

—目次—

- 1 第12巻の刊行にあたって 岩村正彦

投稿論稿

- 3 錯誤に関する法制度の経済分析 赤羽寿海

- 24 児童虐待の処罰に関する考察 池田直人

寄稿論稿

- 67 上訴審における刑事弁護について 植村立郎

- 86 eスポーツと景品表示法 白石忠志

- 102 Japan's ADR System
for Resolving Nuclear Power-Related Damage Disputes Daniel H. FOOTE

-
- 127 特集：座談会 海外ロースクール事情
-

-
- 147 投稿論稿選出理由
-

–Contents–

1	Foreword (<i>in Japanese</i>)	Masahiko IWAMURA
<hr/>		
3	An Economic Analysis of Mistake in Japanese Contract Law (<i>in Japanese</i>)	Toshimi AKABANE
24	The Study of the Punishment for Child Abuse (<i>in Japanese</i>)	Naoto IKEDA
<hr/>		
67	On Criminal Defence Practice on Appellate Courts (<i>in Japanese</i>)	Ritsuro UEMURA
86	eSports and the Japanese Regulation of Excessive Premiums (<i>in Japanese</i>)	Tadashi SHIRAISHI
102	Japan's ADR System for Resolving Nuclear Power-Related Damage Disputes	Daniel H. FOOTE
<hr/>		
127	Special Feature Article: Round-Table Talk about Law Schools Overseas (<i>in Japanese</i>)	
<hr/>		
147	Editor's Comments (<i>in Japanese</i>)	
<hr/>		



第 12 巻の刊行にあたって

東京大学法科大学院ローレビュー第 12 巻が刊行の運びとなった。昨年、第 11 巻の刊行によって、本誌は新たな 10 年へ向けての新たな 1 歩を踏み出すことになったが、第 12 巻が順調に刊行されたことは大変喜ばしい。

本誌は、2004 年に創設された東京大学の法科大学院は「創造的な能力の涵養こそが究極の法科大学院教育の目標でなければならない」という考えの下で、そうした「能力の涵養のためには、特定の法的な問題について理論や実務のリサーチをし、それを踏まえて自分なりの解決策を模索して、その結果を論文等の文章に著していくという作業はきわめて有効である」（括弧内の引用は、本誌第 1 巻の高橋宏志研究科長（当時）の「創刊の辞」より）という観点から創刊された。

本誌の編集に当たるのは法科大学院の学生諸君であり、幸いにも毎年優秀な学生諸君が大変手間のかかる作業であることも厭わず編集に従事し、毎年刊行を実現している。本巻についても同様であり、今年度の編集委員を務めてくれた学生諸君に心からの謝意を表したい。

本誌は、本法科大学院の教員から寄せられた論稿に加えて、法科大学院生が投稿してきた原稿の中から、教員のレフェリーと学生の編集委員会による厳正な審査によって厳選された論文を掲載しており、高い評価を得ている。とくに学生の執筆した論文で本誌に掲載されたものは、相当高度で本格的である。その意味では、先に引用した本誌創刊の目的は十分に達せられているといえてよい。

本巻でも、上記の編集の方針は維持されている。法科大学院学生の投稿は例年よりも多かった昨年と同様、16 編であった。そのうちから厳選された 2 編が本巻に掲載されている。昨年よりも掲載数が減ったことはやや残念ではあるが、これも厳正な評価がなされていることの証左といえよう。現役の学生諸君は、この採択結果にひるむことなく、ぜひ積極的に投稿をして欲しい。先に引用した高橋・元研究科長の創刊の辞にあるように、論文の執筆は、法律家としての能力の向上に必ず寄与するからである。また多くの学生諸君からの投稿があるということは、とりもなおさず、「創造的な能力の涵養」という本法科大学院の目標に沿った学生諸君の勉学が行われていることの証でもあるからである。さらには、多くの投稿の中から厳選された論稿が掲載されることが、本誌の評価をより一層高めるからでもある。

本研究科としては、引き続き、本誌の刊行について、可能な限りのサポートをしていくつもりである。皆様にも、これまで以上のご支援をお願いしたい。

2017 年 9 月

東京大学大学院法学政治学研究科長
岩 村 正 彦

東京大学法科大学院ローレビュー第12巻には、投稿締切日である2017年3月10日までに、16編の学生論稿の投稿がありました。これらの論稿の中から、第12期編集委員会は、掲載論稿として2編を選出いたしました。

たくさんのご投稿をいただき、誠にありがとうございました。

第12期編集委員会

錯誤に関する法制度の経済分析

2014年4月入学

赤羽寿海

I. はじめに

II. 民法 95 条の判例・学説

1 「錯誤」

- (1) 表示上の錯誤
- (2) 内容の錯誤
- (3) 動機の錯誤

2 「法律行為の要素」

- (1) 意思表示の内容化
- (2) 主観的因果関係・客観的重要性

3 「重大な過失」

III. モデル分析

1 モデル 1

- (1) 数値例
 - a 錯誤ある取引から生じる余剰が正の場合
 - b 錯誤ある取引から生じる余剰が負の場合
- (2) モデルに関するコメント

2 モデル 2

- (1) 数値例
 - a 錯誤無効が認められない法制度下での均衡
 - (a) (ケース 1) どちらの当事者も情報収集しないケース (両当事者にとって情報収集費用が高い場合)
 - (b) (ケース 2) 売主が情報収集するケース (売主の情報収集費用が低い

場合)

- (c) (ケース 3) 買主が情報収集するケース (売主の情報収集費用が高く、買主の情報収集費用が低い場合)

- b 錯誤無効を認める法制度下での均衡
- c 数値例の検討のまとめ

- (2) モデルに関するコメント

3 モデル 3

- (1) 数値例
- (2) モデルに関するコメント

IV. 経済分析の観点から見た日本の民法 95 条の解釈論

1 「錯誤」

2 「法律行為の要素」

- (1) 意思表示の内容化
- (2) 主観的因果関係
- (3) 客観的重要性

3 「重大な過失」

V. おわりに

I. はじめに

本稿は、Eric Rasmusen & Ian Ayres, Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law, 22 The Journal of Legal Studies 309, (1993)¹⁾ (以下、ラスムセン＝エアーズ論文とする)

1) Eric Rasmusen & Ian Ayres, Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law, 22 The Journal of Legal Studies 309, (1993).

の3つのモデルの分析を用いて、我が国の錯誤に関する法制度の評価を行うことを目的とする。そのために、以下の論述では、まず我が国における錯誤に関する法制度の状況を、民法95条に関する判例・学説を検討することで明らかにし、続いてラスムセン＝エアーズ論文で展開された3つのモデルを数値例で示す。最後に3つのモデルにおける分析結果を我が国の錯誤に関する法制度に適用し、これを効率性の観点から評価する。

なお、錯誤の経済分析に関しては林田教授の先行研究²⁾が存在する。しかし、この研究の依拠する³⁾ところのクロンマンの議論⁴⁾は、情報収集のインセンティブにもとばら注目したもので資源配分の効率性はほとんど考慮されていないことおよび社会的に価値ある情報しか考えていないことから、その射程に限界がある⁵⁾。したがって、林田教授の研究にも同様の限界が存する。本稿は、資源配分の効率性および社会的価値のない情報の収集を扱う点で、林田教授の研究を補完するものである。

II. 民法95条の判例・学説

本章においては、我が国における錯誤に関する法制度の機能を分析するための前提として、民法95条の判例・学説の状況を本稿の分析に必要な限度で明らかにする。民法95条は、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。」

と定めており、日本民法は上記の要件の下で、錯誤を根拠にその構成要素たる意思表示を無効とすることで法律行為⁶⁾を無効とするという制度を採用している。この規定から法律要件を抜き出してみると、①「錯誤」の存在、②錯誤が「法律行為の要素」に関するものであること、③表意者に重過失のないことが挙げられる⁷⁾。以下では、各要件につき順に検討することにする。

1 「錯誤」

本稿では伝統的通説⁸⁾ののっとなって、錯誤を表示上の錯誤、内容の錯誤および動機の錯誤の3つに分けて把握することとする。いわゆる意思表示理論を前提とするこのような錯誤の理解の仕方には有力な批判があるところではある⁹⁾が、上記の分類の仕方を否定する有力説においても、錯誤概念に含まれる事柄の外延においては伝統的通説とおおむね共通していると考えられる一方で、錯誤を分析的にとらえていくためには便利な区分であるから、モデル分析の結果を適用していく際の便宜のためにも、このような説明を採用する。

(1) 表示上の錯誤

表示上の錯誤とは、表示行為自体を誤ることによって生じる、表示上の効果意思と内心的効果意思の不一致のことをいう¹⁰⁾。例えば、売買契約を構成する意思表示につき代金を10,000円と表示しようとして、(言い間違えや誤記によって)1,000円と表示してしまったような場合である。この場合には表示行為

2) 林田清明「錯誤の経済分析 A.T.クロンマン所説とわが国錯誤法(1),(2完)」大分大学経済論集35巻1号90頁,2号123頁(1983)。

3) 林田・前掲注2)「錯誤の経済分析 A.T.クロンマン所説とわが国錯誤法(1)」93頁。

4) A. T. Kronman, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, 7 The Journal of Legal Studies 1, (1978).

5) Qi Zhou, *Contractual mistake and misrepresentation*, in CONTRACT LAW AND ECONOMICS, 33-34 (Gerrit De Geest ed. 2011).

6) 以下ではもっぱら契約、特に売買契約を念頭に置いて議論を進める。

7) 正確には、①・②要件は錯誤無効の要件であり、③要件はそれを主張するための要件であるといえるが、以下の論述ではこれらの区別は捨象する。また、主張立証責任の問題についても捨象する。

8) 我妻榮『新訂民法総則(民法講義I)』296頁以下(岩波書店,1965)。

9) 四宮和夫＝能見善久『民法総則【第8版】』214頁(弘文堂,2010)、内田貴『民法I【第4版】』70頁(東京大学出版会,2008)など。

10) 我妻・前掲注8)296頁および298頁参照。

からは代金を1,000円とする効果意思が認められるが、内心的効果意思は代金を10,000円とするという内容のものであるから、代金額の点において表示上の効果意思と内心的効果意思の不一致が生じてしまっている。

(2) 内容の錯誤

内容の錯誤とは、表示行為の意義を誤ることによって生じる、表示上の効果意思と内心的効果意思の不一致のことをいう¹¹⁾。例えば、鉛筆を目的物とする売買契約において、その数量を1ダースと表示したときに、表意者が1ダース=10本と考えていた場合がこれに該当する。この例では、表示行為からは12本の鉛筆を売買の目的物とする効果意思が認められるが、表意者が「ダース」という言葉を誤解したことにより、表意者の内心的効果意思は10本の鉛筆を目的物とするというものになっているから、表示行為の意義を誤ることによって、目的物の点において表示上の効果意思と内心的効果意思の不一致が生じてしまっている。

(3) 動機の錯誤

動機の錯誤とは、上記2つの類型とは異なり、表示上の効果意思と内心的効果意思との間に齟齬はないが、内心的効果意思を形成する動機が外界の事実と食い違った場合のことをいう¹²⁾。例えば、受胎した良馬と誤信して受胎せざる特定の駄馬を購入した場合がこれに該当する。この例においては、「この馬」を売買の目的物とするという点においては表示上の効果意思と内心的効果意思の不一致は存在しない。しかし、表意者たる買主は、「この馬」を売買の目的物とするという内心的効果意思を形成するに当たり、「この馬」が受胎した良馬であるという認識を動機としているところ、実際は「この馬」は受胎せざる駄馬であったのであるから、動機と事実との間に齟齬がある。

なお、伝統的通説においては特定物の性質

は効果意思を構成しないと解されているから、売買の目的物を「受胎したこの馬」とする効果意思があったということはできない点に注意を要する¹³⁾。

2 「法律行為の要素」

次に、以上の錯誤が「法律行為の要素」に関するものであることが必要となる。この文言の解釈は文言それ自体からは必ずしも明らかではないが、大審院以来の判例は、「法律行為の要素」とは、「各箇ノ法律行為ニ於テ表意者カ意思表示ノ内容ノ要部ト為シ若シ此点ニ付キ錯誤ナカリシセハ意思ヲ表示セサルヘク且ツ表示セサルコトカ一般取引上ノ通念ニ照シ至当ナリト認メラルモノヲ謂フ」としている¹⁴⁾。すなわち、意思表示の内容のうち（意思表示の内容化）、その点につき錯誤がなければ表意者は当該意思表示をしなかったことが認められ（主観的因果関係）、かつ通常人が表意者の立場にあったとしても同様である（客観的重要性）、といえる場合に錯誤が「法律行為の要素」に関するものであるといえることになる¹⁵⁾。以下では「法律行為の要素」の観念を以上の3つに分けて検討する。

(1) 意思表示の内容化

上述の通り、意思表示の内容化とは、錯誤のある事項が意思表示の内容となっていることをいう。まず、表示上の錯誤および内容の錯誤においては表示上の効果意思と内心的効果意思の不一致という意味での錯誤が存在するのであるから、意思表示の内容の中核たる効果意思につき錯誤があるといえるので、当然に意思表示の内容化という要件は肯定できる¹⁶⁾。

他方で、動機の錯誤の場合には、錯誤の事項が効果意思という形で当然に表示されている表示上の錯誤および内容の錯誤とは異なる

11) 我妻・前掲注8) 297-298頁参照。

12) 我妻・前掲注8) 297-298頁参照。

13) 山本敬三『民法講義I【第3版】】182頁Comment（有斐閣，2011）。

14) 大判大正7年10月3日民録24輯1852頁。

15) 我妻・前掲注8) 299-300頁。

16) 佐久間毅『民法の基礎1【第3版】】154頁（有斐閣，2008）。

り、動機が表意者の内心にのみ存しおおよそ表示されていないという場合がありうるから、当然に意思表示の内容になるということは難しい。この点につき大審院判例¹⁷⁾は、「通常意思表示ノ縁由ニ属スヘキ事実¹⁸⁾ト雖表意者カ之ヲ以テ意思表示ノ内容ニ加フル意思ヲ明示又ハ黙示シタルトキハ意思表示ノ内容ヲ組成スル」と述べており、この考え方は最高裁判例¹⁹⁾でも以下のように確認されている。「意思表示の動機の錯誤が法律行為の要素の錯誤としてその無効をきたすためには、その動機が相手方に表示されて法律行為の内容となり、もし錯誤がなかったならば表意者がその意思表示をしなかったであろうと認められる場合であることを要するところ（最高裁昭和二七年（オ）第九三八号同二九年一月二六日第二小法廷判決・民集八卷一一号二〇八七頁，昭和四四年（オ）第八二九号同四五年五月二九日第二小法廷判決・裁判集民事九九号二七三頁参照），右動機が黙示的に表示されているときであっても、これが法律行為の内容となることを妨げるものではない。」

これらの判例理論の解釈の仕方については争いがある。一つの考え方は、相手方に動機が表示されれば当然に意思表示の内容となると解するもの²⁰⁾であり、また一つの考え方は、動機が表示されただけでは当然に意思表示の内容となるわけではなく、表示以外に何らかのプラスアルファの要素を要求するもの²¹⁾である。これらの見解は、少なくとも動機の表示を要求するという限度では共通しているから、本稿の以下の論述では、以上両様の理解のあることを前提に、もっぱら動機の表示を要求するという点に絞って分析を行うこととする。

(2) 主観的因果関係・客観的重要性

これらの要件は前述したことでほぼ尽きているが、以降の分析との関係で一点指摘すべきことがある。それは、表意者についてであれ、表意者の立場に置かれた通常人についてであれ、「錯誤がなければ意思表示を行わなかった」という場合における意思表示とは、同一内容の意思表示であるということが前提とされているということである²²⁾。したがって、例えば錯誤があった場合に対価などの他の条件を調整することによって意思表示は成立しうるか、ということは考慮されていないと考えられる。

3 「重大な過失」

95条但書は、表意者に重過失がある場合に錯誤無効の主張を制限している。この点につき、相手方が、表意者が錯誤に陥っていることを知りまたは重大な過失によって知らなかった場合や、相手方も表意者と同一の錯誤に陥っていたような共通錯誤の場合には、重過失ある表意者にも錯誤無効の主張を認めるべきとする見解が有力である²³⁾。

Ⅲ. モデル分析

本章においては、ラスムセン＝エアーズ論文において展開された、錯誤（Mistake）に関する数理モデルを簡単な数値例で示した上で、それぞれのモデル分析の示唆するところを示す。具体的には、不完備情報動学ゲームの形式で示される各数値モデルの弱完全ベイジアン均衡²⁴⁾（Weak Perfect Bayesian Equilibrium）を求め、均衡間の優劣を効率性の

17) 大判大正3年12月15日民録20輯1101頁。

18) これは、動機のことである。

19) 最判平成元年9月14日家月41巻11号75頁。

20) 我妻・前掲注8) 297-298頁，内田・前掲注9) 67-68頁。

21) 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『民法典の百年Ⅱ 個別的観察(1) 総則編・物権編』192頁（有斐閣，1998），佐久間・前掲注16) 155-156頁。ただし、これらの見解は何をもって意思表示の内容になるかにつき一致しているわけではない。

22) 我妻・前掲注8) 300頁では、「その意思表示」という言い方がされており、問題とされている意思表示が同一内容であることを前提していると考えられる。ただし、意思表示における些細な差は意思表示の同一性を害さない、という議論の可能性は残されているように思われる。

23) 佐久間・前掲注16) 151頁。また、改正民法95条3項はこの旨を定める。

24) (弱)完全ベイジアン均衡は、大まかにいえば、①不確実性のある状況下では、当事者は、信念を形成する、

観点から評価するというものを行う。

一般に錯誤の制度につきモデル分析を行うには、以下の3つの観点が重要になる²⁵⁾。第一の視点は、資源配分の効率性という観点である。すなわち、契約につき錯誤があるときには、契約の当事者が目的物の主観的価値についての評価を誤るということが起こりうる。それゆえ、錯誤のある売買契約が履行されると、本当は目的物をより高く評価している者からそれをより低く評価している者へ目的物が移転するということが起こることがある。その結果として資源配分の効率性が害される。逆に、目的物をより低く評価する者からより高く評価する者へ目的物が移転したにもかかわらず、当該契約が錯誤によって無効とされると、同様に資源配分の効率性を害しうる。こういうわけで、錯誤の分析においては資源配分の効率性に着目する必要があるのである。

第二は、情報に関するインセンティブの観点である。これは、情報収集のインセンティブと情報開示のインセンティブに分けられる。すなわち、錯誤によって契約が無効とされるとするならば、情報を持つ相手方としては、表意者に情報を開示することによって錯誤による契約を回避するインセンティブを持つこととなる。というのも、情報を隠して契約に入ったとしても後に錯誤無効となるならば契約利益を得ることができず、契約を結ぶ意味がないからである²⁶⁾。そして、このように相手方が情報を持つことによって契約から

利益を得ることができないならば、そもそも情報を収集するインセンティブを持たないこととなる。このように、錯誤に関する法制度の設計は情報収集・開示のインセンティブに影響を与えるから、この点にも着目する必要がある。

第三は、リスクの観点である。すなわち、モデル3の分析で見ると、錯誤に関する法制度はある種のリスクの総量を減少させることができるから、この点にも着目する必要がある。

以上3つの観点から、以下で検討する3つのモデルを整理すると、以下のようなようになる。モデル1では、資源配分の効率性と情報開示のインセンティブの関係を分析する。モデル2では、情報収集・開示のインセンティブの関係を分析する。モデル3では、リスクの問題を扱う。

ここで、本稿が採用する効率性の基準に言及しておく。以下で検討するモデル1およびモデル2においては、ラスムセン＝エアーズ論文と同様に²⁷⁾、均衡における各プレイヤーの利得の総和の最大化という効率性の基準を採用する。また、モデル3においてはカルドア＝ヒックスの効率性基準²⁸⁾を採用している²⁹⁾。そうすると、これらの効率性基準の関係が問題となるが、ほぼ同視してよいと考えられる³⁰⁾。本稿でかような使い分けを行うのは、便宜上のものである。すなわち、利得の総和の基準を用いる際には各プレイヤーの利得関数を完全に特定する必要が

②均衡経路上では、その信念は、相手方の戦略（行動計画）を前提として合理的に形成されている、③均衡において、各当事者の（各情報集合における）行動は、相手の戦略および信念を前提にした場合に、最適反応になっている、というものである。

この均衡概念の詳細は、Steven Tadelis, *Game Theory: an introduction* 307-312 (2013) 参照。以下、均衡というときはこの均衡概念のことを指す。

25) ラスムセン＝エアーズ論文 314 頁および Zhou, *supra* note 5, at 31 参照。

26) 加えて契約を結ぶと後に無駄な取引費用がかかるなどの積極的なデメリットも観念しうる。

27) 厳密には、ラスムセン＝エアーズ論文は、余剰（本稿後注 48）参照）の最大化を効率性の基準としている（例えば、Model1 についてはラスムセン＝エアーズ論文 320 頁、Model2 については同論文 330 頁を参照）が、取引不成立時の総利得は定数であるから、余剰の最大化と総利得の最大化とは同値である。

28) カルドア＝ヒックスの効率性基準とは、「ある社会状態の変更により不利益を被る人がいても、その人の不利益を填補してなお余りあるほどの利益が他の人に生じるのであれば、必ずしも現実には補償がなされなくてもその変更は効率的で望ましい」とする基準である（田中亘「取締役の社外活動に関する規制の構造 (2)」法協 117 巻 10 号 1425 頁、1505 頁（2000））。

29) ラスムセン＝エアーズ論文は、Model3 につき、いかなる効率性の基準によるかを明示していない。

30) 田中・前掲注 28) 1505 頁。

あるが、カルドア＝ヒックスの効率性基準を用いる際には必ずしもそれが必要なく、選好の性質を一定程度特定しておけば足りるところ、モデル1・2では利得関数を特定しているのに対し、モデル3ではリスク選好の特定のみで利得関数の特定までは行っていないので、便宜的にかような基準の使い分けを行っているのである³¹⁾。このような効率性の基準には批判も多い³²⁾が、法制度の評価に際して、当該法制度が利害関係者にもたらす帰結を考慮することを認めるなら、法制度の評価のスタートラインとしての意味は十分にあると思われる³³⁾。

1 モデル1

ここでは、モデル1を定義した上でその分析を行う。モデル1は、ラスムセン＝エアーズ論文314頁以下³⁴⁾で展開されているModel1に対応するものである。このモデルでは、経済学的な意味で合理的でありかつリスク中立的なプレーヤーである買主と売主がある品物を売買する場面において、一定の確率で両当事者にとっての価値が通常の物より高い品物が紛れ込むことがありうるという状況を扱う。

モデル1の下では、取引の流れは以下のようになる。まず、目的物の決定に際して $1-\alpha$ の確率で売買の目的物が通常の品物となり、その通常の品物の売主にとっての価値を v_0 、買主にとっての価値を $p_0=v_0+b_0$ とする。他

方、 $\alpha \in [0,1]$ の確率で通常より高価な品物が売買の目的物となり、その売主価値は v_1 、買主価値は $p_1=v_1+b_1$ とする。また、当事者らは当初、以上のことを知っているが、いざ取引をする特定の品物自体の価値は知らないものとする。

次に、目的物が高価な品物であるとき³⁵⁾には、売主は f_s の確率で、買主は f_b の確率で目的物が高価であるという情報をタダで手に入れる³⁶⁾。なお、便宜のため、 $g_s=1-f_s$ 、 $g_b=1-f_b$ とおく³⁷⁾。この時当事者は相手が情報を入手したかを知ることはできない。

そして、情報を手に入れた当事者は相手方に対してこれを開示するか決めることができる。

続いて、売主が買主に対して価格 p を提示して、買主がこれを受諾するか決定する³⁸⁾。買主が受諾すれば契約は成立し、さもなければ成立しないで終わる。

最後に、目的物の価値に関する情報が両当事者に判明する（前の段階で情報を手に入らなかった当事者も、この段階では情報が手に入るものとする）。この情報を受けて、売主は錯誤に関する法制度に従い、訴訟を提起し錯誤無効を主張するか決定する³⁹⁾。モデル1では、それぞれ、およそ錯誤無効が主張できない制度と、一方当事者にさえ錯誤があれば錯誤無効が認められる制度とを考える。錯誤無効が認められる場合に、売主が錯誤を訴訟で主張するのに要する訴訟費用を L とする⁴⁰⁾。なお、このモデルでは、「錯誤」を次

31) モデル1・2においては、リスク中立的な当事者を仮定しているため、金銭評価された結果 (outcome) を利得関数としてそのまま用いることができる。モデル3の数値例においては、金銭評価された結果の総和は法制度間で差がないのも関わらず、カルドア＝ヒックスの効率性の観点からは優劣がついているが、これはリスク回避的という当事者の属性から、結果をそのまま利得関数として用いることができないためである。このような場合に、結果から利得関数を導き出すには、リスク選好を反映するために例えば、 $u(x)=\sqrt{x}$ (x は金銭評価された結果) のような関数を用いる必要がある。

32) 例えば、河上正二『民法学入門【第2版増補版】】152頁（有斐閣，2014）など。

33) 田中・前掲注28)1512頁参照。

34) より一般的な議論はこの部分参照。

35) 裏返せば、品物が通常のものであるときには、情報獲得はおよそ起こりえないことが仮定されている。

36) ここでは当然、 $f_s, f_b \in [0,1]$ であることが前提されている。

37) これは、品物が高価であることを所与とした、各プレーヤーが情報を得ない条件付き確率である。

38) 買主は、受諾する場合の利得が拒絶する場合の利得以上である限り、売主の申込みを承諾する。このように理解しないと、売主の最適反応が定義できず均衡となりえない場合が出てくる。

39) ラスムセン＝エアーズ論文では、共通錯誤のみ契約の効力を失わしめる法制度についても分析を行っているが（同論文313頁参照）、本稿では共通錯誤のルールは扱わない。

40) この費用は、売主のみにかかる点に注意を要する。

のように定義する。当事者が目的物の価値を知らない状態において、それが高価な商品であった場合に当事者に錯誤があるという。

そして、最終的に両当事者は、各段階での行動に応じて利得を得る。このとき、売主の利得は、取引が成立した場合には得られた代金となり、取引不成立の場合には目的物の（売主にとっての）価値となる（なお、訴訟費用 L がかかるときは、以上の値からそれを減ずる）。他方、買主の利得は、取引が成立した場合には目的物の（買主にとっての）価値一代金となり、取引不成立の場合には 0 となる⁴¹⁾。

(1) 数値例

錯誤ある取引から生じる余剰が正の場合

まず、以下のような具体的な数値例で考える。

$$\alpha=0.1, v_1=200, v_0=10, p_1=220, p_0=110, f_s=0.8, f_b=0.6, L=50$$

この数値例においては $p_i > v_i (i=0,1)$ であるから、錯誤のある取引からも正の余剰が生じることとなる。

第一に、およそ錯誤無効が認められない法制度の下での均衡を考える。この場合には、情報開示の段階において情報を得た売主は常に情報を開示し、買主は常に情報を隠す、情報を持つ売主は $p=220$ を提示し、情報を持たない売主は $p=p^* \cong 111$ を提示する、情報を持つ買主は $p \leq 220$ のとき承諾し、情報を持たない買主は $p \leq p^* \cong 111$ のとき承諾する、という戦略プロファイルと、この戦略プロファイルおよび事前確率分布（商品が高価である確率が α であることを示す確率分布）からベイズの公式によって導出される信念の組が均

衡を構成する⁴²⁾。その理由は以下の通りである。

情報を開示する段階にまず着目すると、売主は、（情報を有している限り）常に情報開示を行い、買主は常に情報開示を行わないことがわかる。というのも、売主からすれば情報を開示することによって、情報を持たない買主に目的物の買主価値が $p_1=220$ であることを知らしめることができるので、それによって情報を持たなかった買主なら受け入れることのない 220 の価格で売ることが可能となり、売主がより高い利得を得ることができるからである。逆に、買主は情報を開示しないことにより価格を低く抑えることができるから、情報開示を行わないのである。

このことから、売主が情報を得た場合（この事象を A とする）には、情報が常に開示される結果として売主は 220 の価格を提示し、買主はこれを受け入れることとなる（この場合には売主の利得は 220 となり、買主の利得は $220-220=0$ となる）。

他方で、売主が情報を得ていない場合（この事象は A^c とする⁴³⁾）はどうなるであろうか。買主が価格を受け入れる条件から考えると、買主は品物の価値を知っている場合（この事象を B とする）と、知らない場合（この事象は B^c とする）とがあるから場合分けする。目的物の価値を知っている場合⁴⁴⁾ には、取引を拒絶したときの買主利得が 0 であることからすれば、価格が 220 以下であれば受け入れるといえる。目的物の価値を知らない場合の中には、商品が通常のものである場合（この事象を C とする）と、高価なものである場合（この事象は C^c とする）とがある。買主は売主が情報開示をしていないことから売主が情報を得ていないことがわかるか

41) この利得の定義のうち、売主利得の定義は、ラスムセン＝エアーズ論文の Model1 における定義と異なるが、ラスムセン＝エアーズ論文は、利得の定義の仕方が論文の途中で変わっており（Model3 から、本稿と同じ定義になっている。また、Model2 についても Appendix では、本稿と同じ定義になっている）合理性がないと考えられるので、本稿では、最初から統一的な定義をしている。

42) なお、厳密には均衡経路外の情報集合上の信念も特定する必要があるが、議論を簡略化するため割愛する。以下の議論でも同様である。

43) この記号は、事象 A の補集合を表す。なお、任意の集合 x につき、 $(x^c)^c = x$ が成り立つ。以下、 $(x^c)^c$ を x^{CC} と表記する。

44) この場合には、目的物の買主にとっての価値は、常に $p_1=220$ である。

ら、買主はベイズの公式⁴⁵⁾により前者の確率が

$$\begin{aligned} & P(C|A^c \cap B^c) \\ &= \frac{P(A^c \cap B^c | C)P(C)}{P(A^c \cap B^c | C)P(C) + P(A^c \cap B^c | C^c)P(C^c)} \\ &= \frac{1-\alpha}{1-\alpha + \alpha g_s g_b} = \frac{0.9}{0.9 + 0.1 * 0.2 * 0.4} \end{aligned}$$

であることがわかり⁴⁶⁾、後者の確率が

$$\begin{aligned} & P(C^c|A^c \cap B^c) \\ &= \frac{P(A^c \cap B^c | C^c)P(C^c)}{P(A^c \cap B^c | C^c)P(C^c) + P(A^c \cap B^c | C)P(C)} \\ &= \frac{\alpha g_s g_b}{\alpha g_s g_b + 1-\alpha} = \frac{0.1 * 0.2 * 0.4}{0.1 * 0.2 * 0.4 + 0.9} \end{aligned}$$

であることがわかる。このことから買主は

$$\begin{aligned} p^* &= P(C|A^c \cap B^c)p_0 + P(C^c|A^c \cap B^c)p_1 \\ &= \frac{0.9 * 110 + 0.1 * 0.2 * 0.4 * 220}{0.9 + 0.1 * 0.2 * 0.4} \\ &\cong 111 \end{aligned}$$

以下であれば受け入れることとなる。

以上の買主の買い受け条件を前提とすると、売主としては、買主が情報を得ていることを期待して $p_1=220$ を提示するか、買主が情報を得ていないことを期待して $p^* \cong 111$ を価格として提示することとなろう。売主が情報を得ていないことを所与とすると、売主はベイズの公式によって、買主が情報を得てい

る確率を

$$\begin{aligned} P(B|A^c) &= \frac{P(A^c|B)P(B)}{P(A^c|B)P(B) + P(A^c|B^c)P(B^c)} \\ &= \frac{0.1 * 0.2 * 0.6}{0.9 + 0.1 * 0.2} \end{aligned}$$

と、買主が情報を得ていない確率を

$$\begin{aligned} P(B^c|A^c) &= \frac{P(A^c|B^c)P(B^c)}{P(A^c|B^c)P(B^c) + P(A^c|B)P(B)} \\ &= \frac{0.9 + 0.1 * 0.2 * 0.4}{0.9 + 0.1 * 0.2} \end{aligned}$$

と計算できる。したがって、売主が 220 を提示したとき、買主が情報を得ている場合に限り取引が成立するので、売主の利得は、

$$\begin{aligned} & P(B|A^c)p_1 + P(B^c|A^c)v_0 + P(B^c|A^c)v_1 \\ &= \frac{0.1 * 0.2 * 0.6 * 220 + 0.9 * 110 + 0.1 * 0.2 * 0.4 * 200}{0.9 + 0.1 * 0.2} \\ &\cong 144 \end{aligned}$$

となる。他方、売主が 111 を提示したときの利得は 111 となる。よって、明らかに後者の方が大きいから、売主は $p^* \cong 111$ を提示し 111 の利得を得ることとなる。

以上より、およそ錯誤無効が認められない制度の下では、上記の均衡が成立する結果として、常に取引が成立する⁴⁷⁾ので、取引から生じる総利得（売主の利得と買主の利得の総和）は、

$$(1-\alpha)p_0 + \alpha p_1 = 0.9 * 110 + 0.1 * 220 = 121$$

45) ベイズの公式とは、事前確率 $P(A)$ から、事象 B の情報を用いて事後確率 $P(A|B)$ を求めるための公式であり、最も簡単な形では、以下の式で示される。

$$P(A|B) = \frac{P(B|A)P(A)}{P(B|A)P(A) + P(B|A^c)P(A^c)}$$

より詳しくは、森棟公夫ほか『統計学』150 頁以下（有斐閣，2008）を参照。

46) これは、前掲注 45) の公式に、 $A:=C$ と $B:=A^c \cap B^c$ を代入したものである。

47) 取引成立時の総利得は、 $p_1(i=0,1)$ と等しい。なぜなら、価格を p とおくと、取引成立時の売主利得は p 、買主利得は $p_1 p(i=0,1)$ となり、総和において p が打ち消し合うからである。

となる。

第二に、一方当事者にさえ錯誤があれば無効主張が認められる法制度の下での均衡を考える。この場合には、情報開示の段階において情報を得た売主・買主は共に常に情報を開示する、情報を持つ売主は $p=220$ を提示し情報を持たない売主は $p=110$ を提示する、情報を持つ買主は $p \leq 220$ のとき承諾し、情報を持たない買主は $p \leq 110$ のとき承諾する、錯誤無効を主張しうる売主は常に錯誤無効を主張する、という戦略プロファイルと、この戦略プロファイルおよび事前確率分布から導かれる信念の組は均衡となる。その理由は以下の通りである。

まず情報開示の場面に着目すると、この場合には両当事者が情報開示を行うことが最適反応となる。なぜなら、売主については上記と同様の理屈が妥当し、買主については仮に開示せず取引をしたとしても後の錯誤無効の主張により取引が無に帰すからである。

したがって、少なくとも一方の当事者が情報を得ているような場合には、情報開示されることによって売主は価格 220 を提示し、買主はこれを受諾することがそれぞれ最適反応となる。

他方、両当事者が情報を得ていない場合には、売主は 110 を提示し買主はこれを受け入れることが最適反応となる。なぜなら、通常より高い価値の品物のときには売主から錯誤無効の主張がなされる結果、買主は品物が通常のものである限りにおいてしか当該品物を保持し得ないため、110 を上回る代金を買主が出す理由がないからである。そして、品物が通常より高価であった場合には、売主は錯誤無効の主張をすることとなる。なぜなら、錯誤無効の主張をすれば $v_1 - L = 200 - 50 = 150$ を得られるのに対し、そのような行動をとらなかった場合には 110 を得られるにとどまるからである。

以上より、上述の戦略プロファイルと信念の組が均衡となる結果、一方当事者にさえ錯

誤があれば無効主張が認められる法制度の下では、双方が錯誤に陥っている場合に限り錯誤無効の主張がされ、それ以外の場合には有効に契約が成立するから、総利得は、

$$(1-\alpha)p_0 + \alpha(1-g_s g_b)p_1 + \alpha g_s g_b(v_1 - L) = 0.9 \cdot 110 + 0.1 \cdot (1 - 0.2 \cdot 0.4) \cdot 220 + 0.1 \cdot 0.2 \cdot 0.4 \cdot (200 - 50) \cong 120$$

となる。

この検討から、以上の数値例においては、総利得がより大きい錯誤無効の主張をおよそ認めないルールの方が効率性の観点から望ましいといえることができる。そして、そもそも取引から生じる余剰⁴⁸⁾が常に正であるような場合においては、錯誤無効を認める分だけ訴訟費用と資源配分の非効率が生じるから、以上の検討を一般化して、取引から生じる余剰が常に正であるような場合には、錯誤無効を認めない法制度が望ましいといえることができる⁴⁹⁾。

b 錯誤ある取引から生じる余剰が負の場合

次に、Ⅲ 1 (1) a の数値例において $v_1=300$ に変更した数値例を考える。この数値例では、 $p_1 < v_1$ であるから、錯誤ある取引からは負の余剰が生じることとなり、錯誤ある取引は、資源配分の効率性の観点から望ましくないということとなる。

ここでも、第一に錯誤無効をおよそ認めない法制度の下での均衡を考える。この場合には、情報開示の段階において情報を得た売主は常に情報を開示し、買主は常に情報を隠す、情報を持つ売主は $p=300$ を提示し、情報を持たない売主は $p=p^*=111$ を提示する、情報を持つ買主は $p \leq 220$ のとき承諾し、情報を持たない買主は $p \leq 111$ のとき承諾する、という戦略プロファイルと、この戦略プロファイルから導出される信念の組は均衡を構成する。その理由は以下の通りである。

まず、売主が情報を得た場合を考えると、

48) 取引から生じる余剰とは、当該取引が成立した場合の総利得－取引不成立時の総利得のことである。この値は、錯誤の無い場合とある場合に対応して、 $b_i(i=0,1)$ と一致する。

49) ラスムセン＝エアーズ論文 320 頁参照。

このときには取引が発生しないことがわかる。というのも売主は取引が不成立だとしても300の利得を得るのだから300以上の価格を提示しようとするところ、買主は高々220までしか出さないから買主が売主の提示する価格を受け入れることはありえないからである。

次に、売主が情報を持たない場合を考える。このときは、Ⅲ 1(1) aにおけるのと同様の理由で、買主は情報開示を行うインセンティブを持たない。それゆえ、Ⅲ 1(1) aと同様に情報を持たない買主は

$$p^* = \frac{0.9 \cdot 110 + 0.1 \cdot 0.2 \cdot 0.4 \cdot 220}{0.9 + 0.1 \cdot 0.2 \cdot 0.4} \cong 111,$$

情報をもつ買主は220以下であれば取引を受け入れるということが出来る。そして、同様に売主が220を提示したときの売主利得は15.3, 111を提示したときは111となる。他方で、取引がないときの売主利得は、

$$P(C|A^c)v_0 + P(C^c|A^c)v_1 = \frac{0.9 \cdot 10 + 0.02 \cdot 300}{0.92} \cong 16.3$$

である⁵⁰⁾から、結局売主は111を提示し、買主はこれを受け入れることとなる。

よって、錯誤無効をおよそ認めない法制度の下では、売主が情報を得たときかつそのときに限り取引がなされないこととなるので、総利得は、

$$(1-\alpha)p_0 + \alpha f_s v_1 + \alpha g_s p_1 = 0.9 \cdot 110 + 0.1 \cdot 0.8 \cdot 300 + 0.1 \cdot 0.2 \cdot 220 \cong 127$$

となる。

第二に、一方当事者にさえ錯誤があれば無効主張が認められる法制度の下での均衡を考える。この場合には、情報開示の段階において情報を得た売主・買主は共に常に常に情報を開示する、情報を持つ売主は $p=300$ を提示し、

情報を持たない売主は $p=110$ を提示する、情報を持つ買主は $p \leq 220$ のとき承諾し、情報を持たない買主は $p \leq 110$ のとき承諾する、錯誤無効を主張しうる売主は常に錯誤無効を主張する、という戦略プロファイルと、この戦略プロファイルおよび事前確率分布から導かれる信念の組は均衡となる。

ここでも上記と同様に、売主が情報を得た場合には取引が成立しない。また、買主が情報を得た場合には、Ⅲ 1(1) aで論じたように情報を売主に開示することとなるから、結局この場合にも取引は成立しないこととなる。したがって、両当事者が情報を得ていない場合が残る。このとき、買主は110以下でないと取引を受け入れない。高価な品物のときは錯誤無効の主張がされるからである。それゆえ、この場合には、売主は110の価格を提示し、買主がこれを受け入れることによって契約が成立することとなる。そして、品物が通常より高価なものであったときは錯誤無効の主張がなされることはⅢ 1(1) aの数値例と同様である。

よって、一方当事者にさえ錯誤があれば無効主張が認められる法制度の下では、両当事者が情報を持たないときに限り価格110で取引が行われ、錯誤があった場合には錯誤無効の主張がなされるということとなるので、総利得は、

$$(1-\alpha)p_0 + \alpha(1-g_s g_b)v_1 + \alpha g_s g_b(v_1 - L) = 0.9 \cdot 110 + 0.1 \cdot (1 - 0.2 \cdot 0.4) \cdot 300 + 0.1 \cdot 0.2 \cdot 0.4 \cdot (300 - 50) \cong 129$$

となる。

以上から、この数値例においては、一方当事者にさえ錯誤があれば無効主張が認められる法制度の方が総利得が大きく、効率性の観点から望ましいということがいえる。しかしながら、この結果は当然には一般化できない。というのも、錯誤無効を認めない法制度の下では、訴訟費用が生じない代わりに資源配分の非効率が生じる一方で、一方当事者に

50) $P(C|A^c) = \frac{P(A^c|C)P(C)}{P(A^c|C)P(C) + P(A^c|C^c)P(C^c)} = \frac{1-\alpha}{1-\alpha+\alpha g_s}$, $P(C^c|A^c) = 1 - P(C|A^c) = \frac{\alpha g_s}{1-\alpha+\alpha g_s}$ となる。

さえ錯誤があれば無効主張が認められる法制度においては、資源配分の非効率を解消する代わりに訴訟費用が生じているからである。それゆえ、錯誤のある取引から負の余剰が生じる場合であって、かつ、資源配分の非効率の度合いが訴訟費用に比べて大きい場合に限って、一方当事者にさえ錯誤があれば無効主張が認められる法制度が望ましいという一般化が可能であると考えられる⁵¹⁾。

(2) モデルに関するコメント

まず、モデル1の錯誤の定義がやや不自然だということが挙げられる。ここでは、当事者は自身が目的物の真の価値を知らないことを知っており、目的物の価値がどのような値になるかについての確率分布の情報を得ている。このような場合に錯誤ありといえる状態なのか疑わしいという議論はありえよう。しかし、そもそも錯誤ある取引において通常考えられている例においても、当事者が目的物の価値が一定の値であると確信しているとまではいいにくいように思われるし、そうであるなら必ずしも真の確率分布に等しいとは限らないとはいえ、少なくとも無意識的に目的物の価値の確率分布に関する信念を持っていると思われる。そうであるなら、このような錯誤の定義もおよそ参考にならないほど不自然とまではいえず、一定の妥当性があるといえてよいであろう。

次に、このモデルは取引後の再契約の可能性を考慮していない点に特徴がある。これも一見不自然な仮定に思われるかもしれない。というのも、錯誤の場面に登場する当事者はすでにいったんは取引を行っているため、当事者間の再取引によって資源配分の非効率を解消することが一見容易であるように見えるからである。しかし、当事者間ですでに取引をしたからといって、再取引にかかる取引費用が小さいということは当然には仮定できない。なぜなら、錯誤の認められるケースの多くの部分は詐欺が認められるケースとかぶっているといえることができる⁵²⁾。また仮

に重なっていない部分についても、一方当事者は他方当事者に対して不信感を抱くことが十分ありうる。このような場合には、再契約に際し小さくない心理的な取引費用がかかることが予想される。それゆえ、再契約の可能性をとりあえず捨象するというモデル設計にも一定の合理性があるといえることができる。

2 モデル2

モデル2は、ラスムセン＝エアーズ論文314頁以下で展開されているModel2に対応するものである。このモデルでは当事者らが売買の目的物の価値につきコストをかけて情報収集が可能な場合に、錯誤のルールがそのような行動のインセンティブに与える影響を検討する。

そこで、モデル2を以下の点でモデル1を変更したものとして定義する。売主・買主は偶然に情報を手に入れることはなく、その代わりに、それぞれ c_s 、 c_b の費用をかけた場合に、確実に情報を得ることができるとする（費用をかけて情報を得るかどうかは、各当事者の選択に任される）。

(1) 数値例

モデル2では次のような場合を考える。

$$\alpha=0.1, v_1=300, v_0=10, p_1=300, p_0=110$$

この数値例の下では、情報収集には社会的価値がない。なぜなら、 $p_i \geq v_i (i=0,1)$ が成立するから、取引は負の余剰を生じることがない（品物に高い価値がある場合、取引をしないかは無差別である）。よって、情報収集をすることにより、非効率な取引が防げるということはない。また、情報収集によって目的物の価値が高まるということもない。このことから、社会全体にとって、情報収集にコストをかける意味がない。

モデル2では、数値により複数の均衡が成立しうるから、以下では3つの数値例でもつ

51) ラスムセン＝エアーズ論文320頁参照。特に錯誤無効を認めることが望ましいといえる一般的な条件が(3)式で示されている。

52) 内田・前掲注9)79頁。

て具体的に考えていくこととする⁵³⁾。

a 錯誤無効が認められない法制度下での均衡

(ケース 1) どちらの当事者も情報収集
(a) しないケース (両当事者にとって情報収集費用が高い場合)

まず、

$$\alpha=0.1, v_1=300, v_0=10, p_1=300, p_0=110, c_s=20, c_b=20, L=60$$

という数値例を考える⁵⁴⁾。この数値例の下では、売主・買主ともに情報収集を行わず、(売主、買主とも、相手方は情報収集を行っていないとの信念を抱いて) 価格

$$p^*=\alpha p_1+(1-\alpha)p_0=0.1*300+0.9*110=129$$

で契約が成立するという均衡が実現する⁵⁵⁾。その理由は、以下の通りである。

まず、買主の受け入れ段階を考えると上記価格を受け入れたときの買主の利得は、買主にとっての品物の期待価値から価格を引いたものであるから 0 となる。そして、受け入れなかったときの買主の利得も 0 であるから、買主が上記価格を受け入れるのは最適反応となっている。

次に売主が価格を提示する段階を考える。売主が p^* を提示したときの売主の利得は、 $p^*=129$ となる。もし、売主がこの価格以下で提示したときにはその価格で取引が成立し、それが売主の利得となり、その値は p^* 以下となる。また、 p^* より大きい価格を提示したときには、取引は成立しないので、売主にとっての品物の期待価値が売主の利得となり、この値は $0.1*300+0.9*10=39$ となり、これも p^* より小さい。したがって売主が p^* を提示することも最適反応となっている。

続いて、売主が情報収集する段階を考える。売主が情報収集しないときの売主の利得

は、上記の議論より $p^*=129$ となる。仮に売主が情報を収集したときには、品物の価値が高いときにはそのことを買主に知らせて $p_1=300$ で、さもなくば情報を隠して価格 $p^*=129$ で売ることが最適となる。それゆえ、このときの売主の利得は、

$$\alpha p_1+(1-\alpha)p^*-c_s=0.1*300+0.9*129-20=126.1$$

となるが、これは p^* より小さいので結局売主は情報収集しないことが最適反応となる。

最後に、買主が情報収集する段階を考える。買主が情報収集しないときには、上記の議論から、売主が提示してくる価格 p^* を受け入れることとなるから、買主の利得は 0 となる。他方で、買主が情報収集したときには、品物の価値が高いときに限り売主が提示してくる価格 p^* を受け入れるから、買主の利得は、

$$(1-\alpha)*0+\alpha(p_1-p^*)-c_b=0.9*0+0.1*(300-129)-20=-2.9$$

となる。よって、前者の利得の方が後者のそれよりも大きいので、買主にとって情報収集しないことが最適反応となっている。

以上より上記の均衡が成立する。この均衡では、情報収集が行われることによる無駄を生じることなく、常に取引が成立するから、総利得は、

$$\alpha p_1+(1-\alpha)p_0=129$$

となる。

(b) (ケース 2) 売主が情報収集するケース (売主の情報収集費用が低い場合)
次に、

$$\alpha=0.1, v_1=300, v_0=10, p_1=300, p_0=110, c_s=10, c_b=10, L=60$$

53) 以下、3つの数値例では c_s, c_b の値のみが異なっている。

54) これは、ラスムセン=エアーズ論文 328 頁の Equilibrium A に対応している。より一般的な議論は、同論文 340 頁 (i) を参照。

55) この p^* の定義は、モデル 1 におけるそれとは異なっていることに注意を要する。

という数値例を考える⁵⁶⁾。この数値例の下では、売主のみが情報収集を行い、品物の価値が高いときには、売主はその情報を買主に開示して $p_1=300$ で取引が成立し、低いときには、売主は情報を開示せず、そのとき買主は、目的物の価値は標準である確率が 1 であるとの信念を抱いて、 $p_0=110$ の価格で取引がなされる、という均衡が成立する。その理由は以下の通りである。

上記の均衡の下で買主は、売主が情報提供をしてくるかによって品物の価値を知ることができるから、買主が上記の価格を提示されたときこれを受け入れるのは最適反応となっているし、上記の価格以上では買主が受け入れることがないことから売主のこのような価格の提示は最適反応となっている。そして、買主は上記の通り自分で情報収集しなくとも品物の価値を知ることができるから、情報収集しないことが最適反応となることがいえる。

売主が情報収集する段階につき考えると、費用を負担して情報収集した場合には、それが高価値であるときには買主にその旨を伝え、 $p_1=300$ を提示して取引を成立させることにより $p_1-c_s=290$ の利得を得ることができ、低価値であるときには $p_0=110$ の価格で取引を成立させ、 $p_0-c_s=100$ の利得を得ることができるので、情報収集した際の売主の期待利得は $\alpha*(p_1-c_s)+(1-\alpha)*(p_0-c_s)=119$ となる。他方で情報収集をしない場合には、 $p_0=110$ でしか売れないからその額の利得を得るにとどまる。よって、売主が情報収集することが最適反応となる。

よって、以上の均衡が成立し、常に売主による情報収集を伴って取引が成立することから、総利得は、 $\alpha p_1+(1-\alpha)p_0-c_s=119$ となる。この均衡においては、ケース 1 における均衡とは異なり売主が情報収集を行うことで、

$c_s=10$ の分だけ無駄な費用が生じて非効率となくなってしまっている。

なお、ケース 2 においては、ケース 1 の均衡は成立しない。というのも、ケース 1 の均衡の下では売主は $p^*=129$ の利得を得るのに対し、ケース 1 の均衡における買主の戦略を所与としたとき、売主が情報収集をした場合には、 $0.1*300+0.9*129-10=136.1$ の利得を得ることとなる。よって、後者の利得の方が大きいから、売主が情報収集しないという戦略は最適反応とならず、ケース 1 の均衡は成立しない。

(ケース 3) 買主が情報収集するケース
(c) (売主の情報収集費用が高く、買主の情報収集費用が低い場合)

最後に

$$\alpha=0.1, v_1=300, v_0=10, p_1=300, p_0=110, c_s=20, c_b=10, L=60$$

という数値例を考える⁵⁷⁾。この数値例では混合戦略⁵⁸⁾の均衡のみが成立しうる。すなわち、売主は一定確率

$$\gamma = \frac{1-c_b}{\alpha(v_1-p^*)} \cong 0.415$$

で p_0 を、それ以外のときには $p^* \cong 0.1*300+0.9*110=129$ を提示し、買主は一定確率で情報収集を行うというものである。この均衡の下では、買主の利得は $\alpha\gamma(v_1-p_0) \cong 7.89$ 、売主の利得は $p_0=110$ となるから、総利得はおおむね 118 となる⁵⁹⁾。

なお、ケース 3 では、純粋戦略の均衡は存在しない。その理由は以下の通りである。

まず、買主が常に情報収集すると仮定する。このとき、(買主が常に情報収集しているとの信念を持った) 売主は $p_0=110$ を提示

56) これはラスムセン＝エアーズ論文 328 頁の Equilibrium C に対応している。より一般的な議論は、同論文 341 頁 (ii) を参照。

57) これはラスムセン＝エアーズ論文 328 頁の Equilibrium B に対応している。

58) おおまかにいえば、各プレイヤーが選択できる個々の戦略が純粋戦略であり、複数の純粋戦略をそれぞれ一定の確率でもって組み合わせたものが混合戦略である。より厳密な定義は、TADÉLIS, *supra* note 24 at 139 以下を参照。

59) この議論の詳細は、ラスムセン＝エアーズ論文 341 頁 (iii) 参照。

する。というのも、 $p_0=110$ を提示したときの売主の利得は110となるのに対し、 $p_1=300$ を提示したとき⁶⁰⁾の売主の利得は、 $\alpha p_1 + (1-\alpha)v_0 = 0.1 \times 300 + 0.9 \times 10 = 39$ となるため、前者の方が売主の利得が大きくなるからである。そうすると、買主は、目的物の価値にかかわらず取引を受け入れるのが望ましくなるので、情報収集する意味がなくなってしまう。故に、買主が常に情報収集する均衡は存在しない。

次に、買主が常に情報収集しないと仮定する。このとき、売主は、買主が受け入れる最高額である $p^*=129$ を提示する。買主にとっては、これを受けるか受けないかは無差別である⁶¹⁾から、これを受けると考えてよい。ところで、売主が $p^*=129$ を提示してくることを所与とすると、買主には、情報収集をして品物の価値が高いときのみ取引を受け入れよう、というインセンティブが生じる。というのも、情報収集をして品物の価値が高いときのみ取引を受け入れる、という買主の戦略の下では、買主の利得は、 $\alpha(p_1 - p^*) - c_b = 0.1 \times (300 - 129) - 10 = 7.1 > 0$ となるからである。よって、買主が情報収集をしないという純粹戦略を含む均衡は存在しない。

以上より、買主が確実に情報を収集しまたはしないという純粹戦略均衡は存在せず、上記のような混合戦略均衡のみが存在することになるのである。

b 錯誤無効を認める法制度下での均衡

この場合には、以上3つの数値例すべてにおいて誰も情報収集をせず、(売主、買主とも、相手方は情報収集を行っていないとの信念を抱いて) 価格 $p_0=110$ で取引が成立し、錯誤があるときは、売主は錯誤無効を主張するという均衡が成立する。その理由は以下の通りである。

目的物の価値が高い場合には、売主は錯誤無効の主張をすることが最適反応となる。というのも、錯誤無効の主張をしないときの利得は $p_0=110$ なのに対して、主張して目的物

を取り返した際の売主の利得は $v_1 - L = 240$ となり、後者の値の方が大きいからである。そして、価格受け入れの段階では買主は $p_0=110$ の価格を受け入れることが最適反応となる。なぜなら、この価格を受け入れたときの買主の利得は $(1-\alpha)(p_0 - p_0) + \alpha \cdot 0 = 0$ となり⁶²⁾、受け入れないときの利得0よりも小さくないからである。

売主が情報収集をする段階を考えると、情報収集しないときには $\alpha(v_1 - L) + (1-\alpha)p_0 = 129 - \alpha L$ が利得となる一方で、情報収集したときは $\alpha p_1 + (1-\alpha)p_0 - c_s = 129 - c_s$ となり、 c_s が $\alpha L = 6$ より大きい先の3つの数値例においては前者の方が大きいといえるので、売主が情報収集しないことが最適反応となる。なお、買主については、売主が後に錯誤無効の主張をすることが予測されることから、情報を得てもそれによって得をする余地がないので、情報収集しないことが最適反応となる。

よって、上記の均衡が成立し、売主の利得は123、買主の利得は0となるので、総利得は $123 + 0 = 123$ となる。

c 数値例の検討のまとめ

以上の検討をまとめると、以下の表のようになる。なお、表の各数値は、均衡における総利得を表している。

	錯誤無効を認めない	錯誤無効を認める
ケース1 (c_s, c_b 大)	129	123
ケース2 (c_s 小)	119	123
ケース3 (c_s 大, c_b 小)	118	123

各ケースにおいて、法制度ごとに均衡での総利得を比較すると、ケース1においては錯誤無効を認めない法制度が望ましくなるのに対して、残り2つの数値例においては錯誤無効を認める法制度が望ましいということとなる。

このような帰結が生じる理由は、以下の通りである。ケース1においては、情報収集の費用が大きいために錯誤無効を認めない法制度の下でも情報収集が行われない結果、錯誤

60) この場合、買主は、品物の価値が高いときに限り取引を受け入れる。

61) いずれにせよ、買主の利得は0である。

62) 品物の価値が高いときには、取引成立後に錯誤無効の主張がされる結果、買主の利得は0となる点に注意。

無効を認める法制度の方が、訴訟費用の分だけ非効率となってしまっている。ケース 2・3 においては、情報収集の費用が小さい結果として、錯誤無効を認めない法制度で情報収集が行われてしまっており、この費用に伴う非効率の程度が、錯誤無効を認める法制度における訴訟費用に起因する非効率の程度を上回っている。

このことを一般化すれば、情報収集のコストが相対的に小さいときには錯誤無効を認める法制度が望ましくなり、情報収集のコストが相対的に大きいときは錯誤無効を認めない法制度が望ましくなるということが出来る⁶³⁾。

(2) モデルに関するコメント

モデル 2 についても錯誤の定義の不自然さや再契約の可能性の無視という点があるが、これが決定的な問題でない点はモデル 1 において論じた通りである。

加えて、先の数値例がそうであったように、モデル 2 では社会的な価値のない情報の収集しか考えていない⁶⁴⁾。これはまさしく本モデルの特徴であるとともに、限界でもあって、このモデルはこのような前提の下でしか妥当しない点に注意を要する。なお、モデル 2 のこのような前提とは対照的に、クロンマンの議論においては、情報は社会的価値を持つことが前提とされている⁶⁵⁾。これらの違いから、モデル 2 の下では、情報収集を抑制することが効率的になるのに対し、クロンマンの議論では、情報の収集を促進することが効率的になりうるのである。

3 モデル 3

モデル 3 は、ラスムセン＝エアーズ論文 336 頁以下の Model3 に対応するものであ

る。ここでは、法制度が総利益一定の下で利益の分散を減らすことによって、リスクの総量を減らすことができるような場面を考えている。特に、価格に誤記がある場合が念頭に置かれている。モデル 3 の内容は以下の通りである。

売主価値が 0、買主価値が V であるような目的物の売買契約を考える。モデル 3 では売主・買主ともに品物の価値を知っていることが前提である。まず、売主は価格を提示する。ここで本来ならば買主の留保価格である V を提示するはずであるが、 α の確率で誤って $p_1 < V$ を提示してしまうという形の錯誤(表示上の錯誤)に陥る⁶⁶⁾。仮に誤った価格を提示したとき、買主は f_b の確率でその誤りに気づくとする。続いて買主が承諾して契約が締結されると、価格に誤りのあることが明らかになる。そして、売主は法制度に従い L の費用で錯誤無効の主張をし、再び価格 V で買主に売ることが出来るというもののである⁶⁷⁾。

(1) 数値例

以下では、

$$V=1000, p_1=100, f_b=0.6, \alpha=0.1, L=0$$

という数値例を考える。

まず、錯誤無効がおよそ認められない法制度の下での帰結を考える。最初に誤記のない場合を考えると、価格 1000 で取引が成立するから、売主の利益⁶⁸⁾は 1000、買主の利益は 0 となる。次に誤記がある場合を考える。このとき、価格 100 で取引が成立するから、売主の利益は 100、買主の利益は $1000 - 100 = 900$ となる。なお、このことは、買主が情報を得ていようが得ていまいが関係なく成立する。というのも、誤記があっても後に契

63) ラスムセン＝エアーズ論文 330-331 頁。なお、 L がある程度小さいことが前提されている。さもなければ、訴訟コストが禁止的に大きくなり、錯誤無効の主張できる制度とそうでない制度との区別がなくなってしまうからである。

64) ラスムセン＝エアーズ論文 327 頁。

65) Zhou, *supra* note 5, at 34.

66) このモデルは、モデル 1・2 とは異なり、もっぱら表示上の錯誤を問題としている。

67) 再取引を予定している点でモデル 1 や 2 と異なることに注意を要する。

68) 以下、モデル 3 においては、各プレーヤーに帰属する金銭評価された結果 (outcome) を「利益」と便宜的によぶこととする。結果と利得の区別につき、TADELIS, *supra* note 24 at 7 参照。

約が無効とされる恐れがないから、買主は黙っていたほうが利益を大きくすることができるからである。

次に錯誤無効の主張が許される法制度の下での帰結を考える。誤記のない場合には同様に、売主の利益は 1000、買主の利益は 0 となる。誤記があり、買主がこれに気づいていない場合は、価格 100 でいったん取引が成立した後に売主による錯誤無効の主張がなされ価格 1000 で取引がなされることとなるから、売主の利益は 1000、買主の利益は 0 となる。他方、誤記があり買主がこれに気づいている場合には買主がこの情報を隠して取引に入ったとしても最終的に錯誤無効の主張がなされると予想することから、誤記があることを売主に伝えた上で価格 1000 にて取引が成立することとなる。したがって売主の利益は 1000、買主の利益は 0 となる。

これを表にすると以下の通りとなる。

	錯誤なし	共通錯誤	売主のみ錯誤	期待利益
売主利益 (無効なし)	1000	100	100	910
売主利益 (無効あり)	1000	1000	1000	1000
買主利益 (無効なし)	0	900	900	90
買主利益 (無効あり)	0	0	0	0

続いて、この帰結をカルドア＝ヒックス基準によって評価する。以上の数値例において、錯誤無効を認めない法制度からそれを認める法制度への、一方当事者から他方当事者への金銭的補償を伴う移行を考える。このとき、前者の法制度の下では、売主の期待利益は 910 であり、後者の法制度の下でのそれは 1000 であること、および後者の法制度の下では、売主は確実に 1000 の利益を得ることができることから、リスク回避的な売主は、前者から後者への法制度の移行に際して買主に対して 90 だけ支払ったとしても、後者の

法制度の方が好ましいと考えるだろう⁶⁹⁾。

他方で、売主からこのような補償を受けることで、買主の期待利益は、両法制度共通して 90 となる。加えて、後者の法制度の下で以上のような補償を仮定すると、前者の法制度におけるのとは異なり、買主は確実に 90 の利益を得ることができる。したがって、リスク回避的な買主は、以上のような補償を前提とすれば、後者の法制度を好むということができる⁷⁰⁾。したがって、本数値例の下では、少なくとも一方の当事者がリスク回避的であれば後者の法制度の方が望ましい（カルドア＝ヒックス的意味において効率的）ということができるのである。

ただし、この結論は $L > 0$ の場合一般に当然に拡張することはできない。というのも、 L が正のときには、その分だけ錯誤無効を認める法制度の下での売主の期待利益が小さくなるから、必ずしも売主から買主への補償が可能となる保証がないからである（例えば $L=200$ としたときには、錯誤無効を認める法制度の下での売主の期待利益が 992 に減少し、補償に費やせる額が小さくなる結果、両当事者のリスク回避の程度によっては、法制度間の移行に伴う補償が不可能となりうる）⁷¹⁾。

以上の検討から、少なくとも一方の当事者がリスク回避的であって、かつ、リスクの大きさおよびそれぞれの当事者のリスク回避の程度に比して、訴訟費用 L が十分に小さければ、錯誤無効を認める法制度が効率的ということとなる。

(2) モデルに関するコメント

モデル 3 においては取引費用なしに再契約がなされることを前提としていることから、モデル 1・2 の限界において論じたように、再契約にかかる取引費用を無視できないのではないかという疑問が生じる。しかし、錯誤ある取引によって損をした表意者が相手方から目的物を買戻すことを内容とする再取

69) リスク中立的な売主であったなら、90 だけ支払ったとき両法制度は無差別となる。

70) リスク中立的な買主なら無差別となる。

71) ラスムセン＝エアーズ論文 338 頁では、 $L > 0$ の場合一般に錯誤無効を認める法制度が望ましいかのように書かれているが、この部分は正確さを欠くといわざるを得ない。ただし、同論文 336-337 頁においては、リスクと訴訟費用のトレードオフに言及している。

引が問題となるモデル1とは異なり、ここで問題となる取引は錯誤無効によって目的物が取り返され錯誤ある取引が精算された後に再取引をするというものであるから、モデル1におけるよりもその心理的費用は小さいということができそうである。したがって、モデル3で再契約を前提したとしてもそれには一定の妥当性を認めうるし、モデル1の議論と必ずしも平仄が合わないわけではない。

IV. 経済分析の観点から見た日本の民法95条の解釈論

1 「錯誤」

まず、表示上の錯誤、内容の錯誤、および動機の錯誤を区別することの意義を論じる。そのために以下では、各モデルの分析から理解される、錯誤無効を認める根拠を確認したうえで、効率性の観点から以上の区別の意義を考えていくこととする。

モデル1においては、錯誤のある取引から負の余剰が生じる場合であって、かつ、資源配分の非効率の度合いが訴訟費用に比べて大きい場合に限り、一方当事者にさえ錯誤があれば無効主張が認められる法制度が望ましい、という一般化が可能であった。したがって、モデル1の分析からは、負の余剰の生じる取引の効力を否定することで資源配分の非効率を回復することが、錯誤無効を認める根拠であるということが出来る。それゆえ、モデル1の観点から錯誤無効の要件を考える際には、主に錯誤によって負の余剰が生じうるかが問題とされ、この観点から錯誤の区別の意義を検討すべきである。そうすると、3つの錯誤の類型はいずれも、各当事者に目的物の価値の認識を誤らせることを通じて、負の余剰をもたらさう。それゆえ、モデル1の分析からは、以上のような錯誤の区別の意義を見いだしたい。

モデル2においては、情報が社会的価値を有さないという前提の下、情報収集のコストが相対的に小さいときには錯誤無効を認める法制度が望ましくなり、情報収集のコストが相対的に大きいときは錯誤無効を認めない法

制度が望ましくなる、ということができた。したがって、モデル2の分析からは、無駄な情報収集を抑止することが錯誤無効を認める根拠だといえる。それゆえ、モデル2の下で錯誤の3種類の意義を検討するには、これらの種類の差が情報収集コストに与える影響を考えるべきこととなる。この点につき、表示上の錯誤および内容の錯誤が表示上の効果意思と内心的効果意思の不一致を問題にするのに対し、動機の錯誤は内心的効果意思を形成する動機と外界の事実との齟齬を問題とする、という違いはあるものの、いずれも内心的効果意思や動機といった表意者の主観を問題とする点において、一定の情報収集コストを生じさせるものであり、どちらの費用がより小さいということは当然には導けないように思われる。ただし、内心的効果意思についてはその齟齬の基準となる意思表示が存在するのに対し、動機の場合には、特にそれがおよそ外部に表示されないとき、意思表示から動機の錯誤の存在をうかがい知ることは難しいため、IV 2(1)で論じる通り、情報収集の費用が前者と比較して大きくなるおそれがある。なお、情報の社会的価値ということは、どの種類の錯誤かということとは論理的関係を有さないだろう。以上より、モデル2の分析からは、表示なき動機の錯誤をそれ以外の錯誤から区別する意義を肯定しうる。

モデル3においては、少なくとも一方の当事者がリスク回避的であって、かつ、それぞれの当事者のリスク回避の程度に比してLが十分に小さければ、錯誤無効を認める法制度が効率的である、ということができた。よって、錯誤無効を認める根拠は、(代金額につき)表示上の錯誤のある取引が生むリスクをなくすことに求められる。この分析は、もっぱら表示上の錯誤に妥当するものであるから、表示上の錯誤をそれ以外の錯誤から区別する意義を説明する理屈ということができる。

以上の検討から、表示なき動機の錯誤および表示上の錯誤を区別することは正当化可能であるが、それ以外の区別、特に表示された動機の錯誤と内容の錯誤の区別は正当化しがたい。この結論は、我が国の民法学説が、か

つて採用していた(表示の有無にかかわらず)動機の錯誤を内容の錯誤と峻別し、前者についてはおよそ95条の適用対処から除外するという見解を廃棄し、表示ある動機の錯誤には95条の適用対象となる可能性を認めた⁷²⁾ことと整合する。ただし、内容の錯誤と動機の錯誤とは、不一致を問題としている対象が異なることから、これらの区別に教育的意義があることは否定しがたいように思われる。

2 「法律行為の要素」

(1) 意思表示の内容化

表示上の錯誤および内容の錯誤が当然にこの要件を充足することは前述の通りであるから、特におよそ表示がなく外部に現れていない動機の錯誤をこの要件が排除するという点に着目し、効率性による正当化の可否を論じる。この局面では、モデル1を直接に用いるのは不可能であると思われる。というのも、表示の有無ということには関わらず資源配分の非効率ということは問題となりうるからである。

ただし、このことはモデル1によりこの要件を正当化することがおよそ不可能であることを意味しない。なぜなら、およそ表示もしないような事柄はそもそも表意者にとっては重要でないこと、すなわち主観的因果関係の不存在を推認し、それとは逆に表示したことは多少なりとも主観的因果関係を推認すると思われるからである。そして後述の通り、主観的因果関係はモデル1の観点から一定の限度で正当化が可能であるから、結局モデル1によっても、主観的因果関係を介することによって、本要件を間接的に正当化することができると思われる。

では、モデル2の観点からはどうか。先に述べたように、動機の表示の有無というのは、動機の錯誤の有無についての相手方が情報収集するコストの大小ということに直結するのではないと思われる。すなわち、動機の表示のあるときは、その動機にかかる事実

のみを調査すれば調査が完了するということから、調査の費用が低くなる傾向にあると考えられる。他方で、表示されざる動機について情報収集するには、論理的にはありとあらゆる事実の手を伸ばす必要が生じる点で、調査の費用が莫大なものとなることが十分考えられる。それゆえ、前者の方がかえって過剰な情報収集につながる恐れがある。したがって、モデル2の分析によれば、動機の表示がある場合に錯誤無効を認めることによって過剰な情報収集を抑止でき、効率性の観点から望ましい結果につながるということがいえそうである。

なお、この要件はもっぱら動機の錯誤にかかるものゆえ、モデル3の分析は問題とならない。

(2) 主観的因果関係

この要件は、モデル1の分析によって、錯誤無効を基礎づける中心的な役割を果たす要件としてある程度は正当化できると考えられる。モデル1の分析によれば、錯誤無効を認めることが正当化されるためには、錯誤ある取引から負の余剰が生じること、すなわち $b_1 < 0$ (これは $v_1 > p_1$ と同値)であることが必要であった。主観的因果関係が否定される場合には、錯誤がなかったとしても同一の意思表示がなされるといえることから、 $b_1 \geq 0$ であることが担保される。そうするとこの場合には、 $b_1 < 0$ であるという可能性は論理的に排除されるから、モデル1の分析の観点からすれば錯誤無効とする前提を欠き、錯誤無効を否定することが正当化される。ただし、主観的因果関係が肯定されるからといって、そのことのみによって当然に無効を基礎づけるわけではない点には注意を要する。なぜなら、主観的因果関係が肯定される場合には、錯誤がなければ同一の意思表示がなされなかったはずであることがいえるだけであって、対価の調整等によって修正された意思表示がなされ取引が行われる余地のなかったことまでいえるわけではない。そして、後者の余地さえあれば $b_1 \geq 0$ がいえるので、むしろ契約を無効とすることは望ましくないにもか

72) 中松櫻子「錯誤」星野英一編『民法講座1』387頁、417-418頁(有斐閣、1984)参照。

かわらず無効とされる余地が残る。したがって、モデル1の分析からは、主観的因果関係をもって錯誤無効を認めるのは広すぎるといわざるを得ない。このことは、主観的因果関係の要件が $b_1 < 0$ であることの必要条件に過ぎず、十分条件ではないことの帰結である。

モデル2の分析からも、以下のような正当化が可能であると考えられる。すなわち、主観的因果関係が存在しないことは、錯誤ある事項が表意者にとって重要でないことを意味する。それゆえ、表意者にとって重要でないことまで表意者が情報収集する場合には、重要事項についての調査的を絞ることによって費用を削減できるのとは対照的に、実際上およそありとあらゆることを調査することとなりかねないから、表意者にとっての情報収集コストは大きくなる傾向にあるといえよう。

他方で、このことから、(表意者の利得がある程度知っている)相手方も、当該事項が表意者にとって重要でないと推測するはずである。それゆえ、相手方が情報収集する際にも、表意者におけるのと同様に情報収集費用が嵩んでしまう傾向にあると考えられる。逆に、主観的因果関係が肯定される場合には、そのような重要事項に限って調査を行うことにより、表意者・相手方ともに情報収集費用を低くおさえる。

以上より、主観的因果関係の要件は、情報収集費用の大小をある程度推認させることから、モデル2の分析によって正当化可能だといえる。ただし、この議論は情報収集費用につき一応の傾向を示すものにとどまるため、その正当化はきわめて大まかなものといわざるを得ない。

また、表示上の錯誤に限定すれば、モデル3の観点からも一応の正当化が可能だと考えられる。すなわち、主観的因果関係の不存在は、錯誤の有無にかかわらず表意者が当該意思表示を行うことを意味するから、当該錯誤の有無による表意者の利得の変動が小さいことを含意する。それゆえ、錯誤のある取引に伴うリスクは、小さくなる傾向にあるといえる。したがって、主観的因果関係の不存在は、訴訟費用 L を固定すれば錯誤無効を否

定する方向に働く。逆に、この要件の存在はリスクが大きいことを推認するといつてよい。以上より、モデル3の分析からも一応の正当化が可能である。

(3) 客観的重要性

まず、この要件にモデル1の分析を直接に援用することはやや困難である。というのも、通常人がどう考えるかということは、表意者の目的物の主観的評価如何ということには直接につながるわけではないからである。ただし、モデル1の仮定を緩めれば、主観的因果関係の認定の補助という限度でモデル1の観点からも正当化が可能ではないかと考えられる。すなわち、主観的因果関係はもっぱら表意者の目的物の主観的価値に依存するものであるから、モデル1の仮定とは異なり、現実には相手方は必ずしもこれを認識しているわけではないし、裁判所にとっても認定が難しいと思われる。また、表意者としても錯誤無効の主張を認めてもらおうと嘘をつくインセンティブがある。このことから、主観的因果関係を直接に問題とすることには場合によっては困難が認められる。

他方で、ある程度均質な社会においては、客観的重要性から主観的因果関係を推認するということが可能である。それゆえ、客観的重要性の要件は、相手方が表意者の利得構造を必ずしも知らない、あるいは裁判所に対するその立証が困難であるという現実に対応して、主観的因果関係の認定の正確性を担保する機能をもつとみることができから、その限度でモデル1の分析による正当化が可能となるのである。

次に、モデル2の分析からこの要件を正当化することが可能であるように思われる。すなわち、客観的重要性が肯定されるような事項は、その重要性故に当事者にとって目につきやすい事項ということができらる。そうであるならば、表意者・相手方ともに当該事項に絞って情報収集することが可能となる結果として、情報収集コストが小さくなることが予想される。それゆえ、過剰な情報収集を防ぐために錯誤無効を認めるというモデル2の議論が当てはまると考えられる。また、客観的重要性が否定される場合には上記の議

論と逆のことがいえると思われる。ただし、この議論もIV 2(2)におけるのと同様に、大まかな正当化にとどまらざるを得ない。

なお、表示上の錯誤に限り、かつ利得構造の不知ということを考慮すれば、モデル3の分析による一応の正当化も可能であろう。すなわち、モデル1の議論と同様に、客観的因果関係の存在は、主観的因果関係の存在を推認することを通じて、錯誤のもたらすリスクが大きくなりがちであることを導く。逆に、客観的重要性のないときは、リスクは小さくなりやすい。それゆえ、客観的重要性の要件を大まかに正当化できるのである。

3 「重大な過失」

この要件は、本稿で展開したモデルの分析をそのまま適用したのでは、正当化するのが困難であるといわざるを得ない。

まず、重過失の有無ということは目的物の主観的価値には影響を及ぼさないであろうから、モデル1の議論は、その前提をすべて維持するなら、この要件とは無関係と考えられる。しかし、モデル1の仮定を緩めるなら重過失要件の正当化の可能性が見えてくる。例えば、モデル1においては、価値の高い品物の紛れ込む可能性 α は一定であることが仮定されていたが、このことは自明でない。すなわち、各当事者の対策如何によっては、この値を小さくすることが考えられるのである。このような場合には、重過失要件によって表意者の錯誤無効の主張を防ぐことで、表意者に α を小さくする行動をするインセンティブを付与しうる。このように、 α の操作可能性を仮定すれば重過失要件を正当化する余地がある。

また、モデル1では、錯誤無効の主張に伴う訴訟費用は、売主にのみかかることが仮定されていた。しかし、実際には訴訟費用は買主にもかかる。それゆえ、このような外部不経済を表意者において内部化し、表意者の事

前の注意や錯誤無効の主張についての適切なインセンティブを与えるため、重過失要件があるということも可能のように思われる。ただし、錯誤無効を封じるという手法は、資源配分の非効率を放置することになりうることから、訴訟費用の算定にコストが伴うことを考慮しても、むしろ損害賠償によって解決する方が適切のように思われる⁷³⁾。

モデル2は情報収集のインセンティブという点に関わりはあるが、モデル2では社会的価値のない情報を前提として議論を組み立てている結果として、情報収集を行うことは望ましくないという帰結になるところ⁷⁴⁾、重過失要件による錯誤無効の主張の制限はむしろ情報収集のインセンティブを与えるものであるから、モデル2の帰結とは正反対の規律であるといわざるを得ない。ただし、モデル2の前提を緩めて社会的価値のある情報を考えたとき、錯誤無効の主張を制限することで表意者の情報収集のインセンティブを付与することは意味のあることであるから、このようにモデル2の前提を変更することで正当化が可能かもしれない。

錯誤無効の制限は一般にリスクを増加させると思われるから、モデル3の観点からの正当化も困難だろう。ただし、モデル3においては、錯誤無効の主張により訴訟費用の分だけロスが生じるから、この費用がある程度大きいときに、事前の(軽微な)注意によって訴訟費用の発生を防ぐ、という理屈で正当化が可能かもしれない。

V. おわりに

IVでの検討は、以下のようにまとめることができよう。モデル1の観点からは、錯誤の分類を正当化することはできなかったが、「法律行為の要素」の要件については、主観的因果関係の要件を中心として、一定の限界はあったものの相当程度緻密な正当化ができた。モデル2の観点からは、表示ある動機の

73) 我妻・前掲注8) 303頁は、錯誤に伴う損害賠償請求につき、解釈論としてはこのような処理を否定しているものの、立法論としては肯定しており、このような既存の学説とも整合しうる解決であるといえる。

74) ラスムセン=エアーズ論文 327頁。

錯誤を区別することをうまく正当化できたが、「法律行為の要素」の要件の正当化は大まかなものにとどまった。モデル3の観点からは、表示上の錯誤を区別することは十分に正当化できたものの、「法律行為の要素」の要件は大まかにしか正当化できなかった。そして、重過失要件については、各モデルの分析をそのまま用いて正当化する、ということではできなかったが、モデルの仮定を緩めることで、正当化の可能性を見いだすことができた。

以上より、効率性の観点から我が国の錯誤に関する法制度には一定の合理性があることが認められる。

なお、以上の検討を前提に解釈論的提案を行うとすれば、モデル2・3による正当化はきわめて大まかなものにとどまったのに対し、モデル1からは相当程度緻密な議論が可能であったこと、モデル1の観点からすれば b_1 の正負が錯誤無効の分水嶺となること、および上述の通り、モデル1の分析からは、従来の主観的因果関係の観念は錯誤無効を認めすぎる嫌いのあることを合わせて考えるなら、主観的因果関係の認められる場合をより限定し、表意者は錯誤に陥っていなかったとしても、対価などの他の条件を調整して意思表示をいただろうといえる場合にも、主観的因果関係がないとして錯誤無効を認めないものと解するべきだといえる⁷⁵⁾。

(あかばね・としみ)

75) ラスムセン=エアーズ論文323頁は、アメリカ法のMistakeの法理におけるbasic assumptionの要件に関して、類似の議論をしている。我が国においてもこのような理解は、前注22)で指摘したような、意思表示における些細な差は意思表示の同一性を害さないという理屈を介することによって、伝統的通説に取り込む、ないしすでに取り込まれていると理解することも可能かもしれない。

児童虐待の処罰に関する考察

2016年4月入学

池田直人

はじめに——問題意識

- 1 児童虐待への法的介入の関心の高まり
- 2 外国の処罰規定の分析の必要性
- 3 量刑事情としての児童虐待の分析の必要性
- 4 本稿の取り組み

I. ドイツ刑法 225 条における「保護を委ねられた者の虐待罪」

1 総説

- (1) 条文構造
- (2) 沿革
- (3) 保護法益および罪質

2 基本犯の構成要件（1 項）

- (1) 客体の属性
- (2) 保護関係
 - a 行為者の配慮または監護に服する者
 - b 行為者の世帯に属する者
 - c 配慮義務者から支配を委ねられた者
 - d 職務関係または労使関係の枠内で行為者に従属的である者
 - e 「単なる好意による関係」の除外

- (a) 事案の概要
- (b) 判旨
- (c) 分析
- (3) 行為態様 1 —— 苦痛の付与

- a 意義
- b 近時の適用例
 - (a) 事案の概要
 - (b) 判旨

(4) 行為態様 2 —— 粗暴な虐待

- a 意義

b 近時の適用例

- (a) 赤ん坊を泣き止ますための揺さぶり
 - ・ 事案の概要
 - ・ 判旨
- (b) 恋人による虐待の事後処理
 - ・ 事案の概要
 - ・ 判旨

(5) 行為態様 3 —— 悪意の配慮義務懈怠による健康侵害

- a 意義
- b 近時の適用例

3 加重的構成要件（3 項）

- (1) 法的性格
- (2) 3 項各号の危険

4 罪数論に関する判例

5 小括

II. アメリカ模範刑法典 230.4 条における「子供の福祉を危うくする罪」

1 模範刑法典 230.4 条の基礎知識

- (1) 条文
- (2) 模範刑法典前の状況——非行寄与罪による処罰
- (3) 主体の限定という態度決定

2 ペンシルバニア州における運用

- (1) 子供の福祉を監督する者
 - a 訪問客—— Com. v. Halye
 - (a) 事案の概要
 - (b) 多数意見
 - (c) Joyce 反対意見
 - b 子供と同居する大人①—— Com. v. Kellam

- (a) 事案の概要
 - (b) 判旨
 - c 子供と同居する大人②—— Com. v. Brown
 - (a) 事案の概要
 - (b) 判旨
 - d 小括
 - (2) 福祉の危殆化
 - a 暴行罪と併存する事例—— Com. v. Ogin
 - (a) 事案の概要
 - (b) 判旨
 - b 福祉危殆化罪単独の事例
 - (a) 配偶者による性的虐待の放置—— Com. v. Cardwell
 - ・ 事案の概要
 - ・ 法廷意見
 - ・ Wieand 補足意見
 - (b) 子供の生活環境の荒廃—— Com. v. Wallace
 - ・ 事案の概要
 - ・ 多数意見
 - 3 補論——「特別な責任を負う者による実力の行使」の正当化
 - (1) 模範刑法典 3.08 条 1 項
 - (2) ペンシルバニア州での運用—— Com. v. Ogin
 - 4 小括
- b 危険の内実を区別する実益
 - (3) 行為主体の限定
 - a 主体限定の非自明性と合理性
 - b 行為主体の諸相
 - c 問題点
 - (4) 常習的虐待
 - a 常習的虐待による加重の根拠
 - b 常習的虐待の内実の諸相
 - c 余罪処罰禁止原則との関係
 - d 行為者の心情による区別
 - (5) 小括
- ## 2 寝屋川事件第 1 審判決の理論的分析
- (1) 罪となるべき事実
 - (2) 量刑理由の分析
 - a 保護法益の理解
 - b 行為の危険性
 - c 行為主体
 - d 常習的虐待
 - (3) 小括

IV. おわりに

はじめに——問題意識

1 児童虐待への法的介入の関心の高まり

いわゆる児童虐待への法的介入が学説や実務において重視されるようになって久しい。刑事法の学説としては、昭和 59 年の中谷瑾子教授の論稿¹⁾を嚆矢として²⁾児童虐待への刑事法的介入が盛んに論じられるようになった³⁾。立法では、平成 12 年に議員立法として「児童虐待の防止等に関する法律」(以下、児童虐待防止法という)が制定された。また、周知の通り、我が国には児童虐待自体

III. 我が国の量刑事情としての児童虐待の理論的分析

- 1 量刑事情としての児童虐待の理論的分析
 - (1) 前提問題
 - a 保護法益
 - b 量刑事情としての考慮の可能性
 - (2) 行為態様の危険性
 - a 危険性の内実の諸相

1) 中谷瑾子「児童虐待と刑事規制の限界」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第三巻』209 頁(有斐閣, 1984)(中谷瑾子『児童虐待を考える』117 頁(信山社, 2003)に再録)(以下では、再録版の頁数を示す)。

2) 林弘正『児童虐待——その現況と刑事法的介入(改訂版)』112 頁(成文堂, 2006)。

3) 昭和 59 年以降の児童虐待に対する刑事法分野の文献については、吉田恒雄編著『日本の児童虐待防止・法的対応資料集——児童虐待に関する法令・判例・法学研究の動向』42-44 頁, 122-124 頁, 404-407 頁〔初川愛美〕, 599-602 頁, 759-761 頁〔岩下雅充〕(明石書店, 2015)が網羅的に紹介を行っている。同書は、1984 年から 2012 年における児童虐待に関する法令、裁判例、法学界の文献を紹介した労作である。

に対する刑罰規定は存在しないもの⁴⁾⁵⁾、裁判においては、現行規定の適用に際して児童虐待の存在を考慮するという形で対処がなされてきたとされる。このように、実務上も学説上も、児童虐待に対する法的介入の関心は高まってきたといえる⁶⁾。

2 外国の処罰規定の分析の必要性

もともと、我が国では、外国における児童虐待への処罰規定の分析が十分になされてきたわけではないように思われる⁷⁾。児童虐待防止法の制定過程における議論では、このことが端的に示された。ここでは、児童虐待を加重処罰する立法例として、ドイツ刑法 225

条の「保護を委ねられた者の虐待罪」の存在が指摘されていた⁸⁾。また、児童虐待を犯罪として明記することと厳罰化は直結しないという観点から、アメリカ法への言及も見られた⁹⁾。しかし、これらの規定が立法過程において詳細に議論されることはなかったのである¹⁰⁾。

児童虐待防止法の制定過程において外国における処罰規定の議論が重視されなかった原因としては、一方では、児童虐待防止法が児童虐待の防止に関する行政上の手続を主として規定する法律であって（1条参照）、児童虐待への刑罰による対処を予定しているものではないということがあると思われる。しかし、他方において、これらの外国法について

4) 児童虐待それ自体の処罰規定を創設する動きはすでに戦前から見られた。例えば、昭和 15 年改正刑法仮案 366 条ないし 368 条や、昭和 36 年改正刑法準備草案 295 条は、児童虐待それ自体を処罰しているといえる規定の新設を提案していた。もともと、昭和 48 年改正刑法草案の段階では、①特別法による諸罰則の活用で足り、②虐待という概念は不明確であるとの理由から、虐待罪の新設が見送られている（法制審議会刑事法特別部会編『改正刑法草案附同説明書』225 頁（1972））。

改正刑法草案の審議過程をある程度明らかにする資料として、法務省「法制審議会刑事法特別部会第五小委員会議事要録」（1964-1970）がある。もともと、第 9 回の議事で虐待罪の創設の必要性には異論がないとされ、第 63 回までは具体的な条文の定め方が議論されているにもかかわらず、第 143 回で虐待罪の規定が削除されており、虐待罪の創設をめぐる議論の詳細は不明である。

昭和 36 年改正刑法準備草案 295 条の解釈方針については、法務省刑事局編『改正刑法準備草案附同理由書』274-275 頁（1962）を参照。

5) 学説においては、児童虐待に対する処罰規定の新設についての議論がすでに相当蓄積されている。例えば、安部哲夫「児童虐待の刑事法的対応について」北陸法学 7 巻 1 号 1 頁、15-17 頁（1999）は、「親権者または監護責任者による児童への虐待傷害罪および虐待致死罪」「親権者または監護責任者による児童への性的虐待罪」の新設を主張する。また、林・前掲注 2)151 頁以下も具体的な条文を提言している。

6) 児童に対する性犯罪については実務的に重要な動向が見られる。すなわち、司法においては児童福祉法 34 条 1 項 6 号に関して最決平成 28 年 6 月 21 日刑集 70 巻 5 号 369 頁が出され、立法においてはいわゆる監護者性交等罪を刑法典に導入する旨の刑法改正案が 2017 年 3 月 7 日に閣議決定された。さらに、長野県においていわゆる青少年保護育成条例が制定されるに至った。これらの動向を分析する論稿として、深町晋也「児童に対する性犯罪規定を巡る現状と課題」法時 88 巻 11 号 73 頁（2016）。

*本稿脱稿後、平成 29 年 6 月 16 日に、「刑法の一部を改正する法律」が第 193 回国会にて可決され、同年 7 月 13 日より施行されている。監護者性交等罪は刑法の新 179 条に定められている。本改正については、加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法改正の概要」ひろば 2017 年 8 月号 52 頁（2017）、今井将人『刑法の一部を改正する法律』の概要 研修 830 頁 39 頁（2017）、樋口亮介「性犯罪規定の改正」法時 89 巻 11 号（予定）（2017）を参照。

*最決平成 28 年 6 月 21 日については、脱稿後、佐野文彦「判批」論ジュリ 22 号 229 頁（2017）に接した。

7) 各国の児童虐待防止制度については、すでに我が国にも詳細な紹介がなされている。例えば、岩井直子編著『児童虐待防止法——わが国の法的課題と各国の対応策』（尚学社、2002）、町野朔ほか編『児童虐待と児童保護——国際的視点で考える——』（上智大学出版、2012）参照。もともと、これらの著作においても、児童虐待を処罰する規定そのものを分析する試みは十分ではなかったように思われる。

8) 太田誠一ほか『きこえますか子どもからの SOS～児童虐待防止法の解説』139 頁 [平湯参考人発言]（ぎょうせい、2001）。同書は議員立法である児童虐待防止法の立法に携わった衆議院議員により執筆されており、制定当初の児童虐待防止法の逐条解説のほか、国会・委員会での議事録や、関係する行政規則が収録されている。児童虐待防止法の国会での審議録については 127 頁以下。

9) 太田ほか・前掲注 8) 143 頁 [平湯参考人発言]。

10) なお、改正刑法準備草案の段階では、諸外国の立法例が考慮されていた（法務省刑事局・前掲注 4) 274 頁）。具体的に紹介されていたのは、当時のドイツ刑法 170 条 d、同 223 条 b 第 1 項、ニューヨーク刑法 1123 条第 2 号である。

の分析の蓄積が乏しかったこともこのような経緯の遠因となったことは疑いがないだろう。立法論を含めた今後の充実した議論のためには、外国における児童虐待への処罰規定の分析を深めていく必要がある¹¹⁾。

3 量刑事情としての児童虐待の分析の必要性

児童虐待への量刑上の対処については、最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁(以下、寝屋川事件という)が示されるに至っている¹²⁾。寝屋川事件は、検察官の求刑の1.5倍の量刑を行った裁判員裁判による第1審判決およびこれを是認した控訴審判決を、量刑不当を理由に破棄した事例であり¹³⁾、裁判員裁判における量刑傾向の意義について判断を示したものとして著名である¹⁴⁾。もっとも、本件自体は、両親からの児童虐待による傷害致死が問題となった事案であった¹⁵⁾。そして、本判決の第1審判決¹⁶⁾は、量刑理由中の犯情に関する部分において¹⁷⁾、次のような指摘を行っている。

「親権者たる親は、児童の生命・身体等を保護すべき重い責務を負っている。特に幼児の生存は親に全面的に依存しており、幼児が親に抵抗したり逆らったり逃げて助けを求めたりすることはほぼ不可能と考えられ、親が幼児を支配することは容易である。それにも

かかわらず、親が、幼児に対し、理不尽な暴行などの虐待を繰り返した場合、幼児は虐待から逃れられないまま肉体的にも精神的にも苦痛を甘え続けなければならず、その場合、幼児の心身の成長や人格形成に重大な影響を及ぼすことが懸念される上、虐待の程度によっては、その生命の安全までも脅かされることとなる。

もとより児童・幼児であってもその生命の尊さが成人に比して劣るものでないことは明らかである。児童・幼児には生きて幸福を追求する権利があり、親であっても虐待によりその権利を侵害することは絶対に許されない。このような観点から考えると、児童虐待を犯す親は、厳しい非難を免れないし、特に幼児虐待については、極めて厳しい非難を免れないものと考えられる。

虐待を犯す親の中には、虐待に当たると考えず軽い気持ちで行っている場合もあり得ると思われ、被告人兩名もこれに当たる可能性がうかがえる。しかし、それは倫理観の欠如と評価すべきものにすぎず、自らに置き換えて考えれば虐待された児童・幼児の苦しみを容易に推知することができるはずである。したがって、たとえ虐待を犯した親が、自らの行いについて虐待であると評価していなかったとしても、これをもって厳しい非難を免れることは許されない。

さらに、近時、児童虐待が社会的にも大き

11) 児童虐待罪立法の検討に際しては諸外国の立法例が大いに参考になるとするものとして、岩井宜子・渡邊一弘「立法論としての『児童虐待罪』」町野朔＝岩瀬徹編『児童虐待の防止——児童と家庭、児童相談所と家庭裁判所』289頁、301頁(有斐閣、2012)。

12) 本判決の評釈としては例えば、楡井英夫「判解」最判解刑事篇平成26年度297頁(2014)、原田國男「裁判員裁判の量刑の在り方——最高裁平成26年7月24日判決をめぐって——」刑事法ジャーナル42号43頁(2014)、小池信太郎「裁判員裁判における量刑傾向——最高裁平成26年7月24日判決の意義」法時1078号1頁(2014)、松宮孝明「判批」法セミ719号111頁(2014)等がある。

13) 楡井・前掲注12)297頁。

14) 本判決の評釈においては、裁判員裁判における量刑の公平性ないし量刑傾向の意義という観点から分析がなされるのが一般的である。例えば、原田・前掲注12)43頁以下、および、小池・前掲注12)1頁。

15) 児童虐待という観点から寝屋川事件の判決を取り上げた論稿として、林弘正「裁判実務における児童虐待事案の刑事法的一考察」法学新報121巻11・12号599頁、609-618頁(2015)。

16) 大阪地判平成24年3月21日刑集68巻6号948頁。

17) 判決においては「1 犯した罪に見合った刑を定めるという観点から特に重視した事情」という表現が用いられている(刑集68巻6号949頁)。この部分がいわゆる犯情を指摘しているものと考えられることについて、波床昌則「判批」刑事法ジャーナル43号173頁(2014)、楡井・前掲注12)298頁。他方で、間光洋「判批」季刊刑事弁護80号73頁(2015)は、幼児虐待を犯情事実ではないと位置づける(なお、間は被告人Yの弁護人である)。また、不保護を伴う虐待を「犯罪事実そのもの(審判の対象となっている犯罪行為に直接かかわる事実)でない事実」と位置づける評釈として、伊藤博路「判批」名城大学ロースクール・レビュー33号109頁(2015)。

な問題と認識されており、児童虐待を防止してその生命等を守るために、いわゆる児童虐待防止法等の改正が重ねられるとともに、親権停止制度を新設するなどの民法等の改正が図られており、このような社会情勢も行為責任を検討するに当たっては考慮すべきである。

以上によると、本件のように保護すべき立場にある親が、児童、特に幼児を理不尽な暴行などで虐待することによって死亡するに至らした傷害致死の事案では、その行為責任は重大なものと評価すべきである¹⁸⁾。

この第1審判決は量刑事情としての児童虐待の意義を一般的かつ詳細に論じているものの、上告審で破棄されている。破棄の直接の理由は、従来の量刑傾向から大幅に逸脱することについての具体的説得的論拠が示されているとは言い難いというものであるが¹⁹⁾、結果的には量刑事情として児童虐待を考慮することに対して、一定の限界が示されたともいえる。また、いみじくも本件の上告審判決は、「量刑が裁判の判断として是認されるためには、量刑要素が客観的に適切に評価され、結果が公平性を損なわないものであることが求められる」と述べている²⁰⁾。このような観点からは、量刑事情としての児童虐待についての検討が深められるべき段階に至っていると思われる²¹⁾。

裁判例を検討するという試みについては、すでに林弘正教授が、児童虐待が現れた裁判例を広く紹介するというアプローチをとられている²²⁾。林教授のアプローチは個別の事案について検討を加えていくというものであり、このようなアプローチが有意義であることには疑いが無い。もっとも、寝屋川事件上告審判決のいう量刑要素の客観的評価という要請を満たすためには、各裁判例の個性からやや距離を置いた理論的分析も必要であろう。現状、そのような理論的分析が十分になされているとは言い難い²³⁾。かくして、量刑事情としての児童虐待を理論的に分析するという課題が立ち現れる。

4 本稿の取り組み

本稿では、以上で述べたように、外国における児童虐待への処罰規定の分析が必要であり、また、量刑事情としての児童虐待の検討が必要であるという問題意識を念頭に置いて、次の2つのテーマに取り組む。第1に、外国における児童虐待への処罰規定の分析として、ドイツ刑法225条およびアメリカ模範刑法典230.4条について検討する（IおよびII）。これらの規定については昭和59年に中谷教授がその存在をすでに指摘されており²⁴⁾、また、特にドイツ刑法225条は児童

18) これに引き続く犯情の部分においては、「(2) 態様が甚だ危険で悪質であること」「(3) 結果の重大性」「(4) 身勝手な動機・不保護を伴う常習的幼児虐待」「(5) 被告人兩名の間で刑事責任に差異がないこと」という4つの項目を列挙している。各項目の中で用いられている表現に鑑みると、これらの項目はいずれも親による幼児虐待に関係する事柄を論じているものと考えられる。

19) 第1審判決の犯情の評価自体は上告審においても是認されているものと解される。最高裁は、「第1審判決の犯情及び一般情状に関する評価について、これらが誤っているとまではいえないとした原判断は正当である」と述べている（刑集68巻6号928頁）。なお、楡井・前掲注12）315頁。

20) 刑集68巻6号928頁。

21) 幼児虐待の果ての傷害致死事案が現在では1つの社会的類型となっており、同種事案における量刑傾向を前提とした争点整理を念頭に置く必要があると指摘するものとして、山崎学『公判前整理手続の実務』162頁以下（弘文堂、2016）。また、同163頁注20は、本件被告人の弁護人としては、実行行為内容、主体、危険性等に着目すべきとする。

22) 林・前掲注2）126-150頁、林弘正『児童虐待Ⅱ 問題解決への刑事法学的アプローチ（増補版）』125-216頁、301-358頁（成文堂、2011）、林弘正「児童虐待をめぐる現況と課題」刑事法ジャーナル12号2頁、8-11頁（2008）、林・前掲注15）609-627頁。

23) 児童虐待について裁判所の量刑の中で重視されている要素に言及するものとして、佐伯仁志ほか「座談会（刑事政策研究会（新連載・1）児童虐待）」ジュリ1426号141頁以下〔金発言および岩佐発言〕（2011）参照。また、岩瀬徹「ある虐待事件を通じてみた児童虐待への法的介入の問題点」町野ほか編・前掲注11）313頁、331-332頁も参照。

24) ドイツ刑法225条の前身規定たるドイツ刑法223条bについては、中谷・前掲注1）129頁。また、アメリ

虐待防止法の制定過程で言及されているからである²⁵⁾。第2に、主に傷害（致死）罪を念頭に置いて、量刑事情としての児童虐待の考慮に関連して問題となる論点を外国法の分析から得られる視点も踏まえつつ検討し、最後に、寢屋川事件第1審判決の理論的分析を行う（Ⅲ）。

ドイツ刑法 225 条における I. 「保護を委ねられた者の虐待罪」

本章では、ドイツ刑法 225 条の「保護を委ねられた者の虐待罪」（以下、被保護者虐待罪と呼ぶこともある）を検討する。

1 総説

(1) 条文構造

被保護者虐待罪は、単純傷害罪（223 条）を基本条文とする刑法典第 17 章の「身体の完全性に対する罪」の中に規定されている²⁶⁾。本罪を規定するドイツ刑法 225 条は、以下の通りである。

225 条 保護を委ねられた者の虐待²⁷⁾

第 1 項 18 歳未満の者、もしくは、虚弱もしくは疾病のため抵抗不能の者であつて、

1. 自己の配慮もしくは監護に服する者、
2. 自己の世帯に属する者、
3. 配慮義務者から自己の支配に委ねられた者、もしくは、
4. 職務関係もしくは労使関係の枠内で自己に従属的である者

に苦痛を与え、もしくは粗暴に虐待した者、または、これらの者を配慮する自己の義務を悪意で怠ることによりこれらの者の健康を害した者は、6 月以上 10 年以下の自由刑に処する。

第 2 項 本罪の未遂は処罰する。

第 3 項 行為者が、行為により、保護を委ねられた者を、

1. 死亡もしくは重い健康侵害の危険、または
 2. 身体もしくは精神の発達に対する相当な侵害の危険
- にさらしたときは、1 年以上の自由刑

カ模範刑法典 230.4 条については、中谷・前掲注 1) 165 頁。

25) なお、児童虐待防止法制定時の議論ではフランス刑法についても言及があった（太田・前掲注 8) 140 頁 [平湯参考人発言]。また、岩井＝渡邊・前掲注 11) 301 頁は、日常的な虐待行為を適切に評価しうる構成要件の立法方法という観点から、常習的な虐待行為を加重処罰類型とするフランス法の立法経緯および運用の分析が有効であるとす。しかし、本稿ではフランス刑法は取り扱わない。これはひとえに筆者の語学力に起因するものであり、今後の検討課題としておきたい。

26) 同章の他の規定として、危険傷害罪（224 条）、重傷害罪（226 条）、傷害致死罪（227 条）等がある。

27) BGBl. 1998 Teil 1, S. 175. 条文の翻訳については、法務省大臣官房司法法制部編「ドイツ刑法典」法務資料第 461 号 142 頁（2007）を参照したものの、適宜修正を施している。原文は以下の通りである。

§ 225. Mißhandlung von Schutzbefohlenen.

(1) Wer eine Person unter achtzehn Jahren oder eine wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Person, die

1. seiner Fürsorge oder Obhut untersteht,
2. seinem Hausstand angehört,
3. von dem Fürsorgepflichtigen seiner Gewalt überlassen worden oder
4. ihm im Rahmen eines Dienst— oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist,

quält oder roh mißhandelt, oder wer durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für sie zu sorgen, sie an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter die schutzbefohlene Person durch die Tat in die Gefahr

1. des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung oder
2. einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

を言い渡すものとする。

第4項 第1項のうち比較的重くない事案では、3月以上5年以下の自由刑を、第3項のうち比較的重くない事案では、6月以上5年以下の自由刑を言い渡すものとする。

本罪は、一定の客体への「苦痛の付与(Quälen)」、「粗暴な虐待(rohe Mißhandeln)」、「悪意の配慮義務懈怠による健康侵害(Gesundheitsschädigung durch eine böswillige Vernachlässigung der Solgepflicht)」を基本犯として処罰している(1項)。本罪の未遂は処罰される(2項)。死亡の危険、重大な健康侵害の危険、または、身体的もしくは精神的発達に対する相当な危険を惹起した場合には、基本犯より重く処罰される(3

項)。軽微な事案における減軽規定も設けられている(4項)。

児童虐待に対する処罰規定の分析という問題意識に鑑みて、本稿では1項および3項(特に2号)を主たる検討対象としたい。

(2) 沿革

被保護者虐待罪の前身となる規定は、1912年の刑法改正時に、刑法223条a第2項として創設された²⁸⁾。そして、ナチス政権下の1933年の刑法改正時に、刑法223条bとして独立の条文となった²⁹⁾³⁰⁾。この際に、現在の225条1項とほぼ同様の構成要件が規定されている。その後、数度の技術的改正を経て³¹⁾、1998年の第6次刑法改正により、現行の規定となった。この改正により、条文は223条bから225条へと移された³²⁾。1998年の改正内容を表にまとめると以下の通りに

28) 具体的な規定は以下の通りである (RGBl. 1912, S. 396)。

223条a

第2項 18歳未満の者、または、虚弱もしくは疾病のため抗拒不能の者であつて、自己の配慮もしくは監護に服する者、自己の世帯に属する者、配慮義務者から自己の支配に委ねられた者を、残虐(grausam)に、または、悪意をもって(boshaft)取り扱うことにより傷害罪が犯されたときも、同様の刑〔2月以上の軽懲役——筆者注〕とする。

なお、第1項はいわゆる危険傷害罪(現行刑法224条)を規定していた。

本条の概観については、Leif Seeger, Die Misshandlung von Schutzbefohlenen nach §225 StGB, 2014, S. 12 ff. 参照。同書は、ドイツ刑法225条に関して網羅的に検討を行ったモノグラフである。

29) 具体的な規定は以下の通りである (RGBl. 1933 Teil 1 S. 296 f.)。

223条b

第1項 児童、少年、または、虚弱もしくは疾病のため抗拒不能の者であつて、自己の配慮もしくは監護に服する者、自己の世帯に属する者、配慮義務者から自己の支配に委ねられた者、または、職務関係もしくは労使関係の枠内で自己に依存的(abhängig)である者に苦痛を与え、もしくは粗暴に虐待した者、または、これらの者を配慮する自己の義務を悪意で怠ることによりこれらの者の健康を害した者は、3月以上の軽懲役に処する。

第2項 刑は、特に重い事案では5年以下の懲役とする。

本条の概観については、Seeger, a.a.O.(Anm.28), S. 24 ff. を参照。

30) 1933年改正については、我が国においても、ナチスによる立法活動の重要なものとして認識されていた。改正当時のドイツ刑法223条bについて紹介した邦語文献として、不破武夫「ナチス刑事立法の概観」法時6巻3号18頁、20頁(1934)。

31) 以下、簡単に改正の内容を記しておく。まず、刑の種類の変更が行われた1969改正では、①基本犯の法定刑が、3月以上5年以下の自由刑に改められ、②特に重大な事案についての法定刑が1年以上5年以下の自由刑に改められた(BGBl. 1969 Teil 1, S. 657)。1973年改正では、客体について「児童または少年」とされていたのが「18歳未満の者」に改められた(BGBl. 1973 Teil 1, S.1730)。1974年改正では、比較的軽微な事案についての減軽規定が初めて創設された(法定刑は3年以下の自由刑または罰金)(BGBl. 1974 Teil 1, S. 488)。現行規定への改正直前の改正である1994年改正では、①基本犯の法定刑が6月以上5年以下の自由刑に引き上げられ、②比較的軽微な事案の法定刑が5年以下の自由刑または罰金に引き上げられ、③特に重大な事案についての法定刑が1年以上10年以下の自由刑に引き上げられ、④特に重大な事案について、(ア)死亡もしくは重大な健康侵害の危険、または、(イ)身体もしくは精神的発達への相当な侵害の危険を惹起した場合には、通常は特に重大な事案とするという規定が設けられた(BGBl. 1994 Teil 1, S. 3187)。

1969年改正についてはSeeger, a.a.O.(Anm.28), S. 33, 1973年改正についてはSeeger, a.a.O.(Anm.28), S. 33f., 1974年改正についてはSeeger, a.a.O.(Anm.28), S. 34, 1994年改正についてはSeeger, a.a.O.(Anm.28), S. 35f. をそれぞれ参照。

32) Vgl., Schlücher (Hrsg.), Bochumer Erläuterung zum 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998 S. 37 ff.

なる。

(表 1)

改正内容	改正前	現行規定
1項4号部分の文言	依存的 (abhängig)	従属的 (untergeordnet)
基本犯の法定刑	6月以上5年以下の自由刑	6月以上10年以下の自由刑
未遂処罰	なし	新設
加重の枠組み	特に重大な事案+推定	加重的構成要件
比較的重くない事案の処理	①罰金刑あり ②基本犯と加重を分けない	①罰金刑の削除 ②基本犯と加重を分ける

基本犯の法定刑の上限が倍に引き上げられていることや、罰金刑が法定刑から削除されたことから、本罪が厳罰化の方向で改正されていることがうかがえる。

(3) 保護法益および罪質

本罪の基本犯における保護法益は、列挙された客体の身体の完全性 (körperliche Unversehrtheit) および精神の完全性 (psychische Integrität) である³³⁾。そして、加重的構成要件ではさらに、客体の生命、および、身体的あるいは精神的な発達が保護法益である³⁴⁾。人の身体の完全性を保護法益としている単純傷害罪とは、保護法益の点で共通する面と共通しない面があることがわかる³⁵⁾。

通説によれば、身体の完全性という観点からは、本罪は単純傷害罪の加重的構成要件という性格を有しており、他方で、精神の完全性という観点からは独自の構成要件という性

格を有している³⁶⁾。

単純傷害罪と本罪の基本犯の条文の文言を比較すると³⁷⁾、次の3点を指摘することができる。第1に、本罪の1つ目の行為態様である「苦痛の付与」は、単純傷害罪には存在しない行為態様である。第2に、本罪の2つ目の行為態様である「粗暴な虐待」については、「虐待」という文言は両者で共通している一方で、本罪では「粗暴な」という文言が追加され、「身体的に」という文言が削除されている。第3に、本罪の3つ目の行為態様である「悪意の配慮義務懈怠による健康侵害」については、「健康を害する」という文言は共通している一方で、本罪では「自己の義務を悪意で怠ることにより」という文言が追加されている。

以下では、1項および3項の解釈論を概観したうえで、罪数論に関する判例も取り上げる。

2 基本犯の構成要件 (1項)

ここでは、基本犯の構成要件を検討する。被保護者虐待罪の構成要件は複雑であるから、念のため、本罪の概観図を掲げておく。

(図 1)

I 客体 (1) 客体自身の属性: 「18歳未満の者」または「虚弱もしくは疾病のため抵抗不能の者」 かつ
--

33) BGH NJW 2015, 3047 (2015年8月4日判決), Rn. 30; Joecks/Miebach/Hardtung, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch/Strafgesetzbuch, Band 4, 2. Aufl., 2012, §225 Rn. 1; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, Strafgesetzbuch/Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, §225 Rn. 1; Lachner/Kühl, StGB Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2014, §225 Rn. 1.

なお、後者3つにおいては、Integritätという単語に代えて、Unversehrtheitという単語が用いられているが、BGH NJW 2015, 3047の判旨ではJoecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225が引用されているため、これらは同一の内容を指しているものと考えてよいだろう。ここでは、判例の表現に従っておく。

34) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn.1.

35) Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §223 Rn. 1. 単純傷害罪について一般的には精神的侵害は捕捉されていない。藪中悠「ドイツ刑法における傷害概念と精神的障害」法学政治学論究99号38頁(2013)参照。

36) 以上、Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 1/2; Jähne/Laufhütte/Odersky/Hirsh, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 2000, §225 Rn.1; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 3; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 7. Aufl., 2003, §225 Rn. 2; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 1; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl., 2016, §17 Rn. 1.

37) 単純傷害罪の実行行為は、①他人を身体的に虐待すること、または、②他人の健康を害することである(223条1項)。法定刑は5年以下の自由刑または罰金である。

(2) 行為者と客体との関係性：1項各号列挙 II 行為 (1) 苦痛の付与 または (2) 粗暴な虐待 または (3) 悪意の配慮義務懈怠による健康侵害 III 加重規定 (3項) (1) 死亡の危険もしくは重大な健康侵害の危険の惹起 (1号) または (2) 身体もしくは精神の発達に対する相当な侵害の危険の惹起 (2号) IV 未遂処罰 (2項) V 法定刑 (1) 基本犯：6月以上10年以下の自由刑 (1項) (2) 加重規定：1年以上の自由刑 (3項) (3) 比較的重くない事案の減輕 ①基本犯：3月以上5年以下の自由刑 (4項) ②加重規定：6月以上5年以下の自由刑 (4項)

(1) 客体の属性

被保護者虐待罪の客体は、「18歳未満の者」または「虚弱もしくは疾病のため抵抗不能の

者」でなければならない (1項)。

「18歳未満の者」とは、児童 (19条) および少年 (少年裁判所法1条2項) であるとされている³⁸⁾。

次に、抵抗不能 (wehrlos) とは、行為者の実行行為に抵抗することが一般的または一時的にできない、あるいは、不十分にしかできないことをいう³⁹⁾。抵抗不能性は、無力性 (hilflos) よりも緩やかな概念であるとされており⁴⁰⁾、実行行為から逃走することができる者は無力ではないが抵抗不能ではありうる⁴¹⁾。

虚弱 (Gebrechlichkeit) とは、運動能力の障害に表れる身体の健康上の障害をいう⁴²⁾。該当例としては、身体上の欠損のほか、年齢による弱さや聾啞が挙げられている⁴³⁾。

疾病 (Krankheit) とは、あらゆる病的状態をいい、人為的に惹起されたかどうかは問わない⁴⁴⁾。意識不明状態⁴⁵⁾や強度のアルコール酩酊⁴⁶⁾は疾病に含まれるとされている。

「虚弱または疾病のために抵抗不能の者」

38) Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5; Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 3; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 3; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Aufl., 2010, §225 Rn. 9.

なお、児童とは14歳未満の者をいい、少年とは14歳以上18歳未満の者をいう。

39) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 11. 抗拒不能性の定式化にはいくつかのバリエーションがある。例えば、Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4は、「虐待に対して、一般的に、または、相当な方法で抵抗することができる能力がない」とする。また、Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4は、「行為者の実行行為に抵抗する可能性が相当に低下させられている」場合には抗拒不能であるとする。さらに、Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5は、実行行為から身を守ることができない者、としている。

40) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 11. 抵抗不能は無力とは同じではないとするものとして、Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn.4; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl Rn. 2.

41) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn.4; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 11.

42) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 10; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn.3.

43) Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl Rn. 2; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn.3. なお、身体上の欠損と年齢のみを挙げるものとして、Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn.4.

44) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl Rn. 2; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 10. なお、Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4は、疾病を223条の健康侵害と同じ意味 (健康性の負の方向への逸脱) として解する。

45) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 4/5.

46) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 4; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33),

への該当が否定される例として、通常の妊娠や、被害者の拘束状態（Fesselung）が挙げられている⁴⁷⁾。

(2) 保護関係

被保護者虐待罪が成立するためには、行為者と被害者との間に一定の関係性が必要である。1項はそのような関係性を4つ列挙している。この関係性は、一般に「保護関係」と称されている⁴⁸⁾。

a 行為者の配慮または監護に服する者

1号が定めるのは、行為者の「配慮（Fürsorge）または監護（Obhut）に服する者」である。

配慮関係とは、行為者が被保護者の身体的または精神的健康を世話すべき関係性であって、比較的長い継続性を念頭に置くもの、と

されている⁴⁹⁾。このような関係性の発生根拠としては、法令（民法1626条による親、民法1793条による後見人など）、契約、当局による委託が挙げられている⁵⁰⁾。単なる好意による関係は、ここにいる配慮関係には当たらないとされている⁵¹⁾。

監護関係とは、狭い空間的關係において短期間、被害者の身体を直接に監督することを義務付けられた関係をいう、とされている⁵²⁾。この関係性は先行行為によって発生しうる⁵³⁾。

b 行為者の世帯に属する者

2号における行為者の「世帯に属する者」とは、世帯主としての行為者と共に家族的共同体で生活している者をいう⁵⁴⁾。この関係は事実上のもので足りる⁵⁵⁾。

§225 Rn. 4; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 10; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 4/5; Lachner/Kühl, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 2.

47) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 4; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 11; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 3; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 4/5. 通常の妊娠についてのみ言及するものとして, Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 4.

48) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 5; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 4; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn.4; Lachner/Kühl, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 3; Rengier, a.a.O. (Anm.36), §17 Rn. 3.

49) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 6; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 6; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7. なお, 身体的または精神的健康を世話することを求める法的請求権を行為者に対して持っている関係性と定式化するものとして, Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 5.

50) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 6; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 6; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 5; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7; Lachner/Kühl, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 3. なお, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5 は, 重要であるのは委託や契約の有効性ではなく, 保障の事実上の引受けであると指摘する。

51) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 6; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 6; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 5; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7; Lachner/Kühl, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 3; Rengier, a.a.O. (Anm.28), §17 Rn. 3; BGH NJW 1982, 2390. この判例については, e で改めて取り扱う。

52) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 7; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 5; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7.

53) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 5; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7.

54) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 8. Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 7. は, 「長期的または一時的にすぎなくとも家族的な生活に迎えられる者」とする。刑罰を基礎づけるという観点から, 該当範囲を狭くすべきとする見解として, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 6. 自身が世帯を持つ者を除外する見解として, Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 8.

55) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 8; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 6.

○ 配慮義務者から支配を委ねられた者

3号は、行為者が配慮義務者から被害者の支配を委ねられた場合を定める⁵⁶⁾。本号については、事実上の関係があれば足りるとされており⁵⁷⁾、具体例として、親が子供を隣人に短時間預ける場合が該当するとされている⁵⁸⁾。他方で、元の配慮義務者と支配を委ねられる者の両者の意思に基づく引渡しが要求されている⁵⁹⁾。したがって、親の知らない間に行行為者により支配が設定される場合は本号には当たらない⁶⁰⁾。なお、条文の文言は「配慮」となっているが、これは、3号から「監護」を除外するという趣旨ではない⁶¹⁾。

○ 職務関係または労使関係の枠内で行為者に従属的である者

4号は、「職務関係または労使関係の枠内で(行為者に)従属的である者」と定めてい

る。すなわち、被害者は加害者と、職務関係または労使関係の枠内で従属的な関係でなければならない。

職務関係の典型例は、公務員法上の関係や軍法上の関係とされる⁶²⁾。また、労使関係については、純然たる雇用契約以外に、雇用契約に準じる関係性も含むとされている⁶³⁾。これらの関係性を基礎づける法律関係の適法性や有効性は重要ではなく⁶⁴⁾、上司の指示への拘束性が重要であるとされている⁶⁵⁾。したがって、使用者には、いわゆる中間職も含まれる⁶⁶⁾。

勤務外に行われた行為者による攻撃は、本号では捕捉されない⁶⁷⁾。もっとも、その理由づけの表現は論者によって微妙に異なっている。例えば、勤務時間外においては行為者に義務違反が存在しないという理由づけを採用する見解⁶⁸⁾や、仕事関係外においては行

56) このような関係性が重い処罰を基礎づける理由として、Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9は、「行為者に引き渡された地位の濫用」という点を指摘する。

57) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 8; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 7; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 7; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 3.

58) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 7; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9.

59) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 8; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 7; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 7.

60) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 7; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9.

61) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 9; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 8; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 7.

62) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 8.

63) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 8; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 10.

64) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9.

65) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 9; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 10。「行為者と被害者のヒエラルキー」という点を指摘する見解として、Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9.

66) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 8; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 10.

67) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 8; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 10.

68) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 9の次の指摘が示唆的である。すなわち、「徒弟は自由時間においても親方の虐待に抵抗することへの高度のためらいを有していることがありうるということは、以上

為者の攻撃は依存関係を濫用しているわけではないという理由づけを採用する見解⁶⁹⁾がある。

「従属的」という文言は、刑法174条1項2号（保護を委ねられた者の性的虐待罪）および刑法180条3項（未成年者性行為援助罪）と平仄を合わせたものである⁷⁰⁾。

e 「単なる好意による関係」の除外

第1項で見た通り、単なる好意による関係では行為者が「配慮……する者」（1号）には該当しない。ここでは、このことを判示した連邦通常裁判所の判例⁷¹⁾を取り上げる。本判決は、保護関係の意義について、興味深い判示を行っている。

(a) 事案の概要

本件の被告人の女性は、40歳の時に、当時79歳であった被害者の老婦人と知り合った。2人は一緒に海外へ休暇旅行に行くほどに交際を深めた。2人が知り合ってから約7年後、被害者がかなり進行した癌に罹患していることが発覚した。被害者は世話を必要とする状況だったが、晩年を社会福祉施設ではなく、住み慣れた環境で過ごすことを希望した。被害者は、自分の姪が所有する建物に3室からなる住居を有していた。この姪は、別の親族と同様に、自分には被害者の世話を引き受けることができないと思った。そこで、被告人が被害者を無償で世話しようと申し出た。被告人は、被害者の住居の1部屋を利用して、被害者の世話を手伝っていた。もっとも、被告人自身の住居は別に維持しており、被告人は自身の住居がある地域で電話交換手として勤務しつつ、出勤前と帰宅後に被害者の住居で被害者の世話をしていた⁷²⁾。

以上の事実認定に基づいて、原審は、本罪

の当時の規定である1975年刑法223条b第2項（特に重い事案の加重規定）の充足を認めて、被告人を有罪とした⁷³⁾。連邦通常裁判所は、本件の被害者が「自己の配慮……に服する者」（1項1号）に当たるどうかを問題とした。

(b) 判旨

連邦通常裁判所は、本件において223条b第1項の意味における保護関係が認められるのは、行為者が被害者を配慮する義務を法的義務として引き受けていた場合に限られるとし、「単なる好意による関係（bloß Gefälligkeitverhältnis）である場合」には、223条b第1項の意味における保護関係には当たらないと結論を述べたうえで、以下のように述べている。

「そのような関係の場合に刑法223b条を適用することは、（配慮義務者による委託の場合がありうるがこれは別として）本条に規定されている他の保護関係に合致しない。本条に規定されている他の保護関係が示すのは、刑法223条bにおける特別な規律の根拠は、とりわけ、権威関係（Autoritätsverhältnis）および依存関係（Abhängigkeitsverhältnis）にある被害者は、行為者への恐怖（Furcht）あるいは尊敬の念（Respekt）ゆえに、あえて行為者に抵抗しようとしないう点、および、この行為者は自らに課せられた義務に自らの行為によって違反しており、あるいは、この行為者は自らに与えられている権限を濫用しているという点に見いださるうということである……」。

そして、連邦通常裁判所は原審が認定した上記事実関係を述べたうえで、「被告人はいつでもこういった世話を辞めることができた

のこと（職務時間外での攻撃が本条から除外されること——筆者注）を妨げない；なぜならば、法は、支配への服従性やそれに通常伴う抵抗態勢の低下を、可罰性を基礎づける観点、あるいは、可罰性を高める観点としているわけではなく、被保護性およびそれに伴う行為者の特別な義務違反をそのような観点としているからである。

69) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 10.

70) Schlücher (Hrsg.), a.a.O.(Anm.32), S. 39 Rn. 3. ここでは、この文言により行為者と被害者との間に序列関係が要求されることが指摘されている。現行規定へと改正された1998年以前の条文においては、「依存的（Abhängig）」という文言が用いられていた。

71) BGH NJW 1982, 2390 (1982年5月5日判決)。

72) 以上、BGH NJW 1982, 2390 (1982年5月5日判決) Rn. 4.

73) 判決文からは、被告人が具体的にいかなる行為を行ったかは明らかではない。これは、本件の争点があくまでも、本文に挙げた事実関係から「自己の配慮もしくは監護に服する」といえるかどうかからであろう。

はずなのであるから、以上の……認定は、被告人によって法的義務が引き受けられていたことを示しているというよりもむしろ、被告人によっては法的義務が引き受けられていなかったことを示している。少なくとも、原審は、以上の事実に入り込んで取り組むことを放棄してはならなかった」と述べ、被告人にとって、被害者は「自己の配慮……に服する者」に当たらないとした。

(c) 分析

本判決からは、保護関係の趣旨について示唆的なくつかのポイントが読み取れる。

第1に、保護関係の基本的な趣旨は、①行為者と権威関係や依存関係にある被害者は、恐怖や尊敬の念ゆえにあえて抵抗しようとする点、②行為者が自己の義務違反ないし権限濫用をしている点、という2つの観点を捕捉することにあると解される。

第2に、この①②という観点は、配慮義務者による委託(3号)の場合には妥当しないとされている。学説には、「単なる好意による関係」であっても3号には該当するという見解がある⁷⁴⁾。もっとも、この学説の理解においても、3号の場合に、①②のいずれかの方の観点は妥当すると考えているのか、それとも、①②以外の観点から処罰を基礎づけているのかは、必ずしも明らかではない。

第3に、本判決は「単なる好意による関係」

が1号には当たらないという結論を採用したものの、事実関係の評価に当たっては、「いつでも世話を辞めることができた」ということが重視されているように思われる。

(3) 行為態様1——苦痛の付与

a 意義

被保護虐待罪の第1の行為態様は「苦痛の付与」である。

判例によれば、「苦痛の付与」とは、「比較的長く持続もしくは反復する、身体的または精神的な性質の(相当な)痛みまたは苦しみを惹起すること」と定義される⁷⁵⁾。通説も同様の定義を採用している⁷⁶⁾。

通説および判例によれば、本罪の保護法益には精神の完全性も含まれるという理由から、純然たる精神的苦痛の惹起も「苦痛の付与」に当たるとされる⁷⁷⁾。精神的苦痛が認定された場合の「苦痛の付与」による被保護者虐待罪は、単純傷害罪を超えた独自の不法内容を有する構成要件であると解されている⁷⁸⁾。純然たる精神的苦痛を与える場合の典型例としてしばしば挙げられるのは、子供を長時間暗い地下室に閉じ込めるという例である⁷⁹⁾。

「苦痛の付与」の定義のうち、「比較的長く持続する」苦痛の惹起は、1回の攻撃によって、通常よりも長引く苦痛が与えられる場面を念頭に置いている⁸⁰⁾。

74) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 5; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 5.

75) BGH NSTZ—RR 2015, 369 (2015年7月23日判決) Rn. 18; BGH NJW 2015, 3047 (2015年8月4日判決) Rn. 30.

76) Jähne/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 12; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 11; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 13; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 10; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 12; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl Rn. 4; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 5.

77) BGH NJW 2015, 3047 (2015年8月4日判決) Rn. 30. Jähne/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 12; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 12; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 13; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 11; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 12; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 5. もっとも、Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 13は、身体的症状と結びつくことを要求する。

78) Jähne/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 1; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 3; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 1; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 1.

79) Jähne/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 12; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 11; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 12; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 5.

80) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 13.

「反復する」苦痛の惹起は、複数回の攻撃が積み重なることで苦痛が与えられる場面を念頭に置いている⁸¹⁾。反復性を基礎づける事情として、虐待行為の同質性や時間的・場所的近接性は必須ではない⁸²⁾。その一方で、新旧の攻撃の間の関係性の十分な変化や、行為者の感情的状態の変化によって、反復性が失われうるとされている⁸³⁾。行為が「反復する」に当たる場合、行為者の故意の内容として、①最初の攻撃の段階で、反復的に被害者に苦痛を与えることについての未必の故意、および、②反復されている各攻撃のたびに、最初の攻撃を意識していることを要求する見解がある⁸⁴⁾⁸⁵⁾。

b 近時の適用例

苦痛の付与への該当が認められた近時の判例として、2015年8月4日の連邦通常裁判所判決⁸⁶⁾がある。

(a) 事案の概要

被害者はごく幼い頃から、遺伝性疾患である腭線維症に罹患していた子供であり、この疾患のために、継続的に様々な医療的処置を受けなければならない状況にあった。被害者は12歳の時、母親(共同被告人)と共に、「導師」と称される被告人男性の世帯に移り住んだ。被害者への処置の必要性を認識していた両被告人は、転居時まで実施されていた医療的処置を継続しようとせず、処置を継続するかどうかの決断を被害者に委ねていた。両被告人は、必要な医薬品や器具類の使用を全くないし不十分にしか認めなかった。また、被害者が実父に連絡をすることは両被告人によって徹底的に阻止されていた。自分の判断の影響を十分に認識していなかった被害者は、煩わしい医療的処置をしなくて済むことを嬉しく思い、処置を要求しなかった。男性

被告人は被害者に対して、被害者が毎日何度も自分と一緒に瞑想すれば被害者の(原因が治療可能でない)病気は18歳までに治療されると約束し、この約束を被害者は信じた。

このような経緯を経て、被害者の容態は急激に悪化した。具体的には、肺の機能が部分的に回復不能なほどに喪失したために、ほんの少し体を動かしても呼吸困難が始まり、絶え間ない頭痛に悩まされた。遅くとも引越してから一年半後には痛みが生じていた。両気管支はひどく痰詰まりになり、3年間成長したにもかかわらず体重が増えず、その結果、ひどい栄養失調になった。被害者の容態は生命を脅かすほどになり、処置をしなければほんの数週間のうち死に至るような状況になった。

(b) 判旨

このような事実関係の下で、連邦通常裁判所は、不作為による「苦痛の付与」を認めた原審の認定を、以下のように述べて支持した⁸⁷⁾。

「地裁が法的瑕疵なく認定したところによれば、公訴参加人(被害者のこと——筆者注)に対して必要とされる薬剤による処置、療養上の処置、および、医師による処置の不作為は、進行性の能力低下、肺機能の相当な衰弱、深刻な栄養失調、絶え間ない頭痛、および、ついにはさらに、酸素欠乏のために指先が青くなるに至り、その際に、遅くとも2001年の中ごろ(転居の1年半後——筆者注)には苦痛(Beschwerden)および痛みが生じ、持続的に高まった。酸素の飽和量がどんどん遁減することを伴う気管支への痰詰まりの進行、深刻な栄養失調、および、これによりもたらされた被害者の能力の低下は公訴参加人に対する相当な苦しみを具現化した。さら

81) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

82) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

83) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

84) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

85) 「苦痛の付与」に関する主要な論点として、故意以上に特別な主観的要素が必要か、というものがある。学説においては必要説と不要説が対立していたところ、近時、連邦通常裁判所は、①沿革的な理由、および、②実際の苦痛の付加という制限的な構成要件要素が存在するという理由に基づいて、不要説に立つことを明言した。Vgl., BGH NStZ-RR 2015, 3047 (2015年8月14日判決)。

86) BGH NStZ-RR 2015, 3047 (2015年8月14日判決)。

87) Rn. 37, 38.

に、酸素の飽和量が不十分であったために、被害者は絶え間なく頭痛に悩まされ、それゆえ、上述の定義の意味における相当な痛みを受けた；結局、地裁の認定によれば、身体への負荷のそれぞれが、被害者に相当な痛みをもたらした。

法的評価および量刑の範囲においては、地裁は正当に以下のことを考慮した。すなわち、必要とされる医療上の処置および療養の不作为の犯行の期間は約3年であるということ、健康状態の悪化およびそれにより生み出された公訴参加人への痛みはこの期間中継続的に積み重なって強まっていたということ、ならびに、犯行結果——公訴参加人が苦しんだ時点——は遅くとも2001年の中ごろには始まっていたということである。

(4) 行為態様2——粗暴な虐待

a 意義

被保護者虐待罪の第2の行為態様は「粗暴な虐待」である。

「虐待」⁸⁸⁾という文言は、単純傷害罪と同じものである⁸⁹⁾。「虐待」という概念の下で論じられる論点として、身体的症状に至らないような精神的な侵害がここでいう「虐待」に当たるか、というものがある。単純傷害罪

においては「身体的虐待」という文言が用いられている一方で、被保護者虐待罪においては「身体的」という文言が用いられていない。このことから、被保護者虐待罪においては単なる精神的侵害も含まれるのと解する余地が生じるのである。この点について、多数説⁹⁰⁾は、「虐待」という文言の共通性という観点から、身体的虐待に限定するという理解を採用している⁹¹⁾が、精神的虐待をも含むとする有力な見解⁹²⁾もある。

「粗暴な(roh)」とは、判例によれば、「犯人が他人に無感情な心情(gefühllose Gesinnung)から傷害を与え、かつ、その心情が行為の相当な結果に表れている場合」に認められる⁹³⁾。そして、判例によれば、無感情な心情が認められるのは、「犯人が虐待の際に、人間的かつ了解可能に思考する者であれば誰にでも生じるはずの——必ずためらいとして作用するような——被虐待者の苦しみへの感受性を失ってしまっている場合である」⁹⁴⁾。

また、判例によれば、痛みを他人に伝えることができない被害者に対する保護という観点から、「粗暴な虐待」には実際に被害者に苦痛を与えたことの立証は不要である⁹⁵⁾。

88) Misshandeln については、本来は「不当な取扱い」と訳出することが正確と思われるが、ここでは、慣例に従って「虐待」という訳語を当てておく。

89) 単純傷害罪における身体的虐待とは、些細なものにすぎないとはいえない程度に身体の健全性が侵害される不快で不当な取扱いであるとされている。Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl §223 Rn. 4. 藪中・前掲注35) 42頁参照。また、事実上、健康侵害も「虐待」に当たるとする見解として、Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 16.

90) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 13; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 16; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 13; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 6.

91) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 13 は、このことを述べる箇所では BGH St 25, 277 (1974年1月23日判決)を参照しているが、この判例は精神的虐待が排斥されるか否かについて論じたものではないため、参照には疑義がある。

92) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 17; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 5. Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 17 においては、次のような議論が展開されている。すなわち、① 225条1項の「苦痛の付与」においては精神的苦痛を捕捉しており、かつ、3項2号が「精神の発達」を規定していることから、225条は精神的的事象に関心を寄せているといえる。② 1993年の立法者が精神的虐待を「粗暴な虐待」から除外する意図であったことはその通りであるが、後に制定された動物愛護法(被保護者虐待罪と同様の構成要件を規定)では精神的苦しみも捕捉されているところ、今日の立法者意思として、セキツイ動物が被保護者よりも刑法上包括的に保護されていると解すべきいわれはない、という議論である。もっとも、この見解は、単純傷害罪においても精神的苦しみも捕捉されているとしている点で、一般的な見解とはやや前提を異にしている。

93) BGH NStZ-RR 2015, 369 (2015年7月23日判決) Rn. 19; BGH NStZ 2007, 405 (2007年2月28日決定)。

94) BGH NStZ-RR 2015, 369 (2015年7月23日判決) Rn. 19; BGH NStZ 2007, 405 (2007年2月28日決定)。

95) BGH St 25, 277 (1974年1月23日判決)。本判决では、粗暴性を客観的に把握する必要という観点から、「粗暴な虐待」には被害者が実際に痛みを感じたことが必要なのではないかが問題とされた。この点について、同判

b 近時の適用例

「粗暴な虐待」の適用が否定された近時の判例として、赤ん坊を泣き止ますための揺さぶりが問題となった判例⁹⁶⁾と、恋人による虐待の事後処理が問題となった判例⁹⁷⁾を紹介する。いずれの事案でも無感情な心情の有無が問題となった。

(a) 赤ん坊を泣き止ますための揺さぶり

赤ん坊を泣き止ますための揺さぶりが「粗暴な虐待」に当たらないとされたのが、2007年2月28日の連邦通常裁判所決定である。

・事案の概要

本件は、被告人の「神経がまいってしまいそうなほどに」約20分間泣き続けていた生後約4カ月の息子（被害者）を泣き止ませるために、被告人が息子を1分ほど持ち上げて息子が黙るまで揺さぶり、その結果、被害者は回復不能な脳の損傷を受け、そのため精神的な能力のさらなる発達が妨げられ、視力が低下し、脳の損傷により引き起こされるてんかんに対する処置が必要になった、という事案である。

原審は、重傷害罪（226条）と本罪の一罪として被告人を有罪とした。連邦通常裁判所は、重傷害罪の成立を正当としつつ、「無感情な心情」の認定について、以下のように述べて、本罪での有罪を破棄した。

・判旨

連邦通常裁判所は概要以下のように述べる。すなわち、「被告人が『手加減なく、かつ、自分の乳児の苦しみを慮ることなく、自分の静かに休みたいという欲求を押し通した』という事情から、粗暴な心情を推論」する原審の認定は、「その乳児がやかましくかつ長時間続けて泣いていたことによって被告人が一杯一杯になっていたという認定と相容れない」。また、原審は、「被告人が自分の行為がもたらす重大な帰結に関して故意に振舞っていたというわけではないということを看過している」。そして、以上の事実関係は、「被告

人が犯罪実行の際にためらいとして作用するようなものであって自分の息子の苦しみへの感受性を失ってしまった可能性があるということ裏付けない。

(b) 恋人による虐待の事後処理

恋人が連れ子に対して虐待を加えた後に、実母が一定の時間医療的な処置を施さなかった場合に、「粗暴な虐待」への該当を否定したのは、2015年7月23日の連邦通常裁判所の判決である。

・事案の概要

本件の被告人は女性である。被告人の恋人が、被告人不在の間に、生後約5カ月になる被告人の実子（恋人とは血縁関係なし）を鉄製の警棒で殴打した。被害者は、重大な頭蓋外傷、外傷性脳障害、脳硬膜下血腫、脳組織深部の出血、右頭皮および額部への血腫を被り、その結果、朦朧状態になるか、あるいは、比較的長時間意識を喪失していた。帰宅した被告人は、帰宅直後には被害者の異変に気づかなかつたが、翌朝には異変に気づいた。被告人は被害者には医療的処置が必要であることを認識していたにもかかわらず、被害者を病院に連れて行けば子供を奪われるという不安と、被害者の怪我に関与していると推察される恋人を守りたいという気持ちから、直ちには被害者を病院に連れて行かなかつた。そこで、被告人は、自分の母親に怪我の原因を偽って相談し、相談を受けた被告人の母親が、被告人と被害者の2人を病院へ連れて行った。この時点で、被害者は腫れのせいで痛みを苦しんでおり、動いておらず、朦朧状態にあった。被害者の額部はひどく腫れ上がって変色しており、両目は一部閉じて腫れていた。

原審は、不作為による225条1項を認定して被告人を有罪とした。

・判旨

連邦通常裁判所は、225条1項のいずれの行為態様も認定されていないとして原審の判

決は、痛みがある場合には通常は粗暴性すなわち無感情な心情が現れているといえるが、それは唯一の発現の仕方ではない、としている。もっとも、本判例は、「通常人が相当な痛みを与えるようなものと感じられる性質を持ったものでなければならない」ともしている。

96) BGH NStZ 2007, 405 (2007年2月28日決定)。

97) BGH NStZ-RR 2015, 369 (2015年7月23日判決)。

断を破棄した。ここでは、「粗暴な虐待」に関する部分を紹介する。

連邦通常裁判所は、原審の事実認定によれば、「乳児に対する義務に違反した振舞いの理由は、無感情ではなく、病院に行くと子供を失うという恐怖 (Furcht) であり、あるいは、[恋人] が子供の重大な負傷に関与していると被告人は想像したので、[恋人] ……を守るという意志であったかもしれない」と述べて、「被告人が、自己の義務に違反する不作為によってもたらした子供の傷害を、かかる心情 (無感情な心情——筆者注) からもたらしたということは、判決理由からは読み取れない」と結論し、「粗暴な虐待」に該当することを認めなかった。

(5) 行為態様 3 —— 悪意の配慮義務懈怠による健康侵害

a 意義

被保護者虐待罪の第 3 の行為態様は、「悪意の配慮義務懈怠による健康侵害」である。この行為態様は、真正不作為犯である⁹⁸⁾。

条文の文言は「配慮する……義務」とされているが、これは、1号の意味における配慮義務に限定する趣旨ではなく、1号ないし4号において行為者に課された義務のことをいう⁹⁹⁾。

「健康を害し」は、単純傷害罪と同じ文言である。これについては、「粗暴な虐待」に精神的虐待を含むとするか否かにかかわらず、単純な精神的侵害は含まれない、とするのが一般的である¹⁰⁰⁾。

判例によれば、悪意があるのは、「他人を配慮する自己の義務を非難すべき動機ゆえに

懈怠する」場合であり、「意地悪さ、他人の苦しみへの快楽、憎悪、および、例えば吝嗇やエゴイズムその他の非難すべき動機からの敵意のある (feindselig) 振舞い」が悪意性を特徴づけ、他方で、「無関心、鈍感さ、あるいは、弱さならびに成熟不足ゆえの要求の過大性は、通常は十分ではない」とされる¹⁰¹⁾¹⁰²⁾。

b 近時の適用例

I 2(4) b(b)で紹介した 2015 年 7 月 23 日の連邦通常裁判所の判決¹⁰³⁾は、悪意の配慮義務懈怠による健康侵害への該当性も否定した。事案の概要については I 2(4) b(b)を参照されたい。具体的なあてはめとして、子供を奪われるという不安 (Angst) および自分の恋人を守るという動機は、ただちには悪意性の要素にあてはまらないという判断が示されている。

3 加重的構成要件 (3 項)

(1) 法的性格

3 項は、「行為者が、行為により、保護を委ねられた者を、1. 死亡もしくは重い健康侵害の危険、または、2. 身体もしくは精神の発達に対する相当な侵害の危険にさらしたときは、1年以上の自由刑を言い渡すものとする」と定めている。この規定は、具体的危険犯を定めた加重的構成要件であり、結果的加重犯 (18 条) ではない¹⁰⁴⁾。したがって、3 項の成立には、具体的危険に対する故意が必要である¹⁰⁵⁾。

98) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 17; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn.23; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 17; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 11; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 7.

99) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 16; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 20; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

100) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 16; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 22; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 14.

101) BGH NStZ——RR 2015, 369 (2015 年 7 月 23 日判決) Rn. 20.

102) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 28 は、中立的な動機では足りないとする。

103) BGH NStZ——RR 2015, 369.

104) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 22; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 37; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 19; Lachner/Kühl, a.a.O.(Anm.33), §225ühl Rn. 9; Rengier, a.a.O.(Anm.36), §17 Rn. 9.

105) Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 22; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33),

(2) 3項各号の危険

225条3項各号の意義を明らかにしたのは、I 2で紹介した2015年7月23日の連邦通常裁判所の判決である¹⁰⁶⁾。連邦通常裁判所は、まず、一般論として、「225条1項に限定された構成要件該当行為の1つが、刑法225条3項の選択肢に規定された結果に至るべき当然の可能性を基礎づけている」ことが重要であるとする。そして、1号の重大な健康侵害とは、「身体的もしくは精神的な作業能力 (Leistungsfähigkeit) の継続的かつ残存的な侵害と結びつけられる健康侵害、または、生命を脅かし、苦痛が多く、もしくは、重大かつ長期的な疾病に存在する健康侵害」であるとする。さらに、2号の発達の相当な侵害とは、「身体的もしくは精神的な発育プロセスの正常な進展が持続的かつ残存的に阻害されること」であるとする¹⁰⁷⁾。

上記判決は、1号の死亡の危険については述べていない。学説の中には、この危険を、行為者によってはコントロールできないままに状況が進展する場合に被害者が生命を失う可能性に直接さらされていること、または、死亡の危険の発生が偶然に依存しているにすぎないこと、と定式化するものがある¹⁰⁸⁾¹⁰⁹⁾。学説では、被害者が自殺をする

危険も問題となりうるとされている¹¹⁰⁾。

4 罪数論に関する判例

ここまでは、225条の構成要件を概観してきたが、本章の最後に、罪数論に関する判例を1件取り上げる。ドイツの罪数論では、観念的競合における明示機能という観点¹¹¹⁾や、法条競合の基準という観点¹¹²⁾から、問題となる罪に固有の不法内容は何かという点が重視される。したがって、被保護者虐待罪の不法内容を明らかにするという見地からは、被保護者虐待罪と他の罪との罪数論を検討することが極めて有益なのである¹¹³⁾。

ここで取り上げるのは1995年3月30日の連邦通常裁判所の判例である¹¹⁴⁾。この判例は、被保護者虐待罪と傷害致死罪の罪数関係について、法条競合としてきた従来判例を変更し、観念的競合とした。その理由づけにおいて、被保護者虐待罪の不法内容が端的に述べられている。

本件は、被告人たる母親が娘に対して約8カ月間暴行を加えて虐待していたところ、ある日、被告人の平手打ちによって転倒した娘が家具に頭部をぶつけて数日後に死亡した、という事案である。本件では、現行規定への

§225 Rn. 37; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 23; Lachner/Kühl, a.a.O. (Anm.33), §225ühl Rn. 9; Rengier, a.a.O. (Anm.36), §17 Rn. 9; BGH NSZ 2015, 369.

106) BGH NSZ 2015, 369.

107) また、本判決は、犯行前にすでに刑法225条3項における侵害または侵害の危険が存在する場合であっても、「既に存在する侵害もしくは危惧される侵害を相当程度増大させる危険、または、個人の既存の障害的素因ゆえに存在する危険をある程度上昇させる危険を、犯行が惹起した」場合には、構成要件は実現されうるとしている。

108) Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 20.

109) さらなる虐待への恐怖を理由として行為者の領域から逃走する際に被害者が死亡の危険が生じた場合が3項に捕捉されているかについては、争いがある(3項の危険は1項の基本犯自体の結果から生じたものでなければならぬという観点から否定する見解として、Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O. (Anm.36), §225 Rn. 24. 3項は精神的な侵害に起因する自己危殆化を防止しているという観点から、この場合にも3項に当たりうるとする見解として、Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 36)。

110) Vgl., Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 36; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O. (Anm.38), §225 Rn. 26; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.33), §225 Rn. 20.

111) 只木誠「観念的競合における明示機能」研修754号3頁(2011)。

112) 判例によれば、「ある行為の不法内容が文言上適用可能な複数の構成要件のうちの1つによって評価し尽くされている場合」には法条競合となる。また、「1つの犯罪構成要件によって保護される法益の侵害は——常に必要のものではないとしても、通常は——他の構成要件の発現形態でなければならない」とされている(BGHSt 39, 100 (1992年10月20日決定) Rn.24.)。

113) ドイツ刑法における罪数論を一般的に紹介した近時の論考として、仲道祐樹「ドイツにおける罪数論の思考方法」刑事法ジャーナル48号17頁(2016)。

114) BGHSt 41, 113 (1995年3月30日判決)。本判決の我が国における紹介論文として、山本光英「保護を命じられた者の虐待罪と傷害致死罪との所為単一」山口経済学雑誌50巻5号123頁(2002)。

改正前の1994年刑法223条bが適用された。原審は、被告人の行為が本罪における「苦痛の付与」に該当する(223条b第1項)と認定しつつも、先例を援用して本罪と傷害致死罪は法条競合の関係に立つと判断し、被告人を傷害致死罪(226条)で有罪とした¹¹⁵⁾。

連邦通常裁判所は以下のように述べて、傷害致死罪のみを認めた原審を破棄した。

「苦痛の付与は、通常、刑法226条の構成要件の前提である傷害によって惹起される。しかし、刑法223条(単純傷害罪——筆者注)を超える保護を委ねられた者の虐待罪の不法内容は、1つには行為者に対する被害者の依存的立場からもたらされ、1つには——苦痛の付与および粗暴な虐待という構成要件要素の場合には——被害者に特殊な負荷をかける傷害罪の形式であることからたらされるのであるが、傷害致死罪の構成要件によっては把握されていない；傷害致死罪の構成要件は、行為者と被害者との間の関係性にも、傷害罪の犯行態様にも結びついておらず、もっぱら惹起された死亡結果を顧慮している。同一の構成要件によって把握される1つの犯行の不法を言語化する……という有罪宣告の明示機能は、この場面においては、刑法223条bと刑法226条を観念的競合と考えることによってのみ十分に顧慮される」。

本判決が指摘する被保護者虐待罪に固有の不法内容は、①行為者に対する被害者の依存的立場と、②被害者への特殊な負荷である。本判決は、直接には「苦痛の付与」および「粗

暴な虐待」についてのみ言及しているが、行為者と被害者の関係性という理由づけは、「悪意の配慮義務懈怠による健康侵害」にも妥当するという指摘がある¹¹⁶⁾。また、判旨が用いる「依存的立場」という表現は、当時の条文の文言との平仄を合わせたものと考えられる。したがって、現行規定の文言の下では「従属的立場」という表現がより適切であるということになる¹¹⁷⁾。

5 小括

以上、本章では、ドイツ刑法225条の被保護者虐待罪について概観してきた。ここまでの検討を簡単に振り返っておく。

被保護者虐待罪は、「身体の完全性に対する罪」の章に規定されつつも、身体の完全性に加えて精神の完全性も保護法益としている。精神の完全性に関しては、単純傷害罪の加重類型ではなく独自の構成要件とされている。

基本犯の第1の要件は、客体が18歳未満の者、または、虚弱もしくは疾病のために抵抗不能な者であることである。

基本犯の第2の要件は、客体と行為者の間に一定の保護関係があることである。特に、1号の配慮関係は継続性を念頭に置く一方で、監護関係は短時間の関係性を念頭に置いていた。判例上、単なる好意による関係は基本的に保護関係に当たらないとされており、この判例においては、①行為者と権威関係や依存関係にある被害者が恐怖や尊敬の念ゆえに

115) 本判決当時の刑法223条b第2項は「特に重い事案」について加重規定を設けていたが、そこでは、「死亡……の危険」の惹起をもって「特に重い事案」であることを推定するという規定となっていた。したがって、死亡結果そのものは本罪において加重類型とはされていなかった。死亡結果そのものが加重規定の構成要件とされていない点は、現行225条においても同様である(3項参照)。

116) Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 40. また、Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 17は、被保護者虐待罪の「多様な独自の不法内容」を顧慮するという観点から、特に行為態様を区別することなく、被保護者虐待罪と傷害致死罪が観念的競合になるとしている。

117) 刑法典第17章(身体の完全性に対する罪)中の他の規定との罪数関係については、危険傷害罪(224条)、重傷害罪(226条)と本罪とは観念的競合になるとされている。また、単純傷害罪(223条)に関しては、身体に対する苦痛の付与という行為態様によって本罪が犯された場合には、単純傷害罪は本罪に劣後するという理解が一般的である。Vgl. Jähnke/Laufhütte/Odersky/Hirsh, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 29; Joecks/Miebach/Hardtung, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 40; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Paeffgen, a.a.O.(Anm.38), §225 Rn. 23; Wolters(Hrsg.)/Horn/Wolters, a.a.O.(Anm.36), §225 Rn. 21; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, a.a.O.(Anm.33), §225 Rn. 17. なお、BGH 1 StR 606/11(2011年12月21日決定)では、「当該事案に関して」という留保は付されているものの、223条は225条1項に劣後する旨が判示されている。

あえて抵抗しようとしないう点、および、②行為者の義務違反ないし権限濫用という点に保護関係の基本的な趣旨があるとされていた。

基本犯の第3の要件は、「苦痛の付与」である。ここには純然たる精神的苦痛の付加も捕捉されている。そして、この行為態様は、一回的な行為により苦痛が持続するタイプと、反復的な行為により苦痛が蓄積されるタイプを念頭に置いている。特に後者において、比較的厳格な内容の故意が要求されている。

基本犯の第4の要件は、「粗暴な虐待」である。判例・多数説によれば「虐待」には精神的侵害は含まれない。また、粗暴性は、無感情な心情から傷害を行い、その心情が結果に顕出されている場合に認められる。「粗暴な虐待」が問題となる判例においては、無感情な心情の存否が重要である。

基本犯の第5の要件は、「悪意の配慮義務懈怠による健康侵害」である。これは真正不作為犯であり、精神的侵害は含まれないと解されている。悪意性については、非難されるべき動機であるとされる。

加重的構成要件においては、基本犯に基礎づけられた結果の発生が重視される。

そして、被保護者虐待罪と傷害致死罪との罪数関係をめぐる判例においては、①行為者に対する被害者の依存的立場と、②被害者への特殊な負荷という観点から、被保護者虐待罪独自の不法内容とされていた。

アメリカ模範刑法典 230.4 条 II. における「子供の福祉を危うくする罪」

本章では、アメリカ模範刑法典 230.4 条における「子供の福祉を危うくする罪」(以下、

福祉危殆化罪という) について、特にペンシルバニア州の運用に則して検討する。ペンシルバニア州に着目するのは、同州では模範刑法典の規定がほぼそのまま条文化されているという理由による。

1 模範刑法典 230.4 条の基礎知識

ここでは、検討のための基礎知識として、模範刑法典 230.4 条の条文と、本条が規定された背景を確認しておく。

(1) 条文

模範刑法典 230.4 条は、以下のように定められている¹¹⁸⁾。

230.4 条 子供の福祉の危殆化

親、後見人、その他 18 歳未満の子供の福祉を監督する者が、世話、保護、または支援の義務に違反することによって、知りつつ、その子供の福祉を危うくした場合は、軽罪を犯している。

(2) 模範刑法典前の状況——非行寄与罪による処罰

アメリカ法律協会による模範刑法典の注釈書によれば、模範刑法典前には、ほぼすべての法圏において、未成年の「非行に寄与する (contribute to the delinquency) 罪」ないし「道徳を墮落させる (corrupt the morals) 罪」が規定されていた (以下、非行寄与罪という)¹¹⁹⁾。非行寄与罪では、子供の非行に寄与するあらゆる行為が処罰対象とされていた¹²⁰⁾。非行寄与罪における非行は、通常、次の 3 つのタイプの振舞いを含む形で定義されていたとされる。すなわち、①子供による法令の違反、②子供により行われる、自身または他人の健康または道徳を損なう傾向のあ

118) 訳語は、法務省刑事局編「アメリカ法律協会模範刑法典 (一九六二年) / 藤木英雄訳」刑事基本法令改正資料第 8 号 132 頁 (1964) を参照したが、適宜修正を施している。

条文の原文は次の通りである。

§230.4 Endangering Welfare of Child

A parent, guardian, or other person supervising the welfare of a child under 18 commits a misdemeanor if he knowingly endangers the child's welfare by violating a duty of care, protection or support.

119) See, THE AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES (OFFICIAL DRAFT AND REVISED COMMENTS) PART II DEFINITION OF SPECIFIC CRIMES §§220.1 to 230.5, 444 (1980).

120) See, *id.* at 445.

るあらゆる行動、および、③その子供が成長して無為または犯罪に至り、または、自堕落もしくは不道徳な生活に至るというリスクを有する振舞いまたは交際、の3つである¹²¹⁾。

非行寄与罪に対しては、様々な問題点が指摘されていた。第1に、非行の定義の仕方からもうかがえるように、非行寄与罪はあまりにその文言が漠然としており、明確性の原則に反しているという問題がある¹²²⁾。第2に、非行寄与罪に該当する行為は、強姦罪や盗品買受罪、未成年へのアルコール提供罪等の非行寄与罪以外の罪にも該当しうるところ、非行寄与罪が存在するために、同時に成立すべき非行寄与罪以外の犯罪の犯罪学的な特性を無に帰してしまうという問題がある¹²³⁾¹²⁴⁾。

模範刑法典の福祉危殆化罪は、非行寄与罪へのこのような問題を踏まえて、自覚的に非行への寄与というコンセプトを採用していない¹²⁵⁾。

(3) 主体の限定という態度決定

福祉危殆化罪では、行為者が「親、後見人、その他18歳未満の子供の福祉を監督する者」に限定されている。また、注釈書によれば、

「世話、保護、または支援」の義務に違反していなければならないと明記されている趣旨は、「親、後見人、または、子供の福祉を監督するその他の者」としての行為者の地位を理由として生じた法的義務のみが問題となることを明らかにすることにあるとされている¹²⁶⁾。すなわち、「すべての市民が互いに対して負う法的義務や、第三者が未成年に対して負う法的義務」に違反して子供の福祉を危うくしたとしても、本条では処罰されない¹²⁷⁾。ここからは、模範刑法典が、福祉危殆化罪の成立する主体を、親、後見人その他子供の福祉を監督する者に限定するという態度決定を自覚的かつ明示的に行っていることがわかる。

以上の基礎知識を踏まえて、次に、模範刑法典をほぼそのまま条文化しているペンシルバニア州における福祉危殆化罪の運用を概観したい。

2 ペンシルバニア州における運用

ペンシルバニア州法 Title18 の 4304 条は、以下のように定めている¹²⁸⁾。

121) *See, id.*

122) *See, id.* at 449.

123) *See, id.* at 449-450. ここでは、「子供への強姦、少年からの盗品の買受け、10代へのアルコールの提供、両親の支配から逃れるよう青年に説得するといった本質的に異なる振舞いを同一の犯罪として扱うような広く余裕のある犯罪という文脈においては、上記の争点（メンズレアや犯罪の等級付け等を指す——筆者注）は目的にかなう形で取り組まれえない」と厳しく批判されている。

124) このほかにも、非行寄与罪が親に適用される場合について、①未成年への親の監督不行き届きという側面しか評価していないことになるが、非行の原因は親の監督不行き届きには限られないから、非行寄与罪があったとしても非行は減少しないという批判、②非行寄与罪によって親に罰金や実刑を科すことは、生活資源ないし親の存在を子供の生活から奪うことになって非行防止には逆効果であるという批判が加えられている。*See, K. J. Parsley, Constitutional Limitations On State Power To Hold Parents Criminally Liable For The Delinquent Acts Of Their Children*, 44 VANDERBILT L. REV. 441 (1991), IV D.

125) *See, supra* note 119, at 449.

126) *See, id.* at 450.

127) *See, id.*

128) 原文は以下の通りである。

Title18 Pa.C.S.A. §4304 Endangering welfare of children

(a) Offense defined.—

(1) A parent, guardian or other person supervising the welfare of a child under 18 years of age, or a person that employs or supervises such a person, commits an offense if he knowingly endangers the welfare of the child by violating a duty of care, protection or support.

(2)...

(3) As used in this subsection, the term “person supervising the welfare of a child” means a person other than a parent or guardian that provides care, education, training or control of a child.

Title18 Pa.C.S.A. § 4304 子供の福祉の危殆化

(a) 定義された犯罪

(1) 親、後見人、その他 18 歳未満の子供の福祉を監督する者、または、そのような者を雇用もしくは監督する者が、世話、保護、または支援の義務に違反することによって、その子供の福祉を知りつつ危殆化したときは、罪を犯している。

(2) 略¹²⁹⁾

(3) 本項で用いられている場合には、「子供の福祉を監督する者」という語は、親または後見人を除いて、子供の世話、教育、訓育、または管理を提供する者を意味する。

(b) 等級付け

本条の罪は、第 1 級軽罪を構成する。もつとも、子供の福祉を危殆化する一連の行為がある場合には、本条の罪は第 3 級重罪を構成する。

a 項 1 号の文言からも明らかであるが、本条は模範刑法典に由来している¹³⁰⁾。模範刑法典との規定上の違いは、第 1 に、ペンシルバニア州法では行為者が「そのような者を雇用もしくは監督する者」まで拡張されていること、第 2 に、同 3 号において「子供の福祉を監督する者」の定義規定を設けていること、第 3 に、b 項において「子供の福祉を危殆化する一連の行為」が重罪とされていることである。

4304 条 a 項 1 号は、厳密には、子供の福祉を監督する者、義務の違反、義務違反による福祉の危殆化、認識 (knowingly) という

(b) Grading.—An offense under this section constitutes a misdemeanor of the first degree. However, where there is a course of conduct of endangering the welfare of a child, the offence constitutes a felony of the third degree.

*脱稿後、本条は 2017 年 6 月 29 日に一部改正された (同年 8 月 28 日施行) (Act of Jun. 29, 2017, P.L. 246, No. 12)。改正の内容は、① (b) 従来から存在した一連の行為の場合の加重に加えて、死亡または重大な身体の傷害の危険を創出した場合の加重規定を設けた点、② (c) カウンセリングの受講に関する規定が新たに追加された点である。本改正の意義についての検討は今後の課題としておきたい。以下、条文の和訳と原文を掲げておく。

(b) 等級付け

(1)(2) に規定されている場合を除いて、以下が適用される。

(i) 本条の罪は、第 1 級軽罪を構成する

(ii) 行為者が子供の福祉を危殆化する一連の行為に従事した場合は、本罪は第 3 級重罪を構成する。

(iii) (a) (1) の罪の遂行において、行為者が死亡または重大な身体の傷害の実質的危険を創出した場合は、本罪は第 3 級重罪を構成する。

(iv) (a) (1) における行為者の行為が、死亡または重大な身体の傷害の実質的危険を創出し、かつ、その行為が一連の行為の一部であった場合には、本罪は第 2 級重罪を構成する。

(2) 犯罪遂行の時点で当該子供が 6 歳以下であった場合には、本条の罪の等級は一段階増加するものとする。

(c) カウンセリング

裁判所は、本条により有罪である者にカウンセリングを受けることを命じることを考慮するものとする。

(b) Grading.

(1) Except as provided under paragraph (2), the following apply:

(i) An offense under this section constitutes a misdemeanor of the first degree.

(ii) If the actor engaged in a course of conduct of endangering the welfare of a child, the offense constitutes a felony of the third degree.

(iii) If, in the commission of the offense under subsection (a) (1), the actor created a substantial risk of death or serious bodily injury, the offense constitutes a felony of the third degree.

(iv) If the actor's conduct under subsection (a) (1) created a substantial risk of death or serious bodily injury and was part of a course of conduct, the offense constitutes a felony of the second degree.

(2) The grading of an offense under this section shall be increased one grade if, at the time of the commission of the offense, the child was under six years of age.

(c) Counseling.

A court shall consider ordering an individual convicted of an offense under this section to undergo counseling.

129) 2 項は、児童虐待が疑われる場合に公的責任を有する者が当局へ通報しないことを犯罪とする規定である。

130) See, John M. Burkoff, *Criminal Offenses and Defenses in PENNSYLVANIA* 6TH ED. —WEST'S PENNSYLVANIA PRACTICE, §1:402. (2016). See, *Com. v. Taylor*, 324 Pa. Super. 420, 471 A.2d 1228 (1984).

4つの要件を規定している。もっとも、実際の適用に当たっては、後者3つがはっきりと区別されているわけでは必ずしもない。したがって、以下では、子供の福祉を監督する者(1)という要件と、福祉の危殆化という要件(2)に大きく分けて検討を行う。

(1) 子供の福祉を監督する者

「子供の福祉を監督する者」の意義に関しては、1998年に3つの判例が出されている。そこで、以下では、この3つの判例を取り上げる¹³¹⁾。第1の判例は、当該事案の訪問客を「子供の福祉を監督する者」に当たらないとした *Com. v. Halve*¹³²⁾ である。第2の判例は、恋人の子供と同居する大人が「子供の福祉を監督する者」に当たると判断した *Com. v. Kellam* である¹³³⁾。第3の判例は、子供と同居する大人が「子供の福祉を監督する者」に当たりうるとした *Com. v. Brown*¹³⁴⁾ である。

a 訪問客—— *Com. v. Halve*

(a) 事案の概要

本件の被害者(V₁)は、被告人(A)のいところ(B)の息子であった。被告人はBの居室を訪れていた。その晩は、Bの夫、V₁、Bの娘(C)も在宅していた。V₁とCが寝室で遊んでおり、大人たちが別の部屋にいたところ、Aは浴室に行かなければならないとほめかした。Aがすぐには戻らず、他方で子供たちは静かになったので、Bは心配になって寝室へ様子を見に行きかけた。すると、Cが寝室で1人で遊んでいた。寝室の押入れのドアが開けられるや否や、AがV₁の露出された秘部に顔を近づけていたのが発見された。原審は福祉危殆化罪の成立を認めた。この判断に対して、Aは、暴行の時点では自分は「子供の福祉を監督する者」ではなかったと主張した。

(b) 多数意見

州最高裁の多数意見は、本件においてはA

が「子供の福祉を監督する者」には当たらないと判断し、福祉危殆化罪での有罪を破棄した。その理由づけは、「Aが子供たちの監督を依頼されたということ、または、そのような役割がAに期待されていたということを示す証言は提出されなかった。むしろ、Aは子供の住居にいた訪問客だった。子供の両親は在宅しており、子供たちを監督していた」というものであった。

(c) Joyce 反対意見

以上の多数意見に対しては、Joyce 判事が反対意見を付している。Joyce 判事は、まず、法は親による明示的な監督の依頼を要件としていないということを指摘する。次に、先例を引用¹³⁵⁾し、「本条は、コミュニティの常識、および、本条が制定された広範な保護目的を参照することによって、意味が与えられるべきである」という一般論を確認する。そして、監督(supervision)という語は、「他人の行為の監視(oversight)および他人の行為を指示する(direct)権力」を含意する、と述べる。そして、次のように述べて、Aは「子供の福祉を監督する者」に当たるとした。

「Aは、子供を監視(oversee)や監督するように特別に依頼されたわけではないけれども、子供たちの寝室に入り、子供たちのゲームに加わることによって、そのような役割を自らに自発的に帰した(arrogate)のである。そしてAは、押し入れに入るようにV₁に指示および強制し、Aによる望まない性的行為に服せしめた。この証拠は、AがV₁を監視ないし監督していたことを証明するのに十分である。V₁の母親がAに子供の監督をするように特に依頼したわけではなかったという理由のみで証拠が不十分であると考えたことは、被害者への権限という地位を引き受けた関係ある大人(an adult relative who assumed a position of authority over the victim)としてのAの身分(status)を無視している」。

131) なお、a項3号によれば、「親または後見人を除いて、子供の世話、教育、訓育、または管理を提供する者」と定義されている。もっとも、判例においては必ずしもこの定義に当たるかという形での議論は行われていない。

132) 719 A.2d 763 (1998).

133) 719 A.2d 792 (1998).

134) 721 A.2d 1105 (1998).

135) *Com. v. Ogin*, 373 Pa. Super. 116, 540 A.2d 549 (1988).

b 子供と同居する大人①—— Com. v. Kellam

(a) 事案の概要

本件の被告人 (D) は、ガールフレンド (E) およびその娘である被害者 (V₂) と同居していた。E は V₂ を世話することが肉体的、経済的、精神的にできなかったため、しばしば V₂ を近親者等のところに置いていたが、D は、E の公的扶助を増やすため、そして、児童青年局への通報を怖れて、V₂ を取り戻すように E に命じていた。D は、子供の養育を含めた E の生活すべてを支配していた。E は D に対して公的扶助で得た資金を渡していた。E が外出する際には、D が赤ん坊の面倒を見ており、D および E は 2 人とも、V₂ のオムツを取り換えたり、食事を与えたりしていた。とある金曜日と土曜日に、E は一晩中外で飲酒をしており、他方で、D は子供と家に残っていた。日曜日の朝に帰宅した E が D に対して V₂ のことを尋ねたところ、D は、自分が V₂ に食事を与えた、V₂ は元気だ、と返答した。そこで E は午後 5 時まで昼寝をしていたところ、午後 9 時ごろ、E は V₂ が死亡していることに気づいた。V₂ は、脱水症状、栄養失調、および、高熱によって死亡したが、24 時間ないし 48 時間飲み食いしていなかったことが判明した。

原審は、以上の事実関係に基づいて、D を第 3 級謀殺罪および福祉危殆化罪によって有罪とした。福祉危殆化罪に関する D の主張は次の 2 つである。①行為の義務は血縁上の親または養親に限定される。② V₂ の母親である E は在宅しており、V₂ の死亡時には昼寝をしていたのだから、自分は V₂ に対する監督 (custody) および管理 (control) を有し得ない。

(b) 判旨

州最高裁は、上記の主張①②を両方とも退けた。まず、主張①に対しては、以下のように述べている。

「複雑さを増している家族状況の中で子供が暮らす時代においては、我々は、刑事責任が生物学上の親および養親に厳格に限定され

るべきである理由を理解できない。目下の事案においては、D は被害者およびその母親と同居しており、その母親のかなりの管理を行使しており、その子供に関する親としての責任を自発的に引き受けていた (voluntarily assumed parental responsibilities with regard to the child)。それゆえ、我々は、ある者が子供の管理および監督 (control and supervision) の地位にあるときはいつでも、行為の義務を課す地位の子供との関係を引き受けている、と判示する」。

そして、主張②に対しては、以下のように述べている。

「……幼児の母親が死の瞬間に物理的に存在していたという事実は無関係である。……V₂ は 24 時間ないし 48 時間何も飲み食いしていなかった。このうちの極めて多くの時間、D は死にかけの幼児を世話することができる唯一の大人であり、……D にはそうする義務があった。さらには、D は単に赤ん坊をネグレクトする以上のことをした。E が V₂ の死亡の前の朝に帰宅した際に、D は、赤ん坊に食事を与えたこと、および、当時の赤ん坊の状況について積極的に E を騙したのである」。

c 子供と同居する大人②—— Com. v. Brown

(a) 事案の概要

本件の被告人 (F) は、友人 (G) に対して、自分が賃借している 2 つの寝室付きのアパートに引っ越してくるよう誘った。G には幼児の息子 (V₃) がいた。F 宅に居住している間、G は V₃ を虐待していた。これを F は目撃していた。G から受けた虐待のために、V₃ は 2、3 週間にわたって深刻かつ痛々しい傷害を被り、これによって V₃ は死亡した。この期間、F は、V₃ が病気であり、医療的補助を必要としていたことに気づいていた。原審は、以上の事実関係に基づいて、福祉危殆化罪により F を有罪とした¹³⁶⁾。この判断に対して、F は、自分は「子供の福祉を監督する者」には当たらないと主張した。

136) なお、F は故殺罪ないし謀殺罪、加重暴行罪でも訴追されたが、陪審はこれらの罪での有罪を認めなかった。

(b) 判旨

州最高裁はFの主張を退けたが、一般論として、まず次のように述べる。

「目下の事案においては、我々は、コミュニティの常識に照らして、本罪の要素としての『その他子供の福祉を監督する者』という語の意味に焦点を当てなければならない。非伝統的な生活様式がありふれている時代においては、コミュニティの常識が、法的監督をしていない子供（non-custodial child）と同居する大人を、子供の身体的および道徳的福祉を保護する法律から排除するようにはたらくと考えるのは困難だろう。……Fの議論を容れれば、子供を永続的または一時的その他法的監督に準じた監督をする者に本法が制限されるということを含めることになるだろう。本法の文言についての常識的解釈および当裁判所の近時の判例法は、そのような狭い読み方を支持しない¹³⁷⁾。

法的監督にはない子供と住居を共にしている大人にはその子供の福祉に責任がないと判断することは、危険化法の文言と適用のいずれをも掘り崩すだろう。そのような限定的な読み方の下では、継親、祖父母、大人の兄弟姉妹、大人のルームメイト、生涯の伴侶その他の者は、子供の福祉の危険化によっては訴追されえないだろう。当裁判所は、このように広範かつ多様なカテゴリーの者を排除する本法の射程を採用するべきではないし、採用してもこなかった（(Com. v. Kellam) (……)）。

そうではなくて、我々は、未成年の子供と自発的に同居し、かつ、「世話、保護、支援の義務に違反する」者が危険化法の射程に含まれていると判断する。このような者が本法の射程に含まれていると述べることによって、我々は、未成年の子供と同居するすべての大人が自動的に本法の下で刑事的に責任を負うと判示しているのではない。むしろ、法の問題として、これらの者が本法の射程外ではないと判示しているのである。本罪の第2の要素を立証するためには、訴追者は、違反したとされる子供を世話、保護、支

援する義務をその大人が有していたことを証明しなければならない」。

そして、州最高裁は、FがV₃の一時的な子守り、おむつの交換、V₃と遊んでいたこと等を指摘して、Fへの有罪を維持した。なお、判旨は脚注6で次のようにも述べている。

「我々は法的問題として、未成年の子供と自発的に同居する大人が自動的に危険化法の射程外にあるわけではないとしている一方で、そのような者が子供を実際に監督していたことの証明には、その大人がその子供に関与していたという証拠が必要である。その大人が子供と遊んでいたこと、入浴していたこと、食事をしていたこと、子守りをしていたこと、その他子供と相互に働きかけていたことを示すことによって、訴追者は、大人が子供と同居している時にその子供を監督していたということを証明することができる」。

d 小括

以上、Halve 判決、Kellam 判決、Brown 判決という同一の年に出された3つの裁判例を概観した。そこで、これらの裁判例を整理しておく。

まず、Halve 判決の法廷意見は、子供の監督を親から依頼されていないこと、および、子供の監督が期待されていなかったことを理由に、訪問客であったAは「子供の福祉を監督する者」には当たらないとした。これに対しては、親からの依頼は不要であり、監視（oversee）ないし監督の役割を自発的に引き受けたこと、および、子供に指示したことをもって、Aは「子供の福祉を監督する者」に当たるとする反対意見が付されていた。Kellam 判決では、生活様式の複雑さを踏まえて、被害者と同居していたこと、被害者の母親を管理（control）していたこと、および、親としての責任を自発的に引き受けたことをもって、被害者と血縁上ないし法律上の親子関係にないDであっても「子供の福祉を監督する者」に当たるとした。Brown 判決は、Kellam 判決を引用しつつ、被害者と自発的に同居し、子供と相互の働きかけを行う者は

137) 判旨はここで、前述した Com.v. Kellam の判旨の主張①に関する部分を脚注に引いている。

「子供の福祉を監督する者」に当たると判断した。

誤解をおそれずに判例の結論を要約すれば、①単なる訪問客は「福祉を監督する者」には当たらないが、②子供と同居している者については、責任の自発的引受けその他の事情によって「福祉を監督する者」に当たりうる、ということになるだろう。

(2) 福祉の危殆化

ここでは、福祉危殆化罪によって処罰される行為態様についていくつか判例を概観したい。便宜上、aでは、暴行罪と福祉危殆化罪が両方成立する判例を取り上げ、bでは、福祉危殆化罪のみの成否が争われた判例を取り上げる。

暴行罪と併存する事例——Com. v.

a Ogin

本項では、暴行罪と福祉危殆化罪が両方成立するとされたCom. v. Ogin¹³⁸⁾を紹介する。

(a) 事案の概要

本件は、犯行当時2歳に満たなかった被害者（以下V₄とする）に対する3つの行為が問題となった事案であり、そのうち2つの行為についてはV₄の母親（H）が、残りの1つの行為についてはV₄の父親（I）が、それぞれ被告人とされた。

第1の行為は、次のようなものである。すなわち、V₄はHから家の前にいるよう注意されていたところ、V₄がその注意に反して通りで遊んでいたために、Hは、V₄を片手でつかんで引きずり、家の建物に向かって放り投げた。放り投げられたV₄は何分も叫んでいた。

第2の行為は次のようなものである。すなわち、Hはサンタクロースを見るために地元の消防署にV₄を含む自分の子供を連れて行っていったところ、V₄がHにだっこをねだったため、Hは、V₄の顔を手の甲で「過剰な力（extreme force）」をこめて殴り、V₄は転倒してレンガの壁にその背中をぶつけた。V₄の後頭部には跡があった。

第3の行為は次のようなものである。すな

わち、夕食時に目の前に出されたスパゲッティをV₄が食べなかったので、Iが、皿を持ってV₄の顔に対してその熱いスパゲッティを押し付けた。V₄は泣き始め、V₄の顔は腫れ、数日で消えるような小さな火傷の跡を負った。

原審は、以上の事実を認定したうえで、Hを、第1の行為につき、単純暴行罪（simple assault）および福祉危殆化罪で、第2の行為につき、単純暴行罪および福祉危殆化罪で、有罪とした。さらに、Iは、第3の行為につき、単純暴行罪および福祉危殆化罪で有罪とされた。HおよびIは、福祉危殆化罪については、自分たちが知りつつ福祉危殆化法に違反したことの立証がないと主張して上訴した。

(b) 判旨

州最高裁は、福祉危殆化罪の条文を掲げたうえで、次のように一般論を展開する。

「4304条は、子供の世話を信託され（entrust），その子供の福利（well-being）を保護する法的義務に知りつつ違反する者を処罰することが企図されている包括的な規定である。……我々がTaylor判決¹³⁹⁾で述べたように、『州最高裁は、4304条は子供の福祉と安全を保護するために広範な振舞いを広く包含すべく書かれている、と述べてきた。本条は、コミュニティの常識、および、本条が制定された広範な保護目的を参照することによって、意味が与えられるべきである。』……

親は、自分の子供の身体的、精神的（mental）、感情的（emotional）健康を増進させる責任を有しており、子供に逆の影響を与える過剰な行為や重大な不作為は本条の射程に含まれる。……このことは、時として、悪い振舞いを理由に子供を処罰するために親が取ったと主張されるような諸行為を含むだろう」。

そして、州最高裁は、本件の事案においては、HおよびIが娘のV₄を保護する義務に違反したという認定に過誤はないと判断し

138) *Supra* note 135.

139) Com. v. Taylor, 324 Pa. Super. 420, 471 A.2d 1228 (1984).

た。その際に、州最高裁は、次のような事実関係に着目している。

「V₄は、HおよびIらが……V₄を放り投げ、打ち、火傷を負わせた時には、極めて幼い子供であった。これらの出来事はトラウマになるようなものであり、幸運にも深刻な負傷を被らなかつたという事実にかかわらず、継続する身体的危害 (lasting physical harm) の危険を創出した、と結論することができる」。

b 福祉危殆化罪単独の事例

ここでは、福祉危殆化罪のみの成否が問題となった2つの事例を紹介する。1つ目は配偶者による性的虐待を放置したことが問題となった *Com. v. Cardwell*¹⁴⁰⁾ であり、2つ目は子供の生活環境を荒廃したまま放置していたことが問題となった *Com. v. Wallace*¹⁴¹⁾ である。

配偶者による性的虐待の放置——

(a) *Com. v. Cardwell*

・ 事案の概要

本件の被告人 (J) は、夫 (K) および娘 (V₅) と同居していた。V₅にとって、Kは継父であった。V₅は、1979年から少なくとも4年間、Kから性的虐待を受けていた。すなわち、V₅が約11歳の時には、KはV₅に性的刺激の強い衣服を買い与え、その服を着て明らかに性的なポーズをさせたV₅の写真を撮影した。このような撮影には、V₅が全裸、あるいは、ストッキングとガーターベルトのみを身に着けているようなものも含まれていた。また、性的なことを示唆するメモをほぼ毎日V₅に渡すのがKの習慣であった。Kは4回V₅と性交し、1回は肛門性交を試みようとした。1983年には、V₅はKによって2回妊娠し、2回とも中絶を行った。最後の性交は、1984年に生じている。

V₅は、1983年10月の2回目の中絶後に母親であるJに話すまで、自分の受けていた性的虐待のことを誰にも話していなかった。1984年1月および2月、Jは、Kに対して2通の長文の手紙を書き、自分はこの忌々しい状況をすべて知っているとのほめかし、自分

には我慢ならないと漠然と警告した。もっとも、KはJに一度手をあげたことがあり、また、Kは家の中で物を投げたり壊したり、壁を殴って穴をいくつも空け、さらには、拳銃も所持していた。1984年2月には、Jは、自分とV₅の一定数の衣服を自分の母親 (V₅の祖母) の家に移したが、Kとの同居自体は継続していた。1984年3月には、Jは母親の家の近くの学校へV₅が移転する申請をした。しかしながら、4月には火事でその祖母の家が焼失してしまった。それ以降、V₅が1984年9月14日に家から逃げ出すまで、Jはさらなる手段を講じなかった。

以上の事実関係の下で、原審はJを福祉危殆化罪で有罪とし、1年のプロベーションを言い渡した。Jが上訴。

・ 法廷意見

法廷意見は、福祉危殆化罪には不作為も含まれ、また、危害を防止するための積極的な振舞いを怠った場合には「子供の福祉を知りつつ危殆化した」に当たりうるとしたうえで、次のように述べて、Jの有罪を維持した。

「目下の事案においては、V₅がKに性的に虐待されていることをJが知った日から、耐えがたい状況から逃れるためにV₅が家逃げの日まで、約10カ月間が経っている。この10カ月間における、自分の娘を守ることに向けられたJの行為は次のようなものだけである：V₅への虐待についての知識と怒りを表明しただけの手紙を2通Kに送った；V₅を転校させるよう申請した；自分とV₅の服をいくらかJの母親の家に移した。我々は、1984年5月 (ママ) に生じた火事による家の損壊によって、Jの母親の家に引っ越すという救済策が悲劇的にも打ち砕かれたということを中心に考えているが、1984年の9月にV₅が家から逃げ出すまで1984年5月以降の4カ月間で、自分の娘の絶望的な状況を緩和するさらなる手段をJが何も講じなかったという事実は残っている。……

…… (JがKにあてた手紙) という証拠が明らかに示すのは、Jは次のような事実を意

140) 357 Pa. Super. 38, 515 A.2d 311 (1986).

141) 2002 Pa. Super 367, 817 A.2d 485 (2002).

識していたということである：V₅が虐待されていた状況；そのような状況が子供の福祉を危うくしていたということ；JはV₅を世話あるいは保護する義務を負っていたということ；Jが取った救済手段はKの住む家からV₅を動かす（remove）ことであるということ；家からV₅を動かすこと（その他V₅を保護すること）についてJが不奏功であることは、V₅の福祉が害され続けることを意味するという。このような意識は、合理的な疑いを超えて意図¹⁴²⁾を認定するのに十分である。……」

・Wieand 補足意見

以上の法廷意見については、Wieand 裁判官による補足意見が付されている。

ここでは、V₅が継父であるKによって二度も妊娠させられていること、少なくとも4年間の期間にわたって性的虐待が繰り返されていたこと、それにもかかわらずJが有意な手段を取らなかったこと、という本件の事案の特殊性が強調されている。そして、夫への不合理とはいえない恐怖を抱いていたJの現実的な選択肢は限られており、かつ、困難であったとしつつも、当局へ通報すること、V₅と共に家を出ること、V₅を寄宿学校に入れることは可能であったことが指摘されている。

他方、配偶者による虐待を防止することが奏功しなかったというだけでは刑事責任を問われることはないとも言及されている¹⁴³⁾。

(b) 子供の生活環境の荒廃—— Com. v. Wallace

・事案の概要

本件の被告人（L）は、妻（M）および8人の子供（V₆ら）と同居していた。青少年局の局員によれば、Lの家は居住できる環境ではなかった。具体的には、壁や天井には乾燥した食べ物やその染みがこびりつき、家には害虫やネズミが大量にわき、冷蔵庫の中の食べ物は腐敗して悪臭を放ち、屋根からの深刻な水漏れによって家具は傷み、特に台所の

床と天井には大きな穴が開いていた。屋根からの水漏れは、地下室の電気系統にまで至っていた。L曰く、Lの家は「ゴミ捨て場」といえる有様であった。このような劣悪な生活環境であるにもかかわらず、V₆らが身体的に虐待されているという証拠、あるいは、居住環境を原因として現実受傷しているという証拠はなかった。

Lが原審で証言したところによると、公的扶助が打ち切られたことによって住居が劣悪になり、また、3年も待たされることや大家族であることから公営住宅には居住できないということであった。また、Lは、自分は慢性的な疲労をもたらす病気のために、会社での高度な技術製品の開発者として稼働を再開できなかったと証言していたが、その病気は自分で診断したものであり、Lが医師による治療を受けたことも廃疾保険を受領したこともなかった。さらに、Lは、仕事道具として、PC2台、インクジェットプリンター2台、カラスキャナー2台、ファックス機1台、レーザープリンター1台を有していた。

その一方で、妻のMは、1日に5回も大量に洗濯を行い、家ではV₆らに勉強を教え、料理を行い、3つの仕事を掛け持ちしつつ1週間中働きながら掃除を行っていた。Mは、すべてをこなすために、夜に4時間しか眠れないこともしばしばであった。

以上の事実関係の下で、原審は、Lを福祉危殆化罪で有罪として、3年のプロベーションを言い渡した。他方で、同じく福祉危殆化罪で訴追されていたMには無罪の判決を言い渡した。これに対して、Lが上訴した。福祉危殆化罪に関するLの主張は、要約すると、①福祉を危うくしたことの証明が不十分である、②LとMは類似の状況にあるのに犯罪の成否が変わるのは不当である、というものであった。

・多数意見

州最高裁は、Lの上記の①②の主張を両方とも退け、Lの有罪を維持した。

142) 「知りつつ」という要件のことを指すと思われる。

143) 「刑法は、児童虐待に対する公の激しい抗議に応じて手を伸ばすことが許されるべきではないし、虐待された子供および虐待者の双方との家族関係の中で生きていくよう要請されるという恐ろしいジレンマに善意で試みけれどもうまく向き合い損ねた親を処罰するよう許されるべきでもない」と述べられている。

まず、主張①について、州最高裁は、福祉危殆化罪の先例においては、本件とは異なり、身体的虐待もしくは精神的虐待を含む事案、または、これらの虐待や被害者の死亡に至る状況を阻止しなかった事案が問題とされてきたということを認める。しかし、州最高裁は、次のように述べて、Lの主張①を退けた。

「占いの方法でもなければ、いかにして、いつ、そしていかなる方法で、Lの家の状況が子供たちへの危害(harm)を惹起するかを判断することは誰にもできない。しかしながら、問題は、子供の福祉が危うくされたかどうか、すなわち、子供たちが危険(the risk of danger)にさらされたかどうかである。……このような汚れや害獣と一緒に、熱のための暖房路も作動せず、火事の危険を創出している電気系統への水がある状況に子供たちを生活させておくことは許されない。Lの怠惰がその子供たちの福祉を危うくしていることは明らかである。……」

また、Lの主張②については、州最高裁は、「Mの活動は、その活動が子供の福祉を保護すると合理的に期待されえないほどに不十分で貧弱なものではなかった」とする原審の認定を引いたうえで、上記事案の概要に示したMの活動を指摘し、LとMを同様に扱わなかった原審の判断に瑕疵はないとした。

3 補論——「特別な責任を負う者による実力の行使」の正当化

ここまでは、「子供の福祉を危うくする罪」について検討を行ってきたが、アメリカ模範刑法典には、子供の福祉について定めた条文がもう1つ存在する。それは、3.08条の「特

別な責任を負う者による実力の行使」の正当化という条文である。そこで、以下では、この条文についても簡単に検討を加えておく。

(1) 模範刑法典 3.08 条 1 項

模範刑法典 3.08 条 1 項は、以下のよう定めている¹⁴⁴⁾。

3.08 条 他人の世話、訓育、安全についての特別な責任を有する者による実力の行使

他人に対する、または、他人に向けられた実力の行使は、以下の場合には正当化される：

(1) 行為者が、親、後見人、その他未成年の一般的な世話および監督についてこれに類する責任を負う者、または、このような親、後見人、その他責任を負う者の依頼で行為する者であつて、(a) 当該実力が、未成年の不行跡の防止または懲罰を含めて、その未成年の福祉を保護または増進する目的で行使され、かつ、(b) 当該実力が、死亡、重大な身体の傷害、外観の損傷、過剰な痛みもしくは精神的苦しみ、または、重大な墮落を惹起することを企図して、または、これらの実質的危険を創出することを知って行使されたものではないとき。

(2) 以下 略

本条は、他人の世話、訓育、安全について「特別の責任」を負う者による実力行使を正当化する規定である。1項の適用が認められるためには、大きく3つの要件を満たす必要がある。第1に、行為者は、「親、後見人、その他未成年の一般的な世話および監督につ

144) 訳語は、法務省刑事局・前掲注118)46頁を参照したが、適宜修正を施している。

原文は以下の通りである。

Section 3.08 Use of force by persons with special responsibility for care, discipline or safety of others

The use of force upon or toward the person of another is justifiable if:

(1) The actor is the parent or guardian or other person similarly responsible for the general care and supervision of a minor or a person acting at the request of such parent, guardian or other responsible person and:

(a) the force is used for the purpose of safeguarding or promoting the welfare of the minor, including the preventing or punishment of his misconduct; and

(b) the force used is not designed to cause or known to create a substantial risk of causing death, serious bodily injury, disfigurement, extreme pain or mental distress or gross degradation.

いてこれに類する責任を負う者」, または, これらの者から依頼を受けて行為する者でなければならない。第2に, 問題となる実力は, 未成年の福祉を保護または増進する目的で行使されていなければならない。第3に, 問題となる実力は, 所定の結果発生を企図して, あるいは, 結果発生の実質的危険を創出することを知りつつ行使されたものであってはならない。

第2の要件について, 問題となる実力行使が未成年の福祉の保護または増進のために「必要である」ないし「必要であると合理的に信ずる」ことは求められていない。起草者による注釈書によれば, 必要性の信念を要求することは過剰であるという判断がその理由である¹⁴⁵⁾¹⁴⁶⁾。

第3の要件について, 模範刑法典の規定は, 問題となる実力の程度を明示的には規定していない。起草者による注釈書は, 「親が許容される目的で節度のある実力を行使する限りは, 刑法は親の判断の合理性についての審査を規定すべきではない」と説明し, さらに, そのような文言の有無は「大きな実践的相違をもたらすものではない」とする¹⁴⁷⁾。それにもかかわらず実力の程度を直接に限定する文言を規定しなかったのは, 「自分の子供にしつけを施す親の判断は現実認められるという態度をより正確に反映する」ためであるとする¹⁴⁸⁾。このような説明に対してRobinson教授は, 模範刑法典のような規定の下では, 過剰な実力行使を過剰ではないと合理的に誤信した場合も正当化されることになるが, このような実力行使は警察が介入すべき不適当な行為であって, 警察の介入の実現という実践的差異をもたらすとの批判を加えている¹⁴⁹⁾。

必要性の信念を要求しない点や, 許される実力の程度を明記しない点からは, 行為者の裁量判断を尊重している姿勢をうかがうことができよう。

(2) ペンシルバニア州での運用—— Com. v. Ogin

福祉危殆化罪の運用例として取り上げたペンシルバニア州は, アメリカ模範刑法典3.08条1項と同一の条文も有している¹⁵⁰⁾。そこで, 同州の判例においてこの条文がどのように適用されているのかを見ておこう。取り上げる判例は, II 2(2)aで取り上げたCom. v. Oginである。事案については先の項目を参照されたい。

州最高裁は, 子供を訓育することを理由に親は通常は訴追されないということを一一般論として認める一方で, 本件ではそのような正当化はなされないと述べたうえで, 以下のよう判示した。

「子供が不行跡をした場合に, 親がその子供を体罰 (corporal punishment) に服せしめる特権を有しているということは十分に確立されている。……これは, 我々の社会が, 子供に大人の義務と責任を想起させることについての親の一次的な役割を認めているからであり, そして, 州が刑事司法制度を通じて家族生活というプライベートな領域に不当に干渉しないことを確実ならしめる必要があるからである。そうではあるけれども, 親が課してよい体罰のタイプと厳しさに関しては限界がある。法は, はるか以前に, 子供は本質的に独立した法的権利を持たない親のモノ (chattel) であるという見解を放棄した。……さらには, 児童虐待が深刻かつ広まった問題であるということは今や明らかである……; 州は, 子供への攻撃を防止し抑止する

145) See, THE AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES (OFFICIAL DRAFT AND REVISED COMMENTS) PART I, 139 (1985).

146) なお, Robinson教授は, 子供に強制的に水泳を習わせることは「明確には不行跡を防止し」ないが「一般的福祉の増進」にはなるという例を挙げて, 「不行跡の防止」だけでなく「一般的福祉」という射程の広い文言を用いることが望ましいとする。See, PAUL H. ROBINSON, CRIMINAL LAW DEFENSES, §144 (c).

147) See, *supra* note 145 at 139.

148) See, *id.*

149) See, *supra* note 146, §144 (e). なお, Robinson教授は, 「『合理的な実力』とは合理的に誤信された実力ではなく, 避けられた害または増進されるべき利益に合理的に関連する実力である」と定義する。

150) Title18 Pa.C.S.A. §509.

ことにつき強力な利益を有している。

……509条1項(i)と(ii)(模範刑法典3.08条1項(a)および(b)に相当——筆者注)は独立した要件を含んでおり、被告人ら(HおよびI)は、両方の基準を遵守していない場合には、正当化の抗弁の資格がない。このことは、模範刑法典3.08条の注釈書によって強調されている。……注釈書は次のように述べている：

法は一般に、家庭内の権限の行使への特権を許容してきており、その射程の定義をしばしば欠いてはいたけれども、時として刑法に明記してきた。過剰な手段は善意の意図を反駁するためにももちろん利用されえたいけれども、従来先例は行為者の動機を決定的なものとして扱ってきた傾向があった。現代の判例は、節度(moderation)という、より客観的な判断基準へ向かっている。模範刑法典の定式は、その行使がどれほど善い意図によるものであったとしても過剰な実力を禁じている一方で、真の親らしい目的を要求している¹⁵¹⁾。

かくして、子供の福祉を保護または増進する最善の方法は残虐かつ明らかに過剰な罰を与えることであると誠実に信じたというだけでは、被告人の行為が法的に正当化されるわけではないということは明白である」。

そして、次のように述べて、HおよびIの行為は509条1項によっては正当化されないと結論した。

「裁判所は、正当化法の適用に際しては、親によって行使された実力の程度だけではなく、訓育されている子供の年齢および身体的ならびに精神的状況にも焦点を当てるべきである、ということを我々は注記する¹⁵²⁾。

……母親がV₄を放り投げた時、母親がV₄を大きな力で殴打したためにV₄がレンガの壁へ転倒した時、そして、父親がV₄の顔に熱い食べ物を押し付けた時には、V₄は2歳ないし2歳より幼かった。このような状況の下で、陪審は公正にも、少なくとも509条1項(ii)の意味での『過剰な痛みもしくは精神的苦痛……の実質的危険』を創出すると知られている実力を被告人ら(HおよびI)が用いたと、合理的な疑いを超えて結論することができた。……」

子供に体罰を加える親の特権の根拠として、判旨が、①一次的な親の役割という論拠に加えて、②州による家族生活への不当な介入防止という論拠を挙げていること、他方で、児童虐待の問題化を指摘して、子供の保護に関する州の強力な利益を認めていることが目を引く。また、本条には許容される実力の程度が明記されていないけれども、実際の適用においては、過剰な実力行使の禁止という点が重要視されていることがうかがえる。

4 小括

以上、本章では、ペンシルバニア州の運用に則して、主にアメリカ模範刑法典230.4条の概観を行ってきた。ここでは、本章の検討を振り返っておく。

アメリカ模範刑法典230.4条の福祉危殆化罪は、種々の問題点を抱えた非行寄与罪との決別、そして、主体を限定するという態度決定の下で規定された。

ペンシルバニア州の判例によれば、まず、「子供の福祉を監督する者」について、単なる訪問者は除外される一方で、子供と同居す

151) See, *supra* note 145 at 140.

152) この部分で判旨は、THE AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES (OFFICIAL DRAFT AND REVISED COMMENTS) PART I, 140 n. 2 (1985)を参照するように指示する。参照先の脚注の内容は、次の通りである。「不法行為法リステイトメントは、子供への罰の合理性を判断する際に関連する一連のファクターを特定しているが、その定式は刑法典に含めるにはあまりに技巧的すぎるように思われる。1965年不法行為法第2次リステイトメント150条に列挙されたファクターは以下の通りである：(a) 行為者が親かどうか、(b) 子供の年齢、性別、および、身体的ならびに精神的状況、(c) 行為者の犯罪の性質、および、その明白な動機、(d) 同じ家族または集団の他の子供に対する見せしめの影響、(e) 適切な指示に従わせるためにその実力または拘束が合理的に必要なかつ相当(appropriate)かどうか、(f) その実力または拘束が、犯罪に不均衡(disproportionate)であるかどうか、不必要に品位を貶めるかどうか、深刻または永続的な危害を惹起する可能性があるかどうか。この列挙は、1934年不法行為法リステイトメント150条に規定されたファクターのリストの延長である」。

る大人は、責任の自発的引受けやその他の事情によって、これに当たりうる。次に、行為態様については、福祉危殆化罪と暴行罪が両方成立する場面がある。その一方で、極めて重大な性的虐待を配偶者が実娘に加えている場合に実娘を保護する有効な手段を講じない場合や、子供の生活環境を荒廃したままに放置しておく場合にも、福祉危殆化罪の成立が認められる。

子供の福祉について規定する模範刑法典3.08条1項は、子供の一般的な世話や監督に責任を負う者に対して、子供への一定の範囲での実行使を認めている。このような特権の説明として、ペンシルバニア州の判例は、①親の一次的な役割、②州による家族生活への不当な介入防止、③児童虐待からの子供の保護の必要性、という3つの観点を挙げている。

Ⅲ. 我が国の量刑事情としての児童虐待の理論的分析

Ⅲでは、我が国の量刑事情としての児童虐待を理論的に分析したうえで(1)、「はじめに」で掲げた寝屋川事件第1審判決の理論的な分析を行う(2)。1では、傷害(致死)罪の量刑事情として児童虐待の存在を考慮することの可否について確認したうえで(1)、行為態様の危険性(2)、行為主体の限定(3)、常習的な虐待(4)といった各論点について検討する¹⁵³⁾。

1 量刑事情としての児童虐待の理論的分析

(1) 前提問題

そもそも、身体を保護法益とする傷害罪、あるいは、身体および生命を保護法益とする傷害致死罪の量刑事情として児童虐待の存在を考慮することができるのかという点は、一応問題となりうる。ここでは、各論点を検討する前提として、この問題を検討しておく。本稿の理解をあらかじめ示しておく、行為責任主義に反しない限度で考慮は許されるというものである。

a 保護法益

傷害(致死)罪において児童虐待を主に量刑事情として考慮する場合、身体や生命という保護法益に加えて、さらなる保護法益が考慮されていると考えるのが直截的である。このさらなる保護法益の内容については、ドイツやアメリカの議論が参考になる。例えば、ドイツ刑法225条1項は身体の完全性に加えて精神の完全性を保護法益としている¹⁵⁴⁾。また、同3項2号は子供の心身の発達の利益を保護法益としている¹⁵⁵⁾。さらに、アメリカ模範刑法典230.4条においては、子供の福祉が保護される利益とされていることが明らかである。このように、児童虐待を量刑事情とすることによって保護される法益としては、精神の完全性、心身の発達の利益、子供の福祉など、様々なものが想定できる。

153) 児童虐待が量刑事情として考慮される罪名は傷害(致死)罪に限られない(例えば、保護責任者遺棄(致死)罪や不作為の殺人罪が考えられる。太田ほか・前掲注8)243頁[古田政府参考人発言]も参照)のだから、本稿のような検討対象の設定には異論がありうるだろう。それにもかかわらず本稿が検討対象を傷害(致死)罪に限定した理由は、寝屋川事件が傷害致死罪の事案であり、同事件の第1審判決で展開されている議論を検討するにあたっては、さしあたり傷害(致死)罪に限定した分析を行うことが有益であり、かつ、このように限定した検討であっても十分に示唆的な議論を提示できると考えた点にある。保護責任者遺棄(致死)罪や不作為の殺人罪等については今後の検討課題としておきたい。

また、各論部分で検討する論点は、傷害(致死)事案の量刑理由中にしばしば見られる議論を参考に抽出したものであり、量刑事情としての児童虐待について生じる論点がこのに掲げたものに尽きるわけではないことをあらかじめお断りしておく。

*脱稿後、龍岡資晃「裁判例の量刑理由から見た児童虐待について」法時89巻6号85頁(2017)に接した。本論考は、「児童虐待が社会的に表面化し、刑事事件として起訴され、有罪とされた事例の中から、主としてどのような事情が量刑上考慮されているかを概観」するものであり、本稿と共通のアプローチをとっているといえよう。

154) I 1(3)参照。

155) I 1(3)参照。

b 量刑事情としての考慮の可能性

児童虐待を量刑事情として扱うことによって保護される法益について上記のように想定したとして、身体を保護法益とする傷害罪、あるいは、身体および生命を保護法益とする傷害致死罪の量刑事情としてこれらの法益を考慮することが許されるのだろうか。ドイツ刑法は、これらの法益を保護すべく単純傷害罪と被保護者虐待罪を別個の条文として規定している。また、アメリカ模範刑法典も、福祉危殆化罪を傷害罪とは別個の条文として規定している。これらの動向に鑑みると、このような問題意識は理由のないものではない。

この問題については、次のように考えるべきである。すなわち、我が国の刑法は、1つの構成要件の中に種々の犯罪類型が含まれることを前提に幅広い法定刑を定めている¹⁵⁶⁾。傷害罪や傷害致死罪は、1カ条で種々の犯罪類型をカバーし、具体的な可罰性の段階付けは裁判所に委ねられている¹⁵⁷⁾。そのうえで、裁判所は行為責任の原則を基礎としつつ、当該犯罪にふさわしいと考えられる刑を言い渡すことになる¹⁵⁸⁾。そうだとすると、行為責任主義に反しない限度において、量刑加重事情として、精神の完全性や子供の心身の発達の利益を考慮することは許されるといえる。真の問題は、この「行為責任主義に反しない限度」を超えるのはどのような場

合か、ということになるが、傷害罪や傷害致死罪があくまで身体・生命を基本的な保護法益としている以上、身体や生命への被害が極めて軽微であるにもかかわらず、精神の完全性や子供の心身の発達の利益を重視して量刑を加重するような場合には、「行為責任主義に反しない限度」と評価されるべきではないだろう。

行為責任主義に反しない限度において、精神の完全性や子供の心身の発達の利益といった保護法益を傷害（致死）罪の量刑加重事情として考慮することは許されるというべきである¹⁵⁹⁾¹⁶⁰⁾。

(2) 行為態様の危険性

a 危険性の内実の諸相

児童虐待が問題となる傷害（致死）事案においては、行為態様の危険性に言及する裁判例が多く存在する¹⁶¹⁾。特に、乳児を激しく揺さぶることによって「乳幼児揺さぶられ症候群」を発症させたような事例では、行為態様が極めて危険であることに言及されるのが一般的である¹⁶²⁾。

行為態様の危険性に言及される場合、従前は、重大な傷害ないし死亡に至る危険が念頭に置かれていたように思われる¹⁶³⁾。もっとも、児童虐待を量刑事情として扱うことによって保護される利益を精神の完全性や子供の心身の発達の利益と考える場合、このよう

156) 最判平成26年7月24日刑集68巻6号928頁。

157) 楡井・前掲注12)302頁。

158) 刑集68巻6号928頁。

159) この問題を分析する視点としては、構成要件外結果の考慮の可否というアプローチもありうる（司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』40頁以下（法曹会，2012））。もっとも、本文に述べたように、我が国の傷害罪や傷害致死罪は1カ条で種々の犯罪類型をカバーしていること、および、精神の完全性や子供の心身の発達の利益は、傷害罪や傷害致死罪が保護しようとしている生命や身体という利益と関係のある利益であることに鑑みると、やはりこれらの法益を考慮することも許されるだろう。伊藤寿「構成要件的结果以外の実質的被害の発生と量刑」『量刑実務大系第2巻犯情等に関する諸問題』244頁（大阪刑事実務研究会，2011）を参照。

160) もっとも、精神の完全性や子供の心身の発達の利益は身体や生命という利益とはやはり質的に異なる法益であることは否定できない。将来的には、これらの法益を独立に保護する立法を行うことも十分に考えられる選択肢であると思われる。その際には、特に児童福祉法34条1項各号に違反する罪（児童福祉法60条）の法定刑が、我が国の法体系におけるこれらの法益の重みを考える際の参考になるように思われる。

161) 例えば、静岡地浜松支判平成27年2月27日LEX/DB25506185、静岡地沼津支判平成27年9月16日LEX/DB25541389。暴行の強度に言及する裁判例も多い。例えば、札幌地判平成28年4月22日LEX/DB25542945参照。

162) 近時の例としては、鹿児島地判平成26年9月18日LEX/DB25505037、鹿児島地判平成26年9月19日LEX/DB25505042、大阪地判平成28年2月12日LEX/DB25542519がある。

163) 前注、前前注の判旨。

な法益に対する危険は、重大な傷害や死亡に至る危険とは質的に異なる危険であると考えることができる。このことは、ドイツ刑法の罪数論の議論からも示唆される¹⁶⁴⁾。

b 危険の内実を区別する実益

多くの場合、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険は、重大な傷害や死亡に至る危険と重複するだろう。しかし、このような危険を独立に想定する実益が生じる場面として、行為時の発言内容を量刑事情として考慮する場合が考えられる¹⁶⁵⁾。

すなわち、同じ強度で子供を暴行する場合でも、その際に行者が子供に対して投げかける発言如何によっては、子供の精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険を惹起しうる。平たくいえば、親が子供を暴行する場合に、同じく素手で平手打ちをすとしても、「そんなことやってはダメ！」と言いながら殴るのと、「お前なんて生まれてこなければよかった」「あんたを産んだのは失敗だった」などと言いながら殴るのとでは、子供に与える悪影響という観点からは無視できない差異があるように思われるということである。このような差異は、重大な傷害や死亡に至る危険という観点から十分に汲み取ることは困難であるが、子供の精神の完全性や子

供の心身の発達の利益への危険という観点からは無理なく説明することが可能である¹⁶⁶⁾。

このように、重大な傷害や死亡に至る危険と、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険とを区別する実益はある。すでに、性的虐待が問題となる場面では、犯行が被害者の心身の発達へ与える悪影響について量刑の理由中で言及する裁判例がみられる¹⁶⁷⁾。発言内容が精神の完全性や子供の心身の発達の利益へ危険を生じさせるメカニズムについては発達心理学等の実証的研究の成果を慎重に吟味して判断すべき事柄ではあるが、傷害（致死）事案においてもこのような危険の検討を導入することが意識されてよいであろう¹⁶⁸⁾。

また、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険に関する論点として、被害者に兄弟姉妹が存在した場合に、ある子供への虐待を被害者以外の子供が目撃し、その被害者以外の子供の精神の完全性や心身の発達の利益を危険にさらしたことをもって、量刑を加重することができるか、という問題がありうる。行為責任主義という観点からは、被害者以外の子供の精神の完全性や心身の発達の利益は副次的にのみ考慮されるべきだろ

164) I 4 参照。

165) 行為時の発言内容が立証される場面が頻繁にあるとは思われないが、①配偶者による暴行を他方の配偶者が証言する場合や、②公衆のいる場所で怒鳴りながら暴行する場合などには、そのような立証がなお可能であろう。

166) 旭川地判平成 27 年 4 月 2 日 LEX/DB25447213 は、「父親が、乳児の唯一のコミュニケーション手段ともいえる泣き声がうるさいなどと腹を立てて……日常的に暴力を振るう」という現象を、「身勝手極まりない動機」、「経緯に酌むべき点が全くな」とい、「行為は非常に卑劣かつ無慈悲」と評価している。子供からのコミュニケーション手段を拒絶する行為態様に関しては、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険という観点からも評価が可能であるように思われる。

167) 例えば、津地判平成 26 年 11 月 6 日 LEX/DB25505512 は、「数年が経っても、感情をうまく表現できずに手首や腕を刃物で傷つける自傷行為をしたり、自分の体が汚されていると感じて裸体を見ることができなかつたりするなど、強姦被害による精神的悪影響も相当に深刻」という判示をしている。また、福岡地判平成 28 年 3 月 28 日 LEX/DB25542684 は、「心的外傷後ストレス障害を専門とする医師によれば、一般的に 3、4 歳頃からの記憶は大人になっても残っているところ、幼少期の性的虐待に起因する症状が出始めるのは、成長して自分のされた行為の意味を理解できるようになってからであり、具体的な症状としては、人間不信に陥って感情をコントロールできなくなったり、自傷行為に及んだりするおそれがあるという。今後、被害児童らが成長する中で、物心がつく前から被告人にされてきたことの意味を理解して、自分を責め、否定して、深く傷つくことが懸念される。また、被害児童の中には、泣きながら被告人にされた行為を両親に告白した者や、当初は否定していたが後から告白した者もあり、今後、被害児童らが被告人から口止めされて抱え込み、押さえ込んでいる精神的ストレスが一気に爆発する可能性がある。」と判示している。

168) 行為時の発言内容を問題とする場合、各家庭の教育方針に対する国家の過度の介入になり、家庭での教育を萎縮させてしまうのではないかと、という点は別途問題となりうる（発言の揚げ足取り）。

う 169)170)。

(3) 行為主体の限定

a 主体限定の非自明性と合理性

児童虐待が問題となる傷害(致死)事案においては、行為主体の属性が明示されるのが一般的である。明示の仕方としては、例えば、親権者¹⁷¹⁾であることを指摘するもの、愛情を注ぐべき者¹⁷²⁾であることを指摘するものが存在する。

児童虐待に関して行為主体の属性に着目することは決して自明のことではない¹⁷³⁾。このことを端的に示しているのは児童虐待防止法である。同法2条は、「保護者(親権を行う者、未成年後見人その他の者で、児童を現に監護するものをいう。……)がその監護する児童……について行う」行為を同法における「児童虐待」と定義しており、ここでは明示的に児童虐待の主体が限定されている。他方で、同3条では、「何人も、児童に対し、虐待をしてはならない」と定められており、ここではすべての者の児童に対する虐待が禁止されている¹⁷⁴⁾。同一の制定法の内部ですら、主体を限定する場面と限定しない場面が混在しているのである。

諸外国の動向としては、行為主体を一切限定しないという考え方は採用されていない。すなわち、ドイツ刑法225条1項においては、行為者と被害者の間に一定の保護関係が要求されており、アメリカ模範刑法典230.4条においても、子供の福祉を監督する者に主

体が限定されている。重い刑事責任を基礎づけるという観点からは、行為主体をある程度限定することに合理性はあるように思われる。問題は、いかなる事実関係があれば重い刑事責任が認められるのかである。

b 行為主体の諸相

ライフスタイルの多様化が進む現代においては、重い刑事責任を負うべき事実関係も多様なものが認められるべきであろう¹⁷⁵⁾。その具体的内容については、ドイツやアメリカの議論が参考になる。ドイツ刑法の被保護者虐待罪の保護関係においては、民法上の親の権限の規定、契約、比較的長期の継続性、世帯への帰属、権限者からの委任、職務関係ないし労使関係における指示命令関係といった関係があれば行為主体として認められる一方で、好意による関係は基本的に除外されている¹⁷⁶⁾。他方で、アメリカの福祉危殆化罪については、単純な訪問客は除外されるが、責任の自発的引受けに加えて他の権限者への欺罔や被害者への相互的働きかけがあれば行為主体として認められている¹⁷⁷⁾。法令、契約、継続的な関わり合い、責任の自発的引受けといった観点は、我が国の量刑においても考慮に値するだろう。

また、いずれの国においても、親は行為主体として認められている。このこと自体には異論はないと思われるが、その実質的根拠については、アメリカ模範刑法典3.08条1項における親による実行使の正当化に関する

169) なお、児童虐待防止法2条4号は、「……児童が同居する家庭における配偶者に対する暴力(配偶者(……事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。)の身体に対する不法な攻撃であって生命又は身体に危害を及ぼすもの及びこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動をいう。)その他の児童に著しい心理的外傷を与える言動を行うこと」を児童虐待の定義として規定しており、配偶者へのいわゆる面前DVは児童虐待に当たる。配偶者間暴力と児童虐待の問題については、柑本美和「配偶者間暴力と児童虐待——DVを目撃した子どもたち」町野朔=岩瀬徹編『児童虐待の防止——児童と家庭、児童相談所と家庭裁判所』159頁(有斐閣、2012)参照。

170) 寝屋川事件第1審判決は、被告人兩名が、被害者の傷害について公開法廷で次女に責任の一端をなすりつけるような虚偽の供述を繰り返していることを捉えて、「その名誉はもとより将来次女の情緒が害される危険性も意に介さない問題性の高い態度を示している」と指摘し、被害者以外の子供への悪影響を被告人に不利な一般情状として考慮している(刑集68巻6号953頁)。

171) 寝屋川事件第1審判決(刑集68巻6号949頁)。

172) 例えば、札幌地判平成27年6月19日LEX/DB25540831。

173) 岩井=渡邊・前掲注11)298頁参照。

174) 福祉危殆化罪以前のアメリカ法では、非行寄与罪の主体が限定されていなかったことについて、II 1(2)参照。

175) II 2(1)b参照。

176) I 2(2)参照。

177) 以上、II 2(1)d参照。

議論から、次のような発想を得ることができよう。すなわち、裁判例においては、親による実力行使が正当化される論拠として、子供を養育する一次的な責任が親にあること、および、国家による家族生活への不当な介入を回避することが挙げられていると同時に、政府には児童虐待を防止する強力な利益があるとされる。ここからは、国家による家庭への不当な介入防止という制度を維持するために、親に対して、子供を虐待しないという重い責任を伴う強力な権限が与えられるという発想を看取することができる。子供を虐待する親は、この強力な権限を濫用していると評価される点、および、家庭への不当な介入防止という制度を危殆化する点で、重い刑事責任を課されるという説明がありうるのである。

c 問題点

多様な事実関係に基づいて重い刑事責任にふさわしい行為主体を判断するとしても、次のような問題点が残されているように思われる。

第1に、親に重い刑事責任を課す実質的根

拠として上記のような理解を採用する場合、子供を持った親はいわば強制的に重大な責任を負わされることになる。しかし、親の境遇によっては、このような責任の履行を求めることが過酷になりうる。過大な責任の回避という観点からは、重大な責任を課す国家や社会の側が最低限のサポートを親に対して行っていたかどうかが重要な事実関係とされるべきである。すなわち、国家や社会の側が最低限のサポートを怠っていたというような場合には、親に有利な量刑事情として考慮されるべきである。

第2に、責任の自発的引受けを根拠に重い刑事責任を基礎づける場合、「子供に接することで重大な責任を問われかねない」との危惧から、社会の中で子供に接したいと考える人間が減少していく懸念がある¹⁷⁸⁾。このような観点からは、ドイツのように、好意による関係を基本的に除外するといった発想を取り入れることには十分に合理性がある。他方で、事務管理（民法697条）の発想のように¹⁷⁹⁾、一度責任を引き受けた場合には子供の利益を最優先すべきであると考えすることに

178) 不作為犯に関する文脈ではあるが、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』88頁（有斐閣、2013）参照。

179) 不作為犯に関する文脈ではあるが、高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』67頁（成文堂、2003）も参照。

この点については、いわゆる「風の子学園」事件に関する広島地福山支判平成7年5月17日LEX/DB28025087の以下の判旨が興味深い。すなわち、「本件の場合、被告人自身においていわゆる『登校拒否児童』や『情緒障害児』あるいは『非行児童』等の指導、矯正についての専門家を自負し、各地で講演などして自己の体験や実績を吹聴して入園を勧誘し、近隣各地の学校や教育委員会の関係者らと積極的に接触して入園者の斡旋を依頼していたことが証拠上明らかである。してみれば、被告人は、児童、生徒らの非行、不登校、情緒障害等の問題を抱えて、その対策、対応に苦慮する親や教師、学校等の不安と困惑を十分に承知し、かつその問題解決の困難さを十二分に認識しながら、敢えて自らこのような児童・生徒等を受入れていたものと言えるから、前述のような事情（いわゆる不登校や非行等の問題を抱えた児童、生徒らの親や、これらの児童、生徒の指導にあたる学校や教師が、その責任を放棄して被告人ら民間の篤志家に頼り、これに問題を押しつけるという風潮が本件各犯行の原因ないし背景となっており、親や学校その他教育関係者らの軽率な、あるいはその場しのぎ的な態度や対応が被告人をして徒に慢心、増長させ、自己の能力や設備の限界を超えた受け入れ態勢や指導方法を安易に取らせ、ひいては本件各犯行のような行為を容易ならしめたという事情——筆者注）をもって被告人に有利な情状と考えることができるとしても、そこにはそれなりの限度があると言わなければならない。これを過大に評価することは相当でない」。

また、里親による里子への傷害致死が問題となった宇都宮地判平成15年10月7日LEX/DB28095023は、「被告人は、既に被害児の実兄を里子として迎え入れていたばかりでなく、被害児は聞き分けを期待するのが土台無理な僅か3歳の幼子に過ぎず、しかも、発達の遅れがあり、出生以来3年余も乳児院等生活を送っている一方、被告人夫婦との関係は約4か月の間における断続的な面会や一時外泊に止まり、その際の言動からは必ずしも十分懐いていたとまでは断定できないなど、養育上障害となる事情が少なからず横たわっていることを覚悟しながら、敢えて被害児を里子として引受けたからには、忍耐心と寛容の精神をもって養育に努め、適切な養育に不安や疑問を感じた場合には、夫ないしはその親族はもちろんのこと、特に委託を受けた児童相談所に包み隠さず相談を持ち掛けて解決策を探り、打開困難と判断した場合は、速やかに児童相談所に連絡し、被害児を戻す対応を含め、指示を仰いでそれに従うことが、里親としての責任ある対応として求められていたといわなければならない」と述べている。

も合理性はあるだろう。難問であるが、いずれにせよ、このような問題点があることが自覚されるべきである。

(4) 常習的虐待

a 常習的虐待による加重の根拠

我が国の裁判例においては、常習的虐待の存在は量刑を加重する事情であると一般的に解されている¹⁸⁰⁾。

常習的虐待が存在する場合に量刑が加重される根拠としては、様々なものが想定できる。例えば、①常習的な虐待が存在する場合には、被害者に与える苦痛が蓄積されて被侵害法益が増大するので違法性が高いという説明、②常習的な虐待は被害者を軽視する行為者の悪性の発露であって責任非難が増大するという説明がありうる。他方で、寝屋川事件第1審判決が述べるように¹⁸¹⁾、③虐待を繰り返した場合、児童は虐待から逃れられないまま肉体的にも精神的にも苦痛を甘受し続けなければならない、児童の心身の成長や人格形成に重大な影響を及ぼす懸念があり、児童の心身の発達の利益を高度に侵害するから違法性が高いという説明も可能である。

①と②は児童に限らず妥当する説明の仕方である¹⁸²⁾が、③は児童の特性に着目する説明の仕方である。これらの説明は排他的なものではなく、児童虐待の場面で常習的虐待が量刑加重事情として考慮される根拠は、この①②③の説明の組み合わせに求められるだろう。

b 常習的虐待の内実の諸相

ここまでは常習的虐待の内実を特に限定していなかったが、常習的虐待と一口にいっても、そこには多様なものが含まれている。例えば、積極的な暴行が反復継続する場合も、不保護が常態化している場合も、両者ともに

常習的虐待という表現が妥当する。

しかし、積極的な暴行が反復継続する場合と、不保護が常態化している場合とは区別されるべきである。なぜなら、この2つでは、量刑事情としての考慮のされ方に差異があると考えられるからである。先に述べたように、児童虐待を傷害（致死）罪の量刑事情として考慮することが許されるのは、行為責任主義に反しない限度であると解される¹⁸³⁾。積極的な暴行の反復継続性が問題となる場合、各暴行を一連のものとして評価することで、暴行や傷害に関連付けた説明を比較的容易に行うことが可能であり、重い刑事責任を基礎づける事情として評価したとしても行為責任主義に反するとはいえないだろう（もっとも、後述の通り、余罪処罰禁止原則との関係で問題はあろう）。他方で、常態的な不保護が問題となる場合には、行為責任主義という観点からは、積極的な暴行が反復継続する場合よりも説明に工夫が必要であろう。

c 余罪処罰禁止原則との関係

周知の通り、我が国では、「起訴された犯罪事実のほか、起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、これがため被告人を重く処罰することは許されない」ものとされている（余罪処罰禁止原則）¹⁸⁴⁾。他方で、「刑事裁判における量刑は、被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等すべての事情を考慮して、裁判所が法定刑の範囲内において、適当に決定すべきものであるから、その量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮することは、必ずしも禁ぜられるところではない」とされている¹⁸⁵⁾。1回の暴行行為が起訴されている場合に、量刑事情として背後の常習的虐待を考

180) 「被害者に対する暴行は相当程度常習的なものであったといえ、その行為の悪質性はより高い」とする裁判例として、前掲注162)・鹿児島地判平成26年9月19日。常習的な虐待の不在を指摘して最も重い事案とまではいえないなどとする裁判例として、宇都宮地判平成26年12月11日 LEX/DB25505545、和歌山地判平成26年12月15日 LEX/DB25505735、札幌地判平成27年3月2日 LEX/DB25506072 等がある。

181) 刑集68巻6号949頁。

182) ドイツの被保護者虐待罪における「苦痛の付与」は、児童以外の客体に対しても適用がある。このことから、特に225条1項は、本文でいう①②のような説明になじむだろう。

183) Ⅲ1(1)参照。

184) 最大判昭和41年7月13日刑集20巻6号609頁、最大判昭和42年7月5日刑集21巻6号748頁。

185) 最大判昭和41年7月13日刑集20巻6号609頁。

慮することができるのか、余罪処罰禁止原則への抵触が問題となる¹⁸⁶⁾。

昭和41年判決の調査官解説は、「余罪は、量刑事情を推知するための間接的資料であり、「量刑に及ぼす影響は概して高くない」のであって、「余罪事実の内容は、その詳細にまで明らかになっていなくてもよ」く、証拠調べは必要な限度にとどめられるべきとする¹⁸⁷⁾。したがって、背後の常習的虐待について詳細な証拠調べを行わず、「被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等」を推認させるための資料としての限度で考慮するのであれば、余罪処罰禁止原則への抵触は免れることになる。ただし、この場合、背後の常習的虐待の存否は量刑事情としてあまり重みを持たないだろう。

量刑事情としての常習的虐待の重みづけをそのようなものとしてとらえれば足りると考える場合には、以上の検討で足りる¹⁸⁸⁾。もっとも、常習的虐待の存在に十分な重みづけを与えようとする場合には、余罪処罰禁止原則に正面衝突することになるとと思われる。すなわち、反復継続的な苦痛の付与を構成要件とするドイツにおいては、新旧の攻撃の間に被害者と行為者の関係性が十分に变化した

場合や、行為者の感情的状態が变化した場合には、反復性が失われうるとされており、また、行為者の故意の内容として、①最初の攻撃の段階で、反復的に被害者に苦痛を与えることについての未必の故意、および、②反復されている各攻撃のたびに、最初の攻撃を意識していることを要求する見解がある¹⁸⁹⁾。ドイツでは、このような客観面・主観面の十分な吟味を経たうえで、反復継続的な行為に対する厳しい非難が可能となっているのである。ドイツほどの検討を求めることの可否は措くとしても、常習的虐待に重い刑事責任を基礎づけようとする場合には、ある程度詳細な認定が求められざるを得ない。しかし、そのような認定を行うと今度は余罪処罰禁止原則に抵触するのである¹⁹⁰⁾。

1回の暴行行為のみが起訴されている場合には、背後の常習的虐待を量刑加重事情として重視することは理論的には困難である。常習的虐待を量刑加重事情として重視するためには、複数回の暴行行為をそれぞれ別個の公訴事実として起訴するか¹⁹¹⁾、あるいは、時間的・場所的に近接した暴行を一連の行為として構成する¹⁹²⁾といった工夫が必要である。

186) 寝屋川事件の上告趣意では、背景の不保護を本件犯行としてとらえることは実質的に余罪を処罰することであり許されないという主張が展開されていた(刑集68巻6号947-948頁)。

187) 木梨節夫「判解」最判解刑事篇昭和41年度165頁,172頁(1956)。

188) ただし、背景の暴行の日時等と特定する必要がないとする場合、被告人の防御の観点からはなお問題があるように思われる。佐伯ほか・前掲注23)143頁[岩佐発言]参照。

*脱稿後、高木甫「児童虐待致死事案に関する捜査・公判について」捜査研究797号50頁(2017)に接した。同53頁は、「常習的な虐待事案であるが故に、死亡原因となる暴行の受傷時期の特定が困難となる場合もある」と指摘する。

189) I 2(3)参照。

190) *脱稿後、成瀬剛「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選(第10版)』216頁(有斐閣,2017)に接した。この論考は、いわゆる三鷹ストーカー殺人事件に関する東京高判平成27年2月6日東京高等裁判所(刑事)判決時報66巻4頁について評釈を加えるものであるが、同判決が「量刑と余罪」という論点において量刑理論を活用している点を指摘している。児童虐待と余罪の関係についても示唆的であろう。

191) 例えば、札幌高判平成27年11月26日LEX/DB25541862は、①平成26年2月26日頃から同年3月5日頃までの傷害罪、および、②平成26年8月23日頃から同年9月8日頃までの傷害罪を認定したうえで、これらを併合罪とし、量刑の理由の中で、暴行の継続・反復をもって「厳しい非難を免れない」と述べている。静岡地沼津支判平成27年9月16日LEX/DB25541389も参照。他方で、1月上旬頃および1月中旬から下旬頃の2回の暴行行為を認定しながらも「日常的に暴力を振るい続けていたとはいえない」とする裁判例として、前掲注162)・大阪地判平成28年2月12日。

*高木・前掲注188)56頁は、「傷害致死を立証するに当たり、……過去にも虐待をしていた事実は、本件犯行を推認させるほか、量刑上も常習性が考慮されることなどから、安易に傷害を立件せず、又は不起訴とすることは慎まなければならない」とする。

192) 一定の期間内に反復暴行された一連の暴行によって種々の傷害を負わせた事実については、その暴行が、被告人と被害者との一定の人間関係を背景として、共通の動機から繰り返し犯意を生じて行われたものであるこ

d 行為者の心情による区別

先に述べた通り、反復継続的な苦痛の付与を構成要件とするドイツにおいては、行為者の故意の内容として、①最初の攻撃の段階で、反復的に被害者に苦痛を与えることについての未必の故意、および、②反復されている各攻撃のたびに、最初の攻撃を意識していることを要求する見解がある¹⁹³⁾。子供に対して暴行を繰り返す行為者のうち、このような要件を満たすのは、例えば、粗相をした場合には体で覚えさせるという教育方針に基づき、冷静に暴行を繰り返すような者であろう(以下では冷静型と呼ぶ)。

しかし、子供に対して暴行を繰り返す行為者は、必ずしも冷静型には限られない。例えば、子供が粗相をした場合についてカッとやって暴行を加え、暴行直後にその振舞いを反省して「もう二度と手を出さない」と決意するも、自制心が効かずに、「これが最後だ」と思いつつ暴行を繰り返してしまう者が存在するだろう(以下では直情型と呼ぶ)。直情型は「これが最後だ」と思いながら暴行に出るため、ドイツにおける①の要件を欠くことがあるように思われる。このような議論からは、直情型と冷静型との間では刑事責任の重さに差異がありうることが示唆される。

無論、被害者の視点を重視するという観点から、直情型と冷静型を同列に扱うべきであるという見解には十分な合理性があると思われるが、いずれにせよ、常習的虐待を量刑加重事情として評価するにあたっては、直情型と冷静型を同列に扱うことは決して自明のことではないことが自覚されるべきである。

(5) 小括

以上、量刑事情としての児童虐待に関する様々な論点を取り上げたが、ここで簡単に議論を整理しておきたい。

量刑事情として児童虐待を考慮することに

よって保護される法益としては、精神の完全性、心身の発達の利益、子供の福祉などが想定できる。身体ないし生命を保護法益とする傷害(致死)罪の量刑事情として、これらの法益を考慮することができるかは一応問題となりうるが、我が国の刑法が1つの条文に幅広い法定刑を定めていることに鑑みると、行為責任主義に反しない限度であれば、これらの法益を考慮することは許されると解される。

次に、量刑事情として児童虐待が考慮される場合には、行為態様の危険性に言及されることが多い。従来は重大な傷害や死亡に至る危険が念頭に置かれていたように思われるが、保護法益の理解によっては、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険も考慮に値する。これらの危険を区別する実益がある場面として、行為時の行為者の発言内容を評価するという場合が考えられる。

また、量刑事情として児童虐待が考慮される場合、行為主体の属性が明示されるのが一般的である。重い刑事責任を課するという観点からは、一定の主体に限定することは合理的であり、その重い刑事責任を基礎づける事実関係としては、法令、契約、継続的関わり合い、自発的引受けといったものに注目することになるだろう。親が行為主体になりうることについては異論をみないが、その実質的根拠としては、国家による家庭への不当な介入防止という制度を維持するために、親に対して、子供を虐待しないという重い責任を伴う強力な権限が与えられるという説明が考えられる。このような説明を採用する場合、過大な責任を回避するという観点から、国や社会の側の最低限のサポートの存否を重視すべきである。

問題が多いのは常習的虐待である。常習的虐待には様々な事象が包摂されており、例え

となどの事情に鑑みると、全体を一体のものとして評価して包括一罪と解することができる旨を示した最決平成26年3月17日刑集68巻3号368頁も参照。同事件自体は児童虐待が問題となった事案ではないものの、同事件の調査官解説においては児童虐待事案を念頭に置いた説明がなされている。辻川靖夫「判解」最判解刑事篇平成26年度75頁、90頁以下(2017)。

約1カ月にわたる暴行行為に対して包括して204条一罪を成立させた裁判例として、旭川地判平成27年4月2日LEX/DB25447213。

193) I 2(3)参照。

ば、積極的な暴行が反復継続する場合と、不保護が常態化する場合とは区別されるべきである。不保護の常態化を傷害（致死）罪の量刑事情として考慮する場合には、行為責任主義という観点から、説明に工夫が必要となる。また、1回の暴行行為が起訴された場合には、余罪処罰禁止原則との抵触という観点から、背後の反復継続する暴行を重要な量刑事情として評価することは困難である。そして、同じく暴行が反復継続する場合であっても、行為者の心情によっては刑事責任の重さに差異がありうる。

以上がここまでの議論の概観である¹⁹⁴⁾。次に、この検討を踏まえて、寝屋川事件第1審判決の理論的な分析を行いたい。

2 寝屋川事件第1審判決の理論的分析

(1) 罪となるべき事実

寝屋川事件の罪となるべき事実は次の通りである¹⁹⁵⁾。すなわち、被告人兩名（XおよびY——筆者注）は、かねて三女であるAに、それぞれ継続的に暴行を加え、かつ、これを相互に認識しつつも制止することなく容認することなどにより共謀を遂げた上、被告人Xが、平成22年1月27日午前零時ころ、大阪府寝屋川市……の当時の被告人兩名の自宅において、A（当時1歳8か月）に対し、その顔面を含む頭部分を平手で強打してAの同部分を床に打ち付けさせるなどの暴行を加え、その結果、急性硬膜下血腫などの傷害を負わせ、同年3月7日午後8時59分ころ、同府高槻市……所在の大阪府B救命救急センターにおいて、Aを急性硬膜下血腫に基づく脳腫脹により死亡させた。

本件は裁判員裁判の対象事件であった。検察官が被告人兩名につきそれぞれ傷害致死罪により懲役10年の求刑を行ったところ、第

1審判決は、それぞれにつき懲役15年を言い渡した。

(2) 量刑理由の分析

寝屋川事件第1審判決の量刑理由は、児童虐待に関する議論を丁寧論じていることもあって非常に大部となっており、その検討対象も多岐にわたっている。ここでは、先の検討を活用するという観点から、本判決における保護法益の理解、行為の危険性、行為主体、常習的虐待という点に絞って検討を行う。

a 保護法益の理解

まずは、寝屋川事件第1審判決の保護法益の理解を確認しよう。

「はじめに」でも引用した通り、本判決は、「親が、幼児に対し、理不尽な暴行などの虐待を繰り返した場合、幼児は虐待から逃れられないまま肉体的にも精神的にも苦痛を甘受し続けなければならない、その場合、幼児の心身の成長や人格形成に重大な影響を及ぼすことが懸念される上、虐待の程度によっては、その生命の安全までも脅かされることとなる」と述べている。このような記述からは、本判決が、身体や生命に加えて、幼児の心身の発達の利益を保護法益と考えていることが読み取れる。Ⅲ1(1)で検討した通り、このような理解が直ちに行為責任主義に反するとはいえない。

b 行為の危険性

本判決は、「(2) 態様が甚だ危険で悪質であること」という項目の中で、次のように述べている¹⁹⁶⁾。

「本件暴行の態様は、凶器の使用もなく1回手で叩いただけのものである。しかし、被告人兩名の育児放棄に等しい不保護(以下「不保護」という)を原因とする発育不良・低体重状態にあった当時1歳8か月の無抵抗の被害女児に対し、急性硬膜下血腫が生じるほどの勢いをもって右手でその頭部を横殴りに叩いて床に打ち付けさせたものであるから、甚

194) 量刑事情として児童虐待が考慮される場合に、被害者である子供を刑事手続に関与させるには特別な配慮が必要であるように思われる。例えば、子供からの供述獲得方法について専門家が立ち会う必要があるか、公判における証言に際して大人と同じような取扱いで足りるのか、被害者の子供のプライバシーをいかに保護すべきか等である。佐伯ほか・前掲注23) 129頁以下。これらの問題にどう向き合うかは、なお残された課題である。

195) 刑集68巻6号948-949頁。

196) 刑集68巻6号950-951頁。

だ危険で悪質なものである。そして、前記の通り、本件暴行の際、被告人Xは打撲傷の可能性までしか認識していなかったとは認められるものの、被害女兒の発育状態等にかんがみると、そのような態様で打撲傷を生じさせる可能性自体に重い死の結果発生の高い危険性が内在していると評価できる……」。

Ⅲ 1(2)では、重大な傷害や死亡に至る危険と、精神の完全性や子供の心身の発達の利益への危険とは区別されるべきである旨を指摘したが、本判決の上記判旨は、重大な傷害や死亡に至る危険に着目するものと分析できる。この項目は、「(1) 親による児童虐待、特に幼児虐待の傷害致死の行為責任が重大であること」という項目と区別されているが、危険の内実の差異を踏まえるという観点からは、本判決の項目立ては理論的に正当であったと思われる。

c 行為主体

本件の被告人XおよびYは、いずれも被害者の親権者である。比較法的に見ても、XおよびYが児童虐待の行為主体として認められることには問題がない。

Ⅲ 1(3)では、親が行為主体として重い処罰に値する実質的な理由として、国家による家庭への不当な介入防止という制度を維持するために、親に対して、子供を虐待しないという重い責任を伴う強力な権限が与えられるという発想を紹介した。このような発想を採用する場合、過酷な責任を回避するという観点から、国や社会の側が最低限のサポートを行っていたかどうかが重要な事実関係となる。

そして、この点に関しては、本判決は次のように述べている¹⁹⁷⁾。

「被告人兩名には公的援助により夫婦で育児に専念できる態勢が整えられていた上、……約9か月の間にも、虐待を疑った寝屋川市の保健師ら専門職が被告人兩名方を訪問するなどの働き掛けをしており、育児に悩みなどがあれば相談することも可能であったし、

虐待を辞める契機にもなり得たと考えられる。それにもかかわらず、被告人兩名はその働き掛けに対して拒絶的ないし消極的な対応に終始し、虐待を継続している。そうすると、本件における被告人兩名の虐待の経緯にも酌むべきものはないと評価すべきである。」

本判決は上記の判旨を犯情として論じている。このような議論は、国や社会による最低限のサポートの有無という観点から無理なく説明することができる。いたずらに親の重大な責任という側面を強調することなく慎重な検討を行っていた点で、本判決は高く評価されるべきであろう。

d 常習的虐待

常習的虐待という観点については、本判決は、「(4) 身勝手な動機・不保護を伴う常習的幼児虐待」という項目の中で次のように判示している¹⁹⁸⁾。

「被告人兩名は、親として被害女兒を保護すべき立場にありながら、幼児であれば当たり前ともいえる些細な出来事に腹を立てるなどの理不尽な理由から、前記の通り長期にわたり、自ら暴行を加えるとともに他方の暴行を容認して感覚が麻痺する中で暴行を激化させ、その延長として本件犯行に至ったものである。その背後には、被告人兩名の被害女兒に対する不保護が存在し、その程度は、無料の健診や予防接種を受けさせないといったことに止まらず、栄養を十分に与えず、体重が証拠上の最大値より1.3キログラム減少し、標準体重より3.1キログラム少ない発育不良状態（コレステロール値も異常に高い）に陥らせるほどのものであった。そうすると、本件は不保護を伴う常習的な幼児虐待の延長としての犯行といえ、その動機は甚だ身勝手なものというほかない」。

Ⅲ 1(4)においては、積極的な暴行が反復継続する場合と、不保護が常態化している場合とは区別されるべきである旨を指摘した。本判決は、その両方の存在を指摘しているものと分析できる。

そして、本稿は、常態化した不保護を傷害

197) 刑集 68 巻 6 号 951-952 頁。

198) 刑集 68 巻 6 号 951 頁。

(致死)罪の量刑事情として考慮する場合には行為責任主義という観点から説明に工夫が必要であると述べた。本判決は、不保護を伴う常習的な幼児虐待の延長上での犯行であることについて、「動機が甚だ身勝手」という評価を行っているが、動機に結び付けた説明は、行為責任主義違反を回避しつつ、常態的な不保護と暴行行為を結びつける巧みな構成であると評価できよう。もっとも、動機という構成は、常習的虐待を量刑加重事情とする根拠のうち、行為者の悪性の発露という観点にはなじむものの、苦痛の累積という観点や子供の心身の発達の利益の保護という観点にはなじまないように思われる。動機という構成によっては、常態的な不保護が本来有している加重根拠を十分に反映することは難しいのである。したがって、動機という構成を取りつつ常態的な不保護の側面を強調することは、理論的にはやや難があったように思われる。

また、本件は1回の暴行行為のみが起訴された事案であったが、このような場合には、余罪処罰禁止原則との抵触という観点から、背後の常習的虐待を量刑加重事情として重視することは理論的には困難である旨を指摘した。そうすると、長期にわたり暴行が繰り返されたことを重視することについても、理論的には難があったように思われる。

(3) 小括

以上、保護法益の理解、行為の危険性、行為主体、常習的虐待という点について、寝屋川事件第1審判決の理論的な分析を行った。本判決は、保護法益の理解、行為の危険性、行為主体という点について、理論的に適切かつ正当な議論を展開していたと評価できる。

他方で、常習的虐待の評価に関しては、理論的にはやや難点が残るとも評価できよう¹⁹⁹⁾²⁰⁰⁾。

IV. おわりに

本稿では、外国における児童虐待への処罰規定の分析が必要であり、また、量刑事情としての児童虐待の検討が必要であるという問題意識の下、ドイツ刑法225条およびアメリカ模範刑法典230.4条の分析を行うとともに、傷害(致死)罪の量刑事情としての児童虐待に関する諸論点の検討を行った。本稿の成果は、ドイツ刑法225条の基本構造についての理解、アメリカ模範刑法典230.4条の基本構造についての理解、そして、量刑事情としての児童虐待に関する様々な問題意識を提供した点にあると考える。

もっとも、本稿では様々な検討を断念している。例えば、ドイツ刑法に関しては他の条文との関係や沿革についての検討が、アメリカについては模範刑法典230.4条を採用しなかった州の動向についての検討が、量刑に関しては傷害(致死)罪以外の検討が、それぞれ断念されている。これらの検討については残された課題としておきたい。

このように課題は山積ながらも、本稿が、児童虐待に対する刑事法的介入というテーマについて、従来あまり注目されてこなかった領域への関心を喚起することができたとすれば、望外の喜びである。

* 謝辞

本稿は、2016年度Aセメスターにおいて筆者が執筆したりサーチペーパー「量刑事情

199) 本件の上告審は、この第1審判決の量刑評価を是認しながらも、破棄自判によって、Xを懲役10年の刑、Yを懲役8年の刑とした。この点については、裁判員裁判に差し戻すべきであったという批判(笹倉香奈「判批」法セミ719号112頁(2014))や、そのような量刑に至った説明が不十分であるとの批判(前田雅英「最新刑事判例研究 第6回 裁判員裁判の導入と量刑」捜査研究763号30頁,41頁(2014)、城下裕二「裁判員裁判と『同種事犯の量刑傾向』——最高裁判平成26年7月24日判決を契機として——」札幌学院法学31巻2号129頁,146-147頁(2015))が加えられている。本文の検討からも明らかな通り、寝屋川事件第1審判決は、傷害致死事案における量刑事情としての児童虐待の意義について、おおむね理論的に十分支持できる議論を展開しているといえる。このような観点からも、上告審に対する上述の批判は正当であると思われる。

200) なお、寝屋川事件上告審判決以降に出された児童虐待に関する傷害罪の事案の中で比較的详细な量刑事情を指摘する裁判例として、前掲注162)・鹿児島地判平成26年9月18日、前掲注162)・鹿児島地判平成26年9月19日、前掲注191)・札幌高判平成27年11月26日がある。

としての児童虐待——ドイツ刑法 225 条を参考に」の着想をもとに全面的に書き直しを行ったものである。

リサーチペーパーの指導教官である佐伯仁志教授には、構想の初期の段階からあたたかく見守っていただき、様々なアドバイスをいただいた。また、樋口亮介准教授には、ドイツ法の判例の読み方からドイツ・アメリカの調査手法に至るまで、本稿執筆の土台となる部分についてご指導をいただいた。お二人のご指導なくしては到底本稿の完成には至らなかったものであり、深く感謝を申し上げます。

本稿執筆にあたっては実に多くのご支援をいただいた。本稿に至らない部分があるとするれば、それらはすべて筆者の責めに負うところである。ご支援に重ねてお礼申し上げますとともに、本稿がいくばくかでも児童虐待と刑法に関する議論に寄与できたことを祈り、筆をおくこととする。

(いけだ・なおと)

論説

上訴審における刑事弁護について

弁護士・前東京大学法科大学院非常勤講師

植村 立郎

I. はじめに

II. 控訴審の現状

- 1 事実取調べ率・被告人側控訴事件の破棄率の低下等
 - (1) 事実取調べ率の低下
 - (2) 被告人側控訴事件の破棄率の低下
 - (3) 検察官控訴事件の破棄率の高さ
 - (4) 補足
- 2 上訴審弁護における弁護過誤事例の紹介等
- 3 上訴審での国選弁護を適正に行うには、高い志こころざしの保持と上訴審弁護のスキルアップが必要なこと
- 4 受開示証拠の管理・保管は弁護人の責任であること（法 281 条の 3～5）

III. 本論

- 1 上訴審（とりあえず控訴審を前提。以下、同じ）が事後審構造であることを理解すること
 - (1) 事後審構造のポイント
 - a 審判の対象は、1 審の判決（その審理手続も含めた意味。以下、同じ）の当否であること
 - b 審査の対象は控訴趣意（法 392 条）であり、職権調査（法 392 条 2 項）は例外的であること
 - c 控訴審における審査の資料は原則 1 審の証拠、審理結果であること
 - (2) 事後審構造への対応
- 2 上訴審弁護の三種の神器は原判決、原

審記録、被告人であること

- (1) 原判決
 - a 第 1 類型（原判決を読んだだけで問題点気付く類型）
 - b 第 2 類型（原審記録と原判決とを対照して問題点気付く類型）
 - c 第 3 類型（第 1 類型と第 2 類型の複合類型）
- (2) 原審記録
 - a 原審記録の入手が肝要
 - b 公判調書の手続部分が重要
 - c 追起訴・訴因変更、釈明等は丹念に確認すること
 - d 証拠等関係カードの活用の重要性
 - e 証拠の検討
 - f 身柄関係の書類の着実な点検の重要性
- (3) 被告人
 - a 被告人は控訴趣意決定の情報源
 - b 被告人との応接
- 3 検察官上訴事件の弁護
 - (1) 控訴趣意書が提出された場合は、破棄率が高いことも念頭に置いて被告人と打ち合わせて弁護方針を立てること
 - (2) 答弁書（規則 243 条 1 項）を必ず提出すること
 - (3) 被告人側の反証を検討・準備すること
- 4 双方上訴事件の弁護
- 5 上訴趣意の内容
 - (1) 控訴趣意全体
 - a 事後審性の徹底との関係
 - b 証拠上認められる事実、被告人の言い分に即した事実の主張を行うこと

- c 控訴趣意補充書との関係
 - (2) 量刑不当（法 381 条）
 - a 破棄を求める類型を意識して主張を整理することが肝要
 - b 2 項破棄を求める控訴趣意
 - c 刑の一部執行猶予（刑法 27 条の 2）との関係
 - d 原審と主張が変わる場合
 - (3) 事実誤認（法 382 条）
 - (4) 訴訟手続の法令違反（法 379 条）
 - a 事実誤認との区別
 - b 補強証拠の不挙示は訴訟手続の法令違反（東京高裁）
 - (5) 法令適用の誤り（法 380 条）
 - (6) 理由不備・理由齟齬（法 378 条 4 号）
 - (7) その他（控訴理由は限定（法 384 条））
 - (8) 事実取調べ請求
 - (9) 被告人への説明（特に未決勾留日数の法定通算・裁定算入、上訴期間等）
- 6 上告審

I. はじめに

筆者は、平成 23 年に裁判官を定年退職して弁護士登録をした後、所属の第一東京弁護士会で弁護士研修の一環として、標題のテーマで講演をする機会を毎年与えられてきた¹⁾。本誌から御依頼を受けたので、本年も 3 月 30 日に行った上記講演の内容を基に、口頭で行うことを前提とした内容を適宜修正・要約するなどして本稿を作成することとした。

上記研修が行われることについては、①法科大学院で上訴審に関する授業が十分には行われておらず²⁾、司法研修所でも上訴審に関する授業等が行われなくなったことから、若手弁護士の上訴審に関する知識が乏しくなっ

ていること、②上訴審弁護に関する過誤事例が跡を絶たないこと、などの事情がその背景にあるものと、筆者は受け止めている。

そのため、上記研修では、主に控訴審を中心として、基本的な事項を分かりやすく、受講者にできるだけ確実に理解されていくことを念頭に置いている。

II. 控訴審の現状

1 事実取調べ率・被告人側控訴事件の破棄率の低下等

法曹時報の各年度の 2 月号に登載される「刑事事件の概況」を基に、控訴事件の終局状況を概観すると、終局人員は、平成 18 年の 9,344 人から平成 27 年の 6,078 人（もっとも平成 26 年の 5,890 人よりは 188 人増）へと、3,266 人減少（約 35% 減少）している。

(1) 事実取調べ率の低下

事実取調べは、平成 22 年では終局人員の 59.1% で行われていたが、平成 27 年には 51.1% へと約 8% 低下した。その結果、ほぼ半数の事件は事実取調べが行われなまま 1 回結審していることになる³⁾。

(2) 被告人側控訴事件の破棄率の低下

被告人側控訴事件の破棄率は、平成 18 年の 14.7% から平成 22 年に 1 割を切って 9.9% になり、平成 24 年はさらに減って 7.9% になったが、平成 27 年は平成 23 年と同じ 9% となっている。それでも 1 割未満の状態に変わりはない。このように、被告人側から見た場合には、控訴審は厳しい現状にあるといえよう。

(3) 検察官控訴事件の破棄率の高さ

検察官申立控訴事件の破棄率は、平成 18 年の 69.4% から、70% を超える年があるなど変動はあるが、平成 27 年は 65.3% であり、

1) 関連して、当時属していた学習院大学においても「上訴審弁護について ※第一東京弁護士会刑事弁護委員会編『国選弁護活動の手引き 上訴審編』の紹介を兼ねて※」の標題で講演をしている（学習院法務研究 8 号 79 頁（2014））。

2) 講演の際に、法科大学院で上訴審の授業を受けたかと尋ねると、参加者の誰からも手が挙がらないときがある。

3) 当該事件の終局結果は把握していないものの、該当するのは被告人側控訴事件であろうと推測されるところ、事実取調べを全く行わないまま被告人側控訴事件について原判決を破棄することは通常想定しにくいから、ほぼ全件が控訴棄却で終局したものと受け止めている。

被告人側申立控訴事件に比べて格段に高い破棄率で推移していることが分かる。

もっとも、検察官控訴事件は事件数が元々少なく、事件数の変化が破棄率に影響する割合が相対的に高くなる上、検察官控訴特有の事情も介在しているから、統計結果を基にして、例えば、裁判所が被告人側控訴事件と検察官控訴事件とでダブルスタンダードを採っているなどといった、過度な断定を行うのは危険であり、上記破棄率の高さを端的に問題とするのは相当とは解されない。すなわち、終局事件で見た検察官控訴事件は平成19年は250人で、その後100人前後の変動で推移し、平成27年は95人であるから、被告人側控訴事件約6,000人の2%足らずに留まっている。このことからして検察官控訴事件はその申立が絞り込まれていることを看取でき、そういった絞り込みが、上記のような高い破棄率が維持されている要因となっていると見ることができよう。そして、検察官控訴事件の中には、原判決に、①必要的没収の言渡しを欠いている、②再度の執行猶予が付けられない刑期の懲役刑についてその執行を再度猶予した、③未決勾留日数を過算した、などの過誤があって、必ず破棄される事案が一定数含まれていることになるからである。

(4) 補足

筆者は、かつて、裁判員裁判における控訴事件の破棄率の見込みについて、被告人側の控訴事件が現在と同程度の割合で生じると仮定すると、事後審性の徹底化が進めば、その破棄率はこれまでより下がり、特に、いわゆる刻み破棄（典型例は、控訴審で示談ができたので、破棄して原判決の刑を2ヶ月減らすといった破棄・刑の短期の減刑）を原則として行わない運用が一般的になれば、その分だけでも破棄率が減少することになる。他方、裁判員裁判に対する検察官控訴については、これまでも増して謙抑的な運用がされているようにうかがわれ、そのような運用を背景として申し立てられる検察官控訴は、全体として対象事件がより絞り込まれて厳選されている分、逆に破棄率は高まることも予想可能な事態といえる旨の指摘をしたが、上記の結果は、この見込みに沿ったものとなっている

といえよう。換言すれば、上訴審弁護の充実によって、被告人側控訴事件の破棄率を可能な限り高めていくことが望まれることになり、同時に、控訴審における弁護活動にも限界があるから、翻って、1審の弁護の充実が一層求められることになる。

いずれにしても、弁護士として控訴審の弁護を受任するに当たっては、被告人側控訴事件の場合には破棄率が上記の程度に留まっていることを、他方、検察官控訴事件の場合には破棄率が上記の程度に高いことを、それぞれ十分認識しておき、被告人に過度な期待を抱かせないようにすることも肝要である、ということになる。

2 上訴審弁護における弁護過誤事例の紹介等

弁護士会での充実した研修の実施や、該当弁護士が国選弁護人選任用の名簿に登載されなくなったりした結果、上記過誤事例は減少しているが、なお該当事例が発生している。近時の主要な該当事例は、①接見不実行等の基本的な弁護活動の不実践による過誤、②控訴審の法制度に関する基本的な知識不足等の初歩的な過誤、であるように受け止めている。補足すると、①の点は、1審弁護の過誤と共通するが、1審の審理・判決に不満を抱いて控訴している被告人は、控訴審弁護人への要求・期待もその分高いものとなるから、不適切弁護として問題とされる割合も高くなる可能性があるといえよう。

②の点は、まさに基本的な知識が欠けていることによって生じており、例えば、i 控訴趣意書の記載方法、事実誤認・量刑不当等の控訴趣意の意味・相違を十分に理解していない、などといった基礎的知識不足から、趣旨不明瞭な控訴趣意書を提出し、裁判長から法廷で釈明を求められても適切に答えられない、ii 主張と質問・尋問の区別が理解されておらず、質問・尋問すべき場面で、自らの主張を繰り返して質問・尋問をしない、iii 控訴趣意書の提出期限の意義を適切に理解できていない（同期限を徒過すると刑事訴訟法（以下、「法」とする。）386条1項1号により決

定で控訴棄却となる)、など様々な事態が生じている。これらに関しては、地道に学修を重ねて基本的な事項を的確に理解し、必要な知識を身に付ける自己研さんの実践が期待されているといえる。そういった基礎的な知識を身に付ける手段の1つとして、参考文献の必要に応じた活用もある⁴⁾。

3 上訴審での国選弁護を適正に行うには、高い志の保持と上訴審弁護のスキルアップが必要なこと

現在は、後でも述べるように、事後審性の徹底、1審の審理・判断の尊重といったことから、上記のように控訴審の破棄率が低下していて、良質な弁護をすれば原判決の破棄につながるといった、仕事の内容と成果とが連動する良循環の関係になりにくい状況にある。他方、仕事の内容に応じて国選弁護報酬が変動するのか、というと、そうはなりにくい定額的なシステムとなっている。

こういった破棄率の低下と国選弁護報酬の定額化の影響から、国選弁護に関して、手抜きをして、接見も1回しか行かない、控訴趣意書も定型化したものをどの事件でも繰り返し、せいぜい若干の手直しをして、使用する、などといった悪しき弁護活動をしようとの誘惑が生じかねないし、その危険の現実化の危険が既にあるように受け止めている。

しかし、不適切弁護の一番の被害者は被告人であり、被告人の不満が高まれば、当該弁護人が懲戒処分を受けたりするだけでなく弁護士の社会的評価を低下させ、弁護士の職域拡大の障害となるなど、弁護士自身の仕事の足かせともなってくる可能性を帯びている。

こういった危惧される状況を回避するのはそう簡単なことではないが、事件を担当する

弁護士が、自己研さんを重ねて上訴審弁護のスキルアップを図るとともに、高い志を抱いて、何のために刑事弁護をするのか、といった原点に常に立ち戻り、良質な上訴審弁護を被告人に対して提供する執務姿勢を保持し続けることが肝要といえる。

4 受開示証拠の管理・保管は弁護人の責任であること(法281条の3～5)

公判前整理手続を経た事件だけでなく、最近では、非裁判員裁判対象事件においても、検察官による任意開示が積極的に幅広く行われるようになってきている。そのこと自体は大変有意義なことであるが、同時に、弁護人としての責任も法定されていることに留意する必要がある。すなわち、弁護人による受開示証拠の管理・保管(法281条の3)、目的外使用の禁止(法281条の4)、目的外使用の罪(法281条の5)が定められている。これらの条文は公判前整理手続に関連した定めである法316条の2以下の条項とは異なる箇所定められているから、弁護人としては、関係条文の存在を確認してその内容を理解しておき、被告人にもその旨を理解させて、事件終了後は、速やかに交付していたコピー等を回収する必要がある。最近では、支援者等によって受開示証拠が他に漏らされてしまう、特に、インターネットで公開されてしまう危険性も高まっているから、上記の点は、十分注意されるべきである。

4) 筆者が関与した参考文献としては、①第一東京弁護士会刑事弁護委員会編『国選弁護活動の手引き 上訴審編』(第一東京弁護士会、2013)(筆者は、監修者としての立場から同書の作成に参加した。)、②植村立郎監修・岡慎一＝神山啓史編『刑事上訴審における弁護活動』(成文堂、2016)(筆者が監修者として同書をプロデュースしていて、Q&A形式で、分かり易く上訴審の弁護を説明したもの)を挙げておく。両書ともに参考書式も掲載されていて、その点でも参照価値がある。

なお、筆者個人については、控訴審に関しては拙稿「実務現代刑事法(その1)判タ1240号86頁(2007)をもっとも、2007年の発刊なので、その後の制度的な変化も踏まえて修正すべき点多々生じている)、事実認定に関しては拙著『実践的刑事事実認定と情況証拠(第3版)』(立花書房、2016)、拙稿「裁判員裁判における事実認定の充実を目指して『事実上の推定』を中心に」季刊刑事弁護79号113頁(2014)等参照。

Ⅲ. 本論

上訴審（とりあえず控訴審を前

1 提。以下、同じ）が事後審構造であることを理解すること

(1) 事後審構造のポイント

審判の対象は、1審の判決（その審理

a 手続も含めた意味。以下、同じ）の当否であること

自分の言いたいことを述べてその主張の当否を判断してもらうのではなく、1審判決の不当性を主張する必要があることを自覚すべきである。

審査の対象は控訴趣意（法 392 条）

b であり、職権調査（法 392 条 2 項）

は例外的であること

まず、控訴趣意書を作成することの重要性を自覚する必要がある。その提出期限を徒過することは厳禁である。他方、裁判員裁判の実施を契機として事後審性の徹底がいわれていて、裁判所による職権調査の行使は謙抑的であり、弁護士による裁判所頼みの訴訟活動は許容されない。換言すれば、控訴審では、弁護人の法曹としての力量が一段と問われることになる。

控訴審における審査の資料は原則 1

c 審の証拠、審理結果であること

関係する条文としては、法 381 条（量刑不当）、382 条（事実誤認）がある。他方、その例外として法 382 条の 2（事実誤認、量刑不当）、393 条 2 項（量刑不当）がある。

(2) 事後審構造への対応

1 審の手続しか理解していない人が上訴審弁護を行おうとすると、どうしても 1 審の弁護のイメージのままに行動しがちとなる。例えば、1 審では、検察官による起訴状朗読から公判手続が始まるところから、被告人控訴事件でも、最初は検察官が何かするのだろうかなどと思って、控訴趣意書の陳述を行わないままずっと弁護士席に座っている弁護士がいることになる。

そのため弁護士としては、事後審構造であって、中立的立場を保持し、被告人側を支

援するような職権発動にも謙抑的である裁判所を前提として、控訴審のことをよく理解し、自己責任できちんと弁護活動を行えるスキルアップの努力を継続し、自らの主張や立証が、この事後審性の徹底といった視点に十分耐えるものとなっているのか、などの検証を着実にを行い、適切に対処していく必要性が高まっているといえる。付言すると、事後審性が徹底した状態における控訴審弁護の基本形としては、充実した 1 審の審理を前提とすれば、弁護人が、控訴審で新たな主張をしたり、事実の取調べを求めたりする必要は原則としてなく、原審弁護人の主張・立証に対して原審・原判決が適切に対応・評価していないことを控訴趣意として指摘することになるはずである。そして、この基本形の「系」としては、原判決に、不意打ち認定等原審の審理を的確に反映していない部分がある場合には、その点を控訴趣意として、見逃さずに的確に主張すべきである。

他方、この基本形が行えない場合の控訴審弁護は、事後審の視点を徹底すべき前提が欠けていて、1 審の審理充実が実現していないその不足分を補完する役割を果たすものとして、行われることになるはずである。この場合には、新たな主張をすることに制限はないが、新たな事実の取調べを求めるには、法 382 条の 2 が要求する「やむを得ない事由」の疎明が必要となる。

2 上訴審弁護の三種の神器は原判決、原審記録、被告人であること

三種の神器などと言うと、世代が違うと言われかねないが、上訴審弁護の基本的な事柄で、しかも、上訴審弁護の有力な手がかりを与えてくれるものを 3 つ選んで、便宜「三種の神器」と名付けてみた。

(1) 原判決

多くの弁護士は、原判決（控訴審の場合は 1 審判決だけだが、上告審の場合には 1・2 審判決ということになる）を読むことから上訴審の弁護活動を始めることになる。筆者は、控訴審で問題となる原判決には 3 つの類

型があると考えているから、その点について説明する。

a 第1類型（原判決を読んだだけで問題点に気付く類型）

この気付き方には、誰でも気付くものから、原判決が提示している事件の全体像等、様々な事柄を考慮して初めて気付く、その意味で高度なものまで含まれている。例えば、発生頻度のある誤りに関する知識があると、点検の仕方も違って来る。自白と補強証拠との関係での典型例を示すと、無免許運転の事案では、判例は無免許の点と運転行為の点の双方について補強証拠を必要としている⁵⁾から、このいずれかに関する補強証拠が証拠の標目から欠落していないか点検するのが着眼点となる。無免許運転1件だけの事件だと、この種の過誤はあまり生じないが、複数の無免許運転事案が起訴（特に追起訴）されていたりすると、ある事実について、無免許の補強証拠が欠けていたり、運転行為に関する補強証拠が欠けている、といったことがないとはいえない。

次に、常習累犯窃盗の事案では、前科の存在が構成要件となっているから、証拠の標目に前科調書が挙げられているかを確認する必要がある。そういった前科の多くは累犯前科ともなっていようから、原判決のどこかに前科調書が記載されていることはあろうが、的確に点検しておくのが望まれる。

このように、補強証拠の有無といった明確な視点を持って判決を点検すると、そうでない場合に比べて過誤や不備を発見できる割合が高まるのである。もっとも、薬物事案における「法定の除外事由」については補強証拠は不要とされていて、補強証拠ともいえる、いわゆる「無資格性」に関する証拠が請求すらされていない事案もあることに留意する必要がある。

次に、判決文全体を理解して発見できる問題点としては、例えば、法令の適用では自首減軽がされているのに、罪となるべき事実には自首に関する記載がないといった場合である。減軽するとはいえ、犯罪事実とは直接関

係のない任意的減軽事由であるから、罪となるべき事実には記載しなくても良いとの考えもあり得るが、弁護人としては、控訴趣意として指摘しておく方が良いと考えている。

証拠の標目（併合罪の犯罪事実ごとに区別して記載されていない場合）や法令の適用（刑法47条ただし書が落ちていたり、刑法14条2項が落ちていたりなど）が適切でない場合もある。

問題点に関する、ごく一部のポイントを例示したが、裁判官としての経験でも、筆者が気付いた原判決にある不備について控訴趣意で的確に指摘されている割合は極めて少なかった。気付いてもあえて主張するまでもないと判断された事例もあったかもしれないが、多くは気付かれないままだったのではないかと受け止めている。刑事事件を専門的に担当する弁護士の比率が高いわけではないから、やむを得ないかもしれないが、原判決の不備を的確に気付ける弁護人の増加が期待されているといえる。

b 第2類型（原審記録と原判決とを対照して問題点に気付く類型）

これは、次に説明する原審記録といわばドッキングした形で発見できる態様の問題点である。典型例といえる証言の信用性について例示すると、この点に関する原判決の判断は、判決文を読む限りは、それなりに了解可能な説示がされていて、問題がないように感じられる場合がある。そういった場合に、記録を読んで、なるほどと原判決の判断の正当性を追体験できることは勿論あり、これが基本形といえる。しかし、当該証人の速記録を原判決の説示と対照しつつ読むと、中には、原判決の、説示の誤りに気付いたり、信用性の評価に疑問が出てきたりし、それらが積み重なって、全体として原判決には問題があると思うようになる、といった推移をたどることもある。これは、原判決を読む限りは、通常気付きようのない問題点であって、原判決は原判決、記録は記録、といった形で断片的に弁護の仕事を行うのではなく、原判決と対照しつつ記録を読むことによって発見できる

5) 最判昭和42年12月21日刑集21巻10号1476頁（海老原震一「判解」最判解刑事篇同年度354頁（1983））。

問題点である。

関連して、記録の読み方について更にいえば、原判決の説示に沿う証拠に気付いたら、その丁数を手控え用の判決書に付記する、などといった形で記録を読み進むと、記録を何度も読み返す手間が省けるし、後から、特定の問題点について検討する必要が生じたときも、すぐに必要な箇所を探し出せるといった点でも、執務の効率化に役立つものと考えている。

翻って考えると、記録を読んで得られる心証・評価と、原判決の説示とが全部とはいかなくても大筋において一致しているのが、健全な判決内容だと思われるから、この第2類型に該当する原判決は、記録の内容と判決の説示とが齟齬していることになり、不適切な部類に属することになる。裁判員裁判では判決の説明が簡潔になるから、第2類型に該当する判決が増える危険性がないとはいえない。

仮に、原判決が第2類型に当たると思われた場合には、そのことを的確に控訴趣意で指摘すれば、当該事件の控訴趣意書として適切なものとなるだけではなく、今後の1審判決がより良いものとなっていくのに寄与することになる点でも、良い影響が出るものと考えている。

なお、説明と記録の内容との齟齬の問題は、判決書だけでなく、控訴趣意書にも同様に当てはまる。記録を読んで認定・評価したことを的確に文章化することは必ずしも容易なことではないが、法律専門家である弁護士に対しては、常にその実現を目指した自己研さんが求められているといえる。

○ 第3類型（第1類型と第2類型の複合類型）

この類型は、例えば、判決を読んだ段階では、まあ、こんな判断もあるのかなあと思いつつも、今ひとつじっくりこない、記録を読んでもう一度考えてみよう、といった内容の判決である場合が典型例といえる。そして、記録を読むと、じっくりこなかった点がじっくりきた場合には、原判決は説示に若干問題があっても、その判断の結論には誤りがなかったことになるから、裁判所側からすれば

結果オーライ的な位置付けとなり、弁護人からすれば控訴理由が減る結果となる。逆に、記録を読んだら、やはり問題だったということも、勿論あり得る。

判決を読むだけでその内容が理解できるようにするのが基本形であって、今例示したのは、判決の説示に問題が残っている事案だが、記録が大部であるなどして事案が複雑な場合には、判決も長文だったり、説明も様々な事項が絡み合っていたりして、判決を一読しただけでは、説示の意義や判断の可否等が分からない場合もある。この場合は、記録と独立した形で判決を読んでいるだけでは判決自体の内容の把握自体が困難ということになる。

しかし、そういった事案でも、記録を読んだ後に再度当該判決を読んでみると、原判決の説示は的を射たものであったり、結果的に問題のなかったことが判明したりすることもある。他方、原判決の説示に元々問題があったことが記録を読んで一層明らかになったり、原判決の説示の理解が一層困難となったりして、原判決の問題点が明らかとなることもあり得る。そういった場合の対応も、第1類型と第2類型への対応を合わせて行えば良いことになる。付言すると、疑問に思ったり、じっくりこなかったりした点は、こまめにメモしておいたり、手元にある判決書のコピーに書き込んでおいたりすることが肝要である。これは、備忘のためでもあるが、そういったことを実践することで、記録を読む視点が提供されて、効率的に記録を読めるようになるからである。特に、大部な記録の場合には、記録を読み終えた段階では、最初に読んだ部分の詳細な内容を覚えていないこともあり得るから、記録からの確かな情報を得ることが、特に重要となってくるのである。

(2) 原審記録

a 原審記録の入手が肝要

裁判官は、原審から送付されると原審記録を読むことが可能となるが、弁護人の場合にはそうはいかない。自らの努力で原審記録（控訴審の場合は1審の記録だけだが、上告審の場合は控訴審の記録も加わる）を確保する必要がある。そのため、上訴審弁護士と

なったら、原審弁護人から記録（未提出記録を含む）の引き継ぎを受けることが肝要となる。ところが、このことを励行していない弁護人があるようなので、そういった弁護人がどういった弁護をしているのか不安になる。

この引き継ぎは、弁護人にとって無用な記録の謄写事務を回避できるだけでなく、被告人はもとより、裁判所、検察官にとっても、弁護人が適切な弁護活動を行う基礎資料を得ていることになる点で有益である。検察官にとっての利点を補足すると、例えば、1審で既に証拠開示されているが証拠調べ請求もされずに終わった証拠は1審記録にはへんてつされていないから、控訴審弁護人は、この記録の引き継ぎがないと、当該証拠は未開示証拠だと誤解して、控訴審で再度（当該弁護人の意識としては1度目ということになる）証拠開示を求める、といった事態が生じかねない。上記記録の引き継ぎの励行は、そういった事態の発生を未然に防止することができる点で、検察官にとっても利点となるのである。

次に、原審記録をどういった視点から読み、どのように活用したら良いかについて、既に述べた点との重複を避けて、更に説明する。

b 公判調書の手続部分が重要

記録を読むに当たっては、第1分類の手続部分が重要である。例えば、裁判官が交代しているのに公判調書には更新手続がされた旨の記載がない、などといったことを発見することができるのである。もっとも、公判調書の作成には様々な技術的な要素も加わるから、慣れないと、記載内容の意義を的確に理解すること自体、容易なことではなく、ましてその不備を発見することなど、容易にできることではない。だからといって、手を拱こまねいては事態は打開されない。地道な努力が重要である。まずは、公判調書の記載要件を定めている刑事訴訟規則（以下、「規則」とする）44条を適宜参照しながら記録を読むようにすると、徐々に、公判調書に書かれたことが理解できて、記載の不備な点に気付くことができるようになるだろう。もっとも、同条1項には沢山の事項が規定されているから、

いきなり読むと腰が引けてしまいかねないが、公判調書の記載と対比しながら読むと、同項はごく当たり前の事項を規定しているのが大半であることに気付くはずである。

なお、記録の引き継ぎという面から付言すると、原審弁護人としては、自ら関与している手続のためか、公判調書の手続部分の謄写がされていないなど、記録の引き継ぎとして不十分な状態にある場合があるから、上訴審弁護人が自ら記録を点検して必要な部分を謄写する必要も生じ得るのである。

c 追起訴・訴因変更、釈明等は丹念に確認すること

標題には審判の枠組みとなる重要な事柄を挙げた。追起訴は、数が少ないとその確認に手間もあまりかからないのが普通である。しかし、詐欺事件、窃盗事件等で追起訴が多く、また、各起訴状に書かれている公訴事実も多いと、全体として、その確認にはかなりの手間と時間がかかることになるが、少なくとも1回は丁寧に確認したい。また、判決書でも、個々の認定事実の末尾に当該事実に対応する起訴状の該当箇所を特定して付記する事例も増えていて、こういった判決の場合には確認の手間がその分軽減される。他方、そういった配慮がされていない判決の場合には、多数の起訴状のどの事実が当該認定事実なのか、なかなか分からず、確認にかなりの手間と時間がかかることになりがちである。このことは弁護人作成の書面の場合にも同様に当てはまるから、自分が論じているのは、記録のどこに根拠があるのかを明らかにしておく、読む側もその点検が容易になる。

本題に戻って、丹念に起訴状と認定事実を対照する点を補足すると、沢山の事実が認定されている場合には、パソコンのコピー機能を活用して判決が書かれていることがあり得、他の事件の認定事実ではあっても、当該事件では起訴されていない事実関係が誤って認定された形になっていたり、他の事件では構成要件要素となっても、当該訴因では無用な事実が構成要件要素として認定されていたり（例えば、他の事実では営利目的があっても、当該事実では営利目的はないなど）、同じ誤字が何度も出てきたり、などと

いった過誤が生じていることが絶無ではないから、丹念な点検によって、そういった作業をしないときには気付かない事柄に気が付き、当初は想定していなかった控訴趣意の手がかりが得られることもあり得る。

訴因変更、釈明にも同様のことが当てはまる。起訴状と異なる点を中心に補足すると、訴因変更については、IT化の影響で、部分的な訴因変更であっても、当該部分を特定してそこだけ訴因変更するといった方式は、口頭で訴因変更がされる場合を除くと、少数の事例となっていて、訴因変更の該当部分の長短にかかわらず、訴因を全文変更する方式が増えている。裁判所としても、変更された全部の事実が当該訴因変更請求書記載の事実として表示されているから、便利な面がある。しかし、どの点が訴因変更されたのかが公判調書上明らかにされていないと、上訴審弁護人としては、その確認は新旧の両訴因事実を対比して行うしかないから、その作業には注意深さが求められることになる。こういった事案でも、実際の法廷では、検察官が口頭で説明しているはずであるが、その説明が調書化されていないことによって、上記のような手間が生じることになるといえる。そのため、本来的には、原審弁護人に、そういった事項の調書化を求めることが期待されているのである。

他方、口頭による訴因変更や釈明は、公判調書に記載されているだけで、独立した書面が提出されるわけではないから、公判調書の該当記載を見落とすと、変更前の訴因を前提として、あるいは、釈明がされているのを無視した形で、控訴趣意が構成されるという過誤を生みかねない。公判調書の手続部分を慎重に点検する必要性の高さを示唆する事態といえる。

d 証拠等関係カードの活用の重要性

例えば、原審弁護人から、一括して手持ち記録の引き継ぎを受けたとすると、その記録の中には、原審で証拠として取り調べられたものが勿論あるが、原審で、証拠請求したが却下されて全部又は一部の取調べが行われなかったもの、検察官から証拠開示を受けたものの、原審では証拠請求すらされなかったもの

のなども含まれている可能性がある。ところが、手持ちの証拠全てが原審で取り調べられているとの前提で控訴趣意書が作成されている事例が絶無ではない。そういった過誤を回避して適正な主張を行うためにも、証拠等関係カードを参照しながら、引き継ぎを受けた手持ち記録を点検して、証拠調べがされた証拠と、それ以外の証拠などに仕分けをする必要がある。こういった作業にもそれなりの手間がかかるが、その手間を惜しんではならない。

当該証拠がどの事実との関係で取り調べられているのかを確認しておく必要もあるから、証拠等関係カードの「公訴事実の別」の欄もきちんと見ておく必要がある。判決の証拠の標目に掲げられている証拠が実は別の起訴事実との関係で取り調べられていたことに気付くこともあり得るからである。こういったことは、追起訴事実についても立証する予定で取り調べられていた証拠について、追起訴があった後に、立証趣旨を拡張して当該追起訴事実についても証拠とすることを怠ったために生じていることもあり得る。

また、控訴趣意書を作成するに当たっても、公訴事実の別を確認しておくことで、当該事実との関係では取り調べられていない証拠に基づいて主張を構成する誤りを回避することができる。

証拠の採否を巡って本格的に訴訟手続の法令違反の主張をしよう、といった場合には、証拠等関係カードだけでなく、記録にへんてつされている、検察官や弁護人の各主張書面等を併せて点検する必要も生じる。もっとも、この添付書類のへんてつは、技術的な要請もあるためか、どの書面がどの証拠の関係のものなのか、ときとして、分かりにくくなっていることがあるから、証拠等関係カードの関係記載を参照しつつ、注意深く点検する必要がある。

e 証拠の検討

原判決の問題点を発見し、原審記録に基づいた控訴趣意書を作成するためにも、証拠の検討は慎重に行う必要がある。そして、証拠の検討で手間と時間がかかるのは厚い記録においてである割合が高い。しかし、裁判員裁

判が始まって、記録の厚い事件の有り様に大きな変化が生じている。すなわち、これまでは、記録の厚い事件は、重大事件が中心だったが、裁判員裁判が始まってからは、重大事件でも記録の薄いことが多くなり、記録の厚い事件は単独事件で見られる割合が高まっている。

そこで、まず、記録の薄い重大事件について説明する。記録が薄いから、記録を読む負担は大幅に軽減され、証拠検討のポイントが、厳選された証拠を基にして、どのように原判決の事実認定の心証を検証するか、に変化しているといえる。補足すると、直接証拠による認定型の場合には、原判決が依拠している直接証拠で当該認定ができるかを検討することになる。そのこととの関連で、争いのない事実として説示されている事実が本当にそうなのか、争いのある事実が原判決のように認定できるのか、争いのない事実と認定された争いのある事実とを総合して、原判決のような事実認定ができるのか、などを検討していくことになる。

間接証拠による認定型の場合も、間接事実そのものの認定については、直接証拠による認定と変わらないから、間接事実を基にした認定について付言する。間接事実積み上げ型といわれる認定の場合には、個々の間接事実がどの程度の確度で認められると原判決で判断されているのかをまず確認し、当該証拠でそのように認定できるかを検討する必要がある。次に、そのような間接事実を総合して原判決のような認定が可能なのかを検討する必要がある。また、事実上の推定が活用されている場合には、当該推定の前提事実の構成が適正か、当該推定に合理性があるか、などといった観点から原判決の認定過程を当該証拠に基づきながら検証していくことになる。こういった点を詳しく説明すると、事実認定プロパーの問題になるから、この程度で終える（詳しくは、注4）で紹介した拙著『実践的刑事事実認定と情況証拠』等参照）。

次に、厚い記録における証拠の検討に関しては既に少し説明したが、補足する。証拠の検討に手間と時間がかかるから、効率的に行うことが望ましいこととなる。被告人からの

情報等で、控訴趣意の方向性が既にあるような場合には、その主張に関係する証拠部分の丁数を控えるだけでなく、速記録の必要箇所をパソコンに入力していく、など様々な工夫を同時に行いつつ記録を読んでいくと、全体として効率的な記録読みができることになる。

他方、記録を読んでから控訴趣意を検討しようといった場合もあり得る。その場合に、丹念に記録を1回読んで、それから控訴趣意を考える、といった方法は丁寧である。特に、事後審性の徹底との関係で、既に説明した基本形の控訴審弁護が重要となってくる前提では、控訴審の主張の根拠となる証拠は、原則として原審で取り調べられたものに限られることになるから、適切な控訴趣意を構成するためには、記録を十分に読み込んでおくことが求められることになる。そうなら、何十回でも記録を読もう、というのも、立派な心がけだと思うが、筆者は、そういった方法には必ずしも賛成ではなく、記録を読む回数にはできるだけ少ない方が良いと考えている。筆者が言いたいのは、手抜きの手前では勿論なく、効率的に記録を読んだ方が良いということである。例えば、厚い記録の中にある特定の証拠の記載を後から探し出すと、少なからぬ時間と手間を要してしまい、他の作業の進行を妨げる結果になることがある。そういった事態はできるだけ回避した方が良いから、記録を効率的に読み、記録を読む回数を減らす必要があると体験的に考えている。

それでは効率的に記録を読むにはどうするかということになるが、記録を読むに当たっての羅針盤を用意しておくのが良いと考えている。具体的に例示すると、手続部分は判決も含めて既に読んでいるわけだから、漠然とではあっても、控訴趣意のイメージができていくことがある。それを羅針盤とするのである。他方、そういったイメージができていない場合には、証拠を読む前に、それまでの情報を基にしてできるだけ控訴趣意のイメージを作ってみるのである。例えば、あの事実認定は争えそうだとか、あの証拠決定は争えそうだとか、などの漠然としたもので足りる。

そういったイメージを羅針盤として、証拠を読んでいくのが良いと考えている。控訴趣意が決まっているわけではないから、記録を読むポイントには、ぼんやりした部分を含んでいる。それでも、そのイメージに基づいた一定の明確性を持って示されるポイントに沿って記録を読むと、関係する証拠に気付く確率が高まり、手控えも効率よく作成できて、後からの点検も効率的にできることが少なくないのである。

他方、このような手法に対しては、不当な「予断偏見」をもって記録を読むことになり、適切とはいえない、などの批判が向けられそうである。しかし、筆者は、「偏見」はともかく、「予断」というか、事前の情報を基にして組み立てた予測・洞察、などといったものは、否定的に位置付けられるべきではなく、より積極的に位置付けられるべきものと考えている。物事を始めるに当たっては、自分なりの見通しを持って始める方が良く、「予断」自体に問題があるのではなく、その後継続的に行うべき「予断」に対する検証作業が適切に行われているか否かを問題とすべきなのである。

話を戻すと、上記イメージを持ちながら記録を読み進めると、次第にそのイメージが膨らみ、同時に、関係証拠によって着実に裏付けられて、本格的な控訴趣意に発展していく、といったことが生じ、良い成果が得られることもあり得る。しかし、そういった良い成果が得られなくても、格別差し支えはない。記録を読む重点は、そのイメージの正当性を確認することではなく、本格的な控訴趣意、そこまでいかななくても、その契機を得ることにあるからである。そのため、イメージは大事にしながらも、個々の証拠を読んで、必要を感じた都度、イメージの検証・修正、撤回、新たなイメージの案出等、このイメージの控訴趣意への進化に向けた様々な作業を行う必要があるのである。勿論、これらの作業過程で、それまで軽視していた証拠を再評価する必要が生じたりして、既に読んだ証拠を再度確認する必要が生じることもある。しかしそうだとすると、筆者は、こういったイメージを持たないで、いわば白紙の状態で記

録を読むよりは、全体として効率的になるように考えている。

f 身柄関係の書類の着実な点検の重要性

身柄の経緯もきちんと把握しておく必要がある。謄写料との関係で身柄関係の書類の謄写はしないといった場合でも、記録は裁判所にあるから、必ず点検すべきである。検討の結果、身柄関係について違法な点を発見して控訴趣意として主張するといったことも可能となるし、上訴審で保釈請求をするといったこともあろう。また、被告人が、1審で保釈されていたり、別件で服役していたりした場合には、算入できる未決が皆無だったり、ごく限られた日数だったりすることもあるから、原判決の未決算入に誤りがないかの点検も的確に行うことができる。

保釈請求の関連では、高裁の部によって対応が違うような話も聞くが、弁護人が持っている情報で裁判所に伝えておいた方が良い情報は、適宜の方法で知らせた方が良いと考えている。書面では説明し切れていない事項等があれば、面談を求めて裁判所に直接説明した方が良い。

(3) 被告人

a 被告人は控訴趣意決定の情報源

上訴審の被告人は、原判決や原審の手続等に不満を持っているわけだから、控訴審における弁護方針を決めるに当たって重要な情報を持っているのが、自然なことといえる。被告人が持っている情報が控訴趣意の基盤となることは十分あり得ることだから、弁護人としては、被告人が持っている情報を的確に取得することが肝要である。既に説明した不適切弁護の事例に、接見を巡る事案が少なからず含まれているのも、視点を変えれば、上訴審弁護において、被告人からの的確に情報を得ることの重要性を裏付けているといえる。特に、外国人の被告人、精神障害・特異な性向等のある被告人などに関しては、その言い分が原審で的確に理解され・汲み上げられて、弁護人から主張され、裁判所の判断を経ているとは限らないから、そういったことの有無の確認に必要な情報も含めて、的確な情報を得る必要がある、そのための配慮と工夫を要する場合があります。その手段として、時機

をとらえた接見の実践の重要性は改めて指摘するまでもないが、手紙等の通信手段、控訴趣意書の案の差し入れ等を活用して、信頼関係を構築・発展させる工夫と配慮は、これまでも様々に指摘されている。

他方、被告人の不満の中には、原審での手続、原判決の判断内容等に関する誤解から生じていて、その誤解を解消すれば解決できるものもあり得る。被告人から話を聴く過程で、そういった類型の誤解の存在に気付いたら、適切に説明をしてその誤解の解消に心掛けるべきである。その結果、被告人の不満の内容が適切なものに純化されれば、適切な控訴審弁護を行うことも、その分容易となるはずである。

また、弁護人は、法律専門家として控訴趣意書を作成するが、被告人の意思に反する控訴趣意書は陳述できないから、この面からも、被告人の考え・意見を確認しておく必要がある。弁護人が作成した控訴趣意書の内容を被告人に確認させることも必要なことだが、これは、被告人との意思疎通を確実にする意味でも重要であって、不適切弁護事例の中には、こういった確認作業が全く行われていないものも存在するから、この点の確実な実践が期待されているといえる。

次に、被告人が控訴趣意書を独自に作成した場合には、弁護人は、法律専門家としてその控訴趣意書を点検し、①控訴趣意書として提出する、②被告人の陳述書として証拠として請求する、③その両方の取扱をする、④被告人の言い分を弁護人なりに構成し直して、弁護人の控訴趣意補充書として提出し、被告人が作成した控訴趣意書は手持ち資料に留める、などの様々な選択肢の中からどれを選択するのかについて、被告人と打ち合わせておく必要がある。被告人が、控訴趣意書を作成していないものの、作成する意向を示している場合も、同様の対応が必要となろう。

なお、上告審では、被告人は法廷に出頭しないから（法409条）、その身柄の移動は原則としてない。そのため、原審が東京から遠隔地の裁判所だと、弁護人による接見は事実上困難となり、被告人との意思疎通の手段は、通信が中心となる事案もあろう。そう

いった事案では、通信の時期、頻度に工夫・配慮する必要がある。

b 被告人との応接

被告人との応接について、既に説明した以外で考えても、原審記録等の情報があることで、1審に比べて楽かといえば必ずしもそうはいえないように受け止めている。控訴審の被告人は、一般的には、1審で確定した被告人に比べて、被告人としての経験を重ねていて、刑事の手続を被告人なりに知っており、自分なりの考え・主張をする存在である割合が高いと思われる。そして、その考え・主張が適切な控訴趣意に構成できるものであれば問題はないが、そうとばかりはいえない、というより、控訴趣意としては、およそ不適法な内容だったり、裁判所からその主張が認められる余地のないものであったり、詳細ではあっても、結局何を言いたいのか判然としないものであったり、など、控訴趣意として構成することに問題のある場合が一定割合で含まれているといえる。例えば、被告人が長文の、しかもその趣旨が判然としない控訴趣意書を作成して、その書面を控訴趣意書として陳述する、といった場合には、裁判所から、控訴の趣意について釈明を受けることになろうから、被告人と打ち合わせて、言い分を確認しておく必要がある。しかし、そういった類型の控訴趣意書を作成する被告人の言わんとするところを的確に理解するには、困難を伴うことも少なくないものと推測される。また、そういった被告人の場合には、弁護人が論理的な説明をするだけでは簡単に納得せず、ちょっとしたきっかけで信頼関係を大きく損なってしまうことも生じないではないし、被告人が頻繁な接見を求めてくるなど、応接に多大な困難を伴う場合もあり得る。

事案に応じた弁護人なりの工夫と配慮で、困難な事態が乗り越えられているように受け止めているが、本当に応接困難に陥った事案では、辞任も1つの選択であるものの、それは、次の弁護人に負担を先送りするだけに過ぎないときがあり得る。そして、筆者の経験では、辞任ではなく、国選弁護人を2人とする複数選任によって事件が進行できたことが

あるから、弁護人が陥っている状況を裁判所に率直に説明して国選弁護人の複数選任を求めることが、事態の打開に繋がることもあり得よう。

他方、弁護人の中には、折衝が上手でなく、相手の言うことをよく聞かない人も見受けられ、不適切弁護の一因となっているように思われる。こういった点は、研修を受けたらすぐに改善されるといったものではないから、当該弁護人に対し、改善に向けた様々な形で周囲からの日頃の働き掛けが肝要といえる。

3 検察官上訴事件の弁護

控訴趣意書が提出された場合は、破棄

(1) 率が高いことも念頭に置いて被告人と打ち合わせて弁護方針を立てること

検察官の控訴趣意書は、これまでは長文のものが少なくなかったし、関連する判決、証拠等が多数証拠請求されることもあった。そのため、弁護人としては、早期にその全体を把握して、被告人にその内容等を伝えて、被告人側の応訴方針を決める必要があった。しかし、公判前整理手続の実践、裁判員裁判の記録が薄くなっていること、などからすれば、このような検察官控訴事件における主張・立証の有り様に変化が出て、弁護人としては、基本的には、事後審性の徹底の視点から対処することになる。

(2) 答弁書（規則 243 条 1 項）を必ず提出すること

規則 243 条 1 項は弁護人に対して答弁書の提出を義務付けていないが、弁護人としては、答弁書を提出するのは義務だと考えておくべきである。答弁書の提出がないと、上記のように破棄の確率の高い類型の事件において、被告人側の言い分が全く裁判所に提出されないまま控訴審の判断を受ける結果となりがねないからである。

なお、同項には 7 日以内とあるが、その定めは訓示規定と解されているから、答弁書の提出期限については、受訴裁判所と打ち合わせて決めることができよう。

(3) 被告人側の反証を検討・準備すること

検察官の立証方針に応じて、被告人側の反証を検討・準備することも重要である。同時に、検察官の立証がやむを得ない事由を備えたものなのかを厳正に点検し、必要な反駁を行うことも肝要である。特に、裁判員裁判の 1 審では公判前整理手続終了後は立証制限がある（法 316 条の 32）からなおさらである。

4 双方上訴事件の弁護

双方上訴事件の弁護は、被告人上訴事件、検察官上訴事件における弁護の競合型となる。記録は同じだから 2 倍とまではいかないが、手間はそれなりにかかる。これまでの説明を補足すると、被告人側の控訴趣意書の内容と、検察官控訴事件における被告人側の答弁書の内容とが齟齬しないように点検する必要がある。同じ論点であればそういった齟齬が生じるおそれは少ないものの、少し視点の変わった論点の場合には、実質的に齟齬している主張をしていることを看過しているときがあり得なくはないから、慎重に点検する必要がある。

5 上訴趣意の内容

特に強調したい点だけについて説明する。

(1) 控訴趣意全体

a 事後審性の徹底との関係

従前の控訴趣意では、標題の点において厳格さに欠ける事案も見られたが、現在では、その適切な実践が強く望まれている。その要点は、原判決の認定・評価に対して、原審で取り調べられた証拠に基づいて必要な反駁を行い、自己の主張を根拠付けることである。例えば、原判決が原審の弁論でされた弁護人の主張に対してこのように判断をしているのは、こういった根拠からして誤っており、逆に、弁護人の上記主張は原審で取調べ済みのこういった証拠から適切に裏付けられていて正当である、原判決の量刑因子の挙げ方・評価は、こういった根拠に照らして不適切である、などといった形の主張形態が事後審的で、適切なものといえる。

他方、原審記録や原判決と無関係に、被告人側の主張だけを展開し、これを認めていない原判決は不当だといった形の主張形態は統審的で、適切とはいえない。また、被告人側の言い分が基本的には原審と変わっていない事案でも、控訴趣意は原審弁論要旨と同趣旨であるから引用する、などと主張するのは、その主張方法自体の問題を措いても、主張が原判決の判断と関連付けて行われていない点で、同様に適切とはいえない。

原判決後に生じた事由等を主張の根拠とする場合には、そのことを明示し、同時に、先ほど述べた法 382 条の 2 の「やむを得ない事由」の存在も明確に主張する必要がある。

b 証拠上認められる事実、被告人の言い分に即した事実の主張を行うこと

刑事事件では自白事件の比率が高いからこそ弁護の充実は重要な課題である。自白事件であっても、例えば、①検察官の主張とは異なる事実関係（動機、経緯、態様等）が証拠から認められる、②被告人の言い分にもそれなりの根拠があって、その言い分を酌んで主張した方が良い、などの場合があり得る。もちろん、事案によることにはなるが、筆者の経験でも、記録に照らすと、もっと主張されて良いと思われる主張が行われていない事案もあったように思われる。自白事件であることを前提として、裁判所の印象を悪くしたくない、審理が長引く、などといった思惑が背後にある、さらにその背景として裁判所に対する不信とまではいかなくても今ひとつ信頼し切れないといった思いがある、とすれば、残念なことであり、適切な内容の控訴趣意が作成されていくことが望まれており、弁護人としては、主張すべきことはきちんと主張するのが、当事者主義の出発点であって、そういった控訴趣意の存在が司法の健全性を示すものといえる。

もっとも、何でも主張すれば良いことでもないことも当然であって、当事者主義との関係では、被告人や事件に対する弁護人の理解力・洞察力不足から、事案に即した主張ができない・乏しい、裁判所に認められる可能性のない主張を様々に展開する、一般論・被告人の意向と関係のない独自の自説を長々と展

開する、などといった不適切な主張が行われることも、懸念される。例えば、被告人の反省振りを量刑不当の主軸として主張しているのに、証拠関係から明らかに不合理な被告人の弁解の正当性を強調するなどといったことがあると、そういった主張部分が被告人の反省振りの評価の程度を低下させる逆効果を生むこともあり得るから、主張内容の選別が必要であって、そういった選別を適切に行える能力を涵養する必要もある。そして、裁判員裁判では行為責任主義が強調されていて、被告人の反省の情などといった、いわゆる一般情状が量刑判断に与える影響は限定的なものとされているから、控訴趣意の作成、原判決破棄の予測、などといった場面では、そのことにも留意しておく必要がある。

c 控訴趣意補充書との関係

控訴趣意補充書に関しては、裁判所への提出時期によってその主張できる内容に差異があることに留意する必要がある。すなわち、控訴趣意書提出期間経過前であれば、その主張内容に制約はない。他方、同期間経過後だと、控訴趣意書の主張を補充することは可能であるが、控訴趣意では主張されていない新たな主張を行うことはできない（このことを許せば、控訴趣意書の提出期限を設けた意味が薄れてしまう。）。そのため、控訴趣意書作成の段階で、補充書に関する上記の制約の存在も意識して、控訴趣意書の内容が適切な構成となっているかを確認しておく必要がある。

そうはいつても、訴訟は生き物であるから、控訴趣意書提出期限経過後に、新たな主張を行う必要が生じることもあり得る。そういった場合には、当該主張に対する裁判所による職権判断を求める前提で、補充書で当該主張を行う方法が残されている。

個別の控訴趣意については、論理的順序ではなく、実務的な利用頻度の観点から、これまでの説明を補充する形で、以下で説明する。

(2) 量刑不当（法 381 条）

破棄を求める類型を意識して主張を整理することが肝要

a 量刑不当を理由とする破棄に関しては、法

397条の1項か2項かによって、1項破棄、2項破棄と呼ばれている。漫然と様々な事情を総括的に論じて原判決の破棄を求めるというのでは、原判決の量刑判断の問題性も明らかとならず、説得力に乏しいものとなりかねないから、控訴趣意においても、①1項破棄を目指すのか、②2項破棄を目指すのか、③その双方を目指すのか、を明確に意識して主張を整理する必要がある。そして、1項破棄を目指す場合には、①原審で取り調べられた証拠に基づいて、原判決の量刑に関する事実認定、評価等を争うことになり、②そういった主張を前提として原判決の量刑が重いことを主張することになるから、どのように重いのかも、可能なら具体的に主張することが望まれる。そうはいつても、実刑の判決に対して執行猶予を求める場合にはその旨を明示しやすいが、実刑自体は争わずに刑期の短縮・減刑を求める場合には、具体的に何年以下の刑とまでは主張できずに、できるだけ軽い刑をといった抽象的な主張に留めざるを得ない事案もあろう。

また、近時は、実体法の分野でも法改正が盛んであるから、量刑不当の主張に法改正が絡む場合について付言する。例えば、当該事件の罪について、法改正があって法定刑が引き上げられた場合には、その法改正後の犯行に対してされた原判決は改正法の法定刑に準拠して量刑されているから、その法改正前の法定刑を前提としてされた裁判例を量刑資料として引用するときは、そういった法定刑の変化を考慮してもなお原判決の量刑の不当性を根拠付ける裁判例である旨も説明する必要がある。このように、自己の主張の不利な部分も率直に提示した上で主張を展開するのが本来形といえよう。

ところが、こういった本来形での主張ではなく、当該法改正前の時期の裁判例を引用しつつ、他方、当該法改正のことには何ら言及せずに当該法改正の前後を問わず同一視点から量刑不当を論じる事例も見受けられる。このような主張は、1項破棄の主張としては裁判所に対して適切な説得力を持たないだけでなく、当該法改正のことを知らない被告人その他の関係者には、改正前の軽い刑の裁判の

方が妥当だ、などといった誤った認識・期待を抱かせかねない点でも有害である。

b 2項破棄を求める控訴趣意

実践頻度の高い2項破棄を求める控訴趣意の基本形としては、原判決の量刑判断を前提として、原判決後に生じた事由だけをもっぱら論じる、ということになる。しかし、多くの事件では、原判決の量刑判断を全面的に支持できるということにはならないだろうから、異論のある点を、例えば、量刑判断の前提事実の認定に異論がある、量刑事由の評価に異論がある、などと指摘することになる。そうすると、純粹に2項破棄を求めるのは限られた事案において、ということになるが、それは原判決に不満を持って上訴することからすれば、むしろ自然なことといえよう。

他方、1審の審理充実を前提とすると、事後審である控訴審において、単に原判決後に生じた事情であるということだけで、その立証が常に許されることにはならない。例えば、1審では、①示談成立の見込みがなかった、②被告人の社会内更生の基盤となる情状証人の出現が予測できなかった、などの理由から、当該事情の立証ができなかった・当該事情の出現を前提とした弁護活動ができなかった、ことなどを主張・疎明しないと、当該事情に関する立証自体認められないおそれがある。換言すれば、出現が予測できた・見込めた事情は、原審の審理・判決に反映させるのが本来の姿であって、だからこそ、控訴審では、上記のような「やむを得ない事由」の存在が求められている。

この「系」としては、原審で出現が予測できた・見込めた事情であっても、原判決で考慮されている範囲を超える部分が原判決後に生じていることを理由として、2項破棄を求める主張・立証ができる場合がある。この典型は、原判決で既に、示談成立が見込まれること、被告人に就職の見込みがあること、などといった形で量刑上考慮されている事情について、原判決後に実際に成立した示談、実現した就職が、原審での見込みを大幅に上回る内容、好条件のものであったことなどを主張して、原判決が考慮した程度を上回る、よ

り大きな量刑上の考慮を求める主張・立証を行う場合である。

このように、漠然とした形で量刑不当を求めるのではなく、当該量刑因子について原判決でどの程度まで認定・考慮されているのかを明らかにした上で、必要な反駁を行って、原判決後の事情を主張して、2項破棄を求めるのが良いと考えられる。

刑の一部執行猶予（刑法27条の2）

c との関係

この制度は平成25年の法改正で導入された⁶⁾。筆者が傍聴した裁判でも、裁判官が、刑の全部執行猶予とするのが良いのかについて当該事件の審理の中で見極めようとする姿勢が窺え、刑の全部とするのか一部とするのかについて見極めた上で執行猶予の裁判がされているものと理解でき、同制度の導入が審理の有り様に影響を及ぼしていることを実感したことがある。

控訴趣意としての量刑不当との関係では、これまでの量刑不当の主張内容と異なる部分も勿論あるが、この制度特有の検討視点も必要のように考えている。すなわち、実刑部分の刑が重い、執行猶予期間が長すぎる、などといった主張は、これまでの量刑不当と同様に主張することは可能である。また、刑の一部執行猶予は、刑の全部執行猶予（刑法25条）に比べれば明らかに重いから、刑の一部執行猶予の判決に対して刑の全部執行猶予を求めて量刑不当の主張をすることも可能である。

次に、一部執行猶予の判決に対して全部実刑を求めて量刑不当の主張をするのは、実刑の刑期を短くする主張を伴わないと不利益主張となって許されないものと解される。

他方、全部実刑の判決に対して、刑の一部執行猶予を求めて量刑不当を主張することが可能かについては、微妙な点があるように解

される。一部とはいえ実刑の刑期が執行猶予となるのは、そのことだけを考えると有利といえるが、執行猶予期間は5年までの期間で設定が可能であり、また、保護観察に付することも可能である（刑法27条の3）から、刑の終了という観点からすれば、執行猶予期間の終了時点（最悪の場合には、当該執行猶予が取り消されて再度の服役終了時点）にずれ込むことになり、全体として、被告人にとって有利といえるのか一概にはいえない⁷⁾。そのため、被告人とよく相談して被告人が真に希望する場合にのみ、この主張を行うべきものと解される。今後も実務の動向にも注目したい。

d 原審と主張が変わる場合

被告人側の主張が控訴審で原審とは変わる場合がある。自白から否認に転ずる場合には、通常、事実誤認の主張がメインとなり、量刑不当の主張はされないか、従たる位置付けに留まろうから、ここでは、量刑不当の主張が重要な位置付けとなる場合が多い、否認から自白に転ずる場合について説明する。

有罪の原判決を前提として、否認から自白に転じたと主張すること自体は可能だが、問題は、量刑不当の主張の前提となる情状に関する主張・立証である。原審当時に存在した事情については、法382条の2に基づいてやむを得ない事由を必要とするが、その立証に困難を伴うことがあり得よう。そして、原判決後に生じた示談、反省の情等の一般情状を控訴審で立証することも当然にはできないことである。法393条2項によって裁判所の職権調査の対象事項となるから、1審とは異なる主張をするに至った経緯、示談等を1審で行えなかった事情等も含めて、控訴審での主張変更の合理性があることについて積極的な主張・立論をする必要がある。

しかし、こういった主張の変化に伴って立

6) 刑法27条の2～27条の7、薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律（特に、同法4条1項は、必要的保護観察付き一部執行猶予を定めている）。この制度に関しては、例えば、今福章二ほか「座談会 刑の一部執行猶予制度の施行とその課題」論ジュリ17号194頁（2016）、樋口亮介「刑の一部執行猶予の選択要件と宣告内容：制度理解を基礎にして」同号217頁等、既に様々に論じられている。

7) この制度の理解の仕方によって、この点の説明も異なってくる。①全部実刑と②全部執行猶予との③中間的な刑事責任と位置付ければ、有利・不利性は一義的に明らかとなる（②③①の順序となる）が、基本的には実刑であって、その一部を社会内処遇に回すために切り取るもの（全部実刑の亜種ともいわれる）、といった位置付けが一般的な理解となれば、①と③との有利・不利性は一義的に明らかとはいえないように解される。

証対象となる情状事実（例えば、原判決後にされた示談）をおよそ考慮しない、といった一律的な取扱は、被害者保護の観点からも疑問が生じ得るなど、適切なものとはいえず、事案に即した判断が求められているといえよう⁸⁾。換言すれば、事案に即した主張立証の実践が弁護人には求められていることになる。

また、例えば、否認していた関係で犯行態様等の犯情に関しても過度な言い方をしていた、などといったことがあって、原判決の判断が被告人に不利なものとなっているとすれば、控訴審弁護人としては、被告人が真に言いたかったことが適切に原判決に評価されなかった点を的確に拾い出し、それらの点に対して、適正な評価の在り方などを具体的に提示しつつ被告人側の主張を展開していく、などといった訴訟活動が求められよう⁹⁾。

(3) 事実誤認（法 382 条）

事実誤認については、個別事案に応じた創意と工夫が必要だが、最高裁の近時の一連の判例によって、事後審性の徹底との関係で、論理則、経験則等違反の存在が重視されることとなっている¹⁰⁾。そのため、原判決のこの認定はおかしい・間違っている、などと、単に事実認定が誤っている旨を主張するのでは足りず、当該誤認が論理則、経験則等の違反によるものである旨を明示して主張する必要がある。もっとも、原判決に当該事実認定の根拠となった論理則、経験則等が明示されているとは限らないから、この論理則、経験則等違反の主張も、論理則、経験則等の指摘自体は抽象的なものに留まらざるを得ない事案も少なくないことになろう。

そのほかでは、原審記録に基づく主張が原則であって（援用も必要・法 382 条）、弁論終結前の事情についてはやむを得ない事由の

存在を明示して主張する必要があること¹¹⁾を十分自覚して、原判決の判断と絡ませる形で自己の主張を展開する必要がある。

(4) 訴訟手続の法令違反（法 379 条）

詳細な説明は参考文献に譲り、気になる点を 2 つだけ説明する。

a 事実誤認との区別

ごくおおざっぱに言えば、原審で取り調べられた証拠を前提とするのが事実誤認であって、原審で取り調べられた証拠の証拠能力を争うのが訴訟手続の法令違反である。不適切弁護でも、この区別が理解できていないことが原因となっている事案があるから、この区別がきちんと理解されている必要がある。

b 補強証拠の不挙示は訴訟手続の法令違反（東京高裁）

補強証拠が証拠の標目に挙げられていない場合には、絶対的控訴理由である理由不備（法 378 条 4 号）とする考えもあるが、少なくとも東京高裁では相対的控訴理由である訴訟手続の法令違反に留まるものと解されているから、この前提で主張する必要がある。

(5) 法令適用の誤り（法 380 条）

訴訟手続の法令違反は手続法を対象とするのに対し、法令適用の誤りは実体法を対象とするから、その区別がきちんと理解されている必要がある。例えば、東京高判平成 21 年 12 月 22 日判タ 1333 号 282 頁¹²⁾は、窃盗未遂の主張を排斥して窃盗既遂を認めたが、液晶テレビをその販売店である大型店舗のトイレ内に一時的に隠した時点で窃盗既遂が認められた事案だから、未遂の主張にも相応の根拠があったといえる。こういった事案では、どうせ認められないから未遂の主張はしない、などと安易に対処することなく、きちんと未遂の主張をすることが期待されているといえる。

8) 正面からこの点を論じ、実刑を維持しつつ、裁判員裁判の 1 審の刑を減じた（懲役 3 年 8 月→懲役 3 年 4 月）ものに、大阪高判平成 23 年 5 月 19 日判タ 1363 号 208 頁がある。

9) 関連する論考としては、上垣猛「原審が裁判員裁判である控訴審の審理の在り方・量刑評価を中心にして」植村一郎判事退官記念論文集第 3 巻 609 頁（立花書房、2011）、特に、612 頁注 5）及び 623 頁注 10）。

10) 拙稿「最近の薬物事犯を中心とした最高裁判例に見る刑事控訴事件における事実誤認について」刑事法ジャーナル 40 号 31 頁（2014）等参照。

11) 疎明資料の添付も必要である（法 382 条の 2 第 3 項）。ただし、控訴趣意書に直接添付せず、事実の取調べとして証拠請求の形をとるのが一般的かと思われる。

12) 森住伸人「判批」刑事法ジャーナル 25 号 58 頁（2010）、石渡聖名雄「判批」研修 763 号 15 頁（2012）等。

そうはいつでも、弁護人の主張は被告人の意向に沿ったものであることが望まれるから、被告人の意向と関係なく、違憲論その他の弁護人の日頃の持論を展開する、といったことは、不適切弁護にも類似の事例があるように、基本的には避けるべきである。要は、主張すべきはきちんと主張し、主張を控えるものは控えるという、メリハリの効いた主張をするのが良く、その際は、被告人の利益を中心に判断されるべきである。

(6) 理由不備・理由齟齬（法 378 条 4 号）

理由不備・理由齟齬は絶対的控訴理由とされているから、法 44 条、335 条 1 項、2 項に照らして絶対的控訴理由として主張するのに相当する事柄について主張すべきであり、些細な食い違い、誤りといったものまで主張するのは、被告人側の他の主張の印象も損なう危険性を帯びることになる。そのような事項は、関連する他の控訴趣意の中で併せて指摘しておけば足りよう。

(7) その他（控訴理由は限定（法 384 条））

次に説明する上告理由との関係では、上告して憲法違反を主張したいと考えている場合には、原審での主張・判断を経ている必要がある¹³⁾から、控訴審で、憲法違反の主張をしておく必要がある。

他方、控訴理由が限定されている（法 384 条）こととの関係では、判例違反は控訴趣意としては該当事由はないから、事実誤認等の控訴趣意の理由を基礎付けるものなどとして、判例違反の点を主張することになる。

また、「審理不尽」も、独立した控訴趣意として主張されたこともあったが、特に近年では、独立した控訴趣意としては、主張もされないし認められもしない、といった扱いが一般的になってきている。そのため、審理不尽を主張したい場合には、事実誤認等の控訴趣意の理由を基礎付けるものなどとして主

張する必要がある。

(8) 事実取調べ請求

事実取調べ請求では、控訴審の人証の取調べは行われなことが多く、行われる場合でも 1 審に比べれば短時間で終わることが多い上、被告人質問も、証人尋問と同様に扱われているから、その請求に当たっては、真に必要とする人選（被告人質問も含めて）、立証趣旨・尋問事項、尋問時間を吟味して行うべきであり、陳述書も積極的に活用されるべきである。そのため、原審で取り調べられている証人を再度申請する、といった場合には、その必要性を明確にする必要も当然生じる。

事実取調べではないが、法 404 条を根拠として被告人の最終意見陳述（法 293 条 2 項）を求めることについては、判例によって同項の被告人に関する部分の控訴審への準用が否定されている¹⁴⁾から、実務的には認められない。

(9) 被告人への説明（特に未決勾留日数の法定通算・裁定算入、上訴期間等）

接見等を介して被告人との意思疎通を高めしておくことが肝要であるが、未決勾留日数の刑期への算入を気にする被告人がいるのは自然なことであるから、弁護人としては、関係法令¹⁵⁾をきちんと理解して、的確に説明する必要がある。

また、上訴期間については、上訴提起期間は裁判告知日から進行し（法 358 条）、控訴・上告ともに 14 日であること（法 373 条、414 条）を説明する。

ここで、便宜、上告に関連した事項も説明しておく、上告が、判決で棄却された場合には、判決訂正の申立が判決宣告後 10 日以内に可能であること（法 415 条 2 項、1 項）、決定で棄却された場合（法 414 条、386 条 1 項 3 号）には、異議申立が決定送達後 3 日以内に可能であること¹⁶⁾を説明し、申立期間

13) 最大決昭和 39 年 11 月 18 日刑集 18 卷 9 号 597 頁（海老原震一「判解」最判解刑事篇同年度 134 頁（1973））。

14) 最判昭和 25 年 4 月 20 日刑集 4 卷 4 号 648 頁，最決昭和 25 年 10 月 12 日刑集 4 卷 10 号 2087 頁，最大判昭和 27 年 2 月 6 日刑集 6 卷 2 号 134 頁。河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法（第 3 版）第 7 巻』451 頁〔香城敏磨＝永井敏雄〕（立花書房，2012）。

15) 被告人側の上訴事件の場合には、破棄されたときだけ未決が法定通算される（法 495 条 2 項 2 号）。他方、検察官上訴事件の場合には、検察官が上訴した以降の未決が法定通算される（同項 1 号）。

16) 最大決昭和 30 年 2 月 23 日刑集 9 卷 2 号 372 頁（伊達秋雄「判解」最判解刑事篇同年度 64 頁（1956））が、法 414 条、386 条 2 項、385 条 2 項の適用を認めている。

が比較的短期間であるところから、必要に応じ、参考文献等で示されている各申立書のひな型を交付しておくのが相当である。

6 上告審

上告審の構造をきちんと理解しておくことが肝要である。すなわち、上告理由が憲法違反と判例違反に限定されている(法 405 条)が、職権破棄も可能であり(法 411 条)、法令の解釈に関する重要な事項があると考えられる場合には、上告受理の申立(法 406 条、規則 257 条)も可能である¹⁷⁾ことである。

そのため、法 405 条該当事由がある事案では、同条に則った主張がされるのは当然であるが、そういった事由のない事案では、無理に憲法違反や判例違反の主張をしてみても、説得力が高まることには通常ならないから、むしろ、端的に、例えば、当該事案で被告人が不満としていて、真に争いたい点が事実誤認であったとすれば、法 411 条の職権破棄を念頭に置いて、同条に即した主張をするのが良いと考えている。

《補注》

最後に少し細かな点である、控訴審における被告人による証人尋問の可否について補足する。

この点については、法 388 条を根拠として消極的な運用が広く行われている(その紹介に安廣文夫・後掲 232 頁)が、上告審でもその適法性が争われることがあり(その事例紹介に安廣・後掲 235 頁)、積極説も有力に主張されている(安廣文夫「被告人の証人尋問権」松尾浩也＝平野龍一編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』(青林書院, 1998) 231 頁, 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』273 頁(判例タイムズ社, 2010) 等)。もっとも、積極説でも、1 審以上に被告人による証人尋問を弁護人が代行して行う必要性(安廣・前掲 245 頁, 石井・前掲 273 頁等)や、控訴審における事実の取調べの裁量性を根拠に一定の場合には被

告人の直接尋問を包括的に制限できること(安廣・前掲 245 頁)が指摘されているから、実務における実際の運用には大きな差異は生じないものと解される。

筆者も、消極説によって運用していたが、それは、①控訴審の弁論権が制限されている趣旨(プロが弁論をするということ)に沿うこと、②尋問者として不適格(能力的、性格的に)であることが原審記録で明白になっている被告人に、控訴審で尋問させるのが相当とは思われないが、そういった特定の被告人に対してだけその尋問権を制限することは運用上困難であること(安廣・前掲 241 頁が例示する法 295 条ではまかない切れぬもの)、などがその背景にあった。

しかし、被告人は詳細な事情を知っているのに弁護人はその事情に通じていないなど、被告人が直接尋問した方が適切に、且つ、迅速・円滑に処理できる場面があることも経験していた。そういった場合には、被告人が事実上質問した後に、弁護人が尋問し直す形で処理したこともあった。

弁護人としては、被告人による証人尋問を実施する必要があると判断される事案では、その必要性を具体的に指摘して、弁護人による代行ではまかなえないことを明らかにすることも検討されても良いであろう。

(うえむら・りつろう)

17) 平成 27 年では、上告受理申立事件が 23 件(平成 26 年は 28 件)で、不受理件数が 24 件(平成 26 年は 27 件)で、平成 26 年より若干減少している。跳躍上告は 1 件(平成 26 年と同じ)であった。

論説

e スポーツと景品表示法

東京大学教授

白石忠志

I. 本稿の目的

(2) 法令適用事前確認手続の性格

(3) 以下の構成と内容

II. 前提とする状況

V. 一般ユーザー競技大会の場合

III. 制度の概要

1 法令の概要

(1) 法律の基本構造

(2) 景品類の定義

(3) 景品類の制限・禁止

2 景品規制の趣旨

VI. 一般ユーザー観戦大会の場合

1 違和感の敷衍

2 関係する景表法当局の見解等の列挙

(1) 定義告示運用基準（仕事の報酬等）

(2) 懸賞制限告示の解説（優等懸賞）

(3) 懸賞制限告示運用基準の解説（セールス
コンテスト等）

(4) オープン懸賞告示運用基準（優等懸賞）

3 まとめ

IV. 法令適用事前確認手続の事例

1 はじめに

2 照会(2)の概要

3 回答(2)の概要

4 以下の検討の準備

(1) 違和感

VII. 最後に

I. 本稿の目的

本稿は、e スポーツについて欧米やアジア
では高額賞金大会が開催されるのに日本では

景表法の壁があり賞金の上限は僅か10万円
である旨のマスメディア記事を出発点とし
て、この問題に関する検討材料を提示しよう
とするものである¹⁾。

e スポーツと景表法の問題に関する最終的

1) 本稿で用いる略語のうち主な法令・運用基準に関するものを最初にまとめて掲げる（略語の五十音順）。「オープン懸賞告示」＝広告においてくじの方法等による経済上の利益の提供を申し出る場合の不正な取引方法（昭和46年公正取引委員会告示第34号）（平成18年公正取引委員会告示第9号により廃止）。「オープン懸賞告示運用基準」＝広告においてくじの方法等による経済上の利益の提供を申し出る場合の不正な取引方法の指定に関する運用について（昭和46年7月2日公正取引委員会事務局長通達第5号）（平成18年4月27日公正取引委員会事務総長通達第4号により廃止）。「景表法」＝不当景品類及び不当表示防止法（昭和37年法律第134号）。「景表法施行令」＝不当景品類及び不当表示防止法施行令（平成21年政令第218号）。「懸賞制限告示」＝懸賞による景品類の提供に関する事項の制限（昭和52年公正取引委員会告示第3号）。「懸賞制限告示運用基準」＝「懸賞による景品類の提供に関する事項の制限」の運用基準（平成24年6月28日消費者庁長官通達第1号）。「事業者景品制限告示」＝事業者に対する景品類の提供に関する事項の制限（昭和42年公正取引委員会告示第17号）（平成

な具体的検討は、事実に関する具体的な状況に通暁している専門家によって行われるべきである。私自身は、実際の事実関係に詳しいわけではなく、特定の事実を一応の前提として、参考となり得る材料を集めて提示するのであるに過ぎない。しかし、そのようなものであっても、最終的な具体的検討を行う専門家が実際の事実即して修正しながら活用することは可能であろう。本稿が指摘するようなことを結論として既に踏まえている実務家も少なくないと思われるが、それを支える根拠が実質や沿革に即して明確化されたならば、依然として残る壁を溶かすことにもつながる可能性がある。また、そもそも、そのような実務家の認識が具体的に広く共有されているわけでもないように見受けられる。

II. 前提とする状況

本稿では、ネット上で一定の耳目を集めた日経電子版の記事²⁾の内容を前提とする³⁾。以下では、その記事を「日経電子版記事」と呼ぶ。

日経電子版記事は、まず始めに全体を要約して次のように述べる。

「コンピューターゲームを競技と位置づけ、動画やイベントを通じてファンが有名プレイヤーらの対戦を視聴する『eスポーツ』が日本でも隆盛の兆しだ。すでに巨大市場になっている欧米やアジアでは、数千万～数十億円

規模の賞金がかかる大会も開かれる。だが日本で同じことをしようとすると法の壁が立ちだかる。景品表示法を順守すれば、賞金の上限はわずか10万円だ。」

「格闘や車レース、サッカー、戦略ゲームなど多種多様なジャンルのeスポーツがあり、有名プレイヤーには各国の若年層を中心に多数のファンがついている。」

そこで、国内でも賞金総額2000万円が争われる高額大会が開かれるようになってきたが、次のような状況が起こった、という。

「ところが昨年夏から、こうした動きが急速にトーンダウンしている。」「きっかけは、いわゆる『日本版ノーアクションレター制度』への消費者庁の回答だ。……ゲーム会社が主催者や共催者となり、賞金の出し手となる典型的なeスポーツの賞金大会が、『景品規制』に抵触すると明文中で回答された。」

これ以降において資金の出し手が法的リスクを懸念して及び腰になったのは事実である旨の関係者の談話が紹介されている。

以下では、最後の引用部分のように、eスポーツの大会をゲーム開発会社が主催し、賞金も当該会社が自ら支払うことを前提とする。実際には、そのような単純な形態ばかりではないかもしれないが、その単純な形態において大きな議論があるようであるので、まずはそれを前提として検討することには意味があると考えられる⁴⁾。

8年公正取引委員会告示第3号により廃止)。「消費者庁等設置法整備法」=消費者庁及び消費者委員会設置法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律(平成21年法律第49号)。「定義告示」=不当景品類及び不当表示防止法第二条の規定により景品類及び表示を指定する件(昭和37年公正取引委員会告示第3号)。「定義告示運用基準」=「景品類等の指定の告示の運用基準について」(昭和52年公正取引委員会事務局長通達第7号)。「独禁法」=私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(昭和22年法律第54号)。「平成21年改正」=消費者庁等設置法整備法による改正。「平成26年6月改正」=不当景品類及び不当表示防止法等の一部を改正する等の法律(平成26年法律第71号)による改正。「平成26年11月改正」=不当景品類及び不当表示防止法の一部を改正する法律(平成26年法律第118号)による改正。

2) 「隆盛『eスポーツ』に法の壁 賞金たった10万円」日本経済新聞電子版2017年7月19日

(<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO18789710S7A710C1000000/>,平成29年9月17日最終閲覧)。

3) 前提とする、というのは、その内容を正しいと信ずるという意味ではない。その内容を一応の前提とした上で、その先の問題を検討する、という意味である。事実の有無・内容ばかりを論じていたのではいつまで経っても法的検討に入ることができないから、一定の事実を取り敢えずは疑わずに前提として法的検討をするという手法は、法的検討の手法として日常的に用いられている。かりに実際の実事と異なっていたならば、法的検討の結果は、事実の相違に着目しつつ修正することになる。

4) このような前提を置くことは、景表法の議論を多数の論点で混乱させないという意味でも有益であるほか、刑事法、契約法、著作権法などに話題が拡散しないという意味でも有益である。

Ⅲ. 制度の概要

1 法令の概要

(1) 法律の基本構造

景表法の景品規制においては、「景品類」を概括的に定義した上で最終的な定義を内閣総理大臣による指定に委ね（景表法2条3項）、内閣総理大臣が景品類の制限・禁止をすることができることとし（景表法4条）、内閣総理大臣は、景表法4条違反行為があるときは、違反行為の差止めや再発防止措置などを行うよう措置命令をすることができることとしている（景表法7条）⁵⁾。

4条の「制限」や「禁止」という言葉は、少々わかりにくいですが、これは、実際に行われた特定の景品類提供行為を禁止する命令をする、という意味ではなく、一般的なルールを置く、という意味である。例えば、〇〇円を超える景品類を提供してはならない（「制限」）、△△という景品類提供行為は一律に禁止する（「禁止」）、などという一般ルールを定めることを指す。その上で、例えば、お菓子の景品として五輪開会式のチケットが当たるというキャンペーンが行われ、これが上記の一般ルールに違反していた場合に、景表法7条の措置命令をすることができることになる⁶⁾。

措置命令をする権限は、内閣総理大臣から消費者庁長官に委任されている（景表法33条1項、景表法施行令14条）⁷⁾。景表法2条3項に基づいて「景品類」を最終的に定義する指定の権限と、景表法4条に基づいて景品類を制限・禁止する権限は、消費者庁長官には委任されていない（景表法33条1項、景表法施行令14条）。

平成26年11月改正によって導入された景表法の課徴金（景表法8条）は、不当表示規制（景表法5条）のみに関するものであり、景品規制には関係しない⁸⁾。

(2) 景品類の定義

「景品類」の定義は、本稿の問題において繰り返し登場する。

「景品類」は、まず、景表法2条3項において次のように定義されている。

景表法2条3項

この法律で「景品類」とは、顧客を誘引するための手段として、その方法が直接的であるか間接的であるかを問わず、くじの方法によるかどうかを問わず、事業者が自己の供給する商品又は役務の取引（不動産に関する取引を含む。以下同じ。）に付随して相手方に提供する物品、金銭その他の経済上の利益であつて、内閣総理大臣が指定するものをいう。

これを受けて、内閣総理大臣の指定である定義告示1項が、次のように定めている⁹⁾。

定義告示1項

不当景品類及び不当表示防止法（以下「法」という。）第二条第三項に規定する景品類とは、顧客を誘引するための手段として、方法のいかんを問わず、事業者が自己の供給する商品又は役務の取引に付随して相手方に提供する物品、金銭その他の経済上の利益であつて、次に掲げるものをいう。ただし、正常な商慣習に照らして値引又はアフターサービスと認められる経済上の利益及び正常な商慣習に照らして当該取引に係る商品又は役務

5) 景表法4条、7条は、平成26年11月改正前は、それぞれ、景表法3条、6条であった。

6) 消費者庁が毎年公表する「〇〇年度における景品表示法の運用状況及び表示等の適正化への取組」と題する資料（平成21年度は「平成21年度における景品表示法の運用状況及び消費者取引の適正化への取組」）によって平成21年度から平成28年度までを総合すると、少なくとも消費者庁に移管された平成21年改正後の時期においては、景品規制の措置命令は0件であるが、消費者庁による指導は毎年度一定件数が行われている。

7) 平成26年6月改正後は都道府県知事も措置命令をすることができることとなっているが、これについては、景表法33条11項、景表法施行令23条。

8) 他方、平成26年6月改正によって導入された管理措置義務は、景品規制も対象としている（景表法26条）。

9) 定義告示は、もともと公正取引委員会が指定したものであるが、平成21年改正により、景表法の新たな規定に基づく内閣総理大臣による指定とみなされている（消費者庁等設置法整備法附則4条1項）。

に附属すると認められる経済上の利益は、含まない。

- 一 物品及び土地、建物その他の工作物
- 二 金銭、金券、預金証書、当せん金附証券及び公社債、株券、商品券その他の有価証券
- 三 きょう応（映画、演劇、スポーツ、旅行その他の催物等への招待又は優待を含む。）
- 四 便益、労務その他の役務

本稿において景品類に該当するか否かが問題とされるものは賞金、すなわち金銭であり、「金銭」という文言は、景表法2条3項、定義告示1項本文、定義告示1項2号、のいずれにおいても明確に書き込まれている。

景表法2条3項と定義告示1項を見比べると、定義告示にただし書があるほかは、基本的に内容が共通していることがわかる。そうであるとする、「景品類」の定義については定義告示のみを見れば足りることになる。すなわち、「景品類」とは、「顧客を誘引するための手段として、方法のいかんを問わず、事業者が自己の供給する商品又は役務の取引に附随して相手方に提供する物品、金銭その他の経済上の利益」であり、そこから、定義告示1項ただし書に示された経済上の利益が除かれることになる。

「取引に附随して」の部分は、便宜上、以下「取引付随性」の要件といふことができる¹⁰⁾。

(3) 景品類の制限・禁止

以上のような「景品類」の定義を受けて、景表法4条は景品類の制限・禁止について次のように定めている。

景表法4条

内閣総理大臣は、不当な顧客の誘引を防止し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を確保するため必要があると

認めるときは、景品類の価額の最高額若しくは総額、種類若しくは提供の方法その他景品類の提供に関する事項を制限し、又は景品類の提供を禁止することができる。

この景表法4条に基づく制限・禁止にはいくつものものがあがるが、eスポーツと景表法の問題において中心的に言及されるのは懸賞制限告示である¹¹⁾。

そのうち、「懸賞」の定義は次のとおりである。

懸賞制限告示1項

この告示において「懸賞」とは、次に掲げる方法によつて景品類の提供の相手方又は提供する景品類の価額を定めることをいう。

- 一 くじその他偶然性を利用して定める方法
- 二 特定の行為の優劣又は正誤によつて定める方法

その上で、懸賞制限告示2項は、次のような「制限」を定めている。

懸賞制限告示2項

懸賞により提供する景品類の最高額は、懸賞に係る取引の価額の二十倍の金額（当該金額が十万円を超える場合にあっては、十万円）を超えてはならない。

2 景品規制の趣旨

以上のような景品規制は何のために行っているのか、という制度趣旨も、明らかにしておく必要がある。

景品規制の趣旨が最も熱心に議論され成果が公にされたのは、景表法が昭和37年に制

10) 現在は法令用語として「附随」ではなく「付随」を用いるようになっており、景表法では平成21年改正によって「附随」から「付随」へと改正されたが、定義告示1項は長く改正がないので「附随」のままとなっている。本稿では、引用を除き、「付随」とする。

11) 懸賞制限告示は、もともと公正取引委員会が制限・禁止したものであるが、平成21年改正により、景表法の新たな規定に基づく内閣総理大臣による制限・禁止とみなされている（消費者庁等設置法整備法附則6条2項）。

定され定着していった草創期と、公正取引委員会が「景品規制の見直し・明確化に関する研究会」を置いて検討を行った平成6年から7年にかけての時期であろう。

そこで以下では、この研究会の平成7年の報告書によって、景品規制の趣旨の概略を把握しておくこととする¹²⁾。

それによれば、まず、「こうした景品規制の基本的考え方は、景品提供が過大になると、取引対象の本体である商品・役務ではなく景品によって商品選択が行われるようになり、事業者が景品提供に傾注して、良質廉価な商品・役務の供給という面での競争がおろそかになるおそれがあるというものである。」とされる¹³⁾。

しかし「経済規模の拡大、消費者の購買態度や価値観の変化、事業者の競争や販売促進活動の多様化、流通をめぐる構造変化、政府の役割をめぐる変化など経済社会情勢に関して様々な変化がみられる。こうした中で、景品提供の機能・効果も変化してきており、また、景品による顧客誘引の程度も変化してきていると考えられる。」¹⁴⁾。

以上のように述べた上で、平成7年報告書は、「景品による顧客誘引の程度は変化してきており、市場機能の発揮が妨げられるおそれがある場合は一般的にはかなり少なくなってきたのではないかと考えられる。」とし、「景品提供により問題が生じるおそれがあるのは、次のような場合である」とする¹⁵⁾。

まず、懸賞によるものか否かを問わず景品一般を念頭に置いて、次のように述べる。「商品との関係において提供される景品の

ウェイトが大きくなると、消費者の関心が商品本体の内容から景品に移り、景品が消費者の購買心理に強い影響を与えやすい。消費者がその景品によって他の要素について考慮しないで商品選択をすることとなるような場合には、商品本体の内容に対する選択結果が示されないこととなるので、当該商品についての競争が有効に働かなくなり、消費者の利益が損なわれるおそれがある。」¹⁶⁾。

「さらに、懸賞付販売については、すべての顧客に景品を提供するものではないので、高額な賞金や賞品を提供することが可能であり、また、懸賞に応募する消費者にとっては、景品が獲得できるか否かは偶然不確定であるので、自分が獲得できるチャンスを重視し、大きな利益が手に入るかもしれないという心理的要因が大きくなることもある。このように、懸賞付販売が過度なものになると、購買心理に強い影響を与え、景品によって商品が選択される程度が高まると考えられる。」¹⁷⁾。

以上のように、景品規制の趣旨は、需要者がどの商品役務を選ぶか（「商品選択」）は当該商品役務の価格や品質（「良質廉価」）に重点を置いて行われるべきであり、景品が良いからという理由が本体の商品役務の選択を大きく左右してはならない、という思想に求められている。この後、景品規制の趣旨について公の場で根本的かつ包括的な議論が行われたことは少なく、解説書等においてもこれ以上の議論の展開がされているわけではない。

なお、景表法が公正取引委員会から消費者庁に移管された際の平成21年改正によって、景表法1条の目的規定は、独禁法の特例法である旨が削られるとともに「競争」という文

12) 「景品規制の見直し・明確化に関する研究会報告書」（平成7年3月）（以下「平成7年報告書」という。）。公正取引特報1325号（1995）となっている。また、その「概要」が公正取引536号8頁（1995）に掲載されている（以下「平成7年報告書概要」という。）。和泉澤衛『景品規制の見直し・明確化』をめぐって「公正取引536号4頁（1995）も参考となる。このときの議論は、大元慎二編著『景品表示法（第5版）』17-19頁（商事法務、2017）でも簡単に紹介されており、平成5年以降の日米包括経済協議における米国側の要望事項の1つに「景品規制の緩和・見直し」があったことなどが検討の背景にあったことも示唆されている。

13) 平成7年報告書・前掲注12)4頁。平成7年報告書概要・前掲注12)10頁にも同文がある。

14) 平成7年報告書・前掲注12)6頁。平成7年報告書概要・前掲注12)11頁にも同文がある。前者においては2つの文の間に改行がある。

15) 平成7年報告書・前掲注12)8頁。平成7年報告書概要・前掲注12)12頁にも同文がある。

16) 平成7年報告書・前掲注12)8頁。平成7年報告書概要・前掲注12)12頁にも同文がある。

17) 平成7年報告書・前掲注12)8頁。平成7年報告書概要・前掲注12)12頁にもほぼ同文がある。後者には「景品が獲得できるか否かは偶然不確定であるので、」がない。

言も削られ、消費者保護を前面に出したものとなっているが、競争の保護と消費者保護は表裏一体であるので、平成21年改正があったために上記のような趣旨説明に質的变化が生じたということはないように思われる¹⁸⁾。同様の考え方は、平成7年報告書においても既に、例えば、上記引用部分のうち「当該商品についての競争が有効に働かなくなり、消費者の利益が損なわれるおそれがある」という表現などに示されている。

なお、そもそも景品規制を行うこと自体が現代経済や国際標準に照らして間違っている、との旨の問題提起は、昔からあるものであり、それらに説得力のあるものが含まれていることは、上記のように平成7年報告書も認めることである。しかし、eスポーツと景表法の問題のかなりの部分は、以下の本稿全体で明らかにしていくように、そのような根本的な一般論に及ばなくとも解決は可能ではないかとも考えられる。景品規制の存在意義を全否定するより、景品規制の趣旨を前提として、そのもとにおいても当面の問題は解決し得るのであるならば、まずはそれを検討することに一定の合理性がある。

IV. 法令適用事前確認手続の事例

1 はじめに

日経電子版記事は、現在の状況の「きっかけは、いわゆる『日本版ノーアクションレター制度』への消費者庁の回答だ」としている。

本稿では、「ノーアクションレター」ではなく、包括的な正式名称である「法令適用事前確認手続」という呼称を用いる。制度の副題的名称である「ノーアクションレター」という言葉は、照会された行為について法令上

の問題がないから行政当局は動かない旨の前向きな回答をしてビジネスを円滑化する方向性を強調しようとするものであろう。ところが、日経電子版記事は、それとは逆に、照会された行為は法令上の要件を一定範囲で満たすから行政当局が動く可能性があるという内容の回答が、「きっかけ」であるとしている。

以下では、「きっかけ」となったと考えられる照会（以下「照会(2)」という。）¹⁹⁾とそれに対する回答（以下「回答(2)」という。）²⁰⁾の内容を、確認する。最初に出てきた照会・回答であるにもかかわらず「(2)」と呼称するのは、原文にそのように記されているからであり、また、同日の「照会(1)」や「回答(1)」も、本稿では追って参照する（後記V.）。

2 照会(2)の概要

照会(2)は、おおむね、次のような事実を提示して、消費者庁の見解を確認しようとするものである。

「当社は、ネットワークを介して異なる筐体間で対戦することができる機能を有するアクションゲームを一般消費者に供給する事業を営む具体的な予定があるところ、当該アクションゲームの認知普及のためのプロモーションの一環として、当該[アクションゲーム]の販売又は提供期間中に、当該アクションゲームを利用した大会を開催し、その大会における成績優秀者に対して賞金を提供するという企画を考えている。」

「大会における成績優秀者に対する賞金については当社が準備する。」

当該アクションゲームをそもそも遊戯したことがない者であっても大会に参加することはできるが、「本アクションゲームにおける技術向上のためには、原則的に繰り返しの

18) 大元編著・前掲注12)27頁にも同様の解説がある。

19) 木曾崇氏を照会者とする法令適用事前確認手続照会書（平成28年8月29日）であって1頁の右肩に「(2)」という番号が付されたもの（http://www.caa.go.jp/info/nal/pdf/info_nal_160909_0002.pdf、平成29年9月17日最終閲覧）。消費者庁ウェブサイトの「法令適用事前確認手続（ノーアクションレター制度）」のウェブページ（<http://www.caa.go.jp/info/nal/>、平成29年9月17日最終閲覧）にこの種の照会と回答の一覧が掲げられている。

20) 照会(2)に対する消費者庁表示対策課長による法令適用事前確認手続回答通知書（平成28年9月9日）であって1頁の右肩に「(2)」という番号が付されたもの（http://www.caa.go.jp/info/nal/pdf/info_nal_160909_0005.pdf、平成29年9月17日最終閲覧）。

ゲームプレイが必要であるため、有料ユーザー以外の者が『成績優秀者』として賞金を獲得する可能性は低いと考えられる。」。

3 回答(2)の概要

回答(2)は、次のように述べて、照会(2)の賞金は「景品類」に該当する、とした。

まず、照会(2)の企画は、「照会者が『顧客を誘引するための手段として』、一般消費者に対して供給することを具体的に予定している当該アクションゲームに関する大会を開催し、当該大会における成績優秀者に対して『経済上の利益』である賞金を提供するものである。」とする。

そして、取引付随性の要件について、定義告示運用基準の「商品又は役務を購入することにより、経済上の利益の提供を受けることが可能又は容易になる場合」には取引付随性がある旨の記述²¹⁾を掲げた上で、照会(2)によれば「本アクションゲームにおける技術向上のためには、原則的に繰り返しのゲームプレイが必要であるため、有料ユーザー以外の者が成績優秀者として賞金を獲得する可能性は低いと考えられる。」という点に言及して、照会(2)における取引付随性を肯定している。

以上のようなわけで、賞金は、代金を支払って購入するビデオゲームに付随する「景品類」に該当するとされた²²⁾。

そして、回答(2)においては特段の理由が示されていないが照会(2)の賞金は懸賞に該当するとされて、懸賞制限告示2項(前記Ⅲ.1(3))の規制対象となるとされた。

日経電子版記事の「わずか10万円」という記述は、ここに端を発するものと考えられ

る。

4 以下の検討の下準備

(1) 違和感

私は、照会(2)と回答(2)、そして日経電子版記事とを、総合して見た場合に、違和感を持った。その違和感の具体的内容は以下の本稿の全体において明らかにしていくことになるが、これを一言でいえば、それぞれが前提としている問題が異なっている可能性があるのではないか、ということである。

日経電子版記事は、「数千万～数十億円規模の賞金がかかる大会」が外国で開催されていることを掲げつつ、それと対比して、日本では「わずか10万円」としている。これは、eスポーツの中でも特に高度な技術を用いて活躍する有名選手による大会を念頭に置いたものであるように見える²³⁾。

それに対し、回答(2)は、照会(2)の行為が「照会者が『顧客を誘引するための手段として』行うものであることを簡単に認定している。

照会(2)が、その主観において何を想定していたのかは、照会者だけが知ることであって定かではなく、また、回答(2)が、その主観において、照会(2)の内容をどのように受け止めた上で回答したのかは、回答者だけが知ることであって定かではない。

つまり、照会(2)・回答(2)は、日経電子版記事と同様に、特に高度な技術を用いて活躍する有名選手等による大会を念頭に置いている可能性もあるかもしれないが、その水準には至らない一般ユーザーが競技者となることを中心とする大会を念頭に置いている可能性もある。

21) 定義告示運用基準4(2)イ。回答(2)においては引用されていないが、定義告示運用基準4(2)イは、かつこ書において、「(例 商品を購入しなければ解答やそのヒントが分からない場合、商品のラベルの模様を模写させる等のクイズを新聞広告に出題し、回答者に対して提供する場合)」としている。

22) 伝統的な意味でのスポーツの大会の賞金が景表法との関係であり話題とならないのは、特定の事業者の商品役務を購入しなければ高度な競技をすることができないという状況がほとんどなく、当該特定の事業者が大会を主催し賞金を支払うということに関する問題意識が生ずることもほとんどなかった、ということなのではないかと推測される。

23) 懸賞制限告示の10万円という数字は「景品類の最高額」の規制に関するものであるのに対し(懸賞制限告示2項)、「数千万～数十億円規模の賞金」というのが大会の賞金総額を指すのか賞金最高額を指すのかは定かではないが、ここでは深入りしない。

(2) 法令適用事前確認手続の性格

ところで、回答(2)を見ると、「照会者から提示された事実のみを前提に」回答するのであり、「照会者から提示された事実関係を前提とすれば」照会(2)の行為は景表法4条の適用対象となるとしている。

法令適用事前確認手続は閣議決定に根拠のある制度であり、それに基づいて各府省が細則を定めることが求められている。

そこでそれらを見ると、まず、閣議決定は、照会に対する各府省の回答において、以下の旨を明示するよう求めている。「本回答は、照会対象法令(条項)を所管する立場から、照会者から提示された事実のみを前提に、照会対象法令(条項)との関係のみについて、現時点における見解を示すものであり、もとより、捜査機関の判断や罰則の適用を含めた司法判断を拘束しうるものではない」²⁴⁾。

消費者庁の細則においても、同様のことが定められている²⁵⁾。

回答(2)の上記の記述は、そのような方針を受けたものである。

このように、法令適用事前確認手続における回答というものは、照会者から提示された特定の事実に対するものであり、それ以外の事実にも適用することのできる汎用性のあるものであるとは限らない。

これを言い換えれば、eスポーツに対する景表法の適用について、現状を変えるには、消費者庁の考え方を一般論として批判するという方法もあるが、それ以外の方法として、回答(2)は特定の事実を念頭に置いており、そこだけに限定して通用する考え方が示されたのであると位置付けて、その他の事実については別論とする、というものもあり得ることになる。

私の経験でも、独禁法に関する公正取引委

員会の相談事例を企業法務実務家とともに検討する際、「ここで公正取引委員会は〇〇が問題であるとしているが、〇〇が問題とされたのではビジネスを萎縮させるのではないか」という指摘を受けることはよくある。そのような違和感を持ち、指摘していただけるのは有難いことであり、指摘内容そのものももっともであることが多い。ところが他方で同時に、そこにおいて行政当局は、相談された特定の事案を前提として回答していることにも留意する必要がある。もちろん、回答事例として公表しウェブサイトに掲げる以上、あらぬ方向に波及しないよう表現に注意することは期待されるかもしれない。しかし、個別事例の回答においても常に厳密な汎用性を保った記述をしなければならぬこととなれば、文章は注意書きばかりでわかりにくいものとなり、そこで必要とされる注意力のコストは膨大なものとなって、行政当局の作業効率を下げ、労働環境を圧迫するだけでなく、ひいては回答事例の公表という制度そのものが変容を迫られる可能性さえあることにも配慮する必要がある。

したがって、このような回答事例に接する場合には、上記のようなことも踏まえつつ、どこまでが一般論で、どこからがその事案だけに当てはまる議論であるのかを、読み手の側が見極めることが必要となる。その見極めには唯一無二の正解があるわけではない。公表された文面だけでなく、その文書に対してその行政当局が与えた格式の高低や、文書作成を取り巻く文脈や状況などが影響すると考えられる²⁶⁾。照会者と回答者が、単に文書をやり取りしているだけでなく、面会して一定の印象を相互に持ち、文書に残らない形で一定のことを伝え合っている可能性があることも、想起する必要がある。

24) 「行政機関による法令適用事前確認手続の導入について」(平成13年3月27日閣議決定)記3(2)。

25) 「消費者庁における法令適用事前確認手続に関する細則」(平成23年7月1日消費者庁長官決定)5(3)、別紙2。

26) 例えば、行政当局の文書を読んで、「あちらには△△と書かれているのに、こちらには同様の記述がない。これには意味があるのか。」との旨の質問を受けることがある。これには、次のように答えることになる。その文書の格式が高く行政当局内部で重いチェックが入っているために、同様の記述がないことに意味が与えられている可能性のある文書と、それほど格式ではないために、同様の記述がないのは単に起案者が忘れただけであって、特定の記述がないことを深読みしても仕方がない可能性の高い文書とが、あるように思われる。そのあたりの間合いの取り方が、この種の文書を読む際には1つの重要な鍵となる。

そのような個別状況になってくると、照会者や回答者ではない外部の者にはわからない。そして、そうであるからこそ、回答文書が公表された場合には、控えめに、確実に言えることだけを受け止める、という態度が求められるように思われる。

(3) 以下の構成と内容

照会(2)が提示し回答(2)が前提としたものが、一般ユーザーが競技者となることを中心とする大会であったのか、それとも、日経電子版記事が念頭に置いていて考えられるような、有名選手等による高度な大会であった一般ユーザーが観戦することを中心とするものであったのか、ということは、文面からは必ずしも判然としない。

そこで、本稿としては、どちらであったと決めつけることはせず、一般ユーザーが競技者となることを中心とする大会を想定した場合と一般ユーザーが観戦することを中心とする大会を想定した場合とに分けて、回答(2)を検討し、過去を含めた景表法当局(消費者庁、公正取引委員会)の関係文書等に何か手掛かりはないかを探る作業を行う。便宜上、前者のような大会を「一般ユーザー競技大会」といい、後者のような大会を「一般ユーザー観戦大会」ということにする。

もちろん、実際には、両者の中間の性格を持つ大会が多いのかもしれない。伝統的な意味でのスポーツの世界にも、例えばサッカーの天皇杯のように、草の根的なチームの参加も認めつつ、最後には事実上はJリーグチームだけによるトーナメントとなり、高額賞金が用意されている、という大会がある。しかし、もしそうであるとしても、以下のような検討が法的対応に一定のヒントを与える可能性はあるように思われる。現実には複雑である、と言っているばかりでは何もできず、ある程度において単純化したモデルを前提に一定の議論をし、そこで得られた知見を、事案ごとに修正して、複雑な現実当てはめていく、という手法は、法学に限らず諸方面で当然に採用されているものである。

V. 一般ユーザー競技大会の場合

一般ユーザー競技大会を前提とした場合には、回答(2)は、これまでの考え方に根差したものであって、特に珍しいものではないように思われる。ただ、一般ユーザー競技大会としてどのようなものを想定するかという問題はあり、この項目の末尾で触れる。

一般ユーザー競技大会に対して景表法の景品規制の観点から命令をした事例として、例えば、オリエンタル商事に対する昭和53年の排除命令がある²⁷⁾。愛知県春日井市内にバッティングセンターを設けたオリエンタル商事が、バッティングを行った者に対して、「ホームラン王にはコロナを進呈」と称し、ホームランの本数を基準として、第1位の者に約30万円相当の中古自動車を提供するなどした、という事例である。中日ドラゴンズの谷沢健一選手や木俣達彦選手が来場して賞品をさらっていくことは、想定されていなかったものと窺われる。

このような、一般ユーザー競技大会では、一般のユーザーが、うまくやれば賞金や賞品を得ることができるのではないかと考えて本体商品役務を購入することを想定して、景品規制を行うものと考えられる。一般のユーザーは、バッティングセンターで対価を払ってバッティングをしたり、ビデオゲームを購入して腕を磨いてから大会に臨んだりする。商品役務を売る側から見れば、「顧客を誘引するための手段として」、そのような顧客に対して賞金や賞品を出すことになる。

バッティングセンターの場合は、バッティングセンターにおけるバッティングに対する対価支払がその都度のものであると思われるので、賞品がバッティングという商品役務に付随していることがわかりやすいが、ビデオゲームの場合も、回答(2)が述べるように、「商品又は役務を購入することにより、経済上の利益の提供を受けることが可能又は容易になる場合」には、賞金はビデオゲームとい

27) 公正取引委員会排除命令昭和53年5月29日公正取引委員会排除命令集12巻27頁。平成21年改正によって消費者庁に移管される前の公正取引委員会所管時代には、現在の措置命令は排除命令という名称であった。

う本体商品役務の取引に付随したものであると認定するという考え方が定着している。それとは対照的に、照会(1)に対する回答(1)²⁸⁾のように、「有料ユーザーが有利になるということはな」という事実を前提とした場合には、ビデオゲームの勝敗には関係のない画面上の服装などの「スキン」に課金がある場合であっても、賞金は「スキン」等の商品役務の取引に付随するものではなく景表法上の「景品類」には当たらないとして扱われることになる²⁹⁾。

なお、一般ユーザー競技大会であっても、賞金が「仕事の報酬等」に該当すると考えられる場合は、あり得るものと思われる。後記VI.2(1)aで見ると、「モニターに対して支払うその仕事に相応する報酬」も、景品類に該当しないものの例として掲げられており、必ずしも高度な技術を持つことが要件とはされていないからである。本稿では、一応の区別として（あるいは、日経電子版記事の背景となっていると考えられる回答(2)を相対化する手段として）一般ユーザー競技大会と一般ユーザー観戦大会とを分けて論じているが、その境界線上の諸問題はあり得る。そのことを指摘しておいて、次に進むこととしたい。

VI. 一般ユーザー観戦大会の場合

1 違和感の敷衍

前記IV.4(1)で述べたように、回答(2)の考え方を、一般ユーザー観戦大会（一般ユーザーが観戦することを中心とする大会）についても通用させるといえるのであれば、私には

違和感がある。

ここで一步だけ考えを進めて述べるならば、次のとおりである。回答(2)は、「照会者が『顧客を誘引するための手段として』賞金を提供する」と認定しているのであるが（前記IV.3）、一般ユーザー観戦大会の場合には、そのような顧客誘引は、景表法上の「景品類」の定義における「顧客を誘引するための手段として」が想定しているものとは異なるのではないかと。言い換えれば、「顧客を誘引するための手段として」における「顧客」は、賞金を得る可能性のある者らと一致していなければならないのではないかと。一般ユーザー観戦大会の場合には、ビデオゲームの開発会社が顧客誘引を意図しているとしても、それは、賞金を得る可能性のある者らを顧客として誘引しようというのではなく、賞金を得る可能性のある者らによる高度なプレイを見せることによって、賞金を得る可能性のない顧客（一般ユーザー）を誘引する、という意味なのではないかと³⁰⁾。

以上のような考え方は、景品類の定義に関する解釈論として、景品規制の趣旨（前記III.2）に照らしても自然なものであると私は考えている。

しかし、景表法当局（消費者庁、公正取引委員会）やその関係者が明確にそのように述べた資料の存在は、見出すことができなかった。

そこで以下では、上記のような考え方を規制趣旨に照らしてただ主張するだけでなく、それに近いことを述べた過去の資料等を収集して並べ、上記のような考え方が方向性において誤っておらず、むしろ実質的に同様の考え方を採用したものが多くを示すことと

28) 木曾崇氏を照会者とする法令適用事前確認手続照会書（平成28年8月29日）であって1頁の右肩に「(1)」という番号が付されたもの（http://www.caa.go.jp/info/nal/pdf/info_nal_160909_0001.pdf、平成29年9月17日最終閲覧）に対する、消費者庁表示対策課長による法令適用事前確認手続回答通知書（平成28年9月9日）であって、1頁の右肩に「(1)」という番号が付されたもの（http://www.caa.go.jp/info/nal/pdf/info_nal_160909_0004.pdf、平成29年9月17日最終閲覧）。

29) このような場合には、一般ユーザー観戦大会であっても、直ちに景表法の適用対象外であることになる。更に言い換えれば、照会(2)（前記IV.2）における「当該アクションゲームの認知普及のためのプロモーションの一環として」という表現が、賞金を得る可能性のない顧客に対する認知普及を念頭に置いているのか、賞金を得る可能性のある者らに対する認知普及を念頭に置いているのか、必ずしも判然としにくい、ということである。照会(2)の照会者がどのように考えたかはわからないし、回答(2)の回答者がどのように考えたかもわからない。両者が一致しているとも限らない。

したい。

2 関係する景表法当局の見解等の 列挙

(1) 定義告示運用基準（仕事の報酬等）

a 紹介

一般ユーザー観戦大会における賞金を考える場合、まず思いつくのは、定義告示運用基準の、仕事の報酬等は景品類に該当しない旨の記述である。そこでは、「取引の相手方に提供する経済上の利益であっても、仕事の報酬等と認められる金品の提供は、景品類の提供に当たらない（例 企業がその商品の購入者の中から応募したモニターに対して支払うその仕事に相応する報酬。）」とされている³¹⁾。

b コメント

もし、賞金が「仕事の報酬等」に該当すると言えるならば、景品類には当たらず、景表法の規制対象外となることになる。しかし、定義告示運用基準は、「仕事の報酬等」と認められるための具体的基準を明らかにしていない。

前記 a において引用したように、「モニターに対して支払うその仕事に相応する報酬」が、「仕事の報酬等」の例として掲げられているが、これは、伝統的思考様式からすれば、順位を付けて成績優秀者にだけ提供するものとは異なっている。順位を付けて成績優秀者にだけ提供するものも「仕事の報酬等」に該当すると論ずるためには、更に支援材料を集めるのが有益であろう。

c 補論・事業者向け景品

この機会に、事業者向け景品の規制に触れておきたい。一般ユーザー観戦大会のような

高度な大会に出場する選手は事業者であると位置付け、さらに、事業者向け景品は景表法の規制対象外であるとする法解釈を行って、賞金を景表法の規制対象外としようとするアイデアについてである。

景表法は、不当表示規制においては、その具体的違反要件規定である 5 条において一般消費者に対する表示であることを違反要件としているが、景品規制においては、一般消費者に対する景品でなければ規制できない旨の明文の規定を置いていない。事業者景品制限告示は平成 8 年に廃止されているが（前記注 1)), これは、そのような題名の告示が廃止されたというだけであり、他の告示によって事業者向け景品を規制する可能性は残っている。そして現に、例えば懸賞制限告示のように、事業者向けの景品であっても該当し得るものが存在する³²⁾。

ところがここで、景表法を公正取引委員会から消費者庁へと移管した際の平成 21 年改正に注目する必要がある。平成 21 年改正は、景表法 1 条において「一般消費者による自主的かつ合理的な選択」を掲げることとしただけでなく、制限・禁止に関して法律が内閣総理大臣に委任する景表法 4 条（平成 21 年改正の時点では景表法 3 条）にも、「不当な顧客の誘引を防止し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を確保するため必要があると認めるときは」という条件を置いた。そのような規定が景表法 4 条に置かれた以上、事業者向け景品を制限・禁止することは内閣総理大臣に委任されていないという法解釈をすることは、十分に可能であるように思われる。言い換えれば、懸賞制限告示は、一般消費者に対する景品類だけについて制限・禁止を行っているものと限定して解釈すべきであ

31) 定義告示運用基準 5(3)。定義告示運用基準 5 は、「『物品、金銭その他の経済上の利益』について」という見出しを掲げているが、しかしこれを 5(3) と併せて読むと、「経済上の利益であっても」(5(3)), 「経済上の利益」に該当しない (5 見出し), ということになってしまい、少々具合が悪い。仕事の報酬等は、「顧客を誘引するための手段として」に該当しない、取引付随性がない、などと位置付けるほうが、据わりが良いように思われる (後記 3)。

32) 消費者庁ウェブサイトの「景品に関する Q&A」は、Q6 に対する A において、事業者向け景品であっても懸賞制限告示などにより景品規制の対象となる旨を明確に述べている

(<http://www.caa.go.jp/representation/keihyo/qa/keihinqa.html>, 平成 29 年 9 月 17 日最終閲覧)。そのほか、例えば、懸賞制限告示運用基準 2(4) かつこ書のように、事業者向け景品の問題であることを当然の前提とした記述を残しているものもある。

る（それに反する部分は景表法4条の委任の範囲を越えており無効であると考えべきである）、という考え方は、十分に可能であるように思われる。

それはそれとして、eスポーツと景表法の問題との関係では、どうであろうか。以上のような文脈で「事業者」あるいは「一般消費者に該当しないもの」という概念を用いることとした場合、それに該当するとされた競技者については景表法の景品規制が全て対象外となるので、かえって、その範囲を狭めに解釈適用しようとする少々硬い議論が展開されてしまう可能性があるかもしれない。それよりもむしろ、「仕事の報酬等」のように、事案に即した柔軟な対応をすることが容易な概念を用いて景表法の違反要件の不充足を論ずるほうが、壁を乗り越えやすくなり、また、後記3の末尾に記すように、一般ユーザーも参加する大会であっても規制対象外とする議論をする余地も残しやすいかもしれない。

(2) 懸賞制限告示の解説（優等懸賞）

a 紹介

懸賞制限告示は、「特定の行為の優劣又は正誤によつて定める方法」によって景品類の提供の相手方や提供する景品類の価額を定めること、³³⁾「懸賞」の定義に含めている（懸賞制限告示1項2号）。ビデオゲームの大会の賞金は、「優劣」によって相手方や価額を定める懸賞に該当することになりそうである。

このようなものを懸賞制限告示に取り入れたのは昭和40年であり、このとき懸賞制限告示に盛り込まれた具体例は、現在では、懸賞制限告示運用基準の「キャッチフレーズ、写真、商品の改良の工夫等を募集し、その優劣によって定める方法」という記述（懸賞制限告示運用基準2(2)）などに残っている。このような方法によって相手方や価額を定める懸賞は、「優等懸賞」と呼ばれることがある。

昭和40年あるいは昭和45年の段階での詳細な解説がある³³⁾。

それによれば、「くじの方法のようにだれにでも応募でき、平等に当たる可能性のあるものが最も取引誘引効果があると考えられ、優等懸賞のように応募者の能力を前提とするものは、その意味ではくじの方法よりも劣るといえる。」という³⁴⁾。

そして、「優等懸賞においては、とくに懸賞小説や商品の改良の工夫などに端的にあらわれているように、規制の対象にするに忍びがたいもの、あるいは真に技術や能力を必要とし、その技術、能力に値するだけの賞金や賞品を付けてもさしつかえないと考えられるものが多い。しかし、現実には、従来、形式的には優等懸賞の方法を用いながら、実質的には景品を与える者を選ぶためだけのものがあまりにも多く行われていた。そして、実際には優等懸賞の対象となっている作品の募集を行なうものと形式的に優等懸賞の方法を借用するものとを区別することが困難であるので、不当な顧客誘引行為を規制する見地から、一応全般的に規制し、もし実際に作品等の募集を行なうものであれば、実質的に取引に結びつくことのないような方法で行なうことによって、規制の対象とならないようにすべきであるとの考えから、昭和四十年の改正で優等懸賞を規制の対象に加えたものである。」とされている³⁵⁾。

b コメント

以上については、次のようなことをコメントすることができよう。

第1に、優等懸賞の取引誘引効果は通常の懸賞との比較において劣るとされている。

第2に、真の優等懸賞は実質的には規制対象とすべきでないと考えられており、ただ、形式的な優等懸賞（景品類の提供の相手方が実は最初から決まっていたその者を優勝者とすることに最初から決まっているコンテスト

33) 公取委取引課「いわゆる優等懸賞、クイズ懸賞の規制について」公正取引179号32頁（1965）。末尾に「糸田省吾」の記名がある。吉田文剛編『景品表示法の実務』95-96頁、103-104頁（ダイヤモンド社、1970）にも同様の解説が見られる。後者のほうが、推敲等を施したものであって読みやすいので、以下では、後者から引用する。

34) 吉田編・前掲注33)95頁。公取委取引課・前掲注33)32頁も同様。

35) 吉田編・前掲注33)103-104頁。公取委取引課・前掲注33)34頁は、形式的な優等懸賞が行われていることが過去形ではなく現在形となっているなどするほかは、基本的には同様の内容である。

などであろうか)との区別が難しいので一律に懸賞制限告示の対象とした、とされている。

第3に、したがって、真の優等懸賞であるならば他の方法で景表法の景品規制を逃れてもらいたい旨が述べられている。そこで掲げられた方法は、「実質的に取引に結びつくことのないような方法」である。当時の懸賞制限告示の条文を見ると、景品類を提供する側がコンテストを取引に結びつけるために行う工夫として、「商品若しくはこれに添付した物又は商品若しくは役務の取引があったことを証する物を提示させ」というものが明文で定められ³⁶⁾、これが取引付随性の要件を満たす根拠となっていた。真の優等懸賞については、そのような物の提示を求めないことを期待したのであろう。

有料のビデオゲームをプレイして訓練しておかなければ実際には成績優秀者にはなれないという大会の賞金においては、取引付随性の要件の充足を回避することは難しい。しかし、現在の規制の原型をなす改正の解説が、真の優等懸賞であるならば実質的には規制したくない旨を、取引誘引効果が劣るとの認識とともに、示していたことは、一般ユーザー観戦大会における賞金の問題にとって、有力な参考となるように思われる。

(3) 懸賞制限告示運用基準の解説（セールスコンテスト等）

a 紹介

前記(2)aのように、優劣によって定める方法は一律に「懸賞」に該当するとしておきながら、しかし懸賞制限告示運用基準は、「ただし、セールスコンテスト、陳列コンテスト等相手方事業者の取引高その他取引の状況に関する優劣によって定める方法は含まれない。」として、例外を認めている（懸賞制限

告示運用基準2(4)）。

昭和63年に事業者景品制限告示のガイドラインを策定した際、上記のセールスコンテスト等を景品規制の対象から外すこととなり、その旨を懸賞制限告示運用基準にも書き込んだものであることが、詳細に解説されている³⁷⁾。

それによれば、懸賞制限告示運用基準において優等懸賞として「例示されている方法は、いずれも、『くじその他偶然性を利用して定める方法』には直ちには該当しないが、偶然性を利用する場合と同様に、取引とは直接関係なく、景品類の提供の相手方等を定めることを主たる目的としたものである。」³⁸⁾。

「これに対して、取引コンテストは、取引実績ないしは販売促進効果を増進する目的で行われるものであり、景品類の提供の相手方等を定めることを主たる目的としたものではない。このようなものを懸賞として取り扱うのは、懸賞制限告示の趣旨に照らして適当でないと考えられる。」³⁹⁾。

そのように述べた上で、懸賞制限告示運用基準の現在のようなかっこ書が加えられたことを紹介している。

b コメント

「取引実績ないしは販売促進効果を増進する目的で行われる」賞金を懸賞として景品規制の対象とするのは「懸賞制限告示の趣旨に照らして適当でない」とされたことは、eスポーツの大会の賞金との関係でも、意味があるように思われる。

(4) オープン懸賞告示運用基準(優等懸賞)

a 紹介

最後に、景表法でなく独禁法に関するものであり、しかも既に廃止されているものではあるが、オープン懸賞告示運用基準に触れることとしたい⁴⁰⁾。オープン懸賞告示の規制

36) 昭和40年公正取引委員会告示第20号による改正で追加された旧懸賞制限告示（懸賞による景品類の提供に関する事項の制限（昭和37年公正取引委員会告示第5号））の備考10号であり、公取委取引課・前掲注33)34頁で引用されているほか、吉田編・前掲注33)103頁にも、同等の規定である旧懸賞制限告示備考1項7号（昭和44年公正取引委員会告示第16号による改正後のもの）が掲げられている。

37) 鈴木満＝大塚誠司『事業者に対する景品類の提供に関する景品表示法上の考え方』について——事業者景品ガイドラインの解説——」公正取引456号4頁、9-11頁（1988）。

38) 鈴木＝大塚・前掲注37)10-11頁。

39) 鈴木＝大塚・前掲注37)11頁。

40) 後掲注43)の公正取引委員会の発表資料に、オープン懸賞告示とオープン懸賞告示運用基準の原文が含まれ

趣旨は、現在の景表法による景品規制の規制趣旨と基本的に同じであったと考えられる⁴¹⁾。オープン懸賞告示の条文においても「顧客を誘引する手段として」が要件とされている点で、景表法2条3項・定義告示における景品類の定義と共通していた⁴²⁾。

オープン懸賞とは、取引付随性のない懸賞、すなわち、商品役務を購入しなくとも参加できる懸賞の通称である。取引付随性の要件を満たさないことになるので、景表法の景品規制の要件を満たさず、独禁法の不公正な取引方法の定義規定に基づき、特殊指定として昭和46年からオープン懸賞告示が置かれていた。

ところが、時代の流れとともにオープン懸賞と商品選択との関連が稀薄になり、また、オープン懸賞告示が定めた上限金額やそれに近い額のオープン懸賞を実施している例がほとんどみられないために、廃止することとなったと説明されている⁴³⁾。

さて、そこに、eスポーツの大会における賞金の問題との関係でも興味深い記述があった(オープン懸賞告示運用基準2)。

「次に掲げる要件のすべてに適合する方法により特定の者を選び、これに経済上の利益

を提供する旨を申し出ること、顧客を誘引する手段とは認められないので、この告示第1号ニの規定に該当しないものとして取り扱うこととする。」⁴⁴⁾。

そして、「次に掲げる要件」として、次の3点を挙げる。「(1) 高度の知識、技能等を必要とする論文、小説、図案等の精神的労作であつて、一般消費者が容易に応募することができないものを募集し、その内容の優劣により特定の者を選ぶものであること。(2) 提供する経済上の利益は、当該精神的労作に対する対価ないし褒賞として社会的通念上妥当と認められる範囲内のものであること。(3) 当該精神的労作の内容の優劣の判定は、社会的に信用のある機関、学者、評論家、芸術家等が行なうものであること。」⁴⁵⁾。

オープン懸賞告示およびオープン懸賞告示運用基準を昭和46年に制定した際の解説も、かなり詳しいが、上記引用部分については、運用基準に詳しく書き込まれたためか、これを超える解説はされていない⁴⁶⁾。

b コメント

基準を満たす優等懸賞について、「顧客を誘引する手段とは認められない」と明確に述べたところに、オープン懸賞告示運用基準の

ている。消費者庁ウェブサイトにも、「景品表示法関係ガイドライン等」のウェブページ

(<http://www.caa.go.jp/representation/index4.html>, 平成29年9月17日最終閲覧)において、「廃止されたもの」として、オープン懸賞告示運用基準が掲げられている

(http://www.caa.go.jp/representation/pdf/100121premiums_25.pdf, 平成29年9月17日最終閲覧)。ただし、原文が横書きであるものを一旦縦書きにしてから再び横書きにしたものとみられ、原文では算用数字であるものが漢数字となっている部分がある。

41) 独禁法と景表法は、景表法の平成21年改正までは、独禁法が一般法であり景表法は独禁法の特例法であることが景表法において明文で定められている、という関係にあった(平成21年改正前景表法1条)。広い意味での景品規制に関係する限りにおいて、独禁法の規制趣旨と景表法の規制趣旨は共通していた。そして、景表法の規制趣旨は平成21年改正の前後において変化がない(前掲注18)に対応する本文)。

42) オープン懸賞告示の根拠となる独禁法の条文においても、「不当に競争者の顧客を自己と取引するように誘引し」が要件とされていた(平成21年法律第51号による改正前の独禁法2条9項3号)。現在でも、同等の規定は独禁法2条9項6号ハとして残っており、景品規制を含む一般的な条文として一般指定(「不公正な取引方法」(昭和57年公正取引委員会告示第15号))9項が置かれている(「正常な商慣習に照らして不当な利益をもつて、競争者の顧客を自己と取引するように誘引すること。」)。

43) 廃止の趣旨については、公正取引委員会『「広告においてくじの方法等による経済上の利益の提供を申し出る場合の不公正な取引方法」の廃止についての意見募集』(平成18年3月1日)2「本廃止の趣旨」。パブリックコメントに対しても同趣旨の説明がされ、オープン懸賞告示とともに、オープン懸賞告示運用基準も廃止された(公正取引委員会『「広告においてくじの方法等による経済上の利益の提供を申し出る場合の不公正な取引方法」の廃止について』(平成18年4月26日))。

44) 「この告示第1号ニ」とは、「キヤッチフレーズ、商品名、感想文等の募集に応ずること」を求め、その「優劣により選ぶこと」を規制対象とする旨の規定である。

45) 原文は、(1)、(2)、(3)の項目ごとに改行されている。

46) 山田昭雄「オープン懸賞広告の規制」公正取引250号32頁、35頁(1971)。

最大の特徴がある。定義告示運用基準も「顧客を誘引するための手段として」について述べるところがあるが、その内容は、外縁において含まれるものを例示するだけであり、中核的考え方については述べていない（定義告示運用基準1）。その意味で、オープン懸賞告示運用基準が、高度な技術等に関する優等懸賞を想定しつつ、「顧客を誘引する手段とは認められない」と明確に述べている点は注目される。

基準を満たす優等懸賞は「顧客を誘引する手段とは認められない」という考え方が、オープン懸賞告示とオープン懸賞告示運用基準の廃止によって損なわれることは、なかったはずである。廃止の趣旨は前記aのとおりであり、優等懸賞に関する考え方には、関係がなかったからである。言い換えれば、オープン懸賞告示運用基準が「顧客を誘引するための手段として」の解釈として示した考え方は、現在においても、参考となるはずである。

オープン懸賞告示運用基準が示す3つの要件を順に検討する。

オープン懸賞告示運用基準2(1)の要件は、「高度の知識、技能等を必要とする……精神的労作であつて、一般消費者が容易に応募することができないもの」という定義をした点において、一般ユーザー観戦大会における賞金の問題にとって参考となる。ビデオゲームの技術もこれに含む、という考えは、昭和46年であればいざ知らず、現代であれば、導きやすいかもしれない。

オープン懸賞告示運用基準2(2)の基準は、その存在意義において少々怪しい。第1の基準によって賞金が一般消費者には関係が薄いものとなっている以上、賞金がいかに高額であったとしても、景表法の規制趣旨とは関係しないように思われる。

オープン懸賞告示運用基準2(3)の基準は、「論文、小説、図案」を例として掲げていたために「社会的に信用のある機関、学者、評論家、芸術家等」が判定することを求めたものであって、これはつまり、最初から優勝者が決まっているような形式的な優等懸賞（前記(2)a）ではないことを確保するための客観的判定を求めたものではないかと思われる。

ビデオゲームの場合には、特定の競技者が有利となるような悪質なプログラムが仕組まれていない限り、客観的に優劣が判定されることが当然の前提とされているのではないか。オープン懸賞告示運用基準2(3)の基準を文字どおりに気にする必要はなく、実質的には満たされていると考えてよいように思われる。

3 まとめ

前記2において(1)~(4)として列挙した景表法当局の見解等をまとめると、次のようなことが言えるように思われる。

優等懸賞について、一定の具体的基準を満たすものであれば「顧客を誘引するための手段として」に該当しないと明確に述べるもの（オープン懸賞告示運用基準）、取引誘引効果が劣るとするもの（懸賞制限告示の解説（優等懸賞））、などがあった。後者は、「顧客を誘引するための手段として」に該当しないと述べるわけではないが、真の優等懸賞であれば規制すべきでないという考え方を示していた。

真の優等懸賞と認められるための基準として参考となる諸要素は、オープン懸賞告示運用基準に特に具体的に示されていた。高度の能力を必要とし、一般消費者が容易に応募することができないもの、などといった点は、ビデオゲームと通底するものがある。優劣の判定が客観的に行われる必要があるが、これは、通常のビデオゲームであれば、機械的に優劣を定めることができない論文、小説、図案などに比べて、比較的容易に基準充足を確認できるのではないかと考えられる。言い換えれば、ビデオゲームの大会は、悪質なものでない限り、論文、小説、図案などとは違って、景品類の提供の相手方が実は最初から決まっていてその者を優勝者とすることに最初から決まっている形式的な優等懸賞の手段として使われる心配はもともと少ないように思われる。

ビデオゲームに関して高度の技術を一般ユーザーに見せ、それによってビデオゲームの認知度を高める、という事業者の取組は、

事業者が、販売業者に対して、セールスコンテストや陳列コンテストなど取引の状況に関する優劣によって賞金等を提供しようとする取組と、ビジネスとしての発想において共通しているように思われる。懸賞制限告示運用基準は、セールスコンテスト等の取組を景品規制の対象外としている。その根拠は、このようなものを懸賞として取り扱うのは懸賞制限告示の趣旨に照らして適当でないからであると明確に解説されている。

定義告示運用基準の「仕事の報酬等」の定義は、定義告示運用基準においては具体的に記述されていない。しかし、以上のような関連する景表法当局の見解等を参考とすると、少なくとも、一般ユーザーが観戦することを中心とする大会については、プレイヤーは、そのような一般ユーザーに対する広告（顧客誘引）に協力しているわけであるので、その優劣によって賞金の相手方や額を決める仕組みを採用した場合でも（モニターに対する報酬のように一定の決まった額でなくとも）、「仕事の報酬等」に該当するとされる可能性は十分にあるように思われる。なお、その趣旨を踏まえれば、観戦する一般ユーザーには、リアルにその会場に足を運んだ者だけでなく、ネット経由で大会の動画を閲覧する者も含むことになるであろう。

賞金が「仕事の報酬等」に該当すると考える場合、これが景品類に該当しないとする景表法・定義告示における条文上の根拠としては、経済上の利益であるが「経済上の利益」に該当しないなどということ言うよりも、「顧客を誘引するための手段として」に該当しない、とするほうが説明として据わりが良い。仕事をするプレイヤーがビデオゲームを購入するよう誘引することに賞金の目的があるのではなく、観戦する一般ユーザーという顧客に対して広告を行い誘引することが目的なのであって、賞金が提供される相手方であ

るプレイヤーも形式的にはビデオゲームを購入した顧客であるとしても、そのような「顧客を誘引するための手段として」賞金を提供しているのではない、と説明するのが、最も据わりが良いように思われる⁴⁷⁾。その意味で、「顧客を誘引するための手段として」の要件を正面から論じたオープン懸賞告示運用基準の解説は大きな支援材料となるし、景品規制の趣旨に立脚した見解であるという意味で、セールスコンテスト等に関する懸賞制限告示運用基準の解説も有力な参考となる。

以上のような検討は、一般ユーザーが観戦することを中心とする大会を主に想定したものであるが、その検討結果は、一般ユーザーが参加できる大会についても、一定の要件を満たす場合には、賞金が「仕事の報酬等」に該当する可能性を開くものであるように思われる。本稿では、問題を明確化するための一応のモデルとして、一般ユーザー競技大会と一般ユーザー観戦大会とに分けて検討したが、そこで得られた実質的知見は、更に複雑な実際の事案にも、応用可能であるはずである。

VII. 最後に

冒頭においても述べたように、本稿は、eスポーツと景表法の問題に関して参考となり得る材料を集めて提示することによって、現実の状況に通暁した専門家による具体的検討に貢献することを目指したものである。現実の状況等に照らせば種々の誤りや認識のずれが含まれているかもしれない。その場合には、適宜修正しながら、紹介した資料等の実質的部分を汲み取って、今後の具体的検討に役立てていただければ幸甚である。

(しらいし・ただし)

47) 仕事をするプレイヤーがビデオゲームの代金を支払ったことと賞金との間に実質的関連性がないので取引付随性が否定される、という議論も、あり得る（その意味で、景品類の定義の諸要件はかなりつながっている）。しかし、前記IV.3の回答(2)がいうように、プレイヤーがビデオゲームに代金を支払ったこととプレイヤーが高度な仕事をする事との間に一定の因果関係があることを否定できないのだとすれば、取引付随性を完全に否定するのは難しく、むしろ、景品規制の規制趣旨を実質的に盛り込みやすい「顧客を誘引するための手段として」のほうに問題を読み込むほうが、据わりが良いように思われる。

Japan's ADR System for Resolving Nuclear Power-Related Damage Disputes

Professor of Law, The University of Tokyo; Senior Advisor to the Asian Law Center, University of Washington School of Law.

Daniel H. FOOTE*

Abstract: This paper has dual aims. First, it introduces the Nuclear Power-Related Damage Claim Resolution Center, established in 2011 to handle disputes arising out of the March 2011 meltdown at the Fukushima Daiichi nuclear power plant. After first examining the genesis of that Center, this paper describes its structure and roles and discusses its performance, including the challenges it has faced and the accomplishments it has achieved. Second, this paper seeks to place that Center into the broader context of the overall development of alternative dispute resolution (ADR) in Japan and to assess its impact. Two major themes recur throughout this discussion: the heavy weight placed on standardization and uniformity throughout the Japanese approach to dispute resolution, and the dominant role in the development and provision of ADR played by the Japanese bar.

* I would like to express my appreciation to Suzuki Isomi, Idei Naoki, Yamamoto Kazuhiko, and others involved in the Nuclear Power-Related Damage Claim Resolution Center for taking time out of their very busy schedules to discuss the Center with me; to Yamamoto Kazuhiko and to members of the Center staff for providing me with a guided tour; and to Okamoto Tadashi, who served as the head of the Center's investigative staff from December 2011 through mid-2013 and who has provided me with valuable information about the roles of law and lawyers in the response and recovery process. I have benefited from presentations regarding the Center and other aspects of the Japanese bar's response to the disaster at several sessions of the Citizens' Council (*Shimin kaigi*) for the Japan Federation of Bar Associations and from helpful comments by participants in the following conferences and workshops: The 2nd International Workshop: Problems of Law in Response to Disasters, Meiji University, Tokyo (March 2012); the 2012 International Conference on Law and Society, Honolulu, HI (June 2012); Jissen hōkyōiku kenkyūkai [Study Group on Practical Legal Education], Sophia University, Tokyo (July 2012); Symposium: Genshiryoku songai baishō no genjō to kadai [The Current State and Issues for Nuclear Power Damage Compensation], Meiji University, Tokyo (Sept. 2012); and Mini-Symposium: Genshiryoku songai baishō no genjō to kadai (1): BP oiru more wakai puroguramu to genshiryoku ADR [The Current State and Issues for Nuclear Power Damage Compensation (1): The Settlement Program for the BP Oil Spill and Nuclear Power ADR], Annual Meeting of the Japanese Association for Sociology of Law, Aoyama Gakuin University, Tokyo (May 2013). Portions of my research were supported by the following grants, for which I wish to express my gratitude: Japan Society for the Promotion of Science (JSPS), Grant-in-Aid for Scientific Research, Base Studies B, No. 24330005 (Role of Law in Post-Disaster Relief, Prevention of Damage and Promotion of Recovery), and JSPS, Grant-in-Aid for Scientific Research, Base Studies A, No. 25245002 (Empirical Research on Alternative Dispute Resolution Processes). I am especially grateful to Murayama Masayuki, who has been the leader of this and many other research projects.

Note regarding name order: For cites in footnotes to works published in English, I have used the name order that appears in the publication. Otherwise, for Japanese names I have followed the order normally used in Japan: *i.e.*, family name first, followed by given name.

Introduction: Alternative Dispute Resolution and Japan

- I. Genesis of the ADR Center
- II. Overview of the ADR Center's Structure and Procedures
- III. Trends in Caseload and Processing
- IV. Challenges
- V. Achievements
- VI. Standard Setting by the ADR Center
- VII. Reflections on the ADR Center's Basic Philosophy and Broader Implications
 - A. Standardization and Uniformity as Tool for Ultimate Goal: Resolution by Direct Negotiation
 - B. Dominance by the Bar
 - C. Implications for the Future of ADR in Japan

Introduction: Alternative Dispute Resolution and Japan

This paper has dual aims. First, it introduces the Nuclear Power-Related Damage Claim Resolution Center, established in 2011 to handle disputes arising out of the March 2011 meltdown at the Fukushima Daiichi nuclear power plant. Second, it seeks to place that Center into the broader context of the development of alternative dispute resolution (ADR) in Japan.

Internationally, Japan has long had an image as being at the forefront in the ADR field. Dating back at least to Kawashima Takeyoshi's 1963 essay "Dispute Resolution in Contemporary Japan,"¹⁾ accounts abound of the vaunted "Japanese preference" for informal, non-adversarial resolution of disputes.²⁾ In Japan, court-annexed conciliation, administered and supervised by the judiciary, is widely used for civil and family cases. At least with respect to extrajudicial ADR bodies, however, the reality differs considerably from the image.

In a few specific fields, extrajudicial ADR bodies handle large numbers of cases. Of these, the most prominent is in the traffic accident context.³⁾ Two major nationwide traf-

1) Takeyoshi Kawashima, *Dispute Resolution in Contemporary Japan*, in LAW IN JAPAN: THE LEGAL ORDER IN A CHANGING SOCIETY 41 (Arthur Taylor von Mehren ed., Harvard University Press, 1963).

2) A prominent example of the impact of the Kawashima view is the 1983 article by then-Harvard University President Derek C. Bok, *A Flawed System of Law Practice and Training*, 33 J. LEG. EDUC. 570 (1983) (contrasting the United States with Japan). More recently, Robert Kagan offered Japan's informal, non-adversarial approach as a counterpoint to the "adversarial legalism" of the United States, ROBERT A. KAGAN, *ADVERSARIAL LEGALISM: THE AMERICAN WAY OF LAW* 123, 135-38 (Harvard Univ. Press, 2003). In his justly celebrated rejoinder to Kawashima, "The Myth of the Reluctant Litigant," John Haley took issue with Kawashima's view that the low litigation rates in Japan were largely attributable to a Japanese cultural preference for harmony. Yet, as one of the institutional factors he offered as a counter-explanation for the low litigation rates, Haley pointed to the widespread use of informal, extrajudicial dispute resolution mechanisms. See John O. Haley, *The Myth of the Reluctant Litigant*, 4 J. JAPANESE STUD. 359, 378-379 (1978).

3) For three views of the traffic accident dispute resolution process, see J. Mark Ramseyer & Minoru Nakazato, *The Rational Litigant: Settlement Amounts and Verdict Rates in Japan*, 18 J. LEG. STUD. 263 (1989); Takao Tanase, *The Management of Disputes: Automobile Accident Compensation in Japan*, L. & SOC'Y REV., Vol. 24, No. 3, at 651 (1990); and Daniel H. Foote, *Resolution of Traffic Accident Disputes and Judicial Activism in Japan*, 25 LAW IN JAPAN 19 (1995). For a more recent work, revisiting the traffic accident dispute resolution process and offering it as an example of the value of the relative certainty provided by the Japanese approach to private law, see J.

fic accident ADR bodies, each with local branches, together perform over 60,000 consultations and nearly 8,000 successful mediations per year.⁴⁾ Many regional bar associations have established dispute resolution centers, with the more active ones handling over one hundred cases per year.⁵⁾ In recent years, moreover, new ADR bodies for handling disputes related to financial services have been carving out a significant niche.⁶⁾

On the whole, however, use of formal extrajudicial ADR bodies has been limited. In fact, the Justice System Reform Council, a major government advisory council established in 1999 and charged with investigating all aspects of Japan's justice system, identified the relative lack of effective ADR mechanisms as one of the issues to be addressed. In its final Recommendations, issued in 2001, the Reform Council set forth the following finding: "In reality, with the exception of some organizations, ADR mechanisms are not fully functioning."⁷⁾ To remedy that situa-

tion, the Reform Council called for "efforts ... to expand and vitalize ADR, [so] the people can choose from among diversified dispute resolution methods according to individual needs."

The Reform Council's recommendations led to the establishment of eleven separate follow-up advisory councils focused on specific categories of recommended reforms, of which one was charged with considering how to promote expansion and invigoration of ADR mechanisms.⁸⁾ The debate within that advisory council was highly contentious, with major issues including whether to require certification of ADR institutions and the organized bar's insistence that lawyer participation be required for all ADR panels. The deliberations ultimately resulted in the enactment, in 2004, of the Act to Promote the Use of ADR Procedures (hereinafter, ADR Promotion Act).⁹⁾ According to its purposes statement, the goal of the Act is: "To facilitate the parties' choice of suitable methods for re-

MARK RAMSEYER, *SECOND BEST JUSTICE: THE VIRTUES OF JAPANESE PRIVATE LAW* (Univ. of Chicago Press, 2015).

4) See *Kōtsū jiko funsō shori sentā* [The Japan Center for Settlement of Traffic Accident Disputes], Heisei 27^{endo} toriatsukai jian bunrui [Categories of Matters Handled in the 2015 Business Year], available at: <http://www.jcstad.or.jp/disclosure/documents/27toriatukaijianbunrui.pdf>, visited December 11, 2016; *Nichibenren Kōtsū jiko sōdan sentā* [Nichibenren Traffic Accident Consultation Center], Goannai [Guide], http://www.n-tacc.or.jp/about/files/pamphlet_1.pdf, visited December 11, 2016.

5) See IRIE HIDEAKI, *GENDAI CHŌTEIRON: NICHIBEI ADR NO RINEN TO GENJITSU* [Modern Mediation: A Comparative Study of Japan and the U.S.] 193-199 (University of Tokyo Press, 2013).

6) See, e.g., *Kin'yū toraburu renraku chōsei kyōgikai* [Liaison Coordination Council on Financial Troubles], *Kin'yūchō* [Financial Services Agency] (Japan), *Shitei funsō kaiketsu kikan no kujō shori tetsuzuki jissai jōkyō* (Heisei 27^{nen} 4^{gatsu} 1^{nichi} – 28^{nen} 3^{gatsu} 31^{nichi}) [Circumstances of Proceedings for Handling of Complaints by Specified ADR Institutions (April 1, 2015 to March 31, 2016)], available at http://www.fsa.go.jp/singi/singi_trouble/siryō/20160609/01.pdf, visited September 8, 2017 (over 8,000 cases resolved, by a total of eight specified institutions).

7) SHIHŌ SEIDO KAIKAKU SHINGIKAI [Justice System Reform Council], SHIHŌ SEIDO KAIKAKU SHINGIKAI IKENSHO – 21 SEIKI NO NIHON WO SASAERU SHIHŌ SEIDO – [Recommendations of the Justice System Reform Council – For a Justice System to Support Japan in the Twenty-First Century], June 12, 2001, available in Japanese at <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report-dex.html>, visited September 8, 2017; available in English at <http://www.kantei.go.jp/foreign/judiciary/2001/0612report.html>, visited September 8, 2017. Quotes are from the English version.

8) See *Shihō seido kaikaku suishin honbu jimukyoku* [Secretariat for the Headquarters for Promotion of Justice System Reform], *Shushō kantei* [Prime Minister's Office] (Japan), *Kentōkai no kaisai ni tsuite* [Regarding the establishment of expert advisory councils], Dec. 17, 2001, available at <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/kaisai.html>, visited September 8, 2017 (listing ten of the eleven advisory councils, including the ADR council; an eleventh council, on intellectual property, was established separately thereafter).

9) *Saibangai funsō kaiketsu tetsuzuki no riyō no sokushin ni kansuru hōritsu* [ADR Promotion Act] [Act to Promote the Use of Alternative [literally, Extrajudicial] Dispute Resolution Procedures], Act No. 151 of 2004.

solving disputes ... by establishing a system for certifying ADR bodies, suspending the statute of limitations, and other measures to improve ease of use.” As that statement reflects, the Act calls for certification of ADR bodies, by the Minister of Justice¹⁰⁾ (although previously existing bodies do not need to obtain certification); and one of the requirements for certification is that, if the ADR proceedings are conducted by someone other than a lawyer, provision must be made for obtaining advice from a lawyer with regard to matters of legal interpretation that arise in the course of the proceedings.¹¹⁾ In practice, the bar has continued to insist that every ADR panel should include at least one lawyer.¹²⁾

The ADR Promotion Act evidently has had some impact. Nearly one hundred fifty ADR bodies have now been certified.¹³⁾ Some had been in existence previously, but the list includes many new institutions. (It bears note that the traffic accident centers referred to earlier, which remain the largest extrajudicial providers of mediations, have not registered under this new system.) Quite a few of the registered bodies provide a substantial number of consultations; in fiscal year 2014, of the 133 certified institutions in operation as of that time, 27 handled over 100 consulta-

tions, led by a body for securities and financial-related matters, with nearly 10,000 consultations that year.¹⁴⁾ In general, however, the level of utilization for mediation remains low; over 80% of the certified ADR institutions handle fewer than ten mediation cases per year, and some have yet to handle even one concrete dispute resolution matter.¹⁵⁾ In fiscal year 2015, the 140 certified institutions in operation as of that time received a total of 1,045 new mediation cases and successfully resolved only 363 cases.¹⁶⁾

In 2011, an important development for the ADR field in Japan occurred: the establishment of a major new ADR institution, the aforementioned Nuclear Power-Related Damage Claim Resolution Center (hereinafter, ADR Center or simply Center).¹⁷⁾ After first examining the genesis of that Center, this paper describes its structure and roles and discusses its performance, including the challenges it has faced and the accomplishments it has achieved. The paper closes by seeking to place the ADR Center into the context of the overall development of ADR in Japan and to assess its impact. As we will see, two major themes recur throughout this discussion: the heavy weight placed on standardization and uniformity throughout the Japanese approach to dispute resolution, and the domi-

10) *Id.*, art. 5.

11) *Id.*, art. 6, item 5.

12) *See* Irie, *supra* note 5, at 133-136 (quoting bar association guidelines).

13) *See* Ministry of Justice (Japan), Kaiketsu sapōto ichiran [List of Resolution Support [Institutions]], <http://www.moj.go.jp/KANBOU/ADR/jigyousya/ninsyou-index.html>, visited September 8, 2017 (148 institutions listed, as of September 2017; four more bodies had registered but later suspended their registration).

14) *See* Ministry of Justice (Japan), Ninshō funsō kaiketsu sābisu [Certified Dispute Resolution Services], Ninshō funsō kaiketsu jigyōsha no toriatsukai kensū (zentai) [Numbers of Cases Handled by Certified Dispute Resolution Institutions (Overall)] and Ninshō funsō kaiketsu jigyōsha no toriatsukai kensū (jigyōshabetsu) [Numbers of Cases Handled by Certified Dispute Resolution Institutions (by institution)], available at <http://www.moj.go.jp/KANBOU/ADR/images/kensu.pdf>, visited September 8, 2017 (latest figures reported were for the 2015-16 fiscal year).

15) *See id.*

16) *See id.* Of the remaining cases, 5 were withdrawn by agreement of both sides, in 103 one side withdrew, in 282 one side declined to participate, and in 226 there were no prospects for successful resolution.

For summaries of the results for prior years, as well, *see id.*

17) As discussed below, this Center was established pursuant to separate legislation and is not included under the ADR Promotion Act.

nant role in the development and provision of ADR played by the Japanese bar.

I. Genesis of the ADR Center

On March 11, 2011, three interconnected disasters struck Eastern Japan: an earthquake (or, more precisely, a series of earthquakes), a tsunami, and a meltdown at the Fukushima Daiichi (No. 1) nuclear power plant of the Tokyo Electric Power Co. (TEPCO). Of the three, the tsunami caused the most widespread devastation and loss of life, and the road to recovery remains steep. In terms of long-term ongoing impact, though, the nuclear meltdown represents an even greater concern. In the areas where radiation was most severe, approximately 160,000 residents were instructed to evacuate. Many more residents of surrounding and even fairly distant regions decided to leave on their own out of concern over the radiation. In total, it has been estimated that over one million former residents took refuge.¹⁸⁾ Large numbers continue to take refuge, in many cases with no concrete timetable for when, if ever, they will be able to return to their homes. Substantial areas are, in effect, dead zones, with no prospects for becoming habitable in the foreseeable future. Needless to say, many businesses within the directly affected regions were devastated. Outside the regions that suffered high radiation levels, as well, many businesses suffered losses, including damages from loss of customers or suppliers, and from what is known in Japanese as “reputational damage” (*fūhyō higai*). Many consumers, for example, have avoided fish and agricultural products from areas anywhere near the directly affected region. Even in rather distant locations, tourism has fallen because of concern over radiation.

By soon after the disaster, it had become apparent that the scope of damage from the nuclear meltdown would be extensive. Early estimates placed the likely number of victims in at least the tens of thousands – a number that would quickly swell. While direct negotiation with and lawsuits against TEPCO remained options for the victims, the scope of the damage and number of victims involved led to early recognition of the need to establish an effective mechanism for dealing with the anticipated claims, outside the judicial system: in short, an ADR center dedicated to resolution of claims arising out of the nuclear meltdown.

Given the unprecedented scope of the impact from the Fukushima meltdown and widespread recognition of the need for an efficient dispute resolution system, the process for planning and implementation moved rapidly. On May 31, 2011, somewhat over two and a half months after the disaster, then-Chief Cabinet Secretary Edano Yukio (who is himself a lawyer) noted the need for a dispute resolution mechanism and requested the relevant bodies to consider the proper scheme. Just over three weeks later, on June 23, it was formally announced that a mediation committee, with numerous mediation panels, would be established to handle claims resulting from the meltdown.

From the outset, the Japanese bar played a central role in the planning process. During the early discussions, the bar reportedly pushed for one or more “independent” ADR centers, with the term “independent” signifying that the centers would lie under the auspices of local bar associations, rather than a governmental body. That approach was quickly dropped. One reason reportedly was the desire to ensure uniformity in outcomes, and the concern that having separate ADR

18) See Imai Akira, *Genpatsu saigai hinansha no jittai chōsa (3ji)* [Survey of Circumstances for Those Taking Refuge from the Nuclear Disaster (3rd survey)], 402 JICHI SŌKEN 24, 25 (April 2012).

bodies in each prefecture would make it difficult to do so. Another reason was political feasibility. Such an approach would have required new legislation; but at the time control of the Upper House and Lower House of the Japanese Diet was split, and legislative gridlock might well have resulted.

Instead, an approach was adopted that did not require new legislation. Under the Act relating to Compensation for Nuclear Power-Related Damages, enacted in 1961,¹⁹⁾ the statutory basis for establishing an ADR center already existed. Pursuant to that Act, for each damage-causing nuclear power incident, a Nuclear Power-Related Damage Compensation Dispute Investigation Council is to be established, under the aegis of what is now the Ministry of Education, Sports, Science and Technology (MEXT). The Act further stipulates that the relevant Dispute Investigation Council has authority to promulgate compensation guidelines and conduct dispute mediation.²⁰⁾ This provision had been used on only one prior occasion, the Tokaimura Nuclear Accident in 1999, which involved an accident in a uranium reprocessing facility in Ibaraki Prefecture (northeast of Tokyo). In that accident, two workers died and it has been estimated that over six hundred workers and nearby residents were exposed to excessive radiation.²¹⁾ The accident resulted in direct negotiations for damages and several lawsuits, but only two mediation cases under the authority of

the Dispute Investigation Council. Still, the Act and the Tokaimura accident provided clear statutory authority and precedent for establishing a dispute resolution mechanism, and that approach was chosen for the Fukushima disaster.

By early July 2011, concrete planning had begun; and a budget appropriation on July 25 included ¥1 billion earmarked for the ADR center. In August, representatives from MEXT, the judiciary, the Ministry of Justice (MOJ), and the Japan Federation of Bar Associations (JFBA), among others, consulted on the concrete plans for the ADR Center. The bar reportedly played the leading role in the planning process, with Suzuki Isomi, a lawyer who earned an LL.M. at UC Berkeley, providing the inspiration for what turned out to be the key model. That model was based on Suzuki's experiences as a commissioner for the United Nations Compensation Commission, which was responsible for handling claims related to Iraq's 1990 invasion of Kuwait.²²⁾ On September 1, 2011, less than six months after the disaster and just three months after Edano had issued the call for discussions, the ADR Center commenced operations and began accepting filings.

II. Overview of the ADR Center's Structure and Procedures²³⁾

In terms of formal status, the ADR Center is a subsidiary body under the Nuclear Pow-

19) Genshiryoku songai no baishō ni kansuru hōritsu [Act on Compensation for Nuclear Damage], Act No. 147 of 1961.

20) *Id.*, art. 18.

21) *See, e.g.*, WISE Uranium Project, Criticality accident at Tokai nuclear fuel plant (Japan) (last updated 14 Dec 2010), available at <http://www.wise-uranium.org/eftokc.html>, visited September 8, 2017.

22) *See, e.g.*, Shimin kaigi [Citizens' Council], Nihon bengoshi rengōkai [Japan Federation of Bar Associations], Minutes of 31st Session (Sept. 8, 2011), available at http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/judicial_reform/shiminkaigi/data/shiminkaigi31.pdf, visited September 8, 2017. Information regarding the United Nations Compensation Commission is available at that Commission's Website, <http://www.uncc.ch>, visited September 8, 2017.

23) For an overview of the ADR Center by the initial Deputy Chief of the Secretariat, see Naoki Idei, *The Nuclear Damage Claim Dispute Resolution Center*, JCAA NEWSLETTER, No. 28, Sept. 2012, at 1.

er-Related Damage Compensation Dispute Investigation Council (Investigation Council) established for the Fukushima Daiichi incident, which in turn lies under the auspices of MEXT. A three-member Steering Committee (*sōkatsu iinkai*), initially comprised of a lawyer and former judge as chair (Ōtani Yoshio), a lawyer (Suzuki), and an academic with expertise in civil procedure and dispute resolution (Yamamoto Kazuhiko), oversees the Center's operations. The Steering Committee's responsibilities include setting procedural standards – and, since February 2012, substantive standards – and selecting mediators for specific cases. A Secretariat, the Settlement Mediation Coordination Office (*wakai chūkai shitsu*), with a seconded judge (initially Noyama Hiroshi) as Chief and a lawyer (initially Idei Naoki) and MEXT official as Deputy Chiefs, assisted by an administrative staff that started at somewhat over 30 members and subsequently rose to over one hundred fifty,²⁴⁾ handle the day-to-day operations. Initially, the Center operated from a head office in Tokyo and a single branch office in Fukushima Prefecture. In response to rising caseload and concerns over access, a second office in Tokyo and four additional branch offices in Fukushima Prefecture were established, with the Fukushima branch offices commencing operations from July 2012.

The Center's sole mission is to conduct mediations for nuclear damage compensation

claims arising from the Fukushima Daiichi incident. To conduct the mediations, the Center utilizes a staff of registered mediators, all of whom are experienced lawyers serving on a part-time basis. In the early stages, the Center had about 130 registered mediators. In response to growing needs, the roster of registered mediators was expanded, reaching somewhat over 200 mediators by the end of 2012 and over 280 by the end of 2014.²⁵⁾ Initially, the mediators sat in three-member panels. As the caseload grew and as standards became more settled, the Center increasingly shifted to use of sole mediators or, on occasion, two-member panels.

To assist the mediators, the Center employs a group of investigative staff members (*chōsakan*). Most of the investigative staff members are registered lawyers (primarily younger lawyers with considerably less experience than the mediators); some are qualified to become lawyers but are not registered with a local bar association.²⁶⁾ The investigative staff members also work on a part-time basis; but I have been told that, in reality, by mid-2012 their duties entailed full-time work (and often more). To meet the needs for investigation (discussed further below), and to reduce the burden on the existing staff, the Center undertook a campaign to recruit more investigative staff members. The expansion in the number of investigative staff members was even more dramatic than the rise in the number of mediators. As of December 2011,

24) The number of administrative staff increased greatly as operations of the Center expanded, rising from 34 in December 2011 to 112 in December 2012 and to 161 by December 2014, of whom 28 were located in the branch offices. Thereafter, the number dropped slightly, to 151 as of December 2016. *See* Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā [ADR Center], Katsudō jōkyō hōkokusho – Heisei 28nen ni okeru jōkyō ni tsuite (gaikyō hōkoku to sōkatsu) [Report on Circumstances of Operations – Regarding Circumstances in 2016 (Report on General Situation and Summary)], March 2017, at 3, *available at* http://www.mext.go.jp/component/a_menu/science/detail/_icsFiles/fieldfile/2017/09/05/1374251_01.pdf, visited September 8, 2017.

25) *See id.* (283 mediators as of December 2014, dropping slightly to 278 as of December 2016).

26) *See id.* (note below chart). For discussions of the role of the investigative staff members, see Yamamura Kōichi, “[Monbukagakushō]” ([MEXT]), in Okamoto Tadashi, rep. ed., *KŌMUIN BENGOSHI NO SUBETE* [All about Government Lawyers] 91 (LexisNexis Japan, 2016); OKAMOTO TADASHI, SAIGAI FUKKŌ HŌGAKU [An Encouragement of Disaster Recovery and Revitalization Law] 207-211 (Keiō Gijuku Daigaku Shuppankai, 2014).

there were fewer than 30; by December 2012 the number had more than tripled, to 91; and by December 2013 the number had more than doubled yet again, to 193.²⁷⁾

On paper, the claim procedure is quite straightforward.²⁸⁾ The Center prepared rather simple claim forms (for individual and business use, respectively), which initially were available at any of the Center's offices, at various public bodies, and over the Internet, and which now is also sent by mail upon request. After filling out the form, the claimant submits it, together with required documentation, to the Center. Initially, claims were to be submitted to the Center's head office in Tokyo. Later, the Center began to accept submissions at its branch offices, as well. Notably, while the claim forms are available over the Internet, the forms and documentation must be submitted in hard copy, either in person or by mail. After a claim is submitted, Center staff members review it; if insufficiencies are discovered in the claim form itself, they may request further revisions before accepting the filing. (Insufficiencies in documentation may necessitate supplementation at the review stage, but do not prevent acceptance of the filing.)

After the filing has been accepted, the next formal step in the process is mediation, con-

ducted either by a mediation panel or sole mediator. In practice, however, an important intermediate step is investigation of the facts by an investigative staff member. For a considerable number of cases, that investigation entails additional research, at times necessitating visits to meet with the claimant, site visits, or searches for relevant documentation. The need for investigation has been exacerbated by the relatively low level of claimants with legal representation. As discussed in more detail later, for the first several months after the Center began operations, claimants in over 80% of the claims were self-represented. Although the level of representation has risen since then, even thereafter a majority of the claims have been filed on a self-represented basis.

For each case, the mediator or mediation panel conducts one or more hearings. In addition to conducting mediation sessions in Tokyo and at the branch offices, the Center has utilized conference calls. As of my visit to the Center's head office in May 2012, claimants in distant locations participated in the conference calls by telephone; thereafter, the Center introduced videoconference facilities, enabling the claimants not only to hear but to see the other participants.

The ADR Center procedure calls for the

27) See ADR Center, *supra* note 24, at 3 (thereafter, the number dropped slightly, to 189 as of December 2015 and 184 as of December 2016). See also NIHON BENGOSHI RENGŌKAI [JAPAN FEDERATION OF BAR ASSOCIATIONS], CHŪSAI ADR TŌKEI NENPŌ (ZENKOKUBAN), 2012NENDO (HEISEI 24NENDO) BAN [ANNUAL STATISTICAL REPORT ON ADR (NATIONAL EDITION), 2012 EDITION], at 49 (Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā ni okeru mōshitatekensū no kekka tō, taisei no genjō [Results of the number of cases filed with the Nuclear Power-Related Damage Claim Resolution Center, etc., and circumstances of its structure]). In mid-2012 I was told that, in part due to the very heavy workload, the Center found it difficult to attract sufficient numbers of qualified candidates. Given the need for investigative staff, though, the Center undertook efforts to recruit more. See Suzuki Isomi & Ono Yasuhito, *Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā no mōshitate gaikyō to shinri no kadai* [The Circumstances of Claims at the Nuclear Power-Related Damage Claim Resolution Center and Issues for Hearings], NIBEN FRONTIER, Oct. 2012, at 24, 26; OKAMOTO, *supra* note 26, at 209-211. Evidently reflecting in part the efforts to achieve a more manageable workload by recruiting more investigative staff members, presumably coupled with the tight job market for young Japanese lawyers, the Center was able to steadily increase the number of investigative staff thereafter.

28) A summary of the procedures is set forth in Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā [ADR Center] [Nuclear Power-Related Damage Claim Resolution Center], Wakai no chūkai rifuretto [Leaflet regarding Mediation of Settlements], available at http://www.mext.go.jp/component/a_menu/science/detail/_icsFiles/afiedfile/2016/04/05/1329118_001_02.pdf, visited September 8, 2017.

mediator or panel to make a settlement proposal. As the initial Deputy Secretariat Chief Idei explained, “the mediation proceedings tend to be like a mini-arbitration aiming at giving the mediator’s non-binding ruling, rather than mediation seeking compromise and agreement among the parties.”²⁹⁾ The proposal is voluntary, not binding; but TEPCO pledged that it would comply with settlement proposals made by the Center.³⁰⁾ If both sides accept the proposal, in whole or in part, TEPCO will make a payment of the amount agreed upon. If either side rejects the proposal, in whole or in part, the claimant may make a second effort at mediation through the Center or may pursue civil litigation in the courts. Direct negotiation with TEPCO represents a third option. In another notable feature, settlements achieved through Center mediation are not exclusive; claimants may pursue litigation, negotiations, or even additional mediation proceedings at the Center, for additional claims.

While the parties are responsible for the costs of consulting lawyers or other advisors, copying materials, and the like, the Center’s mediation services are free. Two other procedural aspects bear note.

First, under the original framework, the running of the statute of limitations was not suspended during processing of claims by

the Center. Under the Civil Code, the standard statute of limitations for tortious acts is three years from the time when the victim comes to know of the damages and the identity of the tortfeasor or twenty years from the time of the tortious act.³¹⁾ Given the latency period, great questions surrounded the date on which victims should be deemed to know of health damages from radiation exposure; and, even for property damage, relocation expenses, loss of employment, emotional pain and suffering and other elements of damages, there was some debate over the precise date on which victims should be deemed to have known of the damages and the identity of the tortfeasor. Still, given the standard three-year statute of limitations, there were fears the Japanese courts would be overwhelmed by a flood of new claims in advance of March 11, 2014, the three-year anniversary of the disaster.

To assuage these concerns and provide victims more time to file claims, in 2013 the Diet enacted two special exception laws relating to the statute of limitations. The first of these measures, the Special Exceptions Act relating to Suspending the Statute of Limitations,³²⁾ was aimed at claimants who had filed claims with the ADR Center. That Act provided that, in the event the proceedings before the ADR Center were terminated, if

29) See Idei, *supra* note 23, at 2.

30) See *id.* at 1. TEPCO has not always honored this pledge, as then-Secretariat Chief Noyama pointed out in testimony before the Investigation Council, see Genshiryoku songai baishō funsō shinsakai [Investigation Council], Minutes of 27th Meeting, Aug. 3, 2012, available at http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chousa/kaihatu/016/gijiroku/1324790.htm, visited September 8, 2017, and as the Steering Committee has highlighted through the Center’s Website, with concrete details from five problem cases, see Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā [ADR Center], Tōkyō denryoku kabushiki kaisha no taiō ni mondai no aru jirei no kōhyō ni tsuite [Regarding the Public Disclosure of Cases in which There Have Been Problems with Tokyo Electric Power Company’s Handling] [Public Disclosure of Problem Cases], available at http://www.mext.go.jp/a_menu/genshi_baisho/jiko_baisho/detail/1329350.htm, visited September 8, 2017.

31) MINPŌ [Civil Code], Act No. 89 of 1896, art. 724.

32) Higashi Nihon daishinsai ni kakaru genshiryoku songai baishō funsō ni tsuite no genshiryoku songai baishō shinsakai ni yoru wakai chūkai tetsuzuki no riyō ni kakawaru jikō no chūdan no tokurei ni kansuru hōritsu [Act relating to Special Exceptions for Suspension of the Statute of Limitations with respect to Utilization of Mediation Procedures by the Nuclear Power-Related Damage Investigation Council, in connection with the East Japan Disaster], Act No. 32 of 2013.

the claimant filed a lawsuit relating to the same claim within one month after receiving notification of the termination of the ADR proceedings, the date the original claim was filed with the ADR Center would be deemed to be the date of commencement for the lawsuit. The second measure, the Special Exceptions Act relating to the Statute of Limitations for Nuclear Power-Related Claims,³³⁾ extended more broadly to all victims, regardless of whether they had filed claims with the ADR Center. For claims related to the Fukushima nuclear power plant incident, that Act extended the standard statute of limitations from three to ten years from the date on which the victim came to know of the damages and identity of the tortfeasor, and further amended the alternative approach, “twenty years from the time *of the tortious act*,” to “twenty years from the time *on which the damage occurred*.”³⁴⁾

A second noteworthy procedural aspect is that, in principle, the process is confidential. If the mediator(s) and the parties agree, however, proceedings may be opened to the public.³⁵⁾ More significantly, even without the consent of the parties, if the Steering Com-

mittee deems appropriate, a summary of the results may be disclosed once a case has been closed.³⁶⁾

In August 2011, before the ADR Center commenced operations, the Investigation Council issued a set of Interim Guidelines regarding compensation.³⁷⁾ Those Interim Guidelines extended to over sixty pages. While the details are omitted here, one especially noteworthy guideline related to emotional pain and suffering. According to the guidelines, those who had evacuated and were taking refuge pursuant to official instructions were entitled to payments, for emotional pain and suffering, of ¥100,000 per month for the first six months after the accident (or ¥120,000 per month for those forced to live in gymnasiums, etc.), with the payments cut to ¥50,000 for the subsequent six months (months seven through twelve after the accident). The guidelines left many other issues unresolved, including the proper amount of compensation for those who relocated on their own volition. However, the guidelines contained the express stipulation that failure to list an item did not necessarily mean it would be excluded from compensa-

33) The rather unwieldy full title of the Act is: Higashi Nihon daishinsai ni okeru genshiryoku hatsudensho no jiko ni yori shōjita genshiryoku songai ni kakawaru sōki katsu kakujitsu na baishō wo jitsugen suru tame no sochi oyobi tōgai genshiryoku songai ni kakawaru baishō seikyū no shōmetsu jikōtō no tokurei ni kansuru hōritsu [Special Exceptions Act for Measures to Ensure Prompt and Effective Damages with respect to Nuclear Power-Related Damages Arising from the Nuclear Power Plant Accident in the East Japan Disaster and the Statute of Limitations for Exercise of Damage Claims in connection with Said Nuclear Power-Related Damages, etc.], Act No. 97 of 2013.

34) Emphasis added.

35) Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā [ADR Center], Wakai chūkai gyōmu kitei [Nuclear Power-Related Damage Claim Resolution Center Operating Regulations] (Aug. 26, 2011, as last revised March 28, 2012), art. 30, para. 1, *available at* http://www.mext.go.jp/a_menu/genshi_baisho/jiko_baisho/detail/1329128.htm, visited September 8, 2017.

36) *Id.*, para. 2. Pursuant to this provision, the Steering Committee must ask the views of the mediator(s) and parties prior to disclosing the summary of results, but their consent is not required.

37) Genshiryoku songai baishō funsō shinsakai [Nuclear Power-Related Damage Claim Investigation Council] [Investigation Council], Tōkyō denryoku kabushiki kaisha Fukushima daiichi, daini genshiryoku hatsudensho jiko ni yoru genshiryoku songai no han'i no hanteitō ni kansuru chūkan shishin [Interim Guidelines regarding Assessment of the Scope of Nuclear Power-Related Damage Arising from the Accident at the Fukushima Daiichi and Daini Nuclear Power Plants of Tokyo Electric Power Company and Other Matters], Aug. 5, 2011, *available at* http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chousa/kaihatu/016/houkoku/1309452.htm, visited September 8, 2017. The Interim Guidelines have been supplemented on four occasions, in December 2011, March 2012, and January and December 2013. See OKAMOTO, *supra* note 26, at 208-209.

tion.

III. Trends in Caseload and Processing

At the start, the number of claims filed was considerably below initial projections, with only 261 claims in total filed during the first three months.³⁸⁾ Thereafter the number of claims began to rise. After reaching 355 new claims in the month of February 2012, the monthly numbers through the end of 2015 ranged between a low of 240 to a high of 549. For the period from 2012 through 2015, the annual totals were 4,542 in 2012, 4,091 in 2013, 5,217 in 2014, and 4,239 in 2015.³⁹⁾ Although the pace slowed in 2016, by the end of 2016 a total of 21,404 claims had been filed with the Center.⁴⁰⁾ Estimates of the number of potential claims also rose dramatically, however. In testimony before the Investigation Council in February 2012, then-Secretariat Chief Noyama estimated that, including potential claims by those who had voluntarily relocated, there might be as many as 1.5 million potential cases for compensation. Of those, he opined, tens of thousands, and per-

haps over 100,000 cases, were likely to involve disputes (*funsosei no aru anken*).⁴¹⁾

Based on data through the end of 2016, 77.9% of the claims have been from individuals and 22.1% from business enterprises.⁴²⁾ According to detailed breakdowns of the 5063 claims filed through the end of 2012, damages for emotional suffering were included in nearly 53% of all claims, costs for relocating and taking refuge in over 47%, damage to business in over 34%, loss of employment in 23%, and loss of property value in 17.5%.⁴³⁾ (As these percentages reflect, many claims included multiple grounds for damages.) While the respective percentages have declined somewhat, those five categories remained the top five, in the same order, in years 2013 through 2015, with damages for emotional suffering included in over 40% of the claims in each subsequent year.⁴⁴⁾ Many of the so-called individual claims include multiple family members or claimants. After December 2011, the ADR also began receiving more and more collective claims, covering industry groups, for example, or neighborhood groups with numerous households from the same area.⁴⁵⁾

38) See Idei, *supra* note 23, at 3.

39) See ADR Center, *supra* note 24, at 4.

40) See *id.*

41) See Genshiryoku songai baishō funsō shinsakai [Investigation Council], Minutes of 23rd Meeting, Feb. 17, 2012, available at http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chousa/kaihatu/016/gijiroku/1317307.htm, visited December 11, 2016.

42) See ADR Center, *supra* note 24, at 4 (between 2011 and 2016, the annual percentage of claims filed by business enterprises ranged from a low of 19.3% to a high of 25.1%).

43) See Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā [ADR Center], Katsudō jōkyō hōkokusho – Heisei 24nen ni okeru jōkyō ni tsuite – (gaikyō hōkoku to sōkatsu) [Report on Circumstances of Operations – Regarding Circumstances in 2012 – (General Circumstances and Summary)], Feb. 2013, at 11, available at http://www.mext.go.jp/component/a_menu/science/detail/_icsFiles/fieldfile/2017/03/17/1374250_08.pdf, visited September 8, 2017.

44) See ADR Center, *supra* note 24, at 10. In 2016, for the first time, the percentage of claims seeking damages for emotional suffering dropped below 40%, to 37.5%; and that category was displaced at the top by claims for damage to business, included in 37.8%, *id.*

45) According to the website for a leading team of lawyers representing claimants in nuclear power-related cases, as of January 2015, the team had filed 547 separate claims with the ADR Center and was preparing 59 more, on behalf of a total of 1,367 persons and 91 business enterprises, and 43 additional collective claims, on behalf of a total of 5,936 persons and 16 business enterprises, as well as two lawsuits on behalf of a total of 70 persons. See Gensatsu hisaisha bengodan [Team of Lawyers for Nuclear Power Victims], [Oshirase] Tōbengodan no junin kensū tō

One other aspect of the claims deserves special note: the high level of self-represented claimants.⁴⁶⁾ This pattern was especially pronounced in the early days of the ADR Center. For claims filed prior to February 2012, over 81% were self-represented.⁴⁷⁾ Thereafter, the level of representation by lawyers steadily increased, reaching 33% in 2012 and 2013, 39.3% in 2014, 41.1% in 2015, and 43.2% in 2016.⁴⁸⁾ It bears note, moreover, that self-representation has been most common for claims involving single claimants, with the level of representation higher for claims involving multiple claimants. When viewed in terms of number of claimants, rather than number of claims, the level of representation stood at 49% for 2012 and 81% for 2013.⁴⁹⁾

We next turn to statistics on the processing of claims. When the ADR Center was established, it was announced that the anticipated time required for resolution would be three months from the date of filing. Initially, the processing was considerably slower than that estimate. By the end of December 2011, mediation panels had held discussions regarding all 118 cases filed in September and October, but oral hearings had been held for only thirty-eight cases, and only six cases

had been completed (of which only two were settled, with the other four withdrawn). By the end of January 2012 only eight more cases had been completed (of which only two were settled, with the other six either withdrawn or discontinued).⁵⁰⁾

As with the number of claims, here too the pattern changed. By March 2012, the number of claims completed had begun to rise, with forty-nine cases completed that month and ninety-one in April. From May 2012 on, well over one hundred claims were closed each month,⁵¹⁾ and the number continued to rise thereafter, reaching over 300 closed cases per month by early 2013.⁵²⁾ Despite this increase in the pace of processing, as the number of new claims shot up, the backlog of cases initially rose. By December 2012, the Center faced a backlog of over 3,200 claims.⁵³⁾ That said, as the pace of processing rose, the rate of widening in the gap between new claims and completed claims gradually eased; and by early 2013, in some months the number of closed cases began to exceed the number of newly filed cases. By the end of 2015, the backlog was down to 2,746 cases;⁵⁴⁾ and in 2016 the pace of processing continued to exceed the number of

ni tsuite (Heisei 27nen 1gatsu 22nichi genzai) [[Notice] Regarding the number of cases being handled by this team of lawyers, etc. (as of Jan. 22, 2015)], *available at* <http://ghb-law.net/?p=593>, visited September 8, 2017.

46) See Suzuki & Ono, *supra* note 27, at 24, 25. For claims up to ¥1.4 million, representation by shihō shoshi is also permitted, but lawyers reportedly have handled almost all of the representation to date.

47) *Id.*

48) See ADR Center, *supra* note 24, at 4.

49) See Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā [ADR Center], Katsudō jōkyō hōkokusho – Heisei 25nen ni okeru jōkyō ni tsuite (gaikyō hōkoku to sōkatsu) [Report on Circumstances of Operations – Regarding Circumstances in 2013 (Report on General Situation and Summary)], February 2014, at 3, *available at* http://www.mext.go.jp/component/a_menu/science/detail/_icsFiles/afieldfile/2017/03/17/1374250_06.pdf, visited September 8, 2017 (comparable statistics not included in the annual reports for 2014 and thereafter).

50) See Suzuki & Ono, *supra* note 27, at 25.

51) *Id.*

52) Suzuki Isomi, Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā no katsudō jōkyō – Zenkai (sakunen9gatsu) hōkoku wo fumaete no genjō to kadai – [Circumstances of Operations of the Nuclear Power-Related Damage Claim Resolution Center – Current Circumstances and Issues, with Reference to the Prior Report (of Sept. 2012) –], PowerPoint presentation presented at the Annual Meeting of the Japanese Association for Sociology of Law, May 11, 2013.

53) See ADR Center, *supra* note 24, at 12.

54) See *id.*

new claims, with the number of pending cases down to 2,137 by the end of 2016.⁵⁵⁾ Through 2016, the average time for resolution continued to be about six months.⁵⁶⁾

In another notable development, of the closed cases, the percentage of claims that have been settled fully has continued to rise. Through April 2012, of the closed cases, the number of cases withdrawn or discontinued was considerably higher than the number settled; in May 2012, the number of settled cases exceeded the number withdrawn or discontinued, but just barely: 64 to 63. Since then, however, the proportion of fully settled cases has risen substantially. Of the 1558 claims concluded between June and December 2012, over 65% were settled fully;⁵⁷⁾ and of the more than 17,750 claims closed between the start of 2013 and the end of 2016, over 83% were settled fully.⁵⁸⁾

IV. Challenges

As the above summary reflects, the ADR Center has faced numerous challenges. One set of concerns related to the low level of claims submitted during the Center's first several months. Numerous reasons have been suggested for the initial low utilization. These include lack of knowledge regarding mediation and the Center; burdensome claim requirements; lack of access to required documentation; the location of the hearing panels (which, initially, were limited to Tokyo or one branch office in Fukushima Prefecture); concern that, notwithstanding the announced target of a three-month resolution period, the

mediation process would be time consuming and subject to delays; and lack of access to advice (as reflected in the high level of self-representation, especially during the early months).

Another set of reasons suggested for the low utilization relates to concern over the prospects. As mentioned earlier, the Center is situated as a subsidiary body under the Investigation Council. There was widespread anger at how low some of the standards for compensation were in the Interim Guidelines announced by that Council, and it was widely assumed the Center would simply follow those standards in its settlement proposals. One focus for anger was the standard for damages for emotional suffering of evacuees. Many regarded the figure of ¥100,000 or ¥120,000 per month for the first six months for those who had been instructed to evacuate as too low even as a starting point, with some teams of lawyers reportedly demanding that the base should be ¥350,000 per month⁵⁹⁾; and evacuees were especially upset at the stipulation that the damages for emotional suffering would be cut to ¥50,000 per month after the first six months and that those who had taken refuge on their own volition were not included. Although the Interim Guidelines contained the stipulation that failure to list an item did not necessarily mean it would be excluded from compensation, TEPCO representatives reportedly took a very hard line, arguing forcefully that any items not specifically identified in the guidelines were outside the scope of compensation, and insisting on very narrow interpreta-

55) *See id.*

56) *See id.* at 14. This is about the same level as in 2013. *See* testimony of then-Secretariat Chief Noyama, Investigation Council, Minutes of 36th Meeting, Oct. 25, 2013, *available at* http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chousa/kaihatu/016/gijiroku/1341578.htm, visited September 8, 2017.

57) Percentage calculated from figures reported in Suzuki, *supra* note 52.

58) Percentage calculated from figures contained in ADR Center, *supra* note 24, at 12.

59) *See* testimony of then-Secretariat Chief Noyama, Investigation Council, Minutes of 23rd Meeting, Feb. 17, 2012, *supra* note 41.

tions even of items that were expressly included. Furthermore, when potential claimants contacted TEPCO, TEPCO representatives reportedly painted a very pessimistic picture of prospects for mediation by the ADR Center. For all of these reasons, many potential claimants evidently felt mediation through the Center was unlikely to yield acceptable settlements.

The slow resolution of claims, especially during the first half-year of the Center's existence, constituted another concern. In testimony before the Investigation Council in February 2012, the Chief of the ADR Center Secretariat discussed in considerable detail various factors that had led to the slow processing,⁶⁰⁾ and in later writings and interviews Center officials highlighted other relevant factors.⁶¹⁾ For the first few months, one factor was simply inevitable startup delays. Another factor was the difficulty in coordinating schedules of parties, representatives (if involved), mediators and investigators. While coordination of schedules undoubtedly continues to be an issue, it was even more difficult in the early months, when all mediations were handled by three-member panels.

Another aspect of coordination was at least equally time-consuming: coordination of results. Arguably, one of the benefits of mediation is the flexibility to adjust awards depending on the individual circumstances of each case. The Center was deeply concerned, however, that if similarly situated claimants received different awards, it would lead to dissatisfaction and might make it more difficult to achieve settlements in the future. Accordingly, the Center was acutely conscious of the likely precedential impact of settlements. One reason for utilizing three-member panels during the first few months was to

help ensure attention to all relevant considerations. Even with the three-member panels, though, the Center undertook careful review and coordination of settlement proposals across panels. Indeed, this coordination continued beyond the initial period. At a meeting in late July 2012, mediators reported that ensuring consistency in mediation results remained an important concern, one that frequently entailed considerable research by staff members into whether other mediators had faced similar issues and, if so, how they had resolved them. That task, they noted, was made more challenging by the fact that, at least as of that time, the ADR Center's files were maintained in paper format only, not digital.⁶²⁾

Insufficient information and documentation posed another set of difficulties for processing claims. In an effort to reduce the burden on potential claimants, soon after the ADR Center commenced operations it introduced the option of using simplified claim forms. Many of the claim forms submitted contained only cursory information, though, with little or no supporting documentation. This pattern was exacerbated by the high percentage of self-represented claimants. In many cases, the lack of sufficient information necessitated extensive investigation of the facts by investigative staff members of the Center.

The impact of the relatively limited amount of information and documentation available may have been especially great given the setting. One of the Center Commissioners observed to me that the mediators, all of whom are experienced lawyers, are deeply accustomed to Japanese civil litigation procedure, which often entails multiple hearings over several months, with the court at times ex-

60) *Id.*

61) *See, e.g.,* Suzuki & Ono, *supra* note 27; Idei, *supra* note 23.

62) Discussions at Jissen hōkyōiku kenkyūkai [Study Group on Practical Legal Education], Sophia University, Tokyo, July 26, 2012.

aming even rather minute factual details unlikely to affect the ultimate outcome of the case. Given their background, he commented, many mediators felt the urge to explore the facts in great detail and were reluctant to streamline the fact finding process.⁶³⁾

The high level of self-representation – and, conversely, the low level of represented claimants – relates to several factors. Presumably, lack of familiarity with lawyers and the services they provide is one factor. Some observers would also cite a cultural predisposition to avoid lawyers, with such assertions frequently accompanied by claims that the resistance to getting involved with lawyers is especially great in the Tohoku region (where the disaster was centered) and other rural areas. Access is another major issue. As of March 2014, Japan had slightly over 35,000 lawyers in total (for a nation of 128 million people).⁶⁴⁾ Of that total, only 176 lawyers were registered in all of Fukushima Prefecture (which, as of 2010, prior to the disaster, had a total population of over 2 million).⁶⁵⁾ As a formal matter, lawyers from outside Fukushima Prefecture are permitted to practice in that prefecture and to represent clients located there; and the largest team of lawyers representing claimants against TEPCO is centered in Tokyo and comprised of some three hundred lawyers from the Tokyo area.⁶⁶⁾ Nevertheless, quite apart from the distance and other logistical matters, unwritten norms

of comity and deference to the local bar reportedly pose barriers to representation of claimants by lawyers from outside the prefecture.

Another factor influencing representation levels is the willingness and ability of the claimants to pay for legal representation. Many lawyers, with the encouragement of the JFBA, have provided free or low-cost consultations to victims of the disaster. Understandably, though, lawyers typically do not view it as their responsibility to take on representation of claimants in litigation or the ADR Center proceedings for free. Japan does not have an established tradition of contingent fee litigation, however, and resistance to contingent fee arrangements remains strong among lawyers and, reportedly, potential clients as well.⁶⁷⁾ One vehicle that might have enabled claimants without substantial financial resources to cover the costs of representation is a civil legal aid system administered by the Japan Legal Support Center. For those meeting the eligibility requirements, in addition to free legal consultations that Center (known in Japanese as *Hō terasu*) provides interest-free loans to cover lawyers' fees and other costs of representation. By virtue of having received relief payments from the government, though, most victims of the disaster would have been unable to satisfy the eligibility requirements; and many of those who evacuated after the nuclear meltdown

63) Interview with Yamamoto Kazuhiko, ADR Center Commissioner, May 28, 2012.

64) See NIHON BENGOSHI RENGŌKAI [Japan Federation of Bar Associations], BENGOSHI HAKUSHO 2015NENBAN [White Paper on Lawyers, 2015 edition], 42.

65) Numbers calculated from list of registered lawyers maintained by the Bar Association for Fukushima Prefecture, available at <http://www.f-bengoshikai.com/guide/580.html>, visited April 6, 2014.

66) See Maruyama Teruhisa, *Mōshitate dairinin kara mita genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā no genjō to tenbō* [The Current Situation and Prospects for the Nuclear Power-Related Damage Compensation Dispute Resolution Center, as Viewed by a Representative of Claims], *JİYŪ TO SEIGI*, vol. 63, no. 7, July 2012, at 68, 69.

67) A member of the leading team of lawyers representing claimants told me of the following episode, which reflects the difficulty of trying to achieve acceptance of the contingent fee approach. In one proceeding before the Center, the claimants had agreed to pay the team of lawyers 5% of the amount of compensation determined through the mediation. However, after the Steering Committee issued a General Standard calling for TEPCO to pay 3%, in addition to the compensation amount, for lawyers' fees (discussed in text at notes 70-71 *infra*), the claimants balked at paying a further 2%.

had assets that they left behind, even though they could not make use of those assets. Furthermore, victims who had lost family members, homes and livelihoods found it offensive to have to answer questions such as “How many members are there in your family?” and “What is your income?”⁶⁸⁾ So, during the early stages after the ADR Center commenced operations, this legal aid system went largely unused.

Among the many other factors that slowed the processing of claims, one bears special mention: TEPCO’s attitude. Those involved with the Center cite numerous examples of resistance and delaying tactics by TEPCO and its representatives. These include resistance to compensating for items not clearly specified in the Interim Guidelines (such as compensation for lost value of property, damage to tourism outside the area or time period specified in the Guidelines, compensation for movables or real property, etc.); resistance to accepting any increase in the compensation amounts set forth in the Guidelines; steadfast insistence on their own narrow interpretation of ambiguities in the Guidelines; and deferring responses to factual or legal assertions of the claimants.

V. Achievements

Despite all the challenges, the number of claims has been climbing steadily, the pace of processing has improved greatly, and, by the end of 2016, the Center had fully resolved nearly 16,000 claims. What happened?

For both the number of claims and speed of processing, part of the explanation lies in the cumulative impact of several seemingly modest developments and refinements. In part as a result of outreach efforts, knowledge and understanding of the Center and its

services increased. The streamlined claim form facilitated filing of claims; and while that may have had the effect of imposing added burdens on the Center’s investigative staff members, the availability of their assistance made it easier to bring claims. Establishing branch offices made access easier. (That said, the four additional branch offices in Fukushima Prefecture did not open until July 2012, so they played no role in the earlier increase in claims.) And, presumably, the increase in the number of claims successfully settled helped foster awareness of the potential for resolving cases through Center mediation.

In terms of efficiency in processing cases, one important factor is simply the accumulation of experience by the Center’s administrative staff, the mediators, and the investigative staff members. Procedural steps to improve efficiency included early coordination of schedules and the use of conference calls and videoconferencing, which enabled claimants to participate in hearings from distant locations and, conversely, allowed mediators to hold hearings without having to travel long distances. The opening of the branch offices in Fukushima Prefecture also helped ease the distance factor. The utilization of sole mediators, rather than three-member panels, naturally increased the Center’s capacity to process cases. Moreover, while there are still exceptions, in most cases only a single hearing is now held, rather than multiple sessions.

As one strategy to avoid drawn out series of hearings, the Center has promoted the use of partial settlements and interim payments. Moreover, as discussed in Part VI below, a major factor enabling the shift to processing in a single hearing, as well as the shift to sole mediators, lies in standard setting by the

68) See Michi Ayumi, *Minji hōritsu enjo no genjō to kadai* [The Current Situation of and Challenges for Civil Legal Aid], NIBEN FRONTIER, Nov. 2012, at 28, 31.

Center. Another factor enabling the expedited hearings, however, appears to be a shift in mediator mindset, away from the urge to explore all facts and toward a greater willingness to dispense with detailed fact finding. In testimony before the Investigation Council in August 2012, then-Secretariat Chief Noyama highlighted this shift, stating: "In a word, simplification of hearings amounts to ... quickly finding a rough estimate of about the amount of damages that would be awarded in the event of a court judgment, and quickly proposing that amount. The mindset of rapidly making a rough estimate, without getting caught up trying to find out details that aren't needed for the rough estimate, that's what simplification of hearings is."⁶⁹⁾

It goes without saying that the doubling in the number of mediators, from about one hundred thirty to about two hundred eighty, and the even more dramatic rise in the number of investigative staff members, from under thirty to nearly two hundred, greatly raised the Center's capacity to process claims. The very heavy burdens placed on administrative staff members were eased in another important way, as well: the increase in the percentage of claimants represented by lawyers. In this connection, two developments bear especial note. In mid-March 2012, the ADR Center promulgated a General Standard⁷⁰⁾ pursuant to which TEPCO is responsible for paying lawyers' fees in addition to the compensation amount, with the standard for the lawyers' fees in the typical case being 3% of the compensation amount.⁷¹⁾ Later that same month, the Diet passed the Spe-

cial Act for Support for Victims of the East Japan Disaster,⁷²⁾ which exempts victims of the disaster from having to establish that they meet the financial eligibility standards for legal aid from the Japan Legal Support Center. This enabled the disaster victims to obtain free legal consultations as well as loans to cover the costs of legal representation and other costs for litigation or ADR proceedings, repayable on an interest-free basis at the rate of ¥5,000 to ¥10,000 per month, without regard to the loan recipient's financial need.

VI. Standard Setting by the ADR Center

A major reason for the rise in both new claims and resolved claims almost certainly lies in one set of developments: standard setting. As mentioned above, over the first few months of operation, the ADR Center undertook efforts to promote uniformity by coordinating the handling of common issues through cross-panel consultations. In February 2012 the Center began taking a more proactive approach. That month, the Steering Committee issued four so-called General Standards (*sōkatsu kijun*), designed as standards to be referred to by the mediators in applying the Interim Guidelines to concrete mediation cases. Later that year, the Steering Committee issued ten more General Standards (two each in March, April, July and August, and one each in November and December). Each of the General Standards was accompanied by an explanation of the underlying reasoning; the Standards, together with

69) See Investigation Council, Minutes of 27th Meeting, Aug. 3, 2012, *supra* note 30.

70) For a discussion of the General Standards, see Part VI *infra*.

71) *Sōkatsu kijun* [General Standard (regarding lawyers' fees)], reprinted in Suzuki & Ono, *supra* note 27, at 32. The percentage may be reduced if the amount of damages is very high or the mediator or mediators determine that the lawyer(s) made little contribution to the proper and prompt resolution of the case, or may be increased if the mediator or mediators determine the matter involved particularly difficult issues.

72) Higashi Nihon daishinsai hisaisha enjo tokurei hō [Special Act for Support for Victims of the East Japan Disaster], Act No. 6 of 2012.

explanation, run from one to four pages each.⁷³⁾

The ADR Center's official role is to conduct dispute mediation under the auspices of the Investigation Council. As such, mediation by the Center in principle is governed by the standards contained in the Interim Guidelines issued by the Investigation Council. Accordingly, as a matter of theory the General Standards constitute interpretations of ambiguous items in the Interim Guidelines or supplementary standards for items not addressed in those Guidelines.

In some respects, however, the General Standards not only supplement but in effect override some of the more controversial elements of the Interim Guidelines. This is especially apparent from the first General Standard issued, which deals with compensation, for months seven through twelve after the accident, for those from the designated evacuation zones who were forced to take refuge. As mentioned earlier, pursuant to the Interim Guidelines, the damages for emotional suffering for refugees from the designated evacuation zones were set at ¥100,000 or ¥120,000 per month for the first six months, but were to be reduced to ¥50,000 per month for months seven through twelve. That guideline had led to considerable anger among the refugees. Without directly contradicting the guideline, the first General Standard issued by the ADR Center in effect maintained the existing ¥100,000 or ¥120,000 per month figure even after the first six months; the Steering Committee justified that approach by pointing to the increased stress from the long period of relocation and the uncertainty regarding when, if ever, the refugees would be able to return to their own homes (circumstances which, according to the Steering

Committee's rationalization, had changed from the time the Interim Guidelines were issued).

As noted above, another General Standard, issued in March 2012, provides for payment by TEPCO of lawyers' fees in addition to the compensation amount (albeit at the rather modest level of 3% of the award). Other General Standards deal with factors justifying higher damages for emotional suffering (such as for those with chronic diseases, pregnant women or those caring for infants, or those forced to relocate on multiple occasions); damages for those who took refuge on their own volition; the timing of compensation for property damage; damage to businesses catering to foreign tourists; damage to tourism in neighboring prefectures (including businesses catering to Japanese tourists); methods for calculation of lost revenue; treatment of revenue or wages obtained by those taking refuge (in principle not offset from compensation amounts); and other matters.

General Standard 9, issued on July 5, 2012, clearly reflects the Center's anger at TEPCO recalcitrance and delaying tactics. That Standard authorizes imposition of additional damages, calculated at the interest rate of 5% and computed from October 1, 2011, for cases in which TEPCO improperly delayed the proceedings. As concrete examples of such improper delaying attitudes, the accompanying explanation cited "failing to comply with request for explanation made by mediator or investigative staff member or not observing the deadline for response, not observing the deadline for responding to a settlement proposal, raising trivial arguments such as the absence of specific reference in the Interim Guidelines ..., or ignoring established media-

73) The General Standards, together with the explanatory statements, are available through a link on the ADR Center Homepage: Sōkatsu kijun ni tsuite [Regarding the General Standards], http://www.mext.go.jp/a_menu/genshi_baisho/jiko_baisho/detail/1329129.htm, visited September 8, 2017.

tion precedent.”⁷⁴⁾ While General Standard 9 carries the weight of financial sanctions, the Steering Committee conveyed its displeasure with TEPCO even more forcefully in a Statement of Views issued on the same date, announcing the Steering Committee’s decision to publicly disclose details of cases in which TEPCO’s behavior in the mediation proceedings had been especially objectionable.⁷⁵⁾

These steps appear to have had a rapid impact; in testimony before the Investigation Council in early August 2012, then-Secretariat Chief Noyama reported that from the spring of 2012 through early July, just about every week he had received reports of some problem with how TEPCO was handling cases, but those reports had stopped right after the Steering Committee went public with its criticisms. Noyama added, though, that he remained very concerned TEPCO still might be treating victims who were negotiating directly with the company in a highhanded manner.⁷⁶⁾

The reference to established mediation precedent in General Standard 9 reflects another approach to standard setting adopted by the ADR Center: announcement of precedents. As mentioned earlier, under the Center’s Operating Regulations, the Steering Committee has authority to disclose summaries of mediation results once cases have been closed; and the Steering Committee has not been shy about using this authority.

In a statement issued on April 27, 2012, the Steering Committee set forth a basic policy favoring disclosure.⁷⁷⁾ Results would not be disclosed if, after hearing the views of the parties, the Steering Committee concluded that either there was no necessity for disclosure or that disclosure would be inappropriate. Otherwise, however, the Steering Committee expressed its intention to disclose, via the Center’s Web page, the settlement agreements and the mediators’ reasons for the settlement proposals, for completed cases in which settlements were reached, and the mediators’ proposals and their reasons for those proposals, for completed cases in which settlements were not reached (in all instances with the names of the claimants redacted, but with concrete compensation amounts included).

While cautioning that the precedents relate to specific factual situations so, even if the precedents refer to what appear to be generally applicable standards, those standards may not be relevant for other cases, the policy statement expresses the Steering Committee’s expectation that broad dissemination of the results of mediations conducted by the Center will contribute to prompt and appropriate compensation of victims by TEPCO. As of September 2017, the Center has released, via its Web page, the relatively detailed reasons for the settlement proposals in thirty-eight cases and the settlement agree-

74) Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā [ADR Center], Sōkatsu kijun (9) (Kagaisha ni yoru shinri no futō chien to chiensongaikin ni tsuite) [General Standard (9) (Regarding Improper Delay of Proceedings by the Wrongdoer [*kagaisha*])], available at http://www.mext.go.jp/component/a_menu/science/anzenkakuho/micro_detail/___icsFiles/afieldfile/2012/07/06/1316595_14.pdf, visited September 8, 2017.

75) Sōkatsu iinkai [Steering Committee] Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā [ADR Center], Tōkyō denryoku no taiō ni mondai no aru jirei no kōhyō ni atatte no sōkatsu iinkai shoken [Statement of Views of the Steering Committee concerning Public Disclosure of Cases in which There Have Been Problems with TEPCO’s Handling], July 5, 2012, available at http://www.mext.go.jp/component/a_menu/science/anzenkakuho/micro_detail/___icsFiles/afieldfile/2012/07/06/1323270_1.pdf, visited September 8, 2017.

76) See Investigation Council, Minutes of 27th Meeting, Aug. 3, 2012, *supra* note 30.

77) Sōkatsu iinkai [Steering Committee], Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā [ADR Center], Wakai jirei no kōhyō ni tsuite [Regarding Disclosure of Settlement Precedents], April 27, 2012, available at http://www.mext.go.jp/component/a_menu/science/anzenkakuho/micro_detail/___icsFiles/afieldfile/2012/04/27/1320291_1_1.pdf, visited September 8, 2017.

ments in over 1240 cases.⁷⁸⁾ In accordance with its decision to publicly shame TEPCO by disclosing cases in which the company's behavior has been especially problematic, the Center also has released summaries and relevant documents from five other cases.⁷⁹⁾

In connection with collective claims filed on behalf of groups of similarly situated claimants, the Center has adopted a more targeted approach to the setting of standards. In that context, the Center has utilized what it refers to as the "champion method" of selecting a few representative cases for initial processing, with the aim of setting benchmarks that will expedite resolution of the rest of the claims, ideally by direct settlement without the need for further action by Center mediators.⁸⁰⁾

Thus, the ADR Center has pursued a wide range of efforts aimed at standardizing results. It also has undertaken considerable efforts to disseminate information about those standards. The Center has publicized the General Standards and the precedents on its Web page. In addition, representatives of the Center have introduced the General Standards and precedents in various fora, including publications aimed at the legal profession.⁸¹⁾

One way in which the establishment of the General Standards and the publication of those Standards and the precedents have led to a rise in new claims is simply by promoting knowledge about the substantive standards being utilized by the ADR Center. An even more important reason for the rise in claims

lies in the content of the Standards and precedents. Many claimants reportedly first contacted TEPCO directly to seek compensation but were dissatisfied with the settlement offers they received. Upon seeing that the standards being utilized by the Center were more favorable than the offers they had received from TEPCO (and more favorable than what they might have expected based on what they had heard about the Interim Guidelines), many claimants evidently decided to file claims with the Center.

The standard setting also has facilitated processing of claims. As the standards have become more and more clear and concrete, and as standards and precedents have become available not only for common fact situations, but for more and more of the unusual or problematic fact situations, the task for the mediators increasingly has shifted from having to consider policy implications and make judgment calls to applying fixed standards in a relatively mechanical fashion. That shift is a key reason the Center has been able to move from three-mediator panels to sole mediators and to dispose of cases with only a single hearing. Furthermore, as the standards have become clearer and the precedents more firmly established, the claimants and TEPCO presumably have become more willing to abide by the mediators' settlement proposals.

78) See Genshiryoku songai baishō funsō kaiketsu sentā [ADR Center], Wakai jitsurei no kōkai ni tsuite [Regarding Disclosure of Actual Settlement Precedents], available at http://www.mext.go.jp/a_menu/genshi_baisho/jiko_baisho/detail/1329134.htm, visited September 8, 2017.

79) See Public Disclosure of Problem Cases, *supra* note 30.

80) See, e.g., Idei, *supra* note 23, at 3.

81) See, e.g., Suzuki & Ono, *supra* note 27; Suzuki Isomi, *Genshiryoku songai baishō no jinsoku/tekisei na jitsugen wo mezashite* [Aiming at the Realization of Prompt and Appropriate Compensation for Nuclear Power-Related Damage], JIYŪ TO SEIGI, vol. 63, no. 7, July 2012, at 30; Idei Naoki, *Genpatsu jiko songai baishō seikyū to ADR no katsuyō* [Claims for Damages for Nuclear Accidents and Utilization of ADR], JIYŪ TO SEIGI, vol. 63, no. 7, July 2012, at 72.

VII. Reflections on the ADR Center's Basic Philosophy and Broader Implications

A. Standardization and Uniformity as Tool for Ultimate Goal: Resolution by Direct Negotiation

While the standard setting has helped facilitate the processing of claims, the ADR Center's ultimate goal is not simply to promote efficiency in handling mediations. The ultimate aim is to establish such clear and widely accepted standards that the victims and TEPCO will be able to resolve the vast majority of matters through direct negotiation, without necessitating the involvement of the ADR Center or the judiciary. As the concluding section of the ADR Center's January 2012 Report on the Circumstances of Operations stated, while continuous efforts would be needed to develop and implement a dispute resolution model suitable for meeting the special circumstances presented, the Center's goals were to "lead the way to appropriate and prompt resolution of claims, through accumulation of settlement precedents and preparation and public announcement of general standards," and to "establish an environment that promotes resolution of compensation matters by direct negotiation between victims and TEPCO, in accordance with the general standards and settlement precedents."⁸²⁾ Then-Deputy Secretariat Chief Idei put the goal in more concrete terms: "Ideally," he wrote, "80 to 90% of the claims will be settled through direct negotiation. ... From a broad and long-term perspective, what is expected of the Center is to set the standards of settlement Then, the vic-

tims and TEPCO [should] make efforts to settle through direct negotiation applying the standards adopted by the Center."⁸³⁾

With respect to this basic philosophy of seeking to promote direct negotiation through the establishment and dissemination of clear and uniform standards, one can point to a prominent model within Japan: the scheme for resolving traffic accident disputes.⁸⁴⁾ The parallels between the two situations are striking.

In the early 1960s, the trend toward motorization led to a rash of accidents, and the rising numbers of traffic accident cases threatened to overwhelm the courts. The judiciary led the efforts to head off the looming crisis. After initially accumulating judicial precedents, judges in a special traffic accident division of the Tokyo District Court took the lead in developing heavily standardized procedures for handling cases, including the creation of clear and detailed substantive standards for calculating comparative fault and damages. In doing so, their immediate objective was to streamline the handling of traffic accident cases by the courts. Their ultimate objective, however, was to keep most of those cases from ever reaching the courts, by facilitating out-of-court resolution of disputes, ideally through direct negotiations by the parties. To achieve that result, the judges recognized the importance of disseminating the standards broadly and gaining widespread acceptance for them. The judges themselves played a central role in early efforts to that end, efforts that included assuming full editorial responsibility for special issues of law journals devoted to publicizing the fault and compensation standards. In later years, the Nichibenren Traffic Accident Consultation Center (Nichibenren Center)

82) See ADR Center, Report on Circumstances of Operations in Initial Period, *supra* note 43, at 17.

83) Idei, *supra* note 23, at 4.

84) For more detailed discussions of the traffic accident dispute resolution process and its historical background, see Foote, *supra* note 3; Tanase, *supra* note 3; and Ramseyer & Nakazato, *supra* note 3.

took on the tasks of maintaining and updating the standards and publicizing them; and that Center (which depends heavily on support from the government and JFBA) and The Japan Center for Settlement of Traffic Accident Disputes (Japan Traffic Accident Center) (which depends heavily on support from the insurance industry) provide free consultations and, when needed, mediation services.

The traffic accident standards have been criticized on various grounds, including charges that the compensation standards are too low and that, by utilizing actuarial statistics, those standards treat female victims worse than male victims.⁸⁵⁾ There is broad agreement, however, that the scheme has proven highly effective for resolving traffic accident cases without necessitating heavy use of the courts or lawyers.

Two other features of the traffic accident dispute resolution system bear note. The first is the heavy emphasis on uniformity. The second relates to the role played by the organized bar. While the judiciary took the lead in creating and disseminating the standards, the Japanese bar cooperated heavily in the process. Indeed, the Nichibenren Traffic Accident Consultation Center, which took over the maintenance and publication of the standards, was created under the auspices of the

JFBA (known as Nichibenren in Japanese). It is tempting to say that the willingness of the bar to cooperate in the establishment and maintenance of a system that reduces the need for lawyers and litigation reflects the relatively non-adversarial nature of Japanese society. A more nuanced explanation might be that, as of the 1960s, when there were fewer than 8,000 lawyers in all of Japan, traffic accident litigation did not represent a major bread-and-butter issue, at least for the established members of the bar who cooperated in setting up the system.⁸⁶⁾

As this description reflects, the ADR Center bears many similarities to the traffic accident context. In both cases, Japan faced a huge influx of disputes, which threatened to overwhelm the capacity of the judicial system. In both, the applicable legal standards are relatively clear (although, at least until TEPCO's admission of fault in October 2012,⁸⁷⁾ issues relating to the impact of the natural disaster and *force majeure* complicated the Fukushima situation). In contrast, in both situations the specific fact patterns of individual cases vary widely. (That said, as compared to the extremely wide range of traffic accident scenarios, the fact patterns for victims of the nuclear disaster are likely to fall into a somewhat narrower typology.)

In another parallel, while the individual

85) See, e.g., Nozaki Ayako, *Nihongata "shihō sekkyokushugi" to genjō chūritsusei – isshitsu riei no danjokan kakusa no mondai wo sozai to shite* [Japanese-Style "Judicial Activism" and Status Quo Neutrality – As Seen in the Issue of Gender Disparity in Lost Earnings], in *HŌ NO RINKAI* [I], *HŌTEKI SHIKŌ NO SAITEI* [The Borders of Law] [1], *A Reorientation of Legal Thinking* (Inoue Tatsuo, Shimazu Itaru & Matsuura Yoshiharu eds., University of Tokyo Press, 1999), at 75.

86) Recent events lend an ironic touch to this discussion. Over the past fifteen years, the number of lawyers in Japan has doubled. Perhaps not so coincidentally, in recent years some lawyers have begun to focus on traffic accidents as a potential business opportunity. This development has not gone unnoticed by the judiciary. Judges charged with helping to promote prompt resolution of litigation have expressed concern over a perceived rise in the desire for court judgments in traffic accident cases and in cases that cannot easily be resolved by reference to the compensation standards. See Saibansho [Courts in Japan], Saiban no jinsokuka ni kakawaru kenshō ni kansuru hōkokusho (Dai6kai) (Heisei 27nen 7gatsu 10nichi kōhyō) [Report regarding investigation of efforts to speed up trials (No. 6) (announced on July 10, 2015)], Gaiyō [Overview] 22, available at http://www.courts.go.jp/vcms_lf/hokoku_06_gaiyou.pdf, visited September 8, 2017.

87) See, e.g., *TEPCO admits fault in Fukushima nuclear disaster*, THE MAINICHI (Internet edition), Oct. 13, 2012; <http://mainichi.jp/english/english/newsselect/news/20121013p2a00m0na007000c.html>, visited Nov. 26, 2012.

tortfeasors in the traffic accident context – the drivers – are extremely numerous, in most cases the real parties in interest are the insurance companies, which are relatively few in number. Provided the insurance companies accept the standards that have been set, resolution of claims rests primarily on attaining agreement by the victim; and, to the extent the victim is convinced the standards are definite and he/she is being treated in the same way as other similarly situated victims (and to the extent the victim's representative conveys that same message), obtaining the victim's consent is likely to be relatively easy in the Japanese context. In the Fukushima case, TEPCO is the only respondent. Thus, provided TEPCO accepts the standards that have been set, resolution of disputes rests primarily on obtaining agreement by the claimants; and similar dynamics presumably would apply.

To my mind the most important similarity between the nuclear disaster and traffic accident context lies in the basic philosophy of the two schemes. By developing detailed and uniform standards through the accumulation of precedents and creation of written standards, and by achieving broad public dissemination of those standards, both schemes ultimately seek to channel the vast majority of cases out of the courts and even out of extrajudicial ADR processes, by providing a clear framework for settlement by direct negotiation. These similarities, together with the steady progress in the pace of settling claims, suggest reason for optimism regarding the potential of the ADR Center to foster resolution of disputes arising out of the nuclear disaster through direct negotiation, with no need for involvement even by the Center.

There are caution flags, however. One caveat is simply that it took the judiciary several years to develop concrete standards and typologies to cover the vast array of diverse fact situations in the traffic accident context.

Similarly, in the nuclear disaster context, it has taken the ADR Center a considerable period of time to hone the relevant standards.

A significant difference between the two situations relates to fact finding. In the traffic accident context, after several requests by the judiciary, the Japanese police agreed to disclose the accident reports they prepare; and in most cases those accident reports have come to be accepted as a definitive determination of the facts. While tax assessment records, wage statements, balance sheets and other documentation may facilitate the fact finding process in the Fukushima context, no single widely accepted statement of facts exists, akin to the police report for traffic accidents. Even if the standards are clear, if there is no definitive statement of the facts on which the parties can agree, settling the claims through direct negotiation, without any third party involvement, is likely to be more difficult. This has made the role of the Center's investigative staff especially important.

This ties to another potentially grave concern: the attitude of TEPCO. In the traffic accident context, the insurance companies (which had a voice in discussions at the time the compensation standards were set initially, and which presumably can adjust insurance premiums to reflect changes in those standards) have been cooperative in abiding by the standards. In contrast, TEPCO has been highly adversarial. Even if the public shaming by the ADR Center and the modest financial sanctions for obstructionist tactics have had an impact on TEPCO's behavior in proceedings conducted by the Center, if TEPCO continues to utilize such tactics in direct negotiations with claimants, the Center's ultimate goal of fostering direct settlement may be impaired.

B. Dominance by the Bar

A second broad reflection regarding the ADR Center relates to the dominance by the bar. In the traffic accident context, the judiciary took the lead. For the ADR Center, in contrast, it is the bar that has taken the lead. Leading lawyers have been at the center in both system design and management. All the mediators are lawyers; and all the investigative staff members are either licensed lawyers or qualified to be licensed. At TEPCO, over 2,500 employees reportedly are involved in handling claims (including direct negotiations and litigation, as well as proceedings before the ADR Center). Those employees are not lawyers, but TEPCO reportedly also has utilized over two hundred lawyers, from a wide range of law firms, in handling the claims. Virtually all the victim representatives also are lawyers. Going beyond the ADR Center itself, following the disaster the bar rapidly mobilized, and over the intervening period the bar has made a great commitment to a wide range of activities, including providing free consultations for disaster victims and pursuing important legal reforms. Many lawyers have undertaken such activities at great personal expense and sacrifice.

The bar deserves to be commended for all of these efforts and for its deep commitment. That said, the bar domination of the ADR Center has led to a highly exclusionary attitude. In the debate over the ADR Promotion Act, the bar's stance was that all mediators must be lawyers. Although the ADR Promotion Act did not go that far,⁸⁸⁾ in connection with bodies certified under that Act, the bar has continued to take the position that each mediation panel must include at least one

lawyer.

The bar's dominance has gone even further in connection with the ADR Center. Not only has that Center adopted the policy that all mediators must be lawyers, it has insisted that all investigators must be qualified as lawyers, as well.

With the Steering Committee, panels of mediators, a supporting secretariat, publication of standards and precedents, and other features, the ADR Center bears many similarities to the United Nations Compensation Commission on which it was based. The dominance by the bar lies in sharp contrast to the U.N. Compensation Commission, however. For that Commission, the Commissioners (the equivalent to mediators at the ADR Center) "were drawn from a wide range of ... professional backgrounds including law, finance, and damage evaluation."⁸⁹⁾ Among its roles, the Secretariat for that Commission undertook investigative activities, similar to the function performed by the investigative staff members for the ADR Center. Here, too, however, the Compensation Commission's Secretariat included experts from a wide range of fields.

The ADR Center's steadfast resistance to involving non-lawyers in the mediation and investigation process deprives it of expertise in fields that would be valuable in performing its roles, including finance, accounting, engineering and damage evaluation. Naturally, limiting the hiring to lawyers also makes it more difficult to attract sufficient numbers of mediators and investigators. The bar dominance of the ADR Center process, when coupled with the heavy litigation orientation of the bar (which is likely to be even more pronounced for those serving as mediators), inevitably brings with it a legalistic mindset,

88) See text at note 11 *supra*.

89) Francis E. McGovern, *Dispute System Design: The United Nations Compensation Commission*, 14 HARV. NEGOT. L. REV. 171, 181 (2009).

deeply influenced by traditional judicial practice. Indeed, the Center's push to get mediators to simplify hearings "without getting caught up trying to find out details that aren't needed for the rough estimate"⁹⁰⁾ reflects the struggle to break through the traditional litigation-centered mindset.

C. Implications for the Future of ADR in Japan

Finally, what are the implications of the ADR Center for the future of ADR in Japan? While it took some time to hit its stride, by mid-2012 the Center was achieving successful resolution of 65% of cases filed, with that rate rising to over 80% by 2013 and thereafter. As of the end of 2016, the Center had achieved full resolution of nearly 16,000 cases. That record alone may be seen as a demonstration of the potential for ADR.

The experiences of the Center have provided many lessons for how to organize and manage an ADR body. By providing large numbers of lawyers the opportunity to serve as mediators and investigators, the Center has given many people experience in conducting ADR. And, to the extent the Center has succeeded in instilling in the mediators a willingness to dispense with detailed inquiry into the facts, in favor of a more streamlined approach, it may point the way to a new conception of ADR.

That said, the context in which the Center arose is unique; and one would hope and pray Japan never has to face a similar set of circumstances again. While many of the concrete lessons are likely to be of value for future efforts at ADR, and while the experiences of the mediators and investigators are likely to impart or enhance skills relevant to many other settings, it is difficult to imagine

other contexts in which this specific ADR model would be utilized.

To the extent the experiences with the ADR Center do shape future ADR efforts in Japan, the model it represents is highly legalistic and bar-dominated. To repeat then-Deputy Secretariat Chief Idei's quote, "the mediation proceedings tend to be more like a mini-arbitration aimed at giving the mediator's non-binding ruling, rather than mediation seeking compromise and agreement among the parties."⁹¹⁾ Despite the efforts to streamline the hearings and the fact finding process, at its core the ADR Center approach remains heavily shaped by a litigation mindset, with a set of standards issued in a top-down fashion, implemented by "proposals" made in quasi-adjudicatory proceedings. It is a model that places a premium on legal expertise, not other fields or perspectives. How applicable that approach is to other contexts is open to question. The difficulties other extrajudicial ADR bodies have experienced in seeking to attract cases suggest that the struggle to establish a robust ADR tradition in Japan has some ways to go.

(Daniel H. FOOTE)

90) See text at note 62 *supra*.

91) Idei, *supra* note 23, at 2.

特集

座談会 海外ロースクール事情

東京地裁判事・東京大学客員准教授

内田 哲也

東京大学准教授

成瀬 剛

2015年4月入学

岩淵史恵

2015年4月入学

高橋麻彩

- | | |
|------------------------|--------------------------------|
| I. はじめに | VI. リサーチペーパーとローレビュー |
| II. 留学の経緯 | 1 リサーチペーパー |
| 1 留学の時期 | 2 リサーチペーパーとローレビュー |
| 2 留学の動機 | VII. ヨーロッパとアメリカのいずれに留学するかによる違い |
| III. 留学のための準備・留学制度 | 1 他国へのアクセスのしやすさ |
| 1 留学のための準備 | 2 留学と国際機関へのインターンシップ |
| 2 留学制度 | 3 留学と実務の調査 |
| IV. 留学先での生活 | VIII. 留学後のキャリアパス |
| 1 授業 | IX. おわりに |
| 2 イギリスの法教育の特徴 | |
| 3 留学先での交流 | |
| 4 授業以外の活動 | |
| 5 留学と家庭 | |
| V. 海外のローレビューと日本のローレビュー | |
| 1 海外のローレビュー | |
| 2 東大ローレビュー | |

I. はじめに

司会 時間になりましたので、座談会を始めさせていただきますと思います。よろしくお願ひ致します。本座談会の進行ですが、まず参加者の皆様に簡単に自己紹介をしていただき、その後、司会者から、今日その後どのようなことをしていくかにつき簡単にご説明致します。その上で皆様に本筋の議論をしていただきます。お手元に質問要旨（本稿Ⅱ～Ⅷに対応）がございます。本座談会ではこれを参考にしつつも、しかしこれに拘束されることなく、自由闊達にお話してください。まず自己紹介をしていただきたいと思います。では先生方からお願ひ致します。

内田 東京地裁判事の内田と申します。私は、2003年10月に東京地裁判事補に任官しました。その後、鹿児島家地裁名瀬支部、仙台地裁などを経て、この4月に東京地裁に異動し、民事通常部で民事裁判に携わりながら、東大法科大学院の派遣教員として民事事実認定論を担当しています。秋からは民事実務基礎を担当する予定です。任官後は主に刑事事件を担当していましたが、家裁や事務局での経験を経て、主に民事事件を担当するようになり、現在に至っています。

成瀬 准教授の成瀬と申します。専門は刑事訴訟法です。2006年3月に東大法学部を卒業し、司法修習（旧60期）を経て、2007年10月に助教に採用されました。その後は、講師、准教授と昇任して、現在に至っております。

岩渕 今年の3月に東京大学法科大学院を修了致しました岩渕史恵と申します。希望進路は弁護士です。本日は、よろしくお願ひ致します。

高橋 高橋麻彩と申します。法科大学院の3年次に所属致しております。未修出身で、大学時代は文学部で哲学を専攻しておりました。

司会 司会は、ローレビュー編集委員の、船渡・吉見が行います。よろしくお願ひ致します。

まずは簡単に概要を説明致します。最初

に、どのような趣旨でこの座談会が行われるのかということを確認した上で、進め方として、先に述べたことをもう一度確認致します。

本座談会のテーマは「海外ロースクール事情」です。内容と致しましては海外のロースクール・法学部に留学されました内田先生や成瀬先生に、留学時の思い出や留学先と日本のいろいろな違いをお話しいただいたり、または学生参加者の皆さんの興味関心があることについてごつくばらんにお話ししていただいたりしようということでございます。そのため、先ほども申しましたように、質問要旨にこだわらずに、好きなことを好きなだけお話ししていただいいてよいということでございます。ただし、いきなり好きなように話せと言われても難しいところがあると思いますので、最初だけは司会者から質問票に沿ったご質問を提示したいと思います。まず、留学された時期及びその動機ということについてです。先生方お二人は、それぞれいつごろ留学をして、その留学のためにはどのような準備をなさったのか、また、動機はどのようなものであったのか、についてお話しいただきたいと思います。



成瀬剛先生

Ⅱ. 留学の経緯

1 留学の時期

内田 私が留学したのは、任官後3年弱が経った2006年7月から2008年7月までです。判事補の留学制度には、最高裁判所が運営するもの（判事補在外研究）と人事院が運営するもの（行政官長期在外研究）があります。私は、人事院の留学制度によって留学したのですが、この制度による場合、派遣時期が予め指定されていたため、任官後3年弱が経過した時期に留学をしたのです。一方、裁判所の留学制度による場合でも、任官後3年を経過した頃に留学する判事補が多いのですが、こちらにはバリエーションがあり、4～9年目に留学する判事補もいます。現在は毎年1月に任官しますので、任官後3年半が経過した頃に留学する判事補が多いです。ちなみに、裁判所の留学制度による場合の期間は1年間で、派遣人数は毎年30名程度、人事院の留学制度による場合の期間は2年間で、派遣人数は10名程度です。

成瀬 私は、2013年8月から2015年7月までの2年間、留学させていただきました。私が准教授に昇任したのは2012年1月ですので、それから約1年半経ったタイミングということになります。助教論文を法学協会雑誌に連載し¹⁾、日本刑法学会において同論文を基にした研究報告を行ったことにより²⁾、助教時代から取り組んできた研究に一区切りがついたので、次のステップに進むという意味で留学に行かせていただくことにしました。

このように、研究者は留学時期をある程度自由に選べます。一般論として、東大出身の研究者は、20代後半から30代前半の間に留学される方が多いと思いますが、中には、30代後半ないし40代になってから留学に行かれる方もいらっしゃいます。



内田 哲也先生

2 留学の動機

司会 ありがとうございます。では次の質問ですが、どちらのロースクールに留学されたのかということについて伺ってもよろしいでしょうか。

内田 私は、1年目は米国ニューヨーク州にあるコロンビアロースクールに、2年目はカリフォルニア州にあるUCLA（カリフォルニア大学ロサンゼルス校）ロースクールに行き、両校でLL.M.（Master of Law）という修士号を取りました。

成瀬 1年目は、アメリカ西海岸にあるスタンフォードロースクールに客員研究員（visiting scholar）という身分で在籍しておりました。2年目は、国を変えて、イギリスのケンブリッジ大学法学部に客員研究員として在籍しておりました。

司会 ありがとうございます。それらのロースクール・法学部を選ばれたのはどのような理由からですか。

内田 人事院の留学制度の場合は、まず裁判所の内部選考の過程で留学する国を決めた後、人事院の語学審査と人物審査を受けます。人事院の審査を通った後は、自分で入学試験を受けることになります。アメリカの

1) 成瀬剛「科学的証拠の許容性（1）～（5・完）」法協130巻1号1頁、2号386頁、3号573頁、4号801頁、5号1025頁（2013）。

2) 成瀬剛「科学的証拠の許容性」刑法雑誌53巻2号160頁（2014）。

ロースクールであれば、インターネットで願書をダウンロードして作成提出し、あるいは直接ネットで応募し、それに小論文、推薦状、大学・司法研修所での成績証明などを添付することになります。

私は、各校のウェブサイト、先輩裁判官からの情報や US News が毎年発表するランキング等を参考にしながら、自分の研究テーマに合ったロースクールを選ぶようにしました。当時私は刑事部に所属し、量刑に関する理論と実務に興味を持っていたため、これに関連する授業を開講し、同分野に造詣の深い教授がいるロースクールをピックアップしていきました。とはいえ、希望するロースクールに合格するとは限りませんので、幅広く10校くらい受験し、合格した中で最も希望に沿っていたコロンビアを選びました。コロンビアロースクールは、伝統あるランキングの上位校でしたし、刑事系の科目が比較的充実していたほか、連邦地裁判事の David Lynch 判事が担当する量刑論 (Sentencing) というゼミもあり、まさに私の希望に沿っていました。

成瀬 1年目にアメリカを選んだ理由は、私が刑事訴訟法の中で特に証拠法分野を専門としているからです。ご存じの通り、日本の刑事証拠法は、戦後、アメリカ法の影響を強く受けて制定されましたので、今後、自己の研究を深めていくためには、現地で母法たるアメリカ証拠法を網羅的に学ぶ必要があると考えました。その上で、スタンフォードを選んだ理由ですが、ここにはアメリカ証拠法が民刑共通であるという事情が影響しています。アメリカでは、民刑共通の証拠法が、民事訴訟法、刑事訴訟法とは異なる独立の科目として存在するのです。そして、証拠法の研究者はどちらかという民事訴訟法を専門にしている方が多く、刑事訴訟法を専門にしている方は少ないです。そのため、刑事訴訟法を専門とする証拠法の研究者を探す必要が生

じました。そこで、私より先に留学していた司法修習同期の仲間達 (裁判官、検察官、弁護士) を頼って全米各地のロースクールを訪問し、各ロースクールの証拠法研究者やそこで使われている証拠法のケースブックに関する情報を収集しました。その中で、特に評判が良かったのがスタンフォードロースクールの George Fisher 先生でして、先生が執筆した証拠法のケースブック³⁾は、スタンフォードはもちろんのこと、ハーヴァードやイエールなど他のトップ・ロースクールでも使われているとのことでした。Fisher 先生は、マサチューセッツ州で検察官を5年ほど務められた後、法学研究の道に進まれ、アメリカにおける司法取引の歴史的発展過程を明らかにした“Plea Bargaining’s Triumph”⁴⁾というモノグラフィーで有名な方です。このように刑事手続の理論・実務に精通しており、かつ、有名な証拠法のケースブックを執筆しておられる Fisher 先生の下でアメリカ証拠法を研究したいと考え、スタンフォードに留学することに決めました。

2年目にイギリスを選んだ理由は、アメリカ法の母法であるイギリス法を研究したいと考えたからです。アメリカとイギリスは「英米法」として一括りにされることも多いですが、両国の刑事司法制度は、それぞれの伝統・歴史・文化を反映して相当程度異なっています。よって、両国の証拠法を比較することにより、日本の証拠法に対する重要な示唆が得られると考えました。その上で、ケンブリッジ大学を選んだ理由は、同大学の John Spencer 先生が証拠法分野で複数のモノグラフィーを公刊しておられ⁵⁾、イギリスの刑事実務にも大きな影響を与えていたからです。彼地における Spencer 先生の評判は、私より先にイギリスに留学していた友人達に教えてもらいました。

このように、研究者が留学先を選ぶ際は、自己の研究テーマに照らして、どの国の法律

3) George Fisher, Evidence (3d ed. 2013).

4) George Fisher, Plea Bargaining’s Triumph: A History of Plea Bargaining in America (2003). 同書の書評として、高倉新喜「著書紹介 答弁取引の勝利」アメリカ法 2005-2 号 329 頁 (2006)。

5) John Spencer, Evidence of Bad Character (3d ed. 2016); *id.* Hearsay Evidence in Criminal Proceedings (2d ed. 2014).

を学ぶ必要があるか、どの先生の指導を受けるのが最適かという点を慎重に検討します。裁判官はじめ実務家の皆様が留学先を選ぶ際の基準とは少し異なるということをお分かりいただけたかと思います。



Ⅲ. 留学のための準備・留学制度

1 留学のための準備

岩淵 些細なことでもよろしいでしょうか。米国ロースクールの入試制度について、内田先生が先ほどロースクールを沢山受けたとおっしゃっていたのですが、何か一斉試験を受けるのですか、それとも小論文等書類で審査をするのでしょうか。

内田 一斉試験はありません。小論文、TOEFLのスコア、学部と司法研修所の成績証明書、推薦状を提出して入学審査を受けます。私は学部時代にゼミでご指導いただいた井上正仁先生に推薦状を書いていただきました。

推薦状は、ほかに当時の所属部の部総括判事と司法研修所の教官にお願いしました。誰に推薦状を書いていたかがかなり重視されるようです。あとは、学歴・職歴と研究テーマ等を記載した小論文も入試に際して重視されていると聞きます。

岩淵 では、応募書類を揃えることができれば、後は出せるだけ出願できるのですね。

内田 出せるだけ出せます。受験料を負担する覚悟さえあれば制限はありません。合格

発表の時期は12月から3月とロースクールによって違い、ランキングの上位校ほど発表が遅い傾向があります。一番早いのはジョージタウンで12月。コロンビアは2月中旬でした。ハーヴァードやスタンフォードは3月でした。

成瀬 内田先生のご説明と対比する趣旨で、研究者がどのように留学の申請をするかについて説明させていただきます。研究者は、学生の身分(LL.M.等)ではなく、客員研究員という身分で留学することが多いのですが、客員研究員の申請手続はLL.M.ほどきちんと決まってはいません。ですので、留学したい大学及び指導を受けたい先生を決めたら、その先生と直接コンタクトを取る必要があります。昔は、手紙を送っていたようなのですが、今はメールでお願いすることもあります。私の場合は、幸いにして、研究室の先輩が当時スタンフォードに留学しておられたので、その先輩を通じて、Fisher先生にメールを送らせていただきました。「先生のケースブックやモノグラフィーを拝読して非常に感銘を受けたので、是非とも先生の下でアメリカ証拠法を研究したい」という趣旨のメールです。それで、先方から好感触を得られたら、自分のCV(Curriculum Vitae)⁶⁾、留学期間中の研究計画書、推薦状の3点を送ります。推薦状については、私も内田先生と同様に井上正仁先生に書いていただいたほか、指導教授である川出敏裕先生と京都大学の酒巻匡先生にお願いしました。客員研究員として留学する場合、書類審査はLL.M.ほど厳しくないもので、目当ての教授と個人的にコンタクトを取って、受入れを許可していただく部分が一番の難関だと思います。なお、イギリスの大学に対して客員研究員の申請をする場合も、基本的に同じ流れです。

岩淵 ありがとうございます。

2 留学制度

内田 裁判所の留学制度による場合、裁判所から指定されたロースクール又は裁判所に

6) Curriculum Vitaeとは、自己の学歴、研究業績、教育経験をまとめたものである。

派遣されることとなります。ロースクールに行く場合は客員研究員，裁判所に行く場合には研修生という身分です。客員研究員の場合，授業や単位の縛りが緩やかであるため，聴講したい授業のみを受講し，それ以外の時間は裁判所での傍聴や研修に充てるということも可能です。

裁判所の留学制度による派遣先としては，アメリカではイリノイ大学，ジョージタウン大学，スタンフォード大学，デューク大学等，イギリスではウォーリック大学，カーディフ大学等，カナダではトロント大学，ブリティッシュコロンビア大学，オーストラリアではメルボルン大学，シドニー大学，ドイツではミュンヘン知的財産法センター，ベルギーではルーヴェン大学があります。このほか，米英独仏の裁判所も派遣先になっています。

岩淵 シンガポールなどのアジア地域に留学する方は未だ少ないのでしょうか。

成瀬 最近では，東アジアに留学する研究者も出てきています。例えば，民法や刑事訴訟法の若手研究者で韓国に留学した方がいます。実務家の方は，やはり欧米諸国が多いですか？

内田 裁判所の留学制度では，アジアに行くことはありません。人事院の留学制度では，入試に合格すればアジア諸国に行くことも可能ですが，これまで裁判所から欧米以外の国のロースクールに派遣された例はないと思います。

成瀬 留学する国は何を学びたいかによって決まる側面もあると思います。明治期以降の日本は，欧米諸国の法制度を継受し発展させてきたので，法律を学ぶ目的で留学するなら，欧米諸国で日本の母法を勉強したいと考える人が多くなるのは自然な気がします。他方で，経済を学ぶのであれば，ヨーロッパよりもGDP世界第2位の中国に行くという選択肢が有力になることもあるでしょう。

ただし，今後は，法律を学ぶとしても，伝統・文化の面で日本と共通する点の多いアジア諸国に目を向けることには意味があると思います。特に，日本，韓国，台湾，中国の4カ国は，歴史的経緯もあって，法制度が似ていますので，東アジアの比較法研究も徐々に

行われるようになってきています。今後は，これらの国に法律を学ぶ目的で留学する人も増えるかもしれません。

高橋 留学の準備について，欧米の多くの国では9月から学期が始まると思いますけれども，どのくらいの期間をかけて準備をされましたか。その点についてお聞きしたいということと，また成瀬先生はアメリカとイギリスの2カ国に留学されていますので，客員研究員として受け入れてもらうに当たって両国の間に何か違いがあれば教えていただけますでしょうか。

内田 アメリカのロースクールの場合，留学する前年の10月，11月が応募締め切りという所が多いので，これに向けて4月くらいから準備を始めました。日常業務をこなしながらの準備ですので，特に夏から締め切り間際にかけては仕事との両立がとても大変でした。TOEFLを受け続けてスコアアップを図りつつ，各校に合わせた英語の小論文を執筆し，並行して推薦状作成のお願いや成績証明書の取り寄せ，願書の作成・入力等を行うこととなります。英語でなければならぬ作業が多く，想像以上に時間と手間がかかりました。

成瀬 先ほども少しお話ししたように，研究者は，特定の大学というよりも，特定の先生の下に学びに行くという留学スタイルなので，どの先生に受入れをお願いするかを考える作業にかなりの時間をかけました。他方で，書類作成は，内田先生ほど大変な作業ではありませんでした。研究者は，日頃から，自分の研究テーマや今後の研究計画について考えていますので，申請書類にはそれらをそのまま書けば足りるのです。

次に，ご質問の2点目でアメリカとイギリスでどう違うかという点ですけれども，アメリカのロースクールは客員研究員制度を資金集めの道具として使っていますので，研究者以外の方，例えば企業から派遣される人でも，教授とのコネクションがあれば客員研究員になれます。そういう意味で，アメリカのロースクールの方が客員研究員の申請者に対して寛容だと思います。そうは言っても，スタンフォードやハーヴァードのような有名大

学だと、受け入れてもらうためのハードルはある程度高いのですが。

これに対して、イギリスの法学部は、客員研究員を受け入れることにあまり積極的ではありません。比喩的に言えば、アメリカの客員研究員は特定の教授の下にやって来た海外からのお客さんですが、イギリスの客員研究員は法学部全体で受け入れる期限付きの Faculty Member のような位置づけですので、受入れのハードルが相当高いのです。特に、私の希望先は名門ケンブリッジ大学だったので、そう易々と受け入れてはもらえない状況でした。

両国の違いは、申請方法を対比すれば分かりやすいと思います。アメリカの場合は、Fisher 先生にメールを送って、自分の研究計画を説明しただけで受入れを許可していただくことができました。これに対して、イギリスの場合は、知人の日本人研究者を通じて Spencer 先生との面談のアポを取り、ケンブリッジ大学まで直接会いに行きました。そして、先生のご著書の中で感銘を受けた箇所及びその理由を具体的に説明した上で、先生の下で是非ともイギリス証拠法を学びたいという熱い想いをお伝えして、何とか許可を頂くことができました。

大学のホームページを見ても、アメリカのロースクールは客員研究員の募集要項がきちんと掲載されているのに対して、イギリスの大学はそういう情報が掲載されていない場合も多いです。ロンドンにある大学は、アメリカのロースクールと同様に商業ベースで客員研究員制度を設けているところもありますが、それ以外の大学はそもそも制度自体があるのかというところから調査する必要があります。

というわけで、イギリスの方が圧倒的に大変でした。

高橋 そうなのですね。国ごとに特性が出るという形なのですね。



IV. 留学先での生活

1 授業

司会 では次の質問に移らせていただきたいと存じます。ここでは、ロースクールの生活について伺いたいと思ひまして、例えば授業に出られていると思うのですけれども、それはどれくらいの量、例えば1週間で何コマまであるとか、課題の量はどれくらいだとか、といったことはどうなのでしょう。

内田 コロンビアロースクールでは、7月から同校の法律英語講座を受け、8月からはLL.M. 生向けのアメリカ法入門的な集中講座を受けました。コロンビアのLL.M. は全米最大の規模で、全体で230人もいて、うち日本人が26人で最大勢力を占めていました。毎回100ページぐらいの予習が課され、ソクラティックメソッドで授業が進められるもので、いきなりで面食らいました。

9月からは、通常のカリキュラムが始まります。LL.M. 生は、契約法、刑法といったJ.D. の1年生が受講する基本的な科目は取ることができません。私は、捜査法、証拠法、著作権法の授業と量刑論のゼミを受講しました。1コマ約100分で、授業は週2コマずつ、ゼミは週1コマあり、それぞれにつきケースブックがあり、100ページぐらいの課題が課されますので、予習がものすごく大変でした。普段は復習する時間がほとんどなく、試験前にまとめて復習といった感じです。私は、日本のロースクールを出ていませんし、

東大ローで授業を担当し始めたのも最近のことですので、比較するのは難しいのですが、少なくとも私が法学部で学んでいた時とは比べ物にならない位の予習量でした。休日を含めて、毎日図書館にこもって勉強しても間に合わず、予習が間に合わないと英語のソクラティックメソッドで進められる授業に付いていけず、慣れないうちはとても辛かったです。

成瀬 研究者が留学先で授業をどのくらい聴講するかは、留学目的によって変わると思います。特定のテーマについてじっくり研究する目的であれば、そのテーマに関係する授業だけ聴講することになるでしょう。これに対して、私は、特定のテーマに限定せず、英米の刑事司法制度を理論と実務の両面から網羅的に勉強するという目的で留学したので、刑事司法に関わる授業はほぼ全て聴講しました。内田先生のお話にあったように、LL.M. 生は、履修できる科目が制限されており、最後は試験を受けなければならないということもありますので、科目数を絞って勉強すると思うのですがけれども、客員研究員は幸いなことに試験を受ける必要がありませんので、多くの科目を聴講することも可能です。内田先生が留学しておられたコロンビア大学は Semester 制 (2 学期制) ですが、スタンフォード大学はクォーター制 (3 学期制) でしたので、その点も、多くの科目を聴講するには好都合でした。

具体的な科目名でいいますと、Fisher 先生の「証拠法」のほかに、刑事訴訟法関係で「捜査法」と「公判法」、それから先ほど内田先生が LL.M. 生は履修できないとおっしゃっていた 1 年生向けの「刑法」ですね。また、刑事応用科目として「少年法」や「量刑・行刑法」、一つのトピックに特化した科目として「死刑の経済分析」や「テロリズム法」、シリコンバレーに近いスタンフォードならではの「サーベイランス法」という科目もありました。私がアメリカに留学したのは、ちょうど Edward Snowden 氏が National Security Agency (国家安全保障局) による大規模な監視活動を暴露した時期で、捜査・諜報活動としての監視行為 (サーベイランス) に対す

る法的規制のあり方が盛んに論じられていたのです。加えて、精神障害者に対する民事・行政・刑事法のあり方を考える「精神保健法」という科目もありました。日本でいえば、成年後見制度、措置入院制度、責任能力・訴訟能力規定、心神喪失者医療観察法などで規律されている各種の問題を精神障害という視点から分野横断的に検討していく内容で、面白かったです。それから、刑訴法研究者としては憲法上の人権も理解する必要がありますので、「第 1 修正 (表現の自由と信教の自由)」と「第 14 修正 (適正手続と平等保護)」の講義も聴講しました。総じて、私が聴講した科目数は、同時期にスタンフォードに留学していた LL.M. 生の約 2.5 倍になっていたと思います。各科目の予習分量は、先ほど内田先生がご説明くださった通りなので、学期中は朝から晩までとにかく勉強するという感じでしたね。予習がなかなか終わらなくて、午前 5 時頃までケースブックを読んでいて、寝不足のまま、午前 8 時開始の授業に出かけるなんてこともよくありました。

イギリスでも、アメリカの時と同じように、刑事司法に関わる科目を全て聴講しました。学部開講科目と大学院開講科目の 2 種類あるのですが、「憲法」、「刑法」、「刑訴法」、「欧州人権法」、「EU 法」などの講義に出ていました。

2 イギリスの法教育の特徴

成瀬 続けて、アメリカのロースクール教育と対比する形で、イギリスの法学部教育のお話をさせていただきたいと思います。

アメリカでは、ケースブックを事前に読ませた上で、ソクラティックメソッドで授業をするという教育方法が一般的なもので、コモン・ロー諸国にはそういう教育方法しかないと思われるかもしれませんが、そんなことはありません。イギリスでは、まず、日本の法学部のように、教授がレジュメに基づいて一方的に話し続け、学生はひたすらメモをとり続けるというスタイルの授業が行われます。これにより、各法分野の基礎知識を学生に身に付けさせた上で、各学期に 4、5 回、学生

に対する個別指導（チュートリアル）⁷⁾が行われます。各回のチュートリアルのために読むべき判例・学術論文が大量に指定されるので、学生はそれらを全て読み込んだ上で、教員の口頭試問を受け、自分の考えを述べなければなりません。このように、基礎知識を体系立てて一方的に教える授業と、教員との議論を通じて学生の論理力・思考力を養うチュートリアルをバランスよく組み合わせるのが、オックスフォードやケンブリッジの伝統的な学部教育です。

ここまでの話からもお分かりのように、アメリカでは主にケース（判例）を読ませるのですが、イギリスではケースと並んで学術論文もかなり読ませるのです。イギリスは、ロースクール（専門職大学院）ではなく法学部ですので、実務で役立つ知識を教えるというよりも、法理論を教えるという教育方針なのだと思います。とりわけ、オックスフォードやケンブリッジはそのような考え方が根強く、ローマ法などの古典科目も毎年開講されています。刑法の授業でも、なぜ人を処罰すべきかという哲学的な問いについて延々と議論していました。

アメリカの中でも比較的新しい大学であるスタンフォードは、シリコンバレーの近くにあつて、標語的にいえば、**Innovation**（革新）の大学でした。これに対して、長い歴史を持つケンブリッジは、**Tradition**（伝統）の大学です。印象に残っているのは、「少し昔」とはいつを指すか？という質問に対する回答でして、スタンフォードでは15年くらい前のことを指すのに対して、ケンブリッジでは200年くらい前のことを指すのです（笑）。やや単純化し過ぎている嫌いはありますが、この例からも分かるように、ケンブリッジは、脈々と続いてきた法学の歴史・伝統を踏まえて教育を行うというスタンスでした。

さらに、ケンブリッジには、学部とは別に、教員と学生が共同生活を送る寮（カレッジ）が多数あり、そこでは全人格的な教育が行わ

れます。例えば、フォーマル・ディナーでは、教員と学生が全員ガウンを着て夕食を共にするのですが、学生はそこで「ブリティッシュ・エリートはかくあるべき」というような内容の講話を聴くこととなります。ハリー・ポッターの世界をイメージしていただくと分かりやすいかと思いますが、これもアメリカのロースクールにはない発想ですね⁸⁾。

高橋 法学分野では、留学先としてアメリカを選ばれる方が多いと思うのですが、私は個人的にイギリスをはじめとするヨーロッパ地域への留学に関心があるので、アメリカとイギリスの留学生生活を比較したお話を伺うことができ非常に興味深いです。

3 留学先での交流

高橋 今お聞きする中で疑問に思ったのですが、LL.M.、あるいは客員研究員として留学している間に、現地のJ.D.の学生や、他の分野を専攻する学生と交流する機会がありましたか。

内田 LL.M.とJ.D.が公式に交流する場というのは少ないのですが、授業の中で一緒になった学生同士が仲良くなるということがあります。授業の中でグループワークなどがあればコネクションが出来るということがあります。ただ、ネイティブの多いJ.D.との間の言葉の壁もあって、LL.M.の学生はLL.M.同士で固まるという傾向はあるかもしれません。

コロンビアには、日本法に興味を持つ学生が集まるNHK（日本法研究会）というサークルがあり、この活動に参加することでJ.D.の学生と交流することができました。当時は、日本法に造詣の深いCurtis J. Milhaupt教授が活動をバックアップしてくださったこともあり、それなりの数の学生が集まっていたように思います。他学部の学生との交流の機会としては、公共政策大学院の学生や、ビ

7) スーパービジョンとも呼ばれる。

8) イギリスの大学教育については、荻谷剛彦『グローバル化時代の大学論② イギリスの大学・ニッポンの大学 カレッジ、チュートリアル、エリート教育』（中央公論新社、2012）を参照。

ビジネススクールの学生と交流する機会がありました。

成瀬 客員研究員はプログラムが違うので、LL.M. 生とも一定の距離があります。特に、私は、LL.M. 生が履修する科目をほとんど聴講しておらず、むしろ、J.D. のごく一部が履修するようなマニアックな科目を多く聴講していたので、LL.M. 生と交流する機会は少なかったです。ただ、そうは言っても、日本人の LL.M. 生の紹介で外国人の LL.M. 生と一緒に食事をする機会がありましたし、J.D. の中でも刑事法に興味がある人は、大抵、私が聴講したい科目を履修しているので、自ずと仲良くなれました。また、スタンフォードの客員研究員の中には、アジア圏から来た裁判官や検察官の方もおり、そういう方とは、共通のプログラムということもあって親しくなりました。

4 授業以外の活動

司会 内田先生が所属されていた NHK といった、授業以外のゼミや研究会、サークル等はどれくらいあるのでしょうか。

内田 参加しようと思えばたくさんあります。様々な企画への参加を募るメールが毎日のように送られてきます。例えば、中国のビジネスローに興味がある人たちが集まるものもありましたし、純粋に遊びで、ソルトレークシティにスキーに行くとか、ミュージカル、オペラ、美術館をみんなで見に行く企画とかは、頻繁に実施されていました。

授業以外の体験という意味では、私は、東アジアの法制度に関するゼミで日本の刑事裁判が取り上げられた際、ゲストとして参加しお話をする機会がありました。周防正行監督の『それでもボクはやってない』という痴漢の冤罪を描いた映画を観て、それについて議論するという回に参加し、日本の刑事裁判の実情についてお話をしました。客員研究員として派遣された判事補の中には、大学で日本法に関する集中講義をした人もいます。

成瀬 スタンフォードは、少人数教育を重視している関係で、コロンビアに比べて、学生が少ないのです。年によって多少変動しま

すが、私が留学した年は、LL.M. が 44 名、J.D. も 1 学年あたり約 190 人でした。そうすると、授業とゼミの境界が曖昧になってきて、授業でも履修者が少なければ、自ずとゼミのような形で運営されることが多かったように思います。先ほどいくつか授業科目を挙げましたが、「少年法」や「量刑・行刑法」などは、このテーマに興味がある学生しか集まらないので、ほぼゼミのようなスタイルでした。

研究会に関しては、お客さん扱いのアメリカでは参加の機会がなかったのですが、期限付きの Faculty Member 扱いのイギリスでは、教授陣による本格的な研究会に参加させていただく機会が数回ありました。

それから、スタンフォードもケンブリッジも、ランチタイムセッションはほぼ毎日やっていて、教授や学生団体が呼んできたゲストスピーカー（研究者・法曹三者・政治家・行政官・ボランティアなど）から、様々なテーマについてお話を伺う機会がありました。ここでは、無料でランチが提供されるので、私は興味があろうとなかろうと、お腹を満たす目的でよく出席していました（笑）。

内田 ほとんどピザじゃありませんでしたか。

成瀬 いや、ピザ以外にも、中華料理やインド料理、イタリアンなど、色々な種類のケータリングがありましたよ。それでも、出席し続けていると、だんだん飽きてくるのですが。

それから、もっと大規模な企画もありまして、私が滞在していた年は、Ginsburg 連邦最高裁判事による講演会や Stanford Law Review が毎年開催しているシンポジウム、Stanford Journal of Criminal Law & Policy の創刊を記念した刑事司法に関するシンポジウムなどがありました。シンポジウムともなると、アメリカ国内外の著名な研究者が一堂に会するので、必ず出席して、著書・論文を読んだことがある研究者には積極的に話しかけるようにしていました。

さらに、スタンフォードはリーガルクリニックも盛んです。これは、教員の指導の下、学生が実際の事件を扱うことにより法実

務を学ぶプログラムなのですが、刑事分野では、検察クリニックや刑事弁護クリニックなどがあります。日本でいえば、ロースクール生が実務修習（検察修習・弁護修習）をやるようなものですね。その他に **Supreme Court Litigation Clinic** というクリニックもあります。このクリニックでは、アメリカ連邦最高裁判所に係属中の事件を受任した教員が指導担当者となり、学生は教員の弁論活動をサポートする形で、連邦最高裁に提出する申立書を起案したり、口頭弁論（oral argument）の戦略を教員と一緒に考えたりするのです。このクリニックの担当した事件が、重要な判例を生み出すことも多いです。ロースクール生が最高裁の判断に実質的な影響を与えるなんて、日本では考え難いですよ⁹⁾。このように、ロースクール段階から実務との接点を多く持たせて、学生の学習意欲を高める工夫をしていることが印象的でした。

内田 UCLA もコロンビアも、お昼のセッションは大体どこでもやっていて、私はピザが多かったような印象があるのですが、お昼ご飯に困ったらそこへ行けば食べられるので、そういう気軽な感じで参加できます。法と経済学で著名な **Richard Allen Posner** 教授を招いた比較的規模が大きい講演会から、学生が主体となる小規模なパネルディスカッションまで、様々なセッションが毎日のように催されていました。先ほどクリニックプログラムのお話が出ましたけれども、コロンビアでも **UCLA** でもそういうプログラムがありました。単位取得を前提としてこれらを受講するとなると、相当な準備と英語力が必要となりますので、2学期目以降に取るべきであると思います。私は2年目、**UCLA** に行ってから、**Mediation** という調停を取り上げたクリニックを取りました。調停の基礎理論や技法について学んだ上で、模擬調停を繰り返し、最終的には調停委員として実際の調停に関与するというプログラムです。準備は大変でしたが、講義やゼミを超えて、さらに実際の実務を自分でやってみるというプログラム

があるのは、アメリカのロースクールの特徴的なところだと思います。

5 留学と家庭

岩淵 生活面について、先ほど伺ったお話からは時間のない中でのタイトな学習になるのかなという印象ですが、お子さんを連れて留学されている方とか、特に女性で出産後に留学する方はどれほどいらっしゃるのでしょうか。

内田 近年採用される判事補の3割前後は女性なので、留学生にも相当数の女性が含まれています。判事補の場合、約3年の新任期間後に留学するケースが多いので、女性は出産前がほとんどであると思いますね。中には、出産後に子供を連れて留学する場合もあるみたいですが、研究中に子供の面倒を見てくれる配偶者や親族が同行することが多いと聞いています。

成瀬 日本の実務家は留学に行くタイミングがわりと早いこともあって、子供が生まれる前に留学に行く人が多いようです。裁判官に限らず、検察官や弁護士についても同じ印象ですね。ただ、小さい子供を連れて留学した夫婦も知っています。その夫婦は、1年目は夫が **LL.M.** 生として勉強する一方、妻は子育てを頑張り、2年目は夫が客員研究員になって子育てを引き受け、代わりに妻が **LL.M.** 生として勉強するというような工夫をしていました。

ちなみに、韓国、台湾、中国の実務家は、ある程度、実務経験を積んでから留学することが多いようです。小さい子供がいる場合は、配偶者と子供を母国に残して単身で留学する、あるいは、配偶者や親族に同行してもらって子供の面倒を見てもらうなどの工夫をしているとのことでした。

内田 裁判所も配偶者や子を日本に残していく人はいますけれども、アメリカではなぜそのようなことをするのかと言われることが多いと聞いたことがあります。

9) 詳細は、成瀬剛「アメリカの刑事司法・法学教育の一断面——最近の連邦最高裁判例を素材として」法教411号164頁（2014）を参照。

成瀬 そうですね。アメリカ人からすると、「キャリアアップのためとはいえ、子供を母国に置いてくるなんて信じられない」という感覚なのでしょう。やはり、子供も一緒に連れて行って、同行家族にサポートをしてもらう人の方が多いように思います。

岩淵 女性の弁護士で米国 LL.M. 留学のタイミングで出産子育てをする方がいるという噂を聞いて、本当にできるのかなと思っていましたが、どうやら本当にいらっしゃるみたいで驚きました。

成瀬 ただ、夫婦の留学と出産・育児のタイミングがうまく合うケースは稀です。留学のタイミングは所属事務所の方針や規模にも左右されるでしょうし、何より、子供を授かるタイミングは神のみぞ知ることですので、授かった段階で、それに合わせて何とかしているのが実情ではないでしょうか。



V. 海外のローレビューと日本のローレビュー

1 海外のローレビュー

司会 ローレビューについて、少し伺いたいと思います。ローレビューというのは、海外、とくにアメリカが本場ではあるのですが、その位置付けや、留学生にとっての認知度はどのようなものなのでしょうか。

成瀬 アメリカのローレビューは、東大のローレビューと同じように、学生が編集・出版しています。ハーヴァードやスタンフォード、コロンビアなどの有名大学は、権威あるローレビューを公刊しているので、認知度は

非常に高いのですが、留学生がいきなり関与できるようなものではありません。J.D. の中でも最も優秀な人達だけが関与できる仕事なので、実態としてどのように編集作業をしているのかはよく分かりません。

ただ、私が留学した年に、一部の学生が「スタンフォードでも刑事法に特化したローレビューを作りたい」と言い始め、その提案に刑事法の教授陣が賛同して、実際に公刊が始まるという出来事があり、文字通り学生主体でやっているということがよく分かりました。先ほど、ローレビュー主催のシンポジウムに参加したという話をしましたが、そのシンポジウムの企画・運営も、基本的に全て学生がやっているんですね。このような様子を見て、アメリカでは学生主体のローレビュー制度が完全に根付いていることを実感しましたし、可能なら、東大のローレビューもそういう形で発展していった欲しいと思いました。

内田 留学生は、参考文献としてローレビューを読むことはあっても、編集に関わることはなく、自分の論文が掲載されるということもあり得ません。ハーヴァード・スタンフォード・イェール・コロンビアなど著名ロースクールのローレビューというのは、掲載されるのがステータスになっています。実務家や研究者でも、応募してもなかなか掲載してもらえないというのが実情で、留学生にとっては雲の上の存在です。学生が主体となって編集しているのはその通りで、コロンビアの場合には、学生たちが厳しい審査をしていて、有名な教授の論文でも落とされるみたいですね。そういう風に東大ローレビューもなってくれば良いなど。そういうことを審査できるレベルまで上がってくれたらいいなと思います。

成瀬 Obama 前大統領や Roberts 連邦最高裁長官は、学生時代にハーヴァード・ローレビューの編集委員長や編集委員を務めていたと思います。将来の行政・司法を担う優秀な学生がやる仕事ですね。

内田 ローレビューの編集委員とか委員長をやって、卒業後に連邦最高裁判事の下でロークラークをやるのが最高のキャリアです

ね。

2 東大ローレビュー

司会 せっかくなので、参加者の方に伺いたいのですが、東京大学法科大学院ローレビューは、実際それほど認知されていないというのが編集委員としては悩んでいるところがありまして、そのあたりは今の話を聞いてどう思われたのでしょうか。ローレビューの位置付けが、今の学生達の中でどのようになっているか、ということですけれども。

高橋 私は、アメリカの法律家を描いた“SUITS”というドラマがきっかけで、ローレビューのことは以前から知っていました。日本とアメリカでローレビューの認知度の高さが違う理由の一つは、ローレビューの編集委員に選ばれること自体にプレステージがあるかどうかという、その位置付けの違いが大きいのではないかと思います。アメリカのように「選ばれし学生」としてローレビューの編集委員を務めること自体の評価が向上すれば、自ずとその認知度も上がるのだと思います。

岩淵 私は、ロースクールに入学後、ガラス棟の壁に貼ってあったポスターを見て知りしました。実際にローレビューを読んでみようかなと思ったのは、自分がリサーチペーパーを書いて投稿した時です。ロースクール在学中は、他の学生さんがローレビューを読んでいたのかも、分からなかったです。高橋さんは読んだことありますか？

高橋 はい、あります。

岩淵 素晴らしいですね。私は、自分がローレビューに投稿した年に何が選ばれたのか気になって読んだのですが、それ以外はまだ読んでいないので、この夏に読んでみようと思います。

司会 イギリスにローレビューというのはあるのですか？

成瀬 あります。ケンブリッジは Cam-

bridge Law Journal, オックスフォードは Oxford Journal of Legal Studies です。ただし、これらの編集作業は教授陣が担当しているので、雑誌の位置づけとしては『東大ローレビュー』というより『法学協会雑誌』に近いものです。プロの研究者が執筆した論稿を、学生が審査して編集・掲載するローレビューというのは、アメリカ特有のスタイルだと思います。

先ほど内田先生も言われたように、アメリカの有名大学のローレビューには、全米、もっと言えば、全世界の研究者が投稿するのです。これに対して、東大ローレビューの投稿資格は非常に限定されているので、将来、もう少し門戸を広げて、研究者、実務家、学生が所属に関係なく投稿できるようになれば、投稿される論稿の質・量をさらに充実させられるかもしれません。

それから、内田先生がご提案くださったように、教員が執筆した論稿についても、学生編集委員がきちんと審査し、場合によっては、不掲載の判断をするということもあってよいと思います。東大ローレビュー創刊時から、学生の投稿論稿については編集委員会による真摯かつ厳正な審査が行われており、その経験・実績を踏まえれば、教員の論稿を審査することも十分可能だと思います¹⁰⁾。

内田 私が留学していた頃に、創刊号が出たのですよね。インターネットで読めるので、村上さんの論文¹¹⁾を読みました。捜査法の授業で出てきた逮捕に伴う捜索差押えに関する判例について調査していた際に、この判例を取り上げた村上さんの論文がヒットしたのです。精緻な分析に基づく素晴らしい論文で、日本にいる法科大学院生が、ここまで書けるのだと思って、刺激を受けました。自分はアメリカにいて、一流の教授の下で判例について解説を受けられる立場にあるのに、ここまで書けるだろうか、と。

このような思い出深い体験もあって、私は比較的読んでいるほうだと思います。今回、

10) 松原健太郎「ローレビュー今後の展望」東京大学法科大学院ローレビュー 10 巻 143 頁 (2015) 参照。

11) 村上祐亮「逮捕に伴う捜索・差押えと逮捕後の移動—比較法的観点からの一考察—」東京大学法科大学院ローレビュー 1 巻 125 頁 (2006)。

そんなローレビュー誌上で座談会の機会をいただけて、とても嬉しく光栄に感じています。が、裁判官がみんな読んでいるかという、全然そういうことはありません。もうちょっと認知度が高まったらいいかなと思います。

高橋 先ほど、アメリカのロースクールではランチセッションというイベントがあると話しされていたと思いますが、そのような、ローレビューに普段は関わりのない学生でも参加できる機会があると、何もないよりは認知度が上がるかな、と。もう考えたらっしやることかもしれないとは思いますが、何かしらのテーマで研究者や実務家の先生方にお話しただいて、学生も参加してカジュアルに質問ができるような機会があったら、私も参加してみたいと思います。

司会 我々編集委員がアドバイスを頂くような形になってしまいましたが、ありがとうございました。



Ⅵ. リサーチペーパーとローレビュー

1 リサーチペーパー

司会 内田先生から事前メールでご教示いただきましたが、リサーチペーパーは海外にもそのような制度があるということをお聞きしました。それで、岩瀬さんもリサーチペーパーを書かれていたということなので、少しアメリカのリサーチペーパーと日本のリサーチペーパーについてお話しただければと思います。

内田 日本のリサーチペーパーというのはどういう制度なのですか。

司会 東大の制度についてのご説明を致します。東大では、学期が前期・後期と分かれています。そのうち半期で履修して書きます。内容は、指導教員の先生と相談しながら各人が自由にテーマを決め、分量は1万2千字が目安とされています。提出後に口頭試問を受けて、単位が与えられます。履修については、必修ではありません。私の個人的な印象ですが、全体の学生の1割も書いていないと思います。

内田 それと似たような制度はあって、本格的に書いたのはUCLAに行ってからです。半期で、Máximo Langer教授という、アルゼンチン出身で、大陸法と英米法の比較法研究、しかも刑事法を専門にされている方に指導教員をお願いしました。裁判員制度が始まる直前の時期ということもあって、裁判員制度における量刑ガイドラインの導入可能性をテーマにリサーチペーパーを書きました。

当時日本では、これまでは非常に幅広い法定刑の中で、専門家である裁判官が、行為責任を基本とし、過去の類似の事案を参考にして大枠を決め、個別事案に照らして具体的な量刑判断をしてきたところ、量刑の専門家ではない裁判員が参加する裁判員裁判において、どのように量刑評議を行うべきかが盛んに議論されていました。その議論の中で、過去の類似事例の内容を透明にする必要があって、量刑データベースを整備した上で、当事者も閲覧できるようにしようという提案がされていたのです。この点について、私は、国民の良識を裁判に反映させるという裁判員制度の導入の趣旨からすれば、過去の量刑データベースのみを参照するよりも、アメリカの量刑ガイドラインを参考にして、幅広い法定刑を事案類型ごとに細分化し、加重・軽減要素を例示したガイドラインを、法曹関係者だけではなく被害者団体等を含めた色々な立場の人に議論してもらって作った方がよいのではないかという問題意識を持っていました。このような問題意識に基づいて、リサーチペーパーを書きました。

そして、指導教員の助言を受けつつ論文を

完成させ、口頭試問を受けて単位を取得したのです。

コロンビアでも、単位を二十数単位とる中の、2単位に関しては、論文を書く形の講義又はゼミで取得するという縛りがあったので、量刑論のゼミの中で、比較的短いリサーチペーパーを書きました。内容は、性犯罪者に対する刑罰に関して、再犯を防止するために、アメリカの刑罰メニューを参考にしつつ、懲役刑だけでなく再犯防止プログラム等を組み合わせて、刑罰メニューの多様化を図るべきではないかというものです。

岩淵 リサーチペーパーについて、アメリカのLL.M.ではほとんどの学生が一度は書いているという位置付けなのでしょうか。

内田 修士論文というような縛りはないのですが、リサーチペーパーを書く授業やゼミで単位をとらなければならないので、ほとんどの人が書いていると思います。

ただ、リサーチペーパーだけで単位を取るという経験を全員がしているわけではないと思います。

司会 日本ほど少なくはないのでしょうか。

内田 日本ほど少なくないと思いますね。母国で法学を修めて来ている人たちですの、何らかの形で論文・リサーチペーパーを書くという人は多いと思います。

2 リサーチペーパーとローレビュー

岩淵 リサーチペーパーについて、書いた人は皆ローレビューにこぞって出したがるというものなのですか。

内田 そんなにレベルの高いものではないですね。ローレビューに載せられるものとは全然レベルが違います。

成瀬 アメリカのローレビューは、研究者・実務家が執筆する部分と学生が執筆する部分に分かれています。ハーヴァード・ローレビューを例にとると、Articles, Book Re-

viewsなどは研究者・実務家が執筆した論稿であるのに対し、Notes, Recent Cases, Recent Legislations, Supreme Court Leading Casesなどは学生が執筆した論稿です。

このうち、NotesにはJ.D.が執筆したリサーチペーパーが掲載されることもあります。編集委員会による審査は非常に厳しく、そう簡単には掲載されません。また、学生の論稿については、通常、投稿後に編集委員会の意見を踏まえて大幅な加筆修正が行われるため、執筆者を明示せず、匿名の形で掲載されます¹²⁾。

学生が執筆する論稿のうち、毎年11月号に掲載されるSupreme Court Leading Cases¹³⁾は、特に信頼性が高いと考えられていて、論文等でもよく引用されます。私自身も、連邦最高裁の最新判例について調べる際は、最初にこれを読んで判例の位置づけ等を確認しています。

内田 優秀な学生はロークラークをやりますからね。日本の最高裁調査官みたいなことを卒業してでやるわけで、連邦最高裁判事のロークラークが調査したものが判決になることもあり、そういう力のある人は当然いるので、参考になると思います。我々が書いたものは、全然そういうレベルにはならないです。

VII. ヨーロッパとアメリカのいずれに留学するかによる違い

司会 次に、ヨーロッパ諸国とアメリカのいずれに留学するかについて、どのような差異があるのかについてお話いただければと思います。

1 他国へのアクセスのしやすさ

成瀬 ヨーロッパ留学のメリットは、滞在先の一カ国だけでなく、他のヨーロッパ諸国にも気軽に足を延ばせるという点です。私は、ドイツ・フランスに複数回出張し、両国

12) 詳しくは、ハーヴァード・ローレビューのウェブサイト (<https://harvardlawreview.org/about/>) を参照。

13) 前開延期に連邦最高裁が出した主要判例に関する評釈。

の刑事司法制度についても調査しました。また、ヨーロッパには多くの国際司法機関があるので、EU 司法裁判所（ルクセンブルク）、欧州人権裁判所（フランス・ストラスブール）、国際司法裁判所・国際刑事裁判所（オランダ・ハーグ）などを訪問して、ヨーロッパの司法が全体としてどういう方向に向かっているのかについて学べたことは、アメリカ法の立場を相対化する意味でも有益だったと思います。

内田 裁判官が留学する場合、公用パスポートを使いますので、行き先が限定されず。アメリカの場合、カナダとメキシコにしか行けません。これ以外の国に行くためには、研究目的とともに申請して、行き先を追加してもらうことが必要になります。EU の国に留学する場合であれば、行き先の範囲はもっと広いと思います。

2 留学と国際機関へのインターンシップ

高橋 アメリカだとニューヨークの国連本部やワシントン DC の世界銀行、ヨーロッパだと今名前の挙がったような場所をはじめとする多くの国際機関があると思いますが、留学中、例えば LL.M. で留学されている方で、国際機関等でインターンをしていた方などは周りにいらっしゃいましたか。というのも、私はずっと国際機関に関心がありまして、機会があればぜひ行きたいなと思っているのですけれども。

成瀬 友人の検察官が人事院派遣でイギリスに 2 年間留学していたのですが、彼は長期休みを利用して、スイスのジュネーブにある国連人権高等弁務官事務所（OHCHR）でインターンをしていました。ヨーロッパに留学する場合は、国際機関との距離が近く、引越しも簡単ですので、インターンはやりやすいと思います。

内田 裁判官として留学する限り、アメリカの国際機関でインターンの機会を得るのはなかなか難しいと思います。ニューヨークの国連代表部やワシントン DC の在米大使館には、裁判所の出向者がいますので、その方を

通じて見学等をさせてもらうことは可能かもしれません。

3 留学と実務の調査

内田 アメリカに留学する判事補の休み中の活動として多いのは、各地の連邦裁判所や州裁判所を訪問し、傍聴や裁判官との意見交換を行うというものです。私自身、夏休み中に色々な州の裁判所を訪ねて傍聴や意見交換等を行いましたし、カナダの裁判所を訪問したこともあります。最も遠い所だと、イエローナイフというオーロラが見られることで有名な町があるのですけれども、その裁判所にも行きました。アメリカでは法曹一元制度を採っていて、弁護士の中でも尊敬される人が裁判官になるというシステムになっていることもあってか、自分が裁判官だというふうに言うとは、歓迎してくれることが多かったですね。年齢が若過ぎるということで、身分を疑われることもありました。

休み中の活動については、人事院や裁判所で手配してもらえないわけではないので、主体的に積極性を持って取り組むことが大切です。

成瀬 研究者にとっても、現地の実務を学ぶことは大切なので、休み期間中は、頻繁に裁判傍聴をしていました。そうすると、見慣れないアジア人が毎日法廷に来ているということで、裁判官の方から声をかけてくださるんですね。そこで、日本の刑訴法研究者である旨、自己紹介をすると、ある程度信頼していただけて裁判官室（Chamber）に招き入れてくださったりするんです。さらに親しくなると、起訴状などの訴訟記録も見せてくれたり、法曹三者だけで行われる非公開手続の傍聴も特別に許可してくれたりします。

裁判所だけでなく、検察庁や公設刑事弁護人事務所にも足を運んで、両当事者の本音を聞き出すとともに、それぞれの組織がどのように運営されているかについても調査しました。このように、積極的に取り組めば何でも実現できるのが留学の魅力だと思います。

内田 すごく度量の大きさを感じますね。私が自分で裁判官をやっている、毎日法廷傍

聴に来ている外国の方がいたとしても、事前に申出等がない限り、声をかけて何かを教えるというのはあまり考えられません。裁判官室にまで招くというのは考えられないことなのですが、それをやってくれるんですよね。自国の法制度を学びに来ている人たちには、何でも教えてあげようという気持ちを多くの法曹関係者が持っている。こちらが身分を明かさ前から声をかけてくれるんです。

ただ、このような機会を得るためには、積極性が大事です。裁判傍聴をするにも、警備が厳しかったりして、勇気が要るのですよね。そういうところに積極的に出て行けば色々なチャンスがつかめるとというのが、アメリカの特徴であると思います。



VIII. 留学後のキャリアパス

司会 岩渕さん、今のお話に関わるものでも、それ以外でも、何かありますか。

岩渕 今のお話も非常に面白かったですのですが、留学後のキャリアパスというのが気になっているので、お伺いしてもよろしいでしょうか。

内田 人事院の留学制度による場合、1年目はいずれかのロースクールに所属する学生として留学します。2年目についてはいくつか選択肢があります。まず、1年目にLL.M.を取ったロースクールの教授とコネクションが出来た場合には、そのロースクールに客員研究員等として残り、取得単位の縛りのない中で講義の受講や研究論文の執筆をしたり、裁判所や弁護士事務所を訪問して実務研究を行ったりすることができます。次に、2年目

は別のロースクールに行き、更に学位を取得するという選択肢もあります。人事院の留学制度では学位の取得が最低条件で、複数のロースクールでLL.M.を取得すること自体にはあまり意味がないのですが、ロースクールごとに強みを持つ分野が違うため、1年目とは異なる視点からLL.M.を取得することには意義があると思います。私は、2年目に東海岸とは異なる特色を持つ西海岸のロースクールに行こうと考え、いくつか受験した上で、映画やテレビ等のエンターテイメント・ローやアジア諸国との比較法研究に強みを持つUCLAロースクールを選びました。このほか、成瀬先生が留学されたスタンフォードロースクールには、LL.M.を修めた学生が更に発展的な研究をし、本格的な論文を執筆することを目指すJSDというプログラムがあります。少人数制で倍率が高く、私は入れなかったのですが、留学した判事補の何人かは2年目にこのプログラムを取っています。

一方、裁判所の留学制度による場合、ロースクールの客員研究員又は現地の裁判所の研修生として、1年間研修することになります。

留学後のキャリアについては、LL.M.を取ることが裁判官の留学制度の目的ではないので、学位を利用することや、留学先で得た知識を表面的に生かしたりすることが期待されているわけではありません。日本で裁判をする限り、英語・外国語を使うことはほとんどなく、外国の法制度や実務に関する知見が直接必要となる機会は多くありません。それにもかかわらず、なぜ多くの判事補が留学に行っているかというと、司法制度改革において、多様で豊かな知識、経験を備えた裁判官を確保するための方策が議論され、その一環である判事補の外部経験プログラムの一つとして留学制度が位置付けられているからなのです。外部経験プログラムには、留学のほか、行政機関への出向、弁護士職務経験、民間企業研修等があります。このように、裁判官の留学の目的は、外部経験をして経験・視野を広げることにあるので、外国の法制度や実務を日本の制度や実務に直接反映させることが期待されているわけではありません。普段の仕事で得られない経験をし、裁判官とし

での足腰を強くして、多角的な視点から物事を考えられるようになることが求められているのです。

私個人としては、留学を通じて、世界には様々な人がいて、それに応じて色々な司法制度や裁判実務があることを知り、裁判官としての視野が明らかに広がりました。これらは、インターネット等を通じて情報を得ることのみからでは学び得ないものです。裁判では、前例のない事案や法律問題における判断を求められることも多いのですが、留学を通じて得た外国法や裁判実務に関する知識が直接役立つわけではないものの、多角的な視点から考えると、色々な調査を試みることができるようになっており、裁判官として成長できたという意味で、キャリアにはプラスになっています。

もちろん、外国の法制度・裁判実務の調査出張や、外国から訪日する法曹関係者との意見交換の際、留学での経験が直接的に役立つこともあります。私自身、留学後、遺産分割及び成年後見制度に関するフランス・ドイツへの調査出張、国際法曹協会の総会に出席する最高裁判事の随員、ドイツや韓国から来日した裁判官との意見交換等を経験しましたが、その際に留学で得た語学力や外国法の知識が役立ちました。また、私は経験がないのですが、留学経験者の中には、希望して行政庁の国際的ポスト（外務省の条約担当や経済産業省の通商担当等）や在外公館（アメリカ大使館、中国大使館、国連代表部等）で勤務したり、法整備支援（ベトナム、カンボジア、インドネシア）に従事したりする人もいます。そういう形で直接的に留学経験が役立つポストに就いた人もいますが、それよりも裁判官としてより視野を広げることが一番大きいのだということを強調したいですね。

成瀬 研究者にとっての留学は、今後の研究者人生の基盤を作るための時間です。それゆえ、中長期的な視点に立って、10年、20年後に自分はどのような研究者になりたいかをじっくり考えた上で留学先を選び、その目的に沿う形で留学生活を過ごす必要があります。私の場合は、先ほども申し上げたよう

に、英米の刑事司法制度を理論と実務の両面から網羅的に勉強するという目的で留学したので、両国でどのような問題が議論され、どのような文献があって、何を調べればさらに理解を深められるのかというような、今後じっくり研究するための種を幅広く集めるようにしました。その結果、英米の議論状況を概ね把握することができましたので、帰国後は、アメリカ法やイギリス法のゼミを開講して、学生の皆さんと一緒に両国の刑事司法制度に対する理解を深めています。今後、その研究成果を論文等の形で公表していく予定です。

現在、日本の刑事司法においては、戦後改革に匹敵するような大改革が行われており、新時代の刑事司法制度のあるべき姿について、実務家と研究者が共に議論し、考えていかなければなりません。実務家の皆さんは実務経験を踏まえた提案をしてくださるので、研究者は外国法の深い理解に根差した提案をすることが求められています。私も、2年間の留学成果を活かして、研究者としての役割を果たしていきたいと考えています。

岩淵 ありがとうございます。お話を伺い、留学に行くことで、その経験を踏まえて活動の幅が広がるということが具体的に分かったので、私も留学して見聞を広めたいと強く思いました。



Ⅸ. おわりに

司会 時間も迫っておりますので、学生の方は最後に何か伺いたいことがありましたら、あるいは先生方も何かこれだけはお話したい、というようなことがございましたら、

ら、お願い致します。

内田 裁判所・裁判官と留学というのは、あまりイメージが結びつかず、将来のキャリアにどのように役立つのかが分かりにくいかもしれませんが、毎年40名程度の判事補が留学の機会を得ているなど、チャンスは非常に多いと思います。ですから、裁判官になると、留学の機会が少ない、国際的な業務に関わることができないなどとは思って欲しくありません。

また、裁判官の留学は、普段の仕事では得られない経験をして、広い意味での力量の向上につなげることが主たる目的ですので、特定の成果を求められるわけではなく、主体的に自由な研究ができるという魅力があります。

私もそうですが、留学経験者の多くは、人生で一番楽しく、充実した期間であると言います。先ほど勉強が忙しいと言いましたが、休みもそれなりに長くありますので、各地の裁判所や行政機関等、色々な所を訪ねることもできますし、旅行なども十分できる機会もあります。私の場合は結婚してから妻と一緒にいったので、留学中に共有した時間はかけがえのないものになっています。喧嘩をして気まづくなった時には、その時のことを思い出して話すと仲直りできるというのがよくあります。このことを先輩裁判官に話すと、三十年くらい上の先輩がいるのですが、その人も「僕もそうなんだよね」みたいな、未だに留学時のことを話すと本当によかったねということになるようです。

最近では若者の海外留学への興味が薄れているという調査結果もあるようですが、このローレビューを見る人は是非検討対象の一つに加えて欲しいなと思います。

成瀬 「研究者が留学するのは当たり前」と思われている一方で、実情を知っている人は少ないので、今回、その一例を具体的に示したことは一定の意義があると考えています。この座談会を通じて、同じ留学であっても、裁判官には裁判官の留学目的があり、研究者には研究者の留学目的があるということをお分かりいただけたかと思います。

最後に内田先生がおっしゃった、留学中の

思い出話をすると妻と仲直りできるという点には、私も賛同します。私の妻は国家公務員なのですが、配偶者同行休業制度（外国の大学で修学等をする配偶者と外国において生活を共にするための休業制度）を利用して、イギリス留学に同行していました。その間、研究目的と観光目的を兼ねて、夫婦でヨーロッパ諸国を歴訪したので、帰国後、夫婦喧嘩をした時も、ヨーロッパの都市がテレビに映し出されると、「あの美術館のゴッホ作品は良かったよね」とか「あの店のジェラートは美味しかったよね」という話になり、自然と仲直りできるのです。そのくらい、留学生活は楽しかったということです。

皆さんがロースクールを卒業してどういう職業に就くとしても、海外に行くチャンスは必ずあるので、是非、積極的に応募して欲しいと思います。

内田 海外のロースクールで苦楽を共にした人との付き合いは、国や職場の垣根を越えて長く続きますよね。そういう機会もなかなかないので、是非積極的に希望してもらいたいと思います。

成瀬 研究者にとって、留学中に得られた現地の研究者や実務家とのつながりは一生の宝物です。親しい間柄になれば、帰国後も気軽にメールで質問できますし、出張で海外調査に行く際も丁寧に応対してもらえるからです。もちろん、一度会っただけで親しくなるのは難しく、現地で1年ないし2年間生活をして、相手と何度も会う中で徐々に信頼関係を形成していく必要があるのですが、その意味でも留学には大きな価値があると思います。

高橋 やはり留学に行くしかありませんね。

内田 高橋さんは、以前、国際機関でインターンをしていたのですか？

高橋 国際機関はこれから行きたいと思っているのですが、大学の時に外務省の派遣プログラムで半年間アメリカに滞在し、農務省倫理局というところでインターンをした後、一年間オーストラリアのシドニー大学に交換留学させていただきました。ですから4年間で1年留学をさせていただいて。

内田 さらに行きたいと。

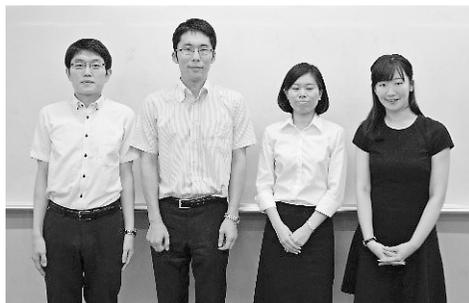
高橋 絶対に行きたいですね。次はヨー

ロップに行きたいという思いがあります。今までは抽象的な想像に留まっていたのですが、今回、日本での準備期間から現地での学生生活についてまで具体的にお話を伺ったことで、留学への意欲がさらに強まりました。本当にありがとうございました。

岩淵 私も弁護士として何年か勤めた後、LL.M. でアメリカに行き bar を取ってこようかなと漠然と考えていたのですが、今日のお話でより留学に向けた手続や向こうでの生活、留学を通じて何が得られるのかということをも具体的にイメージできました。先生方のように、私も自分なりの留学へ行く目的と覚悟を自分の中で整理していきたいと思います。本当にありがとうございました。

高橋 興味がない人にもお勧めしたいと思います。

司会 では時間となりましたので、ここで締めさせていただきます。大変お忙しい中、長時間にわたり、本当にありがとうございました。



(2017年6月15日収録)

投稿論稿選出理由

錯誤に関する法制度の経済分析

赤羽寿海

本稿は、学説上及び判例上も多様な議論のある錯誤制度について、経済分析を用いて一定の示唆を与えようとするものである。本稿は、ラスムセン=エアーズによるモデルに依拠しつつ、日本法における錯誤制度の要件について新たな視点を提供するものであり、その独自性、及び、モデルの精確な紹介、適用について高く評価できる。

もっとも、審査会議では以下のような指摘がなされた。筆者が本稿の主題をゲーム理論として比較的フォーマルに定式化したところ、それに見合った分析となっていない部分がある。また、本稿は具体的数値例を設定しているが、この段階で恣意が入り込む余地があるところ、その排除に対する配慮が明示されていない。そのほかに、近時の重要判例である最三判平成28年1月12日民集70巻1号1頁等について言及がないなど、筆者の日本法知識に疑問がないではない。

しかしながら、筆者の元モデルに対する理解は深く、ゲーム理論に対する理解も一定の水準に達しているため、上記の事項は論稿の価値を低めるような瑕疵には至っていない。また、筆者の日本法に対する理解については疑義があり得るものの、本稿は「経済分析」を主眼としているから、この点が本稿の価値を下げるものではない。以上のように、本稿には上述のような価値があり、上述した問題もこの価値を損なうものではないから、編集委員会としては、本稿の掲載を可とすると判断した。

児童虐待の処罰に関する考察

池田直人

本稿は、児童虐待に関する米独の処罰規定について丁寧に整理・分析したうえで、そこで得られた知見や訴訟法の観点を踏まえつつ、わが国における児童虐待に関する量刑上の考慮について論じている。これまで十分に検討がなされていなかった部分について、新たな問題意識・知見を提供しており、高い新規性・創造性を認めることができる。また、米独での処罰規定を丁寧に整理・分析したこと自体についても、一定の学術的価値を認めることができる。

もっとも、審査会議においてはいくつかの疑問点が指摘された。本稿は随所に「行為責任主義」という言葉・概念を用いているが、その内容について十分な議論をしないままであるために、説得力を欠く論証になっている部分が見受けられるとの指摘があった。また、外国法分析の部分と量刑論の関係が判然とせず、論稿全体としての論旨が必ずしも明らかでないとの指摘もなされた。

しかしながら、以上の問題点は本稿の基礎を損なうものではなく、法科大学院生の論稿として掲載に足る新規性・創造性及び論証の精確性を有しているものとして、掲載を可とするとの判断に至った。

執筆者一覧

赤羽寿海	2014年4月既修コース入学・2016年3月同コース修了
池田直人	2016年4月既修コース入学
植村立郎	前大学院法学政治学研究科非常勤講師・弁護士
白石忠志	大学院法学政治学研究科教授
ダニエル・H・フット	大学院法学政治学研究科教授

特集「座談会 海外ロースクール事情」 参加者一覧

内田哲也	大学院法学政治学研究科客員准教授・判事
成瀬 剛	大学院法学政治学研究科准教授
岩淵史恵	2015年4月既修コース入学・2017年3月同コース修了
高橋麻彩	2015年4月未修コース入学

編集委員一覧

学生編集委員

矢ヶ崎悠 相澤千尋 朝田啓允 浅野博司 池田直人 佐藤克郎
清水洋佑 塚本 恒 船渡康平 町田哲哉 御手洗伸 森本大貴
吉見洋人

教員編集委員

川出敏裕 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長
原田 央 大学院法学政治学研究科教授
加藤貴仁 大学院法学政治学研究科准教授

編集後記

春は桜梅桃李の花あり，秋は紅蘭紫菊の花あり，皆これ錦繡の色，酷烈の匂なり——とは，古今著聞集に記された麗句である。平成 28 年の末，洋蘭の咲き誇る季節に編集委員長を拝命し，以来約 1 年にわたって編集作業に携わってきた。

論稿を受け付けたのはまさに桜梅桃李の候で，本年は昨年と同数の 16 本の投稿があった。厳正な審査の結果，2 本の論稿が掲載の運びとなったが，去年に比べ掲載論稿の数は半分に減じた。

単純な数の上にも表れているように，本年の審査は例年にもまして厳格なものであったように思う。その理由は，妥協を許さずに真摯に論稿に向き合った編集委員の努力もさることながら，投稿論稿の質が全体的に高かったがゆえに，選別のためには勢い見る目を厳しくせざるを得なかったことにある。大方の論稿に評価すべきところがあり落選とするに忍びなく，夏の審査会議ではいずれ菖蒲か杜若と編集委員一同大いに頭を悩ませた。その結果選び抜かれた 2 本の論稿は，秋を誇る紅色の蘭と紫色の菊のごとくに並び立って本誌を彩っている。厳選した質の高い論稿を世に送り出せることは，今期編集委員長を務めた身として大変に誇らしく大きな喜びである。

実は，今期の編集委員会発足当時は，このように厳しい審査を行うことになるとは予期していなかった。むしろ近年における投稿数の頭打ちの原因として掲載に到るまでのハードルの高さが指摘されていたために，ローレビューの発展継続のためには間口をより広く開放することが必要なのではないかとの議論もされていた。それが蓋を開けてみれば掲載論稿を含め質の高い投稿論稿に恵まれ，例年同様審査にやささかも手心を加える余地がなかったことは嬉しい誤算であった。

さらに，本学の先生方よりお寄せいただいた 3 論稿もまた本誌の誇る華であり，特集も同様である。寄稿論稿は，カラフルな花束のようにそれぞれ異なるテーマについて興味深い議論を展開してくださった。一方で今期の特集は留学及び海外ロースクール事情を取り上げ，国境を越えた取り組みにフォーカスすることとなった。それと呼応するように今期の投稿論稿は，掲載に至らなかった論稿も含め，大半が国外の先行研究をも丁寧に参照して議論を組み立てるものであった。比較法的考察が掲載の要件ということではないが，法曹の国際化は今日の重要な課題であり，本学法科大学院も「国際的分野でも活躍しうる」人材の養成を教育理念に掲げる。今期の本誌はまさにその成果を体現するものと言えよう。また編集作業中，海外の学生や研究者からも投稿の希望が複数寄せられた。残念ながら規約に定めた投稿資格の関係上彼らの期待に沿うことはできなかったが，今後の本誌の目指すところについて深く考える契機となった。

東京大学法科大学院ローレビューは今年 12 周年の節目であり，創刊より干支が一巡した。今後は国境を越え一回りも二回りも発展していくであろうという期待を抱いて今期の大団円を迎えられることに万感胸に迫る思いである。第 12 巻の発刊に例年にもましてご尽力いただいた株式会社商事法務の方々，本学の先生方，特集企画にご協力いただいた方々には心より感謝の意を申し上げたい。そして何より，投稿者及び寄稿者の皆様が日頃の研究を花開かせ錦繡を重ねた論稿をお寄せくださったおかげで，今年も胡蝶蘭の季節に華を添えることができた。薫り高い花束のごとき第 12 巻を手にして，本誌に百花繚乱の遠からぬことを確信しつつ，金木犀の香の中に筆を擱く。

東京大学法科大学院ローレビュー第 12 期編集委員長 矢ヶ崎 悠

東京大学法科大学院ローレビュー Vol.12 2017 年 11 月発行 The University of Tokyo Law Review

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.slrr.j.u-tokyo.ac.jp/



※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，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。

