインゴルドReingold教授に応答するとともに、クリニック学期内に学生たちがもっと容易に処理できる小事案の教授法的価値を論証している。)。これは、Rutgers Conference on the Social Justice Mission of Clinics, April 8, 2000における論争点でもあった。See Frank

- Askin, A Law School Where Students Don't Just Learn the Law; They Help Make the Law, 51 RUTGERS L. REV. 855 (1999).
- (70) Peter Margulies, Political Lawyering One Person at a Time: The Challenge of Legal Work Against Domestic Violence for the Impact Litigation/ Client Services Debate, 3 MICH. J. GENDER & L. 493 (1996).
- (71) See Clinic Project Addresses Domestic Violence, UNM LAW 4 (Spring 1999) (ガブリエル・サンチェス Gabrielle Sanchez のコミュニティ・ロイヤリング課程を記述している。ガブリエルは、ドメスティック・ヴァイオレンスの被害者がその子供を加害者の暴力から守れなかったとの理由で子供を隔離するよりも、暴力状況に置かれたその女性にいかにして資格付与を得させるようにするかの問題に対処するため、ソーシャル・ワーカーが被害者の弁護人と会談する手配をした。)
- (72) N.M. STAT. ANN. § 40-4-9.1 (2000).メラニ - Melanie が共和党の議員リザ・ルツ Lisa Lutz を説得し、私は民主党の議員ミミ・スチュワート Mimi Stewart を説得して、その議案の共同提案者になってもらった。
- (73) リチャード・「ロス」・ピータース Richard "Ross" Peters が、2000年の秋学期に Landlord/Tenant Hotline で受入サイトを始めていた。受入れのために Landlord/Tenant Hotline やその他のコミュニティ・サイトに接触した彼とその同僚たち (フェリス・ラエル Feliz Rael、ラリタ・デヴェロンダ Lalita Deveronda、マイク・リチャードソン Mike Richardson、ジェレミ・ラスク Jenny Lusk、ダニエラ・ゴンザレス Daniela Gonzales およびマイク・サンティステヴァン Mike Santistevan) は、予期していたとおり、住宅、家族法、ドメスティック・ヴァイオレンス、教育、差別、消費者そして破産を含む多様な問題を抱えた依頼者と面談した。Landlord/Tenant Hotline においてロスはコミュニティ教育授業を成功裡に行なっている。
- (74) Susan D. Bennett, On Long-Haul Lawyering, 25 FORDHAM URB. L.J. 771 (1998).
- (75) Bill Ong Hing, Clinical Legal Education: Raising Personal Identification Issues of Class, Race, Ethnicity, Gender, Sexual Orientation, Physical Disability, and Age in Lawyering Courses, 45 STAN. L. REV. 1807 (1993) (彼が、移民クリニックの文脈の中でこれらの論点をどのようにして提起するかを論じている。)
- (76) 私が受持った学生の一人、ジェイン・タベット Jane Tabet は、[ドメスティック・ヴァイオレンス] 避難所にある専門衣料バンクで活動していた。
- (77) Leslie G. Espinoza, Legal Narratives, Therapeutic Narratives: The Invisibility and Omnipresence of Race and Gender, 95 MICH. L. REV. 901 (1997).
- (78) これら問題点のいくつかについての概観は、see LATINO EMPLOYMENT, LABOR ORGANIZATIONS AND IMMIGRATION (Antoinette Sedillo Lopez ed., 1995).
- (79) Rob Williams, Representing Race: Vampires Anonymous and a Critical Race Practice, 95 MICH. L. REV. 741 (1997).
- (80) See Michelle S. Jacobs, People From the Footnotes: The Missing Element in Client Cen-

tered Counseling, 27 GOLDEN GATE U.L. REV. 345 (1997)(Binder and Price モデルを批判し、多文化間交渉における人種の相関性についての科学的データを紹介する。)

3. 技能訓練：主題事項を限定することの含意

以上の論議は専門化がクリニック法律教育の社会正義使命に及ぼす影響を解明するものであるが、専門化によるこうした限定は、技能訓練使命という視野においても考察すべき論点を提出する。

A. 依頼者が語る物語を / 依頼者の実生活を、識ること

法実務における信認代理は、依頼者がする〈ものがたり〉を裁判所に認識されるようにとわれわれ法律家が法的範疇に当てはめ直す際に、われわれに依頼者の物語を見失わせてしまう、として批判を加えられてきた⁽⁸¹⁾。われわれは、専門化すればよりいっそう依頼者の物語を見失う危険を犯すことになるのであろうか？ 専門家がする事務の最初の手順は、依頼者が抱えている問題がその専門家の専門性に適合するの可否かを判断することである。そこで、専門化されたクリニックで教える学生は、依頼者の物語のうちその専門性にとり関連を有しないくだりを排除してものがたりをまとめることから始める。その学生は、依頼者の経験について学ぶ機会を逸し、依頼者の実生活について識ることがない。クリニック指導教員たちは、物語理論 narrative theory が法廷において弁護のテクニックとして用いられれば依頼者に発言権を与えるようにすることができるし⁽⁸²⁾、依頼者との面接および相談助言の機会や⁽⁸³⁾問題解決の試みにおいても依頼者に発言権を与えるようにすることができる、と論じてきた。主流の思考様式に反対するのに『対立論者』が物語を用いることの可能性について、リチャード・デルガド Richard Delgado が説明している⁽⁸⁴⁾。法学者の多くが視野を拡大するテクニックとしてそれを用いてきた。デルガドの言う物語とはフィクションのことである。われわれの依頼者たちがする真実の〈ものがたり〉についてはどうであろうか？ 大切なことは、ものがたりをする者が物語全体を語ることであり、聴き手にとって意味があると思われる部分だけを語ることではない。かつ、聴き手の側の意味ありと思う枠組が調整を要することもある。もちろん依頼者たちには自分の物語を

語る能力以上のものが必要である⁽⁸⁵⁾。しかし依頼者たちの<ものがたり>が重要なのである。学生が法的専門性にとり意味のある事実を選び出そうと試みるときに生じるであろう編集は、その学生の理解を制限してしまう。[そうなれば] 物語理論が与えてくれるはずの利点は失われるであろう。

B. 技能訓練：問題解決と創造性

信認代理 [の活動範囲] を制限することは、自発性と創造性をも制限することになる。City University of New Yorkのスー・ブライアントSue Bryant は、依頼者のもつ諸問題を全体包括的に見ることを学ぶ学生、かつ創造的な問題解決者となる学生を『文化を横断して進む者たち cross cultural travelers 』と記述している⁽⁸⁶⁾。その者たちは、判断を一時控え、差異を超えて意思疎通をしかつ耳を傾ける技能、および解決を創造的に探究するための諸技能をそなえている。キムバリー・オライリ - Kimberly O'Learyらが、こうした諸技能を教授し得る方法を例証している⁽⁸⁷⁾。貧窮者たちが直面するさまざまな問題点についての高度に多様でかつ不安定な経験に学生をさらすことは、これらの技能を学生が発達させるための援助の一步である⁽⁸⁸⁾。クリニックの教室授業と教材とが、学生がこれらの技能を発達させるの援助するものであるべきなのはもちろんのことである⁽⁸⁹⁾。

C. 専門化は、何が教えられ何が学ばれるかに影響を及ぼす

専門化されたクリニックでの経験をよとするクリニック指導教員たちは、自分のクリニックにある授業としての重要な一面が、そのクリニックの主題事項をクリニックの方法を使って教えること、それとともにその専門分野を学生が職業進路の選択肢と考えるよう促すことである、と信じている⁽⁹⁰⁾。私が懸念するのは、主題事項に集中すれば、依頼者との関係に集中するのがごくせめられてしまうのではないか、ということである。あまりにも早期にある職業進路に専門化するよう学生に促すことは、学生たちの将来見通しを制約することがあり得る。

シアトル・ユニヴァーシティが興味深い取り組みをしている。学生のクリニック経験が実体法課程と結合されているのである。学生は、移民法あるいは証拠法のごときクリニック以外の課程と並行して、シミュレーションもしくはクリニック授業で追加の単位を取ることができるのである⁽⁹¹⁾。このやり方は実に革新的でかつクリニックという方法の価値を認めたものではあるけれども、私が懸念するのは、学生たちがその

依頼者の抱えている問題について学ぶのをいっそう区画化されたものにするという危険がこのやり方にもなうことである⁽⁹²⁾。学生たちは、ちょうど区画化されている教室授業を「いつも自分の頭の中で」全部一体にまとめているように、おそらくそのような学びの結果を一体にまとめることができはするであろうが、それでも学生たちは、錯綜し不安定な経験を依頼者がするようには経験することが無い。依頼者は一連の問題総体に直面して錯綜しかつ不安定な展開を経験しているのである いちどきに。

リ・テランLee Teran が、ドメスティック・バイオレンスの被害者であるメキシコ人の女性たちのためのセント・メアリーズ [校] 移民クリニックの意義深い活動を記述している⁽⁹³⁾。セント・メアリーズ St. Mary's Law School は、法律外のサ・ヴィスを含め依頼者に対し奉仕する多彩なクリニックをいくつか用意しているが、移民クリニックに履修登録している学生は、これらの女性たちがもつ社会的および法的ニーズの全体像を知るには至らない危険がある。リ・テランのようなよく気がつく教師ならば、学生たちが状況のいっそう大きいありようを知るのを確実にするであろうし、またセント・メアリーのロースクールは、学生に大状況を教えるのに力を入れている。それにしても、これらの女性の出会う他の問題のために学生たちが自身で解決策を考案することはないであろう。依頼者たちは、他のクリニックに付託されることになりがちである。クリニック間での緊密な共同作業が区画化の難点を幾分か解消しはする。私が言いたいのは、貧窮者が直面する諸問題すべての間にある関連を学生に教えること、そして解決策を考案するよう試みることには授業面での価値がある、ということである。移民たちの直面している多種の問題をそのクリニック構成員が理解するようにしている移民法クリニックも存在する⁽⁹⁴⁾。特定の社会正義目標を前提として言えば、これでも足りるかも知れない。それにしても、その移民のコミュニティの家族法事案、消費者保護事案についてのニーズは、おそらく気づかれてはいても、学生がそれら事案について移民の信認代理をするときには理解されるのと等しいだけ理解されることはないであろう⁽⁹⁵⁾。学生がこれらの問題に対する解決策を考案するのに関与することもまたないであろう⁽⁹⁶⁾。

D. 主題事項の仕事をするのではなしにコミュニティに奉仕することは、

学生たちの社会生活順応に影響する

学生たちは、お互いから多くのことを学び合う⁽⁹⁷⁾。専門化されたクリニックに所属

する学生たちは、そのすべてが語り合う経験を共有しており、クリニック経験のうち教室で過ごす部分を企画し易くすることになる。しかし、クリニックが単一の主題事項に自己限定しないときには、対象事案の多様性が学生たちの学びの経験を豊かなものにするのである。単一主題の安易さと多様な法的問題との間にあって、私は多様性の方を支持する。

加えて、学生たちがコミュニティに奉仕するよう求められる場合には、学生たちは、その広がり大きい依頼者コミュニティを理解し、コミュニティについて学ぶことに集中する。学生たちは、諸問題および諸論点を総体的に見るよう促される⁽⁹⁸⁾。問題の多様性が、おたがいに独創性および創造性を発展させ合うよう学生たちを導いて行く。学生たちは、依頼者と共同作業することを学ぶ。それは、自分らの依頼者に耳を傾けることを学ばねばならず、学生がすぐさま依頼者にあるとみなした問題を解決しようと試みてはならないからである。学生たちは、そのコミュニティの諸ニーズに対応するよう学ぶのである⁽⁹⁹⁾。学生たちは問題に優先順位を付けることを学ぶ。学生たちは、すべての問題を処理するための手段・資金・時間を有してはいない、という欲求不満を経験する⁽¹⁰⁰⁾。

学生たちはまた、事態はただ実定法規がそのコミュニティの問題に対し十分な対応をしていないだけだということ、したがって自分たちは法的なものとは異なる他の規律分野からの解決策を探し出さねばならないか、あるいはコミュニティが自身の論点に対処するのを援助するためにコミュニティの組織化と資格付与とに従事しなければならぬ、ということを知るのである。

【注】

- (81) See Anthony Alfieri, *Reconstructing Poverty Law Practice: Learning Lessons of Client Narrative*, 100 YALE L. J. 2107 (1991); John B. Michell, *Narrative and Client Representation: What is a True Believer to Do when his Favorite Theories Collide?* 6 CLIN. L. REV. 85 (1999); Lucie White, *Subordination, Rhetorical Survivor Skills, and Sunday Shoes: Note on the Hearing of Mrs. G.*, 38 BUFF. L. REV. 1 (1990).
- (82) See Binny Miller, *Give Them Back Their Lives: Recognizing Client Narrative in Case Theory*, 93 MICH. L. REV. 485 (1994).
- (83) See Carolyn Grose, *A Field Trip to Benneton and Beyond: Some Thoughts on "Outsider Narrative" in a Law School Clinic*, 4 CLIN. L. REV. 109 (1997).
- (84) See Richard Delgado, *Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative*,

- 87 MICH. L. REV. 2411 (1988).
- (85) See Cathy Lesser Mansfield, Deconstructing Reconstructive Poverty Law: Practice Based Critique of the Storytelling Aspects of the Theoretics of Practice Movement, 61 BROOK. L. REV. 889 (1985) (依頼者たちは、結果よりも自分の物語を話すことの方に氣にかけている、との仮定を批判している。)
- (86) スー・ブライアント Sue Bryant は、2000年の秋にニュ・ヨーク・ロースクールで私が発表したコロキアムにおいて、このアイデアを私と論じあった。See also Susan J. Bryant, Collaboration in Law Practice: A Satisfying and Productive Process for a Diverse Profession, 17 VT. L. REV. 459 (1993).
- (87) See Kimberly E. O'Leary, Using Difference Analysis to Teach Problem Solving, 4 CLIN. L. REV. 65 (1997)(あり得る解決策に到達するために多種の側面から問題を吟味するよう学生たちに教える一歩ずつの接近および練習を提案している。); Suellyn Scarnecchia, Gender And Race Bias Against Lawyers: A Classroom Response, 23 U. MICH. J. L. REFORM 319 (1990)(人種の論点に対処する技術を記述している。)。もちろん、有色のクリニック教師を採用することも、これらの問題点に対処する付加的な方法である。see Jon C. Dubin, Faculty Diversity as Clinical Legal Education Imperative, 51 HASTINGS L. REV. 445 (2000)(クリニック教師の順位序列を多様化する必要を記述している。)
- (88) Quigley, *supra* note 68.
- (89) DAVID BINDER, PAUL BERGMAN & SUSAN C. PRICE, LAWYERS AS COUNSELORS: A CLIENT-CENTRED APPROACH (1991)。この文献は、問題解決への依頼者中心アプローチの実際的案内書である。著者は言う：「ひとまとまりの技術であることを超えて、依頼者中心アプローチは態度なのであり、諸問題を依頼者の視野から見る態度、諸問題の多様な性格をみる態度そして依頼者を彼らの問題の解決に際して真のパートナーとする態度なのである。」(p. xxi)。このアプローチは人種問題を無視しており、狭きに過ぎるという理由での批判については、see Jacobs, *supra* note 80.
- (90) David F. Chavkin, Training the Ed Sparers of Tomorrow: Integrating Health Law Theory and Practice, 60 BROOKLYN L. REV. 303 (1994); Peter Pitegoff, Law School Initiatives in Housing and Community Development, 4 B.U. PUB. INT. L.J. 275 (1995).
- (91) John Mitchell, Betsy Hollingsworth, Patricia Hall Clark & Raven Lidman, And Then Suddenly Seattle University was on its Way to a Parallel, Integrative Curriculum, 2 CLIN. L. REV. 1 (1995)(シアトル・ユニヴァーシティ Seattle Universityがいかにして実体法課程と組み合わせた多様なクリニック経験に到達したかを記述している。)
- (92) Kovach, *supra* note 14.
- (93) Lee Teran, Barriers to Protection at Home and Abroad: Mexican Victims of Domestic Violence and the Violence Against Women Act, 17 B. U. INT'L L. J. I (1999)(メキシコ人のドメスティック・バイオレンス被害者が直面する諸問題を記述し、Violence Against Women Actには彼女らの保護を確実にする点で不足があると批判している。); see also

Cecelia Espenosa, No Relief for the Weary: VOWA Relief Denied to Women Lost in the Intersections, 83 MARQ. L. REV. 163 (1999)(VOWAと刑法の関係、そしてそれぞれの不備を記述している。著者は、現在United States Board of Immigration Appealsに在席しているが刑事クリニックと移民クリニックの双方で教えていた。)

- (94) See, e.g., Kevin Johnson & Amagda Perez, Clinical Legal Education and the U. C. Davis Immigration Law Clinic, 51 SMU L. REV. 1493 (1998)(U.C. Davis校のクリニック課程を記述し、その教授法的価値をはかっている。) ; Michael Olivas, Breaking the Law on Principle: An Essay on Lawyer's Dilemmas, Unpopular Causes, and Legal and Social Regimes, 52 U. PITT. L. REV. 815 (1997)(付き添う者の居ない児童難民を援助するクリニック計画を論じている。)
- (95) See Richard Marisco, Working for Social Change and Preserving Client Autonomy: Is There a Role for Facilitative Lawyering?, 1 CLIN. L. REV. 639 (1995).
- (96) NARROWING THE GAP, supra note 48, at 142. この報告は、問題解決を基礎的ロイヤリング技能の一として挙げている。続けて問題解決の中に5点の下位技能があると認める。「問題を見分け診断する技能、択一的な解決策および戦術を産み出す技能、行動計画を展開する技能、その計画を実施する技能、およびその計画の過程を新しい情報やアイデアに開いている技能。」
- (97) フラン・クイグリ Fran Quigley が、成人の学習者は仲間と一緒にする学習がもっとも効果的な学習スタイルであるとみえることを例証している。Quigley, supra note 68, at 57.
- (98) Marisco, supra note 95.
- (99) Donald Duquette, Developing a Child Advocacy Law Clinic: A Law School Clinical Legal Education Opportunity, 31 U. MICH. J. L. REF. 1 (1997)(児童弁護の領域における法的信認代理の二 - ツを記述している。)
- (100) See Paul Tremblay, Acting "A Very Moral Type of God:" Triage Among the Poor, 67 FORDHAM L. REV. 2475 (1999)(貧窮法実務内部における優先順位にかかわり提起される論点を記述している。) ; Justine Dunlap, I Don't Want to Play God A Response to Professor Tremblay, 67 FORDHAM L. REV. 2601 (1999).

結び

われわれは、複雑さが増す世界において実務に従事するよう学生たちを訓練している。われわれが自分たちのクリニックの主題事項を制限するならば、われわれは自分たちの世界を狭めるとともに学生たちの世界を狭めることになる。まとめて言えば、

われわれは、貧窮しているコミュニティにおいておよび [社会階層の] 下位におかれたグループの間に現実に生じつつある事柄に接触することが少なくなるであろう。われわれにとって必要なのは、それらの者たちにわれわれの専門に適合するようにと求めることではなしに、それらの者たちが必要とすることを彼らの中に発見することなのである。われわれは、貧窮者のニーズに答えるためにさらに一步をすすめるならば、ロースクールの外に出てコミュニティに立ち入ったときにわれわれが発見したことを公に知らせるのでなければならぬ⁽¹⁰¹⁾。われわれは、自分たちをその安楽な地帯から連れ出すことになるかも知れない解決策を探る活動をすべきなのである。われわれは、政治的積極行動主義、制定法改革、資金配分、経済開発、コミュニティ資格付与、コミュニティの社会奉仕活動との協同、さらには十分なデイケアのための活動のごとき、より幅の広い解決策について研究しなければならない。依頼者が抱える問題に対するこれらの代替的解決策を開発するならば、われわれの二重の使命はよりよく果たされることになる。われわれは、社会正義論点についての精通した認識とより良い実務技能とを教えることになるのである。

【注】

(101) See Richard Boswell, *Keeping the Practice in Clinical Education and Scholarship*, 43 HASTINGS L. J. 1187 (1992) (クリニック指導者に対し、実務から隔離されることのないように、かつクリニック法学教育の法律サービス根源に立ち返るように呼び掛けている。) .ボスウェルBoswell 教授は、2001 Association of American Law Schools Clinical conferenceの企画委員会の議長を務めている。この会議は、クリニック教師たちがさまざまな学術的およびその他の教育的努力を通じて発展させて来た洞察を共有する方法を究明することになる。

[著者紹介と著者によるまえおき]

Henry Weihofen Professor of Law, University of New Mexico.

I would like to thank Steve Ellman and the New York Law School Clinical Legal Theory Workshop for inviting me to present an earlier draft of this paper at the workshop and Jon Dubin for inviting me to participate in the Rutgers Social Justice conference. Jon and I led a concurrent session entitled "Designing Clinics to

Fulfill Our Visions" at the 1999 Association of American Law Schools Clinical Conference at Lake Tahoe. The comments by the clinical teachers who attended any of those sessions inform this work. Comments on earlier drafts by Victor Lopez, Richard Gonzales, Dean Robert Desiderio, Alfred Mathewson and Sue Bryant improved the essay. I would also like to express my appreciation to William T. MacPherson, J. Michael Norwood and Jose Martinez as teachers and visionaries of clinical legal education and to the UNM law school faculty for steadfast commitment to clinical legal education. I have learned a great deal about a service/ social justice ideal from every clinical student with whom I have ever had the privilege of practicing and every client we have ever met.

[訳者あとがき]

原文の中で用いられている「representation」をこの訳文ではほぼ全部「信認代理」と言い表している。そうする理由については、小稿「潜在する利害対立がある複数依頼者の『信認代理』(一)」民商122巻1号22頁参照。

執筆者紹介

住吉 博

大宮法科大学院大学法務研究科教授・大宮法科大学院大学学長

小林一俊

大宮法科大学院大学法務研究科教授

中島広樹

大宮法科大学院大学法務研究科教授

新屋達之

大宮法科大学院大学法務研究科教授

上田正和

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

隅田浩司

東京大学先端科学技術研究センター交流研究員

大宮法科大学院大学法務研究科非常勤講師

(掲載順)

大宮ローレビュー 創刊号

2005年3月 初版第一刷発行

発行 大宮法科大学院大学
埼玉県さいたま市大宮区桜木町4丁目333番地13号
TEL 048-658-8101 FAX 048-658-8102
<http://www.omiyalaw.jp>
E-mail: info@omiyalaw.jp

印刷 東京ラインプリンタ印刷株式会社
東京都板橋区中丸町13-1 ゲオタワー池袋
TEL 03-3972-4774 FAX 03-3972-6483