

## 学位論文審査要旨

小西 清 茂

### 「ガーナ憲法の構造的変遷—独立憲法

(一九六〇)から現憲法(一九九二)へ」

審査委員 主査 大久保史郎

上 田 寛

畑 中 和 夫

川 端 正 久

#### 「論文内容の要旨」

##### 一 論文の構成

はじめに

第一章 一九六〇年憲法の成立と構造

第一節 イギリスの独立とエンクルマ

第二節 独立憲法の構造—大統領制

第三節 比較憲法的考察

第二章 一九六〇年憲法から一九七九年憲法へ

第一節 一九六〇年憲法体制の変容

第二節 一九七九年憲法(一九六〇年憲法との比較)

第三節 一九七九年憲法の停止(軍政時代)

第三章 一九九二年憲法

第一節 軍政下における政治的・経済的背景の変容

第二節 民主化への提言—国家民主化委員会の報告書

第三節 一九九二年件の基本理念及び構造

第四節 一九九二年憲法の特質と展望

付資料 「ガーナ共和国憲法(一九九二年)」(部分訳)

##### 二 論文の概要

###### 1. 序論の要旨

本論文は「序論にかえて」において、ガーナ憲法研究の意図と視点を次のように示している。

西欧植民地であったアフリカ諸国が、一九五七年のガーナを先頭に植民地からの解放と独立を開始した一九五〇年代末から六〇年代は、立憲主義ないし立憲民主主義への世界的な動きを示したが、このアフリカにおける立憲主義は経済的、政治的な困難の中で、特殊な軌跡と経験を示し、「立憲主義のグローバ

ル化の故にこそ生じる立憲主義の普遍的価値と特殊性の関係如何」という困難な問題を提出するとして、この分析を「ガーナ憲法の構造的変遷」として試みる。そこで、本研究は以下のような問題意識にもとづくとする。

第一に、立憲主義のグローバル化にともなう新しい課題とは何か。第二に、独立後数十年の経てなお、立憲主義—西欧モデルであれ、アフリカ独自であれ、—をめざしながら、内戦、飢餓などの人権や民主主義と無縁な現状はなぜか。そして、第三に、こうしたアフリカ共通の課題をガーナ憲法に求め、その特徴を明らかにする。

## 2. 「第一章 一九六〇年憲法の成立と構造」の要旨

### 第一節 イギリスからの独立過程とエンクルマ

イギリス植民地総督の直接統治から、族長を通じての間接統治方式を採用した「バーンズ憲法」（一九四六年）への反対運動—独立運動を非暴力、民主化として主導したのがエンクルマであった。五一年選挙の勝利、首班任命をうけて、会議人民党（CPP）を基盤に、一九五七年英連邦内自治領として独立ついで、一九六〇年ガーナ共和国として完全独立に導き、一九六〇年憲法となった。

ガーナ憲法の構造的変遷—独立憲法、(左三)から現憲法、(左二)へ(小西)

### 第二節 独立憲法の構造

一九六〇年独立憲法は人権宣言をもたない統治規定のみの憲法であった。著者はその特徴を大統領制と、これを支える一党制に求めて、検討する。ここでは、ニエレレの一党制論（アフリカの共同体としてのウジャマー（家族）社会主義論を根拠とする）との対比で、エンクルマの一党制論がソヴィエト式社会主義観（人民民主主義論）による一党制であるとし、この大統領—一党制が国家統一としての意義をもったが、これに続く近代化過程では、有効性を持たなかったとする。このガーナ大統領制はフランス法系アフリカ諸国の共和制型と異なり、立法権と行政権を大統領制の下で一体化する権力統合であり、ソビエト型社会主義の強い影響下にあったと分析する。

### 第三節 比較憲法的考察

カール・レーベンシュタインの比較憲法論における分類を参考に、ガーナ憲法の特徴付けを試みて、これを「セマンティックな憲法」（権力の外観的法制化）に属し、単一支配政党によるエンクルマのカリスマ的権力を保障する憲法体制（六五）と結論づける。これは独立過程における実態を反映しているとして、レーベンシュタインの実質的、機能的分類をそのままではめることはできないとする。さらに、レーベンシュタインの

分類を再構成したフィリップの「競合的―統合的」区別論では、後者の「統合的憲法」に属すること、また、「議會統治制」論との比較検討を試みたうえで、ガーナ憲法の特色が権力統合型であることを指摘する。この「統合型憲法」体制が社会経済的变化のなかで、多くの矛盾を露呈するとして、次章に移る。

### 3.「第二章 一九六一年憲法から一九七九年憲法へ」の要旨

#### 第一節 六十年憲法体制の変遷

ガーナは、一九六六年軍部クーデター、六九年民政復帰、七二年軍政、そして、この軍政下での一九七九年憲法制定となる。この過程をつたえる文献はニンシンの「ガーナの政治闘争…一九六七―八一」をあげつるのみであるとして、その「性急なマルクス主義的立場」に留意しつつ、これによりながら、七九年憲法制定に至る政治・経済過程の分析を行う。

#### 第二節 一九七九年憲法―一九六〇年憲法との比較

七九年憲法と六十年憲法との統治機構での詳細な対比をおこなった上で、両者の比較検討を「近代憲法への脱皮」として、まとめていく。ここでは、独立国家の実現のための理念的・宣言的憲法としての六十年憲法が、その後の二十年にわたる社会経済的発展により、七九年憲法に至って、実務的・具体的にな

り、人権保障規定を備える様になり、市民的立憲主義的体裁を備えることになったとする。これをレーベンシュタインのいう「名目的憲法」の段階として把握しつる地点と評価する。ここでの人権規定の登場や権力の統合・一体型から大統領優位の下での権力分立型への移行、とくに人権規定の登場は一九九二年憲法に継承される点で、重要性を示すが、しかし、その実効性(特に人権規定の)は軍政により否定され、社会的、政治的成熟の必要性が課題になっていることを指摘する。

#### 第三節 一九七九年憲法の停止

軍政が自ら制定した七九年憲法は、八一年の、あらたな軍事クーデターにより停止されるが、この過程を上記のニンシンの分析によりつつ、新植民地的主義経済体制の下での矛盾の結果と性格つける。

### 4.「第三章 一九九二年憲法」の要旨

#### 第一節 軍政下における政治的、経済的背景の変容

八〇年代のガーナの変化を(1)アフリカにおける独裁政権への民主化のながれ、(2)構造調整政策の条件として民主化への国際的圧力、(3)アフリカ全体での軍事政権の正当性への批判の高まり、(4)構想調整実施による社会矛盾とその批判としてとらえ、

これを民政移管への背景・要因とし、民主化過程―九二年憲法の制定の分析に入る。

## 第二節 民主化への提言

民主化―民政移管のなかで、新憲法が制定される過程と内容を「国家民主化委員会の報告書」を材料に紹介する。この報告書は、「序文・委員会の役割・一章前文 背景と経緯・二章民主主義・参加・三章 諸提案・四章 経済・政治・文化の分析・五章憲法案の諸論点・課題」からなるが、このうち、一章前文と四章の詳細な紹介を行う。

## 第三節 一九九二年憲法の基本理念および構造

国家民主化委員会報告をうけて設置された専門委員会の新憲法案に関する報告書の紹介・分析を詳細に行う。これは「序論・統治機構の提言・行政部（大統領・内閣総理大臣・國務大臣・行政部と立法部との関係）・国家評議会（権限・構成・司法委員会）・立法部（立法院の性格・比較憲法的紹介・検討）・基本的人権と自由・メディアの自由と独立・代議制民主主義」からなる。

## 第四節 一九九二年憲法の特質と展望

一九九二年四月二十八日の国民投票により―新憲法が承認され、政党活動の自由化、大統領選挙をへて、第四共和制に移行

する。この九二年憲法は七九年憲法の骨格と諸条項を基本的に踏襲しているが、しかし、六〇年憲法以来の社会的、経済的変化を反映し、権力分立や基本的人権の保障があらためて強調され、民主主義的政治制度の根幹としての選挙制度の規定、また政党の憲法上の位置付け（複数政党制）など、近代立憲主義憲法としての実質をそなえるようになったとする。その後の経緯にも言及しつつ、九二年憲法の定着のためには、「政党法を中心として多面的な政治的要請を真に保障しうるシステムの構築」と、「経済基盤の整備とともに民主化にむけての柔軟な対応」が求められるとする。

## 「論文審査の結果の要旨」

(1) 独立ガーナは現在まで三つの成文憲法を有していた。ガーナ独立後の最初の憲法である、「一九六〇年ガーナ共和国憲法」、軍事クーデターと民政移管を繰り返した後の「一九七九年ガーナ共和国憲法」、また、クーデターと軍政の繰り返し後の「一九九二年ガーナ共和国憲法」（現行憲法）である。本論文は、この三つの憲法の展開・過程を、ガーナの社会経済過程およびそれとパラレルに展開する政治過程に即して分析し、比較憲法的検討を加えた論考である。

本論文が着目したのは、ガーナ憲法が軍事クーデターにより停止され、民政移管後も前憲法の停止状態のまま、前憲法の定める改正手続によることなく、新たな憲法の制定にいたっている事実である。たとえばクーデターによるエンクルマの失脚と六〇年憲法の停止(六十六年)後、民政移管を経て七十九年憲法の制定に至るまでの憲法停止(空白)期間、同様にローリングス・クーデター(八一年)による七十九年憲法の停止と、その後

(この後も七十九年憲法の改正手続によらない)九二年憲法制定にいたる憲法停止(空白)期間の存在である。独立以降現在までの四十三年間のうち、一党制の時期は六年、多党制の時期は十六年、これに対して、軍政も二十一年にも及んでいる。著者はこれらの憲法停止期を、いづれもそれ以前の憲法が廃止ではなく停止される過程をたどり、いわば憲法の変遷をもって論じる対象であるとして、各憲法の構造変化を検討している。本書の表題を『ガーナ憲法の構造的変遷』としている所以である。

(2) このようなガーナ憲法の構造的変遷は、六〇年憲法の一党制と大統領制の「一体化」構造から、七十九年憲法に至る期間の憲法停止期における人権規定をともなう首相制と多党制の「権力分離」構造の生成、さらに九二年憲法に至る時期における人権規定の充実と三権分立制、大統領制と多党制による民主的立

憲体制の形成として確認できるとする。本論考は、その全体を通じて、カール・レーベンシュタインやシ・ウルフ・フィリップスの比較憲法論、ポール・バスタドの会議制論等を引用しながら、比較憲法論的整理を試みている。名目的憲法ないしセマンティック憲法の視点からする整理は、その限りで目新しいものではないが、アフリカ憲法への適用の問題として有意義な試みである。

(3) この変遷の社会経済的動因を、この点ではおそらく唯一の研究文献であるクワメ・アコン・ニンシンの「ガーナの政治闘争——一九六七—八一年」に依拠して、エンクルマのいわゆる社会主義化政策とブチ・ブルジョワジーの抵抗、成長したブチ・ブルジョワジーの民族資本家としての確立、民族資本家のIMFを通じての国際ブルジョワジーへの組み込み等の、階級対立・階級闘争に求めている。また、八〇年代移行の政治・経済構造の分析から、その内外双方の要因にも言及し、憲法構造の変容の背景にも注意を払っている。こうして、憲法社会史として、本研究をみるとき、冷戦構造の中にエンクルマとガーナを位置づける分析と、ローリングス政権にいたるIMF体制との関係等、開発途上諸国をめぐる複雑かつ困難な社会・経済発展と不安定な政治に関する、アフリカならではの国際関係論の視

角からの整理が必要だと思われる。本論文がこれを自覚しているだけに、この点での言及や分析が少ないことにやや不満が残る。

もっとも、アフリカ憲法の日本における基本文献である中原精一『アフリカ憲法の研究』(一九九六年・成文堂)も、「アフリカの社会科学的研究の中で、もっとも重要な経済問題の研究」がアフリカ憲法研究の「射程外」になってしまいう欠点を指摘している。このアフリカ憲法研究史上の課題は重く、今後の蓄積にまたねばならないだろう。

(4) 九二年憲法の制定過程については、基本的に、おそらくは唯一の文献である「Evolving A True Democracy: Summary of NCD's Work Toward the Establishment of A New Democratic Order, March 25, 1991」および「Report of the Committee of Experts (Constitution) on Proposal For a Draft Constitution of Ghana—July 31, 1991」に基づいて、詳細な紹介・検討を加えており、この種の研究が皆無に等しいだけに示唆するところが多い。前掲中原精一『アフリカ憲法の研究』においても、英語圏アフリカ諸国憲法としては、ケニア憲法が取り上げられているだけで、ガーナ憲法については、若干の基本的な言及に止まっている。この意味で、本論文はアフリカ憲法の個

別の研究としても貴重な貢献をなす。

もっとも、本論文では、二つの報告書の紹介・分析にエネルギーが費やされ、肝心の一九九二年憲法の紹介・分析が簡略になっている。その意味で、九二年憲法体制のより詳細な紹介はそれじたいが研究上の価値を有することから、この点での継続的な研究が望ましい。この二つの報告をうけて成立した一九九二年憲法の実施・運用過程の実態分析が今後の課題となる。ここでは、資料上、方法上の多大な困難が予想されるが、そうであつても、近年の資料検索技術の飛躍的發展もあり、基礎的情報を収集する途もひらかれつつある。今後の追及を期待したい。

(5) 比較憲法研究の方法上の問題として、ガーナだけではないが、クーデター・軍政と民主化の關係に現時点のアフリカ的特殊性があるとするれば、その分析において、伝統的ヨーロッパ的概念を用いることの有効性と限界性に言及すべきではなからうか。また族長(会議)等の伝統的制度が憲法構造に組み込まれており、アフリカ的特殊性を示すものである。この族長制をはじめ、アフリカ社会の宗教・慣習・文化等の伝統的諸制度・要因、また、アフリカ統治システムにおいて独特な役割をもつメディアの実際上の機能・役割について言及されるところが少なくない。この分野において、近年、個別的であれ、一定の研究文献

(英文) が出現しつつあり、今後の研究の進展を期待したい。

「試験または学力確認の結果の要旨」

申請者は、すでに博士課程の必要単位を修得しており、また、修士論文「新興諸国における大統領制——ガーナ共和国憲法を中心にして——」(一九六三年)以来のアフリカ憲法研究、とくにガーナ憲法研究の意欲とその継続には、高い評価が与えられる。

とりわけ、文献も研究も極端に少ない状況の中で、(ガーナ国内においてさえ、その希少さが指摘されるほどの極端な状況の中で)、本研究は、あらゆる可能な手段(ガーナ共和国訪問、駐アクラ日本国大使館の協力、ロンドン大学SOASでの文献収集等)を通じて文献・資料等を収集・整理した結果である。なお分析・検討されるべきいくつかの問題点を残しているとはいえ、日本におけるアフリカ憲法研究の現状と今後の必要性に留意するならば、本研究は十分な意義と成果を示し、日本におけるアフリカ憲法研究に貴重な寄与をなすものである。なお、本論文は、別途、公刊が予定されているが、その際には、上記(3)以下でふれた本論文の意義と今後の課題に即した補充をおこなうことを期待したい。

本文中に引用されている外国語文献を精査し、外国語試験の免除を相当とする。

以上から、本学位請求者は、課程博士の学位を授与するにふさわしい者であると判定する。

(以上)

金 尚均

## 「危険社会と刑法」

—現代社会における刑法の機能と限界—

審査委員 主査 生田勝義

上田寛

葛野尋之

### 「論文内容の要旨」

一 主論文「危険社会と刑法」について

1 主論文の構成

主論文は、すでに一冊の本として刊行されたものである。その構成は次のとおり。

はしがき

第一章 安全性の欲求と予防論の展開

第二章 法益保護の早期化と犯罪論

危険社会と刑法（金）

第三章 刑法のあり方と限界についての検討

第四章 法益保護の早期化に対抗する近年ドイツの政策提

案

第五章 抽象的危険犯の機能論的正当化の試みとその問題

性

第六章 抽象的危険犯における法益の問題

第七章 抽象的危険犯に対する批判的考察

第八章 環境刑法の基本問題

第九章 環境犯罪に対する企業責任

第十章 現代社会における刑法の機能

以上の各章のうち、第一章から第四章までは、「現代刑法における法益保護の早期化について」（一）、（二・完）、立命館法学二二三号（一九九四年）、同二三五号（一九九四年）、第五章から第七章までは、「抽象的危険犯の現代的展開とその問題性」（一）、（二）、立命館法学二四〇号（一九九五年）、同二四一号（一九九五年）、第八章から第九章までは、「環境保護のための刑法の可能性」（一）、（二・完）、西南学院大学法学論集三一巻三号（一九九八年）、同四号（一九九八年）として公刊されたものを再編成したものであり、第十章が書き下ろしである。上掲した初出誌における題名からわかるように、本論文は、

一六九七（二二九）



現代刑法の特徴の一つである「法益保護の早期化」という問題を、「危険社会」論が登場するに至った社会状況と関係させながら、「早期化」の代表的形態である「抽象的危険犯」に焦点を当て理論的に検討するとともに、それらが典型的に現れている具体例として「環境保護刑法」を取り上げ分析することを通して、現代における刑法のあり方を探るものである。ここでは、比較法研究の対象として、これらの問題が盛んに論じられてきたドイツにおける動向が取り上げられる。

2 第一章では、「法益保護の早期化」の問題を考える前提として、まず、それを誘発する社会的背景が論じられる。社会の高度化に伴う「複雑性」の問題もあるが、ここではとりわけ「危険社会」と関係させて「安全性の欲求」の高まりが分析される。現代の危険と昔の危険との違いについては、ラウヤベックの見解が紹介される。

次いで、そのような「欲求」に応え、社会における安全性の保護や安定化をはかるため、刑法を操縦器として利用する、つまり「刑法の機能化」の動きが顕著になること、その中で法益保護が早期化されることが指摘される。その「早期化」傾向はテロ対策立法を契機に意識され始めたが、それ以外に環境犯罪、

経済犯罪、麻薬犯罪、コンピュータ犯罪に対する立法で「抽象的危険犯」構成要件を多用していることが問題になる。しかもそれらの保護法益は「公共の平穩」、「河川の清潔さそのもの」とか「経済システムへの信頼」とされ、個人の生命・身体・自由・財産とは直接の関係を持たなくなっている。いわば「普遍的法益」である。普遍的法益を抽象的危険犯構成要件で保護するという現代刑法にとっては、過去に起こった不法の処罰というより、「むしろ将来において起こるかもしれない不法の予防または危険の減少こそが最重要課題」となる。

さらに、「早期化」と予防志向する刑罰論との関わりが分析される。特に重要なのが「積極的」一般予防論。その代表的論者であるヤーコプスによれば、刑罰の任務は、「消極的一般予防論におけるように「潜在的犯罪者」に対する「威嚇」ではなく、「市民全体」を対象にした、「規範妥当の確証」「規範妥当の承認」および「規範信頼の訓練」に求められる。システム保護やそれへの信頼を保護するために新たな規範意識を創出したり、システムの大攪乱を予防するために市民の態度を規制することが必要になった場合、そこに刑法を投入することを刑罰論のレベルで正当化する手段として、積極的一般予防論の影響力が大きくなったとする。

最後に、それらのことによる刑法の変容が示される。すなわち、近代刑法は、刑罰権からの自由保障機能を重視し、すでに為された犯罪につきその贖罪を求めるのに対し、現代の刑法は、①将来の結果・効果を志向する実質的に目的合理的な予防法、②刑法の行政法化、③立法者の社会問題に対する決意表明にすぎないシンボリック刑法、④非難としての責任から一般予防目的による負担帰属としての責任へ（責任の機能化）、⑤実害の証明を要しない抽象的危険犯構成要件を利用した「証明の必要性の短縮」など、の特徴を持ちつつあることが紹介される。

3 第二章では、「早期化」に関する犯罪論（刑法解釈論）の状況が、代表的な学説を紹介するという形で、検討される。

F. Ch. シュレーダーは、二〇一〇年間、刑事立法者はほとんど新たな法益を創出しておらず、むしろ既存の法益を側防的規定で保護し、法益侵害の前地や周辺を強力に捕捉することに力を向けているとする。ヤーコプスは、私的領域の外で行われる行為であっても他人の組織領域の形成に干渉しないものは犯罪にできないという前提に立つのだが、侵害の前段階に処罰を拡大していく「早期化」につき、それは「（侵害犯に関する）主要規範の妥当条件を保障することを任務とする側防的規

範に違反」するからだということで説明する。しかも、「潜在的被害者の規範信頼を脅かし、動揺させるような行為は自己の組織管轄を逸脱した不法な行為」であり、「法的な平穩」を書するものだと主張する。しかしこれに対しては、小さな危険しかない行為の処罰をも正当化する機能を持つものであり、刑法の任務を際限なきものにしかねないとの批判が加えられる。

それに対し、政治刑法の領域での早期化を批判し、その限定を試みるものとしてヴォルフガンク・ベック説が取り上げられる。W・ベックは、システムよりもその内部にいる人間個人がもつ固有の主体的価値を強調し、法では相互主観性（間主観性）の関係における外的行為と有意性が関心事になり、存在の外的条件およびその安全が課題になるとする。法益については判断基準を明確化するために「法益客体」との関係を必要とし、不法については自由権的基礎への回帰が必要であるとする。

4 第三章では、刑法の予防志向や積極的一般予防論に対する疑念を紹介することで、刑法が管轄すべき領域の限定について検討する。第一に、犯罪に直接関与していない部外者たる一般市民に対して果たして刑罰負荷の効果を及ぼせるのか。これは、特定者による一般人支配の道具としての刑罰というところえ方に

つながらないか。第二に、「人格の自由な展開」を保障するために普遍的法益に対する抽象的危険犯を拡大するというのは、逆に市民の自由領域への過度の介入を認めてしまいかねない。あくまでも個人やその生命等の具体的な法益を出発点にし、その保護のために最低限必要な前提条件に限り刑法の対象にできるというべきである。

次いで、刑法のあり方と限界を体系的かつ網羅的に考察したブリツヴィッツの名著『刑法と危険』を紹介しながら、総括的に現代社会における刑法のあり方について検討する。ブリツヴィッツは、危険社会に対応して刑法が予防のための中核的な政治的道具とされ、シンボリックな保証の機能を担わされるが、多くの個別行為の蓄積をまつて初めて大きな危険が生じるといふ抽象的危険犯は刑法による規制には適さないし、また効果もないとする。刑法では、個人に対する責任非難の可能な故意による重大な個人的法益の侵害が扱われるべきであり、また法治国家的な手続保障が重要だとされる。

最後に次のように総括がなされる。刑法の機能化や法益保護の早期化により、「刑事法システムがいわば社会衛生の手段であるかのように変化しようとしている。」しかし、現実の効果・結果の側面については未だ余り論証されていない。刑法の

効果や能力に対する過度の信頼は、逆に市民に対する不信を醸成し、市民相互のコミュニケーションの構造を崩壊させかねない。不安を生み出す外的な危険の根源を明らかにし、問題に対する「自立的な解決方法」とそれを補充する「他律的な解決方法」とのバランスのとれたあり方を模索すべきである、と。

5 第四章では、法益保護の早期化に対抗する最近のドイツにおける刑事政策として、ヘッセン州における「刑法改正に関する刑事政策委員会」の提案、とりわけ麻薬刑法に関する提案を紹介、検討される。その提案は、麻薬の厳罰化が返って麻薬問題を深刻化させるとの認識に立つて、国家的にコントロールされた麻薬申告制度を創設し、ソフトドラッグについては個人的使用を非犯罪化するとともに、カンナビスについては麻薬法から削除するというものである。

日本では、国際協調という名の下に薬物対策の強化と厳罰化が一層進行している。しかし、麻薬依存者を社会から追いやる形で取り締まりを強化したり、そのための早期化立法を行うことは妥当でない。むしろ、「社会に統合する方向での規制を基本としながら、一部の重大な行為だけを刑法で扱い、その他の事象については、刑法以外の法的規制や社会的規制をもつて対

処していく姿勢」が必要だとされる。

6 第五章では、抽象的危険犯を機能論的に正当化しようとする試みとしてクラッチュの見解、ミューシックとヤーコプスの見解を紹介し、それらは法治国家的伝統を忘却するものと批判されてもやむを得ないものであることを明らかにする。

7 第六章では、重要であるにもかかわらず関心が稀薄であった、抽象的危険犯における法益の問題が検討される。今日の特徴は、環境システム、経済システムへの信頼などのように、社会生活の基盤そのものの安定的存続やそれへの信頼を保護することをめざすことから、法益の危険が可視的でなく、個々の行為の結果が実害的でないことにあるとされる。

ベルツの見解、キントホイザーの見解が紹介、検討される。最後に、環境保護刑法における法益の問題を取り上げ、環境独自法益説と人間法益関係説との対立や、ミューシックによる社会システム論的アプローチ、さらには近代刑法の諸原則を堅持し、個人法益の保護を中心に据えるホームマンの見解を紹介、検討する。

8 第七章では、抽象的危険犯立法に対し根本的な批判を加えているヘルツォークの見解が紹介、検討される。ヘルツォークによると、抽象的危険犯立法を支える現在の不安や安全への強い欲求は、伝統的な関係・秩序やその内的確信が破られていることから来ていること、そのことにより刑法は「トリレンマ」(①相互の非連動性 ②社会の過度の法化 ③社会による法的な分裂)に陥ることなどが指摘される。

9 第八章では、環境刑法の基本問題を、予防志向のシンボリック刑法、環境法益独自保護説と生態学的・人間中心的法益説の対立、積極的一般予防論との関係、という角度から様々な論者の見解を紹介しつつ、検討する。

10 第九章では、環境刑法が初期の目的を達成できていないとの批判に心える形で登場してきた政策提案、すなわち企業責任を追及するとともに企業活動への新たな規制方法(例えば、企業後見制度)の導入を提案する見解を紹介、検討する。

11 第十章では、現代社会における刑法の機能につき総括的な検討がなされる。今日進行中の刑法の機能化や予防化は、「市

民の客体化」であり憲法上疑義があるばかりか、刑罰法規が市民の規範意識や倫理を創出できるのかも未だ不明である。この中では、個人の尊厳を基礎にし、謙抑性、断片性などを考慮しながら、当該社会的有害性の内容と程度が刑法的保護に値するかを慎重に検討することが依然として必要である、とされる。

## 二 副論文および参考論文

1 副論文は、「放火罪と刑法の機能化」西南法学論集三一巻一号(一九九八年)所収である。これは、不・難燃性建造物への放火が現行刑法上の放火罪に当たるのかという判例・学説で問題になっている論点につき、主論文で検討した抽象的危険犯に関する基礎研究を踏まえ、日本の現行刑法の解釈論を展開するとともに、新しい事態に対応した立法による解決を提言したものである。

2 参考論文として、(1)「インサイダー取引に対する刑事規制についての一考察」立命館法学二四七号(一九九六年)、(2)「ドイツの薬物政策の現状」龍谷大学矯正講座二二号(二〇〇〇年)および(3)「現代社会における刑法の機能」刑法雑誌四〇巻二号(二〇〇一年)が添付された。参考論文の(1)は、主論文

での経済刑法についての研究をインサイダー取引という個別問題において深めたもの。(2)は、厳罰化による社会からの排除でなく社会への統合を図るドイツでの薬物対策につき、主論文で取り上げたヘッセン州委員会提案に加え、それ以外の諸都市における同様の取組みを紹介、検討したもの。(3)は、主論文の第十章をふまえてなされた日本刑法学会での報告をまとめたものであり、著者の見解が要領よく示されている。

## 「論文審査の結果の要旨」

1 本学位請求論文の特徴と意義は次のようにまとめられよう。(1) 本論文は、法益保護の早期化やその法形態としての抽象的危険犯という現代刑法の特徴とその問題点を「危険社会論」との関わりにおいて総括的・体系的に分析、検討したものである。日本においてもそれらの現象や問題点の指摘は個別的には以前から行われていたところであるが、本請求論文ほど総括的・体系的に分析・検討したものはなかった。本論文はすでに単行本として出版されたものであるところ、本論文の題名となった「危険社会と刑法」は刑法学界に多大な関心呼び起こしつつある。(2) 現代における抽象的危険犯の特徴や問題点を刑法の予防

化・機能化との関係、とりわけ積極的一般予防に関するヤーコプス説との関係において明らかにしたことは、本論文の功績である。積極的一般予防論であつても例えばハッセマー説は法益保護の早期化やその法形態としての抽象的危险犯に対し批判的な立場を取る。ハッセマー説とヤーコプス説を対比させることで、本論文は、規範意識の創出や規範信頼の訓練までを刑法に期待することの問題点を明らかにしている。

(3) 本論文は、刑法による法益保護の早期化が実は市民の不安に厳罰化でもってシンボリックに応えるという方法であるにすぎず、それゆえそれは初期の目的を達し得ていないことを明らかにしながら、厳罰化によらない問題解決への実践をも紹介、検討している。そのことによつて、本学位請求者の主張、すなわち刑法の管轄領域を近代刑法原則を堅持する方向で限定しようとする主張が説得力を増している。

(4) 本論文は、日独の比較研究という視点から、ドイツにおける法状況や理論状況を紹介、検討することが中心になっているところ、著者は、本テーマに関する膨大な量の文献・資料を渉獵し、それらを要約、紹介するという作業を

精力的に行つてゐる。大学院の前期課程を含め一〇年足らずの研究生活でこれほどの作業量をこなせたのは、並々ならぬ研究力量があるからであろう。

2 とはいへ、なお深めてもらいたい点もいくつかある。主要なものは次のとおり。

(1) 抽象的危险犯形態を利用した法益保護の早期化がもつ特徴や問題点の指摘は詳しくできているが、それに対抗する自説の展開についてはなお端緒的な段階にあり、なお一層の考察が要ること。

(2) 章や説の見出しと本文との関係がわかりにくい部分(例えば、第十章第三節「刑法における予防と刑法による予防」)や、多くの論者の見解を引用しつつ論を進めるところで論旨のつながりや重点がわかりにくい部分(例えば、二六八頁の田宮説の位置づけ。田宮説も最終的にはポストモダンの刑法に批判的なのではないのか。)がいくつか目についた。論述をわかりやすくするよう文章表現にさらなる工夫を期待したい。

3 そのような課題に引き続き取り組むことを期待するのは、

本論文が不十分なものであるからではない。むしろ逆に、そのような課題指摘ができるほどよく本格的に検討された論文になっているということである。

また、本論文では、先行研究を精力的に紹介、整理し、問題を様々な角度からの確に分析、検討しており、研究の手法にも手堅いものがある。

4 以上のことより、本論文は博士の学位にふさわしいものであると評価できる。

「試験または学力確認の結果の要旨」

申請者は、本研究科博士課程後期課程「一年次在学中に大学教官への就職が決まったため中途退学した者であるが、その時すでに本主論文の基になつた浩瀚な論文をものにしてきた。そのことから、その並々ならぬ学力が窺えよう。さらに、学位請求論文審査のために先日(二〇〇一年六月一八日)開催された公開研究会では、①刑法の拡散現象と厳罰化との関係、②新自由主義と自己決定思想や積極的一般予防論の関係、③被害者保護論と積極的一般予防論の関係、④遺伝子操作への規制のあり方、⑤感情の保護と刑法、⑥正しい法の判断基準、などの論点をめ

ぐり活発に質疑応答が行われ、それらの論点に関して研究の到達点と今後に残された課題が明晰に示された。そのことにより、参加者から高い評価を得たところである。なお、外国語能力の確認については、研究業績に照らし判断して、免除した。

以上のことより、本学位請求者は博士の学位を授与するにふさわしい学力を有する者であると判断する。

(以上)

## 松岡正章

### 「量刑法の生成と展開」

審査委員 主査 久岡康成

葛野尋之  
上田寛

#### 「論文内容の要旨」

##### (一) 主論文の概要

(1) 主論文は冒頭の「はしがき」において、イギリス量刑法との対比、そこから学ぶものは何か、という著者の問題意識を示したのち、「第一部 量刑格差について」、「第二部 量刑法の諸問題」、「第三部 判例研究」と順次論じている。そのうち、「第一部 量刑格差について」は「はじめに」、「第一章 量刑格差に関する研究の概観」、「第二章 量刑における個人

差」、「第三章 上訴理由としての量刑格差」、「第四章 量刑の公正と平等」に分けられている。「第一部 量刑法の諸問題」

は、「第一章 量刑の起訴となるべき犯罪事実」、「第二章 被害者側の挑発と量刑」、「第三章 情状事実とその証明手続」、「第四章 違法捜査と量刑」に分けられている。「第三部 判例研究」は、量刑に関する二つの判例研究である。

(2) 「第一部 量刑格差について——イギリスを中心に——」では、「はじめに」において、一九六〇年代においては、量刑の実際上の重要性にもかかわらず、その研究がまだ不活発であることがともに指摘されていた日英の量刑研究であったが、今日ではわが国の量刑研究は英国に抜きがたいほどの開きが生じているという認識のもとに、わが国における実務の問題とも関連させ検討しつつ、再度イギリスの量刑研究に学ぶべきは何かを探ろうとする問題意識が示されたのち、その際に、関連する実務の問題として、量刑格差（関西の裁判所での寛刑の傾向）を指摘する一九八六年三月の大阪高検検事長の発言が検討され、その中で量刑格差とは何か、生じる原因、その解消策などの問題が指摘されている。

(3) 次に、その第一章量刑格差に関する研究の概観においては、「1 総括」において、イギリスの量刑研究のありかたが次の



ように紹介されている。

すなわち、イギリスの量刑研究は、量刑格差の研究、量刑因子と刑の寛赦の関係として行われ、ここではまず量刑因子の抽出、量刑因子提供者の役割と量刑手続きの研究が行われた。その研究は一九五〇年代は少年裁判所、一九六〇年代以降は治安判事裁判所の量刑を対象に行われ、その研究の方法はフッドとスパークスの研究によると、裁判所間の単純な比較、無作為抽出による研究、各種の量刑ファクターの比較による研究(matching study)、という三種の方法によって行われた。

これらのイギリスにおける研究、ことに第三の各種の量刑ファクターの比較による研究(matching study)に至って一つの結論は、量刑ファクターは、①量刑の主體的側面に関するもの、②量刑の客観的側面に関するものに大別され、このほか、手続き的側面に関するファクターがあるということであった。

(4) 次に、「第一部 量刑格差について」の「第二章 量刑における個人差」は、以上の量刑ファクターのうちの量刑の主體的側面に関するものうち、まず量刑における(裁判官の)個人差を、イギリスにおける研究に依拠しつつ検討するもので

あった。

イギリスでの研究は、総説・裁判官の個人差の強調するマンハイム、ホガースの研究に始まり、量刑の個人差を刑罰価値観もしくは事案の重大性判断という形で内実化させて研究するフッドの研究(三六頁)、裁判官の出自等に関する研究(一九四六年王立委員会の報告書など)をへて、被告人の「民族性」等の他の要素との関連に着目する、グリーン(消極説)、バロック(五七頁)、ネーゲル(六一頁)、ウォルフガングらの研究へと進んでいった。これらの研究の結果として、アメリカの量刑での人種的ファクターの存在が指摘されている。

なお、同様の問題意識でのイギリスでの量刑についての研究において、一九八二年のマツコンビル、ポールドウインの研究では、クラウン・コートにおける量刑手続では、被告人の民族性については、直接的、具体的なバイアスは見出し得ず、公正といえなくても、平等に取り扱われているとされている(八三頁)。

(5) 次に、「第一部 量刑格差について」の「第三章 上訴理由としての量刑格差」においては、控訴院の判例を研究して、量刑判例、量刑慣行を体系化した、トーマス(D. A. Thomas)

の研究に依拠して、「上訴理由としての量刑格差」をめぐると問題が研究されている。

研究によれば、まず、一九七五年のブラウン判決は、量刑格差の判断を、同時になされた他の者に対する量刑と比較して、明々白々な不正感を生ぜしめるもの、すなわち原量刑時時点の判断によるというものであったが、この判決はトーマスらの批判により裁判上も克服され、広く量刑の格差が量刑不当の控訴理由の根拠とされた。

研究によれば、共犯者間での格差（の成因）のタイプは、①共犯者より重い量刑、②共犯者より軽くあるべきであるのに同様の量刑、③共犯者が軽すぎる場合、④共犯者との軽くすべき差異の不適切な評価の場合である。そうして、この「格差」を正当化するファクターとしては、①犯罪に関するファクター、②犯罪者に関するファクター、③犯罪後に生じた事情が考えられる。結果として、「格差」の程度が問題となるのであるが、一般的にいつて、一九六二年のガーディナー判決では、類似事件で二倍以上の量刑格差は許されないとの見解も表明されている。

量刑格差を生む手続的要因としては、①遅延（可）、②陪審選択と加重（不可）、③無罪答弁の加重（不可）、有罪答弁の

量刑法の生成と展開（松岡）

軽減（可）、④ずさんな情報に量刑であつたことによる軽減（可）、⑤裁判官の不適切なコメントによる軽減（可）、⑥防衛的行為に対する警察・同証人批判、偽証、法廷侮辱ありとしての加重（不可）等が指摘されている。

これらの研究では、格差の判断のための比較の対象と範囲を広くとつた上で、格差の成因と「格差」を正当化する刑の減輕事由と加重理由を考慮し、量刑について上訴人または一般公衆の不正感が生じているかを判断基準として、控訴理由の存否が判断されるべきものとされている。

(6) 次に、「第一部 量刑格差について」の「第四章 量刑の公正と平等」においては、「格差」の意味には、是正されるべき、差別、不正、不正義が内包されているとした上で、そのファクターを、量刑に影響を及ぼすファクターについてのアシュワースの説明を参考に、①当該起訴犯罪事実の見方、②量刑の諸原理についての見解、③犯罪観・刑罰観、④裁判官の個人的・社会的背景、として整理している。また、裁判官の個人的・社会的背景と、他の要素との関連、手続的ファクターとの関連が重要とされている。次に、量刑格差の減殺・是正・防止の方策としては、①裁判官の訓練、②裁判官の裁量権の抑制、

一七〇七（一三九）

③ガイドライン判決の確立、尊重、④イギリスにおいても一四七七年以降確立した伝聞法則、疑わしきは被告人の利益に原則の適用などによる、刑責認定の厳密化、⑤量刑理由の明示の主張をあげている。

そこでは、すなわち、量刑格差は是正さるべきものであり、その是正は適正な量刑手続きで行われるべきであるが、その点でそれを巧妙を見出してきたイギリスに学ぶべきものがあるのである。

(7) 「第二部 量刑法の諸問題」の「第一章 量刑の起訴となるべき犯罪事実」では、「一 はじめに」において、イギリスでも一九六〇年代までは、一般に罪責認定手続きとは違つ緩和した手続きで量刑が行われていたことが指摘され、「二 イギリスにおける判例の展開」において、イギリスでも一九七〇年代までは、陪審の評決にこだわらない裁判官の量刑が一般的な実務であったが、一九七三年のトーマス判決、一九八一年のコーナー判決において、有罪とされた犯罪事実と量刑との一致原則が確立し、その拡大が見られるに至つたこと、その例として、サンプル・カウントの場合の量刑での残りの事案についての参酌の手続きの厳格化があつたことが指摘されている。また、同

様の問題として、わが国における余罪と量刑の問題が、「その三」として検討されている。

(8) 「第二部 量刑法の諸問題」の「第二章 被害者側の挑発と量刑」は、わが国の判例との対比で、イギリスにおける被害者側の挑発と量刑の問題を検討し、挑発行為の重大性、挑発行為の累積性、その「家庭内性」などの勸案で、減輕事由としての量刑事情が成立していることが指摘されている。また、「第二部 量刑法の諸問題」の「第三章 情状事実とその証明手続」は、副論文にも収録されている論文であり、(一) はじめに、(二) 情状事実の証明方式、(三) 情状事実の証明の程度、(四) 情状事実の証明の時期(段階)、(五) 量刑手続きにおける情状の範囲、(六) おわりに、の構成で、情状事実とその証明手続が全体的に論じられている。「第二部 量刑法の諸問題」の「第四章 違法捜査と量刑」では、違法捜査を減輕的量刑事由にした二つの裁判例の登場の背景には、違法排除法則の適用における最高裁判決の消極的な姿勢があるとの見地のもとに、これを肯定する見解が主張されている。

(9) 「第三部 判例研究」においては、(1) 余罪と量刑、(2)

裁判上顕著な事実と量刑の資料、二つの判例が研究されている。

## 二 副論文の概要

副論文は、冒頭の「はしがき」においてその問題意識を明らかにした後、まず、「序章 量刑手続法序説」において、論者の考える量刑手続法についてその概要を示している。ついで、「第一章 一 被告人の悪性格の立証」、「二 「関連性」について」において、被告人の悪性格の立証の可否、そのための起訴されない犯罪事実の立証の可否を論じ、その消極論の根拠としての「法律的関連性論」を、イギリスでの議論を参考に論じている。また、「第二章 情状事実とその証明手続」は、主論文にも収録されている論文で、論者の量刑手続論全般への見解を明らかにするものとなっている。「第三章 余罪と量刑について」は、被告人の悪性格の立証、そのための起訴されていない犯罪事実の立証の可否の問題についての、余罪と量刑という判例の立論の立場を、批判的に検討したものである。「第四章 控訴審における量刑の変更と事実の取調」は、控訴審における量刑の手続法的見地からの検討である。

## 「論文審査の結果の要旨」

(一) 本論文のねらいは、既に著者みずから「はしがき」において述べているように、イギリス量刑法との対比、そこから学ぶものは何か、ということにある。

著者の研究は副論文『量刑手続法序説』（成文堂一九七五年七月三〇日）の「第一章 一 被告人の悪性格の立証」以来、量刑においては「量刑手続法研究」として展開されていたが、本論文『量刑法の生成と展開』においては、イギリス量刑法との対比で、量刑の問題をより広く「量刑法」として把握し検討することが行われている。この方向は、現実的重要度からみても、手続法と実体法の総合も目指すという理論的見地からも、有意義なものと解される。量刑に関する、学位請求者の継続的な研究の中での、『量刑手続法研究序説』における手続き中心の研究から、『量刑法の生成と展開』という、より広い量刑全体への研究の発展としても評価することができる。

(二) 主論文の、「第一部 量刑格差について」は、まず「はじめに」において、イギリス量刑法研究の結果として、イギリスの量刑研究は、まず量刑格差の研究すなわち量刑因子と刑の寛

廠の關係の研究としておこなわれ、その中で量刑因子の抽出、各量刑因子提供者の役割と量刑手続きの研究からスタートしたことが確認されている。「第一部 量刑格差について」は、「第一章 量刑格差に関する研究の概観」、「第二章 量刑における個人差」、「第三章 上訴理由としての量刑格差」、「第四章 量刑の公正と平等」、に分かれているが、その第一章、第二章においては、格差の実証的研究が論じられ、さらに第三、第四章において、格差の問題に対する実務と理論の対処が論じられている。

また、主論文の、「第二部 量刑法の諸問題」では、第一部をふまえて、「第一章 量刑の起訴となるべき犯罪事実」、「第二章 被害者側の挑発と量刑」、「第三章 情状事実とその証明手続」、「第四章 違法捜査と量刑」が論じられ、「第三部 判例研究」においては、「余罪と量刑」、「裁判上顕著な事実と量刑の資料」について、二つの判例が検討されている。これらのうち、第二部の第一章は、起訴されていない犯罪事実を量刑上考慮することに消極的になってきたイギリス判例法の展開を論じ、その第二章は、被害者の挑発行為が、減輕的量刑事情としてイギリスにおいてどのように扱われてきたかということをし、教えるものである。

本学位請求論文は、以上によってわかるように、イギリスの量刑研究を量刑手続及び量刑基準の両側面から検討し、その総体的かつトータルな把握、分析、研究を目指すものとしてとしてその意義は大きい。

(三) 量刑手続については、わが国においても、戦後一定の論議がある。その論議は、量刑を担当する「実務」の側からの量刑基準の研究、適正な量刑を目指しての量刑手続と犯罪事実認定手続との較差を是正すべきであるとの論議、個別の量刑事情とその認定手続の検討、ドイツ、アメリカ等外国の量刑理論や基準の紹介、さらには量刑の名による犯罪事実認定手続の適正さへの妨害の排除の批判等において、従来行われてきた本学位請求論文の副論文も、そのような論議を担ったもの一つである。

これらに比するとき、本学位請求論文の主論文は、量刑格差に着目することにより、裁判所の活動など社会的制度により行われる全体としての量刑を觀察して、ある意味では避けられない量刑主体(裁判官)の因子の関与などを認識した上で、その関与による量刑の差異が不適切な量刑となることを減殺・防止は是正すべきであると論じている。適切・適正な量刑を論じ、

その必要性を主張するについて、あらたな視点を具体的に指摘したものといえることができる。

(四) 本学位請求論文の基本的な論調は、被告人の利益保護であり、その保障は適正な量刑手続きであるといえることができる。本学位請求論文の主論文及び副論文を構成する個別の論文(各章)は、この点において一貫するものがあり、全体としてその主張に力を与えている。

また、本学位請求論文の主論文の中で紹介されているイギリス量刑法の展開は、量刑格差の問題への研究者のアプローチの可能性の示唆、主論文の「第一部 量刑格差について」の「第四章 量刑の公正と平等」において示される、伝聞法則、疑わしきは被告人の利益に原則の採用、量刑理由の明示への指向などは、それ自体として興味あるものといえることができる。この数十年間におけるイギリス量刑法の展開に学ぶべきものがあるという、学位請求者の主張は、この点を正しく指摘している。

以上のように、本学位請求論文は量刑の研究について、新たな知見を与えるとともに、量刑のありかたにおいて一つの姿を示し、また今後の量刑法の研究の方向を示すものであって、この分野の研究に対する寄与は大きく、貢献度においてすぐれて

量刑法の生成と展開(松岡)

高いものがあり、博士号にふさわしい研究論文である。

「試験または学力確認の結果の要旨」

学位請求者は、立命館大学大学院法学研究科前期課程を卒業し、法学修士の学位を取得し、その後同後期課程に進学し、所定の単位を取得の上で退学し、その後、助教、教授として、新潟大学、甲南大学の法学部及び大学院で授業を担当している。以上のことと本研究の内容を併せ考慮すれば、十分にその学力を確認できるものである。したがって、立命館大学学位規程二五条一項により試験並びに外国語試験を免除した。

(以上)

布井要太郎

## 「判例知的財産侵害論」

審査委員 主査 大瀬戸 豪志

樋 爪 誠

山 下 眞 弘

### 「論文内容の要旨」

#### 一 論文の構成

本学位請求論文の構成は、以下の一〇編の研究論文からなる。

I 「自由な技術水準の異議」を包摂する均等論と「自由な技術水準の抗弁」

「無限摺動用ボールスプライン軸受事件・最判平成一

〇年二月二四日」

なお、本章の関連資料として、本論文の筆者自身による下記の業績が掲載されている。

I-1 ボック (Dr. Hans Bock)

「特許侵害における新二分法理論への提案」

I-2 オール (Dr. Albert Ohl) 著

「将来の特許侵害訴訟における自由な技術水準の異議」

I-3 「翻訳」フルッフハウゼン (Karl Bruchhausen) 著

「ヨーロッパ特許の保護範囲について」

I-4 「翻訳」シトラム (Dr. Carl Schramm) 著

「ドイツにおける特許解釈概念の簡易化について」

I-5 「翻訳」ロブソン (Christopher Robinson) 著

「英米の判例にみる特許請求の範囲の項について」

II 侵害事件における技術的範囲の確定及び測定の資料

「石油燃焼器具用芯事件・大阪地判昭和五七年一〇月五日」

III 改悪の実施形態 (Die verschlechterte Ausfuhrungsform)

「写真植字事件・東京地決昭和五〇年五月二八日」  
なお、本章の関連資料として、本論文の筆者自身による  
下記の業績が掲載されている。

Ⅲ-1 ライマー (Dr. Dietrich Reimer) 著

「課題の部分的充足による特許侵害」

Ⅳ 実用新案権の用尽理論についての一考察

「フィルム一体型カメラ事件・東京地決平成二二年六  
月六日」

Ⅴ 商号標章・著名標章・登録商標の競合、損害のない場  
合の使用料相当額による損害賠償請求

「小僧寿し事件・最判平成九年三月一日」

Ⅵ 不正競争防止法二条一項の周知表示混同惹起行為と著  
名表示冒用行為の関係

「シャネル飲食店事件・最判平成一〇年九月一日」

Ⅶ 不正競争防止法二条一項一号の周知表示混同惹起行為  
の要件である「類似性・混同のおそれ」の判断基準、商  
標権と周知商品等表示権の競合

「セゾン・カタログ事件・東京地判平成一〇年一月三  
〇日」

Ⅷ コンピュータ・プログラムの著作物性・著作権の帰属

判例知的財産侵害論(布井)

(法人著作)とその侵害に基づく損害賠償額の算定方法

「コンピューター・プログラム事件・東京地判平成七  
年一〇月三〇日」

Ⅸ 雑誌のインタヴュー記事の著作物性およびその著作  
(法人著作)、複製権と翻案権の関係、同一性保持権

「インタヴュー記事事件・東京地判平成一〇年一〇月  
二九日」

X 手紙の法的諸問題

「三島由紀夫——剣と寒紅事件・東京地判平成一一年  
一〇月一六日」

付録1 諸外国の特許制度の沿革

付録2 特許制度の基本的原則

付録3 特許制度の本質

付録4 ウィンクラー (Winkler) ・ドイツにおける特  
許侵害訴訟事件の訴訟促進について」

——いわゆるシュトゥットガルト (Stuttgart) 迅速審理方式  
との対比において——



## 二 論文の概要

### 1 論文の目的

本書に収められた論文は、わが国知的財産法に関する比較的最近の侵害理論を対象とした重要判例につき、外国法、とくにドイツ知的財産法との比較の観点から、それぞれの事案によって提起された諸問題を素材として、比較法的に考察するものである。すなわち、本書「はしがき」にも記載されているように、「判例評釈に際しては、論点の根本的究明に努め、法制度の淵源に遡って考究する必要性に鑑み、わが国の知的財産法の制定およびその解釈に強い影響力を有するドイツ連邦共和国の法制および判例ならびに学説を考慮し、イギリスおよびアメリカの判例をも適宜参酌して、その評釈を試みた」ものである。

知的財産侵害論は、個別的には、特許権侵害論(実用新案権侵害論)・商標権侵害論・意匠権侵害論・著作権侵害論に大別される。これらの権利の保護法益は、それぞれ相異なり、これらの保護法益に応じた相異なる侵害理論の展開が要請されることになるが、この場合、各保護法益の認定ないし限定は、これらの諸法が、技術開発およびその使用の自由・営業活動ないし競争の自由・文化的所産使用の自由等の知的財産模倣の自由

(Nachahmungsfreiheit)を制限する法的機能を有するが故に、独占的地位により恩恵を受ける権利者の利益と独占の結果不利益を被る競争者ないし一般公衆の利益、さらには、一般公共の利益をも勘案して、これらの利益を如何に調和せしめるかにつきるものといふことができる。

翻つて、わが国の法制度を概観するに、六法に代表される法制度については、明治以来の先賢の研究蓄積により、すでに欧米の学問的水準に達していると評価し得るであろうが、知的財産法の分野においては、過去に若干の代表的著書が存在するものの、その研究は、第二次大戦後の急速な技術開発と商品の国内的・国際的流通の増大を契機として、その緒についたばかりの段階であるといつても過言ではない。その学問的蓄積は、他の法分野に比して依然として低く、とりわけ、知的財産権の侵害法理については、いまなお欧米との間に大きな格差があり、この分野における学問的水準の向上のための研究は、焦眉の課題であると言わなければならない。本研究論文集は、その一助に資することを期待して上梓されたものである。

2 「I 『自由な技術水準の異議』を包摂する均等論と『自由な技術水準の抗弁』の要旨

本章は、特許権侵害理論における特許権の保護範囲すなわちその排他的独占権の及ぶ範囲を、公知の技術水準または潜在的技術水準との関連において論じるものである。

特許権は特許明細書の特許請求の範囲の項に具体化され、この特許請求の範囲の項の解釈を巡って、競争者ないし一般公衆の利益の観点からこれを厳格に解釈するイギリスに代表される実務と、特許権者の利益を重視する観点からこれを拡張的に解釈するドイツに代表される実務が対立していたが、一九七三年一〇月五日のヨーロッパ特許条約の成立を契機に、特許権の保護範囲に関する同条約六九条および同条項の解釈に関する議定書により、特許請求の範囲の項の解釈についての指針が示されることとなった。しかし、上記ヨーロッパ特許条約六九条および議定書の意味するところは必ずしも明瞭ではなく、その内容については条約加盟国の裁判実務に委ねられる結果となっている。

本稿は、ヨーロッパ特許条約の成立を契機とするイギリスおよびドイツの保護範囲理論（均等論）の変遷について考察し、最高裁平成一〇年二月二四日「無限摺動用ボリススプライン軸受事件」判決の判示内容とドイツ保護範囲理論との比較法的考察を行ったものである。ここでは、上記最高裁判決につき、同

判決における均等論適用の第一の要件（非本質的部分についてのみ均等論を適用）を除き、ドイツのボックの提唱にかかると「新二分法理論」（本論文Ⅰの「参考文献」Ⅰ―１参照）を踏襲したものと推測されるとし、「これが迅速かつ適切に運用せられる裁判実務が定着する場合には、特許による保護を極端に特許請求の範囲の項に制限する実務に比し優れている」と評価する。そして、均等論の全面的適用に際しては、審理の迅速化を図るため、いわゆる「潜在的技術水準の異議」ないし「公知の技術水準の異議」を認めるべきであると主張し、これらの異議の内容として、「原告による均等論の主張がある場合には、職権により公知技術を探知するため、被告に対し公知資料の提出を求め、この公知資料により、被告の侵害形態が公知の技術水準または潜在的技術水準に属する場合には、原告による均等の主張について審理にはいることなく、直ちに被告の侵害形態は当該特許を侵害しないとして、原告の請求を棄却すべきであり、右の点についての公知資料が存在しない場合に初めて、原告の均等の主張の審理にはいることになる。」と説く。

他方、被告の侵害形態が原告特許と同一の態様での侵害である場合には、同一の態様の侵害であるか、均等的態様での侵害であるかを問わず、「自由な技術水準の異議」を認容するドイツ

ツのオールの所説(本論文Ⅰの「参考文献」Ⅰ―2参照)とは異なり、次のように主張する。すなわち、被告の侵害形態が、「公知の意技術水準または潜在的技術水準の領域に位置し、したがって、特許権自体もその実体を有しない架空権にすぎない」としても、行政機関である特許庁により付与された形式的権利として、司法機関である裁判所によるも尊重されなければならぬが故に、裁判所の職権により公知資料を探知することは許されず、被告による公知の技術水準または潜在的技術水準の主張および立証をまつて判断せらるべき抗弁、すなわち、『自由な技術水準の抗弁』としての法的性格を有するものと解せられる。』

### 3 「II 侵害事件における技術的範囲の確定及び測定の資料」の要旨

本章は、『石油燃焼器具芯』に関する実用新案権侵害事件の大阪地裁昭和五十七年一〇月五日判決を素材として、登録実用新案の技術的範囲(保護範囲)の確定方法について論じるものである。

特許権ないし実用新案権は、特許庁の審査により、特許要件(新規性・進歩性等)を具備する場合に初めて付与されるので

あるが、上記特許庁の審査を完全に行うことは不可能であり、特許侵害訴訟が提起された段階において、特許要件を阻害する公知資料が被告の調査により発見される事案が少なくない。この場合、被告は、「原告特許は、特許要件である新規性・進歩性を欠くため無効である」との抗弁を提起しうるかが問題となる。本稿は、Walter Jelinek「行政法(Verwaltungsrecht)」(一九四八年一七頁)における「裁判所は行政行為を、また、行政官庁は裁判所の判決を、それぞれの決定の基礎として尊重しなければならぬ。このことは、仮に一方が他方の判断を事実状態または権利状態の誤認に基づいて下されたものであることを確信した場合も、同様である。すなわち、裁判所及び行政官庁は、相互にその行為を所与の事実として、すなわち、構成要件として甘受しなければならない義務を有するものである。これを司法行為および行政行為の「構成要件的効力」(Tarbestandtwirkung)」と称する。」という説示を引用して、特許侵害訴訟手続きにおいては、特許無効の抗弁は提起し得ないとし、これに代えて、係争特許・実用新案自体の有効性ではなく、被告の実施行為を技術水準との関係においてのみ問題にする、いわゆる「自由な技術水準の異議(Einwand des freien Standes der Technik)」を採用すべきであると主張する。また、特許請

求の範囲ないし実用新案登録請求の範囲（以下、両者を併せて「請求の範囲」という。）に公知技術が含まれている場合であつても、上記の構成要件の効力により、裁判所が解釈なる名目の下に、請求の範囲の文言の意味よりも狭くその権利範囲を確定すること——一部無効を意味する——は許されないといふ。さらに、出願審査審査記録における制限（Beschränkung）または放棄（Verzicht）の意思表示を斟酌して、請求の範囲の文言を限定的に解釈することも許されないと主張している。

#### 4 「III 改悪的实施形態（Die verschlechterte Ausfuersform）」の要旨

本章は、「写真植字機における間接採字装置」に関する特許権侵害事件の東京地裁昭和五〇年五月二八日判決の判示内容を素材として、特許法上のいわゆる「改悪的实施形態」による特許権侵害について論じるものである。

特許明細書の特許請求の範囲の項の記載が特許の対象を具現するものであるが、特許権侵害は、(i) 侵害者が、(ii) 特許請求の範囲の項を構成する特徴を全部、同一の態様で使用する場合、または(iii) 当該特徴のうちいずれかの特徴を均等的態様——すなわち、当業者にとり、その専門的技術知識に基づき、当該特許に

かかる発明の課題を解決するために、特別の熟慮を要することなく、特許請求の範囲の項に掲記された手段に換えて使用し得る手段（特徴）——で使用する場合にも成立する。

一方、本稿において問題とされる改悪的实施形態（Die verschlechterte Ausfuersform）は、ウインクラアの所説によれば、(i) 侵害実施形態が、係争特許の特許請求の範囲の項の特徴を全部使用していること。(ii) 侵害実施形態が使用している特許請求の範囲の項の特徴の内の単数または複数の特徴については、当該特徴の量的な一部分が使用せられていること。(iii) このため、侵害実施形態の有する機能および効果は、係争特許の有する機能および効果に比して質的に弱められたものとはなっていないが、実用上十分な程度において係争特許と同一の機能および効果を達成していること。(iv) この場合、係争特許の特許明細書中に、改悪的实施形態についての特別の開示を必要としない。」とするものである。ウインクラアは、これにより、侵害実施形態において、特許請求の範囲の項の特徴の同一の態様における侵害と特徴の均等的態様における侵害との間に『改悪的实施形態』なる別個の侵害形態カテゴリーを侵害理論として容認したものであるといふ。

これに対し、わが国の判例および通説は、係争特許の構成要

件の特徴の一部を欠く場合について、「改悪的实施形態」を問題にしているが、この場合はドイツ侵害理論における一般的発明思想(部分保護ないし要素保護)が問題となるにすぎず、改悪的实施形態の問題は生じない。他方、上述のウインクラアの提唱する「改悪的实施形態(質的部分模倣)」については、「(i)侵害実施形態が、係争特許の発明の対象の全部の特徴を充足していること。(ii)侵害実施形態が充足している係争特許の諸特徴のうち、単数または複数の特徴について、係争特許の量的な一部分が依然として使用せられていること。(iii)侵害実施形態の有する機能及び効果は、係争特許の有する機能及び効果に比して、依然として実用上十分な程度において存在すること等を要求している」ので、我が国の特許侵害理論においても、十分その導入に耐え得るものと主張する。

#### 5 「IV 実用新案権の用尽理論についての一考察」の要旨

本章は、「フィルム一体型カメラ」に関する実用新案権等侵害事件の東京地裁平成二二年六月六日決定の事案を素材として、知的財産法学上のいわゆる「用尽理論」(消尽理論・消耗理論)について論じるものである。すなわち、実用新案権ないし意匠権者がその登録実用新案ないし登録意匠の実施として製造

した対象物を譲渡した場合に、爾後の流通行為を当該実用新案権ないし意匠権によりコントロールし得るか否かの問題である。上記東京地裁判決の事案は、債権者の製造、販売に係るフィルム一体型カメラの使用済みプラスチック製カパー部分を使用して、別に購入したフィルムと乾電池を充填した詰め替え製品を販売した債務者の行為について、債権者の有する実用新案権及び意匠権に基づいて、販売行為等の差止めを申し立てたものである。本件につき、東京地裁は、特許権の消尽に関する平成九年七月一日最高裁判決の内容に沿って、「実用新案権ないし意匠権の権利者が、当該権利の実施品を譲渡した場合には、当該権利の実施品については、実用新案権ないし意匠権は、目的を達したものと消尽し、もはや実用新案権ないし意匠権の効力は、当該実施品を更に譲渡する行為等には及ばない」として消尽理論を認容した上、「当該取引について、その対象となった実施品の客観的な性質、取引の態様、利用形態を社会通念に沿って検討した結果、権利者が譲受人に対して、目的物につき権利者の権利行使を離れて自由に業として使用し再譲渡等できる権利を無制限に付与したとまでは解することができない場合に、その範囲を超える態様で実施されたときには、権利者は、実用新案権ないし意匠権に基づく権利を行使することがで

きるものと解される。」とし、「債権者製品は、販売の際にあらかじめ装填されているフィルムのみで使用が予定された商品であることが明らかである。これに対し、債務者の販売等の行為は、本件各考案及び本件登録意匠の実施品である債権者製品の使用済みの筐体にフィルム等を装填したものを販売する行為であって、製品の客観的な性質等からみて、債権者が債権者製品を市場に置いた際に想定された範囲を超えた実施態様である」として、債務者製品に対し債権者の実用新案権ないし意匠権に基づく権利行使を容認した。

本学位請求論文の筆者は、まず、ドイツ法において、特許権者が、特許にかかる製品を特許保護のない製品全体の中に組み込んで流通においた場合においても、「製品全体の一部分である当該特許製品は、当該特許権の拘束から開放せられ、当該特許製品を全体の結合から解体し、他の物と結合することが許される。上述の特許権の拘束からの開放は、公知の付属品とともに当該発明が使用せられている場合にも、妥当する。器具の取得者が、当該器具の特許に係る装置に若干の変更を加えることは、自由である。」とされ、また、「容器または包装用に使用せられ、通常その内容物の使用後は廃棄される対象物が、明敏な業者により、当該対象物が使用可能な限りさらに使用するため

に整備し、同一または他の内容物を入れて、再度流通におかれる場合」にも、これに対して特許権の行使をすることはできないとされていることを紹介している。その上で、筆者は、上記判示に対し、「右のような権利者と譲受人との実施許諾契約関係は、契約当事者である当該権利者と譲受人のみを拘束する債権の関係にすぎず、爾後に当該対象物を取得した者、例えば小売業者・消費者・フィルム現像業者・再製業者等には、その法的効力は及ばないものと解される。……本件判旨の立論は、本件実用新案権および意匠権の保護客体とは無関係な事情、すなわち債権者製品の客観的な性質、取引の態様、通常の利用形態等を消尽成否の判断基準とするものであり、首肯できない」と批判する。

6 「V 商号商標・著名商標章・登録商標の競合、損害のない場合の使用料相当額による損害賠償」の要旨

本章は、最高裁判平成九年三月二一日判決（小僧寿し事件）の事案を素材として、表題に関する諸問題について論じるものである。

上記判決における事案は、指定商品を「他類に属しない食料品及び加味品」につき「小僧」なる登録商標を有する商標権者

が、「持ち帰り品のすし」に「小僧寿し」等の標章を付して製造販売していた業者に、商標権侵害による差止及び商標法三八条二項による損害賠償の請求を訴求したものである。本稿は、この事案に対する最高裁判決の判示内容について、(1)先順位の登録商標と著名商標の競合、(2)先順位の登録商標と商号商標の競合および(3)使用料相当額の損害賠償請求という三点から検討している。このうち、第一点について、最高裁判決が、「小僧寿し」等の標章は高い識別力を有するので、登録商標「小僧」との間に商品の出所の混同を生じさせるおそれはなく、したがって両者は類似しないとしたのに対し、本学位請求論文の筆者は、「小僧寿し」の標章を商品寿司に使用するときは、「小僧」の部分が自他商品識別力を構成する部分であるから、先順位の登録商標「小僧」との間の出所の誤認混同のおそれを否定することができず、したがって前者の標章が如何に著名性を有していても、前者の登録商標に優先することはないと批判する。なお、この点に関し、ドイツ法における「失効の原則」の検討結果に基づいて、本件事案については、民法一条二項または三項により、失効の原則が適用されるべきであったという点を指摘している。

第二点について、最高裁判決が、企業グループの名称である

「小僧寿し」について、商標法二六条一項一号を適用して登録商標「小僧」の商標権の禁止的効力が及ばないとしたのに対し、本学位請求論文の筆者は、「同項にいう『名称』とは、『自己』である個人の氏名に関連を有する主体を表現する『名称』であると解さなければならない」から、個人の氏名とは何らの関係も有しない企業グループの名称に同項を適用した最高裁判決は同項の解釈をあやかったものであると批判する。

第三点に関し、最高裁判決が、使用料相当額による損害賠償を規定する商標法三八条二項につき、侵害者は、損害の発生があり得ないことを抗弁として主張立証して、損害賠償の責めを免れることができるとしたのに対し、本学位請求論文の筆者の主張によれば、同項は、ドイツ連邦裁判所の判例と同様の立法基盤に立つものであって、「侵害者と権利者との間の使用許諾契約の締結を擬制し、この契約より生ずる使用料支払義務を侵害者に課するものであり、法の意図は、侵害者に事前に合法的に使用許諾契約の締結を迫り、これを無視して敢えて侵害行為をなした場合には、違約罰的制裁として、その責任の程度に応じて、使用料相当額以上の額の支払いを命じ得る」としたものであるから、「民法上の一般的損害賠償法の補償思想とは異なる契約法上の立法基盤を根底に有するものと解され、不法行為

の要件である損害の発生は、最早、問題とされないと」とされる。

7 「VI 不正競争防止法二条一項の周知表示混同惹起行為と著名表示冒用行為の関係」の要旨

本章の対象は、最高裁判成一〇年九月一〇日判決（シャネル飲食店事件）の事案を素材として、表題の問題について論じるものである。この事件は、高級婦人服を始めとして高級品のイメージが持たれている世界的に著名な営業表示「シャネル」を有するシャネル社（上告人）が千葉県松戸市内の小さな飲食店（被上告人）が「スナックシャネル」等の営業表示を使用しているとして、不正競争防止法および民法七〇九条の規定に基づき、営業表示の使用禁止および損害賠償の請求を訴求した事案である。

不正競争防止法の立法目的は、当初は商標法により付与される商標権のもつ制約、すなわち、商標権の効力は指定商品以外の商品および商標的使用以外の使用には及ばないため、これらの商標権の効力の及ばない領域における商品主体または営業主体の出所の誤認混同を防止することに存する。この目的を具現する規定が「混同」を要件とする新法二条一項一号（旧法一条

一項二号）である。これに対応するドイツ不正競争防止法における行為類型が「(営業) 声価の悪用」の行為類型のうち、「欺罔による(営業) 声価の悪用 (Rufausbeutung durch Täuschung)」に該当し、その意味するところは、一般需要者が、ある特定の商品表示について特定の出所のものであるとの概念または良品質のものであるとのイメージを懐いている場合には、その表示または商品自体の形態等を模倣することにより、一般需要者をその商品または営業の出所につき誤認混同を生ぜしめることになり、この出所の誤認混同により、商品の取り違え、または、商品ないし営業の良品質が元の商品または営業から模倣商品または営業へ伝達され、これにより当該商品または営業の良い声価が利用されることになる。これが、いわゆる「ただ乗り (free ride)」の行為類型である。この行為類型は「混同」を要件とするが故に、保護範囲は、同一または類似(関連)の商品分野または営業分野に限定されるのが通常である。

これに対し、新法二条一項二号に規定する著名表示冒用行為は、著名商品表示が齎す一般需要者の価値評価(良いイメージ)を自己の商品等表示のために利用するのではなく、商品等表示の有する著名性すなわち顧客吸引力を、自己の商品または



営業の注意喚起の宣伝手段としてその表示を使用することにより、その著名性自体を利用するのである。すなわち、著名商品表示の有する顧客吸引力および宣伝的価値、商品の特性または品質に関係なく営利手段として利用され、その結果、著名商品等表示の毀損すなわち希釈化に導くことになる。この行為類型においては、その保護範囲は、同一または類似(関連)の商品分野を超えて拡張せられることになる。

以上は、新法二条一項一号(旧法一条一項二号)と新設の新法二条一項二号との関連を述べたものであるが、上記の事案について最高裁判決は、「被上告人営業表示の使用により、一般の消費者が、被上告人とシャネル・グループの企業との間に緊密な営業上の関係又は同一の商品化事業を営むグループに属する関係が存すると誤信するおそれがあるものということができるとして新法二条一項一号を適用して上告人の請求を認容している。これに対し、本学位請求論文の筆者は、「被上告人は松戸市において小規模な飲食店を経営し単に酒類と軽食を提供するに過ぎず、たとえサインボードに『スナックシャネル』の表示を使用したとしても、世界的に著名な婦人用アクセサリー商品の販売と場末のサービス業である小規模飲食店の営業分野の著しい隔離よりすれば、被上告人の来客または通行人が上告

人の経営または系列あるいは何らかの関係があると誤信混同する余地は皆無であり、新法二条一項一号(旧法一条一項二号)の適用は問題とならないであろう」として反対の意見を述べている。さらに、本学位請求論文の筆者は、上記事案における被上告人の行為について、シャネル営業表示の顧客吸引力および広告宣伝機能を希釈化し、シャネル営業表示の持つ営業表示としての機能と価値を損なうものであるから、民法七〇九条の不法行為として構成すべきことを主張する。

8 「VII 不正競争防止法二条一項一号の周知表示混同惹起行為の要件である『類似性・混同のおそれ』の判断基準、商標権と周知商品等表示権の競合」の要旨

本章は、東京地裁平成一〇年一月三〇日判決(セゾン・カタログ事件)の事案を素材にして、表題の問題について論じるものである。

上記事件では、原告商品等表示「セゾン」の周知性、原告商品等表示「セゾン」と被告標章「ギフトセゾン」との類似性、誤認混同のおそれ、商標権行使の抗弁、等が争点とされたが、このうち、とくに、「誤認混同のおそれ」について、Beier「混同のおそれとその訴訟における確定についての一試論

(Gedanke zur Verweckelungsgefahr und ihren Feststellung im Prozess), (GRUR一九七四年五一四頁以下掲載) に引用されているアメリカ合衆国関税および特許控訴裁判所一九七三年五月七日判決の一三項目にわたる判断基準を引用し、これに照らして上記判決の認定方法を妥当なものと評価している。また、「商標権と周知商品等表示権の競合」の問題については、本学位請求論文「I」の関連資料「I-2」に引用されている一九六〇年三月二十九日ドイツ連邦裁判所「Dreitannen」判決における「商標権侵害訴訟においても、形式的には存在するが抹消に値する商標に対し、かような架空権(Scheinrecht)の主張は権利の濫用であるとの理由で、その保護が否定される」という見解を援用し、上記東京地裁判決が、「不正競争行為に対する抗弁として、無効事由を有する商標権の行使行為であると主張することは権利の濫用として許されないと述べているのも、これと同様の立場にたつものとして賛意を表明している。なお、本件事案については、識別表示権の優先順位は、その出願または権利発生の時期的先後によって決定されるという時期的優先順位の原則(Grundsatz des Zeitvorrangs: Prioritaets-Grundsatz)の適用の可能性をも指摘している。

判例知的財産侵害論(布井)

9 「VIII コンピュータ・プログラムの著作物性・著作権の帰属(法人著作)とその侵害に基づく損害賠償額の算定方法」の要旨

本章は、計測装置等の回路基盤のROMに収納されている制御プログラムについての著作権侵害事件(コンピュータ・プログラム事件)に関する東京地裁平成七年一月三〇日判決の事案を素材にして、表題の問題について論じるものである。

まず、コンピュータ・プログラムの著作物性に関する「創作性」について、我が国では絵画、音楽等の著作物の場合と同様に、「たんに「模倣でないこと」と解されているのに対し、ドイツ著作権法では、著作物性の要件として、「精神的創作性」とともに、「個性的特色」の存在を要求しており、後者については「構成の高度性」が必要とされていることを指摘し、そのうえで、我が国においても、著作物のカテゴリーにより「創作の高度性」の程度に多少差異を生じるであろうが、ドイツ法と同様に、「創作性」の要件を厳しく検討すべき時期ではないかと主張する。

次に、著作権法一五条の法人著作として著作権が法人に帰属するための要件として、上記東京地裁判決は、多数説にしたがって、法人と従業者との間に「指揮監督関係」が存在するか

一七三三(一五五)

否かという点を問題にしているが、本学位請求論文の筆者は、Hubmann の Botschaft の所説（“Das Recht am Arbeitgeberb. in Festschrift für Alfred Hueck, 1959, S. 43ff.; Botschaft ‘Der Arbeitsvertrag’ 1967, S. 63, 124.）を参考にして、次のような理由から、従業者と法人との間には雇用関係ないし労働関係の存在が必要であると指摘している。すなわち、法人等の従業者の作成した著作物が当該法人等に帰属するとする著作権法一五条の「法人著作」は、民法六二三条による従業者と法人等との間の雇用関係ないし労働関係の存在を想定した規定であり、相互交換思考（Austauschgedanken）に基く、使用者の賃金支払義務に対する反対給付として、被使用者の労務（精神的・肉体的）提供義務が存在し、右労務の質的および量的内容についての危険負担はすべて、使用者が負担し、他方、被使用者の提供する労務の結果（プラス・マイナスを含め）は、当該労働契約の範囲内で、すべて使用者に帰属する関係を要件とするものであり、この関係こそが、被使用者の生産した有体物と同様、無体財産権である著作物についても、使用者に帰属せしめる根拠となるのである。と。このような理由から、使用者の「指揮監督」なる概念は、被使用者の職務著作物を使用者に帰属せしめるメルクマールとしては不適切であると主張する。

さらに、著作権法一一四条一項の「利益」概念につき、「会計学上の純利益」と解するのが通説判例であるのに対し、「上記東京地裁判決は、権利者側の「限界利益」であるとしている点に特徴があるとし、また、製品の一部が侵害となる場合の「利益」の算定について、上記東京地裁判決がハード部分とソフト部分の開発費の割合をもって利益算定の基礎としているが、これは決定的要素ではなく、その売上高に対する割合を正確に反映するものでもない」と批判し、上記の事案のような製品の陳腐化が激しい技術分野での製品については、製品購入者の意思決定への影響度が重要視されるべきであるという。

10 「IX 雑誌のインタビュ記事の著作物性およびその著作  
者（法人著作）、複製権と翻案権の関係、同一性保持権」の  
要旨

本章は、雑誌のインタビュ記事についての著作権および著作  
者人格権侵害事件に関する東京地裁平成一〇年一〇月二九日  
判決の事案を素材として、表題の諸問題について論究するもの  
である。

上記東京地裁判決が、当該事案における雑誌のインタビュ  
記事に著作物性を認めたのに対し、本学位請求論文の筆者は、

著作物性の要件としての創作性は、前章で指摘された「創作の高度性」を必要とするとの観点から、上記のインタビュ記事は、すべてインタビュを受けた者の身辺に関する記事であり、それらの実生活の描写は、如何に物語風に構成されていても創作性を有しないので、著作物性はないと主張する。次に、法人著作に關し、ドイツ法と同様に、我が国著作権法においても、著作者は、その作品に「個人的特色」を刻印した者でなければならぬとの観点から、インタビュ記事に著作権保護が認容される場合には、對話者の応答を独自に文章化した取材記者のみがすべてのインタビュ記事について単独の著作者とみなされ、純然たる對話形式の場合には、共同著作が成立するとする。そして、このようか立場からすれば、上記事案において、各執筆者が法人等の指揮命令に従いながら執筆したということから直ちに法人著作の成立を肯定した上記東京地裁判決のような見解は再検討されるべきであると主張する。

第三に、複製権と翻案権との關係について、ドイツ法における取扱いの検討に基づき、「複製」概念は、原作品と同一態様での再製のみならず、変形された態様での固定をも包含し、翻案および変形の態様で原作品の有形的固定がなされている場合には、当該翻案および変形も複製に該当するとし、他方、翻案

なる概念は、原著作物の及ぶ保護範囲の拡張に關する概念であり、著作権法二七条および二八条は、これを法定しているので、「法定保護範囲」と称することができるとする。すなわち、上記規定により、著作権者は、原作品と同一態様での複製のみならず、翻案の態様に変形された複製についても、その権利範囲が拡張され保護されることになるという。このようか観点からすれば、当該事案について表現形式が實質的に同一であるから複製権の侵害に当たるものとして上記の東京地裁判決のような見解は、再検討されるべきであると述べている。第四に、同一性保持権について、職務著作において、同一性保持権は、被雇用者に残存すべきであり、著作権法五九条に規定する著作人格権の一身專屬性は、これを間接的に裏付けるものであるとし、これを法人に帰属せしめた上記東京地裁判決を批判する。

#### 11 「X 手紙の法的諸問題」の要旨

本章は、手紙の著作物性に關する東京地裁平成一年一〇月一六日判決（三島由紀夫——劍と寒紅事件）の事案を素材にして、表題に關する諸問題について論述したものである。

本稿では、手紙の著作物性のほか、手紙の所有権の帰属、著

作者人格権としての手紙の公表権と一般的人格権としての信書の秘密保持権との関係、手紙の所有権・著作権・人格権の相互抵触関係および個人的人格権の保護について、それぞれドイツの学説・判例を参酌しながら論述し、その上で、上記東京地裁判決の評釈を行っている。同地裁判決が、問題となった一五通の手紙の各々について、著作物性の要件である「創作性」の存否を検討することなく、漠然と一括して著作物性を認めている点を批判する。とりわけ、手紙が著名人により書かれたということは著作物性の要件の具備に何らの影響も与えないということを強調する。他方、上記事案における手紙の中には、三島由紀夫の私的生活領域(プライベート)に抵触する記載も存在することが認められるので、上記事案においては、一般的人格権に基づく請求として構成すべきであるというのが、この論文の筆者の見解である。

### 「論文審査の結果の要旨」

1 本学位請求論文の審査に当たっては、二〇〇一年六月七日に立命館大学修学館一階第二研究会室において博士学位審査公開研究会(民事法研究会)を開催した。審査委員三名のほか、民法、民事訴訟法、経済法担当の法学部教員と大学院法学研究

科の院生が多数参加した。研究会では、まず、学位請求者から本学位請求論文の全体的な構成や執筆の意図・目的について報告があり、ついで、各論文の要旨が報告され、それに基づいて活発な議論が行われた。

2 特許権、商標権、著作権等の知的財産権の侵害理論において、その中心をなすのは、それぞれの権利の対象的効力範囲の確定方法すなわち保護範囲理論である。本研究論文集に収録された「I」ないし「III」の論文は、この保護範囲理論の中で、特許発明および登録実用新案の保護範囲(技術的範囲)に関するものである。そのうち、まず、「I」の論文は、特許発明の保護範囲理論の中核である「均等論(等価理論)」を対象としている。均等論については、我が国では長らく「論じられるのみで適用されない」学説上だけの理論とされてきたが、本論文で取り上げられた最高裁判平成一〇年二月二四日判決がその内容を詳細に判示し、これにより均等論が判例上も確たる地位を占めることになった。同判決は、均等論適用の要件として、特許請求の範囲に記載された構成と対象製品等との間の異なる部分が、①特許発明の本質的部分でなく、②その間に置換可能性(作用効果の同一性)があり、かつ③置換容易性(容易想到性)があ

ることという、いわゆる積極的要件とともに、④対象製品等が特許出願時における公知技術と同一または当業者がこれから特許発明の出願時に容易に推考できたものでないことおよび、⑤対象製品等が特許発明の特許出願手続きにおいて特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事情もないことという、いわゆる消極的要件を明示している。

「I」の論文は、上記の五つの要件中、とくに、第四の要件について考察するものであるが、この要件については、その主張立証責任が問題となる。この点につき、学説上、これを「抗弁」とした上でその主張立証責任を相手方に負担させる説と、「請求原因」としてその主張立証責任を特許権者に負わせる説とが対立している。これに対し、「特許権が本来保護範囲を有すべきであることは、特許権の本来の効力であるから、均等論の適用に際し、その効力の範囲を公知の技術水準または潜在的技術水準の側から制限することは、訴訟上の抗弁ではなく、異議である。したがって、裁判所は、被告の抗弁としての主張がなくても、職権で公知技術を斟酌することができ、右公知技術に基づき、『自由な技術水準の異議』または『潜在的技術水準の異議』の法理を適用して、当該特許の効力範囲を制限することができる」とするのが本学位請求論文の筆者

の立場である。一方、この立場によれば、上記の「自由な技術水準の異議」は、均等的態様での侵害の場合にのみ適用されるものであって、同一的態様での侵害の場合には、相手方による公知の技術水準または潜在的技術水準の主張立証をまつて判断されるべき抗弁、すなわち「自由な技術水準の抗弁」が適用されるべきものとされる。

このような見解は、本学位請求論文の筆者による長年にわたるドイツ法の研究（本論文集に収録されている前記「I-1」から「I-4」までの関連資料はその成果の一部である）とそれに基づく我が国の法との緻密な比較法的考察から導かれた独自の理論であり、この点に本学位請求論文の最大の意義がある。その理論は、我が国の知的財産権の侵害論の発展に寄与するものとして高く評価されるべきものである。

次に、上記「II」の論文は、前記「I」の論文における「自由な技術水準の異議」ないし「自由な技術水準の抗弁」の理論的基礎を提供するものである。すなわち、我が国やドイツの法制のように、特許の付与およびその無効ないし取消しを行政庁たる特許庁の専権事項とする制度の下では、侵害訴訟裁判所が無効や取消しの判断をすることはもとより、無効を前提として訴えを断することも許されないものとされているのであるが、

これは、いわゆる行政行為の構成要件の効力によるものである。その結果、侵害訴訟において特許発明ないし登録実用新案に公知技術等の無効事由が含まれていることが判明した場合においても、裁判所がこれを無効としたり、特許請求の範囲ないし登録請求の範囲の文言の意味よりも狭くその保護範囲を制限することはできない。しかし、他方、侵害対象が特許出願時においてすでに公知のものであった場合には、これに対して特許権の効力を及ぼすことは特許制度の趣旨に悖る。そこで、本学位請求論文の筆者は、ドイツの学説に示唆を得て、係争特許・実用新案の有効性を問うことなく、侵害対象を技術水準との関係で問題にする「自由な技術水準の異議」を採用すべきであるというのである。この見解もまた、我が国で本学位請求論文の筆者によって早くから提唱されていたものである。我が国の工業所有権法制度における特許庁と裁判所との権限分配を前提とする限り、理論として優れたものであると思われるにもかかわらず、我が国の判例はこのような見解を採用していない。それどころか、最高裁平成二二年四月二一日判決（キルビー特許事件）は、侵害訴訟裁判所において特許に無効理由が存在することが明らかであるか否かについて判断することができるとし、その存在が明らかであるときは当該特許権の行使は権利の濫用に当たるとして

としている。その理論的妥当性について、本学位請求論文との理論構成との比較で再検討されるべきであろう。本学位請求論文「II」は、その点で大きな意義を有する。

次いで、前記「III」の論文の内容である「改悪の実施形態」による特許権の侵害形態についても、我が国で本学位請求論文の筆者の主張に係るものである。侵害対象が、特許発明ないし登録実用新案の構成要件の一部を欠く場合について、我が国では「不完全利用論」として論じられているが、本学位請求論文に筆者は、このような侵害形態はドイツ法上の「一般的発明思想」の考え方であり、我が国では採用し得ないとする。他方、侵害対象が、特許発明ないし登録実用新案の構成要件の全部を具備している場合であっても、その機能ないし効果が質的に弱められている場合が、ここにいう改悪の実施形態であり、侵害形態の一つのカテゴリーを形成するというのがこの論文の筆者の主張である。この見解は、我が国の裁判にも影響を与えている（福島地裁郡山支部昭和五九年四月二六日判決参照）。

3 前記「IV」の論文で扱われた「用尽理論」（消尽理論・消耗理論）も、知的財産権の侵害理論において重要な地位を占める。用尽理論の内容として、知的財産権は、その対象である製

品の適法な拡布により、当該製品に限りその目的を達して消滅するということについては、学説・判例上異論なく認められているところであるが、その理論的根拠については説が分かれており、報償説、取引の安全説、政策説等、種々の説が唱えられている。

そのため、この理論の適用の範囲や条件等について、なお検討しなければならぬ多くの課題が残されている。上記の論文は、このような課題の一つを対象とするものであるが、本学位請求論文の筆者によれば、製品の性質、取引の態様、通常の利用形態等を知的財産権の消尽の可否の判断基準にすべきではなく、それぞれの権利の保護客体に即してその可否を客観的に判断すべきであるとされる。その主張内容については、多少不明確な点も残されているが、要は、いったん市場に出された製品についてはできる限りその円滑な流通を保障すべきであるというのであろう。このような帰結は、知的財産権による保護は、競争の自由ないし模倣の自由を過度に制限するものであってはならないとするこの論文の筆者の根本思想（本学位請求論文集三二〇頁参照）に由来するものと思われる。なお、用尽理論については、「ドイツにおける特許権の用尽理論について」（判例時報平成一三年一月一日号）においても詳細に論述

されている。

4 前記「V」ないし「VII」の論文は、いわゆる標識法に関するものである。そのうち、まず、「V」の論文について、その特色は、商標法二六条一項一号にいう「名称」とは、「自己」である個人の氏名に関連を有する主体を表現する「名称」であると解さなければならない、とする点にある。これを敷衍すれば、通常の社会生活のほか、趣味や芸能生活等の元来商標の使用とは関係のないところで使用されている名称を意味するということであろう。そのように解するとき、商標としての機能を有する企業グループの名称に同号の保護を与えるのは、同号の趣旨に反することになる（同旨・渋谷達紀「知的財産法関係の最高裁判例——近年の諸判例に対する疑問」一一頁）。妥当な見解というべきであろう。上記「V」の論文の第二の特色は、商標法三八条一項は、「違約罰的制裁として、その責任の程度に応じて、使用料相当額以上の額の支払いを命じ得る」としたものであるとする点にある（同旨・渋谷・前掲書）。従来の不法行為法上の損害賠償理論に対し、その見直しを迫る注目すべき見解である。

次いで、上記の学位請求論文「VI」は、現行不正競争防止法



(平成五年五月一九日法律第四七号)二条一項一号(周知表示混同惹起行為)と二号(著名表示冒用行為)との關係を明らかにしようとするものである。この点につき、立法担当者が、前者は他人の周知商品等表示を使用して混同を惹起させる行為であり、後者はその他人の商品等表示が全国的に著名なものであれば、混同の惹起を要件とせずこれを使用する行為そのものを規制するものであるという意味で、後者は前者から発展的に派生したものであると捉えているのに対し、本学位請求論文の筆者は、前記「論文の概要」の7で述べられているような理由から、周知商品等表示の「ただ乗りからの保護」と著名商品等表示の「希釈化からの保護」とは、その規範目的を異にするので、その保護範囲にも相違が生じるといふ。理論的には、後者の見解の方が優れている。

次に、本学位請求論文「Ⅶ」について、知的財産権の侵害法理からみたその意義は、形式的には存在するが、無効とするに値する「架空権」としての商標権の行使は、権利の濫用に当たり、その保護が否定されるというところにある。しかし、この点については、次のような問題がある。すなわち、特許権や意匠権の場合と同様に、商標権の場合についても、我が国の法制は、その付与および無効ないし取消は特許庁の専権事項とされ

ているので、侵害訴訟裁判所は、当該商標権の有効性について判断することできないはずである。

しかるに、本学位請求論文の筆者の見解によれば、商標権者の商標権が「架空権」であるか否かを審理判断しなければならぬことになるが、これは、侵害訴訟裁判所が当該商標権自体の有効性の判断をすることを許容することにほかならない。特許権や意匠権について、その有効性についての侵害訴訟裁判所による審理判断を否定しながら、商標権についてのみそれを許容するというのは、現行法制度を前提とする限り、理論として一貫性を欠くように思われる。将来、この点の究明を本学位請求論文の筆者に期待したい。

5 前記の学位請求論文「Ⅷ」から「Ⅹ」までは、著作権の侵害理論に関する論文である。そのうち、まず、「Ⅷ」の論文は、コンピュータ・プログラムに関し、その著作物性、法人著作の成立要件および著作権侵害に基づく損害賠償額の算定に当たっての「利益」概念(著作権法一一四条一項)のそれぞれについて論じるものであるが、この論文の特色は、第一に、すべての著作物について創作性の程度を問わない通説とは異なり、コンピュータ・プログラムの著作物性については、絵画や小説

のような伝統的な著作物よりも「創作の高度性」が要求される点にある。コンピュータ・プログラムやデータ・ベースのような機能的な著作物の成立要件について、再検討の必要性を迫る優れた指摘である。第二に、法人著作の成立要件に関し、判例・多数説が、法人と従業者との間の「指揮監督関係」の存在という基準のもとに広くその成立を認めるのに対し、本学位請求論文の筆者は、両者間に雇用関係ないし労働関係の存在が必要であるとする点にある。この見解によれば、出向社員および人材派遣会社による被派遣者は、被出向企業または被派遣会社のために労務を提供する関係があるので、真正の雇用関係ないし労働関係に準ずるものとして、その労務の結果は、被出向企業または被派遣会社に帰属することになり、また、下請企業へのプログラムの開発委託の場合は、上記のような関係にないので、法人著作は成立しない。本論文は、著作権法上、例外として定められているにすぎない法人著作の成立要件を広く認めようとする傾向に対する警鐘としての意味を有するものである。

変形も複製に該当するというのである。この見解は、複製とは既存の著作物との同一性をいうとし、それ以外の改変を翻案の概念に包含させる通説・判例と好対照をなす。しかし、通説・判例のような考え方によるときは、既存の著作物との同一性があるから複製権侵害とする一方で、それと同一の対象物について、既存の著作物との同一性がないことを条件とする同一性保持権の侵害を認めざるを得ないという矛盾を生ぜしめることになる（本論文で取り上げられた判決がこれに該当する）。これに対し、本学位請求論文の筆者の見解によれば、改変された状態での固定も複製概念に含まれるので、同一の対象物について複製権侵害と同一性保持権侵害を認めることに矛盾は生じない。巧みな論理構成というべきである。

次に、前記「IX」の論文の独自性は、なかならず、「複製」概念について、原作品と同一態様での複製のみならず、翻案ないし変形された態様での固定をも含むとする点にある。すなわち、原作品の有形的固定がなされている限り、当該翻案ないし

次いで、前記「X」の論文については、そこで取り上げられた判決に対する評釈内容はもとより、手紙の所有権の帰属、その著作物性、著作者人格権としての手紙の公表権と一般的人格権としての信書の秘密保持権との関係、手紙の所有権・著作権・人格権の相互抵触関係および、故人の人格権の保護に関するドイツ法についての詳細な論究も、本論文によって初めてなされたものであり、この分野の研究として大きな意義が認められる。なお、本稿で取り上げられた事案は、最高裁まで争われ、

権利者側が勝訴している(最高裁判平成二二年一月九日判決、東京高裁判平成二二年五月三日判決)。

6 本書に収録された一〇編の研究論文のすべてに通じる特色は、上に詳しくみたように、具体的な事例から研究の課題ないし論点を抽出し、それらの課題ないし論点について徹底的な比較法的考察を行い、その根本的究明を試みるというところにある。このような研究方法は、本学位請求論文の筆者自身による実務家(裁判官・弁護士)としての長年の経験とドイツへの留学経験によって確立されたものであろう。とくに、ドイツの知的財産法の研究については、本学位請求論文の筆者が、長年にわたって情熱を注いできたものであり、その先駆者でもある。この点だけでも、本学位請求論文の筆者が我が国の知的財産法学界に対して果たしてきた貢献は計り知れないものがある。

知的財産法分野における判例評釈が、通常、評釈対象たる判旨の国内判例における位置づけや批評にとどまるものであるだけに、本学位請求論文の筆者によって採られた上記の研究方法は、本研究論文の大きな特徴であると同時に、その研究成果も知的財産侵害論として独自の体系をなすものである。その意味で、本研究論文は、知的財産法分野における研究に新たな地平

を切り開くものとして法学界に対して大いなる貢献をなすものというべきである。よって、本研究論文は、博士(法学)の学位を授与するに値するものである判断する。

以上は、審査委員全員の一致した見解である。

(以上)

柳原克行

## 「西部カナダ地域主義の政治学的一考察」

—連邦システム、地域政党、国民統合—

審査委員 主査 赤澤史朗

中谷義和

小堀眞裕

### 「論文の要旨」

#### 一・論文提出に至る研究経過

学位申請者は、一九九八年に修士論文「カナダにおける西部地域主義の展開——改革党の登場と連邦政党システム」をもつて後期課程へ進み、二〇〇一年三月に課程博士申請論文を提出している。この間、日本学術振興会特別研究員に採用されると共に、研究対象である西部地域主義の動態把握と資料収集のためにUBCに約一年間留学し、現地の専門家の示唆と指導

西部カナダ地域主義の政治学的一考察（柳原）

も受けている。また、三本の論文を既に『立命館法学』に発表し（二〇〇〇年第五、六号、二〇〇一年第一、三号）。本申請論文は、この三本の論文をまとめ、全体の統一をつけて『西部カナダ地域主義の政治学的一考察——連邦システム、地域政党、国民統合』と題して提出されたものである。なお、本論文の公開報告会は二〇〇一年六月二二日の午後に行なわれている。

#### 二・論文の構成

学位申請論文は全三部二二章の編成にあり、その構成は以下のとおりである。

第一部 「連邦システムと西部地域主義、国民統合」

第1章 西部カナダの地域的特質と歴史的發展

第2章 カナダ連邦システムと地域的利益の代表メカニ

ズム

第3章 憲法議論の展開と西部カナダ

第4章 上院改革議論の変容とその政治的含意

第二部 「連邦政党システムと国家統合——構造と変容」

第1章 連邦国家カナダにおける政党政治

第2章 カナダ連邦システムの歴史的諸類型

第3章 「断絶」としての一九九〇年代

一七三三（一六五）

### 第三部 「西部カナダのネオ・ポピュリスト型地域主義政

#### 党——改革党の登場とその発展」

##### 第1章 ポピュリズムをめぐる諸問題

##### 第2章 小政党的理論

##### 第3章 「ブレイリー・ポピュリズム」——西部カナダ

#### 地域主義と小政党的の伝統

##### 第4章 改革党の形成過程——一九八七年—一九九三年

##### 第5章 改革党のイデオロギー的特質

本申請論文は以上の編別と章立て構成にあり、各部には、「はじめに」と「むすびにかえて」が各章の冒頭と章末におかれ、また、本論文の巻頭には「全体の序論」が、巻末には「全体のまとめ」が付され、申請論文全体の統一が期されている。

### 三・論文の概要

#### 1・本論文の目的

申請論文は、政治史と社会経済的背景を踏まえて、「多元的國家」カナダの連邦型統治システムにおける西部地域主義の台頭を連邦システム・地域政党・国民統合という複眼的レヴェルにおいてアプローチすることによって、その特徴を政治学的に考察したものである。

#### 2・本論文の要旨

第1部「連邦システムと地域主義、国民統合」は、西部地域主義(下位國家的地域主義)の背景と動向を連邦システムとのかかわりにおいて考察したものである。すなわち、まず、西部カナダの地域的特質と歴史的展開を連邦形成史と社会経済構造の地域的示差性に着目しつつ辿り、西部地域主義台頭の背景について説明することをもって導入部としている(第1章)。次いで、カナダの連邦統治システムをウェストミンスター型議會主義とアメリカ型連邦制の、前者の優位における結合体制であると指定するとともに、連邦國家における地域代表という視点において、「インターステイト連邦主義」(連邦・州の政府間関係)と、「イントラステイト連邦システム」(中央政府内地域代表メカニズム)という二つの制度的概念に組み替えることをもってカナダにおける地域代表システムを整理し、主として、後者の視点から連邦政府レヴェルにおける西部の地域代表の強化と「西部疎外」の克服の方途の模索を辿り(第2章)、その具体例として、一九七〇年代から八〇年代にかけて登場した上院改革論(州任命型上院改革案、トリプルE型上院改革案)について検討している(第3章)。以上を踏まえて、さらには、一九八七年の「改革党(Reform Party)」の登場につなげ、カ

ナダ政党制の配置に占める「改革党」の位置の説明をもって第Ⅱ部につないでいる（第4章）。

第Ⅱ部「連邦政党システムと国民統合——構造と変容」は、第Ⅰ部の論述をうけて、カナダの政党政治と政党制の構造と展開を歴史的に整理するとともに、その制度的背景（政治制度と選挙制度）や地域的偏差を視野に収めて、国民統合の要請のなかの政党の動向について分析している。すなわち、まず、社会的・経済的・文化的レベルにおける地域的示差性のなかの国民国家の形成と統合の必要から、カナダの主要政党が「ブローカー」型政党とならざるを得ないことを明らかにしている（第1章）。次いで、第2章では、社会経済構造の変容に注目しつつ、政党制の展開を①国家形成期（コンフェデレーション（一九一〇年代）、②地域統合期（一九二〇年代—一九五〇年代）、③国民形成期（一九六〇年代—一九九〇年代）の三局面に時期区分し、第一局面は、二大政党を中心として領域統合型国家形成が進められるとともに、都市化と産業化のなかで二大政党制の漸次的弱体化が表面化してくる過程と位置付け、第二局面は、自由党優位型小地域政党台頭期とし、また、第三局面は、一九八七年の「改革党」と一九九一年の「ケベック連合」の結成に認められるように、汎カナダ型政党制の限界が表面化した時期

としている。以上のようにカナダ政党史を辿ったうえで、こうした政治的潮流が九〇年代の「断絶」ないし「地殻変動」に連なることを政党諸勢力の形成と再編成のなかでトレースしている。さらには、これを受けて、第三章では、一九九三年と九七年選挙を素材として、九〇年代におけるカナダ政党制の転換現象を自由党優位型地域間政党対抗への移行と「改革党」の野党第一党化にもとめ、「改革党」台頭の背景について説明し、第Ⅲ部につなげている。

第Ⅲ部「西部カナダのネオ・ポピュリスト型地域主義政党——改革党の登場とその発展」は、野党第一党に躍進した西部地域主義政党「改革党」（二〇〇一年一月、カナダ保守改革同盟 Canadian Conservative Reform Alliance に再編・改称）の分析にあてられ、この党を地域主義的性情をもった全国政党史向型のポピュリスト的政党であると位置付けている。こうした性格規定にあたっては、まず、理論的にも実態的にも多義的概念にあたる「ポピュリズム」論の先行業績を踏まえて（カノヴァンとクラウワウの「ポピュリズム」論）、その共通の特徴として、「人民」カテゴリーを政治言説的吸引力とする大衆動員性を挙げ、第3章では小政党興隆の諸条件をカナダの政治文化・政治制度・社会経済構造という脈絡において整理している。

また、第3章では、二〇世紀前半にカナダにおいて登場した三つの主要な西部地域主義政党(進歩党、協同連邦党、社会信用党)の成立と展開を歴史的に辿るとともに、こうした地域主義政党のポピュリスティックな性格について個別に検討している。以上のカナダ西部の地域主義政党論を踏まえて、第4章では、「改革党」形成過程について論じ、第5章では、この政党のイデオロギー的・政策的特徴の分析にあて、その特徴がポピュリスティックな吸引力を背景としたニューライト的・レッセフェールの・道徳保守主義的政治政策路線に求められることを明示するとともに、その主張がカナダの社会文化的変容と共鳴しあうなかで、西部地域を主要基盤としながら中央カナダの一部をも取り込むかたちで、しかも、対比的には、ケベック的遠心型志向ではなくて、中央政府志向型の方角をもって躍進することになったことを明らかにしている。

#### 「論文審査の結果要旨」

#### 四・審査結果の要旨

##### 1・各論の特徴

第I部は西部カナダの地域的特質と歴史的発展を整理し、カ

ナダにおける西部のヒンターランド型構造を明らかにしたうえで、レーヴェンシュタインの概念を連邦国家の代表制度に援用するという視点において西部地域主義の代表システム改革の模索を具体例に即して検討し、さらには西部地域主義政党Ⅱ「改革党」の登場の背景を位置付けているという点では行論に説得的なものが認められる。ただ、「インターステイト連邦主義」と「イントラステイト連邦主義」の二元型の代表と統合の複合的作動様式における「地域」の包摂と反撥メカニズムについては、両連邦主義の分析概念の精緻化、およびその縦横の運動メカニズムの機能的・機構的分析の深化が求められる。

第II部はカナダの政党制を時期区分をもって歴史的にトレースするなかで、地域政党の台頭の背景を歴史的に整理し、さらには、一九九〇年代の二つの選挙分析をもって本論文の課題としている。「改革党」に接続するという行論にあるだけに、西部地域主義政党の分析を課題とする本論文の構成にとって不可欠の位置にあり、その分析も積極的に評価し得るものとなっている。ただ、時期区分には常に困難がつきまといっているとはいえ、政党制の変化と社会経済的変容や歴史的状況との連関の明確化が期されるべきである。

第III部は「改革党」の野党第一党化への躍進を西部地域主義

との交差において分析し、この党の歴史と躍進の背景を辿り、ポピュリスト型政党であることを先行業績も踏まえて明らかにしているという点では、この党の分析を欠いている学界状況にあっては、ひとつの成果であるといえる。だが、確かに、「ポピュリズム」の発現形態には歴史的に多様なものがあるし、地域的偏差もあるだけに、その定義には困難なものがあるにしろ、イデオロギー的政治位相分析にとどまらず、カナダ型ポピュリスト政党の台頭の支持基盤については、その内実分析の豊富化が、また、この党の地域性と全国志向性との内的緊張関係の弁証が求められる。なお、本論文に問題意識として底流しているグローバル化ないし超国家型地域化とカナダ地域主義の台頭との連関の模索は重要な視点ではあるが、本論文が国内政治における西部地域主義を対象としているだけに、その分析は今後の課題として残されている。

## 2. 全体的評価と判断

以上のように、本論文は全三部二二章編成をもって、政治における「統合と分離」という力学的問題意識を視野におさめつつ、「多元的国家」カナダを対象とし、歴史的・イデオロギー的背景を踏まえて、西部地域主義の政治動向と政党運動を連邦

制・政党と政党制・経済社会的文化的示差性・イデオロギー的特徴を分析の視点とし、その複合的アプローチをもって、現代カナダ政治における国民統合と地域主義との緊張関係の動態と位相を明確化しようとするものであり、とりわけ、政党と政党制を媒介とした分析にはすぐれたものがある。

カナダの地域主義をケベック・ナシヨナリズムの主権確立型ないし分離独立型運動からアプローチする傾向の強かった学界状況にあって、本論文は、西部地域主義と「改革党」の成立と台頭に焦点を据え、ケベック型運動との対比を視野におさめて連邦システムにおける西部地域主義の発現様態の政治的特徴を分析することをもって多元的連邦国家カナダの政治について論じた意欲的力作であり、この分野に新しい視点を導入し、その分析につとめたという点では学界に裨益するところ多大のものがあると判断する。また、政治学的視座と比較政治学的視点にも確かなものがあるし、先行業績を踏まえるとともに基礎資料を渉猟し、丹念に対象に迫っているだけに行論にも説得的なものがあると認める。ただ、過日の公開報告会にあっては、西部地域主義の「政治学的分析」としては選挙結果分析やカナダ連邦制の地域代表メカニズムの制度的説明の不十分さが、また、「ポピュリズム」概念の定義の不十分さとその構成主体と社会



経済的支持基盤分析には弱点が残ると指摘されている。だが、審査員一同は、こうした諸点については望蜀を留めつつも、本申請論文が西部地域主義に取り組んだわが国で最初の本格的成果にあたることを位置付け、課程博士の学位を認めることが妥当であると判断する。

〔試験の結果の要旨〕

本学位の請求者は、カナダ・ブリティッシュコロンビア大学に留学し、研究活動を行った経験を有し、その能力を十分有するものと認められる。よって、あらためて外国語の試験を実施する必要性はないものと判断する。

(以上)

