



Vol.5 (2010.9)

# 東京大学 法科大学院ローレビュー

---

我が国解雇法制における金銭解決制度導入の可能性  
——国際比較を通して——

生田大輔

憲法学から見た行政裁量とその統制

太田健介

居住用建物賃貸借における更新料特約の有効性の判断構造  
第三者効と第三者再審

佐藤孝一

巽 智彦

中立的行為による幫助における現代的課題

西貝吉晃

日本の裁判所における国際人権法  
——国内適用論の再構成——

松田浩道

振替証券法制に関するユニドロア条約

神田秀樹

「債権法改正の基本方針」に対するロマンスト・レビュー, 速報版  
会社法 322 条 1 項の「損害を及ぼすおそれ」についての実務上の考察

木庭 顕

小林俊夫

弁護士からみた警察庁と最高検察庁の足利事件検証報告書  
——足利事件が教えるわが国の刑事司法の課題——

佐藤博史

刑事司法分野における法整備支援

千田恵介

競業禁止義務は事業の譲渡の要件か

田中 亘

社会ネットワーク分析を法学に応用する

寺本振透

日本の死因究明制度

吉田謙一

辻村(伊藤)貴子

行動経済学から見た個人寄付の一側面

増井良啓

The University of Tokyo Law Review



—目次—

- 1 第5巻の刊行にあたって 山下友信

投稿論稿

---

- 3 我が国解雇法制における金銭解決制度導入の可能性  
——国際比較を通して—— 生田大輔
- 25 憲法学から見た行政裁量とその統制 太田健介
- 53 居住用建物賃貸借における更新料特約の有効性の判断構造 佐藤孝一
- 70 第三者効と第三者再審 巽 智彦
- 87 中立的行為による幫助における現代的課題 西貝吉晃
- 148 日本の裁判所における国際人権法  
——国内適用論の再構成—— 松田浩道

寄稿論稿

---

- 169 振替証券法制に関するユニドロア条約 神田秀樹
- 195 「債権法改正の基本方針」に対するロマニスト・レビュー,  
速報版 木庭 顕
- 216 会社法 322 条 1 項の「損害を及ぼすおそれ」についての  
実務上の考察 小林俊夫
- 229 弁護士からみた警察庁と最高検察庁の足利事件検証報告書  
——足利事件が教えるわが国の刑事司法の課題—— 佐藤博史
- 269 刑事司法分野における法整備支援 千田恵介
- 286 競業避止義務は事業の譲渡の要件か 田中 亘
- 319 社会ネットワーク分析を法学に応用する 寺本振透
- 341 日本の死因究明制度 吉田謙一  
辻村(伊藤)貴子

コラム

---

- 351 行動経済学から見た個人寄付の一側面 増井良啓

–Contents–

|       |   |  |
|-------|---|--|
| 1     | Foreword <i>(in Japanese)</i>   | Tomonobu<br>YAMASHITA                        |
| <hr/> |   |  |
| 3     | Introduction of Monetary Resolution of Dismissal in Japan - through International Comparison <i>(in Japanese)</i>   | Daisuke IKUTA                                |
| 25    | Administrative Discretion and Judicial Control of Administrative Discretion from the Standpoint of Constitutional Studies <i>(in Japanese)</i>  | Kensuke OTA                                  |
| 53    | Analytical Structure for Evaluating Validity of Renewal Fees Clause on Apartment Lease for Habitation <i>(in Japanese)</i>  | Koichi SATO                                  |
| 70    | Inter Omnes Effect and Third Party Retrial Procedure under the Administrative Litigation Act <i>(in Japanese)</i>   | Tomohiko TATSUMI                             |
| 87    | Contemporary Problems of Crime Aiding and Abetting by Neutral Behaviors <i>(in Japanese)</i>  | Yoshiaki NISHIGAI                            |
| 148   | International Human Rights in Japanese Courts<br>- Restructuring the Theory of Domestic Application <i>(in Japanese)</i>  | MATSUDA<br>Hiromichi                         |
| <hr/> |   |  |
| 169   | An Overview of the 2009 UNIDROIT Securities Convention <i>(in Japanese)</i>   | Hideki KANDA                                 |
| 195   | Romanist Observations (Interim) on the Draft of Japanese New Civil Code (Law of Contract) <i>(in Japanese)</i>  | Akira Koba                                   |
| 216   | “May be Potentially Injurious” Under Article 322, Paragraph 1 of the Companies Act of Japan: Practical Considerations <i>(in Japanese)</i>  | Toshio<br>KOBAYASHI                          |
| 229   | The Analysis of the Reports on the Ashikaga Case by the National Police Agency and the Supreme Public Prosecutors Office from the Standpoint of a Defense Lawyer <i>(in Japanese)</i> | Hiroshi SATO                                 |
| 269   | Technical Assistance for Legislative Development in the Field of Criminal Justice <i>(in Japanese)</i>  | Keisuke SENTA                                |
| 286   | Is the Duty of Non-Competition a Necessary Condition for the Transfer of Business? <i>(in Japanese)</i>   | Wataru TANAKA                                |
| 319   | Applying Social Network Analysis to Study of Law <i>(in Japanese)</i>   | Shinto<br>TERAMOTO                           |
| 341   | Death Investigation System in Japan <i>(in Japanese)</i>  | Ken-ichi YOSHIDA,<br>Takako<br>TSUJIMURA-ITO |
| <hr/> |   |  |
| 351   | Charitable Contribution and Behavioral Economics <i>(in Japanese)</i>   | Yoshihiro MASUI                              |



## 第5巻の刊行にあたって

本年度もここに東京大学法科大学院ローレビュー第5巻を刊行することができた。2009年度には、弁護士の柳田幸男先生の御芳志に基づき第1巻から第4巻までを冊子体として刊行することができたが、この第5巻も電子ジャーナルとしての刊行と同時に冊子体でも刊行され、各方面で一段と利用しやすくなった。このようにして、本誌は、わが国の法律理論と実務の両面で確固たる地位を築きつつあることは、本誌の創刊について、当時教員側の担当者として、第1期生の編集委員の諸君とともに構想を練り実現に漕ぎ着けた私にとっても大きな喜びである。

この第5巻には、厳正な審査の結果、学生諸君の投稿論稿6編が掲載されることになった。投稿数及び掲載数のいずれも前年度より増加している。これは、学生諸君の研究への関心と研究水準の両面での高まりを裏付けるものであり、本誌を継続的に刊行することの目的が達成されつつあることを実感する次第である。

法科大学院は、法曹の養成を目的とする教育課程であり、その限りでは、法科大学院生は各種の理論科目で教えられることを確実にマスターするとともに、理論と実務との架橋という法科大学院の位置づけから、実務科目を通じて法律実務の基礎も確実にマスターすることが求められる。しかも法曹としての資格を得るための新司法試験は、東京大学法科大学院の学生にとっても必ずしも容易に合格できるわけではないという現実からは、法科大学院は理論と実務の基礎をマスターすることにもつばら焦点が当てられることも理由がないわけではない。しかし、そのことから、法科大学院が既存の理論と実務の知識を身につけさせることを目的とした専門学校的な教育課程を提供するものであるという理解をすれば、少なくとも東京大学法科大学院については、それは大きな誤解であるといわなければならない。実務の世界へ一歩踏み出せばすぐに実感できるであろうが、世の中の法律家に解決が求められる問題に、既存の確立した知識だけで答えが導かれる問題はほぼ皆無といってよい。解決のあり方が確立していない未知の問題に対してマクロとミクロの両面で適切な解決を図るという創造的な能力こそが、一流の法律家に求められるのであり、そのような資質をもつ法曹こそが東京大学法科大学院が養成しようとする法曹である。そのような法曹の資質を涵養する上で、自ら問題を発見し、かつその問題に対する解決のあり方を提示するという研究論文の執筆作業こそ、最も有意義なトレーニングである。

東京大学法科大学院が本誌のようなジャーナルを発行し、それに対する投稿を学生諸君に推奨していることについては、法科大学院の教育の本筋を離れた変わった試みと評する向きも少なくないと思われる。しかし、法律家の基礎的な能力の育成の旗印の下に、既存の知識を身につけさせることに汲々とした教育が展開されているとすれば、法科大学院を開設している研究機関でもある大学の自殺行為であるといわなければならない。そのような意味で、東京大学法科大学院ローレビューの刊行こそが、本来の法科大学院教育の王道を歩むものであると信じている。

本巻には、学生諸君の投稿論稿に加えて、東京大学法科大学院教員の執筆した9編の論稿も掲載されている。この点も、第1巻以来のことであるが、当初は、法学協会雑誌や国家学会雑誌という東京大学大学院法学政治学研究科・法学部の研究成果の公表を目的としたジャーナルに投稿資格のない実務家教員の論文掲載の場としてスタートしたものの、次第に研究者教員の論文掲載も増加しつつあり、本誌は、東京大学大学院法学政治学研究科・法学部の研究活動の中でも重要な意味を持ちつつあることは大いに注目されることである。

いずれにせよ、投稿者、編集委員のそれぞれの努力の結果、本巻が刊行されるに至ったわけであり、この点について研究科長として心からの感謝の意を表したい。

2010年9月  
東京大学大学院法学政治学研究科長  
山下友信



論説

# 我が国解雇法制における 金銭解決制度導入の可能性

——国際比較を通して——

2008年4月入学

生田大輔

- I. はじめに
- II. 我が国の解雇法制の現状
  - 1 我が国の解雇法制の現状
  - 2 新たな動き
- III. 我が国における金銭解決制度に関する議論
  - 1 金銭解決制度とは
  - 2 導入推進論
  - 3 導入慎重論
- IV. 各国の解雇法制と金銭解決制度
  - 1 ドイツの解雇法制と金銭解決制度
  - 2 フランスの解雇法制と金銭解決制度
  - 3 イギリスの解雇法制と金銭解決制度
  - 4 アメリカの解雇法制と金銭解決制度
- V. 我が国における金銭解決制度導入の可能性
- 1 各国の解雇法制からの示唆
- 2 金銭解決制度導入の必要性
  - (1) 解雇無効による救済の限界
  - (2) 経済的効率性
  - (3) 基準の明確性
- 3 問題点の克服
  - (1) 訴訟上の禁反言
  - (2) 働く権利の保障
  - (3) 解雇の誘発
  - (4) 使用者への人格的従属
  - (5) 退職金制度との関係
- 4 制度設計のあり方
  - (1) 申立人
  - (2) 要件
  - (3) 補償金の額及びその性質
  - (4) 訴訟構造
- VI. 結論

## I. はじめに

我が国では、従来、解雇は解雇権濫用法理によって厳格に制限されてきた。そこでは、解雇権の濫用に該当するか否かの要件審査が踏み込んで行われるとともに、解雇権の濫用に当たると判断された場合には、解雇の意思表示は無効となり、原職復帰が認められるという解決方法が採られてきた。しかし、「失われた10年」は、我が国の解雇制限法理に変化をもたらした。すなわち、長期にわたる不況からの脱却を図る中で、解雇権濫用法理の要件審査を部分的に緩和するとともに、使用者の経済的補償の申入れを解雇を認める方向で考慮する判決が現れ始めたのである。これらの判決を契機に、我が国でも、諸外国で主流となっている、解雇紛争の金銭解決制度の導入を求める声が高まった。しかし、議論がまとまらず、2007年に制定された労働契約法（以下「労契法」という）には、かかる制度は盛り込まれなかった。

金銭解決制度の是非をめぐっては、研究者の間にも対立がある。経済学者を中心に、経済的効率性の観点から金銭解決制度の導入を強く主張する意見がある一方で、解雇無効の主張と金銭解決による雇用関係の解消との関係に係る理論的な問題を指摘する意見や、労働の人格的価値を重視してあくまで雇用の存続を第一次的な解決方法とすべきだとする意見もある。

本稿は、我が国解雇法制における金銭解決制度の導入の可能性を、諸外国における同様の制度の実態やそれについての議論を踏まえて検討することを目的としている。具体的には、ドイツ、フランス、イギリス及びアメリカの各国において、金銭解決制度がどのように機能しているのか、それをめぐりどのような議論が行われているのか、さらに、仮にこれらの国の制度を我が国に導入した場合に

どのように機能するのかについて検証し、それを踏まえて、我が国が金銭解決制度を導入するか否か、するとしてどのような制度設計を行うかについて考察する。

以下では、まず、IIで我が国の解雇法制の現状を概観した後、IIIで我が国における金銭解決制度に関する議論を整理し、続いてIVで各国の解雇法制と金銭解決制度の概要及びそれに関する議論をまとめる。そして、それらを基に、Vで、我が国における金銭解決制度の導入の是非及びその制度設計のあり方について考察する。最後に、VIで結論を述べる。

## II. 我が国の解雇法制の現状

### 1 我が国の解雇法制の現状<sup>1)</sup>

解雇とは、使用者による労働契約の解約をいう。民法627条によると、雇用に期間の定めがなければ各当事者はいつでも解約の申入れをすることができ、申入れ後2週間の経過によって雇用は終了する。これに対して、労働基準法（以下「労基法」という）では、使用者からの解雇について、産前産後及び業務災害の場合の解雇を制限し（19条）、また、予告期間を30日に延長している（20条1項）。さらに、使用者からの解雇が、国籍、信条または社会的身分を理由とした差別的取扱いに当たる場合には、同法3条により許されないし、労働組合員であること等を理由とした解雇は、不当労働行為として許されない（労働組合法（以下「労組法」という）7条1号及び4号）。また、雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律（以下「均等法」という）6条4号では、労働者の性別を理由として解雇において差別的取扱いをすることを禁止している。

これらの、立法による解雇の制限に加え、判例法理による解雇制限が行われてきた。それが、日本食塩製造事件判決<sup>2)</sup>で確立され

1) 以下、我が国の解雇法制の現状については、菅野和夫『労働法（第8版）』444頁以下（弘文堂、2008）を参照した。

2) 最判昭和50年4月25日民集29巻4号456頁。

た解雇権濫用法理である。すなわち、同判決は「使用者の解雇権の行使も、それが客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当として是認することができない場合には、権利の濫用として無効になる」と判示し、それが判例法理として広く用いられるようになった。そして、同法理は、労基法の平成15年改正で18条の2に規定され、その後、平成19年に成立した労契法の16条に移し替えられた。また、整理解雇については、同様に権利濫用に当たれば無効となるが、その判断に当たっては、①人員削減の必要性、②解雇回避努力義務を尽くしたか、③被解雇者選定の妥当性及び④手続の妥当性の4つの要素を総合考慮すべきであるというのが、裁判例の傾向である<sup>3)</sup>。

解雇の制限については、そもそも使用者の解雇権が一定の場合に制限されるという構成と、使用者が解雇権を持つことを前提に、その行使が権利濫用（民法1条3項参照）と評価される場合があるという構成との、2種類の法律構成が考えられるところ、最高裁はその後者を採用し、しかもその効果を解雇無効とした<sup>4)</sup>。そして、それがそのまま立法化されたため、解雇権の濫用とされた場合には、裁判所は労働契約上の権利を有する地位を確認する判決を下すこととなり、解雇された労働者の原職復帰が認められることとなる。裁判所がこのような解決方法を選択した理由としては、終身雇用制度の下では転職が難しいため、労働者の救済のためには原職復帰を認

める必要があったからではないかと考えられている<sup>5)</sup>。

これに対しては、実際には原職復帰が難しい場合もあり、また柔軟な解決が可能になるとして、金銭補償による解決を認めるべきであるという意見がある<sup>6)</sup>。しかし、少なくとも従来は、違法な解雇を不法行為として逸失利益の損害賠償を請求することは認められてこなかったため<sup>7)</sup>、立法による金銭解決制度の創設が求められているのである。当該制度の創設は労働政策審議会等でも議論されてきたが<sup>8)</sup>、現在のところ立法化には至っていない。

## 2 新たな動き

このように、金銭解決制度についての立法が進まない一方で、裁判例や実務には変化がみられる。

まず、ナショナル・ウェストミンスター銀行（第3次仮処分）事件決定<sup>9)</sup>において、東京地裁は、「余剰人員……を他の分野で有効に活用することができないなど、雇用契約を解消することについて合理的な理由があると認められる場合であっても、当該労働者の当面の生活維持及び再就職の便宜のために、相応の配慮を行うとともに、雇用契約を解消せざるを得なくなった事情について当該労働者の納得を得るための説明を行うなど、誠意をもった対応をすることが求められる」とした上で、使用者側が就業規則所定の退職金に

3) たとえば、後掲ナショナル・ウェストミンスター銀行（第3次仮処分）事件決定及び同CSFBセキュリティーズ・ジャパン・リミテッド事件判決を参照。

4) 権利濫用の効果としては、権利行使の無効のほか、権利行使は有効としつつ損害賠償責任を認めることも、理論的には可能である。土田道夫「解雇権濫用法理の法的正当性—「解雇には合理的理由が必要」に合理的理由はあるか?」日本労働研究雑誌491号4頁、6頁（2001）。

5) 土田・前掲注4)6頁。

6) たとえば、今後の労働契約の在り方に関する研究会「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書」60頁（2005）（<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/09/dl/s0915-4d.pdf>, 2010年8月22日最終検索）。及び小宮文人「解雇制限法—判例・学説の変化と国際比較」日本労働研究雑誌446号24頁、29頁（1997）を参照。

7) 後掲注14)参照。

8) たとえば、平成14年12月26日付労働政策審議会建議（[http://www.jil.go.jp/kisya/kijun/20021226\\_06\\_ki/20021226\\_06\\_ki.html](http://www.jil.go.jp/kisya/kijun/20021226_06_ki/20021226_06_ki.html), 2010年8月22日最終検索）及び第60回労働政策審議会労働条件分科会議事録（<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2006/08/txt/s0831-1.txt>, 2010年8月22日最終検索）を参照。

9) 東京地決平成12年1月21日労判782号23頁。

上乗せして1868万円の支給を申し出たことを「相応の配慮」があったと評価して、解雇を有効と認めた。土田<sup>10)</sup>は、これを、金銭補償を理由に解雇制限を緩めたものと解している。

それに続き、東京地裁は、広川書店事件決定<sup>11)</sup>において、特別退職金等の提案がなされていること等から解雇手続は不相当ではなかったとして、解雇を有効と認めた。これは、ナショナル・ウェストミンスター銀行(第3次仮処分)事件決定の論理が、外資系企業や高額な給料を得ている労働者だけでなく、一般企業の標準的な労働者にも適用されることを示しているものと解される。

その後、大阪地裁も、シンガポール・デベロップメント銀行(仮処分異議申立)事件決定<sup>12)</sup>において、退職金の割増しなどにより従業員の当面の生活困窮に対する一応の経済的配慮は払われていること等から、解雇回避の措置として不相当ということはできないとして、解雇を有効と認めた。

さらに、近年、東京高裁も、CSFBセキュリティーズ・ジャパン・リミテッド事件判決<sup>13)</sup>において、総額4100万円の金銭給付を提案したことを1つの理由にして解雇を

有効と認めた一審の判断を是認した。これらの一連の裁判例により、経済的補償を、整理解雇の相当性判断の一要素として考慮するという手法は、下級審においてほぼ確立したといえることができる。

また、従来は、違法な解雇を理由とした不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においては、労働者の将来の逸失利益の賠償は認められていなかったところ<sup>14)</sup>、近年、それを認める判決が出始めている<sup>15)</sup>。このように裁判所の判断が分かれたのは、従来の判決が、解雇無効の場合に労働関係の継続を主張するか否かは、完全に労働者の責任において選択されるべき事柄であると考えているのに対し、近年の判決は、労働者が労働関係の継続を主張しないことの責任が使用者にある場合もありうると考えているからであると思われる。違法解雇という使用者の行為によって、人間関係が悪化するなどして労働者が原職復帰を断念せざるを得ない場合も多いことに鑑みると、後者の考え方が妥当であると思われる。

これら一連の下級審の動向は、解雇権濫用の場合に原職復帰しか認められないと実際の事件の解決に不都合が生ずる場合があるた

10) 土田道夫「判批」菅野和夫ほか編『労働判例百選(第7版)』170頁、173頁(2002)。

11) 東京地決平成12年2月29日労判784号50頁。

12) 大阪地決平成12年5月22日労判786号26頁。

13) 東京高判平成18年12月26日労判931号30頁。

14) たとえば、吉村事件判決(東京地判平成4年9月28日労判617号31頁)では、①労働者は、解雇無効を前提としてなお労務の提供を継続する限り、賃金請求権を有しているのであるから、特段の事情のない限り、右賃金請求権の喪失をもって損害とする余地はなく、また、②他に就職するなどして当該使用者に対し労務を提供し得る状態になくなった場合には、賃金が支給されない状態と違法な解雇との間には相当因果関係がないとして、再就職前の分についても再就職後の分についても、賃金相当額の逸失利益の請求を認めなかった。また、わいわいランド事件判決(大阪地判平成12年6月30日労判793号49頁)は、①解雇権の行使が濫用である場合は、解雇が無効であり、雇用関係は継続していることとなるから、賃金請求権は発生するが、それ以外に賃金相当額の逸失損害は発生しない、②解雇権の行使が濫用である場合でも、労働者がその効力を否定しないことは差し支えないが、その場合には、その解雇の意思表示は有効なものとして扱われることになるから、賃金請求権は発生せず、また、自らの意思によって雇用関係を解消する以上、将来の賃金が逸失利益になることもないとして、賃金1年分の逸失利益の賠償請求を認めなかった。

15) S社(派遣添乗員)事件判決(東京地判平成17年1月25日労判890号42頁)は、原告が損害賠償の支払のみを求めた事案において、派遣社員の解雇を解雇権の濫用として無効かつ違法なものであるとした上で、更新手続が行われないうまま5年半以上が経過していたことから、本件解雇がなかったならば以後相当期間にわたって被告会社に勤務していた可能性が高いとして、平均月収の1年1カ月分以上の賃金相当逸失利益の請求を全部認容した。また、ケイビー事件判決(大阪地判平成20年9月26日労働経済判例速報2025号26頁)は、原告が地位確認を求めず損害賠償等の支払のみを求めた事案において、解雇が解雇権濫用に当たるとした上で、再就職までの2か月分につき賃金相当額の損害賠償請求を認めた。

め、それを回避する方策として、労働者に対する金銭的な補償を積極的に活用するようになりつつあると捉えることができる。ここに、裁判所の側にも立法における金銭解決制度の導入を求める声があることを、読み取ることが可能であるように思われるのである。

また、2006年から始まった労働審判において、労働者側が復職を請求した場合にも、解雇の無効を確認し又は使用者に解雇を撤回させ、未払賃金や解決金を支払させた上で、労働者に労働契約の解約に応じさせるという解決がなされることが多いことも<sup>16)</sup>、金銭解決制度に対するニーズが大きいことを窺わせる。

### Ⅲ. 我が国における金銭解決制度に関する議論

#### 1 金銭解決制度とは

まず、そもそも金銭解決制度とはいかなる制度であるのか、また、損害賠償等の他の制度では代替しえないのかについて、検討する。

解雇規制における金銭解決制度とは、裁判所が解雇を違法と判断したときに、労働契約上の権利を有する地位を確認するのではなく、労働契約の終了を前提として金銭の支払を使用者に命ずる制度をいう。労働契約の終了と使用者から労働者への金銭の支払という帰結は、和解等によっても達成しうるが、それらが成立しない場合に裁判所がかかる判決をすることができるのかが、ここでの問題である。

ここで、労働者による使用者への不法行為に基づく損害賠償請求が、金銭解決制度と同様の役割を果たさないかが問題となる。解雇によって得られなくなった賃金相当額を逸失

利益として請求できるのであれば、金銭解決制度と同じ状態を実現することができるからである。この点、前述のように、従来は、解雇権濫用の場合の損害賠償として賃金相当額の逸失利益の請求は認められてこなかったが（前掲吉村事件判決など）、近年では認められる事案が現れている（前掲ケイビィ事件判決など）。しかし、逸失利益の損害賠償請求を認めたケイビィ事件判決では、被解雇者が解雇から2か月後に再就職していたため、2か月分の賃金相当額の支払を命じればよかったのに対し、裁判の時点で再就職をしていない場合に、どの程度の期間の賃金相当額の支払を命ずるべきかは、非常に困難な問題である。そうだとすれば、不法行為に基づく損害賠償請求によって賃金相当額の逸失利益を請求できると解するとしても、支払額について客観的な基準を持つ金銭解決制度の立法を行うことは、当事者の予測可能性の確保や労働者の保護の見地から、独自の意義を有するといべきである。また、再就職の有無に関わらず最低限一定額の補償をすることとすれば、逸失利益以上の額を請求できる可能性があるものとして、労働者の保護の見地から独自の意義を有するといえる<sup>17)</sup>。さらに、労働者が地位確認を求めてきた場合に、使用者側から金銭解決を選択できるような仕組みにするのであれば、使用者側から労働契約を解消することのできる制度として、独自の意義を有するといえる。

#### 2 導入推進論

次に、我が国における金銭解決制度の導入を巡る議論を概観する。

まず、前掲平成14年12月26日付労働政策審議会建議<sup>18)</sup>は、「解雇の効力が裁判で争われた場合において、裁判所が当該解雇を

16) 野田進「労働審判制度と労働契約法—労働実体法の見地から」ジュリ1331号50頁、56頁（2007）。

17) これに対しては、不法行為に基づく損害賠償請求による場合でも、慰謝料の算定を柔軟に行うことで、同様の結果が得られるとの反論がありうる。しかし、慰謝料はあくまで被った精神的損害に対してのみ認められるものであり、その算定も他の類型の事件との均衡を考慮することが求められることから、その運用には限界があると考えられる。

18) 前掲注8)参照。

無効として、解雇された労働者の労働契約上の地位を確認した場合であっても、実際には原職復帰が円滑に行われないケースも多いことにかんがみ、裁判所が当該解雇は無効であると判断したときには、労使当事者の申立てに基づき、使用者からの申立ての場合にあっては当該解雇が公序良俗に反して行われたものでないことや雇用関係を継続し難い事由があること等の一定の要件の下で、当該労働契約を終了させ、使用者に対し、労働者に一定の額の金銭の支払を命ずることができることとすることが必要である。」として、金銭解決制度の導入を主張している。この建議は、平成15年の労基法改正に向けてなされたものであったが、結局同改正に金銭解決制度は盛り込まれなかった。

次に、厚生労働省が学識経験者を集めてまとめられた前掲「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書」<sup>19)</sup>では、まず、労働者からの申立てによる金銭解決については、労働者が解雇には納得できないが職場には戻りたくないと思った場合に解決金を請求できる権利が保障されるというメリットがあることを指摘し、解雇無効の主張と金銭解決による雇用関係の解消との関係に係る理論的問題（労働者が従業員としての地位の確認を求め一方で、同一の裁判所において従業員としての地位の解消を主張することが、訴訟上の禁反言に抵触しうるように思われることを指す）や、補償金の額を一律に定めることによる中小零細企業への弊害についても、制度設計の仕方によって克服することは不可能ではないとの認識が示されている。また、紛争の迅速な解決の観点からは、解雇の有効・無効の判断と金銭解決の判断とを同一裁判所においてなすことについて検討すべきであるとする。一方で、使用者からの申立てによる金銭解決についても、解雇が無効であっても現実には労働者が原職に復帰できる状況には

ないケースもかなりあること、現実に職場復帰できない労働者にとっては違法（無効）な解雇を行った使用者からの申立てであっても解決金を得られる方がメリットがある場合が実際上あり得ること、紛争の早期解決に資する<sup>20)</sup>ことなどから、これを認めるべきであるという意見があることを指摘し、労働者が自分の仕事自体をライフワークとしてこれにこだわりを持っている場合もあり、また解雇を誘発したり金銭解決制度が濫用されたりするおそれもあるため、慎重に検討すべきであるとの意見に対しては、制度設計の仕方によって克服することは不可能ではないとの認識が示されている。また、金銭解決制度を導入した場合の補償金の額については、解雇の態様、労働者の対応、使用者の責任の程度、各企業における支払能力などが個々の事案において異なるため、一律の基準を設定することが必ずしも妥当でないとの意見があることを踏まえ、あらかじめ集团的な労使合意で定めることも1つの選択肢として検討されるべきであるとの見解が示されている。

さらに、小宮<sup>21)</sup>は、逸失利益の損害賠償請求を認めるべきとの文脈においてであるが、オール・オア・ナッシングの救済方法ではないため労使の微妙な利益調整が可能であること、簡易裁判所による迅速な救済を実現できる余地があることも、金銭解決のメリットとして挙げている。

一方、日本労働弁護団<sup>22)</sup>は、職場の人間関係が破壊されているために復職を望まない労働者の金銭賠償の請求を可能とし、かつ、将来の賃金相当額の賠償も認めて賠償額の水準を引き上げるために、金銭解決制度を立法化すべきであるとするが、違法な解雇を行った使用者に申出権を認める必要はないため、労働者側からの申出のみを認めるべきであるとしている。

また、経済学の立場からも、金銭解決制度

19) 前掲注6)参照。

20) 地位確認が認容されても、原職復帰ができないと、紛争が長引くことが懸念される。また、金銭解決制度の導入が和解を促進するとの見方もある。

21) 小宮・前掲注6)29頁。

22) 日本労働弁護団「解雇等労働契約終了に関する立法提言と解説」季刊労働者の権利245号6頁,12頁(2002)。

を支持する見解が表明されている。中馬<sup>23)</sup>は、適切な補償をして労働者を解雇することで、労働者の生涯効用は変わらないにもかかわらず、企業の人件費負担を削減でき、さらに社会全体の効率性をも高めることができる場合があることを経済理論を用いて論証し、解雇が無効と判断された場合に一定の補償金の支払を条件として雇用関係を解消することを最初から禁じてしまうことは、経済的効率性を損なってしまうおそれがあるとしている。

以上を総合すると、導入推進論の論拠としては、①労働者が原職復帰を必ずしも望まざり、また、原職復帰が事実上困難な場合もありうることを、②労使の利益を調整した柔軟な解決が可能であること、③紛争の早期解決に資すること、④解雇に対する損害賠償額の水準を引き上げること、⑤社会全体の経済的効率性を高められることが挙げられる。

### 3 導入慎重論

一方で、金銭解決制度の導入に慎重な意見も多い。

前述したように、前掲「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書」<sup>24)</sup>では、労働者からの申立てによる金銭解決については、解雇無効の主張と金銭解決による雇用関係の解消との関係に係る理論的問題（訴訟法上の禁反言に抵触しないか）、補償金の額を一律に定めることによる中小零細企業への弊害、解雇の有効・無効の判断と金銭解決の判断とを同一裁判所においてなすことのできる制度の在り方などの問題点が、使用者からの申立てによる金銭解決については、労働者が自己の仕事自体をライフワークとしてこれにこだわりを持っている場合もあること、解雇を誘発したり金銭解決制度が濫用されたりす

るおそれもあることなどの問題点が挙げられている。

また、村中<sup>25)</sup>は、①解雇は労働者への無能であるとの宣告を意味する場合が多い、②労働は労働者にとって自己実現の場である、③解雇の脅威が労働者の使用者への人格的従属を強め、その結果、労働者の人間としての尊厳を侵害する危険が生ずることを指摘し、特に③を重視する立場から、損害賠償や補償金による解決は認められないと主張している。

さらに、吉田<sup>26)</sup>も、労働契約では人格的価値が重要な意味を持つことから、雇用継続への労働者の利益は必ずしも金銭には解消されず、解雇の金銭的解決については慎重に考えるべきであるとする。

一方で、土田<sup>27)</sup>は、継続性原理に規範的正当性を認める立場から、法的には労働契約の維持及び存続を図ること自体に価値があるとして、解雇制限の第一の効果は解雇無効とすべきであるとする。

以上を総合すると、導入慎重論の論拠としては、①労働が労働者にとっての自己実現の場であること、②労働者の使用者への人格的従属を強め、労働者の尊厳を侵害する危険があること、③労働契約が継続的契約であることから、その維持及び存続自体に価値があること、④労働者に、解雇無効の主張と金銭解決の申入れとを同一裁判所においてさせることが、訴訟上の禁反言に抵触しうることを、⑤解雇を誘発したり金銭解決制度が濫用されたりするおそれがあることが挙げられる。

23) 中馬宏之『『解雇権濫用法理』の経済分析—雇用契約理論の視点から』三輪芳朗ほか編『会社法の経済学』425頁、449頁（東京大学出版会、1998）。

24) 前掲注6)参照。

25) 村中孝史「日本の雇用慣行の変容と解雇制限法理」民商119巻4・5号582頁、604頁以下（1999）。

26) 吉田克己「労働契約と人格的価値—労働契約法に寄せて」法時80巻12号29頁、32項（2008）。

27) 土田・前掲注4)12頁。

## IV. 各国の解雇法制と金銭解決制度

### 1 ドイツの解雇法制と金銭解決制度<sup>28)</sup>

まず、ドイツにおいては、使用者による解約告知（解雇）には、通常解約告知（普通解雇）と非常解約告知（即時解雇）とがある。前者が後述の解雇制限に服するのに対し、後者には後述の一般的解雇制限は適用されず、代わりに、労働関係を解約告知期間の経過又は合意された終了時点まで維持することが解雇の意思表示者にとって期待しえないことが必要である（民法典 626 条 1 項）<sup>29)</sup>。

次に、原則として全ての労働者に認められる<sup>30)</sup> 一般的解雇制限が、解雇制限法に定められている。すなわち、社会的に不当な解雇は無効となり（同法 1 条 1 項）、不当ではないとされうる解雇事由として、労働者の個人的事由<sup>31)</sup>、行動に存する事由<sup>32)</sup>及び緊急の経営上の必要性を法定している（同法 1 条 2 項）。また、従業員代表機関の委員（同法 15 条以下）、妊産婦（母性保護法 9 条 1 項）等については、特別の解雇制限が法律で規定されている。そのほか、公序違反（民法典 138

条）、差別（同 611a 条等）、信義誠実違反（同 242 条）等を理由として解約告知が無効とされる場合がある。

被解雇者が解雇を争うには、解約告知の到達後 3 週間以内に、解雇無効の訴えを提起しなければならない（解雇制限法 4 条 1 文）。解雇が違法とされた場合の救済方法としては、当該解雇によって労働関係が解消されていないことが確認され、復職が認められるのが原則であるが、例外的に補償金支払による労働関係の解消の可能性が認められている<sup>33)</sup>。すなわち、解雇無効の訴えにおいて、解約告知が無効であると判断された場合に、労働関係の存続が期待しえないこと（使用者の場合は、事業所の目的に資するような協働が今後期待されない事由が存すること）を、控訴審の最終口頭弁論終結時までには労使のいずれかが申し立てたときは<sup>34)</sup>、労働裁判所は、相当な額の補償金と引き換えに、労働関係の解消を命ずることができる（同法 9 条 1 項 1 文）。この補償金の性格は、それ自体不当な職場喪失に対する補償であると解されている<sup>35)</sup>。被用者からの申立ての場合に「労働関係の存続が期待しえない」（同法 9 条 1 項 1 文）とされた事例としては、使用者が解雇訴訟中に賃金の支払を停止したものや、使用者による合理的理由のない嫌がらせを受け

28) 以下、荒木尚志ほか編『諸外国の労働契約法制』145-176 頁〔皆川宏之＝橋本陽子〕（労働政策研究・研修機構、2006）、日本労働研究機構『諸外国における解雇のルールと紛争解決の実態—ドイツ、フランス、イギリス、アメリカ—』33-39 頁〔野川忍〕（日本労働研究機構、2003）、手塚和彰「雇用と雇用保険をめぐる日独の最近の変化—解雇制限と雇用保険の法改正を中心として—」手塚和彰＝中窪裕也編『変貌する労働と社会システム』277 頁、282-285 頁（信山社、2008）及びマンフレート・レーヴィッシュ（西谷敏ほか訳）『現代ドイツ労働法』428-469 頁（法律文化社、1995）を参照した。

29) 非常解約告知には、解雇制限訴訟に関する手続規定は適用される（解雇制限法 13 条）。

30) 小規模事業所の労働者（同法 23 条 1 項）や解雇通告到達時に勤続 6 か月以下の労働者（同法 1 条 1 項）は除外される。

31) 労働者の疾病、専門性又は人格的適性の欠如、必要な資格の欠如などで、労働者が債務たる労働給付を継続して履行できる状態にない場合がこれに当たる。荒木ほか編・前掲注 28)161 頁〔皆川＝橋本〕及びレーヴィッシュ（西谷ほか訳）・前掲注 28)437-441 頁。

32) 労働契約上の主たる義務ないし付随的義務の重大な違反がこれに当たる。荒木ほか編・前掲注 28)163 頁〔皆川＝橋本〕及びレーヴィッシュ（西谷ほか訳）・前掲注 28)434-437 頁。

33) この制度の詳細については、高橋賢司「ドイツ法における解雇の補償」季刊労働者の権利 258 号 81 頁（2005）を参照した。

34) ただし、非常解約告知の場合には、使用者側からの解消の申立ては認められない（同法 13 条 1 項 2 文）。

35) 補償金の性格が本文のようなものであることから、その金額の算定に当たっては、勤続期間を最も重視し、そのほかに、年齢、家族状況、見込まれる失業の期間、解雇の社会的不当性の程度などを勘案する。レーヴィッシュ（西谷ほか訳）・前掲注 28)455 頁。

たものなどがある。解雇紛争において使用者と被用者との間に緊張関係が生ずるのは通常であるから、この期待可能性の消失は、解雇が無効である場合に直ちに認められるものではないとされている。一方、使用者からの申立ての場合の「事業所の目的に資するような協働が今後期待されない事由」（同法9条1項2文）は、より厳格に解されている。具体的には、使用者と被用者との間の経営の目的に役立つさらなる協働が期待できないことを生じさせる認識可能な事実を基にした陳述が必要で、信頼の基礎が消滅したとか、回復しえない諍いが生じたという内容の一般的な弁明では十分でないとされている。これは、使用者が金銭解決制度によって安易に労働関係を終了させることを防止することを意図したもので、その根底には、解雇制限法の趣旨が労働関係の存続を保護することにあり、補償のための法ではないとの認識がある。使用者からの申立てが認められた事例としては、被用者が解雇訴訟中の中間収入の存在を告げず、むしろ副業が見つからなかったことを明白に強調しており、会社からの非難ではじめて真実が明らかになったものなどがある<sup>36)</sup>。

解消判決がされる場合の補償金の金額の上限は、通常は12か月分、労働者が50歳を超えておりかつ勤続年数が15年以上の場合には15か月分、55歳を超えておりかつ勤続年数が20年以上の場合には18か月分の賃金相当額と法定されている（同法10条）。

もっとも、9条による解消判決が実際に下されるケースは稀であり、金銭解決の多くは和解によるものである。たとえば、1981年のある調査によると、1,191件の解雇無効の訴えのうち、解消判決の申立てがなされたのが75件（被用者からが50件、使用者からが19件、双方からが6件）あり、そのうち

認容されたものが7件、棄却されたものが14件、補償額は、勤続年数×0.75×月給額で計算される値を、家族状況や見込まれる失業期間などを考慮して調整したと思われる額であったという<sup>37)</sup>。それに対し、和解金額の算定については、勤続年数×0.5×月給額という数式が、裁判所の実務では定着しているという<sup>38)</sup>。また、上記調査によると、解雇訴訟のうち和解で補償が支払われるものは、一審で63.3%、二審で79%に上るといふ<sup>39)</sup>。一方、2003年の別の調査<sup>40)</sup>によると、年間約100万件の使用者による解雇のうち、提訴されたのはその約11%であり、また、労働裁判所に係属した年間約60万件の事件（そのうち約半数が解雇を含む労働関係の終了に関する紛争である）のうち、約25万件が和解、約21万件がその他の方法で終了したという。また、同調査によると、ベルリン労働裁判所では、2002年度において、労働関係存続確認訴訟の約40%が和解によって終了したという。

以上のような制度に加えて、2003年に解雇制限法が改正され、経済的理由による解雇の場合に、3週間の提訴期間の徒過により労働者が補償金請求権を取得するという制度が創設された。すなわち、①使用者が緊急の経営上の必要性に基づいて解約告知を行い、②使用者が解約告知の意思表示の際に、当該解雇が緊急の経営上の必要性に基づくものでありかつ提訴期間が過ぎれば補償金を請求することを労働者に伝え、③労働者が、提訴期間を徒過するまで、労働関係が解約告知によって解消していないことの確認を求める訴えを提起しなかった場合には、労働者は勤続年数1年につき月収の半額分の補償金請求権を取得する（同法1a条）<sup>41)</sup>。この制度は、裁判所を通さずに補償による労働関係の解消

36) 以上につき、高橋・前掲注33)84-85頁。

37) 高橋・前掲注33)85頁が、当該調査を紹介している。

38) もっとも、解雇事由等により、多少の金額の変動はあるようである。以上につき、高橋・前掲注33)89頁。

39) 高橋・前掲注33)89頁。

40) 荒木ほか編・前掲注28)173-174頁〔皆川＝橋本〕が、当該調査を紹介している。

41) この補償額の算定方法が、前述した同法9条に基づく補償金の額の実務における算定方法に近いことから、これらの補償金の性格を同一であると解することも可能であるように思われる。

を実現することができるため、労働裁判所の負担軽減、当初から補償を対価とした労働関係の終了にしか関心のない当事者の訴訟の負担の軽減、解雇規制を緩和して市場の流動性を高めることによって失業率が低下するなどの効果が期待されている。一方で、被用者が解雇訴訟を提起しなければ不当な解雇も有効となってしまいうため、解雇規制の趣旨を没却しないかという懸念も示されている<sup>42)</sup>。

このように、ドイツでは、労働関係の存続の保護という解雇制限法の趣旨を順守しながら、どのように金銭解決制度を取り入れていくかについて、制度設計に苦心の跡が見られる。

## 2 フランスの解雇法制と金銭解決制度<sup>43)</sup>

フランスでは、L.122-4条が労働契約の解雇の自由を定めているが、これを規制する詳細な解雇制限ルールが立法及び判例により形成されている。

解雇は、「特に経済的困難又は新技術の導入に由来する雇用の廃止、変動又は労働者によって拒否された労働契約の主要な要素の変更の結果として、労働者個人の領域に属さない一又は複数の事由に基づいて使用者が行う解雇」と定義される経済的理由による解雇と、それ以外を指す人的理由による解雇に区分される。両者とも、「真実かつ重大な事由」が存在する場合に（実体的要件）、一定の手続を経ることで（手続的要件）認められる。

実体的要件及び手続的要件に対する違反の効果は、L.122-14-4条及びL.122-14-5条に規定されており、人的理由による解雇と経済的

理由による解雇とで差異はない。まず、実体的要件違反の効果として、労働者は企業規模と勤続年数に応じて賠償金を請求することができる。すなわち、第一に、11人以上の企業に勤務する勤続2年以上の労働者の場合には、裁判官による復職の提案か賃金6か月分以上の賠償命令<sup>44)</sup>がなされる（L.122-14-4条1項）。この復職の提案は当事者双方が拒否できるため、実際に提案がなされることは稀である<sup>45)</sup>。第二に、11人未満の企業に勤務する労働者又は勤続2年未満の労働者の場合には、被った損害に応じて算定した損害賠償を請求することができる（L.122-14-5条）。次に、手続的要件違反の効果としては、第一に、11人以上の企業に勤務する勤続2年以上の労働者の場合には、手続の追完及び賃金1か月分を上限とした損害賠償を請求することができる（L.122-14-4条1項）、第二に、11人未満の企業に勤務する労働者又は勤続2年未満の労働者の場合には、被った損害に応じて算定した損害賠償を請求することができる（L.122-14-5条）<sup>46)</sup><sup>47)</sup>。なお、実体的要件にも手続的要件にも違反している場合には、前者のみが制裁の対象となる。

さらに、経済的理由による解雇に定められている特別手続に違反した場合には、特別の制裁措置が設けられている。たとえば、従業員代表への情報提供や当局への届出などを怠った場合には労働者の損害に応じた賠償金の支払が命じられ（L.122-14-4条3項）、再雇用優先権規定の不順守に対しては2か月以上の賠償金の支払が命じられる（同条同項）。さらに、従業員代表の職務の適正な履行に対する妨害罪などの刑事罰も用意されている（L.482-1条等）。また、雇用保護計画に不備

42) 荒木ほか編・前掲注28)175頁〔皆川＝橋本〕及び高橋・前掲注33)89-91頁。

43) 以下、荒木ほか編・前掲注28)259-273頁〔奥田香子〕及び日本労働研究機構・前掲注28)33-39頁〔奥田香子〕を参照した。

44) これは法定の最低額であるので、長期の失業を余儀なくされるなど、6か月分を超える損害を実際に被ったことを労働者が証明すれば、その分の賠償も認められる。

45) 荒木ほか編・前掲注28)269頁〔奥田〕。

46) ただし、とくに重要な手続的規制に違反した場合は、実体的要件に対する違反と同様の制裁が科される。

47) 条文の文言だけを見ると、かえって小規模企業に不利なようにも読めるが、そのような趣旨ではないのであろう。

があれば、従業員代表の提訴により、解雇手続は無効となり、解雇も無効となる（L.321-4-1, L.122-14-4 条 1 項）。この場合、従業員は復職請求をすることができるが、事業所閉鎖や空き雇用の不存在によって復職が不可能であれば棄却される（L.122-14-4 条 1 項）。労働者が復職を希望しない場合又は復職が不可能な場合には、賃金の 12 か月分以上の賠償金が支払われる（同条同項）。

また、労働法典によって解雇権の行使が明示的に制限又は禁止されており、救済方法として解雇無効及び復職が原則とされている、「禁止される解雇」と呼ばれる解雇の類型が存在する。たとえば、従業員代表委員等の行政許可なしでの解雇、差別禁止原則に違反する解雇（L.122-45 条 1 項）、争議権の通常の行使を理由とする解雇（同条 2 項）、妊娠中及び出産直後の女性労働者の解雇（L.122-27 条）、労働災害等の被災者に対して労働契約停止期間中になされる解雇（L.122-32-2 条）等がそれに当たる。さらに、法規定に明記されていない場合でも、判例は、労働者の憲法上の権利を侵害して行われた解雇は無効であるとしている<sup>48)</sup>。これらの規制に違反した場合には、当該解雇は存在しなかったものとみなされ、その結果、労働者は元の職（それが存在しない場合には同等の職）に復帰する権利を有し、また、解雇期間中の賃金の支払を請求できる<sup>49)</sup>。労働者が復職を求めない

場合には、通常の予告手当や解雇手当に加えて、違法な解雇によって被った損害を補填するものとして賠償金を請求することができ、その額は違法解雇における賠償金の最低額を下回らない範囲で裁判所により決定される<sup>50)</sup>。

さらに、解雇が適法である場合にも、解雇手当<sup>51)</sup>、有給休暇補償手当<sup>52)</sup>、再雇用優先権<sup>53)</sup>、再就職援助措置<sup>54)</sup>といった保障的措置が用意されている。

このように、フランスの解雇法制は、補償金の性質を損害賠償と解しつつ、その最低額を法定している点、小規模企業とそれ以外の企業とで扱いを異にしている点などに、特色がある。

### 3 イギリスの解雇法制と金銭解決制度<sup>55)</sup>

イギリスの解雇規制には、主にコモンロー上の違法解雇（wrongful dismissal）、制定法上の不公正解雇（unfair dismissal）及び制定法上の剰員整理解雇（redundancy）の 3 つがある<sup>56)</sup>。

まず、コモンロー上の違法解雇とは、雇用契約に違反する解雇をいう。たとえば、雇用契約又は制定法に基づく予告義務に違反した場合<sup>57)</sup>、雇用契約の内容となっている懲戒手続や剰員整理の人選手続に違反した場

48) 荒木ほか編・前掲注 28)271 頁〔奥田〕。

49) 法律に明記されていない場合でも、同様の効果が判例上認められている。

50) 荒木ほか編・前掲注 28)271 頁〔奥田〕。

51) 解雇予告手当や違法解雇の賠償金とは別に支払われるもので、勤続 2 年以上の労働者については最低額が法定されている（R.122-2 条）。

52) 未消化有給休暇がある場合に支払われる。

53) 経済的理由により解雇された労働者は、契約解消の日から 1 年以内に使用者に申し出れば、当該労働者の職業上の資格に対応する空きポストがある場合に通知を受けることができ、使用者がこれに違反した場合には、賃金 2 か月分以上の賠償金が支払われる（L.321-14 条, L.122-14-4 条 3 項）。

54) 経済的理由による解雇の場合の制度で、従業員 1000 人以上の企業では、希望者に再就職休暇を付与し、それ未満の企業の労働者及び再就職休暇を希望しない労働者に対しては、事前に個人別再就職合意（職業訓練、心理的援助等）の締結を提案することが求められる（L.321-4-2, L.321-4-3 条）。

55) 以下、S. F. DEAKIN & G. S. MORRIS, *LABOUR LAW* ch. 5 (4th ed. 2005), 荒木ほか編・前掲注 28)335-347 頁〔有田謙司〕及び小宮文人『イギリス労働法』151-172 頁（信山社, 2001）を参照した。

56) このほかにも、差別禁止諸法により、差別的な解雇が禁止されている場合がある。この場合の救済方法は、当該被用者の権利の宣言及び補償金（不法行為に基づく損害賠償）の支払命令である。また、差別的な解雇は、不公正解雇にも該当しうる。

57) もっとも、予告義務に違反する場合でも、被用者側に重大な非違行為等の事由が認められれば、違法解雇

合<sup>58)</sup>、雇用契約で限定列挙された解雇事由以外の事由で解雇した場合<sup>59)</sup>などがこれに当たる。かかる解雇に対する救済方法としては、宣言判決 (declaration)、差止め命令 (injunction) 及び損害賠償 (damages) の3つが認められうる<sup>60)</sup>。このうち、原則は損害賠償である。賠償額としては実損額<sup>61)</sup>のみが請求可能であり、裁量的ボーナスや慰謝料の請求は認められない<sup>62)</sup>。さらに、被用者は損害軽減義務を負う<sup>63)</sup>。雇用審判所 (Employment Tribunals) も 25,000 ポンド (約 332 万円<sup>64)</sup>) を上限に損害賠償の支払を命じうる (1994 年雇用審判所管轄権拡大令 (Employment Tribunals Extension of Jurisdiction Order 1994) 10 条)。一方、宣言判決と差止め命令はエクイティ上の救済であり、特別な事情がある場合に裁判所の裁量で認められる。宣言判決 (確認判決) は、かつては特定の役職保持者にのみ認められていたが、現在ではそれ以外の者にも認められるようになっており<sup>65)</sup>、高等法院 (High Court) 以上の審級の通常裁判所だけが命じうる<sup>66)</sup>。差止め命令は、雇用契約により雇用保障が与えられている被用者について、被用者と使用者との信頼関係が失われていない場合にのみ命じられるもので<sup>67)</sup>、高等法院以上の審級の通常裁判所だけが命じうる<sup>68)</sup>。

次に、制定法上の不公正解雇とは、1996 年雇用権利法 (Employment Rights Act 1996) 94 条以下に規定されているもので、被用者に不公正に解雇されない権利を付与するものである<sup>69)</sup>。解雇が「公正」であるとされるには、法定の解雇理由 (能力不足、非違行為、剰員整理、違法、その他の相当な理由) に該当し、かつ、法定の不公正解雇事由 (同法 99-105 条) に該当せず、さらに、使用者が合理的に行動したことが必要である (同法 98 条)。不公正解雇に対する救済方法としては、雇用審判所に対し、雇用終了から 3 か月以内に救済の申立てをすることができ (同法 111 条)、第一次的には復職又は再雇用の命令がなされる (同法 113 条)。しかし、それを被解雇者が欲しくないとき又はそれが実行不可能であると雇用審判所が判断するとき<sup>70)</sup>は、第二次的救済として、補償金の裁定がなされる (同法 112 条)。復職又は再雇用の命令をなすか否かを判断するに際して、雇用審判所は、①被解雇者が復職又は再雇用を欲しているか、②復職又は再雇用が実行可能か、③被解雇者が解雇に相当の原因を与え又は寄与している場合には復職又は再雇用を命ずることが妥当かを、考慮しなければならない (同法 116 条)。復職又は再雇用命令の不履行に対しては、被用者の被った損害に相

とはならない。DEAKIN & MORRIS, *supra* note 55, at 401.

58) 前者につき *Gunton v Richmond-upon-Thames London Borough Council* [1980] IRLR 321(CA)、後者につき *Alexander v Standard Telephones and Cables Ltd* [1990] IRLR 55(HC)。

59) *McClelland v Northern Ireland General Health Services Board* [1957] 1 WLR 594 (HL)。

60) DEAKIN & MORRIS, *supra* note 55, at 413-414.

61) たとえば、予告義務違反の場合には、予告が与えられたとすれば得られたと考えられる手取賃金額、被用者の手続上の権利を侵害した場合には、手続に要する期間の手取賃金額、期間の定めのある雇用契約の不当破棄の場合には、期間満了までの手取賃金額となる。DEAKIN & MORRIS, *supra* note 55, at 403-404.

62) 慰謝料につき、*Addis v Gramophone Co Ltd* [1909] AC 488 (HL)。

63) DEAKIN & MORRIS, *supra* note 55, at 405.

64) 2010 年 8 月 20 日の東京外国為替市場の終値 (1 ポンド = 132 円 95 銭) で換算した。以下の換算も同様である。

65) たとえば、*Gunton v Richmond-upon-Thames London Borough Council*, *supra* note 58。

66) DEAKIN & MORRIS, *supra* note 55, at 436.

67) DEAKIN & MORRIS, *supra* note 55, at 437.

68) DEAKIN & MORRIS, *supra* note 55, at 436.

69) ただし、勤続年数 1 年未満の者や、定年年齢又は 65 歳以上の者には、一定の理由による解雇の場合を除き、適用されない (同法 108 条、109 条)。

70) もっとも、実際には、使用者側から復職・再雇用が不可能であるとの申出があった場合には、それに沿った判断がなされることがほとんどである。DEAKIN & MORRIS, *supra* note 55, at 522.

応する補償金の裁定がなされ（同法 117 条 1 項, 2 項）、全く復職又は再雇用がされなかった場合には、不公正解雇の補償金裁定（同法 118 条ないし 127 条）に加えて、使用者が命令の履行が不可能であったことを立証しない限り、26 週から 52 週給分の付加裁定（*additional award*）がなされる（同条 3 項ないし 5 項）。

補償金の裁定は、基礎裁定（*basic award*）と補償裁定（*compensatory award*）とから成る（同法 118 条）。基礎裁定は、被用者の先任権（*accrued continuity*）の喪失を補償するもので<sup>71)</sup>、被用者の週給（上限あり）×勤続年数（上限あり）×年齢により定められた係数（22 歳未満は 0.5, 22 歳以上 41 歳未満は 1, 41 歳以上は 1.5）で計算される。2009 年 10 月 1 日現在での上限額は 11,400 ポンド（約 152 万円）である<sup>72)</sup>。雇用審判所は、被用者が使用者からの復職の提供を不合理に拒否する場合又は解雇前の被用者の行動を考慮してこれを減額することができる（同法 122 条）。これに対し、補償裁定は、被用者が被った金銭的損害の補償を目的とするもので<sup>73)</sup>、解雇の結果として被用者が被った損害を顧慮したあらゆる事情において雇用審判所が公正かつ衡平と考える額によるとされている（同法 123 条 1 項）。これには、解雇の結果として生じた費用及び解雇がなかったならば受け取ることを期待できたであろう利益が含まれるとされているが（同条 2 項）、精神的苦痛のような非財産的な損害は含まれない<sup>74)</sup>。2010 年 2 月 1 日現在での上限額は 65,300 ポンド（約 868 万円）である<sup>75)</sup>。

この制度の運用実態をみると、2007～2008

年度において不公正解雇と認定された 3,791 件中、復職又は再雇用が命じられたのは 8 件であったのに対し、補償金の裁定がなされたのは 2,552 件、いずれもなされなかったのは 1,090 件であった。また、補償金の裁定額の平均は 8,058 ポンド（約 107 万円）であった<sup>76)</sup>。このように、復職又は再雇用の救済が少ない理由としては、①いったん雇用契約が有効に終了させられてしまうので、元の職に被用者を戻すことは、差止請求の場合と比べると非常に難しいこと、②復職又は再雇用の命令が履行されなかった場合のペナルティーが、補償金の裁定及び付加裁定と弱いこと、③特に、小さな事業所における被解雇者は、組合がなくその支援が期待できず、また、解雇の責任者や事業主と直接接触することから、復職又は再雇用に望まないことが多いこと、④雇用審判所は復職又は再雇用の実行可能性について使用者の見解を重視するため、使用者が反対しているにもかかわらず復職又は再雇用命令が出されることが稀であることが挙げられている。そのような運用に対しては、復職又は再雇用によって事業所内に混乱が生ずることは稀で、多くの復職者は相当期間にわたり当該企業にとどまっていることから、妥当でないとの批判がなされている<sup>77)</sup>。

最後に、制定法上の剰員整理解雇とは、同法 139 条に規定されているもので、解雇が、①「当該被用者をそのために雇用した営業又は当該被用者が雇用されている場所における営業を止めまたは止めんとし」、または、②「特定の種類の仕事を被用者が遂行することに対する当該営業の要求が止み若しくは減少

71) 剰員整理解雇に対する保護を受ける地位（勤続年数に応じて保護が手厚くなる）を失うことなどを指す。DEAKIN & MORRIS, *supra note* 55, at 522.

72) 380 ポンド×20 年×1.5 である。Disclaw Publishing (<http://www.emplaw.co.uk/researchfree-redirector.aspx?StartPage=data%2f00jan06.htm>, 2010 年 8 月 20 日最終検索)。

73) DEAKIN & MORRIS, *supra note* 55, at 524.

74) *Dunnachie v Kingston-upon-Hull City Council* [2004] IRLR 727(HL).

75) Disclaw Publishing (<http://www.emplaw.co.uk/researchfree-redirector.aspx?StartPage=data%2f00jan06.htm>, 2010 年 8 月 20 日最終検索)。

76) Employment Tribunals, Annual Statistics 2007/08 ([http://www.employmenttribunals.gov.uk/Documents/Publications/EmploymentTribunal\\_and\\_EAT\\_Statistics\\_v9.pdf](http://www.employmenttribunals.gov.uk/Documents/Publications/EmploymentTribunal_and_EAT_Statistics_v9.pdf), 2010 年 8 月 20 日最終検索), 4-5.

77) DEAKIN & MORRIS, *supra note* 55, at 522.

するか、又はそのことが予想される」という事実、完全に又は主として起因する場合をいう。被用者は、解雇が上記要件に該当することを証明すれば、使用者に対して剰員整理手当を請求できる（同法 135 条以下）<sup>78)</sup>。この手当は、不公正解雇の補償金の基礎裁定と同じ計算方法で算定される（同法 162 条 1 項）。なお、使用者が解雇に先立ち、契約条件が従来のもとの異なるか、異なるが当該被用者に適した雇用契約の更新又は再雇用の申込みを行ったにもかかわらず、被用者がそれへの承諾を不当に拒否したような場合には、被用者は上記手当を請求できなくなる（同法 141 条）。この規定については、使用者に雇用契約の更新や再雇用の申込みを行うインセンティブを与え、剰員整理解雇を回避する方向へと使用者を誘導する効果が期待できるとの見方がある<sup>79)</sup>。また、被用者代表との協議義務や大臣への届出義務が課されている（1992 年労働組合及び労働関係（統合）法（Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992）188-194 条）。

なお、剰員整理解雇に当たる場合でも、使用者の行動が不合理である場合には、不公正解雇とされる可能性がある。そして、その判断に際しては、①組合と被用者への事前通知と協議がなされたか、②公正な被解雇者選定基準の設定とその公正な適用がなされたか及び③解雇回避措置としての代替雇用の申出が

なしえたかを審査すべきものとされている<sup>80)</sup>。

このように、イギリスの解雇法制は、緩やかに金銭解決を認めている点、補償額の算定方法や上限が法定されている点などに、特色がある。

#### 4 アメリカの解雇法制と金銭解決制度<sup>81)</sup>

アメリカでは、労働に対する規制には、連邦レベルのものと州レベルのものがあり、両者が重複していることも多い。解雇や差別禁止も、両者によって重複して規制されている。

まず、モンタナ州を除き、解雇に対する一般的な規制は存在しないため<sup>82)</sup>、期間の定めのない労働契約の場合には、使用者はいついかなる理由によっても被用者を解雇しうるのが原則である（随意雇用原則（employment-at-will doctrine）<sup>83)</sup>）。この原則に対する例外としては、主に、差別禁止諸法等の制定法による制約<sup>84)</sup>、労働協約による制約<sup>85)</sup>及びコモンロー上の一般法理による制約の 3 つがある。このうち、コモンロー上の一般法理による制約としては、主に、①何らかの明確な法規範に示された公的政策に反する解雇を制限する「パブリック・ポリシーの法理」による制限（public policy exception）、②正当事由

78) ただし、勤続 2 年未満の者（同法 155 条）、通常の退職年齢又は 65 歳に達した者（同法 156 条）及び使用者が被用者の行為を理由として即時解雇できる場合（同法 140 条）には、請求権は与えられない。

79) 唐津博「イギリスにおける整理解雇法ルール」季刊労働法 196 号、116 頁（2001）。

80) *Williams v Compair Maxam Ltd* [1982] IRLR 83(EAT)。

81) 以下、BENJAMIN WOLKINSON & THE MSU EMPLOYMENT LAW GROUP, EMPLOYMENT LAW: THE WORKPLACE RIGHTS OF EMPLOYEES AND EMPLOYERS CH. 10 (2d ed. 2008), D. L. LESLIE, CASE AND MATERIALS ON LABOR LAW 50-104 (3d ed. 1992), 荒木ほか編・前掲注 28)349-361, 411-423 頁〔池添弘邦〕及び中窪裕也『アメリカ労働法』274-282 頁（弘文堂、1995）を参照した。

82) 連邦法では、労働者調整・再訓練予告法（Worker Adjustment and Retraining Notification Act of 1988）によって、集団的解雇の場合の事前の予告手続が定められているのみである。

83) WOLKINSON, *supra* note 81, at 329.

84) 公民権法第 7 編（Title VII of the Civil Rights Act of 1964）に違反する解雇、全国労働関係法（National Labor Relations Act）による組合活動を行ったことを理由とする解雇、内部告発したことを理由とする解雇などが含まれる。WOLKINSON, *supra* note 81, at 330-333.

85) 労働協約には、「正当事由」なく解雇できないと定められていることが多い。ただし、民間企業の組合組織率は、2009 年で 12.3% である（Department of Labor, Bureau of Labor Statistics, *Union Members in 2009* (<http://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm>, 2010 年 8 月 22 日最終検索。))。

がなければ解雇しないと契約において定めた場合の契約法理による制限 (implied contract exception) 及び③契約当事者は互いに契約の目的や相手方の期待を損なう行為を行ってはいならないという「誠実・公正義務法理」による制限 (good faith and fair dealing exception)<sup>86)</sup>の3つが挙げられる<sup>87)</sup>。

これらの制約に違反した場合の救済方法は、違反事由によってそれぞれ異なる。まず、制定法に違反した場合は、各法が規定する手続によって救済が行われる<sup>88)</sup>。次に、労働協約に違反した場合は、労働協約上の苦情処理及び仲裁手続を通じて救済が行われる。また、コモンロー上の一般法理による制約についてみると、パブリック・ポリシーに違反した場合には、不法行為として、逸失利益及び精神的損害の賠償が認められ、悪質な場合には懲罰的損害賠償も認められる<sup>89)</sup>。もっとも、当事者間の雇用保証契約に違反した場合は、契約責任に基づく逸失利益の賠償のみが認められる<sup>90)</sup>。そして、誠実・公正義務に違反した場合も、多くの州では、契約責任に基づく逸失利益の賠償のみが認められ

る<sup>91)</sup>。なお、契約責任と構成される場合には、被解雇者には損害軽減義務が課されるため、速やかに職探しなどをしなければ、賠償額が減額されうる。

整理解雇の場合も、上記の内容が基本的には当てはまる。もっとも、整理解雇の場合には、数週間から数十週間分の賃金相当額の金銭補償や再就職支援などを組み合わせた退職プランを提示して、被解雇対象者に退職を促し、紛争を回避する手段が採られることが多い<sup>92)</sup>。

一方、モンタナ州においては、違法解雇法 (Wrongful Discharge From Employment Act of 1987) によって解雇を制限しており<sup>93)</sup>、コモンロー上の権利と救済はこれに吸収される (同法 13 条)。同法では、①パブリック・ポリシー違反行為の拒否又はパブリック・ポリシー違反の通報を理由とする報復的解雇、②試用期間経過後の正当事由 (good cause) のない解雇及び③使用者が作成した書面に記載された従業員取扱方針に反する解雇の3つを、不当解雇としている (同法 4 条 1 項)。このうち、①と③はそれぞれパブリック・ポ

86) この法理の適用範囲については、全く適用しない州、歩合やボーナス等の支払を免れる目的での解雇などに適用を限定する州、被用者を公平に扱う一般的な義務に違反した場合にまで広く適用する州など、州ごとに異なっている。WOLKINSON, *supra* note 81, at 343-344.

87) 以上につき、WOLKINSON, *supra* note 81, at 334-344.

88) たとえば、公民権法第7編に違反した場合には、まず、専門行政機関に救済を申し立て、そこでの解決が不調に終わった場合に、裁判所に民事訴訟を提起できる。裁判所は、差別的行為があったと認定した場合には、差別的行為の差止め、復職、賃金の遡及支払等を命じ、意図的な差別の場合はさらに損害賠償を命ずる。

89) たとえば、*McMath v. City of Gary, Indiana*, 976 F.2d 1026 (7th Cir. 1992) では、市総務部のディレクターとして採用された原告が、約2年半後に、虚偽の供述書への署名を拒んだことを理由に解雇されたという事案において、陪審が算定した50,000ドルの填補賠償が認められた。なお、アメリカでは、賠償額を陪審が算定することが多いため、その詳細な算定根拠は不明なことが多い。

90) たとえば、*Toussaint v. Blue Cross and Blue Shield of Michigan*, 408 Mich 579 (1980) では、正当な理由なく従業員を解雇しないことをポリシーとしており、その旨を記載した冊子も配布していた会社が、中間管理職として採用され、面談時に口頭で雇用保証を約束されていた原告を、担当業務の苦情の多さを理由として5年後に解雇したという事案において、陪審が算定した72,835.52ドルの賠償が認められた。一方、*Bankey v. Storer Broadcasting Co.*, 432 Mich 438, 443 N.W.2d 112 (1989) では、営業職として採用され13年間勤めた原告を、勤務成績の不良を理由に解雇したという事案において、陪審により55,000ドルの賠償額が算定された (もっとも、使用者によるポリシーの変更を認め、結果的に賠償は認められなかった)。

91) *Foley v. Interactive Data Corp.*, 47 Cal. App. 3d 654 (1988) では、誠実・公正義務違反に対して、契約責任を追及することはできるが、不法行為責任を追及することはできないとされた。一方、*Kmart Corporation v. Ponsock*, 103 Nev. 39, 732 P.2d 1364 (1987) では、9年6か月間勤務し、勤務態度も良好だった、当時時給9.4ドルの原告 (当時52歳) を、退職手当の支払を免れるために解雇したという事案において、不法行為責任として、陪審が算定した393,120ドルの填補賠償と50,000ドルの懲罰的賠償が認められた。

92) 荒木ほか編・前掲注28)421頁〔池添〕。

93) 労働協約の適用を受ける被用者は、適用対象から除外されている (同法 12 条 2 項)。

リシー法理と契約法理の成文化であるのに対し、②は立法による随意雇用原則の否定である。ここでいう「正当事由」とは、「合理的で職務に関連した解雇事由で、十分な職務遂行の欠如、使用者の業務の阻害、その他正当な業務上の理由に基づくもの」と定義されている（同法3条5項）。救済方法は、原則として、4年を上限とする賃金及び諸給付の逸失分の金銭補償であり（同法5条1項）、①について使用者の詐欺又は悪意が証明された場合に限り、懲罰的損害賠償が認められる（同条2項）。なお、この法律は、高額な損害賠償の負担を軽減したい使用者側からの要求に応じて制定されたといわれている<sup>94)</sup>。

このように、アメリカでは、原則として解雇を自由としつつ、不法行為責任や契約責任の法理を用いて、悪質な解雇に一定の歯止めをかけている。

## V. 我が国における金銭解決制度導入の可能性

### 1 各国の解雇法制からの示唆

まず指摘すべきなのは、今回調査した全ての国に金銭解決制度が存在するという点である。金銭解決制度を利用できる要件などから推察するに、各国がこの制度を設けているのは、労働関係の存続を被用者が欲しない場合やその存続が期待しえない場合に、柔軟で妥当な解決を図ることが可能であるからであると考えられる。このうち、ドイツやイギリスでは、復職が第一次的な解決方法とされているが、実際には、和解の活用や金銭解決制度の柔軟な運用によって、金銭解決がなされることが多いようである。一方、アメリカでは、損害賠償が第一次的な解決方法とされている。

金銭解決制度の利用を認める要件としては、労働者若しくは使用者が復職を欲しないこと及び復職が事実上不可能であることの一方向又は双方を要求する国が多い（ドイツは双

方、フランスは前者のみ、イギリスはどちらか一方）。また、差別的解雇や公序良俗に反する解雇については、金銭解決を認めないこととしている国もある（フランス及びアメリカ）。

次に、補償金の法的性質やその算定方法は、国によって異なっている。ドイツでは、補償金はそれ自体不当な職場喪失に対する補償であり、裁判所が定めた相当額によるとされているが、年齢と勤続年数に応じて上限が設けられている。フランスでは、補償金は損害賠償であると解しつつ、一定以上の規模の企業についてはその下限を設けている。イギリスでは、補償金は、被用者の先任権の喪失を補償する基礎裁定と、被用者が被った金銭的損害を補償する補償裁定とからなっており、前者が、解雇当時の賃金、勤続年数及び年齢から機械的に算出される額を基準とするとされているのに対し、後者は、被用者が被った損害を顧慮したあらゆる事情において審判所が公正かつ衡平と考える額によるとされている。また、各々に上限が設けられている。アメリカのモンタナ州の補償金は、逸失利益の損害賠償であると解することが可能であると考えられるが、上限が設けられている。このように、各国の補償金とも、被用者の失った何かに対する補償という意味では損害賠償の性質を有しているといえるが、上限や下限が設けられていたり裁判所の裁量や機械的な算出方法で金額が決められたりすることから、それ以外の性質をも併有していると理解することが可能であるように思われる。

最後に、訴訟構造としては、解雇無効訴訟の中で当事者に申出をさせる国（ドイツ）と、1個の訴訟の中で裁判所が復職か金銭解決かを選択する国（フランス及びイギリス）とがあるが、後者でも当事者の意思が尊重されるため、両者の実質的な差異は小さいようである。なお、使用者側からの申出による金銭解決を、労働者側からの申出による場合と比べて、より厳格に制限している国もある（ドイツ）。

94) 日本労働研究機構・前掲注28)148頁〔池添〕。

## 2 金銭解決制度導入の必要性

### (1) 解雇無効による救済の限界

まず、実際の事件では、紛争が長期にわたった場合や労使間の信頼関係が破壊されてしまった場合など、復職を認めるよりも金銭解決による方が妥当な解決方法となる場合も多いものと思われる。これは、既に金銭解決を実施している労働審判において、労働者側が復職を請求した場合でも、解雇の無効を確認し又は使用者に解雇を撤回させ、未払賃金や解決金を支払わせた上で、労働者に労働契約の解約に応じさせるという解決がなされることが多いことから窺われる。もちろん、解雇無効による復職の方が妥当な解決となる場合も存在するが、後述するように、金銭解決制度を利用するための要件を適切に設定することで、かかる場合を金銭解決から除外することは十分可能であると考えられる。

また、既に金銭解決が多用されている労働審判との接続を考えた場合、労働審判で金銭解決が妥当であると判断されるような事案について、当事者から異議が申し立てられた場合に金銭解決が不可能となるのは、制度としての一貫性がなく、国民にとって利用しにくいものとなっているとともに、労働審判の解決金額に不服のある者が金額の妥当性を争う方法が用意されておらず、妥当でない。この観点からも、一定の要件の下に金銭解決制度を導入することが望ましいと考える。

### (2) 経済的効率性

労働者がそれぞれ最も多くの価値を生み出せる環境で働き、使用者が最も適した労働者を各業務に従事させることは、人的資源の有効利用による社会全体の経済的効率性の増大につながるだけでなく、労働の限界生産力の上昇による労働者の所得増大にもつながる。

労働者や使用者に現在の雇用関係を解消してより良い勤務先や従業員を探そうという意思がある場合に、迅速に雇用関係を解消し、早期に次のステップに踏み出せる環境を整えることは、使用者の経営効率を高めるためだけでなく、労働者の所得を増大させるためにも必要なことなのである。金銭解決制度は、制度設計の仕方によっては、当事者の意思に沿った早期の雇用関係の解消を可能にするものとして、上記のような要請に応えうるものである。

もっとも、以上のことは、社会全体を平均的に見た場合に言えることであって、個々の労働者に着目すれば、雇用関係の解消が必ずしも妥当とは言えない場合がありうる。そこで、金銭解決制度の利用に、社会全体に与える影響と当該労働者の不利益の程度とを勘案した適切な要件を設定することで、一定の場合には雇用関係の継続を認めることが妥当であると考える<sup>95)</sup>。

### (3) 基準の明確性

仮に、アメリカのように、契約責任や不法行為責任の枠組みで金銭解決を実現する場合、当該解雇がなかったならばその後どれだけ雇用関係が継続されるかを決定するのが困難なことから、賠償額の予測が困難となることが予想される<sup>96)</sup>。かかる事態は、使用者の解雇するか否かの判断や労働者のいかなる救済を求めるかの判断を困難にするため、望ましくない。そこで、仮に契約責任や不法行為責任の枠組みで金銭解決を実現することが理論的に可能であるとしても、立法により金銭解決制度を創設し、その補償額の基準を法定することが望ましいと考える。

また、立法により金銭解決制度を創設する場合には、補償金の性質を必ずしも労働者の被った損害に対する賠償と捉える必要はないため<sup>97) 98)</sup>、労働者の生活保障等をも考慮し

95) もっとも、要件の設定にあたっては、両者を等価的に衡量すべきではなく、雇用継続が社会全体に与える不利益の程度が重大な場合には、たとえ当該労働者に重大な不利益が認められる場合でも、雇用関係を解消させ、当該労働者の保護は補償金を増額するなどの方法によって図るべきであると考えられる。

96) 実際に、アメリカでは、陪審の算定ではあるが、賠償額にばらつきが見られるように思われる。前掲注 89) ないし 91) 参照。

97) フランスの最低賠償額やイギリスの基礎裁定は、損害の発生の有無に関わらず認められるものとして、通

た實際上妥当な補償基準を設定することが可能となる。

### 3 問題点の克服

#### (1) 訴訟上の禁反言

この指摘は、解雇無効訴訟と金銭解決を同一裁判所で行う場合に、労働者が従業員としての地位の存続を主張する一方で金銭解決による従業員としての地位の解消を要求するのは、訴訟上の禁反言に反するのではないかというものである。

しかし、金銭解決を、解雇は無効であり労働契約は存続していることを前提に、合意解約をして又は裁判所が労働契約を終了させて補償金を支払わせるものと捉えれば、少なくとも観念的には従業員としての地位の存続の判断と労働契約の解消の判断との間に時間的なずれが生ずることになるため、主張に矛盾抵触はないといえる<sup>99)</sup><sup>100)</sup>。そのうち、当事者の一方が同意しなくとも金銭解決の利用を認める制度設計とする場合には、合意解約という構成を採用することは難しいように思われるので、裁判所が労働契約を終了させるという構成を採用が必要であろう。この場合、裁判所が判決によって契約を終了させ、また労働者

の補償金請求権を発生させるのであるから、それらを内容とする形成判決をするとともに<sup>101)</sup>、労働者に債務名義を取得させるため、補償金支払の給付判決をすることとなる<sup>102)</sup>。また、このような構成を採る場合には、労働者が改めて辞職の申出をする必要はないため、辞職の申出と補償金の支払との引換給付判決をする必要はないことになる<sup>103)</sup>。

#### (2) 働く権利の保障

労働は、自己実現の重要な手段の1つであり、労働者の人格的価値と深く結び付いている。したがって、労働関係の終了には、労働者の意思ができる限り反映される必要がある。しかし、一方で、社会的に又は使用者から見て、当該労働者による当該労働の継続が経済的効率性を著しく害する場合には、労働者の同意がなくとも、厳格な要件の下で、労働関係を終了させることも認められるべきである<sup>104)</sup>。そこで、使用者からの金銭解決の申出を認める制度とした上で、裁判所が金銭解決の方法を採るには、労働者の同意を得ることを原則とし、それが得られない場合には、使用者の不利益が特に重大な場合などに限って、例外的に認めることとすべきである<sup>104)</sup>。

---

常の損害賠償とは異なる位置づけを与えられている。

98) 労働者が補償金とは別に損害賠償を請求することが認められるかについては、後述する。

99) これは、金銭解決の審理に先立って解雇が無効か否かについて審理・判断を行うという訴訟構造を採用する場合には、一層明確なものとなる。

100) かかる構成を採る場合、裁判所は、金銭解決の判決とともに、解雇無効の宣言も行うこととなる。

101) 制度設計の仕方によっては、当該判決を求める訴訟は、裁判所が裁量的に補償額を決定する手続として、形式的形成訴訟に近い性質を有することになる。いずれにせよ、当該訴訟に、従来の形成訴訟がその趣旨としてきた、法律関係の変動を多数の利害関係人との間で明確かつ画一的に生じさせ、法律関係の安定を図るという機能はない。

102) 使用者が補償金を支払わない場合に労働者に改めて給付訴訟を提起させるのは紛争の解決を遅らせることとなって妥当でなく、他方、違法な解雇をした使用者側に請求異議の訴えを提起する負担を負わせても不当とはいえないと考える。

103) これに対して、今後の労働契約法制の在り方に関する研究会・前掲注6)61頁は、従業員たる地位の確認を求める訴えと、その訴えを認容する判決が確定した場合において当該確定の時点以後になす本人の辞職の申出を引換えとする解決金の給付を求める訴えとを同時に行う制度とすることで、この問題を解決しようとする。しかし、かかる制度によると、労働者が辞職を申し出るか否かの自由を有することとなるため、使用者を不安定な地位に置くこととなり、また、使用者から申出があった場合に下される判決の形式との一貫性にも疑問がある。よって、本文に示したような制度とするのが妥当である<sup>104)</sup>と考える。

104) ドイツでは、使用者からの金銭解決の申出を認めつつ、それが認容される要件を厳格に設定している。また、イギリスでも、労働者が欲しない場合には、復職が実行不可能であることが金銭解決の要件とされている(もつとも、前掲注70)で指摘したように、この要件は非常に緩やかに解されている)。

### (3) 解雇の誘発

労働関係を終了させることが望ましい場合もありうるという本稿の立場からは、かかる批判は、労働関係を終了させるべきでない場合にまで労働関係を終了させてしまうことを憂慮するものと捉えられるが、前述したように、要件を適切に設定すればかかる問題は克服することが可能であると考え。また、金銭解決制度を導入しなければ、労働関係を終了させるべき場合にも終了させることができないのであるから、要件の適切な設定が可能である限り、金銭解決制度を導入すべきであると考え。適切な要件の具体的な内容については、後述する。

### (4) 使用者への人格的従属

この指摘は、解雇の脅威が労働者の使用者への人格的従属を強め、その結果、労働者の人間としての尊厳が侵害される危険が生ずることを憂慮するものである。

しかし、真に使用者への人格的従属を強めるものは、他企業への再就職の困難さである。なぜなら、他企業への希望の労働条件での再就職が容易であれば、解雇がなされたとしても当該労働者にさほどの不利益は生じず、その結果、使用者に対し人格的に従属する必要もないのに対し、再就職が困難であれば、解雇のみならず、当該企業での出世の途を断たれることや、当該企業内での人間関係が悪化することも、労働者にとって大きな脅威となり、使用者への人格的従属を招くことになるからである。

そうだとすると、解雇のみを制限することは、この問題を根本的に解決する方法とはなりえない。むしろ、解雇を困難にすることが、企業の採用態度を慎重にし、再就職を一層困難なものとすることによって、かえって使用者への人格的従属を強めている可能性さえあるのである。

### (5) 退職金制度との関係

上記のような問題点に加えて、使用者の側から、我が国では退職金制度が充実しており、被解雇者の生活は十分に保障されているため、さらに補償金制度を設けることは妥当でないとの主張がなされることがあるので、それについて検討する。

たしかに、退職金は、純粋な賃金の後払いであるとは解されておらず<sup>105)</sup>、近年では企業年金に組み替えられる例も増えていることからしても<sup>106)</sup>、被解雇者の生活保障の性格をも有していることは否めない。しかし、特に中小企業においては、退職金制度が充実していないあるいは存在しない企業も少なくないため、かかる理由により一律に金銭解決制度を設けないこととするのは妥当でない。また、退職金のうち生活保障の性格を持つ部分を補償額から差し引くこととするのも、退職金のうち賃金の後払的性格を持つ部分をそれ以外の部分から完全に分離することが通常不可能であることから、妥当でない。そこで、あくまで使用者側に補償金の支払義務があることを前提に、退職金制度が充実している企業については、裁判所の裁量で補償額を減額するという仕組みにすることが、妥当であると考え。

## 4 制度設計のあり方

### (1) 申立人

まず、労働の人格的価値を重視するとしても、労働者からの申出を認めることは差し支えないと考える。労働者が雇用関係の解消を望むことは大いにありうることであって、かかる場合には当該労働はもはや当該労働者にとっての人格的価値を失ったといえるからである。また、後述のように、補償額の算定基準をある程度客観的なものとするのであれ

105) 従来、退職金については、懲戒解雇や競争禁止義務違反等の場合に退職金を減額・不支給とすることができるとの議論の中で、賃金の後払的性格と功勞報償的性格を併せ持つものであるとの理解がなされてきた（荒木尚志『労働法』116頁（有斐閣，2009）、菅野・前掲注1）216頁）。功勞報償的性格というのは、賃金とは別に会社への貢献に対するボーナスとして支給されるという意味であるから、そこに退職後の生活保障という意味を讀み込むことも可能であると考え。

106) 菅野・前掲注1）216頁。

ば、金銭解決を申し出たことで労働者が不測の不利益を被ることもないといえる。

一方、使用者からの申出を認めることには慎重であるべきであると考え。なぜなら、前述のように、労働の人格的価値を重視する立場からは、雇用関係の終了には、労働者の意思ができる限り反映される必要があるからである。もっとも、雇用関係の解消について労働者から同意が得られる場合には、上記立場からも金銭解決を認めて差し支えないのであるから、一律に使用者からの申出を排除する必要はない。使用者からの申出を認めた上で、裁判所は原則として労働者の同意がなければかかる解決方法を採用できないとすることが妥当であろう。もっとも、前述のように、労働者の同意がない場合でも、厳格な要件の下で、なお金銭解決が可能な場合も認めるべきであると考え。

## (2) 要件

まず、労働者が金銭解決を申し出た場合、及び、使用者が金銭解決を申し出た場合で労働者の同意を得た場合には、労働の人格的価値を重視する立場からも金銭解決を認めて差し支えないのであるから、格別の要件を設ける必要はないと考える<sup>107)</sup>。

一方、使用者が金銭解決を申し出た場合で労働者の同意を得られない場合には、労働者の意思を尊重する観点から、たとえば、「労働者の復職が著しく困難であると認められる場合に限り」といった厳格な要件を満たした場合にのみ、金銭解決を認めるべきであると考え<sup>108)</sup>。また、当該解雇が公序良俗に反する場合には、原則として復職を救済方法と

すべきである<sup>109)</sup>。

## (3) 補償金の額及びその性質

まず、補償金の額の算定方法としては、①法令で具体的な算定方法を規定するという方法と、②集団的な労使合意によってあらかじめ設定された金額によるという方法<sup>110)</sup>の2つが考えられる。このうち、②を主張する見解は、立法段階で算定基準についてコンセンサスを得るのが困難であること、一律の基準を設けることは必ずしも個々の事案に妥当な解決をもたらさないことなどをその根拠としているものと思われる。しかし、集団的な労使合意によることとすると、労働組合の力が弱い企業やそれが存在しない企業では、労働者保護が図られないおそれがある。また、個々の事案の妥当な解決は、企業の規模によって異なる補償額の算定方法を設定したり<sup>111)</sup>、裁判所による裁量的な減額の余地を認めたりすることによっても達成しうる<sup>112)</sup>。そうだとすると、①の方法を採用しつつ、その基準を適切に設定することで、コンセンサスを得る努力をしていくという立場を採ることが妥当であると考え。

そこで、具体的な算定基準について検討するに、予測可能性確保の要請と柔軟で迅速な解決の要請とを両立させるには、客観的な算定方法により算出された基準額を、裁判所が裁量によって一定の範囲内で（たとえば、基準額の3割程度まで）<sup>113)</sup>増減することを認めるとともに、解雇により労働者が通常被る損害は別途賠償請求できないこととするのが望ましいと考える。このうち、基準額については、失業期間中は解雇当時の賃金分の逸失

107) イギリスでは、労働者が復職を欲しないときは、補償金の裁定がなされるとされている。一方、ドイツでは、労働者からの申立ての場合でも、「労働関係の存続が期待しえない」ことが必要であるとされている。

108) ドイツでは、使用者からの申出に対しては、労働者からの申出の場合と比べて、より厳格な要件を課している。

109) フランスやアメリカは、そのような制度を採用している。

110) 今後の労働契約法制の在り方に関する研究会・前掲注6)62頁参照。

111) フランスでは、解雇した企業の従業員数が11人以上であるかそれ未満であるかによって、扱いを異にしている。また、ドイツの解雇制限にも小規模事業者の特例が認められている（前掲注30）参照。

112) ドイツやイギリスは、このような方法で、個々の事案の妥当な解決を図っていると理解できる。もっとも、裁判所の裁量をあまりに広く認めてしまうと予測可能性の確保が困難となるため、立法又は運用により一定の制限を加えることが必要である。

113) このように、補償額の上限と下限を設定することで、予測可能性が確保される。

利益が生じていると考えられること、一般に年齢が高くなるにつれて、子供の教育費などの支出が増加し、また、再就職が困難となること、勤務年数が長いほど職を失ったことに対する精神的損害が大きいと考えられることから、①解雇当時の賃金、②年齢及び③勤続年数により算定することが妥当であると考えられる。具体的には、諸外国の補償額の算定方法やその相場等に鑑みて、たとえば、解雇当時の年間賃金<sup>114)</sup>×年齢に応じた係数(25歳未満は0.5, 25歳以上45歳未満は1, 45歳以上65歳未満は1.5)×勤続年数に応じた係数(勤続10年未満は0.5, 10年以上は1)により算出される額などと設定することが考えられよう<sup>115)</sup>。また、裁判所が補償額を基準額から増減するに当たっては、被解雇者の生活保障の観点から、被解雇者の家族状況など生活保障の必要性を左右する事情を、また、通常被る損害は別途賠償請求できなくなることから、解雇の態様、労働者の対応、使用者の責任の程度などを勘案すべきであると考えられる<sup>116)</sup>。さらに、個々の事案に即した妥当な解決を図る観点からは、被解雇者の再就職の状況<sup>117)</sup>や退職金制度の充実度を上記生活保障の必要性を左右する事情として勘案することや、小規模企業の場合の基準額を通常よりも一定程度(たとえば、通常の3分の2程度に)減額するといった措置を採ることも必要であろう。

もっとも、予測可能性の確保を十全なものとするためには、別途賠償請求ができない「解雇により労働者が通常被る損害」に何が含まれるのかを具体的に確定しておく必要がある。この点、予測可能性を確保するとともに、紛争を一回的かつ迅速に解決するために

は、特別の損害と認められる場合を狭く解するのが妥当であると考えられる。具体的には、まず、逸失利益については、たとえば、被解雇者が障害者であるため再就職が著しく困難であるなどといった特別の事情がない限り、別途賠償請求をすることはできず、また、精神的損害についても、たとえば、解雇の態様があまりにも悪質で、それが原因となって精神疾患を発症してしまったなどといった特別の事情がないかぎり、別途賠償請求をすることはできないとすることが考えられる。そのように解しても、裁判所の裁量である程度の補償金の増額が認められれば、被解雇者に酷であるとまではいえないであろう。

次に、そのように算定されるものとして補償金を設計する場合、その法的性質はいかなるものであると理解することが可能であろうか。補償金の法的性質として考えるものとしては、①労働者の被った損害に対する賠償、②労働者の被った損害とは無関係に、法律によって認められた特別の給付、③両者の性質を併せ持ったものという3つがある。このうち、①と構成すると、労働者に補償額より少ない損害しか生じていないことを使用者側が証明すれば補償額は減額されることとなる一方、労働者は補償額を超える損害を証明して別途損害賠償を請求できることとなると考えられるのに対し、②と構成すると、労働者に補償額より少ない損害しか生じていないことを使用者側が証明しても補償額は減額されないこととなる一方、労働者は被った損害の全額を別途損害賠償として請求できることとなると考えられる。一方、③と構成すると、これらの扱いについては必ずしも一義的には決まらず、たとえば、上で検討したよう

114) ここにいう年間賃金に賞与を含めるべきかが問題となるが、我が国においては一定額の賞与が支払われることを前提として生活設計がなされることが多いため、含めるべきであると考えられる。

115) ドイツでは、原則として①と③から補償額を算定するという運用がなされているようである。また、イギリスの基礎裁定は、原則として①ないし③から算定された額によるとされている。

116) ドイツでは、①と③から算定された補償額を、年齢、家族状況、解雇の社会的不当性の程度などを勘案して調整するという運用がなされているようである。また、イギリスでも、基礎裁定については①ないし③から算定された額を被用者の行動を考慮して減額することが認められており、補償裁定については「解雇の結果として被用者が被った損害を顧慮したあらゆる事情において雇用審判所が公正かつ衡平と考える額」によるとされている。

117) ドイツにおいても、補償額の算定にあたって、見込まれる失業期間の長さが考慮されているようである。

な、労働者に補償額より少ない損害しか生じていないことを使用者側が証明しても補償額は減額されないとしつつ、労働者は通常被る損害については別途損害賠償を請求することができないものとするのも可能であるように思われる。よって、③を採用することが妥当であると考え。この場合、補償金は、労働者の生活保障のために法律によって認められ、損害額の多寡によって減額されない特別の給付であるとともに、労働者が通常被る損害をも包含するものであるということになろう<sup>118)</sup>。なお、労働者が通常被る損害を超える特別の損害を被ったとして別途損害賠償請求訴訟を提起した場合には、損害額の立証の困難さに鑑み、民事訴訟法 248 条の適用も検討すべきであろう<sup>119) 120)</sup>。

#### (4) 訴訟構造

まず、解雇無効訴訟とは別個の手続として金銭解決を求める訴訟を提起させるのか、解雇無効訴訟と同一の手続の中で金銭解決を選択できるようにするのが問題となるが、労働者が訴訟の途中で地位確認から金銭解決に（又はその逆に）方針を転換することが容易であること、使用者が金銭解決を申し出たが労働者の同意が得られない場合に裁判所の判断で復職を認めることが必要な場合があること、両者が別個に提起された場合に判断の矛盾抵触のおそれがあることなどから、両者は同一手続の中で審理・判断されるのが望ましいと考える<sup>121)</sup>。

次に、解雇無効訴訟において金銭解決の申出をさせ、両者を同一手続内で審理・判断するとしても、両者を並行して審理・判断する制度にするのか、解雇無効の審理・判断の後に金銭解決の審理・判断に入る制度にするの

かが問題となる。この点については、補償金を支払うことで違法な解雇が有効となってしまうのは不当であるとの批判に配慮して、まずは解雇が無効か否かのみを審理・判断し、解雇が無効であると判断された場合に初めて金銭解決の審理に入ることとするのが妥当であると考え。そのような制度を採用するとしても、解雇無効の審理で形成された心証はそのまま金銭解決の判断に反映されるため、審理の重複や紛争解決の遅延を招くことはないものと思われる。また、そのような制度とする場合には、審理が段階的になされることを明確にするために、解雇無効について中間判決（民事訴訟法 245 条参照）をした後に金銭解決の審理に入る制度とすることも検討すべきであると考え。

## VI. 結論

本稿では、我が国解雇法制における金銭解決制度の導入の可能性を、諸外国における同様の制度の実態やそれについての議論を踏まえて検討してきた。これにより、金銭解決制度の導入が解雇紛争の迅速かつ適切な解決に必要であること、及び、弊害として指摘されている事項も制度設計の仕方によって克服することが可能であることを明らかにし、また、諸外国の制度を参考として、考えうる 1 つの制度モデルを示すことができたと考えている。今後は、特に補償額の算定基準についての議論を深め、立法に向けたコンセンサスを形成していくことが課題となろう。

(いくた・だいすけ)

118) フランスの最低賠償額は、これに近い法的性質を有すると理解することが可能であろう。

119) 本条が適用される例として、事故により死亡した幼児の将来得べかりし利得を喪失したことによる損害の額などが挙げられているため（法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』288 頁（商事法務研究会, 1996））、見込まれる失業期間の立証が困難な本文のような場合にも、適用の基礎があると考え。

120) 被用者が被った損害について認められるイギリスの補償裁定でも、「被用者が被った損害を顧慮したあらゆる事情において雇用審判所が公正かつ衡平と考える額による」とされている。

121) ドイツでも、解雇無効の訴えの中で、当事者が金銭解決を申し立てる制度を採っている。また、フランスでも、1 個の手続の中で裁判官が復職の提案か賠償命令をするという制度を採っている。さらに、イギリスでも、不公正解雇に対する救済申立ての中で、一定の事由があれば金銭解決が採られる制度となっている。

# 憲法学から見た行政裁量とその統制

2008年4月入学

太田健介

## I. 問題の所在

- 1 違憲の行政処分？
- 2 論点 — 憲法学は行政裁量を統制できるか—
- 3 判例 — 権利論の居場所は—
- 4 議論の方向

- (1) 文言アプローチ（法律による具体化の予定）
- (2) 権利性アプローチ（憲法ランクの実体的権利性の否定）
- (3) 権限分配アプローチ（立法府の一次的判断権）

## II. 行政法上の議論の俯瞰

### 1 行政裁量の根拠

- (1) 公益実現のための権限分配（佐々木惣一）
- (2) 政策的技術的判断と合理的な法の解釈（田中二郎）
- (3) 「憲法上の権利—法律の留保—行政」の連関（美濃部達吉）
- (4) 小括

### 2 行政裁量の統制手法

- (1) 判断代置（ゼロ裁量）
- (2) 裁量の逸脱と濫用
- (3) 社会通念審査
- (4) 裁判所による価値の提示
- (5) 論証過程統制
- (6) 小括

### 2 司法—立法関係② — 立法裁量の統制手法—

- (1) 裁量濫用アプローチ（憲法上の権利を—考慮要素とする統制）
- (2) 裁量逸脱アプローチ（比例原則）
  - ・原則により方向づけられた裁量
  - ・事の性質によって制限された裁量
  - ・平等原則による裁量統制

### 3 小括

### 4 立法—行政関係 — 本質性理論—

## III. 機能的アプローチ — 立法裁量論の応用可能性—

### 1 司法—立法関係① — 立法裁量の根拠—

## IV. 権利論アプローチ — 憲法上の権利論—

- 1 「権利侵害—侵害の正当化」の枠組み
- 2 比例原則の権利論からの正当化—原理的基本権論—

## V. 司法—行政関係 — 行政裁量の憲法的統制—

- 1 憲法上の権利論と裁量論の擦り合わせ
- 2 一応の結論

## I. 問題の所在

### 1 違憲の行政処分<sup>1)</sup>

日本国憲法 81 条は、違憲審査の対象として「一切の法律、命令、規則又は処分」を挙げている。ここにいう処分とは、立法、司法、行政の各機関における、公権力による個別具体的な法規範の定立行為を指すと考えられている<sup>1)</sup>。このような定義からすれば、行政処分が違憲審査の対象となることは明らかである。

だが、これまでのところ、我が国最高裁の違憲判決で、行政処分の違憲を宣言したものは存在しない<sup>2)</sup>。

違憲判決の数がそもそも少ないという点は措くにしても、これには理由がないわけではないと思われる。

第一に、行政処分の根拠法に違憲の瑕疵がある場合は、端的に法令が違憲であると言えばよく、かつ、それで足りる。行政処分の瑕疵が争われる場合、上告理由によって提起され最高裁が判断を示す、当該事件における憲

法上の争点の多くは、行政処分の根拠となった法令の違憲性であると想定されるし、現に最高裁も、憲法上の争点が提出された場合には、後に述べるように、法令が合憲かを抽象的に判断することを志向している。また、違憲の問題が生じるのは法律レベルに限られ、合憲の法律に基づく処分は、瑕疵があったとしても違法としかならないと考えることもできなくはない。

第二に、取消訴訟や国賠訴訟をする限りは、行訴法や国賠法の要件上、行政処分の違法性が認められれば足りるから、わざわざ行政処分の違憲を宣言する必要はない<sup>3)</sup>。このように、右のいずれの場合も、行政処分の違憲性を明らかにする技術上の必要はないのである<sup>4)</sup>。

とはいえ、違憲の法令に基づく行政処分は、根拠法が違憲無効とされるのだから、論理的には瑕疵ある法律に基づく処分として違憲となり得るのではないか。また、根拠法が合憲有効であっても、それに基づく具体的な行政処分が憲法上の権利を侵害するとして違憲と評価される場合も考えられないわけではないだろう。たとえば、法律が免許制を採用

1) 野中俊彦ほか『憲法Ⅱ（第4版）』266頁（有斐閣、2006）。

2) 戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』350頁（有斐閣、2008）は、処分違憲の判決として強制調停違憲判決（最大決昭和35年7月6日民集14巻9号1657頁）、第三者所有物没収事件（最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁）、愛媛県玉串料訴訟（最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁）を挙げる。新正幸『憲法訴訟論』479頁（信山社、2008）も同様。しかし、前二者は司法機関である裁判所が主体となった処分であり、また、最後のものは行政機関を主体とはするものの、行政処分が念頭にするような公権力の行使があったとは言い難い。以下、本稿は申請拒否処分や不利益処分を想定しながら議論を進めるが、右の諸判決が問題視した処分は、いずれも本稿がイメージする行政処分とは無縁である。なお、後述する泉佐野市民会館事件は、行政処分の違憲があることを匂わせるものの、行政処分が違憲であるとの判断をしたわけではない。

3) 藤井樹也准教授はこの理由を「無益の恥」「専門の徳」の仮説によって説明している。前者は、憲法学には実益がない議論を避ける傾向があり、違法の結論が導かれるなら、同時にそれが違憲となるかというような議論は「机上の空論」となること、後者は、伝統的な枠組み（本稿のテーマに則して言えば、裁量の逸脱濫用による違法）が確立されている場合はそれに従えば十分であり、敢えて違憲性の判断に踏み込む必要がないことを指す（藤井樹也「違憲性と違法性」公法71号112頁、119頁（2009））。また、行政法学の立場から、「誤解を恐れずに言えば、行政法研究者にとって「処分が違法である」という結論を得るためだけであれば、憲法論を展開する必要性に乏しい」と告白する、須藤陽子「比例原則と違憲審査基準」立命館法学321・322号264頁、266頁（2008）。だが、本稿が敢えてこの点を問題にするのは、処分の違法性とは別にその違憲性、すなわち行政処分の憲法レベルの統制を観念することに、司法審査の向上という実益があると考えられるからである。なお、行政訴訟に憲法論を持ち込むことで「行政法の再検討」を迫るといった効果が得られると評価する奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法41号97頁、99頁（1979）。

4) たとえば、薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）の場合、原告が求めたのは不許可処分の取消であったが、行訴法上これが認められるためには不許可処分が違法とされれば十分なのだから、この処分を違憲と言うべき法技術上の必要はないと言える。そしてまた、上告理由によって最高裁が判断を求められたのは、不許可処分ではなくその根拠法である薬事法の違憲性であった。

することが合憲でも、具体的な免許拒否処分に瑕疵があるために申請者の営業の自由が侵されるという状況を想像されたい<sup>5)</sup>。法律自体に瑕疵があることによる憲法上の権利の侵害と、法律に基づく、すなわち、行政処分による憲法上の権利の侵害とで権利侵害<sup>6)</sup>の程度に差がないとすれば<sup>7)</sup>、違憲の問題が生じるのは法律だけで、法律に基づく処分には違法の問題しか生じないと考えることには慎重でなければならないように思われる<sup>8)</sup>。ここに、行政処分の違憲を考える余地が生まれる。

ところで、処分の違憲という問いの立て方は、違憲判断の方法とも関わる。本稿が検討しようとしている法令の合憲性を前提にした処分の違憲は、芦部信喜教授においては適用違憲の第3のパターン、すなわち「法令そのものは合憲でも、その執行者が人権を侵害するような形で解釈適用した場合」(傍点原文)として整理されていた<sup>9)</sup>。だが、適用違憲は本来適用される限りで法令が違憲であるとす

るもので、法令の合憲性に疑問がないのに適用違憲と構成するのには無理がある。この場合には単純に行政処分が違憲であるとすればよく<sup>10)</sup>、法令レベルではなく処分レベルで憲法問題が生じると考えるべきように思われる。

この点、先にも述べたように具体的事件を解決するには処分の違法が認められれば足りるのだから、処分に違憲の評価をすることは憲法判断を具体的事件の解決に必要な範囲に限るという観点からは過剰であるとの批判が考えられる。しかし、これは憲法論を持ち出さなくても満足な解決ができるときのみ妥当する批判である<sup>11)</sup>。後述するように、行政処分に裁量が認められる場合、処分の違法性を審査する余地は狭まるのだから、違法性の次元では私人が救済されない可能性があることは否定できず、かかる批判は決定的とまでは言えないだろう<sup>12)</sup>。

また、本稿が想定する、法令は合憲だが処分が違憲という状況については、付随的違憲

5) 判例は酒税法が酒販免許制を定めることは憲法22条1項に反しないとしているが(最三判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁)、法の個々の適用場面において具体的な免許拒否処分が違憲とならないかは、別途検討を要すると言うべきであろう(長谷部恭男「判批」法協111巻9号1417頁、1427頁(1994))。

6) このような表現の意味については、V1で論じる。

7) 須藤・前掲注3)265頁は、行政処分の違憲があり得ることを前提に、この問題に関心のある行政法学者に、法令違憲を念頭にする憲法学は十分な道具立てを提供できていないのではないかという趣旨の指摘をしている。須藤教授が憲法学に求めているのは「憲法上保護されるべき権利ないし自由の内実を得ること」、つまり憲法上の権利の実体的な保護法益の充実であり(すなわち処分の違憲が、行政処分が憲法上の保護法益を侵すこととして想定されている)、そこから先の司法統制は行政法学の領分ということのようである(同276頁)。

8) なお、法律に基づく制約であっても、法律の適用が常に違憲と判断される場合には法令違憲の結論が導かれ得るとする見解として、宍戸常寿「憲法上の権利の制約」法セ643号70頁、72頁(2008)。

9) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第4版)』371頁(岩波書店、2007)。もっとも、芦部教授の適用違憲の類型論には変遷が見られる。1974年の論文ではアメリカの判例に依拠して①法令の合憲的に適用される部分と違憲的に適用可能な部分が可分であるときに、違憲的状况に適用された場合②法令の執行者が合憲的適用の場合を限定しなかったため、または合憲限定解釈が不可能なために、違憲的適用の場合も含めて解釈適用した場合③法令そのものは合憲でも、執行者がそれを憲法で保障された人権を侵害するような形で適用した場合の3つに整理されていた(芦部信喜「公務員の政治活動の自由とLRA基準」『憲法訴訟の現代的展開』189頁、221頁(有斐閣、1981)[初出1974])。芦部『憲法(第4版)』では、①が削除され、②が2つに分けて記述されていると理解できるが、これは(アメリカの判例ではなく)日本の判決を説明することが意識された結果であるように思われる。

10) 野坂泰司「憲法判断の方法」大石眞＝石川健治編『憲法の争点(第3版)』(ジュリ増刊、新・法律学の争点シリーズ3)286頁(有斐閣、2008)。

11) 憲法判断回避の代表例とされる恵庭事件(札幌地判昭和42年3月29日下刑集15巻9号2317頁)は刑事事件であり、構成要件該当性について裁判所が完全な審査権を有していた。

12) 芦部教授は、第3のパターンの適用違憲は「人権の保障を確保するという観点から言えば、裁量権の濫用ないし逸脱のレベルで解決する場合(この場合はどうしてもバランスが裁量権に有利に働く)よりも、はるかに大きな意義を持っていると言うことができる」とする(芦部信喜「教科書訴訟と違憲審査のあり方」『人権と憲法訴訟』295頁、311頁(有斐閣、1994)[初出1993])。

審査制の下では、法令違憲（法令が適用されるいかなる場合においても違憲）が例外的であるように、具体的事案を離れてある法令が一般に合憲である旨の判断がなされることはないのだから、法令の合憲性をまず確定するという出発点が誤っている、という批判が考えられる。

だが、判例実務に親しみやすい議論をするという観点からは、このような枠組みを採用することも不当ではないと考える。付随的違憲審査制の建前にもかかわらず、我が国の最高裁は寧ろ抽象的な違憲審査を心がけているように見えるからである。猿払事件最高裁判決<sup>13)</sup>は、適用違憲の判断をした一審を「法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであって、ひつきよう法令の一部を違憲とするにひとし」と批判している。ここからは、最高裁が法令の違憲審査を、具体的事案との関係ではなく「法令が当然に適用を予定している場合」を念頭に抽象的に行っている可能性を指摘できる。このような最高裁の考え方を批判することは容易であるが、これを前提としながらもなお有意な統制を図ることができるという議論の立て方もあるのではないか<sup>14) 15)</sup>。

## 2 論点 —憲法学は行政裁量を統制できるか—

このように考えると、行政処分の違憲という問題は、憲法のドグマティックに即してシリアスに検討されねばならないように思われる。だが、これを考える上では、行政処分に係る司法審査を制約する行政裁量をどのように処理するかという難問を避けては通れない。

言うまでもなく、行政裁量論は立法・司法・行政の各機能の関係を問う、公法学上の一大論点である。だが、これまでその検討は、解釈体系への位置づけ方はそれぞれ異なるものの<sup>16)</sup>、主として行政法の論者によって行われ、憲法学に取り込まれることは稀でなかったかと思われる。もっともこれは、憲法学は立法裁量を扱い<sup>17)</sup>、行政法学は行政裁量を扱うといった棲み分けからすれば、当然のことではあったかもしれない。現に、1978年の公法学会では一人の論者によって報告された立法裁量と行政裁量は<sup>18)</sup>、1992年には専門分野を憲法学、行政法学と異にする別の論者によって語られている<sup>19) 20)</sup>。

確かに、憲法の観点からの行政裁量ないしその統制を主題に据えた邦語文献は、意外なほど探すのが難しい<sup>21)</sup>。たとえば、山下義

13) 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。

14) 注5の長谷部教授の指摘も、この方向を目指しているように思われる。

15) なお、本稿が「法令合憲、処分違憲」のアプローチを採る理由にはもうひとつ、本節の既述が、Vで示されるように付随的違憲審査を建前としないドイツ由来の憲法上の権利論ふうに組み立てられていることである（憲法上の権利論と従来の憲法訴訟論との折り合いをどのようにつけるかという点は非常に重要な論点であるが、本稿ではこの点を詳しく検討することはできない）。

16) 行政行為に関連して論じるものが多いと思われるが、たとえば、藤田宙靖『行政法I（第4版改訂版）』94頁（青林書院、2005）以下は、行政裁量を法律による行政の原理の例外（「伝統的な理論体系内部で、法律による行政の原理が未だ完全に徹底されていない部分」（同書61頁））として位置づける。これは、藤田教授が行政活動の円滑な運営の要請を法律による行政の原理と同じレベルで対抗する原理と捉えているからであろう（同書62頁）。

17) 結果として立法裁量論は違憲審査基準論に取り込まれていくことになる。たとえば、戸松秀典『立法裁量論』（有斐閣、1993）の、特に第2章。

18) 覚道豊治「立法裁量と行政裁量」公法41号171頁（1979）。「行政は憲法および法律あるいはその他の法令の枠によって羈束されて」と、憲法による行政裁量の拘束を匂わせるが、裁量の枠を超える行為は違法だと述べるにとどまる（同179頁）。

19) 戸松秀典「立法裁量」公法研究55号109頁（1993）。

20) 宮田三郎「行政裁量」公法研究55号136頁（1993）。

21) ただ、後述する大塚報告により、状況は一変したとも言えるかもしれない。なお、本稿の準備に取り掛かっ

昭「行政裁量の司法統制—最高裁判例の論理の憲法論的、比較法的検討—」<sup>22)</sup>は、「行政裁量も憲法的価値実現の中から出てくるものであるから、これを評価する基準も又憲法の中に見出さなければならない」という前提に立ち、行政裁量を要請するファクターとして憲法が「積極的な社会国家観」を採用したことに伴う「行政任務の拡大、行政内容の変化」を、これを統制するファクターとして民主主義、基本的人権尊重の原理、法治主義をそれぞれ挙げている。山下教授の挙げる諸要素が裁量統制の道具になることには本稿も同意するが、山下論文ではこれらの諸要素についての原理的な議論、あるいはこれらの諸要素が裁量統制に当たってどのように作用するかといった議論が深く詰められておらず、それが原因で判例分析とも噛み合っていない嫌いがある。

また、船越清明「民主制の論理と憲法の論理における行政—（行政）裁量に対する司法統制に関する一考察—」<sup>23)</sup>は、憲法を法治国的構成部分と政治的構成部分とに分析するカール・シュミットの『憲法理論』を出発点にしなが、ヴェルナー・ケーギに倣い、前者を「憲法の論理」、後者を「民主制の論理」と呼び、両者の緊張関係が行政裁量の統制にも影響するという見解を示す。「憲法の論理」は司法的統制を、「民主制の論理」は民主的統制をそれぞれ要求し、民主的統制があるゆえに司法的統制が否定される領域があるという立論<sup>24)</sup>は、立憲主義と民主主義の拮抗というスリリングな論争を経験した現在の目か

ら見ると興味深い。しかし、船越の議論はその後、まさにカール・シュミットよろしく、「政治的なもの」や憲法定権力による統治システムの選択などへ飛散してしまい、大上段な印象を否めない。しかも残念なことに、肝心の「憲法の論理」については原稿が落ちている。

さらに、ジュリストの特集「違憲審査制の現在」に寄せられた又坂常人「行政裁量論」<sup>25)</sup>は、行政判断について司法審査が限定されることは「公権力の侵害から憲法上の基本権を保護することを使命の一つとする現行憲法下の裁判制度の建前からいえば問題のあるところといわなければならない」という懸念を表明した上で、「憲法の諸規範に照らし何が最小限度裁判所の審査事項として留保されているかを、具体的憲法的価値との関係で明確化すべき道具を構想すべき」という見解を示す。しかし、その道具をどのように構想すべきかについては言及がない。

しかも上記3名のうち、現在大学に奉職する山下教授と又坂教授の専門は行政法学であり、上の諸論考はいずれも憲法学の研究者によるものではないのである。

このように、行政裁量論が主として行政法学の管轄とされた結果<sup>26)</sup>、通常の憲法論をしている限り真っ先に問題となるはずの憲法上の権利は、行政裁量論においては、剣道不受講事件<sup>27)</sup>などを評価する文脈で配慮されてはいるものの、「他の事情と並び考慮されるべき多面的な要素のうちの一つ」に過ぎないのではないか、という疑いが出てくる<sup>28)</sup>。

た段階では、2008年公法学会における宍戸報告は活字化されておらず、著者が活字原稿を入手できたのは議論の方向性を定めてより後の2009年11月になってからであった。本稿の議論と宍戸報告の議論の方向性には重なるところが少なからずあるが、それには右のような事情も一因となっていることを予めお断りしておきたい。

22) 山下義昭「行政裁量の司法統制」福岡大学大学院論集20巻1号110頁（1988）。

23) 船越清明「民主制の論理と憲法の論理における行政（1）」明治学院大学大学院法学ジャーナル2号1頁（1978）。

24) この立場では、自由裁量が明白に認められる場合、取消訴訟の訴えは却下されることになる。

25) 又坂常人「行政裁量論」ジュリ1037号206頁（1994）。

26) 行政法学の立場から行政裁量を検討した業績としては、阿部泰隆『行政裁量と行政救済』（三省堂、1987）、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂、1990）、亘理格『公益と行政裁量』（弘文堂、2002）などがある。

27) 最二判平成8年3月8日民集50巻3号469頁。

28) 宍戸常寿「人権論と裁量論」公法71号100頁、106頁（2009）。これに対し、剣道不受講事件を例に、基本権は行政裁量を「外側から羈束」する法規範であるとする山本隆司教授の見解は、憲法上の権利に単なる一要素

本来は立法を拘束すべき憲法上の権利は、処分の根拠法が制定された後には、「その立法により創り出された行政裁量の「中」で働くものへと転換」されていないかというわけである<sup>29)</sup>。言うなれば、ここには憲法上の権利の「格下げ」がある。憲法上の権利（の侵害）が透けて見えるにもかかわらず、それがそのようなものとして処理されない紛争の構造は、「人権条項なき憲法訴訟」と呼ぶことができるだろうが<sup>30)</sup>、又坂教授が指摘するように、このことは違憲審査制の建前からすると由々しき事態のように思われる<sup>31)</sup>。

既に指摘したような先行研究の寂しさが匂わず、行政裁量とその統制をあくまで行政法学の枠内に収めようとする見方の背景にあるのは、冒頭に述べた行政処分の違憲を観念することへの疑問や、憲法訴訟が独立の土台を持たないゆえに行政訴訟などを間借りしなければならず<sup>32)</sup>、裁判所に持ち込まれる事案は行政法関係として組み立てられていなければならないという訴訟法的な制約に加えて、憲法上の権利をベースにした行政法関係の分析は、行政上のセンシティブな考慮を脱落させ、「(憲法上の権利の侵害の)強度だけを基準とする一次元的な解釈論(eindimensionale

Intensitätsdogmatik)」をもたらすとともに、「行政法が体系的であることの要求(den systematischen Anspruch des Verwaltungsrechts)」を傷つけかねないという、行政法学の立場からの警戒であると考えられる<sup>33)</sup>。しかし、憲法は行政法に優位するはずなのに、行政裁量が認められることから憲法上の権利が裁量の考慮要素に格下げされねばならないこと<sup>34)</sup>、あるいはそもそも司法統制が制約されることは、憲法学から巧く説明できるのだろうか。

### 3 判例 — 権利論の居場所は一

確かに、最高裁判決の中には憲法論が行政裁量論に格下げされたかのように見えるものがある。

ひとつは憲法 25 条 1 項にいう「健康で文化的な最低限度の生活」の何たるかの判断を行政庁である厚生大臣の裁量に委ねた朝日訴訟である<sup>35)</sup>。最高裁は、「念のため」と断って付した傍論で、憲法 25 条 1 項は国民に「具体的権利」を保障したのではなく、具体的権利は「憲法の規定の趣旨を実現するために制定された」生活保護法によって与えられる

---

以上の役割を認めているように読めるが(山本隆司「日本における裁量論の変容」判時 1933 号 11 頁, 13 頁(2006)), その意味については後述する。

29) 宍戸・前掲注 28)107 頁。本文のような見方に対して、宍戸准教授は「裁量を「外」から制約する」ものとしての人権を構想するが、これは本稿の方向性と重なる。

30) 宍戸・前掲注 28)100 頁に做った表現である。宍戸准教授はその内容を「人権制限が問題であるように見えるにもかかわらず、明示的に憲法何条(違反)と挙げることなく、行政裁量の踰越・濫用の枠組みで事案を処理」することと説明する。

31) 渡邊互「行政裁量の統制に対する規範的要求」白鷗法学 26 号 1 頁, 15 頁(2005)は、「行政の裁量権を認めることは、公益実現を目的とした、法律を根拠とする基本的人権の制約」になるとする。

32) 石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」法律時報 74 卷 7 号 60 頁, 64 頁(2002)。

33) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, S.78, 80. (邦語訳として、エバーハルト・シュミット・アスマン(太田匡彦ほか訳)『行政法理論の基礎と課題』79, 81 頁(東京大学出版会, 2006)) また、これを意識して山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(下)」ジュリ 1239 号 108 頁, 126 頁(2003)は、「基本権(侵害)と裁量の範囲とを直接関連づける考え方」では、「原告の基本権に対立する利益、行政決定の手法や組織、その他事案および決定(環境)の特性の全体が視野から捨象」されるとする。須藤・前掲注 3)268 頁は、違憲審査基準論を指して「行政法研究者からすれば、人権ごとに段階的に厳格さの異なる審査基準を設定すると発想することは、非現実的な議論と思われてならない」と、より手厳しい。

34) 須藤・前掲注 3)276 頁は、「憲法上保護されるべき権利ないし自由の内実を得ることができれば、行政裁量統制の手法を用いて権利侵害の違憲・違法を導くことができる」とする。この趣旨は、注 7 とも重なるが、憲法学が裁量の要素としての憲法上の権利を膨らませれば、わざわざ憲法学が新たな行政裁量の統制手法を開発しなくても、従来の行政裁量統制の枠組みで憲法上の権利に有利な解決を導くことは可能であるとのことであろう。

35) 最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 卷 5 号 1043 頁。

とする。

この事件で問題が行政裁量に帰着したのは、何が健康で文化的な最低限度の生活であるかは生活保護法という個別行政法の内部で完結しているのであり、主観的権利の体裁をとる憲法25条1項の文言にかかわらず、生活保護の受給権が憲法ランクの保障を受けるものでないとされたためと解することができる<sup>36)</sup>。そうすると、本件の理屈が当てはまるのはせいぜい受給権（作為請求権）に限られ、防御権（不作為請求権）などを含んだ一般化はできないということになりそうである。

いまひとつはマクリーン判決である<sup>37)</sup>。最高裁は、マクリーン氏が政治活動の自由を憲法上享受していることは認めつつも、彼が日本に在留できるかは法務大臣の裁量に任されているとした。その上で最高裁は「外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎないものであり、したがって、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない」と論じる。

この判示を「在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない」の部分に力点を置いて読めば、憲法上の権利は通常であれば、斟酌されるべき事情として行政裁量に影響を与えるということが導かれるだろう。しかし、これは憲法上の権利の裁量統制機能を述べるだけで、その前に問題となるべき、なぜ政治的表現の自由という憲法論が裁量論に落ちるのかを説明するものではない。逆にこの判示を、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」の部分に力点を置いて読めば、マクリーン氏が憲法上の権利を享受しているのにもかかわらず議論が行政裁量という行政法論に止まるのは、外国人については在留制度が人権の論理に優位するからであり（出入国システム優位説<sup>38)</sup>）、本件は当初より（裁量統制機能も含めて）憲法論になる余地のなかった事例だったと理解されることになる。

これらは「格下げ」の理由を容易に説明できる事案であるが、厄介なのは前述した剣道不受講事件である。判決は事案を裁量論として処理し、裁量判断を違法としたものの、憲法上の権利である信教の自由への言及はなされていない。同様に、第一次家永訴訟最高裁判決<sup>39)</sup>についても、教科書検定による表現の自由の制約が問題になっているにもかかわらず、行論が「学術的、教育的な専門技術的判断であるから、事柄の性質上、文部大臣の合理的な裁量に委ねられる」と行政裁量論に移行してしまったことを批判する見方がある<sup>40)</sup>。

一方、事の本質を憲法的に捉えるか行政法

36) 朝日訴訟後有力になる抽象的権利説は、立法内容を統制するため、受給権に憲法ランクの位置づけを与えんとするものであったと言える。これに対する応答は、後述する堀木訴訟によって示されることになった。また、又坂・前掲注25)208頁は、厚生大臣による裁量の行使は「単なる政策判断ではなく生活保護法を媒介としてなされる憲法上の価値実現」であるとして、憲法とのリンクという観点からの規律に服するはずだとする。

37) 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。

38) 日比野勤「外国人の人権(2)」法教217号43頁(1998)。

39) 最三判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁。

40) 又坂・前掲注25)208頁は、専門技術性が「表現の自由の制約と検定権者の裁量を媒介する論理」になって

的に捉えるかの困難を示すのが、「本件不許可処分が憲法 21 条，地方自治法 244 条に違反するという事はできない」と行政処分の違憲があることを匂わす，泉佐野市民会館事件である<sup>41)</sup>。条例が定めている，市民会館の使用を不許可とすべき事由である「公の秩序をみだすおそれがある場合」について，行政法学者出身の園部裁判官による補足意見はこれを「いわゆる行政法上の不確定な法概念」と捉え，「広範な要件裁量の余地が認められ」として，行政裁量の問題と理解しようとする。その上で，「憲法の定める集会の自由については表現の自由の保障にかんがみ，特に周到な配慮が必要とされる」とする。行政裁量があることを前提に，それに集会の自由に配慮した規律を施すべきというのが，園部補足意見の立場である。

一方，多数意見に裁量の文言は出てこない。その代わりに多数意見は「基本的人権としての集会の自由の重要性と，当該集会が開かれることによって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生の危険性の程度等」を衡量し，「公の秩序をみだすおそれがある場合」とは「本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも，本件会館で集会が開かれることによって，人の生命，身体又は財産が侵害され，公共の安全が損なわれる危険を回避し，防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり，その危険性の程度としては〔中略〕単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず，明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である」と述べる。そして，そう解する限り，憲法 21 条違反の問題は生じないとする。すなわち多数意

見は裁量を否認し，行政裁量を認めた場合には裁量統制において扱われるべき衡量を先取りして，条例の文言に「明白かつ現在の危険」の憲法法理を流し込むことで，本件を憲法論として処理しようとしているものと読むことができる。この判決の 2 つの意見の構造的な差異が示すように，やはり憲法と行政裁量の関係については，踏み込んだ検討が要求されるべきであろう<sup>42)</sup>。

#### 4 議論の方向

そのような作業を行う際，指針を与えると思われるのが，宮田三郎教授による，行政裁量論における「憲法視点の不足」という指摘である<sup>43)</sup>。1992 年の公法学会における宮田教授の指摘は①法律の規制密度②行政裁量に対する立法の事後的応答③効果的な権利保護④美濃部理論の再構成の 4 点に及ぶ。

とりわけ重要なのは，①③④の 3 つである。宮田教授は①について「立法部と執行部との機能領域の正当な分配を定めるという憲法的視点が重要であり，従来の行政裁量論には，現代的な法律の留保の原則という視点が不足していたのではないか，あるいは行政裁量論の停滞の一因は法律の留保理論の停滞にあるのではないか」と述べている。また，③については，「不確定法概念の具体化について行政に裁量判断が認められるかどうかは，国民の権利保護の問題であるのみならず，行政と裁判所の正当な権限分配の問題」でもあるとする。さらに，④については「学説は，美濃部理論の射程距離を測るだけでなく，その背後にある自由主義的な精神に学び，現行憲法の視点に立って，美濃部理論を現代的に再構成すべき課題に直面している」と論じる。

しまっているとする。ただ，判決が専門技術性に言及しているのは表現の自由に関する上告理由へ応答した箇所ではなく，このような見方には疑問がないわけではない。

41) 最三判平成 7 年 3 月 7 日民集 49 卷 3 号 687 頁。

42) なお，手続面についての判例を見ると，個人タクシー事件（最一判昭和 46 年 10 月 28 日民集 25 卷 7 号 1037 頁）は，個人タクシー事業の免許の可否が「個人の職業選択の自由にかかわりを有する」ことを理由に審査基準の設定や意見陳述機会の付与を要求しており，憲法上の権利が行政庁の判断を手続的に統制することを示唆している。これに対して本稿は実体面での検討を加えるものである。

43) 宮田・前掲注 20)141 頁。

以上の指摘は、統治機構に関わるものと権利論に関わるものとに分析することができる。①は法律の留保を媒介にした立法権と行政権の関係の問題である。また、③には裁判を受ける権利という主観法的な表現を与えることもできるだろうが<sup>44)</sup>、結局は司法権と行政権との関係の問題であり、司法権と他の機関との関係という意味では立法裁量論とも共通している。他方、今後の議論を先取りして言えば、権利論は法律の留保と大きく関わっており、④は①とあわせて権利論として構成する余地がある。

かくして本稿の目的は、行政裁量の概念を憲法学の視点から点検し、憲法ドグマティックの中に再定位することを試みることによって、これを憲法と行政法の融合の一助とすることに設定される。その狙いは、行政処分の違憲を観念することで、法令レベルと別に処分レベルでも違憲の問題が生じ得ることを前提に、行政処分にかかる裁量を憲法の視点から設定かつ統制し、裁量統制密度の向上を図ることにある。

かかる再定位を行うための分析視角としては、権利論に加え、統治機構のレベルで、第一に立法と司法の関係、第二に立法と行政の関係、第三に司法と行政の関係の3つの軸を考えることができる。最終的には行政裁量の統制枠組み、すなわち右にいう第三の視角が明らかにされる必要があるが、直接にこれを問題にしようとする「機能的・合目的見地からのみ考えて行けばよい」という以上の結論を得られない可能性がある<sup>45)</sup>。

そこで、これに至るアプローチとして、本稿では以下の2つのものを用いたい。

第一は憲法学が守備範囲とし、憲法上の権利との関係も検討しやすい立法裁量の応用である。すなわち、第一の視角と第二の視角を結合させ、司法—立法—行政という回路を設

けることによって、司法—行政関係の関係を分析する。以下ではこれを機能的アプローチと呼ぶ。

第二は権利論からのアプローチである。すなわち、憲法上の権利の内実を膨らませること（ボン基本法のように基本権が三権を拘束する旨の明文を持たない日本国憲法の下では、この作業を解釈によって行う必要は大きい）が如何なる帰結を導くかを検討する。これは宮田報告が指摘する美濃部理論の応用と、近時有力になりつつある憲法上の権利論からの考察とからなる。

## II. 行政法上の議論の俯瞰

### 1 行政裁量の根拠

我が国の行政裁量論を辿るとき、外すことのできない古典的ドグマティックは美濃部達吉、佐々木惣一、田中二郎のそれである<sup>46)</sup>。ここでは彼らの行政裁量論を瞥見し、そこから裁量統制への示唆を引き出してみたい。

#### (1) 公益実現のための権限分配（佐々木惣一）

佐々木の行政裁量論から読み取れるのは、公益への強いアフェクションである。「行政機関ハ公益ニ適スル行政処分ヲ為スコトヲ要シ、從テ先ツ如何ナル行政処分カ公益ニ適スルカノ観念ヲ有セサルヘカラス」<sup>47)</sup>。

行政処分を公益実現のための手法と見る佐々木は、羈束処分と裁量処分の区別にも公益の概念を用いる。すなわち、公益を達成するために如何なることをすべきかを実定法が定めている場合は羈束処分であり（「法カ或点ニ付テ為シ又ハ為ササルコトカ公益ニ適スト定ムル所ノモノヲ明ニス。〔行政〕自ラ何カ公益ニ適スルカヲ定ムルコトナシ」<sup>48)</sup>）、そうではない場合（公益達成のために「法カ

44) 渡邊・前掲注 31)9 頁。

45) 藤田・前掲注 16)104 頁。

46) 古典的学説についての見通しを示すものとして、小早川光郎「裁量問題と法律問題」法学協会百周年記念『憲法行政法・刑事法』331 頁（有斐閣、1983）。

47) 佐々木惣一『日本行政法論総論（再版）』592 頁（有斐閣、1922）。

48) 佐々木・前掲注 47)601 頁。

行政処分ヲ指定スルコトナキ場合」<sup>49)</sup>には公益達成のために如何なることをすべきかの裁量が行政に与えられる<sup>50)</sup>。後者の点を指して、佐々木の裁量論は要件裁量説と呼ばれている。

(2) 政策的技術的判断と合理的な法の解釈  
(田中二郎)

田中は「行政の対象が、甚だ複雑であり、しかも、行政活動の基盤となる事情は著しく変遷するために、予め立法にあたり、あらゆる場合を予想して、具体的に適用すべき準則を設けておくことが不可能である」ことに基づき、「法の下に法の認める範囲において、具体的事情に即し、行政庁の判断により臨機の処置をとることができることとしている場合」の行政の作用を裁量行為と呼ぶ<sup>51)</sup>。そして、如何なる場合に裁量行為を認められるかについては、「法の趣旨目的の合理的解釈」によって、「法が、事柄の性質からいって、一般法則性を予定している場合と、法が、行政庁の公益の裁量（政策的又は技術的判断）に委ね、行政庁の責任において処理すべきものとしている場合」とを区別し、後者の場合には裁量が認められるとする<sup>52)</sup>。

(3) 「憲法上の権利—法律の留保—行政」  
の連関（美濃部達吉）

これらと異なり、美濃部の行政裁量論では、公権論、法律の留保、行政裁量論が三位一体となって公法のドグマティクを形成している。以下、引用が多くなるが、それを確認しておきたい。

まず、行政法論、すなわち法律の留保と行

政裁量の関係について。美濃部は「凡て行政行為に依り人民に義務を負はしめ又は権利を制限するには、法規の根拠を要するのであるから、其の種類 of 行政行為を為し得る為には、常に法規の定むる要件を備へて居る場合であることを要し、其の要件の備はつて居るや否やを認定することは、性質上羈束せられた裁量であり、自由裁量ではあり得ない」と論じる<sup>53)</sup>。美濃部の行政裁量論は講学上効果裁量と言われているが、ここではそれが、法律の留保（侵害留保説）を確保する必要から要件裁量が否定されることの裏面として説かれていることを読み取れる。

このことは、いわゆる美濃部三原則の第一テーゼで具体化されている。美濃部曰く「人民に対して、其の既存の権利又は利益を侵害し、これに負担を命じ、又は其の自由を制限する行為は、如何なる場合でも自由裁量の行為ではあり得ない〔中略〕何となれば、人民の既得の権利又は利益又は人民の自由は不可侵を原則と為すべきもので、行政権の処分によつてこれを剥奪し又は制限するには、其の剥奪又は制限を必要とするだけの理由が無ければならぬからである。憲法第二条以下に臣民の自由及び財産の安全を保障して居るのは、即ち此の趣意を示して居るもので、法律に依るに非ざれば自由及び財産を侵すことを得ないことの原則は、言ひ換ふれば、行政権に依り臣民の自由及び財産を侵す行為は、常に法律に依つて羈束せられた法律執行の行為であつて、自由裁量の行為ではないことの原則を言ひ表はすものである。其の侵害が公益

49) 佐々木・前掲注 47)602 頁。

50) 佐々木は羈束処分の類型として、実定法による「単純ノ指定」、「事実ヲ条件トスル指定」、「中間目的ヲ条件トスル指定」の3つを挙げる（佐々木・前掲注 47)592-593 頁）。最後のものについて佐々木はこう説明する。「国家カ一般ニ行政処分ニ依テ達セントスル目的ハ結局公益ニ帰ス。唯国家カ各箇ノ場合ニ各箇ノ行政処分ヲ為スニハ各別ノ直接ノ目的ヲ有ス。而モ一切ノ行政処分ニ共通ノ結局ノ目的ハ公益ニ在リ〔中略〕中間目的ヲ条件トスル指定ノ場合ニハ法ハ其ノ中間目的ヲ達スルカ為メ行政処分ニ依テ為サレ又ハ為サレサルコトカ結局目的タル公益ニ適スルモノト定ムルナリ」（同書 594-595 頁）。すなわち、実定法が終局的な公益実現を念頭に置きつつ中間的な目的として行政処分を規定している場合には、裁量の余地はない。一方、佐々木が裁量処分の類型として挙げるのが、実定法が「行政処分ノ為サレ又ハ為サレサルコトニ付テ何等ノ規定ヲモ」有しておらず、行政処分を指定していない場合、あるいは実定法が「公益ノ為メ必要ナリト認メタルトキ」「公益ノ為メ必要ナルトキ」といった規定を置いている場合である（同書 603-605 頁）。

51) 田中二郎「自由裁量とその限界」『司法権の限界』132 頁、137 頁（弘文堂、1976）〔初出 1955〕。

52) 田中・前掲注 51)143 頁。

53) 美濃部達吉『日本行政法』170 頁（有斐閣、1936）。

上の必要に基づくことを要するのみならず、其の侵害の程度も公益上の必要の程度と適当なる均衡を保たねばならぬもので、必要の程度を超えて不釣合に大なる侵害を加ふるのは、等しく違法である。普通にこれを比例原則 (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) と称して居る。公益上の必要と自由又は財産の侵害とが正当な比例を保たねばならぬことを意味するのである」<sup>54)</sup>。

ここでは2つのことが指摘されている。第一は、法律の留保から演繹される裁量(先の部分も合わせると、要件裁量の意味と解される)の否定は、実は憲法の自由権条項の趣意を受けたものであるということ。これを憲法上の権利の側から見ると、防御権は法律の留保を介して要件裁量を否定する役割を果たすということである<sup>55)</sup>。第二は、それとは別に、侵害が必要な程度を超えれば、その処分は違法となること。すなわち、効果については比例原則が問題になるということである。

美濃部による法律の留保の理解を詰めるには、美濃部の憲法論、すなわち公権論と法律の留保の関係を見る必要がある。美濃部は言う。「国家ノ権力ニ依リ各人ノ天然ノ自由ヲ拘束セラレザルコトガ自由権ノ唯一ノ内容ナリ〔中略〕其結果トシテ又自由権ハ数多ノ個個ノ権利ノ集合ニ非ズシテ包括的ナル単一ノ権利ナリ。天然ノ自由ノ発現スル各種ノ方面ニ応ジテ、自由権ノ多くノ種類ヲ分ツテ普通ト為スト雖モ、是レ唯単一ナル権利ノ種々ノ方面ニ於ケル現レタルニ止マリ、其各ガ別個ノ権利ヲ為スモノニ非ズ」<sup>56)</sup>。また、「我が憲法ニ於ケル自由権ノ保障ハ原則トシテ唯行政権及司法権ニ対スル制限タルニ止マリ立法権ニ対スル制限ニ非ズ。自由権ヲ以テ法律ヨ

リモ上ニ在ル権利ト為シ、立法権ニ依リテモ之ヲ制限スルコトヲ得ザルモノト為スコトハ、我が憲法ノ主義トスル所ニ非ズ。憲法ハ其各条ニ於テ国民ガ法律ノ範囲内ニ於テ何々ノ自由ヲ享有シ、又ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其自由ヲ侵サレザルコトヲ定メタルニ止マリ、国民ガ法律ニ依リテモ侵サレザル権利ヲ有スルコトヲ定メズ。法律ニ依リテハ如何ナル制限ヲモ定ムルコトヲ得ベク、国民ガ現ニ如何ナル限度ニ於テ其自由ヲ享有スルカハ一ニ法律ノ定ムル所ニ依リ、憲法ニ依リテハ之ヲ知ルコトヲ得ズ。憲法ハ唯行政権及司法権ガ法律ニ従ヒテ行ハルコトヲ要シ、法律ノ規定ニ基カズシテ其ノ自由ヲ侵スヲ得ザルコトヲ定ムルノミ」<sup>57)</sup>。

ここから読み取れるのは、美濃部にとっての自由権は、(主観法的に表現すれば)「法律の留保を求める権利」以上の実体を持たないということである。ゆえに、法律が制定された以上は、それに対する違憲審査は否定されることになる<sup>58)</sup>。

#### (4) 小括

佐々木、田中の両者に共通しているのは、行政裁量を認める際に、その公益実現的な性格を指摘していることである(田中の場合は「政策的又は技術的判断」と具体化されている)。しかしながら、そのような性格だけから行政裁量が許容されているわけではないことにも注意を要する。行政裁量が認められるのは、佐々木においては実定法が公益についての規律を尽くしていないときであり、田中においては「法の趣旨目的の合理的解釈」によって裁量が付与されたものと考えられることができるときに限られている。

ここで佐々木のいう実定法や田中のいう法

54) 美濃部・前掲注 53)932-933 頁。なお、美濃部達吉『行政裁判法』153-154 頁(千倉書房、1929)。

55) 論理的には、防御権と侵害処分とが対応していることになるだろう。

56) 美濃部達吉『憲法撮要(改訂第5版)』156-157 頁(有斐閣、1932)。

57) 美濃部・前掲注 56)181 頁。

58) 「法律ハ固ヨリ憲法ノ下ニ在リ憲法ニ違反スルコトヲ得ザルモノニシテ、憲法ニ違反スル法律ハ無効ナラザルベカラザルガ如シト雖モ、法律ノ内容ガ果シテ憲法ニ抵触スルヤ否ヤハ立法権者自身ガ最高ノ解釈権ヲ有シ、裁判所ハ自己ノ見解ヲ以テ此ノ解釈ニ対抗スル権能ヲ有スル者ニ非ズ、随テ此ノ点ニ付テハ裁判所ハ之ヲ審査スル権能ヲ有セザルモノト解スベシ〔中略〕我が憲法ハ米國ト異ナリ、立法権ノ行為ヲ以テ国家ノ最高ノ意思表示ト為シ、司法権ト行政権トハ其ノ下ニ相並立スルモノト為ス。法律ハ憲法ノ下ニ於ケル国家ノ意思表示ニシテ、裁判所モ行政機関モ之ニ服従スベキ地位ニ在リ」(美濃部・前掲注 56)568-569 頁)。

を議会制定法の意味で捉えれば、行政裁量は結局法律、すなわち議会の授権によって与えられると解することができるだろう<sup>59)</sup>。行政の裁量を立法の授権によって説明する見解は、ドイツでも「規範的授権理論 (normative Ermächtigungslehre)」として論じられている<sup>60)</sup>。

これを言い換えれば、立法府は行政に裁量を与えると同時に、行政はその限りで裁量を許容されるということになる。このように立法と行政の関係を捉える限りでは、裁量を与える法律が同時に裁量を限界づけることになる (民主的統制)<sup>61)</sup>。では、そのような授権法にはどのような規律がなされている必要があるのか。これは、機能的アプローチを詰める際に考慮されるべき点であり、Ⅲで扱われる問いである。

これと対照的に、憲法とも接続された美濃部の裁量論は、次のようにまとめることができる。

- ① 法律の留保は憲法上の要請(自由権条項)である。
- ② 行政権の専断による「天然の自由」の侵害を防ぐのが法律の留保の趣旨であり、侵害の根拠法の要件については行政の裁量は認められない。
- ③ ①②を合わせると、自由権条項という憲法上の根拠に基づき、要件裁量は否定されることになる。
- ④ ②に加えて必要な程度を超える侵害処分は違法である (比例原則)。
- ⑤ 法律の留保は立法権に対する障壁を成すわけではなく、違憲審査も否定される。

このように、憲法上の権利を行政権抑止を目的とするものと捉え、そこから法律の留保

と処分における比例原則を帰結する美濃部の議論は、憲法と行政法を一体的に把握するには適した枠組みになっていると言えるだけでなく、憲法上の権利から要件裁量の否定と比例原則を導いている。すなわち、憲法上の権利に行政裁量を規制する役割が与えられているのである。

しかし、美濃部理論では、憲法上の権利の意義が法律の留保を要求するものだけと捉えられた結果、憲法の法律に対する優位は実質を失っている。その結果生じるのは、立法がフリーパスとなることで、法律の留保が行政権への障壁であると同時に国民の自由財産への脅威とも化すことである。そうなると、法律の留保としての憲法上の権利条項は、いわば自らの身を議会による攻撃に晒した「転倒した条項」とならざるを得ない<sup>62)</sup>。1956年の論文『法律の留保』についてで宮沢俊義は、一定の行政活動が形式的意味の法律によってのみ定められるという意味での法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes) と、憲法がそれより下位の規範である法律に制限されるという意味での法律の留保 (Gesetzesvorbehalt)、2つの「法律の留保」の混用に注意を促したが<sup>63)</sup>、美濃部の憲法論における法律の留保は、本来的に両者の性格を併せ持っていたと言える。

しかしながら、日本国憲法の下では違憲審査が立法にも及び、立法がフリーパスとなることはあり得ない。すると、法律の違憲審査と、美濃部が説く (法律の留保を解した拘束と処分段階の比例原則による) 行政の拘束という2つを憲法上の権利が要求すると考えることで、行政裁量に憲法上の権利による統制を被せるという方法を企てることができる。これは権利論アプローチの土台となるべきものと言え、Ⅳで検討する。

59) 佐々木説は、議会が一次的な公益実現についての判断権を持ち、法律で公益についての規律が尽くされていないときに限って補助的に行政が裁量によって公益を充填していくものと解することができる。

60) 渡邊・前掲注 31)15 頁。山本・前掲注 33)125 頁。

61) なお、議会による統制に「立法的統制」の語を充て、「民主的統制」を第三者の権利保護の意味で用いる山下竜一「行政法の基礎概念としての行政裁量」公法 67 号 214 頁, 220 頁 (2005)。

62) 石川健治「2つの言語, 2つの公法学」法教 322 号 54 頁, 55 頁 (2007)。

63) 宮沢俊義『法律の留保』について『憲法の原理』357 頁 (岩波書店, 1967) [初出 1956]。

## 2 行政裁量の統制手法

ここでは判例ないし裁判例が用いている裁量統制手法を簡単に確認しておく<sup>64)</sup>。

### (1) 判断代置（ゼロ裁量）

行政に裁量が認められない場合には、裁判所は処分の適法性について、行政庁の一次的判断と関係なく法令の解釈適用をすることになる。たとえば、既に述べた泉佐野市民会館事件多数意見がこれに当たるだろう。

### (2) 裁量の逸脱と濫用

行政に裁量が認められる場合には、それが逸脱または濫用されたときに限って処分が違法となるというのが伝統的な理解であり、行政事件訴訟法30条もこれに従っている。もっとも、判例上、両者の区別は自覚的になされていない可能性がある<sup>65)</sup>。

まず裁量の濫用については、行政府を公益実現機関と捉える佐々木説では、裁量の濫用は公益適合性を誠実に考慮しなかった場合として観念されていた<sup>66)</sup>。また、田中は裁量行使に当たって「行政の目的による条理上の制約」を無視し、「恣意的に、著しく不公正な行為を行った」場合には裁量の濫用に当たるとした<sup>67)</sup> 68)。

次に裁量の逸脱については、田中は行政の裁量には常に法の定める限界があり、裁量はこの枠内で行われなければならないとして、「行政庁が法の枠を逸脱してその行為をしたとき」には裁量権の踰越があったとする<sup>69)</sup>。

このように両者は差し当たり、裁量をその与えられた目的に反して行使した裁量の濫用と、与えられた裁量の枠を踰越した裁量の逸

脱に分けることができると思われる。

### (3) 社会通念審査

問題は、これらを前提に、いかなる規律密度で行政裁量を司法統制するかである。

裁量統制の最も緩いパターンは社会通念審査と呼ばれるものである。たとえばマクリーン判決は、裁量判断が「全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となるものというべきである」という定式を提示している。

### (4) 裁判所による価値の提示

逆に、裁量統制という枠組みを維持しながら、判断代置に近い審査を行った裁判例がある。日光太郎杉事件控訴審判決<sup>70)</sup>は、「本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽すべき考慮を尽さず、または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価した結果、判断が左右されたものと認められるときは、「裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして、違法となる」と述べている。

### (5) 論証過程統制

(4)の高裁判決が採った審査方法は、「考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断するとか、また、その判断が合理性をもつ判断として許容される限度を超えた不当なものであるとき」に裁量行使が違法になるという理解<sup>71)</sup>を前提に、裁量行使の判断の過程を統制する手法の深化を目指したものと見ることが出来る。しかし、裁量統制を建前にしながら裁判所が自ら積極的に

64) 見通しを与えるのは、山本・前掲注28)、橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、2009)の第5章。

65) 小早川光郎『行政法講義下II』196頁(有斐閣、2005)。

66) 佐々木惣一「行政機関の自由裁量」法と経済1巻1号20頁、32-33頁(1934)。

67) 田中二郎『新版行政法上巻(第2版)』120頁(弘文堂、1974)。田中は条理上の原則として、公益原則、平等原則、比例原則等を挙げる(田中・前掲注51)145頁)。

68) たとえば、最二判昭和48年9月14日民集27巻8号925頁は、分限処分の「目的と関係のない目的や動機に基づいて分限処分をすることが許されない」とするが、これは田中のいう「条理上の制約」を無視した処分と評することができるだろう。

69) 田中・前掲注67)120頁。

70) 東京高判昭和48年7月13日行裁例集24巻6=7号533頁。

71) 前掲注68)の最高裁判決が示す理解である。

価値（判決の表現では「最も重視すべき諸要素、諸価値」）を提示し、それをあまりに重視することには<sup>72)</sup>、行政裁量を空洞化させるものとの批判が可能であろう<sup>73)</sup>。

そのような中、2006年に、行政の判断過程を謙抑的に審査する方法として、「裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である」とする最高裁判決が現れている<sup>74)</sup>。

#### (6) 小括

(3)から(5)で示したように、裁判所は多様な裁量統制手法を編み出している。だが、これらの手法と、伝統的学説及び条文が裁量権行使が違法になる場合として示す逸脱濫用との関係は、判例上必ずしも明らかではない。

伝統的学説において逸脱と濫用が異なる意味を負わされてきたことを踏まえれば、同じ違法と言えども、裁量逸脱を検出するための手法と裁量濫用を検出するための手法は別個に組み立てられるべきように思われる。そこで、既存の行政裁量の統制手法の位置づけを明らかにした上で、憲法上の統制がその穴を埋められるか検討することが課題になる。

### Ⅲ. 機能的アプローチ — 立法裁量論の応用可能性 —

ここでは機能的アプローチとして、判例を

素材に、憲法学が管轄としてきた立法裁量の根拠とその統制手法について検討することで、それを行政裁量論にも持ち込むことが可能であるかを検討する。

#### 1 司法—立法関係① — 立法裁量の根拠 —

最高裁の判決には立法裁量の存在を認めたものが少なからず存在するが、その根拠については、以下のような類型化が可能ないように思われる。

##### (1) 文言アプローチ（法律による具体化の予定）

まずは、憲法典が法律による具体化を命じている場合である。

たとえば、選挙権を具体化するには選挙法が必要であるが、最高裁は憲法47条について「憲法が両議院の議員の定数、選挙区その他選挙に関する事項については特に自ら何ら規定せず、法律で定める旨規定した所以のものは、選挙に関する事項の決定は原則として立法府である国会の裁量的権限に委せているものと解せられる」として、選挙区割について立法裁量を認めている<sup>75)</sup>。また、国家賠償請求権についても郵便法判決<sup>76)</sup>が、憲法17条を「公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない」と、裁量を与えたものという理解を示している。

なお、法律による具体化が予定されていると言っても、これらの権利が憲法ランクの保

72) 判決は事業認定の対象地域を「その景観的・風致的・宗教的・歴史的諸価値は、国民が等しく共有すべき文化的財産として、将来にわたり、長くその維持、保存が図らるべきものと解するのが相当である」と評価する一方、それが目的とする道路建設については「本来、道路というものは、人間がその必要に応じて、自からの創造力によって建設するものであるから、原則として、「費用と時間」をかけることによって、「何時でも何処にでも」これを建設することは可能であり、従って、それは代替性を有しているということができる」とする。

73) 小早川光郎「判批」成田頼明編『街づくり・国づくり判例百選』118頁、120頁（有斐閣、1989）は、「裁量過程審査についても裁判所に一定の自制が要求されるのではないかと指摘する。

74) 最三判平成18年2月7日民集60巻2号401頁。

75) 最大判昭和39年2月5日民集18巻2号270頁。

76) 最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁。

障を受けないということにはならない。選挙権が憲法ランクの保障を受けることは在外邦人選挙権制限訴訟<sup>77)</sup>によって確認されている。また、国家賠償請求権については、あくまで請求権があるという憲法ランクの原則が定められ（白紙委任ではない！）、立法府に付与される裁量が限定されているという点に、後述する社会権との違いを見出すことができる。

## (2) 権利性アプローチ（憲法ランクの実体的権利性の否定）

一方、同じく法律による具体化を予定しながらも、(1)とは事情が異なるのが社会権である。最高裁草創期の大法廷判決には、憲法25条1項を「すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るよう国政を運営すべきことを国家の責務として宣言したものと理解するものがある<sup>78)</sup>。すなわち、国は個々の国民に対して具体的、現実的な義務を負うわけではなく、「この規定により直接に個々の国民は、国家に対して具体的、現実的にかかる権利を有するものではない。社会的立法及び社会的施設の創造拡充に従って、始めて個々の国民の具体的、現実的の生活権は設定充実せられてゆくのである」。

この判決が示す、社会権は現実的には憲法レベルではなく法律レベルの権利であるという認識は、一方では朝日訴訟について述べたように行政裁量の承認へとつながっていくが、他方では立法裁量の承認とも結びついている。堀木訴訟最高裁判決<sup>79)</sup>は上記の判決を引用し、「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられて」とした。

なお、「実体的」な権利とは言い難い平等

については、裁量統制について述べるときに扱う。

## (3) 権限分配アプローチ（立法府の一次的判断権）

憲法ランクの実体的権利が認められ、かつ、憲法典が法律による具体化を命じていない場合でも<sup>80)</sup>、立法裁量が認められることがある。

「職業の自由」の制限が問題になった薬事法判決は、職業の自由は「本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいもの」であつて「それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がたつとよく」、しかも職業の自由の規制は多種多様であるから、「具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらと比較考量」するのは、「第一次的には立法府の権限と責務」であるとした。この判決の示す立法府観は、立法府に国民の多元的な利益の反映を期待する在宅投票事件判決<sup>81)</sup>とも平仄が合うだろう。また薬事法判決は、憲法上の権利の実体的価値そのものではなく<sup>82)</sup>、規制の必要性及び立法の司法的統制の適否という観点から営業の自由の規制が立法裁量に服することを認めて司法審査の範囲を狭めたことを通して、精神的自由と経済的自由との区別をしている（「二重の基準」）点でも注目される。ここから、「公権力による規制の要請」が強いとは言えない精神的自由には立法裁量が認められないという推論をすることも許されるだろう。

また、大嶋訴訟<sup>83)</sup>（判示の主要部には出てこないが、財産権侵害を観念できる）は、

77) 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。政策判断の語が用いられているのは、「無制限の」裁量ではないことを強調したかったからであろう。

78) 最大判昭和23年9月29日刑集2巻6号1235頁。

79) 最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁。

80) 文言アプローチは、他ならぬ憲法典が権限分配したものと理解することもできる。

81) 最一判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁。

82) 薬事法判決の背後に人格権の観念を読み取る、石川健治「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選I（第5版）』206頁、207頁（有斐閣、2007）。

83) 最大判昭和60年3月27日民集39巻2号247頁。

「租税は、今日では、国家の財政需要を充足するという本来の機能に加え、所得の再分配、資源の適正配分、景気の調整等の諸機能をも有しており、国民の租税負担を定めるについて、財政・経済・社会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とするばかりでなく、課税要件等を定めるについて、極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかである。したがって、租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである」として、立法府を政策的、技術的判断をすべき機関と位置づけたうえで立法裁量を認めている<sup>84)</sup>。

## 2 司法—立法関係② —立法裁量の統制手法—

以上のような理屈で立法裁量が認められることを前提に、その統制を如何に図るべきか。判例は2つの答えを用意している。

### (1) 裁量濫用アプローチ（憲法上の権利を一考慮要素とする統制）

「人権の制約」の制約を巡って、戦後の憲法学は、「公共の福祉」の持つ牙を抜くことに一貫して努めてきたが、立法裁量の統制を巡る議論においても、公共の福祉を安易に持ち出すわけにはいかないとと思われる。しかし厄介なのは、立法裁量を公共の福祉のような人権制約の根拠ではなく、立法府の判断余地を認めるものと捉えると、却って「人権は総合的に考慮される諸要素のうちで重要ではあるがそのなかの一つ、という位置づけを受け

ることになりかねない」ということである<sup>85)</sup>。このような見方は、既に見たような、行政裁量中の憲法上の権利の扱いに関するある種の見方と重なるものである。

このような、憲法上の権利が考慮要素の一つにまで格下げされてしまう形での立法裁量統制は、参議院の特殊性までもが考慮要素として承認されている議員定数訴訟で用いられている。判例は、立法府の裁量を考慮しても看過できない著しい不平等がなければ違憲としないという立場を採っているが、これは投票価値平等の要請が他の要素との調和の中で追求されるべき要素（もっとも、相対的な重要性は認められるが<sup>86)</sup>）とされていることを反映している<sup>87)</sup>。

裁量の要素中、平等選挙権の優越が一応承認されるにもかかわらず、右のような裁量統制手法が採られた場合、裁判所による規律が弱くなってしまいがちであることは、この分野における合憲判決の集積が証明している。しかし近年、最高裁の中でもそのような判断枠組みに否定的な見方が出てきている。2001年参院選における議員定数配分の合憲性が争われた2004年の最高裁判決には、「結論に至るまでの裁量権行使の態様が、果たして適正なものであったかどうか、例えば、様々な要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされてはいないか、といった問題は、立法府が憲法によって課せられた裁量権行使の義務を適切に果たしているか否かを問うものとして、法的問題の

84) 立法裁量は84条の租税法主義からは導かれていない（文言アプローチは不採用）。

85) 安西文雄「司法審査と立法裁量論」立教法学47号1頁，10頁（1997）。

86) 投票価値の平等が他の要素との調和の中で追求されるべきことは「平等選挙権の一要素としての投票価値の平等が、単に国会の裁量権の行使の際における考慮事項の一つであるにとどまり、憲法上の要求としての意義と価値を有しないことを意味するものではない」（最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁）。

87) 判例によれば、憲法は「投票価値の平等についても、これをそれらの選挙制度の決定について国会が考慮すべき唯一絶対の基準としているわけではなく、国会は、衆議院及び参議院それぞれについて他にしんしやくすることのできる事項をも考慮して、公正かつ効果的な代表という目標を実現するために適切な選挙制度を具体的に決定することができる」（前掲注86)の最高裁判決）。

領域に属し、司法的判断になじむ事項として、違憲審査の対象となり得るし、また、なされるべきものである」という藤田裁判官らによる補足意見が付された<sup>88)</sup>。

藤田補足意見では、裁量権を与えられた立法府は同時に裁量を適正に行使すべき義務を負い、その違反があれば違憲となること、そして裁量の適正行使義務に違反したかは、立法府のした考慮要素の選択及び評価を見て検討することが示されている。そして注目すべきことに、この補足意見で示された、裁量行使の判断過程を統制するという裁量統制手法は、その後行政裁量統制においても採用されるに至っている（Ⅱ 2 (5)<sup>89)</sup>。

これらに共通する論証過程統制の手法は、裁量の適正行使義務があることを前提にその違反があるかをチェックするためのもので、裁量濫用に対応した枠組みと見ることができるだろう（佐々木説において誠実考慮義務の違反が裁量濫用と捉えられていたことを想起されたい）。

## (2) 裁量逸脱アプローチ（比例原則）

しかし、(1)で示したような立法裁量の統制手法が用いられるのは議員定数訴訟に限られており、判例上好んで用いられている統制手法は、立法目的と手段との関係を問う比例原則である。近時、アメリカの判例理論に学んだ違憲審査基準論に代わって、法令の合憲性の審査に比例原則を活用すべきという見解が有力に説かれており（Ⅳ 1）、現に最高裁の判決群には、法令違憲の判断を出すにあたって比例原則が切れ味を發揮しているように見られるものが少なからず存在するが、同時に気付かされるのは、比例原則が威力を示した法令違憲判決が、比例原則の適用に先立って立法裁量論を展開していることである。

ここでの比例原則は、裁量の幅の存在を前提に、目的との関係で手段がその許される幅を踰越したことを指して違憲とするものであ

る。よって、(1)の考え方が裁量の濫用に当たるなら、こちらは裁量の逸脱に当たると考えられる。

比例原則をどこまで厳格に適用するかは、立法裁量の幅によって規定される。そこで、いかに立法裁量の幅を狭めるかが問題になるが、判例はいくつかの回答を示している。

### ・原則により方向づけられた裁量

郵便法判決は、憲法 17 条の国家賠償請求権の法律による具体化について、「国又は公共団体が公務員の行為による不法行為を負うことを原則とした上、公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない」とする。ここでは、「不法行為を負うこと」という原則（主観的には、国家賠償請求権という憲法ランクの権利が存在するということである）が、立法裁量の幅を狭める（文言アプローチが採用されたことにより極端な解決がなされることを防ぐ）役割を果たしている。

### ・事の性質によって制限された裁量

尊属殺違憲判決<sup>90)</sup>の田中意見は、「私も、事柄の性質によつては、立法府に相当広範な裁量権が認められる場合があること、そして、その裁量権の範囲内においては、立法政策の問題として、裁判所としても、これを尊重することを要し、これに介入することができないものとすべき場合が少なくないことを認めるに吝かではない」と、「事柄の性質」が立法裁量の幅を規定することを示唆していた。

次いで、薬事法判決は、立法の「合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうる」とした。

問題は、ここでいう「事の性質」の中味である。薬事法判決が参考にしたと考えられて

88) 最大判平成 16 年 1 月 14 日民集 58 卷 1 号 56 頁。この事件以降、藤田裁判官は議員定数訴訟の度に同じ趣旨の個別意見を書いている。

89) 藤田裁判官の属する第三小法廷の判決である。

90) 最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁。

いる西ドイツの薬局判決<sup>91)</sup>は、憲法上の権利の侵害の強度を直接問題にしようとしている。これに対して薬事法判決はこの後許可制論を展開しており、規制する側の視点から議論を組み立てていることに注意を払うべきだろう<sup>92)</sup>。

・平等原則による裁量統制

立法裁量を統制する手段として比例原則が用いられている点は、(議員定数訴訟を除けば)平等原則違反でも共通である。

平等原則の審査基準が比例原則になるという奇異な定式<sup>93)</sup>は、尊属殺違憲判決まで遡る。尊属殺違憲判決は、我が国の法令違憲の

判決では少数派の、立法裁量論に言及していない判決である<sup>94)</sup>。同情すべき被告人の実刑判決からの解放を、尊属殺人罪の14条1項違反という法的主張によって要求された多数意見は、尊属殺人罪の合理性をその目的と手段とに分けて検討し、前者を許容しながら後者を不合理として尊属殺人罪を違憲無効とすることでこれに応答した。この判決により、合理的根拠論を軸に動いていた平等論の判例は目的手段審査へ展開することになった<sup>95)</sup>。

その後の判例では、平等審査に立法裁量論が介在するようになったことにより<sup>96)</sup>、立

91) BVerfGE 7, 377. 野中俊彦「判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』272頁(信山社, 1997)。

92) 石川・前掲注82)207頁。

93) 石川健治「国籍法違憲大法廷判決を巡って——憲法の観点から(3・完)」法教346号7頁, 13頁(2009)は、判例理論に「水を差す」と断った上で、平等原則が問題になる場面が、国家、私人、その比較対象の三面関係が観念されるときであるのに対し、比例原則は国家と私人の二面関係を問うもので、想定される社会関係が異なっていると指摘する。平等審査に先立ち立法裁量を認めて比例原則になだれ込んでいく尊属殺判決後の判決群は、このズレを巧みに隠蔽していると言える。

94) 立法裁量論を介在させなかったことにより、判決は尊属殺人罪の立法目的について「尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値する」と積極的に認める一方、立法手段にも積極的な介入をすることになった。だが、これは行き過ぎだったように思われる。猿払事件判決は一般論として、「およそ刑罰は、国権の作用による最も峻厳な制裁であるから、特に基本的人権に関連する事項につき罰則を設けるには、慎重な考慮を必要とするとはいうまでもなく、刑罰規定が罪刑の均衡その他種々の観点からして著しく不合理なものであつて、とうてい許容し難いものであるときは、違憲の判断を受けなければならない」とする。しかし、最高裁は続けて「国民全体の共同利益を損う行為に出る公務員に対する制裁として刑罰をもつて臨むことを必要とするか否かは、右の国民全体の共同利益を擁護する見地からの立法政策の問題であつて、右の禁止が表現の自由に対する合理的で必要やむをえない制限であると解され、かつ、刑罰を違憲とする特別の事情がない限り、立法機関の裁量により決定されたところのものは、尊重されなければならない」と述べる。ここでは最高裁は、罪刑の均衡は立法裁量の問題であるとしているのであり、尊属殺違憲判決とは整合するのかが疑問である。注95)で述べるように、法定刑の定めについては立法裁量を認めた上で罪刑均衡の見地から比例原則で統制を図るのが理論的には首尾一貫するだろう。

95) だが、平等原則と比例原則を連結させる契機となった尊属殺違憲判決の理論的解決には疑問がある。まず、そもそも尊属殺人罪を法令違憲とする必要があったのだろうか。実刑判決からの解放が目標であれば、より技術的な他の方法による解決もあり得たはずである。尊属殺違憲判決の上告理由第2点は、「本件のような特殊な事件について」尊属殺人罪は適用されるべきでないと言ふ。これは理論的には適用違憲もしくは保護法益に即した限定解釈の主張と見ることが出来る。「尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例も見られ、かかる場合、卑属の行為は必ずしも現行法の定める尊属殺の重刑をもつて臨むほどの峻厳な非難には値しない」ことは多数意見も認めており、そのような場合にだけ尊属殺人罪の適用を排除するという方法も一考に値したのではないか。次に、法令違憲の結論を出すにしても、上告理由との関係からやむを得ないところがあるとはいえ、平等違反として構成する必要はあったのだろうか。尊属殺違憲判決で実質的に問題になったのは、刑法上可能な減刑を行っても執行猶予を許されない、尊属殺人罪の過酷な法定刑である。そうであれば、平等を意識しながら普通殺人罪と対比を試みるよりも、単に尊属殺人罪の保護法益との関係で尊属殺人罪の法的刑の妥当性、すなわち罪刑の均衡を問う方が理論的には正当であり(36条の残虐刑の禁止に当たると解するか、31条により実体的デュー・プロセス権として主観化する)、比例原則の本来の在り方にも適合するのではないか。なお、尊属殺の重罰規定が侵害する防御権が特定困難であるために「やむなくそれを平等論の形式を借りて争っているにすぎない」とする、石川健治「国籍法違憲大法廷判決を巡って——憲法の観点から(2)」法教344号40頁, 42頁(2009)。

96) 大嶋訴訟, 非嫡出子法定相続分差別事件など。

法裁量の幅に応じて比例原則の適用による統制密度に濃淡が生じている<sup>97)</sup>。

立法裁量論を介在させることで比例原則による司法審査を導く平等論が威力を発揮するのは、憲法上の実体権を観念できないため、そのままでは憲法訴訟を提起できないときである。そのよい例は国籍法違憲判決<sup>98)</sup>である。国籍法違憲判決は、「憲法 10 条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し、これを受けて、国籍法は、日本国籍の得喪に関する要件を規定している。憲法 10 条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される。しかしながら、このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法 14 条 1 項違反の問題を生ずることはない。すなわち、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解されることになる」とする。

ここでは、憲法 10 条によって立法裁量が

認められているが（文言アプローチ）、国籍を求める憲法上の実体権を観念することができないため、17 条から憲法ランクの権利を導いた郵便法判決のときのような、裁量を認めた憲法典の規定自体（国籍法違憲判決では 10 条）による裁量統制が難しい。そこで、平等条項を援用することによって、比例原則を適用し立法裁量を統制するための土俵を作るのである<sup>99)</sup>。

### 3 小括

ここまでの検討を振り返ると、以下のようになる。

- ① 判例上、立法裁量が認められる場合は、憲法典からそれを帰結できる場合や、憲法ランクの権利が存在しない場合に限られない。憲法ランクの実体的権利が存在し、それゆえ、法律による憲法上の権利の侵害が問題になりそうな場面でも、権限分配的な考慮から立法裁量は認められている（薬事法判決、大嶋訴訟）。
- ② 判例上、議員定数訴訟では裁量統制の場面で憲法上の権利が考慮される比重が抑えられているが、基本的な枠組みは維持しつつ、そのもたらす不備を克服するための統制手法が判例の内部で開発されつつある。類似の手法は、ほぼ時を同じくして行政裁量統制にも現れた（論証過程統制）。
- ③ 判例上、立法裁量統制の主要な手法は比例原則であり、平等違反も立法裁量論を経

97) たとえば、同じく自らの意思では変えることのできない身分に関わる事案でありながら、非嫡出子法定相続分差別事件と後述の国籍法違憲判決とは、立法裁量の幅が異なり、それゆえ統制密度にも違いが生じている。

98) 最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁。

99) これと逆に、憲法ランクの実体権が存在しないのならば、それ以上立法裁量を統制する余地は乏しいと考えているように読めるのが堀木訴訟判決である。堀木訴訟では、福祉国家実現のための「高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断」の必要が説かれる一方、「憲法 25 条の規定は、国権の作用に対し、一定の目的を設定しその実現のための積極的な発動を期待するという性質のものである」と、前述したとおりその権利的性格が認められなかったために、「憲法 25 条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない」という、広範な裁量が認められることとなった。「国籍が基本的人権の保障等を受ける上で重要な法的地位であるとしても、特定の国の国籍付与を権利として請求することは認められないのが原則」であるから、それによって裁量は左右されないと説く国籍法違憲判決の横尾裁判官らによる反対意見も、この趣旨をいうものと理解できる。

由することで比例原則による審査に解消されている。比例原則の適用を考える際には、その規律密度が問題になる。これを規定するのはそれを逸脱すれば違憲となるような立法裁量の幅であるが、憲法上の実体的権利がある場合にはそれが裁量の幅を狭める要素になり得る（郵便法判決）もの<sup>100</sup>、権利の性質や権利侵害の程度を問うアプローチは必ずしも徹底されていない（薬事法判決）。

これらをもとに、立法裁量との対比によって、行政裁量とその統制手法について考えてみたい。

まず①からは、憲法ランクの実体的権利が存在し、法律による憲法上の権利の侵害が観念できそうな場合でも権限分配的な考慮から立法府に裁量が与えられているということから、同様に権限分配的な考慮により、行政にも裁量を与えてよいのではないかという示唆を導き得る<sup>101</sup>。

しかし、権限分配的考慮からの裁量の付与が許されるにしても<sup>102</sup>、それを一般化すべきではないと思われる。

第一の理由は、立法府は民主政を司る機関であり、権限分配的考慮から立法裁量を認める際には、立法府のそのような性格も考慮されているのではないかということである。国民の選挙で選出される議員によって構成される立法府が民主的な正統性を背景にしているのに対して、行政の民主的正統性は間接的なレベルにとどまる。そこで、行政に裁量を与えるならば、それによって司法審査が限定されるのと引き換えに、行政府にいまひとつ欠ける民主的正統性を補うための規律が必要になるのではないか。すなわち、行政裁量の統制においては、裁量を授權する段階での議会による民主的統制と、裁判所による司法的統制とが相補的に働き<sup>103</sup>、民主的統制は授權法が議会の役割に照らして十分規律されていることを要求するのである<sup>104</sup>。これは、II 1(4)で検討した、議会法が行政裁量を授權するとともに限界づけるという発想に依拠した上で、その授權に必要な規律密度、すなわちどの程度授權法が規律していれば、民主的正統性が調達されていると言えるかを問題にするものと言える。こうして、本稿が統治機構における第二の視角とした、立法—行政関係

100) 前掲注 28) で言及した、憲法上の権利が裁量を「外側から羈束」するという発想は、寧ろこのような場面にこそふさわしいように思われる。

101) 多種多様な施策の中から緊要性の高いものを選び、その制度化を図らなければならない立法府の裁量に比べて、根拠法によって枠づけられた中で法律の執行に当たる行政の裁量は狭いとする見解として、原田尚彦『行政責任と国民の権利』108-109 頁（弘文堂、1979）。

102) 先に述べたように、公益実現を行政裁量の本質とする佐々木惣一の行政裁量論（II 1(1)）は、行政府を公益実現機関と見る権限分配アプローチだと解釈できる。公益適合性原則によって行政裁量を拘束しようとする亘理格教授の見解も、それを承継するものと理解できよう（亘理・前掲注 26) の、特に第 3 部第 3 章、第 4 章）。ただし、佐々木説においては、行政の公益実現のための裁量は議会が公益を設定していないときに限られている。逆に言えば、行政裁量は行政処分規定を実定法に置かないことまたは公益概念を含んだ実定法を制定することを通した議会の授權を基礎にしている。

103) 船越論文のいう司法的統制と民主的統制が正面衝突するのは、寧ろ立法裁量の場面であろう。

104) この意味するところは、その内容において瑕疵がないだけでなく、一定の規律密度をも有する法律によらなければ、行政裁量を根拠づけるには足りないということである。なお、平成 4 年酒税法判決の園部補足意見は、財政目的による免許制を法定するのは合憲としながらも、「酒類販売業の許可制に関する規定の運用の過程において、財政目的を〔中略〕経済上の積極的な公益目的と同一視することにより、既存の酒類販売業者の権益の保護という機能をみだりに重視するような行政庁の裁量を容易に許す可能性があるとするれば、それは、酒類販売業の許可制を財政目的以外の目的のために利用するものにほかならず、酒税法の立法目的を明らかに逸脱し、ひいては、職業選択の自由の規制に関する適正な公益目的を欠き、かつ、最小限度の必要性の原則にも反することとなり、憲法二二条一項に照らし、違憲のそしりを免れない」とする。ここでは、ある立法目的との関係で合憲な手段を設けている法律であっても、議会がその法律によって行政に裁量を授權する際に、立法目的が行政においても徹底されるよう配慮して授權をしなければ法令違憲となるという見方が示唆されており、裁量授權の際の規律のあり方が問われていると言える。

を検討する必要がある(4)<sup>105)</sup>。

第二の理由は、権限分配的考慮が許されるかは憲法上の権利によって規定されていないかということである。薬事法では営業の自由、大嶋訴訟では財産権という具合に、立法裁量における権限分配的考慮は当該事案で問題になった憲法上の権利(の制約)の性質から導かれていると推測でき(薬事法判決の行論はそれをうかがわせる)、立法裁量は機関の性格から直接に結論づけられているわけではない。立法裁量を許さないような性質の憲法上の権利あるいは侵害の程度もあると考えるべきであり(先の検討では、精神的自由についてはそうなりそうである)、憲法上の権利を離れて権限分配的考慮を推し進めるべきではないだろう。

次に、②については、議員定数訴訟で新たに提案され始めた立法裁量の統制手法と同様の手法が行政裁量統制のトレンドになりつつあることを捉えて、憲法上の権利の侵害が問題になる行政裁量統制でも、立法裁量に関する右の方法と同様に、憲法上の権利を考慮要素とする論証過程統制(裁量濫用アプローチの発展形)を行えば足りる、という見方も成り立ちえないわけではないと思われる。

しかし、このような見方には疑問がある。

第一に、選挙区割は立法裁量を容易に認めやすい事案であり(文言アプローチ)<sup>106)</sup>、そこで採られた裁量統制手法は一般化されるべきではない。

第二に、選挙権についての裁量統制手法

を、憲法上の権利の主役である防御権についてまで及ぼすべきではない<sup>107)</sup>。寧ろ防御権については、論証過程統制に満足せず、より憲法上の権利に優しい行政裁量の統制手法が模索されるべきだろう。

そこで③であるが、そのような裁量統制手法として、立法裁量についての判例が積み上げてきた比例原則を行政裁量に持ち込むということが考えられる。行政裁量の統制においても立法裁量と同様に、憲法上の権利が裁量の逸脱があったかを判断するための枠として働き<sup>108)</sup>、立法裁量と同様に比例原則を適用すべきと考えるのである。すなわち、裁量行使が違法となる状況である逸脱濫用のうち、濫用に当たるかの判断を論証過程統制が、逸脱に当たるかの判断を比例原則が、それぞれ担うことになる。

既に指摘したとおり、判例上、比例原則は立法裁量を経由した上でその統制手法として用いられている。これには理由がないわけではないと思われる。目的と手段との釣り合いをチェックしようとする法原則としての比例原則は、実は目的合理性を追求する政治部門にこそふさわしい、政策志向的な枠組みである<sup>109)</sup>。そうなると、立法裁量を認めながら比例原則によってその統制を図ろうとする裁判所は、一旦は立法裁量論により立法府の政策判断に委ねた問題について自ら政策志向的な分析を加えることで、密かに判断代置をしているとの評価が可能である<sup>110)</sup>。そしておそらくこの点が、最高裁が行政裁量において

105) 阿部泰隆『行政の法システム(下)(新版)』643頁(有斐閣、1997年)は、「立法者は、行政裁量を適切に行使させるためにどのような規定をおくべきか」という問いを提起する。

106) 選挙権は具体的な法律の規定がなければ画餅に帰すことは、在外邦人選挙権制限訴訟が述べるとおりである。

107) 宍戸・前掲注28)109頁。

108) 宍戸・前掲注28)109頁。根拠法が合憲であってもなお処分段階では違憲の問題が生じ得、行政が憲法上の権利に拘束されるのが前提となる。なお、論証過程統制を採用した前掲注74)の判決は結論において裁量逸脱を認め違法判断を示した原審を是認しており、論証過程統制を裁量逸脱審査と考えている可能性があるが、同様の統制手法を用いた最一判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁は「平成5年決定が本件高架式を採用した点において裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したもとして違法となるということとはできない」と結論しており、はっきりしない。

109) 石川健治「夢は稔り難く、道は極め難し」法教340号53頁、54頁(2009)。このことは、裁判所による政策形成への評価とも関係する。

110) もっとも、このことは次のような疑問を生じさせる。第一に、立法裁量論は本来司法府による法的評価の余地を狭め、違憲判断を抑制するための議論であったはずだが、むしろ綿密な裁量統制が加わることによって違

も比例原則を直に適用することに消極的であった理由であると思われる<sup>111)</sup>。それだけに、行政裁量統制において裁量濫用型審査としての論証過程統制に加えて、裁量逸脱型審査である比例原則による統制という武器を持つことのインパクトは小さくないだろう。

#### 4 立法—行政関係 —本質性理論—

3では、立法裁量の延長として行政裁量を許容するには、根拠法が民主政の観点から十分な規律を尽くすことにより、行政の裁量に民主的正統性が付与されていないのではないかということを描いた。そのような十分規律された法律について考えると参考になるのが、ドイツの法律の留保を巡る議論における本質性理論である<sup>112)</sup>。ここではそれを簡単に紹介する。

オットー・マイヤー以来、行政法学で法律の留保の中核にあったのは、侵害行政の根拠として議会の同意を要求することで自由と財

産を擁護しようとする侵害留保説であった。しかしながらドイツでは、1960年代以降、「憲法は減じる、行政法は存続する」というマイヤーの言葉を裏切る形で、憲法構造の転換が法律の留保にも変革をもたらすという議論が現れるようになる<sup>113)</sup>。すなわち、他ならぬ憲法の授權を抜きに行政の権限を観念することはできないという見方である。

そのような視点から、あらゆる行政活動は法律の根拠を必要とするという全部留保説を正当化したのがイェッシュである。イェッシュによれば、ボン基本法の憲法秩序の下では、自律的な統治機能を除けば (*abgesehen von selbständigen…Regierungsfunktionen*)<sup>114)</sup>、執行権 (*Exekutive*) は行政として法律を執行する権力 (*als Verwaltung echte vollziehende Gewalt*) となるに過ぎず、行政は憲法自体によって権限を割り当てられない限り、その全ての行為形式 (*Handlungsformen*) を議会の権限に依存する (*abhängig von einer parlamentarischen Ermächtigung*)<sup>115)</sup>。しかし全部留保説は、議会の無制限な支配権を

---

憲判断を促している面はないかということ。ここには立法裁量論の意図と結果との「逆転」がある (もともと、裁量統制による違憲判断には、司法府が自ら積極的な憲法判断を行うことによって生じ得る政治部門との緊張を緩和する効用があることも否定できないだろう)。第二に、より深刻なのは、決して多くはない我が国の法令違憲判決において、そのような裁量統制型の判決が多数派となっていることである。判例上、立法裁量が認められれば裁量統制の密度次第で違憲となる余地があるのに、立法裁量が認められなければ流れは合憲に傾く。ここにも「逆転」がある。このことは、二重の基準との関係を考えるときより深刻である。既に述べたように、薬事法判決で最高裁は、職業の自由の規制について立法府に合理的裁量を認める形で、言わば規制する側の理屈からの二重の基準を提出していた。そしてこの二重の基準は、表現の自由を扱った泉佐野市民会館事件が薬事法判決を引いて「集会の自由の制約は、基本的人権のうち精神的自由を制約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下にされなければならない」と述べたことによって追認されている。判例が承認しているように、表現の自由の規制が経済的自由の規制より厳格な審査に付されねばならないのなら (殊に、経済的自由の規制では認められた立法裁量が表現の自由の規制では認められないのだとしたら)、表現の自由の規制について法令違憲のない「逆転」した現状は、巧みな説明のなされない限り、人権論にとっては危機的であるとすら言える。しかし、この「逆転」を活かす枠組みもまた考えることができる。すなわち、センシティブな権利の制約にも比例原則を厳格に適用することで、憲法上の権利に有利な結論を導くことである。ただし、判例と異なり、立法裁量が認められない領域においても比例原則を厳格に適用するには、比例原則を違憲審査の手法一般に当てはまるものとして理論的に正当化する必要があるように思われる。後述の原理的基本権論はそのようなもののひとつである。

111) 最一判昭和39年6月4日民集18巻5号745頁。

112) 渡邊・前掲注31)8頁は、「本質性理論は、立法者を統制するための理論であって、「行政」裁量に対する司法権による統制について何かを述べるものではない」とする。確かに本質性理論は司法的統制には関わらない。しかし、法律による行政裁量の授權が同時にそれを制約すると考える機能的アプローチを採った場合には、本質性理論は行政に裁量を与えるための前提として、民主的統制の手段となり得る。

113) 大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」『現代行政の行為形式論』1頁、3頁 (弘文堂、1993) [初出1985]。

114) いわゆる執政権論のことである。執政権論については、石川健治「統治のゼマンティック」憲法問題17号65頁 (2006)。

115) Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, S. 205.

認めることになりかねない、あるいは逆に議会の過剰負担をもたらす等の理由で、多数説の容れるところにはならなかった<sup>116)</sup>。

一方、ドイツ憲法裁の判例も独自の展開を辿った<sup>117)</sup>。1972年の専門医決定<sup>118)</sup>は、法治国原理とあわせて民主政原理に言及し、前者が個人の自由に奉仕する一方、後者は法規による規律が国民により選ばれた立法機関の意思決定に還元されることを要求すると説いた。同年の進路指導学年判決<sup>119)</sup>は、法律による行政の原理は、基本権が行使される領域では、国家の形成に委ねられた法領域を立法者自らが境界づけねばならず、行政庁の裁量に委ねてはならないということを要請するとして、再び立法者自身による決定の必要性に言及した。さらに1975年のヴェール決定<sup>120)</sup>は、侵害をメルクマールとする法律の留保論からの離脱を表明した。また、1977年の性教育決定<sup>121)</sup>は、法律の留保の民主主義的、法治国的機能からの再構成を主張している。

ここに見られる、侵害留保を克服しようとする法律の留保の理解は「本質性理論」と名づけられている。本質性理論は、「議会自らが本質的な事項の決定を下し、行政に委ねてはならない」との内容を持つため「議会の留保」

とも評されている<sup>122)</sup>。その意味は、法的規律の充填を行政に任せることを許さずに、民主政を担う機関である議会に民主政にとっての自己決定を迫り<sup>123)</sup>（すなわち、「立法の任務を回避しようとする議会の逃げ道を遮断する」<sup>124)</sup>）、法律の規律密度を高めることによって基本権保障に奉仕することにある<sup>125)</sup>。民主政を担う機関に裁量を認める立法裁量との均衡からも、行政裁量の授権についてはこのような本質性理論から根拠法を規律し、議会に自己決定を尽くさせることにより民主的正統性<sup>126)</sup>を調達することが必要と考える<sup>127)</sup>。このような観点からの規律が足りない授権法は憲法41条から違憲とする余地があるのではないか。

#### IV. 権利論アプローチ — 憲法上の権利論—

##### 1 「権利侵害—侵害の正当化」の枠組み

近時、ドイツ憲法学の影響の下、「憲法上の権利論」と呼ばれる憲法解釈の方法が有力になりつつある<sup>128)</sup>。本稿が繰り返し用いて

116) 大橋・前掲注 113)5頁。

117) 大橋・前掲注 113)10-22頁。

118) BVerfGE 33,125.

119) BVerfGE 34,165.

120) BVerfGE 40,237.

121) BVerfGE 47,46.

122) 大橋・前掲注 113)28-29頁。

123) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』48-49頁（大阪大学出版会、2001）は、従来の法律の留保原則が立法と行政の権限画定を問題としてきたのに対し、本質性理論は立法者の自己決定義務に注目するものである旨を説く。

124) 宮田・前掲注 20)142頁。

125) 本質性理論を徹底すれば、「本質的な決定すなわち基本権に関連する領域では」裁量が認められないということにもなり得る。ドイツにはその趣旨を説く見解があるが、判例通説の採用するところとはなっていない（宮田・前掲注 20)142頁）。

126) 議会と行政の民主的正統性の差は程度問題に過ぎないという想定される批判に対して、本質性理論は議会の立法手続の価値（公開機能、利益の統合機能）という別の理由づけを用意している（松本・前掲注 123)51頁）。

127) 本質性理論の弱みは、そこでいう本質性の意味が明らかでないことである。民主政の観点からの規律が十分であるかには、衡量やリスク評価の困難性を踏まえた、「立法と行政の間の役割分担という機能的考慮」を無視するわけにはいかないだろう（宍戸・前掲注 28)102頁）。その結果、科学技術などの領域においては、本質性理論の要求が「指導的決定」程度にとどまることもあり得る（大橋・前掲注 113)26頁）。

128) 石川・前掲注 32)、松本・前掲注 123)の他、小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社、2009）、宍戸常寿『「憲法上の権利」の解釈枠組み』安西文雄ほか『憲法学の現代的論点（第2版）』231頁（有斐閣、2009）など。これらは我が国の判例を立法裁量論を採らないものも含めて、アメリカ流の違憲審査基準論ではなく比例原則から説明しようとする。

いる「憲法上の権利」の語も、これに従っている。

この議論の特徴は、違憲審査基準論との関係で訴訟法に近づけて考えられることが多かった憲法解釈を実体法に引き戻し、刑法や不法行為法とパラレルに理解しようとしたことである。その内容は、論者ごとに違いはあるが、概ね以下のように要約できるだろう。

- ① 憲法上の権利は防御権を中心に把握される。
- ② 憲法上の権利は保護範囲を持っている。防御権としての憲法上の権利の主体は保護範囲につき国家に介入しないよう求めることができる。
- ③ 憲法上の権利の保護範囲を侵す国家行為（法令審査の場面では、立法）は、原則として違憲である（権利侵害）。
- ④ 権利侵害が正当化される理由（正当化事由）があれば、③の推定は破れ、国家行為は合憲となる（このように、国家行為、保護範囲、正当化の3要素から構成される点を指して、憲法上の権利論は三段階審査とも呼ばれている）。正当化事由としては、形式面で法律の留保、実質面で比例原則がある。

ここでは憲法上の権利の侵害を正当化する理由として、法律の留保と比例原則が権利論に取り込まれている点が注目される。前者については美濃部が既に論じていたところであり（II 1(3)）、また、その射程は先に論じた本質性理論にまで拡大されるべきであろう<sup>129)</sup>。一方後者は、美濃部においても処分レベルでは考慮されていたが、立法を対象と

はしていなかった。そこで以下では後者の権利論への理論的な取り込みを図る。

## 2 比例原則の権利論からの正当化 —原理的基本権論—

比例原則の活用を訴える我が国の見解には、その憲法上の根拠を憲法13条に求めるものがある<sup>130)</sup>。他方で比例原則を防御権一般の性質として論じる議論がある<sup>131)</sup>。そのようなものとして、ドイツのアレクシーの原理的基本権論を紹介する<sup>132)</sup>。

アレクシーによれば、法規範には原理(Prinzip)と準則(Regel)の2つがある。準則が要件効果の明白で、効果が生じる否か二者択一の法規範であるのに対し（たとえば「チャイムが鳴るまでは教室を出てはいけない」）、原理はその内容が法的事実の可能性に依じて最大限実現されることを要求する最適化命令(Optimierungsgebot)である<sup>133)</sup>。

準則と準則の間には矛盾が生じることがあり(Regelkonflikt)、法秩序の統一性の観点から、準則間の優越関係を画一的に決めておく必要がある。たとえば、「チャイムが鳴るまでは教室を出てはいけない」という準則と、「火災報知機が鳴ったら教室を出なければならぬ」という準則は、授業時間に火災報知機が鳴った場合には矛盾を生じさせており、いかなる効果が生じるべきか明らかでない。このような矛盾は、準則間の優越関係を明らかにするための、例外条項(Ausnahmeklausel)とも言うべき準則を挿入することで解消される。上の例では、矛盾は前者の準則に「ただし、火災報知機が鳴った場合にはこの限りではない」という例外条項が加えられる

129) 松本・前掲注123)34頁以下。

130) たとえば、青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」芦部信喜選集『憲法訴訟と人権の理論』625頁（有斐閣、1985）。なお、判例に「ベースラインからの離脱をはかる立法について、その目的および手段について、少なくとも、「明白性」の基準をクリアすることを要求する権利」の存在を見出す長谷部恭男「国家による自由」『憲法の理性』128頁、135頁（東京大学出版会、2006）〔初出2003〕も、比例原則の主観的表現をいうものと解釈できよう。

131) ドイツでは多くの学説が、基本権は比例性の要請なしには十分には保障されないとして、「基本権の本質」(Wesen der Grundrechte)から比例原則を基礎づけている（山下義昭「「比例原則」は法的コントロールの基準たりうるか（3・完）」福岡大学法学論叢39巻2号243頁、247頁（1995））。

132) 簡単な紹介として、山下・前掲注131)248頁。

133) Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994. S. 71-77.

ことで解消される。これは、後者の準則が前者の準則に優越することを意味している<sup>134)</sup>。

しかし原理と原理の間には、常に一方が他方に優越するという関係は見られない<sup>135)</sup>。基本法1条1項が掲げる人間の尊厳も、あらゆる状況で他の原理に優越する絶対的な原理ではないとアレクシーは論じる<sup>136)</sup>。

いずれの原理が優越するかは、互いに最適化を命ずる2つの原理が衝突する個別の状況における原理間の衡量(Abwägung)に依存する。最適化命令と最適化命令が衝突することで、ある場面ではP<sub>1</sub>、別の場面ではP<sub>2</sub>が優越するというように、妥当な均衡が得られるのである。このことは、原理P<sub>1</sub>が原理P<sub>2</sub>に優越する状況をCとすると、「Cが満たされればP<sub>1</sub>が命じる内容が妥当する」という準則が成立していると言い換えることができる。つまり、原理の衝突(Prinzipienkollision)は、一方の原理が優越する状況を要件とする準則を立てることによって解決される。アレクシーはこれを衝突の法則(Kollisionsgesetz)と呼ぶ<sup>137)</sup>。

基本権も、基本権と衝突する政府利益も原理の性格を持つとアレクシーは論じる。ここで政府利益をP<sub>1</sub>、基本権をP<sub>2</sub>とすると、Cは政府利益が基本権に優越する条件、すなわち基本権侵害を許容する正当化事由の存在する状況だということになる。

では、具体的にP<sub>1</sub>がP<sub>2</sub>に優越する場面とはどのようなときなのか。まずは衡量のレベルでP<sub>1</sub>がP<sub>2</sub>に優越していなければならない。これが本来の衡量命令(eigentliches Abwägungsgebot)であり、狭義の比例原則(Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne)である。しかし、これは原理の最適化命令の法的可能性に応じた面に過ぎず、なお事実的可能性に応じた最適化、すなわちP<sub>1</sub>を実現する手段のうちから適切なものを選択する作業が

必要になる。これが、手段が目的に適合することを命じる適合性(Geeignetheit)と、最もマイルドな手段を命じる(Gebot des mildesten Mittels)必要性(Erforderlichkeit)である。これら(要は比例原則である)が満たされることでP<sub>1</sub>がP<sub>2</sub>に優越することが認められ、実体憲法論としては、憲法上の権利の侵害が正当化されることになる<sup>138)</sup>。

このような内容の原理的基本権論は、現実の判決を説明するのにも有用である。その例としてアレクシーが挙げるのは、営業所や事業所への立ち入り調査が基本法上許容されるかが争われた事件である<sup>139)</sup>。

基本法13条1項は住居の不可侵を定めている。一方、同7項(事件当時は3項)はそれが一定の目的のために法律によって制限されることを定めている、特別な留保条項である。

判決は基本法の文面は絶対的ではないとして、営業所や事業所は基本法13条1項で保護されるとした。つまり、基本法13条1項の保護範囲を拡張解釈したのである。このように営業所や事業所のプライバシーが基本法によって保護されるのならば、その侵害は正当化を必要とする。

では、営業所や事業所は基本法13条7項の特別の留保条項による制限を受けるのか。留保条項も拡張解釈することは基本権保障を無意味にする恐れがあり、採り得ない方法である。

そこで判決は、立ち入り調査が許されるなら結果的に侵害はないという論理を展開した(にもかかわらず、基本法2条1項より比例原則の規律が及ぶとして、立ち入り調査のための条件を定式化する)。しかし、これには侵害とその正当化という基本権理論の理解(1)に矛盾しているとの批判が可能である。

アレクシーは、判決が苦しい立論をせざるをえなくなった原因を、判決が基本法13条

134) Alexy, (Anm. 133) S. 77-78.

135) Alexy, (Anm. 133) S. 78-79.

136) Alexy, (Anm. 133) S. 94-97.

137) Alexy, (Anm. 133) S. 79-84.

138) Alexy, (Anm. 133) S. 100-104.

139) BVerfGE 32,54.

1項や7項を準則と捉えている点に求める。アレクシーによれば、基本法13条1項は準則ではなく「個人の人格の発展のための空間的領域を保護する原理の表現」(Ausdruck des Prinzips des Schutzes des räumlichen Bereiches der individuellen Persönlichkeitsentfaltung)であり、住居はかかる空間的領域の例示に過ぎない。営業所や事業所上に述べたような空間的領域に当たるので、基本法13条1項によって保護される。

しかし、基本法13条1項による私的領域を保護する原理と、他者ないし公衆の利益という原理は衝突することがある。これを解消するには、原理間の衡量により優越関係を示す準則を立てる必要がある。このような立場からは、判決が比例原則を援用して定式化した立ち入り調査のための条件は、保護される私的領域が営業所や事業所である場合の優越関係準則であり、基本法13条7項の特別な留保条項は、保護される私的領域が住居である場合の優越関係準則を基本法の起草者が予め明文化していたものだと説明することができる<sup>140)</sup>。

類似の事例は我が国の判決にも見出すことができる。接見指定の合憲性が争われた事件で、最高裁は憲法34条の保障に由来する接見交通権と、「刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使」(これらには、憲法が「国家の権能であることを当然の前提」としている)との「合理的な調整」の必要に言及し、これに基づいて刑法39条3項の「捜査のため必要があるとき」を明確にしようとしている<sup>141)</sup>。ここでは接見交通権と捜査権という憲法レベルの原理の衡量を通し、刑法39条3項の準則化が図られていると解釈できよう。

このように、憲法上の権利を原理間衡量を要求する原理と捉え、原理間衡量の論証を政府利益を主張する政府に課せば、権利侵害があれば原則違憲となるという憲法上の権利論の枠組みと正当化事由としての比例原則は理論的に説明されることになる<sup>142)</sup>。

## V. 司法—行政関係 一行政裁量の憲法的統制—

### 1 憲法上の権利論と裁量論の擦り合わせ

右のような憲法上の権利論を採ると、防御権については、憲法上の権利の保護法益を侵す国家行為が見出される場合にはその違憲性が推定され、裁判所はその侵害が法律の留保の要請を満たしているか、また、必要最小限度にとどまっているかを検討し、これが否定されるならば違憲判断をしなければならなくなる。これが、権利論が貫徹された場合の帰結である。

これに対し、裁量を認めると、立法裁量について検討したところから伺われるように、裁判所による審査、特に正当化事由の審査は制約されることになる。

権利論でも立法裁量論でも、正当化事由の審査に用いられる枠組みは比例原則である。しかし、比例原則の拠って立つ哲学が憲法上の権利論と裁量論とで異なるため、その中身も異なることになる。

憲法上の権利論の前提は、権利侵害は原則違憲であり、最適化命令に従った均衡点が見出されない限りこの違憲性が阻却されることはないということである。ここでの比例原則はこの均衡点を見出すための道具として用いられる。

140) Alexy, (Anm. 133) S. 114-117.

141) 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁。

142) 防御権の立場からの原理的基本権論への批判として、ベルンハルト・シュリンク(高田敏=松本和彦訳)「原理としての基本権?」阪大法学42巻1号245頁(1992)。最適化要請としての基本権は「市民に対しはじめて法的および事実的可能性に応じた請求権だけを保障」するものでしかないとして(同書247頁)、「基本権と連邦憲法裁判所の機能が、個人の自由の保障であるとすれば、原理としての基本権理解は誤ったものである」とする(同書264頁)。これに対する手立ては、本文で論じたように、政府利益の側に論証責任を課すことである。

一方、裁量論の前提は、裁量の枠を逸脱しない限り違憲の問題は生じないということである。比例原則は裁量逸脱があったかを判定する道具として用いられ、侵害の最小限度性を要求するものではない。

同様の議論は行政裁量についても考えられる<sup>143)</sup>。憲法上の権利論は主として立法に対する違憲審査を念頭に説かれている枠組みである。しかし、行政処分も国家行為に当たるのだから、根拠法が合憲であってもなお憲法上の権利侵害を惹起する余地があり、憲法的な規律が必要となる。これが、本稿が冒頭で提起した（I 1）、行政処分による憲法上の権利の侵害の意味である<sup>144)</sup>。これに従えば、法令レベルだけでなく処分でも、裁判所は合憲性を綿密に点検しなければならなくなりそうである。

ところが行政裁量でも、裁量が認められる場合には司法審査が限定され、権利論をそのまま適用することはできなくなる。のみならず、判例上その裁量統制手法は、根拠法の合憲を前提に憲法上の権利が格下げされた緩やかなものになっている（I 2, II 2）。

そこで、行政裁量への統制を手立てとして、裁量が認められずに権利論が貫徹される領域を確保するとともに、裁量統制の手法としては、立法裁量と同様に憲法上の権利による拘束を認め、裁量逸脱審査（比例原則）をすることが考えられる（III 3）。

すなわち、法令の違憲審査について

① 侵害の正当化の場面で裁量（立法府の一

次的判断権）を認めつつ、比例原則によって裁量の幅に応じた裁量統制を図る場合（裁量論）

- ② 侵害の正当化の場面で裁量が認められず、裁判所自ら立法手段の最小限度性を測定する必要があり、比例原則を厳格に適用する場合（権利論の貫徹）

の2つを分けて考えられるように、処分についても

- ① 行政裁量を認めつつ、比例原則により裁量の幅に応じた統制を図るべき場合（裁量論）  
② 行政に裁量が認められず権利論が貫徹される結果、法律による完全な拘束、すなわち羈束行為となる場合（権利論の貫徹）<sup>145)</sup>

の2つを分けるのである<sup>146)</sup>。すなわち、防御権を観念できる場面では、羈束行為（②）については裁判所に完全な審査権が与えられる形で処分の違憲性の審査を観念できるだけでなく、羈束行為ではない処分（①）についても、行政裁量の統制という形で、処分の違憲性の審査が観念されることになる。

問題は、ここでいう①と②をいかに振り分けるかである。本稿は立法裁量について検討する際、憲法上の権利の性質や侵害の程度が裁量の有無や幅を規定すると述べたが（III 3）、同様の考慮が行政裁量についてもなされるべきであろう<sup>147)</sup>。

143) 村田斉志「行政法における比例原則」藤山雅行編『行政争訟』65頁、71頁（青林書院、2004）。

144) 村田・前掲注143)68頁は、憲法13条から比例原則が導かれるという前提に立ち、「実定行政法の解釈の場面における比例原則の適用に当たっても、違憲審査基準として「必要最小限の規制の原則」が問題となり得るような基本的人権に対する制約を伴う処分については、比例原則の厳格な適用が求められるという解釈も可能ではないかと思われる」とするが、ここでは処分が憲法上の権利を侵害することが念頭に置かれているように思われる。

145) もっとも、本稿は不利益処分における行政便宜主義を否定するものではない。村田・前掲注143)75頁は「行政権限を発動しないことにより国民の権利利益が確保される場合に、むしろ、行政権限の発動が控えられることは自由主義の理念を基礎とする法律による行政の原理に合致こそすれ、反するものではない」とする。

146) 比例原則が裁量統制の手法なのか、裁量を否定するものなのかについては、行政法学でも見解が分かれているが（前掲注143）、立法裁量については両者を振り分け、行政裁量については裁量統制手法として用いるのが本稿の立場である。

147) 高木光「比例原則の実定化」芦部信喜古希『現代立憲主義の展開（下）』209頁、231頁（有斐閣、1993）。

## 2 一応の結論

以上の検討の結果、本稿が採る差し当たりの結論は、次のようなものになる。

- ① 法令が制限する憲法上の権利の性質あるいは法令が想定する権利侵害の程度によって、行政に裁量の余地がない領域が定められる（権利論の貫徹）。
- ② 権限分配的考慮から行政に裁量を認める場合も、それが許されるのは
  - a 憲法上の権利の性質あるいは侵害の程度が裁量を許容すること（①の裏返しである）
  - b 根拠法が民主的正統性を確保する観点から本質的事項について規律を尽くしていること（機能的アプローチからは裁量授權の前提として、権利論アプローチからは法律の留保の要請として）の2つの条件がクリアされているときに限られる。法令の内容に瑕疵があるときは勿論、bの規律密度が満たされない場合には、法令違憲とすべきであろう。
- ③ 裁量が認められる場合も、従来の裁量濫用統制<sup>148)</sup>やその具体化と見るべき論証過程統制に加えて、比例原則（ただし、権利論が貫徹される場合の必要最小限度性ではなく裁量逸脱審査の意である）による統制が及び、これによって裁量の逸脱が認められるとその行政処分は違憲の瑕疵を帯びる<sup>149)</sup>。

これは注28)の山本報告が指摘する、憲法上の権利が持つ行政裁量を「外側から羈束」する機能を追求した結果とも言える。本稿の立場からは、憲法上の権利が裁量に取り込まれ一要素となる場合の違法が裁量濫用、憲法上の権利が比例原則によって裁量を外から拘束する場合が裁量逸脱と整理される。近時の判例の到達点と見得る論証過程統制は前者に分類されることになるが（Ⅲ3）、これに対して、本稿は後者の理論的可能性を探るものであった。今後は裁量の濫用と逸脱の区別を裁判実務（あるいは、行訴法30条の見直しの動き）に向けて促していくとともに、論証過程統制がどこまで憲法上の権利に優しい司法審査をできているか（暗黙のうちに外側からの羈束が行われているのなら、それに越したことはない）、具体的事案の中で検討しながら、裁量逸脱審査を具体化し、その威力を確認する作業が求められるだろう<sup>150)</sup>。

（おおた・けんすけ）

148) 神橋一彦『行政訴訟と権利論』186頁（信山社、2008）は、裁量濫用統制も憲法13条から導かれるとする。

149) 藤田・前掲注16)101頁注1は、根拠法が明文で裁量権行使の限界づけをしていないときでも、その法律を適用する行政庁が比例原則による憲法上の拘束を受ける結果、根拠法の枠内でなされる（すなわち、法律による行政の原理には抵触しない）行政庁の行為も、比例原則によって課せられた枠を踏越したとして適用違憲となり得るとするが、ここにいう「適用違憲」とは、根拠法を違憲無効とすることなく適用行為を違憲とするものであって、本稿の考える処分の違憲に相当するものであると思われる。なお遠藤比呂通弁護士は藤田説を踏まえて、「裁量の濫用・逸脱は、憲法規範との関係でいえば、端的に、根拠法規の憲法適合性の問題に還元される」のだから、「従来、裁量の逸脱・濫用といわれてきた事柄を、憲法解釈として、端的に根拠規範の憲法適合性の問題に置き換える努力が必要」とする（遠藤比呂通『市民と憲法訴訟』30頁注4（信山社、2007））。

150) 本稿は2009年12月に東京大学大学院法学政治学研究科に提出された同名のリサーチペーパーに加筆修正を施したものである。本稿執筆中、同級の巽智彦氏には幾度となく議論に付き合っていただくなど大いに助けられた。氏と同時にローレビュー掲載を果たせたことは筆者にとってこの上ない喜びである。記して感謝したい。

## 論説

# 居住用建物賃貸借における 更新料特約の有効性の判断構造

2008年入学

佐藤孝一

## I. はじめに＝問題提起

- 1 2つの大阪高裁判決
- 2 問題の所在＝2つの視点から
  - (1) 民法・借地借家法の問題…更新料の法的性質
  - (2) 消費者契約法の問題

## II. 一連の裁判例

- 1 裁判例の流れ
- 2 原審（裁判例③及び④）での有効判決
  - (1) 更新料の法的性質
  - (2) 消費者契約法 10 条後段該当性
- 3 京都地裁の2つの無効判決（裁判例⑤及び⑦）
  - (1) 更新料の法的性質
  - (2) 消費者契約法 10 条後段該当性
    - ・ 一種の贈与的性格
    - ・ 交渉過程での当事者間の情報力の格差
- 4 大阪高裁 8 月判決（裁判例⑥）＝無効
  - (1) 更新料の法的性質
    - ・ 性質 i について
    - ・ 性質 ii について
    - ・ 性質 iii について
  - (2) 消費者契約法 10 条後段該当性
    - ・ 契約条項の実体的内容
    - ・ 当該条項の趣旨、目的及び根拠
    - ・ 当事者双方の情報収集力の格差
    - ・ 契約条項の定め方
    - ・ 契約条項の明確性
- 5 大阪高裁 10 月判決（裁判例⑧）＝有効
  - (1) 更新料の法的性質
  - (2) 消費者契約法 10 条後段該当性
    - ・ 基準
    - ・ 本件への当てはめ

- (1) 消費者契約法 10 条後段の解釈をめぐる議論
    - ・ 消費者契約法上の信義則
    - ・ 個別交渉条項への適用の可否
    - ・ 対価・給付条項への適用の可否
  - (2) 更新料をめぐる議論
    - ・ 更新料支払合意の法定更新への適用と借地借家法 30 条
    - ・ 更新料に関する慣習の成否
- 2 8 月判決における鑑定意見書
    - (1) 方針
    - (2) 法的性質論の消費者契約法的見地からの考察

## IV. 検討

- 1 2つの大阪高判の相違点
- 2 10 月判決の問題点
  - (1) 賃借権設定の対価（礼金と同様の性質）という法的性質の合理性
  - (2) 賃借人の更新料に関する認識
- 3 8 月判決への評価
  - (1) 結論の妥当性
  - (2) 残された問題点＝賃貸人側の説明及び賃借人の認識
- 4 判断構造に関する一つの考え方
  - (1) 方向性
  - (2) 潮見意見書からの示唆＝消費者契約法解釈への社会法的色彩の導入
  - (3) 負担の不合理性のみから違法無効を導く判断基準
  - (4) 更新料（特約）の場合
- 5 補論＝更新料特約の無効がもたらすもの

## V. おわりに

～謝辞～

## III. 学説での議論

- 1 一般的議論

## I. はじめに＝問題提起

### 1 2つの大阪高裁判決

近年、居住用建物賃貸借における、いわゆる「更新料」の特約の消費者契約法10条（一般不当条項規制）に基づく有効性の議論につき、下級審レベルで活発な動きが見られる。特に、平成21年8月27日及び10月29日に出された大阪高裁判決（下記にいう裁判例⑥及び⑧）をさす。以下では各々「8月判決」及び「10月判決」とする。）が、これを象徴している。すなわち、同じ高裁（裁判体は異なる）が、2つの更新料返還請求事件につき、それぞれ、更新料特約が無効との判断と有効との判断を示したのである（両事件ともに、敗訴側が既に上告受理申立て）。本稿では、この2つの裁判例を中心とした近時の諸裁判例の分析を通じて、その「更新料」がいかなる問題を孕み、それらをいかに律していくべきかを検討することにする<sup>1)</sup>。

### 2 問題の所在＝2つの視点から

「更新料」とは、不動産賃貸借契約の期間満了に伴う当該契約の（合意）更新に際して、賃借人から賃貸人に給付される金銭である<sup>2)</sup>。裁判例を見る前に、まずこの「更新料」の支払いを義務づける特約に関する問題の所在について、確認しておこう。更新料に関する問

題点は、次の2つに整理できる。第1は、更新料という給付が契約上いかなる法的性質を有するのか、という問題、第2は、本件のような居住用建物賃貸借が消費者契約法上の「消費者契約」に該当することに鑑み、更新料特約が消費者契約法10条に照らして有効か、という問題である。

#### (1) 民法・借地借家法の問題…更新料の法的性質

更新料の法的性質については、従来学説及び実務上、ニュアンスの差こそはあれ、次のiないしiiiと捉えられていた<sup>3)</sup>（以下、これらを「3つの法的性質」とする）。このような法的性質が、特に借地借家法（正当事由の制度、借賃増減額請求権の制度）との関係で正当化できるのかが、大きな問題となる。

これらに加えて10月判決では、裁判例①ないし⑦で争われてきたものとは異なる法的性質ivが登場した（この見解自体は、従来から存在していた）。

#### 性質 i 賃料の補充

名目として定められた賃料が、当該賃借物件の使用収益の対価として客観的に算定された額よりも低いことに鑑み、それとの差額を、更新料を収受することで補充する。

#### 性質 ii 更新拒絶権放棄の対価

賃貸借契約の期間満了に際して、賃貸人の賃借人に対する更新拒絶権（借地借家法26条1項、28条）を賃貸人が放棄することの対価として、更新料が観念される。

1) なお、脱稿後、従来検討対象としてきた後述の裁判例⑦-2及び⑦-3の控訴審判決である大阪高判平成22年2月24日公刊物未登載（平成21年（ネ）第2690号）（以下、「裁判例⑨」・「2月判決」）及び大阪高判平成22年5月27日公刊物未登載（平成21年（ネ）2548号）（以下、「裁判例⑩」・「5月判決」）が登場し、結論は、ともに「無効」である（5月判決については、確定した）。なお、上記両判決は、賃借人側弁護団のHP=<http://www1.ocn.ne.jp/~benagano/shikikin.html> から閲覧可能である（平成22年8月15日最終確認）。

さらに、本稿と同様のテーマを検討対象とする加藤雅信教授の論稿「賃貸借契約における更新料特約の機能と効力—近時の大阪高裁の相反する裁判例の検討を兼ねて」法時82巻8号50頁（2010）、並びに、大澤彩准教授の論稿「建物賃貸借契約における更新料特約の規制法理（上）（下）—消費者契約法10条における「信義則」違反の意義・考慮要素に関する一考察」NBL931号19頁、932号57頁（2010）に触れた。

これら脱稿後の情報については、以下、（本稿の事後検証の意味も含めて）必要に応じて脚注にて言及する。

2) この「更新料」の定義は、一般社会において、いわゆる「更新料」と名目づけられている賃貸借契約上の給付の最大公約数として筆者が示したものであり、実際には、その給付構造につき仔細な分析が必要であることは、後に示すとおりである。ゆえに、この定義には、それほど重き意義をおいていない。なお、更新料の多義性については、IV5の第3参照。

3) 石外克喜『権利金・更新料の判例総合解説』189-215頁（信山社、2003）。

**性質 iii** 賃借権強化の対価

契約当事者が更新拒絶権を行使せずに契約期間が満了した場合、当該契約は法定更新され（借地借家法 26 条 1 項本文）、その後は期間の定めのない契約になる（同項ただし書）。そうすると当該賃貸借は、貸主からの解約申入れにより終了する可能性がある（27 条 1 項）。これに対し、期間満了に際して合意更新を行うと、そこで定められた契約期間中の賃借権の存続は原則として保障される。これにより賃借権が強化されたとして、その対価として更新料が支払われると捉える。

**性質 iv** 賃借権そのものに対する対価（礼金・権利金に相当）

賃借権（が設定されること）自体に一定の財産的価値を見出し、それへの対価として更新料を捉えるものである。

**(2) 消費者契約法の問題**

消費者契約法 10 条は、一般に前段要件と後段要件によって構成されるといわれるが、本稿では、専ら後段要件、すなわち、「民法第 1 条 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害する」かどうかの判断を問題とする<sup>4)</sup>。これにつき本稿では、次の 2 つの視点からの検討を行う<sup>5)</sup>。

**・更新料による賃借人の負担の合理性の有無及び程度**

この問題は、主に、(1)で提起した問題及びその議論が反映される。

**・更新料支払合意の形成過程**

上述の負担の合理性の検討を前提として、そのような負担を負うに至った合意の形成過程に問題はなかったかを探る。この問題は、更新料特約の締結の実状から、大きな問題がある。

すなわち、居住用の建物賃貸借契約を締結

するために賃貸人（事業者）と交渉に入った賃借人（消費者）は一般に、更新時に更新料を負担しなければならない旨の認識はあり、その旨説明も受ける（宅建業者による重要事項の説明につき、宅建業法 35 条 1 項 7 号参照）。しかし、その更新料がいかなる対価性を有しているか、ひいてはその負担を正当化する事由については、何ら認識していない場合が事件の多くを占める。

このような実状に加え、既に述べた更新料の**性質 i** に関係するが、更新料を受受することにより賃料を安く見せかけることで、消費者を不当に誘引する危険性も孕んでいる。

**II. 一連の裁判例****1 裁判例の流れ**

ここで、本稿の素材となる近時の裁判例を概観しよう。従前有効判断が続いていたところ、裁判例⑤を皮切りに無効判決が続く。8 月判決（裁判例⑥）は高裁初の無効判決であり、その影響もあってか裁判例⑦でも無効判断がなされた。ところが、10 月判決（裁判例⑧）では、一転有効判断がなされた。

裁判例①は、I 2 (1)の**性質 iii** の説明と同様の内容を正当と認めたのみで、そして裁判例②は、賃貸人の主張する 3 つの法的性質を正当と認める旨述べたのみで、有効の結論を出している。そこで以下では、裁判例③以降の事件につき、その判断の要点を紹介する。その際の視点は、「(1) 更新料の法的性質に関する判断」とそれに基づく「(2) 消費者契約法 10 条後段の該当性の判断」に置く。

①東京地判平成 17 年 10 月 26 日公刊物未登載（平成 17 年（レ）149 号）＝有効

4) 前段要件とは、すなわち、任意法規適用の場合に比し、消費者の権利を制限し、又は義務を加重する契約条項であること、である。一般に、いわゆる更新料問題に言う「任意法規」とは、民法 601 条及び 614 条が問題となる。そして本稿でも、この前段要件該当性は、十分検討すべき問題ではあるが、紙幅の制約及び後段要件該当性の重要性との比較に鑑みて、割愛する。なお、そもそも更新料特約の問題が、この前段要件すら充たさないのでないか、という指摘につき、加藤・前掲注 1)56 頁参照。

5) 大澤・前掲注 1) (上) 24 頁は、裁判例の分析において、「金額の相当性」ないし「対価の均衡性という客観的不均衡」と「情報・交渉力の格差の存在と説明の欠如」ないし「主観的不均衡」が、いわゆる後段要件における考慮要素となっている旨、指摘している。

(図表 1)

|              | ①            | ②            | ③, ⑥            | ④, ⑧          | ⑤             | ⑦-1           | ⑦-2, ⑨        | ⑦-3, ⑩        |
|--------------|--------------|--------------|-----------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| 更新料<br>(賃料比) | 55000<br>(1) | 74000<br>(2) | 100000<br>(2.2) | 104000<br>(2) | 116000<br>(2) | 116000<br>(2) | 76000<br>(2)  | 106000<br>(2) |
| 賃料<br>(月額)   | 55000        | 37000        | 45000           | 52000         | 58000         | 58000         | 38000         | 53000         |
| 期間(年)        | 2            | 1            | 1               | 2             | 2             | 1             | 1             | 2             |
| 更新回数         | 4            | 3            | 5               | 3             | 1             | 1             | 3             | 0             |
| 礼金<br>(賃料比)  | —            | —            | 60000<br>(1.3)  | 200000<br>(4) | —             | —             | —             | —             |
| 結論           | 有効           | 有効           | ③有効<br>⑥無効      | ④有効<br>⑧有効    | 無効            | 無効            | ⑦-2 無効<br>⑨無効 | ⑦-3 無効<br>⑩無効 |

- ②明石簡判平成 18 年 8 月 28 日公刊物未登載  
(平成 17 年(少コ) 78 号) = 有効
- ③京都地判平成 20 年 1 月 30 日金判 1327  
号 45 頁 (⑥の原審) = 有効
- ④大津地判平成 21 年 3 月 27 日公刊物未登載  
(平成 20 年(ワ) 525 号/⑧の原審) = 有  
効
- ⑤京都地判平成 21 年 7 月 23 日金判 1327  
号 54 頁 = 無効
- ⑥大阪高判平成 21 年 8 月 27 日金判 1327  
号 26 頁 = 無効
- ⑦京都地判平成 21 年 9 月 25 日判時 2066  
号 81 頁<sup>6)</sup> = 無効
- ⑧大阪高判平成 21 年 10 月 29 日判時 2064  
号 65 頁 = 有効  
各裁判例で問題となった, 契約内容の基礎  
情報は図表 1 のとおりである

## 2 原審(裁判例③及び④)での有効判決

8 月判決の原審である裁判例③及び 10 月判決の原審である裁判例④は, いずれも更新料特約につき, 消費者契約法上有効との判断を示している。

### (1) 更新料の法的性質

両裁判例では, 更新料の 3 つの法的性質について, 性質 i については裁判例④では「用語が適切かは疑義が残るが」と, 性質 ii

及び性質 iii の性質については「希薄」と留保しつつも, その正当性を認めた。そして両者とも, 更新料の主たる法的性質は, 性質 i の賃料の補充に求めている。

### (2) 消費者契約法 10 条後段該当性

両判決は, 更新料の負担自体は正当なことを前提として, 10 条後段には該当しない旨判断した。

これについての両判決に共通する判断のポイントとなったのは, 賃借人には, そのような更新料の負担を具体的に(負担する金額及び支払時期が明確である。)負うことになるという点での認識はあった旨認定したことである。その上で裁判例③は, 「本件更新料約定が原告(賃借人)に不測の損害あるいは不利益をもたらすものではない」とし, 裁判例④では, 「不当であると考えた場合には, 市場にあらわれた他の賃貸物件を選択することが可能な状況にあった」ことまで認定している。

## 3 京都地裁の 2 つの無効判決(裁判例⑤及び⑦)

裁判例③及び④の後, 2 つの時期に出された京都地裁判決(裁判例⑤及び⑦)は, いずれも更新料特約に対して無効の判断を下した。ただし, 一方の裁判例⑦は, 8 月判決(無効)の後のものであり, 判示内容からして,

6) 本判決は, 各別 3 事件につき, 同時に同一裁判体から出されたものである。

その影響を強く受けたと推認される。

#### (1) 更新料の法的性質

両判決は、3つの法的性質のいずれも合理的な理由とは認めず、裁判例⑦では「一種の贈与的な性格」と位置づけた。その理由づけとしては、(裁判例⑦では特に)後述する8月判決とほぼ同じ論理に依拠するものである(ここでの詳述は避ける)。

#### (2) 消費者契約法 10 条後段該当性<sup>7)</sup>

裁判例⑦は、(1)でなされたような、更新料の法的性質の検討をもとに、「更新料をめぐる契約当事者の利益関係」と「交渉過程での当事者間の情報力及び交渉力の格差」という2つの視点で、10条後段該当性を検討し、結論として無効の判断をしている。前者は、I 2(2)で挙げた「負担の合理性」の問題、後者はそこでの「合意の形成過程」の問題と位置づけられる。その判断の中で注目すべきものは、以下のとおりである。

##### ・一種の贈与的性格

(1)の検討の結果、更新料は、対価性に乏しい「一種の贈与的な性格」を有し、その点で、賃借人は、「一種の誤認状態におかれていた」。このような状態で更新料特約に合意した賃借人は、「法的に保護された利益を害された」ということができる。

##### ・交渉過程での当事者間の情報力の格差

情報力の格差については、「量」の格差と「質」の格差を区別し、後者の「質」の格差、すなわち更新料条項の意義及び更新料の法的性質についての認識につき、賃貸人と賃借人との間での格差が認められると判断した。

### 4 大阪高裁 8 月判決 (裁判例⑥) = 無効

裁判例③の控訴審である8月判決は、以下のような内容の判示で、原審を覆し、更新料特約を無効とした。

#### (1) 更新料の法的性質

法的性質論では、以下の通り、3つの法的性質全てにつき、その合理性を否定してい

る。なお、事案如何によって、それらの法的性質が合理的と認められる余地も残している。

##### ・性質 i) について

本判決は、本件更新料が、民法ないし借地借家法が要請する「賃料」の体をなしていない、とする。すなわち、その「賃料」が目的物件の使用収益の対価である以上、「使用収益期間に対応して算定された金銭的負担」である必要があり、具体的には、契約期間満了前に退去した場合に未経過期間分に相当する額の清算、及び契約期間中の増額変更に関する規律を要するところ、本件賃貸借契約での更新料にはそのようなものはない。また、賃借人が「家賃の支払いを完全に履行し続けながら本件更新料を不払いとした場合、法定更新の要件がある限り、…(賃貸人)が催告、解除の手続をしても、本件賃貸借契約自体の債務不履行解除を認めるべき余地はない」。

また、両当事者、少なくとも賃借人の認識としても、「本件更新料は単に契約更新時に支払われる金銭という以上の認識はなかったと推認するほかない」とする。というのも、本件賃貸借契約の締結過程での更新料に関する交渉・説明及び最終的な更新料特約を見ても、更新の際には更新料を支払う義務があることがわかるだけで、「その授受の目的、性質などについて法律的観点からはもちろん事実上の観点からも何らかの説明」がなされたとは認められないからである。

##### ・性質 ii) について

本件物件は、「専ら他人に賃貸する目的で建築された居住用物件」であり、一方で賃借人は、正当事由がないと契約の更新拒絶をすることができない(借地借家法 28 条)。他方、本件のような物件には、「賃貸人の自己使用の必要性は乏しいため、通常は更新拒絶の正当事由は認められない」。ゆえに、「更新料が一般的に賃貸人による更新拒絶権放棄の対価の性質をもつと説明することは、困難である」。

また、借地借家法 26 条 1 項及び 30 条から

7) これにつき裁判例⑥は、(1)で言及したような内容をもって、10条後段の検討としている。

すれば、本件では、賃借人「の得られる更新拒絶権放棄の利益は契約期間の半分であるわずか6カ月しかなく、賃借人にとっての更新拒絶の危険の現実化の確率は極めて小さい。そのような「危険を放棄するという実には些少な利益のために10万円という些少とはいえない対価を支払うこと…はまずあり得ないから、なおさら説明困難」である。

そして、本件賃貸借契約上、賃貸人の更新拒絶権放棄の意思表示は、更新及び更新料支払義務発生の要件ともされておらず、賃借人「が更新料を支払った効果として更新拒絶権放棄が定められてもいない」。

このような事情からすると、賃貸人も、本件賃貸借契約において更新料が更新拒絶権放棄の対価であるとは考えていなかったことを見て取れる。

なお、紛争解決金の性質についても、賃貸人による更新拒絶が認められる可能性は極めて低いことから、これを否定している。

#### ・性質iii)について

「本件賃貸借契約においては、契約期間が1年間という借地借家法上認められる最短期間であって、合意更新により解約申入れが制限されることにより賃借権が強化される程度はほとんど無視してよに近い」。また、本件のような賃貸借物件には、「通常は賃貸人からの解約申入れの正当事由は認められない」のは、更新拒絶と同様である。

### (2) 消費者契約法 10 条後段該当性

(1)で検討された更新料の法的性質の非合理性を前提として、本判決は、消費者契約法 10

条後段の判断につき、同法 1 条に鑑みて、以下 5 つの観点からの検討を要するとし、結果として、「民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一面的に害するもの」と判断された。

#### ・契約条項の実体的内容

ここでは、賃借人の更新料による経済的負担の大きさ(1年という短期の契約期間で、10万円という家賃(45000円/月)に比してはかなり高額)を指摘している。

#### ・当該条項の趣旨、目的及び根拠

ここでは、賃貸人の主張する更新料の法的性質はすべて認められないこと、賃料以外に本件物件の使用収益の対価を支払う目的、法的根拠、性質の説明がなされていないこと、及び賃料を安く見せることによる消費者への不当な誘引効果に言及している。

#### ・当事者双方の情報収集力の格差

本件の当事者は、不動産賃貸業を営む賃貸人と単に居住用建物として本件物件を賃借したにとどまる賃借人という関係にある。ゆえに、情報量、法律上の知識ともに賃貸人が優位な立場にあった、といえる<sup>8)</sup>。

#### ・契約条項の定め方

本件賃貸借契約書の文言からすると、借地借家法 28 条による法定更新及び更新拒絶の正当事由についての言及がない。また 28 条につき、賃貸人は当然知っていたが、賃借人は知っていたとはいえない、と推認できる。そこから、本件における更新料特約も含め契約条項の定め方は、28 条の存在から賃借人の目をそらす効果をもたらすといてもやむ

8) これにつき 5 月判決は、より個別具体的な事実の認定ないし判断を行っている。すなわち、当該賃借人について、「平成 18 年 2 月末から 3 月初めにかけて、アルバイト先の仕事繁忙が続き休日がほとんどなく多忙を極め、本件ワンルームマンションを決定するに際しても、事前に他の賃貸物件の内容や賃貸条件を調べる時間や余裕がなく、何の予備知識もないまま、勤務先を抜け出して、…不動産屋に飛び込み、賃貸物件の内容や賃貸条件について十分な検討もしないまま、本件ワンルームマンションの賃借を決定している」とし、さらに「居住用物件の賃借人(消費者である一般国民大衆)は、賃貸物件を決めるに際し、事前に時間をかけて賃貸物件情報を調査・検討し、賃貸人側から提示された賃貸物件の内容、賃貸条件について時間をかけて吟味・検討を加え、他の同種の賃貸物件の内容、賃貸条件と比較検討した上で、賃貸物件を決めるものを少ないと思われる。」「賃借人が慎重に時間をかけて賃貸物件を決めるのが望ましいことではあるが、多忙を極める賃借人が、賃貸物件についての十分な調査、比較、検討もせずに、賃貸人側から示される賃貸物件の説明を鵜呑みにして、短時間のうちに、…(当該賃借人)のように賃貸物件を決めている者が多数いるのも実状である」としたうえで、「本件更新料条項を含む賃貸物件について、十分な検討もせずに早々と本件ワンルームマンションの賃借を決定した…(当該賃借人)について、その落ち度を一面的に責めるのは酷である」と結論付けている。

を得ない、とする。

#### ・契約条項の明確性

28条という強行規定の存在を認識していない賃借人としては、法定更新の場合と本件更新料特約に基づく合意更新の場合との自己の負担等につき十分比較考量できたとはいえない。そうすると賃借人は、本件更新料特約の意味につき、実質的に対等にまた自由に取引条件の有利、不利を検討したとはいえない。

### 5 大阪高裁 10月判決（裁判例⑧） ＝有効

これに対して、10月判決（裁判例④）の控訴審）は、以下の通り、更新料につき合理性ある法的性質を見出し、結論として特約を有効とした。

#### (1) 更新料の法的性質

本判決では、これまでの3つの法的性質とは異なり、「賃貸借期間の長さに応じた賃借権設定の対価」として、当該賃貸借契約締結時点で授受される「礼金」に加えて、賃貸借契約が更新される毎に、「その対価の追加分ないし補充分」の性質を有する、とした（性質iv）。

またそれは、「賃貸事業の経営において効果的な投下資本の回収及び利益追求の手段として必要かつ合理的な態度であることは否定できず」、「営利事業の方法として一概に社会正義に反するとはいえない」、とした。

#### (2) 消費者契約法 10条後段該当性

##### ・基準

(1)での議論を踏まえ、10条後段該当性の基準が問題となるが、本判決はこの基準の意義を、不利益を免れる事業者と不利益をこうむる消費者との間の不合理な不均衡がある場合に、それをもたらす契約条項を無効とするものと解釈した。

その上で、更新料の負担に伴い賃借人が享受する利益を考えると、一括負担となる礼金の高額化の抑制、賃料の高額化の抑制、賃借人による中途解約の予告期間の短縮化とのギブアンドテイクの関係が挙げられるとしている。

さらに、当該更新料条項が発動した場合に生じる事態の賃借人の予測可能性の有無及び程度につき、更新料だと、契約締結時にはそれほど現実感がなくとも、事前の負担額計算は特段困難といえないとした。

そこで、更新料の支払い義務が礼金支払い義務に比して適正な金額にとどまっていること等個別具体的な事情によっては、賃借人にとって信義則に反する程度にまで一方的に不利益になるものではない、とする。

#### ・本件への当てはめ

第1に、本件において、「礼金」は「賃料」の4カ月分、「更新料」は2カ月分である。そうすると、更新料は相当抑えられており、適正と評価される。

第2に、実質的賃料（更新料と年間の名目賃料の合計を12で除した額）と名目賃料の差は、4333円であり5000円未満であることから、不当な誘引効果があるともいえない。

第3に、賃借人は、複数の仲介業者から複数の物件を紹介され、様々な情報を入手しており、この行動からも、賃借人と貸借人たる事業者との間に、情報力及び交渉力の格差があったともいえない。

第4に、賃借人としても、次のような事情に鑑みて、既に述べたような更新料の法的性質が認識不可能とはいえない。すなわち、契約書・重要事項説明書には、更新時に旧賃料の2カ月分を支払う旨が明記されており、それが礼金と同様、返還の予定されていないものとの認識はあったことが認められる。そして、中途解約による清算がなくても、それを認識して合意しているのなら、事後的にそのような清算の期待を抱いていたかのような主張をするのは、本件賃貸借契約の賃借人の認識と明らかに符合しない。

そして第5に、本件では、3回目の更新を行うに先立ち、賃料減額に伴い、更新料も減額されている。

以上のような事情に鑑みれば、本件更新料特約が、信義則に反する程度にまで一方的に不利益となる不当条項とはいえない、とした。

### Ⅲ. 学説での議論

#### 1 一般的議論

以上で一連の裁判例を見てきたが、このような裁判例が扱ってきた更新料の問題に対処するための理論につき、学説ではどのような議論がなされていたか。以下では、上記一連の裁判例で適用が問題となった消費者契約法10条に関する解釈論及び更新料への問題意識について、学説での議論を概観する。

##### (1) 消費者契約法10条後段の解釈をめぐる議論

###### ・消費者契約法上の信義則

10条後段はその要件として、民法1条2項、すなわち信義則概念を用いている。この信義則概念はいかなる内容をもつものか、すなわち、民法1条2項の確認に過ぎない（確認説）のか、消費者契約法独自の意義が持たされている（創造説）かにつき、議論がある。学説上、創造説が有力と考えられる<sup>9)</sup>が、その内容には統一の見解は見られない。

一つには、「自己の利益のみを考えて、相手方が他の利益を配慮しないような態度を許さない」という均衡性・相互性を内実とする見解<sup>10)</sup>、また一つには、考慮事情として、①情報力・交渉力の格差、②合意への勧誘の有無及び程度、③当該取引は、消費者のほうから特に求めたものかどうか、④条項文言の

明確性・平易性、⑤消費者に当該条項の基本的内容を知る機会が与えられていたか、を挙げ、これらにつき契約締結時の一切の事情を考慮して決するべきとする見解<sup>11)</sup>等がある。

###### ・個別交渉条項への適用の可否

契約当事者間で個別交渉され契約内容となった条項に10条が適用されるかについても、肯定説<sup>12)</sup>及び否定説<sup>13)</sup>の対立がある。

###### ・対価・給付条項への適用の可否

当該契約の主要目的たるいわゆる対価・給付条項に10条が適用されるかという問題については、これを否定するのが一般的見解とされている<sup>14)</sup>。

##### (2) 更新料をめぐる議論

まず、消費者契約法を前提とした更新料の有効性の議論は、このように下級審判決が活性化されるまでは、従来あまりなされていなかった<sup>15)</sup>。また、更新料特約自体が公序良俗（民法90条）に違反するとの立場も、あまり見られなかった。

そのような中で、従来、本稿に関連する限りでの更新料をめぐる主な議論のテーマは、以下の2つであった。

###### ・更新料支払合意の法定更新への適用と借地借家法30条<sup>16)</sup>

借地借家法30条は、法定更新制度を定めた26条及び更新拒絶の正当事由の要件を定めた28条を強行規定と定めている。にもかかわらず、法定更新の場合に更新料特約を有

9) 山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL686号14頁、21頁（2000）、落合誠一『消費者契約法』150頁（有斐閣、2001）。

10) 山本敬三『民法講義I（第2版）』277頁（有斐閣、2005）。これとはほぼ同旨と考えられるものとして、内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説消費者契約法〔新版〕』203頁（商事法務、2007）。

11) 落合・前掲注9)151頁。

12) 落合・前掲注9)152頁、山本豊「契約の内容規制（その2）—不当条項規制」法教340号117頁、128頁（2009）。なお落合は、これが法制審議会での議論の前提であったと指摘する。

13) 潮見佳男『契約法理の現代化』256頁（有斐閣、2004）。

14) 第17次国民生活審議会消費者政策部会報告15頁、落合・前掲注9)152頁、山本・前掲注12)127頁。なお、この問題につき、裁判例⑦-1及び5月判決においては、更新料の賃料（の補充）としての法的性質の議論と関連して判断がなされている。それについての検討は、大澤・前掲注1)（下）57頁を参照。

15) 消費者契約法を念頭に置いた論考として専門誌に挙げたものは、武田信裕「家屋賃貸借契約における更新料支払条項・敷引特約と消費者契約法」NBL855号30頁（2007）が、最初のように思われる。なお、脱稿後にいくつかの学者の手になる論稿が発表されていることは、前掲注1)参照。

16) 木崎安和「借家契約における特約の効力—特に更新料の効力について」稲葉威雄ほか編『新借地借家法講座・第3巻』171頁（日本評論社、1999）が、これを詳しく分析する。

効とすると、そのような借地借家法の強行的制度を没却せざるを得ない。そこで法定更新における更新料特約の適用の可否が大きな問題となった。

他方、合意更新については、既に述べたような法的性質が中心的に主張され、それにより有効性が認められるといった認識が一般的であったといえる<sup>17)</sup>18)。

#### ・更新料に関する慣習の成否

慣習を根拠に、更新料の支払義務を肯定し得るかという問題であるが、これは一般に否定されている。更新料の存否及び額は地域間で差があり、また借地借家法との調和の観点からも、適切ではないと評価されるからである<sup>19)</sup>。

## 2 8月判決における鑑定意見書

大阪高裁8月判決においては、賃借人及び賃貸人の両者から、法律問題の鑑定意見書が提出されている。ここで取り上げるのは、賃借人側から提出された潮見佳男教授の鑑定意見書（以下、「潮見意見書」）である<sup>20)</sup>。潮見意見書は、他の鑑定意見書では前提としていた更新料の法的性質論を攻撃し、その合理性を民法・借地借家法及び消費者契約法的観点からすべて否定している。

### (1) 方針

まず潮見意見書は、本件更新料特約の内容規制の判断に臨む基本的姿勢として、社会法的観点からの賃借人保護の要請が消費者契約法10条の解釈に組み込まれるべき、とする。

本来消費者契約法は、弱者保護目的の社会法的立法（私的自治を排除・制約し、国家が契約内容を形成するもの）としてつくられたものではなく、消費者に自らの行動ないし決定に自己責任を負わせる前提として、その自己決定を支援するための整備基盤が目的である<sup>21)</sup>。しかし、本件更新料を考察する上で重要な制度となる借地借家法上の法定更新・正当事由制度の基礎には、建物賃借人保護という社会法的要請がある。そうすると、たとえ消費者契約法が上記の立法趣旨を有していたとしても、その解釈の下敷きになる制度に社会法的色彩が強く現れている以上、消費者契約法自体の解釈に当たっても、社会法的観点からの評価を必要とするのである。

そして、本件事例において、その解釈に社会法的色彩をどれだけ盛り込むかは、当該事例の個別事情に着目した判断を要する、とする。本件で、そのような事情にあたるものとしては以下のようなものがある。すなわち、①建物賃貸借であること、②居住目的であること、③賃借人は「消費者」であり、④賃貸

17) 木崎・前掲注16)187頁、浦野真美子「更新料をめぐる問題」判タ932号135頁、136頁(1997)、佐藤岩夫「判批(①東京高判平成4年9月25日判タ825号258頁・②東京地判平成4年1月8日判タ825号260頁)」判タ838号43頁、48頁(1994)、太田武聖「更新料」判タ695号23頁、29頁(1989)。

18) 借家においては、契約期間が一般に短期であることから、更新料支払の合理性は認められず、全面的に無効であるとするものとして、星野英一『借地・借家法』495頁(有斐閣、1969)。星野は借地の事例で、更新料の法的性質につき、賃料の補充並びに紛争予防及び解決金としての性質を主張する(同書65頁)。

19) 最判昭和51年10月1日判時853号63頁、太田・前掲注17)29頁。また8月判決及び裁判例⑦も、そのような事実たる慣習は存在しないと認定している。なお、5月判決は、負担の合理性を検討するに当たり、従来の諸裁判例及び本稿が行ってきた更新料の法的性質論の検討に加えて、「更新料に対する社会的承認からの検討」という角度からも詳細な判断を行い、結論として、負担に合理性が認められない、としている。すなわち、全国的な更新料の仕組みの実施状況は、有無及びその程度につき一様ではなくばらつきがあること、国土交通省による標準契約書には更新料特約は置かれていないこと、住宅金融支援機構の融資に基づき建築された建物における賃貸条件では更新料特約をおくことは禁じられていること、生活保護費の内訳の一つである住宅扶助のうちの更新料の扶助は、現実問題として更新料が払えず生活の拠点を失いかねない受給者の存在を否定できないことから、このような更新料の慣行を追認せざるを得ないに過ぎず、その扶助が、更新料の仕組みの合理性を認めたことを徴表するものではないこと、を不合理性の理由として挙げている。

なお、後掲注27)も併せて参照。

20) この他、賃借人側からさらに1通、賃貸人側からは1通の他の大学教授による鑑定意見書が提出されている。

21) 潮見佳男『民法総則講義』183頁(有斐閣、2005)。

人は不動産賃貸業者であること、㊸本件物件が賃貸人の収益目的で所有する居住用賃貸マンションの一室（いわゆる1K物件）であること、㊹家賃は月額45000円であったこと、である<sup>22)</sup>。

## (2) 法的性質論の消費者契約法的見地からの考察

以上のような観点を踏まえて、賃貸人側主張の3つの法的性質につき各々検討を加えている。これについてはおおむね大阪高裁の判断と軌を一にする。

なお潮見意見書では、賃料に比した更新料の過大性も、違法無効に働く要素として、カッコ書きで、述べられている。これについては、負担の非合理性を理由とする無効判断の1ファクターであるが、一般化することへの抵抗からか、1トーン下げた主張となっている。

## IV. 検討

### 1 2つの大阪高判の相違点

8月判決と10月判決の相違の第1のポイントは、「更新料の法的性質の合理性の有無」である。I 2で述べた2つの視点でいうと、「(1)」及び「(2)の前者」に関するものである。8月判決では、賃貸人が主張した更新料の3つの法的性質につき、いずれもその合理性が認められなかったのに対し、10月判決では、「賃借権そのものへの対価」という法的性質に合理性があると評価した。

第2のポイントは、「賃借人に要求される更新料の負担に関する認識の程度」である。すなわち、8月判決では、賃借人の認識に関するテストは相当厳しく（いかなる対価性を有するかまでの認識が必要）、反対に10月判決では、そのテストは緩やかになっている

（負担をするということへの認識で足りる）のである。

第3のポイントとして、更新料の負担の合理性の判断における「更新料特約に伴う賃借人への利益の有無」への評価が挙げられる。すなわち、更新料特約を無効とした8月判決では更新料の対価性ないし賃借人の利益をほぼ否定する一方、10月判決では更新料負担がもたらす3つの賃借人の利益を積極的に評価している。

このような相違点を有する2つの大阪高判につき、以下ではその問題点を指摘し、そのうえで、更新料特約の有効性判断につき私見を述べたい。

## 2 10月判決の問題点

以下では、1で挙げた相違点のうち、第1及び第2のポイントのそれぞれにつき、10月判決が抱える問題点を指摘したい。

### (1) 賃借権設定の対価(礼金と同様の性質)という法的性質の合理性

10月判決では、更新料の法的性質につき、賃借権設定そのものに財産的価値を見出し、それが更新料に該当するとの判断をした。

旧来、礼金ないし権利金の法的性質として様々なもの<sup>23)</sup>が主張されてきたが、賃借権そのものへの対価という法的性質の捉え方に対し、学説は消極説が有力といえる。すなわち、それはまさしく賃料であるとの指摘がなされているのである<sup>24)</sup>。そうすると、結局のところ更新料は賃料の補充の性質(性質i)を有するにすぎないことになる。また、判旨も、更新料による賃借人の利益の判断で「賃料の抑制」を挙げていることから、半ばそのことを自認しているようにも思える。更新料が賃料の補充の性質を有するとの評価は、民法及び借地借家法が想定する賃貸借契約の

22) この点で、同じく更新料特約の問題を扱った最判昭和59年4月20日民集38巻6号610頁は、借地の事件であり、本件とは典型的に区別される。

23) これにつき、山本敬三『民法講義IV-1 契約』420頁（有斐閣、2005）。

24) 星野・前掲注18)271頁、鈴木禄弥『借地法・下巻』928頁（青林書院、1980）、石田穰『民法V（契約法）』229頁（青林書院、1982）、奈良次郎「敷金・権利金・保証金・建設協力金」水本浩＝田尾桃二編『現代借地借家法講座 第2巻』83頁、98頁（日本評論社、1986）。

「賃料」の性質に鑑みて適切でないことは、8月判決が指摘するとおりである（この8月判決の判断は支持できる）。そうである以上、結局のところ賃料の補充の性質を有するにすぎない「礼金」という法的構成は適切でない。さらに、賃借権そのものの対価という主張をそのまま受け入れたとしても、現在いわば『借り手市場』といえる状況において<sup>25)</sup>、居住用建物賃貸借における賃借権及び賃借人の地位にどれだけの財貨的価値が見いだせるのか、はなはだ疑問と言える<sup>26) 27)</sup>。

## (2) 賃借人の更新料に関する認識

10月判決では、賃借人は、「本件賃貸借契約の締結時において、更新時に本件更新料の支払いが義務付けられており、礼金と同様、本件更新料が返還の予定されていないものであることについても認識していた」と事実認定した上で、そこから直接的に、「本件更新料が、賃借人…のために設定された賃借権が本賃貸借契約の更新によって当初の賃貸借期間よりも長期の賃借権になったことに基づき、賃借権の長さに対応して支払われるべき賃借権の設定の対価の追加分ないし補充分であることを理解することが不可能ないし著しく困難であったとは認められない」、とする。

しかし、そもそも賃借権設定の対価と賃料の区別が、特に居住用建物賃貸借においては曖昧なことは、(1)での議論からも明らかであり、また、この区別自体は法的評価の問題である。裁判例⑦が指摘する通り、賃貸人と賃

借人には情報力の「質」の格差<sup>28)</sup>が存する。これに鑑みれば、そのような区別・判断を賃借人に判断させるのは適切でない。この点で、10月判決のような判断はやや短絡的に思える。

さらに、本件では厳密に言うと、更新料負担及び更新料の不返還についての認識で足りると判断したわけではなく、それを認識していれば更新料の法的性質まで認識可能だ（認識したことまでは認定していない）という口ぶりである。そうすると、更新料特約が合意の形成過程の観点から有効と言えるためには、やはり更新料の法的性質までの認識を要し、他方それにつき賃借人に一定の注意義務のようなものを課したようにも読める。これだと法的評価・認識に対する注意義務であるから、先ほどの情報力の質の格差の観点からなおさら問題である。

## 3 8月判決への評価

### (1) 結論の妥当性

8月判決は、3つの法的性質の非合理性を指摘した上で、結論として消費者契約法10条違反による無効の判断をした。これについては、同判決及び潮見意見書が指摘する通り、本件更新料という給付が借地借家法の想定する「あるべき（居住用）建物賃貸借契約の構造」に反するという点で適当であり、支持できる<sup>29)</sup>。

25) これ自体は、8月判決における賃貸人側の主張（10月判決と同じ弁護団が担当している。）にも表れている。

26) 権利金・礼金が、賃貸借契約の『貸し手市場』という経済的背景を基礎とすることにつき、賀集唱編『借地・借家の法律相談』125頁、126頁〔光前幸一〕（青林書院、1996）。戦後の地代家賃価格統制令による規制の潜脱目的が起源である旨指摘するものとして、星野・前掲注18)272頁。

27) 5月判決は、負担の合理性の判断につき、「更新料発生の経緯からの検討」という角度からも判断を行い、負担に合理性が認められない旨結論付けている。すなわち同判決は、更新料の発祥を、昭和30年代末ころの激しい地価高騰による長期借家契約での新規賃料と継続賃料と乖離を解消するため、「脱法的に賃料の値上げを行った」ことに求め、その普及は住宅不足及び当事者間の交渉力の格差に起因するとした。さらに、そのような発端となった原因や住宅不足はもはや解消された現在でも、更新料の慣行が生き続ける理由としては、その仕組みが、賃借人にとっての利益獲得方法として「旨み」があること、当事者間の人間関係が希薄になっていること、不動産賃貸業のプロとしてのノウハウを蓄積している不動産業者が仲介人、管理人として関与し、その者の利益獲得の目的にもなっていること、を挙げている。

なお、前掲注19)も併せて参照。

28) 10月判決は、情報の「質」と「量」の明確な区別をしていない。

29) これに対し、加藤・前掲注1)は、不動産賃貸借契約の締結というビジネスの場で、そもそも無償給付はあり得ない、という考えを前提として、最終的に更新料の意義を、空室リスクの賃借人への分配のための固定賃料機能に求め、結論として8月判決及び2月判決に批判的な立場を採っている。

(2) 残された問題点＝賃貸人側の説明及び賃借人の認識

しかし、その8月判決にも問題がないではない。既に述べたように8月判決では、更新料特約の有効性の判断に際して、賃借人の更新料負担への認識の内容・程度を問題としている。すなわち、先ず、**「性質 i」**について判断している箇所では、「本件全証拠によっても、…（賃貸人及び仲介業者）が、当初本件賃貸借契約の締結までに、またそれ以降本件更新契約時までにおいても、…（賃借人）に対し、本件更新料について、本件賃貸借の契約更新時に支払われる金銭であることを超えて、その授受の目的、性質などについて法律的観点からはもちろん事実上の観点からも、何らかの説明をしたとは認められない」、及び「本件賃貸借契約の当事者…双方に、特に…（賃借人）には、当初賃貸借契約締結時及び更新契約締結時を通じて、本件更新料は単に契約更新時に支払われる金銭という以上の認識はなかったと推認するほかない」、としている。また、**「性質 ii」**についての判断においては、「少なくとも、本件全証拠を精査しても、賃借人…が…（賃貸人）との間で将来更新拒絶をめぐる紛争が発生することを予見し、そのことを回避することを認識して当初本件賃貸借契約及び本件更新契約に臨んだことは全く認められない」、としている。そして、消費者契約法10条後段該当性の判断に当たっては、その随所に、賃借人の更新料の法的性質に対する認識の不十分さが指摘されている。

このような更新料の内容及び法的性質に関する賃借人の認識及び賃貸人側からの説明の

不十分性を指摘する8月判決の判示からは、裏を返せば、それらにつき賃貸人側から説明がなされ、賃借人が十分に認識すれば、その負担内容に合理性が見いだせなくとも、消費者契約法10条に照らして適法有効になりうることを読み取れる<sup>30)</sup>。また、更新料につき本件賃貸人が主張するような法的性質の特約の説明を受け、それを賃借人が認識すれば、いわゆる「個別交渉条項」として、消費者契約法が適用されない事態をもたらし得る。

これは、後になされるであろう最高裁での判断でも大きなポイントとなろう。ここで、かつて最高裁がなした、建物賃貸借におけるいわゆる「通常損耗補修特約」に関する判断<sup>31)</sup>が、一定の参考になるとと思われる。ここでは、次のような判示がなされている。すなわち、問題となった通常損耗への原状回復義務は、「賃借人に予期しない特別の負担を課すことになる」から、「少なくとも、…（契約書での負担の範囲の明記や口頭説明による賃借人の明確な認識など、）その旨の特約（以下『通常損耗補修特約』という。）が明確に合意されていることが必要であると解するのが相当である」。この判決の論理は、本来負うべきでない賃借人の負担も、その負担内容が契約上明確に負担者に認識されたうえでの合意が成立しているなら、有効である、というものである。合理性の見いだせない更新料の負担についても、このような法理での処理は十分に想定され、そうすると、賃借人側としては、「試合に勝って勝負に負ける」という結果がもたらされかねない<sup>32) 33) 34)</sup>。

30) 大澤・前掲注1) (上) 24-25頁・(下) 62頁も、更新料特約の効力に関する結論が裁判例間で分かれたのは、金額の相当性という客観的要素・客観的不均衡よりも、情報・交渉力の格差の存在と説明の欠如という主観的不均衡のほうが、重要なファクターとなっていることを指摘している。

31) 最判平成17年12月16日判時1921号61頁。

32) 一般に、説明義務の履行の実状を見れば、詳細な内容を記載した定型書面を交付し（ときにその概略を口頭で説明され）、それに署名捺印させるものである。それで、合理性のない負担を負わされることが許されるのか、という点で、賃借人側には不満が残ると思われる。なお、賃借人側弁護団の公表によると（前掲注1)のHP参照）、現在、財団法人日本賃貸住宅管理協会は、「実質賃料表示制度」なるものの導入を進めており、賃借人側弁護団はこれに反対し、更新料特約の撤廃への指導を同協会に申し入れている。この制度は、8月判決が問題にした賃借人の認識に何らかの影響を及ぼしうる。なお、更新料等名目は維持され、借賃増減額請求や清算の仕組みが、更新料にも導入されないままなら、8月判決（それが

## 4 判断構造に関する一つの考え方

### (1) 方向性

以上、更新料特約の有効性をめぐる近時の裁判例を分析してきたが、少なくとも有効・無効の分かれた2つの高裁判決については、いずれにしてもその判断にお問題点が見られる。それに配慮しつつ、更新料特約の有効性の規律の仕方につき、以下私見を述べることにする。

まず、10月判決については、何と云っても更新料の法的性質論につき、疑問があるのは既に述べたとおりである。ゆえに、判断構造としては、8月判決を基礎において検討することが適切と考える。

### (2) 潮見意見書からの示唆＝消費者契約法解釈への社会法的色彩の導入

8月判決を前提として想定される問題点は、「更新料につき、たとえその法的合理性が認められなくとも、賃借人が貸借人から説明された意義を認識して負担につき合意すれば、その合意は有効となるのか」というところにある。これについては、一方にはそれをよしとする見解もあろう。消費者契約法が、消費者と事業者の実質的対等関係を確保することで消費者の自己責任を問う前提とするための立法であるのなら、負担内容に合理性がなくとも、それを認識して合意を形成した以上もはやそれは消費者の自己責任である、といった主張が想定される。消費者契約法の一般的理解からすれば、そのような解釈は正当と言える。

しかし、8月判決で提出された潮見意見書では、本件のような居住用建物賃貸借の更新料特約に関する消費者契約法上の判断においては、社会法たる借地借家法を下敷きにした消費者契約法の解釈の必要性がいわれ、一定程度の弱者保護的色彩を解釈指針として認めている。そうであるなら、それをさらに推し進めることで、負担内容の不合理性のみで無効とする余地を認めることは、十分考えられる。なお、これについて潮見意見書は一定の意識をしていると思われる。すなわち、「本件における賃料と相対的に比較したときの本件更新料の額の過大さもまた、こうした無効処理の方向に作用する」と、カッコ書きながらも述べているのである。

### (3) 負担の不合理性のみから違法無効を導く判断基準

しかし、そのような消費者契約法の社会法的色彩の導入が認められるのも、消費者契約法の立法趣旨を没却しない限りで、である。したがって、負担の不合理性のみで10条違反を認めるのにも、一定の（消費者の認識面に瑕疵ある場合よりも厳しい）制限が必要である。そこで、その負担の不合理性の程度・内容につき、どのような基準を与えるか、が問題となる。判断の手法としては、当該給付・負担の性質を客観的に考察することに尽きる。そこから、何が読み取れたときに、8月判決も採ったような2要素を判断したのと同じ結果・法的評価を導いてよいか。

ここで筆者は、当該給付・負担の性質を客観的にみて、給付を受ける者による欺瞞的意図が推認できる場合には、消費者の認識を問

---

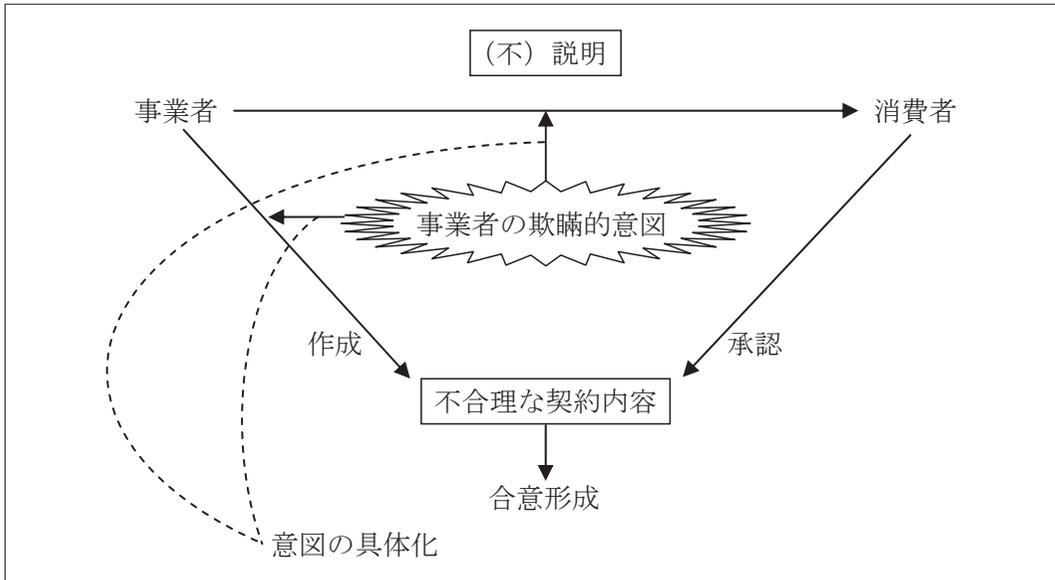
依拠する潮見意見書)の論理からすると、いまだ賃料補充としての負担の合理性を肯定することはできないように思われる。

33) なお、この貸借人の説明及び賃借人の認識につき、潮見意見書では、その執筆対象にはしていない。

34) もちろん、大澤・前掲注1) (下) 61-62頁の指摘するように、だからこそ8月判決、2月判決、5月判決、及び前掲注31)の平成17年判決は、説明内容のレベルを相当高度なものまで引き上げることによって、救済はかかっているのかもしれない。同61頁は、ここから、説明不十分を理由とする特約(の意思合致)の不成立による規制可能性を提示する。しかし、このような判断枠組みは、今度は説明の程度という新たな問題を惹起させ、それは明確な線引きが困難なものであり、これ自体は大澤准教授も認めることと思われる。

また、同62頁も言うように、8月判決、2月判決、5月判決は、結論としては決して特約は不成立と言っていない。大澤准教授はこれを、「特約の合理性に疑義は生じている以上、『説明すれば更新料を徴収することは問題がない』と言う余地を残すものではなく、特約の内容自体にも合理性を欠く要因があることを明示したいという裁判所の判断がある」と分析し、筆者が本文で示した問題意識を、諸裁判例の判断過程から読み取っている。

(図表 2)



題とせず、10条違反を認めるというテストを提案したい。このテストは、そのような負担の仕組みを構築する者、すなわち事業者の意図に着目することによって導出される。

契約内容の構築は、専ら事業者側が主体的に行われ、消費者はこれを承認する形で、契約に必要な合意が形成される。このように構築される契約の（主に給付関係の）内容・仕組みには、当然ながら構築者たる事業者の意図・思惑が練り込まれている。このように、契約内容・仕組みに織り込まれた事業者の意図に、事業者の欺瞞性、すなわち消費者に事業者の本当の目的を認識させないかたちで、それより有利な給付関係を主とする契約上の地位に立とうとする意図がある場合、その契約内容は、消費者による不合理な負担を強いることになりうる。そして、そのような契約内容をもとに事業者と消費者との間で合意（消費者の承認）に向けた交渉が行われる中で、事業者がそのような契約内容・仕組みの

意義につき説明を行わないこともまた、上述の欺瞞的意図の表れと評価できる。すなわち、8月判決が考慮してきた2つの要素は、事業者の欺瞞的意図という不当性の徴憑と捉えられるのである（図表2参照）。そうであるなら、事業者のそのような意図こそ、消費者契約法10条における違法（信義則に反して消費者の利益を一方的に害するもの）であり<sup>35)</sup>、消費者による給付・負担の仕組みを客観的に考察し、そこから事業者の欺瞞的意図が推認できるのなら、そのような意図のもとに、実際に消費者と事業者の認識に齟齬を生じさせる事業者の行為と言える「説明しなかったこと」を認定する以前に、それを認定したときと同等の違法性を認めてしかるべきといえる<sup>36)</sup>。いわば、違法の判断基準時を早めた分、その段階での事業者の意図に、上述の「欺瞞性」という形での不当性（給付に合理的理由がないという、いわば「ゼロ」の状態にとどまらず、「マイナス」の要素）が、

35) III 1(1)で示した、山本教授や立法者解説のいう（引用文献は前掲注10）参照）消費者契約法10条における信義則の意義を参照。

36) 「欺瞞」というワーディングの当否は、問題もあるが、給付を受ける者の積極性の強い意図（害意、背信性、欺罔など）までは要しないという意味合いで、この言葉を採用した。独占禁止法上の違法事由である不当表示に代表される「欺瞞」的顧客誘引（同法2条9項3号（平成21年改正後は6号ハ）、不正な取引方法の一般指定8項）を参考にした。この後に分析する更新料という仕組みと不当表示の問題点に類似するものを感じたのである。

認められるときに限り、それだけで消費者契約法 10 条の違法を認めるのである。

このように、負担の不合理性から推認できる事業者の意図自体に違法を見出すのは、そこに端を発する消費者のこうむる不利益に社会法的救済を、消費者契約法レベルで、認めるからこそなせるものと考えられる。

#### (4) 更新料（特約）の場合

そこで、本件のような更新料につき、その性質を客観的に考察したときに、貸貸人側の欺瞞的意図が推認できるか、が問題となる。これについては、更新料の性質が法的合理性を有しない（すなわち、ゼロ）だけでなく、（名目）賃料と更新料という二本立ての給付構造に問題があること（すなわち、マイナス）に着目すべきである。すなわち、貸貸人ないし事業者としては当該貸貸借契約から得たいと考える賃料を中心とした実質的利益がある。他方、賃借物件を探している消費者は、その選択・判断において「毎月の負担である賃料が安いこと」を重要視していることは事実である<sup>37)</sup>。このような状況下で、事業者が既に述べたような二本立ての給付構造をとると、一方では名目賃料を安く設定することで、賃借人への不当な誘引効果が生じ、他方

で貸貸人は、賃借人が賃料と認識していない更新料という給付で、賃料と同義の実質的利益を得ることができる<sup>38)</sup>のである。この点は、8月判決の判旨でも、大きく取り上げられている。すなわち、更新料という給付は、「賃借人となろうとする人が…主として月払の賃料の金額に着目する点に乗じ、直ちに賃料を意味しない更新料という用語を用いることにより、賃借人の経済的な出捐が少ないかのような印象を与えて契約締結を誘因（ママ）する役割を果たすものでしかない。「賃貸物件の経済的対価として…更新料を併用することにより、法律上の対価である家賃額を一見少なく見せることは、消費者契約法に照らすと許容されることではない。…（本件賃借人）に限らず事業者が他の事業者と競争するには、競争条件は、できるだけ明確、透明に、また誤認混同が生じないように整えられるべきである。」「もし、…（本件賃借人）が本件物件の賃貸により本件更新料に相当する金額をも含めた経済的利益を取得しようとするのならば、更新料としてではなく、端的に、その分を上乗せした賃料の設定をして、賃借人になろうとする消費者に明確、透明に示すことが要請されるというべきである<sup>39)</sup>」

37) 賃貸事業者の間でも、とにかく「賃料」を安く設定することが重要であるとの認識がある、とのことである。街中に多く見られる不動産賃貸の仲介店の店頭に掲示されている物件紹介の表示を想起されたい。賃料の表示が最も強調されている。

38) この段階で、理論的には、更新料の賃料としての評価は否定できるかもしれない。すなわち、賃料とは双務契約である賃貸借契約における一方の給付であり、契約当事者にとっては、賃借目的物の使用収益とは「主観的価値把握に基礎をおく等価交換関係」にあるはずである（いささか文脈は異なるが、契約実現に向けた対価関係につき、潮見佳男『基本講義債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得（第2版）』323頁（新世社、2009））。しかし賃借人は、賃料とは、まさに賃借人が設定した月払いの「賃料」と表示されている金銭給付のことであると認識しているはずであり、更新料が目的物の使用収益との主観的価値把握の判断要素に入る余地はない。そうであるなら、更新料に契約の対価たる賃料の意味づけをすることはできないことになる。合意形成された契約内容の解釈から、性質 i を否定することも可能なように思われる。なお、これは、契約内容を主体的に構築する事業者による消費者への「説明」の意義が、「契約内容形成」という民法レベルの機能をも有している（当事者間の構造的格差の是正という目的の下、消費者契約法 3 条及び 4 条に定めた規律の想定する機能にとどまらない）ことも、その理論的補強材料になる。

39) 8月判決では、この判示部分の直前に、「競争の激しい分野でこそ事業者によって不当な取引制限や不公正な取引方法が採用されやすいことも、公知の事実であり」と述べている。「不当な取引制限」及び「不公正な取引方法」とは、独占禁止法上の違法事由として定められているものである（同法 2 条 6 項及び 3 条並びに 2 条 9 項及び 19 条）。独占禁止法に代表される経済法は、競争秩序（事業者間の関係）を規律するものであり、消費者契約における消費者の利益を直接の保護法益とするものではない、とするのが通説である（なお、最判昭和 53 年 3 月 14 日民集 32 卷 2 号 211 頁参照）。

しかし、一般消費者の欲求を反映する経済活動が行われる民主的な経済秩序を形成するためには、市場を競争的に維持して個々の消費者による購入選択の機会と自由を保障するとともに、その前提として、市場に登場する

と判示する。この8月判決がいうところの「消費者契約法」の精神の具体化として、筆者が提示したテストを読み込むことができると考える。このような、不当な誘引効果及びそれによる賃借人の認識しない実質上・事実上の賃料の収受に加えて、潮見意見書が言及するように、賃料に比した更新料負担の過大性を加味すれば、賃貸人の欺瞞的意図が、更新料特約それ自体から推認されることはありうる、と考える<sup>30)</sup>41)。

## 5 補論＝更新料特約の無効がもたらすもの

なお、更新料特約の無効がもたらし得る今後の派生的問題についても、3点概説しておく(第2点は、問題提起のみにとどめる)。

第1は、「名目替えによる更新料への規制の潜脱のおそれ」である。これについては、筆者が示したように、負担の合理性のみで消

費者契約法10条に基づく違法の判断を導く余地を認めることで、ある程度防ぐことができる。

第2は、「賃貸人による今後の借賃増額請求」である。賃貸人が更新料を収受できなくなると、その収益は当然現状より低下する。そこで賃貸人は、賃料の増額を考えることになる。ここで、以後の新規契約につき値上げした賃料での交渉がなされることには、何ら問題はない。他方、更新等で契約関係が継続している状態において、借賃増額請求(借地借家法32条1項)を行う場合、賃貸人はいかなる主張をすることになるのであろうか。同項の文言からすると、更新料で収受していた利益を賃料増額で補填する余地は、一見認められない。もちろん、値上げされた賃料での新規契約の拡大により、近傍同種の建物賃貸借の賃料相場が上昇すれば、「近傍同種の建物賃貸借の賃料に比較した不相当」による処理は可能であるが、それには一定の時間を

商品の情報を十分かつ適切に与え消費者に合理的な意思決定が行える環境を確保することが不可欠とし、消費者の利益を経済法の保護法益として全面的に押し出す見解も存在する(根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説(第3版)』33頁(有斐閣, 2006))。このような見解をも考慮すれば、独禁法上の違法(発生の可能性)を、消費者契約法解釈に読み込む(それもまた「消費者契約法の精神」である、と解釈する)ことも許される余地があり、それを前提にして8月判決の判断を読めば、筆者の提案したテストによる違法・無効はより導きやすくなる。独禁法上の違法が私法上いかなる効果をもたらすのかは議論のあるところであるが、8月判決の判示は、この点も含めて、示唆的である。

40) 5月判決は、筆者の提示した判断枠組み及び更新料の仕組みの分析につき親和的な言及がなされていると思われる。すなわち、更新料の仕組みについての賃貸人及び賃借人のメリット・デメリットを考量するに際し、次のように判示する。

「しかし、当初の2年間の月額賃料の安さに目を奪われて、2年後の賃貸借契約の更新時には、更新料の支払いは何とかなるだろうと安易に考え、契約更新時の負担について十分な検討をしないままで、更新料支払条項のついた賃貸物件を選択し、2年後に更新料が支払えなくなって、賃貸物件から退去せざるを得ない事態に追い込まれたり、無理して更新料を工面したりすることにより、賃貸人の生活が破綻される事態に追い込まれる可能性があることからすると、居住用物件の賃貸借契約の更新料については、控訴人(賃貸人)が主張するメリット以上にデメリットがあるといえる。」殊に居住用物件の賃貸借契約の更新料は、賃借人(消費者である一般国民大衆)賃貸物件を選定する際にまず賃料額に着目する点に着目して、賃借人に対し当面必要な賃料については割安な印象を与えて契約を誘引し、結局は割高な賃料を取るのと同じ効果を得ようとする欺瞞的な目的で利用される危険があり(…本件賃貸借契約についても、そのような感じがしないではない)、消費者保護、賃借人の生活の安定という観点からは、更新料はデメリットのほうが大きいといえる。」

41) 前掲注29)に示した加藤教授の批判には、次のように主張したい。すなわち、まず、負担の合理性と賃借人の認識の2要素に基づくテストの場合、賃借人の認識としては、そのような複雑な更新料の意義ないし賃料体系を導入するのなら、賃貸人はそれを認識させるため、十分な説明をすることが求められよう。また、筆者の提示する負担の不合理性のみで特約無効を導くテストにおいても、本当は提示された賃料よりも高い賃料を収受したために、本文で分析したような複雑な給付構造を導入し、賃借人の誤解ないしそれによる不当な誘引効果を導いているのであるから、やはり、賃貸人の欺瞞的意図をそこから推認することは可能と思われるのである。また、更新料の仕組み、並びに居住用建物賃貸借契約の締結慣行及び当事者関係には、一般的なビジネス性の妥当する場合とは異なる(言ってみれば、その場合よりも歪んだ)特徴が見受けられ、それへの消費者契約法的評価は避けられない。それは、特に前掲注8)、19)及び27)で引用した形で5月判決からもうかがえる。

要することが予想され、その間の貸貸人への経済的打撃は大きなものといえる。

第3は、『更新料』と名目づけられている金銭給付の法的決定<sup>42)</sup>である。今後、更新料特約の違法を前提とした更新料返還請求訴訟が活性化することは予想される。そのとき注意すべきは、その居住用建物賃貸借における「更新料」と表わされる金銭給付が、いかなる法的構造を有しているか、本稿で問題にした事例での「更新料」との比較が必要となることである。すなわち、本稿で扱った諸裁判例は、極めて「事例判決」性が強いことを指摘しておかなければならない。更新料にどのような意味を込めるかは、契約当事者間の問題であり、また地域性もあいまって多種多様である。これについては潮見意見書も、判断の冒頭で注意喚起をしている。この点は、8月判決と原審である裁判例③を、更新料の「性質ii」及び「性質iii」の判断につき比較してみても読み取れる。すなわち、一方で8月判決は、被告の主張する更新料の法的性質には合理性はないとしつつも、「なお」書きで、合理性を認める余地を留保し、本件ではそれを基礎づける事実は見当たらないとしている。他方裁判例③は、その合理性を認めつつも、その程度は「希薄」としているのである<sup>42)</sup>。「更新料」と名目づけられているものでも、その契約での具体的性質（その給付自体の性質及び他の給付との関係等）で、合理性ある法的性質が認められる場合もありうるのである。

## V. おわりに

更新料特約の問題性は、その内容の不透明さ、そしてその合意形成の前提としての賃借

人側の中途半端な認識にあった。基本的には、その両面から適法性を判断することで問題はない<sup>43)</sup>が、やはり、法的に合理性のない負担は合意形成過程を問題にせずとも、違法無効となる余地を消費者契約法レベルで認めるべきである<sup>44)</sup>。それが、消費者問題の典型の一つといえる賃貸借における給付関係を、よりクリアなものにすることに資すると考える。

### ～謝辞～

本稿を執筆するに当たり、更新料問題に積極的に取り組んでおられる『京都敷金・保証金弁護団』に、平成21年9月及び脱稿後の平成22年8月に取材をさせていただき、そこに所属される野々山宏、長野浩三、木内哲郎、平尾嘉晃、谷山智光各弁護士には、潮見意見書や諸裁判例の判決書をはじめ未公開の貴重な資料を提供していただき、また紛争現場で活躍される弁護士先生方の生の声を聞かせて頂くなど、多大なるご協力をいただきました。

また同じ頃、潮見佳男教授（京都大学大学院法学研究科）には、その鑑定意見書の内容に関するインタビューや筆者の試論への講評に、快く応じていただきました。

そして何より、本学の中田裕康教授には、本稿の端緒であるリサーチペーパーにおいて、指導教授として最初から最後まで手とり足とり論文指導をしていただき、単位認定後も本稿での考察に潜む問題点を厳しくご指摘くださいました。

これら先生方のご協力なくして、本稿は成り立ちません。ここに記して御礼申し上げます。なお、これら先生方のお話を踏まえつつも、本稿の文責は、筆者にすべて帰します。

(さとう・こういち)

42) ただし、本事例は居住用建物賃貸借の典型的特徴を備えたものであることは言えるので、8月判決が「相当広範に当てはまる事例判決」であるとはいえる。

43) 特に、この2つの要素につき、賃借人のおかれた立場・状況や更新料の仕組みを取り巻く事情につき、非常に詳細な（個別具体的な）事実認定を前提とするきめ細かな評価を行うのなら、筆者の提示した問題点は、ある程度解消される。これは、事例判決性の強い更新料問題の持つ性質の一つともいえよう。その例が、前掲注8)、19)及び27)で示したような詳細かつ立ち入った言及を行った5月判決である、といえる。

44) もっとも、以上に示した基準が公序良俗（民法90条）違反である暴利行為とどのように切り分けられるかは、残された問題である。筆者としては別の（そしてやや緩やかな）概念として、上記のテストを用いたい。

## 第三者効と第三者再審

2009年4月入学

巽 智彦

### I. 序論

### II. 第三者効の通説的理解

#### 1 議論の概観

- (1) 行政裁判法時代
- (2) 行政事件特例法時代
  - ・ 諸見解の概観
  - ・ 論争の整理——二つの対立軸
- (3) 行政事件訴訟法の制定
  - ・ 第三者効をめぐる論争の「一応の」決着
  - ・ 第三者効に関する現在の議論状況
  - ・ 形成力の拡張としての第三者効

#### 2 小括——第三者効の抽象的内容

#### 3 問題点の抽出と、考察の手がかり

### III. 「対世効」と「絶対効」——第三者効と第三者再審の具体的分析

#### 1 「対世効」の具体的内容

#### 2 「絶対効」の具体的内容

#### 3 行訴法の「対世効」の規律

#### 4 第三者再審の性質論

- (1) 民訴法上の再審と行訴法上の第三者再審との要件の違い

#### (2) 「絶対効」と第三者再審

#### (3) 「対世効」と第三者再審

#### 5 小括・第三者効の具体的内容と第三者再審の性質

### IV. 残された問題点

#### 1 残された疑問①——「対世効」「絶対効」概念導入の必要性

(1) 立法による違法行為の維持——違法であるが（立法府によって）維持される処分

(2) 行政庁による再度の処分——違法であるが（行政庁によって）維持される処分

(3) 客観的法状態と裁判所の判断の齟齬——裁判所によって維持または取消される処分

(4) 根本的な問題点——処分の同一性とは

#### 2 残された疑問②——第三者再審で主張できる事由

### V. 結論

## I. 序論

行訴法 34 条の「第三者の再審の訴え」（以下、「第三者再審」と呼ぶ）と、同 32 条 1 項に規定されている第三者効とは、相互に密接な関係を有する。第三者再審は、行訴法が取消判決の第三者効を導入する際に、訴訟に関与していないにもかかわらず判決の効力を受けることとなる第三者の手續保障の観点から設けられたものであるからである<sup>1)</sup>。

しかし、両者の関係を意識した分析は少ない。のみならず、こと第三者再審に関しては、それ単独の分析すら十分に行われていない。従って、両者を合わせ見たときの具体的規律の詳細はいまだ不明瞭な点が多い<sup>2)</sup>。第三者再審を活用することに立法論的意義を見出すか否かは別としても、このような現状は問題である<sup>3)</sup>。

そこで本稿は、第三者効をはじめとする判決効理論の観点から第三者再審の性質論と若干の具体的規律を論ずることを通じて、第三

者再審及び第三者効に関する未検討論点を指摘し、今後の議論の基礎を提供することを目的とする。まずは、比較的議論の蓄積の多い第三者効の規律について、その導入の経緯から分析し（Ⅱ）、それを通じて第三者再審の性質論と若干の制度的規律を検討し（Ⅲ）、そこで明らかになる新たな問題点を指摘する（Ⅳ）、という順番で論を進めることとする。

## Ⅱ. 第三者効の通説的理解

行訴法 32 条 1 項は、取消判決は「第三者に対しても効力を生ずる」と規定する。この取消判決の「第三者効」の具体的内容については、現在までに一定の共通理解が形成されている。それは、この規定は「形成力——すなわち、取消判決によって実体法関係が変動する効力——の主観的範囲」に関するもの<sup>4)</sup>であり、この規定によって第三者に対する「形成力の拡張」が肯定されるが、「既判力の拡張」までは肯定されないという理解である<sup>5)</sup>。まずは、その共通理解が形成された過

1) 杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（二）」法曹時報 15 巻 4 号 10 頁、48 頁（1963）。

2) 第三者再審の要件論が問題となった裁判例は、わずかに三例しか発見できない（「権利を害された第三者」という要件について、大阪高判昭和 44 年 1 月 30 日行集 20 巻 1 号 115 頁および東京高判平成 8 年 3 月 25 日判時 1566 号 132 頁、「判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法」という要件の解釈について、東京地判平成 10 年 7 月 16 日判時 1654 号 41 頁）。

3) 第三者効および第三者再審との相互関係を踏まえた職権訴訟参加（行訴法 22 条）の分析として、新山一雄『職権訴訟参加の法理』（弘文堂、2006）がある。新山の到達した結論は、第三者効を被る第三者の手續保障として、事後的な第三者再審ではなく、事前の訴訟参加を重視し、そのために訴訟告知を活用するというものであり（新山・同 499 頁以下、549 頁以下）、本稿が主題とする第三者効と第三者再審の関係性はさほど重要視されていない。本稿は新山の採用する職権訴訟参加の重視という方向性に異を唱えるものではないが、第三者効、職権訴訟参加、第三者再審という一連の制度の立法論的な再検討の素材を提供する意味で、あえて第三者再審に焦点を当てるものである。

4) 取消判決の第三者効に関する論点には、その「主観的範囲」に関するものと、「客観的範囲」に関するものがあるように思われる。本稿で扱うのは「主観的範囲」の問題、すなわち取消判決の形成力が当事者以外の「誰に」及ぶのかという問題である。もう一つの「客観的範囲」の問題、すなわち取消判決の形成力が「処分のどこの部分に」生ずるのかという問題（さらに換言すれば、「取消の範囲」の問題）に関しては、従来「原告と利害関係が共通する第三者に対する第三者効」の問題として「主観的範囲」の文脈で議論されてきた（雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」『行政争訟の理論』184 頁、200 頁（有斐閣、1986）〔初出 1983〕）が、正確にはこれは「客観的範囲」の問題であるのではないか。敷衍すれば、利害関係が共通する第三者にも取消判決の形成力は及ぶ（すなわち「第三者効」は及ぶ）が、「取消の範囲」が処分の一部に限られるのか処分全体に及ぶのかという点に議論がある、と整理する方が正確なのではないか。本稿ではこの点を論ずる余裕はないので、問題の提起に留めておく。

5) 南博方編『注釈行政事件訴訟法』274 頁〔阿部泰隆〕（有斐閣、1972）、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』384 頁〔村上敬一〕（有斐閣、1989）、室井力他『コンメンタール行政法Ⅱ（第 2 版）』350 頁〔山下竜一〕（日本評論社、2006）、南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法（第 3 版補正版）』558 頁〔東亜由美〕（弘文堂、2009）など参照。

程を明らかにし、その立法論的意義を検討する<sup>6)</sup>。

## 1 議論の概観

取消判決の第三者効は行訴法で初めて明文化された。行政事件訴訟特例法（昭和23年法律第81号）、行政裁判法（明治23年法律第48号）においては、取消判決の第三者効の有無については明文がなく、第三者効の有無はもっぱら解釈にゆだねられていたのである<sup>7)</sup>。

以下、時系列に沿って論者ごとにその解釈を整理し、議論を概観することとする。

### (1) 行政裁判法時代

まず、行政裁判法の解釈としては、①取消判決の判決効は当事者と参加人に生ずるのみであるとする説（佐々木惣一<sup>8)</sup>）と、②判決が対世的効力を持つことを承認する説（美濃部達吉<sup>9)</sup>）とが対立していた。さらに、この

二つの見解を止揚したものとして、③判決の既判力は訴訟当事者および参加人へのみ及ぶが、「判決の事実に基づく効力（Tatbestandswirkung）」または「形成判決の形成力（Gestaltungswirkung）」は、当事者および参加人以外の第三者にも及ぶとするもの（田中二郎<sup>10)</sup>）が存在した<sup>11)</sup>。

①佐々木②美濃部の見解が発表された当時は「形成」の概念が明確に観念されておらず、概念の混同が生じていたといわれる<sup>12)</sup>。それを前提にして①佐々木、②美濃部の見解を整理すると、判決効の内容として①佐々木は既判力を、②美濃部は形成力を想定しているとする余地がある。すなわち、両説は一見対立して見えるものの、想定する判決効が異なるだけであって、例えば①佐々木の見解においても形成力の対世的効力を認める余地があったのではないと思われる<sup>13)</sup>。既判力と形成力を明確に区別した③田中の見解においては、形成力の対世的効力と既判力の相対

6) 以下は本稿における議論の手がかりを得るためのあくまで概観であり、詳細までは立ち入らない。民事訴訟法の判決効理論との関係の分析や比較法的分析も、本稿では行わない。第三者効をめぐる議論の詳細な経緯は、木村弘之亮「判決——第三者効を中心として」雄川＝園部＝塩野編『行政争訟——現代行政法大系5』247頁（有斐閣，1984）、新山・前掲注3）206頁以下に詳しい。

7) ただし、行政裁判法においては、31条2項に「前項の場合（行政裁判所が第三者の訴訟参加を許可する場合。筆者注）に於ては行政裁判所の判決は第三者に対しても亦其効力を有す」との定めがあり、訴訟参加人に判決の効力が及ぶことについては明文の規定があった。続く行政事件訴訟特例法においては、判決効の主観的範囲に関する明文規定はない。

8) 佐々木惣一「行政判決ノ参加人ニ対スル拘束力（一）」京都法学会雑誌11巻6号39頁、48頁（1916）には、「第三者の参加の法上の意味は…行政判決の効果の第三者にも及ぶことにあり（筆者により現代語化）」との記述があり、佐々木は、訴訟当事者以外の第三者にはその者を訴訟参加させなければ判決効が及ばないと考えていたことがうかがえる。

9) 美濃部達吉『行政裁判法』280頁（千倉書房，1929）には、「判決に依って決定せられた事項は全てのものが之を既に確定したのものとして尊重することを要し、訴訟当事者であったと否とを問はず、何人も最早之を争ふことを得ない（筆者により現代語化）」との記述がある。

10) 田中二郎「行政訴訟の判決と第三者」民商法雑誌12巻6号121頁以下（1940）。その後、行政事件訴訟法の解釈論としても維持されている（田中二郎『新版行政法上巻（全訂第二版）』351頁（弘文堂，1974））。

11) ①佐々木②美濃部の見解の発表の後に現れた大審院昭和15年6月19日民集19巻999頁は、税金の滞納による公売処分取消判決について、「或る公法的の事件が国家に依り有権的に決定せらるれば該事件に係るものが凡てその拘束を受くべきは国家行為の当然の帰結」（筆者により現代語化）と述べ、結論的に②美濃部の見解に従ったものと評されている。そして実務はこの判例に従って動いた（塩野宏編著『日本立法資料全集6——行政事件訴訟法（2）』405頁（信山社，1992）に、「われ々には理由はともかくとして、大審院の判例に従ってやっている」との豊水幹事の言がある）。田中・前掲注9）「行政訴訟の判決と第三者」はこの判例の評釈であり、③田中以降の議論はこの判例の理論的正当化を意識している。

12) 新山・前掲注3）209頁及び301頁注47。

13) 新山・前掲注3）208頁も、①佐々木の見解において「取消判決に形成効があることは、とうぜん、認められている」という。すなわち、概念の混同をときほぐせば①佐々木と②美濃部の対立は表面的なものにとどまった可能性があるということである。

的効力とが整合的に説明されていることから、①佐々木②美濃部の見解の対立は表面的なものであったことをうかがわせる。

## (2) 行政事件特例法時代

### ・ 諸見解の概観

行政事件訴訟特例法の解釈としては、③田中の見解を敷衍し発展させたものとして、④既判力は原則として当事者およびこれと同一視しうる当事者の承継人等に限られることにつき旧民事訴訟法 201 条（現 115 条）に根拠を求め、形成力はそれ以外の第三者にも及ぶことにつき「行政上の法律関係の統一的規律の要請」を根拠にする見解（雄川一郎）<sup>14</sup>があった。一方で、⑤形成力の根拠を既判力に求め、既判力の及ぶ主観的範囲にのみ形成力も及ぶのだとする見解（兼子一）<sup>15</sup>も存在した<sup>16</sup>。

この兼子の見解をきっかけに、行訴法立法過程において判決効の第三者効の有無が大いに議論されることとなった。⑥取消訴訟を確立訴訟であると明言し、形成力の主観的範囲はその基礎にある処分違法性確認の効果の及ぶ範囲（すなわち既判力の主観的範囲）に留まるとする見解（市原昌三郎）<sup>17</sup>や、⑦形成力は実体法上の効力だとし、実体法上特別の定めがない限り何人との関係でも生ずるとする見解（瀧川叡一）<sup>18</sup>は、⑤兼子の見解への賛同または批判として展開された。

### ・ 論争の整理——二つの対立軸

これらの諸見解は、「形成」の概念を明確

に観念している。しかし、③田中④雄川⑦瀧川と、⑤兼子⑥市原の間には、形成力についての根本的な理解の相違があった。③田中④雄川⑦瀧川は、形成力は既判力とは無関係であると考えていたが、⑤兼子⑥市原は、形成力の根拠は既判力にあると理解するのである。

形成力の性質をいかなるものとするかは、民事訴訟法理論においてもさまざまに見解が分かれているため、深入りは避けることとする<sup>19</sup>。本稿においては、「A：形成力の理解の相違」が、第三者効に対する態度の相違につながるのだという点の確認が重要である。

一方で、形成力の主観的範囲は、必ずしも形成力の性質論のみから決せられたわけではない。もう一つの重要な論点は、「B：行政法関係の統一的規律（④雄川）ないし原告の救済の全う（⑦瀧川<sup>20</sup>）v. 判決効の及ぶ第三者の手續保障（⑤兼子）」という対立軸である。

行政法関係の統一的規律を守るため、ないし原告の救済を全うするためには、取消判決は第三者に対しても効力を生ずる必要がある。係争処分が取消された時に、当事者間では処分が消滅する一方、第三者にとってはその処分が未だ存在していることになれば、「行政法関係の統一的な規律」は図られない<sup>21</sup>。また、処分の名宛人でないものが出訴して取消判決を得た場合に、処分の名宛人に効力が及ばないとなると、出訴した原告は目的を果

14) 雄川一郎『有斐閣法律学全集 9——行政争訟法』220 頁以下（有斐閣、1957）。

15) 兼子一「行政処分の取消判決の効力」『民事法研究Ⅱ』101 頁（酒井書店、1969）〔初出 1951〕。

16) ⑤兼子の見解は、①佐々木の見解と判決効の主観的範囲について結論を同じくするものであるが、形成の概念を観念しているか否かという点で大きく異なる。⑤兼子は、形成の概念を観念した上で、形成力は既判力を根拠に導かれる効力だという考えから、形成力は当事者と参加人に生ずるのみだと論ずるのである。

17) 市原昌三郎「行政事件訴訟における判決の効力」一橋大学一橋学会編『一橋大学創立 80 周年記念論集下巻』237 頁（勁草書房、1955）。

18) 瀧川叡一「行政訴訟の請求原因、立証責任及び判決の効力」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第 5 巻』1429 頁、1460 頁（有斐閣、1956）。

19) 代表的論考として、鈴木正裕「形成判決の効力」法学論叢 67 巻 6 号 27 頁（1960）、本間義信「形成力について」民事訴訟法雑誌 14 巻 58 頁（1968）。

20) 瀧川・前掲注 17)1464 頁は、原告が「さらにその第三者を被告として行政処分が違法であることの画定を求めなければならない」とするのほうがかたがた不合理であると主張する。近時では、行政法関係の統一的規律よりも原告の救済の観点を重視する見解が存在する（兼子仁「取消判決の第三者効」ジュリ 925 号 202 頁、205 頁（1989））。

21) ただし、「統一的な規律」とは具体的にどういう意味なのかは十分明らかでない。この点に関して、最判平

たせず、その「救済の全う」が図られない。

一方で、当該取消訴訟に關与しておらず、なんら防禦する機会を与えられなかった第三者にも取消判決の効力が及ぶとなると、当該第三者は手続保障なしに判決効に服するという不合理な地位に置かれ、その「手続保障」に疑問が生ずることとなる。

この対立軸Bについては、いずれか片方のみをとって片方をまったく捨てるという極端な解釈が妥当でないことは明らかである。したがって、すぐ後に見るように、「訴訟参加」と「第三者再審」という第三者保護の規律を導入した上で第三者効を肯定するという、折衷的な解決がなされることとなる。

### (3) 行政事件訴訟法の制定

#### ・第三者効をめぐる論争の「一応の」決着

行訴法 32 条 1 項は、第三者効を明文で採用した。一方、第三者効否定説（⑤兼子⑥市原の見解）に対しても、一定の配慮がなされている。訴訟に關与できず、従って争いを尽くすことができないにもかかわらず判決効が及んでしまう第三者が生じることになる、という問題意識を容れて、その第三者には訴訟参加（22 条）及び第三者再審（34 条）を認めることによって、そのような不合理を是正する道を開いたのである<sup>22)</sup>。

これによって、取消判決の形成力の主観的範囲に關する解釈論の争いには、一応の決着はついたとされている<sup>23)</sup>。すなわち、「A：形成力の性質の理解」については、形成力は既判力に根拠を有するのではないという理解が、「B：行政上の法律関係の統一的規律の要請ないし原告の権利救済の実効性 v. 第三者の地位の不合理性の調整」については、行政上の法律関係の統一的規律の要請ないし原告の権利救済の実効性を重視する方向性が採用されたのである<sup>24)</sup>。

#### ・第三者効に關する現在の議論状況

第三者効に關する現在の通説的理解は、このような「一応の決着」を是認し、(i) 形成力と既判力を峻別し、その上で形成力は既判力に根拠を有するのではないとし、(ii) 形成力の主観的範囲は行訴法 32 条により第三者に及ぶ（これこそが「第三者効」の内実である）が、既判力の主観的範囲は行訴法 7 条により民訴法 115 条 1 項が準用されて原則当事者にしか及ばないとする<sup>25)</sup>。

現在、(i) に対して異論を述べる見解はないが、(ii) に対しては、形成力の第三者への拡張を全面的に肯定することについてなお異論が唱えられている<sup>26)</sup>。その旨を明確に主張するのは、⑧取消判決は当事者及び参

---

成 21 年 11 月 26 日裁判所時報 1496 号 7 頁は、「統一的な規律」という命題を独自に敷衍したと見ることができる。本文で後述する。

22) 杉本・前掲注 1)42 頁。この点をもって第三者効否定説に応答するのだとすれば、第三者効をめぐる対立の根本は「B：行政法関係の統一的規律ないし原告の救済の全う v. 判決効の及ぶ第三者の手続保障」との調整という対立軸にあったと見ることができる。「A：形成力の性質の理解」は、B を先決問題として、論者によって必然的に選択されたものだったのではないかと考えられるのである。

23) 室井力編『基本法コンメンタール行政救済法』別冊法学セミナー 73 号 318 頁、320 頁〔晴山一穂〕(1986)。

24) 第三者効否定説も、最終的にはこの結論に納得したものと思われる。兼子・前掲注 14)103 頁では、第三者が「自己に対する許可の執行を争う余地がない」(傍点筆者。以下同じ)ことや「公売処分はなお有効であって自分が適法に所有権を取得している旨を主張できない」ことが妥当でない旨が述べられているに過ぎず、第三者に事後の出訴を認めるのであれば、妥協の余地があったことが伺われる。また、塩野編・前掲注 10)410 頁の、昭和 31 年 7 月 6 日の第 14 回小委員会での討議（これは兼子が「行政処分の取消判決の効力」を発表した後である）における、「取り消しの原因があったかどうかはもう一回訴訟で争えるが取り消しになったということ自体、官庁に対し取消の判決があったという事実は争えない」という兼子の発言からの一連の議論は、兼子が「形成力」の拡張を承認するに至ったと思わせる節がある。

25) 前掲注 4) の文献の他、小早川光郎『行政法講義下 II』218 頁（弘文堂、2005）、塩野宏『行政法 II（第 4 版）』162 頁以下（有斐閣、2005）、宇賀克也『行政法概説 II（第 2 版）』249 頁以下（有斐閣、2009）、芝池義一『行政救済法講義（第 3 版）』96 頁以下（有斐閣、2006）など。

26) なお、そもそも取消判決には既判力が認められないとの異論がある（遠藤博也『実定行政法』383 頁以下（有斐閣、1989））。この見解は、その前提となる訴訟物の理解や形成訴訟の理解において通説と相違しており、その当否はそれらの前提の当否にかかっているが、本稿では立ち入らない。

加人との関係において相対的に法律関係を変動させるのが原則だとし、特定の利害状況にある第三者に対して例外的に効力が及ぶのみだとする見解である（木村弘之亮など）<sup>27)</sup>。また、民事訴訟法学において、⑨形成判決一般について、形成力の対世効は形成判決に原則として備わるものではなく、むしろ形成判決においては相対効が原則である旨を説く見解（本間靖規）も存在する<sup>28)</sup>。

これらの見解の存在は、行訴法 32 条 1 項を有する現在であっても、第三者効肯定説は見直しの余地があるということ——すなわち、行訴法はあくまで「一応の」解決をなしたにすぎないこと——を現に示している。

しかし、今のところこれらの見解は少数説にとどまり、判例実務にも受け入れられていない。それを示すのが、最判平成 21 年 11 月 26 日裁判所時報 1496 号 7 頁である。この判決は、「当該保育所を廃止する条例の効力を争って、当該市町村を相手に当事者訴訟ないし民事訴訟を提起し、勝訴判決や保全命令を得たとしても、これらは訴訟の当事者である当該児童またはその保護者と当該市町村との間でのみ効力を生ずるに過ぎないから、これらを受けた市町村としては当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すことにもなり、処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効（行政事件訴訟法 32 条）が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争うることには合理性がある」と述べた。すなわち、この判決は取消判決に第三者効が認められることを当事者訴訟ないし民事訴訟と比較した

場合のメリットと認識しており、最高裁が第三者効に積極的な意義を見出していることがわかるのである。

この判決は、第三者効が認められないと、原告に対しては当該保育所が維持されることとなるが、原告以外の者に対しては当該保育所は廃止されることとなるという帰結がもたらされるがために、「これらを受けた市町村としては当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すことにもなる（傍点筆者）」と言うように読める。この判示の当否自体は議論の余地がある<sup>29)</sup>が、注目すべきは、この判決が従来から言われてきた「行政法関係の統一的規律」の要請を、「行政庁の対応の困難性」という意味に敷衍している点である（傍点部）。「行政法関係の統一的規律」の具体的内容は従来さほど明確に論じられてこなかったものであり、この判示は今後「一応の決着」を見直す際の参考になろう。

#### ・形成力の拡張としての第三者効

以上から、行訴法は A B 二つの対立軸においてそれぞれ「一応の決着」を付け、その方向性は現在まで通説判例においても維持されているということがわかった。

ここで確認すべきは、第三者効をめぐる A B いずれの対立軸においても、議論的となったのは「形成力」であり、「既判力」を第三者にまで及ぼすことは想定されていなかったという点である。この点は、「既判力」を第三者にまで及ぼすという意味での「対世的効力」の扱いも議論の射程に入っていた、人事訴訟の分野と対照的である<sup>30)</sup>。

27) 木村・前掲注 5)275 頁。遠藤・前掲注 25)385 頁も、明示的ではないが同旨を主張するものと思われる。

28) 本間靖規「形成訴訟の判決効」新堂幸司他編『講座民事訴訟 6——裁判』283 頁（弘文堂、1984）。

29) 条例の処分性が否定された高根町水道条例事件では、第三者効の無い民事訴訟において当該条例が違法とされただけであるが、地方議会は即座に当該条例を改正している（『H18 年度第 5 回北杜市議会臨時会会議録（8 月 8 日）』7 頁。[http://www.city.hokuto.yamanashi.jp/hokuto\\_wdm/html/municipal-assembly/images/16519713837.pdf](http://www.city.hokuto.yamanashi.jp/hokuto_wdm/html/municipal-assembly/images/16519713837.pdf), 2010 年 3 月 3 日最終検索）。このように、第三者効がない訴訟類型の下で違法とされた条例を議会が自主的に改正するのであれば、行政庁は当該改正条例に従うほかないのであるから、立法府たる地方議会が司法府を尊重する限り、行政庁が対応に困るということはないのではないか。

30) 松本博之『人事訴訟法（第 2 版）』242 頁以下など参照。ただし、そもそも既判力という概念の意義自体が単純ではない（参照、伊藤眞「既判力の二つの性格について」末川追悼『法と権利 3』266 頁（有斐閣、1978））し、形成力の性質論や、形成判決に既判力を認めるべきか否かという一般的論点も関係して、問題の整理自体が容易ではないため、本稿では深く立ち入らない。

このことは、第三者効肯定説にたつ③田中と、否定説にたつ⑤兼子との論争から判明する。「B：行政上の法律関係の統一的規律の要請ないし原告の権利救済の実効性 v. 第三者の地位の不合理性」の対立軸において、法律関係の統一的規律の要請を重視する立場（③田中）にとっては、第三者に「既判力まで」拡張することが、その要請の貫徹とされるはずである。しかし田中は、行訴法立法にかかる審議会において、「判決が当然参加しない場合でも、実質的な利害関係者であるものと及ぶかという点になると、非常に問題で、むしろ、普通の考え方では参加しない限りは既判力が及ばないという考え方をとるのではないかと思う」と発言しており、既判力の拡張には否定的であったのである<sup>31)</sup>。一方で、第三者の地位の不合理性を重視する立場（⑤兼子）からは、当然のことながら既判力までも第三者に拡張することは断固阻止されるべきであり、現に兼子はその著作の中で、人訴法等の既判力拡張規定は創設規定だと読むべき旨主張し、行政訴訟においては「法律状態の変動によって直接に自己の権利又は法律的地位の影響を受ける第三者は、既判力を受けない以上自己の立場で形成要件の存在を争い、形成の効果を否認できるものといわなければならない」として、既判力の拡張に反対していたのである<sup>32)</sup>。

すなわち、行訴法立法過程においては、「第三者効」とは「形成力の第三者への拡張」を意味していたのであり、「既判力の第三者への拡張」ではなかったのである。このことは、判決効が及ぶ第三者が具体的にいかなる地位に立たされるのかという点、さらには第三者再審の具体的規律を考察する上で、重要である。

## 2 小括——第三者効の抽象的内容

以上から判明した点をまとめておこう。

①行訴法 32 条に結実した「第三者効」は、「形成力の第三者への拡張」を意味していた。

②第三者効の有無をめぐる論争は、「A：形成力の性質の理解」と、「B：行政上の法律関係の統一的規律の要請ないし原告の権利救済の実効性 v. 第三者の地位の不合理性」という 2 つの対立軸を持っていた。

③行訴法 32 条は、A については形成力は既判力に根拠を有しないという理解で、B については前者の「行政上の法律関係の統一的規律の要請」を重視する方向で、論争に「一応の」決着をつけた。この「一応の」決着は、現在でも判例通説の支持を得ている。

## 3 問題点の抽出と、考察の手がかり

以上の三点から、行訴法 32 条の意義をある程度は説明できる。しかし、第三者効を肯定する場合に判決の効力を受ける第三者は具体的にいかなる地位に立たされることになるのか——言い換えれば、判決の効力を受けることに不服のある第三者は、いかなる手続でその不服を申立て、いかなる救済を得ることができるのか——という点は、漠然と第三者再審による事後の救済があると意識されているのみで、詳しくは明らかになっていない。この点を明らかにすることが、本稿の目的である。ここからわかるように、第三者効の及ぶ第三者の地位如何の問題は、第三者再審の規律如何の問題と表裏をなしている。

そして、この点の解明に役立つ議論は、すでに日本でも展開されている。それは、伊藤洋一による、行政訴訟の判決効に関するフラ

31) 塩野編・前掲注 10)405 頁。ここでは、判決の「既判力」の問題として「対世的効力」が議論されている部分である。

32) 兼子・前掲注 14)114 頁。兼子と同じく第三者効否定説に立つ市原も、市原・前掲注 16)258 頁において同旨を述べている。さらに両者とも、選挙訴訟、当選訴訟等においては例外的に既判力の拡張を肯定するのであるが（兼子・前掲注 14)117 頁、市原・前掲注 16)258 頁）、それは逆に言えば行政訴訟において既判力は第三者に拡張されないのが原則である旨の表明である。

ンス法の分析である。

以下ではこの分析を手がかりに、第三者効の及ぶ当事者はいかなる地位に立たされることとなるのかという点、および第三者再審がいかなる性質を持ち、いかなる規律を導くのかという点を、可能なかぎり明らかにしてみたい。

### 「対世効」と「絶対効」—— Ⅲ. 第三者効と第三者再審の具体的分析

伊藤洋一は、フランス行政訴訟の判決効に関する分析を行う際に、「対世効 (effet erga omnes)」と「絶対効 (effet absolu)」の区別という視点を用いた。「対世効」とは、「係争行為が取消判決によって客観的に消滅するという、消極的形成力の問題のみを指す」効果（すなわち、形成力が第三者に及ぶこと）であり、「絶対効」とは、「取消判決においてなされる適法性判断についての一般的拘束力をも指す」効果（すなわち、既判力が第三者へ拡張されること）とされている<sup>33)</sup>。

この分析枠組は、形成力の拡張（対世効）と既判力の拡張（絶対効）を峻別することで、両者の比較を可能とするものである。すなわち、この枠組を用いれば、形成力の拡張と既判力の拡張との具体的帰結の差を比較することで、行訴法における第三者効は形成力の拡張であるという命題をより具体的に分析することが可能となるのである。

また、前訴の判決効の及ぶ者が前訴の判決内容に不服を持つときに、一定の要件の下で前訴の内容を覆すことができる手続を用意する場合——行政訴訟においてそれは行訴法 34 条の第三者再審である——、その手続の性質や要件は、その者はいかなる判決効が

及んでいるのかによって、おのずと異なってくる。したがって、第三者効の分析のみならず、第三者再審の分析においても、「対世効」と「絶対効」の峻別が効果を発揮するのである。

以下では、まず伊藤のいう「対世効」と「絶対効」の内容を、日本法の訴訟法理との関連で明らかにし（1 ないし 2）、続いてその分析を通じて第三者効の具体的内容を検討し（3）、最後に第三者再審の性質について分析を加える（4）<sup>34)</sup>。

#### 1 「対世効」の具体的内容

「対世効」の具体的内容は、「裁判に関与しなかった者の判決援用を許し、また「判決をその者に対抗できる」、というものである<sup>35)</sup>。問題は、「判決を対抗できる」ということの意味であるが、それは形成力の理解によって異なることになろう。

形成力を法律関係の変動力のみならず、形成の結果（取消訴訟においては、係争行為が取り消されたこと）を不可争とする効力でもあると理解する<sup>36)</sup>ならば、取消判決を対抗される第三者は、その取消判決の係争行為の存否について、再審ないし第三者再審のような特別の手続を経ない限り、改めて争うことは許されないということになりそうである。この場合、「判決を対抗できる」とは、当該第三者がもはやその判決により確定された「係争行為の不存在」について、特別の手続をなしに改めて争うことができない、ということの意味することになろう（本稿ではこの立場を、形成力に関する「不可争説」と呼ぶ）。

一方で、形成力を法律関係の変動力のみ（係争の結果の不可争性は、形成力以外の判決効——通説的には既判力——によって達成

33) 伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究』8頁、165 及び 166 頁（東京大学出版会、1993）。

34) ここではフランス法の形成力及び既判力概念が日本法のそれとどこまで一致するのかという点は措いて、もっぱら日本法で用いられている形成力及び既判力概念の下に伊藤の区別を導入するとどうなるのか、という点の考察を行う。

35) 伊藤・前掲注 32)165 頁。

36) 本間・前掲注 27)305 頁に明示されている。

37) 新堂幸司『新民事訴訟法（第 4 版）』（2008）197 頁及び 206 頁で示唆されている。

される)と理解する<sup>37)</sup>ならば、形成判決を対抗される第三者は、別途既判力その他の効力が及んでいない限り、その形成判決の係争行為の存否について、再審ないし第三者再審のような特別の手続きを経ずとも、改めて争うことが可能となるように思われる。この場合、「判決を対抗できる」とは、前訴で「係争行為の不存在」が確定されたということの後訴で援用できる——あくまで援用できるだけであり、援用された内容を当該後訴において第三者が争うことを禁止しえない——、ということの意味するにとどまることになろう(形成力に関する「援用可能説」と呼ぶ)<sup>38)</sup>。

この点について、行政法学の多数説は、「不可争説」をとっている。すなわち、取消判決が下されると、行訴法 32 条が「対世効」を定めるにとどまるのだとしても、当該判決によって確定された「係争行為の不存在」を改めて争うことは原則として不可能になる、と解されている<sup>39)</sup>。これは、第三者効肯定説を採用する代わりに第三者再審の規定を置いたという行訴法制定時の事情に適合する解釈だといえよう<sup>40)</sup>。

## 2 「絶対効」の具体的内容

一方で「絶対効」の具体的内容は、「既判力が全ての裁判所を全ての裁判において拘束する」、というものである<sup>41)</sup>。

ここで確認すべきは、既判力の担う機能は、形成力の性質の理解次第で異なるということである。

形成力について「援用可能説」を採るのであれば、形成力は前訴の判断(すなわち「係争行為が不存在であること」)の通用性を保障しないため、既判力がその通用性を担うこととなる。そして既判力は訴訟物に関する判断について生ずるため、取消訴訟の訴訟物を係争行為の違法性と捉える通説からすると、係争行為の違法性についても既判力によって後訴への通用性が確保される。すなわち、前訴が確定した「係争行為の不存在」と、「係争行為の違法性」とが、ともに既判力の機能として後訴に対する通用性を有することとなるのである。

一方、形成力について「不可争説」をとると、形成の結果すなわち「係争行為の不存在

38) 本文で述べたのは判決効を受ける第三者の立場からの分析であるが、原告にとって援用可能説の下での形成力が果たす意義とは何であるのかは別の問題である。すなわち、原告は前訴判決を第三者に対して援用できるだけであって、その内容を改めて争われることを排除しえないということは、そのような内容の形成力はなんの意味も持たないのではないかという問題である。しかし、なんらの判決効も生じていない場合と比較すると、援用が可能であるというだけでも、前訴判決で形成された法律関係についての立証責任の転換又は証明度の軽減という意義は有しているように思われる。すなわち、援用可能説を前提とする形成力すら生じていない第三者に対しては、原告は前訴判決で形成された法律関係を主張するためには改めてその法律関係を一から争い直す必要があるのに対し、援用が可能である場合は原告が前訴判決を援用するのみでその法律関係の存在が推定又は推認されることとなるのではないか。また、援用可能説に立った場合、第三者が第三者再審によらず係争行為の存否を争うことが可能だとしても、行政処分のご定力ないし取消訴訟の排他的管轄により、後訴も取消訴訟でなければ係争行為の存否を争えないと解する余地がある。数々の未開拓点があるが、これ以上の考察は保留したい。

39) 南＝高橋編・前掲注 4)558 頁〔東亜由美〕や園部編・前掲注 4) 394 頁〔村上敬一〕は、この旨を明示している。ただし、形成結果の不可争性は形成力の担うところではないとする見解(本稿にいう「援用可能説」)も、少数説ながら存在する(木村・前掲注 5)269 頁注 64。高林克巳「判批」行政判例百選Ⅱ(初版)354 頁,355 頁(1979)は、「第三者は取消訴訟の対象となった行政処分が違法であって裁判所により取消されたという事実を承認せざるを得ない」と述べており、不可争説に立つようにも読めるが、第三者再審によらずとも係争行為の不存在を争う余地を認めているため、援用可能説に立つものと思われる)。

40) 本文で述べた形成力の二つの理解について、民事訴訟法学がいかに扱ってきたのかは十分明らかにできなかった。人事訴訟においては既判力の拡張も議論されているために、形成力のみが拡張され既判力は拡張されないと第三者が想定されていないのではないかと思われ、それが行政法学から見て民事訴訟法学の議論をたどり辛くしているように思われる。形成判決の既判力の有無に関する民事訴訟法学の議論と、本文で述べた行政法学の議論とは問題状況を同じくすると論じられることもある(園部編・前掲注 4)408 頁〔村上敬一〕)が、形成力の性質論等に遡っての詳細な検討を要する。

41) 伊藤・前掲注 32)165 頁。

」の不可争性は形成力が担うこととなり、既判力の担うところではなくなる。したがって、既判力は「係争行為の違法性」のみを通用させる機能のみを有することになる。形成力について「不可争説」を採る行政法学説も、既判力についてはこのような理解を前提としている<sup>42)</sup>。

ただ、いずれにせよ、「絶対効」は形成力のみならず既判力をも第三者に対して拡張するのであるから、形成力の理解にかかわらず、前訴が確定した「係争行為の不存在」と「係争行為の違法性」とが、ともに後訴への通用性を有するという帰結が導かれる。すなわち、「絶対効」をとる場合には、形成力の内容の理解は結論に影響しないのである。

要するに、「既判力が全ての裁判所を全ての裁判において拘束する」という「絶対効」の定義は、このように、再審ないし第三者再審のような特別の手續を踏まずして「係争行為の不存在」に加えて「係争行為の違法性」を争うことをも不可能とするという意味だと理解できるのである。

### 3 行訴法の「対世効」の規律

ここまでの分析を、判決効が拡張される第三者が前訴の内容を争うために取りうる手段の面から敷衍すると、以下ようになる。

①形成力について「援用可能説」を採った上での「対世効」の規律の下では、論理的には再審ないし第三者再審によらずとも「係争行為の不存在」を争うことができる。

②形成力について「不可争説」を採った上での「対世効」の規律の下では、「係争行為の不存在」について後訴で再度争うことが不

可能であるところ、再審ないし第三者再審によってであれば、例外的に争う余地が生まれる。一方、「係争行為の違法性」に関しては、論理的には再審ないし第三者再審によらずとも争うことができる。

③「絶対効」の規律の下では、「係争行為の不存在」と「係争行為の違法性」の双方について後訴で再度争うことが不可能であるところ、再審ないし第三者再審によってであれば、例外的に争う余地が生まれる。

以上によれば、不可争説の下での対世効が通説化している行訴法(②)においては、判決効の及ぶ第三者が「処分の不存在」を争うためには第三者再審を起こすことが必要になる。すなわち、行訴法の第三者効とは、不可争説の下での形成力の効力として、「処分の不存在」に不服を有する第三者の取りうる手續を第三者再審に限定する効力を意味するのだといえる。

一方で、不可争説の下での対世効は、絶対効とは違い、「係争行為の違法性」については特別の手續なしに後訴で争えることとなる。取消訴訟においては、処分が適法であることがいえても処分の存否が覆せなければ意味がないため、この差にさほどの意味はない<sup>43)</sup>。ただし、後訴が係争行為の復活を求めるものではなく、第三者からの損害賠償請求である場合には、当該第三者との関係で、被告が賠償責任を否定するために係争行為が適法であると主張できることになるという点で、この差が意味を持つ可能性はある<sup>44)</sup>。

こうして、第三者効の内容を一步具体的に明らかにすることができたといえよう。

42) 南＝高橋編・前掲注4)563頁〔東亜由美〕、園部編・前掲注4)388頁〔村上敬一〕。

43) ただし、IV1で述べるように、一定の意味を見出す可能性は存在する。

44) この点を指摘するのは、市原他「行政事件訴訟特例法改正要綱試案(小委員会案)をめぐる諸問題(下)」ジュリ210号6頁、29頁の杉本発言である。ただし、杉本は判決効の及ぶ第三者が国賠請求を提起する例をあげる際に、「第三者は、処分の違法を主張して、国家賠償の請求訴訟を提起することは妨げられない」と言うが、これはやや的外れである。第三者効が発生するのは取消判決なのだから、「処分が違法である」という判断が前訴でなされているはずであり、ポイントは本文のように第三者からの賠償請求に対して被告行政庁が「処分が適法である」と主張できるという点であって、第三者が賠償請求を提起すること自体は当然に許されるからである。

#### 4 第三者再審の性質論

以上みたように、行訴法においては第三者効は「対世効」を意味し、第三者には形成力のみが拡張される。それはすなわち、第三者再審の再審原告には、形成力は及んでいるが既判力は及んでいないということの意味する。

このように前訴判決の判決効の面から第三者再審を捉えなおすと、それが民訴法上の再審（民訴法 338 条以下）とある意味対照的な制度であることがわかる。なぜなら、民訴法上の再審の再審原告は前訴の当事者であり、前訴の既判力が当然及んでいるからである。このように対照的な制度であって、さらにその具体的規律について第三者再審よりも議論の蓄積がある民訴法上の再審制度を比較対象として用いることで、行訴法上の「第三者再審」の規律を解明する手がかりが得られるのではないか。

以下では、民訴法上の再審と行訴法上の第三者再審との要件の違いに着目し、それが両者の性質論にいかなる示唆をもたらすのかを検討する。

##### (1) 民訴法上の再審と行訴法上の第三者再審との要件の違い

民事訴訟法上の再審は、前訴判決に重大な瑕疵があり前訴の既判力を当事者に及ぼせることが適当でない場合として列挙されている再審事由（民訴 338 条 1 項各号）に当たらない限り、認められない。そして、いったん確定した判決は、いかに重大な瑕疵があったとしても、再審手続によらなければ取消されない——すなわち、その既判力を否定されない——と考えるのが通常である。

一方、行訴法上の第三者再審は、民訴法上の再審の要件にかかわらず、行訴法 34 条

の要件を満たせば認められる。行訴法 34 条は、「自己の責めに帰することができない理由により訴訟に参加することができなかったため判決に影響を及ぼすべき攻撃又は防御の方法を提出することができなかったこと」を再審事由とする。

行訴法 34 条が再審事由とする「攻撃防御方法が提出できなかったこと」は、民訴法 338 条 1 項 5 号でも再審事由とされているが、民訴法では「刑事上罰すべき他人の行為により」提出が妨げられることが必要であり、行訴法 34 条よりも厳しい要件となっている。逆に言えば、行訴法 34 条は、「自己の責めに帰することができない理由」であれば足るという、民訴法よりも緩やかな要件で再審を認めていることになる<sup>45)</sup><sup>46)</sup>。こうした行訴法 34 条の特殊性は、いかに説明できるだろうか。

この点を考察するに当たって、現行法が採用していない「絶対効」の規律についても、比較対象を増やすという意味で検討してみよう。従って、以下では「A：民訴法上の再審」、「B：『対世効』の下での第三者再審」（すなわち現行法の規律）、「C：『絶対効』の下での第三者再審」の 3 つを比較検討する。

そして、この点の考察のために、①再審原告の違い、②再審原告に及んでいる判決効の違いを分析軸として設定する。

まず、「A：民訴法上の再審」は①前訴の当事者が再審原告となり、したがって②再審原告には形成力と既判力の両方が及んでいる。次に「B：『対世効』の下での第三者再審」は、①前訴の当事者ではない第三者が再審原告となり、②再審原告には形成力しか及んでいない。最後に「C：『絶対効』の下での第三者再審」は、①前訴の当事者ではない第三者が再審原告となり、②再審原告には形

45) 一般に、民訴法 338 条 1 項各号に該当しないが既判力を及ぼすのは不当だという場合に、同項 3 号を類推するという手法が取られるが、単に「自己の責めに帰することができない理由」によって攻撃防御方法が提出できなかったという行訴法 34 条のような場合は、類推が可能なほど不当だとはいえないだろう。

46) 前掲注 2) で述べたとおり、行訴法 34 条 1 項に関する裁判例は、3 例が発見できるのみであり、「自己の責めに帰することができない理由により訴訟に参加することができなかったため…提出することができなかった」という要件の解釈については学説判例ともに議論の蓄積がない。

成力と既判力の両方が及んでいる。

すなわち、「A：民訴法上の再審」と「C：『絶対効』」の下での第三者再審」とが②の点で共通し、「B：『対世効』」の下での第三者再審」と「C：『絶対効』」の下での第三者再審」とが①の点で共通するのである。

## (2) 「絶対効」と第三者再審

まずは、②の点で「A：民訴法上の再審」と共通点を有する「C：『絶対効』」の下での第三者再審について考察する。

両者が②の点で共通する——すなわち、再審原告には形成力のみならず既判力も及んでいる——ということは、「C：『絶対効』」の下での第三者再審は、「A：民訴法上の再審」と同様、「既判力の否定」のための制度であるということになる。したがって、行訴法34条の第三者再審の要件が民訴上の再審よりもゆるいという事実はいかにして正当化されるのか、という問題を惹起することになる。

これは、①再審原告の違いから説明するしかなさそう。すなわち、民訴法上の再審が、当事者として前訴に関与し十分な手続保障を得た者が再度前訴の内容を争う手続なのに対し、行訴法上の第三者再審は、そもそも前訴に関与しておらず手続保障が不十分である第三者が前訴の内容を争う手続なので、再審要件がゆるいことは、再審原告たる第三者の手続保障の観点から正当化される、という説明である。これは、既判力の正当化根拠として手続保障が重視される近時の民訴法学の議論<sup>47)</sup>と整合的な説明であり、一見説得的に見える。

しかし、この説明は自己論駁的である。なぜなら、既判力の根拠が手続保障にあるのであれば、そもそも「絶対効」を採用して第三者に既判力を拡張するために、当該第三者に

前訴に関する手続保障が不可欠だと見るのが素直であり、「絶対効」を採用している以上は第三者の手続保障は前訴当事者並みに達成されているという前提があるはずだという批判が可能だからである。

ただし、これはそもそも「絶対効」を採用すること自体の問題点を指摘するものであるから、行訴法34条の第三者再審の性質を「絶対効」の下でいかに正当化できるか、という問題とは別であると割り切ることが、一応は可能であろう。したがって、「C：『絶対効』」の下での第三者再審は、「A：民訴法上の再審」と同じく「既判力の否定」を可能とする制度であるが、再審原告が前訴に関与していない第三者であることから、既判力の正当化根拠たる手続保障が薄いことに鑑みて、再審要件をゆるく設定したものだ、と説明することが可能である<sup>48)</sup>。

## (3) 「対世効」と第三者再審

では、「B：『対世効』」の下での第三者再審は、いかなる性質のものと考えられるであろうか。

「A：民訴法上の再審」との比較でわかるのは、両者は①再審原告が違うのみならず、②再審原告に及んでいる判決効をも異にする点である。したがって、行訴法34条の第三者再審の要件が民訴上の再審よりもゆるい点をいかに正当化するかという問題は、「C：『絶対効』」の下での第三者再審」とは違い、②の点から説明することが可能である。

「A：民訴法上の再審」では、再審原告には形成力に加えて既判力が及んでおり、再審は「既判力の否定」という機能を有していた。一方で、「B：『対世効』」の下での第三者再審」では、再審原告には形成力のみが及んでいるため、第三者再審は「形成力の否定」という機能を有することとどまる。形成力について

47) 新堂・前掲注36)643頁など。

48) 「絶対効」と第三者再審の関係に関連して十分明らかにすることができなかった点は、第三者再審は「既判力の相対効原則の一適用」であるという命題（伊藤・前掲注32)133頁以下参照）が通用するのだとすれば、既判力の拡張を意味する「絶対効」の下で第三者再審を採用する余地は全くないのではないかと、という点である。本文の説明は、「絶対効」の下での第三者再審は、既判力の否定を可能とする点で民事訴訟法上の再審と性質を同じくし、もはや通常念頭に置かれている「第三者再審」とは異質の制度なのだという形で、上記の命題に回答していることになる。この応答が成功しているのかについては、比較法的分析を含めなお検討を要する。

ては、その内容を法律関係の変動力のみと理解し、それ自体に形成の結果を不可争とする効力を持たせない理解（本稿にいう「援用可能説」）さえ存在するのであるから、一般に既判力ほど高度の法的安定性は認められないと考えられる。したがって、おのずと再審要件は異なってもよい、との説明が可能になるのである。

以上を要するに、「B：『対世効』の下での第三者再審」は、「A：民訴法上の再審」と異なり「形成力の否定」のみを可能とする制度であって、再審要件がゆるいこともそれに起因する、と説明することが可能である<sup>49)</sup>。

行訴法34条の第三者再審は、この「B：『対世効』の下での第三者再審」なのであるから、以上述べたことが現行法の説明としてあてはまることとなる。

## 5 小括・第三者効の具体的内容と第三者再審の性質

以上論じたところを踏まえて、行訴法の対世効の具体的内容と第三者再審の性質についてまとめておこう。

①形成力に関して「不可争説」をとると、「係争行為の存否」の不可争性と「係争行為の違法性」の不可争性が、それぞれ形成力と既判力という異なる主観的範囲を持つ効力にゆだねられることになる。

②そこに「対世効」の規律を導入すると、第三者にとって「係争行為の存否」は不可争であるが、「係争行為の違法性」は不可争でない、という帰結が導かれる。以上が、行訴

法32条が採用した第三者効の具体的内容である。

③「対世効」を採用する行訴法の下での第三者再審は、行訴法34条の第三者再審は「形成力の否定」のみを可能とする制度であって、民訴法上の再審よりも再審要件がゆるいことはそれに起因する。

以上のように、第三者効と第三者再審との関係という視点から分析を進めた結果、第三者効の具体的内容と、第三者再審の性質論について、従来よりも一歩進んだ具体的内容を明らかにすることができた。

以下では、派生して問題となる点を指摘し、今後の議論の素材をさらに提供することとしたい。

## IV. 残された問題点

### 1 残された疑問①——「対世効」「絶対効」概念導入の必要性

取消訴訟の判決効の分析において「対世効」「絶対効」を区別することについては、このような規律を導入することに具体的な意味があるのか、という点が問題となる。すなわち、「対世効」の概念を現行法に当てはめて導き出された、「係争行為の存否」は不可争であるが、「係争行為の違法性」は不可争でないという帰結は、現行法の解釈論上何の役に立つのかという問題である。

その帰結が意味を持ちうるのは、先に述べたように、後訴が損害賠償請求である場合である。しかし、より一般的に考えると、この

49) このような、行訴法上の第三者再審は「形成力」の否定のみを可能とするものであり、民訴法上の再審は「形成力」に加えて「既判力」の否定をも可能とするものである、という整理は、近時の民訴法学の議論とも整合する。従来、民訴法上の再審は「前訴確定判決を取り消すもの」とのやや漠然とした理解が通説的であったが、近時では、再審は前訴確定判決の「既判力の拘束力を排したうえで、前訴確定判決と異なる判決を下」すものだと理解が現れている（加波眞一『再審原理の研究』210頁以下（信山社、1997））のである。

そうだとすると、新山・前掲注3)4頁注4及び510頁で示されているような、第三者再審はあくまで民事訴訟法の再審の枠内にあり、容易には認められない非常手段だという解釈は、唯一のものではないといえよう。第三者再審はそもそも民事訴訟法上の再審とは性質を異にするもので、非常手段性をむやみに強調する必要はないとの解釈も、論理的には可能である。しかし、そのような解釈を取って第三者再審による事後の解決に重点を置くのか、新山が主張するように（新山・前掲注3)499頁以下）、事前の参加手続を整備してゆくのかという選択は、立法論的な当否をなお検討する必要がある。

帰結は係争行為の「存否」と「違法性」のレベルを区別するものであるから、「違法であるが維持される処分」または「適法であるが取消される処分」が発生する場合——すなわち、処分の「存否」のレベルと「違法性」のレベルとにずれが生じる場合——には、この帰結が一般的な意義を持ちうる。

では、このような、「違法であるが維持される処分」または「適法であるが取消される処分」は、いかに観念される概念であるのか、そして、それは現実に出現しうるものであろうか。従来意識されてこなかった問題であるが、試論的に検討してみたい。

#### 立法による違法行為の維持——違法で

##### (1) あるが（立法府によって）維持される処分

まず、伊藤が扱ったフランス行政法においては、「立法による違法行為の維持」という特有の制度が存在する<sup>50)</sup>。すなわち、「違法であるが（立法府によって）維持される処分」が観念できるのである。

これは、裁判所が違法だと判断して取り消した行政処分について、法律または条例によってその行政処分を「復活」させるという措置が取られる場合といえようが、それは司法府に対する立法府の侵害と見る余地があり、三権分立の観点に立ち戻ってその当否を検討する必要が生じよう。

#### 行政庁による再度の処分——違法であ

##### (2) るが（行政庁によって）維持される処分

「違法であるが維持される処分」が出現するもうひとつの可能性は、取消判決を下した裁判所の判断と行政庁の判断が食い違う場面である。

A に対する事業許可処分を取消す判決を X が得たとしよう。この場合、不服のある A が事業許可の復活を求めてとりうる選択肢は、(a) 再度の事業許可申請を行う、または (b) 第三者再審で X の得た取消判決の形成力を否定すべく争う、という二つである。(b) には訴訟提起のコストが伴うため、A に

とっては (a) の方が負担が小さい。そのような理由から A が (a) を選び、事情の変更がないにもかかわらず、結果的に A が再度許可処分を受けたとしよう。この場合、A に対する事業許可処分は、裁判所の判断では違法であるにもかかわらず、行政庁によって結果的に維持されていることになる。ここに「違法であるが（行政庁によって）維持される処分」が観念されるのである。

このような状況が生じた場合、「対世効」の規律の下では、第三者には形成力は及ぶが既判力は及んでいないため、X 以外の第三者 (B とする) が A の再度の許可処分の取消訴訟を起こした場合に、そこでは当該許可処分が「適法」とであると判断されることがありうる。そうすると、当該処分は X との関係では違法であるが、B との関係では適法であるという状況が出現することになる。こうした状況の出現可能性は極めて小さいかもしれないが、少なくともそうした可能性があることを認識するために、「対世効」と「絶対効」の区別が役立つのではないか。

しかし、このような「違法であるが維持される処分」は、現行法の通説的解釈からは、出現し得ない。

まず、形成力について「不可争説」をとる通説からは、行政庁が再度の許可処分を行うことは、そもそも前訴の形成力によって禁止されると見るべきだろう。前訴当事者たる行政庁には当然前訴判決の形成力が及び、かつその形成力は「係争行為がもはや存在しないこと」について、再審ないし第三者再審という特別の手續なしには争えなくする効力を含むのであるから、行政庁が前訴の係争行為たる「X に対する事業許可処分」を「復活」させるに等しい再度の許可処分を行うことは、許されないのではないか。

また、むしろこちらが通常の説明であるが、A に再度の許可処分を与える行政庁は、前訴の拘束力（行訴法 33 条 1 項）によって課された行為義務に違反している。A が受けていた当初の事業許可処分と、A が再度申請

50) 伊藤・前掲注 32)300 頁以下。

した許可処分とは、同じ事業許可処分なのであるから、Xの得た取消判決の反復禁止効によって、行政庁は再度の許可処分を出すことを禁止されるのである。

以上から、違法であるが（行政庁によって）維持される処分は、観念上はありうるとしても、現実に出現することはないように思われる。

#### 客観的法状態と裁判所の判断の齟齬

### (3) ——裁判所によって維持または取消される処分

もうひとつの可能性としては、客観的には処分に取消事由が存在するにもかかわらず原告の訴訟追行が不十分であるゆえに棄却判決が出る場合、または客観的には処分に取消事由が存在しないにもかかわらず被告の訴訟追行が不十分であるゆえに取消判決が出る場合をもって、「違法であるが（裁判所によって）維持される処分」または「適法であるが（裁判所によって）取消される処分」があると見る可能性である。すなわち、ここでいう「処分の違法性」とは判決に示された裁判所の判断を指すのではなく、訴訟追行過程で明らかになった事実を離れた客観的真相によって基礎付けられるそれだということになる。

このような解釈は、無論、通説的な訴訟法解釈と乖離している。すなわち、客観的な真相を明らかにすることを現行の訴訟制度は至上命題とはしておらず、当事者に訴訟資料選択の自由を認めているのであるから、処分が「客観的に」違法または適法であるという観念自体がありえないものと言わざるを得ない。ただし、後訴または第三者再審において前訴の内容が誤っていることが判明したことをもって、「適法であるが（裁判所によって）

取消される処分」があったと判定するのだとすれば、この解釈を幸うじて活かすことができるかもしれない<sup>51)</sup>。

### (4) 根本的な問題点——処分の同一性とは

以上の検討に際しては、処分の同一性とは何か、そもそも行政処分をいかに定義すべきか、という点が問題となってくる。すなわち、当初の処分と、何らかの形で維持された処分を、「同一の処分」と見ているからこそ、その処分が取消判決を経てもなお「維持されている」と評価できるのであって、そもそも両者が同一の処分でないのであれば、別個の新しい処分がされただけであり、当初の処分が違法であることと新しい処分が存在すること——すなわち、全体として処分の「存否」のレベルと「違法性」のレベルとがずれて見えること——は当然なのである<sup>52)</sup>。

この点を分析するのに有益なのは、「措置としての行政行為」と「規律としての行政行為」の概念の区別である<sup>53)</sup>。本稿で述べた、「違法であるが維持される処分」とは、「規律としての行政行為」というやや広い処分概念をとらないと想定できないもののだといえよう。取消判決の後に、取消されたのと同内容の規律を有する行政処分が何らかの形で出現した場合、それは「規律」としては同一処分であっても、時点を異にするために「措置」としては別個の処分だからである。この意味で、本稿が用いた「対世効」「絶対効」の区別を導入するアプローチは、その前提として、「処分の同一性」の概念、ひいては行政処分の定義如何という問題に遡った検討を必要とする。

51) なお、事情判決（行訴法31条1項）をこの類型に位置付けることもできるかもしれない。事情判決とは、処分が「違法」であるにもかかわらず、公共の福祉に反する結果を避けるためにあえて処分を「維持」という裁判所の行為であると見ることができるところである。

「対世効」の規律の下では、事情判決により維持された処分が第三者により改めて争われた場合に、今度は当該処分が「適法」と判断されることもありうることになる。しかし、結論的に請求が棄却されることに変更はないので、こうした分析に大した意味はないだろう。

52) 具体的には、(2)の例において、新たな事業許可処分がなされる前に事情の変更があった場合や、新たな事業許可処分がかつてのそれと期間を異にする場合などが考えられよう。

53) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌130巻4・5号42頁、58頁（2004）。

## 2 残された疑問②——第三者再審で主張できる事由

第三者再審については、本稿はその性質論について一つの視点を提供したに過ぎず、その具体的規律については論ずることができなかった。最後に、第三者効との関係という分析視座からは離れるが、第三者再審の具体的規律に関わる問題点を一つ指摘しておきたい。それは、民訴法上の再審と行訴法上の第三者再審とは、主張事由に関する解釈を異にするという点である。

第三者再審において再審原告が主張できる「攻撃または防御の方法」は、①「確定した判決の口頭弁論終結時までに訴訟参加によって提出しうべきものにかぎり、その判決後の事由によるものを含まない」とされている。その理由は、「その攻撃防御の方法が従前の訴訟において提出されていたならば、第三者の利益に判決の結果が変更されていたろうと考えられる場合にのみ、再審を認める趣旨であるからである」と説明される<sup>54)</sup>。

一方、民事訴訟法上の再審においては、①'再審事由が認められた後の本案審理において、前訴の「口頭弁論終結後の事由」も主張することが可能と解されている<sup>55)</sup>。

①と①'を比較すると、行訴法上の第三者再審は、民訴法上の再審と比べて、再審原告の主張できる事項を限定していることになる。この限定が意味するものはなんであろうか。

口頭弁論終結後の事由には既判力は及ば

ず、第三者再審においてそれを主張することは、前訴の判決効によってはなんら妨げられない。にもかかわらず、第三者再審において①の規律が設けられているのは、前訴の口頭弁論終結後の事由は、第三者再審ではなく、改めて行われる処分及びその新しい処分の取消訴訟で考慮するのだ、という趣旨だと考えることができる。だとすると、①'の規律は、行訴法がそのように後の新たな処分を考慮をゆだねた事由を、再審手続でまとめて主張させようという規律だと考えることができる。

このように規律が異なる理由は、行政庁と裁判所の権限分配という行政法特有の事情があるからだ——すなわち、行政法においては一般に「行政庁の第一次的判断権」の存在があるとされる関係で、前訴の口頭弁論終結後の事情についてまず行政庁に新たな処分の過程で審理させるのが適当なのだ——と一応いえるかもしれない。しかし、多義的な用語である「行政庁の第一次的判断権」についてはその内実を明らかにする必要があり、より詳細な検討に基づく正当化が必要であろう。

そのほか、第三者再審では②「従前の訴訟ですでに判断されているものや、従前の訴訟で提出したとしても判決の結果が変わらないもの」は主張できないとされている<sup>56)</sup>のに対し、②'民訴法上の再審では、主張事由にそのような制限はなく、むしろ訴えの変更ないし反訴という新たな訴訟物設定までもが可能である<sup>57)</sup>という違いも存在する。このような規律を民訴法との関連でどう正当化できるのかについては、今後に残された問題であ

54) 杉本・前掲注1)539頁。この理解は現在まで異論なく引き継がれている(南編・前掲注4)318頁,322頁〔上原洋允〕,室井編・前掲注22)331頁,333頁〔磯野弥生〕,園部編・前掲注4)433頁,437頁〔太田幸夫〕)。

55) その旨を特に明示しているのは、新堂・前掲注36)900頁,高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)』540頁(有斐閣,2004),斉藤秀夫他編『注解民事訴訟法(10)(第2版)』344頁〔斉藤秀夫・加藤新太郎〕(第一法規,1996)(ただし旧法下の文献)。明示的ではないがそう読み取れるものとしては、上田徹一郎『民事訴訟法(第6版)』616頁(法学書院,2009),伊藤眞『民事訴訟法(第3版3訂版)』695頁(有斐閣,2008)がある。

56) 前掲注2)東京地判平成10年7月16日判時1654号41頁が判示するところであり,新山一雄「判批」自治研究76巻1号121頁は「判決に影響を及ぼすべき」という行訴法34条の文理に大きなウエートを置いた解釈の結果だと評している。この規律に表立って反論する者はいない。

57) 旧法下の文献であるが,兼子一他編『条解民事訴訟法』1279頁(弘文堂,1986)や,石川明=高橋宏志編『注釈民事訴訟法(9)』100頁〔坂口裕英〕(有斐閣,1996)がその旨を述べる。平成9年施行の新法によってこの理解が変更された旨を述べる文献は見当たらない。

る。

## V. 結論

本稿では、第三者効と第三者再審との相互関係という視点から、双方の具体的内容をできるかぎり明らかにしようと努めた。その結果、第三者効とは「形成力の主観的範囲」に関するものであり、この規定によって第三者に対する「形成力の拡張」が肯定されるが、「既判力の拡張」までは肯定されないという従来の説明（Ⅱ）に加え、行訴法は第三者効として形成力の「不可争説」を前提としている点（Ⅲ 1 ないし 3）、第三者再審は「形成力の否定」のみを可能とする制度であって、民訴法上の再審よりも再審要件がゆるいことはそれに起因するという点（Ⅲ 4）を明らかにすることができた。そして、付随する問題点として、本稿が分析の道具として用いた「対世効」と「絶対効」の区別の必要性の問題（Ⅳ 1）、第三者再審において主張できる事由の問題（Ⅳ 2）を、今後の議論の発展のために指摘した。

本稿は具体的な解釈論を提案するものではないが、今後の判決効ないし第三者再審の制度の分析、活用のための検討素材として活かされるべき論点が明らかになったとすれば、本稿の目的は達成できたといえる。今後の議論の展開に注目していきたい<sup>58)</sup>。

※ 本稿は、2009年度にリサーチペーパーとして提出した拙稿「取消判決の効力——取消訴訟による計画紛争解決の方向性」のうち、判決効の主観的範囲に関する部分を取り出し、修正を加えたものである。リサーチペーパーの指導を担当していただき、奔放な議

論をする私を的確に導いてくださった山本隆司教授、口頭試問の労を執ってくださった斎藤誠教授、及び互いの論稿を読み合いながら切磋琢磨した同期の太田健介氏に、この場をお借りして感謝の意を表する。

（たつみ・ともひこ）

58) 本稿の議論は、取消判決を「形成判決」と見て、判決の「形成力」を観念する通説的見解（塩野・前掲注 25）82頁）を前提としている。しかし、取消訴訟の性質論に関しては、かねてからこれを確認訴訟と見る有力説が存在しており（市原・前掲注 17）など）、近時は取消訴訟の性質論の立法論的な再検討も行われているところである（興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』（弘文堂、2010）は、「取消訴訟を《違法判断+是正措置（救済）》の二重構造によって捉えること」を説く）。取消訴訟の性質論において本稿に意義があるとすれば、それは、取消訴訟を形成訴訟と捉え、判決の形成力を観念することで、判決効の規律について明らかに行政法学よりも深化している民事訴訟法学の成果を取り入れることができることを示しようという点にあるように思われる。このような検討手法の当否それ自体についても、活発な議論が期待されるところである。

# 中立的行為による幫助における現代的課題

2006年4月入学

西貝吉晃

## I. はじめに

## II. 従来の学説

### 1 2段階アプローチ

#### (1) 主観説

#### (2) 客観説

- ・相当性説
  - (ア) 社会的相当性説
  - (イ) 職業的相当性説
- ・利益衡量説
- ・ヤコブス説
- ・松生説
- ・豊田説
- ・義務違反説
- ・シューマン説、曲田説
- ・正犯者にとっての一義的犯罪意味（犯罪的意味連関）（主にロクシン説）

#### (3) 小括

### 2 幫助犯一般の成立要件の問題として考えるアプローチ

- (1) 危険増加に着目する説
- (2) 仮定的代替原因考慮説（島田説）
- (3) 照沼説
- (4) 山中説

### 3 従来の学説についてのまとめ

## III. 私見

### 1 総説

### 2 IIで紹介した他の学説との関係

### 3 客観的構成要件要素としての促進

- (1) 物理的促進・総説
  - ・法益の弱体化可能性
    - (ア) 物の提供
    - (イ) 方法の提供（技術的助言を含む）
    - (ウ) 機会の提供
    - (エ) 既遂到達の早期化と法益保護の問題

(オ) 若干の事例についての検討

(カ) 小括

### (2) 心理的促進

- ・総説
- ・心理的促進の要件の具体化
- ・正犯にとっての幫助者の特定は要件か
- ・物理的促進との関係
- ・心理的促進の認定について一試論として一

### (3) まとめ

## 3 幫助の故意

### (1) はじめに

### (2) 具体的事実の認識

### (3) 促進を基礎づける事実の認識

### (4) 今までの諸事例について故意として何が要求されるか

### (5) 幫助犯の故意についてのまとめ

## IV. 幫助犯における現代的課題

### 1 はじめに

### 2 FLMASK 開発者事件の検討

### 3 Winny 開発者事件等の検討

#### (1) 京都地裁判決の検討

#### (2) 大阪高裁判決の検討

#### (3) 技術の周辺に位置する者についての検討

①第三者によるソフトウェアのアップロード行為

②雑誌やHP等での当該ソフトの情報提供行為

### 4 インターネット上の掲示板の管理者の刑事責任についての検討

### 5 現代的課題についてのまとめ

## V. 終わりに

謝辞

## I. はじめに

本稿は、近年様々な学説が登場している幫助犯の成立要件の限定の試みについて、一考を加えんとするものである。特に、外形的には刑法的観点からみて中立的とみられる行為が幫助犯を構成する場合があるのか、という問題提起に基づく、中立的行為による幫助の成立要件という観点自体の妥当性と、幫助犯の成立要件について一般的に考察したい。

幫助犯の成立要件自体については、検察官に起訴裁量があることもあり、裁判所において大きく争われることは多くはなかったという。しかし、情報氾濫時代の到来により、情報通信や物流がきわめて簡易化、高速化したことで正犯による法益侵害が質・量ともに拡大する傾向にあることを考慮すると、そのような便利な手段を提供した者こそ法益侵害の原因を提供したということになり、そのような者が幫助犯として起訴される者が増える可能性がある。そのようなときに、実体法からのアプローチとして幫助犯の成立要件を具体化しておくことが恣意的処罰の禁止<sup>1)</sup>、国民の行動の自由の確保の要請からも必要である。

このような問題意識にたって本稿は構成されるものである。本稿の構成を先に述べると、IIにおいて従来の学説<sup>2)</sup>について紹介・検討し、IIIにおいて、私見を述べ、IVにおいて、若干の現代的問題をはらむ具体例についてIIIで述べた私見を適用して考察を行っている。

先に述べるが、私見は、幫助犯の一般的な成立要件についての分析を精緻化することで、多くの事例を適切に解決できるのではないかと、という立場からの立論である。したがって、幫助犯の成立要件を限定していこう

とするのではなく、そもそも成立要件はこう確定されるべきであった、という議論となる。そして、扱う事例群としては、対向的取引(正犯共犯間での利害対立があり得る場合)を除いた事例を中心に扱っていきたい。上述した背景を踏まえ、物や役務を提供する業者、技術者等が、どのような要件の下で、幫助犯として処罰されるかという観点を重視した考察を行っていきたいと考える。

## II. 従来の学説

まず、私見についても、従来の学説においても争いのない幫助犯の構成要件は、幫助者による幫助意思に基づく幫助行為の存在、および、それが正犯の実行行為、結果惹起を容易にしたこと(これを「促進」の要件と呼ぶ。)が必要である。

ただ、容易にしたといっても、その評価には争いがある。例えば、脱税することを知りながら脱税の原因となる取引を行う行為や、環境刑法違反の工場に対して煤煙の材料を提供する行為等を全て可罰的とすることには結論として妥当でないとの批判がなされてきた。仮にこれらの行為が「促進」の要件を満たすと解し、かつ、結論が適当でないとするのであれば、解決としては、何らかの形で幫助犯の成立要件を限定する試みが必要である。

一般に中立的行為による幫助の例として掲げられるのは、金物屋による、購入客が殺人や窃盗を犯すことを知りながらナイフやドライバーを売る行為が、殺人幫助や窃盗幫助になるか否かという観点から論ぜられる。

この問題の解決にあたっては、2通りのアプローチが考えられる。1つ目のアプローチは、ある行為を刑法的観点から見て特別な行為だとして類型化し、当該行為による幫助の

1) 事実上、我が国においては、中立的行為による幫助が立件されることは少ないともいえるが、立件時には各々の事件が重大な社会問題になっていることを考えると、実体法上の要件論は重要な課題である。

2) 従来の我が国の論文については、それぞれの学説の紹介の項で引用することにする。ドイツの学説については、必要な限りで、我が国の先行研究を引用する形で紹介したい。

なお、永井善之「アメリカ刑法における「中立的行為による幫助」」金沢法学 50 卷 1 号 1 頁 (2007) もあるが、本稿では、アメリカ刑法については論じない。

ための専用の規範を、幫助犯の特別行為類型として規定し、それに沿って判断を下すアプローチである(2段階アプローチ)。もう1つのアプローチは、そのような特別行為類型なる概念を無意味であるとし、仮に特別に処罰が限定されるべき行為、すなわち、幫助犯不成立の帰結をもたらす行為が存在するのならば、それは幫助犯一般の成立要件を満たさないだけであるとして、幫助犯一般の成立要件を精緻化しようというアプローチである。

以下において、この分類に沿って学説を紹介していくことにしたい。基本的には、我が国の学説を紹介することを目指す、必要に応じて必要な限りでドイツの学説についても紹介したい。我が国の学説がこれらの学説の影響を受けているからである。

また、今日では、因果関係判断において客観的帰属論を採用する論者は数多くおり、彼または彼女の客観的帰属論の内容が異なる場合もある。重要なことは、論者が客観的帰属論を採用しているか否か、というよりはむしろ、いかなる要素をいかに考慮すべきだとしているのか、という問題であるから、実質面の紹介を重点的にやりたいと考える。

## 1 2段階アプローチ

2段階アプローチは、幫助犯の成立限定根拠として幫助者の主観的要素を重視する主観説と、幫助者の客観的要素を重視する客観説とに分かれる。

### (1) 主観説

主観説としては、関与行為が日常的取引行為や中立的行為である場合には、①不確定的故意では足りず、意欲ないし確定的故意が必要であるとするものと、②犯罪促進の意図が主観的要件として必要になるもの、に分ける

ことができるとされる<sup>3)</sup>。

この表れとして、独帝国裁判所<sup>4)</sup>は、弁護士による誤った助言によって正犯が犯罪を行い、これについて弁護士において認識があったとしても、義務に基づく助言を与える場合以上に正犯の(関与者の助言を受けてする)行為に影響を与えることを目指すものでない限り、幫助犯は成立しないという。また、独帝国裁判所<sup>5)</sup>は、売春宿にワインを提供する行為は売春業を促進する売春仲介業と密接な関係を有しており、促進的意思もあったとして幫助犯を成立させるとともに、傍論において、売春宿に対するパン屋によるパンの提供や肉屋による肉の提供は、促進する効果を持たないだけでなく、売春仲介行為を促進する意図もないのが通常であって、原則的に幫助が成立しないとした。独帝国裁判所の理論は、中立的行為ならば、原則として幫助の意思が存在しないという反証可能な推定をしているともされる<sup>6)</sup>。

売春宿にパンを提供するパン屋の認識として、促進という目的がある場合に幫助が成立する趣旨というのであれば、客観的促進ではなく、主観的意図(意欲や確定的故意)のみで処罰することになってしまうため、妥当ではない。日本法に照らして考えるに、仮に主観的要件のみで処罰する趣旨でないとしても、パン提供時のパン屋の認識についても、①確定的故意がないから不可罰とするのか、②促進する意図がないから不可罰とするのかについても、①について法律は処罰要件としての故意に段階を設けていないし(刑法第38条第1項)、②についてはそのような主観的要件が必要な理由が不明確なことから、疑問が提起されている<sup>7)</sup>。

もともと、②のいう促進的意思という概念を、目的や動機という観点ではなく、事実認識という観点からとらえなおせば、幫助犯の

3) 山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」関西大学法学論集 56 卷 1 号 34 頁, 70 頁(2006)。

4) 曲田統「日常的行為と従犯—ドイツにおける議論を素材にして—(一)」法学新報 111 卷 3・4 号 141 頁, 146 頁(2004)。RGSt 37, 321.

5) 曲田・前掲注 4)147 頁。RGSt 39, 44.

6) 山中・前掲注 3)71 頁。

7) 山中・前掲注 3)72 頁。

客観的要素に促進があるのであるから、これについての認識こそ促進的意思ということになり、それ自体は正当だといえる<sup>8)</sup>。そうになると、客観的要件である促進性の判断こそが重要であって、故意の認識対象はこれに準じて確定されると考えるべきことになる。

次項からは、このような客観的要件の評価を重視する説について紹介したい。

## (2) 客観説

客観説は、客観的構成要件の判断において処罰範囲の限定を図るものであり、当該行為が中立的行為か否かという客観的判断とは親和性が高い。ゆえに多くの学説がある。

### ・相当性説

#### (ア) 社会的相当性説

社会的相当性説(ヴェルツェル)<sup>9)</sup>は、通常の中立的行為は、日常の生活的秩序に属するから社会的に相当であって、構成要件該当性ないし違法性が阻却されるというものであるが、基準が曖昧に過ぎ、恣意的な処罰を防ぐためにも十分な具体化を経る必要がある。

#### (イ) 職業的相当性説

社会的相当性説の中にも、職業的規範を重視して、幫助犯成立を限定する見解がある(ハッセマー説)<sup>10)</sup>。職業的に見て当該関与行為を行うことが、業法や業界の規範によって定められている場合には、それを理由に刑法的見地からも幫助犯の成立が限定されるはずだという。

職業的相当性説は、ナイフを売る者の職業により処罰可能性を分けるが、これに対して

は、「売り手が金物屋であれば不可罰とし主婦であれば可罰とするのは、いかにも不均衡である」という適確な批判<sup>11)</sup>がなされている。

職業的相当性説による、職業人の行動の自由を確保すべきだという立論自体に対しては、刑事政策的にみて不相当な職業的規範自体が変わるべきなのだ、という反論もあり得るのであり、さらには、職業的相当性を有する行為の構成要件該当性を阻却するとしても、職業的規範の確定自体に困難が伴い、基準としての意義自体に疑問がある。職業的規範といえども、公序良俗に反するものは許されないだろうし、職業的規範と刑法の目的とする法益侵害防止との間の優先劣後関係の判断は困難だから<sup>12)</sup>である。

職業的相当性説の中にも、より規範違反行為の基準をはっきりさせようとして、職業的規範が、ある構成要件の結果発生防止を目的としていれば、当該規範の違反は危険創出となり、幫助犯性を認めてもよいとする説(ヴォルフ・レスケ説<sup>13)</sup>)もある<sup>14)</sup>。例えば、銃刀法は人の死亡等からの保護を目的としているとして、銃刀法違反行為は殺人の幫助になるなどとする。行政法規の中にも特定個人の法益保護を行政法規の目的として考慮するものもあるだろうが、拳銃の所持や発射等の行為そのものを規制する規定は刑法的にみれば抽象的危険の処罰にすぎず、幫助犯が問題にしている侵害犯の法益侵害とは性質が異なる。例えば、銃砲の発射行為についてみ

8) 島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件——いわゆる「中立的行為による幫助」に関する近時の議論を手がかりとして——」立憲法学 57 巻 44 頁, 107 頁 (2001)、曲田・前掲注 4)149 頁。

9) 山中・前掲注 3)72 頁注 26)。

10) 山中・前掲注 3)73 頁注 68)。

11) 島田・前掲注 8)63 頁。

12) 職業的相当性説を憲法規範から考えると、憲法第 22 条の職業の自由により、取引行為の自由が保障されるべきことになるが、それも公共の福祉の制限を受けることは同条の予定しているところである。

13) 島田・前掲注 8)67 頁注 95)等。

14) もっとも、ヴォルフ・レスケ説は、行政取締法規が存在しない限り危険創出が肯定されないという意味で不可罰の範囲を確定しようという趣旨である(島田・前掲注 8)68 頁)。そして、行政取締法規が断片的にしか存在しない場合に、処罰範囲が不当に狭くなるという問題の解決として、行政取締法規が存在しなくても、社会が当該職業に期待する役割の範囲を解釈すべきだとして、(不文のバスケット条項的な)判断基準を補充する(結局この補充により一般的な職業的相当性説に回帰しているともいえる)が、その点を不明確だと批判される(島田・前掲注 8)69 頁)。行政取締法規の立法の前後で結論が変わることは、刑法典も当該行政取締法規も考えていないように思われる。

ると、銃口を被害者に向けている状況が殺人罪の未遂になりうるのであって、威嚇のために地面に向けて発射しても、人の死亡の危険はないゆえに殺人未遂罪は成立しないが、無断発射罪（銃砲刀剣類所持等取締法第31条第1項、第3条の13）は成立するのであり、殺人罪との当然の関連性を認めるべきではない。

行政刑罰として刑法上の罰則の犯罪結果を惹起する行為そのものを規制する行政刑罰があっても、当該規定に違反したこと（言い換えれば、当該行政法規が念頭におく規範に違反したこと）により、危険の創出が擬制されることに疑問がある。つまり、問題となる行為が同一の行為であっても、判断対象たる構成要件が異なる場合には、違法は相対的に考えることを原則にすべきであり<sup>15)</sup>、行政法規違反であることを理由付けに用いて幫助犯の具体的事実関係における因果経過を軽視すべきではないと考える。

#### ・利益衡量説

一般的行為自由と法益保護の衡量により、中立的行為による幫助の処罰範囲の限定を行おうとするものがあるが、その判断基準があいまいであるので具体化が必要である。

この見地から基準の具体化を行うものとして、「比例性の原則」による制限的解釈を唱える見解も存在する（レーヴェ・クラール説）<sup>16)</sup>。しかし、行為自由と法益の価値を比較すること自体が性質の異なる価値を比較する点で困難であり、かつ、恣意的な運用を可能にするものであるとの批判が可能である。行為自由から出発してしまうと、恣意的な基準になる恐れが強いと思われる。

また、犯罪行為の重大性（反価値性）と行為制約の強度とを相関関係的にとらえようとするものもある（ローランド・ヘーフェン

ダール説）<sup>17)</sup>。これによれば、関与行為だけみると無害であっても、これを犯罪に利用している正犯がいるのであるから、正犯との共謀、特別な注意義務違反、侵害されうる法益が特別な法益ゆえに定立される（あらゆる行為自由を奪う）規範に違反した場合にのみ、幫助犯は処罰されるとする。最後のあらゆる行為自由を奪う場合は、（ドイツ刑法において）犯罪の不通告や救助の不履行等の一定の特に重い犯罪行為の場合の通告義務が規定されていることを根拠とする。

しかし、ヴォルフ・レスケにより、この基準をもつても、判断基準が不明確であり、一般的な利益衡量では具体的事案の解決には使えず、恣意的な処罰が可能であると批判されている<sup>18)</sup>。また、一般的な行動の自由が背後者にのみ強調されていることの論証が必要であり、これができない以上、背後者と正犯とを別異に取り扱うべきではないという指摘もある<sup>19)</sup>。

#### ・ヤコブス説<sup>20)</sup>

ヤコブス説は、人々が他の人の行為を予測してふるまわないといけなければ、他者の行動の予測の無限連鎖を万人に要求することになり、委縮効果が強すぎるから、一定の準則を要求するべきである、という見地から、結果的に、「日常的な慣習的行為」を不可罰であるとするものである。

毒入りパンに使えるパンを売る行為も、侵入窃盗を計画する者にドライバーを売る行為も、誰しものが、そのような行為がなかったら当該犯罪はなかったであろうと予期しえないから不可罰とする。ただし、毒を特に入れやすいパンを売った場合には、処罰可能だとする。

この考え方は、定型的な不処罰という結論を導くところを批判される。つまり、切迫し

15) 反対説はあるが、刑法内部でも構成要件が異なる場合には相対性を認めてよいと考える。山口厚『刑法総論（第2版）』174-177頁（有斐閣、2007）。

16) 山中・前掲注3)74頁注79)。

17) 松生光正「中立的行為による幫助（一）」姫路法学第27・28合併号203頁、225頁（1999）。

18) 松生・前掲注17)226頁。

19) 島田・前掲注8)71頁。

20) 山中・前掲注3)81頁注108)等。

ている犯罪行為を知りつつ促進した場合には、仮に、ドライバーを売ることによって提供者にとって契約に基づく給付を受けられたとしても、不処罰にするところが問題だとされる。そもそも、ヤコブスは、日常の慣例的交換取引において、物が提供される場合は、関与者が関与者の都合で設定した目的の実現が関与者自分自身の問題にとどまっているような事例として不可罰とするが、問題は、「自分自身の問題にとどまっている」という評価の是非であり、その点が結論の言い換えにはならないといえる。

ヤコブス説は、後掲注 21)の松生説や、後掲注 24)の豊田説に影響を与えているのでここで紹介した。

・松生説<sup>21)</sup>

松生説は客観的帰属の考え方を採用し、行為の表現的意味に着目する必要があるとしたうえで、具体的な行為状況の中で正犯行為を促進する意味を有するか否かの判断を行うべきだとする。抽象的な評価として、例えばタクシーの運転行為は幫助にならないとしてしまうと、正犯は常にそのような援助手段を手に入れられることになり不都合であるともいう。

そして、ルーティン化された行為については、そうした行為をすること自体に規範的行為予期（社会的期待のようなもの）が存するとし、援助が与えられる者とは遮断された世界が存在することを前提として、その行為予期の存する行為の場合には、行為が行われた具体的な状況の中で通常業務行為を逸脱しているとみられない限り、幫助犯は存在しない、という<sup>22)</sup>。

この見解は、後述する仮定的代替原因考慮

説の基調とする、法益侵害の発生を防げなかった場合における処罰は無意味であるという前提自体を法益侵害説的であるとして批判し、このような考え方を採らずに、当該関与行為者のおかれた状況と当該関与行為の性質をとらえて、幫助犯を不成立とする場合を見出している。

しかし、たとえてみれば、外界に影響を与える物を提供することが、外界と遮断された行為であるとなぜ評価できる（場合がある）のか、外界に影響を与える物を提供する者が、なぜ、外界と遮断された行為をしていけば一律に処罰されない帰結をもたらすのか<sup>23)</sup>、処罰されるとすれば、松生教授の言葉を借りれば通常業務行為の逸脱となるが、それがどんな場合なのか曖昧である、と思われる。

また、ルーティン化した当該業務に慣れているからこそ、法益侵害に加担してはいけないというプロ意識が要求されるような場合もあり得るように思われる。

ただし、具体的な行為状況を考えるという視点には、法益侵害を促進したか否かという観点も加えれば、その指摘は正当なように思われる。銃刀法違反と殺人幫助との関係を抽象的に考えるような、具体的な状況から離れた判断が正当ではないことは、すでに指摘した通りである。

・豊田説<sup>24)</sup>

豊田准教授は、混合惹起説の立場から、共犯の一般的成立要件として、客観的帰属論の「許されない危険の創出」を掲げられる。正犯の「許されない」危険を、共犯が「許された」危険の範囲内の行為で惹起（促進）することがある、ということ前提に<sup>25)</sup>、共犯

21) 松生・前掲注 17), 松生光正「中立的行為による幫助(二)」姫路法学第 31・32 合併号 237 頁(2001) 参照。

22) 松生・前掲注 21)294 頁。

23) 松生・前掲注 21)295 頁注 3)参照。松生教授によれば、行為予期は社会学的概念であり、法解釈に用いることには批判もあり得るとはされている。しかし、重要な考慮要素になりうるとは思われる。

24) 豊田兼彦「中立的行為による幫助と共犯の処罰根拠——共犯論と客観的帰属論の交錯領域に関する一考察——」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』551 頁(成文堂, 2006), 豊田兼彦「狭義の共犯の成立要件について——『中立的行為による幫助』および『必要的共犯』の問題を素材として——」立命館法学 310 号 251 (2007), 豊田兼彦「共犯の処罰根拠と客観的帰属——「中立的行為による幫助」と「必要的共犯」を素材として——」刑法雑誌 47 巻 3 号 27 頁(2008), 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』150-184 頁(成文社, 2009) 参照。

25) 豊田・前掲書注 24)172-173 頁。また、林幹人『刑法総論(第 2 版)』380 頁(東京大学出版会, 2008) は、

の創出する「許されない」危険判断において、少なくとも、「自己の行為を、正犯の犯罪計画ないし正犯行為に具体的に適合するように、特別に形成したこと（特別な適合）<sup>26)</sup>」を要件とする。そして、特別な適合は行為の文脈や行為の際の具体的状況を考慮に入れて規範的に判断せざるを得ない場合があるとす

る。豊田説によると、例えば、タクシーの運転手が強盗犯人をのせて犯行現場まで運転する行為は、それだけでは強盗の幫助に当たらないが、強盗犯人からの予約を密かに受け付けていた場合には強盗の幫助が成立する余地があるとす。特別な適合の要件があいまいなので、このような帰結に至る道筋がはっきりしていないが、「予約」を重視していると仮定すれば、正犯の行動計画にタクシーの運転手があわせたことを重視することになり、予約申入れの受諾により予約受諾時において正犯の行動計画を認識していれば故意があるとすることを前提として<sup>27)</sup>、原則的に強盗の幫助が成立すると解すべきことになるのだろうか。しかしそうすると、タクシーの予約自体も常々行われることだから、予約受諾も特別な適合とはいえないのではないか、という反論を許してしまうようにも思われる。見方を変えて、「予約」することにより、タイミングよく正犯を運送してくれることを重視する（特別な適合と評価する）のならば、そのタイミングの（幫助犯規定の解釈論としての）刑法的評価が必要になってくるようにも思われる。

タクシー事例においても以上のように、適合の特別性については、さまざまな事実評価の問題がある<sup>28)</sup>。

#### ・義務違反説

法的に否認される行為促進と呼べるためには、故意犯にも妥当する、刑法上課せられている義務に違反することが必要であるという考え方があり（ランジエク説）<sup>29)</sup>。判断基準としては、正犯行為の現実性の有無、基本的な生活需要の満足の目的か否か、適法利用用途の可能性、物の所有権の所在があげられる。判断基準が多次元にわたっておりこのような義務を認める根拠や不明確であるとか、違法に利用されたことを不処罰にする理由として適法利用可能性を上げることが妥当でないとかといった批判がある。

また、別の観点の義務違反説（プッペ説）もある<sup>30)</sup>。プッペは、法は犯罪に対しても事故に対しても一定の注意を命じているとし、この注意義務を故意犯の場合に拡張する。そして、注意義務違反行為と評価されれば因果性は肯定されることになるが、その基準は、犯罪の危険や犯罪行為の動機付けに適しているかを一般的に考察するものであり、一般的な危険性に着目した禁止を具体的な結果の発生に関する幫助の可罰性に持ち込むものであると批判されている<sup>31)</sup>。さらに、プッペの基準によると、「一般的に」提供が可能な物役務等については常に義務違反がない状況（不可罰）になりかねず、そうだとすると、可罰的幫助行為が狭くなりすぎるとも批判されている<sup>32)</sup>。

---

共犯構成要件の判断においても「許されない危険の実現」という単独犯の因果関係の枠組みを採用すべきだとす。危険の実現の段階を要件化するか否かには違いがありうるが、許されない危険という枠組み自体は、林説と豊田説は方向性として同種である。ただ、林教授は、タクシーの運転手による強盗団を運送する行為が許されるか否かは「微妙」だとす。微妙でよいのかはともかくとして、豊田説は、林教授のいう、許されない危険か否かという枠組みによって生じた微妙な限界に対して「特別な適合」を提案したという見方も可能であろう。

26) 豊田・前掲注 24)33 頁注 14) 参照。

27) 豊田准教授は、正犯意図の認識により故意ありとするようである。しかし、その考え方には後述の故意の部分で述べるように疑問がある。豊田・前掲注 24)29-30 頁。

28) 豊田・前掲書注 24)によっても、その具体化にはなお、課題があるように思われる。

29) 山中・前掲注 3)79 頁注 98)。

30) 松生・前掲注 21)270 頁。

31) 松生・前掲注 21)272 頁注 48)。

32) 松生・前掲注 21)272 頁注 49)。

他方、ブッペは、犯罪行為に対する有利な機会に関する情報を提供することについて、許される場合と許されない場合があるとし、情報が受け手にとってどのくらい接近しやすいか、受取人の行為傾向があるか、情報を利用する決意があるか、等の事情を考慮しつつ、場合分けをする。具体的には、居酒屋において資産家の上司がしばらく豪華な邸宅を留守にすることを口にしてよいが、職業的侵入犯に対してはすでに彼が当該邸宅に侵入する気があるのを知りながら口にしてはいけない、とする。この点については、提供された情報を利用し、被害者の留守中の機会を狙って職業的侵入犯が窃盗を犯したのであれば、情報提供者に幫助犯が成立するという結論は妥当だと思われ、問題は何を根拠に幫助（促進）とするのがよいかという問題に帰するといえる。

・シューマン説、曲田説

(ア) シューマン説

シューマン説は、正犯による法益侵害以外に幫助犯固有の違法を認める考え方である。それは、行為無価値論に依拠し、構成要件が厳格に規定する法益以外の社会的利益をも、処罰の限定、拡張双方に反映させようという試みである。シューマンによれば、「幫助の不法は、幫助者が故意に他人の犯罪によって促進的に因果的寄与をなすという点のみにあるのではなく、さらに、それによって、他人の犯罪と連帯すること、すなわち明白に不法の側に足を踏み入れることを前提と」して存在するものとなる<sup>33)</sup>。このような考え方からすると、幫助行為の時、場所、方法等の観点からの不法への接近性があれば連帯を認めるということになるのだが、抽象的基準を出ていないように思われる。

適用例としては、侵入窃盗犯へのドライバーの販売は、適法な予備段階での行為であるから危険な連帯の印象を生じさせないが、銃器は、銃刀法（武器法）違反だから、暗殺という計画された不法への共同を生じるということになる。また、パン職人が、注文主の犯罪計画を知りながら、他では販売できないような毒を隠しうるクッキーを作った場合には、幫助犯は、職業的行為を他人の計画に合わせることにより、違法になる<sup>34)</sup>。ただ、実行の段階に至っても、正犯行為との接近性を理由に必ずしも可罰的になるわけではなく、不法の中核の点で促進されたことが必要だとする点に不法への接近性という基準自体の曖昧さが残る<sup>35)</sup>。

(イ) 曲田説<sup>36)</sup>

上記シューマン説に触発され、我が国においても曲田准教授による説が提示されている。曲田准教授は、「従来かならずしも法益概念に組み込まれてこなかった利益にも着目し、かつ関与行為者の主観面を考慮しつつ、その関与行為の性格について検討し、従犯の成否について論じていくという姿勢<sup>37)</sup>」が重要であるとしている。曲田准教授は、どの程度まで認識していれば、刑法規範が関与者の関与行為を踏みとどまらせるとの警告を発するのが相当だろうか、という認識レベルからの行為規範設定の観点を重視する。

曲田説が行為規範の基準として重視するのは、「コミュニティにとって耐え難い悪しき手本として市民が受け止めることになる状況」を生じさせたか否かであり、これにより、曲田説によって主観の一部を判断基底に置いて捉えなおされた客観的帰属<sup>38)</sup>の成否が決まる。

具体的には、曲田准教授は、まず、故意を

33) 山中・前掲注 3)76 頁。

34) 松生・前掲注 21)241 頁。

35) 本文のような考慮に対しては、因果性の判断の緻密さを要求するのに等しいとの批判があるが（島田・前掲注 8)76 頁）、妥当である。

36) 曲田・前掲注 4)、曲田統「日常的行為と従犯—ドイツにおける議論を素材にして—（二・完）」法学新報 112 巻 1・2 号 443 頁（2005）参照。

37) 曲田・前掲注 36)458 頁。

38) 曲田・前掲注 4)202 頁。

再定義する。確定的故意を相手の犯罪計画を知っている場合と定義し、不確定的故意を相手の犯罪計画を知らない場合と定義する。そして、前者の確定的故意を有する場合には、直接犯罪に役立つという印象を抱かせないものでない限り、幫助犯が成立するが、後者の不確定的故意しか有しない場合には、関与行為が客観的に観察して犯罪に利用される蓋然性の高い行為でない限り幫助犯は成立しない、とする。

しかし、曲田説に対しては、山中教授も指摘しているように<sup>39)</sup>、(関与行為時に正犯の心理にあるにすぎない)犯罪計画の認識は、故意とは別であるという指摘が可能である。

#### (ウ) シューマン説や曲田説への批判

もっとも、曲田説への故意に関するこのような批判以前の問題として、新たな(社会的)法益を設定してしまうこと自体に疑問がある。

確かに、社会が是認するかというアプローチを念頭に置きながら、犯罪を減少させる社会を目指すこと自体は誰も争わないところであろう。しかし、正犯共犯間の連帯性について社会が是認するかのアプローチは、(恣意的に)想定される社会モデルにより恣意的な処罰を許すことになりうるだろう。

さらに、共犯の従属性の見地からも独立の法益侵害を認めることには疑問があるように思われる。正犯が可罰的になる以前に人的結合によりコミュニティが危険の印象を抱けば、正犯、共犯問わず当該不法な人的結合をもって実質的には可罰的になるとしてしまうと、正犯行為や正犯結果の存在が客観的処罰条件化されることになって妥当ではない。同時に、援助を受け、これを利用した正犯も、共犯と特別な人的結合があることには変わらないから、正犯にも違法が加重されるべきなのではないか、また、それは妥当か、という

疑問もある。

#### ・正犯者にとっての一義的犯罪意味(犯罪的意味連関)(主にロクシン説)

##### (ア) 客観的要素での一義的犯罪意味

幫助行為性が問題となる行為の持つ規範的意味を考察するとき、「正犯者の適法な行為に関与する余地のある行為を行う自由」を根拠にして、当該行為が、一義的に犯罪的な意味を有するか、という規範的判断を行う考え方がある(メイヤー・アルント説)<sup>40)</sup>。この考え方自体は、他の説に分類される論者の中にも抽象論として採用する見解もあるが、ここでは、2段階アプローチの色を濃く出している考え方の紹介をしたい。

確かにこのアプローチは、ある行為が中立的か否かというアプローチではない<sup>41)</sup>ものの、具体的事実関係の下における関与行為の犯罪的意味を探求する点では、当該行為を特別な類型と解している点ではさほど変わらない。

この考え方によると、当該関与行為が、正犯にとって、犯罪行為の用に供する以外の目的で社会的、個人的、経済的に重要な意味がある場合には、提供した物には犯罪的意味はなく、これを正犯が犯罪に用いても、提供者とはかかわりのないことになる。こうして、売春宿へのパン、肉の提供は不可罰となるが、窃盗を計画する者にねじまわしを売る行為は可罰的になるという。

犯罪的意味を帯びるか否かのアプローチについても、複数のものがあり得る。ただし、犯罪的意味のある行為ならば幫助行為といえるという命題自体は、抽象的には正しいといえるから<sup>42)</sup>、より特別な規範としてどのようなものが考えられているかを以下、①②③として紹介したい。

##### ①幫助行為によって提供された物や役務

39) 山中・前掲注3)100頁。

40) 島田・前掲注8)72頁。

41) ロクシンは、本来的に日常的な行為は存在せず、行為の目的いかんによって決まるとし、銃の使用方法的教授についても、射撃クラブにおいてなされる場合と、人を撃とうとしてなされる場合とでは、異なるとする(曲田・前掲注4)171-172頁参照。)が、この指摘は妥当である。

42) これは一種の循環論法である。

が犯罪以外の利用可能性があるものであれば不可罰とする見解（例えば、強盗団をタクシーに乗せる行為は当該事案の下でタクシーに強盗団しかいないから可罰的となるが、殺人の道具としてハンマーを売る行為は、正犯は殺人以外にもハンマーを使った場合には不可罰となる）。

- ②幫助行為の持つ犯罪的意味を利益衡量によって決する見解<sup>43)</sup>（犯罪的意味を、提供された物の性質、利用可能性、正犯の知識、意図、状況等を考慮して考える）。
- ③正犯者が犯罪遂行のために幫助行為を利用しても、同時に適法行為にも利用された場合（例えば、強盗団を乗せたバスの運転手は別の客の適法運送行為を同時に行っている）。

①については、①の場合に処罰する結論は正当だとしても、①以外の場合に不処罰とするのならば、処罰範囲が狭すぎないかということが問題である。確かに、ハンマーを購入したのちに一回も適法に利用しない間に殺人行為に供した場合には殺人の「ために」ハンマーを手に入れたとは言いうるだろう。だが、殺人を計画する者にハンマーを売る行為について、釘を打っても当該ハンマーの効用

は変わらないことは明らかであるから、「釘を打ったか打たなかったかにより殺人幫助の成否が決められるというのは、到底納得できる基準ではない」という島田准教授の指摘<sup>44)</sup>が妥当する。

次に、③は、なぜ他の者に利益になることならば、そのような規定がないのに、法益侵害を是認して不可罰にできるのか、疑問がある。許された危険を過失犯だけではなく、故意犯にも拡張した上で共犯にも拡張する考え方<sup>45)</sup>からすれば、このような考え方はありえなくはないのかもしれないが、当該法理は基準があいまい過ぎて、濫用の危険がある<sup>46)</sup>。

そして、②は基準として曖昧と言わざるを得ないだろうが、上記の基準の中では適切のように思われる。しかし、新たな要件である「一義的犯罪意味」も結論の言い換えになってしまっているように思われなくもない。立法政策で犯罪的意味連関を考慮するような場合<sup>47)</sup>は考えられるが、解釈論に影響を与えることにはならないと考えられる。

#### (イ) ロクシン説

一義的犯罪意味を考える（ドイツの）学説のうち、ロクシンは、(ア)で紹介した①の立場（「その援助行為が正犯の計画した犯罪の条件としての意味しか持たない場合」にそれを知りながら物を提供すれば幫助となる立

43) これは利益衡量説とも親和的であるといえよう。

44) 島田・前掲注 8)73 頁。

45) 例えば、林幹人「背任罪の共同正犯—共犯構成要件について」判時 1854 号 3 頁、6 頁（2004）。同論文において林教授は、「ある程度の危険性はあっても正当な利益の実現可能性がある場合には、その行為は許されなければならぬ。」とするが、下位基準の提示が総論的にせよ各論的にせよ不可欠である。

46) 山口・前掲注 15)231 頁が述べるように許された危険の法理は「慎重かつ限定的に肯定される必要がある」。

47) 一義的犯罪意味を考える上で参考になる規定として、特許権侵害罪のうちの間接侵害罪（特許法第 196 条の 2（平成 18 年改正により新設）、同法第 101 条各号）がある。間接侵害罪は、直接の侵害行為に利用される物の提供行為を構成要件とするもので、予備的幫助的寄与であるから直接侵害罪（特許法 196 条）と比較して法定刑が軽い。（従前の間接侵害の可罰性の議論については、中山信弘編著『注解特許法（第三版）下巻』2013 頁〔青木康〕（青林書院、2000）参照。）間接侵害の類型としては、侵害に「のみ」使われる物の提供（特許法第 101 条第 1 号）や、侵害に「不可欠」な物で侵害に使われることを「知りながら」これを提供した場合（特許法第 101 条第 2 号）が規定されている。しかも、第 2 号では、「日本国内において広く一般に流通しているもの」は除かれるのである。これは侵害との関係での意味連関を特許法的観点から考察するものであって、犯罪的意味連関を考える説に親和的なことは否めない。しかし、新規な技術の実施に使われる物は特殊な仕様のことが多いから、このような規定（「のみ」や「不可欠」）も明確性を失わないといえるのであって、幫助犯一般に安易に拡張すべきでないとする。もっとも、特許法学では専ら差止め可否という議論が先行しており、罰則規定の解釈についてはあまり詳しく論じられてはいない。

場<sup>48)</sup>。ただし、「知りながら」という要件は極めて緩やかに肯定される。)にたち、緩やかに肯定された故意についてさらに絞りをかける<sup>49)</sup>。すなわち、正犯行為が行われる可能性を意識している(この場合にも「未必の故意」があるとされる点で故意はかなり広い概念となっている。)場合であっても、それだけでは、当該物が犯罪以外の正当な用途に利用される場合がほとんどなのであるから、信頼の原則<sup>50)</sup>により不可罰となるが、犯行が確実に予期できる場合、すなわち、「犯罪利用目的の蓋然性を否定することができない程度の具体的な手がかり」がある場合には、信頼の原則は妥当せず、可罰的になるというものである。例えば、ナイフを売る場合においても、外で喧嘩中の者であることの認識があれば、信頼の原則が適用されない。

これについては、正犯行為が行われる可能性の意識があるだけで、未必的であるにせよ(事実の)故意がある、とするロクシンのよって立つ前提自体に疑問が提起されている<sup>51)</sup>。正犯行為が行われる可能性の意識レベルでは、故意を認めることはできない、というものである。

なお、連邦通常裁判所(BGH)も、「正犯者の行為が、もっぱら可罰的行為の遂行のみを目指すものであり、かつ、そのことを寄与行為者が知っているばあいは、その寄与行為は、可罰的幫助行為として位置づけられる」という客観面と主観面を双方考慮する基準に従うべきだとしており<sup>52)</sup>、ロクシンもこれを支持しているという<sup>53)</sup>。これもロクシン説と同様、(ア)で述べた①に近い立場というべきであり、この場合にしか可罰性を帯びないとするのであれば、結果的に処罰範囲は著しく狭くなって不当な場合があるだろう。

### (3) 小括

以上、紹介してきた学説は、問題となっている行為に、職業的とか、犯罪的とか、といった属性付け(色付け)をすることで、幫助犯の客観的要件を、場合によっては主観的要素をも加味して判断しようという方向性のものとして整理できる。しかし、中立的であるとか中立的でないとか、このようなレッテルを張ることが重要なのだろうか。一般に、どんな物も、悪用されればそれは犯罪に供されたことになるのであり、悪用されるか否かは最終的には正犯の一存にかかっている。犯罪に供されたことだけをもって、幫助(促進)とする解釈論自体を前提とすれば、何らかの外在的な限定解釈を施す必要性が生まれることは致し方ないと思われるが、その態度自体に疑問を呈したい。以下では、そのような批判について紹介したい。

## 2 幫助犯一般の成立要件の問題として考えるアプローチ

1で紹介した学説と異なり、幫助犯を考えるにあたって、中立的行為性から特別の規範を導くのではなく、これを幫助犯の成立要件の分析の契機として、一般的な成立要件をより詳細に検討しようという試みがある。これは、幫助犯の構成要件をそれぞれの論者の立場から適切に解釈しなおそうという試みである。

### (1) 危険増加に着目する説

ニーダーマイヤーらにより主張されるのは、幫助者の寄与が促進の対象である構成要件の実現に対して量的な意味での危険増加をもたらしたか否か、という基準である<sup>54)</sup>。当然、これだけでは、基準としては抽象的

48) 曲田・前掲注4)174頁。

49) 山中・前掲注3)88頁注141)。

50) 「誰でも他人が故意の犯罪行為に出ないということを信頼してよい」という内容の原則(曲田・前掲注4)175頁)。

51) 島田・前掲注8)104頁、山中・前掲注3)89頁。

52) 曲田・前掲注4)151頁。BGH NStZ 2001, 364.

53) 曲田・前掲注4)152頁。

54) 山中・前掲注3)90頁。

あり、この考え方に依拠した様々な類型化、規範具体化がおこなわれている。法的に否認された危険の創出という客観的帰属の考え方を採用する考え方も、一般にはこの類型に属するということができる。

この説によれば、まず、法益との関係でとるに足らない行為であれば、危険増加がないとして不可罰にされる。例えば、正犯の脱税行為をどんなに確実に予期していたとしても、その前提となる注文行為は、過少申告等の脱税の構成要件的行為を容易にするわけではないし、税収の完全な徴収という国家の関心に対する危険増加をもたらしていない。したがって、危険増加も否定される。提供物が犯罪に供されたか否かの観点だけでなく、提供物が、犯罪遂行に役に立つか否かという観点をもって判断することになる。

このアプローチは、正犯の惹起する法益侵害の発生をどれだけ容易にしたか、という問題を素直にとらえるものであるし、法益侵害抑止の観点からしても妥当であるように思われる。後述する私見においても、危険の増加を判断すること自体は妥当であることを前提として議論をしたいと考える。

次に、危険の増加を検討するにあたり、私見においても十分参考となった仮定的代替原因を考慮する説について紹介しておきたい。

## (2) 仮定的代替原因考慮説（島田説）

島田准教授の見解<sup>55)</sup>は、危険増加判断を行う上で、仮定的代替原因を考慮し、因果性（促進関係）を厳格に解する。法益保護の観点からは、問題となっている行為と同様の寄与行為（仮定的代替原因）が高度な蓋然性をもって行われたといえる場合には、仮に関与行為がなくても、法益侵害は高度な蓋然性を持って生じていたといえるから、その場合には、問題となっている行為を処罰しても意味がない、ということが論拠となる。

島田准教授は、仮定的代替原因を考慮する

説を唱えるフリッシュの見解<sup>56)</sup>を、「①刑罰の均衡性という観点から、共犯行為が危険を増加させたといえるかどうかの判断において、一定範囲の仮定的代替原因を考慮して、そうした仮定的状況との関係、結果発生蓋然性が高まっていた、あるいは犯罪発覚の恐れが低くなった、と言える場合に、危険増加を肯定する。②考慮してはいけない仮定的代替原因は、それ自体として違法な行為である。それ以外の行為は付け加えて判断する。③行為自体の性質については、その性質上、あるいは、そのような状況の下では、犯罪的事象の一部としてしか説明のつかない行為かあるいは正犯にとって一義的に犯罪的意味しかない行為を正犯の依頼を受けて促進する行為、のいずれかでなければならない。（ドイツ刑法の部分を省略して引用した）」と整理し、その後、①、②に触発されて仮定的代替原因考慮説を日本法に即した形で提示する。

島田説の特徴は仮定的代替原因がある場合には因果性を否定する点にあるが、付け加えてよい仮定的代替原因について、規範的な類型化を行う。そして、物理的促進事例と心理的促進事例においてそれぞれ、自説の検討をする。

類型化のコンセプトは、刑法的見地からみて生じたとしても許される（無罪）という結論を導かざるを得ないような行為については付け加えてよい、とするところにある。それ以外は、法秩序が是認しない行為であるから付け加えてはならない。ただし、「正犯の最終的結果惹起行為」は付け加えないと、促進性の判断ができないから付け加えてよい、とする。

この見解に対しては、因果関係判断において事実的な観点を基礎とせず、規範的な観点を重視すること自体に批判がある<sup>57)</sup>。規範違反行為の介入の蓋然性を考えてはならない

55) 島田・前掲注8)85頁。

56) これに対し、本稿では紹介を省略するが、ヴァイグントの見解（曲田・前掲注4)160頁等参照。）があり、これは、それぞれの事案における四圍の状況を残さず考慮する。

57) 山中・前掲注3)99頁。

こと自体は刑事政策的な意味合いや、当該行為の犯罪的意味を探る方法論としては説得力があるとは思ふ。しかし、蓋然性の問題として考えると、「規範的な期待と事実上の生起とは異なることは当然」であり、なぜ事実上の生起の蓋然性が高い規範違反行為を仮定してはいけないのかの理由が明らかではない、と批判される<sup>58)</sup>。付け加えてよい行為とそうでない行為を規範的に分けることで、結果的に、外在的な基準を立てているのに等しいことになっている、とも言えよう。

しかし、事実的な因果関係の判断枠組については、幫助犯が提供された物等を利用するか否かは正犯の一存にかかっているし、正犯の意思を介さずして自動的に利用されたと評価されうることになる寄与<sup>59)</sup>ならばともかく、そうではない、正犯の選択肢に入り正犯の選択にゆだねられるタイプの関与者による提供行為があった場合において、正犯の他の選択肢との比較をもって物理的促進を判断するのは正当なように思われる。ただ、後述する私見の中で述べるが、他者の自律的意思決定が前提となる関与行為、例えば、他の店で当該物と同種の物を買えたこと、まで考慮する（仮定する）のは妥当でないように思われる。他者による任意の物等の提供の場合の促進を考えると、他者による任意の物等の提供を考慮して促進を否定してはならないように思われる。この点については、付け加えてはいけない「法秩序が是認しない行為」という行為も、結局、幫助行為の危険創出性を判断しなければ結論できないものではないか、という疑問が提起されている<sup>60)</sup>。山中教授は同時に同性能の物が提供された場合（択一的競合的事例）をもって批判を行う。これ自体は、提供行為と物の利用（これは物理的促進の要件である）との間の因果関係（条件関係）をどう考えるか、ということに

帰着されてよい問題だと思われるが、疑問の出発点は同様といえそうである。

また、島田准教授は心理的促進についても検討され、仮定的代替原因を考慮することは妥当としながらも、心理的促進該当行為に代替性が存在することが事実上少ないので、心理的促進と認定されやすいことを指摘している。この点の評価はその通りだと思われる。

そして、島田説は、随所において、物理的促進が肯定されなくても、心理的促進は肯定されうることを強調する。曲田准教授は、仮定的代替原因考慮説の立場（ヴァイグントの立場であるが）を批判し、「正犯者にとっては、なによりも、援助の要求をしたまさにその幫助者から現実の手助けをうることが重要なので<sup>61)</sup>」とするが、物理的促進と心理的促進を峻別すべきとの立場からすれば、促進の類型を混同するものでであると再反論できるだろう。

後述する私見においては、島田説の仮定的代替原因考慮説を参考にしつつ、自己物利用可能性、他者からの取得可能性については議論を分けて論じたい。

また、フリッシュのいう「結果発生の蓋然性が高まっていた、あるいは犯罪発覚の恐れが低くなった」か否かの評価をすべきだという態度に対し、前者の「結果発生の蓋然性が高まっていた」か否かは、より詳細な吟味を必要とし、また、後者の「犯罪発覚の恐れが低くなった」場合には、それをもって常に物理的促進と言いうるのか、という問題提起ができるように思われる。特に後者については、どのようなタイミングにおいて、犯罪発覚の恐れが低くなれば促進といえるのかについて法益保護との犯罪発覚のおそれとの関係について詳細な検討を要するに思われる。この点については、後述の私見において述べることにする。

58) 山中・前掲注3)99頁。

59) 自動的に利用される寄与（正犯の意思を介さず利用されうる寄与）は見張りなどの随伴的従犯に多いが、1つしかない道具を交換する場合もこれに含まれる場合が多いだろう。

60) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』177頁、197頁（弘文堂、2005）。

61) 曲田・前掲注4)183頁はヴァイグントの見解を、本文紹介のように批判する。

(3) 照沼説<sup>62)</sup>

照沼説は、行為無価値論、混合惹起説によってたち、客観的帰属の見地から、「既遂結果に対する幫助の因果性は、幫助行為としての危険創出（幫助行為の不法性）が肯定された後に、「事後の」危険性判断によって、構成要件に該当し違法である「現実には為された」正犯行為を通じて、創出された危険が正犯結果の中に実現されたといえる場合に認められる。」とする。他の者の行為の介入による仮定的代替原因の考慮を認めない。そして、未遂結果に対する因果性は、行為時の判断において正犯行為による結果発生の危険性を客観的に増加させた場合に認められる。

この基準は、物理的促進、心理的促進のいずれにも妥当する。ただ、心理的因果性の局面では、内心を強化するだけの正犯との連帯だけでは、既遂結果に対する因果性は肯定されず、行為の客観的な危険性の増大もないので未遂犯に対する因果性も否定される。

寄与行為が日常取引の範疇に属する場合にも①当該行為者においてその法益侵害を生じさせないようにする法的な義務が存在したか、あるいは逆に②そのような寄与を行うことが義務付けられていたか、③正犯による犯罪実行が切迫した状況にあったかどうか、かつ、④その実行がなされないことであろうことを信頼すべき特段の事情が存在したかどうか、といった点の検討を通じて、危険創出の有無が確認され、個別的に関与者の正当化が判断されるとする。

照沼説は、窃盗を計画する者へのドライバーの販売、パンに毒を入れて暗殺を計画し

ている者へのパンの販売や売春宿へのワインの納入の問題を、原則として幫助を成立させるに十分な行為不法を基礎づけず、切迫性が認められる場合や、物資入手困難の場合には、法的に有意な危険創出があり得るとする。

しかし、まず、切迫性の具体的限界こそ行為者に示されるべき行為規範なのではないかと思われる。次に、物資入手可能性については、実質的に代替原因を考慮しているようにも思われ<sup>63)</sup>、いわば因果関係の判断を実行行為の判断に置き換えているだけのようにも思われるし<sup>64)</sup>、ワインの法益侵害に与える影響とドライバーの法益侵害に与える影響を促進力の観点から同列に扱うことにも疑問がある。厳密な吟味はできなくとも、促進力に差異は見出せる<sup>65)</sup>ように思われる。

また、照沼説は、強盗団をタクシーで運送する場合のタクシーの運転手の強盗の幫助犯性についても、運送を差し控える法的要請がない限り、正当行為の余地があるとする。しかし、その法的要請の内容が明らかでないように思われる。また、強盗行為の実行地が運送目的地である場合に運送するのであれば、目的地に近付くにつれて強盗行為の切迫性が上昇するのではないだろうか。仮に切迫性はそのようなものではなく、随伴的関与かこれに類する場合にのみ認められるものである、運送行為の決定は運送開始時である平穏な状況に行われたのであるからその時点を基準に考えるべきであるなどとするのであれば、その理由が明らかにされる必要があるように思われる。また、他の法律を援用して構成要件

62) 照沼・前掲注 60)210-212 頁。

63) 仮定的代替原因考慮説においては具体的事実関係において代替原因の介入が高度な蓋然性をもって肯定されることが因果性否定のためには必要であるが、照沼説の行為不法性判断における物資入手可能性の局面においては、入手可能性は文字通りの可能性でよいのかもしれない。いずれにしても、物資入手可能性についての蓋然性判断の事実分析は仮定的代替原因考慮説よりは抽象的なものである。確かに刑法も法律であるから行為者に適切な行為規範を示せばその使命は足りると考えてもよいが、実際に争いになる裁判の場においては、仮定的代替原因考慮説が提示するレベルでの、かなり具体的な規範設定が要求されることが多いように思われる。

64) この違いの原因たる考えの違いが、何らかの規範的判断を行う際の基準時の問題や未遂犯等の成立時期等について差が生じうることはひとまず置いておく。

65) もっとも、照沼准教授はこのような量的解決を、「およそ判定不可能な物理的・自然的定量化」として批判しているので、あえて分けていないのであろうが（照沼・前掲注 60)193 頁。）。

段階での刑法上の法的義務を考えるのであれば、そう考える理由付けが必要だろうし<sup>66)</sup>、法益保護義務を根拠にするのならば、義務違反説に対する批判がここでも当てはまるように思われる。

#### (4) 山中説<sup>67) 68)</sup>

山中説は、幫助犯の客観的要件のうち、正犯の実行行為の容易化・促進の基準として、危険創出連関と危険実現連関を要件とする客観的帰属論の立場をとる。そして、山中説は、以上で検討した様々な観点からの分析を組み合わせた形での判断枠組みとなっている。

私見の検討の際にも非常に参考になるので、以下に簡単に紹介したい。ただし、山中説は、一部において二段階アプローチ（ロクシン説等）に依拠している部分があることに注意を要する。

まず、正犯共犯間の相互の意思連絡がある場合には、原則的に心理的因果性ゆえに幫助犯が可罰的となる。ただし、犯罪計画者の食事のためにパンを販売する等の正犯行為に対する直接の促進とはいえない周延的な援助行為には心理的促進としての危険創出が否定され、不可罰となる。

正犯共犯間の相互の意思連絡がない場合には、心理的促進の程度は極めて低いが、幫助者の経験と勘により片面的な認識が生まれても高い蓋然性のない危険の認識にすぎず客観的帰属は肯定されないし、正犯者の知らないうちに正犯者から得られる情報についても、

信頼の原則により、危険創出の意味における帰属が否定される。

幫助は、（幫助行為と正犯行為の前後を問題にすれば）予備的従犯と随伴的従犯（幫助者の目前での犯行）に分けられる。随伴的従犯は、幫助者は犯罪計画について知っているか否かにかかわらず可罰的であり、予備的従犯であっても正犯の実行行為が切迫していれば可罰的である<sup>69)</sup>。

予備的従犯においては、物・情報の提供の種類と事前の役務の提供の種類に分類でき、前者については、犯罪の手段となる場合（犯罪組成物提供類型）、法禁物であって犯罪との客観的手がかりがある場合（法禁物提供類型）<sup>70)</sup>には可罰性に疑いはないとする。

犯罪の実行に使用されることの多い危険な物・情報の提供及び役務の提供は、一義的に犯罪目的に使用されるものであれば、原則として危険創出が肯定されるが、社会的に見て他の有効利用と併存していれば危険創出は否定される<sup>71)</sup>。

一義的犯罪促進行為（正犯の指示通りに行われ正犯の犯罪の実現のみに役に立つ類型）は、危険創出は肯定されても危険実現が否定されうる。犯罪計画を知っていることよって肯定された危険創出は、犯罪計画を知らない日常的業務行為として行われた許された危険行為よりも、正犯行為の促進に対する危険を高めていないからである。実質的な理由として、取引関係は非個人的で画一的であっ

66) もっとも、法律上の義務を履行する場合に、（違法の相対性をも考慮しつつ）処罰しないことが明定されている場合は別論である。

67) 山中・前掲注3)132頁。

68) 山中説は、中立的行為による幫助を扱った山中・前掲注3)と、体系書である山中敬一『刑法総論（第2版）』（成文堂、2008）とでは若干整理の仕方が異なるが、中立的行為による幫助というテーマを専門に扱った論文の方の整理を基本として体系書において追加された記述を適宜付記して紹介することにしたい。

69) 山中・前掲注68)914頁には、放火が報道されている場合において、ガソリンの購入依頼に対してガソリンを持って行ったところ、覆面した男たちがライターを持って待ち構えていた場合におけるガソリンの提供の事例が挙げられている。

70) ヴォルフ・レスケ説に近い。山中・前掲注68)915頁は、法禁物所持規制は犯罪防止のためであるからとして、法規制の存在を重視する。なお、山中教授は法秩序の統一性の要請から違法の統一性を原則として考える立場ではある（山中・前掲注68)428頁）。

71) ロクシン説に近い。山中・前掲注68)914頁は、Winnie事件は微妙だとする。ただ、注104)で紹介する、写真撮影を困難にするナンバープレートカバーの販売が速度制限違反罪の幫助に問われた事例において、山中教授は、このような事例において中立的行為による幫助が問題とし、一義的犯罪意味があるから可罰的だとする（山中・前掲注68)914頁、山中・前掲注3)61-62頁、山中・同134頁。）。

て、法的作為義務が課されていない限り道義的な根拠のみでその行為をやめる必要はないからであるとする。

山中説は、その枠組みとして様々な次元の切り口を提示しており参考になる。しかし、事実をベースにした枠組み設定は、規範衝突を招きうるように思われるので、その点に注意して私見を整理してみたいと考える。山中説との関係は、私見を提示する中で示していきたいと考えるが、物理的促進と心理的促進は独立にその有無が決まると考えるので、分けて考えていきたい。

### 3 従来の学説についてのまとめ

本章(Ⅱ)では、従来の学説を紹介した。これらとは別に、構成要件レベルではない法的構成によって問題を解決しようとする説もある。行為自由と法益保護の比較衡量について違法性阻却の問題として考えることや、刑法第35条の正当業務行為の問題として考えるものである。しかし、前者は基準が抽象的すぎるという批判ができるし、正当業務行為については適用を考えなければならない場合はあろうが、これだけで解決できる問題なのか否かには疑問がある。

結局、幫助犯の成立要件を厳格にして、適切な結論を導く努力は、幫助犯の構成要件レベルで考えていくのが出発点であるといえるだろう。次章からは、この立場を是認しつつ、幫助犯の構成要件、幫助犯の故意について、中立的行為による幫助という限界事例を通して考えていきたい。

## Ⅲ. 私見

### 1 総説

刑法第62条第1項は、「正犯を幫助した者

は、従犯とする。」と述べるだけであるので、その解釈が必要となる。二次的責任類型たる幫助犯も、法益保護の観点から、正犯の構成要件の結果発生の危険の増加をきたすからこそ、当罰性が生まれると考えられる。

念のため述べれば、正犯にとっての違法が幫助犯の構成要件該当のための必要十分条件(修正惹起説)なのではなく、より一般的な処罰範囲の限定を論拠として、正犯の惹起した法益侵害は、共犯にとっても違法と評価されるものであることも要件である(混合惹起説<sup>72)</sup>)。ただ、本稿では、正犯惹起の法益侵害が共犯との関係で不法か(共犯の構成要件該当性判断)という行為者レベルの考察ではなく、因果性の観点からの考察を行うことに重点を置くのでこの点は重要ではない。

そして、客観的要件としての危険増加判断については、一般論としては、前章で紹介した多くの学説が採用しているのと同様に、客観的帰属論の考え方を本稿でも採用したいと考える。つまり、幫助行為に存する危険性が正犯結果の中に実現することが必要である<sup>73)</sup>。実現しなかった危険のみで処罰するのは、幫助犯を危険犯的に考えるものであり、不可罰な幫助未遂との境界が曖昧になってしまう恐れがあって妥当ではない。物の提供事例を例にとれば、物の内包する危険が正犯に移転したこと、正犯の行為によって当該物が有する危険が実現したことで足りるが、その物は、正犯所持の物よりも犯罪に役に立ちうるものであることが必要である(危険増加の観点)。さらに、幫助犯の間接惹起的性格を考えると、正犯結果発生の蓋然性を高めたところに当罰性を見いだせるので、正犯の自律的行為によっては、結果発生の蓋然性が高まっても正犯結果の変更がなかったといえる場合があるから、幫助犯の成立要件に結果の変更は必要ないと考える<sup>74)</sup>。「幫助という文言に値する程度に、実際に犯意を強化し、

72) 山口厚『問題探究刑法総論』243頁(有斐閣,1998)、井田良『刑法総論の理論構造』316頁(成文堂,2005)等。惹起説内部の対立については詳論を避けたい。なお、照沼・前掲注60)176頁注50)において、錯綜する議論に対する照沼准教授の一定の見解が示されている。

73) 照沼・前掲注60)193頁。

74) この点は、争いはあるが、幫助を、正犯の犯罪遂行を容易ならしめた行為とすれば、結果の変更を要件と

結果の発生を容易にしたことが必要<sup>75)</sup>」かつ十分であろう。ただ、問題は、その程度なのであって、それこそが本稿の考察対象なのである。

このようにして、本稿は、幫助の因果性について、条件関係必要説（幫助行為がなかったら正犯結果自体、ないし、正犯結果の変更がない場合に因果性を否定する説）は採用せず、促進的因果関係説を採用する<sup>76)</sup>。そして、具体的な下位基準の提唱を目的とするものである。

前章で述べた2段階アプローチの中にも、客観的帰属論を採用するものはあるが、促進関係については、提供された物・情報の利用だけで足りるとするのを前提としていたがゆえに、様々な外在的制約を施して妥当な結論を導こうとしていたように思われる。最終的には客観的帰属論の幫助犯における具体化が問題となる<sup>77)</sup>。

本稿では、上記特殊理論に頼らず、危険の増加判断を規範的に行うことで促進性を判断すべきである、と考える。そのほうが客観的かつ統一的な基準を立てることができるからである。「役に立ちうる」ことをしたことのみ、又は、「物が利用されたこと」のみを「促進」や「容易化」として捉えれば、「役に立った」ことのみを処罰することは、幫助犯の処罰範囲の限定といえようが、「促進」＝「役に立った」と本稿では解するので、本稿では、幫助犯の要件を整理しているに過ぎな

いともいえる。

私見では、構成要件的行為の促進という評価方法として、法益保護の観点と促進関係説の観点から、法益の弱体化可能性（便宜的な呼び名である<sup>78)</sup>）を招いたか否かという観点を重視し、法益の弱体化として、直接的な法益の弱体化、迅速な犯行を可能にしたか、犯行の機会を提供したか、等の下位事情を考慮していきたいと考える。特に、正犯の惹起する法益侵害防止が問題であるから、幫助者の周辺の状況のみの考慮では足りず、被害法益周辺の事情の考慮が必要である<sup>79)</sup>。

幫助犯の幫助形態としては、物理的促進と心理的促進があり、どちらかが満たされれば促進関係が認められる。心理的促進とは正犯者の主観にのみ関係する幫助行為のことであり、物理的促進とは正犯の犯罪行為自体を容易ならしめる効果を有する幫助行為のことだとされる<sup>80)</sup>。物理的促進、心理的促進と分けるのは、共犯関係からの離脱の観点からも有用な類型化であり、本稿でもこれを基礎にして、具体的な基準を提示したい。

そして、物理的促進にしても、心理的促進にしても、その促進の対象は異なるけれども、これらは条文上区別がないのであるから、その基準たるもの（必要とされる促進の程度）は同一であるべきである。

---

することは「容易」を狭く解しすぎているように思えるし、後述する可罰的な機会の提供事例においては、結果の変更がない場合もあるが、十分に正犯の犯罪を容易にしていると考えられる。島田説において、最終結果惹起行為を付け加えて判断するということも、幫助犯の要件として（結果変更のテストではなく）促進関係のテストを行えば足りるという観点から正当化されるように思われる。

75) 西田典之『刑法総論』322頁（弘文堂、2006年）。

76) 大枠としては、山中・前掲注68)921頁の整理における、「促進的因果関係説」を採る、ということである。その意味での私見における「危険増加」とは結果の変更のことではなく、正犯によって利用が決定された時の状況を客観的に評価して決せられる。なお、島田・前掲注8)77頁も参照。

77) 「幫助行為の客観的要件も、広い意味での帰属論の一部だとする見解もありうる」し、結局は、理論構成の相違といっても「客観的帰属論内部の説明の相違」にすぎない（山中・前掲注3)69頁）。最終的には、有用な具体的基準の提示が目下の課題になっていることになる。

78) 便宜的にというのは、構成要件的行為の促進といっても結果発生の蓋然性の増加といっても本質的には同じことであるのだが、より、法益の方から見た方が問題点を整理しやすいと考えた、という趣旨と、従来の言葉と同じ言葉をつかうことによる概念の混同を避けるため、という意味に過ぎない。

79) その点松生・前掲注21)が関与行為者の置かれた状況に重点的に着目することには賛同できない。

80) 西田典之「共犯の中止について——共犯からの離脱と共犯の中止犯——」法協100巻2号1頁、14頁（1983）。

## 2 IIで紹介した他の学説との関係

これから紹介する私見と、IIで紹介した他の学説との関係について述べる。

まず、実質的に見て行為の相当性の吟味を行う説は、恣意的処罰を可能にする点で妥当ではない。また、具体的事実関係を捨象する説も、個別の法益侵害との関係を論じていないので妥当ではない。さらに、幫助犯特有の法益（シューマン説、曲田説のいう「正犯との悪しき人間関係」）を肯定することは、当該法益を創設することにより恣意的処罰の可能性が生まれるので疑問である。

そして、仮定的代替原因考慮説は、促進概念の精緻化の方向で考えようという向きには賛同でき、かつ、自己物の調達に関する限りにおいては賛同できる。

ただ、他者からの物等の提供についても仮定的代替原因を考慮する本説は、全体として行動の自由が適切に確保されているかと考えてみると、類似の行為を行いうる者の存否という無関係の者の状況により処罰の可否を分ける点では行動の自由に対する無関心がある<sup>81)</sup>ともいえる。また、仮定的代替原因考慮説は、故意の問題領域においても問題がある。仮定的代替原因該当事実の認識・予見

は（因果関係阻却事由該当事実の認識であるから）故意を阻却するだろうが、その結論は無責任な者の放任を許す判断となって妥当ではないと思われるからである<sup>82)</sup>。

## 3 客観的構成要件要素としての促進

### (1) 物理的促進・総説

正犯の行為は、時系列的に整理すると、予備的行為前の犯罪計画着想、予備的行為、実行の着手、既遂到達、犯罪の終了、その後の行動、という経過をたどる。

まず、どの段階のどのような関与行為であるにしても、法益侵害（正犯結果発生）の抑止の観点から、法益侵害の弱体化可能性をもたらしたか否かは、具体的事実関係の下で、被害法益の周辺状況を考えるべきである<sup>83)</sup>。

また、促進の有無は、予備的行為時における物、方法、機会（以下「物等」と略す）の提供であろうと、実行の着手後における物等の提供であろうと、具体的事実関係における法益の弱体化可能性如何によって決まる。ただし、関与行為の時点（予備的従犯か随伴的従犯かという場合分け<sup>84)</sup>）は、正犯結果の発生を防止したいわけであるから、提供された物等の正犯による利用の時点（予備的に関与しても予備的に利用されるか（窃盗犯に対

81) 効果論ではあるが、①関与者において、自己の行為が犯罪行為を促進しているか心配になったときに仮定的代替原因の存否の確認をしなければならないよう要請されるがその努力に意味があるのか、②関与者において認識していなかった仮定的代替原因により、関与者が無罪となっても、関与者は「棚ぼた」的な無罪としか感じないことが多いのではなからうか、といった点を指摘しうる。

82) より詳しく考えると、（結果論的になることを恐れずに言えば、）本文のような思考の背景には、構成要件該当事実をすべてに認識している場合には（違法と評価される事実の認識があることを前提として）故意が認められるにもかかわらず、なお構成要件該当性を阻却する事実（以下、「阻却事由」とする）を探索するインセンティブを与えてしまうと、法益保全の観点から好ましくないという思考がある。そして、関与者において阻却事由を探すのではなく、関与者に対する行為規範としては（念のため）関与行為をするべきではないというものを想定してよい場合があってもよい、と考えている。

というのは、関与行為の構成要件該当性を阻却する事情を探しているうちに継続的に行われる行為が問題となっているときは、つい問題のある行為に踏み切ってしまうがちな場合もあるから、インセンティブを与えた結果、法益侵害が促進される可能性があり、そのような解釈は、法益保護の観点からも不都合といえるからである。ただし、現時点では、このような論証がどの程度正当化できるかについて、さらなる考察を要するとも考えている。

83) 正犯の行為と幫助行為との「接近性（仲間）」を規範的に評価する見解とは異なる。接近性という言葉をあえて用いるとすれば、構成要件の結果との接近性（正犯との接近ではなく法益侵害への接近）が重要である。

84) 実行行為に先行するか（予備的）、実行行為と同時にされるか（随伴的）の分類。山中・前掲注(68)902頁参照。

する合鍵の提供)、着手以後に利用されるか(強盗犯に対するナイフの提供)は様々な場合があり得る)に比べると理論的価値は小さいと考える<sup>85)</sup>。

#### ・法益の弱体化可能性

まず、物理的促進性の要件としては、正犯の惹起する結果発生に対し、当該事案の下で正犯の犯罪遂行に「より役に立つ」物等が提供されたこと(危険の創出)とこれが現実に利用されること(危険の実現)が必要である。ただし、後述するように、「より役に立つ」ことの判断基準時は、正犯の最終的意思決定時であると解する。

「より役に立つ」要件の根拠は、正犯の所持している物と同じ性能の物ないし性能の悪い物を与えても、危険の「増加」を肯定できない<sup>86)</sup>ことを根拠とする。

また、「利用」は、関与者の提供した物等が結果に現実化するために必要な要件である。例えば、強盗に役に立つナイフを提供したが、正犯は、殴打によって犯行抑圧を達成した場合には、利用要件が欠け、物理的促進

を肯定できない。つまり、ナイフを手にしていないことにより、気持ちが大きくなっていても、ナイフを利用せずに殴打したのであれば、ナイフの有する人の身体に対する危険は犯行抑圧に現実化していないことになる。ナイフを犯行現場に持参すれば因果関係(物理的促進)があるという説もあるが<sup>87)</sup>、これは、利用がないゆえに物理的促進がなく、後述の心理的促進のみが問題になる局面である。犯罪の手段(選択肢)を増やしたから促進(危険増加)があるという考え方<sup>88)</sup>も、「物理的」促進の問題ではないといえる<sup>89)</sup>。ただ、犯罪行為に利用したが、既遂到達(犯罪の実現)に至らず、いわば犯行目的の達成に失敗したという場合には、正犯に未遂犯が成立するときに、未遂結果との間に促進性があれば未遂犯を物理的に促進したといえるが、そののちに、他の手段が利用されて既遂が成立しても、既遂結果には現実化していないので、錯誤の問題に立ち入るまでもなく、関与者は未遂犯の幫助<sup>90)</sup>が成立しうるととどまると解する。

85) もっとも、随伴的従犯のほうが、予備的従犯よりも、故意の認定が容易ではあるが、それも具体的事実関係におけるもので、理論的に導ける問題ではないと考える。

86) 佐伯仁志「共犯論(1)」法教305号46頁(2006)(幫助行為の要件での危険の増加の考慮であるが、危険の増加を考慮する点においては同じである。)

87) 島田・前掲注8)137頁注141)参照。

88) 曲田・前掲注36)456頁は、「選択肢の増加は、それ自体として危険の増加そのものとして理解される要素である」と結論のみ述べる。これでは「役に立ったのか」否かの判断をしていないように思われる。選択肢の増加は正犯の心理面への影響にすぎない。それがどう物理的に寄与するかが「物理的」促進の問題である。また、井田・前掲注72)387頁も提供された物を使用可能な状態においたことが、それが無い状態よりも容易に既遂到達できるとし、ピストルを与えたがナイフを利用した場合においても「構成要件の予定する因果関係(条件関係および相当因果関係)」を肯定できるとしているが、「予定」の内容が明らかではないことはともかくとしても、そもそも曲田説と似た思想に立つと思われ、妥当ではない。

89) 本文の私見を前提としても、選択肢増加行為が、提供物の利用のされ方如何によって、物理的促進を肯定できる場合があることには注意を要する。たとえば、1本のナイフを持っている者に対して、同性能のナイフを提供したのち、2本のナイフを所持するにいたった正犯において、一方のナイフを投げる行為に利用し、他方を刺す行為に利用した場合には、両方のナイフの利用と、そして、「1本のナイフの有する危険」よりも「2本のナイフの有する危険」のほうが大きいことを前提として、結果発生に対してより役に立つ物の提供をしたと評価することができる。

ただし、選択肢増加行為は、増加分についても(選択され、)利用されて初めて当該増加行為の危険が現実化したといえることには注意を要する。

90) 既遂犯は未遂犯+既遂結果ではなく、既遂結果に対する因果関係が必要であり、これは共犯でも同じである。住居侵入窃盗を計画する正犯に合鍵を渡して、正犯がこれを利用してこの合鍵を使って住居侵入しようとしたときに、鍵自体には開錠能力があったが、正犯の鍵の使い方が悪くて開錠に失敗し、別の方法で窃盗を達成した場合、Xに故意がある場合でも、心理的促進が肯定されない限り、住居侵入未遂についての幫助犯が成立するにすぎないと考える。住居侵入既遂、窃盗は共に合鍵の利用により現実化していない。合鍵利用による住居侵入未遂が成立し、正犯の住居侵入窃盗の既遂に吸収されているだけ(包括一罪)である。このような場合に住居侵入

幫助行為の態様としては、法益を保護している物理的障害を取り除けばよい。武器や金銭<sup>91)</sup>を提供してもよいが、法益保護の状況を破る能力がない場合には促進は否定される。例えば、鳥打ち帽子や足袋を強盗行為時に身につけていても、強盗を容易ならしめる場合は例外的であるから、これらを提供しても物理的促進は否定される<sup>92)</sup>。また、見張りも他者の介入という物理的障害の可能性があり、他者の介入が現実起きた時にそれが利用されたと評価され、そのような場合には促進といえる<sup>93)</sup>。見張りは、正犯の選択行為が介入せずに効果の生じうる行為類型だからである。法益を保護している物理的障害を取り除けば良いのであるから、機会の提供といった有意な状況を役務等により提供する場合（後述するタクシー事例）もこれに含まれる。取り除くべき物理的障害には、物的なもの（例えば開けるのにバーナーが必要な金庫）と、他人による妨害の可能性がある。発砲による殺人行為が行われる部屋に目張りをする行為<sup>94)</sup>も、正犯が目張りに気付かなくても、目張りされた部屋の中で殺害行為に至るまでの間を含めて他者の介入を抑制させたといえる場合には物理的促進を肯定できる。他方、他者の介入を抑制させたといえない場

合では、正犯が目張りに気付いたとしても、（他者の介入の抑制の可能性が与えられたにすぎず、）心理的促進を肯定しうるに過ぎない。

ここからは、提供される要素を分類し、それぞれの関係を考えながら考察していきたい。幫助行為の態様は極めて広範にわたっており、分類方法は理論的にも重要な課題である。

ここで、幫助行為を簡単に類型化すれば、物の提供、情報の提供、役務の提供に分けられるが（関与者による提供と、正犯による利用により、幫助行為の危険が現実化したといえる）、これは、事実的な分類である。法益との関係を考えるうえで、規範的な観点からの類型化がよいので、法益を弱体化させる手段としての物の提供、（犯罪の実行）方法の提供と、機会の提供（情報の提供の場合もあるし、物や役務を含む場合もある）とに分けて考えたい。

方法の提供とは、機会の提供とは異なり、法益を弱体化させる手段に関する情報の提供（毒薬の作り方等）である。排他的にしか占有できない物と異なり、方法というのは情報の一種であるから、重疊的占有が可能である。方法は、情報ゆえに共犯関係からの離脱

---

窃盗の幫助犯を成立させたい場合は、心理的促進を肯定する必要がある。

91) 墮胎手術を受けようとしているが、貧困に窮して手術料が必要であった者に対して30円の金銭を提供し、手術料として25円支払った事例（大判昭和15年10月14日刑集19巻20号685頁）においては、物理的促進を認めてよい。ただし、大審院は物理的促進と心理的促進の区別をしていないし、岸盛一「墮胎罪の幫助と其の手段」法協59巻8号133頁、134頁（1941）は、「被告人の金銭供与行為に依り甲女の既存の決意が愈々固められたという関係の存する限り」幫助を認めてよいという。つまり、犯意強化という心理的促進の側面が重視されているのである。30円の交付と墮胎の手術費用として25円の支払いがあり、その間に、他の手術費用として足る金銭供与がなかったのであれば、物理的促進といえる場合だろう。一般には正犯が貧困に窮している場合にはよいが、そうでない場合には、提供された金銭が利用されたか否かの評価については困難な問題があり得る。

92) 大判大正4年8月25日刑録21輯1249頁。

93) 堀内捷三『刑法総論（第二版）』269頁（有斐閣、2004年）の見張り事例等。井田教授は、正犯が正犯行為時において見張りを認識していれば、その後見張りの存在を忘れていても、正犯の負担を軽減するとしている（井田良『講義刑法学・総論』495頁注46（有斐閣、2008））。（過去に見張りの存在を認識していた時点があったことを前提とすれば、それ以降についても無意識的な負担の軽減〔その瞬間では見張りを意識していなくても、誰か来ないかと気になったときにすぐ「見張り」の存在を思い出すというような意味での負担の軽減。〕があるともいえるので、）その結論自体は是認しうる。しかし、（最初から最後まで）正犯共犯者間に意思連絡のない場合、いわゆる片面的幫助形態における見張りにおいては、正犯は見張りの効用についての認識すらないわけであり、正犯の負担を軽減することはないから、井田教授のように「片面的幫助の事例でも同じ」、つまり、正犯の負担軽減がある、とはいえないように思われる。

94) 東京高判平成2年2月21日判タ733号232頁は、実際に目張りされた部屋が使われずに物理的促進がないとされた事例。

の側面から見ても分離して考える必要もあり得る。このように、後に詳細に分析するけれども、方法の提供を、物の提供とも機会の提供とも区別して類型化する意義はあると考える。さらに、機会の提供は、物や方法そのものではなく、それが提供される時点、場所等を、周辺の事情も含めて規範的に評価したときに、独立に可罰性を帯びると評価できる場合であり、これも類型化する意義があると考ええる。また、後述する、既遂到達の早期化<sup>95)</sup>については詳細に検討をすることにする。

### (ア) 物の提供

#### (i) 物の提供・総論

物の提供において法益の弱体化可能性を惹起するためには、正犯の所持物よりも正犯にとって「より役に立つ」物の提供が必要である。ただし、比較対象は正犯の所持物に限る。他者の自律的意思決定が前提となる関与行為、例えば、他の店で当該物と同種の物を買えたこと、まで考慮するのは、II 2(2)において、島田説の検討の部分で述べたとおり妥当でない。しかし、自己物の利用については、他者の行為が関与していないので、前述の批判があてはまらないといえるから考慮できる。正犯にとって、ということから、正犯の知識、技能、身体能力等も併せて考慮される。正犯の所持している物よりも性能の悪い物であっても、それが利用されれば物理的促進がある、すなわち、危険増加の要件は、提供物の利用で足りる、と考えることになる。しかし、かかる場合にはそもそも危険の増加を肯定できないと解される以上、広すぎて不当である。しかし、島田説も含め、「より役に立つ」物を提供しないと物理的促進にならないという見解に対しては、次のような反論がなされている。それは、当初正犯により利用される予定であった物より役に立たない物を提供した場合であっても、正犯心理として

は、自己の計画した方法をまず捨ててから、提供された物の利用を行っている（新しい因果経過を設定している）から、比較すべきは、より役に立たない物の利用の場合と何の道具も利用しない場合を比較しなければならないとする批判<sup>96)</sup>である。しかし、これには賛同できない。なぜなら、正犯が所持し、正犯の使用対象として選択肢に入っていた物を比較対象としないことはもはや促進とか容易とかの判断ではなく、利用されたか否かの判断に終始しているだけのように思われるからである。

また、「より役に立つ」わけではない物を提供しても利用されれば幫助になるという見解は、実質面においても問題が生じうる。例えば、偶然侵入窃盗を見つけた第三者（関与者）が、窃盗犯の犯行に協力するふりをしながら、警察を密かに呼び、警察による確保を容易にしようとして、実際には窃盗犯所持の物よりも役に立つとはいえない物を渡した場合（もちろん、正犯が何も持っていないときと比較すれば役に立つ物を渡した場合）に、物理的促進が認められ、その故意もあるとして幫助犯が成立してしまい、疑問が残る。このような、犯罪を失敗に終わらせようとして提供を行った場合には、促進ではなく妨害と評価すべきである<sup>97)</sup>。このときに、正犯との間に、悪しき連帯ではなく、正義の留め置きがあるなどとして幫助犯の成立を（違法性の阻却によって）否定するのだとすれば、その境界線もあいまいのように思われる。こうして、正犯の所持している物よりも役に立つ物の提供が要件である、と考えるが、「より役に立つ」ということについて、既遂到達の時期との関係についても述べておく。

「より役に立つ」物というのは、既遂到達を早期化する場合が多かるうが、それに限られるわけではなく、電子的に施錠されたドア

95) 既遂到達の早期化は法益の弱体化に対応する。したがって、既遂到達の早期化が法益の弱体化といえるのであれば（これが常に肯定されないことについては後述）、既遂到達の早期化の可能性を与える行為が利用されることで促進を満たすことになる。

96) 曲田・前掲注36)454-455頁。

97) 利用されなくても促進される場合があるとか、利用されれば促進があるなどと評価すると、利用を介した妨害の成立の余地を封じることになってしまい、私見によればそれは妥当でないと考えられることになる。

が出入り口となっている部屋にある物を窃取する目的の場合に、ドアを壊す物（ハンマー等）を与えるよりも、多少なりとも時間はかかるが、施錠の原因である電子機器をクラック（電子的に破壊）する機器を提供したほうが、ドアを物理的に破壊する音を聞いた警備員が駆け付けることによる、窃盗行為に対する妨害排除をしなければいけないリスクをなくす点でよい場合もある。結局、早期化の問題と、物の本来の性能とでは、独立に幫助を論じる意味があると考えるので（有意な早期化またはより役に立つ物の提供のどちらかが満たされれば物理的促進が肯定される）、本稿では、犯罪の早期実現の問題は別項にて論じることにした。

次に、「より役に立つ」の比較対象たる、正犯の「所持」とはいかなる場合に肯定されるか。現実的所持のみを基準とする考え方もあるだろうが、幫助行為と同時に正犯行為が行われるわけではない（特に予備的幫助）のであるから、幫助行為と正犯行為との間の時間的間隔を考慮して、ある程度の「広がり」をもたせて所持を考えるべきである。幫助行為と正犯行為との間の時間的間隔を無視するのは結局幫助行為時の事情のみしか考慮せず、幫助行為の結果への影響を法益侵害に至るまでの過程から切り離して考えている点で妥当ではない。

また、幫助行為時の正犯心理における犯罪計画を考慮する見解も、正犯の内心に存する犯罪計画の（正犯にとって自由な）変更可能性を考えると、幫助行為により結果発生にいたる経過が分断されてしまっているように思われる。例えば、関与者が、正犯に対し、殺人行為に使ってもらおうつもりで、より役に立つナイフを提供したとして、提供時には正犯は撲殺にこだわっており、「そんなもの使わない」といっていたが、いざ実行時には、当該ナイフを持参し、撲殺が面倒になったので提供されたナイフを利用して刺殺した場合には、幫助行為当時の犯罪計画を考慮する要なく、正犯の犯罪を物理的に促進したといえ

る。より役に立つ物が有する危険が（相当因果関係の範囲内で<sup>98)</sup>）現実化したといえるからである。この説明のために、正犯の犯罪計画を変更する契機を与えたなどと、正犯の有していた犯罪計画を介して説明する必要はなく、正犯に対し有用な物を与えこれが利用されたから促進を肯定できる、といえよ。

したがって、「より役に立つ」基準で比較対象となる他に所持していた物の範囲確定も正犯行為に至るまでの事情にまで「広げて」考慮すべきであり、次に、その判断基準が問題となる、と解する。比較対象となる所持している物は、以下のように、①客観的要素（正犯の周囲の状況）、②主観的要素（正犯の認識、選択肢）、③判断基準時として整理してみたい。

#### ①所持の客観的要素

まず、客観的判断について述べる。これは客観的評価としての利用可能性である。正犯に利用能力があり、正犯に客観的に見てどの程度の余裕（場所的余裕（移動可能性等）、時間的余裕）があるか、という判断である。

ここでは、時間的余裕（緊急性）の問題について考えてみたい。日中に深夜強盗のためにナイフを買いに来る行為と、日中喧嘩の最中にナイフを買いに来る行為とでは、家にあるナイフを所持しているか否かに差が生じうる。正犯の犯罪実行にとっては、短時間で自宅に帰るなどして所持状態を作ることができるようなものであっても、その短時間をも惜しむべき時、すなわち、法益保護が弱体化している機会と呼べる状況や既遂到達の早期化自体が法益侵害に結びつく状況下における提供の結果として犯罪実行が容易になったといえる場合もある。このような緊急性のある場合には、余裕がある場合には所持を肯定できる物であっても、遠いところにある物の所持を肯定すべきではない。緊急性という言葉はこのような所持を否定する要素として考えられるべきである。

逆に、深夜強盗のための日中のナイフ購入

98) 相当性は、狭い意味でのそれとして使っている。

は、自宅での所持を肯定しうる場合であり、提供されたナイフと自宅のナイフの性能を比較する必要がある。

### ②所持の主観的要素

ただし、客観的に見て、正犯にとって容易に利用できる物であっても、正犯に利用意思がないものまで選択肢に含めてはならない。正犯の意識にある法益侵害手段の選択肢にない物が秘めている危険はもともと現実化する可能生がないものだからである。ただ、その基準も具体化する必要がある。

まず、正犯の犯罪準備期間から構成要件的行為に至るまで正犯の認識になかった物は、利用されることはないのであるから、比較対象とならない。次に、正犯が占有しているとはいえるが、利用すると犯罪遂行に確実に支障が生じるなどと考えており、その結果正犯において確定的に利用意思がなくなっている物についても、正犯の選択肢自体を幫助犯は物の提供のみで左右することはできないから、比較対象から外れると考えざるを得ない。最終的には利用される物は正犯によって自律的に決められるからである。もっとも、幫助犯の行為によって、既存の占有物について選択肢が追加される場合には主観的要素（利用意思）が生じたものと考えてよい。その結果、既存の占有物に対する利用意思が生じたことで、幫助犯が提供した物が「より役に立つ」要件を満たさなくなる場合が生じうるが、利用意思を生じさせたこと自体が、後述の方法の提供に当たると解されるから、物理的促進は否定されないことになるだろう。

次のような場合を考えてみる。正犯は、関与者による提供物（Aとする）の提供がなければ、物Bを利用せざるを得ないと考えているとする。この場合は、物Bの利用は一応検討されているのだから、利用の意思はある。仮に、正犯の所持する物Bのほうが物Aよりも客観的に正犯の役に立つにも拘わらず、正犯が、提供された物Aのほうが性能がよいと誤解している場合であっても、物Bについての利用の意思が否定されるわけではない。物Aと物Bの双方が手元にある場合には、正犯は必ず物Aを選択するだろうから、物Bについては利用の意思が欠けると

して、正犯の欲している物に合致する物である物Aを提供する行為は促進と解すべきだ、ということにはならない。この場合も、物Aが提供されなければ物Bが利用された可能性があるもので、物Bの利用は正犯によって検討されており、物Bは比較対象となっている。物Bとの比較においてより役に立つとはいえない物Aの提供行為は、結局物理的促進であるとは評価されず、心理的促進と認定されやすい事情になるにすぎない。

もっとも、実際は、正犯は特定の物を購入しに来ている以上、正犯の選択肢自体そもそも絞られている、ないし、実際に提供された物が「より役に立つ」物であることが多い、といえるだろう。その意味では、以上の検討は特殊な事例について検討であるともいえる。

### ③判断基準時

「より役に立つ」か否かの判断基準時は、幫助行為時ではなく、正犯の最終的手段選択の意思決定時と解する。

ここで、観念的ではあるが、別々の関与者によって性能が、 $\alpha$ 、 $\beta$ 、 $\gamma$ （ $\alpha < \beta < \gamma$ とし、以下、性能が $\alpha$ の物を「物 $\alpha$ 」などとする。）の物が順次提供され、物 $\beta$ が利用されたとする。物 $\gamma$ の物が渡されたのち、3つの物（物 $\alpha$ 、物 $\beta$ 、物 $\gamma$ ）のどれを使おうか、正犯が迷った結果、物 $\beta$ が採用されたとする。

まず、この場合、物 $\gamma$ は利用されていないから、物 $\gamma$ を渡した関与者には物理的促進はない。ここで、正犯が物を選ぶ時期は、物 $\gamma$ の提供の後であり、性能は $\beta < \gamma$ であるから、物 $\beta$ は「より役に立つ」とはいえないことになるかが問題となる。このようなことは、問題となる物が相当程度簡単に手に入るものであり、かつ、正犯にじっくり道具を吟味する余裕がある場合など、相当限られてくるものではある。正犯が実際に利用した物以外であっても、法益侵害との間での促進を考えるうえでは、実際に利用されたときの、他の手段との関係での危険の増加を考えるのが妥当である。物理的促進のうちの、特に物の提供について幫助行為時を基準として考えると、心理的促進と比べて、利用可能性がある

間中ずっと促進可能性を秘めていると解されるが、正犯の意思決定に基づく構成要件的行為により個別の法益侵害が発生するという過程を無視した帰結であって不合理だと考える。

この見解に対しては、①結局、物 $\gamma$ は利用されなかったのであるから、それを除いて考えるべきだとか、②正犯がいつ判断するかにより危険増加の有無が分かれるのではないか、さらに、③上記の様な帰結では関与行為時において関与者に対し行為規範を十分に示せない、との批判があり得る。①に対しては、物 $\gamma$ も利用可能で、選択肢に入っていた以上、考慮せざるを得ないと考える。また、②に対しては、物 $\beta$ の提供時に、一旦物 $\beta$ を選択しても、物 $\gamma$ が選択肢に入ったのちは再度の選択行為が行われているのであるから、結局結論は変わらないといえる。③の行為規範に関する警告機能についても、物 $\gamma$ のほうが性能は良いことを知っていながらも、物 $\beta$ をせっかくだいたからそれを利用しようと正犯が考えた時には、心理的促進として評価可能な場合もあるかもしれないが、物理的促進の判断においては物 $\gamma$ との比較をせざるを得ないと考える。むしろ、物が提供される順番により危険増加の判断が変わることこそ最終的な法益侵害との関係では不当だと考える。

したがって、危険増加の判断は幫助行為時ではなく、正犯の最終的手段選択の意思決定時（それは実行の着手直前かもしれないし、実行の着手後かもしれない）を判断の基準時と解すべきである。

#### ④基準の適用例

以上のように解すると、どのような結論になるだろうか。①、②について検討してみる。

正犯が深夜に殺人をするために、自宅に持っている包丁の切れ味が悪いと思い、より高性能の包丁を日中に買いに来たところ、殺人の計画を知っている店主が、正犯の自宅にある物よりも切れ味の悪い包丁を売ってこれが殺人に利用された場合に、結果的に見て、性能の悪い包丁が使われたことにより、①の客観的基準により所持が肯定されるから、物理的促進どころか物理的妨害と評価すべきことになる（物理的促進はない）。ただし、心理的促進はあり得る<sup>99)</sup>。しかし、正犯が自宅に高性能の包丁を持っていることを忘れていた場合には、②の主観的基準により正犯の選択肢から外れ、促進が肯定されることになる。

#### ⑤まとめ

以上より、物の提供においては、その性能を比較すべきであると解するがその判断基準は、次のように整理される。

ある物の提供にあたっては、まず、当該物がなければ構成要件的行為をなさない場合には、促進関係を肯定せざるを得ない。例えば、運転手たる正犯が酒酔い状態にもかかわらず、正犯の所持していない駐車場料金を正犯に手渡して、駐車場から出ることを促す行為は、駐車場の外に出られなくする障害を取り除くことが、道交法違反行為（酒酔い運転）等に不可欠であるから、物理的促進を肯定しうる<sup>100)</sup>。

99) 妨害目的にも関わらず、心理的促進について（未必の）故意がある場合に幫助を肯定すると、不合理な結論になるという批判が考えられる。これについては、物理的促進と心理的促進の関係の項で触れることにする。

100) 正犯の危険運転行為を促し危険運転致死傷罪の結果を生じさせたが、関与者には酒酔い運転幫助の故意しかなかったとされた事例である仙台地判平成20年9月19日判例集未登載（平成20（わ）268号）において、仙台地裁は、「被告人が助手席に乗り込むことにより、A（筆者注：正犯）は車を運転して帰ることを決めて車を走らせ事故現場に至っていること、事故現場は被告人の自宅に向かう途中の道路であり、Aは被告人を自宅に送ろうと車を走らせていたこと、駐車場を出る際、被告人が駐車料金の一部を支払っていることからすれば、被告人は、Aの運転行為を助けたと評価することができる」としている。金を払ったからこそ駐車場から出られ、公道を危険運転で来たと考えた場合、物理的促進は肯定される。しかし、Aにおいてその場で十分支払い能力があった場合には、金の提供もより役には立たなかったといえ、金の提供を理由に物理的促進を肯定できない。裁判所は、助手席に乗り込んだ被告人が、Aが飲酒していたことを被告人も知っていたこと、仮眠や代行運転について勧めていないこと、その後にはAは被告人の家に被告人を送りに行こうとしたこと、から、被告人の一連の行為を、Aに対し

次に、高性能の物等の提供・利用事例の場合（例えば、器物損壊事案において正犯の傍らにあるガスバーナーよりも火力の強いガスバーナーを提供する）には物理的促進が肯定されるが、同等性能以下の物の提供は、物の提供としての物理的促進は否定される。ただ、後述するが、その提供のタイミングが重要であるなどして独立の法益の弱体化可能性を惹起する場合であった場合には機会の提供等という形での物理的促進が肯定されることになる。

#### (ii) 物の提供・各論

以下、各論的に考察する。特に「特別な基準」を要しないので、それ自体法益を侵害しうる物（ナイフや銃）の提供と、それ自体法益を侵害する効果を有するとはいえない物（パンや水）の提供とに分けて論じるものの、これは、事実の評価方法の考察となる。

##### ①それ自体法益を侵害しうる物の提供

それ自体法益を侵害しうる物を提供した場合（傷害のための果物ナイフ提供等）には、より役に立つ物であれば、利用を前提に物理的促進が肯定される。より役に立つか否かについては正犯の選択肢にある物と比較することについてはすでにのべた。

ところで、提供される物が法禁物か否か、ということは重要だろうか<sup>101)</sup>。法禁物の提供か否かで分類するのは直感的にはわかりやすい。しかし、法禁物の提供の場合には、当

該法禁物が直接法益侵害力を高めることが多く、かつ、当該法禁物を正犯がすでに持っていることが例外的で、それゆえに多くの場合に物理的促進が肯定されるように見えるだけのように思われる。幫助の成否を論ずるにあたっては基準として意味を持たない。

##### ②それ自体法益を侵害する効果を有するとはいえない物の提供

そもそも単純に法益侵害力が軽微であるため、原則的に危険増加を肯定できない場合がある。まず、窃盗に着手した正犯に気分をリフレッシュさせるためにコーラを渡す行為<sup>102)</sup>は、原則的に物理的促進にならない。また、縁起をかついで賭博場開帳に際して塩まきをしたとしても<sup>103)</sup>、物理的促進とはならない。

大審院判決である鳥打ち帽子事件について検討しておく。島田准教授は促進関係が否定された前出鳥打ち帽子事件において、「鳥打ち帽子によって顔を隠し、足袋によって足音を消すことで、正犯者の犯行発覚の可能性を低くし、その実現の可能性を高めた」という事情があれば物理的促進になるとする。しかし、被害者にのみ犯行発覚する可能性しかない場合は訴追可能性の減少の可能性が少なく、それは当該構成要件の保護法益とは一義的に一致するとは言えないので<sup>104)</sup>、物理的促進の観点からとらえるべきではなく、心理的促進の観点からとらえるべきものであるよ

---

て自宅に送るよう依頼した行為であると判断し、飲酒状態での運転についての犯意を強化させたとして心理的促進を認めているが慎重な認定で妥当だと思われる。もっとも、本判決については、故意のレベルで、異論もあり得る（例えば、坂本学史「危険運転致死傷罪と幫助犯の故意」神戸学院法学 38 巻 2 号 519 頁（2008））が、それは、危険運転致死傷罪の罪質の理解如何によるから、ここでは詳論しない。

101) 山中・前掲注 3)122 頁は、物の提供類型として (a) 犯罪構成物、(b) 法禁物、(c) 日常生活危険物、(d) 日常生活物、とに分けるが、すべての類型において、幫助が成立する場合も成立しない場合もあるとの結論に達しているようである。日常生活か否かという観点よりも（確かに、本稿では詳説しないけれども一般的生活危険の刑法的評価という観点は存在するが）、正犯に狙われている者の法益を侵害する可能性（危険性）を具体的に考察することのほうが、山中教授も依拠する因果的共犯論（山中・前掲注 69)807 頁）の見地からは重要であると考える。

102) 島田・前掲注 8)89-90 頁も参照。

103) 名古屋地判昭和 33 年 8 月 27 日第 1 審刑事裁判例集 1 巻 8 号 1288 頁。同地判は「右塩まきはたんに縁起のものであってその行為が直ちに賭博開帳図利行為を容易ならしめるもの…とは到底認めがたい」とする。

104) これをも幫助犯の法益に取り込むことには疑問がある。心理的促進の側面からこれが取り込まれるのは、訴追可能性の減少が正犯の犯意を強化しうるからであり（したがって、犯意が強化されなければ心理的促進もない）、訴追可能性を減少されない利益を法益として考えているわけではない。

うに思われる<sup>105)</sup>。物理的促進は、強盗罪の結果（法益侵害）である財物の移転の効果が高められたかという観点（多くの場合、結果発生までの過程の事情である、犯行抑圧の効果が高められたかの判断となろう。）から分析すべきである。例えば、他の有効な道具がないことを前提として、鳥打ち帽子を正犯者が着用するのではなく、被害者に押し付けるなどして被害者の視界を奪った場合とか（手で目隠しするよりは効果的だろう）、正犯者が被害者の旧友であり顔がわれると被害者の犯行抑圧効果に消極的な効力が生じうるので、顔を隠すために鳥打ち帽子を利用した場合等に物理的促進は限られるように思われる。

次に、それ自体では法益を侵害できないけれども（例えばパン）、正犯の犯罪計画（例えばパンに毒を入れて毒殺する）に必要な物の提供、つまり、利用の方法によっては危険増加がある場合について検討する。例えば、パンに毒を入れて毒殺を計画する正犯にパンを提供する行為である。これは正犯の心理（選択肢）との関係で考察する必要がある。この事例では、法益の弱体化可能性について次のように判断される。まず、関与者の提供したパンと、正犯の有する毒を入れる選択肢となる物とを比較し、関与者の提供したパンの方がより毒を入れやすいか否か、それによ

り被害者が毒入りの物を摂取しやすくなったか否か、の観点からとの吟味を行う。すなわち、通常は、パンを自宅に持ち帰り、パンに毒を入れ、これを殺害対象に食べさせるわけであるから、正犯の選択肢にあった自宅にある他の食べ物等と比較して「より役に立つ」か否かを判断する<sup>106)</sup>。ただし、正犯の選択肢が問題であるから、実際には他の選択肢はすでに捨てられており、パンのみが考慮されることも多いだろう。そのような場合には、たとえ被害者がパン嫌いであっても、パンに毒が入っているか否かについてわかりにくくなっていれば、パンは、より役に立つ物であると評価される。そして、これが提供されて毒が入れられ、これがパン嫌いの被害者に差し出され、食べられることで、提供されたパンが利用されたといえ、促進の要件が満たされることになる<sup>107)</sup>。パンを作ったのが正犯の訪れる前か後か、パンを正犯の言われたとおりで作ったのか否かの基準は妥当ではない。

また、物は正犯に利用される以上、正犯の能力、主観的事情が「より役に立つ」か否かの判断に影響を与える。それはもっぱら犯罪類型が保護する法益との関係による。詐欺幫助の事案において、正犯所持の正犯の選択肢に入れている物よりも、正犯にとってより騙

105) 独帝国裁判所の判例(青い作業服事件, RGSt.8,267.)は妥当なように思われる(島田・前掲注 8)92 頁注 190)。この判例では、関与者が正犯に対し自分の青い作業服を貸して、正犯がこれを着ることで被害者に正犯を見分けられなくしたのちに、正犯が被害者を傷害したものであり、物理的促進を認めず、決意強化としての心理的促進のみを認めたものである。

この見地から、道交法上の問題についても考えてみる。まず、道交法違反幫助が問題になる局面において道交法で規律している行為そのものを可能にする場合は物理的促進である。例えば、ナンバープレート（標識）の表示義務違反（道路運送車両法第 19 条、第 109 条第 1 号。なお、公安委員会の規則によっては道路交通法違反（道路交通法第 71 条第 6 号、第 120 条第 1 項第 9 号）にもなりうる。）が問題となる事例において、ナンバープレートを跳ね上げて視認させにくくする金具を提供（販売）することは、物理的促進となる。

しかし、オービスの写真撮影を困難にさせるナンバープレートカバーを販売したことは、道交法上の速度制限違反罪（道路交通法第 22 条、第 118 条第 1 項第 1 号）を物理的には促進しない。（妨害可能性の観点からは）犯行現場での取り締まりを特段に困難にもしていないうえに、（行為自体の強化力の観点からも）アクセルを踏めば容易に速度超過運転をすることができるからである。ただ、強い安心を与える点で、心理的促進を肯定できる場合であると思われる。類似の事例において、大阪地判平成 12 年 6 月 30 日高刑集 53 巻 2 号 103 頁（事実関係については争われていない）がある。

106) 他のパン屋において容易に調達できるということは、当該パン屋の意思決定を要する事項であり考慮してはならない。ただし、正犯の選択肢にある限りで自動販売機のパンは考慮してよい。買い手の属性を問わずに（金を払えば）物を提供する装置であることを知りながら、パン業者はパンを自動販売機に入れているからである。

107) 毒入りパンを食べさせる因果過程には、パンに毒が入っていることの認識可能性の問題と被害者にとってパンの食べやすさ（嗜好）の 2 つの課題があり、その 1 つの障害を取り除いている。

しやすいと考えられる物を与えた場合には「より役に立つ」といえる<sup>108)</sup>。したがって、安価な日本刀を、高価な物であると偽って金員を詐取しようと計画している正犯に対して、高価な日本刀と似ている別の刀を提供した場合にも、正犯にとってより騙しやすい物を与えたといえる場合には、物理的促進となる<sup>109)</sup>。しかし、正犯にとっては騙しにくい物であったのだが、関与者が強く勧めるのでそれを使って欺こうとしたら失敗した場合には、欺罔行為の欺罔力（これは正犯自身の弁舌能力や、欺罔に利用する物との相性にも依存する）を増加させていないので、心理的促進はともかく物理的促進はないことになる。

ここで、場所の提供の一例として、部屋を貸す行為についても検討する。屋内は屋外と異なり密行性が高く、多くの犯罪、犯罪の準備行為を障害なく遂行できるので、危険の増加を肯定しうが、「より役に立つ」部屋を貸す必要はある。スペース、犯罪を行う部屋としての利用可能性等を考慮することになるだろう。逆から見れば、物理的促進の成否の段階では、当該部屋を貸すときの合意内容が、有償（賃貸借）か無償（使用貸借）かは、それによって、部屋の質が変化しない以上考慮すべきではない<sup>110)</sup>。ここでは、前述の見

張り事例とは（事実上の）相違点があり、正犯から見て、正犯の負担が軽減することに対する認識は明らかに肯定しうるので、容易に物理的促進を肯定することに注意されたい（前述の目張り事例の説明と比較されたい）。結局、多くの場合には、物理的促進は肯定されるだろうが、例えば、麻薬パーティーに参加していない第三者が、麻薬パーティーの参加者から、ある特定の麻薬パーティーにつき、参加者の家で吸引しても（密行性の観点から）なんら差し支えないのに、あえて「部屋を貸してくれ」といわれて、1回だけ部屋を提供した場合には、「より役に立つ」を満たさず、物理的促進にはならないと思われる<sup>111)</sup>。

### ③法益が社会的法益である場合

法益が社会的法益であっても、提供された物の性質を法益との関係で吟味すればよく、基準が変わるわけではない。そして、提供された物の利用も要件である。

ホテルの宣伝用小冊子を作成した印刷業者に売春防止法第6条1項の売春周旋罪の幫助犯性が肯定された裁判例がある<sup>112)</sup>。本件で問題になっている売春周旋罪の保護法益は、売春行為の助長を防止することにある。そして、この宣伝用小冊子を「公衆に見せる

108) そして、「より役に立つ」物が欺罔行為に「利用」された以上、たまたま、相手が当該物の利用に対して専門的知識を有している等して、正犯において犯罪目的の遂行に失敗しても、未遂犯を促進（未遂結果の発生を促進）していることにはなる、と解する。

109) 類似の事例として東京高判昭和57年12月21日判時1085号150頁があるが、こちらは、関与者（刀提供者）において、正犯に対し、重要美術品である刀に仕立ててはどうか、といており、後述の方法の提供にもあたる事例であると思われる。山中教授は意思の相互連絡があった事案であるとする（山中・前掲注3）57頁）。詐欺罪の欺罔手段の提供については、「より役に立つ」の認定が困難な場合が多いように思われるので、具体的アドバイスをもととして心理的促進を肯定したほうがよい場合もあるだろう。もっとも、有名絵画の贋作を取り扱っている闇ブローカーが、詐欺師と知りながら有名絵画の贋作を売る行為は、物理的促進として捕捉しやすい点で物理的促進の構成に意味がないわけではない。

110) 貸与行為（関与行為）当時の文脈において、心理的促進を満たすことはあり得る。

111) もっとも、例えば麻薬を既に現実に所持しているの、職務質問を受けたくない等の理由から、「近く」の閉鎖空間に行き、当該麻薬を使用したい場合はあるだろう。だが、その場合には「近く」の部屋の近接性は物の提供としては考慮されない。それは、部屋その物の性能の問題とは言えないからである。ただし、幫助の成立にあたって全く考慮されないわけではなく、本稿の立場からは、正犯が既に所持しているがゆえに、「近く」であることは、機会になっている場合は大いにあるだろう。ただこれは、後述の機会の提供で論じるべき場合である。

112) 東京高判平成2年12月10日判タ752号246頁。本判決は、多くの印刷業者が無罪を訴えた有名な事件だったようである。ただ、多くの印刷業者が無罪を訴えたという事実は遵法的な職業人ならば販売を差し控えるか、という職業的相当性の基準の曖昧さを露呈する結果になってしまったように思われる。結局裁判所が自由に職業的相当性を判断するのであれば、職業人に対する行為自由確保の要請の裏面としての行為規範の警告機能は失われるからである。

行為」が正犯の構成要件的行為であるところ、本件では見せられた人をして、売春行為に対する魅力を訴える性質のものであるか否かの検討をし、これが肯定されると思われるから、宣伝用小冊子は法益をそのまま侵害する行為の直接の手段である。物理的促進は肯定されよう。

また、製紙業者による偽造紙幣の製造に使われる用紙を販売する行為も、当該用紙が偽造に供されたならば、通貨偽造罪との関係において、基本的に物理的促進は肯定できる<sup>113)</sup>。偽造紙幣に使う紙を手に入れたところで、通貨の社会的信用を害する効果があるわけではないが、紙の提供は、偽造過程における一つの物理的障害を回避しているのであり、法益の弱体化可能性を増しているといえる。店頭での売買と、紙幣偽造現場での提供を因果性の判断で分ける意味はない。店頭か現場かという分類は、故意において意味があるにすぎない。同様に、アメリカでは適法に所持、譲渡可能な拳銃を日本への密輸入を計画する者（不許可輸入罪の正犯）に対して代わりに調達し、提供する行為<sup>114)</sup>も物理的促進と評価できる。

ただし、物の提供による物理的促進においては、実際に提供された物が現実に利用されなければならないところ、材料の提供に代表されるような、複数の不特定物の提供の場合には、利用された、との要件につき判断の慎重を要する。つまり、すでに500枚の偽造紙幣を偽造するために、500枚の上質紙を購入したところ、偽造行為開始の直前で偽造の計

画が変更になり、800枚の偽造を目標にしたので、追加の300枚（追加分）の上質紙を購入したが、結局、300枚しか偽造紙幣は使われなかったという場合である。このような場合には、追加分については利用されなかったとの判断をすべきように思われる。

売春宿事例についてはどうか。売春宿に、パンやワインを提供することは、性風俗を保護法益とする犯罪の幫助になるのだろうか。パンやワインがなくても管理売春行為自体は可能である。その点において、物理的障害はない。この問題は、パンやワインがなかったのでこれを注文した、ということと、これらが利用されたということは前提にするとしても、これによって売春行為に対する魅力が増大するのか否かの観点から検討すれば足りる問題のように思われる<sup>115)</sup>。社会的法益を保護する規定については事実の評価が社会通念的評価となって論理的に行うことが困難ゆえに曖昧になることが避けられないけれども、判断基準は同じであり、売春宿におけるワインのサービスが魅力的か否かを、利用者の感覚から論じるという観点からの検討は正当であると考える<sup>116)</sup>。

なお、売春宿に電気、水道、ガス等を継続的に提供する場合についても論じられているが、これらの場合には、売春宿の魅力以前に、経営に不可欠な要素であることは否定しがたく、これらが提供されなければ、管理売春行為自体困難となるから、物理的促進は肯定せざるを得ない場合と考えられる。しかし、これらの類型的に代替性を欠く生活必需物資の

113) 山中・前掲注3)114頁は、「正犯者が明らかに通貨を偽造している現場で、製紙業者が、偽造紙幣に使用する用紙を販売すれば、通貨偽造罪の幫助になることは疑いがない。」とする。「正犯者が明らかに通貨を偽造している現場で」とあるので、心理的促進の問題にしているように思われる。現に山中・同115頁は、「意思の連絡」がある場合には可罰的になる、とする。

114) 東京地判昭和57年7月28日判タ486号177頁。もっとも、物理的促進を肯定するためには、日本人（正犯）が何の資格もなしにアメリカにおいて銃器を購入することができないことを前提とする必要がある。

115) 島田・前掲注8)93頁は、この事例を（心理的促進もなければ）不可罰としたうえで、その理由として、仮定的代替原因考慮説にたつて、「パンや肉はどこからでも容易に手に入れられることが明らかである」ことを第一の理由に、さらに、「それが存在することが、管理売春行為が実現される蓋然性を高めているとも言えない」ことを第二の理由とする。私見では、第二の理由だけを問題にすればよいように思われる。

116) 島田・前掲注8)94頁の、同種のワインの高度な調達可能性の基準における「同種」性は、仮定的代替原因考慮説をとるとしても、ワインの銘柄などではなく、（法益との関係で）宿の魅力の増大の程度が同種（同程度）と解すべきである。

継続的提供行為については、行政法規で提供が義務付けられているため、関与者にとっては刑法第35条の正当業務行為として、違法性阻却事由で論じることができる。このような給水契約の締結に伴う給水行為は法令が給水契約の申込みに対する承諾を要請しており（水道法第15条1項参照）、そのような事情のない、のどが渇いて動けなくなっている強盗にコップで水をやる行為とは同列には論じられない。

#### （イ）方法の提供（技術的助言を含む）

方法の提供においては、原則的に、正犯が知らないことにつき、法益を弱体化させる手段を教授することで、法益の弱体化可能性が肯定されるから、多くの場合に物理的促進性が満たされる。その理由は法益との関係性ゆえである。正犯の犯罪行為に対する選択肢を増やすことを根拠とするものではない。

方法の提供においても、そもそも法益侵害に役に立たない方法（売春宿にワインを提供することに相当する類型）を提供しても促進とはいえない。

ただし、法益侵害に役に立たないとはいえない情報であって、正犯が提供された方法（知識）を現実には知得していなくても、自力での習得が容易である場合には<sup>117)</sup>、正犯所持物の提供類型と同様に、「より役に立つ」方法の提供がないとして、促進は否定される。物の提供における所持と同様、方法についての知得可能性はある程度の広がりをもって肯定すべきである。例えば、ある機械を操作する時のマニュアル掲載の情報、社会的常識といえる情報等については、知得していると評価してよい。その意味で純粋に事実的判

断ではなく、規範的判断といえる。促進の判断は物の提供と同様、客観的要素、主観的要素を考慮し、正犯の最終的判断時を基準として決まる。

社会的常識ともいえる場合としては、例えばバーナーの使い方があげられる。窃盗犯に、金庫破り用のバーナーを提供する場合には、物の提供だけでなく、方法の提供（バーナーによる破壊方法）の要素もあるとはいえる。しかし、バーナーの使い方については、バーナーの形状、機構にもよるが、たとえ、提供されたバーナーの使用方法を知らなくとも、容易に習得できるありふれたものとして促進がないと判断されることがあり得る。

機器の操作のための情報であっても、方法の提供としての促進が肯定される場合がある。例えば、通貨偽造を計画する正犯に、コピー機の使い方について、マニュアルに載っていない“通貨偽造のコツ”を提供したのならば、それは物理的促進といえるが、コピー機の使い方一般を教えただけでは、正犯においてマニュアルを理解できるならば、マニュアルを絶対に利用するつもりがないと認定できない限り<sup>118)</sup>、マニュアルを見ればわかる事項に過ぎず、物理的促進がないと思われる。マニュアルに載っている情報は、誰の意思的行為の介在なく、コピー機の利用者の知識になりうるものだからである。もっとも、具体的事実関係において、既遂到達の早期化が法益との関係で重要である場合（後述(4)参照）は、それを理由として物理的促進が肯定されることになる。

また、法益の弱点を教えることも方法の提供である。窃盗を計画する者に対して不動産

117) 他者からの方法の取得可能性は考慮しない。ただし、他者の自律的決定が排除されて手に入る状態におかれている方法については考慮してよい。例えば、インターネットにおいて自動的に公衆に送信されている情報（マニュアルは電子媒体（例えばPDF）でも配布されていることが多い。）については考慮してよい。

「物の提供」と基準が異なるわけではない。方法は有体物ではなく、重量的な占有（所持）を観念できるので（複数人が同じ物を所持することはできないが、複数人が同じ方法を知ることはあり得る）、物の提供時においては考慮できない事由を考慮しているようにみえ、基準自体が異なるようにみえるだけである。

118) 物の提供と同様で、正犯の選択肢が考慮される。すなわち、方法を教えてもらえなかつたらマニュアルを読むのは仕方ない、という程度では、選択肢からは排除されないで、物理的促進が否定されうる。逆にいえば、そうでなければ、物理的促進は肯定されうると考える。また、インターネット上にしかマニュアルの情報がない場合に、インターネットの利用能力が正犯にない場合には、当該情報が正犯の選択肢から排除されるのは当然である。これも利用する意思が欠けている場合といえる。

屋が家の間取り等の図を教えること<sup>119)</sup>も方法の提供の一類型である。したがって、単なる個人情報であっても、ヤミ金業者や振込め詐欺が欲すると客観的に認められる、正犯にとって法益の弱点と評価しうる情報(通販履歴、財産状況)を集めた名簿を売れば、方法の提供として<sup>120)</sup> 出資法違反や詐欺罪の幫助として可罰的になると思われる。

方法の提供といっても、犯罪計画を有する者に、法益侵害の方法として利用されたと評価できる情報を提供すれば常に物理的促進が肯定されるわけではなく、提供後の因果経過にも相当性が必要である。うまい刺身の切り方を教えられて、刃物を使う角度等について学習し、殺人に応用するなどという場合には、応用の仕方が、通常(相当)ではない<sup>121)</sup> という理由により因果性が否定される。「うまい刺身の切り方」が犯罪的でないから<sup>122)</sup>、とか、故意がないから、ということに求めるべきではないように思われる。したがって、犯罪目的に利用するためには正犯による異常な解釈ないし応用を差し挟まなければいけないと評価できる情報の場合には、当該情報の提供は結果発生との間に因果性がないことに

なる。

#### (ウ) 機会の提供

機会の提供というのは、①犯罪の実行を容易化する機会といえる情報(以下、「機会情報」とする。)の提供、つまり、法益が弱体化しうる日時、場所等の情報提供や、②当該機会をまさに利用しようとしている正犯に対する物や役務の提供である。犯罪の実行をしやすい日時、場所というのは、具体的事実関係の下で把握される必要がある。これが物理的促進といいうるためには、①については、機会情報の提供により正犯の犯罪計画を有意に変更する可能性が与えられること<sup>123)</sup>と当該情報に適合する利用行為が行われること、が必要であり、②については、正犯が与えられた機会を自覚的に利用する過程を促進すること<sup>124)</sup>が必要であると解する。

その論拠について述べる。

機会の提供は、正犯の数ある選択肢を犯罪目的達成のために有意に限定させる点で当罰性が高い行為であると解する。これにより、客観的に、正犯の犯罪計画等の成功可能性は上昇し、この部分は、心理的促進ではなく、物理的促進の問題としてとらえられる。

119) 山中・前掲注3)126頁。

120) 厳密には被害者になりうる者の属性を知ることによってターゲットを選別でき、それにより犯罪成功率が高くなるから促進があるといえる。機会性は原則肯定できないし、より早くよいターゲットを見つけられるからでもない。関与者においてターゲットを一件見つけたただけであっても、この情報を正犯に提供して、正犯が実行すれば、方法の提供として促進を認めることができる。面倒な作業をする手間がなくなったことをもって直ちに促進と評価されるわけでもないと考ええる。

121) 関与者において、そのような応用を誘導していた等の事情があれば別であり、そのような場合には、因果過程は通常、相当と評価されることになる。

122) 犯罪的か否かの評価は極めてあいまいにならざるを得ない。例えば、犯罪Aの幫助のつもりで説明文が書かれており、それが別種の法益を保護する犯罪Bの実行に応用された場合において(結果的に当該情報は犯罪Bの遂行に「役に立つ」といったとしても)、その応用方法が異常ならば因果関係は切断される。以上の議論は、犯罪的か否かの基準だけでは、上記の事例も、犯罪Aに関係すると言う点で犯罪的とすら言いが、それは妥当でない、ということが前提である。

123) 入念に準備できる、犯罪計画を具体化、効率化できる、他の日時の検討が不必要になること等である。これは、第三者による犯行の発覚可能性を低下させる等、犯罪の容易化と評価できる事情につながる。

124) 本文のような場合、機会の利用過程における役務等の「提供行為」が危険創出と危険実現の双方を満たすと評価できると考えている。機会情報の提供が危険創出だからといって、機会の利用過程における物や役務の提供が危険創出でなくなるわけではない。なお、提供された機会情報に沿って犯行を実現する過程について考えると、直接法益の侵害をもたらさない輸送手段の提供においては、事前に機会自体を提供したのは第三者であるから、むしろ機会の提供を根拠にした処罰はその第三者にこそ帰責されるべきであり、例外的に当該手段が当該機会を利用するために「不可欠」な場合にのみ要求されるべきである、という限定的な考え方もあり得る。しかし、複数の行為が全て物理的促進になることがあり得る以上(Aが物を提供し、Bがその物の利用方法を教えた場合等)、そのような切り分けを常に肯定すべきことには理由がないように思われる。また、実行の着手前の問題であるから、承継的共犯論の場面でもない。

そして、最低限、事前に機会性について正犯が認識し、現に機会情報と合致する客観的状況があったことが、物理的促進の要件である。上記②の類型においても、機会性（機会を基礎づける情報）の認識は必要である。このことは、提供された物や情報が正犯の犯罪に利用されることが要件となることから導かれる。物や方法と同じで、正犯が提供行為の効用を受け、提供物の危険が現実化しない限り促進はないことと同じである。これにより、正犯には自己の犯罪計画を有意に変更する可能性が与えられ、可能性の付与と機会に対応する状況下での行為をあったことにより、物理的促進と評価できる。逆にいえば、機会性についての認識が、正犯の犯罪計画の具体化、効率化の可能性すら与えないタイミングで生じて、寄与可能性がなく、機会の提供に基づく物理的促進を肯定できない。もっとも、心理的促進は生じうる。

犯罪計画の具体化、効率化の可能性は、当該機会の性質に依存する。例えば、法益主体が少々の隙を見せたことを偶然見つけた場合もあれば、社会通念上プライバシーとも思われる法益主体の生活習慣情報ともいえる情報を取得した場合もあり<sup>125)</sup>、法益の弱体化の可能性の問題から個別具体的に検討を要する。

さらに、提供以前には、正犯において、提供される機会に関する情報を知らなかったことが因果性（危険増加）の観点からは要件となる。したがって、一般論的な経験則（夜は

犯罪が容易である等）は機会と呼ぶに足りないが、かといって情報ならば何でもよいものではなく、当該犯罪が保護している法益の弱体化との関係での有益性が必要である。その有益性の程度は、法益の保護状況を見て社会通念によって判断される。

#### （エ）既遂到達の早期化と法益保護の問題

しばしば既遂到達の早期化が重要なメルクマールのように語られる。一種の「時間の提供」ともいえる局面である<sup>126)</sup>が、これが促進を基礎づける場合も保護法益との関係で把握されることになる。ここでは、今までのべた各種の「提供」との関係もふまえ、この既遂到達の早期化の問題について分析する。

物理的促進というためには具体的事実関係の下で適切な時期に物等の提供が行われなければならない。ここでは、一般論として既遂到達の早期化という事実があったときに、それは判断過程においてどのように考慮されるべきかにつき、次のように整理したい。

既遂到達の早期化という場合、①実行の着手が可能な時点から既遂結果を発生させるまでの時間を早める場合、②実行に着手可能な時点を早めた場合、③①、②の両方を満たす場合、があり得る。③については、①及び②における議論を参照すれば十分足り、独自の議論を要さない。結論からいえば、①についても②についても、それが法益の弱体化可能性を招いている場合にのみ物理的促進が肯定される<sup>127)</sup>。したがって、概念区分に実益が

125) プライバシー情報も民法上は不法だろうが、そのような違法たる法的評価を基準として、幫助性を考えるのではなく、あくまで法益との関係性が重要である。

126) 法益主体からみれば違法状態が早く訪れるので、早く訪れた分「量的な違法」が多くなるとも捉えられる。この考え方は、単独犯においては極めて強いが（井田・前掲注72)50頁等）、だからといって、幫助犯においてもそれを借用してよいか問題になる。なお、辰井聡子『因果関係論』188頁（有斐閣、2006）は、主に生命侵害の早期化について論述する中で、生命侵害以外の法益侵害についても、侵害の早期化はあり得るとして、辰井・同書189頁の中で「Xが徒歩でA工場の機会を打ち壊しに行こうとしているところにでくわした友人が、事情を知らずにXを自分の車に乗せて、工場まで連れて行ってやる行為」は、Xの行為は侵害を早めるのでA工場の占有の利益を、侵害を早めた分だけ奪っているが、「物を壊すのを早める行為」は器物損壊行為ではない、としている。ただし、損壊の早期化の程度が著しい場合等には、「物を壊す」と評価されることもあるとしている。

このような予備的な関与形態を、「正犯的」に考えているとしたら、正犯と共犯とで因果性の考え方に差があるかもしれないので事例設定の適切性に疑問があるが、損壊の早期化の程度が著しい場合等というのはどう把握されるのか、が本稿の問題意識（幫助犯の成立における客観的帰属）からは重要である。

127) 結果の発生が早められていれば常に物理的促進が肯定されるとは解すべきではないという立場が本稿である。照沼・前掲注60)180頁の紹介するザムゾンの見解は、「結果の発生を早めてはならない」という規範要請（強化原理）を前提としているようであるが、単独犯については妥当するだろうが、幫助犯にそのような規範要請が

あるわけではないと解する。

なぜそうなるのか。まず、①の場合について考える。

犯罪行為に供される機器の操作について、正犯の自宅においてマニュアルを読めばわかるような機器の操作方法について正犯に教授する例を考える。この場合、確かに、マニュアルを自力で読むときと比較して、実行に着手してから結果発生までの時間を短縮できるだろうが、これだけをもって、直ちに物理的促進があるとは言いがたい（もともと、障害がなかった、ともいいうる）ように思われる。このような時間短縮をもって物理的促進を肯定するためには、何時にも自宅に警官が踏み込んで来うる、といった状況を想定せざるを得ないが、憲法 35 条（令状主義）との関係からはそのようなことを想定することは許されないことになり、このような法益弱体化の状況を肯定できないと思われるからである。例えば、自宅での通貨偽造におけるコピー機の一般的利用方法の教授がこれにあたる。

しかし、法益保護との関係上、具体的事実関係のもとで時間に制約がある場合、例えば、ライバル会社に忍び込んで営業秘密を当該会社に備付けのコピー機でコピーして持ち出そう（窃盗罪）としている場合には、仮に正犯の知りたい情報がコピー機の一般的な使用方法であっても、マニュアルを読んでいたのではその会得に時間がかかると認められる場合にこれを教授することは迅速な犯罪実行を可能にする点で促進となる。その理由は、迅速な犯罪実行はこれを妨害する警備員に短時間しか犯罪の妨害を許さず、その分法益（コピーされない利益）が弱体化しているといいうるからである。具体的事案において迅

速な既遂到達が要請される場合であり、マニュアルの搜索に時間がかかる場合はもちろん、マニュアルが手元にあつて、方法の提供としての促進が否定される場合であっても、一般的利用方法の会得に「それなりの時間」がかかる場合には<sup>128)</sup>、時間の提供として、正犯の知識を迅速に補充しうること自体に法益の弱体化可能性を認めることができると思われる<sup>129)</sup>。

次に、②の場合について述べる。

②の場合としては、もっぱら予備的幫助の場合を考えればよいことになる。すなわち、2時に実行に着手する予定を1時に着手可能にする行為等が問題となる。確かに、提供された手段を利用することで、関与者は正犯に対し早期実行の契機を与えたことになるし、正犯によって早期実行が現実に行われる場合もあり、このような場合には、物理的促進を肯定せざるを得ないかが問題となる。現実には早期実行されるか否かは正犯の一存にかかっている<sup>130)</sup>といえるが、現実には早期実行されても、早期実行の契機を与えた関与者において物理的促進を肯定できるかが問題である。

この点について、私見においては着手時点の早期化だけでは原則的には物理的促進を肯定できず、それが前述した機会の提供と呼べるような場合に限り、物理的促進が肯定されるべきであると考えられる。

なぜなら、被害法益周辺の状況（事実関係が分析の対象である）を規範的に分析すれば、実行の着手のみを早めても法益の周囲の状況には原則的に変化がないと評価すべきで、そうであれば、幫助行為による危険増加はないと考えられるからである。

常に妥当するかはより詳細な分析が必要のように思われる。

128) 事案によっては、方法の提供の態様により、切り分けが難しい場合もありうる。例えば、①コピー機の使い方がわからない侵入者に通常の用法の要点を説明する場合には、時間の提供はあり得る。ただ、②携帯電話を持って侵入した正犯に対して電話で手取り足取り具体的操作を指示し、正犯がそれに従った場合には、正犯は方法を理解せずにボタンを押しているだけかもしれない、そのような場合には関与者が実行行為を（一部）実行したといいうるのであって、時間の提供を論じるまでもなく物理的促進が認められうる。

129) 曲田・前掲注 4)164 頁の紹介するフリッシュの見解は、一般的に手に入る物を正犯者に提供する等の行為は原則的に禁止されないが、進行中の犯罪を強化する場合には禁止される、とする。原則例外の関係ではなく、具体的事案の下で手に入りやすいか否か（他人の家に侵入する行為の前後の比較等）を考えるべきである。

130) 正犯行為が正犯の一存（任意）にかかっていることは、背後者の正犯性が失われるにとどまる。

この点についてより具体的に述べる。法益保護状況に変化がない場合には促進が否定されることを前提に考察する。犯罪が常に禁止されるべきことは疑いようもない。それゆえに、常に社会の目によりその防止が図られているといえる。したがって、早期に当罰性を帯びる段階に至った犯罪Aは、Aよりも後に当罰性を帯びるにいたった犯罪Bよりも、早期の時点において、遂行に対する障害が社会的にも存在しているといえる。社会の目による犯罪遂行に対する障害の問題は常にあるのであり、いつ犯罪の実行に着手するかということで原則的に差が出るわけではない。むしろ、原則的には、常に犯罪の遂行に対する困難性は不変であると考えべきである。夜は犯罪がしやすいから、などという理由で夜と昼を分けて容易性を判断する、等の考え方は理由がないように思われる。例外的に、ある時点、場所等における犯罪遂行が容易であるとの事情（機会）が提供されれば、正犯がこれを利用することにより、犯罪の遂行を容易にしたと評価できるから、物理的促進を肯定できることになるにすぎない。

結論的に、既遂到達を早期化させることは、それのみによって幫助犯の成否が決まる問題ではなく、あくまで法益保護状況との関係で考えるべきものである。

#### (オ) 若干の事例についての検討

##### (a) 幫助行為と同様の準備行為が正犯に可能な場合

まず、窃盗を計画している正犯にはしごを調達、運搬、設置してやったという事例<sup>131)</sup>

について分析してみる。

この事例については多くの学説は、促進関係を原則的に肯定し、その後、何らかの成立の制限を考えている。その制限原理として、はしごの調達可能性について問題が提起されているのでこれについて検討したい。まず、ロクシンは、すでに正犯がその場に同等性能のはしごをもってきていた場合に物理的促進を否定するが、正当であると考え。当該関与者にはしごを提供されることが重要なのであるとすれば、それは心理的促進の問題で論じられるべき事柄である。

ロクシンは、仮定的代替原因を考慮すると正犯者が代わりのはしごを持ってきた場合にも因果性が否定されてしまうとして因果性を肯定する。これに対し、島田准教授は、仮定的代替原因を考慮しても原則的に因果性は肯定され、「正犯者がほぼ確実に同時刻にはしごをもってきたに違いないであろう<sup>132)</sup>」といった場合に限り、因果性を否定すべきであるとする。

島田准教授は、物理的促進の判断枠組内においても、はしご事例を処罰すべきだとする結論には好意的であると読み取れるが、はしご事例では法益の弱体化を直接招いている以上、同時刻に持ってこられたか否かという厳格な基準を考慮して不当な結論を回避している。つまり、犯行が遅れたことは間違いないから、因果性を肯定できるという論法である<sup>133)</sup>。島田准教授は、ねじ回し事例において、隣の店<sup>134)</sup>でいつでもねじまわしを買える状態は考慮すべきである（所持と同視すべ

131) 島田・前掲注8)80頁。島田説は、結論として、はしご事例の判断として、正犯によるはしごの立てかけ行為が、住居侵入未遂に該当する行為だから、付け加えずに判断しなければならないとして、結論として、関与者の行為の物理的因果性を肯定する（島田・前掲注8)91頁）。ただ、島田・前掲注8)80頁から、仮定的代替原因の存否を決するにあたり、島田准教授の考え方が記されており、これを、仮定的代替原因に対する島田准教授の考え方として、本文では紹介しておきたい。

132) 島田・前掲注8)81頁。島田説は、ドライバー事例等においては高度な蓋然性の基準にもかかわらず、はしご事例では、同時刻性を考慮して、促進を否定する場合を限定する。この点が不均衡ではないかと批判されており、曲田准教授は、島田説ならば、はしご事例でも、因果性を否定すべきことになるのではないかと指摘する。曲田・前掲注36)453-454頁参照。曲田准教授の指摘は、もっともな点がある。これを踏まえて本稿を位置づけるとすれば、本稿は、島田説で考慮されていなかった機会の提供等の枠組みを新設して曲田准教授の批判に応えようとしている、ともいえる。

133) 同様の見解を述べるものとして林総論・前掲注25)379頁。

134) 「隣」であることは、所持の客観的要素の例示である。島田説も同様の趣旨だろう。正犯が高速移動手段を

きだということだろう)とする<sup>135)</sup>。はしご事例においてもこれを適用すべきものと考え、そうすると、窃盗の対象たる家の隣にはしごを売る店があるか否かで結論が変化することになる。この結論の変化は、近所にはしご屋がある場合、はしご屋において正犯行為の認識がある場合にも刑法ははしご屋のはしご提供を抑止しないから、はしご屋の近所に住んでいる者は自衛策として塀を高くする等の行為が要請されるようにも思え、社会的効果としてはやや奇異に思われる。その理由は、島田説が、第三者の意思的行為が介在する場合をも同様の提供行為の物理的促進を問題にしているのにもかかわらず、自身の手元に物があるのと同視してしまう点にあるからだと思われる<sup>136)</sup>。

私見からすれば、正犯者が同性能のはしごを現場に持ってきていた場合には、物理促進を否定できることについてはロクシンにも島田説にも賛同する。

しかし、この事例は、そもそも、はしごでない住居に侵入できない場合には物理的促進が肯定されるが、そのような事情がなく、はしごの提供によって侵入時刻が早期化されただけでは物理的促進を原則肯定できない場合である。

ただし、機会の提供があり得る。例えば、家人がたまたま外出したのが見えて家に無人状態が作られた場合には、そのタイミングではしごを提供することにより、家人の監視を免れている状態(機会)で窃盗をすることを可能にするから、促進を肯定できる。他方、

機会性が肯定されない場合はもちろん、機会があったとしても、正犯において自己のはしごを取ってこられるのであれば、正犯ははしごを所持していたといえ、はしごを提供しても物理的促進とは言えないように思われる。

(b) 正犯に使用される者の役務提供の問題(運送事例)

タクシーの運転手が、強盗を計画している者をそれと知りながら強盗の目的地まで連れていく行為が問題になっている。この点について、端的に可罰性を肯定する見解もある<sup>137)</sup>が、指定された目的地にまでただ連れていく行為を全て物理的促進としてよいか、という問題がある<sup>138)</sup>。

タクシーに乗らない時に比べ、タクシーの利用がより早く目的地に着く行為であるからといって、原則として、これをもって物理的に促進されたということができないこと<sup>139)</sup>は前述したとおりである。

ただし、機会の提供としての促進はあり得る。タクシーが目的地に着いた時点において、①普段は存在するガードマンが休暇中であつた等の法益の保護が弱体化しているといった機会があり、②正犯において①を認識している場合には、機会の利用過程においてタクシーが利用されているわけであり、明らかに徒歩で行くことが可能で道順も正犯に明らかであった場合等の機会の利用過程にそもそも何の障害もなかったと評価される例外的事例を除き、物理的促進を肯定できると思われる<sup>140)</sup>。

他方、詐欺行為や贈収賄行為を行うために

有している場合には、「隣」であるか否かは問わない。

135) 島田・前掲注 8)81 頁。

136) この点を指摘するものとして山中・前掲注 3)99 頁参照。

137) 井田・前掲注 93)496 頁。

138) タクシーの運転手ではなく、犯罪の役割分担として、運び役を引き受けた、というような場合には、心理的促進を肯定できるので、この問題は、前面には出てこないことになる。心理的促進を肯定できるので、物理的促進の問題にならなかった事例と言いうるものとして、東京地判平成 19 年 6 月 20 日判例集未登載(平成 18 年(合) 618 号)[知り合いの実行犯を犯行現場に自動車で送り届けたことを幫助行為とすることを前提として故意の有無が争われた事例]がある。

139) 早く着いた分、下見や準備をすることができたと評価できるから物理的促進があるという反論は、ある一定時期に実行しなければいけない事情があること(機会の提供)を前提としている。機会の提供事例を除き、遅く着いても下見や準備はできるし、法益保護状況に変化はないといえる。

140) 他のタクシーで運んでもらえたから、という仮定的代替原因を付け加えない。

目的地に運送する行為については、類型的に見て法益の弱体化可能性を与える機会性がないことが多いだろう<sup>141)</sup>から、最終的には個別判断ではあるが、物理的促進は消極に評価されることが多いだろう。逆に、麻薬の密輸を行うために目的地に運送する行為は、麻薬授受に関する約束の時間というのが決まっていれば、機会の提供を肯定でき、物理的促進になることが多いと思われる。

このことは、乗合バスにおける強盗団の乗車においても、同様に妥当するように思われる。つまり、物理的促進を常に否定する理由はない。例えば、強盗団がある邸宅の留守を狙って強盗に入る計画について練っていたところ、これを察知した警察が、バスの運転手に機会情報を含めて告知し、当該バスの運転手に対して注意を喚起していたにもかかわらず、バスの運転手において強盗の計画について話す怪しい者が乗車してきたと知りながら、これを漫然と送り届ける場合には、強盗団において機会中に容易に犯罪実行できる状況があった場合（つまり目的地が近い等のバスの利用自体があまり意味がない場合）を除

き、機会の提供としての物理的促進が肯定されるように思われる<sup>142)</sup>。

この設例においては、以上のように、原則として促進はないが、機会の提供がある場合に促進を肯定しうるとどまる<sup>143)</sup>。

また、山中教授の指摘されるとおり、バスの運行予定は、タクシーと異なり、強盗団の乗車の有無によって変わるところはない<sup>144)</sup>。タクシーは、いわば正犯の言う通りに行動してくれるが、バスはそうではないと考えても、既遂到達の早期化を促進と評価すべきでない以上、バス事例でも考慮すべき事項は変わるところはない。他の乗客を運ぶ義務により、強盗を運ぶことが緩やかに正当化されるとなれば<sup>145)</sup>、適法と違法の併存によりなぜ違法性が減少するのかが問われなければならない。山中教授のように、バスの運行を「許された危険」として一律に不処罰とする結論<sup>146)</sup>は妥当ではないように思われる。正犯の計画通りにバスが動くのを前提として、正犯がバスを利用していることにも目を配りたいのである。

以上より、バスかタクシーかを問わず、刑

141) 機会というのは法益との関係での機会である。例えば、一般に、贈収賄の対象がたまたま目的地に来ているということだけで、職務の公正（に対する社会の信頼）を害しやすくなるとはいえないだろう。つまり、待ち合わせの予定があるからといって、ただちに、あらゆる法益との関係で本稿でいう「機会がある」ということにはならない。また、賄賂を渡すという行為を容易にするということも一般には言えないだろう。したがって、贈収賄罪の幫助犯を物理的促進を簡単には肯定できない。麻薬の事例と異なり、タイミングの相違により、直ちに妨害が入る可能性の高低が生じる等の事情があるとは思われないからである。このように考えると、法益の類型に応じて事実の評価としての機会性の判断は異なりうることになるが、これは当然であろう。

142) 警察に対する通報義務の問題とは別個独立に本文のような状況における幫助犯が問題になるだろう。

143) バス事例を、島田説から捉えるとどのような帰結になるだろうか。バスは同時刻に同じ目的地に向かう組み合わせがない場合が多いので、島田説にたっても同時刻に同種の移動手段がないとして、因果性が多くの場合に肯定されることになるのだろうか。ただ、島田説の趣旨からいってはたしてそれでよいのかが問題とならざるを得ない。島田准教授は、島田・前掲注 8)94 頁におけるタクシー事例の検討において、「タクシー乗り場であるとか、あるいは電話で容易にほかの車が呼べるような状況」であれば因果性が否定されるとされるので、仮定的代替原因を「関与行為当時利用可能だったといえる移動手段」として抽象化して考えている。これ自体は妥当だと考える。ただし、利用可能性を細かく見ていくと、正犯は、バスには乗れたが、タクシーに乗れる金を持っていなかった等にどうなるのか。仮にこのような事情をも考慮しなければならないとすれば、問題の本質とは別のところでの争いになりやすい（山中・前掲注 3)99-100 頁）という指摘ができるだろう。

144) 山中・前掲注 3)129 頁。

145) バスの運行を許された危険内にあるとする考え方は、公共的運送機関を重要な社会的インフラだと位置づけ、その運行には人為は介在しない（すべきでない）ものと擬制するもののように思える。その点では、外部との関係を遮断すべきだという松生説とも通じるところがある。運送機関を例にとっても考えても、機械的制御の面が強くとも、ほとんどの場合、人為の介入の余地はあり、それは無人電車においてもそうである。人為によるインフラのコントロール権の濫用はあり得るのであって、違法視する理由はある。

146) 山中・前掲注 3)129 頁。

法上の問題として乗車拒否すべき場合はある<sup>147)</sup>と思われる。これは電車でも同様である。幫助犯において機会を提供していることに気づきようがないというのは故意の問題に過ぎない。

また、物の提供（レンタカーの提供）の場合かどうか。レンタカーの場合、運送役務の提供は失われるが、同様である。ある目的地までレンタカーを借りて自分で乗っていき、そこで殺人を実行しようとしている者に対し、レンタカーを貸す行為も、タクシーの事例と同様に考えるべき様に思われる。まず、レンタカー自体を道具にして殺人をする場合には当然物理的促進が肯定される。次に、目的地に移動するためだけにレンタカーが使われる場合はどうか。目的地までの移動経路において、犯罪計画を妨害される可能性がある場合には物理的促進があるが、目的地に移動して目的地到達が早期化したことだけをもっては、物理的促進性を原則肯定できないが、機会の提供に当たれば肯定できる。

以上の議論は物理的促進についてのものであり、人的関係の特殊性には依存しない問題である。特殊な人的関係や意思連絡がある場合には、後述の心理的促進の問題が生じることになる。

(c) 取引行為と共犯についての簡易な考察

本稿では検討しきれない要素（背任罪の共犯等）を含むが、取引行為と共犯について一つ検討しておく。地方税法上の不納入罪の共同正犯、幫助犯が問題となった事例<sup>148)</sup>において、裁判所は、必要的共犯論の類推から「も」（予備的行為が対向的取引である場合）不可罰としているが、まず、共同正犯につい

て、「実質的理由として、買主が単なる取引当事者にとどまり、それ以上に売主たる特別徴収義務者と共同し一体となって元売りからの仕入れや虚偽の納税申告など一連の脱税犯行計画の実現に関与しているのではない限りは、たとえ買主において売主の脱税の意思を推知していたとしても、売主と共同正犯の関係には立たない」とし、幫助犯についても必要的共犯論については触れているが、「被告人は、軽油販売の相手方となることによって、Aらの犯行を実現せしめる役割を果たしたわけではあるが、それはあくまで、被告人が自己の利益を迫及する目的のもとに取引活動をしたことの結果に過ぎない」としている。本稿の理解に照らすと、本判決は、「実現せしめる役割を果たすだけでは（物理的）促進というには足りないといったように読める。そもそも、実益のある物や方法、機会の提供がなされていないのである。虚偽の申告に使う領収書等の提供だけでは足りないだろう。また、自己の利益を図ることが相互に認識されていることが前提の取引活動には心理的な促進力（犯意強化力）もあまりない、と読めるだろう。

#### (カ) 小括

以上の物理的促進における議論をまとめると次のようになる。

物理的促進の要件は、法益侵害の点でより役に立つと評価できる物、役務、情報等の提供と、これの正犯による利用である。「より役に立つ」とは、それ自体の結果惹起に対する危険性（売春宿へのパンの提供で問題となる）と、正犯が既に有していると評価される物等と比較しての有益性の判断（「より役に

147) 山中・前掲注3)127頁が、運送契約において乗車拒否できない（道路運送法第13条）、という特殊性を理由に、刑法上、タクシーの運転手は乗客の犯罪目的を「知らないかのようにふるまうことがむしろ要請されている」と解することには疑問なしとしない。道路運送法は、犯罪の助長を想定していないことは確かであるが、これを逆にとり、「知らないかのようにふるまう」という刑法的規範要請まで含んでいると解することはできないだろう。道路運送法を考慮するならば同法第13条第4号は、「当該運送が法令の規定又は公の秩序若しくは善良の風俗に反するものであるとき。」には運送の引き受けの拒絶を認めていることから、ただちに、刑法上の行為規範を見出すことはできないように見える。私見は、道路運送法と刑法規範は独立で、乗せても刑法上の幫助犯を構成しない場合が多い、というだけである。まして、タクシーの運転手による運送か、ヒッチハイクにおける運送契約を業としない、乗客とは顔見知りでもない第三者の運転による運送であるかは、物理的促進性を考えるにあたり関係がないと思われる。

148) 熊本地判平成6年3月15日判タ863号281頁。

立つ」という基準)からなる。

どの範囲の物等を、正犯が既に有している物等と評価すべきか(正犯の所持と同視してよい範囲)については、正犯の認識内にある選択肢のうち、具体的状況との関係で決められる。そして、その判断基準時は、正犯の最後の選択時である。

法益との関係で迅速な既遂到達が要求される場合ならば、手元にある物等のみを考慮し、そうでない場合には、自宅に所持している物等をも考慮に入れても許される場合がある(はしご事例等で検討した)。

機会の提供については、①法益が弱体化しうる日時、場所等の情報提供と、②当該機会をまさに利用しようとしている正犯に対する物や役務の提供に分かれる。ある情報が機会に関する情報か否かについては、社会通念によって決められる。①②を問わず、正犯において機会情報の認識が要件である。既遂到達の早期化と異なり、時間軸のみを問題にしているわけではない。

## (2) 心理的促進

### ・総説

心理的促進の処罰根拠は、正犯の構成要件的行為の促進であることは物理的促進と同様である。その要件も、促進関係説の立場からは同じである。物理的促進とパラレルに記述すれば、「関与者による『より役に立つ』支持(便宜的に「支持」という表現を使う)<sup>149)</sup>」が「正犯に利用されること」である。ただし、正犯に利用というのは、「正犯において、関与者に支持を受けていることを認識し、犯意が強化し、この犯意強化が構成要件的行為時まで継続した」ことである。

重要なことは、物理的促進と心理的促進とでは法益侵害に対する危険の増加といったときには、正犯による共犯行為の解釈が行われている点において異種の考慮がなされうることである。例えば、犯罪行為をする気

のない者に役に立つ武器を与えても意味がないことは明らかであるし、どんなに鼓舞をして犯罪行為をする気を上昇させても、身体的に実行不可能なことが可能になるわけではない。その点において、物理的促進と心理的促進は、犯罪結果発生に至るまでの関与としては共通であるが、その働きかけの対象は異なるといえる。鼓舞行為が、その法益侵害の質や量を高めうることもないではない(殴打の回数が増える等)が、そこが重要なのではなく、正犯の犯意を強化して、その心理を犯罪遂行の方向に固定化して、法益侵害が発生する「確率、蓋然性」を高めるところに当罰性を見出せると考える。したがって、元々被害者を殴打しようとしていた正犯が関与者に鼓舞されて意気揚揚と被害者を1回殴打したところ、相手の懇願を容れて殴打をやめた時も、殴打回数は1回であるが心理的促進にはなりうるのである。殴打を止める契機を奪ったからである。

心理的促進とは具体的には次のようなものである。正犯が行おうとしている、構成要件に該当し違法な行為は、正犯の自由な意思によって踏み切るか否かを決定できると同時に、他者の非難を招くのが一般である。にもかかわらず、幫助者による、有形無形の正犯にとって犯罪行為の支持ととれる言動があった場合には、正犯心理としては、犯罪行為をより積極的に行おうと考えたり、犯罪実行に対する翻意が減少したりして、正犯の結果惹起への確率、蓋然性が高まるといえ、当罰性を肯定できる。そして、物理的促進行為による犯意強化は、構成要件的行為時にまでに発現すればよいが、構成要件的行為時まで継続している必要がある<sup>150)</sup>。継続を要件にしないと、継続が中断し、翻意可能性が十分ある状況下においての犯罪の遂行があった場合にも幫助を肯定することになり、幫助犯を危険犯化するものであって妥当でないからであ

149) 島田・前掲注8)96頁。心理的促進における「役に立つ」とは、結果発生の危険(蓋然性)を増加させるという意味にすぎない。概念の定義付けは困難であるが、「正犯行為の理由」(林・前掲注25)378頁)という表現もあり得るだろう。林幹人『刑法の基礎理論』188頁(東京大学出版会、1995)も参照。

150) 高橋則夫「共犯の因果性」西田典之ほか編『刑法の争点』ジュリ増刊96-97頁(2007)。

る。

・心理的促進の要件の具体化

心理的促進行為というためには、「より役に立つ」支持でなければならない。そこで、行為の有する促進力（犯意強化力）が心理的促進においても問題となる<sup>151)</sup>。心理的促進と評価される行為は多種多様であるので、犯意強化されない場合を考えてみると、①役に立たない行為（物理的促進における、売春宿にパンを提供する行為に対応するもの）と、②一般的にみると役に立つのであるが正犯の心理に追加的な影響を与えることのない行為（「より役に立つ」わけではない。物理的促進における、同性能のナイフを提供する行為に対応するもの）がある。

以下では、心理的促進行為は、様々な行為によってなされるので、除外される類型について裏から考えてみたい。

まず、①役に立たない行為について検討する。犯意強化における犯意は構成要件的に捉えられるべきものであるから、正犯の有している犯罪目的の達成に幫助行為時点の被幫助者の認識をもとにして、それに寄与するものでなくてはならない。ただ、人はどのような行為によって鼓舞されるかわからないところがあるので、原則的には事案ごとの個別判断にならざるを得ない。構成要件関連性の観点からは、犯罪が具体的に特定されていることが必要であるから、「がんばれ」と言って送り出す行為についても、心理的促進性を認めるためには、正犯において、自己のこれから行おうとする具体的犯罪行為について「がんばれ」と言った者がいることの認識と、それが犯意強化するに足るものであることが必要である。

正犯において犯意の強化、翻意の減少を発生させるものであれば、支持行為の内容の

当否を問う実益はない。実際に物理的促進力のない物や利用されなかった物の提供<sup>152)</sup>、犯行発覚の蓋然性を低下させる行為、差し入れの約束<sup>153)</sup>等はすべて心理的促進になりうる。例えば、ある言葉による心理的促進があるか否か考えるとき、その内容についての表面的な構成要件関連性の分析では足りない。なぜなら、その言葉を正犯が受けとって、それを解釈し、犯罪支持のメッセージを読み取ることで犯意が強化されるのであり、解釈過程の存在こそが重要だからである。したがって、物理的促進の部分において、自己の顔を被害者に見られる蓋然性の減少を物理的促進とは呼べないと述べたが、自己の顔を被害者に見られないようにしたほうがよい、という助言自体は、その発言の前提に正犯の犯罪行為への支持がメッセージとして組み込まれていれば心理的促進にはなり得る。正犯の犯罪行為への支持があるか否かという観点からは、盗聴器販売業者による盗聴器提供行為もそれだけでは正犯の犯罪行為（住居侵入行為）の支持にはならず、住居侵入罪を心理的に促進するとはいえない<sup>154)</sup>し、脱税に寄与する取引行為についても、取引においてはお互い自己の利益を図ることが前提とされている点を考えると、心理的な促進力があるという場合はより限定されることになるだろう。

次に、②一般的にみると役に立つのであるが正犯の心理に追加的な影響を与えることのない行為について検討する。

①すでに十分に強化された犯意を鼓舞する等してさらに積極方向に推移させることはできないし、②翻意可能性の乏しい犯意が存在する場合にはさらに翻意を減少させることができないので、この場合には促進の効果は生まれにくい。例えば、①の例として、すでに十

151) 物理的促進においては、売春宿にワインを提供する行為等において問題とした。

152) 例えば、包丁を持つ者に包丁を提供したところ、提供された包丁を予備として犯行現場まで持っていったが使わなかった場合である。

153) 大判昭和7年6月14日刑集11巻797頁は、殺意を有する正犯に「男と言うものは遣るときには遣らねばならぬ、もし甲を殺害することあれば、自分が差入はして遣る」といった場合に、幫助を肯定した。

154) 盗聴器の携帯だけでは住居への侵入も物理的に容易になっていないので物理的促進も否定される。したがって、盗聴行為そのものを、免許制等と組み合わせつつ行政刑罰で禁圧する必要がある。

分に強化された犯意が存在する凶悪犯や常習犯に対する積極的支持表明は、関与者がどんなに犯罪の成功を意欲していても、そもそも心理的促進がないとされうるし、②の例として、すでに実行に着手してしまった以上、引くに引けないと思いついでいる正犯に対する激励は、翻意可能性がほとんどない場合もあり、そのような場合には積極方向の勇気づけでない限り、心理的促進を肯定できないことになる。心理的促進も物理的促進と同じく、結果惹起に対する危険増加の問題として扱われるべきであるから、この結論でよいと思われる。①と②は、正犯心理としても独立に働きうるから、一応分けて論じるべきである。

ここで、複数人の支持行為については、心理的促進においても、「より役に立つ」基準を採用すると、最初の一人の支持のみにしか、心理的促進を認められないのではないか、という疑問はあるが、この点こそ、曲田准教授も指摘するように<sup>155)</sup>、誰の援助か、が重要な場合なのであり、心理的促進では関与者と正犯の間の人的関係も考慮して「より役に立つ」か否かが考慮される。この点については、正犯にとっては、1人の支持者よりも2人の支持者のほうが支持者増加とも相まって犯意強化の度合いが大きくなる場合(相乗効果)もあり得るのであり、その意味において、心理的促進には重疊的作用が生じ、「より役に立つ」基準を満たすこともあり得る。ここで重要視していることは、「より役に立つ」基準を採用することが、一人の鼓舞行為の後の他者の鼓舞行為が直ちに無意味とするものではない、ということである。

#### ・正犯にとっての幫助者の特定は要件か

心理的促進を本稿のように犯意の強化、翻意の減少と考えると、正犯が誰に支持されていると感じるか、という問題は、犯意が強化される度合いに事実上の影響を与えるだけであって<sup>156)</sup>、心理的促進の要件とはならない。

間接的な心理的促進もあり得るが、それは現実には起こりにくいだろう。

したがって、例えば、XがYを心理的に促進する行為をしたところ<sup>157)</sup>、YはZが自己を応援してくれていると誤解した場合であっても、心理的促進行為は、人と人との心理的結びつきの犯罪促進作用を重要な因果と解するものであるから、Yは、「人」が自己を応援してくれていると考えたことに誤りはないといえ、XはYを心理的に幫助したといえる。ZはXと別人の特定された人物であってもよいし、特定されていなくてもよい。

意思連絡があるだけでは心理的促進があるわけではないが、現実には、意思の連絡が無い場合には、心理的促進の契機すらなく、幫助犯にならないことが多いと思われる<sup>158)</sup>。

このように考えると、心理的促進特有の問題として、悪しき連帯等のアイディアを追加する必要はないことになる。幫助犯の刑は、正犯の刑を減輕するにすぎない(刑法第63条)のであり、幫助犯であるがゆえに独立に加重すべき違法はないとするのが現行法であると考えられる。

#### ・物理的促進との関係

最後に、物理的促進と評価される行為がなされたときに、同時に生じうる心理的促進について考えてみたい。

155) 曲田・前掲注4)参照。

156) 島田・前掲注8)99頁も「正犯者の心理に仲間がいるという安心感を与える」ことを述べる。

157) 犯行の役には立たないが、激励のメッセージを含む物をさりげなく置いておく場合等。

158) 広島高判平成19年4月10日判例集未登載(平成18年(う)241号)は、暴力行為等処罰に関する法律違反、証人等威迫の幫助犯の事案である。控訴審である広島高裁は、被告人が「凝視行為」によって前記犯罪の片面的幫助をなしたとした原審広島地裁の判断を覆し、凝視行為は他の脅迫威迫の効果を促進させ正犯の犯行を容易にすると評価できるが、凝視行為によって容易になったというためには、「凝視行為が、相手に認識できるような形でなされ、または、相手が凝視行為を認識していなくても、正犯者が、その凝視行為を認識して犯意を強化するなど、その犯行を容易にしたと評価できることが必要である」として、結局凝視行為は被害者にも正犯らにも認識されたといえないとして幫助犯を否定して無罪としている。これは、被害者に認識されたことの証明がないので、物理的な促進性を肯定できないし(被害者に認識されれば法益をそのまま弱体化させる)、さらに、正犯らにも認識されたことの証明がないので、心理的促進性もないということができ、妥当な判断のように思われる。

特に、物等が提供されている場合であるが、物理的促進が否定された場合に心理的促進はどう機能するのか、という点が問題である。

関与者の行為が、正犯を支持することで犯意が強化され、これによって結果が惹起されたことを理由に心理的促進を肯定するのであるから、結論において物理的促進と同様になる必要がないし、物理的促進とは独立の判断をすべきものである。

以下、具体的に検討する。

まず、提供された物等が現実利用されたか否かは、心理的促進の判断に直接の影響を与えるものではない。

たとえば、提供されたナイフを予備として正犯が犯行現場に持参した場合であっても、持参したことを理由に直ちに心理的促進を肯定すべきではない。ナイフの提供行為を含めた関与者の行為が、正犯にとって正犯行為を支持するものとして正犯が受け取ることで心理的促進が肯定されるのだから、正犯が「せっかくくれたのだから、犯罪を成功させるために予備として持っていこう」と考えたというような事情の存否が重要である。もちろん、ナイフを持参したという事実から、正犯がそのように思ったであろう、という推認が可能なことは別論である。また、ナイフを持参したことについて、犯意強化の「継続」の間接事実にもなるだろう。

次に、提供された物の有用性について正犯がどう認識したのか、ということは、心理的促進にあたって重要な事実といえ、それは本稿の理解に従えば、次のように類型化される。

①提供された物等の有用性として、(a) より役に立つ、(b) より役に立つわけではないが役に立つ、(c) 役に立たない、②正犯の解釈として、(a) (b) (c) に対応する意識である。

心理的促進の観点からは、①よりも、②、正犯の認識のほうが重要である。

関与者によって提供された物等が正犯に犯罪遂行に「役に立つ物」と解釈され(②(a)(b))、利用された場合には、犯罪の支持が肯定されやすいから、心理的促進も肯定されやすい。結果的に正犯が提供物と同一性能の物を所持して「より役に立つ」わけでないとして評価された場合(①(b))であっても、少なくとも関与者の心理において、(a) や (b) と思っている限り、関与者の認識を通して、犯罪支持と受け取る可能性は大いにある。その意味で、(a) と (b) の差は心理的促進の観点からは重要ではない。

ただし、物理的には役に立たない物と解釈されても(②(c))、正犯は関与者による犯罪支持の意思を受け取ることで、犯意を強化しうる。金庫を開けるのに手間取っている正犯に気分をリフレッシュさせるためにコーラを与える行為は心理的促進になりうるといえる。

以上のように考えていくのが原則である。それでも、物理的妨害といえる事例において、心理的促進を形式的に満たすように見える場合があり、これを無条件に心理的促進あり、としてよいか問題となる。ここでは、物理的妨害において物理的促進を否定する本稿の考え方における、物理的促進のみ限定的に解している外観に対する結論の不均衡(言いかえれば、心理的促進が受皿の要件になっていること)が疑問の出発点として生じているといえる<sup>159)</sup>。

結論的には、物理的妨害事例においては、心理的促進とも呼べないと解する。ただし、そのときの、心理的促進を阻却する物理的妨害とは何かということを確定する必要がある。

ここで、物理的妨害と評価すべきは、正犯の因果が、物理的妨害行為がなかったならば生じていたであろう因果よりも正犯にとって既遂到達の失敗(法益侵害がゼロ)に向かっている、法益侵害との関係では、その危険の増加は見られないと考えられる場合のことだ

159) このような批判は、島田説に対しても言いうる。

といえる<sup>160</sup>。心理的促進においても、物理的促進と同じく、究極的には、正犯の意思の固定化が犯罪結果発生の一蓋然性を高めるところにその可罰性を見出しているのであり、犯罪結果発生が遅れるだけでは結果発生は起きてしまうのであるから法益保護の観点からはこれだけでは阻却事由としては足りず、心理的促進が阻却されるためには既遂到達が失敗に終わるような関与行為であることが必要であると考える。このような要件が満たされている場合には、物理的にも心理的にも促進がないことになるから、結果が回避されたが正犯に未遂犯が成立するという場合であっても、関与者には（物理的促進も心理的促進もないことを理由として）未遂犯の幫助犯は成立しないことになる。他方、結果が発生した場合には、結局、正犯の意思が固定化されたゆえに結果が発生したという因果性の議論においては、因果性肯定の評価を免れないと思われる。ただし、結果が発生した場合でも、結果不発生の事実認識がある場合には、後述するように故意が阻却されることになる。

以上に対し、構成要件段階において、心理的促進が認められても、違法性阻却を検討すべき場合もあると思われる。

例えば、殺人幫助が問題になる事例で死亡を容認しながら犯人の逮捕を確実にしても、心理的促進性が阻却されることはないと考えるのが一般的であって、それは妥当である。だが、窃盗事犯において、既遂到達後、逃亡の機会を得る前に警官が来て逮捕することを可能にする場合であり、窃取された物の取り返しも可能にしたときには、関与者自身の身の危険の問題もあって他に採り得る手段がなかった場合だと、端的に処罰を肯定すること

に違和感はありえよう。ただし、問題は、保護法益と関与行為者の行為の性質等を総合的に判断すべき場合であって、例えば、犯人逮捕による利益、問題となる法益侵害を考慮しつつ、一人では犯人の逮捕ができない場合等の補充性が満たされること等を要件とした（どの類型かは措くとしても）違法性阻却事由の問題として処理されるべき問題である<sup>161</sup>。

まとめると、そもそも既遂到達を失敗させる（より役に立つわけではない）物等の提供により正犯の犯意が強化されたとしても、心理的促進はない。しかし、既遂到達を失敗させる方向に向かない物等の提供の場合には、正犯の犯意が強化されたのであれば、心理的促進を肯定すべきであり、その余の事情は、違法性阻却事由の問題として考慮されるということになる。

以上の見解に対し、既遂到達を妨害する「目的」だから処罰すべきでないというような、行為の目的や動機を考慮して問題解決する見解もあり得る。しかし、この見解は、客観的構成要件の判断において主観的因果性阻却要素ないし主観的違法性阻却要素というものを認める点で妥当でないし、さらに、實際上、妨害目的という心理の外延が不明確になって恣意的な処罰を許してしまうのではないか、という点が大きな問題として残り、妥当でない。

#### ・心理的促進の認定について

##### —試論として—

心理的促進は、共犯行為を正犯者が「解釈」することによってなされる。「解釈」自体は、方法の提供、機会情報の提供においても、経なければならぬプロセスではある。ただ

160) これは定義なので、論証を要しない。つまり、何らかの物が提供されている場合に、これを犯罪支持と受け取った正犯がいたとしても、心理的促進が否定される類型として本文のような場合が考えられ、これを物理的妨害と呼ぶ（と定義する）、ということである。

161) そのように考慮することで、殺人結果発生をたとえ遅らせたとしても、心理的促進はなお残存する場合はあり、違法性阻却の判断の段階において、犯人逮捕の利益よりも、人の生命のほうが重要であるがゆえに、これが阻却されない、と解すべきことになる。他方で、侵入窃盗の事例においては、既遂後であっても、被害者宅周辺を警官に取り囲ませて逮捕を確実にした場合には、一見、心理的促進に当たる場合があっても、違法性阻却の可能性はなおあると考える。このように、既遂に至らない場合には、構成要件段階で考慮し、既遂に至った事案の場合には、心理的促進が認められることを前提に、違法性段階で考えるのが妥当だと現時点では考えている。

し、方法の提供において当該方法が利用されたことは外部に表出されることが多いのに対し、本稿で述べた犯意強化等の意味で使う狭い意味での心理的促進においては、本稿のように利用概念を観念しても、心理的促進の効果外部に表出されない点が事実認定の上から課題となって残る。

心理的促進における事実認定の準則の問題は、共謀共同正犯の正犯性の認定で実務の採用する正犯意思(自己の犯罪としてする意思)を基準とする説と同様の問題をはらむと評価しうる。この点、共謀共同正犯においては、客観的にみた重要な因果的寄与の基準を採用する説に代表されるように、正犯意思を要件とする実務に懐疑的な論者は多いが、実務的には「客観的事実からの推認」という点ではさほど結論に変わりがないともされる<sup>162)</sup>。

そうすると、心理的促進の認定においても、客観的事実からの推認は許されることになろう。関与行為自体は客観的に認定でき、それを正犯が解釈することになるが、正犯によりなされた解釈により犯意強化、翻意減少があったか否かの認定は、正犯が関与者の行為が正犯行為の是認であると正しく解釈していたことの立証がなされた後に、他の客観的要素も踏まえて推認していく問題と考えるべきであろう。

他の客観的要素とは、正犯者において犯罪行為の是認であることを理解していることを前提として、①関与行為としていかなる物や役務等が提供されたか、②関与行為としていかなる内容のことを言われたか、③関与者と正犯者との人的関係、④正犯者が犯罪行為の是認とともにどのような認識を抱いたか<sup>163)</sup>等によって判断されるものと思われる。

まず、役に立つ資金、物の提供の場合(①の視点)には、物理的促進だけではなく、(犯罪行為の是認と解釈されることも多いだろうから)心理的促進も認めてよい場合が多いだ

ろう。物の性能自体は心理的促進においては要件ではないから、物理的に役に立つわけではないが役に立つ物であっても心理的促進を認めてよい場合が多いだろう。逆に、正犯において自分には役に立たない物であるとの認識が生じた場合(④の視点)<sup>164)</sup>には特段の事情のない限り当該物の提供による心理的促進はありえないというべきであろう。

次に、分け前、差入れの約束においては、その時点においては何らの提供もなされていないが、正犯にとっての関与者の信用性等の人的関係も踏まえれば(③の視点)、心理的促進はあり得る。ここでは、客観的に約束を履行できる状況があったか否かは問題とはならず、正犯の認識において、約束を履行してくれるという期待が生じたかが問題となる。

そのほかの単なる鼓舞行為等については、心理的促進をもたらした否かについては、相当強度の人的関係がない限り、認定が困難なことが多いだろう。

最後に、心理的促進においては正犯行為までの心理的促進効果の継続が必要であるが、随伴的幫助ならば、この検討を要しないものの、予備的幫助においては、時間的近接性、正犯の性格、介入事情の心理面への影響から、一旦生じた心理的促進をどの程度減殺する効果があるかの観点から認定していかざるを得ないだろう。

以上、浅学ながら、心理的促進の認定について試論を述べてみた。

### (3) まとめ

以上、物理的促進と心理的促進に分けて論じた。物理的促進も心理的促進も、特定の因果を経て正犯惹起の結果にいたるのであるから、物理的促進にならない要素をすべて心理的促進がカバーするわけではない。心理的促進が、処罰範囲を補充するわけではなく、働きかける対象が異なるものである。確かに心理的促進においては、人間の心理のメカニズ

162) 菊池則明「16 共謀(2) 対等型共謀」小林充=植村立郎編『刑事事実認定重要判決 50 選(補訂版)』212 頁, 220 頁(立花書房, 2007)。

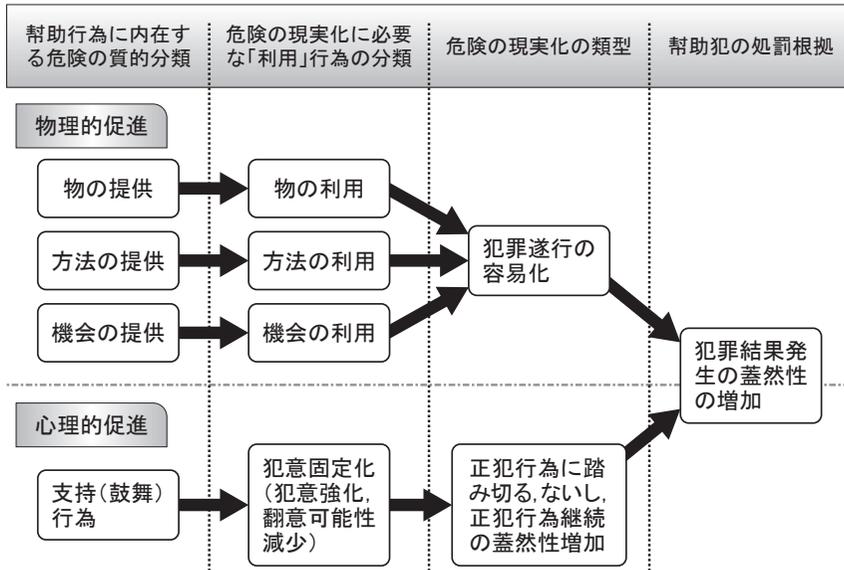
163) 関与行為前後の行動の変化等から推認可能であろう。

164) 大判大正 4 年 8 月 25 日前掲注 92) における、烏打帽子と足袋の提供では、正犯においても役に立つという認識は生じにくいらう。

ムが十分に解明されていないので、証明困難な部分はあるかもしれないが、それを理由として物理的促進の要件を緩和したり（利用だけで足りる、利用の機会を与えれば足りる、

などとする）こと、幫助犯を危険犯と捉えたりしてよいという帰結をもたらすことにはならないと思われる。

以上をまとめた図を以下で示す。



### 3 幫助の故意

#### (1) はじめに

幫助犯の故意としては、幫助行為によって正犯の構成要件的行為が促進されることの認識（幫助行為性、因果性）と、正犯による構成要件該事実実現の認識が、幫助行為時において必要である。裁判所によって違法と評価される具体的事実の認識があり、そのような状況下であれば反対動機が形成されて行為に踏み切ることが躊躇されるはずにもかかわらず、当該行為に踏み切ったということが刑事非難の対象となるのであるから、抽象的な認識では足りない。

#### (2) 具体的事実の認識

つまり、ナイフを売る者にとっては、ナイ

フで殺人を計画する客に対し、その客をなんとなく怪しいと思って、「①人を殺すために使うのではないか。②しかし、それでもよい。③この客が誰かを殺すつもりか否かなどわかるはずはないのだから。」と考えての包丁を売る行為は、原則として故意がないことになる。①は単に疑いに過ぎないが、②をもって、未必の故意を認めるのではなく、③をもって、具体的事実の認識がないことを理由に故意がないとするのが妥当である。このような考え方だと通常包丁を売る者にとっては、幫助犯の構成要件該当性、違法性が肯定されることが前提で、故意が阻却されるだけという帰結になるが、正当行為ともいえないのに違法性を阻却する理由はなく、これが正しいように思われる<sup>165)</sup>。

したがって、喧嘩をしてきたとみられる者

165) 例えば、劇薬の譲渡には条件がある。劇薬は有用であるものの、その用途は日常的ではないことが多いか

が血のついたTシャツを着て刃物の購入を申し込んできた場合には、申込者において殺人に踏み切る客観的兆候の認識（具体的事実の認識という意味で使っている）があり、（幫助の）故意ありといえる。逆に、客の意図を知っているだけで、確実に故意が認められるわけではない。つまり、客の意図も含めた、客観的兆候の認識<sup>166)</sup>が必要である。正犯が自己の犯罪計画に拘束される必然性はないから、犯罪計画の認識をメルクマールとするのではなく、正犯の犯罪傾向をも含めた客観的な兆候の認識の有無基準によって判断しなければならない。

その理由は次のとおりである。幫助犯の故意として最低限要求されるのは、正犯による構成要件該当事実実現の認識である。単独犯においては自己の行為を自己が支配するのは前提としてよいが、共犯においては、正犯が構成要件的行為に踏み切ることの蓋然性が問題となる。正犯が構成要件的行為に踏み切ることの蓋然性に対する認識こそ客観的兆候の認識といえる。正犯といえども一般的には反対動機によって犯罪行為に出ることが抑制されていることからすれば、反対動機による抑制がきかなくなる事実を具体的に認識していることが共犯には必要であると解されるが、仮に正犯が規範意識に乏しい場合<sup>167)</sup>に、このことを熟知している関与者においては、正

犯の犯罪実行計画が漠としていることを知っていたとしても、正犯が規範意識に乏しいことについての認識と併せて、関与者の故意を肯定することは可能であると思われる。

例えば、「人の効果的な殺し方」という表題で、本当に人を効果的に殺すことのできるナイフの刺し方を解説するHPを見て、当該方法を実践して人を殺した者がいる場合、上記のような意味での客観的兆候を肯定するのは相当困難である。ただし、HPの性質、掲示板での事前のやり取り等の証拠から、HPの閲覧者は不特定多数であることを前提としても、当該HPの製作者において、当該HPを見た者、ないし、見た者から当該方法を教えられた者が、当該方法を利用して人を殺すことの概括的認識（被害者の概括性と、正犯の存在についての概括性の2つが存在する）があれば、概括的故意は限定的に解されるべきであるとしても、故意ありとすべき場合がないとはいえない。ここで、念のため述べておきたいのは、概括的故意の問題は、当該提供された方法の高性能、または希少性とは関係がないということである。当該方法の高性能性や希少性は、物理的促進の証明について寄与する事実である。これに対して、故意とはあくまで、当該方法を使って誰が何をするか、の認識であり、提供された方法の性質とは関係がない<sup>168)</sup>。

ら、薬事法第47条は、「毒薬又は劇薬は、14歳未満の者その他安全な取扱いをすることについて不安があると認められる者には、交付してはならない」と定める（違反は罰則（同法第85条第2号））。刑法的観点からは、構成要件の結果惹起可能性のある物を問題にするから、例えば殺人罪との関係で売却制限をかけるべき物の範囲は、薬事法の定義する毒薬または劇薬に限られない。包丁と劇薬とで殺人罪との関係で双方に売却制限をかけることには理由がある。行動の自由が過度に阻害されるとまではいえないだろう。売買の申し込みを受けたらどんなときでも売るのが当たり前、という社会通念があるとすれば、凶器に代わる物相手の場合にはその通念自体に疑問を抱く。

また、例えば、強い卵アレルギーの人に卵製品を摂取させて死亡させようとしている正犯に卵製品を譲渡する行為も幫助犯における物理的促進といえる。卵であることが、個別に保護される生命というその人の法益を侵害する力を増すからである。卵は危険ではないという立論はおかしく、殺人罪は個人的法益を保護していることかすれば卵アレルギーの人にとっては危険である、と考えるべきである。現実には譲渡人に故意がない（少なくとも幫助者において接取者が卵アレルギーであることの認識を要するがこれがない）ことが多いだけの話である。

166) 島田・前掲注8)106-107頁。

167) 犯罪傾向とも呼べるものであるが、これは、客観的兆候の認識の一考慮要素であって、要件ではないといえる。

168) もっとも、本文のような方法の提供事例においては次のような問題がある。同じ情報を扱うHPがあつて正犯に閲覧された場合や当該HPが正犯の閲覧対象としての選択肢にある場合には促進が否定されうるので、このような状態の認識によって故意が否定されうることになる。

また、認識の具体性をどこから獲得するか、という問題もある。例えば、運送配達人が配達物の内容について、具体的に認識していることは稀であろう。一般的には、運送配達人には、運送品として記載されている物が入っていることの具体的認識ができるとしてよい場合もあろうが、それ以外の場合には、認識の具体性を肯定することは困難である。中身を見てもいないのに、送り主から「この宅配物の中身は実は拳銃なのです。」といわれたからといって、直ちに運送人に運送品が銃であることの具体的な認識を肯定することは困難だろう。冗談かもしれないし、運送人にわざわざ言うべきことでもないからである。しかし、運送人が、「銃を今来た宅配便で送った」という電話を偶然聞くなどしたときには、実際に当該銃を見なかったとしても、発言の真摯性から、事実認識の具体性を認められる場合もある。このような場合には、現実の占有の移転(譲渡)を処罰する類型の犯罪の故意が認められることになる<sup>169)</sup>。

ただし、拳銃の存在についての具体的認識が肯定された場合において、その拳銃が強盗に使われる予定であることを聞いたとしても、運送自体が強盗罪の幫助になるか否かについては、別問題である。自力で拳銃の譲渡は可能であるとすれば、拳銃の到達時点の問題に帰着されるため、原則的にはいつ拳銃が届くかという問題と、強盗罪の容易性とは関係がないことであるから、物理的促進を肯定するためには、機会の提供として機会を基礎づける事実の認識も要求されるというべきであるため、強盗罪の幫助の故意を肯定しづらいと思われる。

### (3) 促進を基礎づける事実の認識

幫助犯の故意としては、物理的促進ないし心理的促進いずれかの因果を辿って、最終的に構成要件の結果が発生することまでの認識だけでなく、促進の認識も必要である。従来の見解は、故意レベルの問題についても、信

頼の原則や、確定的故意のみの場合を処罰する等、何らかの加重要件を見出して処罰範囲を限定しようとしてきたが、「促進」について厳密に考えることにより、「促進を基礎づける事実」の認識の有無について判断することで、問題を適切に解決できる場合が多いと思われる。もっとも、取引的行為については課題が残る。

私見では、物理的促進について、より役に立つ、物、方法、役務又は機会の提供(例外的に時間の提供)を必要としている。したがって、これについての認識と、これらが利用される、又は、利用されていることの認識が必要である。

物や方法の提供については、正犯の提供された物等への利用の意思は当然に肯定される場合が多いと考えられるが、機会の提供については、当該機会を利用している認識が必要である(そうでなければ、その機会の情報は正犯の犯罪遂行に役に立っていない)。

「より役に立つ物・情報等を提供していること」の認識については、緩やかに認めてよいだろう。正犯が、関与者の物の提供を欲しているということは、客観的状況として関与者に認識されている以上、当該物と同性能の物が正犯の認識にないことにつき、客観的兆候を見出せるからである。したがって、包丁を買いにきた客に対しては、一般に当該包丁と同性能の包丁を有していないからこそ、購入を希望していると、物の提供者が認識したといえる<sup>170)</sup>。

機会の提供も同様である。正犯が、関与者に対して、「Aはいつ外出するか?」と聞いてくれば、関与者は、正犯の不知を解消するという認識の下に、情報を提供することになるだろう。ただし、機会の提供は、物や方法・役務と同時に提供される場合もあり、そのような場合は、正犯が機会の提供を欲しているのか否かについて、関与者において物や方法、役務の提供依頼を通して窺い知ること

169) 正犯になる可能性があるが、それはひとまず置いておく。

170) これは構成要件該当性阻却事由であり、刑事訴訟においては、争点形成責任、証拠提出責任等が被告人側にあるものと考えられる。

ができないので、機会の提供については、物や方法といった他の要素の提供依頼をもって、機会の提供の認識ありとしてはならない。例えば、窃盗をたくらんでいる（徒歩の）者にそうと知りながら自転車を貸す場合には、当該自転車の貸与者において、正犯は犯行現場までの移動のみに自転車をを使うという認識があるにすぎない場合には、たとえそれが客観的には機会の提供であったとしても、機会性の認識がないので故意は否定される<sup>171)</sup>。この結論は、正犯が自転車の貸与依頼をしたとしても、変わるところはない。正犯は、表面的には機会の提供を申し込んできたわけではなく、物の提供の依頼をしたにすぎないからである。機会の提供の故意が認められる例としては、正犯Yが、Aに対して、機会を基礎づける事実について述べ、自転車を貸してくれといったところ、Aはこの依頼を断ったが、これをたまたま立ち聞きしていた、Yとは面識もない関与者Xが、面白半分にYに自転車を貸したという事例があり得る。正犯からの情報取得のみで、関与者における機会の提供を基礎づける事実についての認識を容易に認めてよいか、という問題はあるものの、正犯の真摯な発言からは客観的兆候の認識として故意を認めてもよい場合はあり得る。情報源の属性は法的な要件にはならないと解する。いずれにしても、機会の提供の事実の認識を含む物理的促進の認識がなく、さらに心理的促進の認識もない場合には故意がないことになる。

ただし、結果発生に至る経緯のうちのひとつの経過について具体的に認識していれば故意を肯定できる（因果関係の錯誤は故意を阻却しない）。例えば、自宅に包丁を持っている者が、殺人の道具として包丁を買いに来た場合において、店主が、客の購入意思の表示という客観的事情から、自宅に包丁がないのだろう、と思い、包丁を提供した場合はどうか。この場合は、店主の認識とは差異がある

けれども、自宅の包丁を使うと犯罪計画が未然に発覚して妨害が入る可能性があるのでは気が全くないという事情があった場合には（主観的要素による所持の否定）、客観的な意味での物理的促進は肯定され、店主の「包丁を持っていない者に持たせた」という認識自体も相当因果関係内にあるから、正犯の殺人行為の予定について客観的兆候の認識があることを前提として、故意を肯定することができる。

幫助犯は、二次的責任類型であり、幫助犯の幫助行為時における認識と、正犯の惹起する実際の犯罪事実が異なることは日常茶飯事であると思われるが、因果関係の認識は必要であるが、因果関係の錯誤が故意を阻却しないことを念頭に考えればよいといえる。

#### (4) 今までの諸事例について故意として何が要求されるか

ここでは、故意について問題にしてきたが、前項で述べてきた、種々の提供事例において、故意として必要な認識を具体化して提示しておきたい。

まず、物の提供について述べる。それ自体法益を侵害しうる物の提供については、それが、正犯にとってより役に立つ物であることの認識（物の危険性の認識）、それを利用した侵害行為が行われること認識（物の利用の認識）があれば足りる。次に、それ自体法益を侵害する効果を有するとはいえない物の提供の提供については、その具体的な利用方法についての認識が、必要である。パンならば、正犯がパンに毒を入れて食べさせる、ということについての認識である。売春周旋幫助罪の事例については、印刷業者としては、当該印刷物の内容が売春行為に対する魅力を訴える（促進する）性質のものであるという認識をしていれば、故意もあるといえる。売春宿にワインを納入する事例（管理売春幫助の問題）では、売春宿の繁栄をどんなに意欲していたとしても、客観的促進を肯定できな

171) 多くの物を一気に運べるトラックを貸与した場合は、多くの物の占有を一気に移転することが事実上可能になるので、物理的促進を肯定でき、その認識もあることが多いだろうが、自転車では、そのような事情がないだろう。

いことが多く、故意の検討に至らず、不可罰となる。

方法の提供についても、物の提供と同様の基準であるといつてよい。

機会の提供については、①機会の情報の提供（窃盗計画者に対し、特定の家の家人が旅行にでかけていなくなることを教える行為）については、当該機会が犯罪に役に立つことを前提に（機会の危険性の認識）、その機会に合致する態様で犯罪が行われる認識（機会の利用の認識）が必要である。そして、運送事例に代表される、②機会を自覚的に利用しようとしている者に対する利用過程の促進については、正犯が自覚的に利用しようとしている機会の情報についての認識（機会の危険性の認識）と、正犯が機会性について認識していることの認識が要求される。例えば、正犯が目的地について麻薬を授受すること、そして、機会の提供として、約束の時間に間に合うように正犯が動いていることに対する認識があれば<sup>172)</sup>、幫助犯の故意を肯定できるように思われる。この認識は正犯から取得する可能性もあり、正犯の言の真摯性によっては、客観的兆候の認識を肯定しうるだろう。ただし、運送事例等で、機会性の認識が肯定されることはまれであろう。

最後に、自己物の調達可能性の問題として述べたはしご事例についてみる。関与者には、正犯が自己物としてはしごを持っていないことについて認識を緩やかに肯定してよい。ただし、①正犯が自己のはしご（同性能）をとってこられるという認識は、これだけをみると同性能のはしごを所持する正犯にはしごを渡すことになるから、関与行為による促進性を否定する事実の認識となる。ただし、この場合においても、②家人がちょうど不在である事実を正犯、関与者双方において知っていれば、①と②の事実をあわせると、機会性が肯定されるので、関与者の認識において正犯にはしごの所持を肯定できない事実を認

識していることになり、なお故意はある。結局、①だけの認識では故意はなく、①②の双方の認識があると故意がある、ということになる。

既遂到達の早期化も法益との関係で考えなければならず、実行の着手を早めることは、原則的に促進とはいえないことはすでに述べた。よって、実行の着手を早めることを認識しただけでは、促進の認識を肯定できないことに注意を要する。

最後に、より役に立つわけではない物を提供し犯罪を失敗させることを企図した行為である、物理的妨害事例における故意について検討したい。この場合、より役に立つわけではない物の提供の認識は、関与行為による促進性を否定する事実の認識であって故意を阻却する。ただ、これと同時に、心理的促進についての認識ある場合に故意が肯定されるか否かも問題となる。この場合は、心理的促進の場合には、犯罪結果発生蓋然性をゼロにする、つまり、犯罪の失敗の事実の認識があれば、心理的促進がなくなるのだから、犯罪の失敗の事実の認識（例えば、すでに警察に通報したことにより既遂前に犯罪遂行が停止するという事実の認識がある場合等）があれば、故意が阻却されることになる。

#### (5) 幫助犯の故意についてのまとめ

以上、幫助犯の故意について述べた。ここまでで一通り幫助犯の成立要件についての検討を行ったので、本稿のタイトルの一部でもある「現代的課題」として、法益侵害の拡散的増加をきたしやすいインターネット上における様々な犯罪行為と幫助犯の成立可能性の問題について、最後に検討を行っておきたい。

## IV. 幫助犯における現代的課題

### 1 はじめに

ここではⅢで述べた私見につき、その理論

172) 事実認識の具体性にどこまでのものが要求されるかには、問題がありそうであるが、約束の時間というのを、細かく何時何分とまで特定して認識している必要はないと思われる。自己の行為により、待ち合わせの時間に間に合って到着することが、機会の提供として問題であるにすぎないからである。

的妥当性を実際にあった事例を含めた事例に対してあてはめてみることで検証してみたい。特に、インターネット上における情報発信行為を取り上げ、分析してみたい。インターネット上における情報発信行為には、プログラム提供行為、サービス提供行為、インターネットそのものではなく実生活に影響を与える情報提供行為などがある。

プログラムの提供行為は、提供者が WWW 上に対象プログラムをアップロードすることである。ユーザーにおいて、提供者がアップロードしたプログラムの存在するサイトにアクセスすれば、当該ユーザーの使用しているローカルコンピュータにプログラムファイルのコピーを作って利用することができるようになる。

当該プログラムが、犯罪に供されうる性質を有する場合、当該プログラム自体が当該犯罪の実行にあたり、物理的促進の可能性をばらむものだということになる。この問題につき、「2 FLMASK 開発者事件の検討」において FLMASK 開発者事件（大阪地判平成 12 年 3 月 30 日判例集未登載（平成 9 年（わ）1619 号）<sup>173)</sup>）、「3 Winny 事件（開発者事件）の検討」において Winny 開発者事件（京都地判平成 18 年 12 月 13 日判タ 1229 号 105 頁

（有罪）<sup>174)</sup>、大阪高判平成 21 年 10 月 8 日判例集未登載（平成 19 年（う）461 号）[無罪]）における Winny というプログラムを開発した者の刑事責任、開発者以外のプログラム頒布者の刑事責任等について、そして、「4 インターネット上の掲示板の管理者の刑事責任についての検討」においてインターネット上の掲示板の管理者の刑事責任について検討してみたいと考える。

原則的に、インターネット上におけるこのようなプログラム開発者等の責任を論じるにあたっては、機会の提供ということはないといつてよいように、既遂到達の早期化についてもほとんど物理的促進を肯定できないと考えられる。

これを前提に以下検討したい。

## 2 FLMASK 開発者事件の検討

本件は、FLMASK を開発した者による、① FLMASK を利用してマスク<sup>175)</sup> をかけた画像を HP 上に提示しているアダルトサイトとの間に相互にリンクを張る行為、② マスクはずしができることを示唆する情報（「FLMASK サポート」というサイトにこのような情報がある）が掲載されている URL

173) 資料および判決文は、園田教授のホームページ上にある ([http://sonoda.e-jurist.net/data/fl\\_link02.html](http://sonoda.e-jurist.net/data/fl_link02.html), 2010 年 8 月 8 日最終検索。)

本判決の評釈がメインではないが、解説として参照すべきものとして、前田雅英「インターネットとわいせつ犯罪」ジュリ 1112 号 77 頁（1997）（特に「七わいせつ画像とマスク」（前田・同 83 頁））、山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリ 1117 号 73 頁（1997）（特に「三三リンク」（山口・同 76 頁）と「三三修正した画像と公然陳列」（山口・同 76 頁））がある。

174) 社会的には、Winny 事件を技術発展の見地（特許法の領域）からとらえると処罰すべきでないという議論が、著作権の見地（著作権法の領域）からとらえると処罰すべきとの議論が出てきうるが、最終的には、幫助犯規定の適用を前提とすれば、刑法上の幫助犯の成立範囲の問題であると考えられる。様々な見地から以下に紹介するような評釈が執筆されている。

大友信秀「著作権侵害行為の幫助的行為と刑罰規定（その 1）～（その 2・完）——いわゆる Winny 事件を契機として——」知財管理 56 巻 7 号 971 頁（2006）、56 巻 .8 号 1119 頁（2006）、石井徹哉「Winny 事件における刑法上の論点」千葉法学 19 巻 4 号 146 頁（2005）、岡村久道「Winny 開発者著作権法違反幫助事件」NBL848 号 41 頁（2007）、豊田兼彦「科学技術の開発・提供と幫助犯の成否」法セミ 629 号 124 頁（2007）、渡辺卓也「ファイル共有ソフトの提供と従犯の成否——Winny 提供事件第一審判決」法教判例セレクト 2007、29 頁（2008）、小野上真也「ファイル共有ソフトの提供につき公衆送信権侵害罪の幫助が認められた事例」法時 991 号 114 頁（2008）、園田寿「Winny の開発・提供に関する刑法的考察」刑事法ジャーナル Vol.8,54 頁（2007）、小島陽介「ファイル交換ソフト Winny の開発・提供を行った者が著作権法違反幫助罪に問われた事例」立命館法学 320 号 307 頁（2008）。

また、本稿脱稿後に、Winny 事件控訴審判決に対する数多くの評釈が発表されているが、これらについての検討は、他日を期したいと思う。

175) モザイクと言っても良い。

情報を提供する行為、③当該アダルトサイト運営者（画像にマスクをかけていた者）に本来登録料を支払わないと円滑に利用できないFLMASKのライセンスコードを付与して無償使用させた行為、がアダルトサイト運営者である正犯によるFLMASKによるマスクが付された画像の公然陳列行為の幫助になるか否かが争われた事案である。

FLMASKというのは、画像処理ソフトであり、可逆的なマスクを付加できるソフトである。FLMASK自体は、画像処理ソフトであるから、多くの適法な利用形態がある。中立的行為による幫助という観点からみると、ソフトの開発だけでなく、ソフトの提供ですら、可逆的なマスクを悪用する場合は例外的であるともいえるのである<sup>176)</sup>。しかし、FLMASK事件において裁判所はソフトの有する犯罪的意味を考慮することはなかった。このような論点自体が認識されていなかった可能性もあるが、前章で検討した通り、促進を厳しく見るという態度で足りるのであり、結果的に裁判所が、幫助犯一般の成立要件の問題としてとらえ、「他の有効な利用方法」を構成要件該当性阻却事由としてとらえていないこと自体は妥当であるといえる。

判決においては、まず、たとえ一見するとわいせつ性を失わせるのに十分なマスクが施されていても、それが可逆的なものであり、かつ、一般人を基準として容易にマスクを外し、わいせつ性を顕現させることができる場合には、外観上わいせつ性を有する物と同視できるとしている。このことから、アダルトサイトからFLMASKの使い方を書いたHPにリンクを張ることをもって同視としていることになり、プログラム開発者において、同視可能性を作出すること自体にかかわっているとみられる場合には、物理的促進を肯定し

てよいと思われる<sup>177)</sup>。なぜなら、FLMASKによる加工によって取締機関の追及を逃れやすくすることで、より長い間のわいせつ図画の公然陳列を可能にする（不特定多数の者の認識可能性の時間的増大がある）<sup>178)</sup>からである。

本件は、正犯のHPからFLMASKのHPへのリンクがなされていない、つまり、FLMASKを利用したわいせつ物公然陳列が行われているとは評価できない状況下における、幫助犯からの正犯者へのメールの中にマスクを外せる機能についての情報も含まれていた事案である。正犯はこれにより、取締機関に発覚しにくく、かつ、わいせつ図画の公然陳列を可能にする方法を取得したのであって、これは物理的促進のうちの方法の提供に当たりうる。

まず、②（マスク外しが可能であると示唆する行為）について検討してみる。大阪地裁は、1人の正犯Aについては、幫助者からのメールによってマスクはずしの方法を知ったと認定し、もう1人の正犯Bについては、すでに他のサイトで公開されている情報によってマスクはずし可能なツールであることを認識していたと認定している。したがって、Aについては、当該方法の使用方法について、通常配布されているマニュアルと比較によって明らかに簡単に手に入るものでない限りは、方法の提供による促進が肯定され、Bについては方法の提供自体については物理的促進が肯定されないことになると思われる。大阪地裁もほぼ同様の判示であり正当である。

次に、①について検討する。大阪地裁は上記のようなBについても、①の行為である相互リンクを促したことにより、因果性を肯定する。しかし、FLMASKのサイトに対す

176) 悪用する者がいたとしても、悪用者自身も、適法利用している可能性は十分にある。

177) FLMASKでマスキングした画像を提示しても、リンクがなければ同視できない。勝手にリンクを張られていても、他のサイト上のあるリンクを削除させることは不可能であるから、プログラム開発者にはリンクの削除義務は認められにくい。他の義務については、本稿では触れない。

178) インターネットにおけるデータのアップロードによるわいせつ物公然陳列罪については、刻一刻と陳列行為が行われており、これが、包括評価されると解する。この問題については、後述の名誉毀損罪において簡単に説明しているが、本稿の考察対象からは若干外れることになる。

るリンクがフリーであれば、正犯がリンクを張ること（わいせつ性作出行為）自体に何らの障害もなかったものであり、その点についての認定がないことには疑問がある。もっとも、プログラム開発者からの直接のメールにより心理的促進があったという可能性はある。また、FLMASK側からのリンクは、わいせつ性作出とは関係ないが、公然陳列されているわいせつ画像への到達可能性を高めているので、リンクの仕方にもよるが<sup>179)</sup>、これ自体も物理的促進と評価されうる行為である。

最後に、③についてみると、大阪地裁は、シェアウェアであるFLMASK登録コードの正犯に対する無償進呈をもって因果性あり、としている。大阪地裁によると、FLMASKは、試用期間後には通常の使用はできるものの、無償で使用し続ける場合にはたびたび警告メッセージが出る仕様だったという。シェアウェアにも様々なものがある<sup>180)</sup>が、既遂到達の早期化を直ちに物理的促進と認めることができないような本件<sup>181)</sup>において、このような、機能制限を伴わないシェアウェアの無償登録コードの提供はその効果において微

弱にすぎ、物理的促進になるとは考えられない。マスクはずしを示唆するようなメールのやり取りにおける、幫助犯自身からの登録コードの無償進呈の申出をもって、わいせつ物の充実化等を促していると評価し、これは犯罪行為の是認のメッセージを与えるものとして、心理的促進があるとすべきであったと考える。

### 3 Winny 開発者事件等の検討

次に、物理的促進性の判断基準について、Winny事件で問題になった、著作権侵害罪のうちの公衆送信権侵害罪の幫助について検討する。本件は、京都地裁と大阪高裁とで結論が分かれており、判断の難しさが感じられる事件である。

ここでは、間接侵害規定を欠く著作権法において間接侵害に類似する類型の行為について著作権侵害罪の幫助犯をそもそも認めるべきか<sup>182)</sup>、という知的財産法学的な考慮を要する論点には触れず<sup>183)</sup>、幫助犯規定の適用があることは前提として、理論的な観点から

179) 画像ファイルに直接リンクするのと（いわゆる「直リン」）、HPの上位階層にリンクするのでは、到達可能性の評価に差異が生じうる。直リン行為によるわいせつ物陳列罪について、片面的共同正犯ならばともかく、単独正犯とするのは、リンク先のファイルに対する編集権がないことを考えると、リンクは正犯行為を何ら支配することができない状況における単なるフリーライドにすぎないともいえ、行き過ぎの感があるが、本稿では解答を留保しておきたい。なお、高橋和之＝松井茂記編『インターネットと法（第3版）』104頁〔山中敬一〕（有斐閣、2004）も参照。

180) シェアウェアには、料金を払わないと、①機能が制限される、②起動に時間がかかる、③宣伝広告が定期的ないし継続的に画面に表示される等のプログラム上のアレンジがなされる。これは、多少不便があっても無償使用したいユーザーと有償でもよいユーザーとの差別化を図るものである。したがって、シェアウェアのライセンスを提供する行為の促進性は、シェアウェアの性質の吟味が必要な場合がある。

181) 早めに公然陳列したからといって、多くの時間、公然陳列できるとは限らない。

182) Winnyについては、著作権者においてその提供行為の差止めを民事で訴求したらどうなるか、という議論も可能である。ただ、Winnyにおいていわゆる管理支配と利益帰属を差止め客体（侵害主体）の要件とする、いわゆる「カラオケ法理」の適用を考えると、本件では被告人に利益帰属がなく、管理支配についてもWinnyにおいては分散処理が行われている以上これを肯定できず、差止めを認めることはできないということになる。刑事処罰と差止めは目的が異なるから結論がわかれうることはあり得るとしても、差止め請求権の趣旨からして、この結論を妥当と考えるかという議論もある。反対に、知的財産法におけるカラオケ法理は、関与者（場の提供者等）を侵害行為を行っている者とみなしてしまう法理（規範的同視）であるが、事実の評価としては擬制に過ぎていて（「店が歌う」などと構成されてしまう。）、私見によれば、詳しい考察は別稿で行いたい、刑事法分野においては許されない類推解釈であるという余地もあるだろう（反対、大阪地判平成6年4月12日判時1496号38頁は正犯として処罰。）。これは、店が主体となって上映することは可能であり、上映権侵害罪（著作権法第22条の2、第119条第1項）は成立しうるけれども、「客が歌う」のを「店（の管理者）が歌う」とみなすこと（擬制）はできないのではないかと、ということである。この問題については大友・前掲注173）が知的財産法からの検討を行っていて示唆に富む（特に、大友・前掲注173）1132-1133頁）。

183) ただし、小島・前掲注173)310頁-311頁に詳しい。

の幫助犯の成否の検討を行う。

### (1) 京都地裁判決の検討

まず京都地裁は判決で次のように結論付ける。

「本件では、インターネット上において Winny 等のファイル共有ソフトを利用してやりとりがなされるファイルのうちかなりの部分が著作権の対象となるもので、Winny を含むファイル共有ソフトが著作権を侵害する態様で広く利用されており、Winny が社会においても著作権侵害をしても安全なソフトとして取りざたされ、効率もよく便利な機能が備わっていたこともあって広く利用されていたという現実の利用状況の下、被告人は、そのようなファイル共有ソフト、とりわけ Winny の現実の利用状況等を認識し、新しいビジネスモデルが生まれることも期待して、Winny が上記のような態様で利用されることを認容しながら、Winny2.0 β 6.47 及び Winny2.0 β 6.6 を自己の開設したホームページ上に公開し、不特定多数の者が入手できるようにしたことが認められ、これによって Winny2.0 β 6.47 を用いて甲が、Winny2.0 β 6.6 を用いて乙が、それぞれ Winny が匿名性に優れたファイル共有ソフトであると認識したことを一つの契機としつつ、公衆送信権侵害の各実行行為に及んだことが認められるのであるから、被告人がそれらのソフトを公開して不特定多数の者が入手できるように提供した行為は、幫助犯を構成すると評価することができる。」

既に前章で述べたとおり、物理的促進として Winny の提供を考える場合、公衆送信権侵害罪の保護法益である、個別の著作物の著作権との関係を考える必要がある。Winny には様々な機能が付いており、① Winny の肝ともいえる分散型ファイル共有システム部分（誰もが送信者兼受信者になりうるという事）、②ファイル転送時の匿名性を確保す

る部分、③ Winny2 になって新設された掲示板システム、を挙げることができる。

順に検討すると、①は、ファイル共有（当然随時データの転送が行われる）を効率よく行うものであり、公衆送信権侵害を直接惹起するものである。しかし、前章で述べた私見からすれば、Winny が、他の著作権侵害可能なツールよりも役に立つソフトウェアであることが必要である。ここで、同様の結果を惹起する他のツールを現実にインストールしていないユーザーについても、ユーザーが選択肢とした他のツールが、インターネット上において送信可能化状態にあれば、そのツールを利用した場合と比較して Winny の促進性を吟味すべきである。そして、Winny が不特定多数ユーザーによる積極的な著作権侵害行為（ユーザーによって指定されたフォルダにユーザーが著作物をコピーして送信可能化状態に置くこと）を待ち、その上で著作権侵害行為を助長するツールであることを考えると、Winny が初めて配布された時点だけを取り出して考えるのは正当ではなく、しばらくしたのちの結果をも踏まえ、その著作権侵害に役に立つか否かを判断すべきである。この判断基準によれば、Winny が爆発的に利用されたこと、ユーザーの入力負担がほとんどないこと（利用しやすいこと）等からすれば、Winny は他のツールよりも役に立つ物であった<sup>184)</sup>と評価しうるだろう。しかし、Winny 自体の著作権侵害行為への強い誘引力を考慮しても、頒布開始時点において、その客観的兆候を肯定はできない<sup>185)</sup>から、その時点において故意を認めるのは困難である。この点、京都地裁の判示についてみると、開発行為自体、初回頒布行為時点において著作権侵害幫助罪を認めたわけではなく、それは正当である。

しかし、京都地裁は、Winny2 へのバージョンアップ(③)とこれの頒布という、著作権

184) 物理的促進としての「役に立つ」か否かの基準は、「正犯にとって」の基準であるから、正犯の負担（「使いやすい」の裏返し）や正犯の推定数等からの統計的データをも踏まえて認定してよいように思われる。

185) Winny は、Winny 利用者のネットワーク内におけるファイル共有システムを構築するソフトウェアであるから、複数の者が利用して初めて、公衆送信権侵害行為が可能になるものであり、開発、提供だけで、利用者が1人しかいない場合には、絶対に公衆送信権侵害は成立しない。

侵害との関係では、何らの機能的促進を伴わない行為をもって、著作権侵害幫助としていようである。以上の議論からするとバージョンアップ(③)自体は、掲示板機能の付加しかないのであるから、公衆送信権侵害との関係では物理的促進に欠ける<sup>186)</sup>のであり、裁判所の認定には賛成できない。また、過失による頒布行為等を先行行為として、被告人において著作権侵害の蔓延の事実気づいてからのWinnyやWinny2の頒布停止義務(不作為による著作権侵害幫助罪の検討)について考えてみても、被告人以外の者によるWinnyやWinny2互換のソフトウェアの頒布自体を抑制することはできないと考えられるから、結果の抑制の可能性がほとんどない場合であるともいえる。

②については、Winny事件では、法益主体やこれに準ずる者は、著作権者ないしACCS、JASRACなどの団体であって、転送されるファイルを匿名化暗号化すること、ファイルを分割伝送させる仕組み<sup>187)</sup>は、インターネット上における著作権侵害がないか随時監視したい彼らの監視能力を低下させる効力を有しており、現にそれは奏功していると思われる以上、①とあいまって物理的促進性を肯定しうるように思われる。京都地裁はこれに触れず、心理的促進の問題としている<sup>188)</sup>。しかしながら、匿名性は一般的に犯意強化力があるだろうが、心理的促進(犯意の強化、翻意の減少)を具体的に認定するのは困難であるように思われる。Winny以前の暗号化機能がないP2Pソフトも、広汎に

頒布、利用されていたことは明らかであり、そのようなユーザー相手にどの程度の心理的促進効果があるのかが明らかではないからである。物理的促進と構成したほうがよいように思われる。

本件においては、通信の暗号化技術自体は技術的に新規性のないものであったが、この機能は、法益主体の監視能力を低下させる効果を有し、これは被害の拡大を招きうるものであるから、この点で物理的促進を肯定できるようにも思われる。しかし、ファイルの転送をおこなうツールを提供するときに、ファイル送信者のプライバシーの保護を図るための措置を講ずることも、ツール開発者には当然、かつ、一般的に要請されるといえる。したがって、これを当該転送ツールに付加したこと自体による、ファイルの匿名化、暗号化による法益主体の監視能力の低下は受忍すべきであった(実質的違法性がない)と構成する余地もおおいにある。

結局は、①の性能、ソフトウェアのインタフェース面からの使いやすさ、法益の弱体化可能性を肯定しうることもあるが、その時点における被告人の認識を、WinMX等の既存のソフトウェアの利用状況に対する認識、電子掲示板や被告人のHPにおけるメッセージを参酌して、自己の開発するソフトウェアを提供した日にはそれがどのように利用されるか、ということについての、Winny1提供時のユーザーの客観的兆候に対する認識を丁寧に検討しなければならなかった事案であり<sup>189)</sup>、客観的兆候に対する認識に欠ける場

186) 確かにWinnyとWinny2の間には互換性がない。つまり、WinnyとWinny2のユーザーはお互いのファイルを交換(送受信)できない。ここは一応問題となる。例えば、Winny2でしか出回っていない著作物がある場合である。しかし、著作権侵害との関係でその性能は何ら変わらないと考えるべきだろう。性能評価の抽象化がどこまで許されるかは、当然に課題になるものだが、この点の検討は他日を期したい。

187) Winnyネットワークからダウンロードされて得られた著作物ファイルは、複数の者が有している目的のファイルの一部のデータを結合させて得られたものである可能性がある。当該複数の者においても、ファイルの全部のデータを有しているとは限らない。

188) 石井・前掲注173)143頁も、Winnyが掲示板におけるファイルの暗号化匿名化についての要望にこたえるように作られたことから、官憲の追及を免れうるとの安心感を与えたことで心理的促進になりうるとしているようである。しかし、掲示板に現にそのような要望を書いたものならばともかく、不特定多数の者が心理的に促進されたということまでは言いにくいように思われる。

189) 後述の大阪高裁判決は、この点について厳しい基準を提供したとも評しうるが、大阪高裁判決にも内在的な問題はあのように思われる。詳細は後述。

合には、概括的故意すら欠けるといえる。また、被告人が既存の著作権のモデルに対して否定的な考えを示していたという事実をもって心理的促進の故意（これは行為時点を選ばない）を認めうるのかについても問題がある。「不特定多数の者に対する著作権法違反の「扇動」ないし「あおり」<sup>190)</sup>」に過ぎない可能性があるからである。

以上からすると、Winny2を提供したから罰するというのは妥当ではないと考える<sup>191)</sup>。

## (2) 大阪高裁判決の検討

次に、大阪高裁判決を検討する。

大阪高裁の判決要旨は次のとおりである。幫助犯の理論的な考え方の部分について、紹介したい。

まず、「インターネット上のソフト提供で成立する幫助犯はこれまでにない新しい類型で、刑事罰を科するには慎重な検討を要する。」としたうえで、次の客観面、主観面の2点において、原判決を批判する。

すなわち、客観面として、「「Winnyの現実の利用状況等を認識し、認容しながら」といっても、Winnyは平成14年5月6日に最初にインターネット上で公開・提供されてから、何度も改良（ヴァージョンアップ）を重ねて、その都度公開・提供をしてきて、平成15年9月に本件に至るのであるが、最初の公開・提供の時から幫助犯が成立するというのではないとして、その約1年4か月の間、どの時点から、どのヴァージョンのWinnyの提供から幫助犯が成立するに至ることになるのかが原判決の基準では判然としない。」

次に、主観面として、「違法性を有するか否かは、「提供する際の主観的態様如何による」といって、その認定に、被告人と姉との間で送受信された私的なメール内容や本件Winnyを提供した行為の後のWinnyホームページでの「Winnyの将来展望について」の被告人の発言をも根拠としているが、技術それ自体が価値中立のものであるWinnyの

提供はインターネット上の行為として行われるのであるから、いかなる主観的意図の下に開発されたとしても、主観的意図がインターネット上において明らかにされることが必要か否か、またその時期について、原判決の基準では判然としない。」

そして、Winnyを価値中立的なソフトと認定した上で、本稿の論点に関するものとして、次のように述べる。

「一般に中立行為による幫助犯の成立につき、正犯の行為について、客観的に、正犯が犯罪行為に従事しようとしていることが示され、助力提供者もそれを知っている場合に、助力提供の行為は刑法に規定される幫助行為であると評価することができるが、これとは逆に、助力提供者が、正犯がいかにもその助力行為を運用するのかわからない場合、又はその助力行為が犯罪に利用される可能性があると認識しているだけの場合には、その助力行為は、なお刑法に規定する幫助犯であると評価することはできないというべきである。しかも、開発したソフトをインターネット上で公開して提供するということは、不特定多数の者に提供することであり、提供者はソフトをダウンロードした者を把握することができず、その者がソフトを用いて違法行為をしようとしているか否かを把握することもできないのに、提供者は、インターネット上で不特定多数の者との共犯の責任を問われることになり、価値中立のソフトを提供した行為について、幫助犯の成立を認めることとなれば、幫助犯の公訴時効は正犯の行為が終わった時から進行することから、そのソフトが存在する限り、そのソフトを用いて違法行為をする正犯者が出てくる限り、ソフトの提供者は、刑事上の責任を時期を問わず無限に問われることとなる。これらの点にかんがみると、価値中立のソフトをインターネット上で提供する行為に対して幫助犯として刑事責任を問うことは慎重でなければならない。したがって、価値中立のソフトをインターネット

190) 園田・前掲注173)61頁。

191) もっとも、Winny2からWinnyの世界に入った正犯を見つけてくるという手法は考えられる。

上で提供することが、正犯の実行行為を容易ならしめたといえるためには、ソフトの提供者が不特定多数の者のうちには違法行為をする音が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上に、ソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めてソフトを提供する場合に幫助犯が成立すると解すべきである。」と。そして、被告人には「誰がウィニーをダウンロードしたか把握できず、その人が著作権法違反の行為をしようとしているかどうか分からない。価値中立のソフトをネット上で提供することが正犯の実行行為を容易にさせるためにはソフトの提供者が違法行為をする人が出ることを認識しているだけでは足りず、それ以上にソフトを違法行為のみに使用させるように勧めて提供する場合には幫助犯が成立する。」(この段落で紹介した部分を、「大阪高裁判理」とする。)

最後に、当てはめとして、次のように言う。

「被告人は Winny をネットで公開した際、著作権侵害をする者が出る可能性を認識し、「これらのソフトにより違法なファイルをやりとりしないようお願いします」と著作権侵害をしないよう注意喚起している。」

「また、被告は02年10月14日には「コンテンツに課金可能なシステムに持ってゆく」などと著作権の課金システムについても発言しており、ウィニーを著作権侵害の用途のみに使用させるよう提供したとは認められない。」

「被告人は価値中立のソフトであるウィニーをネットで公開した際、著作権侵害をする者が出る可能性は認識していたが、著作権侵害のみに提供したとは認められず、幫助犯の成立は認められない。」

ここでは理論的な検討を行いたいが、ま

ず、大阪高裁は、中立的行為による幫助の解釈における、中立的行為に特別の基準を適用して解決しようという、2段階アプローチを採用しているものと思われる。処罰範囲の限定自体に賛同はできるが、2段階アプローチそれ自体には賛同できないということはすでに述べた。

次に、インターネット上の幫助犯に関する解釈基準が通常の幫助犯に関するそれと異なる理由が明らかでない。確かに、インターネットにおけるファイルの提供の特質は、ダウンロード者による、ダウンロード依頼ともいえる信号をファイルがアップロードされているサーバに送信する必要がある、それはアップロード者のアップロードの時点とは大いに異なる可能性が高い。その意味では、(有体物の売買等の)合意による占有の移転とは異なり、一見して、プログラムに対する「占有」移転自体は、むしろ直接的にはアップロード者ではなく、ダウンロード者が主体的に行っているとすら言いうる。しかし、これは、「好きなだけ持って行ってくれ」といって、公共の場所にたくさんの道具を置いておくこと<sup>192)</sup><sup>193)</sup>と同じことであり、成立要件に特別な修正をきたすようなものではないように思われる。要するに、誰がいつダウンロードするかわからないインターネットの構造上の問題は、故意を肯定しにくくなるだけの問題のように思われる。

したがって、インターネット上か否か、という事実概念に関する問題が、なぜ基準を変えるべき問題なのかについて論証を要するといえる。

次に、本判決は、バージョンの問題について、Winnyの特性<sup>194)</sup>を十分に把握しないでWinny2の頒布をもって幫助行為と特定した原判決の弱点を突いており、その点は、結論において正当である。ただ、より詳細に検

192) 情報と異なり、有体物は、重疊的占有がかなわないために、コストがかかる。ゆえに、本文のような状況が生まれにくいといえるが、これは解釈論を変容させるものではなく、事実的な問題に過ぎないと解される。

193) さらに、このような場合には、提供行為自体が継続しているといえ、アップロード行為のみを提供と考えるべきではない。

194) どういう機能がいつのバージョンで付加されたか、初回公開バージョンでどのレベルの機能が付いていたか、ということ。

討したい。

大阪高裁法理は、Winnyの利用者による犯罪行為開始についての把握不能を前提に、「ソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めてソフトを提供する場合に」と処罰範囲を限定するものであるが<sup>195)</sup>、上記把握不能性について、インターネット上の幫助犯ゆえにこれが基礎づけられているとするならば、把握可能性とソフトの利用法に内在する違法性とを相関的に理解した幫助犯の限界の基準を採用している可能性がある。すなわち、誰が何をするか関与行為者において把握できる状態では、物をただ提供するだけで足りるが、典型的に誰が何をするかがわからないと認められる状況においては、違法な利用法のみを促す形での提供を処罰すべきである、とするものである。

しかし、被提供物を利用して誰が何をするか関与行為者からみてわかるか否かの問題は本来幫助犯の故意の問題のはずである。これを理由づけにして、幫助犯の客観的要件を修正するには、さらなる理由づけが必要なように思われる。

また、大阪高裁法理によると可罰的になりうる「違法な利用法のみ(または「主として」)提供」することは、本稿の立場からすると、物理的促進のうちの方法の提供の問題のようにも考えられる<sup>196)</sup>。ただし、Winnyの利用法の重要な部分は、ファイル共有の方法に尽

き、共有対象が著作物か否か、とは別の問題としても捉えることもできる<sup>197)</sup>。つまり、著作物である特定のソフトウェアのプログラムファイルを共有する方法を書けば、違法な利用法といいうるが、単純なファイルの共有方法に過ぎない場合には、大阪高裁法理を前提とすると、違法と断言しづらいものである<sup>198)</sup>。結局、Winnyというソフトウェア自体の提供(物の提供)として考えることと、Winnyを利用して、〇〇ということができる、というような方法の提供として考えても、「のみ」や「主要な」の問題は共通して存在するものといえる。正犯になりうる者を正犯へ誘導する効果のある要素(因果関係の相当性が肯定されやすくなる要素)として考えたほうがよいものと思われる<sup>199)</sup>。

問題は、違法な利用と適法な利用が考えられる物を提供する場合において、適法な利用法を教示しただけでは、正犯が違法に利用することを知っていれば、幫助犯の成立を否定しないと思われるのに、なぜ、Winnyだとこの法理が許されるのか、であるが、(事実上、故意を認めにくくなること以上の<sup>200)</sup>201) 答えは得られていないように思われる。

結局、大阪高裁法理では、違法行為と適法行為をあわせて教示している場合には、実際に具体的に著作権侵害行為を行う者が存在し、これを関与行為者において認識していたとしても<sup>202)</sup>、「のみ」や「主要な」の要件を満たさずに、処罰されなくなるのが問題

195) もちろん、実際にWinnyの利用により著作権侵害行為がなされたことが必要である(実行従属性)。

196) 物の提供と方法の提供は独立の基準と考えたいが、大阪高判は、これを混合した基準を考えている可能性がある。それは、物、方法を個別にみると、単体では「より役に立つ」をかりうじて満たさないが、総合的にみると、みたく場合があるのではないか、という可能性である。法律上、物と方法が分けて規定されているわけではないので、そのような考え方も当然あり得るが、なお考えたいと思う。

197) 独自のノウハウと関係なく、何を共有しようと、何ら困難性が変わらないからである。この点については、方法の提供、特に、コピー機の事例を参照。

198) そもそも、Winnyは、方法の提供を要するほどの複雑な操作を要するソフトとは言い難い。

199) その結果、相当因果関係を有する事実経過の認識も容易になり、故意が肯定されやすくなる。

200) ロクシン説からみれば「信頼の原則」だろうが、島田説や本稿からみれば、「客観的兆候がないことが多い」ということになる。

201) 本稿では事実認定の問題に強く踏み込む気はないが、「〇〇という違法な利用をするな」というソフトウェア提供者による警告メッセージが、警告された行為の具体性、実現容易性によっては、〇〇という違法な利用法を(事実上)教示していることにもなり得ることに注意を要すると思われる。この点については、大阪高裁は、他の事実も摘示し、故意を否定する要素として評価したものと思われる。

202) それが、関与者と正犯の間で面識のない者であったとしても、インターネットのフリーメールや掲示板等

とならざるを得ない<sup>203</sup>。この問題については、ロクシン説への疑問と同種の疑問を持つ。

ただし、処罰範囲の限定の方向性自体は、賛同でき<sup>204</sup>、これを、如何に綿密にしていくなかは今後の課題とも言え、それに対する一定の見解は本稿ですでに示したとおりである。

### (3) 技術の周辺に位置する者についての検討

Winnyの開発者については以上である。

ここからは、補足的にWinnyの技術を知らしめることに貢献する者（第三者によるWinnyの頒布、Winnyの利用方法の提供等、Winny技術の普及、流通に一役買っていると評価される者）の刑事責任についても触れておきたい。このような考察は、Winny以外の場面でも参考になるだろう。

#### ① 第三者によるソフトウェアのアップロード行為

開発者ではない第三者（Winnyのユーザー）が、Winnyのユーザーを新たに開拓しようとして<sup>205</sup>、開発者の許諾を得ずにWinnyを自己のHPにアップロードして頒布（提供）していた場合はどうなるか。

京都地裁の判示によれば、促進は肯定されることのできるソフトで現に著作権侵害が広く行われていることの認識、認容があれば、故

意も肯定されるように読める。京都地裁の理解からはこれで正しいのかも知れない（Winnyをアップロードした者は皆、幫助犯の客観的要件を満たす）。

また、大阪高裁の判示によれば、幫助が肯定される場合もある、ということになるか。ただ、開発者でない者に関しては、射程外の問題ともいえるので、注意を要する。

本稿の考え方からは、開発者がプログラムを提供している状態があることを前提とすると、第三者がプログラムをアップロードしているだけでは当該第三者は実質的に見てミラーサーバ<sup>206</sup>の機能しか果たしておらず、開発者の提供行為以上に「より役に立つ」ことを何らしていないので、促進が否定されるようにも思われる<sup>207</sup>。当該第三者が著作権侵害を蔓延させてやろうという目的を持っていたとしてもこれを促進関係の成否で考慮してはならないと考えるほかないと思われる。

#### ② 雑誌やHP等での当該ソフトの情報提供行為

では、Winnyを利用した著作権侵害の方法を雑誌やHP等で伝達する行為について、Winnyを利用した著作権侵害幫助を構成するのか。Winny開発者事件においては、被告人のHPにはWinnyの使い方についてのガイドはほとんどなかったといってよい。したがって、標準のマニュアルのないソフトウェアであって、パソコン初心者にとって

でやりとりがあった場合にどうか、という問題もある。つまり、インターネットにおける特殊性が妥当しないから、通常の法理が妥当する、とは言えず、すべてインターネット上で完結している場合の法律による対処法が問題になっている場合である。

203) その意味では、違法な利用と適法な利用の相対的な観念で考えるべきではなく、違法な利用の可能性が無視できない程度に達しているか否かの基準を採用し、その下位基準を考察したほうがよい。

204) 本件事案においては、大阪高裁法理のような限定により、無罪という結論が出たと評価しうる。ただ、限定のしすぎではないか、ともいえるのである。

205) ユーザーが増えると、共有されるファイルは増えるという相関関係はあり、他のユーザーを誘引するインセンティブは強い。

206) メインサーバのダウンに備えて、同じ内容のファイルをアップロードしておくサーバのこと。

207) さらにもう一つ条件として、開発者のサイトにアクセスが集中して開発者のサイトからのダウンロードが「困難」であったとしても、その困難さは、早期ダウンロードが困難であるにすぎず、ダウンロード自体の不可能を意味するものではないから、開発者以外の他者によるプログラムファイルの公開はダウンロードを早期化させるだけにすぎないことになり、本稿の理解からは促進とはいえない。他方、開発者が、特定少数の者にしかダウンロードさせない形態でサーバにファイルをアップロードしていた場合に、開発者がダウンロードを認めていない者にダウンロード可能な状態を設定する行為は、それがなくと犯罪行為をできない以上、促進というべきである。

は、Winnyの使い方を手取り足取り教えるサイトを作って公開し情報提供することも物理的促進のうちの方法の提供にあたりうる行為ではある。ただし、Winnyの性質上、客観的に見て、ユーザーがなすべきことはほとんどないことも考えると、提供された方法に促進力があるとするには躊躇を覚える。しかし、正犯を逮捕するなどして、取調べているときに、正犯において最初にこの手のツールを知った雑誌を覚えていて、その雑誌を読んだことでWinny等のツールに魅力を感じ著作権侵害の道に引きずり込まれたことが立証された場合には、当該雑誌のライターやHP製作者には、記事の内容にもよるが、概括的故意による教唆犯や幫助犯の罪責を問うこともありえないことではないように思われる<sup>208)</sup>。さらに、著作権侵害の方法の書いてある雑誌を販売する書店の従業員についても考えてみると、著作権侵害への誘引力の強い雑誌を販売する書店の従業員は、販売義務、本の販売というルーチンワークゆえに構成要件該当性ないし違法性がない<sup>209)</sup>というのではなく、わいせつ物と異なり本の内容を十分に理解できないがゆえに正犯の具体的事実や促進の故意を肯定できないことが多いだけのようと思われる<sup>210)</sup>。

#### 4 インターネット上の掲示板の管理者の刑事責任についての検討

電子掲示板は、迅速なコミュニケーションを行うための不可欠なインフラと化しつつあるが、提示される情報の性質、内容によっては法的問題になることがあり、刑法の観点からすると、掲示板設置者、管理者の刑法上の責任も問題になる。

一時期は、プロバイダの責任が問題になっていたが、昨今は、電子掲示板の内容をよく把握しうる電子掲示板の管理者（以下、「管理者」と略記することがある。）の責任が問題になってきている。プロバイダやサーバ管理者<sup>211)</sup>には、保障人的地位を肯定しにくく、そうであれば、原則的には不可罰となるだろう。しかし、積極的な協力意思の表明ととれる行為を管理者側が行えば幫助犯が成立することはある<sup>212)</sup>。

一方、電子掲示板管理者の刑事責任が問題になるのは、書き込みの内容を把握しやすい立場にあることが影響していると思われる。

掲示板管理者が、アップロード者とともに共同正犯になるならともかく、（不作為の）単独正犯になるというのであれば、結論の正当性からも、正犯性の議論からしても重大な問題をはらんでいるが、本稿ではこの点につ

208) ただし、概括的故意といえども何らかの形で限定された範囲の者に対する認識であるから、ほとんど認められないだろう。

209) これではわいせつ物販売罪（刑法第175条）の処罰範囲が著しく狭くなって不当である。

210) 本屋の店員がWinnyに詳しく、自分の店にきた友達に本を紹介してやった場合には、本の紹介程度は本屋の業務の一貫であると考えれば、職業的行為の枠を出ていないが、物理的促進（方法が記載された物の提供）になりうる場合はあるように思われる。

211) サーバ管理者が掲示板も管理していることはあろうが、分けて書いておく。

212) ただし、その成立範囲は本稿の枠組みからは限定されよう。サーバ管理会社の役員が、日本音楽著作権協会（JASRAC）などの許諾がない楽曲の配信を行うサイトの開設者に対してHPスペースを提供する行為は公衆送信権侵害幫助になるか。スペース提供時に故意があれば、アップロードスペースという不可欠なインフラを提供したことにより物理的促進による幫助が肯定される。しかし、提供時には故意がなく、その後、犯罪行為をしやすいうようにサーバの仕様を変更したのであれば、変更内容に応じて物理的促進が肯定されることがあるにすぎない。例えば、転送速度を向上させたとしても、それは早期化の問題に帰着され、サーバ管理者には物理的促進としては帰責できない。他方、容量の増加は、アップロード可能楽曲数を増加させ、単位楽曲あたりのアップロード時間を相対的に増加させるから、物理的促進になるが、容量の増加時に故意が必要である。もっとも、正犯のアップロード行為（送信可能化行為）を正当視する行為があったとして、正犯を心理的に促進したという構成も可能である。人的関係が遠くても、正犯に割り当てられているサーバ容量を何の理由もなく増加させてやるなどすれば、心理的促進になりうる。

いては割愛する。

幫助犯性を考えるにしても、どのような考え方が妥当だろうか。掲示板管理者は、原則的に、掲示板設置時には、掲示板を利用した正犯の犯罪行為の具体的な認識がないといえるから、正犯による犯罪行為が行われたことを知ったのちに、どう行動することで刑事責任を問われてしまうのか、という観点からの検討となる。

最初の問題は、掲示板を利用した犯罪の継続性である。ここでは、争いはあるけれども、名誉棄損の書き込みをした本人、わいせつ画像をアップロードした本人には、それ自体犯罪行為である先行行為の存在、容易に削除が可能であるということをもって、削除義務（作為義務）が認められることを前提として考えたい<sup>213)</sup>。そうすると、書き込みやアップロードを行った正犯には、不作為犯的な構成で削除義務違反を理由とした、先行行為と同一の犯罪が継続して成立しているとみる余地があることになる。

幫助犯の成立を検討するにあたっては、このような削除義務違反を促進したか否かという観点（不作為犯に対する共犯）から、その解決が図られることになる。管理者権限を行使して既にアップロードされたデータに関する編集権限を剥奪した場合に、不作為犯に対

する作為による物理的促進を認めることができるが、実際に問題になるのは、書き込み内容を認識しての放置行為（不作為犯に対する不作為による共犯）である。

この問題は、放置行為を促進したか検討する以前の問題として、掲示板設置行為が、正犯の書き込み自体（作為）を促進していないか考えるべきであろう。まず、匿名性の高い掲示板の設置行為は、掲示板自体が情報発信に不可欠であるから、物理的促進自体はある<sup>214)</sup>。また、匿名機能<sup>215)</sup>から、掲示板管理者による、犯罪行為である名誉毀損的内容を有する書き込みを是認するものである、というメッセージを正犯が受け取れば、心理的促進もあり得る。その意味で、掲示板設置行為は、客観的に見れば幫助行為としての危険を孕む行為ではある。ただ、設置行為が問題になる場合には、その時点での正犯の具体的な犯罪事実についての故意が必要であるから<sup>216)</sup>、事前の通謀等がない限り、設置行為自体をもって共犯の罪責を問うことは難しい。

次に、違法な書き込みやアップロードがなされた掲示板を放置する行為について考える。

掲示板設置行為という促進効果を有する先行行為から直ちに保障人的地位を認めるのは困難であるし<sup>217)</sup>、作為義務の内容確定も極

213) 当該犯罪を継続犯と捉えればこのような解釈は不要だろうが、継続犯か状態犯かは犯罪名によって典型的に決まるものでもないし、名誉毀損罪を常に継続犯とすると名誉を毀損する本が発行された場合には本が店頭にある間中犯罪が継続することになり不当であること（山口厚「判批」重判平成17年度（ジュリ臨増1313号）158頁、159頁（2006））は確かである。ただ、具体的事案に応じた実行行為の継続を考えることは可能だと思われる（佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号15頁、18頁（1994））。上述の本屋の事例については、本媒体での頒布に対する支配可能性を欠き、作為可能性を要件とする作為義務がないので、犯罪も終了したといえるだろう。したがって、キャッシュについても同様に支配可能性がないと考えられるだろう。投稿した記事が投稿した場所に残っていたことを問題視して犯罪の継続を肯定しようとする見解（岡田好史「インターネット上における名誉毀損について」専修法学論集創刊100号記念号143頁、153頁（2007））もあり、具体的事案に応じて危険を消滅させる義務の履行が可能か否かの観点からも、この問題意識は重要だと思われる。

214) 他の掲示板に書き込むことが可能だったということは考えない。

215) 書き込み者が誰であるかわかりにくくということ自体は、訴追可能性、損害賠償責任追及の可能性等の問題であって、当該犯罪の法益との関係からいって、物理的促進の問題とは異なる。先述したが、本稿の立場は、鳥打帽子で顔を隠しても強盗の物理的促進とは呼べない、というものである。

216) 設置と管理とは別の意味を持つ言葉だから設置行為が続いているとは考えづらい。作為義務の問題が生じないので犯行の継続の問題とは異なる。

217) 先行行為（危険な行為であれば足り違法適法を問わない）を要件とする学説はとりにくいだろう。保障人的地位の問題は作為義務を検討する時点における法益に対する影響力がどの程度あるかの問題であり（言い換えれば因果過程に対する支配である）、先行行為は判断要素（間接事実）にすぎないように思われる。

めて難しい。

それでも、削除義務について簡単に検討する。この問題は、2つの側面からの考察となる。1つは、自宅の塀に落書きされたときと異なり、掲示板の発言を削除可能な者は書き込み者である正犯と管理者しかいない場合が多いこと、もう1つは、管理者の削除権行使による管理者自身の法的リスクの問題である。

確かに掲示板管理者には一定の管理権の行使としての編集権はあるだろう。ただ、皆が書き込めるようにスペースを開放している以上、私的な場所であっても表現の場として使われる場（パブリックフォーラム）の管理としての削除権の行使は慎重にならざるを得ない。その上、名誉毀損発言か否かの判断は困難な場合も多いし（特にインターネット上においては、相手との非対面性、相手の言論の非可聴性ゆえに双方が冷静さを失いやすく直ちに名誉毀損とは評価されない可能性もある<sup>218)</sup>）、当該書き込みには著作権も発生しうるので、無断削除自体が逆に違法と評価されかねない。このように考えると、刑法上、削除義務を認められる場合というのはないかもしれないが、相当に限定する解釈が必要であり、民事事件の例のように<sup>219)</sup>、安易に「条理上の削除義務」を認めるべきではないと考える。現状においては、管理者に対する人格権等に基づく特定の書き込みの削除請求が通ることで、管理者の義務は十分果たされたという場合が多いように思われる。

そこで私見としては、刑事事件を考えるうえで、管理者が削除により負うことになる法的リスクに配慮することで<sup>220)</sup>、直ちに削除義務を肯定すべきではなく、問題のある書き込みを行った、削除義務が直接肯定される正犯に対する警告義務をまず肯定し、正犯が警告内容に従うことに同意したにもかかわらず相当期間以内に削除されない場合<sup>221)</sup>には、無断で削除されない利益が放棄され管理者が法的リスクを負わなくなったことの反射的效果として管理者に削除義務を肯定できると考えたい。しかし、このような義務を演繹的に導けるのかにはかなり問題がある（つまり、単なる事実の評価に過ぎないのかもしれない）ので、これ以上本稿では詳論しないことにする。

本稿では、主にある一定の義務を仮定した上での、促進関係の判断を行いたい。この問題は、事案に応じて次のような義務を観念できるだろう。それは、①正犯（書き込み者）への警告義務（その内容も、書き込み者に対して直接警告するか、当該掲示板における広告でよいとするか、も問題となる）、②①のプロセスを通すかとは別に当該問題のある書き込みを削除する義務、である。すでに述べたとおり、刑法上削除義務（②）は直ちには認めにくい（ただし、削除義務が認められれば削除しないこと自体は促進といつてよい）と考えるので、基本的には警告義務（①）の不履行による促進関係について考えてみたい<sup>222)</sup>。

218) 園田寿「サイバー刑事法の動向の課題」刑法雑誌 45 巻 1 号 105 頁, 109-110 頁参照 (2005)。

219) 民事事件として、東京地判平成 14 年 6 月 26 日判時 1810 号 78 頁（控訴審（東京高判平成 14 年 12 月 25 日判時 1816 号 52 頁）も控訴棄却）、東京地判平成 16 年 3 月 16 日判例集未掲載（平成 15 年（ワ）6370 号）の 2 件がある。これらはいずれも掲示板管理者に対する損害賠償請求だけでなく、掲示板管理者に対する削除請求も肯定したものである。

220) 不作為犯の要件には作為の容易性も必要である。したがって、ある特定の行為をするにはリスクが伴う場合には当該行為については作為義務を負わない（林・前掲注 25150 頁参照）。リスクの性質については、事実上のものであるか、法律上のものであるかを問わないだろう。

221) 正犯からの応答がない場合、正犯に帰責する事由により連絡が取れない場合には黙示の同意と構成する。

222) このような議論自体は、今後法律やガイドライン等によって作為義務の根拠となるようなものが規定されることになれば、意味がないわけではないと考える。ただし、本稿の立場からすると（違法の相対性について前述の職業的相当性説の項参照）、その規定から直ちに作為義務肯定の判断をするためには、（拘束力をどこまで認めうるかの問題は別として、）問題になる犯罪の規定と密接な関連性（例えば、刑法〇条違反が問題になる局面における△△者の行動指針に関するガイドライン等）が必要と解される。

まず、物理的促進について考える。物理的促進というためには、正犯の作為義務の履行を困難にすればよい、つまり、削除を困難にすればよいが、基本的には掲示板の仕様を変えなければ、放置により削除が困難になることはなく、物理的促進にもならないといわざるを得ない<sup>223)</sup>。これは、警告するか否かで変わるところはない。ただし、問題の記事が過去ログ等に流れてしまい、正犯にも削除が不可能になり、それが公開されている場合には、管理者による公開と評価されることになるだろう。この問題は、促進というよりは、このような書き込んだ本人でも削除できない過去ログを公開する、という仕様（排他的支配を与える仕様）を自ら採用したことにより、正犯としての作為義務が生じると解する。

この問題は、次のような問題とパラレルに考えてもよいかもしれない<sup>224)</sup>。

(ア) ホールを貸して講演をするとき、ホール管理者において、講演内容が名誉毀損になると知って、ホールでの講演により多くの人に講演内容を聞いてもらうようにすれば、「より役に立つ」物の提供（場所の提供）としての物理的促進は肯定される（掲示板設置行為に対応）。

(イ) 管理者は、ホールを貸したときには、講演内容に名誉毀損部分があることを知らなかったが、管理者には、講演中に名誉毀損的発言に気付いたとしても、講演者の講演を制止しなくてよい。なぜなら、他者の言論を強制的に差し止めることまで私人間で簡単に肯定すべきではないからである。強制的に差し止めることは正当防衛等の理由で適法かも知れないが、だからといって差し止めないことが違法になるわけではない（掲示板管理懈怠，幫助犯の問題）。

(ウ) ホールでの名誉毀損発言を含む講演が終了したのちに、そのホールにおけるサービスとして、ホールの利用状況や宣伝のために、自動的に利用状況を録画し、インターネット上において再放送するようなシステムを組んでいた場合には、この再放送については、インターネット上の再放送はホール管理者が行っている（名誉毀損行為の主体が変更された、掲示板管理懈怠，不作為正犯の問題）、と評価される。

物理的促進においては以上であるが、心理的促進についても検討する。

警告義務（①）の履行によって、削除が促される可能性はある。しかし、警告が、現実には到達しなければ削除が促される可能性すらないのであり、その点の考慮が不可欠だろう。また、掲示板管理者の広範な管理権限（自由な削除，自由な編集等）を考慮すると、管理権限の不行使と、管理者の他の行為を総合的に評価して心理的促進と評価される場合はある。ただ、管理者の態度が正犯の不削除行為（構成要件的行為）を支持していると正犯において認識しなければならないから、管理権限の不行使の事実だけでは足りない。管理者の他の言動をも考慮して具体的に考えるしかない問題だと考える。

## 5 現代的課題についてのまとめ

以上、現代的課題として、インターネット上における幫助の問題について各論的に考察した。インターネット上における犯罪は、被害が大きいうえに、一旦発生した被害を治癒することが困難な点で当罰性が高いと考えられがちであり、それ自体は正当である。ただし、正犯による、便利な技術の悪用により、当該技術の提供を行った者が直ちに幫助犯と

223) 不作為による物理的促進を認められるのは、もともと正犯にとって削除しにくい仕様であった場合に（削除ボタンがない場合とか、削除したいときに書き込み時に自己が入力したパスワードを再入力しないとけない仕様になっている場合とか）があり得る〔掲示板に書き込むときのパスワードは経験則的に忘れやすい〕、これを改善する義務（容易に削除できるような仕様に変更する義務）を認めた場合に限られるだろう。

224) もちろん、現実の物理的な状態のアナロジーで捉えること自体の正当性には疑問はある。

して処罰されるか否かは、その技術の性質を保護法益との関係において分析したうえで慎重に考えなければならない。

## V. 終わりに

本稿では、主に直線的な幫助形態について、その成立要件について考察した。他方、取引行為の正当性（取引自由の原則等）が問題になる場合についての考察は不十分である。この点については将来の課題としたい。

本稿のアプローチは、つまるところ、従来の因果性判断の精緻化である。その点で、先行研究として同様のアプローチを採られた島田准教授の研究成果に負うところは大きい。

本稿では、最終的には、具体的な事例における当てはめ段階において、考慮されるべき要素とそうでない要素を峻別したのちに、考慮されるべき要素をどのように考慮するかがポイントとなってくるが、その指針を示したものと考えている。

本稿でも採用した客観的帰属論の見地からすれば、因果性判断の要件としては危険創出と危険実現なのであるが、その点を、幫助犯の成立要件のレベルで、より役に立つ物等の提供と提供された物等の利用として、アレンジ、展開したものが私見である。

客観的帰属の判断の具体化としても、提供と利用の間には様々な社会的事実が介入してくる可能性があるが、これをどう考えるかも問題であった。これについては、幫助的寄与は様々なタイミングで行われるものであること自体を認めただうで、その過程を精緻に分析していくアプローチをとった。つまり、幫助行為がその性質上正犯結果に結びつきうるということと、正犯結果が発生したことのみを対象とする、断片的な事実分析により因果性を肯定するのではなく、客観的な因果過程の連続的な分析に重きを置いて考察をすべきだと考え、様々な事例についてこれを行った。その具体的な帰結については、各章においてまとめている。

最後に、現代的課題としてインターネットにおける幫助犯のありかたについて論じてみたが、不作為犯や正犯性の問題が絡む局面も

大いにあり、本稿の目的の範囲を超える部分もある。その意味で未解決の課題は残されているといえる。

とはいえ、幫助の因果性の観点からの議論として、一定の帰結を提示できたのではないかと考えている。

## 謝辞

本稿は、筆者が、法科大学院3年次において、佐伯仁志教授に指導をお願いして執筆したりサーチペーパーに、適宜加筆修正を施したものである。

佐伯教授からは、適確、かつ、考えさせられる貴重なご指摘をたくさん賜うことができ、それをもとに再考察した部分も加えて本稿となっている。

もちろん、本稿についての責任がすべて筆者にあるのは当然であり、いまだ未熟ともいえる論稿ではあるが、佐伯教授のご指摘がなければ、現在の完成度にも至らなかったという意味で、ここで感謝の意を表したいと思う。

(にしがい・よしあき)

論説

# 日本の裁判所における国際人権法 ——国内適用論の再構成——

2009年4月入学

松田浩道

## I. 序

- 1 目的
- 2 問題の所在—国際人権法の適用とは
  - (1) 従来の学説
  - (2) 課題

## II. 国際法「適用」の意義と手法—三段論法に基づく整理

- 1 「適用」の意義
  - (1) 法律の適用（狭義の直接適用）
  - (2) 憲法の適用（司法審査）
  - (3) 学説対立の解消へ
  - (4) 本稿の用語法
- 2 「間接適用」の意義
- 3 国際法の適用手法

## III. 2つの適合解釈—私人間効力論の日独比較

- 1 ドイツ—保護義務論と照射効
- 2 日本—「無効力説に近い間接効力説」あるいは無効力裁量説
- 3 小括

## IV. 国内裁判所における国際法—アメリカ・EUとの比較

- 1 アメリカの self-executing 理論
- 2 EU—直接効果と間接効果
- 3 日本における国際人権訴訟の裁判例

- (1) 狭義の直接適用が主張された事例
  - ・シベリア抑留事件東京高裁判決
- (2) 司法審査がなされた事例
  - ・大麻取締法違反、関税違反事件東京高裁判決
  - ・二風谷ダム事件札幌地裁判決
  - ・受刑者接見妨害国家賠償事件徳島地裁判決
  - ・指紋押なつ拒否事件大阪高裁判決
- (3) 裁量的な適合解釈がなされた事例
  - ・小樽公衆浴場事件札幌地裁判決
  - ・非嫡出子相続差別違憲抗告事件東京高裁判決
  - ・国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決

- 4 日本における判例理論の現状と課題
  - (1) 判例理論の現状
  - (2) 課題

## V. 将来の理論展開へ向けて

- 1 提唱—2つのアプローチ
  - (1) 裁量的な適合解釈の活用
  - (2) 司法審査と義務的な適合解釈
- 2 国際人権法の裁判規範性
  - (1) 裁判規範性の意義
  - (2) 名宛人関係の整理
  - (3) 裁判規範性の要件
- 3 立法裁量論との関係

## VI. 結論と展望

\* 本稿は、2009年度に提出したリサーチペーパーを全面的に書き直したものである。指導教員の岩沢雄司先生をはじめ、お世話になった土屋文昭先生・寺谷広司先生・中谷和弘先生・西村弓先生、本誌編集委員会の中岡小名都委員長・工藤良平委員・近内淳委員・田中啓之委員・塚本健夫委員のほか、河手賢太郎・河野康雄・久保田洋平の各氏と、ご支援をいただいた財団法人末延財団に感謝します。

## I. 序

### 1 目的

国際人権法<sup>1)</sup>は、国際社会において日々その重要性を高めているにもかかわらず、日本の裁判所における国際人権法の解釈・適用については不明な点が多い。裁判所も、若干の例外を除き、国際人権訴訟（国際人権法を援用する訴訟）に対する消極的で冷淡な姿勢を取り続けている<sup>2)</sup>。この理由として「裁判所がこの比較的新しい法分野に明るくない<sup>3)</sup>」といわれるが、この問題の背景には、多くの理論的問題が未解決なままであるという事情もあるだろう。「自動執行性」「直接適用可能性」「国際法の間接適用」といった用語の意味に学説の一致がみられない現状では、実務家、特に一方当事者を敗訴させる重責を負った裁判官が、国際人権法の活用に慎重になってもやむを得ないと思われる。

本稿は、「適用」という言葉の意味を再検討し、日本の裁判所における国際人権法の適用手法とそのため要件を整理することを試みる。これにより、日本における国際人権訴訟の発展に少しでも貢献できれば幸いである。

## 2 問題の所在—国際人権法の適用とは

### (1) 従来の学説

国際人権法を日本の裁判所で用いることを、従来の学説は次のように説明する<sup>4)</sup>。一般に、国際法が国内裁判所で用いられるためには、国内的効力と国内適用可能性（直接適用可能性ないし自動執行性）とが問題になる。まず、国内的効力については、日本はアメリカ合衆国憲法6条2項と同趣旨の憲法98条2項によって一般的受容方式をとっているため、「締結した条約及び確立された国際法規」は国内的効力を持つ。次に、直接適用可能（directly applicable）及び自動執行的（self-executing）というのは「それ以上の措置の必要なしに適用される」という意味であり、要件は、(1) 主観的基準として、直接適用可能性を排除する当時国や立法者の意思がないこと、(2) 客観的基準として、(a) 規定が不明確又は不完全ではないこと、(b) 条約の内容が憲法によって狭義の法律（刑法など）によって定めることを求められている事項でないこと、である。国際人権法の適用手法には直接適用と間接適用の2種類があり、直接適用可能性を満たす条約は事案の事実関係に直接適用され、法的効果を導くこと

1) 日本を拘束する国際人権法は国際慣習法と国際人権条約からなる。日本が批准又は加入した主な人権条約として、「市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約又はB規約）」、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約又はA規約）」、「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約（人種差別撤廃条約）」、「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約（女性差別撤廃条約）」、「拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取り扱い又は刑罰に関する条約（拷問禁止条約）」、「児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）」及びその2つの選択議定書、「障害者の権利に関する条約」等がある。

2) 伊藤正己「国際人権法と裁判所」国際人権1号7頁、10頁（1990）、岩沢雄司「日本における国際人権法」小田滋古稀『紛争解決の国際法』251頁、254、267頁（1997）、園部逸夫「日本の最高裁判所における国際人権法の最近の適用状況」国際人権11号2頁、2頁（2000）、齋藤正彰「国際人権訴訟における国内裁判所の役割—憲法学の視点から—」国際人権11号34頁、34頁（2000）。

3) 岩沢・前掲注2)「日本における国際人権法」265頁。

4) 以下の説明は、主に岩沢雄司『条約の国内適用可能性—いわゆる“SELF-EXECUTING”な条約に関する一考察』281-341頁（有斐閣、1985）、YUJI IWASAWA, INTERNATIONAL LAW, HUMAN RIGHTS, AND JAPANESE LAW: THE IMPACT OF INTERNATIONAL LAW ON JAPANESE LAW 44-49（1998）、小寺彰ほか編『講義国際法』106-108頁〔岩沢雄司〕（有斐閣、2004）、YUJI IWASAWA, “DOMESTIC APPLICATION OF INTERNATIONAL LAW”『国際法の国内適用—国内適用可能性の概念を中心として』1-25頁（平成14年度から平成17年度科学研究費助成金研究成果報告書、2007）によった。畑博行=水上千之編『国際人権法概論（第4版）』270頁、275-276頁〔村上正直〕（有信堂、2006）、芹田健太郎ほか『ブリッジブック国際法』203-205頁〔坂元茂樹〕（信山社、2008）、葉師寺公夫ほか『法科大学院ケースブック国際人権法』30-31頁〔村上正直〕（日本評論社、2006）の説明も、おおむね共通している。

ができる。他方、直接適用可能でない条約も「その他の効力」を持ち、例えば、国内法の解釈基準や指針、補強材料として参照されることにより、間接適用が可能である。

## (2) 課題

以上に要約した従来の考え方に対しては、次のような課題を指摘することができる。

第一に、「直接適用可能性」や「自動執行性」という用語は論者により意味が異なり、混乱を呼んでいる<sup>5)</sup>。さらに、憲法学で以前から議論されてきた「裁判規範性」との関係も明らかにする必要がある。この3つの用語については、(1) 直接適用可能性と自動執行性をともに「それ以上の措置の必要なしに適用されうる」という意味だとして<sup>6)</sup>、憲法25条の裁判規範性の問題も直接適用可能性で説明する見解<sup>7)</sup>、(2) 自動執行性と裁判規範性を同一視し、それらを「各国の国内裁判所でそのまま適用されることを国際法的に義務づけられているもの<sup>8)</sup>」をいう直接適用可能性と厳密に区別する見解<sup>9)</sup>、(3) この説に共感を示しつつ、直接適用可能という言葉を訴訟類型の基礎づけという意味に解し、「憲法の基本権規定もほとんどの場合、ある意味では直接適用可能ではない<sup>10)</sup>」とする見解、(4)

自動執行 (self-executing) 性には実施立法を不要とする条約という第一の意味と独立の裁判基準として裁判所が用いることのできる条約という第二の意味があり、第二の「自動執行性」に代えて「直接適用可能性」を用いる有力説もある、とした上、『直接適用可能性』の概念は元来がヨーロッパ共同体 (EC) 法上の概念であって、効果と基準の双方において第二の意味での『自動執行性』とは異なる」とする見解<sup>11)</sup>、(5) 実施立法を不要とするか否かという観点から、self-executing な条約の主な例として、国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約、投資紛争解決条約、国連特権免除条約、国連大学本部協定、万国郵便条約、租税条約、ウィーン売買条約を挙げ<sup>12)</sup>、「多くの人権関係条約のように…締約国に立法義務等を課す規定を置いている条約は、直接適用を予定したものではないと考えられるのではないか<sup>13)</sup>」、とする見解がある。論者間の差異は大きく、確立した定義や用法は存在しない<sup>14)</sup>。憲法学では、「国際法上、『自動執行性』の問題として論じられている論点は、国内法学的には裁判規範性の有無如何として論じられることで十分<sup>15)</sup>」と説かれることがあるが、十分に検討がなさ

5) 弁護士によって書かれたハンドブックも、「自動執行性の定義や判断基準の問題については、学者の見解も一様ではなく、わかりにくい」と述べる。大谷美紀子ほか編『国際人権法実践ハンドブック』6頁〔大谷美紀子〕(現代人文社、2007)。また、阿部浩己「国際人権法と日本の国内法制 国際人権訴訟の再構成」『日本と国際法の100年 4人権』267頁、269頁(三省堂、2001)、阿部浩己ほか『テキストブック国際人権法(第3版)』40頁〔阿部浩己〕(日本評論社、2009)は、直接適用可能性が国際人権法の国内的実施を妨げる「つまづきの石」に転化する危険を指摘し、直接適用可能性や自動執行性といった概念の有用性に対する検証が求められている、と説く。

6) 岩沢・前掲注4)『条約の国内適用可能性』281頁。

7) 岩沢・前掲注4)『条約の国内適用可能性』325-330頁。

8) 阿部・前掲注5)「国際人権法と日本の国内法制 国際人権訴訟の再構成」276頁。これは、Thomas Buergenthal, *Self-executing and non-Self-executing Treaties in National and International Law*, 235 RECUEIL DES COURS 303, 325-335 (1992) に依拠するものである。

9) 阿部・前掲注5)「国際人権法と日本の国内法制 国際人権訴訟の再構成」269頁、276頁。

10) 小畑郁「国際人権規約—日本国憲法体系の下での人権条約の適用」ジュリ 1321号10頁、13頁(2006)。

11) 小寺彰『パラダイム国際法』56頁(有斐閣、2004)。なお、この見解は結論として、「2つの『自動執行性』…は原則として同一でなければならないと言ってよいであろう」(同67頁)と論ずる。

12) 中谷和弘「ロースクール国際法第12回 法曹実務と国際法」法教342号〔中谷和弘発言〕124頁、128頁。ここでは、谷内正太郎「国際法規の国内的実施」山本草二選『国際法と国内法—国際公益の展開』(勁草書房、1991)が引用されている。

13) 中谷・前掲注12)127-128頁〔赤松秀一発言〕。

14) 大沼保昭『国際法 はじめて学ぶ人のための(新訂版)』77頁、注26(東信堂、2008)。

15) 横田耕一「座長コメント—国内裁判所による国際人権条約解釈と憲法学—」国際人権11号41頁、41頁(2000)。大石眞=石川健治編『憲法の争点』342-343頁〔須賀博志〕も、「人権条約の裁判規範性」と題して国際

れているとは言えないように思われる。本稿は、混乱の原因の一つが「適用」の意味の捉え方の差異にあると考え、適用の意味を2つに分けることによって、共通理解への道を開くことを試みる。

第二に、直接適用と間接適用という分析手法は、その意義がいまだ分かりにくく、さらなる精緻化が求められている。この問題は、二風谷ダム事件判決の評釈を比較すると鮮明となる。本件では、市民的及び政治的権利に関する国際規約（B規約）を直接適用したのではない<sup>16)</sup>、という説と「同規約を直接適用したとってよい<sup>17)</sup>」という説とが対立している。その結果、間接適用だがある意味では直接適用、といういささか奇妙な説明がなされることもある<sup>18)</sup>。直接適用、間接適用という分析概念の内容は、共有されていない<sup>19)</sup>。そのため、国際人権法を適用するとはいかなることを意味するのかは不明なままである。そこで本稿は、国内裁判所における国際法の「適用」手法を「直接適用」と「間接適用」の2つに分けるのではなく、(1) 狭義の直接適用、(2) 司法審査、(3) 裁量的な適合解釈の3つに整理すること、そしてこれらのどの手法を用いるかによって、国際法が満たすべき要件が異なることを提唱する。

以下では、まず、「適用」や「間接適用」の意義を三段論法に基づいて再検討した上で、国際法の適用手法につき本稿の枠組みを説明する(II)。次に、この枠組みが依拠する「義務的な適合解釈」と「裁量的な適合解釈」の区別について説明するため、ドイツと日本の私人間効力論の判例を比較検討する(III)。さらに、アメリカとEUの議論の影響

のもとで、日本の裁判所で国際法がどのように用いられているかを検討し、本稿の枠組みによって裁判例が適切に分析しうることを主張する(IV)。その後で、それぞれの手法を用いる際、国際法がいかなる要件を満たす必要があるのか、特に、国際人権法が司法審査の根拠となるための裁判規範性の要件を検討し、将来に向けた理論展開を探究する(V)。

## II. 国際法「適用」の意義と手法 —三段論法に基づく整理

### 1 「適用」の意義

#### (1) 法律の適用（狭義の直接適用）

「適用」とは法学におけるもっとも基本的な操作であり、そこに共通理解があることは一見すると自明のようだが、上述の課題に取り組むために一度立ち止まって再検討する必要がある。まず、法学入門に戻って三段論法の基礎知識を再確認してみよう<sup>20)</sup>。

三段論法とは、 $P \rightarrow Q$ （大前提）と  $p \rightarrow P$ （小前提）から  $p \rightarrow Q$ （結論）を導く操作をいう。

法律を適用するとき、大前提は、法律そのものか、法律の解釈によって得られる。大前提は要件と効果からなり、 $P$ ならば $Q$ （ $P \rightarrow Q$ ）と表される。法律の解釈とは、法律の文言から大前提を確定する作業のことを指す。大量の事実群から事案の解決に必要な事実  $p$  を選び、確定することを事実認定といい、解釈によって得られた要件  $P$  と事実認定によって得られた事実  $p$  とを比較し、 $p$  は  $P$  に当てはまる（ $p \rightarrow P$ ）と判断することを

法学の直接適用可能性や自動執行性の議論を紹介しているから、これらを全て同一視しているものと考えられる。

16) 今井直「判批」山本草二ほか編『国際法判例百選』98頁、99頁（有斐閣、2001）、田中宏「判批」国際人権8号65頁、68頁、同「アイヌ民族の文化享有権」大谷美紀子ほか編『国際人権法実践ハンドブック』56頁（現代人文社、2007）。

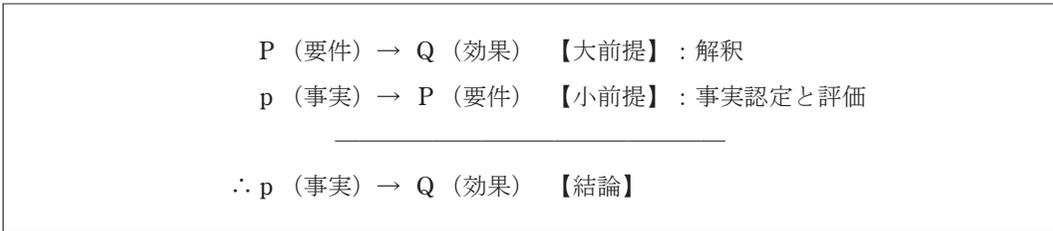
17) 岩沢雄司「二風谷ダム判決の国際法上の意義」芹田健太郎ほか編集代表『講座国際人権法2』364頁、367頁（有斐閣、2006）。

18) 葉師寺ほか・前掲注4)267頁〔坂元茂樹〕。同様の解説として、桐山孝信「二風谷ダム判決」松井芳郎編集代表『判例国際法（第2版）』298頁、300頁（東信堂、2006）。

19) 同様の指摘として、寺谷広司「「間接適用」論再考—日本における国際人権法「適用」の一断面」藤田久一古稀『国際立法の最前線』165頁、169頁（有信堂、2009）。

20) 以下の説明は、主に大村敦志『基本民法I（第3版）』359-368頁（有斐閣、2007）によった。

(図 1) 三段論法による整理



事実の評価と呼ぶ。法律の「適用」とは、多くの場合、これらの作業を経て、三段論法により事実  $p$  から効果  $Q$  を導くことを意味する。これを次に説明する司法審査と区別して、「狭義の直接適用」と呼ぶことにする。

### (2) 憲法の適用（司法審査）

これに対して、憲法の適用というとき、多くの場合、その意味は異なる。一般に、違憲判断の方法は、法令違憲、適用違憲、処分違憲の3つに整理される<sup>21)</sup>。法令違憲とは、法の文言自体を憲法違反とすること、適用違憲や処分違憲とは、大前提の選択もしくは小前提の選択を憲法違反とすることだと考えられる。憲法が適用されて憲法判断が下されるというのは、憲法の文言に基づいて三段論法が展開され、そこに事実が当てはめられるということではなく、他の法令に基づく三段論法の過程を審査する、司法審査 (judicial review) の作業を意味するのである<sup>22)</sup>。

以上のように、「適用」というとき、(1) 三段論法により事実  $p$  から効果  $Q$  を導くという狭義の直接適用の意味と、(2) 他の法令に基づく三段論法の過程の司法審査という意味とを区別すべきであろう。そして、国際人権法を裁判所で用いるとき、その多くは前者ではなく、後者の形で用いられるのである。

### (3) 学説対立の解消へ

この区別を意識すると、国際人権法の国内

適用可能性をめぐる学説対立は、かなりの程度解消してゆくように思われる。既に述べたように、学説の用語法は一致していないが、どのような用語法を採るにせよ、国際人権法は、仮に (1) 狭義の直接適用の意味では日本の裁判所で用いることができなくとも、(2) 司法審査の根拠という意味では用いることができないか、別個に検討する必要がある。例えば、self-executing な条約の主な例から人権条約を除外する見解があるが<sup>23)</sup>、この見解は、(1) の意味に着目して self-executing という言葉を用いているのであって、人権条約が (2) の意味で司法審査の根拠となることを否定するものではないと思われる。阿部説は、自動執行性は裁判規範性の意味であるとし、直接適用可能性とは異なるというが<sup>24)</sup>、これは本稿の文脈に即していえば、(2) の意味で司法審査の根拠となるかを検討する際に、(1) の意味で直接適用するための厳しい要件を検討することは許されない、という主張だと理解できる。また、岩沢説は、直接適用可能性と自動執行性を区別せず、憲法 25 条の裁判規範性の問題も直接適用可能性で説明しようとするが、他方で条約と国内法の適合性を審査する司法審査を「直接適用」とは区別して「その他の効力」とし<sup>25)</sup>、両者の区別は認めている。小畑説は「憲法の基本権規定もほとんどの場合、ある

21) 戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』342-351頁（有斐閣，2008）。

22) judicial review の訳語としては、違憲立法審査、法令審査、違憲審査などもあるが、いずれも同じ意味である。戸松・前掲注 21)43 頁を参照。

23) 中谷・前掲注 12), 13)。

24) 阿部・前掲注 5), 8), 9)。

25) 岩沢・前掲注 4)『条約の国内適用可能性』332頁。

意味では直接適用可能ではない<sup>26)</sup>」というが、これは直接適用を(1)狭義の直接適用の意味に限っているからこそ、司法審査に用いられる憲法の規定は直接適用可能でない、という理解になるのだと思われる。

これらの学説は、それぞれ用語法こそ異にするが、本文で述べた(1)と(2)の区別を否定する見解は存在しないと思われる。そして、論者がどちらの意味を念頭に置いているかさえ整理すれば、かなりの程度整合的に理解が可能だと考える。

#### (4) 本稿の用語法

(1)と(2)の「適用」の意味が異なること、そして、どちらの適用手法を用いるかによってその根拠となる国際法が満たすべき要件が異なることさえ確認できれば、いかなる用語法を採用するかは二次的な問題といてよい。しかし、本稿としては、(1)狭義の直接適用の根拠となるために満たすべき条件を直接適用可能性と呼び、(2)司法審査の根拠となるために満たすべき条件を裁判規範性と呼ぶことにして、両者を区別することを主張したい。そして、自動執行性という言葉はあまりに多義的であるために、なるべく使用を避けることとする。これによって、裁判規範性をめぐる憲法学の議論と、直接適用可能性をめぐる国際法学の議論の関係が明瞭となり、両者の議論を架橋することができるのではなかろうか。

## 2 「間接適用」の意義

日本において、間接適用は、憲法学では「法律の概括的条項、とくに、公序良俗に反する法律行為は無効であると定める民法90条の

ような私法の一般条項を、憲法の趣旨をとり込んで解釈・適用することによって、間接的に私人間の行為を規律<sup>27)</sup>すること、国際法学では「国際法を国内法の解釈基準として参照し、国内法を国際法に適合するように解釈すること<sup>28)</sup>」と定義される。

両者の定義には、適合解釈という共通点がある<sup>29)</sup>。適合解釈とは、他の規範に基づいて三段論法が展開される際に、自己に適合するような大前提又は小前提を選択するように働きかけることを意味する、と考えられる。本稿はこの点を一步掘り下げて、適合解釈の中に(1)義務的な適合解釈と(2)裁量的な適合解釈があることを主張する。次章(III)で明らかにするように、日本では、ドイツと異なり、私法解釈の際に憲法を参照することは義務でなく、裁判官の裁量に任されている。したがって、憲法学の議論する間接適用では、もっぱら(2)が念頭に置かれているのである。憲法訴訟においても、法令の憲法適合解釈が可能であるにもかかわらず憲法適合解釈を行わない場合は適用違憲となる<sup>30)</sup>、という意味で適合解釈が義務づけられることがあり、これは(1)義務的な適合解釈に対応するが、これを間接適用と呼ぶことはまずない。これに対し、国際法学が議論する間接適用には、二風谷ダム判決の評釈を読む限り、(1)と(2)の両方が含まれているようである。しかし、両者の手法は根本的に性質を異にするため、区別する必要がある。本稿は、国際法学において間接適用と呼ばれてきたもののうち、(1)法令や処分国際法違反が疑われ、国際法による司法審査に伴って義務的な国際法適合解釈を主張するのか、(2)法令や処分の国際法違反は問題とならな

26) 小畑・前掲注10)。

27) 芦部信喜『憲法(第4版)』高橋和之補訂109頁(岩波書店, 2007)。

28) 小寺ほか・前掲注4)『講義国際法』〔岩沢雄司〕108頁。

29) 憲法学における間接適用の正体が適合的解釈であることについて、小山剛『「憲法上の権利」の作法』139-140頁(尚学社, 2009)を参照。

30) 戸松・前掲注21)347頁。なお、憲法学ではアメリカにならって合憲限定解釈という用語が一般的であるが、国籍法違憲判決(最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁)藤田意見で示された合憲拡張解釈を含めるためには、憲法適合解釈という用語が適切であろう。この用語は、ドイツでも用いられている。これについては、小山・前掲注29)60, 140頁を参照。

いときに、裁量的な適合解釈を主張するのか、両者を峻別することを試みる。

### 3 国際法の適用手法

以上をもとに、本稿は、日本の裁判所における国際法の適用手法を以下の3つに整理することを主張する。すなわち、(1) 狭義の直接適用、(2) 司法審査、(3) 裁量的な適合解釈である。

(1) 狭義の直接適用とは、三段論法により事実 *p* から効果 *Q* を導く根拠とすることを意味する。例えば、国内裁判所においてウィーン売買法条約 53 条に基づき物品の代金支払いを請求することがこの例である。狭義の直接適用の根拠となるためには、従来の学説が説くように、主観的基準と客観的基準からなる直接適用可能性が要求される。

(2) 司法審査とは、国際法を根拠に国内法の過程を審査することを意味し、その延長で適合解釈義務が課されることもある。憲法判断に伴う憲法適合解釈と同様、法令の国際法適合解釈が可能であるにもかかわらず国際法適合解釈を行わない場合は、その法令の適用は国際法違反となる。司法審査の根拠となるためには、直接適用可能性ではなく、裁判規範性を満たす必要がある。しかし、国際法の裁判規範性についてはいまだ十分な議論がなされていないと思われるので、Vで検討することにする。

(3) 裁量的な適合解釈とは、法令や処分の国際法違反は問題とならないときに、裁判官が法的な拘束によらずに国際法を解釈基準として用い、国際法適合解釈を行うことを意味する。裁量的な適合解釈の根拠となるには、何らの要件も満たす必要はない。

以上の枠組みを検証するため、まず次章(III)では、ドイツと日本の私人間効力論の

判例理論を比較し、義務的な適合解釈と裁量的な適合解釈について説明する。

## III. 2つの適合解釈—私人間効力論の日独比較

日本はドイツの判例に学び、間接適用説を通説判例として採用した<sup>31)</sup>、と言われる。しかし、日本において説かれる考え方はドイツにおける照射効 (*Ausstrahlungswirkung*) とは大きく異なっており、日本の判例理論はそれらとの対比では無効力裁量説と表現すべきである。つまり、私法の解釈の際、ドイツでは憲法適合解釈の義務が裁判官に課されるのに対し、日本の適合解釈は義務ではなく、裁判官の裁量に任されている。

### 1 ドイツ—保護義務論と照射効

ドイツにおける私人間効力論のリーディングケースであるリュート判決は、「民事裁判官は基本法1条3項 (*Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.*) により基本権に拘束されるので、民事法規定の解釈及び適用において、基本権の効力を尊重しなければならない。裁判官が基本権の価値基準を誤認した場合には、その判決によって基本権を侵害する。連邦裁判所は、民事判決の法的瑕疵一般ではなく、民事判決が基本法の私法への射程と照射効 (*Ausstrahlungswirkung*) を適切に判断したかを審査する<sup>32)</sup>」、と説く。この照射効の理論は、1980年代半ばに学説によって、そして1990年以降は判例法理としても、基本権保護義務論と融合し、再構成されていくことになる<sup>33)</sup>。

基本権保護義務論とは、1975年の第一次

31) 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』279-327頁、特に283頁(有斐閣、1994)。

32) BVerfGE7,Urteil v.15.1.1958. 要約や訳文の選択には木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効力—リュート判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』157頁、157-158頁(信山社、2003)及び上村都「ドイツ連邦憲法裁判所初期判例における意見自由と名誉保護」名城法学論集27集3頁、7-10頁(2000)を参照し、適宜改めた。

33) その過程につき、小山剛「国家の基本権保護義務」芹田健太郎ほか編集代表『講座国際人権法1』223

墮胎判決<sup>34)</sup>によって確立した法理であり、基本法を主観法としてのみならず客観的法秩序の要素として捉え、国家は基本権を実現するためあらゆることをなすべき義務を負う<sup>35)</sup>、とする考え方である。もともとは人工妊娠中絶を規制する場面で登場した議論であるが、その射程は徐々に広がりを見せ、現在ではドイツの判例実務を指導するばかりか、EU諸国にも広がる気配を見せている<sup>36)</sup>。保護義務は国の作為義務であり、第三者による基本権法益の侵害、又はその危険に対する防御を目的とする。つまり、(1) 国家、(2) 加害者A、(3) 被害者Bという法的三極関係(Rechtsdreieck)の中で、国家は従来の基本権「侵害者」としての性格に加えて基本権の「保護者」となり、AからBへの違法な法益侵害があった場合には、基本権によって、国家の介入が義務づけられる<sup>37)</sup>。

夫婦財産契約判決<sup>38)</sup>は、基本権保護義務を根拠とした契約の内容統制について以下のように述べ、私人間効力論と保護義務論の一体性を明確にした。すなわち、「私法関係においては、…基本権の効力は、…とりわけ民事法上の一般条項を媒介として展開される。国家は、その限りにおいて各人の基本権を保護し、他者による侵害からこれを守らなければならない。裁判所には、法の解釈と適用によってこの基本権上の保護を与え、個別事例

においてこれを具体化する義務がある」。このようにして、現在ドイツの標準的教科書でも、「私人間効力の思想と保護義務の思想は密接に結びついている<sup>39)</sup>」と説明されるに至っている。

基本権保護義務論と結びつくことにより、リユート判決において現れた照射効の理論とその効果としての裁判官の基本権侵害という発想は明確な理論的根拠を得た。すなわち、照射効により、基本権は客観法として、私法解釈の平面に明かりを照らす。私法の解釈は、そこで照らされた範囲内で行わなければならない<sup>40)</sup>。裁判官が基本法の照射の外へはみ出すような解釈をした場合、その裁判官は判決によって基本権を侵害する<sup>41)</sup>。これは裁判官が基本権に拘束され、保護義務を負っているからだ、と理解されるのである。

## 2 日本—「無効力説に近い間接効力説」あるいは無効力裁量説

ドイツとの比較において、日本の判例理論を検討しよう。まず、リーディングケースの三菱樹脂判決<sup>42)</sup>は次のように述べる。「憲法上の基本権保障規定をそのまま私人相互間の関係についても適用ないしは類推適用すべきものとするとは、決して当をえた解釈ということとはできない。「もつとも、私人間の

頁、231-232頁(信山社、2006)を参照。

34) BVerfGE 39, 1, Urteil v.25.2.1975, 島崎健太郎「胎児の生命と妊婦の自己決定—第一次墮胎判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』67頁(信山社、2003)。

35) コンラートヘッセ(初宿正典=赤坂幸一訳)『ドイツ憲法の基本的特質』191, 227頁(成文堂、2006)。

36) 石川健治「憲法の解釈第19回[Round6-3]基本権保護義務 隠蔽と顕示—高まる内圧と消えない疑念」法教337号40頁, 43頁(有斐閣、2008)。

37) 基本権保護義務論の詳細は、小山剛『基本権保護の法理』(名城大学法学会、1998)、同『基本権の内容形成—立法による憲法価値の実現』(尚学社、2004)を参照。

38) BVerfGE 103, 89. 引用の際は、小山・前掲注37)『基本権の内容形成』160頁以下を参照した。

39) ボード・ピエロート=ベルンハルト・シュリンク(永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権』66頁(法律文化社、2001)。

40) この点、石川・前掲注36)44頁はAusstrahlungswirkungを輻射効と訳し、「電気ストーブで赤外線がじわじわ伝わってくるイメージで、正式の効果ではない」という。しかし、保護義務論と結びついたAusstrahlungswirkungは、強い効果を持った正式の効果と考えてよいように思われる。仮に「赤外線がじわじわ」というイメージで理解するとしても、私法解釈の平面に基本権の保護範囲が照らされるという点で、日本の「無効力裁量説」と大きく異なることは確かであろう。

41) 宍戸常寿『憲法裁判権の動態』204頁(弘文堂、2005)。

42) 最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁。

関係においても、相互の社会的力関係の相違から、一方が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるをえない場合があり、このような場合に私的自治の名の下に優位者の支配力を無制限に認めるときは、劣位者の自由や平等を著しく侵害または制限することとなるおそれがあることは否み難いが、そのためにこのような場合に限り憲法の基本権保障規定の適用ないしは類推適用を認めるべきであるとする見解もまた、採用することはできない」。

ここでは、明確に憲法 19 条、14 条の「適用」が拒否されている。その上で、このように「適用」を拒否する理由として、「私的支配関係においては、…立法措置によつてその是正を図ることが可能であるし、また、場合によつては、私的自治に対する一般的制限規定である民法 1 条、90 条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によつて、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存する」と述べている。

この部分が学説によつて「間接適用説」と名付けられているのだが、ここで説かれているのは、適用を拒否しても大きな不都合はない、という適用拒否の正当化であつて、上述の照射効、保護義務、ないし適合解釈義務という発想は一切ない。むしろ、判決は一貫して憲法の効力が私人間に及ばないことを説いているのであり、それゆえにこの判決は「無効力説に近い間接効力説<sup>43)</sup>」と評されてきたのであつた。近時、この判決を正面から無効力説と理解する見解も有力であり<sup>44)</sup>、筆者もそれに賛成したい。つまり、三菱樹脂判決は一貫して憲法の私人間における無効力を説いており、私法の問題は私法の解釈で解決するという原則を表明している。もっとも、

憲法は全く無視されるのではなく、「場合によっては」、私法の一般条項の適用の際、付加的に参照してもよい、とされているのである。適合解釈義務という発想はなく、反対に、憲法は私人間の紛争においては裁判官を法的に拘束しないことが明らかにされている。憲法を参照するにしても、法的に拘束されて参照するのではないから、裁判官は参照してもしなくても、どちらでもよい。裁判官は事案に応じて、私法の解釈を適切に行いさえすればよいのである。ドイツとの差異を強調するため、本稿ではこの立場を「無効力裁量説」と名付けてみたい。法的な拘束という意味では無効力であるが、参照することは裁判官の裁量に任せる、という趣旨である。

無効力裁量説はその後の最高裁判決で踏襲され、日本における判例理論として定着したとみることができる。すなわち、昭和女子大事件判決<sup>45)</sup>は三菱樹脂判決を引用し、「憲法 19 条、21 条、23 条等のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、…もっぱら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人間相互の関係について当然に適用ないし類推適用されるものでない」ため、「私立学校である Y の学則の細則としての性質を持つ前記生活要録の規定について直接憲法の右基本権保障規定に違反するかどうかを論ずる余地はない」と述べ、裁量としての参照すら行わない。一方、日産自動車事件判決<sup>46)</sup>は「上告会社の就業規則中女子の定年年齢を男子より低く定めた部分は、専ら女子であることのみを理由として差別したことに基づき、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法 90 条の規定により無効であると解するのが相当である（憲法 14 条 1 項、民法 1 条ノ 2 参照）」と述べる。憲法の引用があるが、これはあくまで民法解釈の参考のために括弧内で「参照」しただけで

43) 芦部・前掲注 31)『憲法学Ⅱ 人権総論』307 頁、及びそこに引用されている諸文献を参照。

44) 参照、芦部・前掲注 27)『憲法(第 4 版)』109 頁〔高橋和之補訂分〕、高橋和之「「憲法上の人権」の効力は私人間に及ばない—人権の第三者効力論における「無適用説」の再評価」ジュリ 1245 号 137 頁以下(2003)、同「現代人権論の基本構造」ジュリ 1288 号 110 頁、118 頁(2005)。

45) 最判昭和 49 年 7 月 19 日民集 28 卷 5 号 790 頁。

46) 最判昭和 56 年 3 月 24 日民集 35 卷 2 号 300 頁。

あり、裁量による言及と理解できる。さらに、サンケイ新聞事件判決<sup>47)</sup>は、上告人による「表現の自由は国民相互の間にも直接に適用がある」との「憲法 21 条の現代的理解」の主張を退け、「憲法 21 条等のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、…私人相互の関係については、…適用ないし類推適用されるものでない」として無効力説を強調している。

### 3 小括

以上のように、適合解釈の中には義務的な適合解釈と裁量的な適合解釈があり、私法解釈の平面における憲法について、日本の裁判所はドイツと異なり、後者を採用していることが明らかになった。この手法は、次章 (IV 3(3)) で見るように、国内法解釈の平面における国際法の適用手法としても、重要な役割を果たしている。

## IV. 国内裁判所における国際法— アメリカ・EU との比較

本章では、日本の国際法の国内適用に影響を与えているアメリカの *self-executing* 理論と EU の直接効果 (*direct effect*) ・間接効果 (*indirect effect*) の理論を概説した上で、日本の裁判所がこれまでにいかなる考え方を採用してきたかを比較検討する。

### 1 アメリカの *self-executing* 理論

アメリカでは、*Supreme Clause* と呼ばれる合衆国憲法 6 条 2 項が「この憲法、これに準拠して制定される合衆国の法律；及び合衆国の権限に基づいてすでに締結されまた将来締結される全ての条約は、国の最高法規 (*the supreme Law of the Land*) である；各州の裁判官は、州の憲法又は法律中に反対の定めがある場合でも、これらに拘束される」と定め

る。この規定の解釈として、リーディングケースである *Foster v. Neilson* において *Marshall* 長官は以下のように述べた。「我々の憲法は条約を国の法と宣言している。したがって、条約は、立法規定の補助なくしてそれ自身で作用するとき、裁判所において立法者の行為と同等のものとみなされなければならない。しかし、規定の文言が契約を意味するとき—当時国のいずれかが特定の行為を行うことを約束するとき、条約は、司法 (*judicial*) でなく政治 (*political*) 部門に向けられている。そして、それが裁判所のルールとなる前に、立法者 (*Legislature*) が契約を履行しなければならないのである<sup>48)</sup>」

*Fujii v. State of California*<sup>49)</sup> は、上記部分を引用の上、裁判所は、条約の文言に表された締約国の意図、そして文言がはっきりしない場合は執行をめぐる事情を参照して、条約が *self-executing* かどうかを決める、とする。そうして、国連憲章前文、1 条、55 条、56 条について、「宣言された目的を達成するためには、いくつかの国による将来の立法的行為 (*legislative action*) が必要であろう、ということが予期されていたことは明白であり、憲章の批准によりそれらの条項がこの国の裁判所における法的なルール (*rules of law for the courts*) になることが意図されていたことを示すものは何もない」として、これらの規定の *self-executing* 性を否定した。

この事件の後、*self-executing* について盛んに論争が繰り広げられ、現在に至るまで議論は続いている。近時、国際司法裁判所の判決の効力が問題となった *Medellin v. Texas*<sup>50)</sup> で、アメリカ連邦最高裁は *Foster v. Neilson* をはじめとするいくつかの判例を引用して次のように述べる。「条約は、何らの立法規定の助けなしに作動するときには、立法者の行為と同等である、そしてそれゆえ、*self-executing* である」。それに対し、「それに効力を与える立法によってのみ実施される場合は、

47) 最判昭和 62 年 4 月 24 日民集 41 卷 3 号 490 頁。

48) *Foster v. Neilson*, 2Pet.253,324, 7LEd 415 (1829) .

49) *Fujii v. Supreme court of California*, 19 ILR 312 (1952).

50) *Medellin v. Texas*, 128 S. Ct. 1346 (2008).

self-executing ではない。「要するに、条約は国際法上の義務を構成するが、それらは議会が実施法を制定するか、条約自身が self-executing であるとの意図をもち、それらの文言のもとで批准されたとき以外は国内法ではない」。ここで、判決の脚注 2 が「“self-executing” という標識は時に異なる意味を持つものとして使われてきた」と用語の多義性を認めた上で、「我々が “self-executing” によって意味するのは、条約が批准によって (upon ratification) 連邦法として自動的な国内的効力 (automatic domestic effect as federal law) をもつかということである」と述べていることが注目される。つまり、アメリカ連邦最高裁は、「国内的効力」の意味で self-executing という言葉を用いているから、上記の判例理論によると、条約自身が self-executing であるとの意図をもち、それらの文言のもとで批准されたとき以外は、そもそも国内的効力が否定される、ということになる。

これは、日本に当てはまる考え方とは言えない。日本国憲法は、全ての実質の意味における条約に国会の承認が必要とし (73 条 3 号)、承認された条約は天皇が公布し (7 条 1 号)、条約及び確立された国際法規の遵守義務を謳っている (98 条 2 項)、条約は立法措置を要せず、公布によって直ちに国内的効力をもつ、というのが確立した通説であり<sup>51)</sup>、政府見解である<sup>52)</sup>。この点で、アメリカと日本の考え方は大きく異なっている。しかしながら、ある法が立法者に向けられたものか裁判官に向けられたものか、という国内における権限配分の問題状況<sup>53)</sup> は日本でも同一と見ることができ、その限りで、

*Foster v. Neilson* の考え方を日本における国際法の裁判規範性の要件を検討する際、参考にできると考える。

## 2 EU 一直接効果と間接効果

EU においては、Van Gend & Loos 事件<sup>54)</sup> を嚆矢として、直接効果 (direct effect) の法理が発達してきた。直接効果とは、当該規定の精神 (the spirit; l'esprit)、全体の構成 (the general scheme; l'economie)、及び文言 (the wording; les termes) から判断して、それが無条件かつ十分に明確 (unconditional and sufficiently precise; inconditionnelle et suffisamment précise) という要件を満たせば、構成国内に直接に法的効果を及ぼし、国内裁判所で保護される権利を個人に発生させる効果を持つ、というものである<sup>55)</sup>。これは、EC の結成により国家が自己の主権的権利を制限したことによりはじめて可能になった法理であり、直接効果を持つ規範は国内裁判所で直接に適用される<sup>56)</sup>。この判決の後、EC 条約だけでなく派生法規たる二次立法の規定についても直接効果が認められ、現在の EU 域内の個人は国内訴訟を通じて自己の権利を確保することができるようになった。

しかし、直接効果には限界もある。Marshall 事件<sup>57)</sup> 等において「拘束的な性質は EC 条約 189 条 [後の 249 条、現在の運営条約 288 条] によれば名宛人たる各構成国との関係でしか存在しない。指令そのものは私人に対する主張の根拠とすることはできない」と説かれるように、私人間においては指令の直接効果は及ばないのである。しかし、

51) 芦部信喜『憲法学 I 憲法総論』89 頁 (有斐閣, 1992)。

52) 谷内・前掲注 12)110-112 頁に引用されている真田説明員 (内閣法制局) の答弁、芦部・前掲注 51)91 頁注 6 に引用されている金森答弁を参照。

53) 小寺・前掲注 11)57, 62-63 頁。

54) Case 26/62 Van Gend & Loos (1963) ECR 1, 中村民雄=須網隆夫編『EU 法基本判例集 (第 2 版)』〔中村民雄・須網隆夫〕3-13 頁 (日本評論社, 2010)。

55) 参照、伊藤洋一「EC 条約規定の直接適用性」法教 263 号 106 頁, 107-111 頁, 庄司克宏「欧州司法裁判所と EC 法の直接効果」法時 74 卷 4 号 14 頁, 14 頁。

56) 直接効果と直接適用可能性との相違点については、庄司克宏『EU 法 基礎編』120-121 頁 (岩波書店, 2003) を参照。

57) Case 152/84, Marshall (1986) ECR 723, 中村=須網・前掲注 54)52-59 頁〔中村民雄〕。

それでは指令の実効性を高めるという理念に合わない。そこで、指令の実効性を確保するために間接効果 (indirect effect) の法理が発達した。

EUにおける間接効果とは、「国内法を適用するにあたり、指令により追求される結果を達成するため、可能な限り当該指令の文言及び目的に照らして国内法を解釈しなければならない<sup>58)</sup>」という国内法の指令に対する適合解釈義務のことで、Von Colson 事件、Marleasing 事件によって確立された判例法理である<sup>59)</sup>。この適合解釈義務は、直接効果の欠如の補完として強調されるようになったものであって、適合解釈義務を導くために当該規定が直接効果の要件を満たす必要はない。

EUと日本を比較すると、第一に、直接適用可能性については、明確性と完全性を要求する日本の学説が直接効果の要件に強い影響を受けていることは明らかであろう。第二に、間接効果は司法審査の延長としての適合解釈義務に類似するものと考えられる。間接効果は裁判官に対する義務であるから、裁量的な適合解釈を含む日本の間接適用とは異なることに注意すべきであろう。

### 3 日本における国際人権訴訟の裁判例

日本の裁判所は、以上に概説した議論に影響を受けつつ、以下のような考え方を採用している。主要な裁判例を用いながら、日本において国際人権法がいかにして用いられているか、(1) 狭義の直接適用、(2) 司法審査、(3) 裁量的な適合解釈の枠組みに基づいて整理する。

#### (1) 狭義の直接適用が主張された事例 ・シベリア抑留事件東京高裁判決<sup>60)</sup>

この事件は日本における直接適用可能性 (論者によっては自動執行性) の要件を示したものとしてよく引用される<sup>61)</sup>。国際人権法を用いた例ではないが、狭義の直接適用について説明するため、ここで紹介しよう。判決は、捕虜の待遇に関するジュネーブ条約の66条及び68条の規定の「国内適用可能性」につき、「まず、当然のことながら条約締結国の具体的な意思如何が重要な要素となることはもとより、規定内容が明確でなければならない。殊に国家に一定の作為義務を課したり、国費の支出を伴うような場合あるいはすでに国内において同種の制度が存在しているときには、右制度との整合性等をも十分考慮しなければならない、したがって、内容がより明確かつ明瞭になっていることが必要となる。また、…権利の発生、存続及び消滅等に関する実体的要件や権利の行使等についての手続要件、更には国内における既存の各種の制度との整合性等細部にわたり詳細に規定されていない場合には、その国内適用可能性は否定せざるを得ない」として、本件では「補償の対象者、補償の内容、方法及び期間等について、その内容が明確かつ明瞭となっていないし、また、…第二次大戦以前から、世界各国においては、それぞれ自国の軍人に対する各種の年金や手当て、災害補償等の諸制度を設置し、それぞれの国情に応じて実行してきているところ、右の諸制度の整合性等が全く明らかでない」ことを理由に、国内適用可能性を否定した。

この事案では、あくまでも条約に基づく補償請求権という狭義の直接適用が問題とされた。したがって、ここで挙げられた明確性及び完全性要件の射程は、国際人権法を司法審査の根拠とするときには及ばない、と考える

58) Case 14/83 Von Colson (1984) ECR 1891, para. 26, Case C-106/89, Marleasing (1990) ECR I -4135, para.8.

59) 中村=須網・前掲注54)60-69頁〔須網隆夫〕。

60) 東京高判平成5年3月5日判例811号76頁。上告を受けた最判平成9年3月13日民集51巻3号1233頁は本判決を踏襲している。

61) 例えば、藤田久一『国際法学講義 I 国家・国際社会 (第2版)』123頁、(東京大学出版会、2010)、杉原高嶺『国際法学講義』114頁 (有斐閣、2008)。

べきである。

## (2) 司法審査がなされた事例

### ・大麻取締法違反、関税違反事件東京高裁判決<sup>62)</sup>

この判決は、「国際人権 B 規約 14 条 3 (f) に規定する『無料で通訳の援助を受けること』の保障は無条件かつ絶対的のものであって、裁判の結果被告人が有罪とされ、刑の言い渡しを受けた場合であっても、刑事訴訟法 181 条 1 項本文により被告人に通訳に要した費用の負担を命じることは許されない」と述べ、被告人に通訳に要した費用の負担を命じた横浜地裁判決を破棄した。

これは B 規約 14 条 3 (f) に照らして、費用負担を命ずる処分が条約違反によって無効と判断された事例であり、条約による司法審査の事例と位置づけられる。

### ・二風谷ダム事件札幌地裁判決<sup>63)</sup>

本件はダム建設のためのアイヌ民族に対する土地収用裁決の取消訴訟である。判決は、行政の判断過程審査の際、B 規約 27 条を解釈し、「B 規約は、少数民族に属する者に対しその民族固有の文化を享有する権利を保障するとともに、締約国に対し、少数民族の文化等に影響を及ぼすおそれのある国の政策の決定及び遂行に当たっては、これに十分な配慮を施す責務を各締約国に課したものと述べた上で、「アイヌ民族が同条にいう少数民族である」という争いのない事実又は当裁判所に顕著な事実から、「アイヌ民族は、文化

の独自性を保持した少数民族としてその文化を享有する権利を B 規約 27 条で保障されているのであって、我が国は憲法 98 条 2 項の規定に照らしてこれを誠実に遵守する義務があるというべきである」、「もともと、B 規約 27 条に基づく権利といえども、無制限ではなく、憲法 12 条、13 条の公共の福祉による制限を受けることは被告ら主張のとおりであるが、前述した B 規約 27 条制定の趣旨に照らせば、その制限は必要最小限度に留められなければならない」とする。

既に述べたように、適用されたのはあくまでも土地収用法であって B 規約 27 条は間接適用されたにとどまる、との見解があるが<sup>64)</sup>、本稿は、B 規約が司法審査の根拠として用いられ、土地収用法 20 条 3 号が条約違反の適用行為を含まないように適合解釈され、そのために行政の裁量の幅が狭まり、収用裁決の違法が導かれた、という読み方を提示したい。この背後には、法令の条約適合解釈が可能であるにもかかわらず条約適合解釈を行わない場合は適用行為が条約違反となる、という論理が控えているのである<sup>65)</sup>。この判決は、収用裁決の違法を認めたが、事情判決により原告敗訴となって確定した<sup>66)</sup>。

### ・受刑者接見妨害国家賠償事件徳島地裁判決<sup>67)</sup>

徳島地裁は、「憲法 98 条 2 項は…わが国において、条約は批准・公布によりそのまま国法の一形式として受け入れられ、特段の立法

62) 東京高判平成 5 年 2 月 3 日東京高等裁判所 (刑事) 判決時報 44 巻 1-12 号 11 頁。

63) 札幌地判平成 9 年 3 月 27 日判時 1598 号 33 頁。

64) 前掲注 16) に掲げた文献を参照。

65) 岩沢・前掲注 17)367 頁は、「実際には、規約は本件判断の中心的な根拠とされている」として 27 条の直接適用を認めるが、中心的根拠という表現は多分に相対的であって議論の混乱を招く。条約を司法審査の根拠として用い、適合解釈をしなければ条約違反となることを前提に、土地収用法の適合解釈を導いた、という判決の論理をしっかりと抽出すべきであろう。

66) 二風谷ダム判決には、少数民族との関係において憲法 13 条を解釈し、「民族固有の文化を享有する権利は、自己の人格的生存に必要な権利ともいえる重要なものであって、これを保障することは、個人を実質的に尊重することに当たる…」また、このように解することは、前記 B 規約成立の経緯及び同規約を受けて更にその後一層少数民族の主體的平等性を確保し同一国家内における少数民族との共存を可能にしようとして、これを試みる国際連合はじめその他の国際社会の潮流に合致するものといえる」という部分がある。これは裁量的な適合解釈の手法とも理解できるが、言及されているのは「B 規約成立の経緯」及び「国際連合はじめその他の国際社会の潮流」であって、規約自身ではないことに注意すべきであろう。

67) 徳島地判平成 8 年 3 月 15 日判時 1597 号 115 頁。

措置を待つまでもなく国内法関係に適用され、かつ、条約が一般の法律に優位する効力を有することを定めているものと解される。もっとも、わが国が締結した条約の全てが右の効力を有するものではなく、その条約が抽象的・一般的な原則あるいは政治的な義務の宣言にとどまるものであるような場合は、それを具体化する立法措置が当然に必要となる。ところで、B規約は、…自由権規定としての性格と規定形式からすれば、これが抽象的・一般的な原則等の宣言にとどまるものは解されず、したがって、国内法としての直接的効力、しかも法律に優位する効力を有するものというべきである」、「監獄法及び同法施行規則の接見に関する条項も右B規約14条1項の趣旨に則って解釈されなければならないし、法及び規則の条項が右B規約14条1項の趣旨に反する場合、当該部分は無効といわなければならない。」と述べ、条約による司法審査とその延長としての条約適合解釈義務を正面から肯定した。

高裁もほぼ同様の見解を述べたが<sup>68)</sup>、上告を受けた最高裁はB規約には一切触れずに本判決を破棄し<sup>69)</sup>、このような考え方を採用しなかった。

#### ・指紋押なつ拒否事件大阪高裁判決<sup>70)</sup>

協定永住許可を受けた在日2世が指紋押捺を拒否したことから逮捕されたことに対する国賠訴訟において、判決は、B規約は「その内容に鑑みると、原則として自力執行的性格を有し、国内での直接適用が可能であると解せられるから、B規約に抵触する国内法はその効力を否定される」と述べた後、B規約7条及び26条を解釈して事実をあてはめ、「外国人登録法の指紋押なつ義務及びその違反者に対する刑罰を定めた規定は、憲法違反ないしB規約違反とはいえないものの、…平和条約国籍離脱者等に適用する限りで憲法13条、14条、B規約7条、26条に違反する状

態だったのではないかという疑いを否定できない」として、損害額認定の考慮要素とした。

これは、B規約を根拠に司法審査を行った例として位置づけられる。上告審では大阪高裁とは異なり国賠法上の違法性が否定されたため、損害額に関する判断はなされず、以上の判断は考慮対象にならなかった<sup>71)</sup>。

#### (3) 裁量的な適合解釈がなされた事例

##### ・小樽公衆浴場事件札幌地裁判決<sup>72)</sup>

日本人でないことを理由に公衆浴場の入場を拒むことが不法行為に当たるかが争われ、「国際人権B規約及び人種差別撤廃条約は、国内法としての効力を有するとしても、その規定内容からして、憲法と同様に、公権力と個人との間の関係を規律し、又は、国家の国際責任を規定するものであって、私人相互の間の関係を直接規律するものではない」とした上で、「私人相互の関係については、上記のとおり、憲法14条1項、国際人権B規約、人種差別撤廃条約等が直接適用されることはないけれども、私人の行為によって他の私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害され又はそのおそれがあり、かつ、それが社会的に許容しうる限度を超えていると評価されるときは、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等により、私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきである。そして、憲法14条1項、国際人権B規約及び人種差別撤廃条約は、前記のような私法の諸規定の解釈にあたっての基準の一つとなりうる」とし、本件入浴拒否は「憲法14条1項、国際人権B規約26条、人種差別撤廃条約の趣旨に照らし、私人間においても撤廃されるべき人種差別にあたる」とした。

これは、憲法の私人間効力論と同様に、不法行為法の解釈の際に裁量的にB規約26条と人種差別撤廃条約を参照し、適合解釈を

68) 高松高判平成9年11月25日判時1653号117頁。

69) 最判平成12年9月7日判時1728号17頁。

70) 大阪高判平成6年10月28日判時1513号71頁。

71) 最判平成10年9月7日判時1661号70頁。

72) 札幌地判平成14年11月11日判時1806号84頁。

行ったものと理解できる。控訴審はこの部分を踏襲して控訴棄却<sup>73)</sup>、最高裁は上告を不受理とした<sup>74)</sup>。

・非嫡出子相続差別違憲抗告事件東京高裁決定<sup>75)</sup>

遺産分割審判における抗告審である本決定では、憲法14条に照らして民法900条4項の立法目的の重要性を検討する際、「近時の諸外国における立法の動向を見ると、非嫡出子について権利の平等化を強く志向する傾向にあることが窺われ、さらに、国際連合による『市民的及び政治的権利に関する国際規約』24条1項の規定の精神及び我が国において未だ批准していないものの、近々批准することが予定されている『児童の権利に関する条約』2条2項の精神等にかんがみれば、適法な婚姻に基づく家族関係の保護という理念と非嫡出子の個人の尊厳という理念は、その双方が両立する形で問題の解決が図られなければならないと考える」と述べ、立法目的の重要性を相対化させた。

これは裁量により適合解釈がなされたものと理解できるが、B規約や児童権利条約は、14条の大前提の選択、つまり審査基準の選択には影響を与えず、目的の重要性の要件を検討する際、その「精神」が言及されたに過ぎないため、参照の態様としては限定的といえるだろう。この決定は確定している。

・国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決<sup>76)</sup>

法律上の婚姻関係にない日本国民である父とフィリピン共和国籍を有する母との間に日本で出生した原告が日本国籍を有することの確認訴訟において、「国籍法3条1項が憲法14条1項に違反するか」が争われた。判決は、立法目的自体に合理的根拠を認めした後、目的と具体的区別との間の合理的関連性を以下のように述べて否定した。すなわち、「社会通念及び社会的状況の変化に加えて、近年、我が国の国際化の進展に伴い国際的交流が増大することにより、…日本国民である

父が日本国民でない母と法律上の婚姻をしたことをもって、初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけの我が国との密接な結び付きが認められるものとするのは、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということはできない。」「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。」「以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっている」。

本件も裁量的な適合解釈がなされた例といえるが、B規約及び児童の権利条約は憲法14条の大前提の選択には影響を与えず、具体的な合理的関連性の検討において、「国際的な社会環境等の変化」を立証するための一つの事実として言及されているに過ぎない。それゆえ、ここでの参照の態様も限定的といえるだろう。

これに対し、泉補足意見は、原告の救済方法につき、「国籍法3条1項から「父母の婚姻」の部分を除いたその余の規定の適用により、日本国籍が付与されるべきである」とし、「上記のような国籍法3条1項の適用は、「すべての児童は、国籍を取得する権利を有する」ことを規定した市民的及び政治的権利に関する国際規約24条3項や児童の権利に関する条約7条1項の趣旨にも適合する」と述べている。国籍法3条1項の要件効果を明らかにする場面で人権条約に対する適合解釈を選択しているから、これは正面から裁量的な適合解釈を行ったものと理解できよう。

73) 札幌高判平成16年9月16日判例集未登載(平成14年(ネ)498号,平成15年(ネ)352号)。

74) 最決平成17年4月7日判例集未登載(平成17年(オ)448号,平成17年(受)517号)。

75) 東京高決平成5年6月23日判タ823号122頁。

76) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

## 4 日本における判例理論の現状と課題

### (1) 判例理論の現状

以上に見たように、日本の裁判所における国際法の適用手法は(1)狭義の直接適用、(2)司法審査、(3)裁量的な適合解釈の3つに整理することができる。人権規範はそれ自体が狭義の請求の根拠となるのではなく、他の法令に基づく国家の行為(法令、適用、または処分)を審査するために用いられるのが通常であるから、国際人権法は(1)狭義の直接適用の根拠とされることはほとんどないと言ってよい。(2)司法審査については、いくつかの下級審裁判例において国内法令や行政の処分が条約違反とされ、又は司法審査の延長としての義務的な条約適合解釈がなされているものの、それらは最高裁において用いられる判例法理とはなっていない。B規約を司法審査の根拠として用いた二風谷ダム判決も、事情判決により確定したが、上級審において判断されることがあれば、この考え方が維持されたかは分からない。(3)裁量的な適合解釈については、最高裁大法廷の法廷意見においても既に例が見られるが、泉補足意見と異なり、その存在を立法事実の一つとして参照する、という限定的な適合解釈にとどまる。このように、日本の裁判所では、国際人権法は積極的に用いられていないのが現状である。

このような最高裁の消極姿勢は強く批判されることがあるが、国際人権法を明示的に用いないから直ちに非難すべきだ、とは必ずしもいえないだろう。私人間の紛争において憲法を用いなくとも私法解釈により適切な解決

が可能であるのと同様に、国際人権法が要求する人権基準を満たすためには、必ずしも国際人権法を明示的に用いる必要はない。例えば、三菱樹脂判決は私人間紛争における憲法の無効力を説いたが、事案に即した解雇権の検討により高裁に差戻し、高裁において本採用拒否の撤回、原告の職場復帰、和解金1500万円の支払いの内容で和解が成立している<sup>77)</sup>。この解決を人権侵害と評価することはできまい。同様に、非嫡出子相続差別事件や国籍法違憲訴訟事件で問題になった平等原則については、B規約や児童の権利条約の平等規定によるまでもなく、憲法14条の検討の中で対応が可能である<sup>78)</sup>。日本では、国際法より憲法、憲法より法律によって事案を処理しようというのが裁判官の通常の発想である<sup>79)</sup>。そのために日本の裁判官は消極的であると指摘されることになるが<sup>80)</sup>、過去の判断の積み重ねが存在しない国際法や抽象度の高い憲法に依拠して大胆な判決を書くのではなく、精密な法律論のレベルで丁寧な利益調整を図ろうという裁判官の態度は国民の予測可能性と法的安定性を高めることにもつながり、十分な理由があるといえるだろう。

### (2) 課題

以上から、国際人権法を正面から司法審査の根拠としたり、その延長で適合的解釈義務を課したりしないことが直ちに問題とはいえないのだが、それでも問題とすべき点は残っている。

第一に、B規約27条の少数民族の権利のように、憲法には規定がなく、憲法だけでは対処できないような国際法上の義務は存在するし、憲法と重なる権利についても、国際法上の義務が憲法の保護範囲を超えていたり<sup>81)</sup>、具体的に敷衍していたりする場合が

77) 小山剛「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選(第5版)』26頁、26頁(有斐閣、2007)の判旨部分を参照。

78) 横田・前掲注15)41頁も、『『国際人権』が真に『憲法と同趣旨』である限り、裁判所の判断は憲法判断で足りるはずである」と述べる。

79) 園部・前掲注2)4頁は、「法律の明示の規定がないときには、法律の関係規定の合憲的解釈によって、それが不可能な場合は憲法の規定の直接適用によって、憲法に明示の規定がなければ、国際人権規約に沿った憲法の解釈によって、それも不可能な場合は、国際人権規約の国内直接適用という順序」を説く。

80) 岩沢・前掲注2)「日本における国際人権法」265頁。

81) 例えば、Ibrahim Gueye et al. v. France, ORHRC (1988/89-II) 408において、自由権規約委員会はセネガル人

ある<sup>82)</sup>。これらの場合、国際法を正面から用いて判断を示さないと、場合によっては国家機関の一部である裁判所が国際法違反を犯すおそれがある。また、結果的には違反でなくとも、日本の裁判所は国際法を無視しているのでは、と国際社会から疑われるおそれがあり、望ましくない。これらの懸念は、もし将来日本が自由権規約第一選択議定書などの個人通報制度に加入し、条約実施機関の審査を受けることになれば、より先鋭な現実問題として浮上してくると予想される。

第二に、このようにして裁判所が国際法を明示的に用いる必要に迫られたとき、いかなる文書が、どのような要件のもとで適用されるのか、いまだその基準がはっきりしていない。広い意味での国際人権法の対象には、法的拘束力を持たない世界人権宣言や条約実施機関の文書などを含め、様々なものがある。今後、国際法を裁判所で用いる際に検討すべき要件は何か、理論的な整理が求められているといえよう。

そこで以下では、今後日本の裁判所がどのような判例法理を展開しうるか、将来に向けた検討をすることにしたい。

## V. 将来の理論展開へ向けて

### 1 提唱—2つのアプローチ

#### (1) 裁量的な適合解釈の活用

まず、限られた形ではあるが既に最高裁においても認められている、裁量的な適合解釈の手法を積極的に活用することが考えられる。これは、最高裁においても既に肯定されているため、下級審裁判官にとって積極的に採用可能なもっとも現実的な選択肢である

う。

裁量的に国際法に対する適合的解釈を行うためには、特別に何らの要件を検討することなく、ありとあらゆる文書をその対象とすることができる。裁判官は、憲法76条3項により、憲法と法律が許容する範囲ならば、良心にしたがって解釈を選択することが認められているからである。裁判官は、幅広く学説や外国の判例を参考にしながら国内法の解釈を選択するのと同様に、国内法解釈において国際人権法や実施機関の文書、外国における学説、判例を参考にすることができる。裁量的な適合解釈を行う際に、直接適用可能性はもちろん、裁判規範性を問題にする必要はないのである。

今後、裁量的な国際法適合解釈を活用するにあたっては、具体的にどの文書からどれだけの影響力を導き出せるか、詳細な研究が不可欠となろう。特に、条約実施機関の文書の位置付けをどのように考えるかは重要な課題であると思われる。

#### (2) 司法審査と義務的な適合解釈

次に、司法審査とその延長としての義務的な適合解釈の手法を活用する方法がある。現在のところ、最高裁が国際人権法を用いてこの手法を採用した例は見つからないが、日本では条約が法律に優位することは確立した通説であり<sup>83)</sup>、政府見解であるから<sup>84)</sup>、最高裁が国際人権法を根拠に司法審査を行うことに理論的な問題はない。

しかし、国際人権法の裁判規範性の問題についてはいまだ十分な議論がなされていないように思われるので、次にこの問題を検討したい。

元フランス兵士の年金額がフランス国籍者の年金額よりも低いことはB規約26条違反としたが、大阪地判平成7年10月11日判タ901号84頁は戦傷病者戦没者遺族等援護法が在日韓国人を対象から除外していることは憲法14条の違反の疑いがあるものの、政治的裁量にゆだねられているから憲法14条及びB規約26条の違反はない、としている。これらと比較する限り、委員会の判断するB規約26条の義務は憲法14条の保護範囲よりも強い、といえそうである。

82) 例えば、女子差別撤廃条約、人種差別撤廃条約、拷問禁止条約などがこれにあたるだろう。

83) 小寺ほか・前掲注4)『講義国際法』115頁〔岩沢雄司〕、伊藤正己『憲法(第3版)』687頁(弘文堂,1995)。

84) 谷内・前掲注12)110-113頁、及びそこに引用されている真田説明員(内閣法制局)の答弁を参照。

## 2 国際人権法の裁判規範性

### (1) 裁判規範性の意義

裁判規範とは、裁判所による紛争解決基準<sup>85)</sup>つまり裁判に際し裁判官に対する基準となる規範<sup>86)</sup>を意味し、憲法学では、「裁判規範として作用（機能）する」とは、「裁判上、当該裁判規範を基準として合憲・違憲の判断が示される」という意味だ<sup>87)</sup>、といわれる。本稿の文脈では、国際法をも射程に含め、裁判規範性という語を「裁判上、当該裁判規範を基準として合憲・違憲及び国際法適合・国際法違反の判断が示される」という意味に捉える。

それでは、どのような国際法が日本の裁判所において「国際法適合・国際法違反の判断」を示せるか。このことを検討するためには、国際法の名宛人関係を分析する必要がある。

### (2) 名宛人関係の整理

国際法は、行政府、立法府、裁判所という三権に分かれる前の広義の国家全体を名宛人とし、拘束する。ここで、裁判所は国家機関の一つであるから、日本を拘束する国際法は裁判所をも当然に拘束しており、裁判所が国際法違反を犯す可能性は十分に存在している。このように、裁判所には国際法の義務が及んでいる、ということができる。

ところが、このような意味で裁判所を拘束することは、裁判規範が裁判所を名宛人として拘束することとは大きく異なるというべきだろう。国際法の名宛人はあくまで広義の国家全体であり、その義務は憲法 98 条 2 項を受け、国内において配分される<sup>88)</sup>。配分方

法には、様々な態様があり得る<sup>89)</sup>。例えば、日本が女子差別撤廃条約を批准する際に国籍法を改正して父母両系血統主義に変更したように、条約を受けて立法や法改正をし、新たな裁判規範を裁判所に課す方法がある。また、行政府が国際人権規約の批准を一つの契機として公営住宅法や国民金融公庫法、住宅金融公庫法などの運用を行政措置により改め、長期在住外国人についてもこれらの法律を適用することに変更したように、行政府が政令の制定その他の行政措置を通じて、運用を変更することがある。

条約の文言をそのまま裁判規範とし、裁判所に義務を課すという方法は、いくつもある国際法遵守方法の一つに過ぎない。確かに、裁判所は国家の機関であるから、裁判所の判決が国際法違反を構成することもある。しかし、もしも立法の不作为により適用すべき裁判規範が存在しなかったがゆえに裁判所が国際法違反の判決を書いたならば、その非難を受けるのは裁判所ではなく、裁判所が法に従って裁判をした時に国際法違反を犯さないよう、立法的措置を取らなかった立法府の責任ということも考えられる。裁判所の職責は裁判規範に忠実に判決を書くことであることからすると、直接に自己を名宛人とししない国際法に勝手に従うことは、国内における配分権限に対する越権行為となりうる。以上のことを図示してみよう。

85) 金子宏ほか編集『法律学小事典（第4版補訂版）』454頁（有斐閣，2008）。

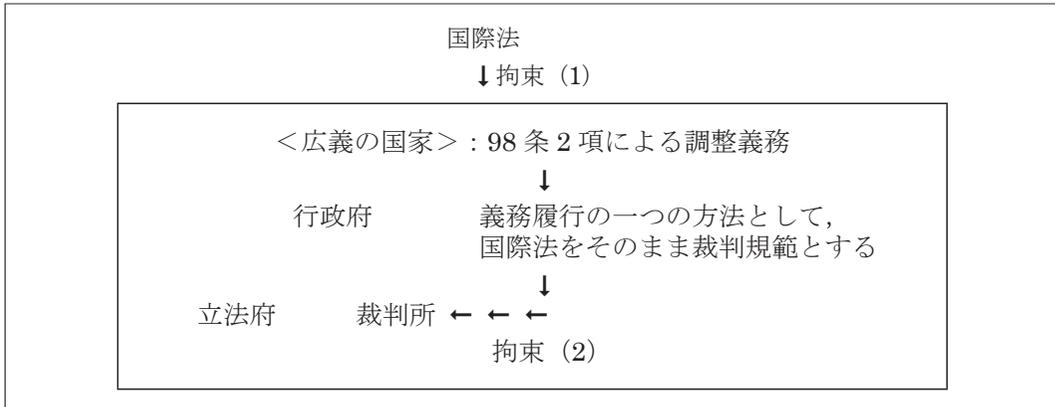
86) 五十嵐清『法学入門（第3版）』37頁（悠々社，2005）。

87) 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』119-121頁（日本評論社，1991）。

88) 高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリ 1244号 69頁，74頁（2003）。いかに配分するかは基本的には国内問題であるが、国際法自身が国内における配分プロセスをも規定することもめづらしくない。これについては同論文の注5や、薬師寺公夫「国際法学からみた自由権規約の国内実施」『講座国際人権2』43頁，56頁（信山社，2006）を参照。また、この国内における配分作業は、理論的には等位理論の説く「調整」の作業に対応する。参照、Gerald Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law* 92 RECUEIL DES COURS 5, 68-94 (1957), 山本草二『国際法（新版補訂）』81-120頁（有斐閣，1999）小寺・前掲注 11) 45-54頁，齋藤正彰「人権の国際的保障」『論点探究憲法』52頁，55頁（弘文堂，2005）。

89) 条約の義務を履行するための様々な態様について、畑=水上・前掲注 4) 276-283頁〔村上正直〕を参照。

(図2) 裁判規範としての国際法



つまり、国際法が裁判規範となるということは、その規範の名宛人関係が、(1) 国際社会から広義の国家への義務から、憲法 98 条 2 項による調整義務の履行を通じて、(2) 裁判所を直接に名指しする義務へと移行することを意味すると考えられる。

### (3) 裁判規範性の要件

それでは、国際法が裁判規範となるためには、どのような要件を満たす必要があるのか。これまでの検討から、少なくとも次の 3 つの要件が導けるだろう。

第一に、国際法上の法的拘束力が必要である。ある規範が広義の国家を義務づけないならば、その義務が裁判所を直接に名指しすることも考えられないからである。したがって、法的拘束力のない世界人権宣言や条約実施機関の文書は、その内容が慣習国際法と認められない限りは、裁判規範になることはない。

第二に、裁判規範が裁判所を直接に名指しする規範であるとすれば、*Foster v. Neilson* のいう「司法 (judicial) でなく政治 (political) 部門に向けられている」規範、徳島地裁の表現でいえば「政治的な義務の宣言にとどまるものであるような」規範は、裁判規範たり得ないといえよう。つまり、裁判所を名宛人とせず、もっぱら政治部門を名宛人としている規範は、裁判規範たり得ない。例えば、伝統

的な国際法学が対象としてきた条約のほとんどは国家間の権利義務を定めるものであり、裁判所ではなく政治部門を名宛人することが原則だったと考えられる。それに対し、個人の権利を定める国際人権法は原則として裁判所を名宛人に持つと考えてよい。もっとも、ここでは次節で説明する立法裁量論を合わせて検討する必要がある。

第三に、最低限の具体性が必要である。徳島地裁が説くように、規範が「抽象的・一般的な原則」にとどまる場合、すなわち、規定された要件効果があまにも曖昧であって、解釈によって何ら具体的な内容を導けない場合は、「国際法適合・国際法違反の判断」を示しようがないからである。

ここでは、憲法学の議論をそのまま当てはめることができる<sup>90)</sup>。例えば、現在日本の憲法規範の中で具体性について争いがあり得るものとして、前文の平和的生存権が挙げられる。それ以外の憲法規範は、憲法 25 条も含めて十分に具体的であって裁判規範であるとされている<sup>91)</sup>。つまり、国際人権法は、「日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであって、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した…」という規範に匹敵するほどに曖昧でなければ、解釈によって具体

90) 市川正人「裁判規範性の意義」法教 116 号 55 頁, 60 頁 (1990) を参照。

的な内容を導けるものとして差し支えないと思われる。しかも、ここに掲げた前文2項ですら、下級審では裁判規範性を認める判断がされることもある<sup>92)</sup>。以上のことから、法的拘束力を有する人権条約のうち、日本の裁判所にとってあまりに曖昧で解釈によって具体的な内容を導けないとされる規範はほとんどない、といってよいだろう。このように、最低限の具体性が要求されるといっても、これは狭義の直接適用可能性の要件としての明確性や完全性とはその性質と程度が全く異なる。混同を避けるため、裁判規範性の検討の際に明確性や完全性という言葉は使わない方がよいだろう。

### 3 立法裁量論との関係

以上の要件を満たし、国際人権法が裁判規範とされる場合でも、審査対象によっては、立法裁量論によって司法審査が制限される場合がある。立法裁量論とは、法律の合憲性審査が求められたとき、裁判所が立法府の政策判断に敬意を払い、法律の目的や目的達成のための手段に詮索を加えることや裁判所独自の判断を示すことを控えることを指す<sup>93)</sup>。この法理によれば、裁判所を名指しする義務があったとしても、審査対象の性質によっては、義務履行の役目のほとんどを立法府に委ねることが求められる。

例えば、最高裁は塩見事件判決において、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約(A規約)9条は「締約国において、社会保障についての権利が国の社会政策により保護されるに値するものであることを確認し、右権利の実現に向けて積極的に社会保障政策を推進すべき政治的責任を負うことを宣明したものであつて、個人に対し即時に具体的な権利を付与すべきことを定めたものではない。このことは、同規約2条1が締約国にお

いて『立法措置その他のすべての適当な方法によりこの規約において認められる権利の完全な実現を漸進的に達成する』ことを求めていることから明らかである<sup>94)</sup>」と述べるが、ここでは名宛人の問題と同時に立法裁量論が議論されていると理解できる。社会権など立法裁量が問題となりうる権利については、国際法が裁判規範性の要件を満たす場合でも、立法裁量論との兼ね合いをいかにしてとるか、説得的な理論展開を探究することが今後の課題となるだろう。

## VI. 結論と展望

以上、日本の裁判所における国際法の適用手法を、(1) 狭義の直接適用、(2) 司法審査、(3) 裁量的な適合解釈に整理し、それぞれの手法を採るために国際法が満たすべき要件を明らかにした。(1) 狭義の直接適用の根拠となるためには、従来の学説が説くように、主観的基準と客観的基準からなる直接適用可能性が必要である。もっとも、国際人権法についてこの手法が用いられることはほとんどないだろう。(2) 司法審査の根拠となるためには、直接適用可能性ではなく裁判規範性が問題となり、第一に法的拘束力をもつこと、第二に裁判所を名宛人とする、第三に最低限の具体性をもつことが要求されると考えられる。(3) 裁量的な適合解釈を行うためには何らの要件を検討する必要もなく、今後の積極的な活用が期待される。

最後に、本稿の検討から明らかになったことを踏まえ、今後の展望を以下にまとめて締めくくりとしよう。国際人権法の国内適用という問題は、以下に示すように国際法学と憲法学の双方に大きな変動をもたらす可能性を秘めているように思われるのである。

まず国際法学にとっては、この問題は国際法主体をめぐる考え方の大転換につながる可

91) 芦部・前掲注31)『憲法学Ⅱ 人権総論』99頁、伊藤・前掲注83)381頁。

92) 名古屋高裁平成20年4月17日判例集未登載(平成19年(ネ)58号)、岡山地裁平成21年2月24日判例集未登載(平成17年(ワ)1057号)。

93) 戸松・前掲注21)253頁。

94) 最判平成元年3月2日判時1363号68頁。

能性があるのではなかろうか。国家のみを国際法の主体とする排他的主体性論は、既に第二次世界大戦後に急速な後退を見せているものの、それに代わる理論はいまだ発展途上である。近年、国際法が定める実体的権利義務が国内法を媒介とすることなく直接に国内裁判所で適用される場合にも個人の法主体性を認める新主体性論の試みが説かれており、注目される<sup>95)</sup>。本稿で検討した国内裁判所における国際法の適用という課題は、新しい国際法観の構築にとって、中心的な意味を持っているのである。

次に憲法学にとっては、国際人権規範の国内化によって、従来の人権論に大きな変動がもたらされる可能性があるのではなかろうか。伊藤正己元最高裁判事が述べるように、日本が国際人権規約に加入した当時は、画期的な人権論の変動が期待されたにもかかわらず、裁判所の極めて消極的な態度の前に国際人権法は黙殺され<sup>96)</sup>、不発に終わった。当時は裁判官のみならず学説においても理論的準備が整わず、実務において採用できる法理が発展しなかったものと考えられる。しかし、世界に目を向ければ、ヨーロッパ人権裁判所に象徴されるように、主権国家を越えた人権論の発展と国内法の変動という事態は急速に進行している。日本でも、かつては起こらなかった人権論の変動が、今後の国際的な流れの中で現実のものとなってゆく可能性は十分にあるように思われる。

本稿は、憲法学と国際法学の双方の議論の蓄積を踏まえた上で、将来に向けた議論の基礎を構築することに挑戦した。今後、学問分野を超えた研究がより一層進展し、日本における国際人権訴訟が適切な形で発展してゆくことを願って、筆を擱く。

(まつだ・ひろみち)

---

95) 杉原・前掲注 61)43-44 頁。

96) 伊藤・前掲注 2)9-10 頁。

## 論説

## 振替証券法制に関するユニドロア条約

東京大学教授

神田秀樹

## I. はじめに

## II. 本条約の経緯など

- 1 経緯
- 2 本条約の目的とアプローチ

## III. 本条約の概観

## IV. 本条約の内容

- 1 全体の構成
- 2 第1章：用語の定義と条約の適用範囲等
- 3 第2章：口座名義人の権利
- 4 第3章：振替証券の移転
- 5 第4章：階層保有制度の健全性

## V. むすび

## I. はじめに

株券や社債券等の投資有価証券の電子化が各国で進展しつつある。国によっては、有価証券という券面を廃止せずに、中央預託機関（一般に CSD [central securities depository] と呼ばれる）に預託して不動化した状態で処理をすることにとどまっている国もあるが、いずれにせよ、投資有価証券については金融機関や証券会社等の口座管理機関（後述）を通じて証券の保有がなされ（間接保有状態あるいは階層保有状態と呼ぶことが多い）、そのうえで譲渡取引や担保取引等の取引がなされるのが、今日の主要国における共通の姿である。

2009年10月9日に、こうした間接保有・階層保有状態のもとでなされる証券の保有および譲渡取引・担保取引等について、私法レベルでの各国法の調整を目的とする条約が私法統一国際協会（ユニドロア）（UNIDROIT: International Institute for the Unification of Private Law）において策定された（この条約の正式名称は「UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities」、略称は「Geneva Securities Convention」）<sup>1)</sup>。本稿では、この条約をユニドロア振

1) 本条約のテキストと本条約策定過程における関連資料等のほとんどすべては公開されており、ユニドロアのウェブサイトからダウンロードにより入手可能である。一般情報は、<http://www.unidroit.org> 参照。本条約の正文と外交会議の資料等は、<http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm> 参照。外交会議までの関係資料等は、<http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/study78-archive-e.htm>（以上につき、2010年8月18日最終検索）参照。

替証券条約あるいは本条約と呼ぶこととする。

筆者は、この条約の策定作業に参加する機会を得たが、策定作業の途中の時点で、別稿において、この条約策定作業の概況を紹介する機会を得た<sup>2)</sup>。このたび、条約が成立したため、本稿では、本条約についてその概要を紹介し、日本の法制との関係でのごく簡単なコメントをすることとしたい。

なお、本稿では、間接保有・階層保有（以下「階層保有」という）状態にある場合における中央預託機関を「振替機関」または「CSD」、その下に参加者として位置する金融機関や証券会社等を「口座管理機関」(intermediary)、口座管理機関に顧客として口座を保有する者を「口座名義人」(account holder)（口座管理機関を含む）と呼ぶこととする。また、口座への増額あるいは減額の記載または記録を「記帳」と呼ぶこととする（株式等の場合には通常は数の増加または減少として記帳されるが、本稿では増額または減額記帳という用語を用いる）。そして、口座名義人等が有するあるいは有しうる当該投資有価証券上の権利を表現する適切な言葉が思い浮かばないため、本稿では漠然と証券あるいは証券の権利等と表現する。すなわち、たとえば、日本における最下位の口座名義人の権利（株式・社債等）、アメリカ法にいう「セキュリティ・エンタイトルメント (security entitlement)」やイギリスの制度における信託受益権などを、本稿では、振替証券あるいは振替証券の権利等と表現する<sup>3)</sup>。

## II. 本条約の経緯など

### 1 経緯

ユニドロアでは、2002年に本プロジェクト

ト（当時の名称は「間接保有証券実質法調整プロジェクト (Harmonised Substantive Rules regarding Intermediated Securities)」) が開始した<sup>4)</sup>。すなわち、2002年9月から個人の資格で参加したメンバーからなる「スタディ・グループ」の会合が5回開催された。その研究成果に基づいて、2005年5月から4回の政府専門家委員会 (Committee of Governmental Experts) の会合が開催された。その審議の成果を受けて、2008年9月と2009年10月に外交会議が開催され、上述したように、2009年10月9日に本条約が採択された。その後、2010年2月に条約テキストの最終版が公表された。この条約については、その公式注釈 (Official Commentary) の草案が2009年10月の外交会議に先立って公表されたが<sup>5)</sup>、条約が成立したため、その後、公式注釈の最終版の作成作業が進められており、公式注釈の最終版は2011年の春までに公表される予定となっている。

### 2 本条約の目的とアプローチ

本条約の目的は、階層保有状態において保有される投資有価証券についての譲渡取引や担保取引が国境を越えて行われる場合に生じうる法的不確実性を取り除き、それによりスムーズな譲渡取引や担保取引がなされることを可能とするような私法面でのルール調整をはかることにあるとされている。そして、本条約策定過程（以下「本プロジェクト」と呼ぶことがある）における基本的な視点として、各国のシステムのそれ自体としての健全性 (internal soundness) と他国のシステムとの共存性 (compatibility) の二つがあげられている。このような視点があげられるに至った重要な前提として、本プロジェクトで

2) 神田秀樹「間接保有証券に関するユニドロア条約策定作業の状況」江頭憲治郎選譯『企業法の理論（下）』569頁（商事法務，2007）。

3) 本稿では各国の制度については述べない。たとえば、森下哲朗「国際証券決済法制の展開と課題」上智法學論集47巻3号214頁（2004）を参照。

4) 関連資料は、前掲注1)のウェブサイトから入手できる。

5) *Draft Official Commentary on the UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities* (2009) (前掲注1)のウェブサイトから入手できる。

は「機能的アプローチ」を採用することとした点がある。その意味は、各国がその法制度のもとで関係者の権利義務等をどのように構成するかは大きく分かれているため、それらを調整することをめざすのではなく、各国の制度のもとで譲渡取引等が行われる場合について、その経済的効果あるいは法的ルールがもたらす「結果」に着目し、国際的な投資証券の流通等についての法的不確実性を減少させるためにはどのような機能が確保されるべきかという視点から本プロジェクトを遂行するという意味である（本プロジェクトではこれを「functional approach」と呼んできた）<sup>6)</sup>。

### Ⅲ. 本条約の概観

本条約は、口座管理機関によって保有される株式・社債等の投資有価証券（以下「振替証券」と呼ぶ）に適用される（本条約1条,9条等。以下、本条約の条文は条文番号だけで引用する）。国際取引だけでなく、国内取引にも適用される（2条）。本条約がカバーする範囲は、振替証券の保有および譲渡・担保取引である。振替証券の保有および譲渡取引・担保取引の局面と関連する一部局面を除いて、いわゆる会社法の領域に属する分野である振替証券の保有者（株主や社債権者等）と発行会社との関係については原則として対象外である（8条・9条等）。日本法でいえば、社債、株式等の振替に関する法律（以下「振替法」と呼ぶ）がカバーする範囲の一部ということになる。

本条約は各国法の最小限度の調整を目指したため、多くの事項について非条約法（non-convention law）（1条m号）（締約国における本条約以外の法）に具体的な規律をゆだねたり、非条約法が存在することを前提とした規定を多く設けている。また、多くの事項について、いわゆる宣言（declaration）によるオプトアウトが認められている。

振替証券の譲渡および担保差入れは、証券口座への記帳によって第三者に対する対抗要件を具備するのが原則である（11条）。このほかに、締約国は、宣言をすることにより、記帳を伴わない方法での振替証券の担保差入れ等を認めることもできる（12条）。たとえば、現行法制のもとで、アメリカ等では、口座名義人（設定者）・口座管理機関・債権者（担保権者）の三者間の合意による担保権設定および第三者対抗要件具備を認めており（債権者の「支配（control）」取得による担保権設定）、また、口座名義人（設定者）・口座管理機関の二者間の合意による口座管理機関が担保権者となる担保権設定も認められている。

振替証券の善意取得（本条約では無知の（innocent）取得者による取得という表現を用いている）も一定の要件のもとで認められ（18条）、競合する権利者間の優劣関係についても対抗要件具備の前後によることを原則とするルールが置かれている（19条。なお20条）。

これらのほか、口座管理機関の口座名義人に対する基本的な義務（10条・15条・24条等）および証券が口座の記帳に不足するような場合に口座管理機関が倒産したような場合の損失分担に関するルール（26条）や、いわゆる上位差押え（upper-tier attachment）（口座名義人の債権者がその直接の口座管理機関よりも上位のレベルで（たとえば上位の口座管理機関に対する権利について）差押えをすること）の原則禁止（22条）等が定められている。

最後に、振替証券の担保取引については、EUの金融担保指令<sup>7)</sup>を範として詳細なルールが設けられているが（31条～38条）、これらについては宣言による全部または一部のオプトアウトが認められている。

なお、本条約の内容は、基本的には、日本の振替法と整合的なものであると考えられる。

6) 前掲注1)のウェブサイト参照。

7) *Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements*, OJ L168, 27.6.2002, 43-50.

## IV. 本条約の内容

### 1 全体の構成

本条約は、前文のほか、用語の定義と条約の適用範囲等を定めた第1章（1条～8条）、口座名義人の権利を定めた第2章（9条・10条）、振替証券の移転を定めた第3章（11条～20条）、階層保有制度の健全性を定めた第4章（21条～30条）、担保取引についての特則を定めた第5章（31条～38条）、経過規定を定めた第6章（39条）および最終規定（雑則）を定めた第7章（40条～48条）から構成されている。

以下では、これらのうちで主要な部分と考えられる第1章から第4章までの内容のポイントを紹介し、必要に応じて日本の法制との関係についてのごく簡単なコメントを付すこととする。

### 2 第1章：用語の定義と条約の適用範囲等

1条は、本条約で用いられる用語の定義を定めた規定であるが、用語の定義は1条のほかにも置かれていることに留意する必要がある（たとえば、17条、22条2項、31条3項など）。

2条は、本条約は純粋な国内取引にも適用されることを明らかにした規定である。

3条は、「宣言」の適用関係を明らかにした規定である。法廷地の国際私法により本条約の締約国である国の法が準拠法とされた場合には、本条約とともにその国がした宣言が適用されると定めている。

4条は、本条約の解釈原理を定めた規定で、他の国際条約にも通常置かれる規定である。

5条は、本条約の適用範囲を、規制を受けた口座管理機関と中央銀行が管理する証券口座に限定することを締約国に認めた規定であ

る。たとえば、日本のように、口座管理機関が登録制である場合には、登録を受けていない者がした取引には本条約を適用しないという選択肢が認められる。

6条は、CSDや中央銀行等について、本条約はあくまで階層保有に直接関連する側面に適用されるものであり、証券の発行者との関係での業務には適用されないことを明らかにした規定である。

7条は、いわゆる「透明制度」を有する国についての特別規定である。透明制度とは、北欧諸国・ブラジル・中国等で採用されている制度で、いろいろなタイプのものがあるが、ひとことでいえば、口座管理機関とCSDの両方が口座名義人の口座を管理し、両者における口座はリンクされて管理されているような証券保有制度である<sup>8)</sup>。本条約の基本思想は、一般には、ある口座についてその口座を管理する口座管理機関は1つであるが（「関連口座管理機関（relevant intermediary）」という）、透明制度を有する諸国のために、本条は、関連口座管理機関の機能の一部を他者が遂行する旨の宣言をすることを認めている。その場合には、本条約の関連口座管理機関に関する規定は当該他者に適用されることになる。

8条は、証券の発行者との関係を定めた一般規定である。29条2項の場合を除いて、本条約は口座名義人と発行者との関係には影響を及ぼさない（1項）。また、本条約は発行者が誰を株主・社債権者等と取り扱うかという側面については適用されない（2項）。これらは通常は会社法と呼ばれる分野で規律される問題であるが、本条約は証券の物権的な保有ないし移転の側面を扱う条約である。

### 3 第2章：口座名義人の権利

9条は、振替証券の口座名義人が有する権利を定めたものである。各国の異なる制度をカバーするために複雑な規定ぶりになってい

8) 詳細は、*Report of the Transparent Systems Working Group (UNIDROIT 2007 - Study LXXVIII - Doc. 8)* (2007) (<http://www.unidroit.org/english/documents/2007/study78/s-78-088-e.pdf>) 参照。

る。1項が権利のリストである。a号は株式や社債といった中身、b号は権利を処分（譲渡・担保差入れ）する権利、c号は他の口座管理機関を通じて保有する権利、d号はその他非条約法で認められる権利である。なお、a号の権利は最下位の口座名義人はつねに有するが、それ以外の口座名義人が有するかどうかは非条約法による。日本の振替法のもとでは、最下位の口座名義人のみがこの権利を有する。2項は、1項の権利は原則として第三者に対しても有効であると定める一方で、a号の権利は口座管理機関または発行者に対して、b号およびc号の権利は口座管理機関に対してだけ行使できることを定めている。3項は、担保権のような制限的権利の場合についての規定である。

10条は、口座管理機関の義務を定めた規定である。1項は、口座管理機関は、口座名義人が9条1項の権利を行使することができるよう、適切な措置をとる義務を負うと規定する。2項は、口座管理機関の義務のリストを掲げた規定である。2項は2009年10月の外交会議で急ぎ追加されたため、必ずしもすべての義務を列挙した規定にはなっておらず、また他の規定の書きぶり（たとえば7条2項c号）と表現が必ずしも整合的にはなっていないが、2項は他の条文と異なる特別なことを定めた趣旨ではない。なお、3項は、口座管理機関は他の口座管理機関に口座の開設を求めることまでの義務を当然に負うものではないことを規定している。

#### 4 第3章：振替証券の移転

第3章は、日本の概念でいえば、物権変動の方法を定めた規定である。具体的には譲渡取引と担保取引ということになるが、担保権以外の制限的権利も認めている。

11条は、口座への減額記帳と増額記帳による譲渡等を定める。口座への増額記帳により振替証券あるいはその担保権等が取得される（11条1項・4項）。それ以上の手続的な要件を要することなく、その譲渡等は第三者対抗要件を備える（11条2項・4項）。「effective against third parties」という表現は、

日本でいえば対第三者対抗要件を具備するという意味である。同様に、口座への減額記帳により振替証券が譲渡されあるいはその担保権の設定等がされる（11条3項4項）（上位概念として処分（disposition）という用語が用いられている）。なお、処分については15条の適用があり、処分と取得については16条の適用がある（後述）。また、5項は、本条約はネット・ベースでの処理に影響を及ぼすものではないことを念のために規定している。

12条は、宣言により、担保権その他の制限的権利の付与を認めた規定である。典型的には、締約国は、宣言をすることにより、口座名義人（設定者）・口座管理機関・債権者（担保権者）の三者間の合意による担保権設定および第三者対抗要件具備や（債権者の「支配（control）」取得による担保権設定）、付記帳（designating entry）による担保権設定および第三者対抗要件具備が認められる。また、口座名義人（設定者）・口座管理機関の二者間の合意による口座管理機関が担保権者となる担保権設定も認められる。なお、こうした法制を有しない国が本条の宣言をすると、国内法（非条約法）の改正をしなくても本条約により本条に定めた（そして宣言をした）方法による担保権設定等が認められることになる（12条5項柱書参照）。

13条は、11条と12条に定める方法以外の方法での譲渡等も非条約法が認めれば認められることを定めた規定である。なお、非条約法の定める方法によって設定された担保権は12条の方法により設定された担保権より劣後するのが原則である（19条2項）。

14条は、その1項で、11条と12条に定める方法により第三者対抗要件を満たした物権変動は倒産手続においても原則として有効であることを定めた規定である。日本の表現でいえば倒産管財人にも対抗できるということである。ただし、このことは、倒産法における特別な優先権（いわゆる財団債権など）、否認権、個別の権利行使停止などには影響を与えない（そうした倒産法の特別規定が適用される）（2項）。なお、関連口座管理機関が倒産した場合には本条ではなく21条が適用

される（3項）。また、非条約法による物権変動の場合についても同様である（4項）。

15条は、1項で、処分（上記参照）には口座管理機関が権限を有することを要する旨を定めた規定である。ただし、無権限の処分がなされた場合の効果は、本条約は定めず、非条約法による（2項）。

16条は、記帳（減額記帳、増額記帳、付記帳）の有効性は非条約法による旨を定めた規定である。ただし、18条（善意取得等）のほうが優先適用される。なお、有効性という場合、撤回ないし取消しうることや条件付の場合も広く含まれる。

17条は、第3章における若干の用語の定義を定めた規定である。とくに、知りうべき場合（ought to know）を定義したb号と主体が組織（法人等）である場合における知りまたは知りうべき場合を定義したc号が重要である。

18条は、基本的には日本という善意取得を定めた規定である。1項と2項に分けて規律されている。1項では、振替証券の善意（無知（innocent））（知りまたは知りうべきであった場合以外）の取得者は、振替証券を善意取得するだけでなく不法行為責任等も負わないことが定められている。2項は、先行する記帳に瑕疵があった場合でも後続の取得者は善意であれば振替証券を善意取得することを定めているが、5項により証券決済システムの規則で別段の規定があればそれに従うとされている点で1項の場合と異なる。なお、1項と2項の善意取得は有償の取得者についてだけ適用されるが（3項）、各国が善意取得の要件を緩めることは認められる（4項）。18条は善意取得の規定であるので、担保権等の優劣関係には影響を与えない（6項）。18条が日本の現行法と異なるかどうかは議論の余地があるが、有償の点を除いて、実質において差はないように思われる。

19条は、12条または13条に定める方法によって設定された担保権等の競合する振替証券の権利間の優劣関係を定めた規定である（1項）。12条の方法で設定された権利は原則として13条の方法で設定された権利に優先する（2項）。12条の方法で設定された権利の

間では基本的にはその優劣は第三者対抗要件が具備された時間的先後による（3項）。そのほか、細かな例外等があるが（4項以下）、ここでは省略する。

20条は、1項で、口座管理機関が口座名義人の振替証券を12条または13条に定める方法で処分した場合について、原則として本条約は規定を置かないと定めるが、例外として、2項で、12条の方法で処分した場合において、担保権等の権利を取得した者が善意（知りまたは知りうべきであった場合以外）であった場合にかぎって、その者が優先すると定めている。2項の規律は、日本の現行法のもとでの規律と整合的であるように思われる。

## 5 第4章：階層保有制度の健全性

21条は、14条の特別規定であり、1項は、関連口座管理機関が倒産した場合でも、11条または12条に定める方法で対第三者対抗要件を満たした振替証券にかかる権利は倒産手続のもとでも原則として有効であることを定めた規定である。日本でいえば、振替証券の保有者についていえばその取戻権を規定したものである。ただし、このことは、倒産法における否認権や個別の権利行使停止などには影響を与えない（そうした倒産法の特別規定が適用される）（2項）。14条との違いは、倒産法における特別優先権についての言及がないことである（上記参照）。なお、非条約法による物権変動の場合についても同様である（3項）。

22条は、いわゆる上位差押え（upper-tier attachment）の禁止を定めた規定である（1項2項）。上位差押えとは、口座名義人の債権者がその直接の口座管理機関よりも上位のレベルで（たとえば上位の口座管理機関に対する権利について）差押えをすることである。ただし、透明制度（上記）の国に配慮して、宣言により一部例外が認められる（3項）。

23条は、1項で、口座管理機関は振替証券の処理に関しては口座名義人以外の者の指図には従う義務を負わないことを定めた規定である。ただし、例外が2項で定められている。

24条は、口座管理機関の振替証券または

その記帳（以下「振替証券」という）の保有義務を定めた規定である。口座管理機関は、振替証券の種類ごとに、口座名義人の口座に記帳した振替証券の総額に相当する振替証券を自ら上位の口座管理機関の口座に保有しなければならない（1項）。なお、自己のために保有する振替証券について自己が口座を管理する制度を採用する国では（日本はこれには該当しないと思われる）、その分も上位口座管理機関の口座に保有しなければならない（1項b号参照）。この義務の具体的な履行方法は柔軟であり、2項で列挙されている。なお、3項は、1項の違反があった場合には口座管理機関に対して非条約法の認める期限内に是正措置をとることを要求する。4項については省略する。

25条は、1項で、24条で口座管理機関が上位口座管理機関の口座に保有する振替証券は、その口座名義人（以下「顧客」という）に割り当てられると定める。2項は、そのような振替証券は口座管理機関の債権者の債権等の責任財産とならないことを定めている。これらは倒産手続においても適用される（6項）。顧客への具体的な割当て（帰属）のしかたは非条約法等で決まる（3項・4項）。5項は、宣言により、口座管理機関が自己のために上位口座管理機関の口座に保有する振替証券については、顧客に帰属しないこととすることが認められる。日本の現在の法制はそうになっているため、かりにもし日本が本条約を批准する場合には、本項による宣言をすることになると考えられる。

26条は、口座管理機関が倒産した場合において、25条で顧客に帰属する振替証券が不足するような場合における損失分担を定めた規定である。原則は按分するが（2項）、証券決済システム等に別段の定めがある場合はそれに従う（3項）。

27条は、証券決済システムの運営者または参加者が倒産した場合についての特別規定であるが、ここでは省略する。

28条は、口座管理機関の義務と責任を定めた規定である。1項と2項は口座管理機関の義務に関する規定であり、本条約の定める口座管理機関の義務は非条約法（およびその

もとでの口座契約や証券決済システムの規則など）で具体的に定められ、それに従っていれば本条約上も義務違反にはならないと定めている。3項と4項は口座管理機関の責任に関する規定である。責任は非条約法等にゆだねられるが（3項）、故意または重過失がある場合の責任を免除することは認められない（4項）。

29条と30条は発行者に係する規定であって、別の章とすべき規定であるともいえるが、章の数を増やすのは複雑になるため、第4章の末尾に置くこととされた。

29条は、1項で、締約国は、上場証券等について、階層保有制度を認め、かつ、9条に定める権利の行使を確保しなければならないと定めている。ただし、すべての上場証券について階層保有を認めなければならないわけではなく、階層保有の対象となるか否かは証券の発行要項による（1項後段）。2項は、そのような証券について、議決権等の不統一行使が認められるべきことを定めた規定であるが、行使の際の条件には本条約は干渉しない。

30条は、相殺についての規定であり、階層保有状態以外の状態であれば相殺可能な場合には階層保有状態であっても相殺可能であると定めている。

## V. むすび

本稿では、階層保有状態のもとでなされる投資有価証券の保有および譲渡取引等に関し、私法レベルでの各国法の調整を目的として成立したユニドロア振替証券条約について、その経緯と内容のポイントを簡単に紹介した。本条約の内容は、基本的には、日本の現行法と整合的なものであると考えられる。換言すれば、本条約の策定過程は日本の制度を世界に向けて発信する場でもあったといえることができる。ただ、いずれにせよ、ユニドロア振替証券条約が成立した今日、それを契機として、日本においても必要に応じてより一層洗練された制度の整備へ向けた検討が行われていくことが望まれる。

（かんだ・ひでき）

〈参考〉

**UNIDROIT CONVENTION ON SUBSTANTIVE RULES  
FOR INTERMEDIATED SECURITIES**

Geneva, 9 October 2009

**UNIDROIT CONVENTION ON  
SUBSTANTIVE RULES  
FOR INTERMEDIATED SECURITIES**

**THE STATES SIGNATORY TO THIS  
CONVENTION,**

**CONSCIOUS** of the growth and development of global capital markets and recognising the benefits of holding securities, or interests in securities, through intermediaries in increasing the liquidity of modern securities markets,

**RECOGNISING** the need to protect persons that acquire or otherwise hold intermediated securities,

**AWARE** of the importance of reducing legal risk, systemic risk and associated costs in relation to domestic and cross-border transactions involving intermediated securities so as to facilitate the flow of capital and access to capital markets,

**MINDFUL** of the need to enhance the international compatibility of legal systems as well as the soundness of domestic and international rules relating to intermediated securities,

**DESIRING** to establish a common legal framework for the holding and disposition of intermediated securities,

**BELIEVING** that a functional approach in the

formulation of rules to accommodate the various legal traditions involved would best serve the purposes of this Convention,

**HAVING** due regard for non-Convention law in matters not determined by this Convention,

**EMPHASISING** the importance of the integrity of a securities issue in a global environment for intermediated holding in order to ensure the exercise of investors' rights and enhance their protection,

**EMPHASISING** that this Convention is not intended to harmonise or otherwise affect insolvency law except to the extent necessary to provide for the effectiveness of rights and interests governed by this Convention,

**RECOGNISING** that this Convention does not limit or otherwise affect the powers of Contracting States to regulate, supervise or oversee the holding and disposition of intermediated securities or any other matters expressly covered by the Convention, except in so far as such regulation, supervision or oversight would contravene the provisions of this Convention,

**MINDFUL** of the importance of the role of intermediaries in the application of this Convention and the need of Contracting States to regulate, supervise or oversee their activities,

**HAVE AGREED** upon the following provisions:

## CHAPTER I – DEFINITIONS, SPHERE OF APPLICATION AND INTERPRETATION

### *Article 1* *Definitions*

In this Convention:

(a) “securities” means any shares, bonds or other financial instruments or financial assets (other than cash) which are capable of being credited to a securities account and of being acquired and disposed of in accordance with the provisions of this Convention;

(b) “intermediated securities” means securities credited to a securities account or rights or interests in securities resulting from the credit of securities to a securities account;

(c) “securities account” means an account maintained by an intermediary to which securities may be credited or debited;

(d) “intermediary” means a person (including a central securities depository) who in the course of a business or other regular activity maintains securities accounts for others or both for others and for its own account and is acting in that capacity;

(e) “account holder” means a person in whose name an intermediary maintains a securities account, whether that person is acting for its own account or for others (including in the capacity of intermediary);

(f) “account agreement” means, in relation to a securities account, the agreement between the account holder and the relevant intermediary governing the securities account;

(g) “relevant intermediary” means, in relation to a securities account, the intermediary that maintains that securities account for the account holder;

(h) “insolvency proceeding” means a collective judicial or administrative proceeding, including an interim proceeding, in which the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a court or other competent authority for

the purpose of reorganisation or liquidation;

(i) “insolvency administrator” means a person (including a debtor in possession if applicable) authorised to administer an insolvency proceeding, including one authorised on an interim basis;

(j) securities are “of the same description” as other securities if they are issued by the same issuer and:

(i) they are of the same class of shares or stock; or

(ii) in the case of securities other than shares or stock, they are of the same currency and denomination and are treated as forming part of the same issue;

(k) “control agreement” means an agreement in relation to intermediated securities between an account holder, the relevant intermediary and another person or, if so provided by the non-Convention law, between an account holder and the relevant intermediary or between an account holder and another person of which the relevant intermediary receives notice, which includes either or both of the following provisions:

(i) that the relevant intermediary is not permitted to comply with any instructions given by the account holder in relation to the intermediated securities to which the agreement relates without the consent of that other person;

(ii) that the relevant intermediary is obliged to comply with any instructions given by that other person in relation to the intermediated securities to which the agreement relates in such circumstances and as to such matters as may be provided by the agreement, without any further consent of the account holder;

(l) “designating entry” means an entry in a securities account made in favour of a person (including the relevant intermediary) other than the account holder in relation to intermediated securities, which, under the account agreement, a control agreement, the uniform rules of a securities settlement system or the non-Convention law, has either or both of the following effects:

(i) that the relevant intermediary is not permitted to comply with any instructions given

by the account holder in relation to the intermediated securities as to which the entry is made without the consent of that person;

(ii) that the relevant intermediary is obliged to comply with any instructions given by that person in relation to the intermediated securities as to which the entry is made in such circumstances and as to such matters as may be provided by the account agreement, a control agreement or the uniform rules of a securities settlement system, without any further consent of the account holder;

(m) “non-Convention law” means the law in force in the Contracting State referred to in Article 2, other than the provisions of this Convention;

(n) “securities settlement system” means a system that:

(i) settles, or clears and settles, securities transactions;

(ii) is operated by a central bank or central banks or is subject to regulation, supervision or oversight by a governmental or public authority in relation to its rules; and

(iii) has been identified as a securities settlement system in a declaration made by the Contracting State the law of which governs the system on the ground of the reduction of risk to the stability of the financial system;

(o) “securities clearing system” means a system that:

(i) clears, but does not settle, securities transactions through a central counterparty or otherwise;

(ii) is operated by a central bank or central banks or is subject to regulation, supervision or oversight by a governmental or public authority in relation to its rules; and

(iii) has been identified as a securities clearing system in a declaration made by the Contracting State the law of which governs the system on the ground of the reduction of risk to the stability of the financial system;

(p) “uniform rules” means, in relation to a securities settlement system or securities clearing

system, rules of that system (including system rules constituted by the non-Convention law) which are common to the participants or to a class of participants and are publicly accessible.

#### *Article 2*

##### *Sphere of application*

This Convention applies whenever:

(a) the applicable conflict of laws rules designate the law in force in a Contracting State as the applicable law; or

(b) the circumstances do not lead to the application of any law other than the law in force in a Contracting State.

#### *Article 3*

##### *Applicability of declarations*

If the law of the forum State is not the applicable law, the forum State shall apply the Convention and the declarations, if any, made by the Contracting State the law of which applies, and without regard to the declarations, if any, made by the forum State.

#### *Article 4*

##### *Principles of interpretation*

In the implementation, interpretation and application of this Convention, regard is to be had to its purposes, the general principles on which it is based, its international character and the need to promote uniformity and predictability in its application.

#### *Article 5*

##### *Central bank and regulated intermediaries*

A Contracting State may declare that this Convention shall apply only to securities accounts maintained by:

(a) intermediaries falling within such categories as may be described in the declaration, which are subject to authorisation, regulation, supervi-

sion or oversight by a government or public authority in relation to the activity of maintaining securities accounts; or

- (b) a central bank.

#### *Article 6*

##### *Excluded functions*

This Convention does not apply to the functions of creation, recording or reconciliation of securities, vis-à-vis the issuer of those securities, by a person such as a central securities depository, central bank, transfer agent or registrar.

#### *Article 7*

##### *Performance of functions of intermediaries by other persons*

1. A Contracting State may declare that under its non-Convention law a person other than the relevant intermediary is responsible for the performance of a function or functions (but not all functions) of the relevant intermediary under this Convention, either generally or in relation to intermediated securities, or securities accounts, of any category or description.

2. A declaration under this Article shall:

(a) specify, if applicable, the relevant category or description of intermediated securities or securities accounts;

(b) identify, by name or description:

- (i) the relevant intermediary;
- (ii) the parties to the account agreement;

and

(iii) the person or persons other than the relevant intermediary who is or are responsible as described in paragraph 1; and

(c) specify, in relation to each such person:

(i) the functions for which such person is so responsible;

(ii) the provisions of this Convention that apply to such person, including whether Article 9, Article 10, Article 15 or Article 23 applies to such person; and

(iii) if applicable, the relevant category or

description of intermediated securities or securities accounts.

3. Unless otherwise provided in this Convention, if a declaration under this Article applies, references in any provision in this Convention to an intermediary or the relevant intermediary are to the person or persons responsible for performing the function to which that provision applies.

#### *Article 8*

##### *Relationship with issuers*

1. Subject to Article 29(2), this Convention does not affect any right of the account holder against the issuer of the securities.

2. This Convention does not determine whom the issuer is required to recognise as the shareholder, bondholder or other person entitled to receive and exercise the rights attached to the securities or to recognise for any other purpose.

## **CHAPTER II – RIGHTS OF THE ACCOUNT HOLDER**

#### *Article 9*

##### *Intermediated securities*

1. The credit of securities to a securities account confers on the account holder:

(a) the right to receive and exercise any rights attached to the securities, including dividends, other distributions and voting rights:

(i) if the account holder is not an intermediary or is an intermediary acting for its own account; and

(ii) in any other case, if so provided by the non-Convention law;

(b) the right to effect a disposition under Article 11 or grant an interest under Article 12;

(c) the right, by instructions to the relevant intermediary, to cause the securities to be held otherwise than through a securities account, to the extent permitted by the applicable law, the terms

of the securities and, to the extent permitted by the non-Convention law, the account agreement or the uniform rules of a securities settlement system;

(d) unless otherwise provided in this Convention, such other rights, including rights and interests in securities, as may be conferred by the non-Convention law.

2. Unless otherwise provided in this Convention:

(a) the rights referred to in paragraph 1 are effective against third parties;

(b) the rights referred to in paragraph 1(a) may be exercised against the relevant intermediary or the issuer of the securities, or both, in accordance with this Convention, the terms of the securities and the applicable law;

(c) the rights referred to in paragraph 1(b) and 1(c) may be exercised only against the relevant intermediary.

3. If an account holder has acquired a security interest, or a limited interest other than a security interest, by credit of securities to its securities account under Article 11(4), the non-Convention law determines any limits on the rights described in paragraph 1 of this Article.

#### *Article 10*

##### *Measures to enable the exercise of rights*

1. An intermediary must take appropriate measures to enable its account holders to receive and exercise the rights specified in Article 9(1).

2. An intermediary must, at least:

(a) protect securities credited to a securities account, as provided in Article 24;

(b) allocate securities or intermediated securities to the rights of its account holders so as to be unavailable to its creditors, as provided in Article 25;

(c) give effect to any instructions given by the account holder or other authorised person, as provided by the non-Convention law, the account

agreement or the uniform rules of a securities settlement system;

(d) not dispose of securities credited to a securities account without authorisation, as provided in Article 15;

(e) regularly pass on to account holders information relating to intermediated securities, including information necessary for account holders to exercise rights, if provided by the non-Convention law, the account agreement or the uniform rules of a securities settlement system; and

(f) regularly pass on to account holders dividends and other distributions received in relation to intermediated securities, if provided by the non-Convention law, the account agreement or the uniform rules of a securities settlement system.

3. This Convention does not require the relevant intermediary to establish a securities account with another intermediary or to take any action that is not within its power.

## **CHAPTER III – TRANSFER OF INTERMEDIATED SECURITIES**

#### *Article 11*

##### *Acquisition and disposition by debit and credit*

1. Subject to Article 16, intermediated securities are acquired by an account holder by the credit of securities to that account holder's securities account.

2. No further step is necessary, or may be required by the non-Convention law or any other rule of law applicable in an insolvency proceeding, to render the acquisition of intermediated securities effective against third parties.

3. Subject to Articles 15 and 16, intermediated securities are disposed of by an account holder by the debit of securities to that account holder's se-

curities account.

4. A security interest, or a limited interest other than a security interest, in intermediated securities may be acquired and disposed of by debit and credit of securities to securities accounts under this Article.

5. Nothing in this Convention limits the effectiveness of debits and credits to securities accounts which are effected on a net basis in relation to securities of the same description.

#### *Article 12*

##### *Acquisition and disposition by other methods*

1. Subject to Article 16, an account holder grants an interest in intermediated securities, including a security interest or a limited interest other than a security interest, to another person if:

(a) the account holder enters into an agreement with or in favour of that person; and

(b) one of the conditions specified in paragraph 3 applies and the relevant Contracting State has made a declaration in relation to that condition under paragraph 5.

2. No further step is necessary, or may be required by the non-Convention law or any other rule of law applicable in an insolvency proceeding, to render the interest effective against third parties.

3. The conditions referred to in paragraph 1(b) are as follows:

(a) the person to whom the interest is granted is the relevant intermediary;

(b) a designating entry in favour of that person has been made;

(c) a control agreement in favour of that person applies.

4. An interest in intermediated securities may be granted under this Article so as to be effective against third parties:

(a) in relation to a securities account (and such

an interest extends to all intermediated securities from time to time standing to the credit of the relevant securities account);

(b) in relation to a specified category, quantity, proportion or value of the intermediated securities from time to time standing to the credit of a securities account.

5. A Contracting State may declare that under its law:

(a) the condition specified in any one or more of the sub-paragraphs of paragraph 3 is sufficient to render an interest effective against third parties;

(b) this Article shall not apply in relation to interests in intermediated securities granted by or to parties falling within such categories as may be specified in the declaration;

(c) paragraph 4, or either sub-paragraph of paragraph 4, does not apply;

(d) paragraph 4(b) applies with such modifications as may be specified in the declaration.

6. A declaration in relation to paragraph 3(b) shall specify whether a designating entry has the effect described in Article 1(l)(i) or Article 1(l)(ii) or both.

7. A declaration in relation to paragraph 3(c) shall specify whether a control agreement must include the provision described in Article 1(k)(i) or Article 1(k)(ii) or both.

8. The applicable law determines in what circumstances a non-consensual security interest in intermediated securities may arise and become effective against third parties.

#### *Article 13*

##### *Acquisition and disposition under non-Convention law*

This Convention does not preclude any method provided by the non-Convention law for:

(a) the acquisition or disposition of intermediated securities

ated securities or of an interest in intermediated securities; or

(b) the creation of an interest in intermediated securities and for making such an interest effective against third parties, other than the methods provided by Articles 11 and 12.

*Article 14*

*Effectiveness in insolvency*

1. Rights and interests that have become effective against third parties under Article 11 or Article 12 are effective against the insolvency administrator and creditors in any insolvency proceeding.

2. Paragraph 1 does not affect the application of any substantive or procedural rule of law applicable by virtue of an insolvency proceeding, such as any rule relating to:

- (a) the ranking of categories of claims;
- (b) the avoidance of a transaction as a preference or a transfer in fraud of creditors; or
- (c) the enforcement of rights to property that is under the control or supervision of the insolvency administrator.

3. Paragraph 1 does not apply to the rights and interests to which Article 21(1) applies.

4. Nothing in this Convention impairs the effectiveness of an interest in intermediated securities against the insolvency administrator and creditors in any insolvency proceeding if that interest has become effective by any method referred to in Article 13.

*Article 15*

*Unauthorised dispositions*

1. An intermediary may make a debit of securities to a securities account, make or remove a designating entry or otherwise dispose of intermediated securities only if it is authorised to do so:

- (a) in relation to a debit, by the account holder

and, if applicable, the person to whom an interest in the relevant intermediated securities has been granted under Article 12;

(b) in relation to a designating entry, by the account holder;

(c) in relation to the removal of a designating entry, by the person in whose favour the designating entry has been made;

(d) in relation to any other disposition, by the account holder and, if applicable, the person to whom an interest in the relevant intermediated securities has been granted under Article 12; or

- (e) by the non-Convention law.

2. The non-Convention law and, to the extent permitted by the non-Convention law, the account agreement or the uniform rules of a securities settlement system determine the consequences of: an unauthorised debit; an unauthorised removal of a designating entry; subject to Article 18(2), an unauthorised designating entry; or any other unauthorised disposition.

*Article 16*

*Invalidity, reversal and conditions*

Subject to Article 18, the non-Convention law and, to the extent permitted by the non-Convention law, the account agreement or the uniform rules of a securities settlement system determine whether and in what circumstances a debit, credit, designating entry or removal of a designating entry is invalid, is liable to be reversed or may be subject to a condition, and the consequences thereof.

*Article 17*

*Terms used in Chapter III*

In this Chapter:

- (a) “acquirer” means:

(i) an account holder to whose securities account securities are credited; or

(ii) a person to whom an interest in intermediated securities is granted under

Article 12;

(b) in determining whether a person ought to know of an interest or fact:

(i) the determination must take into account the characteristics and requirements of securities markets, including the intermediated holding system; and

(ii) the person is under no general duty of inquiry or investigation;

(c) an organisation actually knows or ought to know of an interest or fact from the time when the interest or fact is or ought reasonably to have been brought to the attention of the individual responsible for the matter to which the interest or fact is relevant;

(d) “defective entry” means a credit of securities or designating entry that is invalid or liable to be reversed, including a conditional credit or designating entry that becomes invalid or liable to be reversed by reason of the operation or non-fulfilment of the condition;

(e) “relevant time” means the time that a credit is made or the time referred to in Article 19(3).

#### *Article 18*

##### *Acquisition by an innocent person*

1. Unless an acquirer actually knows or ought to know, at the relevant time, that another person has an interest in securities or intermediated securities and that the credit to the securities account of the acquirer, designating entry or interest granted to the acquirer violates the rights of that other person in relation to its interest:

(a) the right or interest of the acquirer is not subject to the interest of that other person;

(b) the acquirer is not liable to that other person; and

(c) the credit, designating entry or interest granted is not rendered invalid, ineffective against third parties or liable to be reversed on the ground that the credit, designating entry or interest granted violates the rights of that other person.

2. Unless an acquirer actually knows or ought to

know, at the relevant time, of an earlier defective entry:

(a) the credit, designating entry or interest is not rendered invalid, ineffective against third parties or liable to be reversed as a result of that defective entry; and

(b) the acquirer is not liable to anyone who would benefit from the invalidity or reversal of that defective entry.

3. Paragraphs 1 and 2 do not apply to an acquisition of intermediated securities, other than the grant of a security interest, made by way of gift or otherwise gratuitously.

4. If an acquirer is not protected by paragraph 1 or paragraph 2, the applicable law determines the rights and liabilities, if any, of the acquirer.

5. To the extent permitted by the non-Convention law, paragraph 2 is subject to any provision of the uniform rules of a securities settlement system or of the account agreement.

6. This Article does not modify the priorities determined by Article 19 or Article 20(2).

#### *Article 19*

##### *Priority among competing interests*

1. This Article determines priority between interests in the same intermediated securities which become effective against third parties under Article 12 or Article 13.

2. Subject to paragraph 5 and Article 20, interests that become effective against third parties under Article 12 have priority over any interest that becomes effective against third parties by any other method provided by the non-Convention law.

3. Interests that become effective against third parties under Article 12 rank among themselves according to the time of occurrence of the following events:

(a) if the relevant intermediary is itself the holder of the interest and the interest is effective against third parties under Article 12(3)(a), when the agreement granting the interest is entered into;

(b) when a designating entry is made;

(c) when a control agreement is entered into or, if the relevant intermediary is not a party to the control agreement, when the relevant intermediary receives notice of it.

4. If an intermediary has an interest that has become effective against third parties under Article 12 and makes a designating entry or enters into a control agreement with the consequence that an interest of another person becomes effective against third parties, the interest of that other person has priority over the interest of the intermediary unless that other person and the intermediary expressly agree otherwise.

5. A non-consensual security interest in intermediated securities arising under the applicable law has such priority as is afforded to it by that law.

As between persons entitled to any interests referred to in paragraphs 2, 3 and 4 and, to the extent permitted by the applicable law, paragraph 5, the priorities provided by this Article may be varied by agreement between those persons, but any such agreement does not affect third parties.

6. A Contracting State may declare that under its non-Convention law, subject to paragraph 4, an interest granted by a designating entry has priority over any interest granted by any other method provided by Article 12.

#### *Article 20*

##### *Priority of interests granted by an intermediary*

1. Except as provided by paragraph 2, this Convention does not determine the priority or the relative rights and interests between the rights of account holders of an intermediary and interests granted by that intermediary so as to be effective

against third parties under Article 12 or Article 13.

2. An interest in intermediated securities granted by an intermediary so as to become effective against third parties under Article 12 has priority over the rights of account holders of that intermediary unless, at the relevant time, the person to whom the interest is granted actually knows or ought to know that the interest granted violates the rights of one or more account holders.

## **CHAPTER IV – INTEGRITY OF THE INTERMEDIATED HOLDING SYSTEM**

### *Article 21*

#### *Effectiveness in the insolvency of the relevant intermediary*

1. Rights and interests of account holders of a relevant intermediary that have become effective against third parties under Article 11 and interests granted by such account holders that have become effective under Article 12 are effective against the insolvency administrator and creditors in any insolvency proceeding in relation to the relevant intermediary or in relation to any other person responsible for the performance of a function of the relevant intermediary under Article 7.

2. Paragraph 1 does not affect:

(a) any rule of law applicable in the insolvency proceeding relating to the avoidance of a transaction as a preference or a transfer in fraud of creditors; or

(b) any rule of procedure relating to the enforcement of rights to property that is under the control or supervision of the insolvency administrator.

3. Nothing in this Article impairs the effectiveness of an interest in intermediated securities against the insolvency administrator and creditors in any insolvency proceeding referred to in paragraph 1,

if that interest has become effective by any method referred to in Article 13.

#### *Article 22*

##### *Prohibition of upper-tier attachment*

1. Subject to paragraph 3, no attachment of intermediated securities of an account holder shall be made against, or so as to affect:

- (a) a securities account of any person other than that account holder;
- (b) the issuer of any securities credited to a securities account of that account holder; or
- (c) a person other than the account holder and the relevant intermediary.

2. In this Article “attachment of intermediated securities of an account holder” means any judicial, administrative or other act or process to freeze, restrict or impound intermediated securities of that account holder in order to enforce or satisfy a judgment, award or other judicial, arbitral, administrative or other decision or in order to ensure the availability of such intermediated securities to enforce or satisfy any future judgment, award or decision.

3. A Contracting State may declare that under its non-Convention law an attachment of intermediated securities of an account holder made against or so as to affect a person other than the relevant intermediary has effect also against the relevant intermediary. Any such declaration shall identify that other person by name or description and shall specify the time at which such an attachment becomes effective against the relevant intermediary.

#### *Article 23*

##### *Instructions to the intermediary*

1. An intermediary is neither bound nor entitled to give effect to any instructions in relation to intermediated securities of an account holder given by any person other than that account holder.

Paragraph 1 is subject to:

(a) the provisions of the account agreement, any other agreement between the intermediary and the account holder or any other agreement entered into by the intermediary with the consent of the account holder;

(b) the rights of any person (including the intermediary) who holds an interest that has become effective against third parties under Article 12;

(c) subject to Article 22, any judgment, award, order or decision of a court, tribunal or other judicial or administrative authority of competent jurisdiction;

(d) any applicable provision of the non-Convention law; and

(e) if the intermediary is the operator of a securities settlement system, the uniform rules of that system.

#### *Article 24*

##### *Holding or availability of sufficient securities*

1. An intermediary must, for each description of securities, hold or have available securities and intermediated securities of an aggregate number or amount equal to the aggregate number or amount of securities of that description credited to:

- (a) securities accounts that it maintains for its account holders other than itself; and
- (b) if applicable, securities accounts that it maintains for itself.

2. An intermediary may comply with paragraph 1 by:

- (a) procuring that securities are held on the register of the issuer in the name, or for the account, of its account holders;
- (b) holding securities as the registered holder on the register of the issuer;
- (c) possession of certificates or other documents of title;
- (d) holding intermediated securities with another intermediary; or
- (e) any other appropriate method.

3. If at any time the requirements of paragraph 1 are not complied with, the intermediary must within the time permitted by the non-Convention law take such action as is necessary to ensure compliance with those requirements.

4. This Article does not affect any provision of the non-Convention law, or, to the extent permitted by the non-Convention law, any provision of the uniform rules of a securities settlement system or of the account agreement, relating to the method of complying with the requirements of this Article or the allocation of the cost of ensuring compliance with those requirements or otherwise relating to the consequences of failure to comply with those requirements.

*Article 25*

*Allocation of securities to account holders' rights*

1. Securities and intermediated securities of each description held by an intermediary as described in Article 24(2) shall be allocated to the rights of the account holders of that intermediary, other than itself, to the extent necessary to ensure compliance with Article 24(1)(a).

2. Subject to Article 20, securities and intermediated securities allocated under paragraph 1 shall not form part of the property of the intermediary available for distribution among or realisation for the benefit of creditors of the intermediary.

3. The allocation required by paragraph 1 shall be effected by the non-Convention law and, to the extent required or permitted by the non-Convention law, by arrangements made by the relevant intermediary.

4. The arrangements referred to in paragraph 3 may include arrangements under which an intermediary holds securities and intermediated securities in segregated form for the benefit of:

- (a) its account holders generally; or
- (b) particular account holders or groups of account holders,

in such manner as to ensure that such securities and intermediated securities are allocated in accordance with paragraph 1.

5. A Contracting State may declare that, if all securities and intermediated securities held by an intermediary for its account holders, other than itself, are in segregated form under arrangements such as are referred to in paragraph 4, under its non-Convention law the allocation required by paragraph 1 applies only to those securities and intermediated securities and does not apply to securities and intermediated securities held by an intermediary for its own account.

6. This Article applies notwithstanding the commencement or continuation of an insolvency proceeding in relation to the intermediary.

*Article 26*

*Loss sharing in case of insolvency of the intermediary*

1. This Article applies in any insolvency proceeding in relation to an intermediary unless otherwise provided by any conflicting rule applicable in that proceeding.

2. If the aggregate number or amount of securities and intermediated securities of any description allocated under Article 25(1) to an account holder, a group of account holders or the intermediary's account holders generally (as the case may be) is less than the aggregate number or amount of securities of that description credited to the securities accounts of that account holder, that group of account holders or the intermediary's account holders generally, the shortfall shall be borne:

(a) if securities and intermediated securities have been allocated to a single account holder, by that account holder; and

(b) in any other case, by the account holders to whom the relevant securities have been allocated, in proportion to the respective number or amount of securities of that description credited to their

securities accounts.

3. To the extent permitted by the non-Convention law, if the intermediary is the operator of a securities settlement system and the uniform rules of the system make provision in case of a shortfall, the shortfall shall be borne in the manner so provided.

#### *Article 27*

##### *Insolvency of system operator or participant*

To the extent permitted by the law governing a system, the following provisions shall have effect notwithstanding the commencement of an insolvency proceeding in relation to the operator of that system or any participant in that system and notwithstanding any invalidation, reversal or revocation that would otherwise occur under any rule applicable in an insolvency proceeding:

(a) any provision of the uniform rules of a securities settlement system or of a securities clearing system in so far as that provision precludes the revocation of any instruction given by a participant in the system for making a disposition of intermediated securities, or for making a payment relating to an acquisition or disposition of intermediated securities, after the time at which that instruction is treated under the rules of the system as having been entered irrevocably into the system;

(b) any provision of the uniform rules of a securities settlement system in so far as that provision precludes the invalidation or reversal of a debit or credit of securities to, or a designating entry or removal of a designating entry in, a securities account that forms part of the system after the time at which that debit, credit, designating entry or removal of a designating entry is treated under the rules of the system as not liable to be reversed.

#### *Article 28*

##### *Obligations and liability of intermediaries*

1. The obligations of an intermediary under this Convention, including the manner in which an intermediary complies with its obligations, may be specified by the non-Convention law and, to the extent permitted by the non-Convention law, the account agreement or the uniform rules of a securities settlement system.

2. If the substance of any such obligation is specified by the non-Convention law or, to the extent permitted by the non-Convention law, the account agreement or the uniform rules of a securities settlement system, compliance with it satisfies that obligation.

3. The liability of an intermediary in relation to its obligations is governed by the non-Convention law and, to the extent permitted by the non-Convention law, the account agreement or the uniform rules of a securities settlement system.

An intermediary may not exclude liability for its gross negligence or wilful misconduct.

#### *Article 29*

##### *Position of issuers of securities*

1. The law of a Contracting State shall permit the holding through one or more intermediaries of securities that are permitted to be traded on an exchange or regulated market, and the effective exercise in accordance with Article 9 of the rights attached to such securities that are so held, but need not require that all such securities be issued on terms that permit them to be held through intermediaries.

2. In particular, the law of a Contracting State shall recognise the holding of such securities by a person acting in its own name on behalf of another person or other persons and shall permit such a person to exercise voting or other rights in differ-

ent ways in relation to different parts of a holding of securities of the same description; but this Convention does not determine the conditions under which such a person is authorised to exercise such rights.

*Article 30*

*Set-off*

As between an account holder that holds intermediated securities for its own account and the issuer of those securities, the fact that the account holder holds the securities through an intermediary or intermediaries shall not of itself, in any insolvency proceeding in relation to the issuer, preclude the existence or prevent the exercise of any rights of set-off which would have existed and been exercisable if the account holder had held the securities otherwise than through an intermediary.

**CHAPTER V – SPECIAL PROVISIONS IN  
RELATION TO COLLATERAL  
TRANSACTIONS**

*Article 31*

*Scope of application and definitions in Chapter V*

1. This Chapter applies to collateral agreements under which a collateral provider grants an interest in intermediated securities to a collateral taker in order to secure the performance of any existing, future or contingent obligations of the collateral provider or another person.

2. Nothing in this Chapter impairs any provision of the non-Convention law which provides for additional rights or powers of a collateral taker or additional obligations of a collateral provider.

3. In this Chapter:

(a) “collateral agreement” means a security collateral agreement or a title transfer collateral agreement;

(b) “security collateral agreement” means an agreement between a collateral provider and a collateral taker providing (in whatever terms) for the grant of an interest other than full ownership in intermediated securities for the purpose of securing the performance of relevant obligations;

(c) “title transfer collateral agreement” means an agreement, including an agreement providing for the sale and repurchase of securities, between a collateral provider and a collateral taker providing (in whatever terms) for the transfer of full ownership of intermediated securities by the collateral provider to the collateral taker for the purpose of securing or otherwise covering the performance of relevant obligations;

(d) “relevant obligations” means any existing, future or contingent obligations of a collateral provider or another person;

(e) “collateral securities” means intermediated securities delivered under a collateral agreement;

(f) “collateral taker” means a person to whom an interest in intermediated securities is granted under a collateral agreement;

(g) “collateral provider” means an account holder by whom an interest in intermediated securities is granted under a collateral agreement;

(h) “enforcement event” means, in relation to a collateral agreement, an event of default or other event on the occurrence of which, under the terms of that collateral agreement or by the operation of law, the collateral taker is entitled to realise the collateral securities or a close-out netting provision may be operated;

(i) “equivalent collateral” means securities of the same description as collateral securities;

(j) “close-out netting provision” means a provision of a collateral agreement, or of a set of connected agreements of which a collateral agreement forms part, under which, on the occurrence of an enforcement event, either or both of the following shall occur, or may at the election of the collateral taker occur, whether through the operation of netting or set-off or otherwise:

(i) the respective obligations of the parties are accelerated so as to be immediately due

and expressed as an obligation to pay an amount representing their estimated current value or are terminated and replaced by an obligation to pay such an amount;

(ii) an account is taken of what is due from each party to the other in relation to such obligations, and a net sum equal to the balance of the account is payable by the party from whom the larger amount is due to the other party.

#### *Article 32*

##### *Recognition of title transfer collateral agreements*

The law of a Contracting State shall permit a title transfer collateral agreement to take effect in accordance with its terms.

#### *Article 33*

##### *Enforcement*

1. On the occurrence of an enforcement event:

(a) the collateral taker may realise the collateral securities delivered under a security collateral agreement by:

(i) selling them and applying the net proceeds of sale in or towards the discharge of the relevant obligations; or

(ii) appropriating the collateral securities as the collateral taker's own property and setting off their value against, or applying their value in or towards the discharge of, the relevant obligations, provided that the collateral agreement provides for realisation in this manner and specifies the basis on which collateral securities are to be valued for this purpose; or

(b) a close-out netting provision may be operated.

2. If an enforcement event occurs while any obligation of the collateral taker to deliver equivalent collateral under a collateral agreement remains outstanding, that obligation and the relevant obligations may be the subject of a close-out netting provision.

3. Collateral securities may be realised, and a close-out netting provision may be operated, under this Article:

(a) subject to any contrary provision of the collateral agreement, without any requirement that:

(i) prior notice of the intention to realise or operate the close-out netting provision shall have been given;

(ii) the terms of the realisation or the operation of the close-out netting provision be approved by any court, public officer or other person; or

(iii) the realisation be conducted by public auction or in any other prescribed manner or the close-out netting provision be operated in any prescribed manner; and

(b) notwithstanding the commencement or continuation of an insolvency proceeding in relation to the collateral provider or the collateral taker.

#### *Article 34*

##### *Right to use collateral securities*

1. If and to the extent that the terms of a security collateral agreement so provide, the collateral taker shall have the right to use and dispose of the collateral securities as if it were the owner of them (a "right of use").

2. If a collateral taker exercises a right of use, it thereby incurs an obligation to replace the collateral securities so used or disposed of (the "original collateral securities") by delivering to the collateral provider, not later than the discharge of the relevant obligations, equivalent collateral or, if the security collateral agreement provides for the delivery of other assets following the occurrence of any event relating to or affecting any securities delivered as collateral, those other assets ("replacement collateral").

3. Replacement collateral acquired or identified by the collateral taker before the relevant obliga-

tions have been fully discharged shall:

(a) in the same manner as the original collateral securities, be subject to an interest under the relevant security collateral agreement, which shall be treated as having been created at the same time as the interest in relation to the original collateral securities was created; and

(b) in all other respects be subject to the terms of the relevant security collateral agreement.

4. The exercise of a right of use shall not render invalid or unenforceable any right of the collateral taker under the relevant security collateral agreement or the non-Convention law.

*Article 35*

*Requirements of non-Convention law relating to enforcement*

Articles 33 and 34 do not affect any requirement of the non-Convention law to the effect that the realisation or valuation of collateral securities or the calculation of any obligations must be conducted in a commercially reasonable manner.

*Article 36*

*Top-up or substitution of collateral*

1. If a collateral agreement includes:

(a) an obligation to deliver additional collateral securities:

(i) in order to take account of changes in the value of the collateral delivered under the collateral agreement or in the amount of the relevant obligations;

(ii) in order to take account of any circumstances giving rise to an increase in the credit risk incurred by the collateral taker as determined by reference to objective criteria relating to the creditworthiness, financial performance or financial condition of the collateral provider or other person by whom the relevant obligations are owed; or

(iii) to the extent permitted by the non-Convention law, in any other circumstances speci-

fied in the collateral agreement; or

(b) a right to withdraw collateral securities or other assets on delivering collateral securities or other assets of substantially the same value, the delivery of securities or other assets as described in sub-paragraphs (a) and (b) shall not be treated as invalid, reversed or declared void solely on the basis that they are delivered during a prescribed period before, or on the day of but before, the commencement of an insolvency proceeding in relation to the collateral provider, or after the relevant obligations have been incurred.

2. A Contracting State may declare that paragraph 1(a)(ii) shall not apply.

*Article 37*

*Certain insolvency provisions disapplied*

If Article 36 does not apply, a collateral agreement or the delivery of collateral securities under such agreement shall not be treated as invalid, reversed or declared void solely on the basis that the agreement is entered into or the collateral securities are delivered during a prescribed period before, or on the day of but before, the commencement of an insolvency proceeding in relation to the collateral provider.

*Article 38*

*Declarations in relation to Chapter V*

1. A Contracting State may declare that this Chapter shall not apply.

2. A Contracting State may declare that this Chapter shall not apply:

(a) in relation to collateral agreements entered into by natural persons or other persons falling within such categories as may be specified in the declaration;

(b) in relation to intermediated securities that are not permitted to be traded on an exchange or regulated market;

(c) in relation to collateral agreements that re-

late to relevant obligations falling within such categories as may be specified in the declaration.

#### CHAPTER VI – TRANSITIONAL PROVISION

##### *Article 39* *Priority*

1. This Convention does not affect the priority of interests granted under the law in force in a Contracting State before the date on which this Convention has entered into force in relation to that Contracting State.

2. A Contracting State may declare that a pre-existing interest shall retain the priority it enjoyed before the relevant date only if, at any time before that date, the interest has become effective against third parties by satisfying a condition specified in the declaration made by that Contracting State in accordance with Article 12(5)(a).

In this Article:

(a) “pre-existing interest” means any interest, other than a non-consensual security interest, that has been granted under the law in force in a Contracting State before the date this Convention has entered into force in relation to that Contracting State, other than by a credit to a securities account;

(b) “the relevant date” means the date stated by a Contracting State in the declaration made under this Article and that date shall not be later than two years after the effective date of that declaration.

4. Article 45(5) does not apply to the declaration provided for in this Article.

#### CHAPTER VII – FINAL PROVISIONS

##### *Article 40*

##### *Signature, ratification, acceptance, approval or accession*

1. This Convention shall be open for signature in Geneva on 9 October 2009 by States participating in the diplomatic Conference to adopt a Convention on Substantive Rules regarding Intermediated Securities held at Geneva from 1 September 2008 to 12 September 2008 and from 5 October 2009 to 9 October 2009 (the Geneva Conference). After 9 October 2009 this Convention shall be open to all States for signature at the Headquarters of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) in Rome, and at such other places as the Depositary may determine, until it enters into force in accordance with Article 42. This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by States that have signed it.

2. Any State that does not sign this Convention may accede to it at any time.

Ratification, acceptance, approval or accession is effected by the deposit of a formal instrument to that effect with the Depositary.

##### *Article 41*

##### *Regional Economic Integration Organisations*

1. A Regional Economic Integration Organisation that is constituted by sovereign States and has competence over certain matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention. If the number of Contracting States is relevant in this Convention, the Regional Economic

Integration Organisation shall not count as a Contracting State in addition to its Member States that are Contracting States.

2. The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, make a declaration to the Depositary specifying the matters governed by this Convention in relation to which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Regional Economic Integration Organisation shall promptly and formally notify the Depositary in writing of any changes to the distribution of competence, including new transfers of competence, specified in the declaration under this paragraph.

3. Any reference to “Contracting State”, “Contracting States” or “State Party” in this Convention applies equally to a Regional Economic Integration Organisation if the context so requires.

*Article 42*  
*Entry into force*

1. This Convention enters into force on the first day of the month following the expiration of six months after the date of the deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession between the States that have deposited such instruments.

2. For each State that ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance, approval or accession, this Convention enters into force in relation to that State on the first day of the month following the expiration of six months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

*Article 43*  
*Territorial units*

1. If a Contracting State has two or more territorial units in which different systems of law are ap-

plicable in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, make an initial declaration that this Convention is to extend to all its territorial units or only to one or more of them, and may modify its declaration by submitting another declaration at any time.

2. Any such initial declaration is to be made in writing and formally notified to the Depositary and shall state expressly the territorial units to which this Convention applies.

3. If a Contracting State has not made any declaration under paragraph 1, this Convention shall apply to all territorial units of that State.

4. If a Contracting State extends this Convention to one or more of its territorial units, declarations permitted under this Convention may be made in relation to each such territorial unit, and the declarations made in relation to one territorial unit may be different from those made in relation to another territorial unit.

5. In relation to a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention, any reference to the law in force in a Contracting State or to the law of a Contracting State shall be construed as referring to the law in force in the relevant territorial unit.

*Article 44*  
*Reservations*

No reservations may be made to this Convention.

*Article 45*  
*Declarations*

1. Declarations authorised by the provisions of the Convention, other than the declaration provided for in Article 41(2) and the initial declaration pro-

vided for in Article 43(1), may be made at any time.

2. Declarations, and confirmations of declarations, are to be made in writing and formally notified to the Depositary.

3. A declaration made by a Contracting State prior to the entry into force of the Convention for that State shall take effect simultaneously with the entry into force of the Convention for the State concerned. A declaration of which the Depositary receives formal notification after such entry into force shall take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of the receipt of the notification by the Depositary. Declarations made at the time of signature are subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval.

4. A Contracting State that makes a declaration under this Convention may modify or withdraw it at any time by a formal notification in writing to the Depositary. The modification or withdrawal shall take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of the receipt of the notification by the Depositary.

5. Notwithstanding the previous paragraphs, this Convention shall continue to apply, as if no declaration, modification or withdrawal of a declaration had been made, in relation to all rights and interests arising prior to the effective date of such declaration, modification or withdrawal.

*Article 46*  
*Denunciations*

1. Any State Party may denounce this Convention by formal notification in writing to the Depositary.

2. Any such denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of

six months after the date of receipt of the notification by the Depositary. If a longer period for that denunciation to take effect is specified in the notification, it shall take effect upon the expiration of such period after receipt of the notification by the Depositary.

3. Notwithstanding the previous paragraphs, this Convention shall continue to apply, as if no such denunciation had been made, in relation to all rights, interests and obligations arising prior to the effective date of any such denunciation.

*Article 47*  
*Evaluation meetings, revision Conferences and related matters*

1. Not later than 24 months after the entry into force of the Convention, and in principle every 24 months thereafter as the circumstances warrant, the Depositary shall convene an Evaluation Meeting, to which will be invited the Contracting States, the States and Observers participating in the Geneva Conference, the member States of UNIDROIT as well as other invited Observers.

2. The Agenda of the Evaluation Meeting may include the following matters:

(a) the implementation and operation of the Convention;

(b) whether any modification to this Convention or to the Official Commentary is desirable.

3. The Depositary will take due account of the results of the Evaluation Meeting and, if appropriate, may convene a diplomatic Conference.

4. The amendments adopted by the diplomatic Conference referred to in paragraph 3 will enter into force on such a date as will be determined by the Conference in relation to Contracting States that ratify, accept or approve these amendments.

5. After the entry into force of the amendments referred to in paragraph 4, the States that will rat-

ify, accept, approve or accede to this Convention will be bound by the Convention as amended.

*Article 48*

*Depositary and its functions*

1. Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with UN-IDROIT, which is hereby designated the Depositary.

2. The Depositary shall:

(a) inform all Contracting States of:

(i) each new signature or deposit of an instrument of ratification, acceptance, approval or accession, together with the date thereof;

(ii) the date of entry into force of this Convention;

(iii) each declaration made in accordance with this Convention, together with the date thereof;

(iv) the withdrawal or amendment of any declaration, together with the date thereof; and

(v) the notification of any denunciation of this Convention together with the date thereof and the date on which it takes effect;

(b) transmit certified true copies of this Convention to all Contracting States; and

(c) perform such other functions customary for depositaries.

**IN WITNESS WHEREOF** the undersigned Plenipotentiaries, having been duly authorised, have signed this Convention.

**DONE** at Geneva, this ninth day of October, two thousand and nine, in a single original in the English and French languages, both texts being equally authentic, such authenticity to take effect upon verification by the Secretariat of the Conference under the authority of the President of the Conference within one hundred and twenty days hereof as to the consistency of the texts with one another.

## 論説

# 「債権法改正の基本方針」に対する ロマニスト・レビュー，速報版

東京大学教授

木庭 顕

## I

内田貴教授を中心とするチームによる債権法改正のための作業は、言うまでもなく、極めて重要な意義を有するものであり、ひとまずの作業結果「債権法改正の基本方針」<sup>1)</sup>は広く批評を得るに値するテキストである。そしてその重要性に鑑みれば、優に、ローマ法を座標軸とした場合これがどこに位置すると観測しうるか、という批評の対象たるに値するようになると思われる。もちろん、多くの批評の中で、これは改正過程に参画する議論を構成しない。むしろ、一歩引き下がって位置の観測に終始するものである。それでも、そのような観測を一個の証言として残しておくことは責務であると考える。

とはいえ、実はこの観測はそれ自体大事業を意味する。第一に、「改正」の試みたる以上、改正されるものがあり、それは形式的には日本の現行民法典であるが、実質的には判

例・学説・実務の総体である。追認しているように見える場合でさえ、まさにその「追認」が密接な関係を構成する。さらには各国法とその改正や改正案や国際的なリステートメントが関係する。「改正」はこれらとの関係で意味を獲得している。これらが全てローマ法と深く関係している。そして、これら全てについての位置観測がそもそも十分になされていないのである<sup>2)</sup>。本来はこの前提作業の蓄積の上に、われわれの作業を積まなければならない。しかしこの前提作業は容易になしうるところでない。膨大な時間を要する。第二に、「ローマ法を座標軸とする」ということ自体、簡単ではない。「ローマ法」について様々な像が有り、それぞれ様々なバイアスを帯びている。今回の改正もまた（乖離したり反対の方向である場合にさえ）大きくは「ローマ法」が設定したパラダイムにのっていることを誰しも否定しないであろうが、しかしだからといって、その「ローマ法」という座標軸とは一体何かと問えば、議論百出で

1) 以下で批評の対象とするのは民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL126号（2009）〔基本方針〕、および同『詳解債権法改正の基本方針I序論・総則』（商事法務，2009）〔詳解I〕、同『詳解債権法改正の基本方針II契約および債権一般（1）』（商事法務，2009）〔詳解II〕、同『詳解債権法改正の基本方針III契約および債権一般（2）』（商事法務，2009）〔詳解III〕、同『詳解債権法改正の基本方針IV各種の契約（1）』（商事法務，2010）〔詳解IV〕であり、同Vの出版は間に合わない（2010年5月＝締切現在）。またこの時点でウェブ版の議事録は、完結しておらず、参照しはするものの、批評の対象とはしえない。

2) 原田慶吉『日本民法典の史的素描』（創文社，1954）および同『ローマ法』（有斐閣，1949）はともに貴重な一里塚である。肝心のローマ法理解において大きく時代の制約を受けているとはいえ、それでも突き放して日本民法典の個々の規定を位置付けようとする姿勢は価値を失っていない。当時ドイツ民法典の個々の規定につきこのような作業をしようとするればローマ法理解それ自体について蜂の巣をつついたようなイデオロギー対立の埒場に巻き込まれたであろう。

ある。なお悪いことに、今回の改正を含めた全ての議論が、様々な既存の「ローマ法学説」と底で結び付いている。下手をすれば、見かけとは異なって、特定のローマ法学説により別のそれを攻撃しているだけ、ということになりかねない。

かくして第一に、以下は本格的な作業ではなく、簡易の方法により速報値を出してみるだけのインテリム・レポートである。つまり、日本法の既存の条文・判例・学説・実務のローマ法的解釈、各国のそれや改正や改正案や条約などのローマ法的解釈、ましてコモン・ロー系の概念構成との関係、などを一切捨象する。第二に、もちろん「ローマ法」という不変の座標軸を標榜するものではなく、これまた暫定値を用いる。理論的にも実はそれ以外のものは存在しえない。ただし、ここではもう一步主張しうる点が存在する。つまり、その「ローマ法」像が既存のどれかの無批判的採用の結果であってはならないという準則を掲げうる<sup>3)</sup>。われわれの考えるところ、それはデータ、つまり史料、を何らか新鮮な方法で批判的に検討した結果でなければならない。もちろんそこにはこれまでの様々

な「ローマ法」像とその導出方法に対する周到な吟味が含まれていなければならないであろう。この試みは無限に続くであろう。終点がない。だからこそ速報値以外にはない。しかしともかく、われわれはひとまず一つの速報値を有するのである<sup>4)</sup>。それは現代という一つの空気に反応したものである。それに対してどこまで批判的か、という競技に参加したものである。「改正案」と同じく。

## II

紙幅が極めて限られている以上、レビューとは言っても以下ポイントのみの指摘にならざるをえないが、「民法改正」にあたって「債権法改正」を以てすることの意義には触れざるをえない。改正が一種の国際的潮流、そしてまたより端的に言って国際的な経済社会というものの圧倒的なプレゼンス、に帰因することは明らかであるが、だからこそ懸念されるのは、少なくともローマ法の観点を採る場合、日本の経済社会の根本的な弱点が物的な信用の肥大と異常形態に存し、これはまた或る基本的な条件の欠如に由来する<sup>5)</sup>、とする

3) 現在のローマ法学はこの要請に応えるものではない。だからこそ、現在の各国の広い意味の民法をローマ法の観点から評するという作業に成功しない。したがって当然に諸々の改正や統一ルール作りへの批評に成功しない。コモン・ローとシヴィル・ローの間の統合や調整や優劣が問題となる時代において WILLIAM W. BUCKLAND & ARNOLD D. MCNAIR, *ROMAN LAW AND COMMON LAW: A COMPARISON IN OUTLINE* (2d ed. 1952) の古典的な仕事のアップデート版が緊急に求められる。しかしこれをしうる状況にはない。それに挑戦した REINHARD ZIMMERMANN, *THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION* (1990) は目を覆いたくなるようなキワモノと当初思われた。現在でもその粗雑なローマ法認識に全てのローマ法学者が眉をひそめる（実際にはコモン・ローとの比較もローマ法/近代法の落差指摘も余りなされず、平板なローマ法教科書に初歩的沿革解説を付したのみである）。しかし、消滅の危機に追い詰められ藁をもすがりたい彼らの多くは、久々の出番を逃さなかったとしてそれでもこれを支持してみせる。そしていつの間にかこの書物は発言権を獲得しているのである。この小論でも以下現況の指標として二三の論点においてこの書物に触れるが、その都度指摘するように、まず、ローマ法ではこうであるという指摘が当否以前に精度を欠くためにぼやけていてはつきりしない。次に、中世・近世について独自に調べることがないばかりかよく知られた既存の研究すら知らぬげである。オランダから南アフリカへという線がしばしばこの位置に納まっている（Voetを見れば足りるが如し）。結局、「ローマ法ではこうである」のは何故か、という問いがなく、探究がない、という点につきる。フランス法ではどうして、いつから、そうか、今もそうか、という問いも当然無い。何故かは当然大規模かつ独自の歴史研究を必要とする。これが無いばかりか、必要を感じていない。これらがこの書物を読んでも無益である理由であるが、深刻であるのは、如何に批判されようとも、これがローマ法学の現状の正確な指標になっていることである。なお、REINHARD ZIMMERMANN, *THE NEW GERMAN LAW OF OBLIGATIONS: HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES* (2005) は個別論点に関してなされた折々の批評を数点集めたもので包括的レビューではない。

4) 以下の論述においてローマ法に関する記述は全て木庭頭『法存立の歴史的基盤』（東京大学出版会，2009）[POSS]に基づく。とりわけ既存の教科書とは全然違う認識に立っている場合、そのように言うことの論拠と論証を読者はその中に見出すことができる。

5) この点の論証は現在準備中であるにとどまり、したがってこのように言うことは一つの予想であるにすぎ

と、ヨーロッパ諸国などにおけるのと異なって、債権法のみの手当は砂上の楼閣を築くことになりかねない、ということである。確かに債権法が機能していないように見える。担保物権法などは手当てされてきた。債権法の条文こそが惨憺たる放置・乖離の対象である。だからそこを手当てすれば、とはしかし限らない。担保物権法の方向自体債権法を機能させるものと正反対であるかもしれない。ましてもっと基底的部分、例えば占有、には手が付けられない。

債権法改正と言いながら不法行為と不当利得、事務管理、が省かれた経緯は手元の資料の限りで定かでないが、まず、不法行為を別立てとする点については、ローマ法の観点から、十分に正当化しうる。債権法はおろか、民法そのものにとってこれは異質な要素を意味する<sup>6)</sup>。しかし不当利得については説明がつかない。債権法というアプローチを採る以上、これは中核の一つを構成する。実はここには大きなディレンマが潜んでいるようにも感ずる。つまり、全体として、契約法アプローチと債権法アプローチが混在し、これがメンバー構成上のみならず一人一人の頭の中をも横切る不連続線になっている、という印象を持つ。つまり実質的に、契約法リステートの色彩が濃厚である<sup>7)</sup>。だとすると不当利得除外は一定程度正当化される、がしかしそうすると事務管理の部分が意味不明となる。事務管理は契約ではないが、しかしローマ法の遺産の中で契約法の層の方に属するからである。いずれにせよ、この断層は、フランス法とドイツ法との間の断層と微妙に重なりつつ、各制度の部分にいちいち現れてくるから、以下このレビューにおいてしばしば言及されることになる。

総則をどうするかという問題、パンデクテン・システムの問題、は激しく議論された如くであるが、議論を深める時間的余裕（或い

は蓄積）が有ったという印象を持ちえない。結論は、総則を維持しながら、内容的にそれを契約法化する、という一種の妥協であったように思われる。もちろん、ここには極めて深刻な問題が存在する。総則には最も新しい層のローマ法解釈、つまり19世紀ドイツのそれ、が反映されている。法律行為や意思表示のような新しい概念、そして法人や代理のような新しい制度、が論理的に堅固な一体性を保ちつつ要塞を築いている。その固有の価値を今日本社会でどうするか、というのが問題である。一面でこの新しかった層が最早機能しないという問題が生じている。しかし他方で替わりうる要塞は築かれていない。そこで今回の案の言うならば暫定的な行き方は或る程度理解しうる。しかしながら、戦術的な整理が十分でないように思われる。この点も各制度に即して論ずるが、総則の特定の部分のみを選別的に一定方向に持っていくという戦術を採る場合、直ちに（上に述べた）契約法の層か債権法の層か、という問いが現れてくる。すなわち、債権法の層は総則と深くかつ複雑に結び付いており、そうすると部分的な修正の有効性は、如何に的確に契約法の層を抜き出してこれをそれに相応しい形姿へと改めるか、という一点に懸かってくる。総則が犠牲にしたのがこれであるから、意味のあることであつたらうし、また、総則自体を保存するというのであるから、全面的な再構築を諦める以上、良い部分を残す所以でもあつたらう。しかし結果として、このような腑分けは成功せず、修正の方向は明快にならなかった。

以上述べたような混乱は結局、現行民法典から判例・実務が逸脱している部分の追認を不可避としたように思われる。現実を批判する視座が結局定まらなかったのである。決して無批判的というのではない。しばしば問題を意識しながら、しかし結局現状を渋々追認

ないが、例えばこのような可能性に対して考慮が必要ではないか、というのが問題提起の趣旨である。

6) POSS, p. 1002ff.

7) このようなローマ法的な（ただし現在のローマ法教科書には無縁な）観点を遮るのは、現在の諸々の改正やリステートメントがしばしば契約の類型構成の問題を避けて（元々契約総論の実質であるところの売買法を含めて）契約総論の如き様相を示すという事態である。このこと自体しかし一つの *impasse* の現れかもしれない。

する，という様子がうかがわれる。またしばしばそもそも問題が見えないために追認のようになってしまう，という事態も存する。これは決して今回の案の責任ではなく，むしろ，問題の省察の蓄積が（多くの優れた試みにもかかわらず）全体としては不十分であったということを物語る。

### III

まず法律行為の部分論を論ずる。法律行為，意思表示，という19世紀ドイツつまりサヴィニーの層の基幹はこれを残すという判断がなされたわけであるが，同時にそれ以前の層（契約法という把握）をも加味するというヴェクトルも働いており<sup>8)</sup>，こうした選択自体，既に述べたように一定の理由を持ちうるが，しかし事実として，前者の修正すべき弱点を残存ないし亢進させ，他方契約法の原点の再発掘は，的確なポイントにおいてかつ十分な態様でなされたとは言えず，不発に終わった。

フランス流の「合意の瑕疵」の理論に復帰

する観点には確かにどこかで響いているが，致命的であるのは，合意の瑕疵の効果として「取り消しうる」を一般化した<sup>9)</sup>ことである。確かにこれは19世紀末以来の大きな潮流であり，一見，本来「取り消しうる」というカテゴリーを持たないフランス法でさえそちらに大きく傾斜していった如くに見える。そもそも，法律行為論の部分的受容等，一般的に，19世紀ドイツの層のヘゲモニーは20世紀のフランス法において顕著である<sup>10)</sup>。しかし第一に，「合意の瑕疵」の理論そのものが問題を含む<sup>11)</sup>。例えば錯誤と詐欺・強迫は極めて異なるのである。つまり，いずれの効果を与えるにせよ統一的に扱うこと自体に問題が存する。もともと，無効という効果を与える点で一樣に捉える，そしてその根拠をいずれにせよ合意の欠落に求める，という理論的体系的メリットを「合意の瑕疵の理論」は有する。錯誤は善意の範囲内の出来事であり，これに対して詐欺・強迫は合意の基盤たる善意を端的に破壊する行為である。このように合意がまさに鍵になっているのではあるが，他面，それは合意の二つの異なる相に位置す

8) やや中途半歩ないし取って付けたようである点をおくとすれば，消費者に配慮した【1.5.18】，【1.5.19】は大きい評価すべきであり，ローマ法への回帰でさえある。つまり *actio aedilicia* と *actio metus causa* や *actio doli* を繋ぐ線 (cf. POSS, p. 1028) の復元，後者の影に隠れた前者の層の発掘，である。ここでは「取り消しうる」という効果が，*aedilis* の介入の系譜を引く正当なものである。合意が無いとは言えない場合でさえ，しかも意思の欠缺さえ主張できない場合にさえ，一定の場合には取り消させる，というのである。とりわけ原状回復という効果が消費者にとっては決定的である。金銭だけ給付されて済む存在ではない。

9) 錯誤に関する【1.5.13】(4) および「基本方針」29頁の卒然たる態度が最も衝撃的である。なお，「詳解 I」110頁以下が賢明にも「信頼主義」から「合意主義」への脱却を説くだけに，これと第三者保護(120-121頁)が全く整合しない点に何故気付かないのか。明文に反するだけに，錯誤において表見法理を適用すべきかどうかについて争いがあると「詳解」は認める。そうすると，判例・通説に従うことが顕著なこの提案の傾向からしても，かなり踏み込んだ内容であると言える。

10) 所謂「カタラ草案 (*projet Catala*)」(*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*), p. 19 (2005) ([http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf)) にもフランスの孤立，そして19世紀以降の発展の吸収の必要，が色濃く滲む。19世紀ドイツ法学から発信された波長のヘゲモニーに，今や英米法からのイムパクトが加わった，と見ることができる。がしかし他方，同時にここにおいてさえ，20世紀に入って以降における外からの影響がフランス法内に招いた混乱を整理したいという気持も如実に現れている。

11) 「合意の瑕疵」の理論は，議論の構造においてローマ法の粋をよく表現している。つまり，合意がまずは存在し，次に意思の概念を使って瑕疵の抗弁を組み立てる，という構造である。しかし実際の機能においては，意思に関してもコースズに関しても，一方当事者からの抗弁という発現形態を反映して，まずは合意をそれ自身として括りだし吟味するという第一審級が希薄になる。錯誤が別格をなし，合意本体に関わり，したがって「一方の錯誤」は問題としえない，という点の認識もおろそかになる。ドマにおいてさえ，確かに現在よりは遙かに二段が分節的に捉えられているが，“*intention commune*”の“*commune*”にポイントを見るよりは“*intention*”という語に着目する方向へ読者を引き摺る要素が含まれているのである。実際には，ドマの強烈な「神に直結する各

る。そしてこれに対応して元来は訴権の相違が異なった効果をもたらした。無効にかわりはないとしても。錯誤は *infamia* をもたらさず、合意が無かったというだけであるから、どちらの錯誤ということさえなく、賠償の問題にはならず、詐欺・強迫は逆に重大なる懲罰的損害賠償責任を発生させ、*infamia* が合意基盤破壊者を取引世界から葬る。この点、第二に、現行日本民法典の区別（錯誤＝無効、詐欺・強迫＝取消し）は少なくとも平準化のそしりを免れ、それは中世以来の法学の所産、特にサヴィニーからドイツ民法第一草案までのそれ、の功績であるが、ローマ法源自体の混乱、訴権分立の痕跡、分立整理の不十分（混乱への忠実）、等々を引き摺っており、決して事柄の共通点相違点の精確な区別の所産ではない。だからこそ、非常に早くから「取り消しうる」一元論が有り、現にドイツ民法第二草案以降立法はすべてこの方向であり、学説も異口同音であるが、この処理が表面を滑ったものであることも否定できない<sup>12)</sup>。正しい統一的解決を理論的に探ったというわけでもない。そして第三に、そこへ

「合意の瑕疵」の理論への復帰が目指されると、額面上合意という基盤を再発見したように見えても、今頃になって「取り消しうるの方への平準化」が企図されただけであるような結果となる<sup>13)</sup>。ちなみに、幾ら19世紀ドイツの層がヘゲモニーを及ぼしているといっても、フランスの（錯誤における）「相対無効」説を援用することは背景が異なるため妥当でない。もっとも、所謂「カタラ草案」は一見「取り消しうる」に極めて接近しているように見える。しかし、これ自体どこまで支持が得られるのかという問題を抱える他、ここでさえ、「取り消しうる」のではなく、「追認しうる」のである。「追認」までは無効である<sup>14)</sup>。もちろん絶対無効のカテゴリーも別に強固に存在する。そうでなくとも、フランスと日本では状況が異なる。信義誠実の観点からして悪質な合意を絶対無効とする（懲罰的賠償を課す）必要は少なくとも相対的に高い。まして、本人が追認しないのに「善意の第三者に対して対抗できない」という（相対効とは全然違う）点は、折角契約法の要素を加味して消費者契約等を捉えうるようになった方向と

---

人内面の協働性向」というジャンセニズムが裏打ちしており、これがローマの *bona fides* を代替している。この（ローマから見た）ヴァリエーションがフランス社会において何を意味したのか、それがどこまで20世紀の変化を先取りするのか、さらにはどこまで20世紀の変化も（否、「カタラ草案」でさえ）ドイツというよりむしろこの秘かな底流の現れであるのか、（という齋藤哲志教授が口頭で提起した問題）については明らかにしないが。

12) 既に原田『日本民法典の史的素描』前掲注2)50-51頁に経緯が明快に描かれている（ただし、なお詳細な分析を要するものの、私には、サヴィニーが意思表示概念に共通の太い柱を求めたことが全ての始まりであるとしても、彼自身は詐欺と強迫さえ正当にも周到に分かつなどローマ法の歴史的な理解に忠実であり、無効・取消二元論を単純に展開するところはない、ように見える）。ローマ法の混乱に苛立つように叙述され、したがって「取り消しうる」への一元化が称賛される。要するにこの20世紀半ばのヴィジョンを修正することが現在求められているわけで、修正するためにはここで前提とされるローマ法理解、或る意味で中世以来の理解、全面的革新が必要とされる。なお、現行日本民法典の区別がドイツ民法第一草案によるとする通説に対して、旧民法からの線の（錯誤においてだけの）残存が加功した、とする森田宏樹「民法95条（動機の錯誤を中心として）」広中俊雄＝星野英一編『民法の百年II』141頁、152頁注14（有斐閣、1998）が注目に値する。意思理論の忠実な理解から区別が維持されたというより何か偶発的であった、ということになる。

13) 錯誤を「取り消しうる」という効果で扱うことがどこまで判例・通説か、これも明文に反するだけに検証を要する。この点「詳解I」116頁の論理は飛ぶ。「錯誤者だけが無効を主張できるとする考え方が支配的となっている」とした上で、だとすると「錯誤無効は取消しに近づくことになる」という。前者は相対無効論であり、その中の特殊なヴァージョンであり、取消しとは全然違う。典型的に日本的な論理の滑りであり、興味深い。ちなみに、川島武宜＝於保不二雄編『注釈民法（3）総則（3）』219頁以下〔川井健〕（有斐閣、1973）でもなお、「取り消しうる」一元化を支持するものの相対効と「取り消しうる」は区別され、錯誤の効果を「取り消しうる」とするのが有力ではあるけれども、批判説も有るとし、判例は相対効までを挙げる。判例においては不動産の権利移転を（相手方からの主張を制限して）不可逆的にするという動機が顕著である。原状回復志向の（「取り消しうる」の）ローマ法源と物的思考の点でパラレルであり、ベクトルの向きが反対である。

14) *projet Catala*, p. 82.

完全に逆行する。「改正案」の方向に判例・通説が存し、反対が無い，ということも作用したであろう。しかしその到達点に対してこそ吟味がなされるべきであった。「合意の瑕疵」の分野に表見法理を接ぎ木することほど実質的な意味の日本民法の根本病理を雄弁に物語る事柄も無い。さらに、背景をなす例えばフランス法の変化は、表面的な一瞥を以てしてさえ、これと区別しうるし、しかもこのような変化に対しても十分に批判的でないければならないであろう。

代理については、特別な扱いが必要であろう。代理は単純な概念ではなく、実は異質な複数の要素から合成されたものである。法律行為と同じく（サヴィニーの）高度の理論的彫琢を通じてのみ達成された概念である。サヴィニーは全てローマ法の素材のみから導き出したが、ローマ法が代理を徹底的に嫌ったことはよく知られる。奴隷がその代わりを果たしたというのは根拠の無い俗説であり、今日ローマ法と代理の関係については多くの議論が存在する<sup>15)</sup>が、いずれにせよサヴィニーが大きく一步踏み出したことの評価のためには高度な省察が要求される。今回の提案にこのレヴェルの考察を要求する考えは毛頭無いが、しかし以下の点には留意されるべきであったろう。サヴィニーが踏み出した部分を是とするにしても、折角そうでない契約法的要素を一定程度復元するのであれば、代理に流れ込む複数の異質な要素の中の、善意ないし信義誠実の強い磁場を前提にのみ委任

（後述）の効果を第三者に拡張する，という線を修復する，ということが行われてしかるべきであった。現在その終点ではサヴィニーの到達点に達したかの如くに考えられているにせよ、フランスで決して忘れられなかった回り道である<sup>16)</sup>。フランス民法典には端的な代理は存在しなかった<sup>17)</sup>。以上のように言う理由は、日本の近代において<sup>18)</sup>、表見法理を通じた代理の濫用が病理現象として顕著であるからである。代理そのものがそうであるが、表見法理が働くのは、条文の要件からして明らかなおと、全当事者が強く善意ないし信義誠実の中にある，ということが大前提である。しかしこの基盤を近代の日本社会は決定的に欠く。サヴィニーが一步踏み出したときに彼がそれで縛り上げようとした縄であるところの意思の概念も機能しない。同列の表見法理に棹さず条件は存在しないのである。ところが第三者の善意はゆるく解され、代理人の背信性は考慮されることがなかった。印鑑や白紙委任状といった慣習が火に油を注ぐ。この結果、109条と110条の類型的な差異<sup>19)</sup>さえ無視するような緩やかな運用がなされた。そうした怪しい判例や学説を今回は条文にまで格上げしてしまった。立法こそが介入すべき最も大きな点であっただけに禍根を遺す。

#### IV

「債権法改正」ではあっても、そして固有

15) POSS, p. 834f., 1058f.

16) 現在なお、René Popesco-Ramniceano, *De la représentation des les actes juridiques en droit comparé*, 1927 がまぎは参照されるべきである。

17) フランスの（「カタラ草案」をうけての）所謂「司法省案」には *représentation* が規定されるが、契約法の枠組の内部に収まっており、これを「代理」と訳すことにさえ躊躇を覚える。日本では圧倒的に不動産の処分（例えば登記の移転）を第三者に任せる部分で問題が生ずる。

18) 代理自体複雑で高度な概念であるが、第一にフランス民法典は委任拡張型や *procurator* 等々雑多であり、他方第二にドイツではクリアな学問的概念が出来上がっていた。第三に現行日本民法典は後者の方向で徹底されたものでもなく、極めて曖昧であり（最近では田山輝明「民法109条・110条・112条・117条（無権代理）」広中＝星野編・前掲注12)199頁，207頁以下がその一端を描写している）、第四にこの「代理」ばかりは経済社会の末端に至るまで何の抵抗もなく機能していった。第五にこうして非法学的な「代理」の観念と「表見法理」通俗版が合体してとんでもない空騒ぎが展開された。

19) 実は類型的な差異どころか、全然別系統である。誰が見ても110条はフランス法の委任効果拡張の系譜に属する（田山・前掲注18)218頁以下）。

に債権法である層にも一定程度の手が加わったにせよ、ねらいが契約法にあることは自明である。債権法という構想が契約法を債権法の中に分解するという意味を意味したのに対して、契約に独自のアプリアリな地位を回復させようという意図が随所に見られる。ローマ法の一つの層からより基底な層へ戻ってバランスを取る動きであると評価しうる。端的な表れが、合意概念の強調である<sup>20)</sup>。にもかかわらず、「申込みと承諾」において意思表示理論に従った<sup>21)</sup>。これが第一の矛盾である。ドマ流の「共通の意思」が復活している<sup>22)</sup>。また契約締結過程における *bona fides* (善意ないし信義則) がようやく現れる<sup>23)</sup>。ここでも取って付けたようであるが、消費者法準則の取り込みも存在する。にもかかわらず、契約の効力に関しては、全然以上とは異なる考えに従った。これが第二のより大きな矛盾である。かくして、諾成主義を明文化したという<sup>24)</sup> が、それが何を意味するのか起草者が理解していないのではないかと、という批評を後世生むことになると思われる。

さてその契約の効力であるが、厳密に言

えば、同時履行の抗弁<sup>25)</sup> さえも合意および *bona fides* と矛盾するが、現実履行への傾斜はローマ法がそれに対して十分に懐疑的な考え方である。確かに、近代になってからの「大陸法」の大きな潮流であるとはいえ、コモン・ローの挑戦を受けて現在大きく修正を迫られているのではないかと。現実履行強制原則を特筆大書する部分<sup>26)</sup> は、国際的な商取引を規律する諸提案にインスパイアされて契約法の原点に帰るといふ今回の改正案の全体の調子を損なうであろう(諾成主義との第二の矛盾)。早期に契約関係から離脱して金銭で結着する傾向がそこには見られるからである。過失責任主義は維持された<sup>27)</sup>。しかし問題はこれが妥当しない層を的確に腑分けする姿勢が欠けたことである。ここには理論装備の一般的な欠落が作用している。過失責任か厳格責任かという軸で思考し、*bona fides* 違反つまりこの意味の故意責任を忘れてしまう、という欠落である。軸が立体的でないのである。「債務者が引き受けていなかった事由」という線引きは、1920-30年代以来の所謂過失概念の客観化には沿ったとしても、問題に明確な見通しを与えて解決したというも

20) 【3.1.1.02】、【3.1.1.07】。

21) 【3.1.1.12】以下。ただし、注11で述べた事情を差し引かなければならない。つまり合意とこの「申込みと承諾」が表面上矛盾しないと感じさせる要因は、例えばドマを読むだけで確認できる。それでも、このドマとサヴィニーは異なり、サヴィニーからドマを解することは正しくない。(この部分は齋藤哲志教授の鋭い指摘に基づく)

22) 【3.1.1.40】。

23) 【3.1.1.09】。所謂 *la bona fides formativa* である。

24) 「基本方針」90頁。

25) 【3.1.1.53】以下。cf. POSS, p. 844ff., 1000, 1027.

26) 【3.1.1.61】。

27) 【3.1.1.63】。ただし、「改正案」は「過失」概念を放棄したつもりである。しかし、過失責任主義とはむしろ今回の案の思考のことである。自分の責任の範囲ではありませんという抗弁を許すことが過失責任主義である。「詳解II」250-251頁などに「過失」概念そのものを放棄したかの如き口吻が残存しているのは遺憾である。「責めに帰すべき事由」でも同じではないかという批判があったことに言及されているが、当然である。基本の法学概念が混乱するであろう。不法行為や国家賠償法等々が残っているのであるから(以上、大阪弁護士会『実務家からみた民法改正——「債権法改正の基本方針」に対する意見書』別冊NBL131号92頁以下(2009)が指摘しておりである)。まして、実は過失責任主義を本当に見直す余地はあった。厳格責任というのではなく、契約の種類によっては遙かに故意責任つまり *bona fides* に軸を移すべきであるからである。一律の規整がよいのかどうか、考察すべきであった。これをせずに従来の思考を維持しなお「過失」を放棄したと言えればこれは論理的な破綻である。「ドイツ流の過失概念の克服」は不可避であるが、過失責任主義は、それとは別次元のものであり、またそれ自体複合的である。厳格責任との対抗軸、故意責任との対抗軸、という少なくとも二つの観点が存在する。他にも複雑な様相を帯びる。これらの総合的な再検討はまだなされていない。これらが契約をどう捉えるかという極めて複合的な問題と連動している。そのうえで、現代の国際社会についての認識が極めて複合的たらざるをえない。

のではなく、却って一体どういう素性の概念であるのか<sup>28)</sup>、疑わしめる。

「危険負担制度の廃止」<sup>29)</sup>もまた混乱である。第一に「危険負担の債権者主義」の現行法に対する批判が存在する。*periculum emptoris* は *bona fides* に基づく高度な売買（プロどろしの売買）の場合における占有移転の特殊性に由来するもので<sup>30)</sup>、債権法という一般枠組に流出した時点で混乱は宿命であった。しかし無差別の適用が不当であるということは、一切適用場面が無いということ

を意味しない。かくして第二に、危険負担に関する一般準則を置かないことは賢明であると言ええるが、実際にそのように動くかどうかは別として、提案者の考えではこれが解除制度と連動しているというのであり、そうであるとする、*periculum emptoris* 問題（本当は異なるが日本の法律家にとっては「債権者主義」問題）を越えて危険負担の基本概念自体が混乱している。もちろん、ここでも一見誤りは些末に見える。説明によると、「解除一元主義」のコロラリーであるという<sup>31)</sup>。

28) 一つ強い脈絡が存在することは疑いない。この脈絡についての冷静な追跡として優れるのは小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ 1318 号 117 頁（2006）であり、それによると、潮見佳男『債権総論 I（第 2 版）』（信山社，2003）がひとまずの貯水池であり、ここから以下流れ出る、ということがわかる。森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣，2002）は重要なヴァリエントである。この圏内においては「債務者が引き受けた」とは「契約を通じて引き受けることを合意した」の意味であるらしい。契約の解釈に責任の区分が全面的に依存することとなる。引き受けた以上は絶対に履行結果を達成しなければならない、さもなくば賠償だ、というのである。前代未聞の厳格責任主義であり、契約法の基本に反する。*bona fides* に反しない限りごりごりと履行を迫ったりしない、まして賠償請求などしない（不当利得返還にとどめる）、のが契約の精神である。ごりごりと杓子定規に履行を迫るのは *bona fides* に反する。それでも、今回の案も不可抗力の抗弁は認めるようである。これは性質上契約が予期しない事情ということであり、したがって早くも契約が全てではない。それとも、「不可抗力の場合でも債務者は免責されない」という約款は有効なのだろうか。ちなみに、これで「危険負担の問題が解決する」(sic) わけではない。不可抗力による履行結果不実現の場合、例えば売買における引渡予定物の毀損は債務者の負担である、という危険負担原則を定め、現行民法典の債権者主義を修正した、ということになる。現行法は、実は、不可抗力の場合でも債権者は反対給付を免除されない、という厳格責任主義である。これは *custodia* 責任と呼ばれ、売主に固有のもので諾成売買契約固有の構造に基づく（周知）。契約に固執するならばよほどこちらが相応しい。そういうわけで標榜された契約解釈一元論は成り立っていないが、では少なくとも過失概念を排しようのであろうか。論者達の立論から推理すると、これも契約法に帰するという抱負が生んだ勇み足である。森田・同書が（発生学上）担保責任から出発しているように、*actio aedilicia* の層を通じて *bona fides* の圏内に帰りたいようであり、これは重要な動機であるが、この圏内では判断は *bona fides* に一元化され、*culpa* の余地は無い、ために、これを「契約解釈一本」と誤認して混乱したのであろう。その証拠に「手段債務」と「結果債務」の分節に固執する。本当は分節させないのが *dolus malus* 責任（*bona fides* に従っていれば結果が万が一付いてこなくとも賠償責任は無い）であり、分節させるのが *culpa* 責任（取引上の *bona fides* の外に契約の観点からは見えない部分で引渡しに際しての一般注意義務を負う）であり、後者は所有権概念を背景に持ち、その正統版が強固に根付くフランス法でかかる分節が盛んであることはよく理解できるが、論者達はこれら全ての問題の関連によく気付いたものの把握に失敗したのであろう。現に、契約の解釈に一元化するという構想の無理を意識してか、委員会は、その源においてそうであったはずであるのに、「債務者が引き受けた」という表現が契約の解釈のみによって帰責を決めることを意味するということを、「詳解 II」251 頁において否定するように見える（ただしはっきりしない）。他方、ひとまずの貯水池のさらに上流のどこかに位置するらしい CISG79 条には“an impediment beyond his control”という表現が存在し、また債務者の予見可能性にしばしば言及する。ZIMMERMANN, NEW GERMAN LAW, *supra* note 3, at 41 は、“an impediment beyond his control”を“outside the sphere of influence of the debtor”と言い換えており、彼の言うところの CISG の“predecessors”ではこの表現であったかもしれず、表現としてはこの辺りが端的なソースであるように見える。しかしこれは明らかに契約の解釈に全てを懸からしめる趣旨ではない。かつ ZIMMERMANN, NEW GERMAN LAW, *supra* note 3, at 40 はこの表現が過失責任原則の維持と解されたことを当然の前提として叙述している。すると問題は、この CISG 周辺の表現のさらなるソースは何か、他方そこから日本に渡るときに何故どのようにズレたかである。ちなみに、大阪弁護士会・前掲注 27)92 頁以下は、「債務者が引き受けた」という日本語表現の曖昧さに関して、どうしても契約の解釈に依存すると解されてしまうから、帰責事由の斟酌が契約強者に有利に運ばれると警告する。

29) 【3.1.1.85】、「詳解 II」348 頁以下。

30) POSS, p. 815f.

31) 「詳解 II」351 頁。

解除の結果危険を債務者が負うので十分であるというのである。解除しうるのは「重大な不履行」の場合であるが、債務者の責任の有無を問わないから、不実現の場合いつでも解除でき、だから危険負担に相当する場合も解除できる、と議論が転倒する。「重大な」をおく（責任を問わない、つまり信義則をかけない、解除は無意味であるが、これをおく）としても、解除できたとしてもしない場合が有るから「一元主義」は意味不明である。危険負担の問題は残る。（「債権者主義」という形態による危険負担原則の転換と異なって）危険負担自体は取捨を選択できる制度ではなく、われわれはあらゆる場合に何らかの基準によって危険負担を分配しなければならないのである。そもそも危険負担という概念は、契約が一旦履行されたのかそうでないのか、つまり今回提案の解除の場合でも「重大な不履行」が有るのかどうかを決める基準である。だからこそ、「事実そのような意味での危険移転の概念を、本提案も法技術的に意味のあるものとして維持して用いているのである」とされる<sup>32)</sup>。だとすれば「危険負担制度の廃止」はミスリーディングである。「債権者主義」という一般化を廃止するというこ

とであり、取引の形態に応じて判断する、ということである。これはローマ法への回帰そのものである。第三に、それでもこれは独創ではなく、CISGの継受であるとされるが、その含意の正確な理解かどうか疑わしい。ここでは *bona fides* が徹底して前提されており、そのはずであることには、動産のしかも国際間の取引が対象である。契約法の元来の精神に則って、履行されればよし、さもなければ無かったこととしてどんどんさきへ進む、というのである<sup>33)</sup>。高速取引の危険負担は精密な引渡し解釈に依拠することになる。その場合責任の問題は無い。原状回復と不当利得のみである。信義に反する場合、有責の場合、が意識的に想定の外に置かれる。

日本の解除はこれとは全く異なる。そもそもローマ法には存在しない制度であり、優れた研究が明らかにするとおり、フランスでは主として裁判所の関与のもとに行われ、概念自体が異なるとさえ言える<sup>34)</sup>。サヴィニーは受け付けず（あるいは別の解決法を調達し）、その後のドイツにおいて一般的解除概念が創造されたとしても一体何を指したものであったのか<sup>35)</sup>。ところが日本ではあらゆる判決のどこかに登場するという印象さえ

32) 「詳解II」352頁。

33) 「解除」というが、フランス法を見るまでもなくその概念内容は多様である。ちなみに CISG49条と64条は“may declare the contract avoided”であり、74条の賠償規定は実に淡泊に損失の填補のみを書く。

34) 齋藤哲志「フランスにおける契約の解除(1)(2・完)」法協123巻7号1305頁、8号1585頁(2006)。*projet Catala*, p. 93は、*la resolution unilatérale*を導入した場合の違和感を恐れ、汗だくの弁解を試みている。しかもなお、その手続は極めて重いものになっている(齋藤「(2・完)」1672頁以下参照、PDECやバヴィア草案の検討もこれに譲る)。そしてそれさえすんなりとは日の目を見ない。なお、(危険負担にあたる) *vis maior (force majeure)*の留保に欠けるところはない。

35) ZIMMERMANN, *LAW OF OBLIGATIONS*, *supra* note 3, at 800ff. は、ローマ法の“the iron rule”をきちんと押さえ、そして BGB 起草者において初めて(一般的)解除(制度)が現れることを見逃していない(Hans G. Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen*, 1975, S. 29ff. は、*lex commissoria*の線つまり買戻の際の物的効果(条件論とサヴィニー風意思的物権行為理論の産物)が19世紀において信用の弱い層への貸付に際して担保制度を準備したという推定をした後、起草委員会が *actio redhibitoria*の線によって物権構成を克服した、そのときに一般的解除制度が現れた、とするが、何故端的に *lex commissoria*を排して“the iron rule”に戻らなかったのか、(オランダ的自然法的)迅速処理のための解除制度つまり *synallagma*思考とどう交わるのか、ベクトル合成の結果どのように複雑な解除制度の要件効果理論が生まれたか、は今後の検証課題であろう)。ところがフランス法に言及し(ドマ、ポティエまで引きながら)解除の形態の違いに全く触れない。イングランド法の基本に触れようとするが何が言いたいのかはっきりしない。“the iron rule”は何故だったのか、フランスの近世では一体何故特定の形態の解除が人々の関心を集めたのか(齋藤・前掲注34)参照——Zimmermannとのレヴェルの差、そして現今のローマ法学が何故無内容になっていくのか、を痛感させられる)、何故20世紀になって解除が市民権を得たのか、しかし CISGは英米法まで参照した場合一体どのように解されるのか、等々の問い自体が欠落している。だから結局認識の精度が上がらない。

ある。紛争泥沼化に際して両当事者が解除を打ち合う。多く、不動産の現実支配権を求めての争いの中で、曖昧な和解や合意が解除の対象となる。「無効でなかったとしても、既に当方は解除した」などと主張し合うのである。今回の提案においても解除には要件が懸かっており、強調されるほど「解除一元主義」ではないが、しかし契約の問題を継続的な当事者のやりとりの中で流動的に扱うという姿勢は特徴的であり、一義的な合意の帰結を一義的に定めるという線は後退している。一方で現実履行や厳格責任への表面的な接近が有るから、CISG とは対極であり、他方でまさに解除への固執はとりわけ不動産現実支配への執着と関係している。

## V

債権法固有の層に関しては、全体の趣旨が契約法リストートであることを反映して、介入は限定的である。しかしながら、債権法の層と契約法の層の間の断層をどのようにするのか、という根本問題には手が付けられないわけであるから、鍵を握る不当利得の欠席もあいまって、限定的を承知でも、なまじ介入した部分はいかにもパッチワークという印象を強く残す。ここでは実務からの需要に応えるという面を見せることもあるが、その採択が偶発的であるうえに採択した場合でも徹底するわけでもないから、経済社会の動向に回答したとまでは言えない。また、実務が問題を孕んでいるときに本格的なメスを入れるという姿勢は全く見られない。かろうじて、若干の制度に関連してティミッドにブレーキをかける試みがあり、評価しうるにとどまる。

まず債権者代位権と詐害行為取消権についてであるが、日常的に使われるわけではないとさえ言われるこれら問題の諸制度について、委員会は大きい賢慮を發揮した<sup>36)</sup>。債務者の債務超過を要件として責任財産保全のためにのみ用いさせ、続く包括(的)執行に繋げようというのである。これらの諸制度がローマ末期の不透明な歴史の中からないしその後の時期に多分にミスティアリアスに発生した<sup>37)</sup>ことを思えば、そしてまた包括執行を原則とした手続思考とそれを可能にした制度的前提の崩壊(社会の透明性を保障する政治システムの衰退)に対してアド・ホックに穴を繕うように苦し紛れに対処する系譜に属することを思えば、存続させる限り唯一の選択肢である。しかしながら、そうであれば手続全体とその前提の整備が欠かせないが、流石にその射程を持ちえない、という限界が存在する。保全ということであれば、一層に実効性が求められる。この点では、今回の修正も来るべき手続法に実体法的根拠を提供したという意義以上は持ちえない。日本の経済社会において最も機能していないことの一つがこの責任財産の保全であるだけに、壁は厚いと言わざるをえない。また、代位権について「転用型」を追認したことも提案の苦渋を物語る。判例に登場する限り、占有概念が機能していれば解決できるか、機能していないための不当な要求である、場合が多い。牽連性のメルクマールがカズイステイクに依ることは予期されているが、土地の上の泥仕合という日本社会の特徴にコンフォルミストに作用するであろう。

債権の準占有者に対する弁済、代物弁済、弁済による代位、相殺、更改、と続く部分は、

36) 「詳解II」407頁以下、449頁以下は優れたテキストである。すぐに述べるように、提案された規定にどこまでこの賢慮が乗り移っているかが問題である。

37) *actio Fabiana* は明らかにまだ *interdictum* 代替訴権であり、債務超過を前提として詐害的特有財産分離を否認し総資産へと回復する。後継の *actio Pauliana* になると包括的で不分明になる。幽霊のようで、既に、実体を歴史学的に確定しうる対象ではない。中世以降の歴史も意味のある精度においては書かれていない(佐藤岩昭「詐害行為取消権に関する一考察(2)」法協104巻12号1746頁、1747頁以下(1987)は古い文献しか見出しえない中で実態の不明を慎重に認識し、物的権能と賠償の狭間で健全にも後者に傾いたフランス法の潮流を推定している)。他方、*gage générale* と *pignus omnium bonorum* との間の関係、包括債権譲渡担保の如き現代の制度との近接性、については歴史学的には全く解明されていない。

日本の経済社会における信用不全という黒い部分に対応する地雷原であるが、相殺の担保的機能に関する考察の欠落<sup>38)</sup>一つを取ってみればわかるとおり、根本問題は避けられ、提案は概念の整理に終始した。債権準占有問題は表見法理に一元化<sup>39)</sup>、代物弁済は諾成主義の不要な装飾を施されるのみ<sup>40)</sup>、代位弁済者に発生する権力<sup>41)</sup>への若干の警戒は加味されたものの、更改の意義についてはこれをはかりかねて戸惑うばかりである<sup>42)</sup>。大規模債務整理（信用収縮）という典型例が視野の外に置かれる。これらの分野の発展はそれ自身問題を含む（特に今回の契約法重視の観点と鋭い緊張関係に立つ）<sup>43)</sup>が、日本で特異な発展を遂げたこの分野に十分な手が加えられなかったことは、日本の経済社会の発達不全に基づくのか、それとも法律学が発達に追いつかないことを物語るのか、それす

らわからない。

債権譲渡、債務引受、契約上の地位の移転、の部分に見られる傾向は、一方で、債権の流通を促進したいというものであり、ところが無批判的にその方向を推進することへの逡巡も見られ<sup>44)</sup>、明確な線には到達しない。他方、債権の流通とは別の事柄でありながら当事者の変更という点において一見同じであるために同列に促進した諸制度が存在し、この部分の価値判断が必ずしも債権流通促進と整合しない。「当事者の変動」という明晰でないカテゴリーによる把握が債権流通促進つまり短期信用の円滑充実を裏切る方向をそこへ包含する結果となってしまった。もとより、ローマ法では債権の人的側面を重視したために債権譲渡に消極であった、というのは俗説であり、少なくとも歴史的に二つの層<sup>45)</sup>において（債権の流通とは決して概念されな

38) 「詳解Ⅲ」72頁の記述を参照。継続的取引を有する銀行が保持する担保としての相殺特約をむしろ積極的に評価した。この特殊な形態の意義についての意識が見られない。執行手続開始後における（債権事後取得による）露骨な詐害行為のみを念頭に置いている。なお、日本におけるような意味の相殺はローマ法の知らざるところである。公的な（例えば銀行間）決済中でのみ問題となる（POSS, p. 1063）。

39) 「詳解Ⅲ」13頁以下を参照。元来は *bona fides* の存在を厳格に要求するので、悪意の（弁済者でなく）準占有者に対する弁済は無効である。有因的に思考する。いずれにせよ、来栖三郎の古典的な論文、「債権の準占有者と免責証券」民商33巻4号1頁（1956）は参照されることがなかった。以下にも示唆するように、今回彼の警告はついで顧みられることがなかったのであるが。

40) 【3.1.3.05】、「詳解Ⅲ」17-18頁。代物弁済は信用収縮の典型的な場面であり（POSS, p. 1154）、背景には関係当事者の怪しい意味での「物的な」思考が存在する。認めるとして、引渡しという外的に一義的なメルクマールによる弁済効果を生命線とする。さもなければ、またざろ物との関係に人々が入り組む怪しい関係が継続する。何故「代物弁済予約」の担保機能という日本の取引社会の典型的病理にわざわざお墨付きを与えなければならないのか、理解に苦しむ。

41) 債権者は既に権力者である。代位弁済者は二重にそうであり、特に債権を多く吸収し束ねてこれを再分配する。更改や債権譲渡と組み合わせさせて利益の多いポジションを生み出す。この点、今回の提案においても、【3.1.3.13】（「詳解Ⅲ」32頁）が任意のものを削除したことに、若干の警戒感（「債権譲渡の規律が潜脱されるおそれ」）が表れている。しかし禿鷹ファンドのように外から入ってくる権力者への警戒の反面、物上保証のような狭隘な信用を念頭に置き、代位弁済自体を透明化するという視点を欠く。

42) 「詳解Ⅲ」81頁以下。「要素」にかえて「目的」と「性質」を置いたわけであるが、奇妙な学校事例を連発してしか考察できなかったように、既存の混乱を引き継いだ。更改は、債務の弁済が別の債権の形成によって行われることを意味し（一個の契約を解除して別の契約を発生させることを意味せず、前の債務は履行されたことになり、しかし前の債務の何を一体新しい債務が引き継ぐのかというデリケートな問題を法学者達が競って争い）、信用の遷延であると同時に別次元への変換である。したがってローマでは *acceptilatio*（POSS, p. 1037）等の金銭債権の集合処理（和解）において使われた（和解論が法学の華である所以である）。委員会が折角危険性と要式性を論じながら否定に解したのは遺憾である。ただし、要式性といってもむしろ *publicité* の意味の *formel* な性質のことであるが。つまり *bona fides* 圏内にあることの手続的な確認である。

43) POSS, p. 1040f.

44) 「自由譲渡性」重視の基本線は確認されている。「詳解Ⅲ」271頁以下。将来債権譲渡についても積極的である（【3.1.4.02】）。他方、「詳解Ⅲ」を見る限り、慎重な考量は欠けてはいない。債権の市場基盤を整備するというよりは伝統的な債務者保護の立場からではあるが、しかし重要な考量である。【3.1.4.03】で譲渡禁止特約に関して抗弁を認める等、案文への反映もある。

45) POSS, p. 850ff., 1042ff.. 債権を無防備で抛り出してにおいて譲渡させるという概念は存在せず、しかし今日な

かったが、それに該当する) 形態を発達させた(無因的な「債権譲渡」という概念構成に否定的であったということである)。いずれにおいても、債権ないし信用の内容に関して無差別的でなく、またそれと同時に逸脱を防止するためのシステム上の工夫が存在した。つまり自動車が走るよりは高速鉄道的方式であり、ルールの上では極めて自由に摩擦係数ゼロで信用が流通したが、その外では走らないように出来上がっていた。もちろん、これも一つの限界ではある。ルールの外で自由に走れないものか。これが近代の夢であるが、条件無しでは夢も実現しない。登記を対抗要件とする方向<sup>46)</sup>は、信用流通に透明性を与えるという方向であるから、支持しうるが、これは債権に占有を概念するというものであり、それに見合った全般的な法理の発展が不可欠である。そしてこれを見据えるならば、

一定の高度の信用が存在している空間に属する金銭債権のみが登記を通じて転々流通し決済されるに相応しい(この要件を制度的法学的に捉えるためには一定の厚みを有する構築が必要である)。ところが、他方債務引受および契約上の地位の移転に目をやると、余りにも素朴な概念構成しか見出すことができない。債務引受について言うならば、大正期昭和初期以来の古い関心と現代的な関心が整理されないまま混然となっており<sup>47)</sup>、契約上の地位の移転に関しては、(主として *locatio conductio* 概念の不全から) 占有が絡まって物的な関係と債権の間の峻別要請に耐えかねたとしか言いようのないケース(賃借権の物権化、占有移転に伴う物上負担移転)と、資産について新しい占有概念を高度な理論作業によって構築しなければならないケースが、弁別されずにおかれている<sup>48)</sup>。後者の場合、

---

らば金銭債権の譲渡に該当するであろう実質を実現するために別の制度を發展させた。むしろ証券化や電子化の方にアナロジーが成り立つ。実際、媒介の半ば公的な制度がどうしても必要であり、また一定の性質の金銭債権と他の特に非金銭債権は厳密に区別して扱わなければならない。「債権譲渡」という一般カテゴリーを要求した近代の特定の様相における事情こそ吟味して克服しなければならないであろう。

46) 【3.1.4.04】、「詳解Ⅲ」289頁以下。

47) 「詳解Ⅲ」315頁以下からは、ほとんど、保証との類似性しか読み取れない。半信半疑という叙述である。日本の取引社会における債務引受の機能は不明であるが、最判昭和46年3月18日判時623号71頁に見る限り、弁済による代位と極めて密接である。これとは逆に、弁済は無いがそれに替わる債務引受により債務者に対する担保権の実行、とりわけ譲渡担保の成就、をひとまずストップしよう、というのである。そのかわり債務も担保権も存続し、債務引受者は債務者に対して介入する。物的レベルに「落ちる」のを遷延するのが債務引受の目的である。そうだとすると、going concern interest を保全する信用の形態の未発達を辛うじて補う、あるいは未発達のバロメータとして存続する、制度である。この悲哀をどうするのか、それとも信用の基本形態自体にメスを入れるか、思案のしどころである。そもそも現行法典にはない制度であり、学説判例がドイツから完全輸入して形成してきた(西村信雄編『注釈民法(11)債権(2)』431頁〔椿寿夫〕(1965))。他方近年債権一括決済制度の中で別の注目を浴びようになっている(池田真朗「債務引受と債権譲渡・差押の競合」法学研究77巻9号1頁(2004))が、まさに指摘されるように、債務引受をここへ転用することには問題が多い。この論文は *délégation* に目をやり、しかしこれが前提を異にして全然使えないことに気付く、点(36頁以下)においても秀抜である。実際ボワソナードの提案からこの *délégation* が現行法典において削除された(野澤正充『契約譲渡の研究』10-11頁(弘文堂, 2002))とすれば、余りに当然である。この *delegatio* はもちろんローマ由来の制度であり、ローマにおいて徹かに「債務引受」を想起させる銀行の *receptum* とともに、強い制度的バックアップの上に築かれた短期信用の決済手段であるからである(POSS, p. 1059)。日本でこれが理解されるはずがない。ちなみに言えば、明確な債権譲渡手続により決済を円滑化しよう(信用を確保しよう)としても無駄である。原因関係と最終決済の間に半透膜的な(究極では有因だが一旦独立に動く)第三の平面を築かねばならない。公的な帳簿上でなされるのが最適である。このときこれを債権自体と混同しないことである。金銭自体とも。手形のように。要は信用創出であり、新システムを構築するならば手形の機能不全を信用の面から反省した上でなければならない。

48) 「詳解Ⅲ」330頁以下も確信が持てないという叙述であり、「とりわけ、継続的な取引関係における当事者の地位を将来に向かって第三者に移転するために有用であるとされる」などと他人事のようなものである。あとはゴルフ場会員権に至るまで、カズイスティクに終始している。諸研究が一致して見るとおり(野澤・前掲注47)が最も詳しい)、フランスでこの議論が存在するとしても法定のものを典型として全部 *locatio conductio* に関連してであり、その外では批判が強い。つまり占有理論が発達していれば契約法にこのような病巣が見られることもなかったであろう。これと新財産権型との間の区別は既に主張されている(池田真朗「契約当事者論」山本敬三ほか『債権

そうした「地位の移転」のためには物的な関係と債権との峻別こそが却って生命線となる（株主としての地位の移転は株主が決して所有権者として振る舞えないということによって保障されている）ため、「契約上の地位の移転」構成は有害である。例えば寄託の場合、二人の寄託者間には売買等の契約関係があり、これと別に動産の引渡し概念され、そして新寄託者と受寄者との間にはもちろん新しい寄託契約が樹立されるが、寄託契約上の地位などが包括的に移転するということがあってはならない。諸々の抗弁は切断され、このことによって占有の移転と透明性が確保される。つまり旧寄託者と受寄者との間にごちゃごちゃと何か関係があってはならない。これが *bona fides* に基づくからである。敷金等々法学的に筋の悪い制度が念頭に置かれているとすると遺憾である。こうした観念が払拭できないのは、大筋で、物的な関係と債権の峻別ができないということであり、結局は債権譲渡と短期信用を害する。資産上に発生する権利の譲渡という枠組は作りにくくなる。債権譲渡においてさえ、包括債権譲渡担保が横行し（追認され）ている（つまり債権の占有がどちらにあるかわからないようにして担保機能を創出することが行われている、ヨリ包括的な物的な関係の中に債権が埋没している）状況下、登記制度を仮に樹立できたとしても、言わばインフラを欠くこの状態で、透明な移転が実現できるかどうか極めて疑わしいのである。破産債権者が同時に破産債務者の個々の債権の債権者になることが許されない（こうして個別要素が濾過される）ことを通じて初めてこの破産債権は移転可能となる。

連帯債務と保証の部分に関して述べるこ

とは少ないが、現在の法律学に基本的な見通しが欠如しているということを痛感させられる。まず、単純な分割債務を原則とする観点から微かにシフトして特定の場合には必要的に連帯債務が現れるとした点<sup>49)</sup>、他方その連帯債務に関しては現行法の所謂絶対的効力を極力廃した点<sup>50)</sup>、であるが、日本では連帯債務が実質連帯保証になっているのではないかという疑念を抱かせる。絶対的効力は多数当事者間の速やかな決済を促進するもので、ローマで言えば *adstipulator* の考え方であり、それに従えば全員が強く *bona fides* で結ばれる（*bona fides* 関係の典型たる組合に可分債務の思考が付着すること自体、組合の変質による）。効力を相対的にするということは、附従性を論じ・かつ抗弁を切断する、極端に言えば債務と責任を分離して特定連帯債務者の責任財産でカヴァーさせる（彼があとから求償により内部関係を整序する）、という思考に繋がる（*bona fides* の側を体現した可分債務の領分までもコノ「連帯債務」が切り崩すとすれば台無しである）。保証においては、検索の抗弁は残った<sup>51)</sup>ものの、分別の利益が消滅した<sup>52)</sup>。連帯保証の公認ともちろん符合する。分別の利益は元来ローマ法の比較的若い時期に複数保証人間において政治システムないし原組合類似の手法が立法で構築されていたことに起源を有する。検索の抗弁は主債務と保証債務の非対称性を前提とし（「資力」＝責任財産に関心を有し）、それでも二つの次元の区別だけは守ろうとするものである。連帯保証の考えを徹底させればこれさえ廃止されるわけであるが、連帯保証がほとんどの場合であるという認識を有しながら通常の保証を原則として維持した<sup>53)</sup>委員会の方向が生かされた形である。

法改正の課題と方向』別冊 NBL51 号 147 頁、168 頁以下（1998）。

49) 現行 427 条と【3.1.6.06】の対比。ただし、特定物給付の「不可分債権」をからませたため、何が何だかわからないことになっている。現行民法典の明晰性に劣る。債権総論の部分は強く金銭債権に還元できるもののみを念頭に置くべきである。他方それでも、ローマ法を座標軸にとると、*adstipulator* 類型と（最終的に責任財産をターゲットとする）*in solidum* 類型が複層をなす。

50) 「詳解Ⅲ」386 頁。

51) 【3.1.7.05】、「詳解Ⅲ」438-439 頁。

52) 「詳解Ⅲ」442-443 頁。

53) 「詳解Ⅲ」457 頁。

## VI

典型契約を造形することの意味、そして具体的にどのように造形するかという問題<sup>54)</sup>、についての突っ込んだ検討は避けられた。現代社会の焦点の一つである *locatio conductio* の再分類も、問題の所在には気付かれるものの<sup>55)</sup> 現行三分類を維持し、しかも賃貸借を「貸借型」として、何と消費貸借や使用貸借という全く異なる類型と一緒に並べ、他を「役務供給型」として問題を意識したかと思いきや、これを委任などと一緒に並べて後世をして天を仰がせる<sup>56)</sup>。総じて現代社会の要請に後追いするように確信無く対応し混乱してしまった図である。全体として保守的で、また、一層保守的な部分ほど質が高い、という皮肉な結果に終わっている。

売買に関する規定はその意味で保守的である典型をなす。現行民法典の偏執狂的な「担保責任」一色主義は維持された。これがどこまで自覚的な選択であるのかわからない。つまり、一方に売主の *custodia* 責任が売買契約規律の焦点になることは当然であるということがあり、他方に追奪担保責任は既にローマ法源に横溢するとしても病理現象であるということがある。*custodia* 責任は過失責任主義と相容れない *bona fides* 直屬のものである<sup>57)</sup> ため、契約責任外という誤解が生まれるが、これは今回の提案で払拭された。しかしそれが生かされるのは *custodia* 責任と近接する *actio aedilicia* 由来（ここでまた「法定責任」という誤解が生まれる）の瑕疵担保

責任<sup>58)</sup> においてのみである。「他人物売買」というパラダイムに化けた追奪担保責任概念に適用してみてもズレ違いにすぎないからである。これらは所有権というパラダイムの肥大がもたらす歪みである。売買の目的が所有権を得させることであるという誤解が生まれる。本来は引渡しが債務の内容であるにすぎない。今回の提案においても同じ心配は新設の「対抗要件を具備させる」という債務の形で現れている。もっともこれは単純な「市民的占有の移転」の債務であるにすぎないが。要するに、この心配と、契約法の原点に帰って *actio aedilicia* から消費者契約の方面に抜ける筋道、の両者が混然となっている。とはいえ、総じてサウンドな結論に辿り着いている場合が多いと言える。危険負担についての部分など、一般準則がやや混乱している点の修復である場合さえ有る。元来「他人物売買」だろうと「不存在物売買」だろうと契約法上は有効で、解除の余地もなく、ただ *bona fides* に基づく以上、無理難題の履行を迫ったりはしない、というだけのことである。ただ、*bona fides* に反する場合、その意味で悪意である場合、強いサンクションが科される。この点、追奪恐怖症候群から異様に厳格責任へ傾斜する傾向に歯止めをかけて一般債務不履行責任に「軽減」<sup>59)</sup> したのは一定の成果である。「他人の物を自己の物として売る場合と、他人の物であることを明らかにして売る場合の相違をどう見るか」という優れた問題提起が討議の過程でなされた<sup>60)</sup> というから、これに従っていけばもっとよかった。現行民法典 561 条後段は「腐っても鯛」

54) 大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣，1997），山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」山本ほか・前掲注 48）4 頁，石川博康『契約の本性』の法理論（1）～（10・完）法協 122 巻 2 号 191 頁，6 号 1040 頁（2005），123 巻 1 号 81 頁，4 号 668 頁，5 号 771 頁，7 号 1193 頁，11 号 2354 頁（2006），124 巻 1 号 167 頁，5 号 1142 頁，11 号 2505 頁（2007），参照。

55) 「詳解 IV」5 頁注 7 参照。かろうじて原田『ローマ法』前掲注 2) が引かれるが、そのソースに当たることを怠るために、Félix Olivier-Martin の鋭い問題提起（Des divisions du louage en droit romain, *RHD*, 15, 1936）に行き当たらない。単なる沿革知識に終始する。

56) 「詳解 IV」6 頁の図を参照。まるで何も知らないゼミ学生のレジュメのようだ。

57) POSS, p. 814, 1022f..

58) POSS, p. 825f..

59) 「詳解 IV」48 頁。

60) 「詳解 IV」52 頁。

の部分なのである。

贈与に関して本格的な考察が行われたことは注目に値する。急速に増大する需要に応じて本格的な贈与論が構築されることが望まれている矢先である。それだけに、これは「契約法」改正の枠組を越える問題であり、伝統的な贈与契約論のタームは窮屈すぎて現代社会の広大な現象を捉ええない（例えば租税法の観点を採っただけでこの種の議論の無力が痛感される）<sup>61)</sup>。伝統的には贈与は契約ではなく、独立のカテゴリーであり、信託遺贈や公共負担などと近接的な制度として捉えられる。今回最小限の要物性・要式性が維持された<sup>62)</sup>反面、諾成契約モデルの適用は強まった。もっとも、ここでも提案は大いに慎重であり、担保責任や *custodia* においては伝統的な線を維持して抵抗している<sup>63)</sup>。「忘恩行為」の復活<sup>64)</sup>も、いつでも撤回しようという方向に解しよう。ただし他方で負担付贈与を追認しているから、贈与に関する規律においても一つの柱となるべき原則、すなわち「贈与が実現した以上は贈与者に口を出させ

ない」という原則、を曖昧にする方向にも作用しよう。

賃貸借、使用貸借、消費貸借の部分は、そもそも、「貸借」という日本語に引き摺られて括る致命的な混乱を踏襲してしまった。賃貸借の規定を使用貸借に準用するという有様である<sup>65)</sup>。賃貸借はむしろ *locatio conductio* 総体の脈絡で扱直されねばならず、借地借家法型とサブリース等々を受け容れるタイプ<sup>66)</sup>とをどう腑分けして規律するのか注目されたものの、実際には古い型のものにつき最低限の原則を確認したにとどまった<sup>67)</sup>。転貸借の部分は全く新しい現実の認識を欠いている<sup>68)</sup>。何をターゲットにしているのか、社会のどういう必要に反応しているのか、不明のままである。問題をよく探究しないまま安手の思考の整理を優先してしまったケースが使用貸借であり、これを諾成契約とするという空前の逸脱を犯しながら、一体何のためかよく説明できない<sup>69)</sup>。もっとも、一体何故これが要物契約であるのか、学説は十分に明らかにしてこなかった<sup>70)</sup>。高々無償性

61) 「詳解IV」149頁以下参照。幾つかの論点が存在するが、例えば、複雑な操作による租税回避行為を今回の折衷的な解決「財産権の移転」で捉えうるものか、しかしむしろ他方で委任や使用貸借の無償性と区別されなければならないのは的確に指摘されるとおりであるが、どうやって贈与を概念構成すればよいのか。

62) 【3.2.3.03】。「詳解IV」164頁参照。

63) 【3.2.3.08】、【3.2.3.10】、【3.2.3.11】。しかし【3.2.3.09】で債務不履行責任に関する一般準則を適用する。「詳解IV」192頁以下は、一般準則が変化した（過失責任主義が解消された）以上贈与をここに収めうる、と考えるようであるが、故意と対比する意味での過失責任主義は維持されている、むしろ強化されている、のであり、これに対して贈与は方式を経てなお過失が有ったとしても責任の問題を生ぜしめない。移転後取り返せないというのみである。これがトロイの木馬であった場合にのみ、責任の問題となる。高度な善意に基づく世界だからである。

64) 【3.2.3.05】。贈与は契約ではないから、*causa*の支配を（団体の法人格のように）直接受ける。法が元来認めないものであるだけに、言わば *pia causa* が要求されるのである。それも公共的な福祉制度のように透明で確固たる目的でなければならない。慈善団体の仮面を被った怪しい組織への擬装贈与などを法がどう扱うかが立ち向かうべき真の問題である。

65) 【3.2.5.07】。

66) ローマの（近代の学者の分類による）*locatio rei*はこのタイプである。cf. POSS, p. 1053.

67) 「詳解IV」231頁の苦しい叙述を見よ。【3.2.4.07】などが辛うじて意義を有するが、古い借地借家法型である。賃貸借に関しては社会的現実に対する優れた分析と見通し（例えば瀬川信久『日本の借地』（有斐閣、1995）も存するだけに、今回の提案は如何にも貧弱に映る。

68) 【3.2.4.18】以下。ここでも転貸関係内の信頼の要素を伝統的なそれと解することがよくうかがわれる。つまりビジネス・パートナーとしての *bona fides* でない。実はサブリースは転貸ではなく、かつこの類型において伝統的な（ローマ法の）*locatio rei*が現れている。そしてまた自由な *locatio*、*locator*の占有保持、といった事柄が正当化される。問題はこの流れを無媒介に借地借家法タイプに準用しないことであり、今回は、前者を合理化しかつ障壁を築くチャンスであった。

69) 「詳解IV」330-331頁。

70) *commodatum*は占有を移転させない。確かに *locatio conductio*も *possessio civilis*の留保を伴うが、果実——対価の交換を生命とするから、少なくとも果実の引渡しが存在するし、果実を取る部分の単純な占有は発生

と関連付けたにすぎなかったから、ボワソナード以来日本にも見られる自然法的単純化、現在では初等法学的単純化、が結局堰を切るのも無理無いことである。

消費貸借に関する限りそもそも近代の議論自体がローマ法的前提から大きく隔たっており、それはまた信用構造の深い問題を示唆する事柄であるから、今回の提案のみを論ず意味は他に増して少ないが、提案自体、これだけ巨大な事象を前に為す術を持たないという風情である。それにしても、これをも安易に諾成契約とする<sup>71)</sup>には呆れる以外にない。そもそも元来消費貸借は契約でさえなく、期限の利益に関しては今回の提案さえも認めないこととせざるをえず、消費者契約の場合には賠償さえ認めない<sup>72)</sup>。融資約束に対する期待を保護するならば、それは金融機関の公的な役割に鑑みてのことであり、消費貸借の問題ではない。消費貸借がそもそも危険であるという認識が欠落している。良質の信用は必ず別の形態をとる。要物性はこの警戒の表現であり、合意したばかりに借りなければならなくなり、直ちに返しても期限の利益を楯に取られ高額の違約金を払わされる、ということに配慮したものである。無利息の消費貸

借にのみ要物性を限定的に維持するようである<sup>73)</sup>が、元来利息をこそ警戒しているのである。そもそも「無利息の消費貸借」はカテゴリーとして混乱しており、これは特殊の使用貸借である。消費貸借においては *bona fides* が否定されるが、使用貸借は *bona fides* の塊である。

ファイナンシャル・リースはむしろローマ法伝来の制度ではないが、実はローマ法にとって非常にレヴェアトな事象である。ファイナンシャル・リースがギリシャの *praxis epi lysei*<sup>74)</sup> に酷似する（後者が前者のフルペアウト方式かつ所有権移転型に該当する）ことは疑いなく、ギリシャ社会はこれをもたらす（正確には、これをもたらした）信用の隘路に苦しんだと言える。ローマでは、占有概念の機能の結果流質が禁じられるから譲渡担保の一種であるこのタイプの制度は認められなかった。帝政期の広大な空間を前提すれば実務がここへ傾斜したことを否定できないから、正確に言い直せば、ともかく法学者はこれに対して戦った。透明な信用の未発達、透明な信用の潜脱、が制度の骨子であり、現在の世界の取引社会が示す病状の一つである<sup>75)</sup>。いずれにせよ、物的担保が制度の中

---

する。commodatum のポイントは【3.2.5.10】で書かれた事柄であり、「貸主」が必要なときは何時でも取り戻せるし、「借主」はこれに応じなければならない。そしてこれは（「詳解IV」331頁の危惧にもかかわらず）「貸主」の恣意を意味しない。理由もないのに返せと言うのは *bona fides* に反するからである。使用貸借は要物契約であるのに、通常は諾成契約を基礎付ける *bona fides* を原理とするのである。これは物的な関係への当事者の拘泥を取り去り信頼の密度を高めるためである（cf. POSS, p. 851ff.）。約束だから引き渡せ、いやこちらに必要が生じた、と言って掘みあうのは全く想定外で、それであれば合意・引渡し・対価等々厳粛に手続を進めなければならない。commodatum は互いにどうぞと言って紳士的に振る舞うことを要求する。なお、岡本詔治『無償利用契約の研究』（法律文化社、1989）は、近世以来の時期における commodatum と precarium の混線を指摘して興味深い、それぞれの理解が不正確であり、commodatum についても古い友誼的な性質を強調し占有留保を克服の対象と考えてしまった。

71) その理由につき、「詳解IV」375頁以下参照。ヨリ実質的には金銭債務不履行一般との異同を扱う390頁以下に動機が現れている。融資約束が念頭にある。

72) 【3.2.6.11】。ただし消費者契約の場合の特則は乙案として選択的にのみ提示される。周知の如くローマ法においては返還は不当利得の問題であるにすぎないから、しかも悪意の場合であるとは見なされないから、利息は別途の stipulatio でも無い限り払わない。

73) 【3.2.6.03】。

74) 言うまでもなく MOSES I. FINLEY, STUDIES IN LAND AND CREDIT IN ANCIENT ATHENS, 500-200 B. C. (1952) が記念碑的な研究であり、私も固有の見地から論じた（『デモクラシーの古典的基礎』795頁以下（東京大学出版会、2003））。

75) 日本の実務が抱える問題状況については、森田宏樹「ファイナンス・リース契約の法的構造——リース物件の『受領』および『借受証』の交付の法的意義」鈴木祿弥追悼『民事法学への挑戦と新たな構築』503頁（創文社、2008）がよく伝える。融資実行の指図を意味する交付は、結局、譲渡担保の奈落の底からもう戻れなくする（「そ

枢であることは明らかであるから、「契約法」において規定する意味は無い。それを自覚しながら<sup>76)</sup>「そういうタイプばかりとは限らず、利用契約的要素もある」と強弁するのは、物的担保たるを意識したとしても、このタイプの特質は何か、何故このタイプが現れるのか、というポイントを見ないからである<sup>77)</sup>。

## VII

「役務提供」という契約類型を設けたいくなる理由は十分に理解できる。問題はこの要請をどれだけ理論的に正確に捉えうるかである。「役務提供」という概念がその答であるかどうか。ここでは問題の射程からしていきなりローマ法を引照することが有効である(フランス法とドイツ法の偏差<sup>78)</sup>、現行民法典の位置付け、等を越えた問題である)。ローマ法から見る限り、「役務提供」という類型を誘ってくる要因は、一方において、労働形態の高度化に伴って *locatio conductio* の近代版理論ないし類型化が破綻したところに生まれる。他方、委任に対する高度な経済的需要が発生し、専門職を発展させる。近代版類型化破綻を余儀なくさせるこれらの事情はそれ自身高く評価しうるものである。近代の惨めな“*locatio operarum*”(労働事情)および *mandatum* 無理解の双方に反省を迫り、ローマで摘まれた芽<sup>79)</sup>が吹き出したということの意味する。単なる経済現象でなく、社会構造発展の一つの可能性である。それだけに、少なくとも一方において *locatio conductio* の精密な再構築こそが解答を用意するであろうという予測が立つ。しかし今回の「役

務提供」はこれと正反対であった。一方で賃貸借に見られるパラレルな事象(例えばサブリース)と「生き別れ」になってしまった。「自由な労働」をその実「自由に切断しうる労働」に変性させる要因を塞ぐヒントがそこにあるかと思われるのに。他方で *mandatum* および *depositum* と同じ坩堝に投げ込まれた。こうすると後者の類型まで死んでしまう。確かに、*mandatum* や *depositum* に対する新たな需要と自由な労働の新たな発展の余地は同じ構造的な要因に発している。だからといって一緒にたにすれば、構築すべき構築物は立たなくなってしまう。一緒にたにした理由は、おそらく、*mandatum* の側の根本的な再構築がなされないからである。その必要に気付いていない。*mandatum* は *mandatum* で近代版理論の全面改訂が必要な時期に来ているのである。その場合(今回の案とは逆に)長く空を覆った *locatio* との混同を晴れて清算すべきであり、そして今こそそれができるのである。これこそ現在の経済にとって最も緊急性の高いアジェンダである。そしてこれは組合ないし *societas* の問題と連なっている。

「役務提供」類型創出にあたっては、日本法独特のバイアスも寄与したと考えられる。上述の要請は、この地では如何にも法学的な視野の狭さから「準委任」問題であると捉えられる。この間の事情を、周知のことながら、今一度確認すれば、第一にフランス法において委任が効果を拡張していた。第二に日本ではこれが「委任と代理が一体である」ように捉えられた。第三にドイツでは拡張部分が独立のカテゴリーをなし代理と概念され、

のまま取られても文句は言いません) ための手段である。記号を使ってもその意味の「明確化」にすぎないから、むしろ物的な「化かし合い」は続く。例えば第三者をはめるための空リース等実に面白い事象を生む。

76) 「詳解IV」420頁。

77) 「詳解IV」471頁以下でかろうじて物的担保制度としての問題点に触れるが、結局全体としてはこの問題は回避される。ならば規律として何の意義があるか。全体に、社会の中で何が問題か、実務でどこに問題が生ずるのか、という観点が希薄で、学者の体系整理(学問的整理というよりは初等的予備的教育上の教えやすさのための整理)の都合が優先されている。このような指摘はロマンスト・レビューの射程外に見えるであろうが、当然のことながら、ローマ法とて、そしてその歴史学的に厳密な認識こそ、現実社会の問題と乖離した空理ではない。

78) それでも、フランスが *louage* という語を軸として残していることの意義は大きい。

79) POSS, p. 861ff.

これを軸に逆に直接代理・間接代理の対概念が形成された。第四に日本では委任＝間接代理，代理＝直接代理，という対概念も嫌って事実上全ての委任に直接代理の効果を認めた。そればかりか第五に，代理でさえない役務関係を「委任」と呼んでおいて，代理でないから委任ではない，と論理を逆立ちさせ，「準委任」の語をここに適用した。委ねられた事項の性質が異なるというのである。ならばそれは *locatio conductio* ではないか，というローマ以来の警告は，折りからの *locatio conductio* 内部の分断によって，これを雇傭や請負に含ませるわけにもいなくなっていたため，状況の中でかき消される。代理かどうかは，法律行為か事実行為かなどという軸とは無縁である。ドイツ流に言えば，間接代理としての委任が商事の幾つかの類型としてしか理解されず，民法ではその概念が深められなかったのである。委任の本体ないし幹の部分知られぬままに終わったことを意味する。他方，新しい労働の形態は当然「準委任」などでは捉ええないから，これをやめることは当然である。しかし致命的なことにここへ逆に委任をも含ませってしまった。委任本体までも。

こうして規定は初めから調弦を欠いたまま鳴り出す。「請負・委任・寄託・雇用を包括する上位のカテゴリー」<sup>80)</sup> というのだから，滅茶苦茶である。有償無償を包含するというのだから本気である。善管注意義務を課すというからおやおやおやと思うと，無償のものでは解除する<sup>81)</sup> というから，またまた，「高速道路を逆走してはいけません」。委任は無償だから善管注意義務が要求されるという初歩

が忘れられている。成果完成型や履行割合型などと洒落てみた<sup>82)</sup> ものの，*locatio conductio* の致命的な問題に全く触れたことにならない。そもそもどちらも自由な労働に反する。あれだけ固執しておいて諾成契約の原則を忘れたのだろうか。反対給付の如何にかかわらず信頼しきって自分は給付する，のである。同時履行の抗弁でさえローマ後期の逸脱である。否，逸脱に対する苦肉の策であった。であるのにどちらに転んでも成果主義？

前払いして貰えるのではなかったのか。この「役務提供」総則部分のおざなりな態度は，事象に少しでも真剣に取り組んだことがあるのか，と思わせる<sup>83)</sup>。労働問題と消費者問題の両側面において。たったこれだけの規定を置くことに一体如何なる意味が有るだろうか。かくして，請負と雇用についてはコメントをしないこととする。この二つのカテゴリーを越える事象が進行して深刻な社会問題を引き起こしているその眼前で，全く無意味なことが行われたすぎない。この分野でそもそも任意規定に如何なる出番があるというのか。

全般に，明確な新しい概念を得たうえで確信に満ちて書くということが無いが，委任に関しては特に顕著であり，そもそも代理との関係を整理するという課題も先送りされた。ここでも無償の場合に受任者の責任を軽減する有様である<sup>84)</sup> し，復委任に拘泥したり<sup>85)</sup>，準委任逸脱を公認し<sup>86)</sup>，果ては *locatio conductio* でさえない「媒介」や取次を規定する<sup>87)</sup>。委任という現代経済社会の蝶番を担う制度についてこれだけ貧弱な概念しか持ちえないのかと感嘆せざるをえない。無償原則

80) 「基本方針」357頁。

81) 【3.2.8.02】。

82) 【3.2.8.05】，【3.2.8.06】，【3.2.8.07】，【3.2.8.08】。

83) 専門自由職の拡大，労働契約の大きな変質（裁量労働制，成果主義，フレックスタイム），派遣労働，請負を装った派遣労働，等々，基本のカテゴリーを問い直させる事象が進展して久しいということは学生でも認識している事柄である。この波動がどこから発し，また法学的概念体系のどこに響いているのか，精査を必要としている。

84) 【3.2.10.05】(2)。

85) 【3.2.10.06】。

86) 【3.2.10.02】。

87) 「基本方針」376頁以下。

の理解も通俗的なレベルにとどまったのではないかと想像される<sup>88)</sup>。

寄託を諾成契約とする必要がどこにあるのか、救いがたいと判断せざるをえない。確かに寄託は高度に *bona fides* を基礎とし<sup>89)</sup>、*bona fides* を基礎とする契約は通常諾成契約である。にもかかわらず何故これが要物契約であるのかについては古くから論じられてきた（例えばドマに明確な問題把握が認められる）のであり、諾成契約とするのであればこの全てを論駁しうる明晰な論拠が要求される。寄託の合意が存在するもののまだ対象物は寄託の状態にないという場合、寄託を前提に寄託者が第三者に占有を移転したならば、この占有移転は有効であろうか。合意は争いうるし、解除も認められる。これら契約関係は第三者に対するものではない。他方対象物は生の占有の対象でもあり、寄託予定者が別途生の占有を移転した場合どうなるのか。占有は定義上万人に対し一義的でなければ全く機能しない。だからこそ受寄者の「承諾」を「寄託者」たる地位の移転の要件としたのである、それが判例理論である<sup>90)</sup>、と言うかもしれない。馬脚はここに現れる。「受寄者は寄託者のために寄託物を占有する関係にある」から、「指図による間接占有の移転」である<sup>91)</sup>、と。寄託は寄託者に占有を留保させ、しかもその占有を質的に転換する、強固にする、ための制度である。受寄者が占有しないということは法律学のイロハに属する。日本の教科書ではおかしなことが書かれていることを知らないではない。しかし立法となれば話は別である。受寄者の「承諾」という

のは、寄託者と第三者がこそそと占有移転した積もりでも、それは効力を生ぜず、帳簿上の *publicité*、したがって受寄者の側の認知が必要である、ということであり、受寄者に承諾しない自由は存在しない。チェックの結果怪しいとなれば拒絶できるが、言わば行政の裁量に似る。この意味で、寄託は *bona fides* に基づくにもかかわらず諾成契約の規律を受けないのである。要物性はこの場合も単純なものではなく、物の存在の一義性に仮託して *publicité* を演出しようというのである。これが寄託が要物契約である理由であり、とどのつまりは高度な占有を速やかに移転するルールを寄託という *bona fides* 関係が形成するからである。そしてその最も高度なものは *depositum irregulare* に現れる。今回これが「混合寄託」と「消費寄託」に分析的に分解された<sup>92)</sup>。消費寄託の基本が理解されていない証左である。消費貸借の規定が準用されることに誤解のものがよく現れている。何が不都合かと言えば、消費寄託でも「混合寄託」と同様に寄託者に占有が留保されるという生命線が見えなくなる。寄託者は「共有」などしないし、受寄者は「返還」などしない。受寄者が何をしようとするのか（共同でない単独の）占有はそこにそのまま有るのである。それとも、本気で共有の規定を適用するつもりか。寄託者は受寄者に対していちいち裁判を起こさなければ取り戻せない、それは契約履行の請求である、とでも言うのか。その場合寄託者は受寄者の一般債権者か<sup>93)</sup>。

組合に関してローマ法の観点から何か述べ

88) 委任が無償であるのは、*locatio conductio* との差に基づいて受任者のところに占有を発生させず、したがって果実を取らせず、したがってこれを対価と交換させない、からである。何故こうするかと言えば、信用の構築に関わるからである (cf. POSS, p. 835ff.). *locatio conductio* も信用と無関係ではないが、それは実体に関わる協業を支え、後者が別の意味の信用の形態でもある限りで、信用と関わるにすぎない。なお、ZIMMERMANN, LAW OF OBLIGATIONS, *supra* note 3, at 420 は、ドイツ民法第一草案で無償性が放棄されたものの実務家の抵抗により第二草案で甦ったと把握する。この抵抗の背景に存するものが以後の無償性理解の鍵を握るように思われるが、今後の検証課題である。

89) POSS, p. 850ff.

90) 【3.2.11.14】、「基本方針」384頁。

91) 「基本方針」384頁。

92) 【3.2.11.15】、【3.2.11.16】。

93) 確かに銀行預金の法的性質を巡る議論は重要な研究と若干の立法による改善の後にも依然混乱している。

ることは不可能に近い。分厚い霧が邪魔をする。少なくとも19世紀末以来、団体と団体法のカテゴリーが一面を覆うと、組合契約の粋は失われた。日本でも、契約であるのに、コンメンタールや教科書は団体論から入り、「法人格を持たない団体」としてネガティブに規定されるばかりとなる。共有や「合有」といったタームでしか記述されなくなる。現行民法典自体、既にこの霧が覆い始めた段階の曖昧さの産物であることはよく知られる<sup>94)</sup>。その解釈の歴史は団体の法人格や合有やGesamthandに向けてのワッシュイワッシュイの域を出なかった。他方、ようやく最近になって本来の組合に対する需要が発生した。こうした変化の射程や深度の測定もまた重要である。今回の案は、この過去と現在の狭間でなされたわけであるが、残念ながら過去にも現在にも反応していない。「共有」と書いてなお「組合の団体性」を考慮し「合有」と読む、ということ踏襲する<sup>95)</sup>。組合の基本メカニズムはかくして世にも稀なほど不透明になる。「組合財産に属する債権は、総組合員が共同してのみ行使することができる」<sup>96)</sup>？「組合員の債権者は、組合財産に対し、その権利を行使することができない」<sup>97)</sup>？「組合代理」という（語からすると）「冷やしたホットココア」、（内容からすると）「バレリーナのしこふみ」、の如きカテゴリーを新設した<sup>98)</sup>以上、同じ「組合財産

の独立性」<sup>99)</sup>でもGesamthandの方向ではなく反対の方向に舵を切ったのであろう。これはギールケを怒らせるばかりであるから、それでいて彼に媚びるのは矛盾である。このことは「権利を行使することができない」という文言の不明確と関係している。この場合「権利を行使する」とは、組合財産につき差し押えた後にゴーイング・コンサーンを排して解体することを言うのか、それとも差し押さえさせるもののゴーイング・コンサーンを尊重させるのか、それとも持分について持分として差押えを許すのか、持分についても許さないのか、対組合債権としても差押えを許さないのか、つまり完全な意味で責任財産を離脱するのか。代理は確かに組合財産を独立させるが、持分に関しての個別的扱いは促進する。Gesamthandはこれを許さず、個々の組合員や「代理人」の如き個別的エージェントの関係を凡そ排除する。要するにこの障壁がどういう性質のものであるのか法学的にはっきりしない。今回、委任に関する規定を準用するという現行法<sup>100)</sup>が削除された。組合は、本来、委任の拡張版であり、組合員の債権者に、受任者に預託された資産に対して直ちには執行させないが如く、出資資産に直ちには執行させない、という制度である。委任と異なって相互に相手に送り合う。交互に、委任者が受任者になり、受任者が委任者になる。第三の財産を独立させずに障壁を作

今回はしかし近年の議論を反映しさえしていないではないか。完全に逃げ腰である。

94) 依然極めて簡潔な原田『ローマ法』前掲注2)197-198頁の短い記述が最も有益である。それほど、ローマ法の観点を探ってこの過程を分析する、という課題は放置されている。原フランス民法典、そしてサヴィニーの法人論、否、ギールケにおいて、ローマのsocietasは（完全ではないにしても）比較的よく捉えられている。しかしポアソナードと旧民法自体既に吹き上げる風を蒙り、かえって現行民法典の方が曖昧さと無内容さにおいて風を緩和しているとさえ見える。かくしてここではフランス法も全く視野の拡大に資するところが無く、20世紀後半にフランス民法典の組合の部分は度重なるヴァンダリスムの対象となったことは周知のとおりである。法人の規定がなかったところ、この古い建物を破壊してそこへ穴埋めのためのプリコラージュが行われた（この形になったということ自体、そこに団体への警戒が滲み出ている、かろうじて面目を保ってはいるが）。今日、sociétéという語自体societasの意味の組合ではなく法人格を有する社団と訳し、法人格を取らない社団を例外的なsociétéであると考え方がよい。

95) 「基本方針」392頁以下。

96) 【3.2.13.05】。

97) 【3.2.13.06】。

98) 【3.2.13.14】以下。

99) 「基本方針」395頁。

100) 671条。

る。独立させればここへは（代理関係を通じて負った債務を介して）直接執行が入る。したがって「組合代理」は派手なOWN・ゴールである。ほとんど錯乱である。「内的組合」が公認された<sup>101)</sup>というが、なお奇妙な出で立ちであるにせよ、これが本来のものに近い。いずれにせよ、問題は、(20世紀前半という暗い)一つの時代の産物を十分に清算することなく空虚なまま踏襲し、他方皮肉にも最も古い層に生じた、その新たな需要には目をつぶる、という全然賢くない態度である。あるいはまた、蓄積の欠落である。

(こば・あきら)

---

101) 【3.2.13.29】。

論説

# 会社法 322 条 1 項の「損害を及ぼすおそれ」 についての実務上の考察

前東京大学客員教授・弁護士

小林俊夫

## I. はじめに

### II. 会社法 322 条 1 項の解釈論

- 1 「損害を及ぼすおそれがあるとき」の意義
- 2 会社法 322 条 1 項各号に列挙された行為以外の行為への類推適用

### III. 「損害を及ぼすおそれ」が問題となるいくつかの事例

- 1 普通株式への利益配当方法の変更
- 2 単元株制度の採用
- 3 自己株式の取得
- 4 合併等

## IV. おわりに

## I. はじめに

近時、日本企業による優先株式の発行は比較的多く見られるようになってきている<sup>1)</sup>。しかしながら、優先株式の発行が企業の資金調達手段として一般的になったとまでは必ずしもいいがたく、また、そのほとんどが私募ないし少数の発行会社親密先に対する第三者割当ての方法で行われ、公募による優先株式の発行は通常行われていない。更に、大部分の優先株式は金融商品取引所に上場されていない。

このような運用の背景として、種類株主総会開催にかかる手続的負担の他に総会決議の成否に関する不確実性への懸念が挙げられると思われる。すなわち、会社法 322 条 1 項は、種類株式発行会社が同項各号に列挙された行為を行う場合において、ある種類の株式の株主に損害を及ぼすおそれがあるときは、当該種類株式の種類株主総会による決議を要求する<sup>2)</sup>。したがって、優先株式を発行する

1) 特に上場会社の優先株式の発行は、戦前のものは別とすると、優先株式の発行を容易にした平成 2 年の商法改正以降、邦銀が BIS の自己資本規制対応として自己資本増強を目的とした優先株式の発行を行うまでは寥々たるものであった。そのような銀行の優先株式が数多く発行されるようになった後、企業再生の関係で再生企業が優先株式を発行（デット・エクイティ・スワップによる場合がある。）し、金融機関やファンドがこれを引受けるという形態が多く出現した。更に、必ずしも上場会社に関してではないが、いわゆるメザニン・ファイナンスで SPC が優先株式を発行するスキームが、買収ファイナンス・再生ファイナンスで活用され、現在に至っている。

2) 種類株主総会の決議が要求されるのは会社法 322 条 1 項の場合に限られず、同法 324 条 2 項 4 号や 111 条 2 項その他の場合もある。しかし本稿では実務上最も問題となることの多い会社法 322 条 1 項による種類株主総会について論じることとする。また、種類株主総会の問題は「優先」株式以外の種類株主にも存在するが、本稿では、発行事例の多い優先株式を代表例として検討する。

場合、発行後に行う会社の行為について種類株主総会の要否を検討する必要が生じるが、後述のように会社法 322 条 1 項はその要件該当性の判断は必ずしも容易ではない。また、種類株主総会は通常、種類株主に不利益が及ぶ事項について種類株主の同意を得るために招集されるものであるから、種類株主にとってみれば同意をするインセンティブは少ない<sup>3)</sup>。少数の発行会社親密先のみが優先株主となっているケースはそれらの株主との関係に基づき理解を得ることも可能であるが、株主が少数であってもそれらとの関係が必ずしも良好でないか、又は株主が多数存在するときは種類株主総会の決議を確実に取得することは容易ではない。したがって、実務上、保守的な対応として、種類株主総会での承認を得られる見込みが乏しいときは、種類株主総会を開催する必要が生ずる会社行為の実行そのものを断念してしまうケースが少なくない。

以下では、まず、Ⅱにおいて、会社法 322 条 1 項の解釈上問題となる点を確認した上で、Ⅲにおいて、「損害を及ぼすおそれ」が問題となる事例として、普通株式への利益配当方法の変更 (1)、単元株制度の採用 (2)、自己株式の取得 (3)、合併等 (4) をそれぞれ検討し、Ⅳにおいて種類株主総会決議が必要とされる範囲を明確化することにより優先株式の利用可能性を向上させる解釈論を模索することとする。

## Ⅱ. 会社法 322 条 1 項の解釈論

個別の事例についての検討を行う前に、会社法 322 条 1 項に関する解釈論のうち以下の点について確認しておく。

### 1 「損害を及ぼすおそれがあるとき」の意義

会社法 322 条 1 項の適用の有無を検討するにあたり、実務上、「損害を及ぼすおそれがあるとき」の意義が問題となることが多い。一般に「損害を及ぼすおそれがあるとき」とは、ある種類の株主の割合的権利が抽象的な権利としてみたときに変更前よりも不利益になる場合をいうのであり、何らかの具体的実害の生ずることまでは必要がないと解されている<sup>4)</sup>。ここにいう「割合的権利」とは、各種類株主間の相対的な関係（正確に言うならば、ある種類株主が発行会社に対して有する権利ないし地位とその他の種類株主（種類株主としての普通株主をも含む。）が発行会社に対して有する権利ないし地位の相対的關係。）における利益と解されているように見受けられる<sup>5)</sup>。したがって、この見解によれば、「損害を及ぼすおそれ」は、各種類株主間の相対的關係における権利の割合において生じる不利益を基準（以下、「相対的利益侵害基準」という。）として判断されることになり、形式的に各種類株式について同一の条件の措置をとるとしても、実質的に見ればいずれかの種類株主に損害が及ぶときにはその種類の種類株主総会が必要となるが、他方、形式的には異なる取扱いであっても各種類株式間の実質的平等が得られるときには、種類株主総会決議は不要と解されてきている<sup>6)</sup>。また、権利の内容の面から見れば、配当請求権や残余財産分配請求権といった自益権と、議決権などの共益権の少なくとも一方について不利益が及ぶおそれがあれば「損害を及ぼすおそれがあるとき」に該当すると考えられる。このように解すると、会社の特定の行為

3) 出口正義『株主権法理の展開』326頁（文眞堂，1991）。

4) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（12）株式会社の定款変更・資本減少・整理』34頁〔山下友信〕（有斐閣，1990）、洲崎博史「優先株・無議決権株に関する一考察（2・完）」民商法雑誌91巻4号526頁，548頁（1985）。

5) 上柳ほか・前掲注4)35頁〔山下友信〕，大杉謙一「優先株式の法的問題」落合誠一ほか編『現代企業立法の軌跡と展望』（商事法務研究会，1995）37頁，25頁，酒巻俊雄ほか編『逐条解説会社法（4）機関（1）』202頁〔黒沼悦郎〕（中央経済社，2008），その他。

6) 上柳ほか・前掲注4)35頁〔山下友信〕，酒巻ほか・前掲注5)201-202頁。

により種類株主が損害を受けたとしても、その他の種類株主にも等しく損害が生じ、かつ両者の相対的な関係がかかる行為の前後で変わらないときは、ここにいう「損害」は生じないことになる。もともと、近時、会社法 322 条 1 項各号に列挙された行為のうち、組織再編の場合の損害の有無については、端的に株主価値の増減、すなわち種類株主に生じるいわば「絶対的」な不利益を基準として判断する考え方（以下、「絶対的利益侵害基準」という。）を採用すべきであるとの見解が有力に主張されており<sup>7)</sup>、傾聴に値する<sup>8)</sup>。

いかなる場合に「損害を及ぼすおそれがあるとき」に該当する会社の行為であるかは実務的に極めて重要な問題であるが、このように現在必ずしも通説的な解釈が確立しているわけではない。本稿においてはスペースの関係上、この問題の一般論にはここではこれ以上立ち入らないこととし、Ⅲ記載の具体例において「損害を及ぼすおそれ」について検討するに際して必要に応じて触れることとす

る。

なお、以上の議論は、定款において株式の種類により格別の定めがなされていないときに関してのものであり、定款に株式の種類による格別の定めがおかれていれば、それが会社法上適法なものであるかぎりにおいて、その格別の定め通りの措置については既に権利調整済みであるとして、もはや種類株主総会決議を経ることを要しないと解する見解が有力である<sup>9)</sup>。このような取扱いが許される実質的な理由としては、権利調整の方法を定款で定めた場合には、既存の株主は、これを定める段階で株主総会決議（及び場合によっては種類株主総会決議。）という形で同意しているし、また、当該優先株主及びその他将来株主となる者は、そのような定款の定めを前提とし、これを了解した上で株主となるので、その定め拘束されるとしても不都合はない点が挙げられる<sup>10)</sup>。実務上、このような見解に基づき、定款における優先株式に関する規定に一定の会社行為（例えば、株式併

7) 山下友信「種類株式間の利害調整一序説」新堂幸司＝山下友信編『会社法と商事法務』59 頁，90 頁，107 頁（商事法務，2008）。

8) 会社法 322 条 1 項各号列挙の事由は、必ずしも論理的に一貫した必要性によって選択されたものでなく、会社の組織再編等に関する事由とそれらとは関係のない事由とが混在している。したがって、「損害を及ぼすおそれ」もそれぞれの事由ごとにその判断基準を同じにする必要は必ずしもない。しかしながら、種類株主総会制度の立法趣旨は、ある種類の株主にのみ不利益をもたらす会社の行為は、本来からいえば平等原則に反するため、かかる行為の正当化には、当該種類の株主の個々の承認が必要とも考えられるところ、種類株主総会における多数決による決議をもってそれに代えたものであると一般に理解されている（前田庸『会社法入門（第 12 版）』117 頁（有斐閣，2009）、龍田節『会社法大要』281 頁（有斐閣，2007）など）。そうだとすれば、組織再編等にかかる種類株主総会についても、組織再編等の会社の基礎的事項の変更の決定権限が株主総会に専属するものとされているため、種類株主が議決権を付与されていない場合には株主総会での議決権の行使はできないところ、組織再編等によって種類株主に特有の損害を生じるときは種類株主総会の決議をもって種類株主の不利益をもたらす会社の行為を正当化する道を開くことがその制度趣旨であると解するのが自然であろう。そのように解すると、組織再編等による不利益が、各種類株主間の割合的地位において平等に生ずる場合は種類株主総会を開く必要はないことになる。各種類株主が組織再編等について意思表示をする機会が与えられているか、という観点からこれを見ると、議決権が付与されていない種類株主は、そのような株式であることを承知して株主になったのであり、（株主一般としての）議決権が付与されなくとも当然であり、意思表示をする機会が与えられない点について種類株主総会により正当化する必要性はないとも考えられる。加えて、組織再編に類似したインパクトを株主に及ぼす会社の解散についても、かかる議決権が付与されていない種類株主は議決権をもたず、種類株主としても会社法 322 条 1 項に会社の解散という事由が列挙されていない以上（かつ、同項各号列挙の事由の類推適用も困難と思われる。）、種類株主総会で意思表示をすることもできない。これとの権衡からいって、組織再編等について種類株主が、当該組織再編等による不利益に関する他の種類株主との相対的關係を考慮せずに、その株主価値が減少することのみをもって種類株主総会での意思表示が認められると解するのは困難ではないか。いずれにせよ、この問題についてはこれからの議論の展開に期待されるところが大きい。

9) 上柳ほか・前掲注 4)41 頁〔山下友信〕、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（補巻）平成 2 年改正』154 頁〔山下友信〕（有斐閣，1992）、松尾健一「種類株主総会制度と優先株主の経済的利益保護」同志社法学 55 巻 7 号 427 頁，460 頁（2004）、神田秀樹『会社法（第 12 版）』72 頁（弘文堂，2010）。

10) 神田秀樹「改正商法と優先株」代行レポート 95 号 1 頁，7 頁（1991）。

合、株式分割、株式の無償割当て等。)に関する権利調整規定が設けられることが一般的であり、その権利調整規定にしたがったといえる限りにおいて、かかる会社行為は「損害を及ぼすおそれ」がないとして<sup>11)</sup>、種類株主総会は不要と整理する運用が行われていると思われる<sup>12)</sup>。

## 会社法 322 条 1 項各号に列挙された行為以外の行為への類推適用

種類株主総会制度は、数種の株式を発行している会社の行為がいずれかの種類株主の利益を害する場合に、各種類株主間での権利調整が必要となるときが生じるため、かかる権利調整を不利益を受ける種類株主の集団的同意により図ろうとするものである。そして、会社法 322 条 1 項の条文上は、「次に掲げる行為をする場合において」とされており、同項各号は限定列挙であるように解される。しかしながら、会社法 322 条 1 項各号に列挙された行為以外の会社の行為であっても、いずれかの種類株主の利益を害する場合はあり得る。そのため、学説においては、そのような場合にも各種類株主間での権利調整の必要性

が生じ得るとし、会社法 322 条 1 項の類推適用の余地を認める見解が有力である<sup>13)</sup>。

この見解を採用した場合、種類株主総会の要否を検討すべき会社の行為は無限定に広がり、種類株式発行会社の行為の有効性についての予測可能性を著しく害する上に、種類株式の発行に対する過度な萎縮的效果を生み出すおそれがある。

そもそも、会社法 322 条は、平成 17 年改正前商法(旧商法) 345 条、346 条、222 条 11 項の規定をまとめて 1 つの条文にしたものであるが、一部内容の変更がなされている。すなわち、旧商法 345 条 1 項では「定款の変更」に特に限定は付されていなかったところ、会社法 322 条 1 項 1 号では、種類株主総会決議を必要とする「定款の変更」の範囲が限定され、また会社法 322 条 2 項の規定が置かれ、定款に定めることにより「定款の変更」(ただし、単元株式数についてのものを除く。)以外の会社法 322 条 1 項各号列挙事由について種類株主総会決議を不要とできることとなった<sup>14)</sup>。これらは、いずれも、上述の通り「損害を及ぼすおそれがあるとき」の解釈が必ずしも明確ではなく、個別の事例においてかかる要件に該当するか否かの判断が困難であることを背景に、種類株主総会決

11) 理由付けについて反対するものとして神田・前掲注 9)72 頁。ただし、会社法 322 条 2 項に基づく種類株主総会決議の排除について、同条 1 項各号の一部の行為についてのみ適用を認める見解を前提とするものと思われる。

12) もっとも、後述のように組織再編等については、そもそも事前に定款の権利調整規定を設けることが困難であるし、定款の権利調整規定がある場合であっても、実務上、個別の事案においてその適用範囲について明確に判断することは必ずしも容易ではなく、また、権利調整の範囲が広すぎて予測可能性が存在せず不当な場合には権利調整は有効でないと解されているので、結局、「損害を及ぼすおそれ」の判断を強いられる場合も少なくない。

13) 江頭憲治郎『株式会社法(第 3 版)』164 頁(有斐閣、2009)。立案担当者もこの見解を前提としているように思われる。相澤哲＝細川充「株主総会等」商事法務 1743 号 18 頁、31 頁(2005)。

14) このような定款規定がある場合には、種類株主総会招集の要否との関係で「損害を及ぼすおそれがあるとき」か否かの判断を行う必要はない。しかしながら、会社法 322 条 2 項による定款の定めについては、会社法 322 条 1 項 2 号ないし 13 号に掲げる行為の一部について定めることはできないというのが立案担当者の見解である。仮にそれらの事項のうちの一部について種類株主総会の決議を要求する必要性がある場合には、会社法 108 条 1 項 8 号で拒否権に関する定めを設ければいいとするのである。相澤＝細川・前掲注 13)31 頁。しかしながら、この拒否権は種類株主に「損害を及ぼすおそれ」があると否とに拘わらず与えられるものであり、かかる定款規定を設けることは一部の種類株主に強力な権利を与えるものであって、「損害を及ぼすおそれ」がある場合に限って拒否権類似的の権利が与えられている会社法 322 条 2 項の場合とは意味合いが異なる。したがって、この規定の存在をもって、会社法 322 条 1 項各号の事項については、種類株主総会決議をその一部についてのみ不要とすることはできないとする解釈の根拠は薄弱というべきではないだろうか。更にこのような規定を設けたとしても、会社法 116 条 1 項 3 号の株式買取請求権との関係では、やはり「損害を及ぼすおそれ」の判断を迫られることとなる。

議が必要とされる定款変更の範囲を合理的に限定することを目的としてなされた改正であるといえる。しかるに、このような改正の経緯にも拘わらず会社法 322 条 1 項の類推適用を認めたのでは、かかる改正の目的としていたところは水泡に帰すといわざるをえない<sup>15)</sup>。

また、平成 13 年の商法改正以降、拒否権付株式の発行が認められており、この制度により、定款で定めれば一定の会社行為について種類株主総会決議を要件とすることが可能となっている。この制度は本来は会社法 322 条 1 項などの法定の種類株主総会決議が不要である場合について、定款で種類株主総会決議が必要と定める道を開いたものであって、そうだとすれば、このような制度を新設した趣旨からすれば、法定の種類株主総会決議については、法が定めた場合以外に種類株主総会が必要であると解することは妥当ではないとの指摘がなされている<sup>16)</sup>。会社法ではこれに加え種類株主総会の決議事項について定款による拡張（会社法 321 条）が認められており<sup>17)</sup>、会社法 322 条 1 項の類推適用を認める必要性はさらに少なくなったといえる。定款に定めた権利調整規定に従う限り種類株主総会決議を不要とする解釈の実質的理由と同様に、既存の株主は定款の段階で、会社法 108 条 1 項 8 号に基づく種類株主総会決議事項の有無・範囲について株主総会決議及び場合によっては種類株主総会決議（あるいはそれらの不存在。）という形で了解しているし、また、当該優先株主及びその他将来株主となる者は、そのような定款の定めを前提として株主となるので、かかる（種類株主総会決議を必要と規定していない）定款の定めに従い、会社法 322 条 1 項各号の類推適用が問題

となる事項について、種類株主総会を不要と解しても不都合はないわけである。

なお、会社法 322 条 1 項の類推適用を一般的に否定した場合であっても、会社法 322 条 1 項 1 号ロに定める「株式の内容の変更」については、「株式の内容」の意味するところが必ずしも明確ではなく、個別具体的な事例における判断が難しい場合がある。

以下では、実務上問題となるいくつかのケースを検討する。取り上げるのは、普通株式への利益配当方法の変更、単元株制度の採用、自己株式の取得、合併等の 4 つのケースである。

### Ⅲ. 「損害を及ぼすおそれ」が問題となるいくつかの事例

#### 1 普通株式への利益配当方法の変更

優先株式を発行している会社が、定款を変更して普通株式についてのみ四半期配当を実施する場合、優先株式について種類株主総会決議は必要となるか（ただし、優先株式の配当に関しては、優先株主は期末・中間配当として一定額を受領する旨の規定（このような規定は実際に発行された優先株ではごく一般的である。）があることを前提とする。）。取締役会の決議による四半期配当は、定款にこれに関する規定がないときは、一定の要件をそなえた株式会社は定款変更により剰余金の配当に関する事項を取締役会の決議事項とすることによりこれを行うことができる（会社法 459 条 1 項 4 号）。また、期末・中間配当以外の基準日を定款に定めない限り、第 1 四

15) なお、定款で会社法 322 条 1 項 2 号から 13 号に掲げる行為につき種類株主総会の承認決議を排除している場合は、その結果としてこのような同項の類推による種類株主総会の決議も不要となるとの見解がある（酒巻ほか・前掲注 5)213 頁〔黒沼悦郎〕）。

16) 神田・前掲注 9)73 頁、江頭憲治郎ほか編『改正会社法セミナー株式編』498-500 頁（有斐閣、2005）。もっとも、前掲注 14)に述べたように、拒否権付株式を発行したときは損害を及ぼすおそれの存否に拘わらず種類株主総会を開催する必要があるが生ずるので、会社法 322 条 1 項を類推適用した場合とはその効果において異なることとなる。

17) ただし、定款により拡張が認められる事項は、当該種類株主の利益に密接な関係がある事項に限られると解すべきである。江頭・前掲注 13)298 頁。

半期及び第3四半期配当については臨時基準日を定め、基準日公告を行う必要が生じるため、そのような公告を行うことなく配当を実現するには、定款に各配当日の基準日についてもあわせて規定されていることが前提となる。

会社法322条1項1号ロは、種類株主総会の決議が必要な事項として「株式の内容の変更」についての定款変更を規定しており、剰余金の配当に関する事項の決定機関の変更並びに第1四半期及び第3四半期配当についての基準日の設定が「株式の内容の変更」に該当するとされる場合には、会社法322条1項の適用がありうる。これに関しては、会社法108条1項1号が異なる種類の株式として定めることができる内容として「剰余金の配当」を掲げているところ、剰余金の配当の決定機関が、「剰余金の配当」についての定めに含まれるかが問題となる。これを肯定に解すれば剰余金の配当についての定めを変更することとなり、ひいてはそれが株式の内容の変更に当たると解する余地がある。また、実質的な点として、四半期配当が実施されると、優先株式・普通株式それぞれへの配当総額は変わらないとしても、優先株式への配当以前に普通株式への配当が前倒しされる部分が増大する。したがって優先株式への配当原資がキャッシュレベルで減少し、ひいては優先株への実際の配当実行の蓋然性が減少し、優先株式について普通株式に対する相対的な関係において不利益が増大するとも考えられる。会社において分配可能額が乏しい場合においてはこのような事態は優先株主にとって坐視できないとの見方もありえよう。

しかしながら、定款において剰余金配当の決定機関を株式の権利内容として明記することは通常なく、また決定機関がいずれであるかは剰余金の配当を行うについての手続上の

問題に過ぎず、剰余金の配当の決定機関が株式の実体的な権利内容を構成しているとは思われない。また、会社法において、特別の定款規定がない場合であっても、剰余金の配当は株主総会決議によりいつでも可能であるところ（会社法454条）、剰余金の配当の決定機関を取締役に会に変更したとして、このような随時配当が可能である点に変わりはない。更に、新たな基準日の設定の点についても、基準日制度は、権利行使可能な株主を一定の時点における株主に固定し特定するという会社の事務処理上の便宜のための制度であるにすぎない。以上の点に鑑みれば、普通株式についてのみ四半期配当を実施することは、会社法322条1項1号ロに定める「株式の内容の変更」に該当せず、したがって、「損害を及ぼすおそれ」については議論するまでもなく、種類株主総会決議は必要がないと考えられる。

なお、上記Ⅱ2で論じたように、会社の一定の行為に会社法322条1項の類推適用を認める立場によれば、剰余金の配当の決定機関の変更にかかる定款変更であっても、「株式の内容の変更」に準じるもの（抽象的な優先配当金の減額）として、この定款変更が「損害を及ぼすおそれがある」か否かを検討する必要性が生ずることになる。

この点については、確かに、普通株式への四半期配当により、分配可能額が減少し、直後の優先株式への配当原資が減少する点に鑑みれば、優先株式の配当に関する割合的権利が抽象的な権利としてみて定款変更前よりも不利益になる場合に該当するようにも思われる（配当非累積優先株の場合はその不利益はより一層明らかといえる。）。しかしながら上述の通り、会社法においては特別の定款規定がなくとも剰余金の配当はいつでも可能であるため、期末・中間配当以外の場面での普通

18) 本稿では、優先株式の配当に関しては、期末・中間配当として一定額を受領する旨の規定であることを前提としているが、例えば、ある事業年度において会社が剰余金の配当を行う場合は、（事前に定められた優先配当金額に満つるまで）優先株式への配当が常に優先する旨の規定を定めることも可能であり、かかる規定であれば、四半期配当により生じる事実上の不利益を回避することができる。本文に述べたような場合は、優先株主としてはそのような規定ではなく四半期配当により事実上の不利益が生じうる規定であることを承知して株主となっており、かかる不利益について種類株主総会により事後的な保護を与える必要性は乏しいと考えられる。

株式への配当により直後の優先株式への配当原資が減少する抽象的な可能性は、前述の定款変更を行う前から変わらず存在していたといえる。優先株主としては、普通株式への剰余金の随時配当を禁止しない定款規定を前提として株主となっており<sup>18)</sup>、随時配当の決定機関が変更されたとしても、優先株式の割合的権利が抽象的な権利としてみて定款変更前よりも不利益になったとはいえないと考えられる。更に実質的にみても、優先株主は普通株主への配当額について、それが分配可能額の限度内である限り、会社法上これを制限する手段を持っていない。したがって、会社が普通株主に対していかに多額の配当を行おうとも、優先株主は自らに対する配当が当該優先株式の内容に従い行われている限り、これを禁止することはできないのである。これとの権衡上、普通株主に対して四半期配当を行うこと、あるいはそれを可能とする定款改正を行うことをもって優先株主に損害が生ずるとはいえない。したがって、会社法 322 条 1 項各号を例示列举とし、一定の場合に類推適用を認める立場に立ったとしても、この場合やはり種類株主総会決議は必要がないと考えられる。

## 2 単元株制度の採用

議決権付（又は優先配当がなされない等予め定められた一定の事由が生じた場合に議決権が復活する旨の条項が付された）優先株式を発行している会社が、定款変更により単元株式制度を採用した場合、種類株主総会決議は必要となるか。単元株式数が当該株主が行使可能な議決権の数を決定することからすれば、単元株式数の設定・変更が会社法 322 条 1 項 1 号ロの定める「株式の内容の変更」に該当することは明らかであり、会社法 322 条 3 項但書の「第一項第一号に規定する定款変更（単元株式数についてのものを除く。）」との規定も、かかる理解を当然の前提としてい

るものと思われる。そのため、種類株主総会決議の要否は、そのような定款変更が「損害を及ぼすおそれがある」といえるか否かの判断によることとなる。

これに関しては、従前より単元株式制度を採用している種類株式発行会社が、定款変更により、ある種類の株式に関して単元株式数を増加させる場合には、当該種類の株式の議決権数は減少することとなるから、当該種類の株主の種類株主総会決議が必要となり、逆に、ある種類の株式に係る単元株式数を減少させる場合には、当該種類の株式の議決権数が増加することになるから、他の種類の株主の種類株主総会決議が必要となるとされている<sup>19)</sup>。

これに対して、単元株式制度を採用していない種類株式発行会社が、定款変更により単元株式制度を採用した場合はどうか。単元株式制度を採用していない状況を、普通株式・優先株式のいずれも単元株式を 1 株とする定めがある場合と同視した場合、普通株式・優先株式の単元株式数を同数とする限り、割合的権利が抽象的な権利としてみて定款変更前よりも不利益とはならないと考えられる。他方、単元株式制度の採用により、株主によっては単元未満株式が生じ、議決権割合が低下するため、この点を不利益と考える必要はないかは検討の余地がある。単元未満株式については、単元未満株式買取請求権による金銭的保護は与えられるものの（会社法 192 条）、種類株式総会決議の要否を判断する際の「損害」の存在は事後的な金銭的補償では解消されないと解されることから<sup>20)</sup>、単元未満株式買取請求権があることをもって「損害」がないという判断は難しい。もともと、上述の通り「損害を及ぼすおそれがあるとき」とは、ある種類の株主の割合的権利が抽象的な権利としてみて変更前よりも不利益になる場合をいうのであり、個々の株主の個別の事情により、その判断が異なることは妥当ではなく、株主によっては単元未満株式を保有すること

19) 酒巻俊雄ほか編『逐条解説会社法（3）株式（2）新株予約権』9頁〔前田雅弘〕（中央経済社，2009）。

20) 酒巻ほか・前掲注 5)202頁〔黒沼悦郎〕。

となる点は、「損害」の有無の判断においては考慮する必要がないと考えるべきである。というのは、議決権の減少という点で、単元株式制度と同じ効果を有する株式併合について、「定款を変更して併合比率の逆数だけ優先配当の額を増額させれば種類株主総会決議は不要とすることができる。」とされており<sup>21)</sup>、そこには個別の株主に生じる端数に対する考慮はないように思われるからである。

以上より、定款変更により単元株式制度を採用した場合であっても、普通株式・優先株式の単元株式数を同数とする限り種類株主総会決議は不要と考えて差し支えないと思われる。

### 3 自己株式の取得

優先株式を発行している会社が、普通株式のみを対象として株主との合意に基づく自己株式の取得をする場合には、優先株式に関する種類株主総会決議が必要か。会社法上は、発行会社が特定の種類の株式のみを対象として自己株式を取得することは可能であり、かつかかる行為は会社法 322 条 1 項各号のいずれにも該当しない。したがって、322 条 1 項各号を限定列举と解する立場に立てば、種類株主総会決議は必要ないとの結論となる。

しかし、会社法 322 条 1 項の類推適用を認める立場からは、「損害を及ぼすおそれがある」といえるか否かを実質的に判断する必要がある<sup>22)</sup>。このような立場をとる学説によれば、類推適用をすべき場面として自己株式取得が例示されている。そこで、自己株式取得について、「損害を及ぼすおそれがある」か否かを検討することは実務上の対応としては必要なことであると考えられる。

普通株式のみを対象として自己株式の取得が行われる場合、優先株主に損害を及ぼすおそれがあるといえるか。まず、後述の議決権

の問題は別論として、①株主による出資の払戻しの機会についての平等性がない点、また②分配可能額が減少するために将来の配当の可能性が低下する点をもって優先株式に不利益が及ぶとする考えがありうる。しかし、まず①については、株主による出資の払戻しの機会の平等に関する利益は株主としての権利の内容を構成しないと思われ、立法論の問題としては格別、少なくとも現行の会社法においてはこのような平等は保障されていないように見受けられる。したがって、その平等が確保されないとしても、「損害」には当たらないと解される。また、②についても、当該発行会社の財務状況等の個別の事情によるものといえ、従来の損害の解釈に照らせば、株式の割合的権利について抽象的・一般的な不利益変更が加えられたとはいいがたい。普通株式への配当方法の変更に関して前述したように、優先株主は普通株式に対する利益配当について、それが分配可能額の範囲内であり、自らに対する配当が、当該優先株式の内容に従い行われている限りはこれを制限することはできないのであるから、株主への利益還元の一形態である自己株式の取得もこれと同様に解するべきである。また、そのような不利益は、臨時株主総会における普通株式への臨時配当によっても生じるものであるが、かかる配当について種類株主総会が必要であるとは考えられていないと思われ、その点との権衡の観点からも、やはりそのような不利益は種類株主総会決議によって調整すべき類のものではないと解するべきである。

法文上も、旧商法 222 条 11 項・346 条において「株式ノ買受ケ」が掲げられていたにも拘わらず、これらの規定を引き継ぐ会社法 322 条 1 項では自己株式の取得が掲げられていないことから、あえて類推適用を認める合理性はないように思われる<sup>23)</sup>。

更に、優先株式が議決権付又は議決権復活

21) 上柳ほか・前掲注 4)43 頁〔山下友信〕。

22) 一般論として、会社法において会社法 322 条 1 項の類推適用を認めるべきではない点は既に述べた通りである。しかしながら、少なくとも学説上は、そのように解する立場は有力である。前掲注 13) 参照。

23) なお、同じ改正経緯を理由に類推適用を認めるものとして山下・前掲注 7)87 頁。

条項付優先株式である場合には、普通株式との相対的關係における議決権割合の変動の問題が生じる。しかしながら、この場合に議決権割合が低下するのは普通株式であり、損害が生じるおそれがあるかの検討は（種類株式としての）普通株式について行うこととなるが、株主の合意に基づく自己株式の取得はまさに当該普通株主自身の同意により成立するものであり、当該普通株主の保護は云々する必要がないことは明らかである。普通株主のみを対象とした株主割当て（会社法 322 条 1 項 4 号）のように、議決権割合低下による不利益を受ける者（優先株主）と、かかる行為に応ずるか否かの選択権を有する者（普通株主）が異なる行為と同列に扱うことはできない。

もちろん、普通株式全体として議決権割合は低下するため、そのような状況をよしとせず自己株式の取得に応じない他の普通株主の保護の必要性については検討の余地はある。しかしながら、これはいわば同種の株式を保有する自己以外の者についての議決権割合に関する期待にすぎず、ある株主が自己株式の取得に応じないことにより生ずる他の普通株主の利益は、いわば反射的利益に過ぎないから、これを普通株主の割合的権利・抽象的権利であるとし、種類株主総会による権利調整の対象とするのは行き過ぎであろう。会社法 322 条 1 項各号の列挙事由についても、定款変更、株式分割・併合、株式又は新株予約権の無償割当て、組織再編といった行為と違い、株主割当ての方法による株式又は新株予約権の募集については、普通株式及び優先株式のそれぞれに同割合で株主割当てを実施する場合、例えば普通株主は全員が割当てに応じたにも拘わらず、一部の優先株主が割当てに応じない結果、種類株式全体として見て優先株式の普通株式に対する議決権割合は低下することとなるが、かかる可能性をもって、優先株主に損害が生じるおそれがあるといった解釈はとられていないこととの権衡からも

当然といえる。

以上により、優先株式を発行している会社による、普通株式のみを対象とする株主の合意に基づく自己株式の取得をする場合にも、優先株主あるいは普通株主を種類株主とする種類株主総会決議は不要と考えられ、現在の自己株式取得の実務もかかる解釈を前提としていると思われる。

#### 4 合併等

優先株式を発行している会社が消滅会社となる合併を行う場合、当該消滅会社の優先株主にどのような内容の存続会社の優先株式をどのような比率で割り当てるべきか（会社分割、株式交換及び株式移転等についても同様の議論が当てはまると考えられるが、ここでは便宜、合併のみを検討する。）。会社法 322 条 1 項 7 号には、「合併」が掲げられており、種類株主総会決議の要否は、合併が、ある種類株主に「損害を及ぼすおそれがある」か否かの判断によることとなる。

これに関し、旧商法のもともその 346 条において「合併ニ因リテ或種類ノ株主ニ損害ヲ及ボスベキ場合」には当該種類株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の決議を得ることが要求されていたため、普通株式と優先株式の双方を発行している会社が合併を行う場合に、特定の種類の種類株主に損害が生じるかの判断が必要であった。この場合における損害の解釈については、経済的な価値（自益権）だけを検討すれば足りるのか、会社経営に対するコントロールの権利（共益権）も考慮する必要があるのかという点がまず問題となり（前記Ⅱ 1 参照。）、更に経済的な価値についても、優先株式の権利内容を踏まえた客観的な価値を普通株式のそれと比較しようとしても、そもそもかかる価値算定が容易ではないという問題もあった<sup>24)</sup> ため、具体的にいかなる場合に特定の種類の種類株主に

24) 2009 年に日本公認会計士協会が公表した「種類株式の時価評価に関する検討」は、種類株式の時価評価方法についての具体的な検討を行っている。それによれば自益権については取得請求権・取得条項の有無、累積・非累積型、参加型・非参加型等種類株式の分類に応じて評価方法が詳細に検討されているが、共益権については、

損害が及ぶといえるかを決定することは困難であった<sup>25)</sup>。そのため、公正な割当比率を設定したつもりであっても、ある種類の種類株主に損害が及ぶ「おそれ」がないと判断することはきわめて困難であり、他方で、合併のような組織再編について瑕疵が問題とされた場合のリスクに鑑みても、実務上はすべての発行済種類株式について種類株主総会決議を得ることが一般的であった<sup>26)</sup>。かかる運用は、会社法下においても基本的に同様に採用されることとなると考えられる。

これまでの優先株式発行の実務をみるに、今日まで実際に発行された優先株式は、議決権の付されていないもの、あるいは優先株に対する配当が停止したときのみ議決権が復活するものが大多数であり、また利益配当については、非参加型が大部分で年間一度ないし二度の確定額の支払いを受けるものがそのほとんどであった。更に、残余財産分配優先権についても、発行の際の払込金額と同額が設定され、社債の償還を par で行うのに類するものと観念されるものが大多数であった。これらのことから優先株式は経済的な観点あるいは金融商品的な視点からは社債類似のものとして捉えられていたといえる。特に普通株式とリンクしないいわゆる社債型優先株式についてはその傾向が顕著であったといえる<sup>27)</sup>。このような場合、合併においては、普通株式についての合併比率のいかに拘わらず消滅

会社の優先株式1株に対して（同一額の利益配当優先権・残余財産分配優先権が規定された）存続会社の優先株式1株を割り当てるのが通常であった。優先株式を前述のように社債的に観念することができるならば、このような割当てにより経済的には同一性が保持され、後述の議決権の問題を別とすれば、これにより優先株主に損害を及ぼすことはない筈であるが、実務的には、その場合であっても種類株主総会を開催するのが常態であったといえよう。

それでは、合併のような組織再編行為について、会社法322条1項にいう「損害を及ぼすおそれ」はどう考えるべきか。前述の通り、組織再編行為における種類株主間の割合的権利関係の変動の有無についての判断の困難性等に鑑み、これらの組織再編行為については端的に株主価値の増減の基準により判断すべきであるとの有力な見解がある（絶対的利益侵害基準説）。確かに、同じく会社法322条1項に列挙されている事項であっても、定款変更等の事由と組織再編では損害の解釈で異なった基準がありうることを指摘した点等は傾聴に値する。しかし、前述のように種類株主総会制度の立法趣旨である権利調整機能をやや超える可能性のある解釈のように思われる。また、個別具体的な場面において株主価値の増減の判定は絶対的利益侵害基準説によるとしても容易ではなく、実務上、

---

議決権以外の共益権については直接的に株式の価値に影響を与え難い内容であるとしつつも、議決権の制限については株式の評価に影響を与えうるとする。しかしこれを客観的に数値化することは極めて困難であるとしている。

25) 松尾・前掲注9)459頁は、合併によって消滅会社の優先株に存続会社・新設会社の株式を割り当てる場合には、損害の有無を一義的には決しえないので、当該合併を受け入れるか否かを優先株主自身に判断させるために、つねに消滅会社の優先株主による種類決議を要すると解すべきであるとされる。立法論として同旨を述べるものとして洲崎・前掲注4)551頁。

26) 普通株式についても、優先株式との関係では種類株式であり、普通株式について「損害を及ぼすおそれ」がある可能性があるため、普通株式についても種類株主総会が開催されることも多かった。ただし手続的にはこの種類株主総会は株主総会と兼ねてこれを開催することができると解されるのでその場合には手続的負担はそれほど大きいものではなかった。

27) なお、普通株式とリンクした優先株式（転換株式又は取得請求権／取得条項付優先株式）については、転換条件／取得条件の変更、転換価額／取得価額の調整条項による調整等によって合併の前後で経済的な等価値を維持するものとされていた。もとより、一般論として優先株式の設計は種々のものがあり、資金調達目的の優先株式に限ってみても、例えば戦前に広く利用されていたといわれる議決権付普通株型などは、社債的にこれをとらえることはできない種類のものである（木下公明『優先株式その理論と実務』6頁（商事法務研究会，1991））。本文で述べたものは、あくまでも近時、特に銀行によって多数発行された優先株式の特徴をとらえたものである。

かかる基準をとったとしても結果としてはやはり保守的な対応として、すべての発行されている種類株式について種類株主総会決議を得るという旧商法下の実務を引き継ぐだけになってしまう可能性がある<sup>28)</sup>。

では、「損害」を割合的・抽象的権利関係の変動であるとする立場（相対的利益侵害基準説）からは組織再編行為はどのように評価されるであろうか。この解釈がこれまでは少なくとも組織再編の局面でも多数説であったと思われるが、かかる解釈によった場合であっても、組織再編についていかなる形でこれが適用されるかを判断するのは極めて難しい。実際の組織再編スキームは、優先株主と普通株主との相対的關係に何らかの形で影響を与えるものが多いからである<sup>29)</sup>。

そもそも、優先株式といってもその内容は区々である上に、発行済優先株式について組織再編においてどのような措置がとられるかもまた様々である。したがって、優先株主に生ずべき損害について具体的な組織再編スキームを離れて抽象的・一般的に論じるのは極めて困難と言わざるを得ない。優先株式の発行実務においても、会社法制定以前に、組

織再編、特に合併について優先株主が拒否権を持つような結果になることを回避するため前述のような定款による権利調整が検討されたが、合併の条件は種々のものがあり具体的な権利調整規定を置くことは事実上不可能であり、他方、抽象的・一般的な権利調整規定はその有効性に疑問があるので<sup>30)</sup>、現実にもそのような調整規定を採択するのは困難であった。このことは組織再編行為との関連で損害を一般的・抽象的に論ずるのが困難であることを示している。

したがって、種類株主総会招集の要否についての実務上の現実的な対応としては、絶対的利益侵害基準説、相対的利益侵害基準説のいずれをとるかに拘わらず、実際の組織再編スキーム毎に、種類株主の利益侵害の有無、すなわち種類株主総会の招集の要否を個別的に判断するということにならざるを得ないと考える<sup>31)</sup>。

いずれにせよ、実務的な観点からは、どのようなスキームであれば優先株主に損害が生ぜず、種類株主総会の招集を不要とすることができるか、という観点での検討が必要である<sup>32)</sup>。この点については、前述のような旧

28) 神田秀樹＝武井一浩『新しい株式制度』184頁（有斐閣，2002）。

29) ひとつ例を挙げるとすれば、消滅会社の優先株主に対し公正な価額を算定し存続会社の優先株式を公正な比率で割り当てることのできた（これ自体前述のように大変困難であるが。）として、存続会社にすでに配当優先権・残余財産分配優先権について同順位の優先株式が存在していたとき、消滅会社の優先株主に割り当てられた優先株式と存続会社の普通株式との相対的關係が従前の消滅会社における優先株式と普通株式との相対的關係と同一であるかどうかという問題がある（もとより上述の公正な価額が存続会社の優先株式の存在を考慮に入れて決定することが出来た場合は別論である。）。このようなケースで優先株式と普通株式の相対的關係が合併の前後で変化しないということはむしろ稀であろう。

30) 河本一郎＝今井宏『鑑定意見会社法・証券取引法』15頁（商事法務，2005），その他。

31) なお、ここで議決権付又は議決権復活条項付優先株式についての議決権割合の保護という観点は、これまで学説の議論において組織再編の場面ではあまり論じられてきていないように思われる。前述のようにこれまで、とりわけ銀行等の合併では消滅会社の優先株式1株につき存続会社の優先株式1株が割り当てられるのが通常であったが、かかる割当比率の決定には、種類株主間での剰余金の配当という側面での公正は意識されていたものの、議決権についての利益はあまり意識されていなかったように思われる。すなわち、消滅会社普通株式に割り当てられる存続会社株式が1株につき1株を超える場合には、消滅会社株式1株につき存続会社株式1株を割り当てられた優先株式の（潜在的）議決権割合は低下するが、これをもって優先株式に対する不利益が存在するとすることについての議論は乏しいように思われるのである（もちろん、前述のように実務上は保守的なアプローチをとり、全ての種類株式について種類株主総会決議を得る運用が一般であり、「損害が生じるおそれ」の判断は明示的に行われてはいなかったので問題は顕在化していなかったのであるが。）。

32) 従前の商法（平成13年改正以前のもの）においては、優先株について完全無議決権のものは許されず、議決権復活条項付のもののみ許容されていた。したがって議決権について面倒な問題が起きるのを防止する意味もあって、保守的な対応として種類株主総会を開いていた面もあった。現在は完全無議決権優先株式は発行しうる（また、その事例も多い。）のであるから、その意味で「損害を及ぼすおそれ」が生じない形での合併スキームが組み易くなっているといえる。

商法下から採られてきた優先株式の実務は、仮に種類株主総会を開催するにしても優先株主の賛成を得られ易いようにと普通株式との相対的關係において可能な限り優先株主に損害が生じないような工夫がされていた面もあり、その点は組織再編スキームの構築、また損害論において十分考慮に値すると考える。

#### Ⅳ. おわりに

以上述べたように、個別具体的な事例において、ある会社の行為が、いかなる意味においても全ての種類株主の不利益にならないと判断できる局面は多くなく、不利益の存在について僅かな疑義があるに過ぎない場合であっても、実務的には、会社法 322 条 1 項の「損害を及ぼすおそれ」があるとの判断を前提とした対応を考えざるを得ないことが多いように思われる。そして、この問題に、「損害を及ぼすおそれ」の意義を明確化することや定款における権利調整規定の採択による対応を行うことは、現実に生起する会社行為の多種多様さに鑑みれば容易ではなく、かつ、必ずしも効果的ではないと思われる。この問題に対処する実務的な方策としては、前述のように会社行為の具体的なスキームを工夫して損害のおそれが生じないようにすることに加え、より根本的な解決方法として、会社法 322 条 1 項各号に列挙された事由がそれに類する会社行為に類推適用がありうるとする見解を否定することで、会社法 322 条 1 項に定める法定種類株主総会の適用範囲を明確化した上で、会社法 322 条 2 項による定款の定めについては、会社法 322 条 1 項 2 号ないし 13 号に掲げる行為の一部について定めることを認めるべきではなからうか。これにより、種類株主間の利害関係に関する調整は事前に明瞭な形でなされることとなり、発行会社の将来の行為が過度な制約を受けることはなく、新たに種類株主となる者の利益保護と

いう観点からも十分であるように思われる<sup>33)</sup>。

思うに、種類株主総会制度は、多数決をもって種類株主間の利害関係に関する事後的調整又は種類株主が被る不利益の正当化を図るものである。この制度は、同時に、異なる利害関係を有する複数の種類株主を有する発行会社が、「損害を及ぼすおそれがある」種類株主の多数決による同意を得さえすれば適法に一定の会社行為を実行することができるようにするためのものでもあったはずであるが、現実には前述の通り、不利益を受ける種類株主にとってみれば同意をするインセンティブは少なく、種類株主総会がかかる本来の役割を発揮することは、その制度が予定している利益状況に鑑みれば相当に困難と言わざるを得ない。これまでこの問題が深刻化しなかったのは、前述のように優先株式が少数の発行会社親密先に割り当てられたものであるか、あるいは発行会社の事業再編のために優先株主となった金融機関・ファンデ等発行会社との直接のコミュニケーションが可能である等、会社と優先株主との間で何らかの妥協をしようが多かったからに過ぎないように見受けられる。

現実を直視するならば、種類株主総会は、ある会社行為により不利益を受ける種類株主に拒否権類似の権利を付与するに等しいものである。このような拒否権類似の権利を一部の種類株主に与えるべき場合は、企業のビジネス判断を不当に制約しないように、その種類株主の利益保護にとって必要不可欠な場合に限定されるべきである。すなわち、企業が、優先株式による資金調達を行いつつ、将来の行為への過度な制約を免れるためには、種類株主総会が適用される会社行為は厳に明確化されるべきであり、かつ、その範囲を明文に列挙された事由からどの程度限定するかについても発行会社のビジネス判断に委ねられるべきである<sup>34)</sup>。会社法 322 条 1 項各号に列挙される会社行為以外にも種類株主間の

33) 酒巻ほか・前掲注 5)213 頁。

34) 酒巻ほか・前掲注 5)213 頁は、会社法では種類株主総会決議による種類株主間の利害調整をいわば任意法規化したとする。

利害関係の調整が必要となる場合があり得るのであれば、かかる場合は明文化されるべきであり、類推適用により対応すべき問題ではないと思われる。

(こばやし・としお)

## 論説

# 弁護人からみた 警察庁と最高検察庁の足利事件検証報告書

——足利事件が教えるわが国の刑事司法の課題——

前東京大学客員教授・弁護士

佐藤博史

## I. 「足利事件の検証」の視座

- 1 足利事件の衝撃  
(1)~(3)
- 2 足利事件の意義
- 3 足利事件の検証

## II. 警察庁の検証報告書

- 1 警察庁報告書の構成と叙述
- 2 科警研鑑定の検証  
(1)~(17)
- 3 取調べの検証  
(1)~(6)

## III. 最高検察庁の検証報告書

- 1 最高検報告書の不十分性  
(1)~(5)
- 2 「第3 捜査及び事件処理における問題点と反省点」の検討  
(1)~(15)
- 3 「第4 その他の諸問題」の検討  
(1)~(10)
- 4 「第5 再発防止のための方策」の検討  
(1)~(4)

## IV. 「足利事件の検証」の現段階

## I. 「足利事件の検証」の視座

## 1 足利事件の衝撃

(1)

わが国でDNA鑑定が無実を明らかにした初めてのケースが足利事件である。しかし、アメリカでは、同様の例は、既に250件を超えている<sup>1)</sup>。

20日に1回の割合で飛行機が墜落する国がある、といっても誰も信じまい。ひとたび飛行機事故が起これば、飛行の再開は対策が講じられてからである。また、そうでなければ、安心して飛行機に乗ることはできない。

しかし、20日に1件の割合で冤罪が明らかになっている国がある。アメリカである。20日に1件という数字は、冤罪の証明がDNA鑑定の場面に限られるから<sup>2)</sup>、それ以外の証明を含むと頻度はもっと高くなる。

安全工学で有名なハインリッヒの法則(Heinrich's law)<sup>3)</sup>によると、1つの重大事故の背後には29の軽微事故と300のニアミス(ヒヤリ・ハット=ヒヤリとした、ハットとした異常)がある(1:29:300の法則)。

1) アメリカのBarry Scheck, Peter Neufeldの2人の弁護士によって1992年に設立された非営利団体・イノセンス・プロジェクト(The Innocence Project)が主導し、弁護士、研究者、ロースクール生が冤罪救済に取り組んだ成果である(<http://www.innocenceproject.org/>, 平成22年8月31日最終検索)。

私は、1992年に陪審制の調査のためにニューヨークに行った際、バリー・シュック弁護士と会う機会があった(東京三弁護士会陪審制度委員会『ニューヨーク陪審裁判』68, 88頁(日本加除出版, 1993))。そのときDNA鑑定は話題にはならなかったが、私は、同弁護士らによるACTUAL INNOCENCE (Doubleday, 2000)。邦訳・ジム・ドワイ

ハインリッヒの法則がそのまま冤罪に当てはまるとは言えまいが、足利事件は、わが国の刑事司法が抱える深刻な問題が表面化した「氷山の一角」と考えるべきである<sup>4)</sup>。

(2)

DNA鑑定による無実の証明は、「真犯人の出現」と並ぶ完全無罪の証明である。DNA鑑定による無実の証明は、自白がまったくの虚偽だったことの決定的な証拠なのである。

これまで無罪判決が下されたのちも、捜査関係者から「無罪とされただけで、無実であるわけではない」と「負け惜しみ」が漏らされることがあった。しかし、DNA鑑定は、そのような言説を不可能にした。菅家氏が公判廷でも自白したのに、再審開始決定を待たずして釈放されたことがその証左である。

DNA鑑定は自白が虚偽だったことの明白な証拠であることから、DNA鑑定時代を迎えてアメリカでは、「虚偽自白」研究の質が飛躍的に高まった。これまでは無実とされた自白が虚偽とは限らなかったが、DNA鑑定時代では、虚偽が明らかな自白を研究対象にすることができるようになったからである。

わが国の刑事司法は、このような事態に直面したことはない。足利事件がわが国の刑事司法にとって衝撃だった所以もまたそこにある。

(3)

足利事件について、2010年3月26日に無罪判決<sup>5)</sup>が宇都宮地裁によって下され、その6日後の2010年4月1日に警察庁と最高検の足利事件検証報告書<sup>6)</sup>が公表された。

---

ヤーほか(西村邦雄=指宿信監訳)『無実を探せ! イノセンス・プロジェクト DNA鑑定で冤罪を晴らした人々』(現代人文社、2009)が出版されるや、直ちに入手し、足利事件の上告審が係属していた最高裁に同書のコピーを提出して、アメリカでの事例を紹介した(DNA鑑定によって無実が明らかになった最初は1989年で、同書が発刊された2000年で累計は既に133人に達していた)。既に3年前の1997年10月28日に、菅家利和氏(以下、菅家氏)の毛髪を用いた私的な独自鑑定に基づいて、「菅家氏と犯人のDNA型は異なっている可能性がある」と指摘して、DNA再鑑定を請求していたからである(佐藤博史「足利事件とDNA鑑定・最高裁への再鑑定請求」季刊刑事弁護13号102頁(1998))。しかし、最高裁は、動こうとしなかった。東京高裁によってDNA再鑑定が命じられたのはそれから11年後の2008年12月24日であり、その結果が判明したのは11年半後の2009年5月8日のことである。最高裁はまことに重大な判断ミスをしたことになる。

そして、イノセンス・プロジェクトのHPによると、2010年8月29日現在DNA鑑定によって冤罪が証明された人数は累計258人(うち17人が死刑台からの生還者)に及んでいる。

なお、バリー・シェック弁護士インタビューが2010年6月3日(偶然にも菅家氏の釈放の前日である)、朝日新聞のGLOBEに掲載された(同記事はインターネットで読むことができる([http://globe.asahi.com/author/091005/01\\_01.html](http://globe.asahi.com/author/091005/01_01.html)、平成22年8月31日最終検索))。同弁護士のインタビューによれば、242人の無実が判明した過程で、105人の真犯人が捕まり、捜査側の協力が得られるようになったという。アメリカでは「冤罪の救済」が「社会の安全」に通じていることも見逃せない。

2) 前掲注1 ジム・ドワイヤーほか『無実を探せ!』によると、99年末でDNA鑑定によって18日に1人の割合で無実の人が自由の身になり、2000年は20人(引用者注・同じく18日に1人の割合)で(同書275頁)、累計130人の無実が証明されたとしている(同書300頁)。そして、前掲注1のThe Innocence ProjectのHPによると、2000年以来の累計は188人(19.7日に1人の割合)である。

3) 引用するのはいささか気が引けるが、「ハインリッヒの法則」を広く世に知らしめたのは、爆笑問題『爆笑問題のハインリッヒの法則一世の中すべて300対29対1の法則で動いている』(祥伝社黄金文庫、2005)であることも疑いを容れない(初版は2003年a)。

4) 木谷明「刑事事実認定の基本的あり方」同編著『刑事事実認定の基本問題(第2版)』1頁、27頁(成文堂、2010)は、足利事件のほか、布川事件(最決平成21年12月14日)、小田急痴漢冤罪事件(最判平成21年4月14日判時2052号151頁)、ゴルフ場支配人襲撃事件(最判平成21年9月25日判タ1310号123頁、判時2061号153頁)を引用して、「氷山の一角に過ぎないと思われる」という。

5) 既にインターネット上の判例検索システムに掲載されているが、「冤罪(誤判)防止コム」<http://www.enzaiboushi.com/>の「足利事件再審公判」(以下、「冤罪コム」)に全文掲載されている(平成22年8月31日最終検索)。

6) 警察庁の2010年4月「足利事件における警察捜査の問題点等について」(以下、警察庁報告書)と最高検の2010年4月「いわゆる足利事件における捜査・公判活動の問題点等について」(以下、最高検報告書)である。いずれも「冤罪コム」に全文掲載されている。なお、警察庁報告書は、概要が現在も警察庁のHPに掲載されてい

警察庁と最高検は、菅家氏の釈放（2009年6月4日）直後から「足利事件の検証」を始めていたが、無罪判決の言渡しを受けて、その結果を公表したわけである。

2つの検証報告書は、警察、検察それぞれの立場から足利事件の捜査・公判の問題点を検証したもので、注目すべき提言も示されている。しかし、同時に限界もある。

ともあれ、2つの検証報告書は、これからのわが国の刑事司法のあり方を考えるうえで重要である。そこで、足利事件の弁護に携わってきた者の立場から2つの報告書を検討しよう<sup>7)</sup>。

## 2 足利事件の意義

足利事件が前代未聞の冤罪事件だったのは、以下の理由による。

- ① 幼女誘拐殺人死体遺棄事件（真実ちゃん事件[1990年5月12日発生]。以下、本件）という重大犯罪について、科学警察研究所（以下、科警研）のDNA鑑定（以下、科警研鑑定）が決定的な有罪証拠とされたこと。
- ② 菅家氏は、任意取調べの初日（1991年12

月1日）に警察官から科警研鑑定の結果を告げられたことを重要な契機として自白して逮捕され<sup>8)</sup>、捜査段階で自白を維持しただけでなく、公判廷でも自白を維持したこと。しかも、公判廷で一旦否認したが（1992年12月22日第6回公判）、再び自白した（1993年1月28日第7回公判）こと。

- ③ 菅家氏は、宇都宮拘置支所に移送されて間もなく家族に無実を訴える手紙を書き始め<sup>9)</sup>、第一審の公判の途中（上記第6回公判）および最後（1993年6月24日第10回公判）に否認に転じたこと。
- ④ 菅家氏は、別件である2つの幼女誘拐殺人死体遺棄事件（万弥ちゃん事件[1979年8月3日発生]と有美ちゃん事件[1984年11月17日発生]。以下、別件2事件）についても取調べを受け、わずか35分後に<sup>10)</sup>自白し（1991年12月20日）、検察官の起訴後の取調べでも自白を維持したが、検察官は、裏付けが得られなかったために、別件2事件については、嫌疑不十分を理由に不起訴とした（1993年2月26日）こと。
- ⑤ 弁護人が無実主張を行わなかった第一審はともかく、菅家氏が本格的な否認に転じ、弁護人<sup>11)</sup>が全面的に争った控訴審、

---

るが、最高検報告書は、概要が最高検のHPに掲載されたが、「掲載期間の1か月が経過した」という理由で現在は掲載されていない。不可解というほかはない。

7) 本稿は、私が2010年5月10日に最高検で、同月14日に警察庁で、それぞれ2つの検証報告書をめぐって講演するに際して作成した同月9日付「弁護人からみた警察庁の足利事件検証報告書」、「弁護人からみた最高検警察庁の足利事件検証報告書」とそこでの講演の経験に基づくものである。

なお、宇都宮地裁の無罪判決についての検討も重要であるが、無罪判決は、わが国のDNA鑑定に関するリーディングケースである足利事件の最高裁決定（最決平成12年7月17日刑集54巻6号550頁）が科警研鑑定の証拠能力と証明力を認めたのに、これをいずれも否定したことが評価できるだけで（ただし、その理由は不十分である）、捜査段階の自白を含め自白の任意性を認めたことなど、わが国の刑事司法には足利事件の悲劇を繰り返さないための方策が備わっていないことを露呈した「絶望判決」である（佐藤博史『「足利事件の検証」の現段階—無罪判決、警察・検察報告書による検証はどこまで進んだか』季刊刑事弁護63号82頁（2010）参照）。

8) 菅家氏はDNA鑑定によって逮捕されたのではない。自白したために令状逮捕された（1991年12月2日午前1時15分）。このことも見過ごされがちであるが、重要な事実である。実際、宇都宮地検の次席検事は、警察に、DNA鑑定だけでは逮捕できないから、菅家氏を任意同行のうえ取調べ、自白が得られた場合に逮捕するよう具体的な捜査指揮（刑訴法193条1項）を行っていた（最高検報告書3頁参照）。

9) 菅家氏が宇都宮拘置支所に移送されたのは1992年1月22日、家族に無実を訴える手紙を書き始めたのは同月27日（但し、消印）で、同年12月7日（消印）まで計14通に及んだ。手紙の全文は菅家利和『冤罪』（朝日新聞出版、2009）に掲載されている（同書53-78頁）。

10) 警察庁の検証報告書には「（1991年12）月20日午前9時35分ころから、余罪事件について同氏を取り調べたところ、約35分後の午前10時10分ころ、同氏は、……自白した」とある（同15頁）。

11) 私が菅家氏の弁護人になったのは1993年9月6日で、485頁に及ぶ控訴趣意書は1993年12月14日に提出した。

さらには上告審，再審請求審でも，裁判所および検察官は菅家氏の自白が虚偽であるとは考えなかったこと。

- ⑥ そのため事件から15年後の2005年5月12日が経過して公訴時効が完成し，真犯人の検挙はもはや不可能となったこと。
- ⑦ 菅家氏の無実は，即時抗告審の東京高裁が命じたDNA再鑑定<sup>12)</sup>によって17年半後（2009年5月8日）に誰の目にも明らかとなったこと。

要するに，足利事件とは，科警研鑑定が虚偽自白を生み出し，17年半もの長期間それが見逃されたために，公訴時効が完成して真犯人の検挙が不可能になったのち，DNA再鑑定によって無実が明らかになった事件である。

わが国の冤罪がアメリカほどに深刻であるとは思わない。しかし，足利事件は，誤起訴・誤判の原因となったDNA鑑定<sup>13)</sup>が科警研というわが国の最高水準の鑑定機関によって生み出され，東京高裁・東京高検および最高裁・最高検というわが国の最高水準の刑事システムがそれを見逃した点において，事態はアメリカよりもより深刻と言うこともできる。

### 3 足利事件の検証

こうして，足利事件の検証とは，

- ① 悲劇の元凶である科警研鑑定はどのような意味で誤っていたのか（科警研鑑定の検証），
- ② わが国の刑事司法システムが菅家氏の自白の虚偽を見抜けなかったのは何故か（警察・検察・弁護・裁判の検証），
- ③ 足利事件の悲劇を繰り返さないために何が必要か（誤判防止策の提言），を意味する。

## II. 警察庁の検証報告書

### 1 警察庁報告書の構成と叙述

警察庁報告書は，その内容および体裁に照らし，2つの部分から成る。

第1に，菅家氏の自白の信用性の検討を含む「取調べの検証」（「4 捜査における問題点」），第2に，「科警研鑑定の検証」（「5 DNA型鑑定をめぐる問題点」）である。

そして，警察庁報告書は，その冒頭で，足利事件の検証は，警察庁および栃木県警と科警研がそれぞれ検証のための組織を設けて作業を行ったことを明らかにしている（1頁<sup>14)</sup>）。

しかし，その結果は，顕著な違いを示し，「取調べの検証」は，一定の反省に立った新たな対策の提言に結びついているが（「6 足利事件以降の捜査手法等の改善」，「7 今後の再発防止方策」），「科警研鑑定の検証」で

12) 即時抗告審における弁護人のDNA再鑑定の請求は2008年5月23日，検察官の意見書の提出は同年10月15日，東京高裁のDNA再鑑定命令は同年12月24日，東京高裁から2通のDNA再鑑定書が交付されたのは2009年5月8日である。なお，弁護人がDNA再鑑定を最初に請求したのは，12年前の最高裁に対する1997年10月28日だった（佐藤博史「足利事件とDNA鑑定・最高裁への再鑑定請求」季刊刑事弁護13号102頁（1998））。

13) アメリカでも，誤ったDNA鑑定によって有罪とされた例がある。前掲注1『無実を探せ！』によると，ジャック・デイヴィス氏の事件（殺人）やギルバート・アレンハンドロ氏の事件（強姦）における州警察官フレッド・サレム・ゼインが関与したDNA鑑定（同書131頁），ティム・ダーラム氏の事件（強姦）における分子生物学者ロバート・ジャイルズ博士のDNA鑑定（同書第7章ジャンク・サイエンス）である。いずれも，特定の個人に起因する問題と考えることもできるが，足利事件の科警研鑑定は，わが国の最高水準の鑑定機関によるものであり，そのような安易な理解を許さない。

14) DNA型鑑定については，警察庁報告書は，さらに，『科警研は，平成21年7月1日，同所長を長とし，現在のDNA型鑑定担当者等を委員とする「足利事件のDNA型鑑定に係る検証委員会」を設置し，鑑定書（平成3年11月25日付け警研収鑑第983号。以下，「原鑑定書」という。）の控え，文献，本件DNA型鑑定（以下，「原鑑定」という。）の鑑定人からの聴取結果等を基に，専門的，技術的見地から，原鑑定の適否等について検証を行い，その結果を「警研収鑑第983号について」（別添1参照）として取りまとめた』（28頁）としている。

は、科警研の自己正当化の議論と外部の研究者の批判的見解が併記され（別添1ないし4）、「7 今後の再発防止方策」で「(4) 鑑定記録・鑑定資料の適切な取扱いの徹底」（57-58頁）が説かれているだけで、抜本的な対策は示されていない。

警察庁報告書は、足利事件の悲劇の元凶ともいえる科警研鑑定について、最終的な結論を得ないまま、抜本的な対策を示さずに公表されたものなのである。

そこで、警察庁報告書とは逆に、問題の多い「科警研鑑定の検証」から検討しよう。

## 2 科警研鑑定の検証

### (1)

科警研鑑定の検証について、警察庁報告書は、その本文では、「(補足)」、「科警研としては……考えている」という表現を用いて、科警研の見解<sup>15)</sup>を紹介することに徹し(34, 36, 37, 38頁)、これに批判的な水口清東京歯科大学教授と玉木敬二京都大学教授の各意見書（以下、それぞれ、水口意見書、玉木意見書）を別添資料として添付し（別添2, 3）、さらに両意見書に対する科警研の補足説明を添付する（別添4）という体裁を採っている<sup>16)</sup>。

このような体裁は、「問題の所在」を知るためには有益であるが、検証「結果」の報告、さらにはそれに基づく方策の提示という点では、決定的に不十分である。

### (2)

特に、科警研鑑定の電気泳動写真16, 17(特に、写真16)について、水口意見書と玉木意見書が、異口同音にこれに基づいて型判定を行うことについて強い疑問を呈しているの

に\*、報告書に引用された科警研の見解は、「このように原鑑定書に写真2枚を添付したのは、写真17上では一部薄く目視では確認が難しいDNAバンドが認められることから、DNAバンドが明瞭に示されている写真16も添付し、写真2枚を用いて型判定の結果を説明しようとしたためと考えられるが、科警研としては、123塩基ラダーマーカーが明瞭に示されている写真17のみを原鑑定書に添付することとし、写真16は型判定が可能であったとしても鑑定記録として扱い、写真17のネガフィルムを用いた型判定に当たっての参考資料にとどめる方が適切であったと考えている」(37-38頁<sup>17)</sup>)というもので、真実の隠蔽に通じるものとなっていることは大いに問題である（下線引用者。以下、同じ）。

\*水口意見書3-4頁「写真16及び写真17の泳動像を写真上で見る限り、写真16においてはladder markerの369bpのバンドとlane 4の低分子側のバンドが右外側に歪み、lane 1も左外側が早く泳動されているように伺える。つまり電気泳動板上の電気の流れが一定していない。これは写真17についても同様の傾向が見られる。これは計測による型判定の際に、何からの考慮をすべき点と考える。またlane 3を除くと、高分子側のバンドの増幅が非常に弱く、特にlane 1, lane 2については写真上では極めて不明瞭である。またlane 4においてもlane 1, lane 2よりはわずかに増幅効率が良いように思われるが、やはり不安の残る増幅に見える。」

水口意見書13頁『「警研収鑑第983号」の鑑定書に添付された写真16, 17の泳動像はいずれもバンドが歪んでおり、レーンごとにその歪み方が一定していない。歪んだバンドは当然直線的に移動した場合と比べて計測点がずれるため、異なるレーン間の移動度は均一にはならない。この泳動の歪みが繰り返し数の計算に影響しているか否かは、判定された資料を再度検査して確認しなければ確定的

15) 科警研の見解は、2009年9月2日「警研収鑑第983号について」(別添1)として添付されている。

16) かかる体裁を採った理由として、警察庁報告書は、以下のよう記している。

『警察庁は、上記検証結果の提出を受け、これについて、東京歯科大学水口清教授及び京都大学玉木敬二教授から意見書(別添2及び3参照)の提出を受け、さらに、科警研から「水口清教授及び玉木敬二教授の意見書に対する補足説明」(別添4参照)の提出を受けた。

上記の科警研からの検証結果及び補足説明や両教授からの意見書に加え、公判記録等の関係資料を精査するなどした結果認められた本件におけるDNA型鑑定の概要及びDNA型鑑定のめぐる問題点は、以下のとおりである。』(28頁)

17) 科警研の補足説明(別添4)5頁にも同様に記述がある。

ではないが、以下の理由から、123 塩基ラダーを用いた計測は歪みが影響している可能性を考える必要性を感じる。』（なお、原文の「」を生かすために、外括弧に『』を用いることがある）

玉木意見書7-9頁『しかし、私はこのうちの1枚の写真のみをみて啞然とした。……写真16は、そのようないささか奇妙な言い訳を考えてしまうほど、鑑定書本文の簡潔な検査結果とは極めて対照的で、多くの説明を要する写真である。

写真16をみてすぐに気がつくのは、「M1」にある123塩基ラダーの非常に不明瞭なバンド像である。……「M1」が鑑定資料のバンドの長さを決定するのに必要な、基準となるべき位置を示すマーカーとして機能しているとはとても考えられない。……

……この写真16は、基準となる123塩基ラダーの泳動像の劣悪さのために、資料(1)や資料(2)のバンドの大きさ(塩基長)を検討する以前の問題であり、検査結果は解釈すべき対象ではなかったと判断される。……

……写真17における123塩基ラダーは明瞭なバンドで、バンドの厚みも薄く測定に適している。しかし、123塩基ラダーが二ヶ所泳動されているが、同一移動度であるべき、同一長さのバンドの位置は二ヶ所で異なっているだけでなく、上側の123塩基ラダーでは、バンドがやや斜めになっている。……しかし、レーン「1」から「4」にロードされている資料(1)および資料(2)の各2本のバンドの濃淡の差は大きすぎる。特に資料(1)の上のバンドは薄くて目視では確認しにくいのに対し、資料(2)の下のバンドは厚すぎるほど強く検出されている。おそらくPCRに用いたDNA量やPCRのサイクル数が至適条件になっていなかったためである。このようなバンド像では写真17における型判定も平易ではなかったかもしれない。』

玉木意見書13頁「鑑定検討書では、画像解析装置及びソフトウェアを使用して、バンドの位置の検出と測定をできる限り正確で客観的な方法でおこなったことを強調している。しかし、鑑定書末尾に添付されたMCT118型検査の電気泳動写真の1枚(写真16)は、この検査の信頼性を著しく低下させる印象を有するものであり、他の検査結果の添付資料の精緻な印象とは極めて対照的なものであった。塩基長の基準となる123塩基ラダーで、同一長さでも複数本のバンドのある写真から、鑑定資料のMCT118型を判定することは、当時の技術水準云々を検討する以前の問題であり、鑑定人の検査に対する基本的姿勢が問われる重大な誤りである。私はこの写真

が鑑定書に添付された意義が理解できなかった。』

(3)

科警研は、鑑定書に写真16は添付せず、写真17のみを添付すべきだったと総括した。その意味は、(バンドが不鮮明で、歪み、幅があるだけでなく、マーカーが二重に泳動されていて、どう考えても型判定の対象となり得ない)写真16は人の目に触れさせるべきではなかったということ以外にはない。

しかし、玉木意見書が明確に説くように、鑑定書の本文は精緻なようにみえても、添付された電気泳動写真が「啞然」とするものだったからこそ、科警研鑑定製の質の低さが露見したのである。

科警研の総括は、「鑑定技量が劣悪であることを暴露する検査データは隠せ」というものであって、到底見逃すことができない。

しかも、科警研も写真17について「写真17上では一部薄く目視では確認が難しいDNAバンドが認められる」(37~38頁)と認めているのであって、写真17によって正しい型判定ができるのではない。

(4)

写真16, 17について、再審公判で、鈴木廣一大阪医科大学教授(以下、鈴木教授)は、「はっきりとは分からないですね」、「なかなか判定しにくい」と(鈴木118-119〔証人尋問調書118項~119項の意。以下、同じ〕)、本田克也筑波大学教授(以下、本田教授)は、「(写真16の)泳動は完全な失敗ですね。これでは判定不能」、「(写真17)もやり直し。(一致と鑑定することは)絶対にできません。百パーセント無理」と証言し(本田171~172, 177, 183)、福島弘文科警研所長(以下、福島所長)も、写真16について、123マーカーが二重三重に泳動されていて基準とならず、電気泳動として失敗であること、写真17について、問題の上位バンドが不鮮明であること、写真16, 写真17について、バンドが太く、歪み、両端から角状のものが出ていて、かつて信州大学で「失敗例」と呼んでいたものと同一であることを認めた(福島139~140, 407~419)。

福島所長が写真16, 17による型判定を擁

護した理由は、バンドの位置は電気泳動写真によってではなく、そのネガフィルムを対象にデンシトグラムを用いて判定したと考えられるから誤りは無いというものである（福島141）。しかし、肝心のネガフィルムは存在しなかった（福島151~152）。

(5)

警察庁報告書は、この点に関し、一般論として、「型判定の基となる塩基数は、電気泳動の結果を撮影した写真を基に、DNAバンドが移動した位置から算出されるが、目視により測定するのではなく、写真のネガフィルムを画像解析装置に取り込み、ソフトウェアによりバンドの濃度がピークに達する点を移動した位置として測定するといった先進的な方法が導入されていた。／こうしたことから、当時のMCT118型検査法の信頼性は認められると考えられる」（34頁）としている。

問題は、その対象となる電気泳動結果を示すネガフィルムが実際にはどのようなものであり、それによって正しい型判定ができたのかである。ところが、そのネガフィルムが存在しない以上、科学的な検証は不可能である。ネガフィルムが存在しない理由について、警察庁報告書は言及していないが、それが故意によるものではないと断定できる根拠もない。

(6)

そして、再審無罪判決は、「当審における各証人らは、……本件DNA型鑑定の鑑定書添付の電気泳動写真に関し、……その不鮮明さを指摘し、異同識別の判定について疑問を投げかけている。……これらの証言は、……異同識別の判定の過程に相当程度の疑問を抱かせるに十分なものであるというべきである」と判示し、「当審で新たに取り調べられた関係各証拠を踏まえると、本件DNA型鑑定が、前記最高裁判所決定にいう『具体的な実施の方法も、その技術を習得した者により、科学的に信頼される方法で行われた』と認めるにはなお疑いが残るといわざるを得ない」として、科警研鑑定を証拠から排除した（このことは警察庁報告書40~41頁でも紹介されている）。

菅家氏と犯人のMCT118型が一致すると

いう科警研鑑定の「異同識別の判定」自体に「相当程度の疑問」が生じているのである。

(7)

ところが、警察庁報告書は、再審無罪判決が科警研鑑定の証拠能力を否定したことを紹介したのち(41頁)、「原鑑定については、第1審及び控訴審において、複数回にわたり原鑑定人が証人尋問を受け、弁護人から原鑑定書に添付された電気泳動写真が不鮮明であること等を理由にその証拠能力等が争われた結果、第1審、控訴審及び上告審においてそれぞれその証拠能力等が認められるとともに、第1審判決が確定したものであるが、本件のように、判決確定後も改めて鑑定の証拠能力等が問われる事態があり得ることも想定して、鑑定に際しては、鑑定記録を適切に保管すべきであった」（41頁）とし、「判決確定後も改めて証拠能力等が問われる事態」となったが、「鑑定記録を適切に保管」していなかったために、証拠能力が否定されたかのように「総括」（40頁）している。

確かに、科警研鑑定の証拠能力は、確定審でも厳しく争われ、最高裁も（さらには再審請求審も）これを認めた。しかも、科警研鑑定の証拠価値（証明力）も、確定審および再審請求審では高く評価された。

そこで、再審無罪判決は、科警研鑑定の証拠能力はもとより、（菅家氏と犯人のMCT118型は一致するという）その証拠価値は認めたとえ、鈴木教授のDNA鑑定（警察庁報告書にいわゆる甲鑑定。以下、鈴木鑑定）によって、MCT118型以外のDNA型は一致しないことが判明したので、菅家氏は犯人ではなく無罪と判断することも可能だった。

しかし、再審無罪判決は、科警研鑑定の証拠能力を否定し、刑事裁判の証拠たり得ないと判断したのである。

警察庁報告書が「総括」したように、判決確定後も「鑑定記録を適切に保管」していなかったから、科警研鑑定の証拠能力が否定されたのではない。「異同識別の判定」自体に「相当程度の疑問」があったために、その証拠能力が否定されたのである。

(8)

なお、科学的証拠の証拠能力に関し、福島所長は、アメリカ法にいうドーバート (Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 113 S. Ct. 2786 (1993)) すなわち「信頼性の基準」ではなく<sup>18)</sup>、フライ (Frye v. United States, 364 U.S. 206 (1960)) すなわち「一般的承認の基準」に賛同していたこと<sup>19)</sup>も重要である。

私は、素人である国民が刑事裁判に参加する裁判員裁判時代にはなおさら、刑事裁判で用いることができる科学的証拠は、「専門分野で一般的な承認を得ていること」という保守的な基準を要件とすべきであると考えているが<sup>20)</sup>、かかる基準を採用するか否かは別として、科警研鑑定は、本件当時、専門分野で一般的な承認を得たとは到底言えなかった。

警察庁報告書は、この問題について、「当時の MCT118 型検査法は、科警研において、平成元年に、微量な資料でも鑑定できる犯罪捜査向けの方法として確立、実用化したものであり、現在のように、市販のキットを用いて世界的にも共通の試薬・手法により検査が行われるような段階にはなかった。／しかしながら、新たに開発した鑑定手法を導入する際には、あらかじめその手法や有効性については専門家の評価を受けて学術雑誌に掲載されることによってその科学的正確性を一般に示すという方法が採られており、本検査法に

についても、原鑑定前には学術雑誌に掲載され、一般的な手順を踏んで実施しており、これを鑑定に用いることに問題はなかったと考えられる」(33-34 頁)としている。

しかし、福島所長は、1992 年 12 月の DNA 多型研究会で、科警研の笠井賢太郎技官に対して「科警研の電気泳動による MCT118 型の型判定には問題があるので、今のところはやめておいて、電気泳動を行わない HLABDQ α だけにするほうがいいのではないか」と発言し (福島 378)、そのことを指摘した論文<sup>21)</sup>を本田教授とともに公表した (福島 379)。

さすがに福島所長を長とする科警研の検証委員会も、上記の事実そのものは検討結果 (別添 1) に記さざるを得なかった (同 5 頁)。

そして、水口意見書、玉木意見書は、異口同音に\*科警研鑑定の方法にはそれ自体として問題があったのではないかと指摘している。

\*水口意見書 15-16 頁「私たちは 123 塩基ラダーを用いた計測による方法に再現性がないのではないかとすることは、1992 年 10 月の学会においても発表の際指摘している。

……新しい研究成果を実際の鑑定に應用するなら間違いをなくするために、できる限り想像力を働かせて考えうる手段はとるべきである。……

このような状況下で、鑑定結果は人が事件に関連するか否かの判定に使われるのであるから、誤りがあることは何としても避けようとするべきであり、鑑定人が不安を残さない最

18) ドーバート判決の意義について、井上正仁「科学的証拠の証拠能力 (1) (2)」研修 560 号 3 頁, 562 号 (1994) 6 頁参照。

19) 福島弘文『DNA 鑑定のはなし』(裳華房, 2003) はじめに iv 頁「DNA 鑑定……の技術はすでに学会で正当な評価を受けたものでなければなりません (フライ基準, 1 章 2 節を参照)」。

同 8 頁 (1 章 2 節)「ノート 3: フライ基準 / 1922 年にフライ (Frye) という被告の刑事事件で、ポリグラフ (うそ発見機) の検査結果を裁判において取りあげるか否かについての論争が行われました。その結果、新しい知見や技術が裁判において審議されるためには、専門家が実施しただけではなく学会で正当な評価を受け、しかも分析者も客観的な評価を受けていなければならないというものでした。当時ポリグラフは分析法が学会の承認を受けていなかったことや分析者の資格などから裁判の証拠資料としては排除されてしまいました。／アメリカの裁判における DNA 鑑定の導入に関しては 1986 年から 1988 年にかけて DNA 鑑定の信憑性、鑑定方法、分析者の資格、鑑定の記録と結果などについて徹底的な討論が行われました。したがって今日の DNA 鑑定はフライ基準を満たした内容となっていることは言うまでもありません」。

20) なお、ジム・ドワイヤーほか前掲 1『無実を探せ!』182 頁は、フライ基準は厳格な信頼性の判断を怠らせる危険性があるとして、「連邦判事が科学的と称する証拠に対して門番 (gate-keeper) の役を務めなければならない」としたドーバート基準をむしろ評価する。

21) 本田克也ほか「各種 VNTR プライマーを用いた AMPFLP の検討」三沢章吾、原田勝二編『DNA 多型研究の新しい展開』175 頁 (文光堂, 1993)。

終結果として提出すべきである。……本件のようなDNA検査が、当時新しい方法であるから鑑定に应用するのが、時期が早すぎたから行ふべきではなかったという考えは納得できない。法医学事例は様々で、従来の方法では応用できないケースもあり、その解決のために新しい検査方法が応用されてきている例は他にもあるし、新しい検査法を使うことも当然のことである。但し、新しい方法の内容は十分検証されなければならない。……」

玉木意見書5頁「実務応用ができる検査は、同じ資料を同じ方法で分析すれば、誰が行っても同じ結果が得られ、同じ解釈ができることが大原則である。……MCT118型検査の実用化をはたした研究員の熱意は高く評価できる。しかし、結果的にはMCT118型検査で世界をリードしてきた誇りと自信が、当時のメディアに扇動されたDNA検査に対する性急で過剰な期待に増幅されて、最後の詰めがやや甘い状態のまま、実務応用に踏み切ってしまったことは否めない。その一端がアレリック・ラダーではない123塩基ラダーの採用であり、少人数のアリル頻度調査であろう」。

要するに、科警研鑑定の証拠能力が否定された理由に関する警察庁報告書の検証は、不十分と言わざるを得ない。

(9)

もっとも問題なのは、科警研鑑定が犯人のMCT118型を123マーカで16-26(アレリック・マーカで18-29, 30, 31<sup>22)</sup>)と判定したのに対し、本田教授の鑑定(警察庁報告書にいわゆる乙鑑定。以下、本田鑑定)が犯人のMCT118型は18-24と判定したことに関する警察庁報告書の検証結果である。

警察庁報告書は、この点について、弁護人が、再審公判で、被害女兒(真実ちゃん)のMCT118型は18-31、母親は30-31であることから、科警研鑑定は被害女兒(または母親)のDNAをPCR増幅し、そのMCT118型(18-31)と菅家氏のMCT118型(18-29)を123マーカで同じ16-26と判定したのではないかと主張したことを紹介したうえで、「この

点について、原鑑定では、半袖下着の精液付着部分からDNAを抽出・精製した上で検査が実施されており、科警研としては、精子のDNA型が検出されずに、Xちゃん又はXちゃんの母親のみのDNA型が検出されることはないと考えている。/また、仮に、精子のDNAのほかに、Xちゃん又はXちゃんの母親のDNAが同時に増幅され、18-31型や30-31型が混合していたとすれば、MCT118型検査においては、30センチメートルという長いゲルを使用し、分離能力が高かったことから、精子のDNAバンドのほかに、少なくとも31型となるDNAバンドが分離して観察されなければならないと考えている」(39頁)としている。

要するに、科警研は、123マーカで16-26と判定された半袖下着から抽出されたDNAは、被害女兒や母親のものではあり得ず、犯人のものであると今なお主張しているのである。

そうだとすると、菅家氏のMCT118型の18-29は123マーカでは16-26と判定されるから、科警研は、菅家氏と犯人のMCT118型は123マーカでは同じ16-26で、科警研鑑定は誤っていないと主張していることになる。

しかし、本田鑑定は、犯人のMCT118型を18-24と判定した。18-24は123マーカでは16-21で、16-26と判定されることはあり得ない。本田鑑定によれば、科警研鑑定は、犯人以外のDNAを抽出して、そのMCT118部位を増幅(PCR=Polymerase Chain Reaction, DNA合成酵素連鎖反応)し、これと菅家氏のMCT118型を比較して、同一と判定したことになる。

この問題について、科警研は、本田鑑定がMCT118型が18-24のDNAを抽出したこと自体は認めながら、「女性由来の型が混合している可能性が考えられる」(38頁)とか、本田鑑定に添付されたチャートからは異なる

22) 警察庁報告書は、本文では、最近の科警研の実験結果では123マーカの26はアレリック・マーカの29, 30に相当するとし(35頁)、注では、科警研鑑定の鑑定人は、123マーカの26は、30になる可能性が高いが、29または31になる可能性もある旨証言したことを紹介している(35頁注40)。

タイプの 24 を持つ 2 人の DNA が「混在していることが確認できるため、少なくとも 2 人の DNA が混合していると考えている」(38 頁)と批判している。

科警研は、本田鑑定が犯人以外の DNA を抽出したというのである。

(10)

ところで、科警研は、本田鑑定が半袖下着から抽出した DNA の MCT118 型の鑑定を試み、その結果が 18-24 だったことに驚愕し、検察官を通じて、被害女兒(真実ちゃん)の母親から被害女兒の臍の緒と母親の口腔粘膜の提供を受け、その MCT118 型を鑑定した。

科警研は、本田鑑定の 18-24 は被害女兒または母親の DNA を抽出したのではないかと考えたのである。しかし、検察官は、弁護人が被害女兒や母親の MCT118 型鑑定の結果を開示するよう求めても、明らかにしようとしなかった。

警察庁報告書が被害女兒と母親の MCT 118 型をそれぞれ 18-31, 30-31 と明示したうえで論じているのは(39 頁)、福島所長が反対尋問で凶らずも被害女兒と母親の MCT 118 型を知っていることを暴露し、被害女兒が 18-31, 母親が 30-31 であることを認めた(福島 353~355)からにすぎない。

半袖下着には、犯人の精液のほか、被害女兒の皮膚細胞(場合によっては母親の皮膚細胞)が付着していた。そうであるのに、科警研鑑定は、膣液の付着がないから精液のみが付着しているものとして鑑定し、最初に精子以外の細胞を除去して行う二段階抽出法を用いなかった。科警研鑑定が二段階抽出法を用いなかったことは、科警研の検証結果(別添 1-2 頁)も認めている。二段階抽出法は混合資料を対象とした DNA 鑑定の基本であって(このことは福島所長も認めた〔福島 685〕)、要するに、科警研鑑定は、被害女兒の DNA を抽出する可能性を念頭に置かない実に危険なものだったのである。

したがって、科警研鑑定は、誤って被害女兒の DNA を抽出し、これと菅家氏の DNA を比較して鑑定した可能性を否定することは絶対にできない。科警研は、当時の科警研の検出感度が低かったことから、被害女兒の

DNA が抽出されることはないと主張している(別添 1-2 頁)。しかし、被害女兒が殺害される直前に大量の皮膚細胞が半袖下着に付着したことは十分に想定できるのであって(被害女兒は死の直前に激しくもがいたはずである)、半袖下着に付着した被害女兒の皮膚細胞の量と質が分からないまま、抽出された DNA は精子由来のものであるという科警研の見解は、明らかに非科学的である。

他方、本田鑑定は、男性由来の DNA は 1 種類しか抽出していないのであり、その Y-STR の 6 つのローカスは鈴木鑑定と一致しているから、再審開始決定が判示したように、「鈴木鑑定及び本田鑑定により抽出された各男性 DNA は、両鑑定に共通する Y 染色体の 6STR の型がいずれも一致したため、同一人のものであることが推定される」(6 頁)のである。しかし、警察庁報告書は、再審開始決定に言及しながら、何故か、再審開始決定の重要なこの判示を引用していない(18 頁)。

(11)

また、科警研が、本田鑑定に添付されたチャートからは異なるタイプの 24 を持つ 2 人の DNA が混合していることが「確認できる」という根拠は、福島所長が再審公判で言及した英文論文(Chunyan Liu et al., *DIS80 subtyping by PCR- RFLP: new nomenclature and further characterization*, *LEGAL MEDICINE*, 210-216, (1999)). 以下、劉論文)である。

ところが、警察庁報告書に引用されたこの点に関する科警研の見解とは「再審公判において科警研所長が証言しているとおり、科警研としては、これまでの研究により、24 型には、繰り返し数が同じであっても、その塩基配列が異なる 2 つのタイプがあり、乙鑑定書に添付されている、検出された DNA バンドの塩基配列を示すチャートに、これらが混在していることが確認できるため、少なくとも 2 人の DNA が混合していると考えている」(38 頁)というものであって(念のためこれが全文である)、肝心の劉論文は引用されておらず、本田鑑定の MCT118 型鑑定が 2 人の DNA の混合資料を対象としたという根拠を具体的に示していない。

しかし、弁護人が再審公判で指摘したように、この点こそが本田鑑定に対する科警研のもっとも「科学的」な批判であって、劉論文にいわゆる異なるタイプの24の11か所の変異部位と本田鑑定のチャート図(図3)の二重線の部位が合致していれば、本田鑑定の信用性は完全に否定されるのである。ところが、そもそも本田鑑定のチャート図の二重線が劉論文の11か所と合致しているという事実はない(このことは、再審公判の弁論で具体的に指摘した)。福島所長の証言は明らかに偽証なのである。そこで、弁護人は、再審公判の弁論で、福島所長を偽証罪で告発することも考えていることを明らかにした。

要するに、この問題は、本田鑑定に対する科警研のもっとも根本的な批判であるはずなのに、そもそも科警研の2009年6月11日付け科警研意見書<sup>23)</sup>に触れられておらず、福島所長の思い付きの域を出ないものだったが、警察庁報告書に引用された科警研の見解が上記のような曖昧なものだったことによって、弁護人の指摘の正しさが裏付けられたと言うべきである。

念のため、仮に福島所長の証言が正しいとすると、半袖下着には異なるタイプの24を持つ2人のDNAが付着していることになる。その組合せは、18-24と18-24<sup>1</sup>、18-24と24-24<sup>1</sup>、18-18と24-24<sup>1</sup>など様々なものがあり得るが、しかし、そのうちの18-24または18-24<sup>1</sup>が犯人のMCT118型ではないという保証はどこにもない。つまり、福島証言は、犯人のMCT118型が18-24(または24<sup>1</sup>)である可能性を完全に否定したものではないのである。

#### (12)

確認しておく必要があるが、再審開始決定も、再審無罪判決も、本田鑑定の信用性を否定しなかった。警察庁報告書は、再審開始決定が本田鑑定の「信用性については判断するまでもなく」としたことについては言及しながら(18頁)、再審無罪判決が本田鑑定の信用性について言及しなかったことについては

触れていない(40~41頁)。しかし、最高検報告書は、「(他方、乙教授によるDNA型鑑定の信用性については言及されていない)」と明記している(同11頁)。要するに、本田鑑定は、科警研が即時抗告審と再審公判で激しくその信用性を争ったのに、未だに無傷のままなのである。

一方、科警研鑑定は、再審無罪判決によって、その証拠能力が明確に否定され、警察庁報告書もこのことを率直に認めざるを得なかった(41頁)。

そうだとすれば、科警研が、今なお自らの鑑定結果が正しく、本田鑑定は誤っていると主張するのであれば、半袖下着を対象とした犯人のMCT118型鑑定を行うしかない。

科警研によれば、本田鑑定は犯人の精子が付着していない部位を対象に鑑定したのであるから、本田鑑定が用いた「左半分の半袖下着」には犯人の精子が手付かずのまま残っていることになる。

科警研によるDNA鑑定は、菅家氏の逮捕後、菅家氏の血液のみを対象としても行われた。そのときは何故か半袖下着は対象資料とされなかった。弁護人は、当時の科警研には半袖下着から精子のDNAを抽出する技量がなく自信がなかったためではないかと想像しているが、それは措くとして、このことについて、警察庁報告書には、「科警研としては、仮に、菅家氏の血液と半袖下着の精液について同一ゲル上での電気泳動が可能であったならば、菅家氏と半袖下着のDNA型が同一であったか否かについての直接的な証明となったものと考えている」(36頁注43)とある。まさか負け惜しみを述べているのではないだろうが、しかし、123マーカーによる電気泳動で同一と判定されたとしても、アレリック・マーカーで29と30のように同一でないことがあり得ることを科警研も既に承認しているのである。123マーカーによる鑑定で「同一」と判定されることに何の意味もないことが科警研に分からないはずがない。

菅家氏のMCT118型が18-29であることが

23) 警察庁報告書33頁で言及されている本田鑑定に対する科警研の「意見書」である。

確定している以上、求められているのは、アレリック・マーカールによる半袖下着の精液のMCT118型鑑定であって、それ以外ではない。

科警研が行わなくてはならない検証とは、「アレリック・マーカールまたはダイレクト・シークエンス法による半袖下着を対象としたMCT118型鑑定」であることは、誰の目にも明らかである。

玉木意見書は、「MCT118型検査は現在も科警研で検査できる」と明記し(4頁)、「鑑定において不具合のある方法を用いたことを自ら認めているのであれば、鑑定人の責任において、その鑑定の再検討をすることは至極当然であろう」(10頁)と指摘し、さらに「私が最も憂慮に堪えなかったのは、鑑定書や鑑定ではなく、鑑定検討書の内容とその検討姿勢であった」(13頁)と科警研の現在の姿勢を厳しく批判した。

科警研は、玉木意見書のこの批判に対しまともに答えていないが(別添4「水口清教授及び玉木敬二教授の意見書に対する補足説明」参照)、科警研には「アレリック・マーカールまたはダイレクト・シークエンス法による半袖下着を対象としたMCT118型鑑定」を行う自信がないのだろうか。

科警研鑑定の証拠能力が否定されたことによって、科警研の名声は地に落ちているのである。

「文科系」の警察庁が、「理科系」の科警研を適切にコントロールするためにも、警察庁は科警研に半袖下着を対象としたMCT118型鑑定を行い検査データとともに結果を公表するよう命ずべきである<sup>24)</sup>。

本田鑑定が正しいのか、科警研鑑定が正しいのかの科学的な検証は、それ以外にはない。

(13)

ところで、警察庁報告書は、何故かまったく言及していないが、菅家氏に対する控訴審判決が下されて間もなくの96年7月7日、

足利市と境を接する群馬県太田市のパチンコ店から横山ゆかりちゃんが行方不明となる事件(以下、ゆかりちゃん事件)が発生した。

そして、行方不明になる直前のゆかりちゃんと犯人らしき人物の容貌と風体がパチンコ店に設置された防犯カメラに残された。

「防犯カメラ」の有効性については、警察庁報告書も、「6 足利事件以降の捜査手法等の改善」として言及している(45~46頁)。

さらに、警察庁報告書は、本件捜査の問題点として、真実ちゃんと思われる子連れの子に関する2件の「有力な」目撃情報について「信用性は高いと考えられる」(24頁)としている。

そして、日本テレビが報ずるところによれば、うち1件の女性の目撃者は、ゆかりちゃん事件の防犯ビデオに残された犯人の映像は真実ちゃんの手を引いて児童公園付近を渡良瀬川方向に歩いていった人物によく似ていると証言した。

つまり、真実ちゃん事件の犯人とゆかりちゃん事件の犯人は同一人物である可能性がある。

そうだとすれば、ゆかりちゃん事件の犯人を検挙するためにも、半袖下着に付着した精液のMCT118型を含むDNA型が何かを確定しておく必要がある。

ゆかりちゃん事件の被疑者が逮捕され、余罪として本件が問題となり、被疑者のMCT118型が18-24だったとき、警察庁はどうするつもりか。

(14)

警察庁報告書は、DNA型データベースの活用について言及している(45, 56頁)。

そして、「7 今後の再発防止方策～捜査、取調べの高度化」の「(3)より客観的証拠に依拠した捜査力の向上」では「イ DNA型データベースの更なる効果的活用」と題して、「足利事件、Yちゃん事件及びZちゃん事件は、いずれも幼女を対象とした異常者による犯罪であると判断され、このような犯罪

24) その前提として、半袖下着を-80℃の超低温で保存しておく必要があるが、果たしてそのような科学的措置が講じられているのだろうか。

の場合には、一般的に、犯人に余罪がある可能性がある」(56頁)とまで記している。

しかし、本件のDNA再鑑定の結果に基づいて、DNA型データベースにアクセスしたのか否か、その結果はどのようなものだったかについては、警察庁報告書に何ひとつ記されていない。

公訴提起の可能性が残されているゆかりちゃん事件が未解決であるから、「DNA型データベースの効果的活用」を説く以上、この点に関する言及がないのは、明らかに不自然である。

なお、「本件のDNA再鑑定の結果」には、むろん鈴木鑑定と6つのローカスで一致した本田鑑定の結果も含まれる。したがって、鈴木鑑定と本田鑑定を統合したDNA型の人物がDNA型データベースに登録されており、その人物が小児性愛者だとすれば、本田鑑定の信用性は飛躍的に高まり、MCT118型に関する上記の議論についても決着を付けることが可能となる。

その意味でも本件のDNA再鑑定の結果に基づいてDNA型データベースにアクセスした結果の公表が不可欠なのである。

(15)

警察庁報告書は、科警研鑑定に出現頻度を記載したことについて、日本人190人のデータから1000人に1.2人程度と算出されたが、957人のデータでは1000人に5.4人程度となったことを紹介し、「科警研としては、当時、血液型検査においても同様にその出現頻度を鑑定書に記載していたが、原鑑定書に記載のMCT118型の出現頻度データは学術雑誌に受諾されたものではなく内部データであって、算出に使用されたサンプル数も十分

な頻度分布を得るには不十分と考えられることから、この数字が参考程度のものであることを明確に示すべきであったとしている」(39~40頁)と記している。

出現頻度の問題は、私がかねてから指摘してきたことであるが<sup>25)</sup>、出現頻度の議論の前提は、型判定が正しいことである。しかし、今やその前提に疑問が生じているのである。

また、「参考程度で出すべきだった」とは、再審公判での福島所長の証言である(福島745)。しかし、その意味は、科警研鑑定が123マーカーを用いたために「異なるものを同一型と判定する可能性を秘めていた」のに、その自覚がないまま実用化されたことを指しているのであって、鑑定書に出現頻度を書いたことではない。

1000人に約1.2人という出現頻度が足利市内に同じ血液型とMCT118型の男性が約100人存在することを意味し、決定的なものでないことは、それ自体に明らかだからである(最高検報告書14頁もそう指摘している)。それを決定的な証拠であるかのように受け取ったのは、警察官、検察官、裁判官(十一審弁護士)であって、科警研の責任ではない。

(16)

最後に、強調しなくてはならないが、警察庁報告書には、誤ったDNA鑑定によって無実の者が有罪とされ、17年半後に正しいDNA鑑定によって無実が証明されたことの深刻な反省が欠けている。

人をDNA鑑定によって有罪としようとする以上、DNA鑑定が肉眼では見ることができないミクロの鑑定であり、かつ、日進月歩

25) 佐藤博史「DNA鑑定と刑事弁護」法律時報65巻2号54頁, 58頁(1993), 同「DNA鑑定に惑わされ、自白の吟味を怠った」季刊刑事弁護2号68頁(1995), 同「足利事件とDNA鑑定 最高裁への再鑑定請求」季刊刑事弁護13号102頁, 103頁(1998)

もはや重要な問題ではないが、上告趣意書で指摘したように(最判54巻6号656頁参照)、科学警察研究所法科学的DNA型判定法に関する技術作業グループ「日本人におけるMCT118型及びHLADQ $\alpha$ 型の出現頻度の再評価と他の民族集団データとの比較」科警研報告48巻4号171頁(1995年)の3251人のデータベースによると、B型の分泌型で16-26の出現頻度は、1000人に6.23人と算出され、科警研鑑定の出現頻度(1000人に1.2人)の約5.193倍にもなり、足利市の男性人口では約516人にのぼることになった。

警察庁報告書は1000人の5.4人までしか紹介していないが(40頁)(最高検報告書も同様である(同13頁)), その理由は不明である。

の技術であることに照らすと、再鑑定が保証されたもののみに証拠能力を認めるべきである<sup>26)</sup>。

これこそがDNA鑑定が冤罪の最大の原因である足利事件の教訓と言うべきである。

DNA鑑定、さらには広く科学的証拠の暴走を食い止めるためには何が必要なのか。科学的証拠における「再鑑定の保証」しかないことは、自明ではないか。

そして、水口意見書や玉木意見書には、再鑑定の重要性が説かれているのに\*、警察庁報告書の本文には、残念ながらこの点に関する論述自体がない(57頁参照。なお、42頁参照)。

\*水口意見書16頁「本件のようなDNA鑑定に際し、誤りを避ける方法としては、(1)難しいケースは別の機関で再鑑定を行ってもらおうという考えもある。……(2)……裁判証拠として提出された鑑定結果に対し、審議の場で専門家(検察側でも弁護側でもない)による検証を受ける必要がある。……(3)DNA鑑定の場合、現在の鑑定でも、必ずすべての生データを残しておく必要がある。……真実を判断しようとするために、専門家による検証が入れば誤解を避けるために提示を避けたといった動きはする必要性がなくなっていく。さらに、内容も十分な説明が必要となり、自分の方法の欠点を示した上でその結論を出さざるをえなくなる。自分の方法の欠点を示せないようでは正しい判定はできない。(4)回収したDNA、対象者のDNAなどは当然保存すべきであり、再鑑定を常に意識すべきである。もちろん資料のすべてを用いなければ検査できなかつたり、再現検査をできない様なケースも当然あり、このような場合はケースごとに綿密な打ち合わせのもと検査を進めていかなければならない。また、技術の進歩と情報量の増加・拡大により、過去明らかにできなかった資料から新たな事実が浮かび上がることがある。このような検査を時機を見て検査することができるようなシステムがあることが望ましい。」

玉木意見書10頁「鑑定において不具合のある方法を用いたことを自ら認めているのであれば、鑑定人の責任において、その鑑定の再検討をすることは至極当然であろう。」

警察庁報告書は、取調べに関しては、捜査を指揮すべき捜査主任官が取調べに当たったために、他の捜査員がその信用性に疑問を呈することが難しくなったことを「問題点」として掲げている(22頁)。自浄機能を失ったシステムは暴走を止めることができないのである。

そうであるならなおさら、玉木意見書が厳しく指摘するように、科警研については、「鑑識組織の運営形態などを含め」「わが国の科学捜査のあり方について、今一度、見詰め直す」べき「機会がおとずれた」(14頁)と言うべきである。

警察庁報告書は、科警研にはもはや自浄機能がないことを見事に示したものである<sup>27)</sup>。

(17)

このことに関連して思い起こすのが、DNA多型学会がDNA鑑定に関する学会としての指針を策定しようとした際、科警研の委員(当初は瀬田季茂氏、のちに佐藤元氏)が「再鑑定の保証」について激しく抵抗したことである。

同じく委員<sup>28)</sup>だった私と谷村正太郎弁護士は、科警研と対峙し、「再鑑定の保証」の重要性を強く主張した。

その経過の詳細は、「DNA鑑定についての指針(1997年)決定までの経過—再鑑定の保証をめぐる—」(日弁連人権擁護委員会編『DNA鑑定と刑事弁護』〔現代人文社、1998年〕228頁以下)を参照されたいが<sup>29)</sup>、私は「再鑑定を軽視ないし敵視する科警研の態

26) 佐藤博史「DNA鑑定と新しい冤罪」自正47巻9号63頁、68頁(1996)、同「DNA鑑定と伝聞法則—ことに再鑑定の保証との関連で」現代刑事法16号30頁(2000)。

27) 憂慮に堪えないのは、法医学学会に科警研(鑑定)の誤りを正す動きがみられないことである。皮肉にも本年度の法医学学会総会は、科警研が主催して開催された(2010年6月23-25日)。しかし、DNA鑑定は何故か議論の対象から外された。

28) 当時信州大学教授だった福島所長も委員の1人だったが、当然のことながら、福島所長も当時は「再鑑定の保証」の重要性を認めていた。

29) 簡略なものとして、佐藤博史「DNA鑑定についての指針(1997年)決定」季刊刑事弁護13号187頁(1998)。

度が、この間の主張に、極めて露骨に表明されている」(同 233 頁)と総括せざるを得なかった。検討委員会も「主として微量な資料を用いる際の再鑑定の保証をどこまで求めるかをめぐって調整が難航した」と経過を報告している(同 245 頁)。

原案の「検査の再現性の保証 DNA 鑑定に用いる手法は、学問的に確立されたもので、少なくとも二カ所以上の独立した機関で実施できるものであるべきである。また、DNA 資料あるいは DNA 未抽出の証拠資料は再検査の可能性を考慮して保存されるべきである」(同 229 頁)は、科警研の抵抗によって、最終的に「再鑑定への配慮 …… 再度採取ができない資料の場合には、可能な限り再鑑定の可能性を考慮して DNA 未抽出の資料の一部が保存されることが望ましい」(同 242 頁)に後退させられた。

「指針決定に至る経過」は、「DNA 鑑定に関する技術は急速に進歩しており、近い将来この指針は適切に改定されていくべきものであることを示すため、指針に(1997 年)を付した」と説明しているが(同 245 頁)、その後、DNA 多型学会が、指針の見直しを検討したことはない。

しかし、わが国の最高水準の鑑定機関であるべき科警研の鑑定の証拠能力が裁判所によって否定されるという深刻な事態を招いた以上、今一度 DNA 鑑定のあり方について学会レベルで議論されるべきである。

そして、「再鑑定の保証」の重要性を説いた新しい指針が定められる必要がある。

### 3 取調べの検証

#### (1)

取調べの検証について、警察庁報告書は、「取調べに当たっては、予断を排し、あくまで真実の発見を目標として行わなければならないところ、自白のみを求める姿勢で任意同行や取調べを行ったことは誠に不適切であった」(19 頁)としている。

まさしく、取調べの目的は、自白ではなく、真実の供述を得ることにある。

したがって、ことに被疑者が否認した場合

には、虚心にその供述に耳を傾ける必要がある。

ところが、警察庁報告書は、『任意同行及び取調べ等に従事した捜査幹部や捜査員は、菅家氏の借家において、同氏に対し X ちゃんの写真を提示し、一方的に謝罪を求め、同氏から知人の結婚式に出席予定があるとの申出があったが、同氏を説得し、任意同行した。また、任意取調べにおいては、事件当日午後、借家に行く前にスーパーに立ち寄り買物をし、その後は外出していないなどとして犯行を否認する同氏に対し、その買物に関する裏付け捜査を行うことなく、「真面目にならなければだめだ。本当のことを言ってくれ。」などと繰り返し、また、精液等の証拠がある旨告げて取り調べ、これに抗しきれなくなった同氏を虚偽自白に追い込んだものと認められた』(19 頁。原文の「」を生かすため、外括弧に『』を用いることがある)、「それまで警察の取調べを受けた経験がなく、内向的、非社交的で強く言われるとなかなか反論できない性格の同氏に対し、同氏の犯人性についての誤った先入観を強く持って取調べを行ったことが、捜査員の意に沿う虚偽の供述を続けさせた原因になった」(20 頁)とし、より具体的に「捜査員から積極的に事実を確認する形での取調べをしたり、捜査員が期待している供述が得られるまで繰り返し質問したりしたことがうかがわれ、このことが、虚偽の自白を引き出すことにつながった可能性は否定できない」(21 頁)としている。

取調官が、誘導しなくても、期待している供述が得られるまで質問を繰り返すことは、虚偽の自白を引き出す恐れがある。質問の繰り返しは正解でないことを意味するから、被疑者は異なる答えをするしかない。そして、やがて「正解」に至る。しかし、そのとき取調官は誘導したと思わず、被疑者も誘導されたと思わない。取調官も被疑者も気付かない恐るべき「見えない誘導」がここにある。

菅家氏は、控訴審で「誘導されたことはない。答えは自分で考えた」と供述した。そこで、東京高裁は、「被告人は、原審段階のみならず、犯行自体を全面的に否認している当審においても、主任弁護人に対し、捜査官の

取調べの際に、誘導されたり、暗示を受けたことはない旨、はっきりと供述しているのであって、被告人を取り調べた捜査官らが、自白を得るために、被告人に対し殊更な、誘導、強制を加えた事跡は認められない」（東京高判平成8年5月9日高刑集49巻2号224頁）と判示した。

しかし、控訴審判決のかかる判示<sup>30)</sup>がいかに皮相的なものであるかに気付く必要がある。私が菅家氏から「誘導されたことはない」という供述を引き出したのは、むしろ控訴審の裁判官には「見えない誘導」が理解されているものと思っていたためである。しかし、残念ながら、そうではなかった。裁判官にも供述心理学が教える「誘導」の怖さが分かっていたいなかったのである。

(2)

警察庁報告書は、菅家氏が本件起訴の前日の1991年12月20日に別件について取り調べられ、約35分後にいずれも自白し、その日の午後の取調べがテープ録音されたことを記している(15頁)。そして、「捜査員から積極的に事実を確認する形での取調べをしたり、捜査員が期待している供述が得られるまで繰り返し質問したりしたことがうかがわ

れ、このことが、虚偽の自白を引き出すことにつながった可能性は否定できない」(21頁)とした。

しかし、取調べテープが検証作業で役立つことは何も触れていない。

しかし、まさに、12月20日の取調べテープこそが、「捜査員が期待している供述が得られるまで繰り返し質問すると、やがて捜査員が期待するような答え(虚偽自白)が引き出される」ことを教える珠玉の証拠である。

ことに警察庁報告書が、「取調べ自体の在り方」の「高度化」(「適正化」ではない)を図る必要性を説き(54頁)、その際、心理学等の専門家の知見を活用すべきことを説いているからなおさらである(54, 55頁<sup>31)</sup>)。

どのようにすれば、取調べによって、虚偽の自白ではなく、真実の供述を得ることができるのか。それを知るためには、1991年12月20日の警察の取調べテープを心理学者の手に委ねる必要がある。

そこから何が分かるのかは今後の課題であるが、事件の概要が弁護士にも一部分かっている万弥ちゃん(Yちゃん)事件<sup>32)</sup>に関する取調べについて、気付く点を指摘すると、以下のとおりである<sup>33)</sup>。

30) なお、警察庁報告書は、弁護人の主張を排斥した東京高裁の控訴審判決の判示を引用している(23頁注6-10)。しかし、控訴審判決が誤判であったことが判明している現在、控訴審判決を引用する場合はその趣旨を明らかにする必要がある。警察庁報告書がどのような趣旨で控訴審判決を引用したのか不明であるが、「供述と客観的事実及び裏付け捜査結果との符合性に関する評価の不徹底」(22頁)を論じた本文との関連で引用されているので、控訴審判決の判示が正しいという趣旨でないことは分かる。しかし、そうであるのなら控訴審判決の誤った判示ではなく、弁護人の控訴趣意書で問題点の指摘がなされていたことを率直に記すべきものである。

31) 警察庁報告書が浜田寿美男『自白の心理学』(岩波書店, 2001)、Gisli Gudjonsson (庭山英雄他訳)『取調べ・自白・証言の心理学』The Psychology of INTERROGATIONS, CONFESSIONS AND TESTIMONY (酒井書店, 1994)を引用したことも見逃せない(21頁注4, 54頁注68)。なお、「取調べの高度化」に関する書物としては、R・ブル＝R・ミルン(原聰編訳)『取調べの心理学 事実聴取のための捜査面接法』(北大路書房, 2003)が必読である。なお、原書の表題は、Investigative Interviewing, Psychology and Practiceで、取調べをinterrogationではなくinterviewと呼んでいることが重要である。イギリスではInvestigative Interview(取調べ)に関する書物が多数出版されている。ともあれ警察庁報告書が浜田寿美男氏やギスリー・グッドジョンソン氏の著作を援用していることは、評価に値する。

32) 万弥ちゃんは、1979年(本件の11年前)8月3日(金曜日)午後2時過ぎに、自宅近くの八雲神社前の路上で目撃されたのを最後に行方不明となり、1週間後の同月9日渡良瀬川の河川敷で、体をエビ状に曲げられ、ビニール袋に入れられ、さらにリュックに詰められ、足をはみ出した状態で発見された。8月3日の事件当日の夕方、八雲神社の周辺は、万弥ちゃんを捜す人々が数多くいた。

33) ただし、前掲注7の私の最高検と警察庁での講演に際して作成した2010年5月7日付「弁護士からみた警察庁の足利事件検証報告書」、「弁護士からみた最高検察庁の足利事件検証報告書」に取調べテープの反訳文を引用したところ、刑法281条の4の開示証拠の目的外使用に該当する恐れがある旨の指摘を受け、この点を改めたものを作成せざるを得なかった。それが前掲注7に掲げた同月9日付のものである。しかし、足利事件の悲劇

① 警察官の取調べは、最初から威圧的で、菅家氏が自由に供述できる雰囲気ではなかった。

② 警察官による黙秘権の告知は、「話したくないことは話さなくてもいい」と形式的に告げてはいるが、「しかし、悪いことをしたのなら、本当のことを話してお詫びしなければならない」という訓戒がその直後に続いており、実質的に黙秘権の告知になっていない。

③ 警察官は、まず事件について「申し訳ない」と菅家氏に認めさせ、「犯人だから詫びたいのだな」と念を押し、菅家氏が自白せざるを得ない状態を作り出したのちに具体的な供述を求めている。

④ しかし、菅家氏は、必死に「自分がやったことではないが、実際に起きたことなので事実を話す」という趣旨で供述しているのに、警察官は、菅家氏が自分でやったことを供述していると思込んでしまっている。

⑤ 菅家氏は、万弥ちゃん事件の季節を聞かれて、なかなか答えられず、「冬の終わりか、春ごろだと思う」と答え、無知を暴露している<sup>34)</sup>のに、警察官は、そのことに気付かないばかりか、季節の問題をそれ以上追及せず、「で、(万弥ちゃんを連れ出した)時間は何時か」と犯行時刻に話題を切り替えている。

⑥ 万弥ちゃん事件は1979年8月3日(金曜日)に発生し、当時H保育園に勤めていた菅家氏の出勤日で、かつ、万弥ちゃんは午後2時すぎまで生存が確認されていたから、菅家氏に犯行が可能なのは、勤務終了後だった。そこで、警察官は、勤務の終了に言及して、菅家氏に「犯行時刻は勤務終了後だった」と自白させた。

⑦ しかし、当日の夕刻以降は、万弥ちゃんの行方が分からなくなったために、八雲神社の周辺は万弥ちゃんの家族や近所の住民が万弥ちゃんの名前を呼びながら探し回ってい

て、菅家氏が勤務終了後に神社の境内で万弥ちゃんを見つけ犯行に及ぶことはあり得ないことだった。

⑧ そこで、警察官は、菅家氏が昼食を食べるために保育園を抜け出す「昼休み」に言及したが、菅家氏は、誘導には乗らず、犯行時刻は勤務終了後だと言いつづけた。

⑨ 警察官は、「ちゃんと覚えているのか。昼間なら明るいぞ、夜になると暗くなるぞ」と暗に菅家氏の供述を変えさせようとしたが、菅家氏が供述を変えないので、警察官は、「時間はいいよ」と言って、ここでも菅家氏の「無知」が暴露されているのに、そのことに気付かず、犯行の具体的な内容に話題を移した。

⑩ 菅家氏が万弥ちゃんを神社から「連れ出した」と供述していないのに、警察官は、神社から「連れ出した」ことを前提にした質問を繰り返したが、菅家氏が「神社の裏の木が生えている場所で、万弥ちゃんにいたずらしようとして抱きついたところ、万弥ちゃんが声を上げたので、首を絞めて殺した」と供述し、「連れ出した」とは供述しなかった。

そこで、警察官は、犯行時刻を再び「明るいとき」に誘導しようとしたが、菅家氏は、「暗かったと思う」と勤務終了後であると供述し続けた。

⑪ 菅家氏は、勤務終了後に万弥ちゃんを殺害したあと体を舐めるなどして、死体を運ぼうとしたが、「運ぶ物」が手元になかったため、福居町の借家に紐とビニール袋と靴を取りに行った、そして、その間万弥ちゃんの死体を「神社の裏」に置いておいたと供述した。

さらに、菅家氏は、現場に戻って、紐で万弥ちゃんの死体を縛り、中が見えないビニール袋に入れ、さらに袋(リュックサック)に入れて、自転車の後部座席に乗せ渡良瀬川の河川敷まで運んで遺棄したと供述した。

しかし、前記⑦の理由から、菅家氏が勤務

を再び繰り返さないために、その教訓を真摯に学ぼうとすれば、かかる形式論が誤っていることは明白である。取調べテープをそのまま引用して論じることができる日の近いことを確信して、ここではこれ以上論じない。

34) 正解は真夏(8月3日)である。菅家氏の無知が暴露されている。しかし、取調官は無実のサインに気付いていない。

終了後神社の裏で犯行に及ぶことも、神社の裏に死体を置いておき、しばらくしてそこから自転車で運んで運び出すことも、およそあり得ないことだった。

⑫ そこで、テープ録音は30分間中断され、中断後の取調べで、警察官は、菅家氏が供述する前に「万弥ちゃんを殺したのは、昼休みに保育園を抜け出して実家で昼食を食べた後だったんだな」、「万弥ちゃんを捨てたのは、夜だな」と、「昼休みに殺し、死体を捨てたのは夜」と強引に誘導し、菅家氏にいずれも「はい」と認めさせた。

言うまでもなく、テープ録音が中断されている間に、警察官は、菅家氏に自白が客観的に事実と合致しないことを説得したのではないかと思われる。

⑬ 菅家氏は昼休みのあと午後1時までに保育園に戻っているのだから、万弥ちゃんの死体を渡良瀬川に運ぶ時間的余裕はない。つまり、菅家氏は、死体をどこかに隠しておいて、勤務終了後、死体を運び出すしかないが、死体を隠しておいた場所が神社の裏であると、勤務終了後には神社の周辺には万弥ちゃんの家族らが万弥ちゃんを探し回っていたから、そのようなことはあり得ない。

そこで、警察官は、そのことを指摘して「(死体を運び出すときに)誰かと行き会わなかったのか」と聞いたが、菅家氏は、誰にも会わなかったと答えた。

以上である。

こうして、12月20日の菅家氏の自白は、犯行時刻がたとえ昼だったとしても、犯行場所が神社の裏であり、勤務終了後に神社の裏から万弥ちゃんの死体を運び出したとすれば、神社の周辺には万弥ちゃんを探し回る人が大勢いたから、菅家氏は誰かと行き会わなくてはならず、菅家氏の自白が虚偽であることは明白だった。

そこで、翌12月21日、警察官は、取調べ

を録音しないで、菅家氏を取り調べ、「万弥ちゃんを殺したのは、神社の裏ではなく、万弥ちゃんを自転車で運んで墓地の入口まで連れて行き、手をつないで墓地まで歩いてゆき、墓地で万弥ちゃんを殺し、墓地に死体を置いておいた」という前日の自白を大幅に変更する供述がなされ、供述調書が作成された。

その結果、菅家氏が神社の周辺で誰かと行き会うニアミスを起こすことはなくなった。しかし、万弥ちゃんが午後2時すぎまでは生存が確認されていたこと<sup>35)</sup>と決定的に矛盾したままだった。

本件起訴の3日後の1991年12月24日になされた万弥ちゃん事件による菅家氏の再逮捕は、以上のような矛盾に満ちた自白に基づいていたのである。

### (3)

ここで、菅家氏の本件に関する自白に戻る。

警察庁報告書は、「捜査主任官の取調べによって自白を得たことから、捜査会議等において、他の捜査員がその信用性に疑問を呈することが難しくなると認められる」(22頁)とし、かかる反省に立って、「捜査手法等の改善」(44頁)として、「捜査主任官が取調べ官を兼ねることは想定されないように」捜査主任官の職務を明確化したとしている(51~52頁)。

しかし、仮に、本件で捜査主任官以外の捜査官が菅家氏の取調べを行い、同様の取調べの結果、本件と同様の自白を得たと仮定して、捜査主任官が取調べ官から報告を受け、供述調書を閲読して、自白は虚偽であることを見破れたのかと言えば、そうではない。

取調べ自身が気付かない「無実の徴表」を供述調書に反映できるはずがない。12月20日のテープと調書を比較してみれば、そのことはすぐに分かる<sup>36)</sup>。

35) そこで、警察官は、あろうことか、その目撃者(N氏)を呼び出して、「自分の勘違いだった」と供述を変えさせ、菅家氏が万弥ちゃんを(午後1時までの)昼休みに殺すことがあり得るように、事実の方が変更された。これは、もはや真実を求める捜査ではない。

36) 例えば、前掲注34でみた「季節」の問題は、調書には一切書かれておらず、テープを聴かなければ何も分からない。

要するに、供述を正しく評価するためには、供述をそのまま録音（できれば録画）するしかない。

万弥ちゃん事件に関する菅家氏の自白が矛盾に満ちていること、矛盾が解消される方向で捜査官の誘導がなされることも、取調べテープが残されていたからこそ判明したのである。供述調書だけから供述変遷の真の理由を知ることは、不可能に近い。

取調官は主観的に自白を真実だと思い込んでいても、取調官も気付かない誘導が虚偽自白を生み出すことを教えるのが12月20日の取調べテープである。

#### (4)

注意を要するのは、いったん自白した被疑者の供述は、部分的にみると真実の自白のように思えることである。

しかし、無実の者が真実に合致する自白をするはずはない。その供述、特にその初期供述が録音されていれば、虚偽であることを見抜くことができるはずである。反対に、犯人であれば、捜査官が知らない事実を自ら進んで供述するに違いない。

これまで自白の信用性判断の基準として、「あらかじめ捜査官が知り得なかった事項で、捜査の結果、客観的な事実であると確認されたもの」、すなわち「秘密の暴露」が説かれてきた。警察庁報告書も、菅家氏の自白に秘密の暴露がなかったことを「秘密の暴露の不存在に関する評価の不徹底」として反省している（27頁）。

しかし、警察庁報告書は、同時に、「本件のように、事件発生直後から現場における聞き込み捜査や鑑識活動等徹底した初動捜査を行った場合、相対的に捜査員が知り得ない秘密性のある事項が少なくなることは当然であ

り、自白に秘密の暴露が含まれていないことだけで直ちにその自白の信用性が低いとは言えない」と注記することも忘れていない（27頁）。

確かに、これまでそのように説かれてきた。つまり、捜査が徹底すればするほど秘密の暴露の対象となる事項は減るというのである。

しかし、改めて考えると、これは取調べの可視化を念頭に置かない議論であることに気付く。

つまり、例え捜査官があらかじめ知っている事実だとしても、捜査官がその事実を被疑者に完全に秘匿して<sup>37)</sup>取調べに臨んだところ、被疑者が自ら進んでそのことを供述したとすれば、その供述は信用することができるというてよい。

そして、そのことを証拠上明確に残すためには、「秘密性」の確実な証明を前提としたうえで、被疑者の供述を取調官の質問とともに正確に記録に残す、つまり、録音・録画しかない。

取調べの可視化の目的は、何よりもまず取調べの適正化にある。しかし、取調べを可視化すれば、これまででは不可能だった供述の厳密な分析が可能となり、供述の信用性の判断基準も供述調書を前提としたものから質的に変化し、むしろ捜査にとって有益であることも理解しておく必要がある。むしろそこには被疑者の無実が早期に発見されて、捜査の見直しを図らなくてはならないことも含まれる。

要するに、供述を録音（できれば録画）したうえで、供述を正しく評価する方法を身につけるしかない。しかし、私たちはテープに録音された自白の虚偽を確実に見抜く方法を

37) 念のため、捜査官が被疑者に「完全に秘匿して」いなければ、上記のように言うことはできない。従来の「秘密の暴露」の基準は、「秘密性」の要件を厳格に解することによって成り立っていたが、上記の見解は「秘密性」の要件をいわば相対化するもので、危険を伴っている。換言すると、捜査官がある事実を被疑者に「完全に秘匿していた」ことが客観的に証明できなければ、用いることが許されない基準ということになる。そのための方策は今後の課題である。

なお、本文に記したことが実際の事件で問題となり、自白の信用性の根拠とされたことがある。高輪グリーンマンション事件における被害者のネグリジェの色等がそうだった（最判昭和59年2月29日刑集38巻3号489頁参照）。

未だ手にしてはいない。

足利事件の警察テープは、警察庁報告書が説く「取調べの高度化」(54頁)のためには、取調べの録音だけでなく、録音された供述の真偽を見抜く方法を身につける必要があることを教えているのである。

(5)

なお、警察庁報告書は、任意同行時の状況について、「その頃、既に多数の報道関係者や住民が足利署の周辺に集まっているとの情報を得、円滑な任意同行の方法について捜査本部との間で検討、調整した後」(8頁)としか言及していない。

しかし、科警研鑑定の結果を警察庁が一部報道機関にリークしたために、任意同行当日全国紙による報道がなされ、その結果、菅家氏の取調べに当たった捜査員に、任意同行の初日に自白を獲得しなくてはならないというプレッシャーとして作用したと考えるべきである。つまり、警察庁を含む捜査機関による情報管理のあり方についても、足利事件は、反省を迫るものだったことを忘れるべきではない。

(6)

なお、警察庁報告書は、報告書の作成に当たって、本件の捜査関係者から事情聴取し、さらに、弁護士、刑事法学者、心理学者等から意見聴取を行ったことを明らかにしている(1~2頁)。

科警研鑑定の検証については、本文の記載とは異なる見解が記された別添資料が添付されたことによって、発展的な議論が可能となったことに照らすと、取調べの検証についても、今後の発展的な議論のために、その当否は別にして、捜査関係者等の事情聴取の結果がそのまま明らかにされるのが望ましい(その際、発言者を匿名化することは認められてよいだろう)。

### Ⅲ. 最高検察庁の検証報告書

#### 1 最高検報告書の不十分性

(1)

最高検報告書は、「検察としてこのような

ことを二度と起こしてはならないという深い反省に立ち、当庁において、本件記録等を精査するとともに、捜査・公判に関与した検察官から事情を聴取するなどして、本件における検察の捜査・公判活動の在り方及び問題点等を検証し、反省点を洗い出すとともに、検察として今後講ずべき方策についても検討することとした」(1頁)といい、続けて、「その詳細は、第3ないし第5に記述したとおりであるが、本件の主たる問題点は、検察官において、当時のDNA型鑑定についての正確な理解・検討が不十分であったため、その鑑定結果を過大に評価したことから、本件DNA型鑑定の証拠価値についての判断を誤り、ひいては、菅家氏の自白の信用性に対する吟味・検討が不十分となり、菅家氏の自白が虚偽であることを見抜くことができなかったことである」(1頁)と結論づけている。

検察が「このようなことを二度と起こしてはならないという深い反省に立ち」、「本件における検察の捜査・公判活動の在り方及び問題点等を検証し、反省点を洗い出すとともに、検察として今後講ずべき方策についても検討」したことは、当然のこととは言え、評価すべきことである。

(2)

しかし、検察官には、捜査段階で、被疑者の自白が虚偽でないかを厳格に吟味する義務があるばかりか、公判段階で、起訴した被告人が真に有罪であるか否かに常に留意し、無実ではないかと思われた場合は、積極的に無罪立証に努めるべき職業倫理上の義務すなわち客観義務がある。そして、検察官は筆頭の再審請求権者であって(刑訴法439条1項1号)、再審では検察官は対立当事者ではない。

つまり、検察官には、警察官と比べるとおよそ比較にならないくらい強大かつ広範な権限が与えられている(ただし、捜査のもっとも肝心な部分を担う第1次捜査権者が警察官であることも忘れてはならない)。

そして、本件に関与した検察官の数は、再審開始までも相当の数に及んで、最高検報告書も(その人数は明らかにしていないが)本件に関与した検察官から事情を聴取したと明記している。

## (3)

しかし、最高検報告書が問題としているのは、もっぱら捜査における検察官の態度であって<sup>38)</sup>、公判や再審における検察官の態度ではない。

「目次」からもそれは明らかで、「第3」は「捜査及び事件処理における問題点と反省点」とあるが、「第4」は「その他の諸問題」とあり、第4の内容は、「1 起訴後における取調べについて」、「2 再審請求審での再鑑定請求に対する対応について」だけである（目次Ⅱ頁）。

本来は、第3の「捜査及び事件処理における問題点と反省点」と同様に、「第一審における問題点と反省点」、「控訴審における問題点と反省点」、「上告審における問題点と反省点」、「再審請求審における問題点と反省点」、「再審公判における問題点と反省点」が論じられるべきものであろう。「第2 本件の概要等」では、「4 公判の経過」として、「(1) 第一審」、「(2) 控訴審」と、「(3) 上告審」について、「5 再審請求から再審公判まで」では、「(1) 再審請求等」、「(2) 宇都宮地裁における再審請求審」、「(3) 東京高裁における即時抗告審」、「(4) 宇都宮地裁における再審公判」について、それぞれその経過が記されているからなおさらである（6-12頁）。

つまり、最高検報告書では「第2 本件の概要等」に対応した「問題点と反省点」の検証がなされていないのである。

## (4)

その理由を考えてみると、わが国ではいかに重大な事件であっても検察官が被疑者の公訴提起を断念することは稀ではないのに、いったん起訴すると検察官は有罪立証に専念すべきと考えられてきたことがあるように思われる。

わが国で検察官は、「被疑者」の無実の訴えには耳を傾けるが、「被告人」の訴えには、残念ながら、そうではない。

しかし、いかに有能な検察官でも、20日余りの期間で被疑者の言い分を踏まえた真相の解明が常に可能なはずがない。しかも、公訴提起の前と後で、証拠に対する検察官の見方が異なるべきものでもない。わが国では、世界的にも稀な99.9%という高い有罪率が検察官を有罪立証のみに駆り立てるものとして機能しているのである<sup>39)</sup>。

しかし、裁判員裁判の時代を迎えた現在ではなおのこと、公判段階におけるわが国の検察官の「当事者」的性格について考え直す必要がある。

捜査を吟味する場が公判であり、誤った捜査を正すのが公判である。

したがって、ときとして検察官が潔く有罪立証を断念し、自ら無罪立証をすることも、あるべき検察官の姿勢なのである。

## (5)

最高検報告書は、「公判が正しく機能すれば、早期に冤罪の救済を図ることができる」という刑事訴訟の基本的な理念が決定的に欠けている。

最高検報告書が「捜査に多くの問題を含んでおり、しかもその多くが、……捜査の基本にかかわる事柄であった」といいながら、公判で捜査の誤りを正すことができなかった理由を何故問わないのか。

これでは、残念ながら、「このようなことを二度と起こしてはならないという深い反省に立ち」、「本件における検察の……公判活動の在り方及び問題点等を検証し、反省点を洗い出すとともに、検察として今後講ずべき方策についても検討」したもの（1頁）とは到底言えまい。

公判活動のあり方についての検証がほとんどなされていない最高検報告書は、もっとも肝心な点の検討が不十分であると言わざるを得ない。

38) 「第5 再発防止のための方策」の冒頭にも、「本件の捜査・公判過程を検証すると、特に捜査に多くの問題を含んでおり、しかもその多くが……などの捜査の基本にかかわる事柄であった」（21頁）とある。

39) 佐藤博史『刑事弁護の技術と倫理—刑事弁護の心・技・体』79頁（有斐閣、2007）参照。

## 2 「第3 捜査及び事件処理における問題点と反省点」の検討

### (1)

最高検報告書で「捜査及び事件処理における問題点と反省点」に関する検証として指摘されているのは、既にみたように、科警研鑑定<sup>40)</sup>の証拠価値を過大評価した結果、多くの疑問があった菅家氏の自白についてそれが虚偽であることを見抜けなかったことである。

そして、そこで説かれているのは、①科警研鑑定に添付された電気泳動写真泳動像が不鮮明であること(13頁)、②鑑定書に示された出現頻度が1000人中約1.2人であり、当時の足利市の男性人口に基づくと、DNA型および血液型が一致する男性は約100人に上ること(13~14頁)である。

しかし、科警研鑑定<sup>40)</sup>の電気泳動写真が不鮮明であることや出現頻度の問題は、私が1993年12月14日に提出した控訴趣意書以来指摘していたことであって<sup>40)</sup>、このことを見逃した責任を、捜査と第一審の主任検事や次席検事<sup>41)</sup>のみに帰そうとしているような報告書の記述には根本的な疑問がある。

最高検報告書が「検察組織全体として、DNA型鑑定に関する理解・検討が十分になされていなかったことは、反省しなければならない」(15頁)としているのであるから、科警研鑑定<sup>40)</sup>の証拠価値を過大評価したことの反省は、本件捜査・第一審に関与した検察官だけでなく、控訴・上告・再審請求に関与した多数の検察官もなすべきものである。

### (2)

しかも、冒頭にみたように、足利事件の科警研鑑定は、わが国の最高水準の鑑定機関が生み出し、わが国の最高水準の司法機関(検察庁と裁判所)が見逃したという意味で、アメリカとは別の意味で、深刻な問題を提起していることを意味し、足利事件以外のDNA鑑定が有罪証拠となったすべての事件<sup>41)</sup>の洗い直しの必要性に帰結するはずのものである<sup>42)</sup>。

現に、最高検は、無期懲役刑の執行を停止して菅家氏を釈放した2009年6月4日、DNA鑑定が有罪証拠となった事件について将来の再検証に備えて鑑定資料を保存するよう指示した(翌5日の新聞各紙参照)。

しかし、最高検報告書には、何故かこの点に関する記述がない。

40) 佐藤博史「DNA鑑定と刑事弁護」法律時報65巻2号54頁、58頁(1993)、同「DNA鑑定に惑わされ、自白の吟味を怠った」季刊刑事弁護2号68頁(1995)、同「足利事件とDNA鑑定 最高裁への再鑑定請求」季刊刑事弁護13号102頁、103頁(1998)。もはや重要な問題ではないが、上告趣意書で指摘したように(最終54巻6号656頁参照)、佐藤元ほか「日本人におけるMCT118型及びHLADQ $\alpha$ 型の出現頻度の再評価と他の民族集団データとの比較」科警研報告48巻4号(1995)の3251人のデータベースによると、血液型がB型の分泌型でMCT118のDNA型が16-26の出現頻度は、1000人に約6.23人と算出され、科警研鑑定<sup>40)</sup>の出現頻度(1000人に約1.2人)の約5.193倍にもなった。その結果、犯人と同じ血液型およびMCT118型の男性の数は、足利市だけで当初の約100人から、最終的には約5.4倍の約516人に増加した。最高検報告書は(1000人に約6.23人の数値に言及せず)、1000人に約5.4人の数値までしか紹介していないが(13頁)(警察庁報告書も同様である[同40頁])、その理由は不明である。

なお、「もはや重要な問題ではない」というのは、上記の議論は、科警研鑑定<sup>40)</sup>の16-26という型判定が正しいことを前提とした議論であるが、以下にみるように、科警研自身が正しい型判定でなかったことを認めているだけでなく、誤鑑定だった疑いがむしろ強いからである。

41) その中でも、(検察官が足利事件のDNA再鑑定に反対しない旨表明した2008年10月15日付意見書を提出した直後の)2008年10月28日に死刑が執行された「飯塚事件」が重要であることは言うまでもない。しかし、飯塚事件のことは、ここでは措く。

42) 警察庁報告書の添付された玉木敬二京都大学教授の意見書(以下、玉木意見書)も、「科警研は123塩基ラダーマーカーによる型判定法の不具合に関して論文で報告しているが、それまでのこの方法で行った鑑定の見直しはしていない。鑑定検討書(引用者注・科警研の本件DNA鑑定に関する検討書面[警察庁報告書別添1])のことは総括の中で、鑑定資料の採取部位の整合性について配慮が不十分であったことを指摘しているが、再鑑定の可能性を考えれば、少なくとも、当時の他の事件におけるMCT118型鑑定結果についても、現状のMCT118型の型名に即した検討を加えるべきである」と指摘している(同別添3-13頁)。

(3)

最高検報告書は、検察組織全体としてDNA鑑定を正しく吟味できる体制を整えないまま刑事裁判に導入した結果、深刻な冤罪を生んだことを認めている。そうだとすれば、DNA鑑定に限らず、「科学的証拠」一般を刑事裁判に導入する条件について再検討する必要がある。

しかし、最高検報告書には、残念ながら、そのような記述もない。

そこで、上記『無実を探せ!』の提言(188~189頁)も参考にしながら、科学的証拠を刑事裁判に導入するための条件について、私見を述べると以下のとおりである。

① DNA鑑定をはじめとする科学的証拠について、科警研および科学捜査研究所(以下、科捜研)<sup>43)</sup>は、品質管理および品質保証<sup>44)</sup>の観点に立った検証を早急に行うべきである。その際、独立した外部の評価を受けることが必要不可欠である。

② 科警研および科捜研は、定期的に外部の熟練度ブラインドテストを受けなければならない。その際ブラインドサンプルはむろん通常の場合と同様に提供され、その結果は公表されなくてはならない。

③ 科警研および科捜研における誤判定はどのような場合に起きるのか、その確率はどの程度かについて、弁護人(さらには裁判所)にも情報が提供されなくてはならない。かかる情報を検察官が独占すべきではない。公判廷で厳しい批判的検討を経た科学的証拠による証明こそが「風雪に耐える…公判」(25頁)を実現する所以だからである。そして、同様の情報は、裁判員に適切な助言を与える役割を担う裁判官にも提供される必要がある

る。

④ 科警研および科捜研は、起訴後の再鑑定に備えて、現場資料は全部を使い切ることなく、その一部を保管しなければならない。DNA鑑定におけるPCR産物についても同様である。

⑤ 科警研および科捜研は、鑑定における基礎的なデータを厳重に保管し、求められればそのすべてを提供しなければならない。

⑥ 科警研および科捜研は、その重大な誤りや不正行為が判明した場合は、独立した外部の監査を受けなければならない。

(4)

「自白の虚偽を見抜けなかったこと」について、最高検報告書が、菅家氏が勾留質問で(事実について)「答えたくありません」と述べたこと、捜査段階で主任検事がこのことに注意を払った形跡はないことを指摘したうえで(3頁)、(「捜査……における問題点と反省点」の1つとして)「主任検事において、これを契機に菅家氏からその真意を十分聞き出す方を講じていれば、菅家氏が自ら真相を語る可能性もあったと思われる。主任検事がこの点を見逃してしまったことは、菅家氏が真実の供述を行う重要な契機を見逃した可能性を否定できない」(16頁)とした点は、刮目に値する。

何故なら、警察官に自白した被疑者でも、検察官は被疑者が示すわずかな無実のサインを絶対に見逃してはならないことを改めて説いたものだからである。

また、最高検報告書が、このことに関連して「本件に即して言えば、主任検事は、警察の内偵捜査により菅家氏の性格等に関する情報を把握していたのであるから、菅家氏の取

43) むろん科警研および科捜研に限らず、すべての鑑定機関に当てはまる。

44) 玉木意見書は「誠に残念ながら、鑑定検討書にも書かれているように、この時点(引用者注・科警研の本件DNA鑑定の時点の意味)でMCT118型検査方法の質的保証が十分にされていなかったことは否めない。この鑑定がおこなわれた90年代初期は、わが国のDNA鑑定自体が、まだ「揺籃期」とでも呼ぶべき発展前の段階であり、DNA検査法の質的保証という概念の構築は、わが国はもちろん、世界的にも未成熟な段階にあった」と指摘している(警察庁報告書別添3-6頁)。

私は、のちに科警研副所長に就任された瀬田季茂氏が「品質管理と品質保証の重要性」を説いておられたことを記憶している。その趣旨は、科警研は、他のDNA研究機関と違って、厳格な品質管理と品質保証を行っているというものだった。しかし、実際にはそうではなかったのである。

調べに当たっては、既に警察で供述している内容を否定しても全く差し支えないことを十分に理解してもらった上で、菅家氏が自らの記憶をたどって自らの言葉で供述するところを十分な時間をかけて聴取した上で、警察で得られている自白についてその信用性を慎重に吟味・検討すべきであった」(16頁)と説いたことも重要である。

最高検報告書は、検察官が、菅家氏に対する最初の取調べ<sup>45)</sup>で、警察での自白を否定しても構わない、「自らの記憶をたどって自らの言葉で供述(してほしい)」と述べたとすれば、菅家氏は「自ら真相を語(った)」に違いないと指摘しているのである。

(5)

最高検報告書は、かかる指摘の根拠を示していない。

しかし、この指摘には確実な根拠がある。1992年12月7日の取調べテープである。その日、主任検事が菅家氏にまさにそのように伝えて(主任検事としては、余罪2事件についてのつもりで)供述を求めたところ、菅家氏は、(本件について)「自ら真相を語った」からである。その下りを引用する<sup>46)</sup>。

「M官(森川大司検事)：万弥ちゃんとか、有美ちゃんの事件ね、言われると分かるかな？

菅家：はい。

M官：うん分かるね。今裁判になっているのは真実ちゃんの事件ね。一昨年の5月の事件ね。でその前に万弥ちゃんの事件と有美ちゃんの事件があったわけだよね。で今日、僕がここへ来たのはね。君の捜査が今まで「私がやりました」と調書取って

るでしょ。そのことについてね、もう1回くらい聞こうかなと思ってね。本当に君がやったのかどうか、そこを聞きたい訳ね。僕は本当のことが知りたいわけね。本当に君がやったのか、もう一回確かめたくてね、来たわけ。

だから、今までね、こういうこと言っていた、ああいうことを言っていたということにこだわらないで、今日はもう自由な気持ちで、楽な気持ちで話してもらいたいと、こう思っているわけね。

本当にやったのなら、本当にやったということで構わない。やっていないんだったら、やっていないということ構わない。どちらでもいいんだけど<sup>47)</sup>。

菅家：(沈黙の後) 本当言うよ。

M官：うん。

菅家：いいですか。

M官：いいよ。

菅家：やってません。

M官：やっていないの？どちらも？<sup>48)</sup> それとも片方だけ？

菅家：どちらもです\*。

M官：どっちもやっていない。」

\*菅家氏は「どちらもです」と答えているが、本件を含む意味であることは、これに続く以下の問答からも明らかである。

『菅家：はい。自分が・・・警察ですか、昨年ですけども、12月の確か日曜日でした。その時、警察の人が来まして。自分は福居の和泉町\*ですか、あそこにいました。

45) 菅家氏は、1991年12月1日に「任意」同行され、任意取調べを受け、同日午後10時過ぎに自白し、翌2日未明に逮捕されたが、菅家氏は、逮捕当日直ちに検察官に送致されたから、検察官の最初の取調べは、同年12月2日である(同日付検面調書も作成された)。

46) 本来であれば、取調べテープの正確な反訳文を引用すべきであるが、前掲注33に記したように、開示証拠の目的外使用の禁止(刑訴法281条の4)に触れる恐れがあるとの指摘を受けたので、残念ながら、公判廷で取調べテープが再生されたことを報じた新聞記事に拠るほかはない。したがって、正確な反訳ではない。

なお、佐藤博史ほか「足利事件・取調べ録音テープを聴く」世界806号159頁(2010)参照。

47) 主任検事は、本件ではなく、余罪2事件について、最高検報告書が推奨するような言葉遣いで取り調べた。

48) 主任検事(M官)の「どちらも？」とは、余罪2事件(万弥ちゃん事件と有美ちゃん事件)を意味している。

\*菅家氏が週末を過ごすために借りていた借家のことである。

M官：え？福居の？

菅家：福居の和泉町に日曜日の朝いまして、自分が寝間着でいまして、で、玄関から入ってきました、警察の人が、それで自分は寝間着でいました。

M官：うんそれで、うん。

菅家：警察の人が来て「今日何しに来たか分かっているな」と言われたんです。

M官：うん。

菅家：(震える声で) それで自分・・・分かんなかったんです。

M官：うんそれで

菅家：うーん、自分も何がなんだか分かんなくて。

M官：うん。

菅家：で、写真を。真実ちゃんですか、真実ちゃんの写真を見せられました。何て言うんですか、パチンコ屋さんの前に看板が置いてあるんです。

M官：看板？

菅家：看板が、看板に真実ちゃんの写真ですか、張ってあったのと同じだったんですよ。

M官：それで？

菅家：この子、パチンコ屋さんの前に張ってあった写真と同じだなと思います。

M官：うん。

菅家：それで自分は何が何だか分からなくて、それで警察へこれから一緒に行くからと言うんですよ。それで自分行きました。

M官：うん、それで？

菅家：それで、その日の夜中まで、自分はやっていない、やっていないと言いました。それで、もう、夜中までやってないって自分は言っていましたから、自分自身、これ以上、10日でも20日でもやっていないと言ってますと、なんか、もしかして殴られたり蹴られたりするんじゃないかと思いました。それで自分がやったと話したんです。

M官：うんうんうん。夜中になって？

菅家：はい。そうです。それが1日すぎだと思いました。

M官：それで？

菅家：それでその日になんていうんですか、逮捕っていうんですか、されました。

M官：それでどうなったわけ？

菅家：それで、次の日から取り調べられたんですけど(沈黙)

M官：それで？それからどうなった？

菅家：それから渡良瀬川ですね。渡良瀬川ですか。あそこへ行って、河川敷に下りて行きまして。それで、あの一、何ていうんですか、真実ちゃんがここにいたんだということを教わりました。

M官：うん、説明したね。それで？

菅家：それで・・・、なんだか自分でもよく分からなくて、河川敷ずっと歩いてきまして、下へ下へ降りていきまして。それで、草場ですか、去年のあのときは草とかなかったと思うんですよ。それなのに、もう、その真実ちゃんですか、その子がいた場所といいますか、分かんなかったんです。

M官：うんそれで？

菅家：(沈黙の後)で、自分はその子がどこにいたか分からなくて、警察からここにいたんだというのを教わったわけです。

M官：それで？

菅家：でも、お線香ですか、お線香をあげまして・・・、(沈黙)それで警察へ帰っていったわけなんですけど、その前に山清ですか。

M官：ヤマセ？

菅家：食料品の山清へ車で行って、ここで自分がコーヒー買ったり、おにぎり買ったりして、和泉町の家に行ったわけです。

M官：うん、それで？

菅家：で、そこから、あのなんていうんですか、車の中から指を出して、それで、あそこですということ・・・。

M官：警察に教えたねー。はい。

菅家：それで戻りまして。戻って警察に行きまして、また調べですか。

M官：現場をね、河川敷を案内したり、君が立ち寄った場所とところを案内して連れて行ったりして、警察の調べが始まったということね。それで？

菅家：それで・・・それから地図ですか、渡良瀬川の河川敷とか、それから、真実ちゃんがありました場所ですね、そこまでの地図を書いたりしました。

M官：それで？  
菅家：それからまた・・・書いて・・・  
（沈黙）書いて、その確か2枚から3枚書いたと思いますけど。  
M官：君がね、去年の12月、捕まっ  
てからずっとこれまでの取り調  
べのいきさつというのは僕は全  
部分かっている。で、現場へ案  
内したときも、僕そばにいたか  
どうか覚えている？去年の12  
月。  
菅家：12月ですか。あの真実ちゃん  
のとき、いたと思うんですけど。  
M官：うん、覚えている？  
菅家：はい、覚えました。  
M官：覚えてる？』

つまり、主任検事が、菅家氏に対する最初の取調べで、または、菅家氏の勾留後の最初の取調べで、菅家氏の性格等を踏まえ、さらに、勾留後は菅家氏が勾留質問で「答えたくありません」と述べたことに「着目して」、菅家氏に対し「既に警察で供述している内容を否定しても全く差し支えないことを十分に理解してもらった上で、菅家氏が自らの記憶をたどって自らの言葉で供述するところを十分な時間をかけて聴取した」（16頁）とすれば、菅家氏は否認に転じ、主任検事は、「警察で得られている自白についてその信用性を慎重に吟味・検討」（16頁）することができ、菅家氏を誤って起訴することはなかった可能性が高い。

そうすれば、菅家氏が17年半も苦しめられることはなかった。

(6)

ところで、取調べテープを聴くと、主任検事の取調べは、12月8日を含めむしろ穏やかな部類に属する。現に、再審公判に際して、宇都宮地検の次席検事（高崎秀雄検察官）は、取調べテープを聴けば、自白の任意性は明らかである旨主張した。しかし、テープに録音された自白が証拠になっているわけではないから、任意性は問題ではない。

検察官が真実の供述に接しながら、そのことを見抜けず、「任意性に問題のない」検察官の取調べが虚偽自白を引き出してしまうこ

とが問題なのである。

ところで、1992年12月7日の取調べで、菅家氏が余罪2事件を含め全面的に否認に転じたのに、主任検事はそれが真実の供述とは考えなかった。主任検事は、菅家氏の否認を虚偽と考え、驚くなかれ、翌8日に再び自白させてしまったのである。

最高検報告書は、以上の経過について、「12月7日の取調べは、余罪2事件に関して最終的に起訴・不起訴を判断するためになされたものであるが、その際、菅家氏は余罪2事件だけではなく、起訴済みの本件についても逮捕後初めて否認した。そこで、主任検事は、同月8日の取調べを行った。主任検事が同日の取調べを行った目的については、再審公判における同検事の証言によれば、菅家氏の余罪2事件を否認する供述が真実か否かを見極めるために本件を否認する供述の真意を確かめるところにあったと考えられ、その取調べにより菅家氏から本件に関する自白を得た上、これを公判廷で利用する意図まではなかったと認められる」としている（20頁）。

しかし、主任検事は、再審公判で「これは明らかな虚偽供述だというふうに判断いたしました。自分の刑事責任を免れるための虚偽供述ではないかというふうなことで、……私の心証をぶつけて確認してみようと思って、それで真実ちゃん事件から先に聞いたというふうに思っています」（568項）と証言しているのであって、単に「真意を確かめる」ために菅家氏を取り調べたのではない。また、菅家氏は既に公判廷でも自白していたから、主任検事に12月8日の自白を「公判廷で利用する意図」などあろうはずもない。

菅家氏が検察官に本件について初めて否認して真実を供述したのに、主任検事が（そして、報告を受けた〔241~242項〕次席検事も）その意味に気付かなかったことこそが重大なのに、最高検報告書は、それから目を逸らしているのである。

(7)

主任検事は、科警研鑑定の証拠価値を明らかに過大評価し、死体遺棄現場での菅家氏の態度などから菅家氏を犯人と思い込んでしまっていたために、菅家氏の否認供述に接し

ながら、真実を見逃した。

しかし、「主任検事が菅家氏を犯人と思い込んでいたこと」と「菅家氏に再び虚偽自白をさせること」とは同じではない。

「任意性に問題のない」「真意を確かめる」ための取調べが、何故に虚偽の自白を引き出すかの検証こそが重要なのである。

そこで、12月8日の取調べとはどのようなものだったのかを確認しておく必要がある。それは以下のようなものだった<sup>49)</sup>。

「M官：君からちょっと変なこと聞いたんでね、今日来たんだけども。

菅家：はい。

M官：今、起訴している真実ちゃんの事件。

菅家：はい。

M官：あれは、君がやったことに間違いのないんじゃないのかな？

菅家：違います。

M官：ええ？

菅家：鑑定ですか。

M官：うん。

菅家：自分にはよく分かんないですけど、なに鑑定っていいましたっけ？

M官：DNA鑑定。

菅家：全然それ、分かんないんですよ。本当。

M官：(沈黙・約5秒) え？

菅家：絶対、違うんです。

M官：違うんですって言ったってさ、君と同じ体液<sup>50)</sup>持っている人が何人いると思ってんの？

菅家：(沈黙)

M官：ずるくなれと言ったわけじゃない。

菅家：(沈黙)

M官：君が認めただけじゃなくて、ほかに証拠があるからだよ。

菅家：(長い沈黙)

M官：自分で実際にやってもいないのに、想像でそんな話が出来たの？

菅家：(沈黙)

M官：どうなんだい。ずるいんじゃないか、君。

菅家：(沈黙)

M官：なんで僕の目を見て言わないの。さっきから僕の目を一度も見てないよ。

菅家：ごめんなさい。すいません(涙声)。

M官：うそだったの？ そうだね？

菅家：ごめんなさい。勘弁してくださいよお(涙声)。

M官：僕は、本当のことを聞きたいっていう言葉を何回も言うよ。

菅家：はい(涙声)。

M官：君が本当に違うんだっただよ、全然やってない人を罪に落としてね、真実ちゃんだって浮かばれないし。

菅家：はい。

M官：かと言って、本当は罪を犯しているのに罪を免れるんだっただよ、本当それこそかわいそうでしかたないと思うよ。だから、僕は本当のことを言ってもらいたいと思っている。

菅家：(沈黙)

M官：間違いはないんだな？ 真実ちゃんの事件は間違いはないんだね？

菅家：はい。

M官：やったの？

菅家：後<sup>51)</sup>は知りませんけども。

M官：なんで違うって言ったの？昨日、初

49) 同様に、新聞記事に拠らざるを得ないので、正確ではない。

50) 新聞記事のため「体液」となっているが、実際には「精液」という言葉が用いられた。

そして、「同じ精液を持っている人」ではなく、「同じ血液型とDNA型の人」というべきで、その確率は、既にみたように、型判定が正しい場合でも、菅家氏の逮捕当時でも1000人に約1.2人、その後のデータ数の増加によれば、1000人に約6.23人であり、足利市内の男性に限っても、該当者は、逮捕当時で約100人、その後のデータでは約516人いるのであって、主任検事の上記取調べは、明らかに「偽計による取調べ」なのである。

しかし、再審無罪判決は、主任検事の取調べを「偽計による取調べ」とは認めなかった。再審無罪判決は「偽計」とは取調官が虚偽だと知っている場合を指すと解しているようであるが、「被疑者が心理的強制を受ける客観的な虚偽」の意味で、再審無罪判決は明らかに誤っている。

51) 「あと」とは、余罪2事件のことである。主任検事は、菅家氏が余罪2事件を否認したことはそのまま認めた。

めてだったね？

菅家：もう、何て言うんですか、胸が苦しくなっていて、嫌だ嫌だと思ってたんですよお（涙声）。

M官：僕は君に素直な気持ちを持ち続けてもらいたいと思ってるわけ。

菅家：はい、はい。

M官：ひきょうなことを言って、罪を免れようとする人はいくらでも世の中にいっぱいいるよ。僕もそういう人いっぱい見てるけども。

菅家：はい。

M官：そんなのは人間として失格じゃないかな。僕はそう思ってるの。

菅家：はい。

M官：昨日のあれは、真実ちゃんのあれも、うそを言ったということで間違いないんだね。

菅家：はい、すいません。ごめんなさい。取り消してください、昨日のは。

M官：僕はね、君のね、そのへんの誠実さを見ておきたいと思ってるわけだから。

菅家：はい。すみません（涙声）。

M官：君の誠実さがどう裁判所に訴えられるかという問題だってある。

菅家：分かりました。

M官：真実ちゃんの事件をやってませんなんて言ったこと今まで一度もないね？

菅家：はい。

M官：弁護士にも？

菅家：はい。

M官：警察でも？

菅家：言ってません。

M官：昨日よりは少し楽になったの？

菅家：昨日よりはいいです。

M官：楽になったというのにあまりショボショボした顔するなよな。

菅家：はい。

M官：どうしても聞きたいことが出てきたら、事情聴くようにするけども、風邪ひかないようにな。

菅家：ありがとうございます。（沈黙）本当にすみませんでした。」

(8)  
主任検事の取調べのどこに問題があるのか。

「真意を確かめる」ためであれば、最高検報告書も説くように「(被疑者)が自らの記憶をたどって自らの言葉で供述する」(16頁)ようにしなくてはならない。

そのためには、(弁護人が接見でオープンな質問を心掛けなくてはならないのと同様に<sup>52)</sup>、)取調官は、クローズの質問ではなく、オープンの質問を心掛けなければならない<sup>53)</sup>。主任検事の「真意を確かめる」ための質問が完全にクローズであることに気付かなくてはならないのである。

上記の引用は正確なものではないので、主任検事が12月8日の取調べで用いた文言のうち重要なものが抜けている。

例えば、主任検事は、

①「真実ちゃんの下着に付いていた陰毛の形と血液型が君の陰毛と一致している」、

②「真実ちゃんの体を舐めた唾液(の血液型)も一致している」、

③「君が逮捕後渡良瀬川の河川敷に連れ出されたとき、僕も現場にいたが、死体があった場所は警察官に教えてもらったが、下着を捨てた場所は君が自分で説明した。その場所から下着が発見された。その詳しい場所は新聞には出ていなかったはずだ」、

④「死体を草で隠したという説明も実際にやっていないのに、想像で話せるのか。万弥ちゃんや有美ちゃんの事件ではそんな説明はしていない」、

52) 佐藤・前掲注39)65頁参照。

53) R・ブル＝Rミルン(原聰編訳)・前掲注31)参照。

また、ナイチンゲール(Florence Nightingale)も、誘導質問は常に不正確な情報しかもたらさない(Leading questions always collect inaccurate information)と説いている(Notes on Nursing:What It Is and What It Is Not(小林章夫＝竹内喜対訳)『看護覚え書』178頁(うぶすな書院,1998))。

⑤「コンクリートの堤防で首を絞めたとか、死体を運ぶとき、斜面で1回降ろしたとか、靴が脱げたとかそんな説明もしたろう」

などと、完全にクローズの質問、というよりも押し付けの質問を繰り返している。

そして、主任検事は、(新聞記事に基づいて引用したように、)「何で僕の目を見ない」と聞いて、「ごめんなさい。すいません」といわせて、泣かせ、「うそだったの? そうだね?」とクローズの質問で、「ごめんなさい。勘弁してくださいよお」といわたたのである。

そのあとで、主任検事が前日の12月7日の取調べで用いた(そして、最高検報告書が推奨している)「僕は、本当のことを聞きたいっていう言葉を何回も言うよ。君が本当に違うんだっただよ、全然やってない人を罪に落としてね、真実ちゃんだって浮かばれないし。かと言って、本当は罪を犯しているのに罪を免れるんだっただよ、本当それこそかわいそうでしかたないと思うよ。だから、僕は本当のことを言ってもらいたいと思っている」と菅家氏に説いて聞かせても、それが自己満足でしかないことは自明である。

実際、菅家氏は、そう言われても沈黙し、主任検事の「間違いないんだな? 真実ちゃんの事件は間違いないんだね?」という決定的なクローズの質問に「はい」と答えた。

そして、主任検事は、それで満足し、「あとは知りませんが」という余罪2事件の否認はそのまま容認したのである。

これは、およそあるべき取調べではない。

警察庁報告書は、「取調べ自体」の「高度化」を図る必要性(同54頁)、さらに、心理学等の専門家の知見を活用すべきことを説いているが(同54, 55頁<sup>54)</sup>、最高検報告書も、正しい取調べのあり方を説く以上、取調べに

心理学等の知見を導入する必要性を積極的に説き、取調べテープが教える教訓は何かを具体的に示すべきだったのである。

#### (9)

主任検事を指揮する決済検察官たる次席検事の役割も重要である。

次席検事は、科警研鑑定確率が1000人に約1.2人であったことから「DNA鑑定だけで菅家氏を逮捕することはできない」旨警察に捜査指揮し、科警研鑑定の証拠価値についてそれなりに慎重な判断を下していたからなおさらである。

次席検事がどのような捜査指揮をしていたのかは必ずしも明らかではない。しかし、次席検事は、捜査段階では、主任検事の取調べノートのコピーによって報告を受け、起訴後の取調べについては、主任検事は「口頭で概略を報告しただけで、取調べテープを次席検事に渡したことはない」旨証言している。

つまり、次席検事が菅家氏の供述についてその信用性を吟味・検証できる体制になっていなかった。

#### (10)

次席検事が(あるいは、主任検事自らが)菅家氏の供述を「慎重に吟味・検討」できるようにするためには何が必要なのか。

言うまでもなく、取調べを録音することである。

主任検事自身、取調べをテープ録音した目的について、再審裁判で、「ただ、調書になってしまいますと、このときこういうことをしました、ああいうことをしましたと文章化されてしまうと、供述がどういう質問に対してどういうふうに答えていったか、その経過がよく分かりませんので、ここも確認したほうがいいかなと、そのときは特に証拠の薄い事件だっただけに、そういうふうに思ったんだと思います」(583項)と答えた。

54) 最高検報告書が「取調べにおける留意点の周知徹底」として『最高検察庁においては、今回の重大な事態を招いたことを踏まえ、今般、改めて、「取調べにおける留意点について」(本年4月1日付け最高検察庁刑事部長事務連絡)を發出し、……取調べに当たっては、被疑者の……迎合的性格の有無等その特性を十分に把握した上で、それぞれの特性等に応じ、取調べ時間、言葉の使い方、発問方法・内容等取調べ方法を工夫すべきことなど、被疑者の取調べに当たって留意すべき事項を全検察官に周知して徹底させることとした』(24頁)としているからなおのことである。

私は、弁護人の場合も、接見を録音し聴き直してみると、接見時には気付かなかったことを発見することがある旨説いているが<sup>55)</sup>、検察官の取調べも同じで、検察官が取調べを録音し、自らあるいは指揮官たる者が聴き直してみると、取調べ時には気付かなかったことを発見することがあるに違いない。

本件でも主任検事が最初の取調べあるいは勾留後の最初の取調べを録音していれば、仮に菅家氏が自白を維持していたとしても、そこには間違いなく不自然な供述が含まれているはずで、何らかのことを契機に聴き直す機会があれば、菅家氏の自白が虚偽であることに気付くことは容易だったはずである。

取調べの可視化の議論との関係で、「全面録音録画」か「部分録音録画」で足りるかが議論されている。しかし、もっとも肝心なことは、初期供述の重要性である。被疑者の最初の自白あるいは否認、さらには否認から自白に転ずる際の供述を録音に残すことこそが重要なのである。

そこに犯人なら「秘密の暴露」が、無実なら「無知の暴露」が必ずあるに違いないからである（なお、取調べの可視化が実現すれば、「秘密」の意味が質的に変化し、被疑者の供述の信用性判断の有力な基準になり得ることについては、すでにみた（19頁））。

(11)

ところで、1992年12月7日の否認と翌8日の自白の取調べテープを、DNA鑑定の結果を知らないで聴いた場合、菅家氏が「(自白した)今日の方が(否認した)昨日よりも楽になった<sup>56)</sup>」とまで述べている自白テープを真実と取り違える検察官も少なくない

思われる。

ところが、最高検報告書は、主任検事が起訴後に余罪2事件の取調べを行い、テープ録音したこと、そのうち1992年1月28日、同年2月7日、同年12月7日、8日は本件の取調べだったことを指摘し(6頁)<sup>57)</sup>、その問題点を検討しながら(20~21頁)、12月7日、主任検事が最高検報告書が推奨した方法で供述を求めたところ、菅家氏は「本件の真相」を「自らの記憶をたどって自らの言葉で供述」したのに、主任検事はそのことに気付かず、反対に虚偽の否認供述と考え、翌8日、疑問を表明して取り調べて再び菅家氏に自白させ、真実発見の機会を逸したこの問題性は見逃した。

ともあれ、冤罪防止・救済のための方策として、取調べのテープ録音がもっとも有効であることを足利事件の取調べテープは教えているのである。

取調べテープの存在は、2009年8月11日の朝日新聞のスクープによって発覚したが、取調べテープ全部<sup>58)</sup>が弁護人に開示され、その全容が知られている以上、最高検は、取調べテープに基づく取調べのあり方に関する検証結果を明らかにすべきであった。

(12)

最高検報告書は、「余罪2事件の取調べを早期に実施すべきであったこと」と題して、『警察では、本件に関する菅家氏の「被害女兒を殺さずにいたずらすれば、被害女兒にわめかれるなどして、警察に捕まってしまうと思ひ、まず殺すことに決めた。」旨の本件殺害動機に関する供述について、同種の体験の有無を明らかにしてその信ぴょう性を判断す

55) 佐藤・前掲注39)65頁参照。

56) 菅家氏を犯人と思いついて主任検事に対し否認することは、菅家氏にとって心理的には「辛いこと」であり、自白する方が心理的には「楽」であるから、菅家氏のこの発言は、心理学的にみると正しい。

しかし、「法律」家は、人には良心があり、嘘の否認をすることは辛く、真実の自白をすることが気持ちが楽になる、と正反対に考えてしまう。そこに落とし穴がある。

57) そこで、再審公判では、合計15本のテープのうちこの4日分のテープ(合計約7時間30分)が再生して取り調べられた。

58) 検察官から(2009年10月5日に)開示された取調べテープは、警察官の91年12月20日の取調べ(計2本、約2時間)と12月26日の警察官に対する現場で指示説明(1本、約45分)、主任検事の1992年1月28日、31日、2月4日、2月7日、8日、11日、17日、3月6日、12月7日、8日の合計10日間の取調べ(計12本、約23時間30分)である(合わせて、計15本、約26時間分)。反訳文は484頁で本一冊分の分量がある。

るため、本件で勾留中の平成3年12月20日、菅家氏を余罪2事件で取り調べた。しかし、本件がいわゆる小児性愛の性癖を有する同一犯人による連続殺害事件の可能性もあると考えられていたことや、上記殺害動機について、菅家氏は逮捕・勾留当初から供述していたのであるから、警察と協議の上、余罪2事件の実質的な取調べに至らず、かつ本件の動機、態様等を明らかにする目的を達成するために必要な範囲で、余罪2事件についての菅家氏の言い分をより早期に聴取することも考えられてよかつたと思われる。そうすれば、被害少女の性格や犯行場所等がそれぞれ異なるのに、いずれも被害少女に対する声かけから始まる一連の被害少女の反応、犯行動機・態様がパターン化していることに思いが至り、本件の犯行態様に関する供述が体験供述であったか否かにつき疑問が生じ、ひいては菅家氏の犯人性についての的確な判断をすることができた可能性もあり、その点についての考慮が不十分であったと思われる』と指摘している(20頁)。

これは「本件捜査と事件処理」に関するものであり、次席検事による主任検事の指名が菅家氏の任意同行の約1週間前だったため、主任検事が余罪2事件を含め本件の捜査状況を的確に把握するだけの時間的余裕がなかったことの指摘(19頁)と相まって、主任検事が本件起訴前に本件と関連する余罪2事件について供述を求めたとすれば、主任検事は、本件と余罪2事件の自白がパターン化していることに気付く、本件に関する自白の信用性にも疑問が生じ、ひいては本件について起訴しないという「的確な判断」も「可能」だったとするものである。

(13)

しかし、警察が本件起訴の前日の1991年12月20日菅家氏を余罪2事件について取り調べたところ、菅家氏は、わずかに約35分後に自白したが、しかし、菅家氏の自白は、およそ信用性のないものだった。

菅家氏の警察官に対する余罪2事件に関する自白に信用性がないことは、同日の取調べテープを虚心に聴けば容易に分かることであり(警察庁の検証報告書の検討で指摘したの

で、繰り返さない)、主任検事はその事実を知ったとすれば、本件に関する自白の信用性に疑問を抱くことも十分に可能だった。

本件起訴を報じた新聞記事には、菅家氏が余罪2事件を含め自白し、3件の幼女誘拐殺人死体遺棄事件が全面的に解決した旨報じられているから、菅家氏の余罪2事件に関する自白の内容は、本件起訴前に主任検事に伝えられていた可能性が十分にある。

つまり、主任検事は、最高検報告書が指摘する問題に気付くことが可能な状況にあったと考えられるのに、最高検報告書は、残念ながら、このことにも光を当てていない。

(14)

仮に、主任検事が本件起訴前に菅家氏の余罪2事件に関する自白が信用性に乏しいことを知らなかったとしても、最高検報告書が認めるように、菅家氏は、本件起訴の3日後である1991年12月24日に余罪2事件のうち11年前の事件(V2〔万弥〕ちゃん事件)で再逮捕され、主任検事は、万弥ちゃん事件について、菅家氏を自ら取り調べ、菅家氏の自白の信用性を吟味する機会を与えられた。

そして、菅家氏が万弥ちゃん事件の自白を維持していたのに、1992年1月15日には、同事件を処分保留として、菅家氏を釈放した。その結果、警察は、有美ちゃん事件での逮捕は断念し、同事件は同年2月10日に書類送検することとどめざるを得なかった。

そこで、私は、主任検事は、余罪2事件については1992年1月15日の時点で正しい結論に到達していたものと考えていた(検察官が余罪2事件を嫌疑不十分で不起訴処分にしたのがそれから1年1か月後の1993年2月26日になった理由について、深く考えなかったのである)。

しかし、実際には、そうではなかった。

主任検事は、菅家氏が宇都宮拘置支所に移送された翌日の1992年1月23日から、余罪2事件に関する取調べを継続して行い、同年1月28日からは、余罪2事件のうち6年前の事件(V3〔有美〕ちゃん事件)について取調べを開始し、同年12月8日まで起訴後の取調べを行っていたのである。それを記録したのが、取調べテープだった(ただし、

最初の2回〔1月23日、24日〕は録音されていない。

ここでの問題は、主任検事が本件および余罪2事件の自白の内容が完全にパターン化していることに気付いた時期である。

主任検事は、早くも2月4日の取調べでそのことに気づき、菅家氏を問い質していたのである。

このことを明らかにするのが、2月4日の取調べテープである。しかし、この日はもっぱら余罪2事件の取調べだったため、再審公判で証拠採用されなかった。したがって、同日の取調べテープに関する新聞記事はなく、反証に基づいてその内容を引用できない。

そこで、その要旨を紹介するほかないが、主任検事は、菅家氏に「余罪2事件と本件の自白は、みんな同じような説明をしているが、分かるか」と聞き、「自転車に乗せた点ですか。ほかに、抱きつくとか、声を掛けたとか、手をつないだとか、ですか」と聞く菅家氏に対し、「僕の方からいおうか」と切り出して、『女の子を見つけたとき、いつも女の子はしゃがんで下をみている。声のかけ方も、女の子のそばに行って自転車を停めている。かけた言葉も「自転車に乗るかい」だ。自転車に乗せて移動する間、女の子との会話がな』などの点が「パターン化している」と自ら説いて聞かせている。

実際、余罪2事件と本件は、以下の点で、完全にパターン化していた。

① 菅家氏が女の子を見つけたとき、女の子はしゃがんでいる。

② 菅家氏は、自転車に乗って近づき、自転車に乗ったまま、「自転車に乗るかい」と声を掛ける。

③ 女の子はすぐに自転車に乗り込む。

④ 菅家氏は、自転車に女の子を乗せて人気のない場所に移動する。

⑤ その間も二人の間に会話はな。

⑥ 目的の場所（ただし、そこに特別なものはない）に至ると、女の子は黙って自転車を降りる。

⑦ 菅家氏は、女の子の手を引いて、人気のない場所に移動する。

⑧ その間も二人の間に会話はな。

⑨ 菅家氏が女の子に抱きつく<sup>59)</sup>、女の子が騒いだので、菅家氏は黙らせようとして、女の子の首を絞める。

⑩ その締め方も、両手で輪を作り、両親指を女の子の喉ぼとけに当て（つまり、両手の平が頸部に当たらずに浮いた形で）強く絞める。

⑪ その結果、女の子がその場で死亡する。

⑫ 菅家氏は、死んだ女の子に性的ないたずらをしたのち、女の子の死体を遺棄する。

最高検報告書は、「3件の自白がパターン化したものだったこと」の根拠を示していないが、主任検事は有美ちゃん事件に関する供述調書は1通も作成していないから、最高検報告書の上記指摘の根拠は、取調べテープしかない。

つまり、警察の取調べテープ以上に、主任検事の取調べテープは、足利事件の検証のための珠玉の資料なのである。

(15)

そして、主任検事が、菅家氏の3件の自白が完全にパターン化していることに気付いた1992年2月4日は、本件起訴後ではあったが、しかし、第1回公判（1992年2月13日）前だった。

したがって、最高検報告書が上記のような指摘をするのであれば、主任検事が菅家氏の3件の自白が完全にパターン化したことに気付いた1992年2月4日以降の検察の対応が適切だったのかを検証する必要がある。

しかも、菅家氏は、宇都宮拘置支所に移送されたのち間もなく家族に宛てて無実を訴え

59) ただし、菅家氏は、本件については、近くに人がいたので、抱きつくなどせず、いきなり真実ちゃんの首を絞めて殺したと捜査段階では自白した。しかし、公判廷では、抱きつくとしたら真実ちゃんが騒いだので首を絞めたと「自白」した。第一審判決は、近くに人がいたので、この公判廷の自白は信用できず、捜査段階の自白が信用できると判断し、控訴審判決もこれを是認した。菅家氏の公判廷の自白に無知が暴露されていることを裁判所は見逃したのである。

る手紙を書き始めていた。

最高検報告書が菅家氏の勾留質問における「答えたくありません」という供述に着目するのであれば、それ以上に、主任検事は菅家氏の家族に宛てた手紙に着目し、菅家氏が家族に対しては無実を訴えていることに気付くべきだったと指摘すべきものである。

主任検事は、菅家氏の家族に宛てた手紙について、1992年12月22日の第6回公判で初めてその存在を知ったと述べ、最高検報告書もこれを前提にした記述をしている(21頁)。

しかし、坂本敏夫『死刑と無期懲役』(ちくま書房、2010年)には、「宇都宮拘置支所は、検察庁の気分を損ねないように菅家さんを要注意人物として特別な監視・観察の対象にした。日常生活の異常な言動、外部支援者との手紙や面会の様子なども、報告の必要があると判断したものは電話や書面をもって隣接する宇都宮地方検察庁に報告することにしたのだ」という記述があり(同108頁)、本件が重大事件だったことに照らすと、主任検事が菅家氏の家族に宛てた手紙の内容を承知していなかったということには疑問がある。

仮に菅家氏の家族に宛てた手紙に気付いていなかったとしても、主任検事は、1992年2月4日には3つの事件に関する菅家氏の自白がパターン化していることに気付いたのであるから、本件についても疑問を抱き、公訴の取消し(刑訴法257条)を具申すべきだった。

しかし、「いったん起訴したら後戻りははや不可能である」というのがこれまでの検察の伝統のゆえにか、最高検報告書にはそのような指摘は全くない。

ともあれ、わが国における公訴提起後の検察官のあり方を、足利事件を契機に検討し直す必要がある。

### 3 「第4 その他の諸問題」の検討

#### (1)

既にみたように(「1 最高検報告書の不十分性」)、最高検報告書で「第4 その他の諸問題」として論じられているのは、「1 起訴後における取調べについて」、「2 再審請

求審での再鑑定請求に対する対応について」だけで、第一審から再審公判までの公判段階以降のことは論じられていない。

しかし、いったん起訴したら有罪立証に専念すべきものではないから、第一審から再審公判までの問題点と反省点も検討しなくてはならない。

そこで、まず最高検報告書が取り上げた「起訴後の取調べ」と「再審公判でのDNA再鑑定請求に対する対応」について検討したのち、第一審から再審公判までの問題点を検討しよう。

#### (2)

「起訴後における取調べについて」と題する記述(20-21頁)は、1992年12月7日(以下、この項で年号は省略する)菅家氏の否認供述に接した主任検事が翌8日本件に関し取り調べたことについて、「既に起訴されて公判係属中の本件に関する取調べと受け止められてもやむを得ない側面があったことは否めず、そのような取調べの必要性や方法について、より慎重に検討すべきであった」(20頁)とするだけで、足利事件の誤判原因の究明の観点に立って検討したものではない。

宇都宮地裁は、無罪判決の中で、12月8日の取調べは、本件について再び自白させる目的で、弁護人にも通知せず、かつ、黙秘権の告知なしになされたものであって、当事者主義や公判中心主義の趣旨を没却する違法なものである旨明確に判断したことは、最高検報告書も触れているが(12頁)、この裁判所の判断と対比しても、最高検報告書の「反省」は不十分と言わざるを得ない。

しかし、誤判原因との関係で重要なのは、12月8日の取調べの適否ではない。

問題は、最高検報告書も認めるように、主任検事が2月13日の第1回公判の前に1月23日から2月11日まで8日間に及んで余罪2事件について取り調べたことである(20頁)。菅家氏は、主任検事に余罪2事件も自白したが、主任検事は、2月4日に至って、本件と余罪2事件の自白がパターン化していることに気付いた。

そうであるのに、主任検事は、菅家氏に余罪2事件について自白を維持させたまま、

第1回公判を迎えさせた。菅家氏の性格等を考慮すればなおさら、そのような状態で、菅家氏が第1回公判で本件を否認することは極めて困難だったことは想像に難くない。

いずれにしても、菅家氏が、本件で起訴され、余罪2事件のうち11年前のV2(万弥)ちゃん事件で再逮捕されたものの処分保留で釈放され、足利警察署から宇都宮拘置支所に移送され、家族に宛てて無実を訴える手紙を書きながら、第1回公判で、本件を自白したのは、主任検事に対し余罪2事件についても自白していたことが大きく影響していると考えべきなのに、最高検報告書は、このことを見逃しているのである。

また、(再審公判で再生された)1月28日の取調べテープは、菅家氏がV3(有美)ちゃん事件を一時否認し、本件についても沈黙を続けるなど、無実の徴表を窺わせるものであるが、最高検報告書は、主任検事が1月28日に菅家氏の無実のサインに気付かなかったことも指摘していない。

(3)

12月7日の否認供述の存在が発覚したこの意味も重要で、取調べテープの存在が分かるまでは、菅家氏は、12月22日の第6回公判で、被害幼女の遺族の供述調書に「極刑」とあったことから恐くなり、一審弁護士から家族に宛てた手紙を示されて突如否認に転じたものと考えられてきた。

しかし、実際には、それとは無関係に「本当のことを聞かせてほしい」という主任検事の質問に答えて、菅家氏は、明確に否認し、かつ、事件当日の行動について、菅家氏が1993年5月31日消印の弁護士宛ての手紙と全く同じことを話していた。

主任検事が第一審の立会検事でもあったから、検察官は、菅家氏が第6回公判前に遺族の供述調書とは無関係に否認したこと、菅家氏の当日の行動に関する供述は1993年5月31日以前に明確になされていたことを知りながら、論告で、菅家氏の否認は極刑を求

める遺族の供述に接したため(第6回公判)、あるいは第三者の影響を受けたため(第10回公判)という自らの認識と異なることを平然と述べたことになる。

これは意図的な事実の隠蔽と言わざるを得ず、最高検報告書が見逃してはならない点であった。

(4)

「再審請求審での再鑑定請求に対する対応について」と題する記述(21頁)は、弁護士が上告審および再審請求審でDNA再鑑定を請求したことに対し、検察官が「再鑑定の必要はない」旨意見を述べたことについて、弁護人の主張は、MCT118のDNA型について123マーカールとアレリック・マーカールの対応関係を誤解したものだから、「検察官として再鑑定の必要性がないとの意見を述べたことはやむを得なかったと考えられる」としたものである(21頁)。

123マーカールとアレリック・マーカールの対応関係に関する弁護人の誤解とは、弁護人が「科警研論文<sup>60)</sup>によれば、科警研鑑定の16-26は18-30になるところ、菅家氏のMCT118型は18-29であるから、菅家氏と犯人のDNA型は異なる可能性がある」と主張したことについて、123マーカールの26はアレリック・マーカールの30だけでなく29(あるいは31)に対応することもあり得るというものである。

しかし、科警研論文では明確に26は30に対応するとされ、控訴審判決もこれに依拠して有罪判決を維持したのであり、検察官の主張は、飯塚事件の控訴審判決を援用しただけのもので科学的な根拠を有するものではない。また、123マーカールの26がアレリック・マーカールの30だけでなく、29(あるいは31)に対応することもあり得たとしても、菅家氏は18-29、犯人は18-30である可能性を否定することはできないから、最高検報告書の上記記述は明らかに誤りである。

しかも、弁護人は、菅家氏と犯人のMCT

60) 笠井賢太郎ほか「MCT118座位PCR増幅産物のゲル電気泳動による分離とDNAマーカールによる型判定に関する技術的検討」科警研報告法科学編46巻3号121頁(1993)。警察庁報告書35頁注38にも引用されている。

118型が異なる可能性を指摘して、MCT118型の再鑑定を請求したのではない。MCT118型の鑑定は、犯人のDNAが分解し不可能であるかも知れないが、その後開発されたSTR法あるいはミトコンドリア法によるDNA再鑑定は十分可能であると主張して、DNA再鑑定を請求したのである<sup>61)</sup>。

これはまさしく今回のDNA再鑑定の手法そのものであって、検察官が上告審の段階で、少なくとも再審請求審の段階で、DNA再鑑定に反対しない旨の意見を述べたとすれば、菅家氏は、早ければ12年前、遅くとも3年前には、自由を回復していたのである。

最高検報告書は「この点に関して、再審請求審担当検察官としては、DNA型の再鑑定に積極的な意見を述べるべきであったとの考え方もあり得ようが（……検察官として再鑑定の必要性がないとの意見を述べたことはやむを得なかったと考えられる）」(21頁)としている。しかし、検察官は、本来的には上告審段階で、遅くとも再審請求審段階で、DNA再鑑定に積極的な意見を述べるべきだった。

科警研鑑定は、そもそも一致する確率が1000人に約1.2人程度のもので、電気泳動写真も一見してバンドが不鮮明で、歪み、幅のあるものだったが、その後科警研は、型判定そのものが間違っていたことを認めたのである。最高検報告書は、率直に、「検察組織全体として、DNA型鑑定に関する理解・検討が十分になされていなかったことは、反省しなければならない」(15頁)と述べているが、「再審請求審での再鑑定請求に対する対応について」と題する上記の記述そのものが「DNA型鑑定に関する検察の理解」が依然「十分」でないことを示している。

最高検報告書は、DNA型鑑定に関する反省が未だに不足していると評するほかはない。

以下、最高検報告書にはない第一審、控訴審、上告審、再審請求審、即時抗告審、再審公判における検察官の問題点を指摘する。

##### (5)

第一審の公判立会検事は、本件捜査の主任検事だったが、既にみたように、本件起訴後に余罪2事件を取り調べ、菅家氏の自白が3件ともパターン化していることを第1回公判前の1992年2月4日には気付きながら、本件の自白を改めて吟味することをしなかった。その段階で、主任検事が菅家氏の自白が信用性に乏しいものであることに気付いていたとすれば、決済官である次席検事の了解を得たうえで、本件公訴を取り消すこともあり得たことは既にみた。

主任検事が、同年12月7日、最高検報告書が推奨した方法で供述を求めたところ、菅家氏は本件について明確に否認に転じたが、主任検事は、その重大性に気付かず、あろうことか、翌8日再び菅家氏に自白させ、かつ、かかる経過を秘匿し続けたことの問題性も既にみた。

なお、仮に、次席検事が否認の取調べテープを聴き、これを虚偽と判断して、菅家氏に再び自白させるよう指示したとしたら、主任検事にはもとより、次席検事にも、真実を見抜く力が決定的に欠けていたことになる。

同年12月22日の第6回公判で、菅家氏が家族に宛てた手紙を示されて突如否認に転じたとき、主任検事は、仮にそれまでに家族に宛てた手紙を読んでいなかったとしても、菅家氏が切々と自らの無実を訴え、DNA再鑑定を求めるとまで書いていることの重大性に気付くべきだった。

菅家氏が一審弁護人の助言に基づいて「遺族の調書に極刑とあったため怖くなって否認した。申し訳ない」という上申書を裁判所に提出したとしても、主任検事は、12月7日の否認に照らすと、菅家氏は無実ではないか

61) 佐藤博史「足利事件とDNA鑑定 最高裁への再鑑定請求」季刊刑事弁護13号102頁,105頁(1998)にも、「DNAが低分子化すると、MCT118という比較的長い塩基配列部位のDNA鑑定は困難になってくる(ただし、MCT118法による再鑑定は不可能でも、より短い塩基配列に着目した鑑定方法(いわゆるSTR法)やミトコンドリア法などによる再鑑定の余地は残されている)」と明記している。

と考えるべきだった。

しかし、検察官は、菅家氏が再び公判廷で自白したことを受けて、そのまま論告を行っただけでなく、判決期日として予定された第10回公判で菅家氏が本格的に否認に転じた際に、第三者（西巻糸子氏）の影響によって否認したにすぎないかのような、12月7日の否認を積極的に隠蔽したうえでの論告を行った。これは、弁護人や裁判所を完全に欺くものであって、厳しく批判されなくてはならない。

(6)

控訴審で、私を始めとする新たな弁護人が就き、最高検報告書が指摘する自白の問題点は、ほとんどすべて指摘した控訴趣意書が提出され、菅家氏の無実を証明する証人尋問が行われ、菅家氏が繰り返し無実を訴えたのに、控訴審に立ち会った検察官は、誰一人として、無実の者が無期懲役に処せられたことに気付かなかった。

特に科警研鑑定について、弁護人が、その電気泳動写真のバンドが不鮮明で、歪み、幅のあるものであるばかりか、一致する確率が1000人に約1.2人から1000人に約5.4人になったこと<sup>62)</sup>を指摘したのに、検察官は、その重大性に気付かなかった。

弁護人は、本件と同種の余罪2事件について、菅家氏が自白しながら検察官が起訴しなかったことは、菅家氏が重大事件で虚偽自白をすることを検察官も認めていることになる」と指摘して、余罪2事件の自白内容を明らかにするように求めた。しかし、検察官は、余罪2事件が本件の自白の信用性に影響しないと主張して、これに反対した。

最高検報告書の今回の指摘とは明らかに異なる主張を検察官が行い、その結果、真実の発見が決定的に遅れたことになる。

さらに、科警研が123マーカーではMCT118の正しい型判定ができないことを認めた上記科警研論文が弁護人から提出された際も、検察官は、その意味について科警研に問い合わせることをしなかった。科警研が

自ら再鑑定を申し出て、菅家氏の無実が判明していたら、悲劇は最小限で食い止められたのである。

(7)

上告審で、控訴審判決の誤りと科警研鑑定の危険性を説いた上告趣意書が提出されたが、検察官は、動こうとしなかった。

さらに問題なのは、弁護人が1997年10月28日菅家氏の毛髪を用いた弁護人の独自鑑定をもとに、菅家氏と犯人のDNA型は異なっている可能性があるから、STR法など最新の方法によるDNA再鑑定を請求したことについて、検察官が積極的な意見を述べなかったことである。

その時点では、本件が発生した1990年5月12日から7年余しか経過しておらず、公訴時効完成(当時は15年)までまだ8年あった。

最高検報告書が認めるように、本件の捜査に多くの問題があり、その多くが捜査の基本にかかわる事柄であったのなら、何故、最高検の検察官は、何もしなかったのか、厳しく問われなくてはならない。

(8)

再審請求審で、弁護人は、弁護人が独自に行った上記DNA鑑定を理由にDNA再鑑定を求め、死体所見は溺水の吸引を示しており菅家氏の自白は死体所見と矛盾する虚偽のものであると主張した。

検察官が死体所見に関する弁護人の主張を争ったのはともかくとして、DNA再鑑定を求める弁護人の主張に反対したことは、真実の発見を妨げたものとして厳しく反省する必要がある。

検察官は、科警研の偽りの権威の前になすべきことをなさなかったのである。

そして、再審請求審が係属中の2005年5月12日の経過とともに、本件について時効が完成し、犯人の検挙が不可能になった。

(9)

即時抗告審において、DNA再鑑定に至るまでの検察官の態度は、弁護人の立場から

62) なお、その確率は、上告審段階で、1000人に約6.23人になったことは既にみた。

も、極めて公正なものだったと評価することができる。

東京高裁の意向が示されたからとはいえ、検察官としてもDNA再鑑定に反対しないという意見が述べられたことにより、DNA再鑑定が円滑に実施されたのである。

しかし、DNA再鑑定の結果が示されたのちの検察官の態度は、真実を求めるのではなく、科警研の面子を保つためだけだったように思われる。すなわち、弁護側推薦の本田克也筑波大学教授（乙教授）の鑑定（以下、本田鑑定）が菅家氏のMCT118型を18-29、犯人のそれを18-24と鑑定し、科警研の18-29または30と大きく異なるものだったことから、検察官は、科警研の意向に忠実に、本田鑑定の信用性を否定することに汲々とした。

そして、検察官は、被害女兒の母親から被害女兒の臍の緒と母親の口腔粘膜の提供を受け、そのMCT118型を鑑定した。本田鑑定の18-24は、被害女兒または母親のDNAをPCR増幅し、そのMCT118型を鑑定した可能性があると考えたためである。しかし、検察官は、弁護人がその結果を明らかにするように求めても、明らかにしようとしなかった。

ところが、最高検報告書は、検察官あるいは科警研が本田鑑定の信用性を強く争ったことについて言及せず、再審開始決定が「乙教授による鑑定の信用性については判断するまでもなく」、検察官推薦の鈴木廣一大阪医科大学教授（甲教授）の鑑定によって菅家氏は犯人でない可能性が高いと判断したことだけを紹介している（11頁）。

(10)

再審公判でも、検察官は、鈴木鑑定のみを証拠請求し、裁判所が弁護側の請求を容れて、本田教授の証人採用を決定するや、自ら福島弘文科警研所長を証人請求し、本田鑑定の信用性を否定するための立証活動を積極的に行った。

しかし、福島所長は、反対尋問で図らずも被害女兒と母親のMCT118型を知っていることを暴露し、被害女兒が18-31、母親が30-31であることを認め（福島尋問調書353項～355項）、本田鑑定ではなく、科警研鑑定こ

そが被害女兒のDNAをPCR増幅し、そのMCT118型（18-31）を123マーカーで16-26と判定していた可能性があることを示す結果に終わった。

しかし、最高検報告書は、この点についても何ら言及せず、無罪判決について「他方、乙教授によるDNA型鑑定の信用性については言及されていない」とだけしか指摘していない（11頁）。

要するに、最高検報告書は、本田鑑定の信用性、翻って科警研鑑定の信用性について論ずることを回避しているのである。

しかし、犯人のMCT118型が科警研鑑定の18-(29), 30, (31)か、本田鑑定の18-24なのかは、科警研が被害女兒の半袖下着を用いて再鑑定すれば、容易に判明することである。

この点は、警察庁報告書の検討で詳論したので、繰り返さないが、足利事件の悲劇の元凶ともいえるべき科警研鑑定について、最高検報告書の論述は歯切れが悪いと言わざるを得ない。

既に指摘したように、鑑定機関が重大な誤りを犯したことが判明した場合は、独立した外部の監査を受けなければならないが、最高検報告書は、科警研の誤りを正すべき任務を放棄しているのである。

#### 4 「第5 再発防止のための方策」の検討

(1)

「第5 再発防止のための方策」で気付いたことは、以下のとおりである。

まず、最高検報告書が「本件から得られた教訓を共有化し、個々の検察官に対し、あらゆる機会を活用して改めて基本に忠実な捜査に心掛けるよう不断の指導をしていかなければならない」（22頁）とし、『検察としては、……今回の重大な事態を招いたことを厳粛に受け止めるとともに、本件において明らかになった問題点をも踏まえ、反省すべき点は率直に反省し、国民に信頼される検察の維持・発展に努める必要がある。／各検察官においては、改めて検察官の職務の重要性と責

任の重大性に思いを致し、基本に忠実な捜査・公判、すなわち、時の経過に左右されない「風雪に耐える捜査・公判」を徹底し、国民の負託に応える検察活動の実現に尽力しなければならない』(25頁)と結んだのは、当然のこととは言え、高く評価すべきである。

(2)

そして、最高検報告書は、「本部係検事」を全庁に新設配置することにし、各高検の本部係検事は、管内各地検の本部係検事が担当するいわゆる本部事件について、各種指導のほか、「事件処理及びその後の公判遂行の在り方等についても必要に応じて指導を行うこととした」とし、最高検の本部係検事は、各高検の本部係検事を通じ、各地検に対し、「捜査・事件処理及び公判遂行等についても指導を行うこととした」としている(23頁)。

注意を喚起しなければならないのは下線部分で、高検と最高検の本部係検事の役割<sup>63)</sup>には各地検の「公判遂行の在り方」について指導を行うこととされている。

しかし、既にみたように、最高検報告書には足利事件の「公判のあり方」を検証した箇所はない。しかも、足利事件の公判のあり方を論ずる場合、控訴審(東京高検)と上告審(最高検)も問題であり、地検の公判遂行だけが問題なのではない。

要するに、最高検報告書は、地検はもとより、高検、最高検の「公判活動の問題点と反省点」の検証を行っていないのであって、高検と最高検の本部係検事が、足利事件の教訓に学んで、必要に応じ地検の公判遂行を指導するといっても、具体的にはどのようなことを意味しているのか不明と言うほかはない。

差し当たりの教訓としては、科学的証拠について弁護士から再鑑定が請求された場合、真実発見の見地から、いたづらに反対せず、検察官としても積極的に再鑑定に協力することが考えられるが、いずれにしても、公判遂行のあり方の実質が示される必要がある。

(3)

最高検報告書は、「検察官の捜査能力の強化」の「(1) 科学的捜査に関する研修」と題して「DNA型鑑定などの科学的捜査、特に、犯人の異同識別に結び付く科学的捜査手法を活用するに当たっては、その科学的原理を十分に理解することはもとより、鑑定結果の意味とその限界などを正確に理解し、証拠価値について冷静に吟味・検討する必要がある」(23頁)として、研修等を実施することになっている。

検察官が科学的証拠の証拠価値を正確に理解していることは、科学的証拠によって人を処罰しようとする以上、絶対的な条件といわなくてはならないが、足利事件では、検察総体がDNA型鑑定の証拠価値を正確に理解していなかったのである。

同様のことが繰り返されないために、最高検報告書の提言は正しい。

しかし、弁護人の立場に立つと、科学的証拠に関する情報が弁護人に提供されないと、公判で正しく吟味できないことを指摘する必要がある。

そこで、新たな科学的証拠を刑事裁判に導入しようとする場合、検察は、まず弁護士会を通じて、その科学的原理を説明し、鑑定結果の意味と限界についても情報を提供する必要がある(裁判官にも情報提供する必要があることは既にみた)。

最高検報告書は、科学的証拠の証拠価値の冷静な吟味を検察官の「捜査能力の強化」によって図ろうとしているが、それだけではならず、公判廷での弁護側の批判的吟味に耐える科学的証拠こそが「風雪に耐える・・・公判」を実現する所以なのである。

弁護士は検察官の敵なのではない。検察官と弁護士は、立場を異にしなが、ともに刑事司法における正義を実現しようとする好敵手なのである<sup>64)</sup>。

63) 各地検の本部係検事の役割として、最高検報告書は、「殺人その他凶悪かつ重大な犯罪に係る事件等の捜査・公判に関する事項……を担当し」とあるが(22頁)、大半は、捜査に関する事項である。

64) 佐藤・前掲注39『刑事弁護の技術と倫理』234頁参照。

(4)

既にみたように、最高検報告書は、「取調べにおける留意点の周知徹底」として、『最高検察庁においては、今回の重大な事態を招いたことを踏まえ、今般、改めて、「取調べにおける留意点について」（本年4月1日付け最高検察庁刑事部長事務連絡）を發出し、……取調べに当たっては、被疑者の……迎合的性格の有無等その特性を十分に把握した上で、それぞれの特性等に応じ、取調べ時間、言葉の使い方、発問方法・内容等取調べ方法を工夫すべきことなど、被疑者の取調べに当たって留意すべき事項を全検察官に周知して徹底させることとした』（24頁）としている。

足利事件の取調べテープが明らかにしたのは、従来の基準で言えば何ら問題のないはずの取調べがいつも簡単に重大な虚偽自白を生み出すという驚くべき事実である。菅家氏が訴える暴行や脅迫は、これまでの基準で言えば、ほとんど問題にならないであろう。現に控訴審判決は、菅家氏が訴える事実があったとしても任意性が否定されることはない旨判示した。

つまり、暴行や脅迫など一見して任意性に疑問を抱かせるものが伴わなくても、捜査官が被疑者の無実の訴えに虚心に耳を傾けようとせず、例えば、自白するまで「本当のことを話してくれ」と繰り返すことも虚偽自白を生み出す要因なのである。さらに、被疑者が「私がやりました」と認めたからといって、それだけで自白したと考えてはならず、オープンな質問で犯行の詳細を話すように促さなくてはならない。

そして、その過程を録音・録画すれば、秘密の暴露を含む真実の自白か、それとも無知を暴露した虚偽の自白かを見抜くことができるはずである。

最高検報告書に取調べの録音・録画の必要性を認める記述を求めるのは無理であろう。しかし、最高検報告書があと一步のところま

で来ているのも確かである。

#### IV. 「足利事件の検証」の現段階

冒頭の「足利事件の検討」の視座に照らして、「検証の現段階」を確認すると、以下のように言うことができるだろう。

① 科警研鑑定について、「文科系」の警察庁と最高検は「理科系」の科警研の暴走を正しコントロールする方策を未だに見出していない。

警察庁が外部の研究者に依頼して科警研見解を相対化したことは評価できるが、科警研鑑定の誤りを剔抉するためには半袖下着のMCT118型鑑定を科警研に命じ、真に科学的な検証を行うことが必須である。

足利事件と同時期の科警研鑑定<sup>65)</sup>も徹底的に洗い直す必要がある。

科警研における鑑定のあり方も根本的に見直されるべきである。

DNA鑑定だけでなく「科学的証拠」一般の刑事裁判での取扱い、特に「再鑑定の保証」の観点から検討が急務である。

② 取調べのあり方について、警察庁報告書と最高検報告書が、異口同音に取調べの目的は、自白を得ることではなく、真実の供述を求めることとしたうえで、その高度化（適正化ではない）を説き、心理学等の知見を活用すべきとしたことは大いに評価できる。

しかし、両報告書が取調べテープの意義に敢えて触れていないのは「政治的な配慮」と言うほかはない。足利事件のテープを心理学者の分析に委ね、そこから学ぶ教訓を生かすことこそが、悲劇の再発を防止する最良かつ唯一の方法であることは明らかである。

③ 最高検報告書が明瞭に示すように、そして、無罪判決をはじめとする裁判所の沈黙が言外に語っているように、わが国の刑事司法システムは、「公判は冤罪防止のためにある」という刑事裁判の理念にそぐわないどこ

65) 既にみたように（前掲注41）、DNA鑑定で有罪とされながら、足利事件に光が射した2008年10月15日の直後に、死刑が執行された飯塚事件の科警研のDNA鑑定が重要である。

るか、むしろ反しているのではないかという疑いがある。

ブレーキが正常に作動しない刑事司法システムは、世界に誇るものとはなり得ない。裁判員裁判時代であれば、なおさら公判が正しく機能するためには何が必要なのかを再考する必要がある。

日弁連は、独立した調査権限をもつ冤罪原因究明のための第三者委員会の創設を提唱しながら、未だに足利事件の組織的な検証作業を開始していない。

わが国もイギリスの刑事再審委員会をはじめとする各国の制度に学んで、悲劇の教訓を将来に生かす道を確認する必要がある。

(さとう・ひろし)

## 論説

## 刑事司法分野における法整備支援

東京大学教授・検事

千田恵介

## I. はじめに

- 1 法整備支援とは
- 2 刑事司法分野における技術協力

## II. 我が国の刑事司法分野の技術協力

- 1 アジア極東犯罪防止研修所の活動
- 2 インドネシア国家警察改革支援プログラム
- 3 法務省法務総合研究所国際協力部による刑事分野での技術協力

## III. 国連薬物犯罪事務所（UNODC）による立法支援活動

- 1 国際連合の犯罪防止分野における活動
- 2 国際テロリズム対策
- 3 UNODCによる法整備支援活動
  - (1) 刑事に関する諸条約の内容
  - (2) 刑事に関する諸条約の義務履行過程での問題点
  - (3) UNODCの立法支援

## IV. むすびに代えて

## I. はじめに

## 1 法整備支援とは

法整備支援という言葉聞くようになってから、ずいぶん経つ。この言葉が最初に使われたのがいつかは必ずしもはっきりしない。独立行政法人国際協力機構（JICA）<sup>1)</sup>によるベトナムに対する民法起草助言に関する活動に関連して、1994年ころから「法制度整備」という言葉が使用され始め、その後、法制度整備に関する支援を指して「法整備支援」という呼称が定着したと言われている<sup>2)</sup>。JICAによる民商事法分野の法整備支援事業には、研究者、法律実務家等が専門家として関与していたが、1996年には法務省法務総合研究所が活動を始め、業務量の増大により、2001年に同研究所に同活動に専従する国際協力部が設置された<sup>3)</sup>。そして、同年6月12日の司法制度改革審議会意見書は、「法整備支援の推進」という項目を設け<sup>4)</sup>、「発展途上国に対する法整備支援については、政府として、あるいは、弁護士、弁護士会としても、適切な連携を図りつつ、引き続き積極的にこれを推進していくべきである」と述べ、法整

1) 2003年10月までは国際協力事業団（JICA）の略称は変わっていない。

2) 香川孝三＝金子由芳編著『法整備支援論 制度構築の国際協力入門』39頁〔子浦陽一〕（ミネルヴァ書房、2007）。

3) 香川＝金子編著・前掲注2)75頁〔相澤恵一〕。

4) 同意見書Ⅱ、第3.3。

備支援は、我が国の法律関係者が推進すべき活動の一つとされるに至った。

管見によれば、法整備支援という言葉の確立した定義はないようである。一般に、「発展途上国が行う法整備のための努力を支援することであり」、ア「具体的な法令作成に対する支援」、イ「法令の執行・運用のための体制の整備」及びウ「これらに従事する法律専門家の人材育成に関する支援」を広く含むものであるとされている<sup>5)</sup>。

このような意味での法整備支援、特にアの法令作成支援は、長い歴史を有する。我が国の律令制度整備も一種の法整備であるし(隋、唐の側に「支援」の意識があったかはともかく)、明治時代の仏独法等継受は、現在行われている法整備支援に近い内容を有している。戦後においては、冷戦下の1960年代から合衆国による「西側」開発途上国に対する「法と開発(law and development)運動」が始められ、その後、1980年代末から90年代初めにかけての冷戦終結・ソ連邦崩壊を受け、支援対象は、旧社会主義諸国に広がり、合衆国以外の欧米諸国や国際機関も支援を実施するようになった。開発途上国や経済移行国(economies in transition)における公正かつ効率的な市場経済社会の創出を目的とした、民商事法の立法支援に主に焦点を当てた活動が行われるようになったのである<sup>6)</sup>。我が国においても、多くの法律学者、法律実務家(裁判官、弁護士、検察官出身者<sup>7)</sup>、開

発援助専門家(JICA職員や研究者)等がベトナム、カンボジア、ラオスなどの諸国の民商事分野の法整備支援活動に携わってきており、これら関係者によって多くの紹介・論考が発表されている<sup>8)</sup>。

日本語で法整備支援と呼ばれている活動は、英語ではいくつかの呼ばれ方がある。語義が最も近いのは、legal systems development supportであろう<sup>9)</sup>、legislative assistance、legislative cooperationなどもよく使われるようであるし、law reform、justice reform、legislative draftingに対する支援(assistance、support)という表現も目にする<sup>10)</sup>。いずれにせよ、各国政府や国際機関などのドナーの活動には、上記ア～ウを包含するものが多くあり、これらを日本語では法整備支援と呼んでも必ずしも間違いではないであろう。

ただし、法整備支援の内容として、上記ア、イ、ウはそれぞれ独立して同じような重み・意味があるのではない。「法整備」という視点からは、アの法令作成支援が中心的意味を持ち、イ、ウは、「新たに採択された(又はされるであろう)法令等」の執行・運用に関する体制整備・人材育成として行われる場合に、法整備支援としての活動となるものと考えられる。既存の法令を活用することを前提に行う研修は、重要な技術協力(technical cooperation)<sup>11)</sup>ではあるが、法整備支援とは呼び難いように思う<sup>12)</sup>。この点に関し、司

5) 尾崎道明「法務省による法整備支援事業の新たな展開——国際協力部の新設」罪と罰38巻4号21頁、22頁(2001)。法務省サイト([http://www.moj.go.jp/housouken/housou\\_lta\\_lta01.html#part01-02](http://www.moj.go.jp/housouken/housou_lta_lta01.html#part01-02) 2010年5月27日最終検索)における説明も同様。JICA関係者は、これら3つに加えて、「市民の法律・司法制度へのアクセスの向上」を掲げることも多い(例えば、香川=金子編著・前掲注2)46頁〔子浦陽一〕)。

6) 法と開発運動などに関する以上の記述は、香川=金子編著・前掲注2)19-26頁〔香川孝三〕に基づく。

7) 民商事分野の法整備支援を担当する前記法務省法務総合研究所国際協力部には検察官出身者も職員として勤務している。

8) 例えば、香川=金子編著・前掲注2)の各論考及び同書末尾の参考文献、松下淳一「法整備支援のあり方について—カンボディア王国民事訴訟法案起草支援作業の経験から」塩川伸明=中谷和弘編『法の再構築〔Ⅱ〕国際化と法』205頁(東京大学出版会、2007)など。

9) 例えば、松下・前掲注8)205頁。

10) これらの語句をインターネットで検索してみるとよい。なお、legal assistance、judicial assistanceという語句は、国際刑事法の実務家が見ると、具体的な事件に関する司法共助、捜査共助等がまず思い浮かぶ。

11) 開発援助における技術協力の位置付け及び意味については、例えば、渡辺利夫=三浦有史『ODA(政府開発援助)日本に何ができるか』14頁(中央公論新社、2003)。

12) ただし、ドナー間の分業はあり得るし、望ましいことである。例えば、A国が起草を支援した法律の運用に

法制度改革審議会意見書は、前記引用部分（前掲注4）参照）の直前で、我が国は、「民商事法や刑事司法の分野において、アジア等の発展途上国の研修生の受入れ、専門家の派遣、現地セミナーの実施等による法整備支援を実施してきた」と記述している。この記述は、少なくとも刑事分野に関しては、我が国が従来行ってきた研修やセミナーが、新たな法令・法制度の運用又は新たな法令・法制度整備の可能性の検討なども扱ってきたことを法整備支援と評価しているものと考えられ、例えば、第一線の捜査官を対象とした麻薬犯罪の捜査手法に関する研修を法整備支援と捉えるものではないであろう（ただし、このような研修も重要であることに変わりはない）。

最近、法整備支援ではなく、法制度整備支援という言葉が再び使われることも多いようであるが<sup>13)</sup>、本稿では、法整備支援という言葉を用い、上記のとおり、法令作成支援を中心とした活動を表す意味のものとして使用することにする。

## 2 刑事司法分野における技術協力

司法制度改革審議会意見書が指摘するとおり、刑事司法分野においても、技術協力の一環としての研修・セミナーの実施や専門家派遣については、我が国はかなりの実績を有している。

まず、1961年に締結された国際連合と日本国政府との協定により1962年に設立されたアジア極東犯罪防止研修所（東京都府中

市）<sup>14)</sup>が、以後約50年にわたり、JICAと協力の上、アジア諸国を始めとする世界各国の刑事司法分野の実務家を対象にさまざまな研修を実施してきている。「アジア研」と略称される<sup>15)</sup>同研修所の活動については、多くの文献で紹介がなされており、またアジア研自身も多数の報告書等を公表している<sup>16)</sup>。しかしながら、同研修所における技術協力は、後述するように、一定のテーマについての捜査、公判、犯罪者処遇面での課題を取り上げてその対策を検討する研修活動が主なものであり、その過程で必要な立法について検討することはあっても、具体的な法律そのものの起草を支援することはあまりなかった。また、警察の分野では、警察大学校国際警察センター<sup>17)</sup>が警察運営、捜査手法、鑑識技法などの分野で幅広い研修を行ってきているものの、やはり本格的な法整備支援をその内容とするものではないようである<sup>18)</sup>。

一方で、国外においては、国際連合を始めとする国際機関やドナー国が、開発途上国に対して、薬物犯罪、マネー・ローンダリング、腐敗（汚職犯罪等）、テロリズム関連犯罪対策などの分野で立法の支援を提供してきている。

筆者は、2003年から2007年まで上記アジア研に勤務した後、2007年から2009年2月まで国連薬物犯罪事務所（UNODC）東アジア・太平洋地域センター（バンコク所在）に派遣されて、主に同地域内の各国に対するテロリズム関連犯罪対策の立法支援を担当した。本稿は、筆者のこれらの経験に基づき、刑事司法分野の法整備支援の概況を紹介し、若干の

関する支援をB国が行うような場合、B国の支援も法整備支援とみなし得る。

13) 2009年4月に法制度整備支援に関する局長級会議により採択された「法制度整備支援に関する基本方針」（<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oda/seisaku/keitai/gijyutsu/houseido.html> 2010年5月27日最終検索）や平成21年版犯罪白書第2編第6章第4節2（92頁）など。

14) 同研修所は、法務省法務総合研究所国際連合研修協力部の職員が運営を担当している。国連との協定に基づき、所長の任命には国連事務総長の同意が必要である。

15) 英文ではUNAFEI（ユナフェイ）と略される（United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders）。千葉市美浜区にあるアジア経済研究所（独立行政法人日本貿易振興機構〔JETRO〕の研究所）もアジア研と呼ばれており、こちらのアジア研も非常に有名である。

16) アジ研サイト（<http://www.unafei.or.jp> 2010年5月27日最終検索）参照。

17) 2006年までは国際捜査研修所と呼ばれていた。警察庁のサイト（<http://www.npa.go.jp/keidai/keidai.files/kokusai.html> 2010年5月27日最終検索）参照。

18) ただし、アジ研及び警察の活動にも法整備支援の性格を持つものがあること及び上記法務総合研究所国際協力部も刑事司法分野での活動を行っていることについては、後記II参照。

個人的印象を述べるものである。以下、まず、我が国における今までの刑事司法分野での技術協力につき、主にアジア極東犯罪防止研修所の活動を中心に述べ（Ⅱ）、続いてUNODCによる立法支援活動の概要を紹介した上で（Ⅲ）、若干の印象を述べることとする（Ⅳ）<sup>19)</sup>。

## Ⅱ. 我が国の刑事司法分野の技術協力

### 1 アジア極東犯罪防止研修所の活動<sup>20)</sup>

上記のとおり、1962年に設立されたアジア研は、同年9月に第1回国際研修を実施し、本稿執筆時点の2010年5月末の時点では第145回国際研修を実施中である。このような番号が付された研修は、創設以来アジア研の活動の中核をなしてきたものであり、年に3回実施されてきた（このうち1回は上級幹部を対象とするものであるので、高官セミナーと呼ばれている）。これらの研修・セミナーは、1か国を対象とするものではなく、アジアを始めとする開発途上国十数か国・地域及び日本の裁判、検察、警察、保護、矯正等の分野から、それぞれ1名又は2名の研修員が参加するものである<sup>21)</sup>。テーマは、国連犯罪防止委員会（後記Ⅲ 1参照）の決議等で決定される国連の犯罪防止・刑事司法分野の活動方針等を参考にして、研修・セミナー毎に設定される。特定の犯罪対策を検討するもの（経済犯罪対策、国際組織犯罪対策など）、犯罪者の処遇について検討するもの（性犯罪者の処遇問題、施設外処遇問題、過剰拘禁問題

など）のほか、被害者保護、証人保護などの問題に焦点を当てたテーマもある。また、1998年からは、汚職対策等を検討する汚職防止刑事司法支援研修が毎年1回開催されている。この研修も、番号付きの研修・セミナーと同様に、多数国の研修員が参加する多国間（マルチ）の研修である。これらの研修では、まずアジア研教官<sup>22)</sup>により日本の刑事司法制度の概要が説明され、次に各研修員が、各テーマに関する自国の法制度及び運用状況、課題などを発表する（質疑応答も活発である）。その後、客員専門家（そのテーマに関する著名な研究者や先進的取組みを行っている国の担当責任者などが世界各国から招かれる）や外部講師（我が国の第一人者<sup>23)</sup>）の講義や関係個所の見学を実施する。研修の仕上げとして、研修員を2, 3グループに分けて、それぞれテーマを与え、検討・議論させるグループ・ワークショップが行われ（客員専門家及び教官も参加して適宜助言する）、それぞれのグループの結論の発表及び質疑応答が行われて研修が終了するというのが典型的なカリキュラムである。このような多数国の研修員からなる研修は、そもそも具体的な法令案の作成を目的とするものではないが、他国の制度の長所・短所を理解した研修員が、帰国後、自国の法制度・運用の改善を検討することが期待されている。

これら多数国を対象としたマルチの活動のほかに、アジア研は、1か国を対象とした活動も実施している。特定の国の研修員を日本に招いて実施する2国間研修と呼ばれる研修がその一例である。通常20名程度を日本に招き、1か月程度の研修を行う。これは、1995年から実施されている中華人民共和国を対象

19) 本稿の記述は、注記したものの以外は筆者の見聞によるものである。

20) 以下、アジア研に関する記述は、注16)のアジ研サイトの記事及び筆者の経験に基づく。なお、以下いまいち記さないが、アジア研の研修、セミナー等の活動は、JICA及びアジア刑政財団との協力によるものである。

21) 例えば、2010年1月から2月に実施された第144回高官セミナーには、バングラデシュ、ブラジル、グアテマラ、インドネシア、ナイジェリア、パキスタン、パプアニューギニア、ペルー、フィリピン、バヌアツ、ベトナム、イエメンの各国並びに日本の裁判所、検察庁、警察庁、保護観察所及び矯正官署等から研修員が参加した。

22) アジ研には、裁判官、検察官、警察官、矯正職員、保護観察官出身の教官が勤務している。

23) 例えば、汚職捜査がテーマの場合には、東京地方検察庁特捜部長（現職又は前職）に講義を依頼したことも何度もある。

とした中国犯罪防止及び刑事司法研修が最初のものであり、その後、ケニア（2000年から）、タジキスタン（2002年－2004年<sup>24)</sup>）、フィリピン（2003年から）、タイ（2004年－2006年）を対象として実施されている<sup>25)</sup>。中国に対する研修では、研修員は政府の種々の機関<sup>26)</sup>から派遣されており、特定のテーマを総合的に検討するという色彩が強いが<sup>27)</sup>、ケニア、タイ、フィリピンの研修は、焦点を絞ったテーマについて、限定された職域出身の研修員を対象とするものであるという点で、大きな特徴を有している。これらの研修は、具体的な法令の作成・改正も検討の範囲に含めるといふ意味では、法整備支援としての性格も有していると言える。

ケニアに対する研修は、ケニア非行少年処遇制度研修と呼ばれるものである。同国では、犯罪や非行に走る少年たちが増加し、大きな社会問題となっていたところ、不良成人が非行化した少年たちを影響下に置き、その犯罪者化を促進して治安が悪化していた状況を背景として、犯罪・非行少年の保護を担当する同国のジェンダー・児童・社会開発省児童局に対する支援が検討され始めた。そして、1997年以降、毎年複数のアジ研教官がJICAの短期専門家としてケニアに派遣され、「児童専門官、児童保護司及び児童収容施設職員のための全国基準」を起草し、併せて、実務マニュアルを作成するなどした。ケニア非行少年処遇制度研修は、アジ研教官の現地での継続的な支援活動を更に定着させ、ケニアの制度の一層の向上を図ることを目的とし

て、2000年から開始されたものであり、処遇制度に関する基準策定を受けてその定着を図るために研修を実施するという点で、法整備支援としての性格が強いものと言えよう。同研修の研修員は、主に上記児童局の職員であるが、警察官、検察官、裁判官も参加した。少年事件に携わるこれらの実務家の理解が得られなければ、制度改革はおぼつかないからである。

フィリピンに対する研修は、フィリピン保護司制度の活性化を目指すものである。同国は、1977年に、我が国の制度をモデルにして、犯罪者の改善・更生と犯罪予防に従事するボランティアとしての保護司制度を導入し、1980年代には、約3,000名の保護司が活発に活動し、保護観察対象者の処遇にあっていたが、1990年代から2002年にかけて、保護司の数が急激に減少した。地域社会に基礎を置いた民間ボランティアとしての保護司は、刑事司法における市民参加を促進するための重要な役割を担っている。そこで、日本の保護司制度をモデルにフィリピンの保護司制度の再活性化を図ることを目標に2003年からフィリピン保護司制度活性化セミナーが開始された。これは、フィリピン司法省保護局の職員を対象とした研修であり、同局職員を日本に招いて行う研修と、テレビ会議システムを使用して行う遠隔地セミナーの2本立てで実施されている<sup>28)</sup>。

タイに対する研修は、同国の国家汚職取締委員会<sup>29)</sup>事務局の職員を対象として、腐敗<sup>30)</sup>抑圧、政治家・公務員等の資産調査、

24) 2005年からは、ウズベキスタン、カザフスタン、キルギス、トルクメニスタンを加えた5か国に対する中央アジア刑事司法制度研修に発展的に解消した。

25) なお、いずれの2国間研修も、我が国での活動を開始する前に、アジ研職員が対象国を訪問して現地で調査・助言等を行っており、現地での活動と其後の国内における研修は密接に関連している。

26) 全国人民代表大会事務局職員、司法部、最高人民法院、最高人民検察院、公安部等の高官、省や自治区の職員、弁護士（律師）など。

27) タジキスタン研修も同じような性格のものであった。

28) この研修の正式名称は何度か変わっている（前掲注16)のアジ研ホームページ参照）。

29) 汚職・腐敗行為に対する捜査・調査（刑事・行政制裁を目的とする）、政治家・公務員等の資産の調査、腐敗防止対策の策定など汚職・腐敗問題一般に対して広範な権限を有する組織であり、事務局職員が実際の捜査・調査を担当する。

30) 英仏文のcorruptionの訳語として、最近、「汚職」の語に代わって、「腐敗」がよく使用されている。「汚職」でイメージするよりは広く、公務等に関する不法・不当な行為一般を含むことを示すためであろう。例えば、我が国の刑法第2編25章「汚職の罪」には、職権濫用と贈収賄の罪しか定められていないのに対し、2003年に採択

腐敗防止に関する能力及び効率性を高めることを目的とする技術協力プロジェクトの一環として実施された。このプロジェクトは2004年から2006年までの3年間のプロジェクトであり、同委員会事務局職員約20名を日本に招いて行うタイ汚職防止支援研修と、バンコクで約60名の職員を対象として行う現地研修を、それぞれ3回ずつ実施した。現地研修には検察官、裁判官、マネー・ローンダリング対策庁の職員も特別参加をしたが、これは、上記ケニア研修同様、関係する機関の協力が汚職・腐敗対策に不可欠だからである。本研修では、腐敗の防止に関する国際連合条約（前掲注30）を始めたとした腐敗の抑圧・防止に関する国際的取組みや、我が国の汚職捜査・税務調査手法等に関する講義、同委員会事務局各部署の扱った成功例、失敗例の分析、改善案の検討などを行ったが、その過程で、タイの法律の特定の条項に問題があるとの認識が研修員の間で共有されるに至り、3年間のプロジェクト終了後ではあるが、当該条項の改正が実現されるなど、各職員の捜査・調査能力の向上等の効果に加えて、法令の改善の成果も得られた。

このように、特定の国の特定の機関の職員を対象とした研修は、焦点を絞ったカリキュラムを実施することができるという点では、具体的な法令の改正にもつながりやすいという利点を有している。しかし、現実に法令を改正するには、関係省庁の理解と協力が不可欠であり、実際に新規立法や法改正を目的とした活動を実施するためには、上記ケニアやタイの例のように関係する機関を関与させることが重要である<sup>31)</sup>。

## 2 インドネシア国家警察改革支援プログラム

我が国の警察も、上記のとおり、国際警察センターにおいて、各国の警察官を対象とした研修を実施しているが、特筆すべき活動の1つとして、インドネシア国家警察改革支援プログラムが挙げられる。インドネシアでは、1998年に、30年以上続いたスハルト政権が崩壊し、民主化改革の一つとして、国家警察が国軍から分離・独立して治安責任を負うこととなったが、国民の要望に臨機応変に対応した円滑な警察活動の実施が十分に行われていなかった。そこで、日本の警察庁は、インドネシア国家警察の要請を受け、その組織文化と職員の意識の変化を促し、国の警察制度全体の改革を支援するため、JICAと協力して、2001年から、本プログラムを開始した。プログラムの内容は、国家警察長官政策アドバイザー兼プログラム・マネージャーとして同国に派遣された日本の警察庁の高官（審議官級）が、インドネシア国家警察と協議して策定したものである。このプログラムは、インドネシア警察幹部職員を対象として日本で研修を実施する一方で、インドネシア国内でも市民警察活動促進プロジェクトと呼ばれる活動等を実施している。これは、同国の警察署の中から、住宅地、商業地、工業団地、農漁村等多様な特性を有する地域を管轄しており、協力の成果を他の警察署に導入しやすい特色を有する警察署をモデル警察署に選定し、日本から派遣された警察職員（複数）がインドネシアの警察官と共に活動をしながら業務指導や組織管理に関する助言を行うというものである<sup>32)</sup>。

された「腐敗の防止に関する国際連合条約」（英文名は United Nations Convention against Corruption、同じく正文である中国語名は、联合国反腐败公约）の第3章「犯罪化及び法執行」には、贈収賄、公務員による財産の横領・不正使用その他目的外使用、影響力に係る取引、職権の濫用、不正な蓄財、民間部門における贈収賄・財産の横領などの犯罪が列挙されている。なお、本条約は、2005年12月14日に発効しているが、日本は未締結である。

31) どの機関を関与させるかは国情によって異なるが、刑事司法分野においては、裁判所、検察及び警察が重要であろう。犯罪収益規制やテロ資金供与規制の面からは財務・税務当局の協力が必要な場合も多い。

32) 以上の記述は、平成17年版警察白書第2章第3節(1)に基づくものであるが、筆者が別件でインドネシア出張中（筆者は2007-2008年に5回同国に出張した）に接した同国警察幹部の多くは本プログラムに対する我が国の貢献を非常に高く評価していた（当時筆者は国連職員であったので日本政府に対するお世辞とばかりは言えない）。

以上、我が国における刑事司法分野での技術協力のうち、法整備支援の要素も有するものとして、アジアの活動とインドネシア国家警察改革支援プログラムを取り上げたが、無論、これらの活動にも課題や問題点がないわけではない<sup>33)</sup>。ただ、それぞれの活動の基本的方向は正しいものと思われ、適切な評価と改善を怠らずに活動を継続していくべきであらう。

### 3 法務省法務総合研究所国際協力部による刑事分野での技術協力

冒頭に述べたとおり、法務省法務総合研究所は、1996年民商事分野の法整備支援を開始し、2001年には同研究所に国際協力部が設置されて同業務に専従するようになったが<sup>34)</sup>、刑事司法の分野でも、ベトナム、ラオス両国において「検察官マニュアル」を作成する等の活動をしてきており、今後もベトナムに対する刑事訴訟法改正支援の一環として同国検察院職員を対象に研修を行う予定である<sup>35)</sup>。

## Ⅲ. 国連薬物犯罪事務所(UNODC)による立法支援活動

### 1 国際連合の犯罪防止分野における活動

国際連合薬物犯罪事務所 (United Nations Office on Drugs and Crime: UNODC)は、1997年に国連薬物統制計画と国際犯罪防止センターが統合されてできた組織である<sup>36)</sup>。本部はウィーンにあり、世界各地に地域事務所がある<sup>37)</sup>。UNODC職員には、各国の裁判官、検事、弁護士等法律実務家出身者が多く<sup>38)</sup>、国際刑事裁判所 (ICC)を除けば、国連システム内で唯一の国際刑事法の専門家集団である<sup>39)</sup>。

国連は、1950年12月1日に採択された総会決議415(V)<sup>40)</sup>により、戦前から活動をしていた国際刑法監獄会議の機能を引き継ぐことを決定し、刑事司法分野での活動を開始した<sup>41)</sup>。その後、国連では、5年に1度開催される国連犯罪防止会議<sup>42)</sup>などの活動を通して、例えば、被拘禁者処遇最低基準規則<sup>43)</sup>や法執行官行動綱領<sup>44)</sup>の採択などの

33) 問題点の指摘として、例えば、香川=金子編著・前掲注2)248頁〔河村有教〕。

34) 相澤・前掲注3)75頁。

35) 平成21年版犯罪白書第2編第6章第4節2〔92頁〕、小口光「ラオス検察官マニュアル作成支援」法務省法務総合研究所国際協力部報ICD NEWS第30号74頁(2007)、森永太郎「各国法整備支援の状況 ベトナム」ICD NEWS第37号12頁(2008)等参照。なお、国際協力部が検察官を対象とする活動を始めた経緯については、山下輝年「ヴィエトナム刑事法の特色と司法改革に関する一考察～第18回ヴィエトナム国法整備支援研修(人民検察院対象)から～」ICD NEWS第5号125頁(2002)参照。

36) ホームページは、<http://www.unodc.org> (2010年5月27日最終検索)。

37) 前掲注36)のホームページからField Offices所在地の地図が閲覧可能である)。

38) さらに、国際法を専門とする外交官出身者も多い(次注の尾崎久仁子氏は日本の外交官出身である)。

39) 尾崎<sup>(ママ)</sup>久仁子「国連ウィーン本部、薬物犯罪事務所・条約局長の一日(日本についても、ちょっとだけ)」(<http://www.tkfd.or.jp/research/project/news.php?id=241>, 2008年4月23日作成)なお、尾崎氏は、2009年までUNODC条約局長であったが、現在は国際刑事裁判所判事の職にある。

40) 国連総会、安全保障理事会、経済社会理事会の決議(英文)は、国連サイトの<http://www.un.org/en/documents> (2010年5月27日最終検索)から入手可能である(他の国連公用語〔アラビア語、中国語、フランス語、ロシア語、スペイン語〕による文書検索画面にも同サイトから簡単に移動可能)。

41) 初期の国連の刑事司法分野の活動については、長島敦『犯罪防止と犯罪者の処遇：国連と世界の動き』(成文堂、1984)参照。

42) United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice。2000年にウィーンで開催された第10回まではUnited Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offendersと呼ばれていた。

43) Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners。本規則については、芝原邦爾『刑事司法と国際準則』25頁(東京大学出版会、1985)以下参照。

44) Code of Conduct for Law Enforcement Officials。芝原・前掲注43)167頁参照。

成果を挙げてきた。しかしながら、国連その他の国際機関の場においては、薬物対策が、活動、予算、人員ともに犯罪問題一般を規模で圧倒している状況が続いていた<sup>45)</sup>。犯罪部門の比重が高まってきたのは、1992年に経済社会理事会の機能委員会として国連犯罪防止委員会が創設され<sup>46)</sup>、また、国際組織犯罪が問題とされるなどの動きが始まってからである。

国際組織犯罪対策も、最初は薬物犯罪対策から始まった。薬物の不正取引は、組織化・大型化の度合いを強め、国際的犯罪組織による国境を越えた薬物不正取引は大きな収益を上げるようになり、その収益の隠匿・偽装・收受（いわゆる資金洗浄〔マネー・ローンダリング〕）についても、国際金融機関を利用した複雑な手法が使われるようになって、これらの活動に対する対策が大きな課題となったからである。1988年に採択された麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約（麻薬新条約<sup>47)</sup>）は、犯罪収益等の隠匿等の犯罪化やコントロールドデリバリー<sup>48)</sup>などの新たな捜査手法の導入を締約国に

求めた。また、1989年に開催された主要国首脳会合（当時はG7）アルシュサミットにより資金洗浄対策を検討する金融活動作業部会（FATF）が招集され、資金洗浄に関する40の勧告が採択された<sup>49)</sup>。その後、1994年のG7ナポリサミット<sup>50)</sup>で国際組織犯罪問題が初めて首脳間の議題として取り上げられ、同年ナポリで開催された組織犯罪に関する世界閣僚会議等の結論を受けて、組織犯罪対策に関する国連条約を作成すべきであるとの機運が高まり、1998年12月に採択された国連総会決議53/111が条約起草委員会を設立した。そして、同委員会の審議を経て、2000年11月15日に、総会決議55/25により、国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約（国際組織犯罪防止条約）が採択された<sup>51)</sup>。また、2003年10月31日国連総会決議58/4が腐敗の防止に関する国際連合条約を採択した。こうして、1961年の麻薬に関する単一条約から2003年にかけて、国際麻薬3条約、国際組織犯罪防止条約及び3議定書並びに国連腐敗防止条約という薬物・犯罪関係の諸条約が成立したのである<sup>52)</sup>。これ

45) 薬物問題を扱う経済社会理事会の機能委員会である国連麻薬委員会（Commission on Narcotic Drugs）は1946年に創設され、同委員会及び国際麻薬統制委員会（International Narcotics Control Board）を中心としてさまざまな活動が行われた。薬物問題も犯罪問題ではないかと思われるかもしれないが、代替作物の問題（ケシやコカインを栽培する農家に合法的な換金作物の耕作を勧めること）等、通常の犯罪対策とは異なる活動が国内的・国際的に実施されてきている。

46) Commission on Crime Prevention and Criminal Justice. なお、1992年以前には犯罪防止問題を検討する専門家会合があったが、経済社会理事会の機能委員会は政府間会議であるので、同委員会設立の意義は大きかった。

47) 1961年採択の麻薬に関する単一条約、1971年採択の向精神薬に関する条約と合わせて国際麻薬3条約と呼ばれる。

48) 税関等で荷物に隠匿された不法薬物を発見してもその場で押収せず、監視下においた上でそのまま配達して関係者の一括逮捕を図る、いわゆる泳がせ捜査の手法（同条約11条）。薬物を無害な類似品に入れ替える場合もある（クリーンCDと呼ばれる）。

49) FATFの40の勧告（1996年及び2003年に改定）及びテロ資金供与防止に関する9の特別勧告（2001年採択、2004年改定）のテキスト等は下記サイト参照。[http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en\\_32250379\\_32236920\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236920_1_1_1_1,00.html)（2010年5月27日最終検索）。

50) 1998年のバーミンガムサミットまでの経緯については、外務省の国際組織犯罪資料（<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/summit/birming98/hanzai.html>、2010年5月27日最終検索）参照。

51) 本条約採択の経緯は、条約を採択した国連総会決議55/25自体の前文に簡単にまとめられている。なお、同決議は、条約自体（本体条約）のほかに、人身取引防止及び移民密入国防止に関する2つの議定書も採択した。また、2001年5月31日の総会決議55/255により銃器議定書も採択した。なお、本体条約は2003年9月29日、人身取引防止議定書は2003年12月25日、移民密入国防止議定書は2004年1月28日、銃器議定書は2005年7月3日に発効したが、日本は本体条約、3議定書すべて未締結である。なお、3議定書の正式名称はかなり長いものであり、英文については後掲注52)のサイト、日本文については下記外務省サイトを参照されたい。<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/soshiki/boshi.html>（2010年5月27日最終検索）。

52) これらの条約及び議定書の国連公用語テキスト及び各国の批准状況は、UNODCのサイト（<http://www.un>

らの条約は、後述のとおり加盟国に対して刑事法の分野で一定の措置を採るよう義務付けているが、義務の履行状況等を検討・検証するための機関も設立しており<sup>53)</sup>、これら機関の事務局はUNODCが務めることとされている。そして、UNODCは、その任務の一環として、これら薬物関連条約、犯罪関連条約<sup>54)</sup>の義務履行のために必要な国内法の整備について、開発途上国を支援しているのである。

## 2 国際テロリズム対策

テロリズムへの対応は別の経緯をたどった<sup>55)</sup>。第2次大戦後、ハイジャック、シージャック、人質事件等の国際テロ行為が頻発し、これに対して国際的対応を採る必要性が唱えられたが、一方で、テロリズムの定義については、パレスチナ紛争の評価についての立場の違い等から国際的な合意は得られなかった(現在でも得られていない)<sup>56)</sup>。そこで、テロリズムに対しては、テロ行為の具体的な内容(ハイジャック、外交官に対する攻撃、人質を取る行為、シージャック、爆弾テロ、テロ資金供与など)に焦点を当てて対策を採ることとされ、1963年から1999年にかけて、12の条約・議定書が採択された<sup>57)</sup>。これらの条約は、国際民間航空機関(ICAO)、国際海事機関(IMO)、国際原子力機関(IAEA)

など、国連以外の国際機関の枠組み内で交渉・採択されたものも多く(ハイジャック[ICAO]、シージャック[IMO]、核物質の防護[IAEA]など)、国連で採択されたものも、その起草作業は、ニューヨークをベースに国連総会第6委員会(法的事項を扱う)で行われたものであって、ウィーンのUNODCは関与していなかったし、薬物関連条約や犯罪関連条約の締約国会合のような実施状況を検討する機関(前掲注53)参照)も置かれていなかった。

ところが、2001年9月11日に合衆国で発生した同時多発テロにより状況が一変する。事件から3週間経たない同月28日、国連安全保障理事会は、国連憲章第7章の規定の下で<sup>58)</sup>、決議1373を採択し<sup>59)</sup>、①すべての国は、ア)テロ行為(terrorist acts<sup>60)</sup>)への資金供与等の防止・抑止、イ)テロ行為への資金供与等の犯罪化、ウ)テロ行為の実行者とその支援者等の資金の凍結を実施しなければならないと決定し(同決議第1パラグラフ(a)-(c))<sup>61)</sup>、②すべての国に対して、できるだけ早期にテロリズムに関連する国際条約及び議定書(テロリズムに対する資金供与の防止に関する国際条約[テロ資金供与防止条約、1999年]を含む)の締約国となるよう求め(同第3パラグラフ(d))、③同決議の履行状況を監視するための委員会を設置すること(同第6パラグラフ)などを決定した。この決議

odc.org/unodc/en/treaties/index.html?ref=menuse, 2010年5月27日最終検索)で入手可能である。

53) 国際麻薬統制委員会(前掲注45)参照)並びに国際組織犯罪防止条約(32条)及び国連腐敗防止条約(63条)の各締約国会合。

54) 前掲注52)のサイトでは、上記条約等をDrug-Related TreatiesとCrime-Related Treatiesに大きく分けている。なお、Terrorism-Related Treatiesの表示もあるが、ここをクリックしてテロ関連条約のテキストを入手しようとすると後掲注64)のサイトに移動する。

55) テロリズムに関する国際社会の対応については、中谷和弘「テロリズムに対する諸対応と国際法」山口厚＝中谷和弘編『融ける境 超える法② 安全保障と国際犯罪』103頁(東京大学出版会、2005)参照。

56) 中谷・前掲注55)104頁。

57) 中谷・前掲注55)106頁。英文は後掲注64)のサイト参照。

58) 国連憲章第7章の規定(特に39条～42条)により、安全保障理事会は、平和に対する脅威等の存在を認定した上で一定の強制措置を採ることができ、国連加盟国はこの安全保障理事会の決定を受諾し履行しなければならない(同憲章25条)。山本草二「国際法(新版)」714頁(有斐閣、1994)以下参照。

59) 同決議を始め安全保障理事会決議のテキストの入手方法については前掲注40)参照。日本語訳は、下記サイト参照。[http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/terro/pdfs/anho\\_1373.pdf](http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/terro/pdfs/anho_1373.pdf) (2010年5月27日最終検索)。

60) terrorist actsは同時多発テロに限るとの限定はない。一方で、この語の定義もなされていない。

61) 国連全加盟国に対する義務付けである。中谷・前掲注55)109頁も参照。

は、①のとおり安全保障理事会が全国連加盟国に対して特定の行為を犯罪とするよう義務付けたものであるが<sup>62)</sup>、②及び③は、法整備支援という本稿のテーマとも密接な関連を有している。つまり、②により国連加盟国はテロリズム関連国際諸条約（これは最低限、上記12の条約等を含むものと理解されている）の締約国となるよう求められ<sup>63)</sup>、更に③により同決議の履行状況を監視（monitor）するテロ対策委員会（Counter Terrorism Committee）が設置されたことから、同委員会は、国連加盟国によるテロリズム関連諸条約<sup>64)</sup>の締結状況もモニターすることとなったのである。その後、安全保障理事会は、2004年3月26日の決議1535により、テロ対策委員会の活動を補佐する部局（Counter Terrorism Executive Directorate, CTED）をニューヨークに設立し、CTEDが安全保障理事会決議1373の各国による履行状況を調査するようになった。CTEDによる調査には、各国のテロ関連諸条約の締結状況も含まれていたが、開発途上国の中には、これら条約の義務を実施するために必要な法律がなく、かつ新たな立法を行うことのできる人材や資金が十分でない国が多く、そのための技術支援の必要性が認識されるようになった。ところが、CTEDは決議1373の履行状況を監視するために設置された組織であり、技術支援を実施する十分な体制がなかったため、薬物関

連条約、犯罪関連条約で技術支援の実績を有していたUNODCが立法の支援活動を行うようになったのである。国連各国はUNODCの活動を評価し、2006年9月20日の国連総会決議60/288で採択された「国連グローバル・テロ対策戦略<sup>65)</sup>」（The United Nations Global Counter Terrorism Strategy）も、UNODCに対して、テロ対策諸条約の実施に關しての技術協力活動の強化を求めている<sup>66)</sup>。

### 3 UNODCによる法整備支援活動

#### (1) 刑事に関する諸条約の内容<sup>67)</sup>

上記2、3のとおり、UNODCは、国際麻薬3条約、国際組織犯罪防止条約及びその議定書、国連腐敗防止条約並びにテロリズム関連諸条約の実施に關して、立法支援を含む技術協力を開発途上国に対して提供してきている。この立法支援は、特定の条約の義務履行のための法整備を目的としており、取り組むべき範囲は、刑法・刑事訴訟法など基本法の起草支援とは異なり、かなり限定されている。

これら諸条約の内容はさまざまであるが、刑事法の観点から見ると、ほとんどの条約・議定書について共通点が見られる<sup>68)</sup>。それらは、①犯罪化（締約国に対して条約で定義された特定の行為を犯罪として処罰可能とするように義務付ける<sup>69)</sup>）、②管轄に關する規

62) 日本は2002年6月に公衆等脅迫目的の犯罪行為のための資金の提供等の処罰に關する法律（平成14年法律第67号、テロ資金供与処罰法）を採択し、同月11日に上記テロ資金供与防止条約の受諾書を寄託している。

63) 条約の締約国になるには批准、受諾、承認、加入などの方法がある。山本・前掲注58)596頁参照。

64) なお、2005年に核によるテロリズムの行為の防止に關する国際条約（核テロ防止条約）が採択され、さらに、同年、原子力施設の防護や核物質を使用した船舶等の攻撃を防止するための措置に關して規定するために12条約のうち3条約・議定書を改正する国際約束が採択された（改正する国際約束は、一定数の国に批准等をしないと発効しない）。2005年以降、テロ対策委員会は、これら2005年の新条約・改正についても各国に批准等を求めている。これら条約等の名称及び英文テキストは、<http://www.un.org/terrorism/instruments.shtml>（2010年5月27日最終検索）で入手可能である。他の国連公用語のテキストにも同サイトから簡単に移動できるが、ICAO採択の条約等には中国語の正文はない。

65) 日本語の紹介は、外務省サイト（[http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/terro/kyoryoku\\_01\\_un.html](http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/terro/kyoryoku_01_un.html)、2010年5月27日最終検索）参照。

66) 同総会決議Annex III第7パラグラフ。

67) 以下の記述で条約の条文を挙げる場合、日本語を容易に参照できるように、できるだけ、奥脇直也編集代表『国際条約集 2010年版』（有斐閣）に掲載されているものを挙げるようにした。

68) 例外もある。例えば、テロ関連諸条約の一つである可塑性爆薬の探知のための識別装置に關する条約（プラスチック爆薬探知条約、1991年）には、刑事に關する条項はない。

定（犯罪化の対象となる行為について、一定の場合に国外犯に対する裁判権を設定することを義務付ける）、③国際協力（条約で定義された犯罪についての共助〔mutual legal assistance〕及び犯罪人引渡し〔extradition〕）を提供する義務、④引渡ししか訴追か（aut dedere aut judicare）の義務（自国内に所在する犯人を要請国に引き渡さない場合には、訴追のため自国の当局に事件を付託する義務<sup>70)</sup>）の4つの義務に関する規定である。

そこで、特定の条約の義務を履行するには、まず、その条約が犯罪化を義務付けている行為をすべて犯罪として国内法に規定する必要がある（①）。例えば、麻薬新条約3条1項(b)は、薬物犯罪の収益の隠匿・偽装等の行為（いわゆるマネーローンダリング）の処罰を義務付けているので、同条約の義務を果たすには、この行為を犯罪として処罰する条項が必要であり、我が国は同条約を受諾する際に、麻薬特例法<sup>71)</sup>を制定して不法収益等の隠匿等を犯罪として新たに処罰することとしたのである（同法6条、7条〔法律制定当時は9条、10条〕<sup>72)</sup>）。

特定の行為を犯罪として規定しただけでは、日本国内・日本船舶・日本航空機内でその罪を犯した者にしか当該条項は適用されない（刑法8条及び1条）。しかし、多くの条約は、一定の場合に国外犯の処罰を義務付けている（②）。例えば、テロ資金供与防止条約7条1項(c)は、同条約2条が定義するテロ資金供与行為が締約国の国民によって行われ

た場合には、これに対する裁判権の設定を義務付けている。つまり、国民の国外犯を処罰可能としなければならないのであり、この義務を果たすため、我が国のテロ資金供与処罰法（前掲注62）参照）5条は、同法が定めるテロ資金供与の罪は刑法3条の例によるものとしているのである（刑法4条の2の例にもよるとされているが、これは引き渡ししか訴追かの義務〔④〕を果たすためである）。

犯罪化及び裁判権の設定は、締約国自らが犯罪を処罰することを可能とするための措置であるが、締約国は、それだけでなく、他の締約国の犯罪捜査等に協力する義務を負う（③）。例えば、核物質防護条約13条1項第1文は、「締約国は、第7条に定める犯罪についてとられる刑事訴訟手続に関し、相互に最大限の援助（当該訴訟手続に必要であり、かつ、自国が提供することができる証拠の提供を含む。）を与える。」（括弧内も日本語訳文にあり、英文では括弧書きはされていない）と規定しており、他のテロ関連諸条約でも、司法共助に対しては、ほぼ同様の表現が用いられている。また、麻薬新条約、国際組織犯罪条約、国連腐敗対策条約では、共助に関してテロ関連条約より更に進んで非常に詳細な規定をしている<sup>73)</sup>。外国からの協力要請は、外国での犯罪行為についての証拠収集を求めるものがほとんどであり、被要請国は裁判権を有しないことが多いから、協力を実施する検察官・警察官等は、ストレートにその国の刑事訴訟法を適用して捜査をすること

69) 未遂や共犯の処罰も義務付けられる。

70) テロ関連諸条約では、引渡し拒絶の理由を問わず訴追のための付託義務が生じる（例えば、核物質の防護に関する条約〔核物質防護条約、1979年〕10条）のに対し、薬物関連条約、犯罪関連条約では、犯人が自国民であることのみを理由として引渡しを拒絶した場合（逃亡犯罪人引渡法〔昭和28年法律第68号〕2条9号参照）に限り訴追のための付託義務が生じる（例えば国際組織犯罪防止条約16条10項）。なお、核物質防護条約は、2005年に改正案が採択され（前掲注64）参照）、改正が発効後は「核物質及び原子力施設の防護に関する条約」と名称が変更される予定である。

71) 正式名称は「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」（平成3年法律第94号）。

72) なお、上記の諸条約等ではないが、山口厚「サイバー犯罪に対する対応」山口厚＝中谷和弘編『融ける境超える法② 安全保障と国際犯罪』85頁（東京大学出版会、2005）は、サイバー犯罪条約に関して、犯罪化の義務履行のための国内法整備について詳細に検討しており、①の義務を果たす際の準備作業のイメージをつかむことができる。

73) それぞれ法律上の相互援助との表題がある麻薬新条約7条は全部で20項、国際組織犯罪条約18条は30項、国連腐敗対策条約46条も30項からなっている。

はできない（我が国の刑事訴訟法は、我が国の裁判権実現のための手続を定めているのであって、例えば、合衆国の裁判権実現のための手続を定めているのではない）。したがって、これら条約上の義務を履行するには、締約国は、共助を可能とする法律を整備する必要がある<sup>74)</sup>。

一方、犯罪人引渡しについては、諸条約の定める義務は捜査共助に比べると弱いものである。これは、犯罪人引渡しについては、条約前置主義<sup>75)</sup>を採る国が相当数ある上、多国間条約により引渡しの義務を負うことを躊躇する国が多いからである。したがって、薬物、犯罪、テロ関連の上記諸条約は、犯罪人引渡し自体を締約国に義務付けることはせず、a) 当該条約が対象とする犯罪は、締約国間の現行の犯罪人引渡条約における引渡犯罪とみなされること、b) 締約国は、相互間で将来締結されるすべての犯罪人引渡条約に対象犯罪を引渡犯罪として含めることを約束すること、c) 条約前置主義を採る国は、自国との間に犯罪人引渡条約を締結していない他の締約国から犯罪人の引渡し請求を受けたときには、当該条約を引渡しのための法的根拠とみなすことができること<sup>76)</sup>などを定めるにとどまっている<sup>77)</sup>。

犯罪人引渡しに関する条約上の義務付けが強くないということは、逃亡犯罪人の引渡しが行われない事態が起こり得るということを意味する。前掲注76)の例でいえば、A国で

爆弾テロ事件を犯したXがA国に引き渡されなくても、B国で処罰されなくてもというのうとしていられる可能性があるということである。このような事態をできるだけ防ぐための規定が、引渡しか訴追か（aut dedere aut judicare）の義務の規定である（④）。同じ爆弾テロ事件の例で、AB両国が爆弾テロ防止条約の締約国であった場合には、B国がXをA国に引き渡さないときは、B国は、犯罪が自国の領域内で行われていないにもかかわらず、「いかなる例外もなしに（without exception whatsoever）、かつ、不当に遅滞することなく、自国の法令による手続を通じて訴追のため自国の権限のある当局に事件を付託する義務」を負う（同条約8条1項、傍点筆者）<sup>78)</sup>。B国がXを訴追するためには、裁判権がなければならないから、B国は、国外で行われた爆弾テロ行為（同条約2条参照）についても裁判権を設定しておく必要がある（同条約6条4項）。この場合、「いかなる例外もなしに」と規定されているから、XがB国人でなく、爆弾テロの被害者にB国人が一人もいなくても、XがB国に現在するという根拠だけで裁判権を設定する必要がある。したがって、積極的属人主義（刑法3条）や消極的属人主義（同法3条の2）では不十分であり、すべての者の国外犯（同法2条）又は条約による国外犯（同法4条の2）のような規定の適用を可能とする措置を採っておく必要がある（我が国の爆発物取締罰則〔明

74) 我が国では、国際捜査共助等に関する法律（昭和55年法律第69号）がある。同法13条は、共助実施のために検察官、検察事務官若しくは司法警察員のする処分、裁判官のする令状の発付若しくは証人尋問又は裁判所若しくは裁判官のする裁判について、刑事訴訟法の関連規定を準用している。

75) 犯罪人引渡条約を締結していない国に対しては引渡しを禁止する法制度。我が国は、相互主義の保障等、逃亡犯罪人引渡法の定める要件（特に同法2条）を満たせば、条約がなくても引渡しをすることができる。

76) 例えば、A国で爆弾テロ事件を犯した犯人XがB国で発見され、A国がB国にXの引渡しを求めた場合で、B国は条約前置主義を採っており、かつ、A国とB国の間に犯罪人引渡条約が締結されていないものの、A、B両国ともテロリストによる爆弾使用の防止に関する国際条約（爆弾テロ防止条約、1997年）の締約国であるときには、B国は同条約を犯罪人引渡しの法的根拠とみなして引渡しをすることができるということである（引渡しの義務があるということではない）。ただし、このような規定があっても、それで引渡しが可能となる国は少ないようである（条約前置主義を採る国では、犯罪人引渡しに関する特別の条約でない法的根拠とすることはむずかしいようである）。

77) 例えば、核物質防護条約11条。

78) 訴追の義務ではない。捜査の結果、嫌疑がなかったり不十分であれば不起訴とすることはできる。締約国は、条約で定められた犯罪について「その重大性を考慮した適当な刑罰を科する」こととされており（例えば核物質防護条約7条2項）、起訴猶予処分は適当ではないことがほとんどであろう。

治17年太政官布告32号]10条は、同規則が定める罪については刑法4条の2の例に従うとしている)。一方で、国際組織犯罪防止条約(16条10項)及び国連腐敗防止条約(44条11項)では、当該容疑者が自国の国民であることのみを理由として引渡しを行わない場合に訴追のための付託義務が発生する。したがって、この場合は、国民の国外犯について裁判権を設定しておけばよい<sup>79)</sup>。

## (2) 刑事に関する諸条約の義務履行過程での問題点

上記(1)でみたように、薬物関連条約、犯罪関連条約、テロ関連条約の実施のための国内法整備は、刑法・刑事訴訟法などの基本法を一から起草するのは異なり、相当焦点が絞られている。ある国がある刑事関係の条約を締結するためには、①当該条約が定める行為の犯罪化、②裁判権の設定、③捜査共助、犯罪人引渡し、④引渡しか訴追かの義務履行を可能とするための裁判権の設定の4点について国内法の規定を整備することが最低限必要である。これらの国内法整備を特別法<sup>80)</sup>の制定によるのか、刑法、刑事訴訟法など基本法典の一部改正<sup>81)</sup>によるのかは、それぞれの国がその法文化や政治状況等に従って選べばよい。

開発途上国による条約実施に向けた国内法整備支援のためにUNODCが行っている支援の一つは、立法参考例(model law, model provisions)の作成・提供である。これは、一定の条約の義務を履行するために必要な規

定を条文の形式にしてまとめたものである。例えば、UNODCでは、テロ関連諸条約の刑事関係の義務をすべて履行するために必要な条項をまとめたModel Legislative Provisions against Terrorism<sup>82)</sup>を作成してウェブサイトで公表している<sup>83)</sup>。このモデルは、条約上の義務を細かく分析・検討したものであるが、もちろん、これをそのままコピーして国内法にしてしまえばよいというほど話簡単ではない。

まず、技術的な問題がある。条約で犯罪化が義務付けられるような行為には、それまでその国の刑事法でまったく処罰されなかったようなものはまれであり、既存の規定で処罰される部分もあれば、処罰されない部分もあるという事例が多い。例えば、国際組織犯罪防止条約23条(a)は、「この条約の対象となる犯罪に関する手続において虚偽の証言をさせるために、又は証言すること若しくは証拠を提出することを妨害するために、暴行を加え、脅迫し若しくは威嚇し又は不当な利益を約束し、申し出若しくは供与すること」の犯罪化を義務付けている。ここに規定される行為の一部は、我が国では証拠隠滅等(刑法104条)や証人等威迫(同法105条の2)に当たり、一部は偽証教唆(同法169条、61条<sup>84)</sup>)に当たる。しかし、例えば、証人に金品を供与して偽証を依頼したが証人が公判廷で偽証をしなかった場合や、自己の刑事事件の目撃者に対して金品を与えて逃避させた場合は、条約23条(a)の規定する行為に該当

79) 引渡しを拒絶した場合の訴追については、ブラジル国籍の者が我が国で犯罪を犯した後、ブラジルに帰国した事件に関連してよく報道されている(インターネットで、代理処罰、ブラジルで検索してみるとよい)。報道では、このようなケースについて「我が国が代理処罰を要請した」と表現されることが多いが、正式には「国外犯処罰を要請した」とすべきである(警察白書平成20年度版129頁参照)。なお、ブラジルとの間で問題となったケースは、強盗殺人やひき逃げ事犯であるので、上記諸条約の対象犯罪ではなく、仮に日伯両国が上記諸条約を締結していたとしても、ブラジルには訴追のための付託の義務はない。我が国は外交交渉により、犯人のブラジルでの処罰を(任意に)求めたのである。

80) 我が国の例では、麻薬特例法(前掲注71)参照)の制定などがこの方法である。

81) 同じく、国際的人身取引に効果的に対処するための刑法225条等の改正(平成17年法律第66号)などがこの方法である。改正理由(<http://www.moj.go.jp/content/000008312.pdf>, 2010年5月27日最終検索)参照。

82) 英文は、[https://www.unodc.org/tldb/en/model\\_laws\\_treaties.html](https://www.unodc.org/tldb/en/model_laws_treaties.html) (2010年5月27日最終検索)。

83) 国際組織犯罪、捜査共助、犯罪人引渡し等についても、立法・条約参考例を作成している。<http://www.unodc.org/unodc/en/legal-tools/model-treaties-and-laws.html> (2010年5月27日最終検索)参照。

84) より厳密には、刑法の規定だけでなく自己の刑事事件について偽証を教唆した場合も偽証教唆が成立するとの最決昭28・10・19(刑集7巻10号1945頁)等の判例も考慮に入れる必要がある。

するが、偽証教唆（偽証自体が成立しないから教唆犯も成立しない）や証拠隠滅（自己の刑事事件に関する行為である）は成立しないので、何らかの立法を行う必要があることになる。この場合、23条(a)の規定とほぼ同様の内容の条文を国内法に導入するとした場合は、条約上の義務は果たすことになるが、証拠隠滅、証人威迫、脅迫、暴行との関係を整理する必要が生じる。このように、条約の特定の条項に規定する犯罪化の義務を履行する国内法の規定を検討するに当たっては、既存の法律及び確立した判例（前掲注84）参照）との関係を整理するという技術的な作業が必要となるのである。本条項の場合、上記のとおり、刑法でカバーしきれていない「不法な利益の約束、申し出、供与」及び「他人の刑事事件」の部分を補充するために、自己又は他人の刑事事件に関する証人等の買収罪という新たな犯罪を規定するという方法もあるが<sup>85)</sup>、この場合も、買収した証人が偽証まで至った場合の擬律については検討しておく必要がある。

場合によっては、犯罪化の義務の履行は、単なる技術的な問題ではなく、その国の法制の基本原則に関わる問題となることもある。上記の例でいうと、我が国で自己の刑事事件の証拠隠滅が処罰されないのは、期待可能性がないからとされているが<sup>86)</sup>、自己の刑事事件についての証人の買収行為も含む証人買収罪を新設する場合、期待可能性の点をどのように考えるのか（また、国によっては、黙秘権との関係が問題とされるかもしれない）、また、偽証のための利益の申し出の時点で処罰可能とするのは、刑事法の謙抑性の面から問題がないかなど法の基本原則に関す

る論点が立法過程で提起され得るのである。

さらに、政治的・文化的・社会的な状況も考慮に入れる必要がある。これは法案作成過程と法案審議過程でそれぞれ問題となる。

まず、法案作成過程で問題となるのは、要するにビューロクラシーの問題である。どの国にでも、省庁間、部局間の縄張り争いはある<sup>87)</sup>。例えば、A国の外務省の役人が国際会議に出て、「A国はX条約を締結していない。国際協力の見地からは是非締結をお願いしたい」と他国代表から要請されたので、「我が国は国際協力が国是である。早急に締結作業に入る」と請け合って帰国し、締結には〇〇法の改正が必要だと考えて、同法を所管するB省に相談したところ、「確かに〇〇法の改正が必要だが、やりましょう」とやる気を見せ、B省が、〇〇法の改正をしようとしたが、C省（更にD庁、E委員会）が「それでは当省が△△法の下で有している権限に影響を及ぼすことになる」との理由で反対してくるなどという事態である<sup>88)</sup>。

行政府での調整がうまくいって法案を立法府に提出できたとしても、法案審議過程での問題が待ち受けている。この段階では、立法府（与党、野党）はもちろん、有力圧力団体、市民団体、さらには世論の動向が決定的な影響力を及ぼすことも多いが、事情は国によってさまざまである。例えば、合衆国は、国際組織犯罪防止条約の作成については起草段階から熱心に取り組んでおり、本体条約は2005年に批准しているが、銃器の不正取引等を規制する同条約の銃器議定書には署名もしていない。銃器に関する合衆国の状況は周知のものであるので、その理由は述べるまでもないだろうが、それぞれの国で思わぬ事項

85) 日本政府は、この方法により条約23条(a)を履行することとし、2003年の156回国会に提出された「犯罪の国際化及び組織化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」は、組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律に7条の2「証人等買収の罪」を新設することとしていた（同法案は2005年に衆議院解散によって廃案となり、同年再提出されたが2009年の衆議院解散により再び廃案となった）。

86) 例えば、山口厚『刑法各論（第2版）』583頁（有斐閣、2010）。

87) 以下の記述は決して我が国を念頭においてのものではない。どの国でもこのような事態は生じ得るし、実際に生じているのである。

88) 場合によっては、B省の権限が拡大する法律改正にはすべて反対である、などという（隠された）理由で反対していることもある。

が争点となり得るのである<sup>89)</sup>。

### (3) UNODC の立法支援

UNODC では、(2)で述べたような問題にできるだけ対応するため、いくつかの活動メニューを用意している。しかし、まず、対象国から正式な支援要請がなされることが正式な活動開始の条件である。正式な要請であるから、きちんと外交ルートを通じる必要がある。例えば、ある立法についてのアイデアが某国検察（又は警察）の高官から出たものであっても、その高官からの要請では、当該国の1機関の要請（又は高官個人の要請）ということであり、国としての支援要請ではない。これでは実際に支援を開始したとしても他の省庁の協力が得られるかどうかの保証はない。したがって、ある機関から要請があった場合には、外務当局に依頼して外交ルートで国の正式な意思表示として要請をするようお願いすることになる（その機関又は個人がその程度の根回しもできない場合には当国におけるその機関・個人の影響力はその程度ということであり、そもそも立法支援が成功する見込みはない）。

正式要請があると、まず、立法に向けた情勢が整っているかを検討する。既に行政府トップレベルでの立法合意があり、単に技術的な支援が必要ということであれば、すぐに法案の起草作業に入るが、多くの場合、まず関係各省庁等の理解を得る必要がある。このような場合には、対象となる条約の締結に関する一般的なセミナーを実施することも多い。このセミナーは、当該条約締結の重要性、当該条約の内容、当該条約義務実施のための国内法整備の必要性などについて、関係者の理解を得るために実施するものであり、できるだけ多くの省庁及び司法機関（場合によっては立法府や学会）の担当者の参加を得られるようにする。セミナーでは、まず参加者全員に、当該条約を締結することの重要性

を理解してもらうことを目標とする。そして、必要な法案立案を担当することになる省庁に対しては作業の開始を決断してもらい、法案立案に関係しない省庁に対しては、それら省庁の権限を侵害するような内容の法案とはならないということを説明して安心してもらう（疑心暗鬼になっている省庁に対しては、心配なら法案立案作業に参加するよう呼び掛ける）。必要ならば、セミナーでの説明に加えて、関係省庁の高官に面接してより上のレベルでの理解を得るように努めることもある<sup>90)</sup>。

こうして、関係省庁の理解が得られた時点で、実際の法案起草を行うドラフティングワークショップを開催する。この作業を行うかどうかは、対象国の所管省庁の実力にかかっており、関係省庁の理解が得られた以降は全く支援が必要ない場合もあれば、ワークショップでひとつひとつの要素を逐条的に検討していく場合もある。また、起草の過程で省庁間に争いが起きることもあり、その場合、UNODCとしては、政府部内の争いとは一線を画しつつも、条約義務の実施に必要な国内法の整備について技術的なアドバイスをして反対者の理解を得たり、誤解を解くように努力するのである。

法案が出来上がると、行政府内で決定手続が採られた後、立法府へ提出される。立法府ですんなり法案が採択されるといいが、場合によっては、反対が多くて廃案となったり、法案の重用部分が骨抜きにされて採択されるということもある。もちろん、立法府の判断に容喙することはできないが、反対や修正が誤解に基づく場合には、正確な理解を得るために活動する必要がある。通常は、UNODCから行政府の職員に条約の内容等について十分な情報を提供して当該職員が立法府で説明をするという段取りを採るが、啓蒙的な会議を開催して立法府議員、職員にも参加を呼び

89) 我が国は、銃器に関しては、世界的にみても厳しい規制をしており、銃器議定書の起草においても重要な役割を果たした。一方、本体条約における我が国固有の争点として、「共謀罪」の犯罪化の問題がある。

90) 上級幹部の理解を得ておくとその下で働く担当者たちが動きやすいという利点もある。繰り返すが、官僚主義はどこも（及び国際機関）にも存在する。

掛けるという方法もある。

法律が成立したとしても、うまく運用がなされないと絵に描いた餅である。そこで、新しい法律の運用等に関して、裁判官、検察官、警察官に対する研修を実施する必要がある。通常、このような研修は、当該国の法律所管省庁及び裁判所、検察庁、警察で実施するのであるが、立法の背景となった条約の内容については、UNODCから説明する意味はあるし、国によっては、国内機関の研修実施能力が十分でないところも多く、研修を支援する必要性も存する<sup>91)</sup>。

#### IV. むすびに代えて

以上、刑事司法分野における法整備支援について、我が国とUNODCの活動を中心に概観した。以下、効果的な支援を提供するに当たって重要と思われることを、思いつくままに挙げてむすびに代えることとしたい。

まず、第一に、実務家の役割は大きいということである。刑事法分野の実務家の強みは、刑事実体法、手続法の具体的規定が、実際の捜査の場面での証拠収集活動や公判廷での犯罪の立証にどのような影響を及ぼすかが実感として理解できるということである。刑事法制度は国によってさまざまであり、中でも英米法諸国、大陸法諸国の間では大きく異なるが、実務家は、捜査、公判の動的・発展的側面に沿って实际的に思考するよう訓練されているし、証拠法の具体的適用、証人等との関係、裁判所による証拠評価、弁論等が具体的にイメージできる。さらに、裁判官、検察官、弁護人、警察官の間の(微妙な)関係が実感できるという面もある。このような知識・経験は、刑事法に関する支援において

は、相手国の実務家の理解を得る上で非常に重要である。

上記のとおり、我が国の刑事司法分野の技術支援も実務家が深く関与しているが、他国の技術支援でも、実務家が関与して成果を上げているものが多い。例えば、合衆国司法省は、Office of Overseas Prosecutorial Assistance and Training (OPDAT) という部局の下で、世界各国に検事を派遣して世界各国に技術支援を行い<sup>92)</sup>、オーストラリア司法省は、Regional Legal Assistance Unit という部局の下で、特に東南アジア・太平洋諸国を対象に同部局所属の検事のチームが活発な支援活動を行っている<sup>93)</sup>。これら両国は、合衆国国際開発庁 (USAID)、オーストラリア国際開発庁 (AusAID) という開発援助の機関を有しているが、刑事司法分野では、これら実務家からなる組織が重要な活動を行っているのである<sup>94)</sup>。

一方で、国連の主な開発援助機関である国連開発計画 (UNDP) には、刑事法の実務家はほとんどいない。したがって、UNDPが刑事司法分野での技術支援を行う場合は、外部のコンサルタントを雇用することが多い。この場合、優秀かつ経験豊かなコンサルタントが雇用されればよいが、例えばロースクールを出て欧米の有名なローファームで2、3年働き(民商事・金融関係)、その後数年は国際機関で技術支援を担当していたという経歴の者が刑事司法に関するコンサルタントに採用されるということもある。このように刑事に関する実務経験がない者がコンサルタントとなることは、他の国際機関やドナー国の技術支援でも見られるものであるが、やはり、実務家がチームとして担当する技術支援とはその質と実効性においてかなり差がある

91) I 1 で述べた我が国の民商事分野の支援には、このような性格のものも多いようである。

92) <http://www.justice.gov/criminal/opdat/> (2010年5月27日最終検索)。

93) [http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/OrganisationalStructure\\_RegionalLegalAssistanceUnit](http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/OrganisationalStructure_RegionalLegalAssistanceUnit) (2010年5月27日最終検索)。

94) なお、両国とも、警察活動に関しても別個に重要な技術支援を実施している。<http://www.state.gov/p/inl/crime/ilea/c11280.htm> (米, 2010年5月27日最終検索), <http://www.afp.gov.au/policing/fighting-terrorism/fighting-terrorism-at-its-source.aspx> (豪, 2010年5月27日最終検索) など参照。

というのが筆者の実感である<sup>95)</sup>。

次に、支援対象国の実務家は意外に国際経験が豊かだということである。犯罪分野では、1992年以降国連犯罪防止委員会が毎年開催されている上、他にも多くの国際会議が開催されるようになってきているが、開発途上国の中でも東南アジア諸国連合(ASEAN)諸国は、これらの会合に司法省検事や警察キャリアを出席させて交渉に当たらせている。さらに、近年、ASEANでは、首脳レベルで犯罪関係の文書を採択し<sup>96)</sup>、国際組織犯罪に関する閣僚会議を創設した上<sup>97)</sup>、これを補佐する高級幹部会合を頻繁に開催するなど、欧州連合とは比較にならないものの、域内での犯罪対策の協力関係は相当進んでいる。ASEAN諸国の司法省所属の検事や警察当局幹部は、これら国際会議に頻繁に出席して交渉に従事しており、支援担当者として派遣されるドナー国の法律実務家よりも国際経験が豊かなこともまれではない<sup>98)</sup>。別に国際経験だけが重要なのではないが、支援の際に、「相手は開発途上国の人間だから」という気持ちで接すると失敗することになる。

国際経験(又は国際交渉的センス)が必要なのは、支援対象国相手の仕事に限ったことではない。技術支援においては、他のドナーとの交渉及び活動の調整が必要な局面が多々ある。そのような場合は、押すところは押す、引くところは引くという駆け引きは非常に大切である。

もちろん、法整備支援の場合、刑事法に関する理論的知識も必要である。相手国が特定

の条項の受入れが困難な理由がその国の刑事法の基本原則に関わる場合には、刑事法の基礎理論に基づいた説明・説得や新たな規定の工夫などが突破口となることもあり得る。その意味で、研究者の役割も大きい。

このように、法整備支援は、さまざまな能力が必要とされる作業である<sup>99)</sup>。無論、このような能力をすべて備えた人はいないであろうから、何人かのチームワークで実施することが不可欠であり、協調性も重要である。

以上の記述は、国際組織犯罪、テロ行為、腐敗行為など限定された事項を対象とする活動に関するものであるが、刑法、刑事訴訟法などの基本法起草支援においては、その困難さは比べものにならないであろう。

しかし、この作業は、知的・感情的・体力的にチャレンジングかつ刺激的な作業であって、やりがいのある仕事である。ロースクールの学生諸君及び若手法曹の方々も、刑事司法分野での法整備支援を始めとする技術協力活動に是非興味を持っていただきたいと思う<sup>100)</sup>。

(せんた・けいすけ)

95) 法整備支援をコンサルタント1人が行うという体制自体、問題が多い。香川=金子編著・前掲注2)106頁以下〔本間(安田)佳子〕によると、カンボジア民事訴訟法起草支援の際の他ドナーの活動に類似の問題があったことが伺われる(特に同書111頁の注41)。

96) 例えば、2001 ASEAN Declaration on Joint Action to Counter Terrorism Bandar Seri Begawan, 5 November 2001 (<http://www.aseansec.org/5620.htm>, 2010年5月27日最終検索)。

97) ASEAN Ministerial Meeting on Transnational Crime (AMMTC) (<http://www.aseansec.org/18799.htm>, 2010年5月27日最終検索)。

98) これは日本に限ったことではなく、合衆国やオーストラリアでもあり得ることである(米、豪の法律実務家は英語は話せるが、国際性のない人もたくさんいる)。

99) 尾崎・前掲注39)は、UNODC条約局長(当時)としての立場から、「刑事の分野での十分な実務経験と国際感覚を有する法律家は、のどから手が出るほど、ほしい。」と述べている。

100) 前掲注39)の尾崎久仁子現ICC判事の文章は、インターネットの東京財団のサイトで公表されていて肩の凝らない読み物であるので、国際機関勤務に興味を持った方は、手始めに一読をお勧めする。

## 競業禁止義務は事業の譲渡の要件か

東京大学准教授

田中 亘

- I. はじめに
- II. 検討の準備作業——「要件」と「効果」の意味
- 1 要件と効果の意味
  - 2 「競業禁止義務は事業の譲渡の要件か、それとも効果か」ということの意味
- III. なぜ競業禁止義務は事業の譲渡の要件ではなく、効果と解すべきなのか
- 1 競業禁止義務を事業の譲渡の要件と解すると循環論法に陥ること
  - 2 最高裁自身も、競業禁止義務を事業の譲渡の効果と捉えていたと解するのが自然であること
    - (1) 本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の効果として挙げたと解すべきこと
    - (2) なぜ本判決は競業禁止義務に言及したのか
- IV. 競業禁止義務を特約で排除した場合——本判決は「特約で競業禁止義務を排除していないこと」を事業の譲渡の要件としていると解することの当否
- 1 問題の所在
  - 2 21条の競業禁止義務は特約で排除できないという立場をとる場合の、本判決の解釈
  - 3 21条3項は特約により排除することはできないのか——議論の整理と私見
    - (1) 議論の整理
    - (2) 私見
    - (3) まとめ
  - 4 21条の義務は特約で排除できると解した場合の、本判決の解釈
    - (1) 問題の所在：解釈の2つの可能性
    - (2) 競業禁止義務を特約で排除すると467条1項1号2号の事業の譲渡ではなく、総則規定にいう事業の譲渡ではある、という解釈
- V. 事業活動を受け継がせることは事業の譲渡の要件か
- 1 問題の所在
  - 2 本判決の立場と有力説の立場
    - (1) 本判決の考え方
    - (2) 有力説の考え方
    - (3) 本判決の立場と有力説の立場の比較
    - (4) 「有機的一体として機能する財産」とは何か
    - (5) 事業活動を受け継がせることを要件とする学説・裁判例
    - (6) 本判決が「事業活動を受け継がせることを事業の譲渡の要件としている」ということの意味
    - (7) 競業禁止義務は事業の譲渡の要件ではないと主張したこととの関係
  - 3 事業活動を「受け継がせる」とは、どのような意味か
- VI. おわりに

\* 本稿は、科学研究費補助金（18330016（基盤研究（B）））「会社法の検証」の研究成果の一部である。

## I. はじめに

会社法 467 条 1 項 1 号 2 号は、株式会社がその有する事業の全部または重要な一部を譲渡するときは、株主総会の承認（309 条 2 項 11 号により、特別決議による承認）を要する旨を定めている。ここにいう事業の譲渡とは何を意味するのかについては、周知のとおり、議論のあるところであるが、最高裁大法廷昭和 40 年 9 月 22 日判決（以下、「本判決」という）<sup>1)</sup>は、平成 17 年改正前商法 245 条 1 項 1 号にいう営業の譲渡（後述のように、会社法 467 条 1 項 1 号 2 号の事業の譲渡と同義だと解してよい）の意味について、「①一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）の全部または重要な一部を譲渡し、これによって、②譲渡会社とその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、③譲渡会社とその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法 25 条〔会社法 21 条に相当〕に定める競業避止義務を負う結果を伴うものをいう」と判示している（①②③の記号は、引用者が付した）。

本判決については、上記①②③のいずれも

が——すなわち、③の競業避止義務の負担ということも含めて——事業の譲渡の「不可欠の要件」であることを示したものであると理解する学説が少なくない<sup>2)</sup>。しかしこれに対し、近時は、本判決は競業避止義務の負担を事業の譲渡の「要件」として挙げたのではなく、単に、事業の譲渡の結果（効果）として伴うものとして、この義務に言及したにすぎない、という理解が有力になっている<sup>3)</sup>。学習者向けの解説書においても、たとえば『商法（総則・商行為）判例百選』において、藤田友敬教授により、次のような明快な説明がされている。

本判決は譲受人が現実に競業避止義務を負うことを不可欠の要件として要求しているという読み方がされることが多い…。しかし、本判決の言わんとするのは、会社法 467 条にいう事業譲渡は総則のそれと同じであると考えことから、それが行われた場合には、当事者が特に契約で排除しておかない限り会社法 21 条、商法 16 条により当然競業避止義務を負う結果になるという当然の結果であって、当事者が最終的に競業避止義務を負わないものはおよそ営業譲渡には当たらないとする趣旨ではないのではなかろうか…。当事者が競業避止義務

1) 民集 16 卷 6 号 1600 頁。

2) 山部俊文「判批」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選』188 頁（有斐閣、2006）は、「本判決は、上記①②③が旧 245 条 1 項 1 号所定の営業譲渡の不可欠の要件であることを示したものと理解されている」とする。もっとも、「そのような理解には異論もある」として、後掲注 3)の大塚教授および宇田教授の諸説を引用している。判例が①②③を要件としているという理解を述べた文献として、主要なものとしては、竹内昭夫『判例商法 I』150 頁、158 頁（有斐閣、1976）〔初出・法協 83 卷 4 号 621 頁（1966）〕、上柳克郎「営業譲渡」鈴木竹雄ほか編著『新商法演習 1 会社（I）』241 頁、243 頁（有斐閣、1974）〔以下、「上柳・演習」で引用〕、上柳克郎「営業譲渡」『商事法論集』266 頁、267 頁（有斐閣、1999）〔初出・上柳克郎ほか編『会社法演習 II』（有斐閣、1983）〕。以下、「上柳・論集」で引用〕、落合誠一「営業の譲渡と特別決議」倉澤康一郎選編『商法の判例と論理』165 頁、168 頁（日本評論社、1994）、前田庸『会社法（第 12 版）』763 頁（有斐閣、2009）が挙げられる。このうち、上柳教授と前田教授は本判決に賛成であり、竹内教授と落合教授は、本判決に反対し、V で紹介する有力説（有機的一体として機能する財産を譲渡することのみを要件とする立場）を支持する。

3) 大塚龍児「判批」判評 368 号（判時 1318 号）53 頁、55-56 頁（1989）。また、宇田一明「営業譲渡と競業避止義務の関係」『営業譲渡法の研究』59 頁、76-77 頁（中央経済社、1993）〔初出・札幌学院法学 5 卷 1 号（1988）、9 卷 1 号（1992）〕、森本滋『会社法（第 2 版）』368 頁注 5（有信堂、1995）、落合誠一ほか「パネル・ディスカッション①会社分割に関する商法上の論点」菅野和夫＝落合誠一編『会社分割をめぐる商法と労働法』別冊商事法務 236 号 31-32 頁（商事法務研究会、2001）〔藤田友敬、田中亘発言〕（商事法務研究会、2001）、大杉謙一「不採算店舗の売却の段取り」法教 349 号 54 頁、57 頁（2009）、山下真弘「事業の重要な一部の譲渡と株主総会の特別決議」浜田道代＝岩原紳作編『会社法の争点』198 頁（有斐閣、2009）も参照。

を特約によって排除すれば営業譲渡に該当しなくなるのはおかしいといった批判が本判決に向けられることがあるが…、本判決はそもそもそういう趣旨ではないのではなからうか<sup>4)</sup>。

筆者は、この藤田教授の指摘にまったく同感であって、もしもこのような解釈が、学説および実務においてすでに一般的になっているとすれば、そもそも筆者が本稿を起す理由もなかったところである。しかしながら、先に紹介したとおり、最高裁は競業禁止義務を事業の譲渡の要件として要求しているとの理解は依然として少なくないようである<sup>5)</sup>。この点に鑑みると、本判決が競業禁止義務の負担を事業の譲渡の要件と解していると読むべきではないのはなぜなのかにつき、詳細に論じることは今日でも意味があることのように思われる。また、事業の譲渡の実務においては、譲渡会社は競業禁止義務を負担しない旨を約すことは少なくない<sup>6)</sup>。したがって、そのような特約をした場合に、本判決によると当該の譲渡は会社法 467 条 1 項 1 号 2 号の

事業の譲渡には当たらないことになるのかどうかは、実務上も重要な問題といえる。私見の判例理解では、競業禁止義務は事業の譲渡の要件でないと解するので、そのような特約をした場合でも、他の要件（本判決によれば、上記①②の要件）を満たすことによって譲渡対象が「事業」と認められ、かつ、それが譲渡会社の事業の「全部」か、または「重要な一部」と認められれば、株主総会の特別決議を要することになる<sup>7)</sup>。

筆者は、2009 年 4 月に刊行した会社法の教科書において、本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としているわけではない、との理解を述べたが<sup>8)</sup>、紙幅の関係から十分な記述ができなかったので、本稿で私見を詳述し、おおかたの批判を仰ぐことにしたものである。

本稿の目的は、もっぱら、本判決をどのように解釈すべきかを論じることにある。したがって、会社法 467 条 1 項 1 号 2 号の「あるべき」解釈として、事業の譲渡の意義をどのように理解すべきかについては、直接には論じない<sup>9)</sup>。また、そもそもの問題として、株

4) 藤田友敬「判批」江頭憲治郎＝山下友信編『商法（総則・商行為）判例百選（第 5 版）』38 頁、39 頁（有斐閣、2008）。

5) 前掲注 2) 引用の文献参照。近時出版された注釈書では、両論が併記されている（落合誠一編『会社法コンメンタル第 12 巻』27 頁〔齋藤真紀（商事法務、2009）〕。なお、平成 18 年新司法試験についてのヒアリングにおいて、商法の問題を担当した考査委員は、「事業譲渡について会社法では株主総会の特別決議を要する場合がある。どういう場合に特別決議を要するかについては、最高裁の有名な判例があって、有機的一体として機能する財産を譲渡する、事業活動を承継する、競業禁止義務が譲渡人に課されるという 3 要件が判例で明らかにされている」と述べており、本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としていると理解されていたようである（法務省・司法試験委員会会議（第 30 回・平成 18 年 10 月 5 日）配布資料「新司法試験考査委員（民事法科目）に対するヒアリング」7 頁（[http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_shihou\\_061005.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_shihou_061005.html), 2010 年 5 月 31 日最終検索））。

6) 経済環境が著しく変動する場合には、あまりに長期間にわたる競業禁止義務の規定は、当事者間にかえって余分な負担をかけることにもなりかねないため、競業禁止義務を廃止するために条項が設けられることが一般的であるとの指摘が、実務家からなされている（中西敏和「営業譲渡契約書」商事法務研究会編『営業譲渡・譲受ハンドブック』191 頁（商事法務研究会、1999））。また、同論文で分析されている、平成 9 年（1997 年）1 月から平成 10 年（1998 年）12 月までに行われた上場会社の営業譲渡契約 55 件の中では、競業禁止義務について明示の定めを置いているものが 20 件あり、そのうち、「競業禁止義務の免除」あるいは「競業の承認」をしている契約事例が 7 件あった（中西・同 250 頁）。

7) 前掲注 6) で紹介した営業譲渡契約の事例は、当該期間中に株主総会に付議された営業譲渡の中で、招集通知に営業譲渡契約書の写しが添付されていたものを集めたものである。したがって、それらの事例では、競業禁止義務を契約で免除したからといって営業譲渡にはならないという扱いはしないで、株主総会の承認を受けたことになる。私見の立場からは、その処理は、判例に従った法務として適切である。

8) 伊藤靖史ほか『会社法』400 頁〔田中亘執筆〕（有斐閣、2009）。これは筆者の以前からの見解である（落合ほか・前掲注 3）〔田中発言〕参照。

9) もっとも、本稿の議論を通じて、本判決に従う裁判例や学説、および本判決に反対する学説の主要なものは、おおむね紹介するので、本稿は事業の譲渡の解釈をめぐるさまざまな見解を整理するためには役立つと思われる。

主総会の決議を要する行為を「事業」という概念で画することが適当かどうかという立法論についても、本稿の検討の対象外である。もとより、そうした問題が重要であることは否定しないが、それよりももっと基本的なこと——判例をどう理解するか、あるいは「要件」とか「効果」ということをどう理解するのか、といったこと——について、論ずべきことが多々あると考えるためである。この点は、本稿の最後（VI）でもう一度触れる。

本稿の分析は次のように進める。まずIIで、「競業禁止義務は事業の譲渡の要件か、それとも効果か」といった場合の、「要件」とか「効果」とはどういう意味かについて確認する。そのうえでIIIで、競業禁止義務が事業の譲渡の要件と解する場合、本判決のもとでは循環論法に陥ってしまうこと、そして本判決自身も、競業禁止義務を事業の譲渡の効果と捉えていたと解することが、判文の読み方としてもっとも自然であることを論じる。続いてIVでは、当事者間の特約で競業禁止義務を排除した場合について検討する。そこでは、本判決について、「当事者間の特約で競業禁止義務が排除されていないこと」を事業の譲渡の要件としていると解釈する可能性について論じ、これを否定する私見を述べる。最後にVは、関連する論点として、本判決は、事業活動を譲受人に受け継がせることを事業の譲渡の要件としているのか、という問題を論じ、結論的には、競業禁止義務とは異なり、これは要件としていると理解することが適当であるという私見を述べる。VIは結びであ

る。

## II. 検討の準備作業——「要件」と「効果」の意味

### 1 要件と効果の意味

本判決が、競業禁止義務を事業の譲渡の要件と解しているのか、それともその効果として言及しているにすぎないのかを論じるにあたり、そもそも「要件」と「効果」とは、それぞれどういう意味なのかを確認しておこう。

まず、要件——厳密には「要件事実」とは、権利変動（権利の発生・変更・消滅）を導くために必要な事実として実体法に定められたものをいう<sup>10)</sup>。そうした要件事実から生じる権利変動を効果、厳密には「法律効果」という<sup>11)</sup>。

たとえば、XがYに対して、売買契約に基づく代金請求をする場合の要件事実、(a) Xが財産権の移転を約束すること、および(b) Yが代金の支払いを約束すること、である（民法555条参照<sup>12)</sup>。これらの要件がすべて備わると、YはXに対して代金支払義務を負うという、法律効果が発生する。逆に、(a)と(b)の一つでも欠ければ、民法555条に基づく代金請求権は発生しない。つまり、ある法律効果に対応する要件事実の全体（上の例では、(a)と(b)）は、当該の法律効果を発生させるための必要にして十分な条件を表している<sup>13)</sup>。また、各個の要件事実（上

10) 加藤新太郎＝細野敦『要件事実の考え方と実務（第2版）』9頁（民事法研究会，2006）。なお、要件事実、実際には「事実」とは限らない（権利・義務のような法律関係であることもある）ことから、「要件要素」というほうがより正確であるとの指摘がされているが（高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』377頁（有斐閣，2005）など）、本稿では一般的な用語法に従う。

11) 加藤＝細野・前掲注10)9頁，高橋・前掲注10)377頁参照。

12) 加藤＝細野・前掲注10)14頁。

13) 「要件事実論は、ある法律効果を発生させるのに必要十分な要件は何かを考察するものである」（加藤＝細野・前掲注10)7頁）。ただし、注意すべき点は、ここで「十分」といっているのは、あくまで（本文の例でいうと）XがYに代金請求をする際に自らが主張・証明責任を負う事実（請求原因たる要件事実）としては、本文の(a)(b)で十分である、というだけの意味である。Xが(a)(b)に当たる事実を主張・証明した場合でも、Yが、法律効果の発生を妨げる別の事実（抗弁事実）を主張・証明することにより、Xの代金請求が棄却されることはありうる。たとえば、Yが売買の錯誤無効（民法95条）を基礎づける事実を主張・証明した場合がそれに当たる。詳細は、加藤＝細野・前掲注10)23-33頁参照。

の例では、(a) や (b) のそれぞれは、当該の法律効果を発生させるための必要条件になっているといえることができる。

## 「競業禁止義務は事業の譲渡の要件か、それとも効果か」ということの意味

会社法 467 条 1 項は、株式会社が、同項各号所定の行為をする場合には、「株主総会の決議によって、当該行為に係る契約の承認を受けなければならない」と定めている。そして同項 1 号は、当該行為の一つとして「事業の全部の譲渡」、同項 2 号は「事業の重要な一部の譲渡」を挙げている。これら各号の適用のためには、まずもって、会社が「事業の譲渡」をすることが必要になる（と一般には解されている）<sup>14)</sup>。しかし、何が「事業の譲渡」に当たるかについては会社法に定義規定はなく、解釈問題となる。

そこで、「競業禁止義務は事業の譲渡の要件である」とする見解は、「事業の譲渡」というためには、「譲渡会社が競業禁止義務を負担すること」が必要であること、ひいては、譲渡会社が競業禁止義務を負担すること

が、467 条 1 項 1 号 2 号の規定する法律効果<sup>15)</sup>の発生のための要件事実の一つ（必要条件）である、と論じていることになる。他方、これに対して、「競業禁止義務は事業の譲渡の要件ではなく、その効果である」とする見解は、467 条 1 項 1 号 2 号を適用するためには、譲渡会社が競業禁止義務を負担している（その点を当事者が主張・証明する）必要はないのであり、むしろ本判決は、単に、事業の譲渡には 21 条が適用されることと法律効果として、譲渡会社が競業禁止義務を負う旨を述べているにすぎない、と論じているわけである。

このように見てくると、「競業禁止義務は事業の譲渡の要件か」という言い方は、必ずしも正確でなく、むしろ、「467 条 1 項 1 号 2 号を適用するための（あるいは、同規定の適用による法律効果の発生のための）要件として、譲渡会社が競業禁止義務を負担することが必要か」といったほうがよいように思われる。しかし、前者は後者の意味で使っていることさえ理解しておけば、前者の言い方のほうが簡単であり、かつ、実際にもよく使われていることから、本稿でも前者のような言い方を用いることにする。

14) この点は、学習者にとって「つまずきの石」の一つかもしれない。「事業の全部の譲渡」の場合には、譲渡対象は「事業」でなければならないのは明らかであるが、「事業の重要な一部の譲渡」の場合、譲渡対象がそれ自体として「事業」としての性質を備えている必要はない、と考える人もいるのではないかと（家屋の屋根や柱は、それ自体は「家屋」とはいえないであろうが、なお「家屋の一部」といえるのではないかと）。実際、本判決の少数意見（とくに、松田二郎裁判官の意見）は、「営業の重要な一部」はそれ自体として「営業」性を有する必要はないという認識のもとに、個別の財産であってもそれがきわめて重要なものであるため、これを処分すれば営業の有機的一体性が破壊されてしまうようなものは、「営業の重要な一部」に当たると解していた（民集 16 卷 6 号 1612-1613 頁）。しかし、判例（本判決とそれに依拠する以後すべての裁判例）だけでなく、ほとんどの学説——本判決を支持するものとそうでないもの（V2 で紹介する有力説の見解）とを問わない——も、「事業の重要な一部」とは、複数の事業部門を有する会社がそのうちの（重要）な一つの部門を譲渡するとか、あるいは、全国的に事業展開をしている会社が東日本の事業だけを譲渡するとかいった場合をいうのであり、「一部」といってもやはり「事業」としての性質を備えていなければならないと解している（伊藤ほか・前掲注 8)399 頁〔田中〕）。このように解されている理由は、個別財産の譲渡であっても総会決議が必要になる場合があるとすれば、取引の安全があまりに害されるおそれがあること（判例によれば、467 条 1 項 1 号 2 号の総会決議を要するときにそれをとらなかった場合、取引は原則、無効である。最判昭和 61 年 9 月 11 日判時 1215 号 125 頁参照）、重要な個別財産の譲渡については取締役会の承認が要求されており（会社法 362 条 4 項 1 号）、株主の保護はこれによって図られていくと解しうる、が挙げられる。

15) 具体的には、株主総会の決議による承認を受けなければならないということであるが、実際の訴訟の場面では、むしろ、467 条 1 項 1 号 2 号により総会の承認を受けるべきだったのに受けなかったことから、当該行為は無効となることを前提として（最判昭和 61 年 9 月 11 日・前掲注 14)参照）、譲渡会社が移転した財産の返還を請求したり（本判決の事例参照）、あるいは、譲受会社が代金の支払いを拒むといったこと（最判昭和 61 年 9 月 11 日・前掲注 14)の事例参照）が、「法律効果」として主張されることになる。

以下では、以上のような「要件」「効果」の理解を前提にして、本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件と解しているのか、それとも効果と解しているにすぎないのかを検討する。

### III. なぜ競業禁止義務は事業の譲渡の要件ではなく、効果と解すべきなのか

#### 競業禁止義務を事業の譲渡の要件と解すると循環論法に陥ること

##### 1 要件と解すると循環論法に陥ること

まず、本判決の関連する部分を引用してこう(①②③は、引用者が付した)。

商法 245 条 1 項 1 号〔会社法 467 条 1 項 1 号 2 号〕によって特別決議を経ることを必要とする営業の譲渡とは、同法 24 条以下〔会社法 21 条以下〕にいう営業の譲渡と同一意義であって、営業そのものの全部または重要な一部を譲渡すること、詳言すれば、①一定の営業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産(得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。)の全部または重要な一部を譲渡し、これによって、②譲渡会社はその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、③譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法 25 条〔会社法 21 条〕に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいうものと解するのが相当である<sup>16)</sup>。

本判決は、平成 17 年の会社法制定前(平成 17 年商法改正前)の事件に関するものであり、「事業」ではなく「営業」という言葉を使っているが、本稿で論じる問題に関しては、これらは同義とみなしてよく、本判決は、

会社法下の「事業の譲渡」の意義に関する判例でもあると解して差し支えない<sup>17)</sup>。また、本判決が掲げる法令の規定についていうと、平成 17 年改正前商法(以下、「改正前商法」という) 245 条 1 項 1 号は、現行の会社法 467 条 1 項 1 号 2 号に相当する。また、改正前商法 24 条以下は、直接には、現行の商法 15 条以下に相当するが、会社法下では、会社が事業を譲渡する場合は、会社が直接それに対応する規律を設けており、同法第一編(総則)第四章の諸規定(21 条から 24 条まで。以下、「総則規定」ということがある)がそれにあたる。それらは、商号の譲渡についての改正前商法 24 条(現行商法 15 条)に対応する規定を欠くこと(会社の商号は法人格と結びついているため、事業とともにするのであっても譲渡はできない)を除き、改正前および現行の商法の規律と実質的に同一である。そして、改正前商法 25 条(譲渡人の営業禁止義務の規定)は、直接には現行商法 16 条に相当するが、譲渡人が会社の場合は会社法 21 条にそのまま対応する。それゆえ、本稿では、原文を直接引用する場合を除き、「営業」は「事業」に置き換え、改正前商法の規定は、会社法の規定に適宜置き換えたうえで検討する。

なお、本判決のうち、①②③の記号を付した部分は、(本判決の文言を厳密に検討する必要がある場合を除き)それぞれ、①有機的の一体として機能する財産の譲渡、②事業活動を受け継がせること、③競業禁止義務の負担、と短縮して表現する。

さて、もしも本判決が、上記③を会社法 467 条 1 項 1 号にいう事業の譲渡の要件だと解しているとすれば、譲渡会社が「法律上当然に〔会社法 21 条〕に定める競業禁止義務」を負わない限り、問題になっている譲渡は 467 条 1 項 1 号 2 号にいう事業の譲渡ではなく、同号による株主総会の承認を要しないことになる。

16) 民集 16 卷 6 号 1601-1602 頁。

17) 会社が「営業」を「事業」に置き換えたのは、用語法の整理にすぎないことについては、相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』別冊商事法務 295 号 139 頁(2006)、伊藤ほか・前掲注 8)398 頁〔田中〕参照。

そこで、ただちに問題になるのは、譲渡会社が「21条に定める競業禁止義務」を負うかどうかをどうやって判定するのか、ということである。21条1項は、譲渡会社は、別段の意思表示がない限り、同一の市町村の区域内および隣接市町村の区域内において、譲渡の日から20年間にわたり、競業禁止義務を負うと定めている。また、同条3項は、譲渡会社は期間や区域を問わず、「不正の競争の目的」で競業をしてはならないことを定めている。譲渡会社がこのような義務を負うのは、同条にいう事業の譲渡が行われた場合である。ところが、本判決によれば、21条以下の総則規定における事業の譲渡と、467条1項1号2号の事業の譲渡とは、「同一意義」である。したがって、もしも譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負うことが、467条1項1号2号の事業の譲渡の要件だとすれば、21条の事業の譲渡についても、やはり、21条に定める競業禁止義務を負うことが要件になると解しなければならぬ。しかし、それでは循環論法に陥る<sup>18)</sup>。ある譲渡が21条の事業の譲渡にあたるためには、譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負わなければならない。譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負うためには、当該譲渡が21条の事業の譲渡にあたらなければならない。当該譲渡が21条の事業の譲渡にあたるためには、譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負わなければならない。…以下、無限に続き、譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負うかどうか、ある譲渡が21条（そして467条1項1号2号）の事業の譲渡にあたるかどうか、答えは出ないこととなる。

実際には、本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としていると解したうえでそれに賛成している論者も、そのような解釈では循環論法に陥るとは考えていないようである（考えていけば、直ちにその解釈を放棄するだろう）。その理由は、おそらく、そうした立場をとる論者は、ある譲渡が本判決にいう①有機的一体として機能する財産の譲渡およ

び②事業活動を受け継がせることの要件を満たしていれば、21条が適用され、その結果、③「21条に定める競業禁止義務」を譲渡会社が負うという「要件」も当然に満たされることになる、と考えているからではないかと思われる。

しかし、21条についてそのように解するとすれば、それはとりもなおさず、①と②だけが、ある譲渡が21条の事業の譲渡と認められるための要件であり、③は、事業の譲渡の要件でなく、むしろある譲渡が事業の譲渡と認められたことにより21条が適用されることの効果である、と考えていることに他ならない。ある譲渡が21条の事業の譲渡であれば、同条の競業禁止義務が結果として伴うわけであるが、結果として伴うからといってそれが要件になるわけではない。それは、ある行為が民法709条の不法行為になると認められれば、行為者は損害賠償責任を負うことになるが、だからといって、「行為者が損害賠償責任を負うことが民法709条の不法行為責任が成立するための要件である」といえるわけではないのと同じことである。

そして、本判決によれば、会社法21条の事業の譲渡は467条1項1号2号の事業の譲渡と「同一意義」なのだから、競業禁止義務が21条の事業の譲渡の要件ではないと解するならば、467条1項1号2号の事業の譲渡についても同様に解さなければならない。つまり、本判決を合理的に解釈すると、競業禁止義務は事業の譲渡の要件でなく、その効果として述べられたと解すべきなのである。

## 最高裁自身も、競業禁止義務を 2 事業の譲渡の効果と捉えていた と解するのが自然であること

### (1) 本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の 効果として挙げたと解すべきこと

1で指摘したような、「本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としてではなく、その効果として挙げたにすぎない」という理解

18) 大杉・前掲注3)57頁。

は、本判決の判文から読みとれるであろうか。筆者は、きわめて自然に、そのように読みとれると考える。

すなわち、1で引用した本判決の多数意見は、事業の譲渡の意義について、「…譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいう」と判示している(傍点付加)。筆者は、この「結果を伴う」という一語だけでも、本判決の多数意見が、競業禁止義務の負担を事業の譲渡の要件でなく、むしろ効果(「結果」)と考えていたと認めるに十分だと考えるが<sup>19)</sup>、それと並んで重要なのは、本判決における奥野健一裁判官による次の補足意見である。

営業譲渡とは、多数意見もいうように、「一定の営業目的のために組織化され、有機的一体として機能する財産」の移転であり、それにより譲受人は譲渡人と同様の営業者たる地位を取得することをいう。すなわち、営業の譲渡とは、譲受人をして営業用財産の取得と経営者たる地位引継の権利を取得せしめ、譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得せしめるものをいう(譲受人が実際上営業的活動を承継実行すると否とを問わない)。さればこそ、その効果として、譲渡人は一定範囲の競業禁止の義務を負うのである<sup>20)</sup>。〔傍点は引用者が付した〕

この補足意見は、これ以上ありえないほど明確に、競業禁止義務は要件としてではなく効果として挙げられたにすぎないことを示している<sup>21)</sup>。実際、筆者には、この多数意見および補足意見の記述にもかかわらず、最高裁は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としてと解する学説がおよそ存在していること自体が、不可解に思われるほどなのである<sup>22)</sup>。

## (2) なぜ本判決は競業禁止義務に言及したのか

(1)で述べた私見(最高裁は事業の譲渡の効果として競業禁止義務に言及したにすぎない)に対しては、もしも競業禁止義務が事業の譲渡の要件でないのなら、なぜ最高裁はわざわざこの義務に言及したのか、という疑問が提起されるかもしれない。

これに対する簡単な答えは、ある法律概念の意義(意味)を説明する際に、その要件だけでなく、主要な効果にも言及するのは、むしろ自然なことではないか、ということである。私たちが、「(民法709条の)不法行為とは何ですか」と人から聞かれた場合、「故意または過失によって他人の権利または法律上保護される利益を侵害し、それによって当該他人に損害を与えること」という要件だけを挙げるのではなく、「行為者はそれによって生じた損害を被害者に賠償する責任を負う」という、不法行為の主要な効果もあわせて説明することは、自然なことのように思われる。これと同様に、本判決(その多数意見)は、467条1項1号2号の事業の譲渡の意義

19) ただし、ここで一点、注意しておくべきことがある。前掲注16)に引用した本判決を読むと、③競業禁止義務に関するくだりだけでなく、②事業活動を受け継がせることも、「結果を伴う」にかかっているようにみえる。したがって、「結果を伴う」という文言を根拠に、本判決は③を事業の譲渡の要件とはみないというのであれば、②も要件とみるべきではないことになるのではないかと、という疑問が生じる。この疑問は、本判決の読み方としては、正しいものである。しかし、いささか込み入った事情により、筆者は、今日では、本判決は①に加えて②も事業の譲渡の要件と捉えていると読んだほうが適切である(そのほうが、むしろ本判決の真意に沿う)と考えている。この点については、Vで詳述する。

20) 民集16巻6号1604頁。

21) 補足意見は、多数意見そのものではないが、多数意見に加わった裁判官が、共同の意見として述べられたところにつけ加えて自己の意見を述べるものであり(兼子一=竹下守夫『裁判法(第3版)』176頁注3(有斐閣,1994)),その意見は、多数意見と基本的に整合的であると考える。

22) 本判決の調査官解説(豊水道祐「判解」最判解民事篇昭和30年度337頁)においても、本判決が競業禁止義務を要件としたという記述は何ら見られないことも、本判決がこれを要件とする意図ではなかったことの傍証となる。

を説明するため、とりわけ、それが総則規定中（21条以下）の事業の譲渡と「同一意義」であるという、本判決が採用した立場を強調するために、総則規定中の事業の譲渡の主要な効果である競業避止義務に言及したものと考えられる<sup>23)</sup>。

筆者は、以上の説明だけでも、上記の疑問の答えとして十分だと思うが、(1)で引用した補足意見も参考にして考えると、最高裁（細かくいえば、その多数意見を形成する裁判官）がなぜ競業避止義務に言及したのか、その思考過程をもう少し具体的に推測することができると思う。というのは、次のようなことである。本判決を通読すればわかるとおり、多数意見の基礎となっている考え方は、改正前商法245条1項1号の「営業の譲渡」（会社法467条1項1号2号の事業の譲渡に相当）を、総則規定中に定められ、「内容も比較的に明らか」な「営業の譲渡」と「同一意義」であると解することによって、「法解釈の統一性、安定性」を図ると同時に、何が総会決議を要する「営業の譲渡」であるかを相手方や第三者に判断しやすくすることにより、「法律関係の明確性ないし取引の安全」を図ることにあつた<sup>24)</sup>。もっとも、そうした立場をとるとしても、総則規定中の「営業の譲渡」の意義についても、別に定義規定があるわけでも確立した先行判例があるわけでもないから、最高裁としてその意義を確定する必要がある。

ここで最高裁が、総則規定中の営業譲渡の主要な法律効果である競業避止義務に着目したのは、自然なことであろう。「効果との関連で要件を考える」こと、すなわち、ある法規を適用するための要件が何かを考える際に、その法規の効果にまず着目し、そのような効果を与えるのにふさわしいのはどのような場合かを考えるということは、もっとも基

本的な法解釈の手法である<sup>25)</sup>。おそらく、最高裁が改正前商法25条（会社法21条に相当）の競業避止義務に注目したことは、とりわけ、「営業の譲渡」といえるためには「譲渡人がその財産によって営んでいた営業的活動…を譲受人に受け継がせ（る）」こと——補足意見の表現では、「譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得せしめる」こと——が必要である、という解釈に到達するのに寄与したであろう。競業避止義務の負担は、譲渡人の営業の自由を制約するとともに、競争を制限し消費者の不利益ともなりうるものであるから、そうした不利益を補うメリットが期待できる場合でなければ、法がそうした義務を課するのは合理的ではない。譲受人が譲渡人から、その営業的活動を受け継ぐ場合は、まさにそうしたメリットが期待できる場面といえる。というのは、譲渡人が競業避止義務を負うことにより、受け継いだ営業的活動が譲受人にもたらす価値（収益性）はより高まると期待できるからである。譲受人が営業的活動を受け継ぐ場合、通常は、譲渡人による得意先や仕入先の紹介や、製造・販売等のノウハウ（特殊な製品の製造方法など）の伝達を伴うであろう<sup>26)</sup>。そのような事実関係や情報の譲受人にとっての価値は、譲渡人が譲渡後にすぐに同一の営業に従事できる（そのため得意先を取り返したり、伝達した情報を自分でも使い続けることができる）場合よりも、そうした行動が制約されている場合のほうが、より高まるであろう。

こうして、譲渡人の競業避止義務を課するのがふさわしいのはどういう場面かを考えると、「営業の譲渡」の要件として、「譲渡人が従前営んできた営業的活動（事業活動）を受け継がせること」を要求するのが望ましいという結論になる。本判決の補足意見にある、

23) 宇田・前掲注3)76頁が、「最大判は、…『競業避止義務』を営業譲渡の対象である『営業』の意義…自体を説明する用語として使用しているだけ」であるとしているのは、本文の私見と同じ理解をとるものであろう。

24) 民集16巻6号1602-1603頁参照。

25) 米倉明『プレップ民法（第4版増補版）』98-99頁、135頁（弘文堂、2009）。

26) 鴻常夫『商法総則（新訂第5版）』146頁（弘文堂、1999）。

「営業の譲渡とは、譲受人をして…譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得せしめるものをいう…。さればこそ、その効果として、譲渡人は一定範囲の競業禁止の義務を負うのである。」という判示は、競業禁止義務という効果に着目して営業（事業）の譲渡の要件を導き出した、最高裁（その多数意見を形成した裁判官）の思考過程をよく表していると考えられる。

なお、念のため述べておくと、筆者は、本判決の見解が当然に妥当なものであると主張しているのではない。本判決がよって立つ前提、すなわち、改正前商法 245 条（会社法 467 条）の営業（事業）の譲渡と総則規定中の営業（事業）の譲渡は「同一意義」であるべきだ、という考え方に対しては、規定の趣旨・目的が違う以上、そのように解する必要はないという学説が、有力に唱えられてきた<sup>27)</sup>。そうした見解は、譲受人が事業活動を受け継ぐことは、総則規定中の事業の譲渡の要件ではあっても、会社法 467 条 1 項 1 号 2 号の事業の譲渡の要件と解する理由はない、と論じる。なぜなら、譲渡会社の株主の利益にとっては、譲受人が事業活動を受け継ぐかどうかはどちらでもよいことだからである<sup>28)</sup>。本稿は、本判決の立場とこうした有力学説の立場のいずれが説得的かを論じるのが目的ではない（ただし、有力説については V でもう少し詳しく説明する）。筆者が主張しているのは、本判決が競業禁止義務に言及したことはごく自然に理解できるものであって、何ら解釈が困難なものではないし、誤解を生じさせるようなものでもない、ということ——もっと具体的にいうと、それは競業禁止義務を事業の譲渡の要件と判示したものではないばかりでなく、要件であると受け取られるような記述を何も含んでいない、ということである。

#### IV. 競業禁止義務を特約で排除した場合——本判決は「特約で競業禁止義務を排除していないこと」を事業の譲渡の要件としていると解することの当否

##### 1 問題の所在

III においては、会社法 467 条 1 項 1 号 2 号の事業の譲渡は 21 条の事業の譲渡と「同一意義」であるという本判決の立場を前提にして、仮に競業禁止義務を事業の譲渡の要件であると解した場合には、21 条の適用をめぐる循環論法に陥ることを明らかにした。そして、この帰結を避けるためには、本判決は、①有機的一体として機能する財産の譲渡であることと②事業活動を受け継がせることのみを事業の譲渡の要件としており、競業禁止義務は、ただ事業の譲渡の効果として言及されたにすぎないと解しなくてはならない、と論じた。そして、本判決自体も、素直に読めばそう解するのがもっとも自然であることも明らかにした。

もっとも、一般論として上記の私見を支持するとしても（支持してもらえることを望んでいるが）、なお次のような主張が提起されるかもしれない。すなわち、確かに原則としては、上記①②の要件が満たされれば事業の譲渡になり、その効果として競業禁止義務が伴うにすぎない、と解するのが本判決の合理的な理解であろう。しかし、そういう理解に立つ場合でも、当事者が特約によって競業禁止義務を排除したときは、当該譲渡は 467 条 1 項 1 号 2 号にいう事業の譲渡ではなくなる、という解釈はなおとりうるのではないか。もしも本判決を、そのような解釈を示したものと理解することができるなら、その限

27) 「法律家にとっては、離れた他の条文でも気になるが、法規の適用を受ける一般人とすれば、そのようなことは、むしろどうでもよいことである」（鈴木竹雄「株式会社法と取引の安全」『商法研究Ⅱ会社法（1）』47 頁，57 頁注 4（有斐閣，1971）〔初出・松田判事在职四十年記念『会社と訴訟（下）』（有斐閣，1968）〕）。

28) 竹内・前掲注 2)159 頁。この見解についてより詳しくは、V で後述する。

度では、「判例は競業禁止義務を事業の譲渡の要件にしている」ということができるのではないか、というものである。

以上の主張は、本判決が、①有機的一体として機能する財産を譲渡すること、②事業活動を受け継がせることに加えて、「③’当事者間の特約で譲渡会社の競業禁止義務が排除されていないこと」を、事業の譲渡の要件としてしていると解釈するものといえる<sup>29)</sup>。この解釈（以下、本章（IV）中で「上記の解釈」ということがある）では、当事者間の契約では競業禁止義務についてとくに言及していない場合には（実際にはそういう場合のほうが多い<sup>30)</sup>）、①と②の要件を満たすかどうかを検討するだけで、事業の譲渡であるかどうかを判断できるため、Ⅲ1で指摘したような循環論法に陥ることはない。

ただし、上記の解釈については、まずもって次の2つの問題を指摘しなければならない。第一に、上記の解釈は、「③譲渡会社が21条に定める競業禁止義務を負うこと」を事業の譲渡の要件にしているのではなく、むしろ「③’特約で競業禁止義務を排除していないこと」を要件にしている。したがって、上記の解釈を前提にして「判例は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としている」と主張するのは、正確とはいえない。その点は別にしても、第二の問題として、このような解釈は、本判決の文言からはずいぶん離れるように思われる。本判決は、事業の譲渡は「…譲渡会

社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいう」といっているだけである。特約で競業禁止義務を排除すれば事業の譲渡ではなくなる、と述べているわけではない。そもそも、競業禁止義務に関する特約のことなど何も述べていない。

筆者は、判例解釈の基本は、何よりもまず、判文を日本語として素直に読むことだと考えるので、上記の第二の問題として挙げた点だけからも、上記の解釈には否定的である。しかし、本判決を実際に上記の解釈のように理解している論者は少なくないようである<sup>31)</sup>。そこで、本章（IV）では、上記の解釈、すなわち、①と②に加えて（③でなく）③’を事業の譲渡の要件としている、という解釈が、本判決の理解としてとりうるか、という問題を検討する。

ただ、検討にあたってまず指摘しなければならないのは、そもそも事業の譲渡において、21条の競業禁止義務を特約で排除できるのか、ということ自体、争いのある問題だということである<sup>32)</sup>。21条1項は、「別段の意思表示がない限り」という文言が示すように、任意法規であり、当事者間で競業禁止義務を排除する特約をすれば、譲渡会社は同項の義務を負担しない。しかし、そのような特約をした場合でも、譲渡会社は、なお同条3項にいう「不正の競争の目的をもって」譲渡の対象事業と同一の事業をしてはならな

29) 本文のような解釈をとる場合、訴訟の場面において、事業の譲渡の効果を主張する側の当事者が、①と②に加えて、「当事者間の特約で競業禁止義務が排除されていないこと」をも主張・証明する責任を負うのか、それとも、事業の譲渡の効果を主張する側は①と②を主張・証明すれば足り、その効果を否定する側の当事者が、「当事者間の特約で競業禁止義務が排除されていること」を主張・証明する責任を負うのか、いずれの立場もありえよう。もっとも、本稿で後に述べる主張（それは本判決の解釈としてはとりえない）は、いずれの立場にも妥当するので、以下ではこれらをとくに区別することなく論じる。

30) 前掲注6)で紹介した、上場会社の営業譲渡契約の分析では、分析事例55件中20件について、競業禁止義務について明示の定めがあった。逆にいうと、過半数の事例で、契約では競業禁止義務について明示の定めを置いていないことになる。

31) 本判決をそのように解したうえでこれを支持する見解として、河本・後掲注40)13頁（この見解については、IV4(2)で論じる）。逆に、特約で競業禁止義務を排除すれば事業の譲渡でなくなるというのはおかしいとして、本判決を批判する学説（竹内・前掲注2)160頁など）も、本判決をこのように解釈しているものと思われる。

32) この論点は、会社法21条による譲渡会社の競業禁止義務にも、また商法16条による譲渡人の競業禁止義務にも、同様に妥当する。そこで、後者に関する学説も、とくにことわりなく、前者（会社法21条）に関する学説として引用する。

いという限度の競業避止義務を負うと解する学説が多いのである<sup>33)</sup>。他方、3項の義務も特約によれば排除できると明言する学説もある<sup>34)</sup>。

このため、仮に本判決を上記の解釈(①②③')を事業の譲渡の要件とするという解釈のように理解する場合にも、当事者が競業避止義務を排除する旨の特約を結んだ場合に具体的にどういう結果になるかは、21条の義務(とくに3項の義務)を特約で排除できると解するかどうかによって、解釈が分かれることになり、議論はかなり込み入ったものになる。もっとも、本判決を上記のように解さず、Ⅲ2で述べたとおり、最高裁は競業避止義務を事業の譲渡の効果として挙げたにすぎないと解するなら、本判決の理解に何の困難も生じないのであって、上記の解釈は、本判決を不自然に解したあげくその理解を無意味に複雑化させたにすぎない。とはいえ、そのような私見は、上記の解釈だと具体的にどういう不都合が生じ、逆に私見のように本判決を解するとどうして問題が生じないのかを明らかにしたうえでなければ、十分な理解を得られないだろう。また、21条、とくに3項の義務を特約で排除できるのかという問題は、それ自体、興味深い問題であるうえ、競業避止義務を負わない旨の特約する事例は少なくないから<sup>35)</sup>、この問題は実務上も重要性をもっている。そこで本項では、あえてこの複雑な議論に立ち入って検討することにする。

本章の検討は次のように行う。まず、2で、仮に21条3項は強行法規であり、そのため事業の譲渡の当事者は21条の競業避止義務を特約で(完全に)排除することはできない、という立場にひとまず立った場合に、本判決を上記のように解釈することができるかを検討する。次に3で、21条の競業避止義務は、3項の義務を含めて特約で排除できるのかどう

かという問題について検討し、結論的には、排除は可能であるという私見を述べる。そのうえで4で、21条の義務は3項の義務も含めて完全に排除できる、という私見の立場に立つ場合、本判決を上記のように解釈することができるかどうかを検討する。そして結論としては、21条の義務を特約で排除できるかどうかにかかわらず、上記の解釈はとりえないと論じる。そのうえで、5で、本判決は競業避止義務を事業の譲渡の効果として挙げたにすぎないとする私見の理解のもとでは、特約で競業避止義務を排除した場合にどうかについて説明する。

## 21条の競業避止義務は特約で排除できないという立場をとる場合の、本判決の解釈

この場合については、あまり論じることはない。この立場をとる場合、上記の解釈、すなわち、原則としては①有機的の一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることがあれば事業の譲渡となるが、③'当事者間の特約で競業避止義務を排除すれば事業の譲渡ではなくなる、という解釈は、そもそも事業の譲渡においては競業避止義務を排除できない(少なくとも21条3項の義務は残る)と解する以上、とりえない。むしろこの立場からは、①と②の要件が備われば、当該譲渡は事業の譲渡と認められ、そこで21条が適用されて、譲渡会社の競業避止義務(最低でも3項の義務)が、必ず結果として伴うことになる。Ⅲ1で論じたとおり、結果として伴うからといってそれが要件になるわけではないのであって、むしろこの立場は、競業避止義務を事業の譲渡の効果と解することに他ならない<sup>36)</sup>。

なお、判例をどう解すべきかの問題を離れて、純粋に467条1項1号2号の解釈として

33) 後掲注38)の文献参照。

34) 後掲注41)の文献参照。

35) 前掲注6)参照。

36) 上柳克郎教授は、本判決は競業避止義務を要件としているという理解を前提に本判決を支持する立場をと

考えた場合、「当事者間で競業禁止義務を排除する特約を結んだ場合は、譲渡会社が21条3項の義務を負うときにも、その譲渡は467条1項1号2号にいう事業の譲渡ではなくなる」という解釈は、とりえないものではない。というのは、もしも「譲渡会社が競業禁止義務を負わなければ株主総会の承認は必要ない」と解すべき理由があるとすれば、それは、譲渡会社が競業禁止義務を負うことによって、その後の事業活動に事実上のみならず法律上の制約が課されるため、会社ひいては株主の利益に重大な影響が及ぶから、という点に求められるだろう<sup>37)</sup>。その観点からすると、譲渡会社が21条3項の、いわばミニマムな義務を負うだけでは、株主総会の承認を必要とするほど会社・株主の利益に重大な影響を及ぼすとは言い難い、ともいえるからである。しかし、それは本判決自身がとる立場ではありえない。なぜなら、本判決によれば、467条1項1号2号の事業の譲渡と21条の事業の譲渡は「同一意義」なのであるから、譲渡会社が21条3項の義務を負っているながら、その譲渡が467条1項1号2号の株主総会の承認を要する事業の譲渡ではない、ということは、ありえないのである。仮に上記の解釈を提唱するとしても、それは、本判決を支持するということではなく、むしろ本判決とは異なる見解として、主張されるべきものである。

### 21条3項は特約により排除することはできないのか——議論の整理と私見

#### (1) 議論の整理

次に、会社法21条の義務、ことに3項の義務は特約で排除できるのか、という問題を検討する。

1で指摘したとおり、これは争いのある問題である。21条1項の義務は、文言から明らかかなように任意法規であり、当事者間で「譲渡会社は競業禁止義務を負わない」旨を約せば排除できる。しかし、そのような特約をしたときも、譲渡会社は同条3項にいう「不正の競争の目的をもって」競業をしないという義務を負うとする見解が多い<sup>38)</sup>。もっとも、このように述べる学説の中には、3項の義務はおよそ特約で排除できないと解しているのか、それとも、単に「譲渡会社は競業禁止義務を負わない」旨を約したときには3項の義務が残るといっているだけで、当事者が明示的に3項の義務をも排除する特約を結んだ場合にはそれは有効と解しているのか（結論を先取りすると、私見は後者の立場である）、必ずしも明らかでないものがある<sup>39)</sup>。しかし、はっきり、3項の義務は特約によっても排除できない（3項は強行法規である）と述べているものもある<sup>40)</sup>。他方、3項の義務も特約によれば排除できると

り、特約で競業禁止義務を排除すると事業の譲渡ではなくなるのはおかしいとして本判決を批判する竹内教授の見解（竹内・前掲注2）160頁）に対しては、21条3項の義務は特約によっても排除できないのではないかと反論している（上柳・演習・前掲注2）244頁、上柳・論集・前掲注2）269頁）。しかし、本文に述べたように、もしも事業の譲渡では常に競業禁止義務が（少なくとも21条3項の限度では）伴うのであれば、それは事業の譲渡の要件でなく、効果というべきである。これを要件と考えると、21条の競業禁止義務を負うかどうかが決まらなければ21条の適用の有無も決まらないという、循環論法に陥ってしまう（Ⅲ1参照）。もっとも、上柳論文の主目的は、競業禁止義務が事業の譲渡の要件かどうかを検討するのはまったく異なる点にあったことは認めなければならない。後掲注94)参照。

37) 鈴木竹雄「営業譲渡と総会の決議」『商法研究Ⅲ』83頁、88頁（有斐閣、1971）〔初出・『商法演習Ⅰ会社（1）』（有斐閣、1960）〕、前田・前掲注2）764頁参照。

38) 江頭憲治郎編『コンメンタール会社法（1）』206頁〔北村雅史〕（商事法務、2008）、鴻・前掲注26）148頁、田邊光政『商法総則・商行為（第2版）』152頁（新世社、1999）、弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為（第2版）』52頁（有斐閣、2006）。

39) 弥永・前掲注38）52頁など。

40) 上柳・演習・前掲注2）244頁、上柳・論集・前掲注2）269頁、江頭・前掲注38）206頁〔北村〕。

明言する学説もある<sup>41)</sup>。

この問題は、3項の義務とは具体的にどういう態様の競業を禁じる義務なのか、という問題ともかかわっている。この義務をどこまで広く捉えるかによって、3項の義務を特約で排除できるかどうかについての意見も異なりうるからである。そしてこの点についても、学説の理解は様ではない。これを、「一般公衆をして譲渡人が従前の営業を譲渡人が旧事業を継続すると誤解させるなど」というように、限定的に解しているらしい学説も見られる<sup>42)</sup>。しかし、そうした欺罔的な要素があるかどうかにかかわらず、譲渡会社が譲受人に移転した得意先あるいは営業(事業)上の顧客(以下、単に「得意先」という)を奪う目的をもって競業することは一般的に禁じられていると解しているらしい学説もある<sup>43)</sup>。

大審院大正7年11月6日判決<sup>44)</sup>は、「商法第22条第3項〔現行商法16条3項、会社法21条3項に相当〕ハ…営業譲渡人カ譲受人ノ営業上ノ得意ヲ奪フハトスル目的ヲ以テ同種ノ営業ヲ為スカキハ同条ノ禁止スル所ナリト解セサルヘカラス」と判示し、後者の理解に立つかのようなものである。ただ、事件の内容が判文からは明らかでなく、ことに、当事者間で競業禁止義務についてどのような内容の契約を結んでいたのかは不明である。それゆえ、これをもって、「当事者間で競業禁止義務を排除する特約を結んでも、譲渡人は譲受人の得意先を奪ってはならない義務を負っている」ことを判示したものとは即断すべきではないように思われる。

## (2) 私見

(a) 当事者間で「譲渡会社は競業禁止義務を負わない」旨を約した場合には、得意先を奪う目的での競業が一般に21条3項の義務に違反するとは解すべきでないこと

そこで検討すると、まず3項にいう「不正の競争の目的」とは、一般には、事業の譲渡の趣旨に反するような目的がそれに当たると解されるが<sup>45)</sup>、何が事業の譲渡の趣旨に反するかは、競業禁止義務に関する点も含めた当事者の合意内容によって決まるものである。そして、当事者が競業禁止義務を排除する旨の特約を結んだ場合には、得意先を奪う目的で競業することが一般に禁じられるというのが当事者の合意内容であるとは、普通は解しがたいと思われる。

そもそも、学説が「得意先」としてどういうものをイメージしているのかは必ずしも明かではないが、言葉の通常の意味としては、「日常よく取り引きしてくれる相手」といった程度の意味である<sup>46)</sup>。自由競争の社会では、得意先が将来も取引をしてくれることが法的に保障されているわけではなく、競業者に得意先を奪われたり、逆にこちらが奪ったりすることは当然に想定されている。それにもかかわらず、譲渡会社が譲渡した事業と同一の事業を再び行う場合には、譲受人に移転した得意先を奪う目的での競業は一般的に禁じられるとすれば、譲渡会社は、他の事業者ならできることができないという意味で、いわばハンディキャップ付きの競争を強いられることになってしまう。

おそらく、譲渡会社は競業禁止義務を負わない旨を特約したときもなお得意先を奪う目

41) 龍田節「営業譲渡と株主総会決議(2・完)」法学論叢105巻3号1頁,4頁(1979)、河本一郎「営業譲渡・譲受をめぐる法律問題」『会社の営業譲渡・譲受の実務』別冊商事法務43号8頁,13頁(1979)、山本爲三郎「営業譲渡と競業禁止義務」法学研究73巻2号89頁,101頁(2000)。

42) 神崎克郎『商法総則・商行為(新訂版)』152頁(同文館,1999)、大塚英明ほか『商法総則・商行為法(第2版)』46頁〔中東正文〕(有斐閣,2008)。

43) 江頭・前掲注38)206頁〔北村〕、鴻・前掲注26)148頁、田邊・前掲注38)152頁、弥永・前掲注38)52頁。

44) 法律新聞1502号22頁。

45) 21条3項の義務が具体的にどういう義務を指すと解するかにかかわらず、一般論として本文のように解することについては異論がない。神崎・前掲注42)152頁、鴻・前掲注26)148頁など。

46) 『明鏡国語辞典(電子版)』(大修館書店,2002)では、「得意先」は、「いつもよく品物を買ってくれる客。また、日常商売上の取引をしている相手。取引先。顧客。」と説明されている。

的で競業することは禁じられると解している見解の背後には、事業の譲渡は得意先の移転を伴うところ、移転したはずの得意先を譲渡会社が取り返すことができるのであれば、「移転」というに値せず、事業の譲渡の趣旨に反する、という認識があるものと思われる<sup>47)</sup>。しかし、そもそも事業の譲渡において常に得意先の移転があるとは限らず<sup>48)</sup>、せいぜい、得意先が重要な意味をもつ事業を譲渡する際にはその移転が伴う、というだけのことだと思われるが、たとえ得意先を移転する場合であっても、譲渡会社が後でそれを取り返すことを禁じなければおよそ「移転」というに値しない、というわけではあるまい。

先に述べたように、得意先と将来取り引きすることが法的に保障されているわけではないから、得意先の移転といっても、それは、将来取引をする「権利」を移転するのではなく、せいぜい、既存の取引から生じた未履行の債権（もしあれば）を譲渡するほか、得意先の情報を譲受人に伝えたり、逆に得意先に対して譲受人を紹介する、といったことが主な内容になると考えられる。この場合、譲渡会社が移転した得意先を取り返すことが禁じられていなくても、譲受人は、得意先に関する有益な（一般に入手が容易でない）情報を得ることや、すでに得意先から信用を得ている譲渡会社によって紹介してもらえらるということだけでも、譲渡会社に対価を支払うだけの価値を見いだすことは十分に考えられ

る。もちろん、譲渡会社が得意先を取り返すことを禁じれば、移転を受けた得意先の譲受人にとっての価値（将来そこから得られると期待できる利益）はさらに高まるだろう。しかしその半面、譲渡会社にとっては経済情勢の変化等に応じて事業を再度行う自由は制限されることになる。したがって、ことは利益と不利益の比較に尽きるのであって、譲渡会社が得意先を取り返すことを禁じることによる譲受人の利益が、譲渡会社の不利益を上回るときには、そのような行為を禁じることが合理的な契約内容となるが、利益が不利益を下回るときは、むしろ禁じないことが合理的である<sup>49)</sup>。法が前者のような契約内容のみを強制する理由は、何もない。

そして、譲渡会社が得意先を取り返すことが禁じられているかどうかは、当事者間の合意内容の解釈しだいではあるが、単に「譲渡会社は競業禁止義務を負わない」旨の特約を結び、他に当事者の意思を推測する事情がない場合には、基本的に、譲渡会社は得意先を取り返すこともできるという趣旨で合意を結んだと解すべきである。特約で競業禁止義務を排除するのは、経済情勢の変化等により譲渡会社が譲渡した事業と同一の事業を再び行うことが有利だと判断した場合にこれを行う自由を確保しようとする目的があると考えられるが<sup>50)</sup>、その場合にも、譲渡会社が上記のようなハンディキャップ付きの競争（他の事業者は譲受人から得意先を奪えるのに、譲

47) 山本・前掲注 41)100 頁は、そのような見解が存在することを示唆しつつ、競業禁止義務は特約で排除できるという立場からそれを批判している。

48) 事業によっては、そもそも決まった得意先というものがない場合（たとえば、映画館の経営）もあるからである（豊泉貫太郎『営業譲渡』、『営業の重要な一部』の判断基準等について——判決例を中心として——）商事法務研究会編・前掲注 6)15 頁、21-22 頁）。なお、本判決は、467 条 1 項 1 号の事業の譲渡の要件（最高裁の立場では、21 条以下の事業の譲渡の要件でもある）の要件①として、「一定の営業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）」というように、「得意先」に明示的に言及しているが、これは有機的の一体性を判断する際の要素の例示であり、得意先の移転がなければおよそ有機的の一体性を認められない（したがって事業の譲渡ではあり得ない）という趣旨ではないとみるべきであろう（藤田・前掲注 4)39 頁参照）。さもないと、上記のような事業ではおよそ事業の譲渡はありえないことになってしまう。

49) 一方当事者に義務を課すことの利益が不利益を上回るときは、契約によってその義務を課すことは、両当事者の利益になる。義務を課されたほうの当事者の不利益は、契約の対価を調整する（本文の例でいえば、事業の譲渡の対価を増額する）ことによって補償することができる。以上の一般論については、ステイーブン・シャベル（田中亘＝飯田高訳）『法と経済学』333-334 頁（日本経済新聞出版社、2010）。

50) 中西・前掲注 6)191 頁。

譲渡会社はそれができない)をしなければならないというのは、あえて譲渡会社に競業の自由を認めた特約の趣旨とは、通常、整合しないように思われる(もちろん、そうしたハンディキャップを負うという条件下でのみ、譲渡会社に競業の自由を認めるということも考えられないことではなく、明示的にその趣旨の合意をすればそれは有効である)。

そうすると、当事者間の特約で「譲渡会社は競業禁止義務を負担しない」旨を定めた場合には、21条3項の義務の内容として、得意先を奪う目的での競業一般が禁じられると解さないほうがよい。21条3項により何らかの義務が残るとしても、それはせいぜい、譲渡会社が譲渡した事業を引き続き営んでいると取引の相手方に誤信させるといった、欺罔的な要素を伴う競争が禁じられるだけだと解すべきではないか。

(b) 欺罔的な要素を伴う競業をしない義務も、特約によれば排除できるが、そのためには、その趣旨が明確になるような約定を結ぶ必要があること

残る問題は、上記のような、欺罔的な要素を含む競業をしないという義務も、当事者間でそれを排除する特約をすれば排除できるのではないか、ということである。そうした最低限の義務をも排除することは不合理に見えるかもしれないが、そうとは限らない。というのも、譲渡会社が実際に欺罔的な要素を含む競業をしたかどうかは、裁判によっても容易に判明しない微妙な問題でありうる。譲渡会社には別段、欺罔の意図はなく、単に譲渡した事業と同一の事業を再度立ち上げただけのつもりであっても、取引の相手方が、譲渡会社は譲渡事業を引き続き営んでいると一方的に誤信する可能性がある。具体的な事案において、譲渡会社は欺罔的な行為を行ったのか、それとも相手方が一方的に誤信したにすぎなかったのか、また、仮に後者であったとしても、譲渡会社に相手方の誤信に気づいて

いたかどうか、気づいていたとすればそれを解消する努力をすべきではなかったか、努力すべきだったとしてどういうことをすれば努力したといえるのか、等々、裁判上の紛争の種になりそうなことは数多く考えられる。そうした紛争を未然に防止するために、譲受人による譲渡会社の競業を理由とする責任追及は、事前の契約でいっさい封じておくという判断も十分にありうる。事業者どうしの取引において(事業の譲渡は、当然に「事業者どうしの取引」である)、そうした契約を禁じる理由はないように思われる<sup>51)</sup>。

こうして、21条3項の義務も特約で排除できると解すべきであるが、具体的にどのような特約をすれば排除したといえるかは問題である。究極的には、当事者の意思表示の問題であり、具体的な事情に即して裁判所が判断すべきことではあるが、筆者としては、欺罔の要素を含む競業の自由をも譲渡会社に認めることは、一般的には譲受人にとってリスクの高いことであるから、そのような特約がされたと認定することは慎重であるべきだと考える。具体的には、単に「譲渡会社は競業禁止義務を負わない」旨を約しているだけで、ほかに当事者の意思を推測する事情がない場合には、譲渡会社は、譲受人と競業することは一般に禁じられないものの(前述のように、得意先を奪っても責任を問われない)、欺罔的な要素を含む競業まで認められているとは解すべきではないように思う。後者のような競業をも容認するには、その旨の明示の特約——たとえば、「譲受人が譲渡会社の競業による責任を追及することは、譲渡会社が取引の相手方を欺罔したことを理由とする場合を含めて、一切、禁じられる」といった趣旨の約定を結ぶこと——を必要とするべきだと考える。

### (3) まとめ

21条3項の義務をどのようにすれば排除できるかについては、上記のとおり問題が残

51) なお、譲受人との間でこのような契約を結んだからといって、譲渡会社に欺罔された第三者が、譲渡会社に対して不法行為等の責任を追及することが封じられるわけではないのは、契約の相対効からして当然のことである。

るものの、少なくとも、明示的に3項の義務を排除する特約を結べば、排除は可能と解すべきである。したがって、結論としては、当事者は適切な特約を結ぶことにより、21条の競業禁止義務を完全に排除することが可能であるというのが、私見である。

#### 4 21条の義務は特約で排除できると解した場合の、本判決の解釈

##### (1) 問題の所在：解釈の2つの可能性

3で、21条の競業禁止義務は、3項の義務も含めて特約で排除できるという私見を述べたので、次に、そのような立場に立つ場合、上記の解釈、すなわち、本判決は、①有機的一体として機能する財産の譲渡であることと②事業活動を受け継がせることに加え、③'競業禁止義務を特約で排除していないことを、467条1項1号2号にいう事業の譲渡の要件としている、という解釈はとれないか、という問題を検討することにしよう。

仮に上記の解釈に立つ場合、ある譲渡が①と②の要件は満たすが、しかし競業禁止義務は当事者間の特約で排除されているという場合、どのような法律関係になるかが問題となる。これには、2とおりの可能性がありうる。1つは、当該譲渡は③'の要件を満たさないので、467条1項1号2号にいう事業の譲渡とはいえないものの、なお、会社法の総則規定(21条から24条まで)にいう事業の譲渡ではある、と解することである。この解釈では、当該の譲渡は、競業禁止義務が排除されているから21条の適用は受けないものの、22条や23条の適用は受けることになる。もう1つの可能性としては、この場合には当該の譲渡は467条1項1号2号にいう事業の譲渡ではないだけでなく、総則規定の適用を受ける事業の譲渡でもなくなる、と解することである。以下、それらの解釈が、本判決の

解釈としてとりうるかどうかを順に検討する。

##### (2) 競業禁止義務を特約で排除すると467条1項1号2号の事業の譲渡ではなくなるが、総則規定にいう事業の譲渡ではある、という解釈

この第1の解釈が、本判決の解釈としてはとりえないことは明白であろう。というのも、これまで再三指摘したとおり、本判決は、467条1項1号2号にいう事業の譲渡は、総則規定中の事業の譲渡と「同一意義」であると判示している。したがって、ある譲渡が467条1項1号2号の事業の譲渡ではないが、総則規定にいう(つまり22条や23条の適用は受ける)事業の譲渡である、ということは、本判決の立場からはとりえないのである。

なお、判例をどう解すべきかの問題を離れて、純粹に467条1項1号2号の解釈問題として考えた場合、「当事者間で競業禁止義務を排除する特約を結んだ場合は、総則規定の適用を受ける事業の譲渡ではあるものの、467条1項1号2号で株主総会の承認を要する事業の譲渡ではなくなる」という解釈は、とりえないものではない<sup>52)</sup>。467条1項1号2号の事業の譲渡と、総則規定中の事業の譲渡とを違って解釈することも許されるという考え方は、本判決の多数意見は否定したものの、少数意見の立場であり、また、学説上の有力説でもある<sup>53)</sup>。そういう考え方を前提としたうえで、さらに、「競業禁止義務を負担することは、その後の事業活動に事実上のみならず法律上の制約が課される点で、譲渡会社の株主の利益にとって決定的に重要である」と考える場合には、このような解釈をとることもありうることになる。

もちろん、こうした解釈論には反論も可能である。譲渡会社がひとたび(総則規定にいう意味で)事業を譲渡すれば、たとえ競業避

52) 河本・前掲注41)13頁は、まさに本文のような解釈をとったうえ、「恐らく判例〔本判決〕の趣旨も同じではないかと想像する」と述べている。確かに、このような立場が法の解釈としてありうることは否定しないが、本文で述べた理由から、これが本判決のとりうる立場であるという見解は支持しえない。

53) 有力説については、V2で詳しく紹介する。

止義務が特約で排除されていたとしても、その事業を再開するには一から投資をしないおさなければならず、株主の利益に重大な影響を与える一方、21条1項の競業禁止義務は地域的に制限されており、この義務を負担すると否とで株主の利益にそれほど本質的な違いがあるのかは疑問だと考えられるからである<sup>54)</sup>。

もっとも、上記の解釈論とそれに対する反論のいずれが説得的かを論じることが本稿の目的ではない（筆者には、どちらかといえば反論のほうが説得的と思われるが）。ここでいいたいのは、上記の解釈論は、本判決の立場ではないということである。こうした解釈を主張するのであれば、それは、判例を支持するというのではなく、判例とは異なる独自の見解として、主張されるべきである。

**競業禁止義務を特約で排除すると467条1項1号2号の事業の譲渡でも総則規定にいう事業の譲渡でもなくなる、という解釈**

次に、競業禁止義務を特約で排除すると、467条1項1号2号の事業の譲渡でなくなるだけでなく、総則規定中の事業の譲渡でもなくなる、という解釈はどうであろうか。

この解釈は、論理的には、本判決の解釈としてとれないものではない。この解釈では、特約で競業禁止義務を排除しない限り、ある譲渡が①有機的の一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることの要件を満たせば、当該譲渡は467条1項1号2号との関係でも総則規定との関係でも事業の譲渡となる一方、特約で競業禁止義務を排除すれば、たとえ①と②の要件を満たしても、当該譲渡は467条1項1号2号との関係でも総則規定との関係でも事業の譲渡ではなくな

る。そのため、467条1項1号2号の事業の譲渡は総則規定の事業の譲渡と「同一意義」だとしている、本判決の一般論とは矛盾しない。

しかし、この解釈が実質的にみて不当なものであることは、明らかなように思われる。というのも、この解釈をとると、競業禁止義務を排除する旨の特約を結べば、21条だけでなく、22条や23条の適用も排除されてしまう。しかし、22条は、事業の譲渡の譲受会社が譲渡会社の商号を続用する場合には、譲受会社は、たとえ譲渡契約上はその債務を承継していなくても、譲渡会社の事業によって生じた債務を弁済する責任を負う旨を定める（同条1項<sup>55)</sup>。また、同じ場合に、譲渡会社によって生じた債権について譲受会社に弁済がされたときは、たとえ譲渡契約上は当該債権の譲渡をしていなかったとしても、弁済者が善意かつ重大な過失がないときは免責される旨も定める（同条4項）。さらに、23条は、商号の続用がない場合にも、譲渡会社に事業によって生じた債務を引き受ける旨の広告をしたときには、譲渡会社の債権者は、譲受会社に対して弁済の請求ができる旨を定める（23条1項）。

これらの規定は、商号の続用や債務引受けの広告に基づいて、債権や債務を譲受人が引き継いだという相手方（債権者ないし債務者）の信頼を保護する規定であり<sup>56)</sup>、譲渡契約上、譲渡会社の競業禁止義務が排除されているというだけで、これらの規定が排除されるのは不合理である<sup>57)</sup>。これに対しては、特約によって譲渡会社は譲渡した事業と同一の事業を行えることになっているから、相手方の信頼もそれほど保護には値しないのではないか、という反論があるかもしれないが、その反論には説得力がない。というのも、競業

54) 江頭憲治郎『株式会社法（第3版）』872頁注1（有斐閣、2010）、大杉・前掲注3)58頁。

55) 譲受会社が遅滞なく、弁済責任を負わない旨を広告または通知した場合は例外である（22条2項）。

56) 22条の趣旨については、伊藤靖史「ゴルフ場経営会社の事業譲渡・会社分割と預託金返還請求」法教358号100頁、103-105頁（2010）参照。

57) 竹内・前掲注2)160頁。もっとも竹内教授は、本判決に従うとそのような不合理な結果になるとして本判決を批判するのであるが、むしろ、本判決はそもそもそのような解釈には立っていないというべきであろう（藤田・前掲注4)39頁）。

避止義務が特約で排除されたとしても、譲渡会社が、実際に譲渡した事業と同一の事業を譲渡後に行うとは限らないところ、もしもそうした特約をすれば当該譲渡は総則規定中の事業の譲渡でもなくなると解するならば、譲渡会社が実際に同一の事業を行っていないときでも、22条や23条の適用は排除され、相手方の信頼は一切保護されなくなってしまう。さらに、たとえ譲渡会社が同一の事業を再開したとしても、譲受会社が譲渡会社の従前の商号を続用し、あるいは譲渡会社の事業によって生じた債務を引き受ける旨の広告をしている以上は、譲受会社が譲渡の対象事業によって生じた債務を引き受けた(22条4項との関係では、債権を譲り受けた)と相手方が信頼するのは合理的であり、この信頼を保護しないのは不当であろう。

## 5 競業避止義務は事業の譲渡の要件でなく、効果と解する場合には、不都合は生じないこと

### (1) 競業避止義務を事業の譲渡の効果と解する場合の帰結

以上のように、事業の譲渡の要件として、①有機的一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることに加え、③'競業避止義務が特約で排除されていないことが事業の譲渡の要件になっていると解することは、本判決の解釈としては論理的にとりえないか、またはとりうるとしても、明らかに不当な結果が生じてしまう。

これに対し、本稿が呈示するとおり(Ⅲ2参照)、本判決は競業避止義務を事業の譲渡の要件ではなく、むしろその効果として挙げたにすぎないと解する場合には、上記の不都合は生じない。本判決が、「(営業の譲渡とは)譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上

当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業避止義務を負う結果を伴うものをいう」と判示しているのは、事業の譲渡においては、当事者がとくにその旨の意思表示をしなくても21条の効果として譲渡会社は競業避止義務を負担することになる、という趣旨にすぎない。当事者が特約で競業避止義務を排除すれば事業の譲渡にならなくなる、とか、あるいは、事業の譲渡である限り特約をしても競業避止義務は排除できない、とか述べているわけではない<sup>58)</sup>。

そのため、本判決の立場からは、ある譲渡が、①有機的一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることという要件を満たして事業の譲渡であると認められるときは、たとえ特約で競業避止義務が排除されたとしても、譲渡会社は467条1項1号2号により株主総会の承認を得なければならないし、また、22条や23条の適用も受けることになる。

### 法律上「当然に」ある効果が生じると(2)いう場合、「必ず」生じるという意味は含まれていないこと

(1)で述べた解釈に対し、疑問を感じる読者はいるであろうか。もしも疑問を感じる**とすれば**、それはおそらく、本判決が「法律上当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業避止義務を負う結果を伴う」と**いっている**ことから、事業の譲渡においては**必ず**21条に定める競業避止義務が伴うというのが本判決の立場なのではないか、と理解するからであろう<sup>59)</sup>。しかしながら、その理解は誤りである。法律上、「当然に」ある効果が生じるという場合には、とくにその旨の意思表示等をしなくても法律の効果としてそうなる、ということの意味するにすぎないのであって、**必ず**(当事者が反対の意思表示をしたときも)その効果が生じる、という意味まで含むもの

58) 藤田・前掲注4)39頁。

59) 山本・前掲注41)98-99頁は、本判決について本文のような理解に立つものと解される。その他にも、特約で競業避止義務を排除すれば事業の譲渡でなくなるのはおかしい、と**いって**本判決を批判する見解(竹内・前掲注2)160頁など)は、明示はしていなくても、本判決にいう「法律上当然に」をこのように理解していると解される。もしもこのような理解をしていなければ、本判決がおかしい**と**いって批判する前に、そもそも本判決はそのようなことを述べていないのではないかと考えるはずであろう。

ではない。

たとえば、信託法 88 条 1 項本文は、「信託行為の定めにより受益者となるべき者として指定された者…は、当然に受益権を取得する」と規定する。これは、第三者のためにする契約についての民法の原則では、第三者が受益の意思表示をすることによってはじめて権利を取得するのに対し（民法 537 条 2 項）、信託ではそのような意思表示を要せず、受益者が当然に権利を取得する旨を定めたものである<sup>60)</sup>。しかしこの規定は、同項ただし書が示すように、任意法規であって、信託行為によって別段の定めをすることができる。たとえば、受益者が意思表示をするまでは受益権は取得しないことにすることもできる。このように、法が「当然に」としてある効果を定めていても、その効果が必ず（当事者が反対の意思表示をしていても）生じるというわけではないのである。

また、民法 500 条（法定代位の規定）は、「弁済をするについて正当な利益を有する者は、弁済によって当然に債権者に代位する」と規定する。ここにいう「当然に」とは、任意代位の場合とは異なり、債権者の承諾を得ること（499 条 1 項参照）も、対抗要件を備えること（同条 2 項参照）も要せず、代位の効果（501・502 条参照）を享受できることである<sup>61)</sup>。しかし、「当然に」とあるからといってこの規定が強行法規だと解されているわけではない。むしろ、「代位の規定は、任意規定であり、代位できる地位を予め放棄する特約は有効である。現に、銀行取引においては、そのような特約が置かれるのが通例である。」と説明されているのである<sup>62)</sup>。

さらに別の例として、保険法 25 条は、請求権代位といって、保険者が保険給付を行ったときは、保険事故による損害が生じたことにより被保険者が取得する債権について、同条所定の額を限度として、当然に被保険者に代位する旨を定める。たとえば、保険事故による損害が第三者の不法行為によって生じた場合には、保険者は、支払った保険金額の限度において、被保険者が第三者に対して有する損害賠償請求権を取得する<sup>63)</sup>。ここで「当然に」というのは、債権の移転が、法の規定により当然に生じ、当事者の意思表示（ことに被保険者の承諾）を必要としないし、債権譲渡に関する対抗要件も要せずに第三者に移転を対抗できる、という趣旨である<sup>64)</sup>。しかしそうだからといって、代位に関して当事者が法と異なる約定をすることが一般的に禁じられているわけではない。同法 26 条は、25 条に反する特約で「被保険者に不利なもの」は、無効とすると定めるにすぎない。保険法の立案担当者は、「保険者の代位を認めない等、保険者の代位の範囲を第 25 条よりも狭める旨の約定」は、「被保険者に有利なものとして基本的に有効である」と説明している<sup>65)</sup>。

もっとも、この点は多少問題がある。従来、保険法の学説は、請求権代位は二重利得（被害者が保険金によって損害を填補されつつ、同じ損害について第三者から賠償も受けること）の禁止という趣旨を有しており、そのため、保険契約で請求権代位が起らない旨を約しても、それがいま述べたような二重利得をもたらす場合には無効であると解していた<sup>66)</sup>。その考え方からすると、「保険者の代位を認めない約定も基本的に有効」という

60) 寺本昌広『逐条解説新しい信託法（補訂版）』251-252 頁（商事法務，2008）。この規定は、平成 18 年改正前の信託法にも存在した。同法 7 条参照（「信託行為ニ依リ受益者トシテ指定セラレタル者ハ当然信託ノ利益ヲ享受ス但シ信託行為ニ別段ノ定アルトキハ其ノ定ニ従フ」）。

61) 中田裕康『債権総論』332 頁（岩波書店，2008）。

62) 中田・前掲注 61)330 頁。

63) 江頭憲治郎『商取引法（第 6 版）』472 頁（弘文堂，2010）。

64) 江頭・前掲注 63)474 頁。

65) 萩本修編著『一問一答・保険法』141 頁（商事法務，2009）。

66) 江頭・前掲注 63)473 頁注 4。

立案担当者の説明についても、それは、被保険者の第三者に対する債権の消滅(たとえば、当該債権を放棄すること)を条件としてのみ、代位が起らない旨を約すとか<sup>67)</sup>、あるいは、結果として同じことであるが、代位自体は起こる(そのため、被保険者はもはや第三者に対する債権を行使できない)けれども、保険者は代位した権利を行使できない旨を約する(代位求償権不行使特約と呼ばれる)というように、二重利得が起きない限度でのみ有効、というように限定して理解する必要があるように思われる<sup>68)</sup>。また、このように二重利得が起きない特約であっても、第三者の故意の不法行為についてまで代位を認めないことは、故意の不法行為を助長し公序良俗に反するから無効である、との見解が有力である<sup>69)</sup>。

このように、請求権代位を制約する保険契約の有効性については議論があるのであるが、少なくとも、保険事故が故意の不法行為によるものではない場合に、保険者が代位した権利を行使することを禁じる約定(代位求償権不行使特約)は、有効であり、実際にも行われている<sup>70)</sup>。25条が適用されれば、保険者は本来、代位した権利を行使できるのであるから、このような特約も、25条のルールを変更していることは否定できないが、「当然に」という文言があることを理由にそのような特約が許されないと解されていない。

なお、保険法には「当然に」という文言を用いる規定が少なくない(たとえば24条)、その中には、特約でその規定の効果を変更することが許されないものがある。保険法42条は、「保険金受取人が生命保険契約の当事者以外の者であるときは、当該保険金受取人は、当然に当該生命保険契約の利益を享受する」と定める。この場合の「当然に」は、前述した信託法88条1項と同様、第三者のためにする契約では原則として必要とされる受

益の意思表示を要せずに権利を取得するという意味であるが、これは保険法49条により、保険金受取人に不利な特約は無効とされている。したがって、保険契約で保険金受取人が受益の意思表示をしなければ権利を取得しない旨を約すことは許されない。しかしこれは、49条が保険金受取人保護のために42条を片面的強行法規としたために、そうなるのであって、42条が「当然に」といっているからそうなるのではない。もしも後者であれば、そもそもこの関係で49条を設ける必要もなかったであろう。

このように、法律で「当然に」ある効果が生じる、と規定していても、それは「必ず」(当事者が反対の意思表示をしたときでも)その効果が生じるということ意味するものではない。確かに、特約で異なる効果を定めることが禁じられていたり(保険法42・49条)、一定の制約が課されている場合(同法25条の請求権代位)はある。しかしそれは、一定の理由——保険金受取人の保護や、二重利得の禁止あるいは故意不法行為の抑止——に基づいて、法律の明文の規定により、あるいは法規の趣旨からする解釈論によって、そのような制約が課されているのである。条文に「当然に」とあるから当然にそういう制約が課されるというわけではない。

そして、最高裁が法律と異なる意味で「当然に」という言葉をあえて使っていると考えられる理由はないから、最高裁が「当然に」ある効果が生じる、と判示した場合も、その効果が「必ず」(反対の意思表示をしても)生じる、と判示したと解する理由はない。要するに、本判決が、事業の譲渡の譲渡会社は「法律上当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業避止義務を負う結果を伴うものをいう」と判示しているときに、当事者間の特約で競業避止義務を排除でき、そして排除してもなおその譲渡は事業の譲渡であると解したとしても、おかしくもなんともないのである。

67) 山下友信ほか『保険法(第3版)』88頁〔山下友信〕(有斐閣、2010)。

68) 山下ほか・前掲注67)183頁〔山本哲生〕。

69) 江頭・前掲注63)473頁注4, 山下友信『保険法』559頁(有斐閣、2005)。

70) 江頭・前掲注63)473頁注4, 山下・前掲注69)559頁。

## 6 まとめ

以上をまとめると、事業の譲渡の要件として、①有機的一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることに加え、③' 競業禁止義務が特約で排除されていないことが事業の譲渡の要件になっているとする解釈は、もしも会社法 21 条の競業禁止義務はそもそも特約で排除できないと立場に立つなら、最初からとりえない(2)。また、特約で 21 条の義務を排除することは可能と解する場合には(3)、上記の解釈には 2 とおりの可能性があるが、そのうちの 1 つは、本判決の解釈として論理的にとりえず (4 (2))、もう 1 つの解釈は、論理的にとりえるとしても明らかに不当な結果を招く (4 (3))。結局、上記の解釈は、本判決の解釈としては、とるべきではないということになる。

これに対し、私見のように、「本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件ではなく、効果として挙げたにすぎない」と理解する場合には、本判決の解釈に何の困難も生じない。本判決が、事業の譲渡の譲渡会社は「法律上当然に会社法 21 条に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいう」という場合、それは、事業の譲渡においては特約で競業禁止義務を排除できない、という趣旨を含むものではない。したがって、私見のように、事業の譲渡の当事者間で明示的に約定すれば 21 条の義務は (3 項の義務まで含めて) 排除できる、という立場をとり、そして当事者間で実際にそのような特約をした場合でも、上記①と②の要件を満たす限り、当該譲渡は「事業の譲渡」であると解して差し支えない(そのように解しても、本判決の立場と何ら矛盾しない) ことになる。

他方、3 (1)で説明したとおり、21 条の義務、少なくとも 3 項の義務は特約によっても排除できないという見解も有力である。本判決は、そのような立場とも両立可能である。その場合、ある譲渡が①②の要件を満たせば事業の譲渡となり、すると譲渡会社の競業禁止義務は、当事者がどのような特約をするかどうかにかかわらず、必ず結果として伴うこと

になる。しかし 2 および III 1 で論じたように、結果として伴うからといってそれが要件になるのではないのであって、「本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件ではなく、その効果として挙げたにすぎない」との判例理解は、このような立場 (21 条の競業禁止義務を特約で完全に排除することはできない) をとる場合にも、妥当することになる。

このように、本判決は、21 条 (ことに 3 項) は特約で排除できるという立場とも、排除できないという立場とも両立可能である。言い換えれば、本判決は、21 条の義務の排除可能性という問題については何も判示していないと解される。また、仮にこの義務を特約で排除できるとした場合、どのような特約をすれば排除できるのか (単に「譲渡会社は競業禁止義務を負わない」という合意をすれば排除できるのか、それとも、3 項の義務を排除するにはその趣旨が明確になるような特約を結ぶ必要があるのか) という問題や、その前提として、そもそも 3 項はどのような態様の競業を禁じる規定なのか、という、3 (2) で検討した問題についても、本判決は何も判示していないと解される。そして、それは当然のことである。本判決の事例では、譲渡会社がどのような競業禁止義務を負っているのか、競業禁止義務について当事者はどのような内容の合意をしたのか、といったことは、何も認定されておらず、まったく争点になっていない。何ら争点になっていないことについて、最高裁が何ごとかを決定したと考えるほうがおかしいのである。

## V. 事業活動を受け継がせることは事業の譲渡の要件か

### 1 問題の所在

本稿ではこれまで、本判決は、競業禁止義務を事業の譲渡の要件ではなく、その効果として挙げたにすぎないという理解を述べてきた。ただその際、①有機的一体として機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることについては、本判決もこれらを事業の譲渡の要件と解している、という理解を前提にし

てきた。

しかし、この点は、実は議論のあるところである。Iで、本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件でなく、効果として述べたにすぎないと主張する既存の学説を紹介したが、それらのうち、少なからぬ論者は、上記②についても、本判決はこれを要件としたのではなく、ただ事業の譲渡の結果として伴うものとして挙げたにすぎない——結論として、本判決が事業の譲渡の要件として挙げたのは、①だけである——と主張しているのである<sup>71)</sup>。

この主張は、本判決の読み方として自然であることは否定できない。筆者はIII 1で、本判決が（営業の譲渡とは）「譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法 25条〔会社法 21条〕に定める競業禁止義務を負う結果を伴うものをいう」と判示していることに着目し、「結果を伴う」といっている以上、それは要件ではなく、効果として言及したと読むのがいちばん素直な読み方だ、と論じた。しかし、そこで引用した判文をもう一度読むと<sup>72)</sup>、競業禁止義務のくだりだけでなく、「譲渡会社はその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ」の部分も、「結果を伴う」にかかっているように読める。このことからすると、筆者も、本判決（その多数意見）は、その元々の意図としては、①有機的一体として機能する財産の譲渡であることだけが、事業の譲渡の要件であり、②事業活動を受け継がせることと③競業禁止義務は、いずれも、①の結果として伴うものにすぎないと考えていた可能性が高いと考える。

しかし、これから説明する、いささか複雑な事情により、「本判決は、①と②を事業の譲渡の要件としている」と解することが、今

日においては、本判決の真意に沿うように思われる。それは、そう解することにより、①のみを事業の譲渡の要件と解する近時の有力説（2(2)で後述）と、本判決およびそれに従う裁判例・学説との間の違いを明確にすることができるからである。以下、本章では、上記の私見を敷衍して論じる。

## 2 本判決の立場と有力説の立場

### (1) 本判決の考え方

1で論じたとおり、本判決を素直に読むと、最高裁（その多数意見を形成した裁判官）は、②事業活動を受け継がせることは、①有機的一体としての財産の譲渡の「結果」として「伴う」ものにすぎないと解していたと思われる。ただし、事業の譲渡には③競業禁止義務の負担が結果として伴う、と述べることは、単に会社法 21条の内容をそのまま述べる意味しかもたないのに対して、②が①の結果として伴う、と述べることは、「一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産」という、ありていにいえば「よく分からない概念」<sup>73)</sup>の意味について、本判決がどのように捉えていたかを知るうえで、重要な意味をもっている。

というのは、最高裁（その多数意見を形成した裁判官）は、①有機的一体として機能する財産を譲渡すれば、②事業活動を受け継がせることが結果として伴うと考えていた。逆にいうと、譲渡会社が譲受人に事業活動を受け継がせるという結果を伴わなければ、有機的一体として機能する財産を譲渡したというには足りない、と考えていたものと思われる<sup>74)</sup>。ただし、「受け継がせる」というのは、あくまで、譲渡会社が譲受人に事業を受け継

71) 大塚・前掲注 3)56 頁、宇田・前掲注 3)76 頁、山下・前掲注 3)198 頁。これに対し、藤田・前掲注 4)38-39 頁は、②は、譲受人においてその後現実に事業を開始したことを必要とする趣旨ではない、という理解を前提にして、本判決（およびその後の裁判例）は②を要件としていると理解するようである。後述するように、筆者もこの理解に賛成する。

72) 前掲注 16)で引用した、本判決の判文参照。

73) 大杉・前掲注 3)59 頁。

74) 本文中で筆者は、『①があれば②の結果が伴う』ということは、『②の結果が伴わないときは①ありとはいえない』ということだ』という、初歩的な論理（命題が真のときはその対偶も真になる）を用いている。ここで読

がせるために必要な行為をする，という意味であって，譲渡後に譲受会社が現実にその事業を開始（継続）することまで本判決は要求しているわけではないと解すべきであるが（この点は重要であり，3で後述する），ともかく本判決においては，譲渡会社が譲受人に事業を受け継がせなければ有機的の一体としての財産を譲渡したことになる，と解することにより，有機的の一体性という，その意味するところ必ずしも明らかでない概念に内実が与えられていたように思われる。

## (2) 有力説の考え方

ところが，そのような本判決の考え方は，学説によって必ずしも共有されなかった。すなわち，竹内昭夫教授は，以後の学説に大きな影響を与えた判例評釈において，「[改正前商法] 245条は…譲渡会社の株主保護が目的であり，したがって譲受会社が営業活動を継続するかどうかは，本来どちらでもよいことである」と述べて本判決を批判し<sup>75)</sup>，事業の譲渡の要件としては，③譲渡会社が競業禁止義務を負うことはもちろん，②事業活動を受け継がせることも不要であり，ただ，①有機的の一体として機能する財産の譲渡があれば，事業の譲渡といってよいという解釈論を提示した。この見解は，その後の多くの学説によって支持され，今日では多数説ともいえるものになっている<sup>76)</sup>。

注意すべきは，この学説上の見解（以下，「有力説」という）は，①のみを事業の譲渡の要件と解する点で，それ自体としては，(1)で述べたように解釈した本判決の立場と変わらないように見えるが，その内実は大きく異なる可能性がある，ということである。(1)で指摘したように，本判決の立場では，②譲受会社に事業活動を受け継がせなければ，①有機的の一体として機能する財産を譲渡したとはいえない。ところが，有力説は，②事業活動を受け継がせることはそもそも株主の利益のために重要ではないとして，たとえ②がなくても，当該譲渡が①を満たして事業の譲渡になる可能性を承認する。そのため，有力説においては，何が事業の譲渡といえるかは，もっぱら有機的の一体性という概念それ自体をどう解釈するかにかかっており，その解釈しただいでは，譲渡会社の事業を譲受人に受け継がせたとはおおよそいえない場合にも，当該譲渡は事業の譲渡であると解される可能性が出てくるわけである。

## (3) 本判決の立場と有力説の立場の比較

本判決の事例（以下「本件」という）をどう解決すべきかについての，本判決と竹内教授の見解を比べると，判例と有力説がどのように異なりうるかが明らかになる。本件は，製材工場を設置して桶材の製造加工・販売を営んでいたX会社が，Y協同組合に対

者の中には，筆者がIV 5で展開した議論が，この論理に反しているのではないかと，という疑問を持った人がいるかもしれない。すなわち，本判決は，事業の譲渡があれば③競業禁止義務が結果として伴うとも述べている。すると，この論理によると，譲渡会社が競業禁止義務を負担しなければ事業の譲渡ではない，ということになりそうであり，もしそうだとすると，筆者がIV 5において，特約で競業禁止義務を排除してもなお事業の譲渡であるというのが本判決の立場だ，と理解したのはおかしいのではないかと，という疑問である。しかし，それはそうではない。本判決は，事業の譲渡は「譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業禁止義務を負う結果を伴う」と述べている。そして，「会社法21条に定める競業禁止義務」とはどういうものかは，とりわけ，同条を強行法規と解するか，任意法規と解するかによって決まる。同条（とくに3項）が強行法規なら，事業の譲渡においては「譲渡会社は必ず競業禁止義務を負う」という「結果を伴う」ことになる。これに対し，私見のように同条が任意法規だと解するなら，事業の譲渡においては，「譲渡会社が特約で排除しない限り競業禁止義務を負う」という「結果を伴う」ことになるのである（ここで，本判決のいう「法律上当然に」は，特約で排除できないという意味を含まないことは，IV 5で述べたとおりである）。すると，その対偶命題は，「譲渡会社が特約で排除しない限り競業禁止義務を負うという結果を伴わないならば，当該譲渡は事業の譲渡とはいえない」となり，これは私見の判例理解でも，もとより真である。

75) 竹内・前掲注2)159頁。

76) 竹内・前掲注2)159頁，江頭・前掲注54)872頁注1，大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻（第3版）』101頁（有斐閣，1992），落合・前掲注2)173頁，弥永真生『リーガルマインド会社法（第12版）』322頁（有斐閣，2009）など。

し、当該工場を構成する「土地、建物、機械、器具類一式」<sup>77)</sup>（以下、「本件物件」という）を譲渡したことが、営業の譲渡に当たるとではないかが争われた事例であるが、譲渡の時点で、X会社はすでに3年近くに渡り営業を休業していたという事情がある<sup>78)</sup>。そして、「譲受人であるY組合にとっては、製材業を譲り受けることは目的の範囲外の行為であり、Y組合が本件物件のうちの不動産を買い受けたのは、Y組合の目的である組合員その他の者の出品する木材および製材品の市売等を行うための土地および事務所を使用するためであり、本件物件のうちの機械器具類に至っては、これだけ除外しても、X会社がその処置に窮するであろうことを思いやり、これを本件売買契約の目的物に加えたものにすぎ[ない]」ものであった<sup>79)</sup>。つまり、本件物件の譲渡は、「従来の営業たる製材業とは、全然別個の用途に使用するため行われたもの」である<sup>80)</sup>。これでは、X会社の事業をY組合に「受け継がせた」といいえないことは明らかと思われ、本件物件の譲渡が営業の譲渡には当たらないのは、営業の譲渡の意味を本判決のように解する限り、当然といえる。

これに対し、竹内教授は、営業の譲渡というためには有機的一体として機能する財産の譲渡（同教授は、「組織的機能的な財産の譲渡」という表現を用いるが、表現の違いによって解釈が左右されるということはないと思われるので、ここでは本判決の表現に統一する）であれば十分であり、後は、譲渡対象が「譲渡会社の事業全体のあり方を左右するような意味で重要」であるかどうかにより、株主総会の承認を要する「営業の重要な一部」

の譲渡かどうかを判断すればよい、という立場をとる<sup>81)</sup>。そして、本件の工場はX会社の唯一の工場であり、その譲渡はX会社の運命に重大な影響を及ぼす場合に当たる（つまり「重要」である）とする<sup>82)</sup>。ただ、本件では、X会社は三年近く休業しており、「その間X会社が営業再開の意図を失うなど、客観的にみて組織的機能的な財産としての一体性を失うに至っていると認められれば、…解釈論としては特別決議は不要な場合であったとみるほかない」とし、本件は、「機能的な一体性を客観的に有していたかどうかで結論を出すべき事案であった」とする<sup>83)</sup>。つまり、本件でもし、X会社が営業再開の意図を失っていなければ（誰についてその「意図」を判断するのかという問題があるように思われるが、立ち入らない）、本件物件は有機的一体性のある財産の譲渡と認めうる、と解しているのである。

#### (4) 「有機的一体として機能する財産」とは何か

すでに学説上も指摘されているように、「有機的一体として機能する財産」とは、「よく分からない概念」<sup>84)</sup>であり、その言葉で想定される内容は、論者によって必ずしも同じではない<sup>85)</sup>。抽象的には、営業の目的のために組織化されているため、「それを構成する個々の財産の価値の総和よりも高い価値を有するもの」がそれに当たる、といわれている<sup>86)</sup>。この指摘を文字どおりとると、本判決の事例のような、物的資産のみの譲渡であり、製造・販売等のノウハウや人的要素（得意先・仕入先あるいは従業員）の移転を何ら伴わないものであっても、「有機的一体として機能する財産」の譲渡といえる可能性

77) 本件の原判決・民集16巻6号1637頁参照。

78) 原判決の事実認定参照。また、竹内・前掲注2)や藤田・前掲注4)の事実の要約参照。

79) 本判決における事実の要約・民集16巻6号1603頁。

80) 本判決における奥野健一裁判官の補足意見・民集16巻6号1605頁。

81) 竹内・前掲注2)162頁。

82) 竹内・前掲注2)163頁。

83) 竹内・前掲注2)163頁。

84) 大杉・前掲注3)59頁。

85) 藤田・前掲注4)39頁。

86) 落合・前掲注2)172頁。

があろう。土地・建物と機械器具一式で構成される工場は、これを利用して事業をすれば、個々の財産をばらばらに売るよりも高い価値を生む可能性があるからである。実際、(3)で説明したように、有力説の主唱者である竹内教授は、(X会社にその意図があって)営業再開の可能性が残っている限り、本件物件が「有機的一体として機能する財産」と認められる可能性はあると解していたのである。

しかし、有力説のすべてが、竹内教授のように有機的一体性を広く捉えているわけではない。たとえば、大杉謙一教授は、仮に有力説に立つとしても、「少なくともノウハウまたは人的要素の移転を伴うのでなければ、①〔有機的一体性〕は満たされないと考えるべき」と主張する<sup>87)</sup>。そうでないと、個別財産の譲渡であっても「事業の重要な一部の譲渡」になりうるといふ、本判決の少数意見との違いがあまりなくなり、少数意見に対して向けられる批判が有力説にも妥当するからである<sup>88)</sup>。もっとも、大杉教授のように解するとしても、「人的要素」としてどこまでのものを要求するかはさらに問題となる。もしも、得意先の移転がなければ人的要素が移転したとはいえない、と解するならば、それは②事業活動を受け継がせなければ事業の譲渡とはいえないと解するのとほとんど変わらない可能性がある<sup>89)</sup>。他方、従業員が移転していれば人的要素の移転あり、と解してよいと

すれば、①有機的一体性は認められやすくなる。大杉教授は、スーパーマーケットの店舗を譲渡したが、譲受人は店舗を改造してゲームセンターにした、という仮設例において、その場合にも、譲受人が旧店舗の従業員を引き続き雇うものとするれば、①が満たされると論じることもできると述べている<sup>90)</sup>。

他方、有力説を支持する論者の一人である江頭憲治郎教授は、事業用財産に製造・販売等のノウハウが付随して移転されれば①有機的一体性の要件を満たす、と論じる<sup>91)</sup>。この立場では、人的要素（従業員・得意先等）の移転は必ずしも要件とされない一方で、上記の仮設例のような場合は、たとえ従業員を引き継いでも、業種がまったく異なる以上、ノウハウの移転を想定しがたいので、事業の譲渡とは認めないことになるのではないかと思われる<sup>92)</sup>。

#### (5) 事業活動を受け継がせることを要件とする学説・裁判例

このように、①有機的一体として機能する財産の譲渡であれば事業の譲渡と認めてよい、との見解が有力であるとはいえ、何もって有機的一体と認められるかは必ずしも明確でないことから、学説の中には、本判決は(①に加えて)②事業活動を受け継がせることを事業の譲渡の要件としていると理解したうえで、積極的にその立場を支持するものも見られる<sup>93)</sup>。

このような立場の主唱者である上柳克郎教

87) 大杉・前掲注3)59頁。

88) 本判決の少数意見に対する批判（何が事業の譲渡かの判断が不明確となり、取引の安全を害すること、重要な個別財産の譲渡については取締役会の承認が要求されており、株主の保護はこれによって図られていると解しうること）については、前掲注14)参照。

89) 大杉・前掲注3)59頁、藤田・前掲注4)39頁。

90) 大杉・前掲注3)59頁。

91) 江頭・前掲注76)872-873頁注1。

92) もっとも、「ノウハウ」という言葉が多義的であって、果たしてその有無によって事業の譲渡性をうまく判定できるか、疑問が残らないではない。たとえば、機械を譲渡すれば、最低限、その使用法を伝えること（これもノウハウの移転といえはえる）を伴うと思われるが、それだけで事業性を満たすというわけではないと思われる。逆に、ノウハウを「競争者が容易に手に入れられないような営業上の価値ある秘訣」というように限定的に捉えるならば、譲渡会社は譲受人に移転できるようなノウハウを何もっていない、ということもままあるのではないか（競争力の弱い事業者が事業の継続をあきらめ、事業用資産と人的要素のすべてを、競争力の強い事業者に譲渡する、という場合は、そうではないかと思われる）。

93) 上柳・演習・前掲注2)250頁、上柳・論集・前掲注2)268頁、前田・前掲注2)764頁、森本・前掲注3)366-367頁など。

授は、次のように主張する。

この説〔引用者注：竹内教授を初めとする有力説〕をとる論者が、〔本判決〕の事案について、譲渡会社が契約締結前二年半余り休業していたことなどの事実を考慮して、譲渡の対象が「機能的一体性」を有していたか否かについての断定を保留しているのは、「有機的一体性」の有無の判断が相当に微妙なものであり…、この説をとると、契約締結時の取引の当事者にとってのみならず、事後において事案を処理する裁判官にとっても、営業譲渡であるか否かの判断が必ずしも容易ではなくなることを示しているように思われる。…営業活動の承継・競業禁止義務の負担<sup>94)</sup>を要件に含めることによって、営業譲渡か否かの判断は、右の見解によるよりもはるかに容易であろう<sup>95)</sup>。

〔本判決の〕多数意見は、営業譲渡の範囲を営業活動の承継・競業禁止義務の負担を伴うものに限定することによって、会社企業に重大な影響を及ぼす営業用財産の譲渡が株主総会の決議なしに行われ株主の利益が害せられることになる危険を承知の上で、商法 245 条 1 項 1 号の解釈において

は、「法律関係の明確化と取引の安全」の要請が株主保護の要請に優先すべきであり、そのことは、巨額の債務負担など、商法 245 条 1 項 1 号をどのように解釈しても株主総会の決議事項とはならない取引で、株主の利害に重大な影響を及ぼしうるものもあることを考慮すれば、必ずしも著しく不当とはいえないと考えるのである<sup>96)</sup>。

以上は学説上の見解であるが、本判決後に出された裁判例においても、②事業活動を受け継がせることは、事業の譲渡の要件と捉えており、実際にこの要件を用いて事件を解決しているように思われる<sup>97)</sup>。たとえば、旭川地裁平成 7 年 8 月 31 日判決は、ゴルフ場会社はその物的資産（ゴルフコースやゴルフ場設備）全部を譲渡したが、譲受人は従業員を引き継がず、また会員も引き継がずに新規に募集した、という事例において、「〔譲受人〕が〔譲渡会社〕の営業活動を承継していない」として、営業譲渡性を否定した（もっとも同判決は、本件譲渡は人的要素の移転が何ら伴わないことから、「有機的一体として機能する財産の譲渡」であることも否定している<sup>98)</sup>。また、事業を譲渡担保ないし代物弁済に供した譲渡会社が（営業用資産を借りて）そのまま営業を続けている場合にも、裁判例は営業

94) ここで上柳教授が、営業活動の承継だけでなく競業禁止義務の負担も「要件」と解していることについては、本判決は後者を要件としたものではないとする本稿の立場からは、支持できない。上柳教授の立論（それらを要件にすることで営業譲渡の判断が容易になる、という）を前提に考えても、ある譲渡が営業譲渡であるかどうかはわからない限り、改正前商法 25 条（会社法 21 条）の適用の有無が決まらず、そのため競業禁止義務を負担するかどうかはわからないのであるから、営業活動の承継に加えて競業禁止義務の負担を要件にしたとしても、営業活動の承継のみを要件に加えたときと比べ、営業譲渡かどうかの判断がより容易になるわけではない。それどころか、厳密にそれを要件と考えると循環論法に陥ってしまう（Ⅲ 1 参照。これと同じ批判は、前田・前掲注 2）763-764 頁の分析にも妥当する）。

もっとも、上柳教授が、論文の中で、ほぼ終始、「営業活動の承継・競業禁止義務の負担」というように、この 2 つの「要件」をなかぐろで結び、あたかも後者は前者の付随物にすぎないものように捉えていたことは、注意されてよい。上柳教授にとっては、有機的一体性だけを要件とする有力説に対して、「営業活動の承継」を要件に加えることで営業譲渡の範囲を少しでも明確化しようとする本判決の立場を擁護することが重要だったのであって、それに加えて競業禁止義務の負担をも「要件」だということに何の意味があるのか、ということは、同教授の目的にとっては、些末な問題であった。

95) 上柳・演習・前掲注 2)246 頁、上柳・論集・前掲注 2)270-271 頁。

96) 上柳・演習・前掲注 2)243-244 頁、上柳・論集・前掲注 2)268 頁。この記述じたいは、上柳教授自身の見解というよりは多数意見の考えを付度したものであるが、論文の最後で、同教授は、多数意見の立場を支持することを明らかにしている（上柳・演習・前掲注 2)250 頁、上柳・論集・前掲注 2)268 頁）。

97) 豊泉・前掲注 48)22-24 頁、藤田・前掲注 4)39 頁参照。

98) 判時 1569 号 115 頁。

譲渡性を否定している<sup>99)</sup>。

**本判決が「事業活動を受け継がせること  
(6) とを事業の譲渡の要件としている」と  
いうことの意味**

筆者は、法律関係の明確化のためには②事業活動を受け継がせることを要件とすべきだという、(5)で紹介した見解に、当然に賛成しているわけではない。これを要件にした場合、何をもって「事業活動を受け継がせた」といえるかがなお問題となる。抽象的には、本判決の補足意見のいう、「譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得せしめ」たかどうかメルクマールとされるべきであろうが<sup>100)</sup>、この判断も微妙であろう。事業の譲渡の多くは、事業再編（リストラ）の一環として行われるため、譲渡に伴って、従業員や得意先・仕入先の一部が引き継がれなかったり、また物的資産についても、譲受人の保有資産との重複等の要因から一部が引き継がれないといったことは、むしろ通常起こる事態であると考えられる。そのため、「社会通念上同じ状態」ということを厳格に要求すると、ほとんどの譲渡について②事業活動を受け継がせるという要件を満たさない、ということになりかねない。従前の事業活動のすべてを同一のまま受け継がせたかどうかではなく、事業を構成する要素のうち重要なものを受け継がせたかどうかを問題にすべきであり、そして、何がその事業の重要な要素か（得意先か、従業員か、それとも製造・販売等のノウハウか）は、対象事業の性質によって異なると解すべきであろう<sup>101)</sup>。ただ、具体的な事案において、その判断が不明確になることは避けがたいと思われる。

ただ、はじめに断ったとおり、本稿の第一の関心事は、事業の譲渡の望ましい要件は何かということ自体ではなく、本判決をどのよ

うに理解するか、ということである。(1)で述べたように、本判決は、その元来の意図としては、①有機的の一体として機能する財産を譲渡すれば事業の譲渡といえるのであり、②事業活動を受け継がせることは、①の結果として伴うものにすぎないと解していたと思われる。しかし、そのような本判決の考え方は、①有機的の一体性という概念についての特定の理解、すなわち、事業活動を受け継がせるという結果を伴うものでなければ、有機的の一体として機能する財産を譲渡したというには足りない、という理解を前提にしたものであった。ところが、そのような理解は、以後の学説によって必ずしも共有されておらず、むしろ、②がなくても①があれば事業の譲渡としてよいという解釈——その当然の前提として、②がなくても①が認められるということはある、という解釈——が有力化した。このように、①有機的の一体性についての理解が一樣ではないという議論状況を前提にした場合、本判決は、①有機的の一体性だけでなく、②事業活動を受け継がせることも、それがなければ事業の譲渡とはいえないという意味で、事業の譲渡の要件と解していると理解するほうが、むしろ本判決の真意に沿うと考えられる。そして(5)で述べたとおり、その後の学説も、本判決が②を要件としていると解したうえで、これを積極的に擁護する見解がかなり有力であり、また実際の裁判例も、②を要件と捉えていると評価することができる。

**(7) 競業禁止義務は事業の譲渡の要件ではないと主張したこととの関係**

ここで、筆者がIVまでの議論において主張してきたこととの関係を注意的に述べておこう。筆者は、本判決が、事業の譲渡には「譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法25条〔会社法21条〕に定める競業禁止

99) 名古屋地判昭和46年11月30日判タ274号281頁、東京地判昭和55年5月12日判時984号122頁。

100) 本判決における奥野健一裁判官の補足意見・前掲注20)参照。

101) たとえば、従業員組織に蓄積されたノウハウよりも、得意先その他の外部的コネクションが重要な事業においては、従業員がまったく引き継がれていなくても、事業活動を受け継がせたというよい場合もあるだろう（大塚・前掲注3)55頁参照）。また、事業によっては得意先というものがそもそもない場合もあり（前掲注48)参照）、たとえあるとしても売上高のうち小さい割合を占めるにすぎないこともある。そのような事業では、たとえ得意先の移転をしていなくても、事業活動を受け継がせたと認めてよい場合もありえよう。

義務を負う結果を伴う」と述べていることについて、結果として伴うからといって競業避止義務が事業の譲渡の要件になるわけではないと論じ、その際、民法 709 条の不法行為が成立すれば行為者は損害賠償責任を負う結果となるが、そうだからといって、「行為者が損害賠償責任を負うことが民法 709 条の不法行為責任が成立するための要件である」とはいえないのと同じことだ、と説明した(III 1)。このように述べたことと、筆者が本節において、(やはり、本判決が事業の譲渡の「結果」として伴うと述べている)「事業活動を受け継がせる」ことについては、これは事業の譲渡の要件と解した方がよい、その方が、本判決の真意に沿う、と論じたこととの間には、矛盾はないのであろうか。

この疑問に答える鍵は、会社法 21 条の競業避止義務や民法 709 条の損害賠償責任と、事業活動を受け継がせることとの間の性質の差である。競業避止義務や損害賠償責任は、それぞれ、会社法 21 条や民法 709 条の法律効果として規定されている権利変動である。したがって、これらの条文を適用できるかどうかが決まらなければ、行為者が競業避止義務や損害賠償責任を負うかどうかは決まらないのである。このような、法規適用の効果として規定されている権利変動をその法規適用の要件と解してしまうと、III 1 で述べたような循環論法に陥ってしまう。

これに対して、譲渡会社が事業活動を譲受人に受け継がせることは、1 個の社会生活上の「事実」であり、それ自体は、特定の法規を適用するかどうかの問題と関係なく(法規適用の判断に先行して)、その事実があるかどうかを判定可能である。たとえば、いま仮に、譲渡会社が、得意先や仕入先をすべて譲受人に移転し、従業員も、その勤務内容を変更することなくすべて譲受人に受け継がせ、製造・販売等のノウハウも伝授し、これにより、譲受人をして、完全に「譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得

せしめ」(本判決の補足意見)たとすれば、私たちは疑問の余地なく、譲渡会社は譲受人に「事業活動を受け継がせた」と評価することができるであろう。

もちろん、前に述べたように、事業活動を受け継がせたかどうかの判定は難しいことはありうる。しかしその問題は、ある程度抽象的な要件(たとえば故意または過失)については必然的に伴うことであり、21 条の競業避止義務や 709 条の損害賠償責任とは異なって、これを要件とすることに論理的な不都合が生じるわけではない。これが、譲渡会社が「21 条に定める競業避止義務を負う」ことは、事業の譲渡の要件と解することはできない一方、「事業活動を受け継がせる」ことは、事業の譲渡の要件と解することができる理由である。

### 3 事業活動を「受け継がせる」とは、どういう意味か

最後に、関連して争われている論点について一言しておこう。本判決の②事業活動を受け継がせることという要件は(2 の検討を経た今となつては、本判決の元来の意図にかかわらず、これを「要件」と呼んで差し支えないであろう)、譲受人が譲渡後に、受け継いだ事業を現実を開始(継続)することまで要求する趣旨なのか、という問題が争われている。学説の中には、本判決は実際にそれを要求している、と解したうえで、譲受人が事業を継続するかどうかは譲渡会社の株主の利益には関係ないという理由で、本判決に反対する理由の一つにしているものが少なくない<sup>102)</sup>。しかしこれに対し、事業活動を受け継がせるかどうかは、譲渡契約の内容としてそれが合意されているかどうかで判断すべきであり、譲受人が現実に事業を開始(継続)したことは必要なく、本判決も、別にそれを要求する趣旨ではない、とする見解もある<sup>103)</sup>。

そこで検討すると、事業の譲渡とは、当然

102) 竹内・前掲注 2)159 頁。

103) 大塚・前掲注 3)56 頁、藤田・前掲注 4)39 頁。

のこともながら、譲渡会社の行為であるから、譲渡会社が何をするかによって、事業の譲渡であるかそうでないかが決まるはずである。譲渡会社の関与しえない、譲渡後の譲受人の行為（譲り受けた事業を実際に開始（継続）するかどうか）によって、事業の譲渡であったりそうでなかったりするという事は、考えられないと思われる<sup>104</sup>。

そしてそのことは、本判決も当然、認めていると考える。ここでまた、奥野健一裁判官による補足意見を引用すれば<sup>105</sup>、

事業の譲渡とは、譲受人をして営業用財産の取得と経営者たる地位引継の権利を取得せしめ、譲渡人と社会通念上同じ状態にて営業を継続し得る地位を得せしめるものをいう（譲受人が實際上営業的活動を承継実行すると否とを問わない。）。<sup>106</sup>〔傍点は引用者が付加〕

と、またしても、これ以上あり得ないほど明確に、事業活動を「受け継がせ」たというためには、譲受人が受け継いだ事業を実際に

行う必要はないと述べている。その点に加えて、本判決の多数意見が、「譲渡会社がその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ」というように、あくまでも譲渡会社の行為として、②の要件を記述していることも注意されてよい<sup>107</sup>。

したがって、たとえば2(4)で挙げた、スーパーマーケットの店舗の譲渡の仮設例についていえば、もしも譲渡会社が、スーパーマーケット事業を譲受人に受け継がせることを意図して、店舗を構成する不動産や設備・機器などの物的資産だけでなく、得意先や仕入先をも移転し<sup>108</sup>、また従業員についても、引き続きスーパーマーケット店舗で働くことを前提に、譲受人および従業員との合意のもとに労働契約を承継させた、といった事情があるとすれば、これは事業活動を譲受人に受け継がせたことになり、また、その場合には有機的の一体として機能する財産の譲渡も問題なく認められるであろうから<sup>109</sup>、事業の譲渡といってよいであろう。そしてその場合、譲受人が譲受けの直後に、事業の計画を変更し

104) したがって、私見は前掲注 103) で引用した学説と基本的に同じである。ただ、これらの学説が、事業（営業）の譲渡は、債権契約をいうのであるから、譲渡契約でどのような行為を約していたかということが問題になるのだ、としている点（大塚・前掲注 3)56 頁）については、現行の会社法 467 条 1 項は、同項各号に定められた「行為」（事業の譲渡もその一つ）と、「当該行為に係る契約」（同項柱書参照）を区別しているため、少なくとも現行の会社法のもとでは（改正前商法 245 条の規定よりは必ずしも明確でなかった）、事業の譲渡とは、債権契約のことはむしろその実行行為のことを指すのではないかと思われる。しかし、実行行為であるとしても、やはり、譲渡会社が何をするかが問題であって、譲渡後の譲受人の行為によって、事業の譲渡かそうでないかが左右されるわけではない、と解する点では、これらの学説と説くところと私見は変わりがない。

105) 前掲注 21) で説明したように、補足意見は、多数意見を支持する立場から補足的に自己の見解を述べるものであり、その意見は、基本的に、多数意見と整合的であると見てよい。

106) 民集 16 卷 6 号 1604 頁。

107) ちなみに、多くの学説は、②の要件を「事業（営業）活動の承継」と表現している（藤田・前掲注 4)39 頁ほか多数）。もちろん、譲渡会社にとって「受け継がせること」は、譲受人にとっては「受け継ぐこと（承継）」であるから（『広辞苑（第六版・電子版）』（岩波書店、2008）によれば、「承継」とは、「うけつぐこと。継承。」という意味である）、それ自体は間違いではないけれども、このような譲受人を主語とする表現は、譲受人が受け継いだ事業を実際に開始（継続）しなければ事業の譲渡ではないかのような誤解を生みかねないため、できれば避けたほうがよいにも思われる。

108) 得意先の移転という場合、具体的にどのような行為をするかについては、IV 3 (2)(a)参照。

109) 2(4)で述べたように、有機的の一体性をどう理解するかについては多様な解釈がありうるが、本文のように得意先・仕入先および従業員をすべて受け継がせていれば、有機的の一体性は問題なく認められよう。なお、本判決のように、事業活動を受け継がせることを要件にする場合、②事業活動を受け継がせている（2(6)で述べたように、事業の重要な要素を受け継がせているかどうかメルクマルとなる）と認められれば、基本的に、①有機的の一体性としての財産の譲渡という要件も満たされることになるのではないかと思われる。そうだとすると、①と②は実質的に同じことを述べているということになるが、本判決は、もともと、この2つを相互に独立の要件と考えていたのではなく、①があれば②が結果として伴うと解していたのだから、実際の適用において2つの要件が重複するのは、本判決の真意に沿うともいえるわけである。

て、スーパーマーケットを閉店し、店舗を改造してゲームセンターにし、従業員に対しては、ゲームセンターで働くか退職するかを迫った（労働法上、何らかの問題が生じそうではあるが立ち入らない）、ということが仮に起きたとしても、すでに行われた事業の譲渡が遡って事業の譲渡でなくなる、ということはないと考えられる<sup>110)</sup>。

もっとも、現実問題としては、譲受人が譲渡会社から事業活動を受け継いでいながら、実際に事業を行わずすぐ閉業するということは著しく不合理であるから、このようなことはほとんど起きないと考えられる。逆に、譲受人が譲渡会社の事業を継続する意思がないのであれば、そもそも譲渡会社から事業活動を受け継ぐようなこと（たとえば、得意先・仕入先の移転を受けたり、譲渡会社から受け継いだ事業に引き続き従事するとの前提で、譲渡会社の従業員を雇用すること）はしないであろう<sup>111)</sup>。そうだとすると、事業活動を「受け継がせる」とは、譲受人が受け継いだ

事業を実際に開始（継続）することを要すると解するか否かによって、事業活動を受け継がせたかどうかの判断、ひいては事業の譲渡かどうかの判断が左右されるという事態は、実際には、ほとんど生じないのではなかろうか。

## VI. おわりに

本稿は、最高裁判例は、467条1項1号2号の事業の譲渡の要件として、譲渡会社が競業禁止義務を負担することを要求していると解すべきかを論じ、これを否定する解釈を述べてきた。もちろん、法の解釈にとって、判例の立場がどうであるかということは、重要ではあっても決定的なものではない。判例の立場は別として、譲渡会社が競業禁止義務を負担しなければ、株主総会の承認を要する事業の譲渡とはいえない、と主張することも、解釈論としてはありうるものである（IV 2およびIV 4(2)）。

110) 本節で述べた私見に対しては、次のような疑問が生じるかもしれない。すなわち、会社法21条は、事業の譲渡の譲渡会社は競業禁止義務を負う旨定めており、この規定は、譲受人が譲り受けた事業を実際に開始（継続）することを前提にした規定なのではないか、仮にそうだとすると、本判決は、467条1項1号2号の事業の譲渡は総則規定中の事業の譲渡と「同一意義」だと解している以上、467条1項1号2号の事業の譲渡も、譲受人が譲受事業を開始（継続）することを要することになる（それが本判決の立場である）と解されるのではないかと、という疑問である。確かに、譲受人が譲り受けた事業をまったく行っていないのに、譲渡会社がそれと同一の事業を行うことが禁じられるのは不合理なように思われる。しかし、その問題は、譲受人が事業を開始（継続）したことを事業の譲渡の要件としても解決しないことに注意すべきである。なぜなら、譲受人が譲受事業を開始（継続）したものの、半年とか一年でその事業をやめてしまったという場合にも、譲渡会社が引き続き、（特約がなければ）譲渡後20年にも渡って競業禁止義務を負うことは（21条1項参照）、やはり不合理だからである。

この問題は、事業の譲渡の要件をどう解するか、という問題よりは、むしろ21条の適用範囲の問題と捉えるべきである。すなわち、21条を文言どおり適用すると譲渡会社は事業を禁じられる場合にも、譲渡会社が実際にその事業を行っていない（最初から開始していない場合と、開始したが途中でやめてしまっている場合を含む）には、譲渡会社が同一の事業を行うことは妨げられない、と解すべきだと考える（解釈論としては、21条の合理的限定解釈か、あるいは譲受人の請求を民法1条3項の権利濫用として排斥することが考えられる）。このように、21条の適用範囲を合理的に限定することができれば、事業の譲渡自体の要件としては、譲受人が譲り受けた事業を実際に開始（継続）することは要しない、と考えて差し支えないと思われる。

111) 2(4)で挙げた店舗譲渡の仮設例のように、譲受人が、譲渡会社の事業とは別の事業に従事させるために、譲渡会社の従業員を雇用することはありうる。しかしそれでは、譲渡会社が当該従業員を用いて行っていた事業活動が何ら引き継がれないから、「事業を受け継がせた」と認める事情とはならないだろう。また、譲受人が譲渡会社の負債（仕入先に対する債務も含め）を承継することもあるだろうが、これも、譲渡会社が仕入先に譲受人を紹介したり、あるいは譲受人に仕入先に関する情報を伝えたりして、譲受人をして仕入れを継続できるような地位に置く行為が伴わない限り、「事業活動を受け継がせた」という事情にはできないと思われる（譲渡会社の債務一切を引き受けたからといって、営業的活動を受け継がせたとはいえないとして営業譲渡性を否定した、最大判昭和41年2月23日民集20巻2号302頁参照）。ちなみに、竹内教授は、この最大判昭和41年の事件についても、有機的一体性を肯定しうるため営業譲渡と認めうるかと解しており（竹内・前掲注2)169頁）、事業活動を受け継がせることを要件としない有力説と、これを要求する判例との間の違いを考えるうえで示唆的である。

また、競業禁止義務が要件かどうかという問題は、事業の譲渡の解釈をめぐる論点の一つにすぎない。事業の譲渡というためには、有機的一体として機能する財産を譲渡することで足りるのか、それとも事業活動を受け継がせることが必要なのか、あるいはまた、そのようにいうときの「有機的一体」とか「事業活動を受け継がせる」とは、そもそもどういう意味なのか、という問題（これについてはV参照）は、競業禁止義務が要件かどうか、という問題と少なくとも同等か、おそらくはそれよりも重要であろう。

それにもかかわらず、筆者があえて、この問題について相当の紙幅を費やして論じたのは、次のような考えからである。すなわち、従来のこの問題をめぐる議論は、判決をどのように読むのが論理的か、とか、あるいは「要件」とか「効果」というのはそもそもどういう意味か、といったような、法律学の基本ともいべき問題について、あまりに無造作だったのではないかと、ということである。

III 1で述べたように、本判決は、（現行法でいうと）会社法467条1項1号2号にいう事業の譲渡と、総則規定（21条を含む）にいう事業の譲渡は「同一意義」だと解している。そのため、譲渡会社が「法律上当然に〔改正前〕商法25条〔会社法21条〕に定める競業禁止義務を負う」という本判決の判示を、事業の譲渡の要件を示したものと解する場合、譲渡会社が21条の効果である競業禁止義務を負うかどうかが決まらなければ、ある譲渡が21条の適用を受ける事業の譲渡であるかどうかは決まらないということになり、循環論法に陥る。しかし、従来、本判決を支持すると否とを問わず、本判決が競業禁止義務を「要件」としているとしていた論者のうち、何人の人が、これを要件にしたときに生じる論理的不都合に気づいていたであろうか。

このような論理的問題があるにもかかわらず、従来、「本判決は競業禁止義務を事業の譲渡の要件としている」と述べていた論者は、おそらく、本判決を次の2つのいずれかのように解釈していたのではないかと思われる。一つは、ある譲渡が①有機的一体として

機能する財産の譲渡と②事業活動を受け継がせることという2つの要件を満たせば、21条が適用されるので、③競業禁止義務の「要件」も自動的に満たされる、と理解するものである（III 1およびIV 2参照）。しかし、本判決をそのように理解することは、とりもなおさず、③は事業の譲渡の要件でなく、その効果（21条適用の効果）と理解することに他ならない。

もう一つのありうる解釈は、「当事者間の特約で競業禁止義務を排除すれば事業の譲渡ではなくなる」というのが、本判決の立場である、と理解するものである。そうした理解は、本判決の解釈としては不当であるとはいえず、論理的にとりえないものではない（IV 4のとくに(3)参照）。しかし、問題は、このような理解は、③「当事者間の特約で競業禁止義務が排除されていない」ことを事業の譲渡の要件と解するものであり、それは、③「譲渡会社が…法律上当然に〔会社法21条〕の定める競業禁止義務を負う」ことを事業の譲渡の要件とするのとは違う、ということである（IV 1参照）。とりわけ、当事者間で競業禁止義務について特に約定していない場合には、③を要件とする解釈だと、譲渡会社は「21条に定める競業禁止義務」を負うかどうかの判定が必要となり、前述のように循環論法に陥るが、③'を要件とする解釈では、その場合には上記①と②の要件を満たしているかどうかによって事業の譲渡かどうかを判定できるので、論理的に不都合は生じない。しかし、本判決が実際に用いている文言は、むしろ③なのである。それにもかかわらず、③'を要件としていると本判決を理解する論者は、それが本判決の文言と離れていることについて、どこまで自覚的であったろうか。

このような議論を通じて筆者が伝えようとしたメッセージは、一言でいえば、「もっと論理的に緻密な議論をすべきではないか」ということである。もちろん、法律論は通常、事実に関するさまざまな推認ないし予測に基づき、一定の規範的判断（価値判断）を通じてなされるものであるから<sup>112)</sup>、論理だけ緻密にしてもよい法律論ができるというわけではない。間違った事実の推認・予測を前提に

した法律論、あるいは、誰もが支持し得ないような価値判断に基礎を置く法律論は、いかに論理的に精緻なものであっても、他者の支持を得ることはできないであろう。

しかし、法律学の問題が論理だけで解決できない、ということは、論理的な精密さについて法律学が無関心であってよいということとは意味しない。論理的に精緻な議論を通じて、論点が明確化され、対立する意見が本当のところどの部分で対立しているのか（事実の推認・予測のレベルで対立しているのか、それとも規範的判断のレベルで対立しているのか）を明らかにすることができる。事実の推認・予測のレベルでの対立は、究極的には、実証研究を通じて解決できる（実際には、実証が難しい場合も少なくないであろうが）。規範的判断のレベルでの対立は、より深刻なものとなりうるが、それでも、議論や説得のプロセスを通じて合意を形成できる可能性があるし、たとえ合意が形成できなくても、どのような規範的判断がありうるのか、それぞれを支持する意見と反対意見がどのようなものを整理・明確化し、最終的な解決を民主主義的なプロセスに委ねることもできる。

ところが、論理が不明確であったり、ずさんであったりすると、相手が何をいっているのか、あるいはことによると、自分で自分が何をいっているのかさえもわからなくなり、さまざまな見解についても、それらがどういふ点で対立しているのか不明確になってしまう。その結果、見解の対立は、実証研究や議論・説得のプロセスを通じて解決されることはおろか、整理・明確化されることもなく、実務家や法学学習者にとって理解困難な「論点」として、法律学の議論の吹きだまりに堆積していくことになるのである。

本稿は、以上のような問題意識に基づいて書かれた。もちろん、自分の主張が論理的に首尾一貫しているか、ということは、自分自身には判定しづらいことである。本稿の議論

も、思わぬところで破綻を来していないとも限らない。読者の忌憚ないご批判を賜うことができれば幸いである。

（たなか・わたる）

---

112) 会社法学において、事実の推認・予測が果たす役割、および、そうした推認・予測に資するものとしての実証研究の重要性を説いたものとして、田中亘「総論——会社法学における実証研究の意義」商事1874号5頁、6-7頁（2009）参照。

## 論説

## 社会ネットワーク分析を法学に 응용する

九州大学教授

寺本振透

- I. 法学における社会モデルの機能
- II. Law & Economics の文脈における規範の分析の例
- III. 社会ネットワークの構造に着目して社会モデルを作る
- IV. ネットワークとして表現された社会モデルを分析してみる
- V. 条文をネットワークとして表現してみる

## I. 法学における社会モデルの機能

我々が、学び、実践する法学は、多くの人々が理解する通り、その中核には、法律を解釈し、あるいは、法律を創り出すという働きが存在する。法律の解釈も、立法も、現実の社会において適用されるべき「規範」を探る営みだ<sup>1)</sup>。

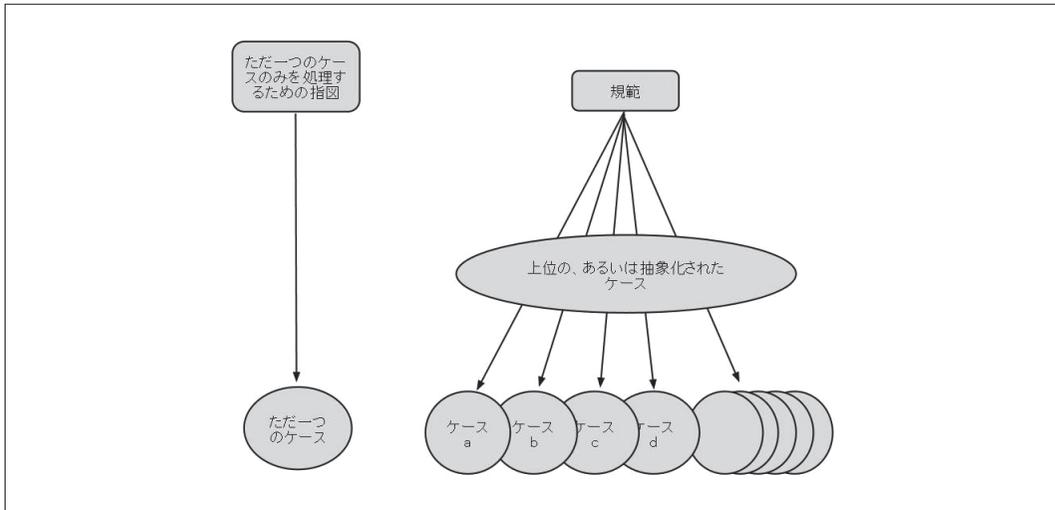
ただ一つのケースのみを処理するための「指図」を「規範」とは呼ばない<sup>2)</sup>。「規範」という以上は、それは、少なからぬ回数で繰り返し発生する同様のケースに共通して適用される指図であるはずだ(図1)<sup>3)</sup>。もちろん、我々は、いったん定立された規範が、具体的なケースに直面したときに修正を迫られることがあることも知っている。例えば、「図書館の中では静かにしなければいけない」という規範は、図書館の中で怪我をした友人を助

1) グスターフ・ラートブルフ(碧海純一訳)『法学入門』(東京大学出版会, 改訂版, 1964) 284頁以下, 三ヶ月章『法学入門』(弘文堂, 1982) 1頁以下および230頁以下を参照。

2) ラートブルフ・前掲注1)98頁は、大岡忠相のいわゆる「大岡裁き」が裁判官らしからぬ営みだと指摘する。この文脈に従うならば、特定の限られたパタンの事件の解決のために **acrobat** な解釈論のパズルの隘路に入り込んで抜け出せなくなることは、本筋の法学から乖離してしまうリスクをはらむことになる。もちろん、実務家は、個々の案件の解決のため、その場その場では、**technical** な解釈論を駆使しなければならないし、それは重要かつ必須の営みだ。だが、個々の **technical** な、ときとして **acrobat** な解釈論の集積を睨みつつ、**clean** で普遍性のある「指図」すなわち「規範」を導き出すことが法学の役割であるはずだ。もっとも、大岡忠相といえども、彼の面前に引き出された事件を部分集合として含む、より上位の、あるいは抽象化されたケースがまったく頭の中に浮かんでいなかったとは、想定しがたいのだが。

3) ニクラス・ルーマン(村上淳一=六本佳平訳)『法社会学』(岩波書店, 1977) 112頁, 六本佳平『法社会学』(有斐閣, 1986) 123頁などを参照。

(図 1)



けるために必要なときには妥当しない。そのような規範の修正がなされる時、ただ一つのケースのみを処理するための指図が作り出されているかのような錯覚が生ずるかもしれない。だが、実は、そうではない。ミシェル・ヌードセン＝ケビン・ホークス（福本友美子訳）『としょかんライオン』（岩崎書店、2007）をご覧ください<sup>4)</sup>。

我々は、具体的なケース（図書館長のメリウエザーさんの怪我）に直面して既存の規範を修正するとき、実は、その具体的なケースを部分集合として含む、より上位の、あるいは抽象化されたケースの存在を想定している。つまり、既存の規範を修正することによって得られたのは、やはり、十分に多くのケースに対して共通に適用されるであろう新しい「規範」なのだ。『としょかんライオン』も、「怪我をしたメリウエザーさんを助けるために必要なとき [はこの限りではない]」とはいわない。それでは、たった一つの事件に対してのみ適用される指図が示されたこと

になる。『としょかんライオン』は、「怪我をした友達を助けるために必要なとき [はこの限りではない]」というのだ。つまり、いくつもの有り得べきケースに共通して適用されるべき新しい「規範」が導き出されているのだ。

「規範」というものが、いくつもの有り得べきケースに共通して適用されるものだ、ということは、法学を学び、実践する我々が、次のような作業を行う必要があることを示唆する。すなわち、一つ一つは極めて個人的であるはずの、いくつもの、現実が生じたケースおよび生ずることが予想されるケースから、それらに共通の要素を抽出して（ということは、それら以外の要素は捨象して）、仮想的かつ典型的なケースを作り上げるという作業だ。そのようにして作られたケースは、もちろん、現実のケースそのものではない。だが、そのような仮想的かつ典型的なケースを前提として、そのようなケースに適用されるべき指図を検討することによって、はじめ

4) ある日、図書館にライオンがやってくる。最初、ライオンは、「図書館の中では静かにしなければいけない」という規範を知らずに、吠えてしまう。ライオンは、図書館長のメリウエザーさんに注意されることにより、この規範を認識し、そして、これを遵守するようになり、図書館になじんでいく。ある日、メリウエザーさんは、高いところにある本をとろうとして、踏み台から落ちて怪我をしてしまう。ライオンは、メリウエザーさんの変事を知らせるため、図書館員のマクビーさんのところに走って行って、ついに大声で吠えてしまうのだった。大村敦志「としょかんライオン考-子どもとともに法を考える」ジュリスト 1353号（2008）20頁も参照。

て、いくつもの有り得べきケースに共通して適用されるべき指図、すなわち「規範」を導き出すことができるのだ。このようなケースは、いわば、現実の社会現象を抽象的なモデルに転化した写像だ。つまり、それは、「社会モデル」なのだ。

以上の議論は、法学を学び、実践する我々が、社会モデルを定立するスキルを十分に身につけているべきことを導き出す。ところで、方法論なしにスキルを磨くことは、我々凡庸な人間にとっては難しいことだ。では、我々は、はたして、社会モデルを定立するための方法論を持っているか？もちろん、裁判例を通じた研究、あるいは仮想事例を通じた研究を法律家が日々行っていることからわかる通り、我々法律家が社会をモデル化したうえで法律学を実践していることは、間違いのないところだ。だが、それは、極めて *ad hoc* な営みだ。

法学の入門書において、社会をモデル化するための方法論が手ほどきされる例を見つけるのは困難だ。例えば、ラートブルフ (1964)<sup>5)</sup> は、個別の具体的なケースに対してのみ妥当するような指図を法規範とはいえないことを我々に示してくれる。だが、社会をモデル化する方法論については黙して語らない<sup>6)</sup>。わが国における古典的な法学の入門

書である山田 (1964)<sup>7)</sup>、田中 (1974)<sup>8)</sup>、あるいは三ヶ月 (1982)<sup>9)</sup> といった名著も、同様だ。では、最新の法学の入門書の一つである南野編 (2010)<sup>10)</sup> はどうか？そこでは、さすがに、多数の社会モデルが、図を伴って示される。だが、この意欲的な書物も、社会をモデル化するための方法論を明確に手ほどきしてくれるわけではない。

最近の日本の法学においては、米国から導入された、いわゆる Law & Economics の文脈を利用した議論が盛んになされる<sup>11)</sup>。Law & Economics の文脈においては、確かに、いわゆる囚人のディレンマのモデル (prisoner's dilemma) を含む、多くの社会モデルが示される<sup>12)</sup>。では、社会モデルを多用する Law & Economics の文脈の議論は、社会をモデル化するための方法論の構築に対して十分に貢献してきたか？これらの議論は、囚人のディレンマのモデルとか、エージェンシー・ゲームのモデルであるとかいったシンプルな社会モデル<sup>13)</sup> またはその組み合わせを以て、現実のケースを説明しようとする。そこにあるのは、現実のケースをある社会モデルへと抽象化<sup>14)</sup> した後の分析が緻密さの装いを備えているのと極めて対照的な、社会モデルを作る営みの粗っぽさ、あるいは、Law & Economics 出現以前の法学以来の伝統に対

5) ラートブルフ・前掲注 1)。

6) かえって、「法学の方法に関する研究はますますその数を増しつつある。自分自身をながめて悩む人間は大抵病人であるが、学問についても同じで、方法論などに手を出す学問はどこかに疾患をもつ学問である。」と自嘲または嘆息する。ラートブルフ前掲注 1)285 頁。

7) 山田晟『法学』(東京大学出版会、新版、1964)。

8) 田中英夫編著『実定法学入門』(東京大学出版会、第 3 版、1974)

9) 三ヶ月・前掲注 1)。

10) 南野森編『ブリッジブック法学入門』(信山社、2010)。

11) 最近の興味深い成果としては、例えば、飯田高『<法と経済学>の社会規範論』(勁草書房、2004)、森田果『金融取引における情報と法』(商事法務、2009)などを挙げることができる。

12) 例えば、Eric A. Posner, Law and Social Norms (2000) (日本語訳として、エリック・ポズナー (太田勝造監訳)『法と社会規範-制度と文化の経済分析-』(木鐸社、2002)がある。)、Robert Cooter & Thomas Ulen, Law & Economics, (5th ed. 2008) (同書の 2nd ed. に基づいた日本向けの教科書として、ロバート・D・クーター=トーマス・S・ユーレン (太田勝造訳)『法と経済学』(商事法務、新版、1997)がある。)などを参照。

13) 議論を開始するために設定する社会モデルがシンプルなのは当然のことだ。それがシンプルだという形容は、非難ではないことに注意せよ。なお、種々の典型的な社会モデルについては、例えば、ロバート・ギボンズ (福岡正夫=須田伸一訳)『経済学のためのゲーム理論入門』(創文社、1995)、土場学ほか編『社会を<モデル>でみる-数理社会学への招待』(勁草書房、2004)などを参照。

14) いかなる現実のケースも、抽象化しなければ意味のある分析はできない。抽象化という営みそのものを非難してはならないことに注意せよ。

して皮肉なまでに忠実な直感への依存だ。法学が、「現実の社会現象からの抽象化」という前処理によって導き出された「社会モデル」を前提として、そこに適用されるべき規範を導き出す営みだとすれば、後半部分の作業が如何に厳密さの装いを纏っていたとしても、その前段階が粗っぽいものならば、結局は、粗っぽい結論しか導き出せないはずだ。Law & Economics の文脈に則った法学の研究が、この文脈を用いない法学の研究に比べて劣っているというつもりはないし、また、economics の手法を利用して社会モデルを分析することの有用性を否定するつもりもない。だが、社会モデルの分析が厳密さの装いを纏っていることに幻惑されて、分析の対象となった社会モデルが粗っぽい方法で（あるいは、肯定的に表現するならば、直感的な洞察によって）導き出されたものであることを忘れてしまい、分析の結果が厳密なプロセスを経てきたものであると信じ込むことは、絶えずより良い規範の定立を追求すべき法律家にとっては、危険な思考停止だ。少なからぬ回数繰り返し発生する同様のケースに共通して適用される指図が「規範」である以上、規範と規範の前提となる社会モデルが粗っぽさを伴うことは、もちろん、やむを得ない。肝要なのは、その粗っぽさを自覚することによって、必要なときに、『としょかんライオン』のように、社会モデルを修正して規範を修正する用意をしておくことだ。あるシンプルな社会モデルに対して、economics の手法を用いて得られた結論が正当だとしても、その社会モデルと現実のケースとの乖離が、重要な点において無視出来ない程度にいたったならば、そのような結論を安易に現実のケースに適用するわけにはいかない。さらに、警戒すべきことがある。社会モデルを作るための自らの営みが直感に大きく依存していると

自覚する伝統的な法律家は、その営みから導き出される結論が正義と衡平から乖離しないために、意識的に注意するだろうと期待できる。なぜなら、そのような法律家は、賢明であるならば、自らの直感が、ときとして正義と衡平からの逸脱を抱え込んでおり、それがために、そのような逸脱が推論の過程で増幅されたかもしれない、という危惧を持つことができるからだ。しかしながら、その営みが直感に大きく依存しない客観的な営みであると信じ込んでしまった法律家は、その営みから導き出される結論こそが正義であり衡平であると信じ込んでしまいかねない。

なお、念のため強調しておく。規範を導き出したり、規範の正当性を検証するために用いる社会モデルは、いくつもの現実のケースに共通する要素を抽出することで、現実のケースを抽象化したものだ。だから、社会モデルと個々の現実のケースとの間で乖離があるのは当然のことだ<sup>15)</sup>。我々が注意しなければならないのは、その社会モデルを利用する目的を達成するために重要な点において、無視出来ない程度の現実からの乖離があるかどうか、ということだ。

Law & Economics の文脈が、社会モデルを導き出すための方法論を持っていないというわけではない。Law & Economics の文脈は、極めてシンプルかつ、プレーヤの行動が理論的に予想可能なモデルを組み合わせるといって、演繹的な方法を用いて、社会モデルを導き出す。それ自体は、批判されるべきことではない<sup>16)</sup>。問題は、演繹的に導き出された社会モデルを現実と照らし合わせながら修正するための方法論が、Law & Economics の文脈では確立されていないのではないかと、その結果、導き出される結論を重要な点で不適切なものとするような現実との乖離が放置されるリスクがあるのではないかと、というこ

15) 2010年2月16日、東京大学における「信用の比較史的諸形態と法」研究会（木庭顕教授による主宰。）において、特許法、著作権法などの創作物保護法制度の存在意義を社会ネットワーク分析の手法を利用して探索する試みについて筆者が発表を行った際の、前田健氏（東京大学大学院法学政治学研究科助教、当時）からは、このような社会モデルの特性を確認することを促すコメントをいただいた。深く感謝する。

16) 川浜昇「法と経済学の限界と可能性—合理的選択と社会規範をめぐって」井上達夫ほか編『法の臨界—秩序像の展開』（東京大学出版会、1999）209頁、217頁。

とだ<sup>17)</sup>。我々は、社会モデルを導き出すための、より好ましい方法論を追求すべきだ。そして、現に、そのような追求は、行動経済学の考え方の導入や、社会ネットワーク分析の考え方の導入によって、行われつつある<sup>18)</sup>。このような方向性は、いわば“Making Law & Economics Work”<sup>19)</sup>の試みとして評価されるべきだ。

## II. Law & Economics の文脈における規範の分析の例

Law & Economics の文脈における規範の分析の典型例として Landes & Posner (1989)<sup>20)</sup> を採り上げ、これが著作権制度の分析のために用いた社会モデルを簡単に眺めてみる<sup>21)</sup>。

Landes & Posner (1989)<sup>22)</sup> の目的は、著作物に対する法的保護の水準を、ある閾値を超えて強化しても、新しい創作物の生成にも、その拡布にも貢献しない、という仮説の正当性を検証することだった。彼らは、その目的のために、ある市場を社会モデルとして

設定した。なお、この社会モデルにおいては、既に著作権制度が存在することが前提とされている<sup>23)</sup>。この社会モデルにおける第一の actor は、author とは呼ばれているものの、実は、著作者と、著作者と契約してその著作物を複製して需要者に対して販売する出版者とを同一とみなした者（以下、仮に“author and authorized publisher”と呼ぶ）だった<sup>24)</sup>。第二の actor は、著作者と契約することなく、その著作物を複製して需要者に対して販売する事業者である（以下、仮に“unauthorized publisher (s)”と呼ぶ）。第三の actor は、これら著作物の複製物の需要者である（以下、仮に“consumer (s)”と呼ぶ）。もちろん、この社会モデルでは、第三の actor に対する著作物の複製物の販売をめぐる、第一の actor と第二の actor とが競争している<sup>25)</sup> (図2)。

このような社会モデルを前提として、Landes & Posner (1989) は、いくつかの命題を導き出した。その一つは、こうだ。すなわち、著作物に対する法的保護の水準を引き上げるにつれ、unauthorized publisher (s) によ

17) 土場ほか編・前掲注13)vii 頁は、経済学が経済現象の「メカニズムを簡潔かつ的確に捉えるためにあえてある特定の型にはまる<モデル>だけをつくる」のに対し、「社会学は社会生活のあらゆる局面、領域を視野にいれて、できるだけ適用範囲の広い、説明力の高い<モデル>をつくらうとする」と指摘する。

18) 飯田高「社会ネットワーク分析の『法と経済学』への示唆」新世代法政策学研究6巻(2010)313頁,313-314頁参照。

19) この表現は、ROBERT D. PUTNAM, MAKING DEMOCRACY WORK (1993) (日本語訳として、河田潤一訳『哲学する民主主義—伝統と改革の市民的構造』(NTT出版, 2001)がある。)の響に倣う。

20) William M. Landes & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES 325 (1989)。なお、WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW (2003)におけるcopyrightに関する議論もほぼ同旨。浜谷敏=中泉拓也「第3章 アメリカにおける著作権の経済分析」林紘一郎編著『著作権の法と経済学』(勁草書房, 2004)57頁がLandes & Posner(1989)による分析を簡潔に紹介する。

21) 私は、Posner流の考え方の基盤にある、富の最大化を基軸として法規範を説明しようとする態度に対して信仰心を持たないが、それに対して理解を示すことを拒むものでもない。なお、ジョセフ・E・スティグリッツ(戴下史郎訳)『公共経済学 [第2版] 上 公共部門・公共支出』(東洋経済新報社, 2003), 特に「CHAPTER 5 効率と公平」(117頁以下)をも参照。ともかくも、Landes & Posner (1989), *supra note 20* が、著作権制度の存在意義について、極めて曖昧な、人格の顕れを保護するものだという考えから抜け出し、この制度が社会に与える影響を知ることによって冷静に評価しようとする態度を明確にした偉大な古典であることは間違いない。

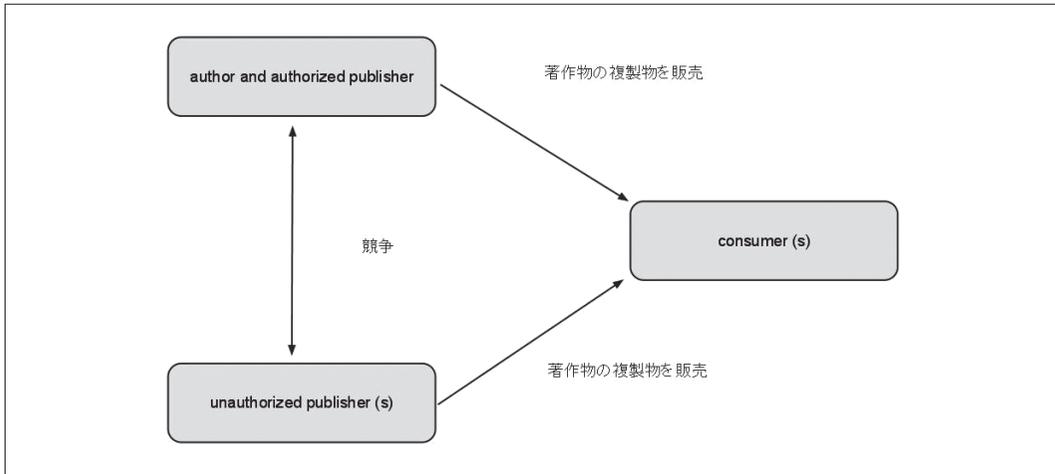
22) Landes & Posner (1989), *supra note 20*。以下同じ。

23) それゆえ、Landes & Posner (1989), *supra note 20* の社会モデルでは、著作権制度そのものの是非、つまり、著作物に対する法的保護の水準が零であるべきか正であるべきかについては、検証することができない。そのような問題は、Landes & Posner (1989), *supra note 20* が設定した目的の外にある。

24) この点については、浜谷=中泉・前掲注20)58頁に注意深い指摘がある。

25) 第二の actor が複数存在する場合は、もちろん、第一の actor とすべての第二の actor (s) の間で競争が生ずる。

(図 2)



る著作物複製の限界費用が逡増する<sup>26)</sup>。よって、いずれ、unauthorized publisher (s) による著作物の複製は、割が合わないものとなる。その結果、市場から unauthorized publisher (s) が退出する。そうなれば、それ以上に著作物に対する法的保護の水準を引き上げる意味がない。また、author and authorized publisher といえども、先行の作品に依拠する部分が多々ある以上<sup>27)</sup>、著作物に対する法的保護の水準の引き上げは、author and authorized publisher による新しい作品の創作または複製の費用を引き上げることになる。それがために、新しい作品が市場に巡回

ることが妨げられることになる。

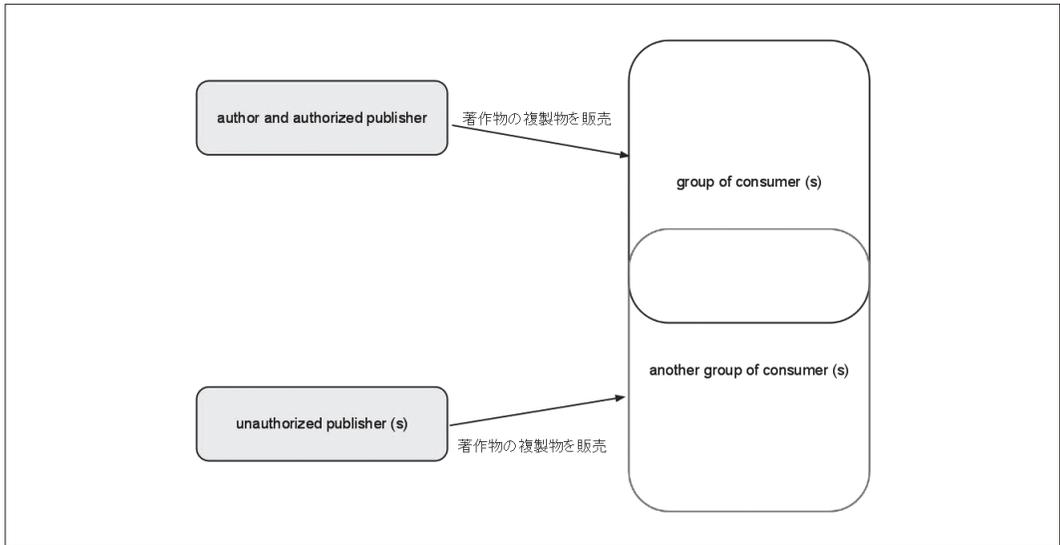
Landes & Posner (1989) によるこのような分析は、そこで設定された社会モデルにおける議論としては、十分に合理的だ。しかしながら、Landes & Posner (1989) による分析には、次のような特徴がある。つまり、それは、author and authorized publisher の立場から見た「強すぎる」著作権保護の無駄と不都合とを示すにとどまる。それゆえ、Landes & Posner (1989) の分析は、現実の社会における、著作物に対する保護の際限なき強化を求める一部の勢力の主張<sup>28)</sup> に対峙するために十分に強い力を持つとはいえない。例

26) 粗っぽくいえば、著作物の複製部数を 100 部から 101 部に引き上げるときに「その 1 部引き上げのためにかかる費用」よりも、著作物の複製部数を 500 部から 501 部に引き上げるときに「その 1 部引き上げのためにかかる費用」の方が大きい、ということである。

27) Isaac Newton は、“If I have seen further it is by standing on ye shoulders of Giants.” と言ったという。Letter to Robert Hooke, 5 February 1675 (Julian calendar)。なお、Newton のこの発言が John of Salisbury の言葉 (Metalogicon (1159) bk. 3, ch. 4) を下敷きに行っているらしいと言われるし、John of Salisbury は、彼の発言が Bernard de Chartres によっていることを明らかにしている。MELVYN BRAGG, ON GIANTS' SHOULDERS - GREAT SCIENTISTS AND THEIR DISCOVERIES - FROM ARCHIMEDES TO DNA (1998) (熊谷千寿訳『巨人の肩に乗って—現代科学の気鋭、偉大な先人を語る』(翔泳社, 1999)) は、これらの Isaac Newton の言葉と John of Salisbury の言葉を扉に掲げるし、題名自体、これらの言葉によっている。Newton のこの発言が創作物保護制度を論ずる様々な書物によって引用されていること自体が、Newton の発言の具体例であることを、石井正『知的財産の歴史と現代』(発明協会, 2005) 7 頁が指摘する。

28) このような主張が引き起こす問題のいくつかを議論するものとして、例えば、横山久芳『著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察』学習院大学法学会誌 39 卷 2 号 19 頁、山口いつ子「表現の自由と著作権」中山信弘選集『知的財産法の理論と現代的課題』(弘文堂, 2005) 365 頁などを参照。なお、寺本振透編集代表・西村あさひ法律事務所編『解説改正著作権法』(弘文堂, 2010) は、「著作権法の過去と未来を、伝統的なメディアと新興のメディアの絶えざる闘いと妥協」としてとらえ、また、「昨日まで新興のメディアだと思われていたものが、今日は伝統的なメディアの役割を演ずることも珍しいことではない」と指摘する (iii 頁)。つまり、ある時

(図 3)



えば、著作物に対する保護の強化を唱える者（この者は、例えば、映画産業のような強力なメディア産業の構成員であろう）は、次のように言うだろう。「少なくとも、現在の著作物に対する法的保護の水準は、十分ではない。その証拠に、市場には、**unauthorized publisher**による複製物が出回っているではないか」と。また、彼らは、こうも言うだろう。我々は、契約によって、十分に **pay** する費用で他人の著作物を利用することができている。著作物に対する保護が強化されることによって、我々による新たな著作物の製作の勢いが殺がれることはない、と。

もちろん、こうした著作権保護強化論者の主張の前提には、いくつかの欠陥がある。第一の大きな欠陥は、**consumer (s)** が購入する **unauthorized publisher** による複製物<sup>29)</sup> の数が  $n$  個減ったからといって、**consumer (s)** が購入する **author and authorized publisher** による複製物の数が  $n$  個増えるとは限らない、という現実を彼らが無視していることで

ある。ここには、彼らの主張の前提と **Landes & Posner (1989)** の設定した社会モデルとに共通する見落としが存在する。それは何か？ **Author and authorized publisher** と **unauthorized publisher** とが完全に同じ市場で競争しているかどうかは実はあやふやだという現実だ（図 3）<sup>30)</sup>。

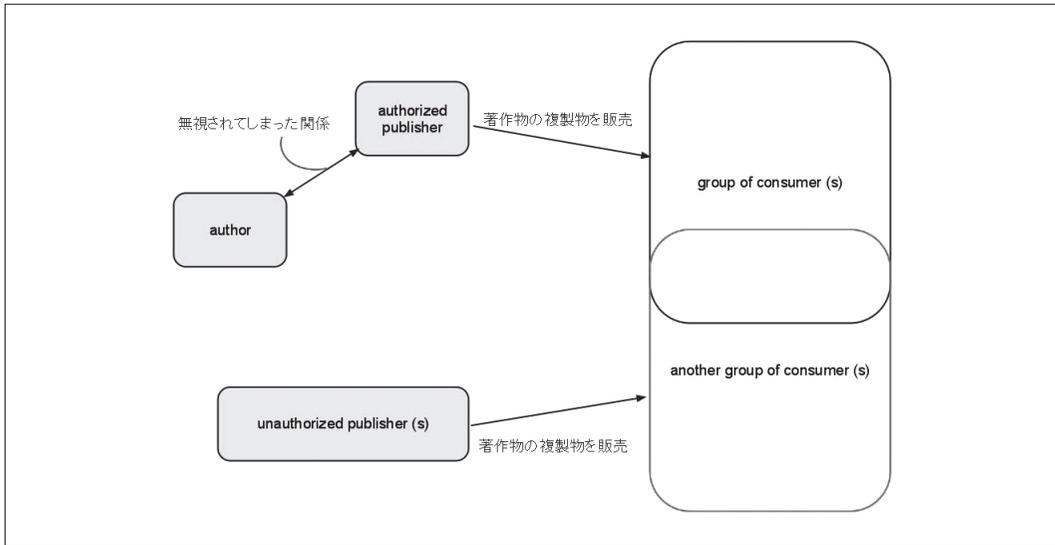
著作権保護強化論者の主張の第二の大きな欠陥は、彼らと契約することによって、彼らに著作物の利用を **authorize** する他人、つまり、実は **authorized publisher** とは一体化していないことも多いであろう **author** が、どのような費用を支出し、また、どのような報酬を得ているのかを「そこに存在しない問題」として扱っていることだ（図 4）。実は、**authorized publisher** を兼ねない **author** は、著作物に対する法的保護の水準が高いことによって不利益を被るのかもしれないし、あるいは、その逆に、**authorized publisher** が満足する保護水準ではまだまだ足りないのかもしれない。**Landes & Posner (1989)** が設定し

点において際限なき著作権の強化を唱える者が、別の時点においては著作権の制限を唱える可能性がある。このことについては、もともと、**Landes & Posner (1989)**, *supra note 20* の分析が明示的に注意を喚起していた。

29) 一般的には、このような複製物のことを「海賊版」と称する。ここでは、そのような複製物の流通の良し悪しについて中立的に考える態度を明らかにするべく、このような価値判断を含む表現を避ける。

30) もちろん、それぞれの市場に重なり合いがあることは、おそらく、間違いない。

(図 4)



た社会モデルは、author と authorized publisher を同一の主体とみなしてしまったから、著作権保護強化論者の主張が含むこのような欠陥に対して批判を加えることができない。

反面、ある種の author は、「publisher ばかりを利する著作権保護なんて要らない。我々は consumer (s) と直結するのだ」と主張するかもしれない。このような主張は、著作権法が存在することを前提として、合理的な保護の水準を議論しようとする Landes & Posner (1989) の想定の外だ。

また、おそらくは author と authorized publisher とを同一視したために、author にはとうてい果たせないような役割を publisher が果たしているかもしれないのに、そのような publisher の役割は、Landes & Posner (1989) によっては意識して議論されることがない。もし、publisher がそのような役割を果たしているとする、Landes & Posner (1989) が想定した著作権の相当な保護水準は、ひょっとすると低すぎるのではな

いか、という疑いすら生じかねない。

このように、Landes & Posner (1989) による著作権制度の分析は、現実の社会において十分に強力ではないことを認めざるを得ない。だが、Landes & Posner (1989) が設定した社会モデルを前提とするならば、その議論は、いくつかの仮定 (assumption) によって限定された (qualified) ものであるとはいえ<sup>31)</sup>、相当に合理的かつ説得力のあるものだ。どうやら、Landes & Posner (1989) の弱さは、彼らの論理ではなく、彼らが設定した社会モデルにあるようだ。彼らが設定した社会モデルが、実質的かつ重要な点において、現実の社会との間の看過し難い乖離を抱えており、そのことが、彼らの議論の強さを矯めているのではないか。

### Ⅲ. 社会ネットワークの構造に着目して社会モデルを作る

では、我々は、Landes & Posner (1989) が設定した社会モデルを、どのようにして改

31) そもそも、社会モデルは、必然的に、assumption であるし、そこから導かれる指図は、その assumption によって qualify されている。だからこそ、その指図が、少なからぬ具体的な事例に妥当する「規範」たり得るのだ。前掲注 5) 参照。

善することができるのか?既に指摘した通り, Landes & Posner (1989) は, author と authorized publisher を同一の主体とみなしてしまった。然るに, publisher がいわゆるメディア企業の典型の一つであることを, 我々は, よく知っている。そして, メディア (media) が情報または情報の創り手 (author) と情報の受け手との間を媒介する者であることも, 我々がよく知っていることだ<sup>32)</sup>。それにもかかわらず, Landes & Posner (1989) は, 社会通念上は media であるはずの publisher に, author の役割を兼ね備えさせてしまった<sup>33)</sup>。このような認識は, 我々に対して, media の役割を, author から独立したものとして捉えることによって, Landes & Posner (1989) が設定した社会モデルを改善できるのではないかと示唆する。

人と人との間 (あるいは, 企業と企業の間

の) 互酬的な関係, そして, それを媒介する actor の役割を, 価値を生み出す源泉としてとらえるソーシャル・キャピタル (社会関係資本, social capital) という考え方は, 社会現象を研究するための有力な文脈となっている<sup>34)</sup>。このことは, 人または情報と人をつなぐ役割を担う actor である media の役割に注目して社会モデルを再構築することが有効なのではないか, という期待を我々に抱かせる。

では, 社会における media の役割は, どのような手法によって観察することができるのか?そのための手法を我々に提供してくれるのが, 社会ネットワーク分析だ。ここで社会ネットワーク分析の手法について詳しく紹介する余裕はないが<sup>35)</sup>, 取り急ぎ, 本稿の目的のために最低限必要な, actor, tie, network, centrality, density および bridge の概

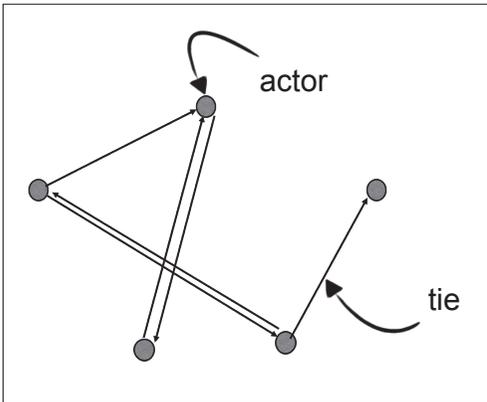
32) MARSHALL McLuhan, UNDERSTANDING MEDIA (1964) (日本語訳として, 栗原裕 = 河本仲成聖訳『メディア論』(みすず書房, 1987) がある。)の副題が“the extensions of man”であることに注目されたい。ある author からすれば, media があるからこそ, 受け手に情報を到達させることができるのだし, ある受け手からすれば, media があるからこそ, author からの情報に接することができるのだ。

33) 確かに, 映画製作会社のようなある種の企業は, それが幻想であるかもしれないにせよ, author と media の役割を兼ね備えているように見えることがある。しかしながら, 一方では, これらの役割が分離可能であることも明らかだ。

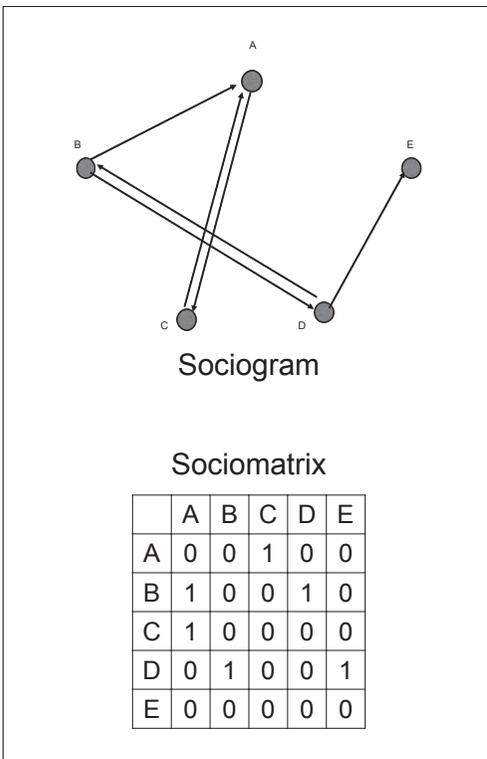
34) ソーシャル・キャピタルの定義は, 論者によりヴァリエーションがあるが, この語が使われる文脈に大きな乖離があるわけではない。基本的な文献としては, Pierre Bourdieu, *The Forms of Capital*, HANDBOOK OF THEORY AND RESEARCH FOR THE SOCIOLOGY OF EDUCATION 241 (J. Richardson ed., 1986), JAMES S. COLEMAN, FOUNDATIONS OF SOCIAL THEORY (1990) (日本語訳は, 久慈利武訳『社会理論の基礎 上・下』(青木書店, 2004 (上), 2006 (下))。), Putnam, *supra note 19*), ROBERT D. PUTNAM, BOWLING ALONE: THE COLLAPSE AND REVIVAL OF AMERICAN COMMUNITY (2000) (日本語訳として, 柴田康文訳『孤独なボウリング—米国コミュニティの崩壊と再生』(柏書房, 2006) がある。), NAN LIN, SOCIAL CAPITAL, A THEORY OF SOCIAL STRUCTURE AND ACTION (2001) (日本語訳として, 筒井淳也ほか訳『ソーシャル・キャピタル—社会構造と行為の理論』(ミネルヴァ書房, 2008) がある。)を参照。また, ソーシャル・キャピタルの概念と取引コストの概念の近似性を指摘する Douglass C. North, *Transaction costs through time*, TRANSACTION COST ECONOMICS - RECENT DEVELOPMENTS 149, 149 (Claude Menard ed, 1997) (同書の日本語訳として, 中島正人ほか監訳『取引費用経済学 - 最新の展開』(文眞堂, 2002) がある。)参照。わが国において, 近時の社会の動きをソーシャル・キャピタルの文脈から論じたものとして, 宮田加久子『きずなをつなぐメディア—ネット時代の社会関係資本』(NTT 出版, 2005), 戸井佳奈子『ソーシャル・キャピタルと金融変革』(日本評論社, 2006), 寺本振透「投資ファンドにおけるソーシャル・キャピタルとアンチ・ソーシャル・キャピタル」神作裕之責任編集 = (財) 資本市場研究会編『ファンド法制—ファンドをめぐる現状と規制上の諸課題—』(財経詳報社, 2008) 143 頁など多数がある。

35) Mark S. Granovetter, *The Strength of Weak Ties*, 78 AMERICAN JOURNAL OF SOCIOLOGY 1360 (1973) (日本語訳として, 大岡栄美訳「弱い紐帯の強さ」野沢慎司編・監訳『リーディングス ネットワーク論—家族・コミュニティ・社会関係資本』(勁草書房, 2006) 123 頁がある。), 安田雪『ネットワーク分析—何が行為を決定するか』(新曜社, 1997), 安田雪『実践ネットワーク分析—関係を解く理論と技法』(新曜社, 2001), 金光淳『社会ネットワーク分析の基礎』(勁草書房, 2003), WOUTER DE NOOY ET AL., EXPLORATORY SOCIAL NETWORK ANALYSIS WITH PAJEK (2005) (日本語訳として, 安田雪監訳『Pajek を活用した社会ネットワーク分析』(東京電機大学出版局, 2009) がある。)を参照。また, 社会ネットワーク分析の手法を法学に適用することが新たな展開を生むであろうことを示唆する最近の注目すべき文献として, また, 本稿では説明を省略した社会ネットワーク分析の基本的な概念を知るための文献として, 飯田・前掲注 11) を参照。

(図 5)



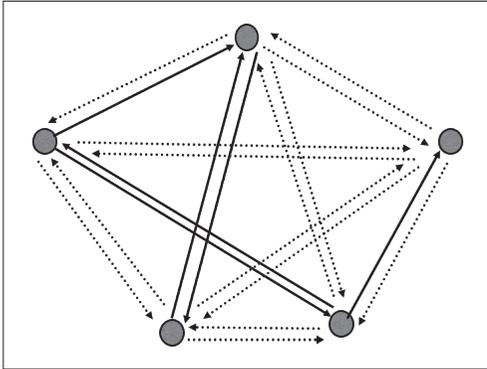
(図 6)



念と、社会をモデル化して表現する手法である sociogram および sociomatrix に限って、図 5 から図 9 までにより、簡単に紹介しておく。

- actor : 社会の構成員を示す。図 5 の社会モデルでは、5 個の actor が存在する。なお、観察する次元の違いにより、actor が個人を指してもよいし、企業のような集団を指してもよい。本稿では、actor の定義を示す前に、一般的な用語としての actor を既に使ってきた。これは、社会ネットワーク分析における actor の意味が一般的な用語法と変わらないことに鑑みて、意図的に行ったことだ。
- tie : actor と actor との関係性 (relationship) の存在を示す。無向グラフ (actor と actor との間関係性について向きを示さない) ならば、actor と actor との間のある関係性の存在を示す。有向グラフ (actor と actor との間関係性について向きを示す) ならば、例えば、誰が誰に対して情報を提供するか、あるいは、誰が誰を信頼するか、といった関係性を示すことができる。「紐帯」と訳されることがある。図 5 の社会モデルでは、6 本の tie が存在する。
- sociogram : 「社会関係図」と訳されることがある。先に説明した、actor を点で、また、tie を線分で示したグラフだ (図 6)。Sociogram は、network の状況を直感的に把握するために便宜な表現方法だ。
- network : グラフとそのグラフの点または線分に与えられた付加的な情報 (図 6 では、点に対してラベル A, B, C, D および E という付加的な情報を与えている) とで構成されるものが network だ。これは、社会モデルの観察または設定に用いるか否かにかかわらず、グラフ理論一般に通用する概念だ。
- sociomatrix : 「社会関係行列」と訳されることがある。Sociomatrix は、左端に示す actor から上端に示す actor に対する tie の有無 (1 or 0) または濃淡 ( $1 \geq x \geq 0$ ) を表現する (図 6)。Sociogram と sociomatrix とは、表現形式が違うが、表現している network に関する基本的な情報は同じだ。ある actor とその actor 自身とを結ぶ tie は存在しないから、sociomatrix の左上から右下に向かう対角線上には 0 が並ぶことになる。
- density : 「社会ネットワーク密度」と訳されることがある。ネットワーク内の actor と actor の間を結ぶ「実在する」tie の本数を、「存在し得る」tie の最大の本数 (有向グラフの場合、actor の数が  $n$  ならば、

(図 7)



( $(n-1) \times n$  本となる) で除して得られる。ある社会において、actor 同士の相互の関係性が如何に親密であるかまたは希薄であるかを知るための指標となる。また、ある actor から別のある actor に対する情報の流れがあることを tie によって表現しているならば、density の値が高ければ高いほど、情報への accessibility が高い社会だということになる。図 7 の sociogram で表現された社会モデルにおいては、 $density = 6 \div [(5-1) \times 5] = 6 \div 20 = 0.3$  となる。言うまでもなく、density は、分母が同じ、すなわち actor の数が同じ社会モデル同士で比較することに意味がある。

- centrality : 「中心性」と訳されることがある。有向グラフの場合には、incoming centrality (入次数から見る中心性) と outgoing centrality (出次数から見る中心性) とを認識することができる。
- incoming centrality : 「ある actor に向かう実在する tie の本数」を、「その actor に向かう『存在し得る』tie の最大の本数」で除して得られる。ある actor から別のある actor に対する情報の流れがあることを tie によって表現しているならば、incoming centrality が高い actor ほど、その actor が属する社会において、情報への accessibility がよい actor であるということになる。

(図 8)

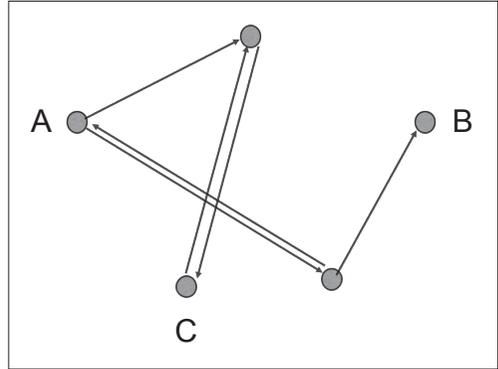
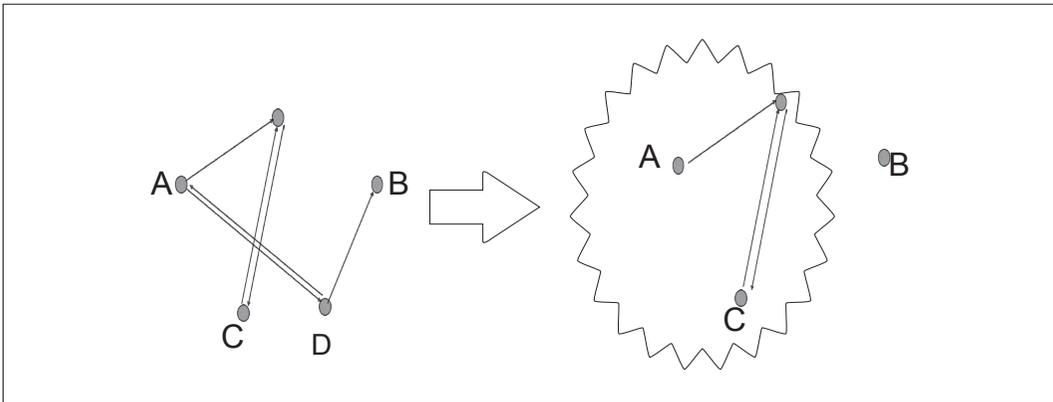


図 8 の sociogram で表現された社会モデルにおいては、actor A の incoming centrality は  $1 \div 4 = 0.25$  だ。また、actor B の incoming centrality も  $1 \div 4 = 0.25$  だ。これは、この社会における情報への accessibility が、個々の情報の種類および質の違いを無視するならば、actor A も actor B も同等であることを意味する。

- outgoing centrality : 「ある actor から発する実在する tie の本数」を、「その actor から発する『存在し得る』tie の最大の本数」で除して得られる。ある actor から別のある actor に対する情報の流れがあることを tie によって表現しているならば、outgoing centrality が高い actor ほど、その actor が属する社会において、他のより多くの actor に対して情報への accessibility を与えているということになる。図 8 の sociogram で表現された社会モデルにおいては、actor A の outgoing centrality は  $2 \div 4 = 0.5$  だ。また、actor B の outgoing centrality は  $0 \div 4 = 0$  だ。さらに、actor C の outgoing centrality は  $1 \div 4 = 0.25$  だ。これは、この社会において他の actor に情報への accessibility を与える機能について、actor A は actor C よりも高く、actor B が全くそのような機能を持たないことを意味する。
- bridge<sup>36)</sup> : ある network に含まれるいくつ

36) わかりやすさのために、bridge の前提となる component の概念の説明を省略し、そのうえで、bridge について、簡略な説明を試みた。正確には、例えば、De Nooy et al., *supra note* 35 at 138-160 を参照。

(図 9)



かの actor については、他の actor を経由しないと、別のある actor との間をつなぐ経路が存在しなくなる。例えば、図 9 では、actor D を取り除いてしまうと、actor B は、他の actor から孤立してしまう。このような actor D の位置づけを bridge という。それは、一般的な用語法における bridge の意味付けと変わらない。

さて、以上の準備を用いて、Landes & Posner (1989) が設定した社会モデルを、network として表現することを試みる。ただし、既に我々が気づいた一つの問題を解決するために、一つの改変を、そこに加えることにする。Landes & Posner (1989) の設定した社会モデルは、author と authorized publisher とを同一の actor とみなした。しかしながら、author は、authorized publisher に対して、author の作品の原稿を提供したはずだ。つまり、author から authorized publisher に向かう tie がそこには存在していた。だが、Author と authorized publisher とを同一の actor とみなしたのでは、この tie を見えなくしてしまう。そこで、この tie を見えるようにするべく、author と authorized publisher とを、別々の actor として表現すると、この社会モデルに属する actor は、

次に示す通りとなる。なお、author と authorized publisher の数は、それぞれ複数であってもよいし、現実の社会においては複数であるのが通例ではあるが、単純化する目的で、それぞれ一個としておく。また、現実の社会においては存在するであろう publisher (s) から author に対する情報のフィードバックの存在も、consumer (s) から author または publisher (s) に対する情報のフィードバックの存在も、無視する。

- ・ author :  $a$  と表示する。
- ・ authorized publisher :  $p_a$  と表示する。
- ・  $n$  個 の unauthorized publisher (s) :  $p_{u1}, p_{u2}, p_{u3}, \dots, p_{un}$  と表示する<sup>37)</sup>。ここでは、便宜のため、 $n=3$  としておく。
- ・  $m$  個 の consumer (s) :  $c_1, c_2, c_3, \dots, c_m$  と表示する。ここでは、便宜のため、 $m=5$  としておく。

これらの actor (s) の間の関係性は、例えば、図 10 の sociomatrix のように表現することができる。この sociomatrix は、次のような情報の流れが存在することを意味する。

- ・  $a$  は、その作品 (以下、 $w$  と表示する) の原稿を、 $p_a$  に提供した。 $a$  は、 $w$  の原稿を、 $p_a$  以外の誰にも提供しない。
- ・  $p_a$  が  $w$  を書籍 (以下、 $bp_a$  と表示する)

37) 現実の社会では、彼らのうちのいくつかは、 $p_a$  の了解を得たうえで、consumer (s) との間で tie を結ぶ販売店や小売店のようなものであるかもしれない。もっとも、ここでは、Landes & Posner (1989), *supra note 20*) が用いた社会モデルを可能な限りくずさないために、そのような考慮はしないでおく。

として出版し、流通に置いたところ、これを、 $p_{u1}, p_{u2}, c_1$  および  $c_2$  が購入した。

- $p_{u1}$  が  $b_a$  を購入して、これを複製して（以下、この複製物を  $bp_{u1}$  と表示する）流通に置いたところ、これを  $p_{u3}, c_3$  および  $c_4$  が購入した。
- $p_{u2}$  が  $bp_{u1}$  を購入して、これを複製して流通に置いたところ、これを誰も購入しなかった。
- $p_{u3}$  が  $bp_{u1}$  を購入して、これを複製して流通に置いたところ、これを  $c_5$  が購入した。
- 現実には存在した可能性がある  $c_i, 1 \leq i \leq m$  同士の情報提供は、Landes & Posner (1989) が設定した社会モデルと同様に、ここでも、単純化のため、存在しなかったものとする。

図 10 の sociomatrix を、直感的に観察しやすくするために sociogram で表現すると、図 11<sup>38)</sup> のようになる。

#### IV. ネットワークとして表現された社会モデルを分析してみる

図 11 のネットワーク図を見ると、既に Landes & Posner (1989) によって明らかにされていたこと（すなわち、 $c_1, c_2, c_3, c_4$  および  $c_5$  の獲得をめぐって、 $p_a, p_{u1}, p_{u2}$  および  $p_{u3}$  が競争関係にあることが明らかにされていた。また、 $a$  が発する情報へのアクセスを提供するための取引条件<sup>39)</sup>をめぐって、 $p_a, p_{u1}, p_{u2}$  および  $p_{u3}$  のそれぞれと、 $c_1, c_2, c_3, c_4$  および  $c_5$  のそれぞれとが、交渉する関

係にあることも含意されていた）に加えて、少なくとも、次のようなことが象徴的に示されていることに気づく。

(1)  $p_a, p_{u1}, p_{u2}$  および  $p_{u3}$  のそれぞれは、 $a$  と、 $c_1, c_2, c_3, c_4$  または  $c_5$  との間の bridge となり、または、bridge となる可能性がある位置に所在する。すなわち、 $c_1, c_2, c_3, c_4$  および  $c_5$  のそれぞれは、 $p_a, p_{u1}, p_{u2}$  または  $p_{u3}$  が存在しなければ、 $a$  が発する情報にアクセスすることができない。一方、 $a$  も、その発信する情報を  $c_1, c_2, c_3, c_4$  または  $c_5$  に到達させるためには、 $p_a, p_{u1}, p_{u2}$  および  $p_{u3}$  の一または二以上の存在を必要とする。つまり、 $p_a, p_{u1}, p_{u2}$  および  $p_{u3}$  のそれぞれの、media としての役割（または、潜在的な役割）が明確に示されている。

この、直感的な把握は、例えば、図 10 の sociomatrix および図 11 の sociogram で表現されている社会モデルに対して操作を加えることで確認することができる。

もとの社会モデルの  $density = 9 \div \{(10-1) \times 10\} = 9 \div 90 = 0.1$  である。

では、もとの社会モデルから  $p_a$  を取り除くとどうなるか？  $p_a$  を取り除いたのと近似の状態を示すためには、 $p_a$  につながる tie をすべて削除すればよい<sup>40)</sup>。この状態は、図 12 の sociomatrix および図 13 の sociogram で表現される。この社会モデルの  $density = 4 \div \{(10-1) \times 10\} = 4 \div 90 = 0.04$ <sup>41)</sup> であり、もとの社会モデルの  $density$  よりも低くなっている。図 13 からわかる通り、 $a, p_{u2}, c_1$  および  $c_2$  が他の actor から孤立した<sup>42)</sup>。また、 $a$  以外のいずれの actor も、 $a$

38) ネットワーク図の描画は、ネットワーク図描画ツール Pajek による。Pajek は、<http://pajek.imfm.si/doku.php?id=download> (2010年8月25日最終検索。) で入手することができる。なお、各 actor に付したラベルの表記については、描画の手間を省いたために本文の表記と一致していない点、御容赦願いたい。

39) 典型的に想定されるのは、書籍の価格だ。

40) Landes & Posner (1989) *supra note* 20) が想定したような著作物の出版および販売においては、おそらく、bridge の役割を果たしていた actor の機能を停止させると、それより川下側の (consumer 側の) 情報伝達はほとんどすべて停止してしまう、つまり、川下側の actor 間の tie は切れてしまうだろうと予想できる。もっとも、ここでは、簡便のため、こうした tie はそのまま残るものとしておく。

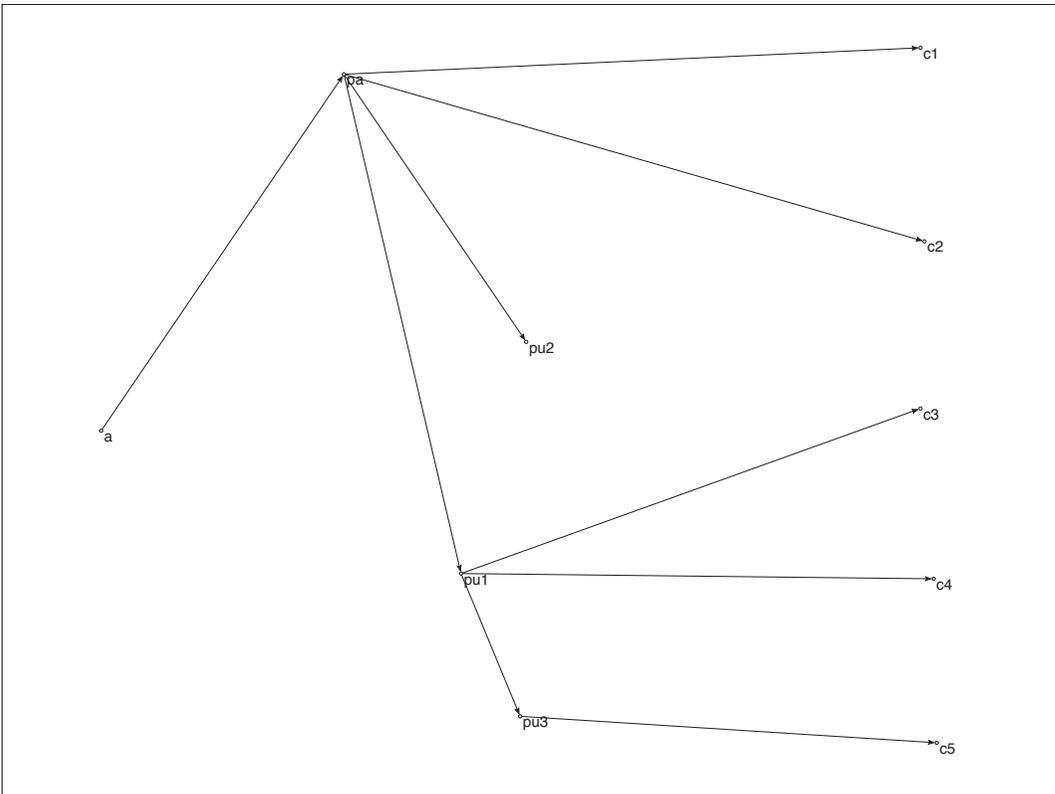
41) 比較のために十分に考えられる小数第二位まで計算し、第三位以下を切り捨てた。以下同様。

42) 自分と他の actor とをつなぐ tie の本数が零となった actor を除けば、「孤立した」という表現は、もちろん、ある程度の主観を含んだ形容でしかない。ここでは、このような限定を認識しつつも、社会通念上も「孤立した」と一般的に考えられるような actor の状態について、便宜的に、この形容を用いる。

(図 10)

|          | $a$ | $p_a$ | $p_{u1}$ | $p_{u2}$ | $p_{u3}$ | $c_1$ | $c_2$ | $c_3$ | $c_4$ | $c_5$ |
|----------|-----|-------|----------|----------|----------|-------|-------|-------|-------|-------|
| $a$      | 0   | 1     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_a$    | 0   | 0     | 1        | 1        | 0        | 1     | 1     | 0     | 0     | 0     |
| $p_{u1}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 1        | 0     | 0     | 1     | 1     | 0     |
| $p_{u2}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_{u3}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 1     |
| $c_1$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_2$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_3$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_4$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_5$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |

(図 11)



が発する情報に直接または間接にアクセスするルートを失った。

もとの社会モデルから  $p_{u1}$  を取り除くとどうなるか？これに近似の状態は、図 14 の sociomatrix および図 15 の sociogram で表現される。この社会モデルの  $density=5 \div \{(10-1) \times 10\}=5 \div 90=0.05$  であり、もとの社会モ

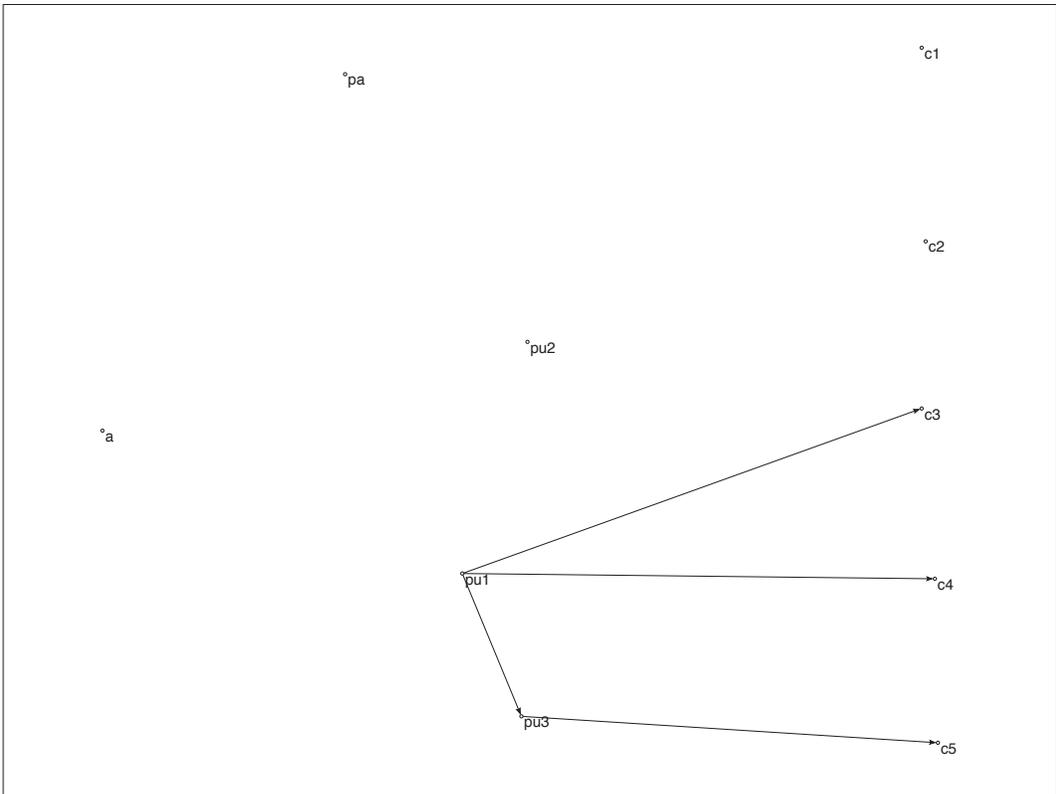
デルの  $density$  より低くなっている。図 15 からわかる通り、 $p_{u3}$ 、 $c_3$ 、 $c_4$  および  $c_5$  が彼ら以外の actor から孤立するとともに（または、孤立することによって）、 $a$  が発する情報に直接または間接にアクセスするルートを失った。

もとの社会モデルから  $p_{u2}$  を取り除くとどうなるか？これに近似の状態は、図 16 の so-

(図 12)

|          | $a$ | $p_a$ | $p_{u1}$ | $p_{u2}$ | $p_{u3}$ | $c_1$ | $c_2$ | $c_3$ | $c_4$ | $c_5$ |
|----------|-----|-------|----------|----------|----------|-------|-------|-------|-------|-------|
| $a$      | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_a$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_{u1}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 1        | 0     | 0     | 1     | 1     | 0     |
| $p_{u2}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_{u3}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 1     |
| $c_1$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_2$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_3$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_4$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_5$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |

(図 13)



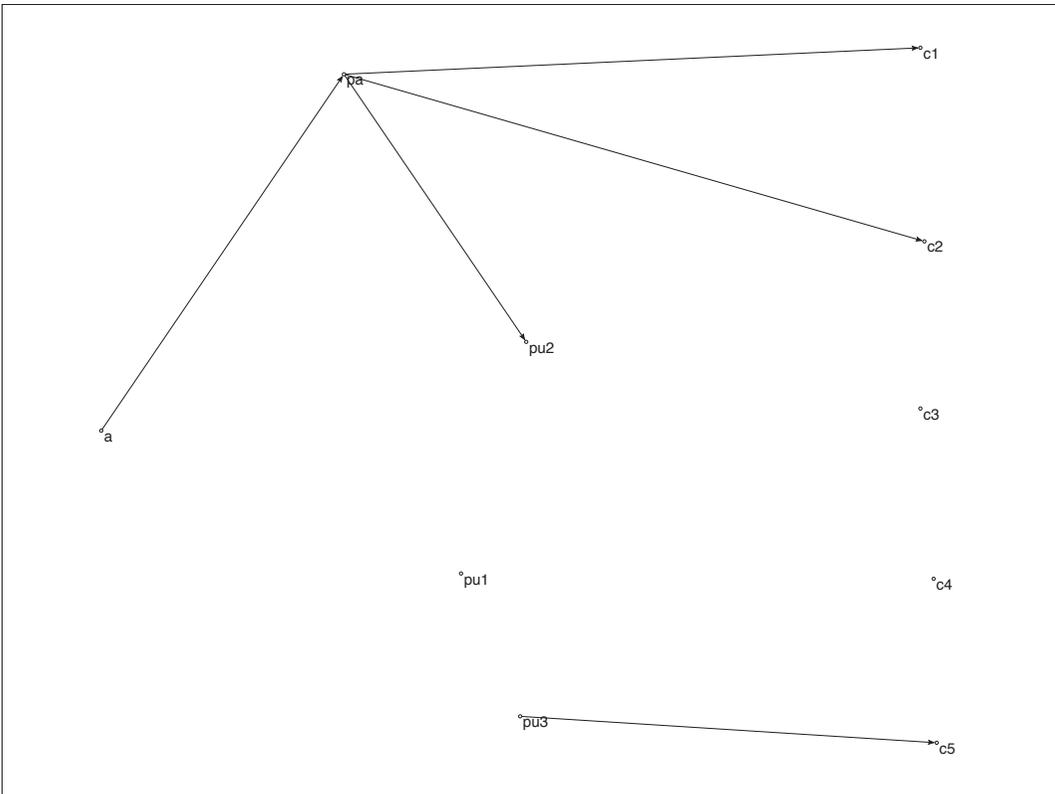
ciomatrix および図 17 の sociogram で表現される。この社会モデルの  $density=8 \div \{(10-1) \times 10\}=8 \div 90=0.08$  であり、もとの社会モデルの  $density$  よりは低くなってはいる。だが、図 17 からわかる通り、 $p_{u2}$  が他の actor から孤立したが、他の actor に対しては、実質的な影響を与えていない。

もとの社会モデルから  $p_{u3}$  を取り除くとどうなるか？これに近似の状態は、図 18 の sociomatrix および図 19 の sociogram で表現される。この社会モデルの  $density=7 \div \{(10-1) \times 10\}=7 \div 90=0.07$  であり、もとの社会モデルの  $density$  よりは低くなっている。図 19 からわかる通り、 $c_5$  が他の actor から

(図 14)

|          | $a$ | $p_a$ | $p_{u1}$ | $p_{u2}$ | $p_{u3}$ | $c_1$ | $c_2$ | $c_3$ | $c_4$ | $c_5$ |
|----------|-----|-------|----------|----------|----------|-------|-------|-------|-------|-------|
| $a$      | 0   | 1     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_a$    | 0   | 0     | 0        | 1        | 0        | 1     | 1     | 0     | 0     | 0     |
| $p_{u1}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_{u2}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_{u3}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 1     |
| $c_1$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_2$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_3$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_4$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_5$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |

(図 15)



孤立するとともに（または、孤立することによって）、 $a$ が発する情報に直接または間接にアクセスするルートを失った。

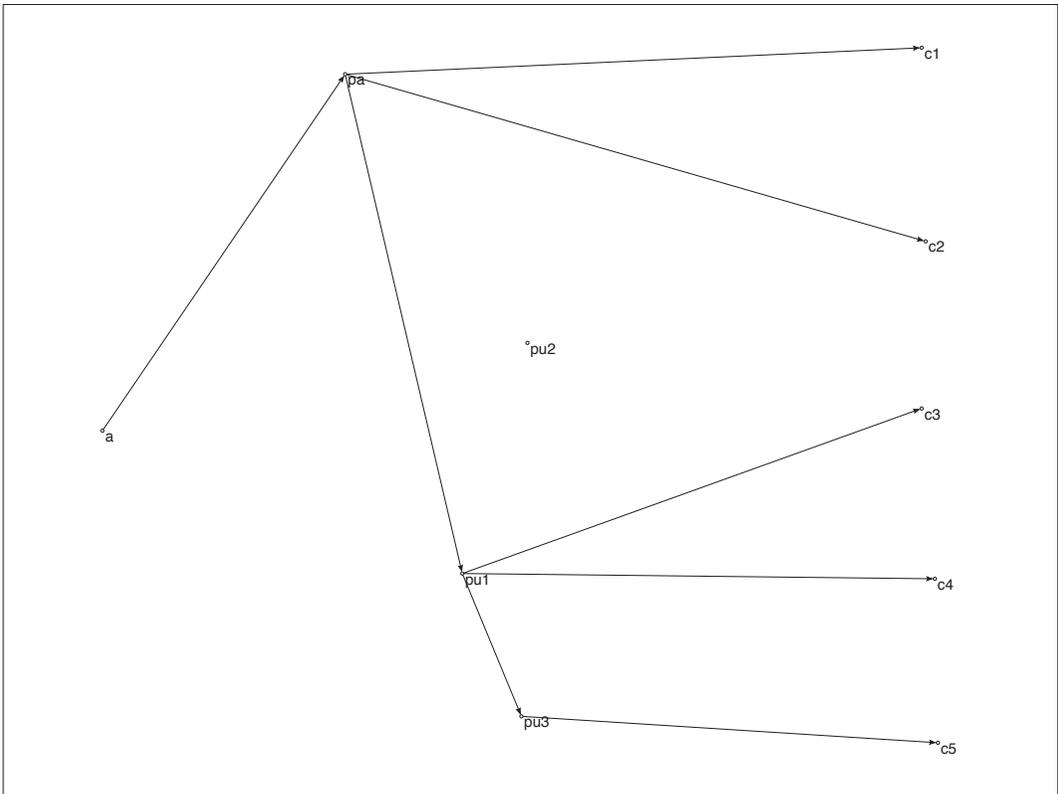
以上の検討から<sup>43)</sup>  $p_a, p_{u1}, p_{u2}$  および  $p_{u3}$  のような媒介者が、社会における情報への **accessibility** を維持するために機能している

43) もちろん、これらは、もともとの社会モデルがシンプルゆえ、余計な検討を加えずとも、直感的に把握することも可能なことに過ぎない。以下に続く記述も同様。あたりまえのことを、順序を踏んで「確かにそうだ」と確認できるのが、社会ネットワーク分析に使われるグラフ理論の好ましいところだ。

(図 16)

|          | $a$ | $p_a$ | $p_{u1}$ | $p_{u2}$ | $p_{u3}$ | $c_1$ | $c_2$ | $c_3$ | $c_4$ | $c_5$ |
|----------|-----|-------|----------|----------|----------|-------|-------|-------|-------|-------|
| $a$      | 0   | 1     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_a$    | 0   | 0     | 1        | 0        | 0        | 1     | 1     | 0     | 0     | 0     |
| $p_{u1}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 1        | 0     | 0     | 1     | 1     | 0     |
| $p_{u2}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_{u3}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 1     |
| $c_1$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_2$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_3$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_4$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_5$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |

(図 17)



ことがわかる。もちろん、なかには、 $p_{u2}$  のような存在価値が疑われる者が混在している可能性もある。

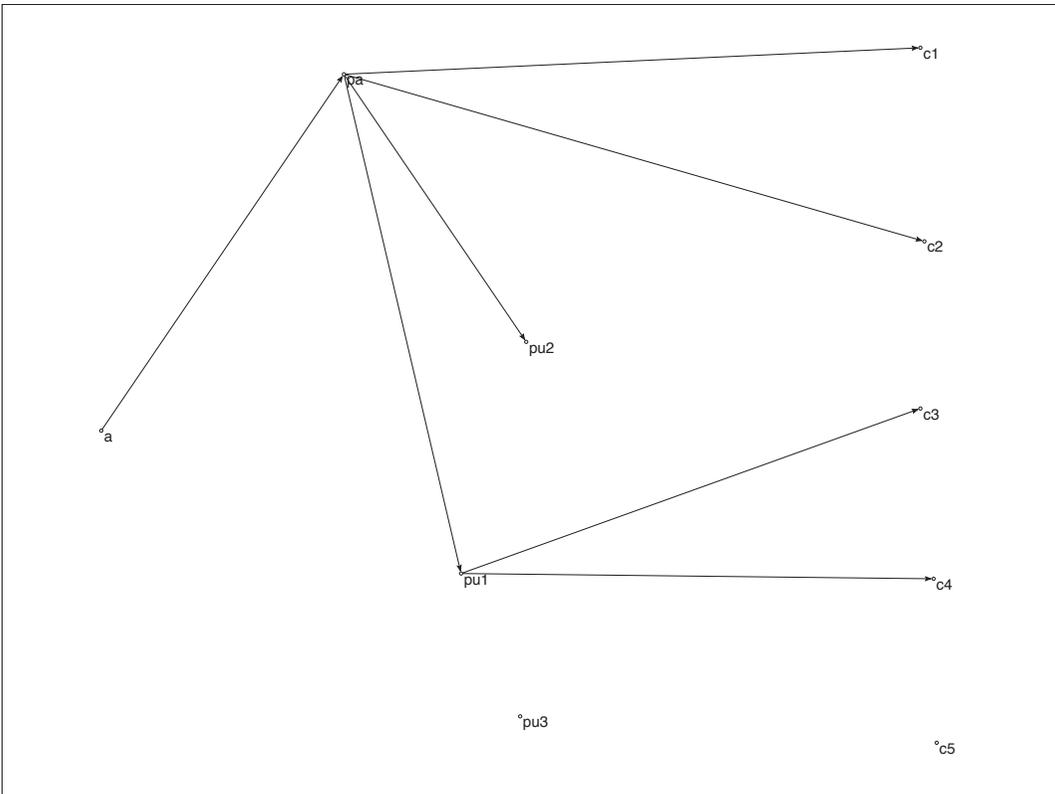
(2)  $p_a$  は、 $a$  と、 $p_{u1}$ ,  $p_{u2}$  または  $p_{u3}$  との間の **bridge** となっている<sup>44)</sup>。図 11 のネットワーク図から  $p_a$  を取り除くと、 $a$  が、他のす

44) もちろん、 $p_{u1}$ ,  $p_{u2}$  および  $p_{u3}$  が  $p_a$  と競争関係に立つことを知っていれば、 $p_a$  はそのような **bridge** の役割を果たしたくはなかつただろう。

(図 18)

|          | $a$ | $p_a$ | $p_{u1}$ | $p_{u2}$ | $p_{u3}$ | $c_1$ | $c_2$ | $c_3$ | $c_4$ | $c_5$ |
|----------|-----|-------|----------|----------|----------|-------|-------|-------|-------|-------|
| $a$      | 0   | 1     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_a$    | 0   | 0     | 1        | 1        | 0        | 1     | 1     | 0     | 0     | 0     |
| $p_{u1}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 1     | 1     | 0     |
| $p_{u2}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $p_{u3}$ | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_1$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_2$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_3$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_4$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |
| $c_5$    | 0   | 0     | 0        | 0        | 0        | 0     | 0     | 0     | 0     | 0     |

(図 19)



すべての actor から孤立してしまう(図 13)<sup>45)</sup>。すなわち、 $p_{u1}$ 、 $p_{u2}$  または  $p_{u3}$  のそれぞれは、 $p_a$  が存在しなければ、 $a$  が発する情報にア

クセスすることができない。そうすると、 $p_a$  の bridge としての役割に依存して  $a$  が発する情報にアクセスしている  $c_1$  および  $c_2$  はも

45) 図 13 では、 $p_a$  の役割がわかりやすいように、 $p_a$  を示す点を残したまま、 $p_a$  と他の actor を結ぶ tie をすべて消し去ってある。明らかに、図 13 に残っている tie は、何の役にも立たない。

(図 20)

| actor    | outgoing centrality |
|----------|---------------------|
| $a$      | $1 \div 9 = 0.11$   |
| $p_a$    | $4 \div 9 = 0.44$   |
| $p_{u1}$ | $2 \div 9 = 0.22$   |
| $p_{u2}$ | 0                   |
| $p_{u3}$ | $1 \div 9 = 0.11$   |
| $c_1$    | 0                   |
| $c_2$    | 0                   |
| $c_3$    | 0                   |
| $c_4$    | 0                   |
| $c_5$    | 0                   |

もちろん、 $p_{u1}$  または  $p_{u3}$  の bridge としての役割に依存して  $a$  が発する情報にアクセスしている  $c_3, c_4$  および  $c_5$  も、 $a$  が発する情報にアクセスすることができなくなる。つまり、 $p_a$  の、「不可欠な」media としての役割が明確に示されている。

もとの社会モデルにおける各 actor のそれぞれの outgoing centrality を計算すると、図 20 のようになる<sup>46)</sup>。ここからは、情報を創り出しているはずの  $a$  の outgoing centrality が相対的には必ずしも高くはないことがわかる。また、bridge としてのインパクトが大きい  $p_a$  の outgoing centrality が、相対的に見ると、明らかに高いことがわかる。

以上の検討から、 $a$  の創り出す情報の consumer (s) への到達が  $p_a$  の機能に強く依存していることがわかる。

(3)  $a$  が発する情報へのアクセスを獲得するための印税その他の取引条件をめぐって、

$p_a$  (もし、事前に競争から脱落していないとすれば、 $p_{u1}, p_{u2}$  および  $p_{u3}$  も) と  $a$  とが、交渉する関係にあることもわかる<sup>47)</sup>。

このような観察からは、著作権法のような創作物を保護する法制度の研究において、あるいは、法律の解釈または立法のための議論をするときに、次のような視点を盛り込むことが有効ではないか、という示唆が得られる<sup>48)</sup>。

- ある actor が media としての機能を引き受けることに対して、法律は、どのような incentive を与え、また、与えるべきではないのか？
- Media として機能する（または、機能しようとする）actor 同士の競争に対して、法律は、どのような制御を及ぼし、または、及ぼすべきではないのか？
- Author と media との間の交渉力学に対して、法律は、どのような干渉を行い、また

46) Actor の数が 10 個であるとき、その actor から発する「存在し得る」tie の最大の本数は 9 本となる。よって、各 actor から発する実在する tie の本数を 9 で割れば、その actor の outgoing centrality が得られる。

47)  $p_a, p_{u1}, p_{u2}$  および  $p_{u3}$  のそれぞれは、 $a$  が発する情報への直接のアクセスの獲得をめぐって競争してもおかしくない位置に存在する。しかしながら、 $p_{u1}, p_{u2}$  および  $p_{u3}$  は、 $p_a$  との競争に敗れたか、最初から  $p_a$  との競争をあきらめていたか、 $p_a$  による媒介を経て  $a$  の発する情報にアクセスするまでは  $a$  が発する情報の存在を知らなかったか、あるいはその他何らかの理由で、事実上、この競争には参加していない。

48) もちろん、示唆を越えて確信にいたるためには、より多くの variation の社会モデルを検討する必要がある。一方、社会モデルをネットワークとして観察するという迂路を通らずとも、同じような示唆は直感的には得られるではないか、という考えもあり得る。だが、直感が意味のある直感であることを再認識できるところに、社会をネットワークとして観察するという方法の利点がある。私は、この方向性に則った研究を進めつつあり、その中間的なプロダクトとして、この考え方を著作権法に関する最近の実務的な論点に展開したのが寺本ほか編・前掲注 28)、国際的な知的財産権紛争における抵触法問題の議論に展開したのが寺本振透「準拠法と国際裁判管轄をめぐる諸問題」ジュリスト 1405 号 (2010) 58 頁、方向性の入り口を示すのが本稿となる。

は、行うべきではないのか？

## V. 条文をネットワークとして表現してみる

さらに詳細な検討を示すのは別の機会に行うこととし、先を急ぐ。実定法に関する議論は、まず条文を読むことから始まる。ならば、社会ネットワーク分析の手法によって実定法に関する議論をするのであれば、法律の条文をネットワークとして表現してみることから始めるのが順当だ。すでに、著作権法に関する議論を行った Landes & Posner (1989) に示された社会モデルを modify してみるという試みを行った。そこで、ここでは、わが国の著作権法の条文を素材としてみる。

著作権法が著作者に与える権利のうち最も典型的なものであり<sup>49)</sup>、かつ長い歴史を持つもの<sup>50)</sup>と思われる「複製権」を定める著作権法 21 条をとりあげる。同条は「著作者は、その著作物を複製する権利を専有する。」と定める。この条文をネットワークとして表現するためには、まず、この条文が最低限想定している actor を列挙しなければならない<sup>51)</sup>。では、著作権法 21 条が想定する最小限の actor は何か？それは、おそらく、著作者と、その著作物の複製を行う者と、その著作物の複製物によって著作物にアクセスする者の三者だろう<sup>52)</sup>。そう考える理由は、次の通りだ。

- ・まず、著作者（仮に“*a*”と呼ぶ）が想定されていることは間違いない。それが条文の主語なのだから。
- ・次に、「その著作物を複製する権利を専有

する」という表現は、他人による著作物の複製を排除できる排他的な権利を著作者が有するという趣旨だ<sup>53)</sup>。ということは、著作物を複製する者（仮に“*d*”と呼ぶ）の存在も想定されていることになる。

- ・では、以上の二人で終りだろうか？そもそも、著作物の複製というものが、あとで自身または他人が著作物にアクセスするための手段として行われることは、我々が常識として知っていることだ。そうすると、もう一人、著作物の複製物を通じて著作物にアクセスする（または、アクセスするかもしれない）者（仮に“*r*”と呼ぶ）の存在も想定されていることになる。

彼らの間の情報伝達経路は、典型的には、次のようなものだろう<sup>54)</sup>。*d* は、*a* の著作物（例えば、*a* が書いた小説。仮に“*W*”と呼ぶ）にアクセスする。このアクセスは、例えば、*a* が書いた小説 *W* の原稿を *d* が入手することにより達成されたかもしれないし、他の方法によったのかもしれない。また、*r* は、*d* がつくった *W* の複製物（例えば、*a* が書いた小説 *W* の原稿をもとに、印刷して製本された書籍）を入手して（例えば）それを読むことにより、*W* にアクセスする。この actor らの関係を sociomatrix で表現すると図 21 のようになる。また、sociogram で表現すると図 22 のようになる。この社会ネットワークは、*d* が、*a* の発する情報を *r* に到達させ、また、*r* をして *a* の発する情報にアクセスさせるための media の機能を果たしているを示す<sup>55)</sup>。なぜなら、このネットワークにおいて bridge となっている *d* を

49) 中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007）210 頁。

50) MARK ROSE, AUTHORS AND OWNERS - THE INVENTION OF COPYRIGHT (1993), 白田秀彰『コピーライトの史的展開』（信山社、1998）等参照。

51) どのような条文でも、それに関連する actor の範囲は、無限に拡がり得る。しかしながら、条文のより普遍的な意味を探るためには、より単純な（すなわち、構成要素である actor の数がより少ない）社会モデルを設定して検討すべきだ。より単純な社会モデルは、より複雑な社会モデルを、その部分集合として含むからだ。

52) 現実の社会では、一人の者がこれらのうち複数の役割を兼ねることが、もちろん、珍しくはない。もともと、社会モデルをより単純なものとして表現するためには、一つの役割を一つの actor に割り当てることが便宜だ。

53) 加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター、五訂新版、2006）178 頁参照。

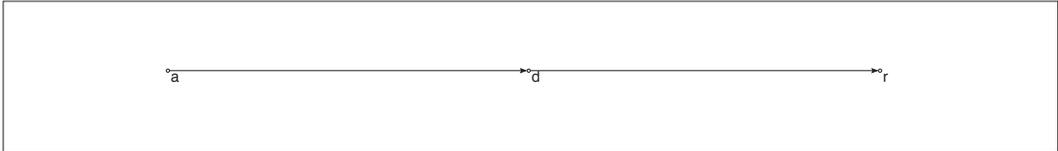
54) ここでは、情報の流れにのみ着目し、*d* が *a* から authorization を受けたかどうかは度外視しておく。

55) もちろん、現実の社会においては、*d* が複製以外の行為（例えば、複製物の譲渡。著作権法 26 条の 2 を参照）もなすことで、より効果的に media としての機能を果たしているかもしれない。また、*d* 以外の者が、そのよう

(図 21)

|     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|
|     | $a$ | $d$ | $r$ |
| $a$ | 0   | 1   | 0   |
| $d$ | 0   | 0   | 1   |
| $r$ | 0   | 0   | 0   |

(図 22)



取り去ると、 $r$ が、 $a$ の発する情報にアクセスできなくなるからだ<sup>56)</sup>。以上の観察は、著作権法 21 条が、著作者に対して、media 機能を独り占めするべく、他人に対して、複製という media 機能を勝手に実行するな、と求めることができる権利を与えていることを示している。このような思考実験は、著作権法が行おうとしていることは、media 機能を果たす者同士の自由競争市場に対して制御を加えることではないか、その制御は media 機能を果たす特定の者に対する incentive を与えているのではないか、そうだとすると、それは、創作に対する incentive を間接的に与え得るにしても、直接的には media 企業に対する incentive ではないのか、といった考え方が、検証に値する仮説として立てられるべきことを示唆しているといえる。

著作権法 21 条をもとに構成した社会ネットワークは、小説のような文字の著作物には、ほぼびたりとあてはまる。では、例えば、流行歌のような音楽の著作物については、どうだろうか？我々の多くを占める、受動的に音楽を聴いて楽しむ者たちにとっては、誰か（おそらくは職業的な歌手）がその歌を歌って聴かせてくれることで、その歌を楽しむことができる。ここでは、作詞作曲家（仮に“ $a$ ”

と呼ぶ）、歌手（仮に“ $p$ ”と呼ぶ）、および我々（仮に“ $r$ ”と呼ぶ）という三つの actor が存在する。そして、 $p$ は、 $a$ の著作物（例えば、 $a$ が作詞作曲した楽曲。仮に“ $W$ ”と呼ぶ）にアクセスする。このアクセスは、例えば、 $a$ が書いた  $W$ の歌詞付きの楽譜を  $p$ が入手することにより達成されたかもしれないし、他の方法によったのかもしれない。そして、 $p$ は、 $W$ の歌詞付きの楽譜をもとに  $W$ を歌う。 $r$ は、これを聴くことによって、 $W$ にアクセスする。この actor らの関係を sociomatrix で表現すると、図 21 の  $d$ を  $p$ で置き換えたものとなり（図 23）、sociogram で表現すると、やはり、図 22 の  $d$ を  $p$ で置き換えたものとなる（図 24）。つまり、 $p$ が、 $a$ の発する情報を  $r$ に到達させ、また、 $r$ をして  $a$ の発する情報にアクセスさせるための media の機能を果たしているということだ。ならば、著作権法は、著作権法 21 条に倣い、著作者に対して、media 機能を独り占めするべく、他人に対して、歌を歌うという media 機能を勝手に実行するな、と求めることができる権利を与えてもよさそうなものだ。そこで、著作権法を眺めてみると、確かに、22 条が「著作者は、その著作物を、公衆に直接見せ又は聞かせることを目的として（以下「公

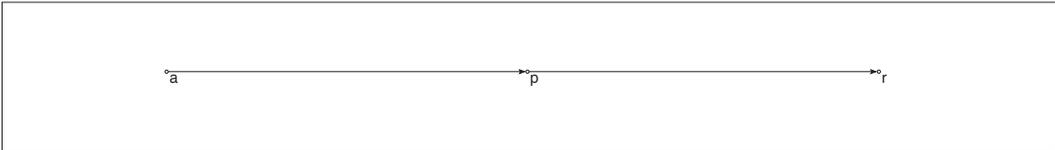
な機能を果たしているかもしれない。

56) もちろん、わざわざ sociomatrix や sociogram を描かなくとも、直感的に認識できるはずのことではある。注 37 参照。

(図 23)

|          |          |          |          |
|----------|----------|----------|----------|
|          | <i>a</i> | <i>p</i> | <i>r</i> |
| <i>a</i> | 0        | 1        | 0        |
| <i>p</i> | 0        | 0        | 1        |
| <i>r</i> | 0        | 0        | 0        |

(図 24)



に」という。) 上演し, 又は演奏する権利を専有する。」と定めている (いわゆる上演権および演奏権)。

もつとも, 我々による著作物の享受の仕方は, 必ずしも, そのような受動的なものばかりではない。素人が能楽師について舞を学んで舞台上で舞う, 落語研究会の学生による一席, ピアノの発表会など, いずれも, 自らプレイすることによって著作物を享受している例だ。また, カラオケボックスも, そのような自らのプレイによる著作物の享受の典型例だ。我々は, 作詞家および作曲家により創られた楽曲を, 自ら歌うことにより享受しているのであるが, カラオケボックス事業者は, 我々がそのような楽曲の享受ができるように, 伴奏, 画像, 音響装置, 部屋などを提供することにより, **media** として機能しているのだ。YouTube に自らのプレイを **upload** する人々の多くも, 実は, プレイと **upload** によって著作物を享受しているのかもしれない。

このような行動する享受者層の一般化は, 著作権法の見方を変えることを我々に迫っているのかもしれない。だとすると, 著作権法に関する議論の前提となる社会モデルを, ステレオタイプから解放し, 再構築する必要がある。そのためのツールとして, 社会ネットワーク分析に対して大きな期待を持つことができるのではないか。

(てらもと・しんとう)

# 日本の死因究明制度

東京大学教授

吉田謙一

東京大学 PD

辻村(伊藤)貴子

## I. はじめに

## II. 異状死届出と、その後の死因究明制度概観

## III. 日本の司法解剖を取り巻く状況

## IV. 監察医制度

## V. 諸外国の死因究明制度

## VI. 診療関連死と調査制度

## VII. 今後について

## I. はじめに

日本では全死亡者数の13.1%に当たる154,579人が「異状死」として警察主導の死因究明に委ねられている(2007年)。しかし、ガス器具の不具合による一連の一酸化炭素中毒死や相撲部屋で発生した力士暴行事件、そしてごく最近では、いわゆる「婚活」女性による男性への連続殺人被疑事件など、警察の見逃しやそれに基づく解剖の未実施によって、死因が誤ったまま処理されてしまう事件が後を絶たない。

一方、「診療関連死」(未だ定義が定かではないが、医療過誤、医療事故、その疑いを指すものと考えている)を所轄警察に届け出て司法解剖に付すことに関しては従来から臨床医側の反発が強かった。これを受けて、2005年より厚生労働省がいわゆる「モデル事業」(厚生労働省補助事業「診療行為に関連した調査分析モデル事業」(後述))を開始し、医療版事故調査委員会の設立を目指している。

これら死因究明や解剖を巡る問題意識の中から、死因究明制度の問題点、専門家の人材難や遺族対応の不備、事故の再発防止に解剖情報を活用することの視点が欠如していること等が明らかとなってきた。

本稿では、これらの問題点を分析・解説した上で、今後どうあるべきかを解説したい。また、法医学解剖が必要な理由についても述べることにしたい。

## II. 異状死届出と、その後の死因究明制度概観

「医師は、死体又は妊娠4月以上の死産児を検査して異状があると認めるときは、24時間以内に所轄警察署に届け出なければならない」と医師法21条は定める。ここでの「異状死」(unusual death)は、諸外国では「不自然死」(unnatural death)と呼ばれることが多い。実際には、この異状死体は救急隊員、救急医、家族、目撃者、発見者等が警察に通報することが多いが、何が「異状」なのかについて、現在のところ法規定は存在しない。

1994年に日本法医学会は、社会情勢の变化、人権問題への対処を念頭において「異状死ガイドライン」を提示した。その概略は、1) 外因死、2) 外傷の合併症、後遺症、続症、3) 1)、2)の疑い、4) 診療行為に起因した死亡、その疑い、5) 死因不詳である。このガイドラインは、1999年に起こったいわゆる都立広尾病院事件の刑事裁判<sup>1)</sup>で着目されるまで、ほとんど注目されることがなかった。

この事件の概略は、次のとおりである。1999年2月11日に、東京都立広尾病院で50歳代の女性が誤注射のため死亡した。死者は、指導的立場にある看護師であり、折しも1か月前に起こった横浜市大患者取り違え事件について憤っていた。持病の慢性関節リュウマチに対して、滑膜切開術を受け、抗生物質の点滴を受けていた。いったん点滴を止め、後に再開するため、留置針に抗凝固剤ヘパリンを注入しようとして、看護師Aがナースステーションで、ヘパリンナトリウムを生理食塩水で希釈した液を注射器に準備した。この時、別の患者のために消毒薬であるヒビテングルコネートが同形の注射器に準備されたが、ラベルの貼り違い等よりヒビテンが女性の枕頭に運ばれてしまい、別の看護師Bによって注入された。女性は直後に容態が急変

し、呼ばれた若い主治医が急速輸液を実施した際に、チューブ内に残っていたヒビテンが注入されてしまい、女性は間もなく死亡した。看護師Aはミスに気づき、そのことを主治医に伝えた。主治医は、死亡した女性の夫にミスのことを話さないまま、病理解剖の承諾を得た。一方、病理医は医師法21条に基づく異状死届出の必要性を主張し、応援に来た大学の病理医もこれを主張したが、病院当局の要請を受けて病理解剖を実施した。解剖前、注射をした腕に通常では見受けられない強い変色があり、写真を撮影している(後に、刑事裁判で異状を認識した時と認定)。解剖時に腕の静脈から、全身の静脈血の流れ込む肺動脈に至る高度の血栓を認め、過誤の寄与が強く疑われると、主治医らに伝えられたが、主治医は、夫や家族(息子は医師)にミスのことは一切話さなかった。翌日、病院長、事務長等、病院の幹部・関係者が集まり対応を検討し、異状死届出に衆議が一致し、都病院事業部に相談したところ、副参事が病院に行くので待機を指示され、結局、届け出をしなかった。

死後11日目、夫が病院に「警察に届け出をしたか?」と問い、病院側は初めて警察に届けた。しかし、約1ヶ月後、夫が記入を求めた死亡証明書等には、「死因は肺塞栓症、死因の種類は病死・自然死」と記載した。後に、検察は、主治医、病院長、都副参事などを、異状死届出義務違反、虚偽公文書偽造・行使により起訴した。

本件では、医師が医療過誤を隠ぺいし、遺族を欺いた。しかし、臨床の諸学会は刑事裁判で引用された日本法医学会の「異状死ガイドライン」を強く批判した。その理由は、警察の介入が医療の委縮を招き、医療現場を混乱に陥れる、警察・法医による死因究明が診療関連死に対しては、専門性に問題がある、司法解剖などの情報が開示されず、遺族に対応できない、再発防止に使えない…等であった。

筆者(吉田)は、この事件が起きた年(1999

1) 最判平成16年4月30日刑集58巻4号247頁。

年4月)に東京大学に赴任した。その後、臨床医や病理医が所属する諸学会に呼ばれ、上記の点に関して強い批判の矢面に立たされた。しかし、この“異状死”論争が、医療版事故調査委員会設立への足掛かりとなった。

先進国の大半では、いわゆる診療関連死は、公的な死因究明が必要とされるものとして、届け出が必要な異状死に含められている。また、WHOの下で国際的に統一されている死因・疾病統計である国際疾病分類(ICD)では、手術、手技、投薬等に関連した死亡は外因死に分類されている。かつて、厚生省(当時)の臓器移植に関する研究班は、ドナーの人権擁護の観点から、異状死を「臨床医が確実に診断した内因死以外の全ての死」という見解を発表している。このような観点に立てば、診療関連死は、疑われる事例を含めて広く異状死届出をし、法医学解剖の対象とすべきである。現実には、傷害、事故、虐待を含め、死後に異状死届出と法医学解剖の対象となるべき多くの事例が生前に何らかの医療行為を受けている。したがって、このような事例を医師が、異状死であると認識して届け出るか否かに我が国の死因究明の帰趨がかかっているとも言える。しかし、社会一般や届け出る側、そして警察ともに「異状死=犯罪死、もしくはその疑い」の認識が強く、警察も死因究明を犯罪捜査の手段と考える傾向がある。

異状死が届け出られた所轄警察署では、3名ほどの警察官(強行犯係りの“刑事”)が、現場に赴き、死体を検視し関係者に事情を聴取した上で、1)非犯罪死、2)明らかな犯罪死、3)変死(犯罪死か非犯罪死か不明)に分ける。また、都道府県警察本部の検視官(刑事調査官)に報告され、検視官が犯罪の有無を明らかにする必要があると判断した事例では司法解剖が行われる。一般に「警察が死因を詳しく調べている」と報道される場合、司法解剖がなされていると思ってよい。刑事訴訟法上、検視は管轄区域の検察官が行うべき捜査手続きであるが、実際には大部分が一定の資格を持つ司法警察員によって代行されている(代行検視)。明らかな殺人等では、実況見分が行われ直ちに司法解剖に付される。ここで

の問題は、解剖の判断をする警察官の専門性と、解剖が犯罪捜査目的で行われる点にある。

かつて、ある経験豊富な法医学者(大学教授)が自ら非常勤監察医として長年にわたり検案した事例の診断と実際の解剖後の診断とを比較した結果を発表した。これによれば、検案時の診断が的中した病死は約60%、検案時に外因死と診断していたが、解剖によって病死と訂正された事例が約15%あった。例えば、路上に倒れていた人の頭部に外傷があり、目撃者がいない場合、犯罪の可能性が低いような事例では、監察医が検案を行い正確な死因を見極めるために必要と判断した事例に対して行政解剖が行われる。しかし、解剖の結果、致命傷がなく冠動脈硬化症等から、虚血性心疾患と推定されることがある。すなわち、心臓に持病を持つ人が歩いていて発作を起こし意識を失い転倒すれば、頭部外傷を負うことになる。しかし、解剖により外因死が否定され、病死と判断される。外傷のある事例は、警察も慎重に解剖することが多いが、冒頭に挙げた相撲部屋での力士変死事件では、警察が“ぶつかり稽古”で外傷が生じるのは当たり前」と判断し、救急医が撮影したCT写真に「明らかな外傷がない、心臓病の可能性がある」といったことから、当初、解剖を怠ったと推測されている。

上述のベテラン監察医は、また、「検案時、病死と診断した事例の約5%は、解剖によって外因死と判断された」という。これは、年間15万件余りの異状死の5%に当たる約8,000件の外因死事例が病死と判断されていることを意味する。監察医は、自らの権限で必要な事例に行政解剖を実施できる。しかし、監察医制度を有しない地域では、検案医の意見を警察が受け入れることは少ない。そして、専門性・経験の乏しい警察官の“事件性”を重んじる判断で解剖の要否が決められているという実情がある。実際には、8,000件をはるかに超える外因死事例が病死として処理されている可能性がある。

都道府県警察本部の検視官(刑事調査官)は、死因究明専従の専門家である。所轄警察からの報告を聞き、重要案件や疑わしい案件については、現場に赴いて(臨場)、検視を

行った上で司法解剖の要否を判断する。近時の誤認検視多発を受けて、警察庁は検視官を147名(2007年)から196名(2009年)にまで増員した。検視官は、人口が500万を超えるような県では数名、人口100万人程度の県では2名程度いる。後半に述べる米国の死因究明機関の捜査官は、約1年の研修を受けて試験に合格し、原則終身制の専門家として継続して実務の経験を積むことになるが、わが国では検視官は3か月足らずの研修期間を経て、任期は2年程度のことが多い。

警察は、医師に死体安置場所での検案を求め、死体検案書の発行を求める。東京都23区内、大阪市内、神戸市(一部、及び近郊)には監察医がおかれ(死体解剖保存法8条)、異状死体の検案と行政解剖に当たっている。自治体に財政上の負担をかけることにはなるが、監察医制度のある地域では、遺族の負担はなく質の高い検案が行われ、必要な事例には行政解剖が行われる。しかし、それ以外の地域では、警察医や一般臨床医(届け出た救急医が多い)が検案を行う。警察医は、開業医や勤務医のボランティアであり、診療の合間を縫って行われ、検案費用は遺族負担となる。警察医などが解剖をすべきと判断し警察に勧めても、受け入れられることは少ないといわれている。

監察医務機関では、独自の研修を受けさせ、機関責任者が監察医の資格を認定している。しかし、検案医に資格要件はない。日本法医学会では、検案経験、試験に基づき死体検案資格を認定し、厚生労働省では、毎年3日間の集中研修に加えて、解剖見学を基に研修修了証を発行している。

死体検案書、死亡診断書は、各市町村区役所に提出されるが、その内容をチェックするシステムがわが国には存在しない。そして、解剖や検査が終了し死因が確定した後にも、検案書等の記載内容を修正して提出するシステムがない。そのため、日本の死因統計は特に異状死を中心として信頼性に乏しい。一

方、英米圏では戸籍係や統計係が検案書等の内容をチェックし、必要な場合には修正を求め、異状死に該当する場合は、専門の死因究明機関に通知して、一貫して死因究明を委ねるといったシステムが確立している。詳細は後半に述べることにする。

### Ⅲ. 日本の司法解剖を取り巻く状況

1888年、東京大学に日本で最初の法医学教室がおかれ、近代的な司法解剖が行われるようになった。当初、ドイツの死因究明制度を基にはじめられた。東大では、2009年末までに11,016件、最近では年間約100件前後の司法解剖を行ってきた。司法解剖の対象は、殺人・傷害致死被疑事件に加えて、労災・交通事故、及び診療関連死に対する業務上過失致死被疑事件である。これに対し監察医制度を有しない道府県では、特に犯罪の疑いが高くない死体、たとえば火災に関する死体や水死体等の事例に対しても、司法解剖が広く行われている。中には、警察署等で管理下にあった人が死亡した時に、当事者である警察が司法解剖を要請し、立ち会うことがあるが、これは公平性の観点から問題があると考えている<sup>2)</sup>。

2008年には全国の大学の法医学教室で合わせて6,828件の司法解剖、1,408件の承諾解剖が大学で実施された。また、監察医務機関で行われた行政解剖を合わせて、法医解剖の総死亡者数に占める比率1.3%は、10%程度以上ある先進諸国の中では群を抜いて低い。振り返ってみると、司法・行政・承諾解剖を合わせて法医解剖は過去25年間で倍増し、司法解剖は、最近10年間で1.6倍に増えたという実際がある。今後、高齢者の増加に伴い、2040年には、総死亡数が現在より約60%増加すると予想され、解剖数も同様に増えると予想されている<sup>3)</sup>。

法医学者の人材難には、複合的な要因があ

2) Yoshida K. et al, *Death during surgery in Japan*, 360 THE LANCET, 805, 805 (2002).

3) 伊藤貴子ほか「法医学者人材不足の現状」医学のあゆみ 228 巻 12 号 1183 頁, 1185 頁 (2009)。

る。第一に、解剖数の増加に反した、教職員のリストラがある。特に、国公立大学の独立行政法人化、研修医の卒後臨床研修の必修化及びそれに先立つ大学院重点化という国の政策が、他の基礎医学研究領域とともに法医学に与えたダメージは甚大である。医学部の大学教官は、研究と診療の実績を主に評価され、評価の低い基礎医学部門ほど、リストラの対象となりやすい。解剖数の増加という実情に加えて、旧国立大の1つの法医学講座の教官定員はおおよそ3名であり、解剖やそれに伴う検査が必要とされる技官が不在の大学が多く、司法解剖終了後に提出する鑑定書の作成など大きな事務作業を抱えながら、事務職員は非常勤でしか雇用できなくなっている。このような状況のなか、解剖数が年間100体を超える大学は少なくなく、中には200～500体に達する大学も数校見受けられる。教官の事務作業量が増える一方の中、2009年には裁判員制度の開始に伴い、公判前整理手続きにかかる打ち合わせ・文書提出、裁判員に対するわかりやすい説明（プレゼン）が求められる等、大学に所属する法医学者の負担は増えている。このような状況の下では、他の領域にも評価されるような論文を作成し、学会発表を行う余裕は持ちえない。

全国約80の医学部のうち、法医学者が1名のみ大学が31校もあり、大学全体に約140名の医師資格を持つ教官、常勤監察医が10名程度しかいない(2008年)。この事態は、二重に深刻であると指摘できる。まず、休暇を取れず、刑事・民事裁判に1人の法医が出廷すると、解剖ができない大学が多数ある。ただ、2009年11月の学会の調査<sup>4)</sup>によると、医師資格を有する院生は16名であるが、そのうち9名は新入院生であった。これは法医学の人材難がクローズアップされ、将来性に対する期待がもたれていることを反映している可能性がある。しかし、国が明確な方針を

打ち出していない現状では、院生の不安は少なくない。

また、全国では140名という数少ない専門の教官から、80の大学の教授を選ばなければならない事態にある。実際、候補者を募れず、あるいは候補者の研究業績が低いため、教授をおくことを断念している大学も少なくない。医学部では教授選考に際して、数名～数十名の候補から3名を選び、教授会で投票するのが通常である。今後予想される法医学解剖数増加に備えるためには、100名程度は法医学を増やす必要があると思われる。加えて、法医学解剖を行うためには、薬毒物分析、解剖補助、組織病理学的検査、DNA鑑定などの技術を開発・維持する教官・技官のポストも必要である。臨床医・病理医には、現在必修とされている2年の卒後研修を終えた医師に後期研修のための非常勤ポストがあるが法医学にはこれがない。日本法医学会は、後述する監察医制度を全国展開するため、「死因究明医療センター」を各都道府県におくことを提言している<sup>5)</sup>。実際上は、法医学教室に各都道府県が雇用する法医学者をおいて、検案、法医学解剖を行わせることを想定している。加えて、中毒、薬毒物、DNA鑑定の専門家を可能な限りおくことが望まれる。

司法解剖は、刑事訴訟法に基づく捜査手続きの一環として行われる(刑事訴訟法129条、186条)。鑑定終了後に鑑定嘱託者に対して提出される鑑定書の内容を、遺族を含む関係者に伝えることは、一般に禁じられていると受け取られてきた。また、法医学者が遺族に説明をすることは一般的とはいえなかった。筆者らは、医師法上の「死体検案書交付義務」(医師法19条の2)の解釈から、その記載内容に関しては説明すべきであると解している。

筆者(吉田)は担当した診療関連死の司法解剖で次のような経験をした<sup>6)</sup>。子宮頸癌に対する広範囲の切除手術の最中、出血量が

4) 日本法医学会庶務委員会「法医学教室の現状 平成19年度法医学教室実態調査アンケートから」(<http://www.jslm.jp/topics/20071019.pdf>), 2010年7月1日最終検索)。

5) 日本法医学会「提言 日本型の死因究明制度の構築を目指して—死因究明医療センター構想」(<http://www.jslm.jp/topics/teigen090119.pdf>), 2010年7月1日最終検索)。

6) 吉田謙一『事例に学ぶ法医学・医事法(改訂版)』255頁(有斐閣, 2008)。

900mlに達したので、産婦人科医が麻酔医に輸血開始を要請したが、術前より多量の輸液をし、循環動態が安定しているという判断の下、輸血をせず手術を続行した。約45分後より止血が困難な出血性ショックとなり、輸液・輸血を次々に追加したが後手に回り女性は死亡した。このような事例の司法解剖では、死因のほか、「医療行為と死亡との間の因果関係の有無」が、鑑定嘱託項目として鑑定人である法医学者に対して求められる。司法解剖は、診療録、写真、警察の関係者への聞き取り調書をもとに行われる。しかし、特に手術・出産等にかかる事例では、これらの情報だけでは、執刀医が現状を把握することは難しい。当該手術等の術式・局所解剖、専門領域の臨床医学の知識を持たない法医学者が、診療行為の評価をすることは困難である。上記のケースでは、このような事情から司法解剖実施前に、産婦人科医に電話で事情を聴いた。その結果、術式と出血部位に関する一定の理解のもと、解剖を行うことができたので、出血部位の血管損傷等を同定し、専門医の指導により「産婦人科医の血管損傷より麻酔科医の輸血判断の遅れ」が死により大きく寄与したと鑑定することができた。外部委員を含む病院の事故調査委員会の報告書の結論も同じであった。

しかし、それから2年程経過して、遺族がこの産婦人科医を訴えていること、手術に関与した麻酔科医が筆者（吉田）と病院を訴えようとしていること、執刀医が反復する事故のため手術を禁止されていること、手術に関与した医師・看護師らが警察の厳しい取り調べにより精神的なダメージを受け、手術室を「立ち去っている」こと等を知った。遺族の訴訟提起は、司法解剖の情報が遺族・病院に伝えられないこと、遺族対応が適切でなかったことが原因ではないかと推測された。そこで、著者らは実情を把握することを目的に、

民事医療問題を扱う全国的な弁護士団の顧客、及び司法解剖の遺族に対して2つの調査を実施した。その結果、司法解剖の情報が2年以上を経過した時点でも半数以上の遺族に伝えられていないこと、情報開示制限が民事訴訟の要因となっていること<sup>7)</sup>、そして、医療過誤の疑いのある事例のみならず、その他の事例においても、遺族は警察・検察でなく解剖執刀医の説明を求めていることを知った<sup>8)</sup>。そこで、東大法医学教室では、司法解剖の全般の手続き・流れ、臓器の保存等についてリーフレットを作成して遺族に配布し、担当警察官を指名して解剖の前後に遺族対応を行い、そして解剖後には、原則捜査官の了解を得た上で事件捜査に影響のない範囲で解剖結果を説明することを提案して実行している。この試みは、成功しつつあるように思われる。

一方、司法解剖の情報は事故の再発防止に使うことができないため、冒頭に述べたガス器具の不具合に基づく急性一酸化炭素中毒死のようなケースであっても、解剖情報が再発防止に使われることはなく、遺族の中には長年、死因を知らなかった人がいる。筆者らは、つい先日インターネットを利用して輸入した7種類のいわゆる“やせ薬”を約1週間連続服用後に、突然死した人の司法解剖を行ったところ、「偽性バータ症候群」という極めて珍しい病気の解剖症例であり、学術雑誌に症例報告をするに<sup>9)</sup>、薬物の分析結果、輸入やせ薬服用に伴う身体への危険性について厚生労働省を通じて一般に公開した。司法解剖によって得られた再発防止への意義ある情報を、適切に関係者に提供することができ、なおかつ社会が活用できる制度の構築が必要であると考えている。

7) 伊藤貴子ほか「なぜ遺族は病院を訴えるか」賠償科学36号53頁, 55頁(2009)。

8) T. Ito. et al, *Importance of explanation before and after forensic autopsy to the bereaved family: lessons from a questionnaire study*. 36 JOURNAL OF MEDICAL ETHICS, 103, 104 (2010).

9) Unuma K. et al, *Autopsy report on pseudo-Barter syndrome with renal calcification induced by diuretics and diet pills*, BMJ CASE. REPORTS.DOI: 10.1136/bcr.12.2008.1380 (2009).

ための人材と体制の整備が求められる。

#### IV. 監察医制度

1946年、GHQの指令により、死体解剖保存法8条に則り、現在も制度が実質的に存続している東京23区、大阪市、神戸市（大部分及び近郊）を含む8地域に監察医制度が施行された（その後、「監察医をおくべき地域を定める政令」の一部改正を受け、現在同制度が施行されているのはこのうち5地域である）。この制度の下では、知事は監察医に異状死の死因究明のため、検案、行政解剖をさせることができる。人口800万人余りの東京23区の場合、常勤監察医9名と40名以上の非常勤監察医が年間12,000件以上（2008年、12,989）の異状死を検案し、約1/4の事例（2008年、2,661）を行政解剖している。因みに、都内では司法解剖が5大学で200～300件（2008年、279）程度行われている。近年、東京23区外では2大学で行われる承諾解剖が急増し、その数が100件近くにおよんでいる。多くの県では、比較的少数の承諾解剖に対して府県が費用を負担しており、2008年には全国の監察医制度がない地域で1,408件の承諾解剖が行われている。

日本の死因究明の最も深刻な問題は、要約すると、多くの地域で犯罪捜査目的の司法解剖が十分な根拠のないまま、専門性の十分でない警察官の要否決定に委ねられていることにある。これは言い換えると、監察医制度下でのみ専門医が検案を行い、その判断に基づく行政解剖が行えないことを表す。2009年12月、日本法医学会は「死因究明医療センター」構想を提案した<sup>10)</sup>。これは、自治体が雇用する医師を全国にある各大学医学部の法医学教室において検案や解剖に充てることによって、死因究明の質を向上させ、同時に法医学者の人材難を解消しようとする提言である。薬毒物の検査等についても、管区毎に貧弱な法医学教室の体制をバックアップする

#### V. 諸外国の死因究明制度

日本は、明治期にヨーロッパ大陸系の法体系を取り入れたため、捜査機関が死因究明を担う制度となった経緯がある。

他方、英米法の法体系を持つ旧英連邦諸国では、管区毎に任命された正・副のコロナー（Coroner）が、解剖の要否の判断、関係者の対応を含む異状死の死因究明全般を指揮している。コロナーは、法律実務家として一定の経験を持つ専従の行政官である。解剖は、外部機関（英国では、病院附置の解剖施設で勤務医、個人）に委託する。

英米法体系を採る国々では、死因究明の情報は、原則公開される仕組みとなっている。コロナーは、重要案件と判断すれば検視法廷（インクエスト）に關係者を召喚し、証言させる。解剖によって得られた情報や關係者への聴取に基づく情報、証言をもとに死に関する事実を認定し死因を決定する<sup>11)</sup>。この過程の中で、遺族は納得を得る方向で質問できるし、利害關係者も情報を知ることができる。全世界から注目されたダイアナ元妃の死亡事故でさえ、死亡に関する情報が法廷で明らかにされ、報道された。なお、インクエストでは、過失の追及や法的判断は避けられる。

米国では、都市部を中心に監察医機関の法医（Medical Examiner＝監察医）を主任に死因究明の権限が委ねられている。彼らの下には、上記の捜査官、監察医機関には、薬毒物・DNA・血液・骨・歯科、その他、法医学に関するあらゆる検査の専門家がいる。捜査官には、警察官OBが多いようであるが、看護師も少なくない。彼らは、遺族対応や關係者の事情聴取などにも当たっている。

オーストラリア・ビクトリア州のコロナー事務所は、州法医学研究所（VIFM）と同じ

10) 前掲注4)。

11) 吉田謙一ほか「英日比較 医療関連死・医療紛争対応行政システム1：英国のコロナー制度にみる医療事故対応」判タ1152号75頁、76頁（2004）。

建物の中にあり、両機関の職員が日常から一緒に働いている。窓口にいる看護師が、法医、コロナー関係者と相談しながら、解剖の必要な事例をスクリーニングし、コロナーが決定する。遺族への説明・承諾もこの看護師が行っている。この州のコロナー制度は、死因究明とともに事故の再発防止を目的としている。オーストラリア全土の異状死死因究明情報はデータベース化されており、法医、コロナー関係者、少数の登録した研究者に公開されている。彼らは、データベースで類似事例を検索し、個別事例の対応ばかりでなく、事故原因の分析に利用することができる。コロナーは、類似事例を集めた検視法廷を開くこともあり、死因、死の態様（病死、事故死、自他殺等）を評決するとき、事故の再発防止のための提言をする<sup>12)</sup>。また、このような提言を社会にフィードバックすることによって、死因究明の重要性や有効性をPRしているように見える。

ビクトリア州法医学研究所+コロナー事務所には、常勤・非常勤の医師・看護師のチームがいて、病院が関わった全ての異状死について、カルテ等の評価を行っている。ビクトリア州では約500万人の人口に対して、異状死の約1/4に当たる3,300件程度を解剖している。この内、1,000件程度には生前の医療行為に病院が関わっている。多くは、救急事例であるが、診療行為に起因した“診療関連死”も含んでいる。週1回のカンファレンス（症例検討会）には、コロナー、法医を含む関係者が集まり、情報を死因究明に活かすのに加えて、解剖情報とともに当該病院に還元（リエゾン）している。例えば、リドカインや塩化カリウム等の静脈注射用と点滴用の誤認に基づく死亡事故事例等では、コロナーは容器の形状の問題等、根本的な分析と討議の結果に基づき、関係機関に提言を行い、リエ

ゾンされた中から警鐘事例を電子メールジャーナルとして登録した医師に配信している。

## VI. 診療関連死と調査制度

2004年4月13日、最高裁は、都立広尾病院事件の判決において、薬剤過誤による死亡につき“異状死”として届出なかった医師に対する医師法21条違反を認めた。その後、異状死届け出問題に関する多くの学会の要望を受けて、2005年9月より、厚生労働省補助事業「診療行為に関連した調査分析モデル事業（モデル事業）」が開始された。

モデル事業では、依頼病院から地域事務局（現在、10地域）に申請があると、統括的立場に立つ総合調整医が事情を聞き、検視（警察）、検案（監察医）を経て、法医・病理医・臨床立会い医が同時に立会い解剖を行い、報告書を作成する。調整看護師は、申請時の受付から解剖従事者・場所等の調整、遺族対応、当該医療機関との情報伝達に寄与する。診療経過を複数の臨床評価医が評価し、報告書を作成する。地域評価委員会では、複数の第三者医師、患者側・病院側看護師が加わり、解剖・評価結果報告書をもとに審議し、最終報告書を取りまとめる。そして、評価医が患者側・病院側同時に結果を説明し、事故の再発防止策を提言する。

調査・説明終了後の32事例の関係者の調査<sup>13) 14)</sup>によると、医療従事者は、モデル事業に対して公平な調査、専門的な死因究明・医療評価、遺族への情報開示を求め、概ね結果に対して満足を示していた。医療安全管理者はこれに加えて、遺族への情報開示と事故の再発防止への利用を求め、概ね満足していた。そして評価結果が、RCA（Root Cause Analysis）分析によるシステムエラー発見、

12) 吉田謙一＝木内貴弘「ビクトリア法医学研究所における医療関連事故予防への取り組み」日本医事新報4228号57頁、60頁（2005）。

13) 中島範宏ほか「モデル事業依頼医療機関への調査に基づく診療関連死因究明制度の課題」日本医事新報4399号77頁、80頁（2007）。

14) 武市尚子ほか「診療関連死調査分析モデル事業を遺族はどう評価したか」日本医事新報4348号81頁、82頁（2007）。

院内連携用組織図作成，看護の業務体系見直し，緊急輸血に対する体制・研修の整備等，院内の改善策の立案に貢献しているということも判明した。

モデル事業の調査に至るまでの間に，調査対象が不明確であるため，所轄警察が関与し，決定まで紆余曲折が見受けられる事例も少なくなかった。加えて，申請者である医療機関側が解剖・調査の意義を知らないため，申請数が少なく（当初は2009年末で100件未満，当初年間200件，5年で1,000件を予定していた），病院側が事業への申請を遺族に提案してもこれが拒否され，正式な申請に至らない事例も少なくなかった。中には，申請時に，遺族に対して「診療行為と関係のない病死」等と説明をしていたが，調査の結果，診療行為による死亡であると判明したため，担当医師が当惑し遺族との関係が悪化した事例もあった。反対に，「予想どおりの結果」に満足した申請者が多いことは，無難な事例の申請が多かったことを示唆している。医療評価を引き受ける医師が少なく，評価結果報告書の作成に時間がかかり，説明会まで数ヶ月を要するため，遺族の疑惑が膨らんだ事例が少なくなかった<sup>15)</sup>。

解剖に参加した法医，病理医，臨床立会い医は，遺族・社会の期待に応える，知識・経験を得られる（情報交換，相互学習，他領域との交流），死因究明・医療評価の質・公正性が向上する等の理由から，当該モデル事業を高く評価していた<sup>16)</sup>。一方，時間・労力の負担，多忙，人材難が指摘された。筆者（吉田）自身は，医療安全・事故の再発防止への貢献，学習を通じた「やりがい」，過失の追求でなく，専門家の協力を得やすい「やりやすさ」，当事者と話し，遺族に説明できる「話しやすさ」，多くの領域の専門家と「仲間意識」を持ち，ピアレビュー（同僚批判）に親しむことがメリットと感じた。

厚生労働省は，モデル事業の経験をもとに診療関連死調査に関する法案を公開し，パブ

リックコメントを求めてきた。最も新しい大綱案（2008年6月）は，政権交代に伴う混乱の中で先行き不透明の状態が続いている。しかし，今後も大綱案を基に議論が展開されると思われる。その中で，調査対象としての“診療関連死”が問題となろう。大綱案では，“診療関連死”について，病院の管理者が「過失，因果関係の判断をすること」を勧めている。そして，多くの医師は，“合併症”と自ら判断した事例，遺族が納得した場合，届け出て死因究明をする必要はないと考えている。

以下，自験例（司法解剖）を基に，モデル事業の問題点を考える。

総胆管結石を逆行性膵胆管造影下，摘出した後，十二指腸乳頭切開部から出血が続くため，止血剤注入しつつ経過を観察した後，病室に戻した。翌朝，下血多量からショック状態となっているところを発見され，蘇生を試みたが死亡した。病理解剖の結果，医師は「手術と関係のない出血を多量，小腸内に認めた。腰椎切断時流出した髄液が血性であったので，死因は脳出血」と説明した。しかし，遺族が納得せず警察に相談したため，司法解剖となった。十二指腸乳頭切開部に持続した出血を示唆する組織所見があり，小腸全般に粘膜出血，一部に剥脱を認めた。外科専門医の指導を受け，「十二指腸乳頭切開部の出血持続による出血性ショックに起因する非閉塞性虚血性腸炎による出血」と鑑定した。この事例では，医師の「手術と関係ない病死」という説明と死因は，故意ではないが誤りであった。大綱案によると，医師は，この事例を届け出る必要はなく，死因を誤ったまま，死者は葬られる。また，たとえ，医師が因果関係を認めたとしても，「合併症」といえば，調査対象とならない状況は改まらないと思われる。民主党案では，遺族の求めで調査はできるが，医師の誤った説明に納得する遺族は放置されることになると思われる。

15) 前掲注13), 14)。

16) 吉田謙一「診療関連死モデル事業から新調査制度に向けて」医学のあゆみ 227 巻 139 頁，140 頁（2008）。

## VII. 今後について

診療関連死に関する厚生労働省主導の調査制度は、先行き不透明な状況にある。一方で、異状死全般に関する調査制度について、警察サイドには積極的な動きがある。既に、数年前、民主党は、警察内部に、死因究明を目的とした専門部局である“検視局”をつくること、都道府県に“法医学研究所”（日本法医学会が提案した「死因究明医療センター構想」と同様）を設置することを骨子とした法案を提出したが、廃案となった。しかし、警察庁は、2010年度より、死因究明制度の改革に関する手始めとして、外国の制度の調査を始める。近い将来、廃案となった法案を基にした法案が提出される可能性がある。なによりもまず、不可欠となる法医学者、その他の専門家のポストを確保し、検案・解剖を行う環境を整備することが喫緊の課題である。

（よしだ・けんいち／  
つじむら（いとう）・たかこ）

## コラム

## 行動経済学から見た個人寄付の一側面

東京大学教授

増井良啓

## I. 個人の寄付行動のメカニズム

私たちは、どうして寄付を行うのだろうか。

たとえば、あなたが「国境なき医師団」に寄付を行うのは、純粋な利他主義からかもしれないし、税制上の優遇措置に促されてのことかもしれない。これに対し、image motivationによる説明は、自分が大切に思っている人（家族とか友人とか）に対して「いいかっこうをしたい」から寄付をするのだとする。

## II. ある実験の結果

2009年1月17日付けのThe Economist誌は、行動経済学の分野で興味深い仕事を続けているDan Arielyらの論文<sup>1)</sup>を紹介している。それは、「人が善を行うのは他の人によく見られたいからだ」という説明、すなわちimage motivationをめぐる実験結果をまとめたものである。

自分が慈善寄付をする「いい人」だというイメージを形成できるための条件としては、自分の寄付行為が他人に知られること、しかも、その寄付がよいことであると他人が考えていること、が必要である。そこで、「寄付行為が公にされている場合に人はより多く寄

付する」という仮説が登場する。Arielyらの論文は、この仮説を研究室実験によって実証するもので、寄付したことが一定のグループ内でのみ知られている場合と、実験に参加した全員にオープンになっている場合とを比較した。結果は、全員に知られている場合に寄付が多くなるというものであった。

## III. 金銭的報償は逆効果か

自分のためにならないにもかかわらず喜捨を行うところに寄付行動の眼目があるのだとすると、これを一歩すすめて、寄付に際して金銭的報償を与えることは逆効果になるという可能性が出てくる。

この点について、Arielyらは次のように考えた。すなわち、一方で、寄付が公になっている場合には、金銭的報償が存在することも他人にわかってしまうから、「いい人」だというイメージづくりのためには逆効果になる。他方で、寄付が公になっていない場合には、イメージ形成の要素は重視しなくてよい。そのため、それほど逆効果にはならない、と考えたのである。そして実際、彼らの実験では、寄付が他人に知られていない場合には金銭的報償を与えることで寄付の回数が増え、知られている場合には金銭的報償を与えてもほとんど効果がなかったという。

1) Dan Ariely et al., *Doing Good or Doing Well? Image Motivation and Monetary Incentives in Behaving Prosocially*, 99(1) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 544 (2009).

#### IV. 日本の租税政策への含意

金銭的報償の典型例は、寄付金を所得金額から控除する所得税の優遇措置である。法令用語で、寄附金控除という。よって、上の実験は、日本の租税制度の設計に対しても意味をもちうる。

もちろん、実験室の結果と現実社会の人間行動との落差や、個人の寄付行動をめぐる米国と日本の差異を踏まえる必要はある。しかし、寄付の事実および寄付に伴う金銭的報償があまねく周知されている環境の下では、所得税の上で優遇を受けられるようにせつかく税制を設計しても、**image motivation**をめぐる上述の逆効果が働いてしまい、それほど寄付を増加させない可能性がある。

もし、このようなメカニズムで逆効果が働くのであれば、それをいくらかでも緩和することができないものか。たとえば、寄付金を募る NPO の側の工夫によって、寄付者が単に金銭的報償のために寄付をしているのではなく、崇高な目的のために寄付をしているのだということを明らかにする手だてを講ずることが望ましいかもしれない。

何が人を動かすのかを理解するのは、難しい。にもかかわらず、租税制度を用いた人々への誘因付けを単なるバラマキにすることなく効果的に活用するためには、そのような理解のために検討を進めることが必要である。

(ますい・よしひろ)

## 執筆者一覧

|           |                                     |
|-----------|-------------------------------------|
| 生田大輔      | 2008年4月既修コース入学・2010年3月同コース修了        |
| 太田健介      | 2008年4月末修コース入学                      |
| 佐藤孝一      | 2008年4月既修コース入学・2010年3月同コース修了        |
| 巽 智彦      | 2009年4月既修コース入学                      |
| 西貝吉晃      | 2006年4月末修コース入学・2009年3月同コース修了        |
| 松田浩道      | 2009年4月既修コース入学                      |
| 神田秀樹      | 大学院法学政治学研究科教授                       |
| 木庭 顕      | 大学院法学政治学研究科教授                       |
| 小林俊夫      | 前大学院法学政治学研究科客員教授・弁護士（長島・大野・常松法律事務所） |
| 佐藤博史      | 前大学院法学政治学研究科客員教授・弁護士（新東京総合法律事務所）    |
| 千田恵介      | 大学院法学政治学研究科教授・東京高等検察庁検事             |
| 田中 亘      | 社会科学研究所准教授                          |
| 寺本振透      | 九州大学大学院法学研究院教授                      |
| 吉田謙一      | 大学院医学系研究科教授（公共医学専攻法医学・医事法分野）        |
| 辻村(伊藤) 貴子 | 大学院医学系研究科 PD（法医学講座）                 |
| 増井良啓      | 大学院法学政治学研究科教授                       |

## 編集委員一覧

### 学生編集委員

中岡小名都 鷓木崇史 工藤良平 幸田雅美 近内淳  
田中啓之 塚本健夫 服部有紀 行岡睦彦

### 教員編集委員

大村敦志 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長  
神作裕之 大学院法学政治学研究科教授  
松原健太郎 大学院法学政治学研究科准教授

## 東京大学法科大学院ローレビュー

The University of Tokyo Law Review

Vol.5 2010年9月発行

編集・発行 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

〒113-0033

東京都文京区本郷7-3-1

東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻内

E-mail: sl-lr@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/sl-lr/>



※東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会へのご連絡は、原則としてE-mailにてお願いいたします。  
※法律で認められた場合をのぞき、本誌からのコピーを禁じます。







**Vol.5** (2010.9)

# The University of Tokyo Law Review

---

|   |   |
|---|---|
| <b>Introduction of Monetary Resolution of Dismissal in Japan - through International Comparison</b>   | <b>Daisuke IKUTA</b>                                      |
| <b>Administrative Discretion and Judicial Control of Administrative Discretion from the Standpoint of Constitutional Studies</b>  | <b>Kensuke OTA</b>  |
| <b>Analytical Structure for Evaluating Validity of Renewal Fees Clause on Apartment Lease for Habitation</b>  | <b>Koichi SATO</b>  |
| <b>Inter Omnes Effect and Third Party Retrial Procedure under the Administrative Litigation Act</b>   | <b>Tomohiko<br/>TATSUMI</b>                               |
| <b>Contemporary Problems of Crime Aiding and Abetting by Neutral Behaviors</b>  | <b>Yoshiaki<br/>NISHIGAI</b>                              |
| <b>International Human Rights in Japanese Courts<br/>- Restructuring the Theory of Domestic Application</b>   | <b>MATSUDA<br/>Hiromichi</b>                              |
| <b>An Overview of the 2009 UNIDROIT Securities Convention</b>   | <b>Hideki KANDA</b>                                       |
| <b>Romanist Observations (interim) on the Draft of Japanese New Civil Code (Law of Contract)</b>  | <b>Akira KOKA</b>   |
| <b>“May be Potentially Injurious” Under Article 322, Paragraph 1 of the Companies Act of Japan: Practical Considerations</b>  | <b>Toshio<br/>KOBAYASHI</b>                               |
| <b>The Analysis of the Reports on the Ashikaga Case by the National Police Agency and the Supreme Public Prosecutors Office from the Standpoint of a Defense Lawyer</b> | <b>Hiroshi SATO</b>                                       |
| <b>Technical Assistance for Legislative Development in the Field of Criminal Justice (</b>  | <b>Keisuke SENTA</b>                                      |
| <b>Is the Duty of Non-Competition a Necessary Condition for the Transfer of Business?</b>   | <b>Wataru TANAKA</b>                                      |
| <b>Applying Social Network Analysis to Study of Law</b>   | <b>Shinto<br/>TERAMOTO</b>                                |
| <b>Death Investigation System in Japan</b>  | <b>Ken-ichi<br/>YOSHIDA,<br/>Takako<br/>TSUJIMURA-ITO</b> |
| <b>Charitable Contribution and Behavioral Economics</b>   | <b>Yoshihiro MASUI</b>                                    |