HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第58巻　第5号　全1冊
Citation	北大法学論集, 58(5)
Issue Date	2008-01-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/32302
Type	bulletin
Additional Information	There are other files related to this item in HUSCAP. Check the above URL.
File Information	lawreview_vol58no5.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 58 巻　第 5 号

論　説

被害者の承諾（3）
——各論的考察による再構成—— …… 佐　藤　陽　子　1
おとり捜査の研究（3）
——ドイツ法理論の発展を手掛かりにして——
…… 内　藤　大　海　65
M. ウェーバーとK. ヤスパースにおける価値思考の法哲学的意義（5）
——現代正義論の思想史的背景—— …… 菅　原　寧　格　137

シンポジウム

韓国民法・韓国法文化と高教授
韓国民法の特色——日本法との比較—— … 高　翔　龍　193
高民法学の紹介及び質疑討論 …… 吉田　邦彦ほか　232

講　演

競争秩序における債務法
——フランス法からの考察—— …… ミュリエル・シャニィ　396[1]
吉田　克己　訳
競争法と損害賠償訴権 …… ミュリエル・シャニィ　362[35]
吉田　克己　訳

研究ノート

移転させられた損失（1）
——Hannes Unberath, *Transferred Loss, Claiming Third Party Loss in Contract Law* (2003) の紹介とイギリス法の分析を中心にして——
…… 新　堂　明　子　346[51]

紹　介

訳者まえがき …… 296[101]
現代中国における刑罰政策の発展と変革 …… 盧　建　平　293[104]
坂口　一成　訳
中国の刑事政策システムにおける民間社会の役割の変化
——ガバナンス理論を導きに—— …… 盧　建　平　279[118]
坂口　一成　訳

雑　報

2008（平成20）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄兒（経済法）
五十嵐清（比較法）
石川武（法史学）
伊藤大一（行政学）
小川晃一（政治思想史）
神原勝（行政学）
小暮得雄（刑法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤弘二（商法）
實方謙二（経済法）
東海林邦彦（民法）
杉原高嶺（国際法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
畠山武道（行政法）
深瀬忠一（憲法）
福永有利（民事訴訟法）
藤岡康宏（民法）
保原喜志夫（労働法）
松澤弘陽（政治思想史）
松村良之（法社会学）
藪重夫（民法）
山畠正男（民法）

教授

池田清治（民法）
今井弘道（法哲学）
遠藤乾（国際政治）＊
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
尾﨑一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
○小森光夫（国際法）
権左武志（政治思想史）
佐々木雅寿（憲法）
笹田栄司（憲法）
白取祐司（刑事訴訟法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
空井護（現代政治分析）
高見進（民事訴訟法）
○田口正樹（法史学）
田中宏（法実務基礎）
田村善之（知的財産法）
辻康夫（政治学）
常本照樹（憲法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）＊
中山博之（刑事実務）
長谷川晃（法哲学）
林竧（商法）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
人見剛（行政法）
○藤原正則（民法）
町村泰貴（民事訴訟法）
松浦正孝（政治史）＊
松久三四彦（民法）
宮本太郎（比較政治経済学）＊
宮脇淳（行政学）＊
村上裕章（行政法）
○山口二郎（行政学）＊
山崎幹根（行政学）＊
山下龍一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田克己（民法）
吉田邦彦（民法）
亘理格（行政法）＊

特任教授

伊藤誠一（民事実務）
佐藤崇（刑事実務）
村主隆行（民事実務）
田村智幸（法実務基礎）

客員教授

曽野裕夫（民法）

准教授

會澤恒（比較法）
桑原朝子（日本法制史）
新堂明子（民法）
得津晶（商法）
○中川寛子（経済法）
中島岳志（アジア政治論）＊
深町晋也（刑法）
藤谷武史（行政法）
堀口健夫（国際法）＊
眞壁仁（日本政治思想史）
水野浩二（法史学）
横溝大（国際私法）
吉川吉樹（民法）
吉田徹（ヨーロッパ政治史）＊
吉田広志（知的財産法）

特任准教授

宮本融（国際政治）＊

講師

石川敬史（政治史）
押見善久（労働法）
根本尚徳（民法）

助教

遠藤泰弘（政治思想史）
北見宏介（行政法）
高影娥（民法）
黄詩淳（民法）
倉田賀世（社会保障法）
佐藤陽子（刑法）
菅原寧格（法哲学）
池炫周（政治学）
辻信幸（憲法）
内藤大海（刑事訴訟法）

雑誌編集委員　○印

＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論説

被害者の承諾（三）

――各論的考察による再構成――

佐藤陽子

目次

序論
第一章　国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾
第二章　財産に対する罪と被害者の承諾

（以上五八巻三号）
（以上五八巻四号）

第一節　はじめに
第二節　領得罪（窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪）
一　はじめに
二　領得罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について
三　合意（権）者について
四　表明の必要性（合意の方式）について
五　合意能力について
六　錯誤・強制に基づく合意について
七　条件付の合意について
八　合意の時期・撤回可能性・撤回能力について
九　まとめ
第三節　毀棄罪（器物損壊罪）
第四節　盗品等関与罪
第五節　小括
第三章　自由に対する罪と被害者の承諾
第四章　生命・身体に対する罪と被害者の承諾
結語　～総論的考察への示唆～

（以上、本号）

第二章　財産に対する罪と被害者の承諾

第一節　はじめに

財産に対する罪は、その名の通り、個人の生存および社会活動の基礎となる財産を他人の不正な侵害から保護するための規定である。[1] 財産犯として、刑法典上分類されているのは、第三六章「窃盗及び強盗の罪」、第三七章「詐欺及び恐喝の罪」、第二八章「横領の罪」、第三九章「盗品等に関する罪」、第四〇章「毀棄及び隠匿の罪」の下におかれる諸犯罪構成要件である。具体的には窃盗罪、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪、横領罪、器物損壊罪、盗品譲り受け等の罪（以下、盗品等関与罪とよぶ）などがこれにあたる。

財産に対する罪と被害者の承諾を論じるに当たって重要なことは、財産犯では同じ財産権を保護する規定であっても、構成要件ごとに様々な行為態様が規定されているということである。これは、財産権がそれだけ重要であるというより、財産権侵害すべてを刑法上処罰する必要がないことから、経済社会を破壊しかねないほどの重要性をもった財産権の侵害にのみその処罰の対象を絞るためのものであるといえよう。[2] つまり、刑法の構成要件に規定されている以外にも様々な形の財産権侵害は存在するのだが、その中でとりわけ重大なもののみを処罰の対象とするために行為態様によって絞りをかけているのである。どのような財産に対するどのような侵害を刑事罰の対象とすべきかは、被害を受ける財産の経済的重要性、刑罰による保護の必要性（他の手段による侵害の防止、被害の回復の可能性）、刑罰による保護の実効性の三つの観点から定められることになる。[3]

財産に対する罪にむけてなされた被害者の承諾がその犯罪の成立を妨げることは、おそらく判例・学説問わず、一般的に認められていることであろう。しかし、それがどのような形で犯罪の成立を妨げるかは、十分に議論する余地があるように思われる。

たとえば、序論で述べたように、窃盗罪は被害者の承諾論の総論的な記述において、違法性阻却の効果を持つ被害者の承諾の例外として、「被害者の承諾があると、構成要件該当性を欠くばあい」の代表例とされるものである。[4] また、

器物損壊罪は、それに関する被害者の承諾が、構成要件該当性を排除するのか[5]、違法性を阻却するのか[6]が争われている。果たして、財産に対する罪における被害者の承諾は、犯罪論体系上どこに位置するものなのだろうか。そしてそのような区別に果たして重要性はあるのだろうか。

これらの問いを明らかにするためには、各論的な検討が有用であろう。そしてまたこのような検討から、これらの罪において被害者の承諾が有効に成立する要件をも導き出すことができるように思われるのである。

つまり本稿の課題は、財産に対する罪に分類されるいくつかの犯罪構成要件において被害者の承諾の役割と要件を明らかにすることである。具体的には、まず財産犯の中心である領得罪を例にして、領得罪における被害者の承諾の犯罪論体系上の地位、そして有効な承諾のために必要な要件を検討する（第二節）。続いて、器物損壊罪を例にして、同様の検討をおこなっていく（第三節）。これらの検討から、あらゆる財産に対する罪にあてはまるような一般的な承諾論のテーゼを導くことが本稿の目的である。

また総論的視点からではなく各論的視点から、近年被害者の承諾との関係が論じられている犯罪類型がある。それは盗品等関与罪である。詳細は後述するが、中でも盗品等あっせん罪において被害者に贓物を買い戻させる行為がその罪の成立を肯定するかが問題となっており、そこでは「被害者が有償の取戻しを了承した」という意味での被害者の承諾が問題になっているともいわれている。本稿の目的は各論的な検討によって、これまで総論的におこなわれてきた議論を再構成することにあるが、逆にこれまで各論的におこなわれてきた議論を、総論的なテーゼを前提にして他の構成要件と統一性のあるものとして再構成することをも目的としている。それゆえ被害者への贓物返還事例を中心に、総論的な視点をまじえて、盗品等関与罪に被害者の承諾を適用する余地があるのか、あるとすればどのような場合に、どのような要件で適用できるのかを検討したい（第四節）。

第二節　領得罪（窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪）

一　はじめに

領得罪とは、他人の財産権侵害に加えて自己あるいは第三者に物を不法に取得させる犯罪であり、実務における刑法犯で中心を占める犯罪類型である。(7)

刑法二三五条（窃盗罪）は「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、十年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。」と規定し、また刑法二三六条一項（強盗罪）は「暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、五年以上の有期懲役に処する。」と規定している。両者は盗取罪と呼ばれ、行為者が専断的に占有者の占有を破棄し、その物を不法に領得する点に特徴のある犯罪類型である。

他方、刑法二四六条一項（詐欺罪）は「人を欺いて財物を交付させた者は、十年以下の懲役に処する。」と規定し、また刑法二四九条一項（恐喝罪）は「人を恐喝して財物を交付させた者は、十年以下の懲役に処する。」と規定している。両者は、占有者の瑕疵ある意思に基づいて、財物または財産上の利益を取得する点に特徴のある犯罪類型である。(8)

窃盗罪、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪は、いずれも他人の占有下にある物を占有者の真の意思に反して、自己あるいは第三者の占有に移す点では共通しているが、占有移転のきっかけとなる行為はそれぞれ異なっている。

本稿の目的は、これまでおこなわれてきた総論的検討による被害者の承諾論のテーゼを、各論的考察によって再検討することにある。そのためここではまず、領得罪における被害者の承諾の犯罪論体系上の地位について被害者の承諾の犯罪阻却根拠に着目しながら検討していきたい（2）。そしてこのような検討によって導かれた承諾の性質に基づいて、

領得罪において有効な承諾が成立する要件について検討する。具体的には、承諾（権）者は誰であるのか（3）、表明の必要性の有無（4）、承諾能力の内容（5）、錯誤・強制に基づく承諾の取り扱いについて（6）、条件付の承諾について（7）、さらに承諾の時期と撤回可能性、加えて撤回能力について（8）検討する。

なお日本では合意と同意の区別がそれほど根付いていないため、これまで合意の要件の検討は、錯誤・強制に基づく承諾の有効性は別として、あまり熱心に論じられてこなかったように思われる。その一方で詐欺罪や恐喝罪に若干の条文の違いはあるが[9]、ドイツの学説は構成要件ごとに被害者の承諾の要件を検討することに熱心である。それゆえ本章の検討のために、ドイツの学説をたびたび参照することを付言しておきたい。

二　領得罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

これまで何度か言及してきたように、被害者の承諾とは、当該法益の所有者が自律的な決定によってその法益を放棄（あるいは法的保護を放棄）することである。それゆえ、被害者の承諾について検討する際に重要となるのは、まずその法益論であるといえるだろう。しかし、領得罪においては必ずしもこのような基準が当てはまらない可能性がある。なぜならば、領得罪では立法者によって選択された特別な行為態様による法益侵害が問題となっており、単なる被害者の意思に反した法益侵害に加え、犯罪成立のためにさらなる（被害者の意思に関係した）要素が要求されているからである。

このことは、ドイツの窃盗罪の議論を概観したときに明らかになる。

ドイツの学説においては、窃盗罪[10]の保護法益についての議論は二つの見解が対立している。通説によればそれは所

有権とそれに加えて占有であり、[11] 有力反対説によれば所有権のみである。[12] しかし、このような対立は大きな結論の相違を招くものではない。なぜならばドイツでは自己物を他人の物とみなす日本刑法二四二条のような規定が存在しないため、日本の学説において本権説と所持説の対立がおこる場面、つまり所有権者による占有者の意思に反した財物取り戻し事例では、窃盗罪の他人性のメルクマールが欠け、窃盗罪は成立しないという帰結が当然のように導かれるからである。[13]

しかしドイツではこのような法益論は被害者の承諾を論じるに当たってほとんど顧慮されていない。なぜならば本罪の承諾にとって重要なのは法益の処分ではなく、窃盗を特徴付ける構成要件メルクマールだとされているからである。[14] ドイツの窃盗罪は「wegnimmt（Wegnahme）」という単語でその行為が特徴付けられており、「Wegnahme」とは、他人の占有を破棄して、新たな占有を基礎付けることとされている。[15] そして、占有の破棄とは、占有者の意思に反して物の占有を奪うことなので、占有者の合意（Einverständnis）があれば、Wegnahme は排除されることになる。[16]

これは法益侵害の存否ではなく「Wegnahme」という行為態様の問題であって、主に正当化の段階で論じられる被害者の承諾とは異なる性質を有している。つまりここでは被害者の自律的決定（自己決定）といったものはそれほど重視されず、事実的に処分行為があったか否かが重要となる。それゆえ、たとえば保護されるべき法益所有者が他に存在していたとしても占有者一人の承諾だけで当該犯罪行為の構成要件は充分に排除されることにもなるのである。[17]

このような種類の承諾は、財産権（所有権あるいはそれに加えて占有）という一つの法益を、いくつかの特別な行為態様に区別・限定して保護する財産に対する罪の特徴を顕著に表しているといえよう。社会に存在するあらゆる財産権侵害のうち、経済社会を破壊しかねないほど重大な態様のものだけをいくつか選択し、それを可罰的なものとして規定するスタイルが、通常総論で議論されるような法益放棄（法的保護の放棄）として不十分な承諾でも、当該特別な行為

態様との関係では有効なものとしてしまうのである。ここでは被害者の承諾によって、法益放棄あるいは法的保護の放棄ではなく、特別な行為態様が否定されているのである。

このことは、日本の窃盗罪においても同様にあてはまっているだろう。

日本ではドイツと同じように財産犯の保護法益について二つの説が対立している。ひとつは本権説であり[18]、いくつかのバリエーションはあるが、いずれにせよ何らかの権原ある占有のみを保護しようとするものであり[19]、もうひとつは所持説であり、同じくバリエーションはあるが、占有そのものを保護しようとする見解である。

しかしこのような保護法益の議論とは関係なく、日本においても窃盗罪の用いる「窃取」という文言ゆえに占有者の事実的な占有破棄への承諾のみで窃盗罪の成立を妨げることができる。窃取とは、占有者の意思に反してその物の占有を侵害し、その物を自己または第三者の占有に移すこととされており[20]、もしも占有者が物の占有移転に承諾していれば、そこには窃取（占有者の意思のないあるいは意思に反した占有破棄）がないといえるからである。つまり、教科書で「被害者の承諾があると、構成要件該当性を欠くばあい」として分類される窃盗罪は、被害者の承諾ゆえに窃盗罪の法益が侵害されなくなるのではなく、窃取の構成要件メルクメールが否定される場合なのである[21]。このような事情は、占有者と財産権者を常に一致させる純粋な所持説にたった場合は別として、財産犯の保護法益を平穏な占有や権原ある占有、所有権等の権利と解するすべての説にあてはまっている[22]。

強盗罪、詐欺罪、恐喝罪も同様であり、たとえば強盗罪はその行為態様を「強取」という用語で表現しており、強取とは窃取と同じく占有者の意思に反してその占有を侵害し、その物を自己または第三者に移すこと、そしてそのような占有侵害が相手方の反抗を抑圧させるに足りる暴行または脅迫によってなされることとされている[23]。詐欺罪の行為態様は、「人を欺いて財物を交付させる」（詐取）こと、つまり欺罔⇒錯誤⇒処分行為⇒財物・利益の移転という繋がりを

作ることであり、[24] また恐喝罪の行為態様「人を恐喝して財物を交付させること」（喝取）は、反抗の意思を抑圧しない程度の暴行・脅迫によって財産処分をなさしむことである。[25] 強取は事実的な占有破棄が占有者の意思に反していることを要求する点で、犯罪の成立に財産権侵害以上のものを要求しているし、詐取は事実的な占有の破棄は占有者の意思に合致しているが、そのような意思が欺罔、錯誤によって形成されていなければならないという点、また喝取は事実的な占有の破棄は占有者の意思に合致しているが、そのような意思が反抗の意思を抑圧しない程度の暴行・脅迫に由来していなければならないという点で、単なる財産権侵害よりも加重された要件を必要としている。つまりこれらの罪の場合においては、法益放棄（法的保護の放棄）に関係した被害者の承諾の総論テーゼは、（被害者の承諾とは異なる）被害者の意思の有り様に関係する特別な文言によって上書きされているのである。

以上のことを要するに、領得罪における承諾は占有侵害の方法に着目した行為態様を排除するものであり、このような承諾は保護法益の放棄とは別の特別な行為態様に係る承諾であるといえる。それゆえ、本稿ではこのような承諾を「行為態様に係る合意」と呼びたい。

しかし、領得罪に係る承諾は、果たしてこれまで論じてきた「行為態様に係る合意」だけなのだろうか。結論から言えば、そうではない。

ここでは、場合によっては占有者とは別に存在する財産権者の承諾も問題となりうるからである。物を占有していない財産権者の法益侵害に対する承諾はこれまで議論された中では検討されてこなかったものであろう。

それでは財産権者と占有者が異なっていて、かつ財産権者のみが行為に承諾した場合はどのようになるのか。ここでもドイツの窃盗罪における議論が参考となろう。

ドイツにおいては、所有権者の承諾が Wegnahme の文言とかかわりがないことは後者が「占有」を基準とする表現

であることから明らかとされており、所有権者の承諾はWegnahmeを排除しないものとされている。[26] そして窃盗罪の保護法益を所有権のみと解する見解も、所有権とともに占有も保護すると解する見解も、所有権者の承諾は領得の違法性を排除するものであると主張する。[27] ドイツでは、窃盗罪における違法な領得は、実質的な所有権秩序に反している場合にのみ認められることになるので、たとえば満期で抗弁のない債権の専断的な実現など、民法上要求されている状態が当該行為によって実現された場合には、たとえ占有者の意思に反していても窃盗罪が成立することはない。[28] それと同じように、所有権者の承諾に基づくWegnahmeは所有権秩序に反しないということになるのである。前述した占有者の承諾が「Einverständnis（合意）」という用語で表現されているのに対して、所有権者の承諾は「Einwilligung（同意）」という用語で表され、それが前者とは異なる性質のものであること、具体的にいえば構成要件ではなく違法性に関係する承諾であることが明らかにされている。[29] ただし、正確に言えば、[30] それは単なる違法性ではなく、違法性に関する主観的構成要件要素（不法領得の意思）に関係したものである。

そして類似のことが、日本の議論においてもいえるように思われる。

占有者の意思に反して財産権者が物の窃取に承諾した場合、確かに行為者は占有者の意思に反する物の領得、つまり窃取をおこなっているといえるだろう。この点で、財産権者の承諾はこれまで説明してきた領得罪の承諾とは明らかに異なった性質を有している。財産権者の物の領得に関する承諾はいわば彼の財産権の放棄（法的保護の放棄）の現れであり、まさに総論的な被害者の承諾論で念頭に置かれている承諾そのものである。

それでは、財産権者の承諾はドイツの通説がいうように違法性を阻却するあるいは不法領得の意思を排除するものなのだろうか。

ここで注意すべきは、財産権者の承諾がある限り、窃取・詐取等の行為をおこなった者はその保護法益である財産権

を侵害していないということである。これは器物損壊罪におけるそれとリンクした問題であり、詳細は次節で述べたいが、ここでの承諾に違法性阻却の効果を与えるためには、「刑法の構成要件は具体的な物（ここでは財産権）[31]のこれまでどおりの存在を、そのような権限の必然的な前提として保護するものである」[32]と解さなければならなくなる。しかし、そもそも財産権の存否は財産権者の意思に即して判断されるものであり、財産権者の意思とは別個の静的存在としての財産権というものの存在を考えることはできないように思われる。つまり、財産権者の意思に反しない窃取・強取・詐取・喝取行為は、法益侵害の欠如ゆえに領得罪の実質的な構成要件を充足しないというべきである。

以上のことから、財産権者の承諾は構成要件該当性を排除するものであるといえる。しかしそれは本稿で行為態様に係る合意と名づけたそれとは異なる性質のものであり、法益所有者が彼の法益を放棄する自己決定の現れであって、本稿ではこれを「法益侵害性に係る合意」と呼びたい。

この承諾は確かに構成要件段階の問題ではあるが、犯罪成立のために要求される行為態様の問題ではなく、被害者の自律的決定が法益の放棄を選択したという意味で法益侵害の存否の問題であり、一般的に総論的議論の対象となっている違法性を阻却する「同意」と類似の性質を有するものである。しかしこの承諾を「同意」と呼ばないのは、本稿では法益を放棄する承諾とは別に、さらなる類型として法的保護を放棄する、つまり違法性を阻却するにすぎない承諾の存在を意識しているからである。

このような理解は、序論で略述したヤコブスのそれと類似のものである。ヤコブスは、自らの教科書で被害者の承諾をその性質に応じて三つに分類した。構成要件のメルクマールの充足を妨げる働きをし、被害者の承諾の一般的な規則が個々の犯罪の叙述によって修正される「合意」と、合意の範囲外で法益所有者が法益処分権をもつ構成要件に関係した「構成要件該当性を排除する同意」、当該財が代替機能をもたない、従って発展の手段でないような財への侵害の際

に問題となる「正当化の同意」の三つである。ヤコブスの議論に基づけば占有者の承諾は「合意」、財産権者の承諾は「構成要件該当性を排除する同意」ということになるだろう(33)。しかし本稿で、ヤコブスが用いた名称をもって説明をおこなわないのは、法益侵害性に係る合意と同意の区別をヤコブスのそれと異なった基準でおこなうことになるからである。ゆえに、ヤコブスの用いた名称を本稿でそのまま用いることは適切ではないだろう。法益侵害性に係る合意と同意の区別、また同意の存在そのものについては第四章で詳述する。

これまで領得罪における承諾の犯罪論体系上の地位についてみてきたのだが、このことから被害者の承諾について一つの事実が判明したように思われる。すなわち構成要件を排除する合意と一概にいっても、実は二つの種類があるということである。つまり、法益侵害に加えて要求されるさらなる（いわゆる総論的な意味での被害者の承諾とは異なるが、被害者の意思に関係した）構成要件メルクマールを排除する合意（行為態様に係る合意）と、法益侵害の存否を決する、自律的な財産権の処分としての合意（法益侵害性に係る合意）である。

このことを前提に、以下では二つの合意が有効に成立する要件について検討していきたい。

三　合意（権）者について

二の検討から明らかになったように、領得罪における承諾には異なった性質の二つのものが存在する。第一に、承諾があることで、財産権侵害に加えて要求された特別な行為態様の充足が妨げられる場合（行為態様に係る合意）であり、第二に被害者の自律的な決定に基づき財産権侵害が排除される場合（法益侵害性に係る合意）である。

後者の合意に関しては、承諾権者は明らかに財産権者のみである。なぜならば、法益所有者の自律的な法益処分を犯

罪阻却の根拠とするこの類型の合意にとっては、法益所有者（処分権者）である財産権者の意思のみが重要となるからである。[34] それに対して、前者の承諾は事情がことなる。なぜならば、ここで重要なのは財産権侵害に加えて要求された行為態様を排除する承諾であって、それは必ずしも法益の所有者でなくてもおこなうことができるからである。

たとえば窃盗罪において行為態様に係る合意をおこなうことができるのは、財産権者ではなく、占有者である。多くの場合、両者は同一であるが、場合によっては異なっている。窃盗犯から財物を譲り受けたものは、それが財産権者の意思に反していても窃盗罪ではないといえる。そして同じことが、強盗罪・詐欺罪・恐喝罪にもあてはまっているといえよう。

また、強盗罪（強取）では暴行・脅迫によって被害者の意思が抑圧されていなければならない（あるいはその程度の暴行・脅迫が加えられていなければならない）とされている。そのような暴行・脅迫は財産上の被害者に直接加えられる必要はないから、[35] たとえばデート中のカップルの男性の方に暴行を加え、それを見て抵抗の意思を抑圧された女性から財物を強取するといった場合もありうるだろう。[36] この場合、犯罪被害に関係した人物は二人いることになるが、その場合でも財産の任意の処分に承諾することができるのは暴行・脅迫を加えられた者ではなく、やはりその財物の占有者であるといえる。なぜならば、強取の本質はあくまでも占有者の意思に反した占有破棄であり、財物の占有破棄に承諾することができるのは占有者のみだからである。このことは人を恐喝して財物の交付をなさしめる恐喝罪にもあてはまるだろう。財物の交付とは被害者の処分行為によって占有が移転することであるから、それに有効に承諾できるのは占有破棄に関する権限をもった財物の占有者だけということになる。ゆえに、前記の例で暴行を加えられた男性が実は行為者と結託していて、女性から財物を奪うために暴行を加えられることに承諾していたとしても、男性には女性の財物の処分に有効に承諾する権限はないから、そして男性の承諾は行為者が暴行を用いて女性の意思を抑圧したことに

ついては何も変えないから、行為者の強取という性格（あるいは喝取という性格）は残ったままになるのである。[37] ゆえに行為者には強盗罪あるいは恐喝罪の成立が認められる。逆に暴行・脅迫をうけた者ではなく、財物の占有者のみが外見上の強取・喝取に承諾していた場合には、そこには財産権侵害がないので強盗罪・恐喝罪は成立せず、財物の占有者が有効に処分できなかった暴行・脅迫罪のみが成立することになる。前記の例で、行為者と結託しているのが実は女性側であり、ただ男性と別れる口実作りのために強盗に襲われたように見せかけたのであれば、女性の財産処分は真意のものであり、ひいては行為者による占有破棄は暴行・脅迫とは因果関係がなく、行為者の行為から強取・喝取という性質は失われることになる。

さらに恐喝罪・詐欺罪においては、財物を交付することが構成要件のメルクマールとして要求されており、この交付行為は財産権者・占有者でなくてもできるものとされている。たとえば、恐喝罪では被恐喝者と財産上の被害者は同一[38]である必要がなく、財産処分の権限を与えられているものに対して行われた恐喝でも恐喝罪に当たるとされているし、詐欺罪においては、財物の交付者はその財物について財産的処分行為をおこないうる権限ないしは地位を有していなければならないが、財物の所有者・占有者である必要はないとされている。[39] そのことは逆に、財産的処分行為をおこないうる権限ないしは地位を有している者の錯誤・強制に基づかない承諾は、たとえ欺罔行為・恐喝行為がおこなわれていたとしても、詐欺罪・恐喝罪の成立を排除できることを意味しているだろう。たとえば行為者がつり銭を獲得する目的で偽造通貨を提示したとしても、レジ係がそれに気づき、しかしそれにもかかわらずつり銭を渡したのであれば、それは詐取ではないといえる。これは欺罔行為と処分行為に因果関係がないということもできるが、処分行為権者の有効な承諾があったともいえる事案である。また、恐喝罪においても同様のことがあてはまる。たとえば、コンビニのレジ係が彼には所有権もなく占有もしていないデパートの商品を譲渡するよう恐喝されたとする。ここでレジ係が畏怖し行

為者に商品を譲渡すれば、恐喝罪は当然成立するが、彼が恐喝とは無関係に行為者に財物を渡そうと思ったのであれば、外形的には確かに恐喝行為と交付行為は行われているが恐喝と占有移転の因果関係はなく、また彼の処分行為は瑕疵のないそれであって、処分行為に有効に合意しているともいえるので、恐喝罪は不成立ということになるのである。処分行為権者は、詐欺罪・恐喝罪を充足する交付行為をおこなうことができ、その意味で犯罪行為の対象となりうる一方で、処分行為権者が物の交付に真意で承諾すれば詐取・喝取といったメルクマールは排除されることになるのである。とはいえ、彼らは処分行為をする権限はあるが自ら任意の処分をする権限は有していないので、場合によっては窃盗罪の成立は妨げられないことになるだろう。

なお強取・喝取において、財産権者の承諾（法益侵害性に係る合意）がある場合には、当然のことながらそこには財産権侵害は存在しないので、残されるのは行為の違法性のみである。ゆえに当該財産権者の承諾をもって行われたそれらの行為は、暴行罪や強要罪の可能性しか残らないことになる。

以上のことから窃盗罪・強盗罪において、行為態様に係る合意を有効におこなうことができるのは権限の有無に係らず財物を占有している者であり、詐欺罪・恐喝罪においてはそれに加えて処分行為権限を有している者であることが明らかになった。前者は意思に反する占有の破棄を重視するメルクマールが用いられているゆえに、占有者の意思に焦点があてられ、後者は瑕疵ある意思に基づく処分行為がメルクマールとして要求されているので、処分行為権者の意思に焦点があてられることになる。

その一方で、財産権を放棄するという意味での法益侵害性に係る合意をおこなうことができるのは、財産権の所有者だけである。

四　表明の必要性（合意の方式）について

被害者の承諾が構成要件阻却の効果を発揮するに当たって、それが外部に表明されている必要があるかという問題は、被害者の承諾の総論的検討でしばしば議論されているところである。

ゲールズによれば、被害者の合意に係る承諾の方式は外部への表明を必要としない意思方向説がふさわしいという[40]。なぜならば、構成要件のメルクマールの有無を純粋に事実的に判断する合意にとって、そのメルクマールの存在あるいは欠如が行為者に認識されているかどうかは決定的な問題ではないからである。

序章で述べたようにゲールズのこのような見解は、構成要件ごとの検討にゆだねられるべきであるとして多くの論者に批判されているが[41]、領得罪（とりわけ窃盗罪）の合意の方式に関しては、ゲールズの分類どおり、合意の表明は不要である、つまり意思方向説に依拠すべきとするのが通説的見解であるといえよう[42]。

しかし、上述のように、領得罪の合意には二つの種類がある。一つは行為態様に係る合意であり、一つは法益侵害性に係る合意である。果たしてこのような議論はどちらの合意にもあてはまるものなのだろうか。

以下ではまず行為態様に係る合意について、続いて法益侵害性に係る合意について検討したい。

ドイツにおいておこなわれる各論的分析の中では、窃盗罪の合意（Wegnahme への合意）は一般的に意思方向説がふさわしいとされている[43]。ここでは特におとり捜査の例が挙げられる[44]。すりを逮捕するために、私服捜査官が大金の入った財布をポケットに入れたまま、がら空きの電車で寝入った酔っ払いのふりをしている場合において、あるいは社内で発生している窃盗犯を捕まえるために机の上にあらかじめ細工した紙幣を並べておいた場合において、その罠にかかり窃取行為を行った者は意思に反した占有侵害をしておらず、窃盗の既遂ではなく窃盗の未遂[45]として扱われることにな

るというのである。

その一方で、このような通説に対して、窃盗罪のいわゆる合意にも表明が必要であるとする見解もある（意思表明説）[46]。この説は、窃盗罪だけではなく、被害者の承諾に係るすべての構成要件の一般的な問題として、あらゆる有効な被害者の承諾のためには意思の表明が必要であると解する見解である。なぜならば、意思方向説のように外部に現れていない思考は確定することが可能ではないので、法的結果のために引き合いに出すには不適切だからである[47]。ここでの表明は行為者に対してなされる必要はなく、あるいは行為者に認識可能である必要はないが、全体的な状況に基づいて同意が表明されたと判断できることが必要となる[48]。

またこの説によれば、意思方向説が自説を根拠付けるために再三引用する窃盗の事例（おとり捜査事例）[49]は、決して所有者の思考だけが窃盗罪の構成要件の充足性を排除することができることを示していないという。前記の例に基づけば、捜査官があらかじめ細工した紙幣を並べるという、その準備工作と陳列は、窃盗犯に紙幣を占有して欲しいという警察官の意思を外部に認識可能にしているというのである。そしてもしも純粋に内心的な承諾しか存在していない場合には、たとえば所有者が「もしも私の古い自動車がガレージから盗まれ、それゆえ保険で新しい車に出資できたら、私にとって好都合である」と考えていた場合には、専断的に車を持ち去った行為者は窃盗罪の既遂で処罰されることになるという[50]。さもなければあらゆる法的安定性はなくなり、構成要件の錯誤として扱われる領域が広がりすぎる、つまり行為者の「いいと思っていた」という抗弁を広く認めてしまうことになるからである[51]。

しかしこのような見解に対しては、証明の問題と法律の問題を混同すべきではないとの批判がなされている[52]。

意思表明説が述べるように、内心という要素に刑法的な価値を認めることは法的安定性に欠けるように思われるが、その一方で意思方向説が言うように、法律の問題と証明の問題は別物であるようにも思われる。果たして領得罪におけ

る行為態様に係る合意はどちらの説に依拠するべきなのだろうか。

行為態様に係る合意の方式に関しては、詐欺罪、恐喝罪の解決は容易である。なぜならば、これらの罪においては、占有破棄・領得と並んで、犯罪成立のために処分行為者の主観的な状況（瑕疵ある意思に基づく処分）を前提にしているからである。つまり、詐取においては、被害者は欺罔行為によって錯誤していなければならないし、恐喝罪においては、被害者は畏怖ゆえに財産処分を強いられなければならない。このような要素がなければ当該構成要件は充足されないことになる。つまり、詐欺罪、恐喝罪においては当該罪を構成する行為態様との関係で処分行為者の事実的な心理状態（錯誤・畏怖）が重視されるため、それがない場合には犯罪は不成立となり、詐取・喝取に関する合意の表明は不要であるということになるのである。

その一方で窃取において重要なのは、被害者の意思のないあるいは意思に反した占有の破棄である。これは、客観的な状況はもちろんのこと、占有者の主観にもスポットをあてた要素であるといえるだろう。なぜならここでいう占有は、支配意思の有無にも依拠して計られることになるからである。[53] 窃盗罪における占有は、客観的に他人がその財物を事実上支配している状態または支配を推認せしめる客観的状況があって、かつ、主観的な占有の意思がある場合に認められるので、[54] 占有の意思がなければ窃盗罪の保護の対象となる占有は存在していないことになるであろう。[55] このことに鑑みると窃盗罪の行為態様に係る合意は意思方向説が適切であるように思われるのである。

たしかに法的な効果を発揮させる法的な行為としての承諾は、内心だけではなく外部に表明されていなければならないとする見解は傾聴に値するが、ここでは純粋な占有状態の有無を問題としているのであり、また他の領得罪とのバランスを顧慮すれば、窃盗罪にのみ意思の表明を要求する根拠をもまた欠いているように思われるのである。

このことは同じく意思に反する占有の破棄をメルクマールとする強盗罪を検討した際にも明らかになるだろう。強盗

罪においては、暴行・脅迫によって実際に意思が抑圧されることを要求する見解[56]と、意思が抑圧されるような客観的な暴行・脅迫の存在を要求するにとどまる見解[57]がある。前者の見解に立てば、実際に抵抗する意思が抑圧されたことが重要であるので、詐欺罪・恐喝罪のように被害者は内心の合意を表明する必要はない。他方後者の見解にたてば、ここで重要なのは客観的に条件を満たした暴行行為による占有の侵害であるので、強取を決定付けるメルクマールの本質は意思に反した占有の破棄であり、窃取のそれと同じ基準があてはまることになる。それゆえ後者は、占有状態の有無を図るに当たっては被害者の内心的な意思で十分であるとすれば意思方向説に依拠することになるし、表明が必要であると解するのであれば意思表明説がふさわしいということになるだろう。しかし後者の説も、憐憫の情ゆえに被害者が占有を行為者に移した場合は、暴行・脅迫と占有移転の因果関係がなく強盗罪は成立しない（これは占有移転に合意しているともいえる）と解しているのであって、またその際に憐憫の情ゆえに相手に財物を渡すことの表明を要求しているとは思われないので、それらのことに鑑みれば、結果として後者の見解にたっても強取という構成要件メルクマールを排除するためには合意の表明は必要がないとみなされているように思われる。そして後者の説でも「強取」を決定付ける占有の破棄は内心の意思で十分なのだから、上述のように、同じ基準の当てはまる窃取というメルクマールにおいても合意の表明は不要とみるべきであろう。

以上のことに鑑みると、領得罪の行為態様に係る合意は、意思方向説が適切である。

それでは法益侵害性に係る合意はどうであろうか。

法益侵害性に係る合意は、行為態様に係る合意とは異なって、外見上の構成要件要素はすべて満たされた上での実質的な法益侵害が問題となっている。

このような性質の承諾において、意思方向説と意思表明説の対立が実務的に意味をもつのは、明示的にも黙示的にも

表明されていない承諾が被害者の内心だけに存在していた場合の取り扱いであろう。意思方向説によれば、そこには法益侵害がないから行為の不法（あるいは未遂レベルの法益侵害の危険）だけが残り、当該構成要件の未遂が成立するにとどまることになるし、他方で意思表明説によれば、そこには承諾など存在していないことになるので既遂罪が成立することになる。

この両説の対立において、まず注目すべきは、意思方向説の立場では窃盗犯からの窃取（ただし、取り戻し事例をのぞく）を論じるにあたって困難な事態が生じるということであるように思われる。なぜなら、純粋な所持説にたたない限り、窃盗犯からの窃盗は背後の財産権者の財産権侵害ゆえに可罰的ということになるが[58]、意思方向説にたてば、その背後者の内心にその物を放棄する意思があれば、窃盗犯からの窃取はもはや窃盗罪としては扱われなくなってしまうだろう。つまり窃盗犯からの窃盗の可罰性を確定するために、背後の財産権者の内心的な意思の確認が必要不可欠となるのである。そして多くの場合、それは困難であろう。確かに、特別な表明がなされていない限り、法益所有者の意思はそれを維持する方向に働いていると解することもできるが（そして通常はそう解するのだろうが）、このことは、むしろ法益放棄の承諾は表明しなければならないとすることと調和する前提であるように思われるのである。

また処分行為権者からの喝取の事例において、財産権者の合意の表明を要求しないことは処分行為権者の生命・身体に対する保護を不当に減少させてしまうように思われる。財物の所有者がその物をいらないと内心で思っている場合であっても、それをおよそ認識する可能性のなかった行為者は本来ならば財物を手にいれるために必要がなかった暴行・脅迫（恐喝）を財物奪取のために処分行為権者に向けるのであり、それをおよそ認識する可能性のなかった処分行為権者は守る必要のない物のために生命・身体を危険にさらしてしまうからである。窃盗罪（事後強盗罪）・強盗罪の場合においても、財産権者に財物放棄の意思の表明を要求していれば、当該行為に巻き込まれた人の生命・身体への危険は

減少するだろうし、逆に表明を要求しなければ、生命・身体に危険を及ぼす行為をおこなった行為者に偶然の幸運という形で強盗罪の成立を場合によっては否定してしまうことになる。外見的には完全な強取、喝取行為が、偶然にも財産権者が当該財物をいらないと思っていたという事実だけで、暴行・脅迫罪としてしか評価されないとするのは不当ではないだろうか。行為者の行為の中に、窃取、強取、詐取、喝取の客観的メルクマールが存在する場合には、行為者と法益所有者以外にも財産侵害を目的とした暴行・脅迫に身をさらされる第三者が存在しうるゆえに、実際に法益侵害がおこなわれたかどうかを離れた場所にいる法益所有者の内心にゆだねることは不適切であり、それゆえにまた法的安定性を欠くというべきである。

これらのことから、法益侵害を確定するために（事後的にでも）財産権者の意思を確認しなければならないとするのは適切ではないように思われるのである。この点、意思表明説に依拠した場合、表明されない意思は承諾の効果を有しないので、たとえ財産権者がその財物を放棄する意思を内心で有していても権限のない占有者あるいは処分行為権者からの窃取等は可罰的なままということになる。当該行為の構成要件該当性の判断は、行為時に客観的に存在していた事情のみで行うことが可能となるのである。

確かに同じ構成要件の内部であるというのに行為態様に係る合意の際には意思方向説を採り、法益侵害性に係る合意の際には意思表明説を採ることは矛盾しているように思われる。しかし、ドイツの学説が所有権者の承諾を同意に分類していることに鑑みると[59]、同じ構成要件内部の合意であってもその性質によって異なった説に依拠することは決して奇妙なことではないように思われる。また、両者は確かにいずれも領得罪に係る承諾の一種であるが、被害者の意思内容に関係した特別な行為態様のメルクマールの存否を判断するための行為態様に係る合意と、被害者の自律的な法益放棄に基づく実質的な法益侵害の有無を判断するための法益侵害性に係る合意は性質的に異なるものであり、このような

区別的な取り扱いは十分可能であると思われるのである。

五　合意能力について

本稿の立場によれば、領得罪における被害者の承諾は行為態様に係る合意と法益侵害性に係る合意の二つに区別される。それでは、これらの承諾を有効に表明するためには、被害者にはなにかしらの能力が要求されているのだろうか。

まず、行為態様に係る合意から検討していきたい。

ゲールズによれば、合意はその構成要件機能に鑑みて、自然的な意思で承諾がなされていれば充分であるという[60]。しかし、上述のようにゲールズのこのようなテーゼは、総論的な検討において承諾の方式の場合と同様に批判される傾向にある[61]。有効な合意の要件は各構成要件の機能と文言に左右されるべきだからである[62]。

とはいえドイツにおける各論的検討の中でも、Wegnahme への承諾に関しては、合意能力は自然的な意思で充分とされている[63]。Wegnahme のメルクマールに重要な「占有」を判断するにあたっては、事実的な物の支配が重要だからである[64]。このような自然的な意思能力は、子供・精神病者・酩酊者でも有している[65]。その一方で、自然的な意思能力といっても、少なくとも「Wegnahme」の意味、つまりは物の支配を奪われることを理解する能力は必要であるので[66]、実際にその子供や精神病者に合意能力があるか否かは事例ごとにそれを見ていかなければならないことになる。

日本においてもこのような事情は同様であり、窃取を排除する承諾のためには物が自らの支配下からなくなることを認識する能力が必要であり、またそれで充分といえる。なぜなら、ここで重要なのは「占有」という語で表現された事実的な物の支配だからであり、それ以上の要素、たとえば法益（法的保護）の放棄は問題となっていないからである。

物の支配を失うことを事実的に認識する能力は、子供でももちうるし、これは財物の価値をその子供が知っているか否かを問わない[67]。

また、強盗罪（強取）の場合においても、暴行・脅迫による占有の破棄が重要であるので、占有喪失に有効に承諾するためには窃盗罪と同様に占有が失われることを理解する能力が必要である。

その一方で詐欺罪においてはそもそも本罪成立のために、相手方に財物を交付することで自らの支配から物が失われることを認識できる能力が必要とされている[68]。さもなければそれは処分行為ではないのであって、そのような場合には窃盗罪が成立することになる。恐喝罪においても、詐欺罪と同様に犯罪の成立の前提条件として処分行為を理解する能力がなければならない。このような能力がなければ被害者の外見上の処分行為は恐喝罪ではなく、窃盗罪を成立させることになる。つまりこれらの罪の場合、処分行為の内容である占有の喪失を理解する能力は、まず犯罪成立のために必要とされているのである。そして両罪では、処分行為（占有の移転）は錯誤・畏怖ゆえになされなければならないが、このことは被害者に有効な合意のためのさらなる能力（たとえば容易に騙されない能力・合理的な処分行為ができる能力）を求める要素ではないであろう。これは全くの事実の問題であり、自らの占有が失われることを認識・判断できる能力さえ有していれば、詐取・喝取に合意する能力も有しているというべきである[69]。それゆえ詐欺罪・恐喝罪の対象には未成年者や心神耗弱者も含まれるし、彼らが錯誤・強制に基づかず任意に占有移転に合意したときは、詐取・喝取を排除するに十分な承諾があったといえる（ただし、錯誤・強制による処分行為がなかったと説明するほうがより適切ではある）。そしてたとえばこのような者が、錯誤に基づかずに、しかし未熟な判断に基づいて処分行為を行った場合は準詐欺罪の成立のみが疑われるのである。

以上のことから、窃盗罪・強盗罪の行為態様に係る合意においては、合意者は行為者の行為によってあるいは自らの

行為によって自己の占有が失われるということを理解するための自然的な能力が必要であり、他方、詐欺罪・恐喝罪におけるそのような能力は合意のためではなく、犯罪成立のために、つまり処分行為をおこなうためにそもそも必要な能力であるといえる。そして詐欺罪・恐喝罪における行為態様に係る合意のためには、交付行為の自然的な意味、つまり自らの行為によって占有が破棄されることを認識する能力で十分であり、犯罪成立のために必要な能力が、同時に合意能力となるのである。

それでは、法益侵害性に係る合意の場合はどうであろうか。

ドイツにおいては、財産権者の承諾は、「同意」と解するのが通説であるから、行為態様に係る合意とは異なる取り扱いがなされている。ここでは事実的な要素としての承諾ではなく、法的な要素（法益放棄）としての承諾が重要であり、承諾者は自己の放棄する法益の価値や、その承諾の意義について十分に認識する能力を持たなくてはならないとされている。[70] もしもこのような能力なくして承諾がおこなわれた場合には、承諾は無効となる。

しかしその一方で、さらにそれに加えて、[71] 財産犯（領得罪や毀棄罪）における同意においては民法上の行為能力をも必要とするという見解がある。なぜならば、仮にここで民法上のそれと異なる能力的な基準を定めてしまうと、民法上は違法な行為が刑法上は正当化されるという形で、同じ正当化事由内部での矛盾が生じてしまうからである。法秩序の一致の要請そしてあらゆる法領域における正当化事由の拘束力の要請が、統一的な決定を強制するのである。また、刑法上の同意は確かに民法上の法律行為（Rechtsgeschäft）ではないが、法秩序が一定の法的効果、すなわち保護規範の後退という効果に結び付ける法的行為（Rechtshandlung）としての質をもっているのであって、この種の行為は、民法上の意思表示との類似性ゆえに、個々の事例で類推適用にならない限りで、法律行為についての規定に基づいて論じられうるというのである。[72] そのため未成年や制限行為能力者が有効に同意するためには、法的代理人の同意など、彼

の能力を補う民法上の制度が行為時に充足されていることが必要となる。[73]

この見解は、法秩序の統一を図る点では優れているが、しかしこのような統一の必要性はそもそも疑問視されている。[74] たとえば自力救済はドイツ民法八五八条[75]に基づけば違法であるが、刑法上の自力救済は領得の違法性を排除するために処罰の対象ではない。この点で両者はすでに区別的な取り扱いをうけている。また、十分な認識能力を有する未成年者の承諾に基づいて彼の所有物を破壊した行為者が、民法上の賠償責任を負わされる以上に器物損壊罪として処罰される必要があるのかも疑問であるとされている。[76] 民法と刑法は、異なった目的設定をすることができるのであり、[77] それゆえ刑法上の承諾はただそれが個人の決定の自由の表明であるか否かによって左右されるべきであろう。

また財産犯への同意に民法と同じ同意能力を要求する見解に対しては、被害者の同意と意思表示は、異なった規範類型に関係しているという批判もある。[78] 民法上のそれは、構成的な規範（konstitutive Normen）であり、契約の成立やその解除のような特別な法的帰結に達するために守らなければならないルール（Spielregeln）であり、このような帰結に達しないということがそのような規範が守られなかった場合の制裁であるのに対して、被害者の同意は規制的な規範（regulative Normen）を、すなわち利益を限定しそれを侵害から守る規範を破棄するものであり、そのような破棄の前提が欠けている場合には、損害賠償や刑罰で威嚇されることになる。両者のそのような違いはそれらを有効にする承諾の前提にも反映されることになり、それゆえ両者の有効性の前提は異なりうるのである。そして民法上では、未熟な意思表示をしてしまう未成年を自らの安易な決定から保護するために制限能力者として扱うのだが、刑法では未成年の同意はいつでも取り消せるという形でその保護を行うことができるし、未成年者の同意を信じた相手方・第三者の保護は錯誤による同意の受け入れの解決の中で十分に行うことができるので、両者の統一性を図る必要性は存在しないことになる。[79]

刑法と民法の目的の差異は、その要件の差異を十分に根拠付けることができるし、民法上の帰結と刑法上の帰結の不

一致とはいっても、ここではなんらかの権利を得ることができないことと、犯罪者として処罰されることという効果の著しい違いがあるのだから、民法上無効な意思表示を刑法においても無効であるとする必要性は乏しいだろう。また財産よりも重要な法益である生命・身体に対する罪に関して有効に承諾できる者が、財産に関してはできないという刑法内部における矛盾の方がむしろ重要であるように思われる。[80] それらに鑑みれば、民法上の行為能力を有していない者であっても、財産犯において刑法上有効な同意をおこなう能力を備えていることがありうると解するのが相当である。[81]

そして、このような議論は日本でも同様に当てはまるであろう。

法益侵害性に係る合意において、財産権者の合意は構成要件メルクマールの排除ではなく、法益の自律的な処分であるので、合意者は自由な意思に基づいて法益を処分するために当該法益の価値や承諾の効果について十分に理解している必要がある。そのためには法益放棄に関する認識能力・判断能力いずれも必要であって、しかし民法上の行為能力まで必要とされていないだろう。ここでは被害者の自律的な意思決定というその犯罪阻却根拠を満たさなければならないし、またそれで十分である。それゆえ財産権者である幼児が処分行為権者からの物の詐取に承諾した場合は法益侵害性に係る合意は無効であり、また詐取という行為態様が処分行為権者によって排除されていないのであれば、行為者には詐欺罪が成立することになるし、逆に未成年だが物の価値・それを放棄する意味を十分に認識できる学生がそれをおこなった場合には合意は有効ということになり、たとえ詐取という行為態様によって占有の破棄・移転がおこなわれたとしても、詐欺罪の成立は妨げられることになる。

なお法益侵害性に係る合意能力のより詳細な内容は次節で検討する。

六　錯誤・強制に基づく合意について

被害者の承諾の総論的な検討において、錯誤・強制に基づく承諾の取り扱いはもっとも熱心に論じられているテーマの一つである。それでは領得罪における承諾では、錯誤・強制によって得られた承諾はどのように扱うべきだろうか。

本稿では、領得罪の承諾には二つの種類があることを主張している。しかし混乱を避けるため、また誌面の関係もあり、本節ではそのうちの一つである行為態様に係る合意について論じ法益侵害性に係る合意は次節で検討したい。次節で明らかにするように、領得罪と毀棄罪の法益侵害性に係る合意はほとんど同じ性質のものであるといえるので、両者を共に検討することは十分に可能であると思われるのである。

ゲールズによれば、純粋に事実的な問題である構成要件メルクマールの充足性とはかかわりがないために、欺罔によって得られた合意は有効である[82]。他方、強制もそれに類似しているが、構成要件の性質上異なった取り扱いがなされることもあるという[83]。すなわち構成要件が「強いて（Gewaltanwendung）」という文言を用いているときは、しばしば強制は構成要件のメルクマールとして犯罪類型に内在し、そのような強制こそが構成要件該当性を基礎付けることになるという。

他の要件と同じようにゲールズが合意という分類によって特徴付けたこのような取り扱いは、構成要件的な検討こそがふさわしいとして総論的検討において批判される傾向にあるのだが[84]、その一方で、これまで日本の文献もドイツの文献も、被害者の承諾の分野では領得罪と錯誤・強制に基づく合意との関係はあまり論じてこなかった[85]。なぜならば、占有移転への承諾が欺罔によって得られた場合には詐欺罪が、強制によって得られた場合には恐喝罪が適用されることが明らかだからであり[86]、欺罔の内容・程度、恐喝の内容・程度については、それぞれの構成要件が個別にそれを検討しているからである。領得罪の欺罔・強制によって得られた合意に関しては総論的な承諾論の果たす役割はささいであったといえるであろう。

しかし、近年日本ではこのような傾向に対して、詐欺罪における瑕疵ある承諾に関しても、被害者の承諾（総論的な検討）から導かれた一般的な規則を用いて解決しようとする見解が有力に主張されるようになった。

この見解は、アルツトが提唱した「法益関係的錯誤説」に依拠する日本の論者によって支持されている[87]。法益関係的錯誤説はドイツでは通説とはいえないまでも有力に展開されており、この説によれば、被害者の同意が錯誤ゆえに無効となるのは、同意者が同意によって何をどの程度放棄することになるのかをわかっていないときだけである[88]。なぜならば、刑法は民法とは異なって、欺罔から解放された私法上の社会生活（Privatrechtsverkehr）を強いるべきものではないからである。このような見解に対する批判や、錯誤によって生じた合意あるいは同意を論じるに当たって、果たして法益関係的錯誤説がふさわしいか否かは、次節で検討することにする。本稿では、詐欺罪の構成要件メルクマールである詐取を解するに当たって法益関係的錯誤説を適用することの可否について論じたい。

法益関係的錯誤説を詐欺罪にまで適用しようとする日本の学説は、「詐欺罪において欺罔によって錯誤に陥った被害者が自己の財物を処分するのは、被害者が欺罔による錯誤に基づいて自己の法益の侵害に承諾するのと、その構造を同じくしている」と解することからスタートする[89]。従って、被害者の承諾に適用される規則は、詐欺罪を解するに当たっても適用されることになり、欺罔によって引き起こされたのが法益と関係のない錯誤、たとえば単なる動機の錯誤にすぎない場合には、詐欺罪の成立はありえないことになる[90]。それゆえ次に問題となるのは、ここでいう詐欺罪の「法益関係的錯誤」とは何かということであるが、この点については法益関係的錯誤説の間で一致しているといっていい。しかしそれを導きだすための過程は同じ法益関係的錯誤説の中でも異なっているので、以下ではアプローチの仕方に顧慮しながら、これらの見解が何を法益関係的錯誤であると解しているかについて略述していきたい。

第一に、詐欺罪の法益を個別財産に対する罪とした上で、有力説のように詐欺罪成立のためには経済的損害（実質的

な財産侵害）が必要だとし、そのような前提に基づいて法益を導き出す見解がある[91]（以下、便宜的にこの見解を第一説と呼ぶ）。

それによれば、①一万円札を五枚渡すつもりで六枚渡してしまったような（財物の占有移転を認識していない）場合、②短時間貸すつもりで渡したが、借りる側には返すつもりがないような（財物の占有移転自体は認識しているが、財物を喪失する認識がない）場合には、財物の喪失を認識していないので、当然法益関係的錯誤となる。また③名馬を駄馬だと誤信して売ってしまった（財物の性状に錯誤がある）場合も、法益の価値についての錯誤であるから法益関係的であるといえる。さらに④金を払う気のない客に商品を売ったような（双務契約において自分の財物移転自体には何の錯誤もないが、相手の反対給付に錯誤がある）場合においては、詐欺罪成立のために単なる（個別的）財物の喪失のみならず経済的損害の発生が必要とされていることに鑑みて、法益関係的錯誤が成立することになる。なぜならば、双務契約においては、反対給付をうけることによって全体として経済的利益を得るのであり、反対給付に関する錯誤は経済的損害についての錯誤として法益関係的だからである[92]。

その上で、問題となるのが⑤アフリカ難民の為と欺罔して寄付をさせ、欺罔者が金を自分のものにしてしまう寄付金詐欺のような（片務契約において財物移転の経済的・社会的目的に錯誤がある）場合である。ここでは、被害者は自らに経済的損害が発生することを理解していて、また実際に認識したのと同額の損害しか発生していない。これに鑑みると保護法益である経済的損害について被害者は錯誤していないといえるように思われる。しかし、ここで詐欺罪の成立を否定することは一般的に受け入れられないことであるだろう。それゆえ第一説の側からは、このような事例を可罰的なものとするためにさらなる理論が必要となる。

そして論者は、⑤のような事例の可罰性を基礎付ける理論として、ドイツの詐欺罪の解釈に目をむけた。ドイツでは、

財物の処分者が自己の財産に損害が発生することを認識していた場合の詐欺罪の成立について、機能的連関説という学説が有力に主張されている。機能的連関説とは、そもそも欺罔・錯誤が被害者に損害を与える処分行為を惹起したというだけでは詐欺罪の成立を肯定するのに十分ではないとし、もしこのように解すれば本来処分の効果（経済的損害）ゆえに処罰されるべき詐欺罪が、処分の自由に対する犯罪とみなされてしまうからであると主張する見解である。[93] このような主張は、上記の法益関係的錯誤説と共通するところがあるだろう。そして機能的連関説によれば、財産処分行為者は欺罔によって無意識的な自己侵害を動機付けられていなければならず、当該行為によって自己に財産的な損害が発生することを認識して処分行為をおこなった場合には詐欺罪の成立が否定されることになる。従って詐欺罪を成立させるためには、原則的に被欺罔者に彼の処分が彼にとって経済的な不利益を意味することを意識させないような錯誤だけが十分であることになるのである。[94]

この機能的連関説を純粋に適用すると、⑤の事例において、被害者は自己の財産が自分の認識と同額減少することを知っているから詐欺罪の成立は阻まれることになり、この点でこの説では前述第一説と同様の問題が生じることとなるだろう。そのためこのような問題に対して機能的連関説は、経済的損害を広く解して、全体財産の減少以外に給付目的が達成しなかったことに経済的損害を求めることでこの欠点を克服しようとする。それによれば経済的・社会的な給付目的の不達成は経済的損害であり、それを認識していなかった被害者の処分行為と欺罔・錯誤との間には機能的連関が存在するというのである。[95] つまり、⑤の事例では寄付の目的が達成されていないので、欺罔と錯誤、それに基づく財産的損害の機能的連関が認められ詐欺罪が成立することになるし、その一方で⑥寄付金集めの際に、なるべく多くの寄付を集める目的で、お隣では一万円寄付してくれましたと嘘をつかれたために、見栄をはって自らも一万円寄付した場合には、財産処分の経済的・社会的目的（寄付）は達成されているので欺罔・錯誤と機能的連関のある財産的損害は存

在せず、詐欺罪は成立しないことになる。

このように詐欺罪の保護法益が単なる法益処分の自由ではないことを根拠に、処分行為者が財産上の損害を受けることを理解して処分行為をした場合には詐欺罪の成立を否定するという原則に立ち、その上で財産的損害を広く解し給付の目的をもそれに含める機能的連関説の理論は、詐欺罪にも法益関係的錯誤説を適用しようとする見解が⑤の事例を適切に解決するに当たって、非常に有用な示唆を含んでいるだろう。つまり、法益関係的錯誤説からも、給付の目的を保護法益に含めることで⑤の事例で詐欺罪の成立を認めることができるようになるのである。

とはいえ、機能的連関説は結果として批判されるべき目的不達成の理論に依拠しており、また機能的連関は書かれざる構成要件メルクマールであるから、このような要素を詐欺罪に新たに付け加えるよりは端的に詐欺罪における被害者の錯誤を法益関係的錯誤に限定する方がふさわしい、と第一説は主張する[96]。

しかし機能的連関説に依拠しないことで、新たに二つの疑問が生じることになる。第一に、なぜ詐欺罪においてのみ法益処分行為の社会的意味の錯誤が重要となるのかであり、第二に、行為の社会的目的が重要だというのなら見栄を張るといった⑥のような場合の目的も重要ではないのかという疑問である。これに対して論者は、第一の批判に対しては、「財産という法益は、交換経済の下において、経済的利用・収益・交換の手段として保護に値する。特に金銭は、それ自体の価値においてではなく、交換手段、目的達成の手段としてのみ保護に値する。そして、人間が財産的給付によって得ようとするのは経済的利益だけでなく社会的目的の達成も含まれる以上、法益処分の社会的意味を問題にしてよいように思われる[97]」と答える。そして第二の疑問に対しては、見栄を張るためだけにお金を使うことはあるとしてその疑問の正当性を認めながらも、結局のところどこまで財産の利用価値を詐欺罪で保護すべきかという価値判断の問題であるとして、「客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的」を達成するための処分かどおかに錯誤が

あるときにのみ、法益関係的錯誤があるといえると答えている。[98]

以上のことから、詐欺罪が成立するために必要な法益関係的錯誤は、財産を処分すること・処分する財産の性質・反対給付の存在や性質・社会的意味の達成に関する錯誤ということになるのである。

それに対して、第二の見解は詐欺罪の成立に経済的損害の発生を要求しないまま端的に財産権の性質から第一説と同様の法益を導きだす見解である[99]（以下、便宜的にこの見解を第二説と呼ぶ）。それどころか、詐欺罪成立のために経済的損害の発生を求めなくとも、この見解に基づけば経済的損害必要説にたった時と同じように適切な事例の解決が可能になるというのである。[100]

第二説によれば、詐欺罪の法益はあくまでも交付した物・財産上の利益の喪失であり、それ以上のものではないので、「法益とは何か」を導くために直接的に財産権の性質からスタートすることになる。それによれば、詐欺罪の法益侵害は財物・財産上の利益の占有の移転、すなわち財産の利用可能性の喪失を中心として考えるべきであるから、交付した財産の内容や価値に錯誤がある場合（前記の例③）、利用可能性の侵害の程度に関する錯誤がある場合（前記の例②）には法益関係的錯誤ということになる。また、「財産という法益は、交換経済の下において、経済的利用・収益・交換の手段として保護に値する」[101]ゆえに、その交換内容に関する錯誤がある場合（前記の例④）も、財物交付の経済的意味を理解していない以上、法益関係的錯誤と解しうることになる。また社会的目的の錯誤（前記の例⑤）も、広い意味では反対給付内容の錯誤であるとして、[102]あるいは財産は何らかの目的達成のための手段として重要な意義があるとして、[103]法益関係的であると解する。しかし、何らかの目的について錯誤があれば常に詐欺罪が成立するというのでは、およそ詐欺罪の成立範囲が無制限になり妥当ではないので、この説においても、保護に値する社会的・経済的目的の限定が必要となる。それによれば「特定の目的が達成できなければ財物を交付しない」という意思決定は、それが①財産の利用

によって直接獲得されうる重要な目的であり、しかも②同じような立場におかれた一般人にとっても了解可能な目的である限り、原則として保護の対象となるという。[104]

具体的には、ドル・バイブレーター事件のように相当な値段で交付された物の属性に錯誤があった場合には、属性の錯誤が給付物の同一性を異にしない程度のものであれば、交換による重要な目的達成を左右する事実ではないとして詐欺罪を否定しうるが、[105]当該事例のようにそうでない（交換の目的である治療目的が達成できない）場合には詐欺罪を成立させることが可能となる。一方で上記の例⑥のような（見栄を張る目的の）場合には、見栄を張ることは取引の経済的な目的（寄付）達成を左右する事実とはいえないために、詐欺罪は成立しないことになる。また、反対給付をする者の属性に関する錯誤があった場合には、[106]「誰から買ったか」という事実が（たとえば商品の信頼性やアフターサービス等も含め）給付物の属性それ自体と密接に関連していると考えられる場合には、詐欺罪の成立を認めることになる。購入者の目的が物の入手に尽きるのか、あるいはそれ以上の要素を求めているのかで結論が異なってくるのである。さらに、財物を交付する相手方の同一性や資格・地位に関する錯誤があった場合には、[107]たとえば医師の処方箋を偽造して薬局から医薬品を購入した場合には、医薬品販売の重要な経済的目的は代金を支払ってくれる人に販売し、対価を獲得することであり、薬事法上の秩序維持は付随的な目的にすぎないので、詐欺罪の成立は否定されることになる。しかし、一定の社会的・経済的目的を達成するために、特定の相手に限って商品を廉価で提供しているような場合には、たとえば震災の被災者に限定して、特定の商品を廉価で販売するような場合には、交付行為者は対価獲得目的のみならず、被災者支援目的を同時に追求しており、その行為の社会的・経済的意味によれば、むしろ後者が重要な目的とさえ解しうるので、被災者を装って廉価で物を購入した者には、詐欺罪が成立することになる。

法益関係的錯誤説からスタートするこの二つの見解は、結論は同じであるということができるであろう。しかし、第

一説は日本の有力説がそう考えるように詐欺罪成立のためには経済的損害が必要であると解し、それを根拠に財物の交換価値を法益内部に取りこみ、また経済的に重要な目的についても機能的連関説をヒントに法益に取り込んでいくのに対して、後者の見解は直接的に財産という法益の利用可能性を重視し、さらにその内部に財産の社会的目的達成機能をも取り入れるという点で異なっている。

しかしこれらの見解に対しては、「被害者の錯誤ゆえに同意の有効性がおよそ否定されるのであれば、現行法の解釈としても、詐欺罪ではなく窃盗罪が成立するはずである」として、「窃盗罪と区別するためには、詐欺罪は『有効な法益処分』を前提とする動機づけ犯罪と考えなければならない。いいかえれば、詐欺罪においては、殺傷罪や住居侵入罪の場合のように、同意の効力が否定され同意そのものが不存在となる場面かどうかが法益関係的錯誤として問題とされるのではなく（たしかに、処分意思の要件が緩和された結果、そのようなケースも詐欺罪の適用範囲に入ってくる可能性はあるが）、『同意がおよそ不存在とならない程度の錯誤による同意』という意味では『有効』な同意（それが詐欺の要件となる）がどのような場合に存在するかが問題とされているのである」、そして「実質的個別財産説を採る限りは、そのような損害を発生させる処分行為を意思決定させる錯誤のみが『法的に重要』ということになるのである」[108]との批判がなされている。

本稿の立場によれば、詐欺罪の構成要件メルクマールとなる錯誤に基づく処分行為は、いわゆる総論的な被害者の承諾論の錯誤に基づく承諾とは異なっている。なぜならば、ここでは必ずしも法益所有者の自律的な決定が問題となっていないからである。たとえば上述のように詐欺罪の処分行為は、財産権者ではない者（たとえば処分行為権者）でもおこなうことができるという点でも異なっているし、またいわゆる被害者の承諾でいう承諾は（錯誤に基づく承諾を論じるにおいても）財産権の処分に係っているものであるのに対して、詐欺罪における任意の処分行為は、場合によっては

単なる占有の移転にしか係っていない（前述の例②）。財産権の処分に関係していない承諾は、前者の類型においてはそもそも存在すらしていないものとされるのに対して、後者においては錯誤に基づく処分行為（瑕疵はあるが承諾自体は存在する）がなされたと評価されうるだろう[109]。構成要件メルクマールにおける欺罔・錯誤はすべての財産権侵害を可罰的としてしまわないために、立法者が特別に財産犯を成立させる形態として選び出した非難に値する財産権侵害の行為態様の一つであり、それゆえ行為態様に係る合意があればたとえ財産権侵害があったとしても当該罪との関係においては非難に値しない行為となるのである。その一方で法益侵害性に係る合意は、立法者の選択にかかわりなく財産権の所有者がその財産権自体を放棄する場合であって、行為態様のいかんに係らず財産犯として非難の対象となる法益侵害がなくなることになる。

被害者の自律的な決定に瑕疵があるために有効性が否定される（それゆえ犯罪が成立する）錯誤に基づく被害者の承諾と、詐欺罪の成立を決定付ける瑕疵ある意思に基づく任意処分という意味での瑕疵ある承諾は、確かに多くの場合に重なることになるが、必ずしもイコールである必要はないといえよう。

それゆえ総論的な被害者の承諾（法益侵害性に係る合意）と、各論の行為態様に係る合意を同じように扱う法益関係的錯誤説の議論は、スタート地点から誤っているということができそうである。しかし結論から言えば、法益関係的錯誤説に依拠した場合には、その限りではない。つまり、両者に同じ要件を導き出せる可能性が残っているのである。

その可能性を検討するに当たって、第一段階として、法益を処分した者と法益所有者が同一人物である場合には行為態様に係る合意は法益侵害性に係る合意に包括されていることをまず確認したい。法益放棄に有効に承諾したということは、当然それに付随する交付行為にも有効に承諾したといえるだろう。それゆえ、法益侵害性に係る合意で有効ならば行為態様に係るそれでも有効だと理解することができる。その一方で、理論的には十分起こりうる、行為態様に係る

合意は有効だが法益侵害性に係る合意は無効である場合も、法益関係的錯誤説によればほとんど考えられない。なぜならば、この説は被害者の承諾を錯誤無効とする領域を非常に狭く解しているからである。そのことは法益関係的錯誤説が、詐欺罪にそれを適用するに当たって、被害者の承諾を本来の法益関係的錯誤説よりも広く無効にできるように尽力していることからも明らかであろう。行為態様に係る合意は法益侵害性に係る合意に含まれ、また法益関係的錯誤説によれば、法益侵害性に係る合意は非常に狭い範囲でしか認められず、それが行為態様に係る合意よりも広がることは考えにくい。それゆえに両者の要件は重なり、法益解釈から詐欺罪のメルクマールを導きだすことができるのである。(110)

そして第二段階として、処分者と法益の所有者が同一人物である場合に導き出された詐欺罪のメルクマールは、当然欺罔される人の性質によって変化すべきものではないので、両者が別人である場合にも適用されることになる。そうすると、結局法益関係的錯誤説を構成要件のメルクマール解明のために用いるという手段の正当性は認められるように思われるのである。

それでは行為態様に係る合意に法益侵害性に係る合意の要件に関する議論が方法論的に適用されうるとして、実際にそれを適用することは妥当であろうか。そしてそのような必要性はあるのだろうか。

まず財産的損害の必要性を認めずに、端的に法益から法益関係的錯誤の内容を導きだす第二説については、このような理論に基づけば、法益関係的錯誤説の最大のメリットが失われてしまうという点で批判されうるように思われる。なぜならこの説では詐欺罪を個別財産に対する罪として、その保護法益は交付された物（とそれにのみ係る処分権）そのものだとしつつも、そのような物には交換価値があるから反対給付や目的に対する錯誤も法益関係的錯誤であるというのだが、そのような理論は他罪においても社会的経済的に交換価値のあるすべての物にあてはまるからである。少なくとも同じ財産犯として器物損壊罪には詐欺罪と同じ法益の基準があてはまるだろう。「そのつぼを壊させてくれれば一

○○万円を支払う」といったときに、器物損壊罪として処罰するという首尾一貫した帰結が法益関係的錯誤説から受け入れられるかは疑問である。[111] これまでの法益関係的錯誤説によれば、「殴らせてくれたら一○○万円を支払う」と欺罔した場合と同じく、これは詐欺罪でカバーしたい態様ではないだろうか。また実際に法益関係的錯誤説の一部は、ここで主張された財産の本来の活用価値という視点から、「財物や自由といった、一定の目的を実現するために、それを処分することが予定されている法益については、処分の対象・目的実現手段として意義を有する法益として、法益処分の自由は当然保護の対象となる」[112]として、あるいは「身体についても、処分の自由を肯定する余地がないわけではない」[113]として、処分の自由の保護を刑法上広く認めている。このことは法益関係的錯誤説が本来予定していた承諾の錯誤無効の領域を、大きく広げてしまうことになり、その結果、法益関係的錯誤説を採ることの事実上の意義が失われてしまうように思われる。[114] 詳細は次節で述べるが、法益関係的錯誤説の最大のメリットであり出発点は、対価の欺罔に基づく承諾の有効性を肯定することにあるのである。

それに対して、詐欺罪の成立に経済的損害を含ませ、それに基づいて詐欺罪の法益関係的錯誤を財産的損害にまで及ばせる第一説は、法益関係的錯誤説本来の立場を貫くことができる点で優れている。ここで反対給付にまで及ぼされる保護は、経済的損害を要件としていない器物損壊罪にはあてはまらないし、自由・身体に対する罪についても同じである。しかしその一方で、結果的には機能的連関説に依拠せずに（機能的連関説に限らなくとも、社会的経済的目的を損害に計上するという論理を用いずに）、端的に財産という法益にはそれを利用することに関する重要な目的も含まれるとして、重要な目的に錯誤があった場合には法益関係的錯誤があるとするそれ以降の（⑤⑥に関する）理論は、詐欺罪の法益論からあるいは詐欺罪独自の性質から導き出されたものではない。このような詐欺罪独自の議論を基礎におかず端的に財産という法益から目的達成の有無を法益関係的錯誤に取り入れる方法は、第二説と同様に法益関係的錯誤説の

基盤を取り除くものであるように思われる。もしも、財産のようなものは経済利益・収益・交換の手段として保護に値するという一般論を出してくるのであれば、それは器物損壊罪にもあてはまるし、また場合によっては自由や身体にもあてはまることになるであろう。純粋に差引残高という意味での経済的損害について錯誤がない場合にも、詐欺罪に限って法益関係的錯誤の成立を認めるというのであれば、詐欺罪独自の法益として評価される経済的損害の内部に処分行為者が処分行為によって追及しようとした経済的・社会的な目的の不達成を取り込むことが必要であるように思われるのである。

とはいえ、経済的損害の内部に重要な目的の達成を含めれば第一説に正当性が与えられるのかといえば、そうではない。なぜなら、そのように解した時点で法益関係的錯誤説の出る幕はなくなるからである。詐欺罪における法益侵害に経済的な損害を要求し、その損害の中に社会的に重要な目的といったものを含ませるのであれば、わざわざ錯誤の段階で法益関係的錯誤説を持ち出さなくても、同じ理論で同じ帰結が導かれることになる(115)。

つまり詐欺罪の「財産権」という法益から詐欺罪にのみ適用可能な固有の法益を導くことは困難であり、また様々なメルクマールでもって詐欺罪独自の法益を導き出した場合には、同時にそれを錯誤の段階でおこなう必要がなくなるのである。これらのことに鑑みれば、結局、欺罔・錯誤の内容は、総論的な承諾論で導き出された要件にあわせるのではなく、立法者が定め学説が発展させた各論的な要件によって導くことが適切であるといえよう。

ただし、上記の法益関係的錯誤説の理論はむしろ法益侵害性に係る合意の場面において重要となるように思われる。つまり、構成要件メルクマールから法益として個別財産以上のものが導き出されたことは、法益関係的錯誤説にとって法益侵害性に係る合意の錯誤無効の範囲を広げる効果を持つ。そうすることで、処分行為者と法益の所有者が同一である場合、構成要件メルクマールは満たされるが、法益関係的錯誤説に基づき法益侵害性に係る合意が有効となってしま

うという事態を防げることができるのである。

また、恐喝罪における強制においても同じことがいえるだろう。行為態様に係る合意と法益侵害性に係る合意は、必ずしも同じものである必要はない。行為態様に係る合意の強制の程度は各罪の性質によって異なるものであり、立法政策的に選択された犯罪を基礎付ける強制であるのに対し、法益侵害性に係る合意の強制のそれは立法者の選択にかかわらず、被害者の自律的決定を失わせる強制である。恐喝罪における強制の程度は、恐喝罪の文言とその解釈によって発展したテーゼに従うべきなのである。

七　条件付の合意について

行為態様に係る合意も法益侵害性に係る合意も、ときおり一般的包括的に与えられることがある。たとえば自動販売機の中の商品は、一般的包括的に、その占有移転と財産権移譲の合意がなされている。しかし、それは道行くあらゆる人になされた合意ではない。自動販売機を破壊して中の商品を入手した者にまで、財産権者の一般的な承諾が及ぶとは誰も考えないだろう。ここでの承諾は、承諾者が付与した条件を満たした者に対してのみ与えられるものである。[116]

Wegnahme に関する合意が条件と結びつきうることは、ドイツにおいても通説的に主張されている。制限的あるいは条件付の合意の場合には、行為者がこのような条件を満たしたときにのみ、Wegnahme が排除される。自動販売機の商品を所有する者は、決まった操作に基づいて商品を手に入れた者に対して、自らの占有を（同時に所有権も）失うことに合意しているのであって、たとえば自動販売機を壊すことによって中の商品を得たり、偽造通貨によって商品を手にいれたりした場合には、窃盗罪が成立することになる。[117]

その一方で、条件付の Wegnahme への合意を否定する見解もある。[118] なぜなら、通説のように解してしまうと窃盗罪の成立範囲が、詐欺罪との関係で本来予定された以上に広がってしまうからである。つまり、偽造通貨によって自動販売機から商品を受け取った場合は、レジ係に偽造通貨を提示した場合と同じように、詐欺的ではあるが通常の操作によっておこなわれた財物の移転であって、Wegnahme は排除され、結果として詐欺罪（ドイツ刑法二六三条a）[119] で処罰されるべきだというのである。[120]

しかし条件付の承諾を一切認めないというのであれば、自動販売機を壊して、つまりはおよそ予定されていない操作によって商品を入手した場合にも任意の処分があるため窃盗罪が成立しないという結果になりうるだろう。このような帰結は不当であるから、やはり一定程度の条件付承諾は認めざるを得ないように思われる。そうすると重要なのは、そのような一般的で包括的な承諾の中にどのような要件が含まれているのかということであろう。

この点について本稿では、クレジットカードの不正使用の例をあげて検討してみたい。クレジットカードの不正使用には大きく分けて三つの類型が考えられるだろう。①カード発行者から権限を与えられているクレジットカードの所有者が、彼に与えられた権限を越えてＡＴＭから金銭を引き下ろす場合、②なんらかの理由でクレジットカードと暗証番号を手にいれた非権限者がそれを用いてＡＴＭから金銭を引き下ろす場合、③偽造のクレジットカードを用いてＡＴＭから金銭を引き下ろす場合である。

カード発行者が、真正のカードを用い、普通の操作方法で、そして権限の範囲内で金銭を引き下ろすことに承諾していると解するのであれば、①②③のいずれにおいても占有移転の承諾は存在せず、窃盗罪が成立することになる。[121] 他方、真正のカードを用い、普通の操作方法で現金を引き下ろすことに承諾していると解するのであれば、①②においては占有移転の承諾が認められ、[122] ③に限って窃盗罪が成立することになる。さらに、カードの真正不真正に係りなく、純粋

に見た感じ普通の操作で金銭を引き下ろすことに承諾しているのであれば、①②③どの事例においても占有移転への承諾は認められることになる。[123]

果たしてここではどのように解するべきであろうか。

たとえば高松高裁昭和六〇年五月三〇日判決高検速報四二六号は、「適正にカードの交付を受けた多数の会員の中には、その後現金自動貸出機にカードを挿入操作する際には、既に返済の意思能力を失っている者がいるであろうことは当然予期せねばならぬところである。それにもかかわらず、自らの財産は先ず自ら守るべき私有財産権者である右会社が、このような機構制度をとり、全く会員の操作だけに委ねこれを放任しているということは、一旦適法にカードを交付してしまえば会員の現金自動貸出機でのカード操作の際にはもはや進んで会員の返済の意思の有無等内心の意思動機目的等を問うことなくたとえ多数の会員の中に前記のような者がおろうとも、会社としてもとより望むところではあるまいが、それもやむを得ないものとしたうえで、なお、会員に現金自動貸出機でのカード操作を許容してしまっているものといわざるを得ない」として、少なくとも①では、占有移転への承諾を認めている。[124]

しかしこれに対して、「たとえ適法にカードを所持している者であっても、返済の意思・能力がない者についてまでも、カード発行会社が自動支払機内の現金を自由に引き出す権限を与える意思はあるはずがないと考えるのが社会通念に合致するし、また会員の側でもそれは当然に承知していることではあるまいか。もし借入金返済の意思・能力がなくなれば、その時点で当然にカード所持者はカード利用の権限を喪失すると考えるのが自然であろう」として、①の事例においても窃盗罪の成立を肯定する見解がある。[125]

確かに基礎にある契約条件や利益状況に基づけば、カード発行者の承諾はただその権限のあるカード利用者が操作したＡＴＭの利用経過だけをカバーしていることが明らかであるから、[126]①②③のいずれにおいても占有移転への承諾は

否定されるべきであるように思われる。しかし、占有移転への承諾に重要なのは、カード発行会社の（占有移転に関する）自律的な決定のみならず、窃取という行為態様である。なぜならば、占有移転への承諾は、窃盗罪の特別な行為態様に係っているからである。そしてその行為に注目すれば、①②の事例はカード会社が発行したカードを入れて操作しているという点で、通常のＡＴＭ利用者と同じであるように思われる。確かに彼らにカードを用いる権限はないが、それは客観的な事象としての「行為」とは直接かかわりのない事情であろう。その一方で③は確かにカードを入れてＡＴＭを操作しているが、そのカードは偽造であるという点で、行為時だけをみても通常の利用者とは異なっている。カード発行会社はこのような通常の利用者とは異なる利用の態様にまで合意しているとは言えないだろう。それらに鑑みれば、カード会社の（窃取を排除する）行為態様への合意は、彼が発行したカードを用いてＡＴＭを操作する者にのみ与えられているとみるべきである。つまり、①②の事例は包括的承諾の範囲内となり、窃盗罪の成立が阻まれることになる。(127)

また以上の検討から、一般的・包括的におこなわれた法益侵害性に係る合意も条件と結びつきうることが明らかになっただろう。さもなければ、これらの事案においてはそもそも財産犯の成立は考えられず、上記の議論はなりたたないからである。法益侵害性に係る合意に付与された条件がおよそ無効であるというのであれば、上記の例で、窃盗罪も詐欺罪も問題とならない。しかし、そのような帰結は妥当ではないだろう。そして法益侵害性に係る合意は、その犯罪阻却効果の基礎に行為態様に係る合意よりも恣意的なものとなりうる自己決定をおいているのだから、この類型の合意に付された条件はさらに重要性を持ってくるように思われる。このような合意と条件の関係については、次節（五　錯誤・強制に基づく合意について）で詳細に検討したい。

八　合意の時期・撤回可能性・撤回能力について

総論的検討によれば、被害者の承諾は、少なくとも行為時に存在していなければならないとするのが通説である。[128]

一方で、結果発生時に与えられていればよいとする見解もある。[129]後者は結果無価値を重視する見解であって、もしも結果発生前に被害者の真意の承諾が発生していたのであれば、そこには法益侵害が存在しないと考えるのである。

このような対立は領得罪においては法益侵害性に係る合意の場合にのみ問題となるだろう。なぜならば、行為態様に係る合意の場合には当該行為が構成要件の文言に当てはまるか否かが重要なのであって、この類型の承諾は結果の不法性（法益侵害の存否）とは別問題だからである。占有者の意思に反する占有破棄が、後に表明された承諾によって遡って意思に合致する占有破棄になるわけではない。それは強盗罪等においても同じである。その意味で、領得罪における行為態様に係る合意は、撤回も含めて、常に行為時が基準となるといえよう。

それでは、法益侵害性に係る合意の場合には、どのように考えるべきであろうか。

両者の説が理論的に対立するのは、行為終了後、行為者の手を離れた経過が結果を発生させる間に合意がおこなわれた場合であろう。結論からいえば、このような場合には既遂の成立を認めるべきであるように思われる。つまり、通説に依拠すべきである。なぜならば、以下で見るように、取り返しのつかないところまで経過が進んだ後の承諾の撤回は撤回として顧慮されないものとされているからである。同じ状況下にもかかわらず、なぜ表明だけが顧慮され、撤回が顧慮されないのかを十分に説明することはできないだろう。両者は平仄をあわせた判断がおこなわれるべきである。[130]

なお、どの基準に基づくにせよ、事後になってからの追認に犯罪の成立を阻却する効果がないことについては争いがない。[131]

結果の発生が確定する（経過が取り返しのつかないところまで進む）までは、承諾は常時撤回可能である。これは合意・同意に限らずあらゆる構成要件にあてはまるとされている。

確かに法益侵害性に係る合意については法益侵害に関する自己決定が問題となっているのだから、物理的に可能な限り、財はなお彼の自由な処分に服するものといえるであろう。そして経過が取り返しのつかないところまで進んだときには、行為者には作為にせよ不作為にせよ、もはや何もおこなうことはできないのであって、それ以降の撤回に法的重要性をもたせることは適切ではないだろう。法益侵害性に係る合意においては、法益を自律的に支配することが可能な限りで、合意の表明・撤回は可能となるというべきである。

しかし領得罪における行為態様に係る合意に関しては、結果の発生（財産権の侵害）が確定するまで撤回可能とはいえないように思われる。なぜならばここで重要なのは行為時点における行為の評価だからである。領得罪の行為態様に係る合意においては、純粋に行為時に合意があるかないかが決定的な要素となるといえよう。

なお承諾が契約という形式でなされた場合には、さらに若干の検討[132]が必要であろう。なぜなら、契約により拘束力が生じた場合には承諾の撤回は可能でないとする見解があるからである。またこのような見解[133]に対して、契約に独自の正当化効力を認め、それゆえ承諾は常時撤回可能であるというテーゼを貫こうとする見解も有力に主張されている。

それでは、合意が契約という形でもって表明された場合はどのように解すべきだろうか。

まず領得罪における契約は、行為者に行為の権限を与えることではなく、行為者に所有権や占有権など民法上の権利を与えることを目的としているため、契約は行為態様にかかる合意とはかかわりがないといえるだろう。

それゆえ合意と契約の関係は法益侵害性に係る合意においてのみ問題となりうる。

そしてドイツ刑法においては、行為者に満期で抗弁のない権限があれば領得の違法性が排除されるので、契約や合意を問題とするまでもなく契約に基づく行為には違法性が排除されることになるだろう。[134]その一方で日本では、このような問題は財産犯の保護法益の問題としてあるいは権利行使の問題として議論されている。[135]ここでは、被害者側の意

思の問題ではなくて、行為者側の権利によって相対化された被害者の保護が問題となっているので、合意が関わってくる余地はないであろう。またその意味で、契約による正当化という解決も特別な価値を有していないように思われるのである。

以上のことを要するに、法益侵害性にかかる合意の常時撤回可能性のテーゼは修正される必要はないといえよう。

次に、ドイツの学説の中には法的安定性のため[136]にあらゆる承諾には表明が必要であるとする一方で、同じように撤回にも表明が必要であるとする見解がある。

確かに表明された承諾が、表明なくして取り消された場合、行為者はそれが許されていないとも知らず構成要件該当行為をおこなってしまうことになり、それに基づいて処罰することは不当であるといえる。このことは、表明された承諾を重視し、表明の錯誤やたわむれに基づいて表明された承諾は、明示的に撤回されるまで有効であると解する多数の学説[137]とその基礎を同じくしているといえる。

とはいえ表明を要求しない見解も撤回を知らなかった行為者や表明された承諾を信じた行為者については、故意の問題として解決する道を残しているので、いずれにせよここでは撤回を知らなかった行為者にとってとりわけ不利益な事態をもたらすわけではない。

それでは逆に、内心の撤回を知っていたが、その撤回はいまだ表明されていなかった場合におこなわれた行為はどのように評価されるべきであろうか。

ここでは表明必要説にたっても、表明者の内心を知っていた場合あるいはそれを知るべき義務があったときには被害者の内心にある撤回の意思は有効と解されることになるように思われる。なぜなら、上記撤回の表明の必要性を主張した論者自身が承諾の表明の錯誤の場合、たとえば「それを譲渡するつもりはありません」と言ったつもりが「譲渡する

つもりです」と言っていた場合、表明の錯誤をしている承諾者の真意を知っている行為者は、その表明された承諾に基づいて行為できないと解しているからである。[138] ここでは内心の拒絶を知っている行為者が承諾を利用した場合は、権利の濫用として同意は無効になるという。被害者の真の意思を知っている者は、外見上の承諾を利用することはできないのである。つまり、表明不要説に立っても撤回がないと思っていた行為者の行為は故意が阻却され、表明必要説に立っても内心的な撤回を知っていた場合には合意は無効となる。[139] 撤回の表明を要求する見解と要求しない見解の結論的差異はささいなのである。

なお、本稿の立場によれば、行為態様に係る合意の形式は意思方向説に立つので、撤回も同様に表明する必要がないと解することができる。他方、法益侵害性に係る合意の形式は意思表明説に立つが、ここでの構成要件排除の根拠が自己決定であることから、そのような基礎のない外見上の承諾だけに、犯罪阻却の効果を認めることはできないように思われる。つまり、撤回は不要であると解する。

さらに承諾を撤回するためには、撤回能力が必要であるとする見解もある。[140] これは同意の問題として論じられているが、合意にも共通した議論であろう。論者によれば、撤回能力と同意能力は同じものが要求されているのだが、ただ、同意者が同意を表明した後にその能力を失った場合に撤回能力が単独で問題となる。撤回能力の有無にとって重要なのは、表明者が合理的に財を扱いきれるか否かであり、合意や同意で自己決定の自律性の保障がなされるように、撤回においても撤回の自律性の保障がなされるべきというのである。

しかし、この見解には疑問がある。なぜならば、そもそも承諾は結果的に刑法上の保護を受けられなくなることに関する自己決定であるが、撤回は本来ある保護を回復させるための自己決定だからである。事前に承諾能力のある段階で安易に（客観的には不合理な形で）なされた承諾が、後に撤回能力のない状態で撤回されたとき、刑法上の保護を回復

させないままにしておくのは疑問であるように思われる。撤回は刑法の保護規範を本来あるべき姿に戻す行為であって、そのために特別な能力を要求するのは不適切であろう。これに鑑みると、撤回のためには特別な能力は必要がないと解するべきである。

九　まとめ

窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪における承諾には、二つの種類がある。一つは行為態様に係る合意、そしてもうひとつは法益侵害性に係る合意である。前者は法益侵害に加えて構成要件の要求する特別な行為態様が被害者の意思状況に左右される場合のその意思状況に関係した合意であり、純粋に構成要件の解釈が問題となっている。後者の合意は自律的な決定により、構成要件で保護された法益が被害者によって放棄される場合であり、自己決定による法益放棄という意味で法的な判断がなされるものである。両者はいずれも構成要件該当性の排除に導くが、その性質は異なっている。

行為態様に係る合意の要件は、構成要件の文言から導かなければならず、その一方で法益侵害性に係る合意の要件は、そのような承諾が被害者の自律的な決定の表明といえるのかが重要となってくる。

具体的には、領得罪における行為態様に係る合意は表明される必要はないが、法益侵害性に係る合意は表明される必要がある。また合意能力として、前者は事実的な要素（占有の破棄等）を認識するための自然的な能力を、後者は、事実的な要素のみならず発生する法益侵害の意味について認識するだけの認識能力と判断能力を必要としている。錯誤・強制によって得られた承諾は、前者は構成要件のメルクマールに従い、後者の合意は自律的な決定の有無に左右される。なお錯誤・強制に基づく後者の合意の詳細は、次節で検討する。また、前者の合意は、表明・撤回ともに行為時が基準

となり、後者の合意は表明・撤回ともに結果の発生が確定する（財を自律的に扱える時点）までの間になされる必要がある。

（1）大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一二巻』（第二版、二〇〇三、青林書院）一六〇頁〔佐藤道夫ほか〕参照。

（2）川端博『刑法各論概要』（第三版、二〇〇三、成文堂）一一七頁（以下、川端・『各論』と略す）、平川宗信『刑法各論』（一九九五、有斐閣）三二〇頁、佐藤ほか・前掲書（注（1））一六〇頁以下参照。

（3）佐藤ほか・前掲書（注（1））一六一頁。

（4）大谷實『刑法講義総論』（新版第二版、二〇〇七、成文堂）二五八頁（以下、大谷・『総論』と略す）、伊東研祐「違法性阻却の原理と事由―その2：被害者の同意」法学セミナー六一五号（二〇〇六）一〇五頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（第三版増補版、二〇〇六、有斐閣）三九九頁（以下、大塚・『総論』と略す）、川端博『刑法総論講義』（第二版、二〇〇六、成文堂）三〇九頁、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（1）」法学教室二九五号（二〇〇五）一〇八頁（以下、佐伯・「同意」と略す）、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二巻』（第二版、二〇〇四、青林書院）二四八頁〔古田佑紀〕、福田平『刑法総論』（全訂第四版、二〇〇四、有斐閣）一七八頁以下、松宮孝明『刑法総論講義』（第三版、二〇〇四、成文堂）一一五頁以下、山中敬一『刑法総論Ⅰ』（二〇〇〇、成文堂）一九四頁以下、佐久間修『刑法講義（総論）』（一九九八、成文堂）一八四頁以下、内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六、有斐閣）五七九頁以下、木村静子「被害者の承諾について」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』（一九八四、有斐閣）三二四頁以下参照。

（5）井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号（二〇〇〇）八七頁、山中・前掲書（脚注（4））一九八頁（但し、一元説）、内藤・前掲書（脚注（4））五八〇頁。

Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Auflage, 2006, Rdn. 366a; *Gropengießer*, Die Rechtswidrigkeit bei der Sachbeschädigung (§303StGB), JR 1998, 91f.; *Heinz Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 29f.; *Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 102ff.

またヤコブスは「構成要件該当性を排除する同意」に分類する（*Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, 7. Abschn, Rdn. 111.）。

（6） *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, 2006, Vorbem §§32ff., Rdn. 33a （以下、*Lenckner*, in: Schönke/Schröder と略す）; *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor§32, Rdn. 115. （以下 *Hirsch*, in: LK と略す）

各論的検討は、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三巻』（第二版、二〇〇〇、青林書院）五八六頁〔瀧賢太郎ほか〕。

Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2007, §303, Rdn. 9; *Stree*, in: Schönke/Schröder, 2006, §303, Rdn. 12; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 2005, §303, Rdn. 18; *Mitsch*, Strafrecht Besonderer Teil 2 (Vermögensdelikte/Teilband 1), 1998, §5, Rdn. 28; *Wolff*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1992, §303, Rdn. 20.

（7） 平成一七年の犯罪認知件数の中で窃盗罪が占める割合は全体の約五五．二％に及ぶ。また、交通関係業過の二七．四％に続き、器物損壊罪が六．六％、横領罪三．一％、詐欺罪二．七％と、領得罪が上位五項目のうち三つを占めている（法務総合研究所編『平成一八年版犯罪白書』六頁参照）。

（8） 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三巻』（第二版、二〇〇〇、青林書院）三頁〔高橋省吾〕、団藤重光編『注釈刑法（6）』（一九六六、有斐閣）一五五頁〔福田平〕。

（9） 日本では詐欺罪・恐喝罪は、個別財産に対する罪と解されるのが通説だが、ドイツでは条文上、それが全体財産に対する罪であることが明らかになっている。

（10） ドイツ刑法二四二条（窃盗罪）「その物を自己又は第三者に不法に領得する意思で、他人の動産を他人から窃取（wegnimmt）した者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する。」

（11） *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 9. Auflage, 2003, §33, Rdn. 1; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar, 1999, §242, Rdn. 1; *Ruß*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor§242, Rdn. 3; *Lackner/Kühl,* a.a.O. (Anm. (6)), §242, Rdn. 1.

（12） *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Auflage, 2007, §242, Rdn. 2; *Eser*, in: Schönke/Schröder, 2006,

§242, Rdn. 1; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil/2, 29. Auflage, 2006, §2, Rdn. 57a; *Arzt/Weber*, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 2000, §13, Rdn. 1; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 5.

(13) 占有者の保護は、二四二条ではなく二八九条によって図られることになる。刑法二八九条（質物奪還罪（Pfandkehr））「自己の動産又は他人の動産を所有権者に有利なように用益権者、質権者若しくは物についての利用する権限又は留置する権限を有している者から、不法な意思で盗取（wegnimmt）した者は三年以下の自由刑又は罰金に処する。」

ただし通説でいう占有の保護は二四六条（横領罪）との法定刑の違いを根拠付けるのに貢献することになる（Vgl. *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 1.）。

(14) 「wegnimmt」という用語は強盗罪においても同じく用いられている。

刑法二四九条（強盗罪）「その物を自己若しくは第三者に不法に領得する意思で、人に向けた暴行又は生命身体に対する急迫した危険についての脅迫を用いて他人の動産を他人から強取（wegnimmt）した者は、一年以上の自由刑に処する。」

(15) *Horst Heubel*, Grundprobleme des Diebstahltatbestandes, JuS 1984, 446; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §242, Rdn. 8; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 37; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §33, Rdn. 25; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 20; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 33; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 10; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 35f.; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §2, Rdn. 71; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), §13, Rdn. 35.

(16) *Erich Samson*, Grundprobleme des Diebstahls, JA 1980, 288; *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 16; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §242, Rdn. 14; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 69; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §33, Rdn. 28; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 46; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 35; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 22; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 35; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §2, Rdn. 104; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 53; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 447.

(17) 逆に占有者が複数いる場合には、特別な処分権がそのうちの一人に与えられていない限り、占有者全員の承諾があると解することができる（*Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 70; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 35; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 63; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 448; Vgl. auch BGHSt 8, 273）。

なおドイツにおいては、駐車場の管理人を欺罔して車の引渡しを受けた行為者に窃盗罪ではなく詐欺罪を成立させた判

例があり（BGHSt 18, 221）、占有者でなくとも、Wegnahme に承諾し、窃盗罪の成立を排除できることが認められている。また学説においても、占有を守るために投入された者（Gewahrsamshüter）の承諾は Wegnahme を排除するとの見解がある（*Rudolphi*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 38; *Samson*, a.a.O. (Anm. (16)), 289.）。

（18）西田典之『刑法各論』（第四版、二〇〇七、弘文堂）一四五頁、松宮孝明『刑法各論講義』（二〇〇六、成文堂）一八二頁（以下、松宮・『各論』と略す）、山口厚『刑法各論』（補訂版、二〇〇五、有斐閣）一八八頁以下（以下、山口・『各論』と略す）、島田聡一郎「財産犯の保護法益」法学教室二八九号（二〇〇四）一〇二頁以下、深町晋也「窃盗罪」法学教室二九〇号（二〇〇四）七〇頁、斎藤信治『刑法各論』（第二版、二〇〇三、有斐閣）九九頁（以下、斉藤・『各論』と略す）、曽根威彦『刑法各論』（第三版補正版、二〇〇三、弘文堂）一一四頁以下、林幹人『刑法各論』（一九九九、東京大学出版会）一六九頁以下、芝原邦爾「財産犯の保護法益」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開各論』（一九九六、日本評論社）一七四頁、平川・前掲書（注（2））三三六頁。

（19）大谷實『刑法講義各論』（新版第二版、二〇〇七、成文堂）一八四頁以下（以下、大谷・『各論』と略す）、前田雅英『刑法各論講義』（第四版、二〇〇七、東京大学出版会）一八四頁以下、大塚仁『刑法概説（各論）』（第三版増補版、二〇〇五、有斐閣）一八一頁以下（以下、大塚・『各論』と略す）、木村光江『刑法』（第二版、二〇〇四、東京大学出版会）二八四頁、伊東研祐『現代社会と刑法各論』（第二版、二〇〇二、成文堂）一九四頁以下、日高義博「財産罪の保護法益」法学教室二一五号（一九九八）一八頁、川端・『各論』（注（2））一四五頁。

（20）大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一二巻』（第二版、二〇〇三、青林書院）二六二頁〔川合昌幸〕、中森喜彦『刑法各論』（第二版、一九九六、有斐閣）一一三頁、団藤重光編『注釈刑法（6）』（一九六六、有斐閣）四六頁〔団藤重光〕、川端・『各論』（注（2））一五四頁、平川・前掲書（注（2））三四九頁、西田・前掲書（注（18））一三七頁、松宮・『各論』（注（18））一九五頁、山口・『各論』（注（18））一九二頁、斎藤・『各論』（注（18））一〇七頁、曽根・前掲書（注（18））一二二頁、大谷・『各論』（注（19））二〇三頁、前田・前掲書（注（19））二一四頁、大塚・『各論』（注（19））一九一頁。また大判大四年三月一八日刑録二一・三〇九。

（21）斎藤信治『刑法総論』（第五版、二〇〇三、有斐閣）一六八頁、中野次雄「被害者の承諾」佐伯千仞ほか編『総合判例研究叢書刑法（1）』（一九五六、有斐閣）九三頁、川合・前掲書（注（20））二六五頁参照。

(22) たとえば平穏に占有していない占有者の承諾を得て物を譲り受けた者は、盗品等関与罪として処罰されうるとしても、窃盗罪には問われない。事実的な占有を破棄することへの承諾と、財産犯の保護法益を侵害することへの承諾は異なるものなのである。

(23) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一二巻』(第二版、二〇〇三、青林書院) 三三七頁〔河上和雄ほか〕、団藤重光編『注釈刑法(6)』(一九六六、有斐閣) 八五頁〔藤木英雄〕、川端・『各論』(注(2)) 一六二頁、平川・前掲書(注(2)) 三五五頁、西田・前掲書(注(18)) 一五九頁、松宮・『各論』(注(18)) 二〇九頁以下、山口・『各論』(注(18)) 二一六頁、斎藤・『各論』(注(18)) 二二〇頁、曽根・前掲書(注(18)) 一三二頁、大谷・『各論』(注(19)) 二二〇頁、前田・前掲書(注(19)) 二二八頁、大塚・『各論』(注(19)) 二一五頁、中森・前掲書(注(20)) 一二八頁。

(24) 川端・『各論』(注(2)) 一七七頁、平川・前掲書(注(2)) 三六六頁、高橋・前掲書(注(8)) 二七頁、西田・前掲書(注(18)) 一七八頁、松宮・『各論』(注(18)) 二三四頁、山口・『各論』(注(18)) 二四六頁以下、斎藤・『各論』(注(18)) 一三五頁、曽根・前掲書(注(18)) 一四四頁以下、大谷・『各論』(注(19)) 二四七頁以下、前田・前掲書(注(19)) 二六四頁、中森・前掲書(注(20)) 一四四頁。

(25) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三巻』(第二版、二〇〇〇、青林書院) 二五八頁〔小倉正三〕、平川・前掲書(注(2)) 三七六頁、西田・前掲書(注(18)) 二〇四頁、松宮・『各論』(注(18)) 二四九頁以下、山口・『各論』(注(18)) 二七四頁、斎藤・『各論』(注(18)) 一六七頁、曽根・前掲書(注(18)) 一六〇頁、大谷・『各論』(注(19)) 二七五頁、前田・前掲書(注(19)) 二九七頁、大塚・『各論』(注(19)) 二七三頁、中森・前掲書(注(20)) 一五三頁。また、最判昭二四年二月八日刑集三・二・七五参照。

(26) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 148; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 96; *Rudi*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 70.

(27) *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §242, Rdn. 27; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 148; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §33, Rdn. 53; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 98; *Rudi*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 70; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 5; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 59; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 123; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 450.

(28) ただし、反対説もある (Vgl. *H.D. Weber*, Die zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, 1986, S.

34; *Hirsch*, Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungstrafbestimmungen, JZ 1963, 150ff.）。

なお、ドイツでは日本と異なり物の売買契約の締結によって所有権が移行しないので、満期で抗弁のない債権の対象である物についても、「物の他人性」が否定されることはない。

(29) Vgl. *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor §32, Rdn. 115.

(30) ただし構成要件該当性排除事由だと解する説もある（*Maiwald*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 89ff.; *Hirsch*, JZ 1963 (Anm. (28)), 154ff.）

なおヒルシュは領得罪における「rechtswidrig」の文言は、様々な領得行為のうち、可罰的なものを選び出すための要素であって、つまり構成要件の正確な範囲を決めるために民法が持ち出される必要があるのだから、それは構成要件要素であると解するが、このことは財産権者の承諾が「rechtswidrig」に関するものであることを変えるものではないことに注意すべきである。マイバルトの詳細は次節を参照。

(31) Vgl. *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 33.

(32) ただし、構成要件の段階では形式的な判断のみがなされ、法益侵害の有無は違法性の段階で検討されるという説に立てば、話は別である（Vgl. *Stratenwerth*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2000, §9, Rdn. 9）。

(33) *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 104/ Rdn. 111.

ヤコブスの三元説については、拙稿「被害者の承諾（一）－各論的考察による再構成－」北大法学論集五八巻三号（二〇〇七）一〇頁参照。

(34) 山口厚『刑法総論』（第二版、二〇〇七、有斐閣）一五四頁（以下、山口・『総論』と略す）、山中・前掲書（注（4））一九三頁、内藤・前掲書（注（4））五八九頁、中野・前掲書（注（21））九〇頁参照。

(35) 平川・前掲書（注（2））三五五頁、山口・『各論』（注（18））二一六頁、大谷・『各論』（注（19））二一九頁以下、大塚・『各論』（注（19））二一四頁、中森・前掲書（注（20））二一八頁、河上・前掲書（注（23））三三一頁。

この点は恐喝罪も同様である（小倉・前掲書（注（25）二七三頁参照））。

(36) Vgl. *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 25; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §6, Rdn. 29.

なお、両者はこの例を恐喝罪との関係で挙げている。

(37) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §6, Rdn. 29.

(38) 小倉・前掲書（注（25））二七四頁以下。

(39) 高橋・前掲書（注（8））六五頁以下。

(40) *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 266.

(41) 合意の方式に関しては、*Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 374; *Wessels/Beulke*, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 368; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 32; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 102.

(42) *Wessels/Beulke*, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 368; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 32; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 102; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. (41)), S. 374f.

Abw. *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 110.

(43) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 71; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 52; *Samson*, a.a.O. (Anm. (16)), 288.

(44) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 71; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), §13, Rdn. 59; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. (41)), S. 374f.

(45) ドイツにおいても窃盗の未遂は可罰的である（ドイツ刑法二四二条二項）。

(46) *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. Ⅰ, 4. Auflage, 2006, §13, Rdn. 73ff.

(47) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 73.

(48) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 74ff.

ロクシンのこの見解は黙示的な表明でも許される点で中間説あるいは制限的意思表明説と呼ばれている。

(49) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 76.

(50) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 77.

(51) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 77.

(52) *Thomas Rönnau*, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Jura 2002, 666.

また振津隆行「被害者の承諾（下）」法学セミナー三九〇号（一九八七）六〇頁、佐伯・「同意」（注（4））一一二頁参照。

(53) 佐藤・前掲書（注（1））一九〇頁、川端・『各論』（注（2））一四九頁、平川・前掲書（注（2））三四一頁、西田・前掲書（注（18））一三六頁以下、山口・『各論』（注（18））一七五頁以下、大谷・『各論』（注（19））一九八頁以下、前田・前掲書（注（19））二〇五頁、大塚・『各論』（注（19））一八五頁。

Lackner/Kühl, a.a.O. (Anm. (6)), §242, Rdn. 8f.; *Rudolphi*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 21; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 13; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 29; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §2, Rdn. 75; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 49.

(54) 西田・前掲書（注（18））一三四頁。

(55) 傍論ではあるが、窃盗罪の合意の方式について、意思方向説に立つことを認めたと解される判例がある（町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究2』（一九八一、有斐閣）二二七頁以下参照）。郵政監察官が郵便局員による窃盗被疑事件の捜査のために現金を封入して出した「テスト郵便」を被告人が窃取した事案において、静岡地裁は「郵便物の差出人たる郵政監察官は、犯人検挙のために右郵便物を取り扱う速達係局員がこれを開披し在中金を抜き盗り所持品等にアントラセン粉末を付着させることを希望し、少なくとも肯定ないし容認していたものと一応認められるので、いわゆる被害者の承諾の問題が生じる」とした（静岡地判昭四〇年四月一九日下刑集八・四・六五三）。ただし、封筒の中の金銭の窃取には承諾しているが、封筒全体の窃取には承諾していないとして、静岡地裁は封筒そのものを窃取した被告人に窃盗罪の既遂の成立を認めた点、また本件が占有者のではなく財産権者の承諾の事例である点、そして郵政監察官がテスト郵便を出す前に封筒の受取人、差出人にその名義を使うことに了解を得ていた（制限的意思表明説に基づけば意思表明がある）点に注意すべきである。

(56) 伊藤渉「強盗罪」法学教室二九二号（二〇〇五）八三頁、平川・前掲書（注（2））三五五頁、山口・『各論』（注（18））二一四頁、斎藤・『各論』（注（18））一二一頁、林・前掲書（注（18））二一二頁、中森（注（20））一二八頁。

(57) 曽根・前掲書（注（18））一三二頁、大谷・『各論』（注（19））二一八頁、前田・前掲書（注（19））二三二頁以下、大塚・『各論』（注（19））二一三頁、木村・前掲書（注（19））三〇三頁以下。

(58) ただし、相対的な財産権をみとめる場合は別である（島田・前掲論文（注（18））九九頁参照）。

(59) ドイツの多数説は同意の方式を（制限的）意思表明説で説明している（Vgl. *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 43; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 109）。

(60) *Geerds*, a.a.O. (Anm. (40)), 265.

(61) *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 32; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 101; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 80; *Rönnau*, a.a.O. (Anm. (52)), 669.

(62) *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 32; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 101.

(63) *Lenckner*, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72, 449; *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 16; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 73; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 47; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 35; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §2, Rdn. 107; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 53; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 447.

(64) *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 32; *ders.*, ZStW 72 (Anm. (63)), 449; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 24; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 53; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 81.

(65) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 73; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 47; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 35; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), Rdn. 53; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 447; *Samson*, a.a.O. (Anm. (16)), 288; *Lenckner*, ZStW 72 (Anm. (63)), 449.

(66) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 73.

Abw. *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 111.（ノルは、合意の有効性以上に外見上の行為を重視しているので、合意した者に合意能力がなかった時、行為者が占有者の承諾を得て財物を自分でとった場合にはWegnahmeは存在するが、客観的に与えられた物を受け取った場合にはWegnahmeはないと解する。）

(67) 家の中にある預金通帳を一二歳児に持ってこさせた時、一二歳児がその物の支配が失われることを認識していた場合には、その合意は有効といえる。ただし、その児童の親が共同占有者であった場合は別である（Vgl. *Lenckner*, ZStW

72(Anm.(63)), 453.）。

（68）川端・『各論』（注（2））一八一頁以下、高橋・前掲書（注（8））七三頁、中森・前掲書（注（20））一四六頁。

（69）曽根・前掲書（注（18））一五九頁、中森・前掲書（注（20））一五〇頁。
恐喝罪については *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 81.

（70）*Amelung/Eymann*, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, 941: *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 38ff; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 115; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. (41)), S. 382; *Rönnau*, a.a.O. (Anm. (52)), 668f.
Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 84.（ただし、一元説。）

（71）*Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 114; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm.(6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 39ff.; *ders.*, ZStW 72 (Anm. (63)), 454ff.; *Ruß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 70.

（72）*Lenckner*, ZStW 72 (Anm. (63)), 455ff.
またヤコブスによれば、民法上の能力制限の規定は、刑法上の同意能力についての特別規定であるという（*Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 114）。

（73）*Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 114; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 40; *ders.*, ZStW 72 (Anm. (63)), 456.

（74）*Wessels/Beulke*, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 375; *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 42; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 90.
Vgl. *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 171ff.
なお、財産権侵害に関しては、民法である不法行為上も一〇四条以下の規則を厳格に適用するのではなく、自然的な認識能力と判断能力で十分であるとしているので、ここでは刑法と民法の齟齬はおきていないことを指摘する見解もある（*Alfred A. Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 81.）

（75）ドイツ民法八五八条（Verbotene Eigenmacht）「占有者からその意に反して占有物を奪った又は彼の占有の邪魔をした者は、その奪取や妨害について法が許容していない限りで違法である。（私力の禁止）」

（76）*Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 90.

（77）*Wessels/Beulke*, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 375; *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor§32, Rdn. 118; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm.

(41)), S. 381; *Rönnau*, a.a.O. (Anm. (52)), 669.

刑法は特別に社会的害悪のある行為方法を克服するものであり、民法は利益の調整をおこなうものである（*Rönnau*, a.a.O. (Anm. (52)), 669)。

(78) *Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104, 527ff.

(79) *Amelung*, a.a.O. (Anm. (78)), 527ff.

(80) Vgl. *Zipf*, a.a.O. (Anm. (5)), S. 41; *Hirsch*, in: LK(Anm. (6)), Vor832, Rdn. 118.

(81) ただし、民法上有効な意思表示ができる者は、刑法上も有効な同意ができると考えるべきである（Vgl. *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor832, Rdn. 118; *Amelung*, a.a.O. (Anm. (78)), 529.)。

(82) *Geerds*, a.a.O. (Anm. (40)), 268ff.

(83) *Geerds*, a.a.O. (Anm. (40)), 269.

(84) *Hirsch*, in: LK (Anm. (6)), Vor832, Rdn. 102; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. (41)), S. 374.

(85) ただし、欺罔によって得られたあらゆる合意が窃盗罪の構成要件を排除しうるわけではない。合意者が占有移転について認識をしていなかった場合には、合意の無効性は窃盗罪の成立へと導く可能性がある（Vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §33, Rdn. 31; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 48ff.)。

(86) Vgl. *Amelung/Eymann*, a.a.O. (Anm. (70)), 944.

とはいえ脚注（85）で述べたように、必ずしも錯誤に基づく占有移転への合意が窃盗罪の成立を否定するわけではなく、ここでは詐欺罪と窃盗罪の境界の問題も重要となる(Vgl. *Samson*, a.a.O. (Anm. (16)), 288)。

(87) 小林憲太郎「いわゆる『法益関係的錯誤』の意義と限界」立教法学六八号（二〇〇五）三六頁、橋爪隆「詐欺罪（下）」法学教室二九四号（二〇〇五）九四頁、山口厚「『法益関係的錯誤』説の解釈論的意義」司法研修所論集一一一号（二〇〇三）一〇七頁、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報第一号（一九八五）六五頁（以下、佐伯・「錯誤」と略す)。

反対は、林幹人「詐欺罪における財産上の損害―最高裁平成一三年七月一九日判決を契機として―」現代刑事法四四号（二〇〇二）五三頁以下、佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか著『理論刑法学の最前線Ⅱ』（二〇〇六、岩波書店）

一四一頁以下〔井田良コメント②〕（以下、井田・『コメント』と略す）を参照。

（88）*Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 22.

（89）佐伯・「錯誤」（注（87））一〇二頁。

（90）橋爪・前掲論文（注（87））九四頁、佐伯・「錯誤」（注（87））六五頁。

（91）佐伯・「錯誤」（注（87））一〇四頁以下。

（92）佐伯・「錯誤」（注（87））一〇七頁。

（93）*Horst Schröder*, Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug, NJW 1962, 722; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §263, Rdn. 55.

Abw. *Eric Hilgendorf*, Zweckverfehlung und Vermögensschaden beim Betrug -BayObLG, NJW 1994, 208, JuS 1994, 468.

（94）*Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §263, Rdn. 55; *Schröder*, a.a.O. (Anm. (93)), 722.

なお同様の議論は機能的連関説に依拠しない見解によっても、欺罔・錯誤の要件の下で（Vgl. *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, 2006, §263, Rdn. 41; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar, 2004, §263, Rdn. 66; *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §7, Rdn. 34ff.）、あるいは財産的損害の要件の下（目的不達成の理論）で（Vgl. *Klaus Tiedemann*, in: LK, 1999, §263, Rdn. 182; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §41, Rdn. 118ff.; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §263, Rdn. 79; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §13, Rdn. 550.）おりなわれている。

Vgl. auch *Hans-Joachim Rudolphi*, Das Problem der sozialen Zweckverfehlung beim Spendenbetrug, in: Festschrift für Ulrich Klug, 1983, S. 315ff.

（95）*Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (6)), §263, Rdn. 55; *Schröder*, a.a.O. (Anm. (93)), 722.

Vgl. auch *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §7, Rdn. 34f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (11)), §41, Rdn. 121f.; *Tröndle/Fischer*, a.a.O. (Anm. (12)), §263, Rdn. 79; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §13, Rdn. 550; *Cramer/Perron*, a.a.O. (Anm. (94)), §263, Rdn. 41; *Tiedemann*, a.a.O. (Anm. (94)), §263, Rdn. 182f.

（96）佐伯・「錯誤」（注（87））一一五頁。

（97）佐伯・「錯誤」（注（87））一一六頁。

(98) 佐伯・「錯誤」(注(87)) 一一七頁。
(99) 橋爪・前掲論文(注(87)) 九四頁以下、山口・前掲論文(注(87)) 一〇七頁以下。
(100) 橋爪・前掲論文(注(87)) 九三頁、山口・前掲論文(注(87)) 一〇八頁参照。
(101) 橋爪・前掲論文(注(87)) 九五頁では、ここで佐伯・「錯誤」(注(87)) 一一六頁の引用がなされている。経済的損害必要説の前提からみちびかれた法益解釈が、その前提を排除して引用されているといえよう。
(102) 橋爪・前掲論文(注(87)) 九五頁。
(103) 山口・前掲論文(注(87)) 一〇九頁。
(104) 橋爪・前掲論文(注(87)) 九六頁。
(105) 最決昭三四年九月二八日刑集一三・一一・二九九三。普通の電気按摩器である「ドル・バイブレーター」を入手困難で中風や小児麻痺に特効のある特殊治療器であると偽って相当な価格で売却した事例。最高裁判所は「たとえ価格相当の商品を提供したとしても、事実を告知するときは相手方が金員を交付しないような場合において、ことさら商品の効能などにつき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信させ、金員の交付を受けた場合は、詐欺罪が成立する」と判示した。
(106) 大決昭和三年一二月二一日刑集七・七七二参照。医師でない者が医師と偽って適正な価格で薬を売却したという事例である。大審院は「相手方ハ毫モ財産上不正ノ損害ヲ被リタル事実ナク又被告人ニ於テ之ニ因リ特ニ不法ノ利益ヲ享受シタルモノト謂フヲ得サレハナリ」として詐欺罪の成立を否定した。
(107) 東京地判昭和三七年一一月二九日判例タイムズ一四〇号一一七頁。東京地裁は、被告人の行為は「何ら個人的財産上の法益を害するものではない」として詐欺罪を否定している。
(108) 井田・『コメント』(注(87)) 一四三頁。
(109) この意味で、詐欺罪の行為態様に係る合意に法益関係的錯誤説を適用すればそもそも承諾など存在しないため、窃盗罪の成立がむしろ問題となる、という前述の批判が重要となってくるのである。
なお、最近では法益関係的錯誤説に基づいても上記批判のような事態がおきないよう、詐欺罪では窃盗罪にはない独自の法益である「財産的処分の自由」が「財産」として共に保護されているとの見解も現れている（足立友子「詐欺罪にお

ける欺罔行為について（三）―詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成―」名古屋大学法政論集二一二号（二〇〇六）三七二頁以下参照)。しかし、このような見解に与するには、なお検討の余地が必要であろう。なぜならば、窃盗罪においても、そのような処分の自由は保護されているように思われるからである。「権利」とはそれを行使する自由を含めてはじめて意味をもつものであり、財産権を保護する財産犯とは、現在そこに存在している民法的な権利を静的に保護するものではなく、民法的な権利の行使の自由を保護する、いわば財産的自由に対する罪であるように思われるのである。

(110) ただし、窃盗罪との限界問題は、なお十分に解決されないまま残ってしまうことにはなる。

(111) ただし、アルツトは彼の法益関係的錯誤に関する先駆的な研究の中で、器物損壊罪の法益に処分の自由をも加えている（*Arzt*, a.a.O. (Anm. (88)), S. 46; *ders.*, Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person der Arztes, in: Festschrift für Jürgen Baumann, 1992, S. 211)。なぜなら、所有権は伝統的に静的には定義されないからである。それゆえ、器物損壊罪においても対価の支払いへの錯誤が法益関係的であると評価されることになる。

(112) 山口・前掲論文（注（87））一〇三頁以下。

(113) 山口・前掲論文（注（87））一〇四頁。

(114) なおアルツトのように、所有権という法益には処分の自由も含まれている（つまり法益関係的錯誤説の例外である）と解すれば、この批判は決定的ではないことになる。

(115) 実際に日本でも、寄付金詐欺のような事例は財産上の損害の問題として取り扱われている。菊池京子「詐欺罪における財産上の損害についての一考察（完）―『処分行為の自由』をめぐる問題（3）―」東海法学二三号（二〇〇〇）一〇一頁以下、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害（五・完）―その要否と限界」警察研究六三巻八号（一九九二）三〇頁以下参照。

(116) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §1, Rdn. 77; *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 54; *Rudolphi*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 36; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36; *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. (12)), §2, Rdn. 107f.; *Heubel*, a.a.O. (Anm. (15)), 447; *Samson*, a.a.O. (Anm. (16)), 288.

(117) なお偽造通貨を用いた場合には、操作自体は真正の通貨の場合と同様であるので、合意の条件を満たすと解する見解もある（*Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 55.)。

(118) *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), §13, Rdn. 55.

(119) 二六二条ａ（コンピューター詐欺罪）「自己又は第三者に不法に財産的利益を得させる意思で、プログラムを不正確に形成し、不正確な又は不完全なデータを利用し、データを権限なく利用し、若しくはその経過へ権限なく働きかけることによってデータ処理の事象の結果に影響を与えることによって他人の財産を侵害した者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する。」

(120) *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (12)), §21, Rdn. 14.

(121) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §13, Rdn. 77.

(122) Vgl. Eser, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36

エーザーはこの点について直接言及してはいないが、偽造通貨による自動販売機の不正操作に窃盗罪の成立を認めながら、本人によるカードの不正使用に窃盗罪の成立を否定している。

(123) *Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 58; *Rußß*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 36.

(124) ただし、本件では、カードの交付時にはすでにカード操作によって入手した現金を返済しない意思を被告人が有していたことから、「もし被告人に右のとおりの不正の目的があって、もともと貸付金を支払う意思のないことがわかっておれば、本件カードを発行したりはしなかったことが認められる。その意味でカードを交付しこれによる現金自動貸出機の操作を許容しているといっても、自由な意思に基づくものではなく、その許容には重大な瑕疵がある」とし、「被告人が右のような不正に入手したカードを使用し貸出機の中の現金を引き出し、自己の占有に移しても、被告人は単に被害会社に許容されたところを行ったものに過ぎないとしてこれを不問に付することはできないのであって、ここに窃盗罪が成立するとみるべきである」と結論付けた。ここでは不正に入手したカードでは、ＡＴＭからの現金引き下ろしへの有効な承諾は認められないと解しているようである。このように解すると、②非権限者による引き下ろしのような場合にも、窃取が認められる可能性が高いだろう。また、当然③も窃取として評価されることになる。

(125) 川合・前掲書（注（20））二六六頁。

(126) *Mitsch*, a.a.O. (Anm. (6)), §13, Rdn. 77.

(127) なお、最決平成一九年四月一三日刑集六一・三・三四〇は、体感器と称する電子機器を身体に装着してパチスロ機のメ

ダルを不正に取得した事例において、「通常の遊戯方法を逸脱するもので」あること、「パチスロ機を設置している店舗がおよそそのような態様による遊戯を許容していないことは明らかである」ことをあげて、窃盗罪の成立を認めた。ここでも窃取のために重要なのは「行為態様」であることが意識されているように思われる。

(128) 大谷・『総論』（注（4））二六二頁、大塚・『総論』（注（4））四〇二頁、古田・前掲書（注（4））二五三頁、山中・前掲書（注（4））二〇四頁、内藤・前掲書（注（4））五九一頁、中野・前掲書（注（21））一〇一頁、振津・前掲論文（注（52））六〇頁。また、大判大八年一一月五日刑録二五・一〇六四参照。

Wessels/Beulke, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 378; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 44; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 79; *Roxin*, a.a.O. (Anm.(52)), 666.

(129) 窃盗罪に関しては、*Hoyer*, a.a.O. (Anm. (11)), §242, Rdn. 46; *Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36.

(130) 佐伯・「同意」（注（4））一一一頁、山口・『総論』（注（34））一五六頁。

(131) 山中・前掲書（注（4））二〇四頁、内藤・前掲書（注（4））五九一頁、中野・前掲書（注（21））一〇一頁、振津・前掲論文（注（52））六〇頁。また、大判大一二年三月一三日刑集二・一八八。

Wessels/Beulke, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 378; *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 131; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 44; *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. (41)), S. 381; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 79.

(132) 窃盗罪に関しては、*Eser*, a.a.O. (Anm. (12)), §242, Rdn. 36.

(131) 佐伯・「同意」（注（4））一一一頁、中野・前掲書（注（21））一一三頁、町野・前掲書（注（55））一七六頁。

Wessels/Beulke, a.a.O. (Anm. (5)), Rdn. 378; *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 110; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 44; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 79; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (52)), 666.

(132) *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 110.

(133) 佐伯仁志「被害者の同意と契約」西原古稀『西原春夫先生古稀祝賀論文集一巻』（一九九八、成文堂）三八五頁以下。

Lenckner, in: Schönke/Schröder (Anm. (6)), Vorbem §§32ff., Rdn. 53; *Weber*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 69ff.; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 72; *Roxin*, a.a.O. (Anm.(52)), 666; *Göbel*, a.a.O. (Anm. (74)), S. 142ff.

(134) Abw. *Weber*, a.a.O. (Anm. (28)), S. 34; *Hirsch*, JZ 1963 (Anm. (28)), 150ff.

ヒルシュは権利行使は自救行為によるものしか許されないとし、ウェーバーは契約による正当化を主張する。なお、通説によっても種類債権には種類物を選択する自由が債務者に残されているために可罰的である。

(135) たとえば京藤哲久「権利行使と恐喝」西田典之ほか編『刑法の重要問題（各論）』（二〇〇六、成文堂）二〇五頁以下、中森喜彦「権利行使と詐欺・恐喝罪」西田春夫ほか編『判例刑法研究6』（一九八三、有斐閣）二四九頁以下を参照。

(136) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 79.
Vgl. auch *Amelung/Eymann*, a.a.O. (Anm. (70)), 944.

(137) *Jakobs*, a.a.O. (Anm. (5)), 7. Abschn, Rdn. 110; *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 111f.; *Amelung/Eymann*, a.a.O. (Anm. (70)), 944.
Abw. *Jescheck/Weigend*, a.a.O. (Anm. (41)), S. 383.（表明の錯誤による承諾は無効と解する。）

(138) *Roxin*, a.a.O. (Anm. (46)), §13, Rdn. 111f.; *Amelung/Eymann*, a.a.O. (Anm. (70)), 944.
なお行為者に承諾の欠陥を見抜く義務があるときにも、表明は無効となる。

(139) なお、中野・前掲書（注（21））一一三頁は、撤回の表明は不要であると解している。

(140) *Amelung/Eymann*, a.a.O. (Anm. (70)), 945.

〔付記〕
本稿は北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年三月二三日授与）「被害者の承諾～各論的考察」に補筆したものである。

論　説

おとり捜査の研究（三）

――ドイツ法理論の発展を手掛かりにして――

内藤大海

目　次

序章
第一節　問題の所在
第一款　おとり捜査の必要性と利用目的

第二款　おとり捜査の問題点――法益侵害――
第二節　研究の目的
第一款　わが国における理論の展開
第二款　違法性判断の基準の不明確性
第三款　違法性判断の実質的担保――違法なおとり捜査に対する法律効果――
第三節　論文の射程
第一款　おとり捜査に関する試論
第二款　組織犯罪対策についての展望
第一章　おとり捜査と捜査概念――犯罪発生前の捜査の適否――
第一節　問題の所在
第二節　わが国における議論の展開
第一款　警察活動に関する議論の史的発展
第二款　目的的区分論
第三款　伝統的区分論
第四款　検討
第三節　ドイツにおける議論の紹介
第一款　ドイツにおける捜査概念
第二款　おとり捜査と捜査概念
第三款　検討――被作出犯罪の訴追に向けられたおとり捜査――
第四節　小括――おとり捜査と事後捜査限定説――
……（以上、五八巻二号）
第二章　おとり捜査および類似の捜査手法
第一節　アジャン・プロヴォカトゥール（agent provocateur）

第二節　潜入捜査官（Verdeckte Ermittler）
第三節　連絡員（V-Mann, V-Person, V-Leute）および情報提供者（Informant）
第四節　アンダー・カヴァー・エイジェント（under-cover-agent）
第五節　ドイツにおけるおとり捜査の担い手
第三章　ドイツ判例理論
第一節　はじめに
第二節　犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）
第一款　判例
第二款　理論の出発点――「既存の犯意の具体化」――
第三款　評価の視点
第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結
第五款　検討
第三節　重大な影響（erhebliche Einwirkung）基準
第一款　判例
第二款　理論の出発点――「被告人に対する重大な影響」――
第三款　評価の視点
第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結
第五款　検討
……（以上、五八巻四号）
第四節　量刑的解決
第一款　連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決
第二款　その他の判例
第三款　量刑説の理論構造
（以上、本号）

第四款　評価の視点
第五款　最近の判例の問題意識
第六款　検討
第五節　小括
第四章　ドイツ学説の発展
第五章　わが国における議論
第六章　おとり捜査の規制
結びに代えて

第四節　量刑的解決

以上見てきたように、連邦通常裁判所は一九八〇年代の初期の判例においては、いずれの判断基準にせよ違法とされる犯罪誘発行為に関しては、その結果生じた行為について訴訟障碍（Verfahrenshindernis）ないし刑罰阻却（Strafausschließung）を認めてきた。しかしながら、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決（【10】判例）が、違法な犯罪誘発行為の法律効果としては減軽事由が認められるにすぎないと表明して以降、判例は一部の例外を除いてこれまでほぼ一貫して量刑説を維持してきた。

ところで、本章第二節および第三節では、犯罪誘発行為の違法性の判断基準に着目して、連邦通常裁判所の判例の見解を犯意の具体化理論と重大な影響基準とに分類した(1)。しかし、ここでの分類は判断基準に着目したものではなく、

当該犯罪誘発行為が違法とされた場合の法律効果に着目したものである。すなわち、それまでの判例が違法な犯罪誘発行為の法的帰結として訴訟障碍（Verfahrenshindernis）ないし刑罰阻却（Strafausschließung）を認めようとしてきたのに対し、【10】以降の判例は量刑による解決を主張する点でそれまでとは路線を大きく変えているのである。そのため、本稿ではこのような判例の変遷に着目し、違法な犯罪誘発行為の法的帰結は量刑的解決に限られるという【10】判例以降の判例を一つのカテゴリーとしてまとめることとした。以下、今日での定着した判例の見解である量刑説についてみていこう。

第一款　連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決

まず、判例理論の変遷においてターニングポイントとなった第一刑事部一九八四年五月二三日判決（【10】判例）から紹介する。この判例で第一刑事部は、それまで違法な犯罪誘発行為に対して訴訟障碍（Verafahrenshindernis）事由の存在を認めてきたのに対し、これを否定し、そのような場合でも単に減軽事由が認められるにすぎないという見解を示すこととなった。このような見解は、その後の【11】および【12】判例という第二刑事部判決においては支持されなかった。第二刑事部も【13】判例において自らの見解を変更し第一刑事部の示した量刑説に従うこととなった。以下では、これまでと同様、判例に番号を割当て、この番号を用いて説明を行う。なお、本文中【事実の概要】および【判決要旨】、【決定要旨】中、（【10】判例参照）、のように、丸括弧で表記されているものは、元となった判例本文に含まれる標記である。

【10】連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決(2)

【事実の概要】

州裁判所は、大量の麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法輸入について、麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法取引との観念的競合（Tateinheit）において、被告人Lに対し刑訴法二六〇条三項に基づき判決を言い渡した。事実審裁判所（Tatgericht）は、国家刑罰権の失効を示した。その理由は、大量のコカインを供給しようという被告人の意思決定（Entschluss）は、およそ六ヶ月に及ぶ――バーデン－ヴュルテンベルク州の刑事局の警察官である――警察のロックシュピッツェルからの毎週の電話によって惹起され、彼の誘惑に対する抵抗力は、当該電話の通話から見込まれる「莫大な金額」にもはや耐えられなかったためである、とした。

州裁判所は、共同被告人Mに対しては、麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法輸入について、麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法取引との観念的競合（Tateinheit）において、有罪を言い渡した。しかしながら、共同被告人Lに対する警察のロックシュピッツェルによる働き掛けがあっ

本稿で紹介する判例

【連邦】

番号	裁判所・刑事部	判決・決定年月日	判断基準・その他
【10】	連邦通常裁判所第１刑事部判決	1984年５月23日	「量刑的解決」
【11】*	連邦通常裁判所第２刑事部判決	1985年２月１日	「重大な影響」基準
【12】*	連邦通常裁判所第２刑事部判決	1985年３月20日	「重大な影響」基準
【13】	連邦通常裁判所第２刑事部呈示決定	1985年６月４日	「量刑的解決」
【14】	連邦通常裁判所刑事拡大部決定	1985年11月７日	「量刑的解決」
【15】	連邦通常裁判所第２刑事部決定	1985年11月８日	「量刑的解決」
【16】	連邦憲法裁判所決定	1987年３月10日	「量刑的解決」
【17】	連邦通常裁判所第１刑事部決定	1989年８月29日	「量刑的解決」
【18】	連邦通常裁判所第４刑事部判決	1992年６月４日	「量刑的解決」
【19】	連邦通常裁判所第１刑事部決定	1994年１月４日	「量刑的解決」
【20】	連邦通常裁判所第５刑事部決定	1994年10月13日	「量刑的解決」
【21】	連邦通常裁判所第４刑事部判決	1995年３月16日	「量刑的解決」
【22】	連邦通常裁判所第１刑事部判決	1999年11月18日	「量刑的解決」
【23】	連邦通常裁判所第１刑事部判決	2001年５月30日	「量刑的解決」

＊【11】および【12】判例は、本稿第三章第三節で紹介した。

たため、およそ二六四グラムというコカイン調合物（作用物質量一四五グラムのコカイン水素塩化物）の供給量にもかかわらず、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三〇条二項に基づく中程度の事案とされ、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条三項四号に基づく特に重大な事案であることは否定され、それゆえ執行猶予を伴う六ヶ月の自由刑のみが下された。

被告人Lの上告は、事実に関する異議申立を根拠とするものであったが、これに対し検察官は、被告人Lに関する手続打切り（Einstellung）ならびに被告人Mに関する量刑に対して反論した。

認定された事実に基づけば、被告人Lは以下のようにして本件に関与している。すなわち、あるとき被告人Lのもとへ大量のコカインを一キロ当たり一四万スイスフランで取引するという内容の電話がかかってきた。しかし、被告人Lはこのような提案を一度も断らず、気を持たせるような態度をとり続けた。それどころかむしろ、コカインの供給についての話し合いを目的とするにもかかわらず、一九八三年の三月に、住居のあったベルン地方からわざわざヴァイル・アム・ラインまで赴いた。それまで、この話し合いで会うこととなるロックシュピッツェルと被告人Lとは、単に電話で話したことがあるに過ぎなかった。その際、彼は、収益の希望にも支配されていた。その接触において、彼は、「力の及ぶ限り、出来るだけ大量のコカイン取引のために尽力し、さらに、供給者を伴うこれから先の接触の手はずも整える」と述べた。被告人Lは、一九八三年三月二〇日に共同被告人Mを同伴して、ヴァイル・アム・ラインにおけるこの二度目の接触を行った。その際、自称購入者によって表明された、コカインを総額四〇万ドイツマルクで購入するという準備は、その後――引き続きなされたロックシュピッツェルによる電話での要望（Drang）によって――共同被告人Mの貯金のうち四万オランダ・ギルダーを用いてより大量のコカインをアムステルダムで調達するという被告人の意思決定を導いた。オランダから輸入した薬物を一九八三年六月一一日にシュトゥットガルトで引き

渡すために、被告人Lは、再び自らスイスを発った。

【判決要旨】

被告人Lの固有の関与に鑑れば、このようにして決定された行為を国家機関がコントロール（Steuerung）していたとか、ましてや支配（Beherrschung）していたと、みることはできない。被告人は――ロックシュピッツェルに惹起され、そして生き生きと持ち続けられた高額の利益に対する希望が無視されるような――常に、被告人Lの意思決定（Entscheidung）の支配者であり続けたのであり、特に取引に関する個別の詳細の全てを自ら計画しなければならなかったのである。被告人の、重大で、他人にコントロールされていない能動性を考慮すれば、彼はこれまで品行方正であったという州裁判所によって重視された視点には、何らの決定的な意味も与えられない。

これに基づく限り、被告人Lに対する手続の打切り（Einstellung des Verfahrens）は、すでに事実に関する理由からもはや認められない。当刑事部は、加えて、以下のような見解をとる。すなわち、許容されるロックシュピッツェルの投入の限界を超えること自体、「国家刑罰権の失効」という固有の性質を有する訴訟障碍（Verfahrenshindernis）を導くことはない。

州裁判所は、確かに、連邦通常裁判所の判断とは反対の見解を引き合いに出している。ここでの本質的な問題に関する連邦通常裁判所の判例は、確かに、なお、完全には明確かつ強固なものとはなっていない。

当刑事部は、一九八〇年に二つの判決（【2】および【4】判例）において、以下のことを示している。すなわち、警察のロックシュピッツェルによる犯罪誘発行為の限界を無視することは、「国家に帰責されるべき法律違反」として、刑事手続に「影響を及ぼす（hineinwirken）」。というのは、基本法および刑事訴訟法に内在する法治国家原則は、刑事訴追機関に対して、「この原則に優る理由が、そのために存在しえない場合は」、犯罪行為の訴追を目指すことを禁

じているためである。その刑事部は、これら二つの判決においては、刑事手続におけるこれらの作用の性質の特徴を詳細に示してはいない。むしろ、単に、認定された状況に基づくならば、「国家刑罰権は生じない、あるいは失効しなければならない」ということは何ら問題となりえないということを、一事案において詳論したにすぎなかったのである（【2】判例）。

その後、一九八一年のはじめ、第二刑事部（【2】判例）は、はじめて、「被告人の有利に働く訴訟障碍」の可能性を以下のような理由から肯定した。すなわち、国家機関の指示（Auftrag）あるいは承認の下で活動するアジャン・プロヴォカトゥールの重大な影響によって法の道から逸脱させられた行為者を、国家が再び法の道に連れ戻すために訴追する場合、国家は、矛盾に満ちた悪意の手続という非難に曝される。このような見解によれば、本件においては、「誘発を受けた行為者に限定された刑事訴追の禁止」が承認され、それは、「職権で考慮すべき訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の効力を有する」。特に決定的な事案においては、そのような訴訟障碍は、事実上の理由から否定されるだろう。しかしながら、さらに別の判断においては、第二刑事部は、事実審裁判所がこの問題の検討を怠ったために、異議申立のあった判決を破棄している（【7】判例）。

第三刑事部は、その判断（【6】判例）において、この判例を理由に、犯罪誘発を伴うロックシュピッツェルの投入の限界が超えられたことを、事実審裁判所によって認定された状況に基づき否定した。

他にも、第四刑事部は、一九八〇年四月一五日の当刑事部［第一刑事部］の判決（【2】判例）に関連して、国家刑罰権の失効の可能性を肯定した、しかし、具体的事案解決においては、その前提は否定した。(3)

第五刑事部は、差し当たり法理論的な詳論を差し控え、一九八三年一二月二〇日のその決定において（傍論で）以下のように述べている。すなわち、第五刑事部は、ここで詳論されている訴訟障碍の存在に関する判例に従う意思

はなく、むしろ、そのような事案においては、「法治国家原則から演繹される刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）」を肯定する方がよい、というのである。

職権で考慮される訴訟障碍の承認は、すでにはじめから、ここで考慮される問題の解決にとっては適切ではない。以下のような状況のみが、訴訟障碍として考慮される。その状況とは、明確に表明されている法の意思、あるいは文脈から明らかな法の意思に基づく限り、当該手続が存在しないことに完全に依存させられなければならない程に、手続の許容性がそれ自体にとって重大である状況である。

これは、法治国家原則違反にも妥当する。法治国家原則の広がりおよび漠然性、ないしはその中に存在する反対性（Gegenläufigkeit）という点で、同原則違反に対して画一的な手続法的制裁を実現することは自ずと不可能である。実務も全体としてこれに適合する。したがって、――刑訴法三三八条一号から導かれるように――基本法一〇一条一項第二文（法律の定める裁判官）の無視は、手続的瑕疵のみを結果として生じさせ、手続障碍（Prozeßhindernis）は生じない。一般的な見解によれば、基本法一〇三条一項によって保護される法的審問（rechtliches Gehör）の侵害に対して、同様のことがいえる。公判手続において、被告人が規則に反して在廷しないことも、訴訟障碍としてではなく、単に――形式的正当性に関する非難として考慮される――刑訴法三三八条五号に基づく絶対的上告理由とみなされるにすぎない。[4] したがって、連邦通常裁判所は、例えば、遅延裁判継続の結果に関する問題の場合や、あるいは被告人の防御計画に関して検察官が知っていたことが問題となる場合[5]においても、法治国家原則から導かれる公正な手続の要請に対する違反を訴訟障碍を肯定する理由として採用することを、これまで常に認めてこなかった。もちろん、連邦通常裁判所の予備審問委員会（Vorprüfungsausschuß）は、近頃、迅速な裁判の要請（Beschleunigungsgebot）に対する侵害に関する連邦通常裁判所の判例に対して懸念を示している。[6] 予備審問委員会の判断は、しかしながら、

このような考慮に基づいていない。それは、「刑事訴訟法が、例えば刑訴法一五三条の適用による手続打切りの可能性を自由に使わせるような極端な事案」のみに関係している。連邦憲法裁判所の所轄刑事部は、この問題について、なお見解を述べていない。

訴訟障碍は事実と関連する。個々の事案においてこのことを突き止めることは困難である、しかし――それらが適切であるとみなされなければならない場合は――評価された考察が許容されるとか、あるいは本当に必要であるということと関係なく、手続の継続の妨げになる。警察のロックシュピッツェルが、法治国家的限界を超えて被告人の犯行の決意（Tatentschluß）を惹起したか否かという問題は、特に被告人の責任と分かちがたい以下のことと結びついている。すなわち、彼に対してはじめから存在した嫌疑の程度、彼の犯意（Tatbereitschaft）および、他人にコントロールされていない彼の能動性、ならびにロックシュピッツェルの影響の性質、強度および目的である。それゆえ、ロックシュピッツェルが被誘発者の犯行の決意を惹起したか否かの判断は、公判手続に基づき事件のあらゆる状況を包括的に考慮して合目的的に判断される価値判断の結果導かれる。[7] 単にそのような評価に関連しようとするのであれば、訴訟障碍の法的イメージの輪郭はなくなってしまうだろう。

連邦通常裁判所によってここで考慮されているような訴訟障碍の肯定を、アメリカの「エストッペル」の原則と比較することによって教義上「保護する」ということが、学説[8]において試みられている。しかし、そこでは、アメリカの裁判所の判例は適切に評価されていない。「エストッペル」の原則は、手続法上の制度ではなく、実体法上の原則である。国家は、慣習法によっても「エストッペル」の原則によって、刑事訴追というその義務から解放されえないのであるから、アメリカ合衆国の裁判所は、独自の「わなの法理（doctrine of entrapment）」を発展させてきたのである。この法理は、ロックシュピッツェルによる許されざる犯罪誘発活動が行われた場合には、被告人の無罪判決

を導くというものであり、すなわち、まさに何らの訴訟障碍も根拠付けないのである、加えて、特に重大な犯罪に対しては妥当しないのである。

警察のロックシュピッツェルの犯罪誘発行為が法治国家的限界を超えることは、「国家刑罰権の失効」についてその他の法的構成をとったとしても、考慮されることはない。当刑事部は、とりわけ第五刑事部によって考慮された法治国家原則から導かれる刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）の考えには、結果として帰着することはできない。

「国家刑罰権」の失効を承認することは、刑法における民法的な基本概念の許されざる転用に基づくものである。確かに、一般的には、誠実に反する行為による権限の失効（国家刑罰権の失効）という法的観念は公法においても妥当すると認められている。[9] しかし、失効の対象は、そこでもまた、実体法かあるいは手続上の権限である（BVerfGE 32, 305, 308f.）。「刑罰請求権」という曖昧な文言は、ここで問題となっているのは、失効しうる有利な法的地位ではなく、国家の機能、可罰的行為の訴追による法益保護という国家の義務なのであるという点について、誤解を生じさせる。国家は、国家の名を用いた個々の行為者の瑕疵ある行為によって、この義務から解放されることはありえないし、まして、その義務の履行が妨げられることはない。フォート（Foth）は、[10] 刑法における失効の観念についての一般的な承認について、これを認めるのであれば、国家的保護に委ねられている法益は、結果的には、その権限を踏み越えることよって国家から与えられた任務を濫用する警察のロックシュピッツェルの自由裁量に任せられていることになってしまう、という。

加えて、ここで考慮されている事案においては、失効の適用に対して本質的な信頼の保護（Vertrauensschutz）という視座は欠けている。警察のロックシュピッツェルは、国家の「代理人」として認識されるように振る舞うわけではなく、[11] したがって、無罪（Straflosigkeit）の信用を生じさせる訳ではない。デンカー（Denker）は、犯罪誘発行為

を行うロックシュピッツェルの投入による「一般的な基本的信頼（Grundvertrauen）の崩壊」に言及するが、これは刑罰権の失効制度の基礎となる法理念に順応しない。さらに、犯罪誘発を伴うロックシュピッツェルの投入の限界が超えられた場合に刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）を認めることは、――その教義的な根拠付けに関係なく――法定された規定と比較可能な状況であるという評価の点で解決できない矛盾に至る。

指示に拘束された公務員および服従義務のある兵士は、刑法上彼らが職務上の指示（Anordnung）あるいは命令（Befehl）に基づいて犯す犯罪行為に対して責任を負う。彼らは、犯罪行為の挙行指示を遵守することは許されない（例えば、軍人法一一条二項）。このような状況においては、推定される「国家的」行為の矛盾は特に明らかとなり、それどころかむしろ、「信頼の保護（Vertrauensschutz）」という視座が容易に想起されるにもかかわらず、国家は、国家自身が命令したことを処罰することができないという考慮に基づく刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）に関する見解は、これまで――いみじくも――一度も主張されたことなかった。このことが示すのは、「責任官庁（Zurechnungsinstanz）」が「自ら犯罪の挙行に」関与しているという考慮に基づく行為者の処罰に対する異議は、義務違反と誘発行為を行うロックシュピッツェルの行為との許されざる同一視に基づいているということである。

可罰性の領域にある国家の「代表者」の犯罪誘発行為を考慮する場合の限界の最も外側は、判例が拘束される立法者の明白な価値決定によれば、犯罪行為の際の刑罰の予見可能性に存在する。このことは、彼らが軍刑法五条二項を軍事上の指示の遵守という特別な状況に適用することを予定していることにもみてとれる。極端な事案において、これらの規定がロックシュピッツェルの投入に関して類推され、その類推が許されるのか、またどのような前提条件の下であれば刑罰権の執行が行われ、許されるのかということは、ここでは判断を必要とされていない。

国家的行為の矛盾を理由とする刑罰請求権の失効を否定することによって、学説においてたびたび支持されてきた

証拠禁止の見解に関する本質的な見解ももはや考慮されない。したがって、例えば、刑訴法一三六条ａに対する類推が教義上そもそも支持しうるものであるのか、そして、実務上得心できる結果をもたらしうるか否かは、未だ未解明のままなのである。(12)

ここで支持される見解（量刑的解決）は、刑事手続において許容されるロックシュピッツェルの投入の限界を考慮しないことを無視しない。

行為者に対するロックシュピッツェルの持続的で重大な影響は、実質的な減刑事由（Strafminderungsgrund）となる。軽犯罪（Vergehen）において、このようにして行為者の自由裁量に任されている行為という結果を導くあらゆる状況を適切に考慮するための余地は、いくつかの列挙事項（Regelbeispiel）の存在するところではあるが、特に深刻な場合を否定すること、およびより深刻でない場合を認めることを超えて、刑訴法一五三条、一五三条ａに基づく手続打切り（Einstellung des Verfahren）に達する。重罪（Verbrechen）においては、ここでも一般的に刑法四七条二項、五九条による刑罰の留保を伴う戒告（Verwarnung）の可能性を利用して法定の最低刑にまで遡ることで、法的には十分といえよう。そこで、犯罪誘発を伴う警察のロックシュピッツェルの投入により法治国家的限界が超えられたことを理由とする完全な刑の免除（Straflosigkeit）が排除されることは、その他の点では、さらに十分な結果の支持者によって模範として引き合いに出される特に重大な犯罪――すでに言及したように――に対しては適用されないアメリカの「わなの法理」と一致する。

許されざるロックシュピッツェルの行為があった場合は、誘発を受けた行為者の責任に関係なく有罪判決の宣告を妨げようとする試みは、明らかに、法定されていない警察の措置を無効たらしめ、そうしてその利用を増長させる刺激を取り除こうという、少なくとも理解可能な目的に基づいている。このような主張を行う論者らは、刑事手続は被

告人の責任と結び付いたものであるということを見落としている。加えて、ゼールマン（Seelmann）は、ロックシュピッツェルの投入の実務に影響を与えようとする刑事裁判所の同様の試みはかなり不適格である、と正当に指摘する。[13] 許容される限界を超える警察のロックシュピッツェルおよび彼の行為に対する共同責任といった事後的な手続上の縛りは、違法捜査抑止の動機付けにならない。また、法治国家にそぐわない捜査方法を必要な限り断固として阻止することは、刑事訴追機関、および必要とあらば立法者の任務である。

法治国家にそぐわない、具体的なロックシュピッツェルの投入の認定が、法倫理的にも誘発者の処罰と必ずしも矛盾しないということは、連絡員による犯罪誘発行為を一般的に認められないと評価する他の法秩序への展望を示す。アメリカの裁判所によって発展させられた「わなの法理」は、イギリスにおいては、ロックシュピッツェルの投入に対する激しい批判にもかかわらず、裁判所によって承認されなかった。

オーストリアの刑事手続法は、二五条において、ロックシュピッツェルの投入の禁止を明確に規定している。[14] にもかかわらず、上級裁判所は、これまで常に、この規定に対する違反を理由として、被誘発者に対する刑事手続に関して、手続上、あるいは実体法上の結論を導くことを否定し続けてきた。

このように【10】判例において、第一刑事部は違法な犯罪誘発行為に対して訴訟障碍による処理および証拠禁止による処理を否定し、行為者へのアジャン・プロヴォカトゥールの「持続的で重大な影響」は、「実質的な減軽事由（Strafmilderungsgrund）」となるとした。これまでの、連邦通常裁判所の判例の流れの中でこの【10】判例を位置付けるとすれば、当該犯罪誘発行為の違法性判断においては重大な影響基準を用いていると思われる点は同じ流れをくむものであることが分かる。[15] ただし、違法とされる犯罪誘発行為の法的帰結としては訴訟障碍ではなく減軽による処理を

考慮している点、これまでの判例理論とは大きく異なる。

では、違法性の判断において重大な影響を考慮しつつも違法と判断された場合の法律効果が異なるのは、どのような点に理由があるのだろうか。それまでの判例が支持してきた重大な影響基準は、アジャン・プロヴォカトゥールの重大な影響は法治国家原則違反となるため当該犯罪誘発行為を違法とした。もし、重大な影響が意味する法治国家原則違反という違法の前提が同じであるというのであれば、そこから訴訟障碍が導かれるということにおいても同じである必要があるようにも思われる。これに対し、【10】判例の第一刑事部は、①訴訟障碍の法的性格と犯罪誘発行為の評価とは相容れない点、②その性質上の違いからアメリカ法におけるエストッペル法理は訴訟障碍を承認するにあたって参考にしえない点、③「国家刑罰権の失効」に基づく刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）の承認という法的構成[16]の矛盾を挙げ、訴訟障碍による解決を否定する。では、以下で上記①～③の点についてみていこう。

まず①の点については、第一刑事部は訴訟障碍の法的性質を以下のように指摘する。すなわち、訴訟障碍は「事実」と関連するのであり、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が法治国家的限界を超えたものであるか否かという法的な「評価」を必要とするものではないという。この点、犯罪誘発行為が違法であるか否かは、公判手続において事件のあらゆる状況を包括的に考慮して判断されうる価値判断の結果であり、このような評価に関連付けるのであれば、訴訟障碍の法的輪郭は曖昧になるという。

次に、②の点についてであるが、【10】判例の第一刑事部がここでエストッペル法理について触れたのは、学説を意識したためであろう。すなわち、【10】判例においても挙げられているブルンス（Bruns）[17]、リューダーセン（Lüderssen）[18]らは、違法な犯罪誘発行為の法的帰結としての訴訟障碍の承認を、アメリカ法におけるエストッペル法理を引き合いに出すことで支持しようとする[19]。しかし、第一刑事部は、エストッペル法理は手続上の制度ではなく実体法上の原則であるため、

無罪判決を導くことはあっても、訴訟障碍を根拠付けることはないという。

最後に、国家刑罰権の失効と関係する③の点を整理する前に、この指摘の対象となる理論について簡単に説明しておく。違法な犯罪誘発行為が国家刑罰権の失効を導くという見解は、連邦通常裁判所の判例においても存在した。しかし、違法な犯罪誘発行為がなぜ国家刑罰権の失効を導くのかという点については、それらの判例は詳論していない。この理論的根拠を示したのは、ブルンスをはじめとした論者であった。詳しくは後述するが[20]、ブルンスは、訴訟障碍を承認するにあたって憲法的視座や刑訴法一三六条aを用いるのではなく、矛盾に満ちた国家的行為という撞着法理を根拠とする。すなわち、彼は、矛盾に満ちた行為によって（刑罰）請求権（Anspruch）が発生する場合、その請求権は失効するという民事法における「矛盾行為（venire contra factum proprium）禁止の原則」を引き合いに出す。つまり、国家が矛盾に満ちた行為によって刑罰請求権（Strafanspruch）を獲得する場合、当該国家刑罰権は失効するというのである[21]。

このような国家刑罰権失効理論に対して、第一刑事部は二つの点からこれを否定する。まず、ブルンスらの主張する理論は、民法上の基本概念の刑事法領域への許されざる転用である点を主張する。すなわち、民事法における請求権とは異なり、ここで問題となるのは、国家の機能、可罰的行為の訴追による法益保護という国家の義務であるためである。思うに、国家刑罰権とは国家による刑罰の請求権である反面、義務でもあるといえる[22]。そのため、第一刑事部は、「国家は、国家の名を用いた個々の行為者（Handelnder）の瑕疵ある行為によって、この義務から解放されることはありえないし、まして、その義務の履行が妨げられることはない。」というのである[23]。

さらに、刑罰権の失効についても矛盾行為の原則が妥当するとしても、この原則において前提となる「信頼の保護（Vertrauensschutz）」が問題となるという。すなわち、民事法における矛盾行為禁止の原則は信義則違反に対応するものであるが、アジャン・プロヴォカトゥールは「無罪（Straflosigkeit）」になることを信じさせながら、一方で国家

刑罰権を獲得するわけではない、というのである。

また、これとの関係では軍刑法および軍人法の規定からも、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として刑罰阻却事由を認めることはできないという。というのは、上官の指示によって違法な行為をした場合でも行為者は処罰されるのであり、したがって立法者は犯罪誘発事例の場合にも国家刑罰権の失効を想定していないというのである。

このように、【10】判例において第一刑事部は、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として国家刑罰権の失効を認めない見解を示すとともに、刑訴法一三六条aの適用範囲の問題から証拠禁止をも否定する。

最終的に、第一刑事部は単なる消極的選択で量刑説を支持するにとどまらず、量刑による問題解決に対して積極的な理由付を行っている。すなわち、軽罪（Vergehen）においては、行為結果を導くあらゆる状況を適切に考慮する余地が残されているとし、特に重大な場合に該当することを否定することもできるし、重大でない場合であることを認定すること以上に、刑訴法一五三条、一五三条aに基づく手続打切り（Einstellung des Verfahren）に達する場合もあるという。重罪（Verbrechen）の場合は、刑罰の留保を伴う戒告（Verwarnung）の可能性を利用して法定刑の最低刑を適用することで、法的に十分であるという。実際に、本件ではおよそ二六四グラムという（大量の）コカイン調合物が供給されたにもかかわらず、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三〇条二項に基づく中程度の（重大でない）事案とされ、同二九条三項四号に基づく特に重大な事案であることは否定された。その結果、執行猶予を伴う六月の自由刑のみが下されている。

第二款　その他の判例

以上、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決についてみてきたが、当事案における第一刑事部の見解は、違法な犯罪誘発行為を訴訟障碍事由と認めず、単に減軽事由として取り扱うにすぎないものであった。現在までこのような判例理論は変わらずに維持されている。以下、その後の判例についてみておこう。

【13】連邦通常裁判所第二刑事部一九八五年六月四日呈示決定（Vorlagebeschluss）[24]

【事実の概要】

起訴状によれば被告人は以下の罪責が認められる。被告人は一九八一年一月から同年三月六日まで、トルコ国内における三四五二キログラムのヘロイン購入ならびにドイツ連邦共和国内への薬物の輸入に際する協力によって、違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引を行った。

フランクフルト州裁判所は、一九八二年一〇月一一日に（一九七二年麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）の規定に基づく）違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引に関して六年の自由刑を科し、三年六月の自由刑を含む全体で七年六月の自由刑を言い渡した。被告人の上告趣意によれば、当刑事部は一九八三年九月二三日判決（**【9】**判例）において同様の有罪判決を排除しているという。加えて、当刑事部は全体の自由刑（Gesamtfreiheitstrafe）の言い渡しに関する検察官上訴を不利益と見なし、刑訴法三〇一条[25]を用いて被告人に有利な判断を行っている。

本件刑事部は、有罪宣告における法的瑕疵を以下の点に認めた。すなわち、州裁判所は、二つの部分の有罪判決において警察の連絡員（Vertrauensperson）Kの「完全に重大な寄与（ganz erheblichen Tatbeitrag）」に、単に「完全に重大な減軽的価値（ganz erhebliche mildernde Bedeutung）」しか認めず、すでに法的評価に際して国家刑罰権の失効の問題を論議する原因を確認しなかった点である。認定されている警察の連絡員の犯行への寄与（Tatbeitrag）に

関して、本件刑事部はさらに詳論する。

前述の目的のそのような手続は、法治国家的視座の下ではもはや甘受されえない。警察の同意を得て活動していたロックシュピッツェルの行為は、無条件に彼の希望に応じなければならない程に他人を自己の支配下に置いた場合にのみ、許容限界を踏み越えるわけではない。彼が他人を本件で確認されるような強度で（新たな）可罰的行為を唆し、ならびにその後の経過において当該犯罪行為をあらゆる局面においても支配、コントロールした場合は、国家機関に帰責されるべき犯行への寄与は――後に被告人によって発展させられた活動を考慮したとしても――支持しえない程に重大である。前提となっている被告人の行為（Tathandlung）は、それがKによって主導され、被告人によって口頭での交渉の段階においてなお中止されてしまったことに照らすと、その他の何らの意義も認められない。したがって、州裁判所の刑事部は、事実の基礎に基づいて正当化されるのよりもより大きな規模の責任を認めている。そのため、第一審判決の破棄に対する審議中の根拠は、警察のロックシュピッツェルの投入の許容限界が超過された場合は、国家刑罰権の失効が導かれ――先行しその後も受け継がれた判決の中で当刑事部によって説明されたように（【5】、【7】、【8】、【11】および【12】判例参照）――訴訟障碍事由を根拠付けるという、当刑事部［第二刑事部］の法的見解であった。

新たに審理を行った州裁判所の刑事部は、反対に、ヘロインの購入および輸入に際する被告人の（正犯としての（täterschaftlich））協力を確認した。しかしながら、この刑事部は、被告人は、経済的な窮地、トルコにいる債権者に対する恐れおよび性格の弱さに特徴付けられる状況において、この状況を利用した警察の証人により激しく急き立てられたからこそ、犯行全体の挙行に至ったのであり、このような被告人の関与（Einlassung）を否定できないとした。犯行への寄与を検討する際に、州裁判所の刑事部は、連絡員の犯行への寄与を支持できない程に重大であると評

価し、訴訟障碍の存在を肯定して刑訴法二六〇条三項に基づき手続を打ち切った。(26)

検察官は、州裁判所の判決に対し、手続に異議を申し立て事実上の権利侵害を非難する上告を行った。

【決定要旨】（本件刑事部による上訴の判断）

判決において引き合いに出される本件証拠評価および事実認定における実体的法的瑕疵（sachlichrechtliche Fehler）は、確認されない。他方、本件の事実認定によれば、連絡員の犯行への寄与が被告人と比べて「支持できない程に重大である」という州裁判所の認定も支持されることになる。二人目の事実審裁判所判事（Tatrichter）によって認定された事実に基づき事件の判決の免除を妨げ、それゆえ手続が刑訴法二六〇条三項によって打ち切られる場合、これは、一九八三年九月二三日判決（【9】判例）において当刑事部によって明らかにされた法的見解と対応する。

法的視点の下ではもはや甘受されえないアジャン・プロヴォカトゥールの影響が、被告人の刑事訴追にどのように影響するのかという問題においては、しかしながら当刑事部はこれまでの見解を変更する。当刑事部は、これまでに説明してきた見解から離れて一九八四年五月二三日判決の第一刑事部（【10】判例）の見解に従う。この見解によれば、そのような影響は何らの訴訟障碍も根拠付けず、量刑の枠内において考慮されるべきであり、実体に即して考慮されうる。

（呈示決定について）

棄却された（angefochten）一九八四年七月二日の州裁判所判決がなお妥当であるか否かということは、この問題の解決にかかっている。

警察のアジャン・プロヴォカトゥールの許容されない投入が訴訟障碍を根拠付けるとすれば、棄却された判決は裁判官の吟味に耐えうる妥当なものであろう。

これに対して、その影響が量刑においてのみ考慮されうるのであれば、その判決は棄却される。これまでの認定を根拠とすれば、有罪判決の言い渡しが考慮される。

本件刑事部は、以前の法的見解から逸脱することが妨げられるとは考えない。本件刑事部の見解は、それを是正しなければならないと考える。連邦の上級裁判所全体の刑事部によって一九七二年二月六日決定[27]において発展させられた原則も、このことを示している。

秘密裏に投入される警察官または連絡員の影響が、特に彼らの活動が法治国家的許容限界を超えた場合に、被誘発者に対する手続にどのように影響するのかという法的問題は、根本的な意義を有する。当刑事部は、法の形成（Fortbildung）のために、そして――とりわけ、連邦通常裁判所の内部で一致した見解がなお形成されておらず、学説においても多数の様々な見解が存在するということに鑑みて――画一的な判断を維持するために、刑事拡大部（Großer Senat）の判断は必要であると考える。

（訴追の問題に関する本件刑事部の法的見解）

本件刑事部は、警察のアジャン・プロヴォカトゥールの影響はもっぱら行為者に対する量刑においてのみ考慮されるべきであり、したがって、彼らが法的な許容限界を踏み越えた場合も訴訟障碍の承認には至らないとした、連邦通常裁判所第一刑事部によって主張された見解に従う。法的見解の変更は、さらに前述の判断の根拠と十分に調和する以下の検討に基づいている。

量刑の枠内においては、警察のアジャン・プロヴォカトゥールによる扇動（Anstiftung）は、二種類の視座の下で考慮されうるし、考慮されなければならない。

通例、彼らは行為者の責任を軽減する。他人の影響が刑法三五条[28]において前提となっている強度に達する場合、

責任は完全に阻却される。

さらに、量刑においては、責任に関係のない一定の事情が考慮されなければならない。刑法四六条二項[29]は、それについて二、三挙げている。それに加えてどのような事情が考慮されるのかということについての根拠は、遅延裁判（überlagen Verfahrensdauer）に関する判例から明らかになる。したがって、被告人には、あらゆる場合において彼らによって引き起こされた有罪の心証（Belastung）の他に、刑事訴追機関によって引き起こされた欧州人権条約六条一項第一文から生じる、彼の事件が相当な期間に係属することの要請の侵害が、刑を減軽する方向で評価されなければならない。

アジャン・プロヴォカトゥールの事案においては、犯罪の究明および犯罪闘争という明白な利益のために国家の指示において被誘発者（Provozierte）が利用されるという状況をさらに考慮することがこれに適う。タシュケ（Taschke）[30]の考えるように、その場合、被誘発者はただ彼に要求された犯罪を理由に有罪にされるためにだけ唆されるわけではない。連絡員（V-Leute）の投入は組織犯罪に対して向けられたものであり、少なくとも何人かの共同作業において行われる犯罪に向けられたものである。その投入の目的は、犯罪界（kriminelle Szene）に侵入し、犯された犯罪および進行中の（im Gang befindlich）犯罪を捜査すること、ならびにそれとの関係で上述の対象を証明することである。このことは特に薬物犯罪の領域についていえる。かかる犯罪捜査においては、個々の犯罪嫌疑者（Tatverdächtige）が端緒となる。関与者の有罪立証、彼らの結び付きの解明ならびに手元にある薬物の押収のために適切な方法で彼らに（捜査機関によって推測される）可罰的行為を止めさせるという目的によって、彼らに影響が与えられる。

被誘発者（Provozierte）が、そうでなくとも犯意を有していた（tatbereit）ことが明らかとなり、したがって、働

き掛けの影響が、基本的に彼によってすでに予定されていた薬物の販売にうってつけの具体的な機会の獲得という点に限定される場合、もちろん、当刑事部の見解によれば、その影響が行為者に刑を減軽するように有利に働くとする事由は存在しない。このことは、もくろみあるいは打算のみを引き合いに出す反対の立場が、連絡員の強力な影響によって反駁される場合にも妥当する。

しかし、可罰的行為に対するいずれにせよ強い懸念から、はじめから犯意を有していたわけではなく、そして、連絡員によって及ぼされた影響がその行為の挙行にとって決定的な原因となった人物も、誘発行為を受けることになりうる。そのような状況も、ロックシュピッツェルの投入においては甘受される。このような場合に公的な利益のために対象者を責任および刑罰へ巻き込むことは、重大な意味を持つ。加えて、彼らは麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三一条[31]の観点からも影響を受ける、というのは、（警察当局が関知している）アジャン・プロヴォカトゥールの犯罪への関与を暴露することが、同規定の意味する被告人による暴露を意味せず、それゆえ、予定されている減軽等の許可を導きえないからである。被誘発者に負担されるこのような状況が、個々の事案における彼にふさわしい重さ――加えて誘発行為によって生じる責任の減軽（Schuldminderung）――に応じて刑罰を減軽する方向で評価することが求められるように思われる。

これによって、警察のアジャン・プロヴォカトゥールの影響が存在するあらゆる場合において、事案に適合した解決が可能となる。確かに、刑法三五条によっては排除されるまでには至らないが、行為者の責任がわずかであり、その他の減軽事由の前提条件が大規模に存在する限界事例においては、とりわけ刑訴法一五三条および一五三条ａの規定、ならびに、刑法四七条二項と結びついた同五九条の規定は、甘受しうる結果を導く。

これに対して、当刑事部の見解によれば、ここで論じられる問題にとって、連絡員が法的許容性の限界を守ってい

るか否かということは決定的ではない。場合によっては生じうる手続的瑕疵は、刑法上、服務規定上あるいは労働法上の措置によって対応されるべきである。被誘発者に対するその他の手続上の結論を導き出す事由は、存在しない。訴訟障碍制度の適用が関係することは、――必要性の欠如は別として――さらなる重大な根拠からそのような解決に対して反対する。

あらゆる状況によって有効な訴訟障碍を根拠付けるとされる状況の限定は、不可能である。これまでの徒労がこのことを示している。その徒労においては、実際、吟味する際に抜き出され、相互に慎重に考慮されるべき個々の状況のみが作り上げられうるにすぎない。これについては、以下のようなことが挙げられている。被告人に対して存在する嫌疑の基礎と程度、ロックシュピッツェルの働き掛けの態様、強度および目的、犯意（Tatbereitschaft）、および彼が影響を与えた人物の固有の、他人にコントロールされていない能動性である。それにもかかわらず、どのような前提条件の下でロックシュピッツェルの投入が許容されないとみなされ、訴訟障碍が根拠付けられるのか今ひとつ明らかではない[32]。この点、ヘルツォーク（Herzog）[33]は、「ロックシュピッツェルの投入にとって必要な嫌疑の規模」でさえなお具体化されてはいないということを適切に述べている。そのための根拠は、もちろん、以前ヘルツォークが直接試みた、侵害の強度が嫌疑の程度に左右されることに関する考察から生じる。例えば、薬物取扱者が居酒屋を訪れること、そして隣のテーブルの人にそこで薬物購入は可能かどうか質問することは、それはまず第一に、薬物の隠し場所や購入先の発見に関係する被質問者に対して嫌疑がない場合でさえ許容されるとみなされるべきである。初期段階の嫌疑（Anfangsverdacht）が後の捜査によって確認されなかったような場合には、ロックシュピッツェルあるいは彼に委任をした公務員の錯誤が引き起こされたか否かが重要となるように思われる。影響を及ぼされた者の犯意（Tatbereitschaft）および能動性に関する問題は、行為（Tat）および正犯（Täterschaft）に関する問題と一致する。

したがって、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けに基づく訴訟障碍の存在に関する判断は、通例、客観的および主観的犯行状況、さらにまた――犯罪の他に存在し、部分的には偶発性に左右される――嫌疑の根拠およびロックシュピッツェルならびに彼に依頼した公務員の動機の全体考察（Gesamtbetrachtung）、評価および考慮と同じ意味を有する。

明確でない全ての事案――その場合大多数が問題となりうる――において、判断は証拠調べ（Erhebung）によってはじめて規則に適うものとなりうる。したがって、これらの前提条件は、それらが公判手続の前に存在するにもかかわらず、実際に手続を妨げるのではなく、基本的には実体判決（Sachurteil）のみを妨げる。確かに、このことは、その訴訟障碍としての分類に必然的に矛盾する。一九六八年九月三〇日まで有効であった草案における秩序違反に関する法律七条三項および一九五四年の無罪法（Straffreigesetz）の明文で規定されている訴訟障碍においては、これに相当する状況が生じうる。[34] しかしこれらの規定は、いずれにせよ、一定の事実と関係する。つまり、訴訟障碍は特定の事実に関係する。そして、少なくとも、手続の流れの中ではじめて登場するわけではなく、基本的にすでに手続のはじめに罪責の問題の判断（Beurteilung der Schuldfrage）とは別に確認可能である場合に、直ちにその後の手続の続行（Prozedieren）を妨げる、ある程度明確に限定された状況に関係する、原則の例外とみなされなければならない。[35]

いずれにせよ、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けを根拠とする訴訟障碍は明確に限界設定されていない。そうではなくて、その存在あるいは不存在は、多数の全体考察に基づいて、部分的には犯罪構成要件と一致すると確認され、部分的には存在する事実の外側で確認されうる。このことから生じる懸念はより重大である。したがって、場合によっては、アジャン・プロヴォカトゥールの犯行への寄与が重すぎたことを理由に、わずかな状況の差異あるいは評価の差異が、大規模な有罪の行為者を訴追しないことにとって決定的要因となりうる。あるいは、強い嫌疑を

理由に許容される方法で行為者に与えられた重大な影響が、比較的わずかな不法価値介在により、行為の釈明を導く判断にとって決定的要因となる場合もありうる。

訴訟障碍の存在に関する問題は、手続のあらゆる状況において職権で吟味されなければならない。上告手続においては、しかしながら、訴訟障碍の前提条件のみが吟味するのに理解しやすい。それは、罪責の問題（Schuldfrage）にとって明らかな状況から明確に切り離される。これに対して、個々の点で重なりが生じ、訴訟障碍の存在が行為にとって実質的な事実認定に影響される場合、上告審裁判所は事実審裁判所（Tatgericht）の事実認定に拘束される。ここで詳論されているような場合においては、ロックシュピッツェルの影響の強さは行為者の責任と一緒に判断されうるにすぎないのであるから、上述の原則の適用に際しては、いずれにせよ、第一審の判決が永続性を有する範囲で、訴訟障碍が存在するか否かという考察における固有の確認が、上告審裁判所において利用される。事実に関する資料（Tatsachenstoff）の領界によって限定されなければならない。

上述の見方は、訴訟障碍の法的性格（Rechtsfigur）という点に着目し、これを利用して問題を解決することには反対である。憲法上の原則がそのような解決の選択を勧めるということは、明らかではない。これとは反対に、あらゆる関係者に関して、刑法および刑事訴訟法をその行為のために自由に用い、定める基準を利用することは、実体に適している（sachgerecht）とは思われない。

本件は、連邦通常裁判所第二刑事部一九八三年九月二三日判決（【9】判例）の事案が一度原審に差し戻され、その後再び連邦通常裁判所に上告された事案である。周知の通り、その後、【10】判例の登場により、連邦通常裁判所第一刑事部は、アジャン・プロヴォカトゥールによる違法な犯罪誘発行為が認められる場合においても、訴訟障碍あるいは

刑の免除等の法律効果が生じることを認めず、単に減軽事由が認められるに過ぎないと判断した。その後も、第二刑事部は【11】および【12】判例で、「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準を採用し、違法な犯罪誘発行為が認められる場合に訴訟障碍を承認してきた。そこで、【9】判例の差し戻し審から再度上告を受けた連邦通常裁判所第二刑事部は、連邦通常裁判所拡大部において法律解釈の統一を図ることとなる。本件は、拡大部における決定を仰ぐ前段階のものということになる。

本件第二刑事部は、自らが【9】判例においては、違法な犯罪誘発行為があった場合に手続の打切りを支持していたことを明示しつつも、遅延裁判事例においても量刑的解決が図られていることを指摘し、またフォート（Foth）の議論に依拠しつつ、事案に則した解決の可能性という点で量刑説を支持することを明らかにした。また、このような量刑説的解決の理論的根拠として、訴訟障碍は一定の事実と結びついたものであるが、アジャン・プロヴォカトゥールの事案においては、事実そのものではなく、事実の評価ないし考慮の結果が問題となるため、訴訟障碍の本来的な性質とは異なるという点を指摘している。

【14】連邦通常裁判所刑事拡大部一九八五年一一月七日決定[36]

前出の連邦通常裁判所第二刑事部一九八三年九月二三日判決[37]の案件が、刑事拡大部（Großer Senat）で審議された事案である。本件の問題の中心は、裁判所構成法一三七条に基づく呈示（Vorlage）の前提条件[38]が存在したか否かである。本件拡大部は、本稿との関係では、おとり捜査の違法の効果について量刑事由を確認しているので、この点について紹介する。

第二刑事部は、刑事拡大部に対し、法形成の継続（Fortbildung des Rechts）および統一的な判断確保のために、以下の法的問題を判断するように提出した（裁判所構成法一三七条）。

一．秘密裏に投入された警察官および連絡員による働き掛けから、――罪責を減軽する効果（schuldmindernden Wirkung）に関係ない――被告人の有利となるように、独立の刑罰減軽事由（Strafmilderungsgrund）が生じるのか？

二．同様の働き掛けは、それが法治国家的許容限界を超えた場合に、訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の承認までも導くのか？

これに対して、本件拡大部は、連邦検事総長（Generalbundesanwalt）は以下のように決定しなければならないと回答する。

一．秘密裏に投入された警察官および連絡員（V-Mann）の働き掛けからは、――罪責を減軽する効果（schuldmindernden Wirkung）以上に――何らの独立した減軽事由も、被告人の有利となるようには発生しない。

二．同様の働き掛けは、それが法治国家的許容限界を超えた場合であっても、訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の承認までは導かない。

以上のような見解を明示しつつ、これまでの判例との関係上次のようにまとめている。

【決定要旨】

以下の点について言及すべきである。すなわち、第二刑事部が呈示決定において否定して以降、連邦通常裁判所の判例においては、秘密裏に投入される警察官あるいは連絡員の許されざる働き掛けは、訴訟障碍を根拠付けうるという見解は、現在ではもはや支持されない（例えば、【10】判例参照[38]）。

先に述べたように、連邦通常裁判所第一刑事部は【10】判例で量刑説を明らかにし、その後第二刑事部は【11】および【12】判例で従前の見解を維持していたため、連邦通常裁判所においても違法な犯罪誘発行為に対する法律効果について、若干の見解の相違が存在することとなっていた。そこで、【9】判例を取り扱った第二刑事部は、再上告審となった【13】判例で【10】判例の量刑説に従うことを示唆し、判例の統一を図るべく拡大部が招集されることとなった。本件拡大部は、【10】判例で示された第一刑事部の見解をほぼ全面的に支持することとなり、実質上、これ以後判例は違法な犯罪誘発行為の法律効果については減軽事由が認められるにとどまるという見解を維持することとなった。

【15】連邦通常裁判所第二刑事部一九八五年一一月八日決定[39]

本決定は先にみた【14】判例の呈示決定をうけて、再度第二刑事部が自ら行った判断である。

【事案の経緯】

州裁判所は、いわゆるロックシュピッツェルによって犯行の実行へと「唆さ」れた被告人に対し、麻酔剤（Betäubungsmittel）取引に関してそれぞれ三年六月の自由刑を言い渡した。

彼らの上告は、刑罰請求権に関する部分に限り事実に関する異議申立によって認められた。加えて、それらは刑訴法三四九条二項の意味において根拠付けられてはいない。

【決定要旨】

州裁判所の刑事部は、本件行為を特に重大な取引の事案（besonders schweren Fall des Handelbetriebens）と評価したが、これは法的に瑕疵のある根拠に基づくものである。被告人らは、確かに三三九．九グラムのヘロイン調合物（純粋なヘロインの含有量三二％）を取引しそれによって麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条三項四号規定のメルクマールを実現化した。しかしながら、特に危険な事案に対する重大な根拠については、州裁判は十分には考慮しなかった。

被告人Kに関しては、彼は警察のロックシュピッツェルの影響の下で本件行為を挙行したということが、特に考慮されなければならなかった。州裁判所は、この犯罪誘発行為を訴訟障碍（Verfahrenshindernis）を根拠付けるのに不適切であるとするのみならず、その点において、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条三項四号の列挙事項（Regelbeispiel）の存在する場合の特に重大な取引の事案を否定するのに十分な根拠も認めなかった。その見解は以下のことによって根拠付けられている。すなわち、警察のロックシュピッツェルの犯罪誘発行為は、それに対して行為者の独自の寄与が背後に退き、行為者がいわば単なる国家的行為の単なる客体におとしめられている、といえる程の重大さまでには至っていないというのである。本件では、ロックシュピッツェルは、許容される連絡員活動（V-Mann-Tätigkeit）[40]の境界を踏み越えておらず、その行為は、いかなる時点においても、被告人がもはやその決定の支配者（Herr der Entscheidung）ではなかったという程度に達していなかったという。

本件刑事部は、一九八五年六月四日決定（【14】判例）で詳論された理由から、犯罪誘発行為は何らの訴訟障碍も根拠付けないという州裁判所の見解に同意する。

もちろん、州裁判所による刑罰の範囲の確定（Strafrahmenbestimmung）に関する詳論には従うことはできない。

行為者に対する警察のロックシュピッツェルの働き掛けは、基本的に量刑において、そしてそこではとりわけ適用されるべき刑罰の範囲に関する決定において正当に評価されるべきである（例えば、【10】判例参照）。このことは、あらゆる警察のロックシュピッツェルの働き掛けに対して一様に妥当する。

ある行為者が第三者によってはじめて行為を行うように説得されたに違いない場合は、通例、行為者の責任は減軽される。他人の影響が刑法三五条に規定される強度に達する場合、彼の責任は完全に阻却される。このことは、行為者が警察のロックシュピッツェルによって唆されたのか、あるいはその他の人物によって唆されたのかということには、もちろん関係ない。

侵害される法益を重大な危険に曝すことが排除されるような形で、ロックシュピッツェルの協力によって誘発された可罰的行為が監視される場合、当該行為の軽微な結果無価値性という視点から、このことは量刑にとって重要となる。

警察のロックシュピッツェルによる犯罪誘発行為の後では、責任に左右される状況は、刑罰の範囲の確定（Strafrahmenbestimmung）および狭い意味における量刑に対して、さらに被告人の有利となるように影響しうる。そのような状況を被告人の有利となるように考慮することは、刑法四六条二項（量刑理由）と調和しうるし、判例においても、遅延裁判（überlagen Verfahrensdauer）の効果として量刑による解決が認められている。[41]

いずれにせよ犯意のあったわけではない人物が、国家的任務の中で活動する警察のロックシュピッツェルに犯行の挙行にとって決定的なきっかけを与えられた場合、当該犯罪誘発行為の中に、全体評価（Gesamtwürdigung）の枠内で被告人に有利に作用する罪責に関係しない量刑事由（schuldunabhängiger Strafzumessungsgrud）が存在する。このような場合、犯罪の解明および犯罪闘争（Verbrechensbekämpfung）の利益のために甘受されるところの、はじめ

から犯意のある者（Tatbereiter）を責任および刑罰に関与させることの特別な危険が実現される。被告人が公共の利益（öffentliche Interesse）のためにそのような危険に曝される場合、この危険は彼にとってさらに量刑事由として評価されなければならない。このような場合においては、法定刑の枠内で（innerhalb der gesetzlichen Strafrahmen）、そうでなかった場合の罪責に対応する刑罰も求められうる。

本件においては、被告人は彼に求められた可罰的行為に対して強い懸念を有しており、はじめから犯意を有していた（tatbereit）わけではなかった。警察のロックシュピッツェルによって実行された働き掛けは、行為の挙行にとって決定的な原因となっていた（【14】判例）。被告人は、経済的な窮地にあり、この理由から彼に近寄った誘惑に最終的に屈したのである。彼は、ヘロイン取引においても単に売り手とロックシュピッツェルによって彼に紹介された偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）との間で仲介者として行為したにすぎない。彼は、彼の行為によってもちろん高額の報酬を期待していた。この仲介取引は、――被告人も認識していたように――もちろん粗悪な質の大量のヘロイン調合物に関係したものであった。このような事案においては、事実審裁判所判事（Tatrichter）は、特に、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条一項の刑罰の範囲が、被告人にとって有利、不利な全ての相当な状況の全体評価において量られており、十分であったかどうかを判断しなければならなかったはずである。異議申立のあった判決は、このような全体評価を混同させている。

確かに、被告人Kは警察のロックシュピッツェルによって教唆を受けたわけではなかったが、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三一条の減軽事由が認められた。このことには瑕疵がある。州裁判所の刑事部（StrK）は、全体考察の枠内で、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条一項の刑罰の範囲、あるいは刑法四九条（特別法定減軽事由）[42]と結びついた麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三一条に基づく同二九条三項の減軽された刑罰の範囲が、

被告人に有利に適用されるべきか否か吟味しなければならなかったのである。

本件事案は、【9】判例を発端とする一連の事案が、最終的に同刑事部において事案判断されたものである。第二刑事部は【9】判例を原審に差し戻したが、その後再度上告され（【13】判例）、その後拡大部が招集されて（【14】判例）量刑による解決が確認されたわけだが、それを受けて再度第二刑事部で当該事案について判断がなされたものである。第二刑事部は、【10】判例で示された量刑説の見解を踏襲し、自らも量刑説に立つことを明らかにした。そして、刑法三五条の免責的緊急避難が認められる状況下においては、責任が完全に阻却されることを述べるにとどまっている。加えて、違法な犯罪誘発行為の法律効果として減軽事由が認められるに止まるとしながらも、あらゆる犯罪誘発事例において量刑的考慮が働くべきであるとした点興味深い。

【16】連邦憲法裁判所一九八七年三月一〇日決定(43)

【事実の概要】

被告人Bfは、違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）の製造を説得され、麻酔剤（Betäubungsmittel）の生成に利用された実験室からはかなりの量の薬物が押収されるに至った。Bfは連絡員の働き掛けによって行為へと突き動かされたわけではなく、ヘロインとモルヒネを供給するという申し出によって自らこの行為に関係していくこととなった。被告人は、行為の挙行について広い範囲で独自のイニシアティブを有し、薬物取引に関して高額の経済的利益を得ていた。これに対し、被告人側からは、激しく徹底的に行為を挙行するように圧力を受けたという憲法上の不服申立（Behauptung der Verfassungsbeschwerde）がなされたが、連邦憲法裁判所が出発点とした判決の事実認定の中には

何らそのような事実を支持する根拠は確認できない。

被告人Bfは、薬物の取引に関して有罪とされた。彼の有罪判決においては、警察の連絡員の投入に関する彼の憲法上の抗告（Verfassungsrechtlichebeschwerde）は、本質的に十分な成功の見込みがないため受理されない。

【決定要旨】

異議申立のあった判断には、何らの憲法上の懸念も存在しない。

行為者に対する有罪判決において国家刑罰権の執行を妨げる、対象者（＝行為者）に対するロックシュピッツェルの協力が、そもそも適切でありうるか否かということは未確定である。これを基本的に可能であると考えるとしても、このことの禁止は、特に類似の例外事例においてのみ法治国家原則から演繹されうる。このことは、すでに、この原則の保護領域（Gewährleistungsbereich）が、被疑者の利益のみならず、効率的な刑事裁判の利益をも包含することから結論される。法治国家原則（Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit）が、本質的な構成要素として正当性の理念を含んでいる限りにおいては、正当性が現実化されえなくとも、この原則は機能的な権利保護の維持を求める。連邦憲法裁判所は、それゆえ、可能な限り完全な真実の捜査という点で公共の利益を重視し、重大犯罪の解明を法治国家的公的機関の本質的使命と位置付ける効果的な刑事訴追の必要性を、再三にわたって認めてきた。その上、法治国家原則およびそこから帰結される公正な手続の原則（Grundsatz des faire Verfahren）は、憲法においては部分的にのみ詳細かつ具体的に述べられており、また、基本的に立法者によって予定されるべき調整（Ausgestalgung）を必要とする。この原則の広大さおよび漠然さから、以下の結論が導かれる。すなわち、あらゆる状況、特に法治国家原則自体に存在する矛盾を考慮して、法治国家上断念できない必要性がもはや保たれないということを明確に確認してはじめて、そこから具体的な結論が導かれうるのである。

本件においては、そのような状況は存在しない。連邦憲法裁判所は、法治国家上必要な犯罪行為の訴追のためのその任務が大体において正当に評価される限りは、薬物犯罪との闘争（Bekämpfung）において、刑事訴追機関はいわゆる連絡員の投入なしには効果的に対処できないということを認めてきた。連絡員の投入は、組織犯罪に向けられたものであるし、いずれにせよ、通常数人の共同作業において挙行される犯罪行為に向けられたものである。そのような投入の目的は、犯罪界（kriminelle Szene）に潜入（eindringen）し、行われている犯罪行為を捜査すること、ならびにそれによって関係する物を押収することである。この際、（決心が付いていると捜査当局が推定する）その可罰的行為を、関係者の有罪判決のために適した方法でコントロールするという目的によって、個々の被疑者に影響を及ぼすことができる（【13】判例）。

本件で認定されている状況からは、Bfの訴追に関する正当な利益は、検察の連絡員の協力のためにもはや存続せず、法治国家原則あるいはその他の基本権を考慮する限り、その手続の実行はもはや甘受されえないという結論は認められない。

州裁判所の刑事部は、警察の連絡員の尋問の間、傍聴人とBfを不当にも閉め出したという非難は、認められない。というのは、その限りにおいては法律上の手続は利用し尽くされていないからである（連邦憲法裁判所法九〇条一項第一文）。Bfは、そのために重要な判断を州裁判所の刑事部に完全に伝えておらず、また、その文言に基づいてその上告の根拠付けにおいて伝えることを明らかに怠っている。したがって、上告の申立（Revisionsvortrag）は、刑訴法三四四条二項第二文（上告理由たる瑕疵ある事実の提示）に規定される形には適合しないし、それゆえ上告審裁判所によって調査されえない。法律上の手続を利用し尽くした結果というには、したがって十分ではない。

Bfが、刑事部による遮断の宣言（Sperrerklärung）を根拠にその弁護人の質問権は不当に制限されていると反論す

る限りでは、憲法に基づく固有の権利に対する侵害の可能性は、十分には明らかにはされていない（連邦憲法裁判所法九二条）。憲法上の不服申立書（Verfassungsbeschwerde-Schrift）およびその添付書類は、不服申立ての説明の内容をはっきりと認識したものでもなく、また、どのような質問が個別的に却下され、あるいは答えられないのかということを明らかにしていない。Bfの申立ては、したがって、憲法上考察するにあたって十分に適切なものでないということが明らかとなる。憲法上の不服申立の開始期間の終了後、このような根拠付の瑕疵はもはや治癒されない。

警察の連絡員は公判手続における尋問に際して身分は秘密のままにされていたというBfの申立は、憲法違反を導かない。Bfは、事実審裁判所判事（Tatrichter）は量刑に際して刑を減軽するような状況を十分には考慮していないという申立によって、意見を聞いてもらうこともできない。さらに、承認された刑罰の重さは、憲法に基づき不服を申し立てられるべきではない。

本件は連邦憲法裁判所による判断であるが、連邦憲法裁判所も基本的には【10】判例の第一刑事部によって示された量刑説の見解を支持している。また、本件では、効果的な刑事裁判・刑事訴追と公正な手続の原則を対比的に捉え、本件が組織的犯罪であったことに鑑み、効果的な刑事裁判・刑事訴追を重視しているように思われる。加えて、証拠法の問題として証人の遮断の問題が登場している。伝聞証拠が採用されていないドイツの問題であるが、今後潜入捜査官による情報収集活動が活発化すれば、この種の問題はより深刻化するものと思われる。

【17】連邦通常裁判所第一刑事部一九八九年八月二九日決定(44)

【事実の概要】

被告人Cに関しては、実体法上の（sachlichrechtlich）理由から量刑に対する重大な懸念が存在する。

事実認定によれば、警察のロックシュピッツェルHiは、本件行為の前に数回にわたり頻繁に――もしかすると六週間から二ヶ月にわたって――被告人Cに対して以下のような提案を行った。その提案とは、得られる報酬で彼の負債を清算するために、大量の薬物を、彼――Hi――から仲介された購入者に対して売却する旨のものであった。経済状況がますます厳しくなったときに、被告人Cははじめてこの提案に応じた。被告人Cが麻酔剤（Betäubungsmittel）取引に関与していることについて嫌疑が存在したか否かということに関しては、判決は何らの詳論も行っていない。被告人は、麻酔剤（Betäubungsmittel）犯罪に関する前科もなかった。したがって、判決は、量刑に影響を与えうるような瑕疵を含んでいる。

【決定要旨】

ロックシュピッツェルおよび秘密裏に活動する警察官の投入は、とりわけ薬物犯罪も含まれる特に危険かつ解明困難な犯罪との闘争（Bekämpfung）のためには、必要であり、許容される。一方で、警察のロックシュピッツェルによる犯罪誘発行為は、法治国家原則によって設定される限界の内側においてのみ甘受されうる（【10】判例）。本質的な境界線は次の点に求められる。いずれにせよ彼に対して、相当する犯罪行為を計画しているとかそれに関与しているということについて、すでに刑訴法一六〇条一項の意味における嫌疑が存在するような人物に対してのみ、前述の捜査手法の投入が許されるというところに存在する。このことは、刑訴法の規定（刑訴法一五二条、同一六〇条および同一六一条）に照らして明らかである。これらの規定によれば、警察および検察官は、基本的に可罰的行為に関する嫌疑のある場合のみ捜査手続の権限を与えられ、同時に捜査を義務付けられるのである。警察の捜査活動についてのこのような限界を考慮する必要性は、まさにロックシュピッツェルおよび秘密裏に活動する警察官の投入において

明らかであろう。というのは、彼らの活動は、常に――上述の限界を考慮する場合でさえ――自発的に犯意のあったわけではない人物が、――嫌疑の有無に関係なく――可罰的行為に関与させられるという危険を根拠付けるからである。

許容される国家的犯罪誘発行為の前提条件を考慮しないことは、確かに、行為者の訴追および処罰を妨げない。しかしながら、通例そこには行為者に有利に働く重大な減軽事由（gewichtiger Strafzumessungsgrund）が存在する（例えば、【10】判例）。

加えて、州裁判所は、警察のロックシュピッツェルを証人として尋問すべきでなかったという、三人の被告人全員によりなされた申立ては、判決の破棄（Aufhebung）を導く。

抗告人Cは、供給された九七〇・八グラムのヘロインにとどまらず、さらに約一・五キログラムのヘロインの供給を約束したという非難に対しては、以下の点で釈明を行った。すなわち、彼は最初の接触で偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）に確かに一・五キログラムを提供した、しかし、彼は、この量を自由に使うことができたわけではなく、交渉におけるより良い地位を得るために、ロックシュピッツェルの助言を受けて偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）に対してそのような薬物の存在に言及したのである。

このような被告人の関与を、州裁判所は反駁されたものとみなした。その限りにおいては、それは、公判手続において聴取された[45]、彼の側で偽装バイヤーを尋問した証人である刑事主任（Kriminalhauptmeister）Kの供述に従ったものである。偽装バイヤーは、公判廷における直接的な尋問のために自由に利用することはできなかった。というのは、バイェルン州の内務大臣が、相当する遮断の宣言（Sperrerklärung）を行ったためである。

前述の被告人Cの釈明の申立てを考慮して、州裁判所の刑事部（Strafkammer）は、刑訴法二四四条二項により自

らに義務付けられた解明義務に基づいて、判決において名前を挙げられている警察のロックシュピッツェルHiを、公判手続において証人として尋問したものと考えられる。

連邦通常裁判所は、連絡員の供述が、彼を尋問した警察官によって、つまり伝聞証人（Zeugen vom Hörensagen）によって公判手続に持ち込まれる場合には、事実審裁判所判事（Tatrichter）は、その心証形成（Überzeugungsbildung）にあたっては、このようなあまり事実に近接していない証拠の証拠価値（Beweiswert）を特に慎重に吟味し、評価することを義務付けられている、ということを常に判例の中で示唆してきた[46]。裁判所は、これに際して、その心証形成（Überzeugungsbildung）の限界を常にはっきり認識していなければならず[47]、それゆえ事実認定は通例その他の重要な視点によって確認される場合にのみ、証人の供述を根拠としうる。事実審裁判所判事は、それゆえ、その後の説明において彼がその状況を別なように判断しうるというほんのわずかの可能性でもある場合は、すでに、考慮される証拠を利用し尽くすことを義務付けられているのである。

本件では、Hiが、被告人による弁明の申立（Verteidigungsvorbringen）を公判手続において確認した場合、州裁判所の刑事部は、被告人Cによる更なる一・五キログラムのヘロインの提供に関して事象を別なように評価したかもしれないということは排除されえない。というのは、被告人が実際に提供のあった一・五キログラムのヘロインを自由に取り扱うことができたということについて、州裁判所の刑事部にはその他の客観的根拠は存在しないのである。

瑕疵ある偽装購入（Scheinaufkäuferung）が、協力者として有罪判決を受けた被告人UおよびYにも有利に働きうるのであるから、全体として原判決はもはや有効ではない。

第一刑事部は、これまでと同様に法律効果の点では量刑説を維持しつつ、判断基準の点では刑訴法一六〇条一項の意

味における嫌疑の存在を犯罪誘発行為の前提条件として要求している。なお、【16】判例と同様に、本件でも伝聞供述の問題が争われている。本件第1刑事部は、証拠評価証明力の問題として取り扱っており、供述の内容についてその他の客観的な根拠がないことを理由に原判決の判断を否定している。

【18】連邦通常裁判所第四刑事部一九九二年六月四日判決(48)

【事実の概要】

潜入捜査官として活動していた刑事「Be」は、ノルトライン・ヴェストファーレン州刑事局（Landeskriminalamt）の指示により、一九八八年の秋に、調理業界で働いていた被告人BおよびStと連絡をとることとなった。この接触開始の目的は、まず第一に、賄賂の嫌疑のある警察官について情報を収集することであった。詐欺を行っている建設コンサルタントの架空身分（Legende）を用いて活動していた潜入捜査官に対し、被告人は、Beの架空の活動と関係した数多くの犯罪行為へ関与することを提案した。この提案の一つはイタリアからの偽造通貨の調達に関係するものであったが、それ以降「Be」の任務は拡張された。警察当局は、過去の捜査に基づき、イタリアの保管金庫の中に一〇〇万単位の偽造ドイツマルクが存在すると推定しており、そのため「Be」はBおよびStについてイタリアの偽造通貨の源泉の解明に努めなければならなくなったのである。したがって、「Be」は、BおよびStの提案に理解を示し、彼らに、二〇〇万ドイツマルクという購入金額で額面価値六〇〇万の偽造通貨を調達するように依頼した（最終的にはBの希望により額面価値一〇〇〇万ドイツマルクとなった）。以下の点が議論の前提となっているが、両被告人は反論していない。すなわち、偽造通貨が違法な「金庫営業」の範囲内で本物の金の代わりに用いられ、第三者には立ち入ることのできないようにして銀行の貸金庫に保管されることになっていたという点である。

両被告人が、一部では別々に、一部では協力して金の調達のために徹底的に尽力していたにもかかわらず、計画されていた行為の実行は、予定されていた偽造通貨の額が大きすぎたため極度に厳しくなった。被告人らには同様の犯罪行為の挙行にとって必要な経験も不足していたし、偽造通貨製造者との必要な繋がりもなかった。六ヶ月以上の期間にわたる偽造通貨供給者を探す試みの経過において、「Be」は、被告人らに対し、時間を厳守した調達の実行のために尽力するように何度も圧力を掛け、その地位ゆえに彼が自由に利用できる「購入金」を二度提示して、Bに対して行為への強い刺激（starker Tatanreiz）を与えた。「Be」によって「金庫営業」を実行できる最終時点と言及されていた期日である一九八九年六月六日に、偽造通貨の使用の計画は変更された。この時点では偽造通貨が依然として使用可能ではなかったが、しかし、被告人らはすぐに用立てられる状態にあると考えていた。というのは、この金はその時「Be」によって表向き計画された他の事業に対して投入され、これにより直接的に流通に混入された。

BおよびStは、仲介商として被告人RおよびMの介入の下で、無名のままのイタリアの偽造通貨供給者とのコンタクトを確立し、彼らに良質の一〇〇ドイツマルク紙幣の印刷をさせるに至った。この――総額一一〇九万一五〇〇ドイツマルクの――偽造通貨は、一九八九年六月一四日に被告人B、MおよびMaによって、イタリアからオーストリアを経由してドイツに輸送された。警察は、「Be」から行為経過についてほぼ完璧な情報をその都度伝えられており、目的地で偽造通貨を押収し、本件犯行の関与者を逮捕した。州裁判所は、被告人StおよびBに対し、通貨偽造に関して四年三月（Bに対し）および三年九月（Stに対し）の自由刑を、被告人R、MおよびMaに対しては、通貨偽造幇助として二年（Rに対し）、二年六月（Mに対し）そして一年九月（Maに対し）の自由刑を宣告した。押収されたこの偽造通貨は、没収（einziehen）された。

【判決要旨】

検察官による上告は認められない。

州裁判所による包括的で詳細に根拠付けられた量刑の考慮（Strafzumessungserwägung）は、それ自体瑕疵はない。特に、事実審裁判所判事（Tatrichter）は、検察官の見解に反して、本件行為が警察の潜入捜査官の協力によって成功した点を適切に評価している。

州裁判所の刑事部は、通貨偽造は、確かに――本件のように――それが国際的かつ百万単位で行われる場合、かかる犯罪との闘争（Bekämpfung）のためにロックシュピッツェルの投入が必要で許容される特に危険かつ解明困難な犯罪に該当する（【17】判例参照）という点を出発点としている。捜査当局が法治国家原則によって設定される国家的犯罪誘発行為の限界を踏み越えていなかったということについても、州裁判所の刑事部は誤認していない。というのは、被告人BおよびStは、犯罪行為の挙行に対する「Be」による永続的な圧力がなくとも、偽造通貨の取引について犯意を有していたのである。その上、潜入捜査の働き掛けは、犯行準備（Tatvorbereitung）および犯行の実行の経過において、決して「支持できない程重大」ではなかったのである（【10】判例参照）。

しかしながら、事実審裁判所判事は、それが法治国家的な限界内にある場合であっても、量刑の枠内において潜入捜査官の協力を刑を減軽するように評価することを禁じられない。検察官は、反対の見解を主張するために、不当にも、連邦通常裁判所一九八九年八月二八日決定（【18】判例）を引き合いに出す。この決定は、許容される国家的犯罪誘発行為の前提条件を考慮しないことには、通例、被告人の有利となる重大な量刑事由（Strafzumessungsgrund）が存在するという。適法な犯罪誘発行為は、どんな状況においても刑の減軽（Strafmilderung）をもたらさないという、このことからBfによって導かれる逆の推論は、達成されていない。反対に、行為者に対する警察のロックシュピッツェルによるあらゆる働き掛けは、量刑の枠内で評価されなければならない。どのような範囲で刑の減軽が考慮されるの

かは、本質的に、行為者に対する潜入捜査官による働き掛けの程度によって決まる。この点、事実審裁判所判事に対しては、行為を導いたあらゆる状況を適切に考慮するための裁量の幅が認められる。この余地は、ロックシュピッツェルによる永続的で重大な影響（nachhaltige erhebliche Einwirkung）があった場合において、一あるいは二、三の列挙事項（Regelbeispiel）の存在にもかかわらず特に危険な場合（besonder schwerer Fall）を否定すること、そして、あまり危険でない場合（minder schwerer Fall）を認めること以上に、刑訴法一五三条、一五三条aに基づく手続の打切りにまで達するし、あるいは当該犯罪における法定の最低刑への減軽にまで及ぶ（【10】判例）。

州裁判所の刑事部がこの余地を超えたということは、本件では明らかとなっていない。州裁判所の刑事部は、潜入捜査官の影響およびその他一連の減軽事由（Strafmilderungsgrund）の存在にもかかわらず、被告人によって示された犯意（Tatbereitschaft）、彼らによって発展させられた固有の主導権および偽造通貨取引が大規模であることを考慮して、例えば刑法一四六条二項の例外的刑罰の枠（Ausnahmestrafrahmen）ではなく、刑法一四六条一項の法定刑の枠（Regelstrafrahmen）を基礎として用いている。

最初から潜入捜査官に協力する用意のできていた被告人ら（tatbereite Angeklagten）においては、罪責に関係なく（schuldunabhängig）独自に存在し、公共の利益（öffentliche Interesse）のために責任と刑罰へ巻き込まれることの中に存在する減刑事由は、明らかにみてとることはできない。したがって、いずれにしても、州裁判所の刑事部の評価は、検察官によって挙げられた一九八五年六月四日第二刑事部呈示決定（Vorlagebeschluß）（【13】判例）の中で主張されている法的見解とは矛盾しない。むしろ、州裁判所は、上記決定と一致して、潜入捜査官の働き掛けの責任減軽効果（schuldmindernde Wirkung）を出発点としている。この関係においては、州裁判所が以下のことを考慮する場合、何らの懸念も生じない。すなわち、（表向きは）彼のみが自由に利用することのできた財力のために、偽造

通貨を売却するも、そのためのかなり高額な購入資金を調達するも、すでに彼の協力に「その成功がかかっていた」潜入捜査官が、犯行を刺激（Tatanreiz）し、偽造通貨取引の規模をはじめから非常に大きいものに設定し、時間を厳守した取引の実行のために尽力するようにStおよびBに圧力を掛けたという点である。

最終的に、「支払流通への偽造通貨の流入は、買い手としての『Be』の関与があったために、最初から排除されていた」という状況を、刑を減じる方向で考慮することも、認められている。ロックシュピッツェルの協力によって誘発された可罰的行為が、重大な危険に曝される法益の著しい危殆化（Gefährdung）が排除されるように監督されているのであれば、当該行為の軽微な結果無価値性という観点から、このことは量刑に対して意義を有しうる。

ドイツにおいても、犯罪誘発事例の多くは薬物事犯であるが、本件は通貨偽造罪およびマネー・ロンダリングが問題となった事案であり珍しい。本件においても、これまでの判例と同様に、【10】判例で示された見解に従った判断がなされている。また、法律効果については、実際に犯罪が成立しないことが予定されていたという結果無価値的な見地から、あらゆる犯罪誘発事例において減軽事由が認められることを示している。

【19】連邦通常裁判所第一刑事部一九九四年一月四日決定(49)

【事実の概要】

被告人に対して潜入捜査官が投入された。この投入は、犯行時すでに施行されていた刑訴法一一〇条a、同一一〇条bの規定に違反するものであった。被告人は潜入捜査官の働き掛けの結果、麻薬取引を行ったが、彼女が違法麻酔剤（Betäubungsmittel）取引の領域で犯罪行為を計画していたということに関する根拠は存在しなかった。したがって、

潜入捜査官がはじめて彼女に違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引を行うという考えを抱かせたといえる。また、潜入捜査官の投入に対して、検察官の同意は与えられていなかった。

【決定要旨】

手続法的な視座からみたこのような瑕疵からどのような結論が生じるのか、特に、潜入捜査官の投入によって獲得された知識に対する証拠使用禁止（Verwertungsverbot）が問題となるのか否かということは、本件刑事部は検討することはできない。というのは、手続的瑕疵がそのための前提条件であるからである。しかしながら、被告人はそのような手続に関する異議を示していない。

事実に関する異議によって、刑罰の言い渡しは破棄されなければならない。州裁判所は、潜入捜査官による犯罪誘発行為の評価にあたって、単に、「被告人Mも……潜入捜査官の活動によってはじめて本件犯行へと突き動かされた」ということを検討するにとどまっている。両被告人に対して、違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引の嫌疑は全く存在しておらず、全体として彼らは潜入捜査官によってはじめてそのような行為を行うという考えを抱かされたという点は、十分に検討されていない。このような状況は、量刑に際しては重大である。その際、そうでなかったとしたら罪責に妥当するであろう刑罰よりも軽くなるように、特に重大な場合を否定することのみならず、法定される最低刑を基準とすることも考慮の対象となる。すなわち、行為および犯罪誘発行為の全体状況が決定的となる（例えば、【10】および【17】判例）。

本件第一刑事部も、法律効果について【10】判例と同様の見解を示しつつ、また、犯罪誘発行為の許容条件として嫌疑の存否を十分に考慮すべきであることを指摘している。

【20】連邦通常裁判所第五刑事部一九九四年一〇月一三日決定[50]

【事実の概要】

被告人は本件犯行に及ぶまで品行方正で、彼に対する嫌疑も存在していなかった。本件において、ロックシュピッツェルは、被告人が犯行の継続を拒んだ場合に一定程度経済的損失が生じることを主張し、その場合には黒幕による脅し等を用いて行為の継続を要求した。

【決定要旨】

州裁判所は、以下の点を正当に指摘している。すなわち、被告人に対する嫌疑（Tatverdacht）がないのに彼を当該行為へと巻き込む場合、本件でロックシュピッツェルとして活動していた連絡員Kは、警察によって投入されるロックシュピッツェルの許容限界を明らかに踏み越えているのである。

このことは、もちろん、訴訟障碍（Verfahrenshindernis）や、刑罰が完全に除外されるということには繋がらない（例えば、【10】判例参照）。これに対して、すでに被告人によって取引されたヘロインの量（二キログラムに関する取引および六八．五グラムの作用物質を含む一．四キログラムの供給）、および、被告人が、自分の報酬を期待して薬物を取引したという状況は不利な証拠となる。本件でシュピッツェル（まわし者：Spitzel）が被告人に対して行った許されざる働き掛けは、ここでは量刑の枠内で考慮されうる。これについては、判例が、本件態様の場合に対する判断において、そうでなければ当該罪責に相当した刑罰を下回ることの可能性を必要であるとみなしているのであるから、なおさらである。

州裁判所は、刑罰を麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条a二項[51]から導き、刑罰を確定するにあたっても犯罪誘発の状況を例外的な刑罰の範囲（Ausnahmestrafrahmen）内で減軽する方向で考慮することにより、確かにこの

ことを考慮しようとしている。警察の指示の下で成功報酬のために適法に活動するロックシュピッツェルが、これまで品行方正で嫌疑もなく、以前に犯罪をする気もなかった被告人を、経済的損失を示すことで惑わして犯行に及ばせるということ、そして、それ以上の犯行の実行を拒んでいる彼に対し、黒幕による脅し等によって、行為の挙行の続行を強要したという事実は、実際に行為が発生した場合、明らかに刑の減軽（Strafmilderung）を強制する。州裁判所は三年の自由刑を言い渡しているが、――共犯者Mに対する本質的には厳しくない処罰をみれば分かるように――被告人が――いわゆる共犯者と異なり――扇動行為（Anstiftung）およびその後の圧力によって、国家的行為の単なる客体におとしめられたということを正当に評価していない。

本件第五刑事部も、犯罪誘発行為が許容される前提条件として、嫌疑の存在を挙げている。また、行為者が国家的行為の単なる客体となっていたか否かという点も、犯罪誘発行為の適法性の判断基準の一つとしてみている。したがって、判断基準という側面においては、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準を併用した基準を用いた判断を行っていることがうかがえる。ただし、そのようにして画される適法な犯罪誘発行為の限界が踏み越えられた場合であっても、やはり【10】判例と同様、訴訟障碍ないし刑の免除が認められるわけではないとする。

【21】連邦通常裁判所第四刑事部一九九五年三月一六日判決(52)

【事実の概要】

州裁判所は、大量の違法な薬物取引について、二名の両被告人をそれぞれ二件の事案で有罪とした。被告人Bには

四年の、そして被告人Aには全体で三年九月の自由刑を宣告した。量刑に関する被告人らの上告は認められた。

これに関して、刑の言い渡しはもはや効力を維持しえない。州裁判所は、二人の被告人を違法な薬物取引に関与させたことに関して、刑事訴追機関に存在する帰責性の問題が特に重大であることを、十分には評価していない。

事実認定によれば、被告人Bは賭博好きがこうじてかなりの借金を有していた。このような状況に関する認識を利用して、――州裁判所がそうみなしている――警察の連絡員Kは、一九九三年の九月に、薬物取引によって巨額の金を稼ぎそれで被告人Bの借金を清算することを彼に提案した。Bは当初これを断ったが、度重なる電話と「K」の強い買い気のために最終的には薬物取引への関与することとなった。「K」は、Bが一九九三年一〇月初旬に二人のヘロイン供給者の逮捕を知り、もうこれ以上薬物取引に協力しようとは思わなくなったとき、その不安を取り除く行為に出た。Kは被告人Bを「Th」および「T」と引き合わせた。これらの者たちは、――一人は潜入捜査官であり、後の一人は連絡員であるが――大量のヘロインの購入者として行動し、そのような手法で大規模な薬物取引業者に接近し、この有罪を立証するために、捜査当局によって投入されていた。「Th」は、被告人に、七キログラムから八キログラムのヘロインを一キログラム当たり四万ドイツマルクで供給するヘロイン供給者を手配して欲しいと要求した。この件に関しては、被告人には一万ドイツマルクの手数料が見込まれていた。当初被告人Bはヘロイン供給者をみつけられなかったので、最終的に彼は「K」に、Yの所に行くようにと助言した。しかし、彼は被告人にヘロインを売る気はなかった。「Th」と「T」は、ヘロイン取引のために銀行から引き出した金額を理由に、被告人Bはおよそ二万ドイツマルクの損失利息を負担しなければならないといって脅した。「T」は、加えて、彼に彼の自動車をその利息（Zinsschuld）の清算のために奪うといい脅しを掛けた。このようなわけで、被告人Bは、同様に賭け事による多額の借金を有する被告人Aにこれまでの経緯を相談した。被告人Bは被告人Aに、薬物取引に関与することでこの借

金を返済することができると約束をした。同時に、Bは、Aに対し、Bの買い手は圧力を掛けてきているということを説明した。被告人Aは被告人Bと親しくしており、彼に協力しようと思っていたため、Aは、ヘロイン供給者が現れるのを待っているところだということを彼に伝えた。Aは、一九九三年の一一月に、Gを見つけ出すことに成功した。この人物は、二人の被告人の仲介によって「Th」および「T」と七キログラムのヘロインを一キログラム当たり四万五〇〇〇ドイツマルクで供給することに合意した。以上のことが明確に約束されたが、最終的に薬物の供給は行われなかった。というのは、Gは「Th」を信用しなかったためである（事案一）。しかし、被告人Bおよび偽装バイヤーは、その後も互いにコンタクトを取り続けた。一九九三年一二月の接触で、Tは被告人にピストルを示し、彼がヘロインの供給者を見つけなかったら、殺すと述べて脅迫した。その後の一九九四年の接触では、「T」は被告人Bに対して、彼のためらいがちの態度が「Th」の怒りを買っているのだと述べた。Tは、ThがBの家族を木っ端微塵にするといって脅し、被告人Bの顔面を殴った。Thの絶え間ない問い合わせによって、Bは、「もっと他にヘロイン供給者を知っていないか」再び被告人Aに問い合わせた。そのような経緯で、二人はロッテルダムのArの所へ向かった。彼は、その後の協議の後に、八キログラムのヘロインを四〇〇万ドイツマルクでドイツに供給する用意があると述べていた。「Th」は、被告人Bに対して、ヘロインを上記の条件で引き受ける用意があると言明した。偽装バイヤーとArとの直接の接触は成立しなかった。交渉はBによって取り仕切られ、一九九四年四月一九日のヘロイン（七・九五二キログラム、作用物質量二八パーセント）の供給に際して、被告人らは逮捕された（事案二）。

【決定要旨】

州裁判所の刑事部は、これら二つの案件の中で、両被告人について、「被告人らは起訴事実を認めており、むしろ前科が軽微なものではなかったという状況にもかかわらず」、そして「麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三一条お

よび――部分的には――刑法二一条の優遇措置を考慮しても」、「事案一では供給されることになっており、そして事案二では供給された大量の薬物」という点に鑑みて、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条a二項の比較的重大でない事案（minder schwerer Fälle）であることを否定した。すなわち、事案一では、州裁判所の刑事部は、被告人らに対し、それぞれ二年の単独自由刑（Einzelstrafe）を、事案二については、被告人Bに対して三年の単独自由刑を宣告し、被告人Aに対しては二年九月の自由刑を宣告した。

このような州裁判所の判断は、法的な検討には耐えられない。狭い意味における刑罰の範囲の決定（Strafrahmenwahl）および量刑による処理では、被告人Bが警察のロックシュピッツェルの許されざる影響によって国家的行為の単なる客体におとしめられてしまったという状況は正当に評価されない（【20】判例参照）。本件においては、このことは、被告人に対して下された刑の免除（Aufhebung）をも導く。

州裁判所の刑事部は、被告人Bに対して有利となるように以下のことを認定した。すなわち、「彼は警察の連絡員たちによって、犯罪へと導かれた」のだという。確かに、ロックシュピッツェルおよび秘密裏に捜査を行う警察官の投入は、薬物犯罪も含まれる特に危険で解明困難な犯罪との闘い（Bekämpfung besonderes gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität）のために必要であり、許容される。しかし、犯罪誘発行為は、法治国家原則によって設定される限界の中でのみ甘受されうる。このことから以下のことが導かれる。すなわち、相当する犯罪行為を計画しているとかそれに関与しているということについて、刑訴法一六〇条一条の意味における嫌疑がすでに存在する人物に対してのみ、このような捜査手法が投入されうるのである。一九九二年七月一五日成立の組織犯罪対策法によって導入された刑訴法一一〇条aから同一一〇条eにわたる規定も、この点については異ならない。犯罪誘発行為の許容限界に配慮しないことは、確かに誘発を受けた行為者の訴追および処罰（Bestrafung）を妨げない（【10】判例）。し

かし、この点には罪責に左右されない重大な減軽事由（Strafmilderungsgrund）が存在する。

州裁判所の判決をみても、州裁判所の刑事部がこのことに留意したという結論を導き出すことはできない。しかし、ここでは、明確な詳論を行うための根拠が存在しない。というのは、「K」が被告人Bに薬物取引に関与するように働き掛けた時点では、被告人Bに対しては麻酔剤（Betäubungsmittel）との違法な関わりについて何らの嫌疑も存在していなかったということについて、判決は何らの示唆も含んでいないためである。このような状況はまた、量刑にとって一定の意義を有する（刑訴法二六七条三項一号）。――本件のように――薬物取扱者の黒幕および供給の根源をみつけ出し、あるいは大量の薬物を流通から排除する場合にも、警察のロックシュピッツェルを投入することができるが、このことは嫌疑の有無が量刑に影響を及ぼすことと矛盾しない。いずれにせよ、被告人が彼の有罪立証のために必要な規模以上に関係させられるようなそのような行為の不法（Unrecht）は、より軽く（milder）判断されるべきである。しかし、判例が以前から嫌疑を有する行為者に対しても刑の減軽を認める場合、このことは品行方正な人物を巻き込む場合はより一層妥当することになる。その場合、連邦通常裁判所の判例によれば、そうでなかった場合の罪責に相当する刑罰を下回ること、したがって、重大でない事案（minder schweren Fall）を認めることは、すでにこのような根拠から示されうるのである（【19】判例）。判決がこのことを説明していないことには、法的瑕疵が認められる。

加えて、州裁判所の刑事部は以下の点を十分には考慮していない。すなわち、州裁判所は、被告人Bが「警察の連絡員によって犯行へと導かれ」てしまったことを総合的に刑を減軽する方向で考慮しているが、それ以上に被告人Bに対する潜入捜査官および連絡員（V-Person）の行為が特別に強いものであったという点を考慮することはしていないのである。というのは「K」、「Th」および「T」は、最初から犯意のあった（tatbereit）わけではない被告人に対

して、行為への決定的な刺激を与えるにとどまったわけではないからである。むしろ、彼らはヘロイン供給者をみつけ出すように特に執拗かつ非難されるべき方法で被告人Bに働き掛けており、その間彼らは、被告人Bが最終的に説得された後も、重大な経済的損失の存在を主張することで、さらには被告人B自身そして彼の近親者に向けられた脅しによりBの行為の続行を達成したのである。これに際して、州裁判所の刑事部は、表向きの損失利息のために彼を利用するという脅し、そしてその上、彼がヘロイン供給者を連れてこなかった場合は彼の自動車を奪うという脅し、同様に、彼ならびに彼の家族を殺すという「T」による脅しが、刑法二四〇条、同二四一条に照らし可罰的行為であることを懸念しなければならない。「アジャン・プロヴォカトゥール」が、誘発に際して可罰的行為を用いるという手段に出たことは、しかし量刑においては考慮されずともよい。

これに対して、州裁判所の刑事部が、本件薬物取引の大規模性を本質的には刑を加重する方向で考慮する場合、このことは確かにそれ自体としては不服を申し立てられるべきではない。この点、本件連絡員の投入はまさに「大きな薬物取引者の存在を解明し、加えて「Th」が被告人に対し七キログラムから八キログラムのヘロインの供給を仲介するように明白に「要求」するためになされたのである。そのため、これらの状況の価値は決定的に軽減されているところ、州裁判所はこの点を考慮したということは明白にされていない。

被告人Bが共同被告人Aとヘロイン取引に関与した点は厳罰に評価されるところではあるが、最終的に抜本的な法的懸念に出くわすこととなる。州裁判所は、本件の特殊性を十分に考慮していないのである。というのは、BがAに問い合わせたことは、まさに、連絡員は、B自身は明らかに必要なコネクションを持っていなかったのにもかかわらず、圧力を掛けることで被告人Bを犯行への関与およびその続行へと急き立てたのである。しかし、一方で国家官庁による扇動（Anstiftung）を刑を減軽する方向で評価し、しかし、彼に及ぼされた圧力によって発展した被告人の行

為を刑を加重する方向で評価することは適切でない。

本件においても第四刑事部は、薬物犯罪も含まれる特に危険で解明困難な犯罪との闘いにおいて、アジャン・プロヴォカトゥールの投入は必要であることを認めている。しかし、このようにおとり捜査の対象犯罪を絞った上で、さらに具体的な許容基準として刑訴法一六〇条一項の意味における嫌疑の存在を掲げている。また、【20】判例の第五刑事部と同様に、行為者が国家的行為の単なる客体におとしめられていたか否かという点を重視する。そのため、本件第四刑事部も、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準を並立的に用いた判断基準に従った違法性判断を行っていることがうかがえる。法律効果に関する点においては、【10】判例の理論を踏襲し量刑説に立っている。

【22】連邦通常裁判所第一刑事部一九九九年一一月一八日判決[53]

【事実の概要】

州裁判所は、被告人に対し、大量の違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引について、三年九月の自由刑を言い渡した。同時に、被告人の自動車運転許可を取消し、運転許可の一年間の再交付禁止を決定した。被告人の上告は、州裁判所が、ロックシュピッツェルの投入を十分に評価しなかった点を非難するものである。本件上告の結果として、法律効果の言い渡しの取消しが認められる。

州裁判所は以下の事実を認定している。一九九七年七月に、警察の連絡員は、イタリア国籍の被告人に対し保険の関係で話を持ち出した。この会話の経過の中で、連絡員――被告人と同国籍である――は、一キログラムのコカイン

を調達できる者を知っているかどうか尋ねた。被告人は、そのような取引は行わないし、そのための連絡先についても知らない旨答えた。その後の数週間に、連絡員によってさらに二度にわたる問い合わせが行われた。連絡員は、その際、被告人に、およそ五〇〇〇ドイツマルクの額の報酬を与える約束をしている。被告人はその都度あらためて断っている。四度目の問い合わせ――最初の問い合わせの約一ヶ月後――の後ではじめて、被告人は、この件について方々に問い合わせてみる旨同意した。

被告人は、彼が薬物消費者として知っていた「エンゾ（Enzo）」に話を持ち掛けた。彼は、被告人に対して、共通の知り合いである共同被告人Ｉのところに行くように指南した人物である。彼は、さらに別の同国人であり、自らがいつも自己使用のためにコカインを購入している相手方である共同被告人Ｃが十分な供給源について認識があるということは、ありうることだと考えていた。Ｉは、被告人から連絡員を紹介された。連絡員は、自分の背後に経済力のある購買者がいて、その人物は、一キログラムのコカインに対して一〇万ドイツマルク以上を支払う用意ができているということを、理解させようとした。Ｉは、供給者のところに出向いてみると約束した。

被告人は、連絡員との仲介者として介入するにとどまっていた。共同被告人Ｉは、共同被告人Ｃに問い合わせ、Ｃは彼の供給者に問い合わせた。彼は、一キログラムのコカインを六万ドイツマルクで販売する用意ができていた。被告人は、その際に提供を約束された一〇万ドイツマルクという購入金額をあてにしており、両共同被告人は、連絡員と分け合おうと思っていた四万ドイツマルクの報酬を期待していた。関与者は、一九九七年一〇月に本件取引が行われることについて合意に達していた。被告人とＩおよび連絡員の間では、薬物の引渡し場所および支払い方法について何回かの話し合いがもたれた。その際、Ｉは代弁者として行動しており、被告人はこれを補佐している。およそ一キログラムのコカインが連絡員によって手引きされた偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）に譲り渡され、購入金額が受

領された後に、三人の被告人は逮捕された。

連絡員の指導者であった、バイェルン州刑事局の刑事は、一九九七年の初夏から夏にかけての間連絡員に極秘の承諾を与えており、連絡員に「誘発行為を行わない」ように指導していた。彼は、一九九七年六月から、連絡員に本件事案について情報を与えていたが、はじめは名前は知らされず全てがかなり漠然としていた。

州裁判所は、本件薬物取引の発議（Initiative）は単に連絡員から出されており、被告人は四度目の説得の試みの後にはじめてこれに関与することを認めたという点を十分に認識していた。州裁判所の刑事部は、共同被告人を介した、「少しずつの、比較的時間のかかる、ヘロインの供給者と連絡の構築」以外に、被告人がその他の調達可能性を有していたということについて、最低限の根拠すら存在しなかったということを認めた。州裁判所の刑事部は、大量の違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引の構成要件は満たされていると判断した。量刑判断においては、全体評価に基づき、比較的重大でない事案であったということを認めず、本件での自白および実際に前科等のない経歴を被告人の有利となるように考慮した。最初の段階ではロックシュピッツェルの要求はそれ程強力ではなかったものの、その後の執拗な犯罪誘発行為はかなり重大であった。

【判決要旨】（事案解決に関する部分）

異議申立のあった判決における量刑判断（Strafzumessung）は、国家による許されざる犯罪誘発行為を評価する場合の、いわゆる公正の原則の考慮という要請を正当に評価していない。

量刑判断は、確かに基本的には事実審裁判所（Tatgericht）の問題である。しかしながら、特に、事実審裁判所判事（Tatrichter）が法的に認められる刑罰目的を考慮しなかった場合に、上告審裁判所（Revisionsgericht）は介入することができる。

許容されない犯罪誘発行為は、罪科に左右されない特に重要な減刑事由となる。事実審裁判所判事は、まず第一にこのことを考慮しなければならない。事実審裁判所判事の裁量に任されている自由な領域は、比較的重大でない事案であることを認めること、および法定の最低刑に基づくことについての列挙事実（Regelbeispiel）が存在するにもかかわらず、特に重大な事案であることを認めないことから、刑訴法一五三条、一五三条ａに基づく手続打切り（Einstellung des Verfahrens）まで、あるいは――重罪（Verbrechen）においてですら――刑罰の留保を伴う戒告までにわたる、連邦通常裁判所が一九八四年五月二三日判決（【10】判例）ですでに指摘した点に及んでいる。その際、同判決において挙げられている評価の視点も考慮されなければならない。その場合、とりわけ、働き掛けの性質、強度および目的、被誘発者の犯意（Tatbereitschaft）、犯行への寄与の仕方および規模、ならびに他人のコントロールの程度が重要となる。

本件被告人は、捜査当局に知られた者ではなく、、麻酔剤（Betäubungsmittel）消費者でもなく、当該犯罪で処罰されたこともなかった。このような被告人に対する連絡員の投入の以前には、何らの嫌疑も存在しなかった。本件連絡員は、当初麻酔剤に関係する状況（Betäubungsmittelszene）ではなく、合法的な保険業の領域で被告人を訪れている。

本件行為の主導権は、執拗に活動した連絡員に存在した。三回に及ぶ明白な断りにもかかわらず、連絡員は四回目の訪問を行っている。情報提供者によるかねてからの情報提供や、以前から知られていた薬物供給の証明が問題となっているわけではない。連絡員による四回目の問い合わせの前から、被告人が犯行を行う気があったということを示す事由は存在しない。さらに、彼は、単に、共同被告人である二人の同国籍の人物を介して、供給者との連絡関係を作ったにすぎない。彼の唯一の自主的な行為は、このことのみであった。その後の交渉において、被告人は、単に口を差し挟むにすぎない状態のままであった、というのは、彼は同国人達の信頼を得ていたためであった。被告人は、交渉

の際の代弁者ではなかった。また、被誘発者の交渉が行きすぎたものとなることもなかった。すなわち、むしろ連絡員によって求められた量が正確に供給されている。

このような事実認定は、州裁判所が麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条a二項に基づく比較的重大でない事案であることを認めずに、そして三年六月という重さの自由刑を宣告することを許容しない。以上述べたことに鑑みれば、最低刑の領域における制裁が当然であるし、なぜ、州裁判所の刑事部が、被告人の犯行への寄与がそれ程重くなく、また、もともと嫌疑のなかった被告人が許されない国家的犯罪誘発行為を通じて手段として利用されているにもかかわらず、最低刑とはかけ離れた刑が言い渡されたのかという点について、詳しい説明が必要であろう。

本件第一刑事部も、やはり【10】判例と同様の見解を示している。ただ、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の違法性判断については、【10】判例よりも詳細に論じている側面がうかがえる。すなわち、本件第一刑事部は、働き掛けの性質、強度および目的、被誘発者の犯意（Tatbereitschaft）、犯行への寄与の仕方および規模、ならびに他人のコントロールの程度を考慮して、当該犯罪誘発行為の適否を断じるべきだというのである。どの要素が重視されるのかという点については具体的に論じられていないが、これまでの判例の傾向に鑑みれば、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準を並立した基準を観念していると考えられなくもない。本件事案においては、嫌疑の存しない被告人に対して、アジャン・プロヴォカトゥールとして活動していた連絡員が執拗に働き掛けたという事実が認められている。そして、被告人は自らのイニシアティブを発揮して犯行を遂行しているわけではない。これらの点から、第一刑事部は、本件犯罪誘発行為が違法であるという示唆をしたものと見受けられる。しかしながら、やはり、そのような犯罪誘発行為の法律効果を量刑の枠内で考慮するに止まっている。

【23】連邦通常裁判所第一刑事部二〇〇一年五月三〇日判決(54)

【事実の概要】

被告人は、居酒屋において、知り合いから警察の連絡員を紹介された。彼女（連絡員）はハッシッシュの消費者であるとされていた。連絡員がトイレに行った際、被告人は彼女に同行し、ハッシッシュを勧めた。連絡員は、この申し出に対応し、おおよそ七〇グラム（薬理成分含有量四・五グラム）を七〇〇ドイツマルクで売買するに至った。その後の接触で――この期間にさらに別のハッシッシュ取引が両者間で行われている（薬理成分含有量一・四グラムの二二・五五グラム）――連絡員は、被告人に対し、より上質のヘロインの入手に強い興味を持っているということを伝えた。被告人は――彼には、ヘロイン取引を行ったことがあるとか、あるいはそのようなことを行おうとしているといった嫌疑は存在しなかった――当初、このような取引は危険であるとして断っている。連絡員は虚偽の金銭的問題で苦言を述べた。それから二日後、彼は、その間に、ヘロイン取引に従事するBに電話で連絡をとることを試みた。被告人はその後の経過において、Bとの連絡にこぎ着け、連絡員とBの接触を調整し、被告人自らもそれに参加した。そして、三回の取引が行われるに至った。まず、薬理成分含有率が一・一五グラムである五・五二グラムのヘロイン調合物を四〇〇ドイツマルクで試験的に提供し、それからさらに八九・〇五グラムのヘロイン調合物（薬理成分含有量＝七・六四グラム）を七〇〇〇ドイツマルクで提供した。最終的に、連絡員は被告人が供給可能であるといっていた五〇〇グラムのヘロイン調合物を注文し、その後、連絡員はまず一・二キログラムのヘロインと八〇〇グラムのコカインを注文しようとした。この取引に際して、被告人は、連絡員の乗用車の中から電話で申し合わせを行った。その後、両者は、Bを別の場所で拾った。連絡員との交渉を行ったのは、実質的には被告人であった、そこではBほとんどドイツ語を話さなかった。被告人は、取引に対して、連絡員からもBからも手数料を受け取っているとされる。

州裁判所の刑事部は、被告人の関与を根拠に、以下の点を出発点としている。すなわち、連絡員は、被告人に対して、自らの身体および生命に対する危険を演じることにより――というのは、被告人は、見せかけだけの購買者にもはや良質のヘロインを提供できないのであるから――ヘロインを入手することを「懇願」し、その報酬を見込んでいた、という点である。その後、被告人はBと連絡をとり、この件とはもはや関わり合いを持たないようにしたが、彼が通訳として必要であったため、連絡員によってその後の関与に「急き立てられ」た。

州裁判所の刑事部は、欧州人権条約六条一項第一文の意味における公正な手続の原則（Grundsatz des faire Verfahren）に対する違反を否定した。確かに、被告人に対しては、連絡員の投入以前には、彼がまさにヘロイン取引をもくろんでいるということについて何らの嫌疑も存在しなかった。また最終的に、被告人が連絡員によってヘロインの取引を誘発（教唆：provozieren）されたということは排除されえない。「場合によってはありうる誘発行為」は、しかし、国家には帰責されないことになる。というのは、いずれにせよ、警察に認識され把握されていた連絡員の行為は、何らの犯罪誘発にもあたらないからである。それにもかかわらず、州裁判所の刑事部は、ヘロイン取引の誘因に関する量刑判断（Strafzumessung）にあたって、それまでに言い渡されていた自由型を五ヶ月減軽した。

【判決要旨】

判決理由中、ヘロイン取引に関する上告は認められた。州裁判所が、欧州人権条約六条一項第一文の意味における公正な手続に対する被告人の権利が侵害されていないとする上で根拠とした理由は、法的再吟味には耐えられない。被告人をしてまさにヘロイン取引へと向かわせ、州裁判所の見解とは異なるが、国家に帰責されるべき、警察の連絡員の行為は、場合によっては、容認できない。それゆえ同条約に反する犯罪誘発行為であることが明らかとなる。

当刑事部は、一九九九年一一月一八日判決（【22】判例）において、欧州人権条約六条一項第一文に基づく公正な

手続の原則（Grundsatz des faire Verfahren）を適用し、欧州人権裁判所によるその解釈[55]を考慮し、同条約違反のロックシュピッツェルの投入の場合には、そのような違反は判決理由において確認され、法律効果の確定に際して保障されなければならないと判断した。先に挙げた刑事部の判決によれば、嫌疑がないにもかかわらず、公務員の指導を受けている連絡員によって国家に帰責されるべき方法で犯罪行為が誘発され、そのことが刑事手続に繋がる場合には、欧州人権条約違反が認められる（【22】判例）。

当刑事部は、この基準をさらに以下のとこまで具体化する。すなわち、犯罪誘発行為は、連絡員が第三者をして、それ以外の影響を与えず、単に麻酔剤（Betäubungsmittel）を取引できるかどうかという話を持ち出したにすぎない場合は、存在しないのである。同様に、連絡員が単に明らかに認識可能な犯罪行為の挙行や継続の準備を利用したにすぎない場合にも、何らの誘発行為も存在しない。これに対して、連絡員が単なる「参加」以上に、犯意（Tatbereitschaft）の惹起あるいは犯行計画の強化という方向で、行為者にいくぶんか重大に影響を与える場合、連絡員は犯罪誘発を行うロックシュピッツェルとして活動することになる（【22】判例）。

警察のロックシュピッツェルによる影響の強さが犯罪誘発行為にまで達するのであれば、連絡員（ならびに潜入捜査官）が刑訴法一五二条二項および一六〇条において比肩可能なレベルで、すでに行われた犯罪に関与したとか、または将来の犯罪をする準備ができているということについて嫌疑がある人物に対して投入される場合にのみ、このことは許容される。これに関しては、十分な事実的根拠が存在しなければならない。このことは、連絡員の投入が純粋な（犯罪誘発までの）予防的危険防除（präventive Gefahrenabwehr）に役立つのか、あるいはそもそも抑止的性質を有するのかということには左右されない。

許されない犯罪誘発行為は、それが連絡員の指導に対して責任を負う公務員が認識している状況で行われた場合、

あるいはいずれにせよ連絡員がこれを阻止することができた場合には、公正な手続の保障を考慮して国家に帰責されなければならない。警察が連絡員に任務を与える場合、警察はこの人物を監督する機会と義務を有する。そこから生じる帰責性の例外は、警察が連絡員の誤った行為を考慮に入れることができない場合にのみ、存在しうる（【22】判例）。

このことから、連絡員の行為は本件では国家に帰責されないという州裁判所の評価は、本件では法的にみて支持されないということが明らかとなる。当刑事部は、判決理由の関係から、連絡員は密に指導を受けており、被告人およびBと彼の接触は監視されていたとみることができる。連絡員の行為は、明らかに彼に与えられた任務のライン上で行われている。

州裁判所の事実認定から、許されざる犯罪誘発行為は本件では何ら存在しなかったということが直ちに明らかとなる場合は、いずれにせよ上告棄却は妨げられないだろう。しかし、本件はそういう事案ではない。

州裁判所は、以下の点のみを出発点としている。すなわち、連絡員は、被告人に対して、まさに大量のヘロインの取引をするように唆しているという点である。州裁判所によって認定された事実によれば、犯罪誘発行為があったことは容易に推測できる。原判決は以下の点を出発点としている。すなわち、本件連絡員は、自分の生命および身体に対する虚偽の危険に言及しながらヘロインの供給を彼に嘆願しており、また、ヘロイン商人Bとの接触が成功した後に、通訳としてさらにヘロインの取引にも関与するようにしつこく催促したという点である。この点には、最終的に誘発の意味における犯行計画の強化を導く重大な影響が存在しうる。だが、そのような評価に際しては、存在する犯罪嫌疑の強度と警察のロックシュピッツェルによる重大な影響の規模の間に相互作用が存在しうる、ということもまた考慮に入れられなければならない。嫌疑が強ければ強い程、犯罪誘発行為の敷居に達しないうちは、犯行への助長（Stimulierung）は、それだけ一層影響の残るものであっても許される。

州裁判所が前提として認定した犯罪誘発行為は、許されないものであるはずである。というのは、被告人は本件犯行に至るまでは、単にハッシッシュの取引についてのみ嫌疑があったにすぎなかったからである。ヘロインの取引を唆し、実行させた点には、当該行為の不法価値のかなりの上昇が存在する。この点については、確かに基本的には構成要件の同一性が問題となる（麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法取引）。しかし、誘発された行為は、薬物の性質および量によって特別な特徴を有することになる。いわゆるソフト・ドラッグの取引について嫌疑を有する者が、いわゆるハード・ドラッグの大量の取引を唆されて行う場合、不法価値は極めて重大なものへと上昇する。

ある人が国家に帰責されるべき方法で犯罪へと急き立てられるのであれば、以下の点に公正な手続の原則（Grundsatz des faire Verfahren）に対する侵害が存在する。すなわち、犯罪誘発行為の枠内で求められる薬物取引が、薬物の性質および量という点でもはや適切かつ当該犯罪に特徴的な関係において、被誘発者に対してその都度個別的に存在する嫌疑が、適切かつ犯罪に特徴的な関係にないという点である。連絡員の投入の経過において強度と違法性質の点について変化しうる嫌疑の性質は、被疑者が許容される方法で唆されうるまさにその行為の不法価値を限界づける。

このような限界設定は、単に、嫌疑のない者を正犯へと追いこみ、あるいは確かに嫌疑を有するが求められた行為を断った者に当該行為を唆すこと、あるいは嫌疑の状態に対してかなり不法価値が高められた行為の挙行へと惑わして向かわせることが、公正性の原則に義務付けられた国家的な刑法の保護という使命ではありえないということから明らかになる。犯罪誘発行為の許容性は、重大な犯罪を効果的に解明する法治国家の公的機関の指示に基づいている。犯罪学的（kriminalistisch）経験は、様々な取引の局面を隔絶することによって、あるいは陰謀的な特徴を有する不法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引の領域におけるそのような解明は、しばしば潜入捜査によってのみ達成され、

証明力のある証拠の提出が可能となる、ということを示している。本件状況では、国家は、犯罪誘発という手段に手を伸ばすことを禁じられてはいない、というのは、そうでなければ、その他の犯罪領域――まさに大規模な薬物取引――は、かなり未解明のままであり、犯罪組織はその発展を十分には妨げられないからである。

しかし、犯罪誘発という手段は、個々の事案ごとに重大な犯罪を解明する目的によって正当化されなければならない。誘発という手段によって――既存の犯意を超えて――嫌疑を有する者が明らかに質的により高度な不法に関与させられるという事態が生じ、すなわち、これがもはや既存の犯意の状態によっては支持されないのであれば、このことは公正な手続の原則（Grundsatz des faire Verfahren）（欧州人権条約六条一項第一文）に義務付けられる刑法の保護（Strafrechtspflege）の一般的な使命とは調和しない。それは、このことによって誘発行為の敷居が超えられていない場合は、嫌疑を有する者がかなり不法価値の高まった薬物取引に関与させられたという単なる推定調査（Nachfrage）、あるいはそのような方法で高められた不法に対する連絡員の単なる関与を排除しない。

被誘発者に対して存在する嫌疑の不法価値についての評価においては、初期段階の嫌疑（Anfangsverdacht）を基礎付ける実際の状況とならんで、犯罪に特徴的な状況も考慮すべきである。すなわち、カンナビスの消費者が、しばしば、ハード・ドラッグを取り扱う薬物取引においてハッシッシュを購入するのである。それは、当刑事部の経験からも、差し当たっては刑法上の危険も行為者の視点からみてあまりにも高いとはいえないような少量の取引を行い、信頼に基づいた売買の後に新たに結ばれる違法な薬物取引が行われているという実情とも適合する。最終的には、薬物商人は、しばしば、取引される薬物の性質および量に関して作業能力のある他の薬物商人との十分な連絡と「取引関係」を自由に駆使できる状態にある、ということを考慮しなければならない。つまり、その場合、彼らはそのような関係を直ちに利用でき、そこから自身の利益を引き出すために、進んでそうするのである。

このような状況において、ある人物に対して「単に」ハッシッシュについてのみ嫌疑があるのであれば、個々の嫌疑がそこまでの意味において明白になされていないのであるから、解明のために既存の犯意（Tatbereitschaft）を取り上げることは、ヘロイン取引の指示という意味において、犯罪誘発行為を正当化することにはならない。その場合、むしろ、行為者が彼に求められる犯行計画の強化に直ちに関与したかどうか、高い不法価値を有する行為も行う気があるのか、そしてそれに関与する気があるのかということが問題となる。被告人の関与の質的上昇が、連絡員による固有の重大性を有する影響（犯罪誘発行為）を伴うのであれば、許されない犯罪誘発行為が存在することになる。このような場合においてのみ、それに対応した考慮が支持される欧州人権条約違反が認められるのである。全く異なる場合には、警察の指導を受けた連絡員による犯行指示は、具体的な量刑判断において行為者の有利に考慮されうる状況となることが明らかである。

本件第一刑事部も、量刑説に立つという点で【10】判例と共通し、また、違法性判断についても比較的最近の判例と同様、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準とを併用した基準を考慮しているように思われる。本判決において特筆すべきは、欧州人権条約六条一項第一文の意味における「公正な手続（faire Verfahren）」に関する被告人の権利に対する侵害の有無が争われている点である。本件では、同条約に対する違反を認め、当該犯罪誘発行為を違法と示唆している。(56)

（1）拙稿「おとり捜査の研究（二）」北大法学論集五八巻四号（二〇〇七年）一一四頁以下参照。

（2）BGH (1. Senat), Urt. v.23.5.1984, BGHSt 32, 345ff.（【10】）

（3）BGH (5. Senat), Urt. v. 20.12.1983, StV 1984, 58.

（4）BGH (1. Senat), Urt. v. 12.7.1966, BGHSt 21, 81 ; 24, 239 ; BGH (2. Senat), Urt. v. 10.11.1971, BGHSt 24, 239 ; BGH (2. Senat), Urt. v. 3.2.1982, NStZ 1982, 291 ; BGH (2. Senat), Urt. v. 1.12.1982, NStZ 1983, 135 m. w. Nachw.

（5）BGH (2. Senat), Urt. v. 9.12.1983, MDR 1984, 335.

（6）BVerfG (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 24.11.1983, NJW 1984, 967.

（7）この点、本件第一刑事部はシェファー（*Schäfer*）およびゼールマン（*Seelmann*）の見解に依拠している。（Vgl. LR-StPO 23. Aufl., Einl. Kap. 1, Rn 7 [*Schäfer*] ; *Seelmann,* Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes, ZStW 95(1983), 831.

（8）第四章で検討を行うが、第一刑事部はブルンスの見解のポイントを以下のように述べている（Vgl. *Bruns,* "Widerspruchsvolles" Verhalten des Staates als Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, NStZ 1983, 53ff.）。

（9）Vgl. BVerfG, Urt. v. 26.2.1954, BVerfGE 3, 297, 299f. ; BVerfG, Beschl. v. 9.6.1963, BVerfGE 16, 262, 263, BVerfG, Beschl. v. 2.10.1964, BVerfGE 27, 231, 236 ; BVerfG, Beschl. v. 5.6.1972, BVerfGE 33, 265, 293.

（10）*Foth*, Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?, NJW 1984, 222.

（11）*Denker*, Zur zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung, Festschrift für Dünnebier S. 456, 459f.

（12）Vgl. *Lüderssen*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, Festschrift für *Peters*, 1975, S. 363 ; *Franzheim*, Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittelung von Straftätern, NJW 1979, 2014 ; *Berz*, Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung, JuS 1982, 416.

（13）*Seelmann*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 826.

（14）オーストリア刑事訴訟法二二五条
安全保障機関（Sicherheitsorgane）およびすべての公務員ないし嘱託公務員（Vertragsbedienstete）は、被疑者をして

可罰的行為の計画へと誘惑し、あるいは裁判所に密告されることになる自白を秘密裏に選任された人物によって誘引することにより、嫌疑の根拠を獲得し、あるいは被疑者の有罪立証を目指すことを、最も厳罰な処罰をもって禁じられる。

なお、オーストリア刑事訴訟法二五条の邦訳として、横山潔「一九七五年オーストリア刑事訴訟法典（その一）」外国の立法二四巻六号（一九八五年）二六二頁。

(15) 川崎英明「おとり捜査の規制」島大法学三〇巻一号（一九八六年）六七頁以下は、【10】判例を重大な影響基準を採用した判例として分類している。

(16) 国家刑罰権の失効を根拠とする見解は、それまでの連邦通常裁判所の判例や学説においてもみられた。この点、【10】判例の第一刑事部は国家刑罰権の失効を刑罰阻却事由の承認と結び付けて考慮している。したがって、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として国家刑罰権の失効を主張する判例および学説と第一刑事部の批判には、微妙なずれがある可能性も考えられる。しかしながら、いずれにせよ国家刑罰権の失効が観念しえないのであれば、それに基づく訴訟障碍という理論構成も否定されることになる。その意味では、第一刑事部による国家刑罰権の失効の否定はこれを根拠とする判例および学説に対して打撃となる。

(17) *Bruns*, a.a.O. (Anm. (8)), S. 53ff.

(18) *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (12)), S. 354f.

(19) ブルンスおよびリューダーセンの議論については、本稿第四章第二節および第三節で詳論する。

(20) 国家刑罰権の失効に関する議論は、本稿第四章第三節第一款で紹介する。

(21) ただし、国家刑罰権の失効を主張するブルンスをはじめとする論者は、国家刑罰権の失効によって処罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）の発生という結論を導くのではなく、訴訟障碍を導く。【10】判例の第一刑事部は、国家刑罰権失効が処罰阻却事由という形で現れることを想定していると思われ、その点ではブルンスの理論と③の指摘は一部かみ合わないところもある。しかしながら、いずれにせよ国家刑罰権の失効が認められるか否かという点については、両者の議論は対応しているといえよう。

(22) 特に大陸法国のドイツでは、起訴便宜主義ではなく起訴法定主義が採用されている。そのため、可罰的行為の訴追は権利である一方で義務でもあるという色合いは強い。

(23) このような理論は、後述するフォートの見解に大幅に依拠していることが窺える。フォートの主張については、本稿第四章第三節第一款参照。

(24) BGH (2. Senat), Vorlagebeschl. v. 4.6.1985, StV 1985, 309ff. 【13】

(25) ドイツ刑訴法三〇一条（検察官上訴の効力）
検察官によるあらゆる上訴も、異議申し立てを受けた判断を被告人に有利に変更または破棄するという効力を有する。

(26) LG-*Frankfurt / M*, Urt. v. 2.2.1984, StV 1984, 415.

(27) OBG (Gm. Senat), Beschl. v. 6.2.1973, BGHZ 60, 397f.

(28) ドイツ刑法三五条（免責的緊急避難）
一項　他の方法では回避できない、生命、身体または自由に対する現在の危険が存在する場合に、自己、親族またはその他の近親者に危険が及ぶのを避けるために違法な行為を行う者は、責任を阻却される。特に彼が自ら危険を惹起し、または特別な法的関係にあることを理由に、行為者が当該危険を甘受することを強いられる限りは、このことは妥当しない：しかしながら、行為者が特別な法律関係に鑑みずに危険を甘受する場合には、刑法四九条一項によって刑は減軽される。
二項　行為者が行為の挙行に際して第一項に基づき免責される状況を錯誤しているときは、当該錯誤を回避することができる場合にのみ彼は処罰されうる。この刑は刑法四九条一項により減軽されうる。

(29) ドイツ刑法四六条（量刑原理）
一項　行為者の責任は量刑の根拠となる。社会における行為者の将来の生活に対して見込まれる刑罰による影響が、考慮されなければならない。
二項　裁判所は量刑に際して、行為者に有利および不利に働く状況を相互に考量する。その際特に以下のことが考慮される：
行為者の動機および目的、
行為から明らかとなる心情、および行為に際して費やされた意思、
義務違反の規模、
行為の挙行の態様および惹起された行為結果、

行為者の前歴（Vorleben）、彼の人格的および経済的状況ならびに行為後の彼の行動、特に損害を賠償のための尽力、ならびに負傷者との和解に向けられた努力。

三項　法定の構成要件メルクマールがすでに存在する状況は、考慮されてはならない。

(30) *Taschke*, Verfahrenshindernis bei Anstiftung einen Lockspitzel?, StV 1984, 178.

(31) 麻酔剤法三一条（刑の減軽および刑の免除）

行為者に以下のような事情が認められる場合には、裁判所は自らの裁量に基づき刑を減軽し（刑法四九条二項）、または二九条一項、二項、四項または六項に基づき刑を免除することができる。

一．行為者が自由意思による自らの意思の開示により、行為者自身の行為寄与以上に当該行為の解明に本質的に寄与した場合、あるいは、

二．行為者が、二九条三項、二九条a一項、三〇条一項、三〇条a一項の規定する犯罪行為に関してその計画を知っており、なおこれを阻止しうるという意味で、彼の意思を当局（Dienststelle）に対して時宜良く打ち明けた場合。

(32) Vgl. z.B. *Seelmann* a.a.O. (Anm. (7)), 797, 821f.

(33) *Herzog*, Rechtsstaatliche Begrenzungen der Verbrechensbekämpfung, NStZ 1985, 154.

(34) BGH (2. Senat), Beschl. v. 27.10.1961, BGHSt 16, 399 ; *Rieß*, Verfahrenshindernisse von Verfassungswegen?, JR 1985, 46f.

(35) LR-StPO 22. Aufl., S. 2f., Einl. Kap. 1 [*Schäfer*] ; *Meyer*, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 23.5.1984, NStZ 1985, 134.

(36) BGH (Großer Senat), Beschl. v. 7.11.1985, StV 1986, 47f. （【14】）

(37) BGH (2. Senat), Urt. v. 23.9.1983, StV 1984, 4f. 【9】）

(38) 拡大部は、各々の刑事部（Senat）が判例変更をしようとするときに招集され、長官および八人の裁判官から構成される。なお、裁判所構成法一三七条は現在廃止されているが、判決当時の内容は本文中に示した通りである。

(39) BGH (2. Senat), Beschl. v. 8.11.1985, NJW 1986, 1764. （【15】）

(40) 連絡員（V-Mann）と呼ばれる人物であっても、時として犯罪誘発活動に従事することがあり、捜査の担い手の名称とその活動内容が必ずしも一致しない場合がある。この点については、本稿第二章（北大法学論集五八巻四号（二〇〇七年）

一〇八頁以下）参照。

(41) なお、本件第二刑事部は、遅延裁判の法律効果として減軽事由を考慮した先例として、本文中で以下のものを挙げている。BGH (2. Senat), Urt. v. 10.11.1971, BGHSt 24, 239 ; BGH (2. Senat), Urt. v. 1.12.1982, NStZ 1983, 135 ; ebenso BVerfG, StV 1984, 97.

(42) ドイツ刑法四九条は以下のように規定する。

一項　この規定により減軽が規定され、あるいは認められる場合、以下の減軽に妥当する。

一．終身刑の代わりに三年を下回らない自由刑に変更する。

二．早期の自由刑において、最高でも威嚇された最大限度の四分の三にする判断を行うことができる。財産刑の場合は、日割罰金額の最大額に同様のことが妥当する。

三．高められた自由刑の下限は、

下限が一〇年または五年の場合は二年に減じる、

下限が三年または二年の場合は六月に減じる、

下限が一年の場合は三月に減じる、

加えて、法定の最低にまで減じる。

二項　裁判所がこの規定を指示する法に基づいて刑罰をその判断において減じる場合、法定刑の下限にまで下げることができ、あるいは自由刑の代わりに財産刑の判断を下すことができる。

(43) BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 10.3.1987, NJW 1987, 1874f. (【16】)

(44) BGH (1. Senat), Beschl. v. 29.8.1989, StV 1989, 518f. (【17】)

(45) つまり、監督者であるKが偽装バイヤーを尋問して、そのKが公判廷で供述し、その供述にしたがって州裁判所は判断を行っていることを意味する。

(46) Vgl. BGH (3. Senat), Urt. v. 1.8.1962, BGHSt 17, 385 ; BGH (5. Senat), Urt. v. 16.4.1985, BGHSt 33, 181 m. w. N.

(47) BGH (3. Senat), a.a.O. (Anm. (46)), S. 386 ; BGH (2. Senat), Urt. v. 5.12.1984, BGHSt 33, 88 ; BGH (5. Senat), a.a.O. (Anm. (46)), S. 181.

(48) BGH (4. Senat), Urt. v. 4.6.1992, NStZ 1992, 488f. (【18】)
(49) BGH (1. Senat), Beschl. v. 4.1.1994, StV 1994, 169. (【19】)
(50) BGH (5. Senat), Beschl. v. 13.10.1994, StV 1995, 131. (【20】)
(51) 麻酔剤法二九条ａ二項
　あまり重大でない事案においては、刑罰は三月以上五年以下の自由刑が科せられる。
(52) BGH (4. Senat), Beschl. v. 16.3.1995, NStZ 1995, 506ff. (【21】)
(53) BGH (1. Senat), Urt. v. 18.11.1999, BGHSt 45, 321ff. (【22】)
(54) BGH (1. Senat), Urt. v. 30.5.2001, StV 2001, 492ff. (【23】)
(55) EGMR, Urt. v. 9.6.1998, StV 1999, 127.
(56) しかし、欧州人権裁判所の判例によれば、このようにして違法と判断された犯罪誘発行為の法的帰結として、量刑的解決が図られるにとどまるわけではない。

〔付記〕本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年三月二三日授与）に補筆したものである。

論　説

M・ウェーバーとK・ヤスパースにおける価値思考の法哲学的意義（五）

――現代正義論の思想史的背景――

菅原寧格

目　次

序論　はじめに

第一章　ウェーバーにおける価値相対主義問題
　第一節　現代正義論の問題背景
　　第一款　ロールズ『正義論』以降の問題地平
　　第二款　ラートブルフの「哲学的妥当論」と「歴史的・社会学的妥当論」
　　第三款　ラートブルフにおける「相対主義」の問題性
　第二節　ウェーバーの「価値討議」論
　　第一款　「価値討議」の特質――〈技術的批判〉と〈価値論理的批判〉――
　　第二款　「価値討議」の意義
　　第三款　「価値討議」としての正義論
　第三節　ウェーバーにおける「人格」
　　第一款　行為主体としての「人格」
　　第二款　「人格」の思想史的背景と法哲学的意義
　　第三款　「人格」の二面性の問題
第二章　ヤスパースにおける「コミュニケーション」
　第一節　実存思想についての予備的考察
　　第一款　法哲学における実存思想の位相をめぐる問題
　　第二款　実存思想におけるヤスパースの位相
　　第三款　実存思想の問題と価値相対主義の問題
　第二節　ヤスパースの「コミュニケーション」論
　　第一款　ヤスパースとウェーバーの連続性
　　第二款　「コミュニケーション」論における「現存在」の意義
　　第三款　「実存的コミュニケーション」の理論的背景と意義
　　第四款　「コミュニケーション」としての「討議」と「愛しながらの闘い」

（以上、五八巻一号）

（以上、五八巻二号）

（以上、五八巻三号）

第三節　「コミュニケーション」論の可能性
　第一款　ヤスパースにおける「人格」
　第二款　法思想としての「コミュニケーション」論の可能性
　第三款　「コミュニケーション」論における法と正義
第三章　諸批判への弁明と展望
　第一節　〈実存思想の問題＝価値相対主義の問題〉に対する弁明
　第二節　「人格」の二面性の問題と「近代－反近代問題」に対する弁明
　　第一款　「人格」の二面性の問題に対する弁明
　第三節　ウェーバーとヤスパースにおける価値思考の展望

（以上、五八巻四号）

（以上、本号）

第二款　法思想としての「コミュニケーション」論の可能性

ヤスパースの「コミュニケーション」論を法思想として捉え、現代法哲学的な問題地平と接合させることは可能か――いかなる法論や正義論を「コミュニケーション」論から引き出すことができるのか――。こうした問いは、おのずから「コミュニケーション」論としての実存思想のなかから、法哲学的意義を読み取っていく作業にならざるをえない。そして、こうした試みに対しては、既に確認したことでもあるが、次のような問題があると考えられてきた。

「ハイデッガーのいう投企 Entwurf…ヤスパースのいう実存的交流 existentielle Kommunikation というような思想は、たしかに個々人の心の持ち方や倫理的態度決定の上で深い省察を迫るものがあると思うが、そこから、所詮は

日常人しかも平均人の共同生活の一般的秩序に外ならぬ法の世界に対して、どういう仕方で、どういう形の通路が開かれてくるのか、何らか客観的実質的な正当性の原理・原則が与えられるものなのか、実存哲学そのものの受けとり方の相異も手伝って困難な問題がある」[1]

ここで述べられているのは、法秩序における規範や正義の普遍性や一般性を重視する法学と、今ここにおける唯一の存在としての人間理解、つまり、自己と他者の関係における「コミュニケーション」の形成可能性を哲学的に探求しようとするヤスパースの実存思想との間には、「法秩序と実存との間の乖離」が見られる[2]、ということである。

これも先述したとおりであるが、法哲学の領域では、戦後西ドイツにおける自然法論の復興、つまり、「法実証主義の糾弾、自然法の呼び迎えが法思想界における抗しがたい風潮となって行った」[3]ことを受けて、法実証主義との関係から自然法論の意義があらためて問い直されたことがあった。そこでは、「「実存主義と自然法」というテーマそのものがすでに背理を含むのではないか」[4]という根本的な疑念が問題の出発点として据えられた上で、そうした疑念との関係で「実存主義的法学」の妥当性や有効性が論じられた。

しかし、今や、こうした当時の法哲学的問題関心や疑念については、重大な瑕疵があったと言わなければならない。少なくとも、そこで問題の出発点として据えられていた根本的な疑念が、ヤスパースの「コミュニケーション」論を理解した上でなされたわけではなかった。その理由は、問題の出発点とされる「根本的な疑念」が、次のような見解を前提にして提起されたものだったからである。

「実存の強調は、人間の本性に基づく永遠・普遍の法がある、という主張と根本的に相容れないのではないか？否、

そもそも単独者における「本来的な自己になること」に関心を集中する実存哲学からいかにして社会秩序や法の問題へのアプローチが出て来るのか？――以上のような疑問は実存主義法哲学にまつわる基本的な問題性である」[5]

つまり、「実存主義法哲学にまつわる基本的な問題性」は「実存哲学」を「単独者における「本来的な自己になること」に関心を集中する」点にあるといった見解が、ここでの前提である。しかし、ここで問題視すべきは、こうした指摘の内実が、キルケゴールやハイデガーに該当するであろう「単独者」[6]の「実存哲学」を念頭に置くことによって、ヤスパースの「コミュニケーション」論を代替させてしまっている点である。

たしかに、ヤスパースも、「実存はそのものとしては決して普遍的ではなく、それゆえ特殊なものとして普遍的なもののもとに包摂されうるような事例ではない」[7]と論じている。それゆえ、一見すると、「法秩序と実存との間の乖離」を肯定しているかのようにみえる。しかし、これまで検討してきたように、ヤスパースの「コミュニケーション」論では、「実存」の問題を考える上での大前提として、「実存」とは切っても切れない関係としての「現存在」に対する洞察があったことを忘れてはならない。

まず思い出しておきたいのは、「現存在」が「可能的実存」として捉えられていたことである。「現存在」としての人間が展開する「コミュニケーション」とは、「可能的実存」としての「現存在」、「自我単子」によって行われる「コミュニケーション」として理解されていた。それゆえ、そのような「現存在」の意義や、「現存在」の具体的行為として現れてくる「コミュニケーション」の意義を無視して、「実存的コミュニケーション」を考えることはできない。少なくとも、ヤスパースは、「実存的コミュニケーション」が「現存在的コミュニケーション」[8]との関係のなかで位置づけられるものであって、前者が成り立つのは後者の限界を超えたところであると考えていた。「現存在的コミュニケーショ

ン」をなくして「実存的コミュニケーション」だけを考えよというのは、ヤスパースの思想に即してみる限り不可能な注文である。

また、「実存哲学」を「単独者における「本来的な自己になること」に関心を集中する」ものと見る見解も、ヤスパースの「コミュニケーション」論とは相反する。彼は「コミュニケーション」を人間存在の「根源」として次のように捉えていたからである。少々長いが、「コミュニケーション」論の大前提であるだけでなく、ここでの問題の核心を突くものと思われるため、引用しておくことにしよう。

「なぜコミュニケーションがあるのか？なぜ私は私ひとりだけではないのか？この問いの核心が突き止められるべきだとしても、それに対して明確な答えを与えることは、自己存在への問いに対（して答えようと――菅原注）する場合と同様に、ほとんど不可能である。私が他者とのコミュニケーションのなかでのみ存在するという命題の意味は、たしかに、理解と行為のうちで結ばれている現存在にとっては客観的にも主観的にも捉えられるし、その場合は、（現存在における――菅原注）相互的に存在しているという事実によって示されるといった特定の意味をもつ。しかし、その意味が実存的に考えられるのであれば、…自己存在の根源に突きあたる。この自己存在は、自己自身から本来的に存在しているのだが、自己からかつ自己のみで本来的に存在しているわけではない。このような実存的コミュニケーションは、それ自体が現象化してくるなかで、あの現存在的コミュニケーションを自らの肉体とするだろう。」（原文強調）(9)

ここでヤスパースは、「私」という人間が「コミュニケーションのなかでのみ存在する」ということを、現存在的に

捉えようとするならば、たしかに、「現存在」における「事実」によって「客観的にも主観的にも捉えられる」と言っている。この点は、本稿でも繰り返し強調してきた、「コミュニケーション」論における「現存在」の意義をあらためて定式化したものと見てよい。だが、ここで、注意しておかなければならないのは、こうした問題を実存的に考えようとする場合の言及様態である。

重要なのは、ヤスパースがこうした問題を実存的に考えると言うことによって、自己は「自己自身から本来的に存在しているのだが、自己からかつ自己のみで本来的に存在しているわけではない」ことを看破し、「自己存在の根源に突きあたる」と主張した点にある。つまり、ヤスパースは、「自己存在」の「根源」というものを、他者存在なしには考えることができないものとして考えようとしている[10]。ここでは、こうしたことから、ヤスパースの「コミュニケーション」論とは、「単独者における「本来的な自己になること」[11]に関心を集中する実存哲学」とは異なった次元で展開されている実存思想である、ということが確認できる。

また、こうして見ると、ヤスパースの「コミュニケーション」論を実存思想としてみた場合であっても、「実存」と表されている言葉の意味を「現存在」と照らし合わせながら読みこんでいくことによって、そこから「コミュニケーション」論における法思想を汲み取ることも決して困難なことではない。「理解と行為のうちで結ばれている現存在」にとっては、「私が他者とのコミュニケーションのなかでのみ存在するという命題の意味」を「客観的にも主観的にも捉えられる」し、自己と他者とが「相互的に存在しているという事実」[12]があるとすれば、そこに何らかの秩序観が背景として考えられていると見るのは、むしろ当然のことである。

したがって、法思想として「コミュニケーション」論を取り上げようとする際に困難を生じさせた最大の原因は、次の点にあったと言えよう。一方では、「法の世界」を「所詮は日常人しかも平均人の共同生活の一般的秩序に外ならぬ」

ものとして位置づけ、他方では、「実存」が「日常人しかも平均人の共同生活の一般的秩序」から超越していく思想――「本来的な自己になること」に関心を集中する思想――として捉えようとする、このように区分して扱おうとした点に、そもそも問題の原因があったわけである。

「実存」を法と分離して捉え、「法の世界に対して、どういう仕方で、どういう形の通路が開かれてくるのか、何らか客観的実質的な正当性の原理・原則が与えられるものなのか」[13]といった恰好で問題は立てられた。そして、当時の主要な論争枠組みであった法実証主義と自然法論との関係に即してこの問題は理解され、そうした問題を解決する上で有効な思想であるか否かを判定されたという意味で、実存思想は法学の「侍女」として遇されてきた。少なくとも、日本の法哲学界が受容した「実存哲学」とは、そうした思想であった。実存思想を法思想として読み、その可能性を考察しようとする道が長きに渡って閉ざされてきた最大の理由とは、このように、いわば法論と実存論とを二元論的に解釈したことの帰結であったと考えられる。しかし、少なくとも、ヤスパースの「コミュニケーション」論に着目し、これまで述べてきたような形で捉え返すことができるとすれば、問題は、法論と実存論とを二元的に捉え、ヤスパースの「実存哲学」を実存論へと還元してしまった側にあったと言うべきだろう。

実存思想の特徴が、「個々人の心の持ち方や倫理的態度決定の上で深い省察を迫るものがある」というのは、確かにその通りである。しかし、このことから、「日常人しかも平均人の共同生活の一般的秩序に外ならぬ法の世界」にとっては「困難な問題がある」[14]とみて、実存論を切り捨てるべきであるということにはならない。人間の共同生活を秩序づける規範に法学がかかわるというのであれば、「実存哲学」を通じて試みられた人間理解が、共同生活における規範の担い手である人間の秩序理解の仕方と――例え「実存」が法に対して否定的な媒介を果たすものであったとしても――無関係に展開されていると考えることはできないからである。少なくとも、ヤスパースの「コミュニケーション」論は、

法とかかわる議論が排除された上で成り立っているような実存思想ではない。

しかし、それでもなお、次のような批判が寄せられるかもしれない。ヤスパースにおいては、「現存在」の分析を通じて法思想が現れてくるにすぎない。したがって、そこから積極的な法思想が読み取れるというのは言いすぎであり、むしろ、消極的に法思想を拾い集めてくるのが関の山なのではないか、という批判がそれである。「実存哲学」が法を特殊専門的に論じているわけではないということ、このことは確かだからである。だが、そうした批判は次のようなことを看過している。第一に、ヤスパースの「コミュニケーション」論における「現存在」とは、「実存」と二項対立的に理解されたところで成り立つ排他的関係ではないということ。第二に、具体的な問題状況を前にした当事者は、「コミュニケーション」を行っていく上で、そのつど移ろいうる様相として「実存」という形を取ったり、「現存在」という形を取ったりしながら現れてくるということ、である。

したがって、こうしたことを見落とさない限り、ヤスパースの「コミュニケーション」論においても法の問題を読み解いていく可能性は、十分に広がってくる。むしろ、従来の法学的な思考様式から見過ごされていた問題が、実存思想を通じて改めて可視化されてくることになるかもしれない。ともあれ、それでは、具体的にヤスパースの「コミュニケーション」論においては、いかなる法や正義が考えられていたのか、いかなる法や正義を考えていくことができるのか。次に、この点を見ていくことにしよう。

第三款　「コミュニケーション」論における法と正義

ヤスパースによれば、「人間的共同生活の最終的な安寧状態などは、経験的にも現存在しないし、また可能性として

も構想されることができない」。それは「人間的共同生活」において様々な限界が存在するからである。しかし、だからといって、ヤスパースが「人間的共同生活はひとつの秩序を呈していて、その秩序の中では正義と自由さえもが呈示されている」ことを無視しているわけではない[15]。「最終的な安寧状態」などというものは、ありえないと述べているにすぎない。むしろ、ヤスパースによれば、問題の多くは、ここから始まると考えられている。

「正義」や「自由」という概念は、「人間的共同生活」を通じて形成されてきた「秩序」の中で発見されたり、あるいは認識されたり呈示されてくる。しかし、「正義」や「自由」がそうした「秩序」に先行して何らかの形で存在していることを想定し、そうした概念があるおかげで「人間的共同体」が秩序づけられてくることになると考えるのであれば、それは誤った事実認識に基づく哲学的な信念以外の何物でもない。「正義」や「自由」によって「人間的共同体」が基礎づけられているわけではなく、むしろ、事態は逆だからである。ヤスパースにしたがえば、「人間的共同体」に対して限界づけを与えているのは、「現存在」で生じる「事実としての暴力」の果たす役割の方である。それゆえ、「人間的共同体」とは、結局のところ、「事実としての暴力」を前にして、現実に闘うことを留保したり、妥協したりすることによって繰り返される営みである[16]。「人間的共同体」のこうした性格を拒絶するわけにはいかない。

しかし、さりとてヤスパースは、法をめぐる次のような考え方を支持するわけでもない。

① 「現実の闘いによって決着をつけることを、…留保して引き伸ばし続けているうちに、結局最後には、真の法があらわになってくるはずである」（原文強調）

② 「そのとき、権力はただわずかに、法の実現の手段にすぎぬものとなり、法が、自分を現実的なものにするため

に権力を求めることになる」

③　結果として、「権力は、何ら良心のやましさをもたなくなり、法の守護者として、思慮分別のある透明さをもつようになる」[17]

ここで示されているのは、「人間的共同体」の限界にかかわる「闘い」と取り組もうとしないでも、妥協を繰り返していくうちに、自然発生的に「真の法」が登場してくる、という理解である。そして、「真の法」が圧倒的な暴力――「権力」――を独占的に支配するので、そうした「権力」は、ひとたび確立されや否や、永続的に「真の法」を司る唯一の「法の守護者」として公正に作動し、自律的に存在し続けることが想定されている。

しかし、ヤスパースは、こうした見解を支持することはできないと言う。彼によれば、ここで現れてくる「真の法」とは、「真」であるどころか、まったく現実性を欠いたものだからである。むしろ、事実として現前してくる「法」[18]は、人間が「現存在」として担っていかねばならない、「せいぜい、そのつどの特定の歴史的諸力の表現にすぎない」。ヤスパースは、このように述べている。

したがって、「正義」や「自由」という法にかかわる概念を、「人間的共同体」に先行して存在し、「人間的共同体」を先導していくようなものとして理解することはできない。さりとて、「闘いながらのコミュニケーション」を遂行することによって「真の法」自然発生的に生じてくるものとして捉えることはできない。また、そうした闘争を繰り返していくことによって法が「権力」をも支配下に収めるようになると考え、いずれは「権力」が「守護者」として「法」を有効に活用するようになる、といった展望を支持することもできない。このような主張がヤスパースから導かれることになる。その結果、彼の法に対する見解は、以下のように示される。

「正しい法を普遍妥当的に知りうる形で提出し、これに人々の承認を求めるという試みは、これまでくりかえしなされながら依然として成功しなかった。というのも、抽象的な条文の形を採っただけでは、そしてそれに従って可能な現存在を構想しただけでは、まだまだ法はとうてい公正なものではなく。むしろ、その法を実際に運用した結果という現実の中でこそはじめて、公正性が明らかになるが、しかし、法の実際の運用の結果は、あらかじめひとが思いも及ばなかったものだからである。だから、正しい法などは、あくまで、たんなる理念にとどまる。」(19)

加えて、ヤスパースは、法が露わになるのは「人間的共同体」の文脈、とりわけ「限界状況」においてであって、「永久に妥当する最終的な、客観的解決などは何ら存在せず、存在するものは、そのつど歴史的な解決である」(20)、とも考えていた。つまり、法によって成しうるのは、時間や社会的文脈を超えた客観的解決ではなく、「そのつど歴史的な解決」にとどまると言うわけである。ただ、このことから、ヤスパースが、法の規範的妥当性を、その場かぎりのものにすぎず、全く相対的にしか成立しないと理解していた、とみなすべきではない。というのも、ここで言われている法とは、「抽象的な条文の形を採った」法のこと、すなわち制定法が主として念頭に置かれているからである。それゆえ、「私が私の権利を根拠づけるとしても、それはただ相対的にまた個別的にのみ行う以外にはない」というときも、そこで前提とされている法とは、まさしく条文化された法律、つまりは制定法、あるいは実定法を指していることに留意しておく必要がある(21)。

では、ヤスパースは、いわゆる法について、どのように考えていたのだろうか。このことについて、ここで少し検討しておこう。ヤスパースにとって、法とは何か。彼は、法について、きわめて広い意味での〈法〉と、いわゆる制定法や実定法といった法律との間に存在する区別について、必ずしもこれを明確にしないまま論じているように見受けられ

る。

既に確認したとおり、ヤスパースは、「現存在」の「限界状況」において法が露わになってくると述べていたが、そこで言われていることの意味は以下のとおりであった。すなわち、制定法のように抽象的な条文の形を取って〈法〉が現れてくることは往々にしてあるし、そうすることによって、〈法〉は可視化されてくる。それゆえ、「現存在」にとって、〈法〉とは、制定法や実定法の形をとって露わになり、様々な法解釈を可能にするよう開かれてくるという点で、あくまでも相対的な意味を持つにとどまる。結局「現存在」にとっての〈法〉とは、個別の条文化された制定法や、広く判例等も含めた実定法秩序における規範のことを専ら指していたと考えられる。

また、ヤスパースは、〈法〉の問題を通じて、「現存在全般を、正常な姿に修復しようと欲することなどできない」[22]と見ていた。したがって、「私は、法思想を現に抱いている」とヤスパースが言うときに前提とされていたのは、「現存在」において現れてくる制定法と、いわゆる条文化された法律以外の規範をも広く含めた〈法〉理解と、両者に対する洞察であった。

ところで、そうした法思想が問われてくるような「限界状況の中に立つとき、現存在は、完結してもいず、また完結不可能なものとして現れてくる」。そして、「現存在」の「限界状況」において問題になるのは制定法を様々に解釈しながら紛争処理を目指す「臨機応変主義」の立場か、あるいは、真理としての「法理念」に熱狂して決着を計ろうとする立場か、といった両極的な二つの立場であると言う。確かに、ヤスパースの議論にしたがえば、原理上はそうなる。しかし、この両極の立場のいずれかを選択すればよいという話にはならない[23]。というのも、ヤスパースにとっては、こうした両極端こそ拒絶すべき態度であるとされていたからである[24]。彼によると、この両極の立場が可能となるのは、「現存在」によって繰り広げられる「闘い」から逃避し、自己の内部に沈潜し、閑却してしまう場合のみである。だが、ヤス

パースにとっては、そもそも「闘いながらのコミュニケーション」を放棄してしまうこと自体、考えられないことであった。彼にとって、両極いずれかの観点に立つということは、「歴史的に現実的な実存を放擲すること」[25]に他ならないからである。

「われわれは、…ただ時間のうちにおける闘いの有限的状況の中にのみ、自らの存在と内実をもつような存在者である。われわれの現実は、全体的なものではなく、また無時間的なものでもない。」[26]

結局ここでヤスパースが言わんとしていることは、「現存在」が「限界状況」の下で問題を解決し、処理しようとするのであれば、人間は「歴史」や「時間」による制約を免れることなどできないし、その意味では「有限的状況」に置かれているということである。これは、ある意味では当然のように思われるかもしれないが、ここには、さらに重要な、ヤスパースの法思想の核心がある。

再び議論に立ち返ってみよう。ヤスパースが指摘したことは、一方には、「抽象的な条文の形を採った」法を「臨機応変主義」的に運用していけば、いずれ「真の法」があらわになり「権力」との関係が形成されてくるという見解があるということ。他方には、それと逆に「真の法」をつかまえようとする「法理念」を設定し、それに熱狂し、それを首尾良くつかまえることに成功すれば、「権力」を馴致しうるだろうという楽観的な見解があるということであった。そして、この両見解は、いずれも「権力」と〈法〉との間に自律的な関係が成立するようになるという帰結を予定している点で共通していた。

ところが、ヤスパースは、まさに、このように「権力」と〈法〉との間の関係が有機体論的に完結することはありえない、ということを主張していた。「権力」と〈法〉との間において、何らかの階層的な構造が成立していて、それぞ

れの階層にはそれぞれに固有の法則性があって、何らかの自明な目的のもとで渾然一体として統合されているようになることなどありえない、と言っていたわけである。もとより、「権力」と〈法〉との間においては、さも植物における各器官と器官との間に見られるような有機体論的な階層関係が成立すると考えることは不適切である。植物において見られるような自然法則のように、人間社会の秩序においても「権力」と「抽象的な条文の形を採った」法との間に価値中立的で非歴史的な何かが存在し、その何かが淡々と法を執行していくと考え、有機体論的に完結した関係を見出すことなどできない。(27)

また、「法理念」に熱狂して「真の法」を見出すことに成功したとしても、そこで現れてきた「権力」が「真の法」に対して常に忠誠を誓うかどうかは、およそ別次元の問題である。むしろ、ヤスパースは、「現存在」における人間が、「歴史」や「時間」による制約を受けない、無時間的で非歴史的存在者である執行人の地位につくことは想定できないと見て、「有限的状況」に置かれていることに注目し、法と「権力」との関係が有機体論的に完結していると見るような、一切の見解を拒絶していた、と考えられる。そして、こうした議論を前提にしていたからこそ、ヤスパースは、正義について次のように述べた。

「正義は、功利的な目的行動の規則や、基準としての法律的秩序の規則とは違って、（その意味では――菅原注）合理的に十分に見通すことはできない。正義は、そのつどの合理的で客観化されたものの中ではたらき、そして、その中でたえず論証してゆくのである。…正義は問題にされるが、それは、日常の法則（現存在において支配的な法則、という意――菅原注）を唯一のものと認めない魂が要求するものを、いっそう深くつかみとるはたらきによってである。(28)」

ここでヤスパースは、「歴史」や「時間」、あるいは具体的な問題状況から超越して、正義を客観的に捉えることなどできない、「たえず論証してゆくものである」、と述べている。そして、もし、正義が問題になるとすれば、それは、「現存在」において支配的な「日常の法則」に対する服従を拒絶しようという自己の内なる「魂」の声を聞くときである、と主張している。だが、そうであるとすれば、ヤスパースにとって、正義を問題化しようとする「声」とは、一体どのように考えられているのだろうか。「声」に耳を傾けたときに、はじめて問題にされるような正義の観念とは、どうすれば理解できるのだろうか。こうした点が問題になる。

この点について、ヤスパースは、「私が正しく行為すると意識するのは、私の現存在について予測可能性があって、しかも自分の行為を普遍的法則によって正しいものと規定されているのを知る場合で…、恣意的にではなく、いつでも正しいことは行うべきだと意識するからである」[29]（原文強調）と論じている。一見すると、カント的な普遍法則との関係から正しい規定を知ろうとしているかのように見えるヤスパースの見解であるが、ここでのポイントは、「実存」によって発せられる当為の要求の根拠が各人の「魂」に訴えを持っている、という点にある。それゆえ、「魂」に端を発する当為の要求を聞き取って、ある何らかの要求を採用する決断が下されたのであれば、それは、当為要求に基づいて振舞われた、あくまでも「正しい」行為ということになる。

したがって、「コミュニケーション」論との関係から言えば、ここでの当為要求に基づいて行われる「正しい」行為とは、「コミュニケーション」を通じて合理的に吟味することが可能になる行為であると見てよいだろう。何が「正しい」行為であると言えるのか、そうした問題は、「コミュニケーション」によって決定されるべき問題として理解することができるのであって、「真の法」に照らし合わせて「正しい」のかどうか、が判定されるような問題ではない、ということである。そうした「真の法」や有機体論的な関係を法と権力との間に見出すことはできない。確かに「現存在」は、

そうした関係の中に搦め取られていく傾向にあると言える。しかし、〈法〉を理解することによって、そうした傾向と批判的に対峙し、「現存在」に潜む問題を剔抉していく際の指針を得ることができるようになる。

つまり、〈法〉とは、「現存在」の具体的な問題状況のなかで、個々人が決断を下す際の指針を定立しようとする場合に、指針としての正当性を規範的に根拠づける。そして、正当な規範であると認められた指針であっても、現実の状況と照合してそぐわないように感じられた場合には、指針の妥当性を個々人が反省的に検討していく際の規範として機能する。そのような規準として規範的に作用するようなものが、ヤスパースにおける〈法〉ということになる。

ヤスパースは、「闘いというものに目を閉じて、あたかも生は闘い無しでも可能であるかのように思う」とき、そこには「はっきりとしない平穏」が訪れると言う。しかし、そうした平穏がもたらされるのは、「抽象的な法原理に固執して、そのために実存的内実を破滅させる盲目的な狂信」に人間が支配されている場合である[30]、とも考えられていた。つまり、〈法〉を抽象的な原理として捉えることに固執し、「闘い」に対して盲目的な態度をとるとき、そこにはたしかに「平穏」がおとずれるかもしれないが、それはあくまでも「はっきりとしない平穏」にすぎないと言うわけである。ヤスパースにとって、〈法〉とは、現実の生をめぐって争われる「闘い」を通じて現れてくる。そして、このことは、「闘いながらのコミュニケーション」を通じて〈法〉が現れてくるし、われわれは〈法〉を把捉することができるようになる、ということを示している。

ただ、ここでヤスパースが「闘い」ということで想定しているのは、あくまでも「コミュニケーション」としての「闘い」である。「闘い」を通じて〈法〉が現れてくると言う場合、つまるところは、「コミュニケーション」を通じて〈法〉が形成されてくるということにほかならない。だが、そうであるとすれば、今まで行ってきたような「コミュニケーション」論についての検討や考察とは、事実上、ヤスパースにおける〈法〉を理解する上では、欠かすことのできない作業

でもあった、ということになる。すなわち、「コミュニケーション」の一環として行われる「闘い」についての議論を踏まえた上で、はじめてヤスパースにおける〈法〉や正義の意義を論じることができる、という仕掛けになっている。再び、ヤスパースの「コミュニケーション」論における「闘い」にかんする議論を確認しておくことにしよう。

ヤスパースによれば、「闘い」には、「暴力をともなった闘い」と「愛しながらの闘い」があった。「暴力をともなった闘い」とは、「強制し、制限し、抑圧するという働きをする」闘いを意味する。したがって、「現存在が暴力をともなった闘いに固く結びつけられたものであるということは、じつは乗り越えられないどうにもならない（現存在にとっての――菅原注）限界状況」であった[31]。これは、「現存在」というものが、「現存在」自らをも破壊しかねない「暴力をともなった闘い」によって限界づけられているという考えを示していた。

ただ、「現存在」は、同時に「可能的実存」としても捉えられていた。「可能的実存」は、「その開示過程において自己を明白にしながら自己をなお創造する」とともに、「コミュニケーションにおいて私は他者と共に私に開示される」ので、「実存的開示によって経験的な現存在としての私がなんであるかのみならず、私自身が何であるかが世界内で明らかになる」可能性を闘争のうちに見出す[32]、とされていた。ここには、「現存在」の「闘い」が強制・制限・抑圧といった暴力を伴うことによって限界づけられていたのとは異なる「闘い」の方向性が、「開示性」という形で示されている。すなわち、「闘い」の仕方によっては、「現存在」の「闘い」は、「暴力をともなった闘い」として破壊的なものにもなるが、「コミュニケーション」として世界内で自己と他者とを明らかにしていく「開示性」を示すものにもなる。ヤスパースはこのように、「闘いということがもつ二つの本質的に異なった様式」を考えていた。

そして、ヤスパースにおいては、「コミュニケーションにおいて開示されることの過程は、闘いとして同時に愛であるような、あの独特の闘いである」、とされていた。彼にとって、この「愛しながらの闘い」とは、「実存」をめぐる闘

いにほかならないが、「実存をめぐる闘い」[33]において問題となるのは、「徹底的な公明さ、あらゆる権力と優越の排除、他者の自己存在と自身の自己存在」であった。

したがって、「現存在」における「闘い」が暴力を排除し「開示性」を志向するのであれば、それは「愛しながらの闘い」――「実存」をめぐる「闘い」――へと接近することになる。逆に、事実としての暴力が支配的になるのであれば、それは「現存在」をも破壊しかねない「暴力をともなった闘い」として展開されるにとどまる。両者は、「闘い」の内実がどのような様式を採るのかに応じて、全く異なったものとして現れてくることになる。先程、ヤスパースにとっての〈法〉とは、「コミュニケーション」としての「闘い」を通じて現れてくるということになると述べたが、こうして見ると、彼にとっての〈法〉とは「愛しながらの闘い」を通じて現れてくると言うことができる。また、このことから、制定法や実定法が〈法〉の中心的な話題として取り上げられている事態とは、「現存在」において「暴力をともなった闘い」が繰り広げられている状態を意味している。〈法〉の把捉は、「愛しながらの闘い」を通じて可能になる。ヤスパースにとっては、「愛しながらの闘い」を経ずに〈法〉の問題を考えることはできない。

> 「愛しながらの闘いは、根源と終極における究極的な隠された意味をめざすものではあるが、しかしそのためには、その闘いは、そのつどの当座の状況や目的の中を動き、したがって具体的に現前することがらに即して行われる」。したがって、「愛しながらの闘いが成功するのは、ただ、完全に暴力を排した場合にだけで」、いかなる実力行使を持ち込むことによっても、たとえば「知的な優越とかあるいは暗示的効果が働くだけでも、（意味上――菅原注）停止してしまう」[34]。

ただ、ここで注意しておきたいのは、「愛しながらの闘い」というヤスパースの概念が、決して空虚なものではなく、非常に優れた現実性をもっている点である。たしかに、「愛しながらの闘い」という言葉に対しては、何か不明瞭で判然としない印象を抱かれるかもしれない。また、〈法〉の世界に無用な概念を、いたずらに増やそうとするにすぎない、といった印象を抱くことがあるかもしれない。だが、それらは、まったくの誤解である。「愛しながらの闘い」とは「そのつどの当座の状況や目的の中を動き、したがって具体的に現前することがらに即して行われる」、と考えられている。つまり、はじめから何らかの理念があって、その理念に向かって邁進すればよいのだ、と考えられているようなものではない。「愛しながらの闘い」とは、そのつど突発的に生じてくるかもしれない、現実の具体的問題状況に即して実践されるような、いわば「筋書きの無いドラマ」を演出するコンティンジェントな営為である。

しかし、「筋書きの無いドラマ」だからといって、そのことが直ちに不明瞭であるということを意味するわけではないし、非科学的であるということにはならない。ただヤスパースは、正義について、「正義は、そのつどの合理的で客観化されたものの中ではたらき、そして、その中でたえず論証してゆく」ものである、と論じていたわけである。[35] つまり、「そのつど」、「その中で」、「たえず」、日々の実践を通じて論証してゆくものとして、正義を理解していた。「コミュニケーション」それ自体、ウェーバーが言っていた意味ある行為を前提としていたことを想起すれば、そのような正義とは「討議」を通じて明らかになってくるものだし、「討議」を通じて確認すべきである、と考えられるであろう。

ともあれ、このようにヤスパースにおける〈法〉と正義についての論考を考察してみれば、法哲学上の議論としてきわめて示唆する点が多いことに気がつく。従来の研究が、法実証主義対自然法論という枠組みのなかで実存思想を捉え、自然法論を正統化するといった目的を達成するための手段として実存思想を用い、そのなかでのみ評価していたのは

――たとえ当時の問題状況に即していたという言い訳が一定の程度では正当であったとしても、その程度にしか、評価していなかった以上は――、一面的にすぎたと言うべきであろう。少なくとも、ウェーバーとの関係に即して、ヤスパースの「コミュニケーション」論を本稿のように理解するのであれば、そこに法哲学的意義を見出すことは十分に可能であることが示されるからである。

ヤスパースの「コミュニケーション」論には、「愛しながらの闘い」が考えられている点で、他の実存思想とは異なる特長があった。彼にとっては、「不満」を「コミュニケーションへの意志」へと転化させる原動力として「愛」が考えられていた。そして、この「愛」は、前節の最後でも述べたように、「闘いながらのコミュニケーション」から独立して、それとは無関係に論じることができるようなものではなかった。「闘いながらのコミュニケーションの真の方法を、直接的に、普遍的に、示すことはできない」[36]からである。

しかし、「愛」を「客観的範疇」として捉えることが無意味であると踏まえた上で、それでもなお「コミュニケーション」論における「愛」の意義を問うとすれば、それは次のようになるだろう。

まず、ウェーバーは、「価値討議」によって、意味ある行為をいかにして合理的に問うかを考えていた。しかも、そうした「価値討議」を遂行するうえで、何らかの客観的な真理に依拠することから得られる「お墨付き」を必要としないで済む、合理的な「討議」のあり方を考えていた。ウェーバーの「価値討議」には、ひとまずこのような評価を与えることができる。だが、そこには一点、決定的な問題があった。それは、意味ある行為や、「価値判断」をめぐる「討議」を、いかに進めていくべきかを論じていたにもかかわらず、なぜ、「価値討議」を開始しなければならないのかといった点については、少なくとも学問上は、ウェーバーが謙抑的な態度を保持し続けたからである。

むろん、既に指摘したとおり、ウェーバーにとっては、眼前で進行する、当時の「後進国」ドイツの政治的状況にお

ける社会・経済政策を「討議」にかけることが、自明の前提であった。このことが忘れられてはならない。それゆえ、ウェーバー自身がこの問題に気づいていなかった、というわけでは決してない。彼にとっては、なぜ「価値討議」を始めなければならないのかを問うことが、「社会哲学」上の問題として捉えられていたにすぎない。また、ウェーバーが、こうした「社会哲学」上の問題について、これと取り組むことが無意味だと考えていたわけでもない。ウェーバーは、「社会哲学」が経験科学の領域を越えた問題と取り組むものであると考え、その動向を注意深く追跡しなければならないと述べていた(37)。そして、その裏返しとして、なぜ「価値討議」を開始すべきなのかといった「社会哲学」上の問題に対しては、謙抑的な態度を採ったわけである。

しかし、ヤスパースの「コミュニケーション」論では、こうした問題があることを視野に入れた上で、哲学的な問題として問い詰めていくべき課題が明確に捉えられている。これまで、そうしたヤスパースの哲学的営為の一端については、「不満」と「愛」とに注目することによって、検討してきた。ヤスパースにとって、「愛」とは、「実存」をめぐる「コミュニケーションへの意志」へと「不満」を転化させる原動力であるが、その意味は、ウェーバーが謙抑していた問い、つまり、なぜ「討議」が始まるのか／なぜ始めなければならないのか、といった問いに対して、哲学的に答えようとする試みだった。ヤスパースは、本来の「自己」のあり方として「不満」を受け止めるのであれば、「私独りであることへの不満」と「他者への不満」から、自己と他者双方にとって「実存」が問題にならざるをえず、そうした「自己」と「他者」との間を媒介するものとして「愛」を捉えていた。

なぜ「討議」が始まるのか／なぜ始めなければならないのか。この問いに対してヤスパースが与えた回答は、「現存在」に満足することなく、ひとたび「実存」をめぐる問いを発したならば、最終的には「コミュニケーション」へと発展せざるをえない、というものであった。そして、それを可能にするものが「愛」である、とされていた。そして、「実存」

をめぐって繰り広げられる、「闘いながらのコミュニケーション」を通じて〈法〉と正義の問題を考えることは十分に可能だし、意味がある、と考えられていた。「正しい法を普遍妥当的に知りうる形で提出し、これに人々の承認を求めるという試みは、これまでくりかえしなされながら依然として成功しなかった」[38]と論じられた所以である。はじめから「正しい法を普遍妥当的に知りうる形で提出」することは不可能だ。だからこそ、「闘いながらのコミュニケーション」を通じて〈法〉と正義の問題を考えようという運びになったわけである。また、これに伴い、〈法〉とは「人間的共同体」の限界状況において問題になるが、「永久に妥当する最終的な、客観的解決などは何ら存在せず、存在するものは、そのつど歴史的な解決である」[39]、と考えられるようになったわけである。

したがって、ヤスパースにとっての〈法〉や正義とは、理念的なものとして、哲学的に正統化されねばならないといった前提をとることなく、あくまでも、歴史的・社会的文脈に即して成立する「実存」をめぐる「闘いながらのコミュニケーション」を通じて獲得されるべきものとして考えられていたことが理解できる。その点で、以前に検討したような普遍主義的見地から「哲学的妥当論」の立場へと大きく旋回していったラートブルフと比べた場合、ヤスパースはあくまでも「コミュニケーション」にこだわり、そこで生成されてくる規範的なものに着目し、「コミュニケーション」論を構成していこうとしたと考えられる。

ともあれ、以上のことから、ヤスパースの「コミュニケーション」論でインプリケートされている可能性については、少なくともウェーバーの「価値討議」との連続性を重視する観点からは、それを十分に開き示すことができたと言えるだろう。また、本章の目的でもあった、ヤスパースの価値思考の現れである「コミュニケーション」論に潜む法哲学的意義についても、それを十分に引き出すことができたと言えるだろう。

次章では、これまで述べてきたような、ウェーバーとヤスパースの価値思考にかんする議論を踏まえ、従来価値相対

主義の主張や「実存主義」に対して実際によせられてきた批判や、現在の視点から振り返ってみて、そこへ寄せられるであろう批難に対し、いかなる弁明をすることが可能であるか、また、そうした弁明を踏まえて、どのような理論的可能性が展望しうるのかを明らかにしていくことにしたい。

第三章　諸批判への弁明と展望

前章までは、現代正義論の思想史的背景を探るというテーマのもと、ウェーバーの価値思考とヤスパースの「コミュニケーション」論を対象として、その内容を検討し法哲学的意義について考察してきた。その結果、ウェーバーの価値思考には、従来法哲学の領域で理解されてきた価値相対主義の主張とは異なった特色があること、また、それを発展的に継承したと思われるヤスパースの「コミュニケーション」論にも、従来考えられていたようなステレオタイプ的な実存思想に対する理解を超える可能性があって、十分法哲学的検討に耐えられるものであることが確認された。

しかしながら、同時に、そうした検討と考察とを通じて、本稿では彼らの価値思考にかんする問題点についても吟味してきた。例えば、ウェーバーの価値思考から再構成されうる「人格」には、さらに立ち入った検討が必要とされる「二面性」の問題があることを示唆した。また、実存思想と価値相対主義をめぐっては、それらが「独断的絶対主義」へと帰着するのではないのかといった批判が繰り返し現れてきたことを論じた。

そこで、本章では、彼らの価値思考を踏まえた上で、彼らに向けられうる批判を検討し、それに対する弁明を試みようと思う。また、そうした弁明を通じて、現代法哲学の議論状況を眺望してみた場合に、いかなる展望が開けてくると言えるのか、開けてくる余地があるのか、ということについても論じることにしたい。なお、『弁明と展望』

（*Rechenschaft und Ausblick*）とは、一九五一年に公刊されたヤスパースの講演論文集につけられたタイトルであるが、とりたてて本章でこれを中心に検討対象としているわけでないことについては、今述べた通りである。

第一節　〈実存思想の問題＝価値相対主義の問題〉に対する弁明

本節では、問題が何かという点については既に一通りの確認を済ませてあるが、未解決のまま残してきた課題であるところの実存思想と価値相対主義の主張に寄せられた批判に対して、その応答としての弁明を展開していくことにしたい。

一般的に、キルケゴールとニーチェを端緒とする実存思想とは、徹底して反近代的であることから始まったと言われている。それゆえ、仮に、近代的であるかどうかを弁別する重要な指標が合理主義的であるかどうかであるとすれば、実存思想とは当初から非合理主義的な性格を持つものであった、ということになる。例えば、キルケゴールは、主体的に思考する人間の、その個別性を強調しながら表象する「自分」――「単独者」――と、そうした「自分」によって表象される「自分自身」との関係を問い、そうした営みとそれをも超越するものとの関係についての哲学的考察を行った。これを実存思想の特徴としてみなすのであれば、実存思想とは、当初から極端に個人主義的な性格を持つものであった、ということになる。そこで、反近代的で反合理主義的であることと、極端な個人主義＝掛替えの無いものとしての自己存在に固執する自我主義的な思想であるということ、この二点を、さしあたりは、実存思想の特徴として理解しておくことにしよう。

ところで、これもまた既に指摘したことであるが、実は、こうした特徴をもった実存思想へ向けられた批判と、価値

相対主義の主張に対して寄せられた批判との間には、ある共通点を見出すことができた。そこで、この点を踏まえて、以下、ウェーバーとヤスパースの議論に依拠して、どのような弁明が可能になるのかを考察していくことにしたい。まずは、再度、価値相対主義の主張についての確認をしておこう。

価値相対主義の主張に対しては、「もしも価値認識の相対性の主張が、それ自体において論理的に矛盾なく認められるものではないとすれば、価値相対主義は自らと対立関係にある筈の価値絶対主義に接近ないしは同化し、思想としての独自性を保持しえない」[40]、という原秀男による批判があった。価値相対主義の主張とは、「相異なる評価主体において、双方の究極的価値は相対的にしか認識されない」と言いながらも、実は、このテーゼを絶対的に主張するときに、はじめてそう言うことができる、というのがその趣旨である。価値相対主義者がこの批難と相対し、自己の主張する立場を正当化できるとすれば、それは、このテーゼを絶対的なものとして肯定することのほかには考えられないというのが、この種の批判のポイントである。

また、井上達夫からは、価値相対主義が、「確証可能性テーゼ」に立脚しているとみなし、このテーゼを否定してみせることによって、価値相対主義は必然的に価値絶対主義へと転落するほかない、という批判があった。この立場によれば、「確証可能でなければ客観的に真（妥当）ではあり得ない」という「確証可能性テーゼ」に対して、価値相対主義者が無自覚的であると主張する。だが、価値相対主義者が、こうした「確証可能性」テーゼに対して無自覚的でいられるのは、同時に、その逆でもある「客観的に真（妥当）であれば確証可能である」というテーゼをも論理内在的に要求しているからだと言う。

すなわち、価値相対主義者は、「真（妥当）」であることが証明されない以上は「真（妥当）」であるということはで

きないと主張するが、この主張は、「真（妥当）」であることが証明されれば、それは必ず確証されうるというテーゼをもインプリケートしている。そして、仮に、価値相対主義者のように「確証可能性テーゼ」を支持するのであれば、自己の究極的価値にかんしては、「自己の判断の確実性＝不可謬性を確信」し、「真理性を確実性に還元することにより、真理の確信と独断との区別を廃棄」し、人間を「自己の価値観の独断的絶対化へと導く」ことになるほかにないと主張する。(41)

ポイントは、究極的価値をめぐって顕現する価値相対主義の「独断的絶対主義」化が、ひいては自らの論理的首尾一貫性の廃棄へと帰着するという点に集約される。自己が依拠している立場についての自覚が欠如しているがゆえに、結局は自己矛盾に陥ると言うわけだ。

しかも、「独断的絶対主義」化は「リベラリズムへの背反を動機付ける要因」へと容易に転化しうるため、結果的に「相対主義はリベラリズムの主要徳目である寛容精神の基礎を破壊する」よう宿命づけられているとされる。究極的価値の創造的主権者である各人は、「等しきものは等しく扱うべし」という正義の普遍主義的要請」を「幸運」にも受容しえた場合に限って「リベラルな動機付けの力を享受できる」にすぎず、したがって、価値相対主義者は「普遍主義的要請」を含む「正義理念の助けを借りずにそれだけでリベラルな動機付けの力をもつことができない」、と言うわけだ。(42)「独断的絶対主義」化に陥った価値相対主義の主張は、「正義の普遍主義的要請」を前提としないため、それがリベラルな寛容を主張しうるとしても、それは偶然の産物にすぎない「幸運」によってのみ可能になる、と考えられている。

しかし、価値相対主義者に対する、このような批判は、正当な評価を踏まえた上でなされていると言えるのだろうか。仮に、こうした批判を加える側が言うような「価値相対主義者」が存在し、こうした論理に誤りがなければ、その種の批判にも十分な意味がある、ということになるだろう。しかし、これまで検討してきた結果や、そこから得られた知見

によると、ウェーバーをこうした「価値相対主義者」として位置づけることはできない。ラートブルフはともかく、ウェーバーについては、原や井上がいうような意味での「独断的絶対主義」を唱え、「寛容精神の基礎を破壊する」よう宿命づけられていた、と言うことはできない。

既に確認したことではあるが、ウェーバーの立場とは、「諸価値の対立は知らねばならない」、「諸価値の対立は見なければならない」という真摯な態度であったとしても、決して「独断的絶対主義」へと転落する他ない「没価値」的な底なしの価値相対主義の主張[43]ではなかったからである。ウェーバー自身、そうした批判があることを踏まえ、「ひどくお粗末な誤解もあったものだ」と述べていたことは、これも既に見たところである。また、思い出しておきたいのは、ウェーバーが、正義の現れる「大抵の社会政策問題の孕む倫理上の問題」[44]を、何らかの「「倫理的」前提に立って解決しようとしても、無理」であると述べていたことである。

そこには、たしかに、規範に則って問題が解決できない場合、終局的には決断によって正義を実現すべきであるというウェーバーの「決断主義」的な姿勢を窺うことができなくもない。このことについて、実際、彼は、「人生全体」が「究極の決断でつながりあった鎖のようなもの」である[45]、と言っていた。したがって、ここには、「相対主義者にとって究極的価値の選択は誤り得ない実存的決断の問題であるが故に、異なった価値観[46]の間の対立を相互批判的な論議によって解決しようとするのは無駄な試みであり、初めから断念されなければならない」、という批判が付け入るスキを見せているようにも思われる。結局、ウェーバーが言わんとしていることとは、みずからの究極的価値に立脚した決断の問題にすぎない、という理解がそれである。もし、そうであるとすれば、井上が言うように、価値相対主義者とは、「自己と他者との個体的相違に基づく差別の実践、あるいはそのような実践の是認」を試みる「エゴイスト」[47]、すなわち、「正義の普遍主義的要請そのものを否定する「絶対的不正者」」に他ならない、ということになるだろう。

しかし、ウェーバーが「正義の普遍主義的要請」を否定していたというのであれば、そこには、ウェーバーを問題化する上でのカテゴリー・ミステイクがある。ウェーバーは、「いかなる倫理に拠ろうとも一義的に決定できない問題に、「正義」の要請の帰結がある」ことを強調したにすぎない。彼は、こうした問題についての「政治行為の領域が孕んでいる倫理的なものとの緊張関係」を「なくしてしまいたいなどと願うのは、怯懦のなせる業」と見ていた(48)。だからこそ、「究極の決断でつながりあった鎖」としての「人生全体」においては、「諸価値の対立は知らねばならない」し、「諸価値の対立は見なければならない」ということが述べられていたわけである。したがって、先程の批判は、「哲学的妥当論」に立脚して普遍的価値としての「正義」の理念を追求しようとしたラートブルフのようなタイプの「価値相対主義者」には該当するかもしれないが、ウェーバーについては、まったく当てはまらないことになる。

また、ウェーバーがピュウリタンを通して見出した「人格」とは、「リベラリズムの主要徳目である寛容精神の基礎を破壊する」といったものとは全く逆のものであったこと、これまた既に確認済みの事項である。ウェーバーによれば、「ピュウリタン諸国における「自由」の歴史的に決定的な「心理学的」基盤」を提供したのは、「あらゆる人間的権威を「被造物神化」として排斥するという原理」であった。これは、神を媒介とする「隣人愛」の思想として一般的に知られたものだが、この「隣人愛」の思想からも窺い知ることのできる「被造物神化」の拒否という姿勢は、カトリック教会が原理的になしえない論理、すなわち、徹底した寛容の論理へと道を開くものだと考えられていた。それゆえ、ウェーバーには、「寛容は、近代の「リベラルな」思想と何ら異なるものではない」と高らかに宣言することができた(49)。

ちなみに、「確証可能性テーゼ」を否定してみせようとするタイプの批判によれば、「正義理念の助けを借りずにそれだけでリベラルな動機付けの力をもつことができない(50)」ということになろうが、これもウェーバーには該当しない批判というほかない。彼が、一連のプロテスタント研究を通じて「寛容」を抱いた「人格」を見出すことができたのは、

なぜだろうか。研究を行った側の彼のなかに、何らかの「正義理念」が先行して存在していたからだろうか。あるいは、ピューリタンが「人格」の範型たりえたのは、研究される対象となったピューリタン自身の側に、何らかの「正義理念」が先行して存在していたからだろうか。この問いに対する答えをピューリタンの立場から述べれば、われわれは、特殊宗教的な理由で「寛容」を主張することができた、ということになっていた。それゆえ、もし万が一にも、何らかの「正義理念」に相当するようなものがピューリタンにあったとすれば、それは神への信仰以外には考えられない。だが、通常の用語法にしたがえば、こうした信仰を「正義理念」と呼ぶことはできないだろう。むしろ、宗教的良心の自由に基づいた神への信仰や、神の啓示を受けたことによって、「寛容」を形成することができたと言うのではないだろうか。ピューリタンにおいては、それ自体でリベラルを根拠づけることができるような、剥き出しの「正義理念」が良心の自由に先行して存在したり、「普遍主義的要請」を行ったりすることはありえない。

また、ウェーバーがピューリタンに「人格」を見出したのは、当時の「後進国」ドイツの現実の政治・経済状態を前にして、いかなる人間像が要請されるべきかといった観点からであった。このように考えることはできる。しかし、ウェーバーにとって、何らかの「正義理念」に基づく示唆を受けたから、「後進国」ドイツの問題が考えられるようになったわけではない。むしろ、彼にとっての具体的な問題状況として存在する「ドイツ国民国家」の中では、いかなる人間が社会・経済政策に関与してくるべきなのか、といった問いが経験科学の問題として立てられ、その範囲で問題を捉えようとしていたと解するのが妥当である。

そこで、このように検討してみれば、ウェーバーのような「人格」を前提とする価値思考であれば、それが「寛容精神の基礎を破壊する」とは考えにくく、むしろ、寛容精神の基礎づけを与えうるものとして再評価されなければならない。少なくとも、先にみた、井上のような批判が攻撃の対象としている「価値相対主義者」のなかに、ウェーバーを加

えてしまうのであれば、それは不当な批判として修正されねばならないだろう。

また、そうであるとすれば、実存思想に対して寄せられた批難にたいしても、それがヤスパースの場合について、批判が該当するか否かは、かなり疑わしいものになるのではないかということが予想される。第二章を通じて検討してきたように、ヤスパースの実存思想とは、ハイデガーやサルトルのそれからは、相当隔たったものである上、誰よりもウェーバーの価値思考を発展的に継承し、歴史的・社会的文脈に即した実践を視野に収めながらも、「コミュニケーション」を通じて哲学的に敷衍したものだったからである。

ともあれ、実存思想に対して寄せられた批判について、それがヤスパースに当てはまるか。ウェーバーの「価値討議」には、「技術的批判」と「価値論理的批判」といった二つの批判規準が内在していたが、これとの関係で彼の「コミュニケーション」論を確認し、この問題について検討してみることにしよう。

ウェーバーにとっては、具体的な行為局面において下される「価値判断」に対して学問は何をなしえ、何をなしえないのかという点が問題であった。本稿では、この問題を〈認識論的価値相対主義〉と〈実践的価値相対主義〉の両局面に関らせながら二つの批判規準に注目し考察してきた。そのポイントは、長尾龍一をはじめとする従来の研究が前者と後者とを切断し、〈技術的批判〉に焦点を絞り、〈価値論理的批判〉の積極的意義についての検討を十分に行ってこなかった、という点にあった。

ところで、ウェーバーのこうした価値思考の相対性をめぐる議論については、ヤスパースにおける「人格」を検討したときのことを想起することによって、弁明が可能になる。ヤスパースによると、「科学は、人が自分で立てた目標にかんがみて、表向きの手段で何を達成しうるかを教えてくれる」と考えられていた。このことは、ヤスパースによって

〈技術的批判〉の有する意義が承認されていたことを意味する。そしてこの種の議論は、主として「現存在的コミュニケーション」のなかで継承されていた。ヤスパースによると、「科学は人生の意味を私に示すことができない」が、「科学は、私によって欲せられているものの意味を、私に対して展開させ、それによっておそらくは意志の目標そのものを変えることができる」とされていた[51]。だが、これは、ウェーバーが〈価値論理的批判〉として果たしうる「価値判断」の積極的意義について述べていた中心的論点と同じ主張である。つまり、人間の意味ある行為に対しては、「目的」と「手段」をめぐる技術的な因果関係のみならず、意味適合的な関係についても十分に問いうる余地が「討議」には残されているわけで、〈価値論理的批判〉と同様のことがここで述べられている[52]。

ヤスパースは、「或る目標を立てようとする意志は、いかなる知識からも、正当なものとしては導き出されない」という点を重視するが、そうした「意志」をめぐって合理的に「討議」を行いうる、一切の可能性についてまでをも否定していたわけではない。「誠実な理性的存在としての人間の意志は盲目ではないから、この意志は討議における思考を通じていっそうはっきりしてくることもありうる」のであって、「討議している二人は、もともと自分たちが何を欲しているかについて、自分でもいっそう明らかになるだろう」、と述べていた。そうすることによって、「両者は、それぞれ相手の語ったことを、いわゆる《究極の立場》に帰着させようとし、君はそれを本当に欲しているのかという問いで、帰結を示そうとする」ことが可能になる、と考えられていたからである[53]。

これは、まさしく、ウェーバーが言うところの〈価値論理的批判〉に他ならない。つまり、「討議」をめぐるヤスパースの見解は、その多くをウェーバーの「価値討議」から導き出していたわけで、ここにウェーバーとの直接的に連続した関係を見出すことができる。このことは、ヤスパースが科学の合理性を――近代的合理主義の観点を――全く理解していない、非合理的な実存的決断主義者ではないことを示すものとして十分であろう。

それゆえ、「マックス・ウェーバーにとって政治的体制にたいする問題は、たんに技術の問題なのであって、世界観の問題ではない。…国民の権力にたいする影響を問題としている」[54]、とヤスパースが言うとき、それは、ウェーバーの価値思考がもつ合理的な意義を十分に汲み取った上で、「コミュニケーション」論的に展開していこうとする姿勢の現れであると評価して差し支えない。

以上のように、価値相対主義や実存思想によせられた批判というものが、少なくとも、それがウェーバーの価値思考とヤスパースの「コミュニケーション」論を対象にした批判であるとすれば、まったくの誤解に基づいてなされたものか、完全に的外れのものであると言うより他にない。しかも、ここで行った弁明は、決して苦しい弁明なのではなく、ウェーバーやヤスパースの辿った思考を丁寧に読み込むことによって、十分可能になる弁明である。

しかしながら、こうした弁明を前にした場合、もはや、まったく両者を批判する余地は存在しないのだろうか。実存思想に対する批判が価値相対主義の主張に寄せられたものと近似しているからといって、それを、主としてウェーバーの「人格」論に依拠しながら、あるいは、参照しながら反駁したからといって、それで実存思想の反批判として十分だと言うことができるのだろうか。

キルケゴールやニーチェを先導者として、実存思想というものは、そもそも近代の合理主義志向に対する反逆として現れた。したがって、その際に実存思想へと寄せられた批判というものは、そもそも近代的な意味での合理主義に立った側からの批判――実存思想は非合理的な思想にすぎないという批判――であったはずである。この点に対する反批判として、今ここで試みた弁明を有り体に言い直してみると、次のようになるだろう――「いやいや、ヤスパース先生の議論というのはね、キルケゴールやニーチェのそれとは違って、そんなに非合理的なものではないですよ、どちらかと

言えば、合理性を志向しているし、それはウェーバー先生の「価値討議」論と比較してみることによって明らかになるではないですか」。つまり、ウェーバーの「価値討議」における合理性を、ヤスパースも「コミュニケーション」論としての「討議」のなかで十二分に援用している、だから、ヤスパースの議論は合理的である、と。ここで示した反批判は、このような構えになっているわけだが、それで本当に反批判として十分であると言うことができるのか、といった問題がここに残されている。

なぜ、こうした問題に拘わるのか。それは、いま仮にここで「反批判として十分だ」という回答を与えるのであれば、直ちに次のような問題と直面することになると考えられるからである。すなわち、実存思想とは、近代合理主義に対する「反逆」の系譜であったはずなのに、実存思想家としての当のヤスパースはこの「反逆」の系譜からそもそも外れていたのだ、だから実存思想に対する批判は当てはまらないのだ、という弁明を行っているのにすぎないのではないのか――少なくとも本稿が恣意的にそのように再構成したのではないのか――。もし、そうであるとすれば、ヤスパースの哲学とは「実存哲学」というよりは、むしろ近代合理主義に立脚したそれまでの哲学と同じ種類のものではないのか、といった疑問が生じてくるからである。

近代合理主義に対する反抗として、反合理主義を掲げるキルケゴールとニーチェの末裔であると目されるヤスパースが、近代合理主義の思想系譜から受けた「実存哲学」にまつわる批判をかわすことができた理由が、自分がその末裔ではないことを証明することによってであった、ということになるとすれば、これは、哲学的にはいかなる事態を意味することになるのだろうか。少なくとも、そのキルケゴールとニーチェの末裔は「実存哲学」の継承者として自己矛盾に陥ることになるだろう。そこで、こうした疑惑を晴らすためにも、ウェーバーの価値思考とヤスパースの「コミュニケーション」論が近代的な意味での合理主義とどのような関係に立っているのかということについて、検討をしていくこと

にしたい。本節では、実存思想における問題とは価値相対主義の主張が抱えていた問題であること、そして、ウェーバーとヤスパースの価値思考に則ればそうした批判に対する反批判が可能になるかもしれない、という展望が開けてきたことをもって満足することにし、この問題については次節で論じることにしよう。

第二節　「人格」の二面性の問題と「近代－反近代問題」に対する弁明

前節では、価値相対主義に対する批判と実存思想に対する批判とが類似していることを踏まえ、そうした批判が、ウェーバーとヤスパースの価値思考に対しては該当しないことを示した。ただし、その最後で、ウェーバーとヤスパースに即して行った弁明にも、ある疑惑が生じうることを述べた。そこで、本節では、そうした疑惑が誤解に基づいてなされていることを明らかにしたい。具体的には、実存思想家としてのヤスパースにおける「コミュニケーション」論の性格とは近代的なのか反近代的なのかを問い直し、疑惑が誤解に基づくものである理由を説明することによって――こうした問題を「近代－反近代問題」と呼び、前節同様いわゆる一般的な意味での合理主義的特徴を持つことをもって「近代的」であると言うことにして――、ヤスパースの「コミュニケーション」論がもつ可能性を展望しうるように準備を進めていくことにしたい。

まずは、ヤスパースにおける「人格」のモデルがウェーバーの「人格」にあったことを想起し、既に剔抉してあるウェーバーの「人格」における二面性の問題について、吟味しておくことにしよう。つまり、ヤスパースにおける「近代－反近代問題」をウェーバーにおける「近代－反近代問題」へと一旦転換し、ウェーバーにとって、そもそも「近代－反近代問題」とはどういう問題だったのかを明らかにすることから始めることにする。ウェーバーの「人格」における二面

性の問題を未解決のまま放置して、さらには、ウェーバーの「人格」における「近代－反近代問題」を放置して、ヤスパースにおける「近代－反近代の問題」を考えることはできないからである。むろん、ヤスパースの「コミュニケーション」論がウェーバーの「価値討議」論の延長線上にあったことを想起すれば、こうした問題視角は容易に理解されるであろう。そして、以上の準備が整った上で、ヤスパースに対して向けられるであろう「近代－反近代問題」について吟味していくことにする。このように、ヤスパースとの関係を意識しながらウェーバー自身の「近代－反近代問題」に対してアプローチをするということには、従来の研究とは異なった角度からウェーバーの価値思考に対して光りを照らすという意味がある。そしてこのことは、ヤスパースの実存思想に対する新たな光りになることが期待されるところでもある。

第一款　「人格」の二面性の問題に対する弁明

まずは、ウェーバーにおける「人格」の二面性の問題について、簡単に確認しておこう。ウェーバーによれば、ピューリタンのうちに見出された「人格」とは「内面的孤立化」を徹底することによってはじめて成立する「人格」であった。そして、「この（内面的孤立化についての――菅原注）特有な雰囲気がもたらす独自な影響を感得するなら、ピューリタンの文献のうちでも、もっとも広く読まれたバニヤン…の『天路歴程』…のなかで「クリスチャン」が「滅亡の町」に住んでいることに気づき、一刻も躊躇せず天国への巡礼に旅立たねばならぬとの召命を聞いてからあとをとった態度の描写を見るべきである」[55]、と言われていた。

ウェーバーは、このような「クリスチャン」のあり方のうちに、「内面的孤立化」を、すなわち、「根本においてただ

自分自身を問題とし、ただ自分の救いのみを考えるピュウリタン信徒たちの情感を描き出したもの[56]」を見出した。そして、近代的な意味での「自由」と「寛容」に資する「人格」の源泉をこの「クリスチャン」的な「人格」のなかに見出し、「クリスチャン」的な「人格」においては、「悲愴な非人間性をおびる教説」によって「個々人のかつてみない内面的孤独化の感情」を育くむことになったこと、だが、それゆえに、そして、そのことに起因した特殊宗教的理由に基づいて、「クリスチャン」たちには「寛容」を主張することができるようになった、と考えた[57]。ウェーバーにとってのカルヴィニズム的「人格」とは、このような「クリスチャン」的な「人格」に由来している。

しかし、ウェーバーにとって、カルヴィニズム的「人格」が「寛容」を主張する際に根拠とした「良心の自由」とは、「フィレンツェの市民」のメンタリティとまったく異なったものであるということも、また明らかなことであった。つまり、「滅亡の町」に住む「クリスチャン」を源泉とするカルヴィニズム的「人格」と、「教皇と破門に対する闘いで「おのが霊の救いを憂うるよりも故郷への町への愛を重しとした」フィレンツェの市民の名誉のために、マキャヴェリが表現したあの誇らかな現世尊重の精神とは雲泥の相違であり[58]」、この相違は、彼にとってあまりにも大きな相違であった。

言うまでもなく、ウェーバーが「フィレンツェの市民」に投影した「人格」とは、政治的共同体である「故郷への愛」を重しと感ずる「人格」である。それゆえ、カルヴィニズム的「人格」のように、「良心の自由」を追求し、あらゆる被造物に対して反権威的態度を保持しうるような「人格」とは全く異なっている。そして、ウェーバーは、「良心の自由」と「故郷への愛」という、まったく異なっているがゆえに、決して相容れることのない価値を追求する二つの「人格」を、プロテスタント研究のなかで同時に見出すことになった。また、そうであったからこそ、ウェーバーによって描かれた「人格」には二面性を確認することができた。

しかしながら、ウェーバーにとっては、あらゆる被造物に対して反権威的態度を保持しうること――カルヴィニスト

における「良心の自由」という問題――が第一義的ではあったものの、現実のドイツの政治問題を考えるためには、それだけでは不十分だと考えられていた。そして、だからこそ、同じプロテスタント研究のなかで、まったく性格を異にする「人格」についても、これを論じることができたのではないかと考えられる。つまり、ウェーバーにとっては、当時の「後進国」ドイツにおける「経済的および政治的な権力的価値関心」の問題を、まったく無くしてしまうわけにはいかなかったわけである。彼にとって、このことが目下最大の関心事であったことを無視するわけにはいかない。だが、そうであったとすれば、プロテスタント研究を通じて、「人格」の二面性を描き出していたことに対して込められていた意味とは何か。あるいは、そうした「人格」の二面性を指摘することによって、彼はいかなる展望を抱いたのだろうか。こうした問題が次の課題になる。

そこで、ウェーバーにおける「人格」の二面性については以上のように理解した上で、以下、この問題についての検討をしていくことにしよう。

ウェーバーにしたがえば、「悲愴な非人間性をおびる教説」、これがもたらした結果は、「何よりもまず、個々人のかつてみない内面的孤独化の感情だった」[59]。ところが、これは、「今日でもなおピュウリタニズムの歴史をもつ諸国民の「国民性」と制度の中に生きているあの現実的で悲観的な色彩をおびた個人主義」[60]へと受け継がれているとも言う。彼は、こうした事態を、次のように見据えていた。

「ピュウリタニズムの歴史をもつ諸国民がカエサル主義〔議会制民主主義をふまえて出現する独裁制〕に対して、比較的大きい抵抗力をもっている、という事実もまた、それと関わりをもっている。だからこそ、イギリス人は一

般に内面的自由を保っていて、一方では大物の「価値を承認」しながらも、他方では、大政治家に対してさえ批判的であり、彼らへのヒステリックな偏愛だとか、政治上のことがらについて誰かに「感謝」をもって服従すべきだというようなナイーヴな思想を、拒否しえたのだった。――これは、われわれが一八七八年以降のドイツ（のビスマルク体制――菅原注）で、積極的にであれ、消極的にであれ、体験した多くの出来事とはまさに逆だ。[61]――」

すなわち、ここでのウェーバーは、「クリスチャン」的な意味での「内面的孤立化」を徹底したカルヴィニズム的「人格」と、「フィレンツェの市民」を通して描かれた「人格」とが結合しうる可能性を展望していたと考えられる。たしかに、ピュウリタニズムの歴史をもっていたイギリス人は内面的自由を保っていた。しかし、内面的自由を保っていたからこそ、偉大な政治家であったとしても、それを単なる世俗の権威にすぎないものとして看做すことができたし――まさに、ドイツではそうした精神を育む歴史的基盤が欠けていたわけだが――、また同時に大物の「価値を承認」しえたわけである。では、こうした形で「人格」の相反する二面性が結合していることを指摘するなかで、ウェーバーが見出した展望とはどのようなものだったのか。

ウェーバーによれば、実際のカルヴィニズム的「人格」と神との交流は、深い内面的孤立化のなかで行われたわけだが、本当は、「カルヴィニズムにとっては真の教会に所属することが必要だった」（強調菅原）[62]。そして、ウェーバーも、カルヴィニストの「内面的孤立化」についての考察を行う場合、こうしたカルヴィニストと「真の教会」との結びつきをみることが決定的に重要であると考えていた。このことは、以下のウェーバーの言葉から明らかである。

「すべて彼らの社会的組織の基礎となっているものは、内面的「個人主義的」でかつ「目的合理的」あるいは「価

値合理的」な動機だ。個人は決して感情によって社会組織に入り込むのではない。「神の栄光」と自己の救いとがつねに「意識の閾」をこえたところにある。このことは今日でも、ピュウリタニズムの歴史をもつ諸国民の社会組織に、なおある特徴的な相貌を刻印している。[63]」

すなわち、カルヴィニストにとって必要なのは「真の教会」との結びつきである。ところが、その「真の教会」が成立するのは、「神の栄光」と自己の救いとが常に「意識の閾」をこえたところにおいてである。かように考えられていた点が、ここでのポイントである。その理由は、カルヴィニストにとって、カトリックで言われるところの営造物としての教会を「真の教会」と呼ぶことなど、決してできないからである。カルヴィニストに要求されていたのは、「神および神の掟に対してのみ責を負うこと、その意味において自己の意志を無条件で放棄すること[64]」あり、それ以上でもなければそれ以下でもない。それゆえ、「真の教会」と結びついた「ピュウリタニズムの歴史をもつ諸国民」である、「イギリス人は一般に内面的自由を保っていて、…彼ら（大政治家――菅原注）へのヒステリックな偏愛だとか、政治上のことがらについて誰かに「感謝」をもって服従すべきだというようなナイーヴな思想を、拒否しえた」、と考えられている。したがって、先に言われていたような大政治家を前にして垣間見られた「ナイーヴな思想」などは、「真の教会」と、まったく無縁のものである、と言わねばならない。

また、この引用文では、こうした特殊宗教的事情の他にも、前半部分で指摘されている点に注意を払っておく必要がある。カルヴィニストにとって重要なのは、「真の教会」との結びつきだけではない。彼らが社会生活を送る際に、その基礎づけを与えている動機についての問題も指摘されているからである。ウェーバーにしたがえば、カルヴィニストは、特殊宗教的理由としての内面的「個人主義」を携え、社会組織に入り込む。しかし、ひとたび社会組織に入り込む

と、カルヴィニストにとっては、次に重視されるべきものとしての、内面的「個人主義」を保ちながらの「目的合理的」動機、あるいは「価値合理的」動機が重要になるとされる。すなわち、当初、問題とされていた「神の栄光」と自己の救いとがつねに「意識の閾」をこえたところで――「真の教会」との結びつきにおいて――発していた社会的組織への関心は、実際の社会的組織のなかで現象してくる際に、そうした内面的「個人主義」に加え、「目的合理的」行為か「価値合理的」行為を行うよう仕向けられた恰好で現れてくる、と言われている。それゆえ、こうした観点から見ると、ウェーバーが、「人格」の二面性を捉える上で、何を決定的なこととして看做していたかは、明らかだ。特殊宗教的理由としての内面的「個人主義」を携えつつ社会組織に入り込みながらも、そうした動機とは全く別の観点から構成される「目的合理的」動機と「価値合理的」動機、これこそが重要である、と考えられた。

特殊宗教的理由によって形成された内面的「個人主義」、このような意味での「個人主義」は、徹底して「内面的孤立化」を進めた「クリスチャン」的「人格」を出自とするカルヴィニズム的「人格」にとって欠かすことはできない。ところが、そうした「内面的孤立化」を通じて成立した「個人主義」が社会組織のなかでの行為として現象してくるとき、そこには、そうした「個人主義」と無関係な動機に基づいた「目的合理的」行為や「価値合理的」行為が必ずや現象してくる、と言うわけだ。ウェーバーにとっての「ピュウリタニズムの歴史をもつ諸国民の社会組織に、なおある特徴的な相貌を刻印している」ものとは、かようなものであることを理解しなければならない。また、前後の文脈から照らし合わせて読めば、その「特徴的な相貌」とは、先にみたイギリスの政治状況のことであり、一八七八年以降のドイツのビスマルク体制で積極的にではあれ消極的にではあれ体験してきた多くの出来事と逆の事態のことである、と容易に理解することができる。ウェーバーのプロテスタント研究を通じて描き出された「人格」の問題は、彼が置かれていた当時の時代背景との関係を常に考えながら検討するのでなければ、こうした論点を欠落させてしまうことになる。

ところで、「良心の自由」を第一義的に重んじたカルヴィニズム的「人格」の行為が社会組織のなかで現象してくる際に、それが「目的合理的」行為か「価値合理的」行為かと問うのであれば、これは既に見てきたウェーバーが言うところの意味ある行為のことを指していることは明らかである。そして、もし意味ある行為として認められるのであれば、「価値討議」によって行為を反省的に捉え返していくことが可能になる。実際、ウェーバーもこのように考えていた。だからこそ、彼は、「ピュウリタニズムの歴史をもつ諸国民の社会組織に、なおある特徴的な相貌を刻印している」イギリスにおいては、「一方では大物の「価値を承認」しながらも、他方では、大政治家に対してさえ批判的であり」えたと述べたと考えられる。「良心の自由」を第一義的に重んじたカルヴィニズム的「人格」の行為が社会組織のなかで現象してきたイギリスでは、「価値討議」を行う土壌があった、と彼なら言うところであろう。

しかし、実際のウェーバーが置かれていたドイツの政治状況とは、「ピュウリタニズムの歴史をもつ諸国民の社会組織に、なおある特徴的な相貌を刻印して」いない状況であった。それゆえ、そうした「特徴的な相貌」が刻印されていたイギリスの場合を参照し、それを直接的に移入するわけにはいかない事情もあった。

そもそもドイツでは、イギリスのような意味でのピュウリタニズムの歴史が欠如していたと見てよい。少なくとも、ウェーバーはそう考えていた。「クリスチャン」的な「人格」が徹底して行った「内面的孤立化」、そしてこれを源泉とする「カルヴィニズム」的「人格」において現れた「良心の自由」と内面的「個人主義」、これらの形成が、ドイツにおいては決定的に立ち遅れていたと。だから、イギリス人が、「彼ら（大政治家――菅原注）へのヒステリックな偏愛だとか、政治上のことがらについて誰かに「感謝」をもって服従すべきだというようなナイーヴな思想を、拒否しえた」のに対して、ドイツではビスマルクのような「大政治家」を偏愛し、「感謝」をもって服従すべきだという思考回路の陥穽にはまってしまったと。ウェーバーは、こう考えたわけである。

したがって、ウェーバーにとっては、まずもって、カルヴィニズム的「人格」が主張する「良心の自由」と内面的「個人主義」の確立が急務であったことは間違いない。

しかし、立ち遅れた国民国家、政治的「後進国」としてのドイツの現状を考える場合、少なくともウェーバーにとっては、「良心の自由」や内面的「個人主義」の意義を論じるだけでは満足できなかったのではないかと推測される。というのも、こうした「良心の自由」や内面的「個人主義」は、政治的共同体の問題を考える上では、両刃の剣として作用しうるからである。たしかに、「良心の自由」や内面的「個人主義」は、「カエサル主義〔議会制民主主義をふまえて出現する独裁制〕」に対して、比較的大きい抵抗力をもっている」。しかし、同時に、「大政治家」に対してさえ容赦ない批判を加えるような場合もありうる。例えば、そうした「大政治家」が「カエサル主義」に走った場合、この「良心の自由」や内面的「個人主義」は、強力な対抗錘として機能すること、このことは確かである。事実、イギリスではそのように機能したとウェーバーは考えている。しかし、ドイツの場合は事情が異なっていた。現存する所与の「カエサル主義」体制打倒を果たすためには、何よりもまず、国民の政治的協同体に対する権力的価値関心の涵養、すなわち、「故郷への愛」がいかに重要であるかということをも同時に説く必要があったからである。

ところが、「良心の自由」や内面的「個人主義」の観点を常に優先するような国民が形成されてきた場合、こうした国民と、「カエサル主義」体制を打倒するために新しく登場してきた「大政治家」候補とは、遅かれ早かれ衝突することを免れ得ない。その理由は、新たに登場してきた「大政治家」候補が「カエサル主義」体制の打倒を見事に果たしたとしても、彼自身みずからが「大政治家」である状態を維持していくためにも、いずれは政治的共同体である「故郷への愛」を国民に対して要請しなければならなくなるからである。しかし、「良心の自由」を不可侵のものとして捉えた内面的「個人主義」に立脚している国民にとっては、世俗のおよそあらゆる一切が被造物にすぎない。したがって「大

政治家」自身が被造物であることはもちろん、「故郷への愛」といえども「良心の自由」や「個人主義」の観点から批判される対象の例外と見なすことなどありえない。

むろん、ここで言われている「故郷への愛」とは、決して抽象的観念に終始するものではない。「故郷」に政治的共同体というフィクションとしての一面があることは確かだが、実体的なものとして念頭に置かれているのは、民族や血縁、地縁、土着の慣習である。逆に見れば、民族や血縁、地縁、土着の慣習が、「故郷」なるものを実体化していくと言うこともできる。もし、内容的に価値中立的な、実体を伴わない「故郷」があるとすれば、それはまったく空虚である他になく、そのようなものを、少なくとも通常は「故郷」と言うことはできない。

こうしたことから、ウェーバーにとってみれば、「カエサル主義」体制の打倒を目標とする「大政治家」候補は、次のようなディレンマを抱えた存在として映ったにちがいない。まず、「大政治家」が打倒カエサルという目標を達成するためには、みずからが「カエサル主義」体制とは違った民主的正統性を有しているのでなければならない。つまり、「カエサル」のような独裁者ではなく政治的共同体に対する「故郷への愛」を重しとする――「カエサル」という君主ではなく「故郷」という政治的共同体に忠誠を払う――国民によって、「大政治家」は、みずからの正統性を承認される必要がある。しかし、「カエサル主義」体制の打倒を主張した自身を理解し支持してくれるような国民であっても、一方で「良心の自由」を不可侵とし、内面的「個人主義」に立脚しているのであれば、取り扱う政治的問題によっては、彼ら国民が、当の「大政治家」と常に緊張を孕んだ関係に立つこともありうる。それゆえ、「大政治家」としては、みずからが批判され失脚さえするかもしれない危険な状況に身をさらす覚悟が必要になる。しかし、国民によって承認されない「大政治家」であれば、そもそも「カエサル主義」を打倒することさえできなかったであろう。「カエサル主義」体制の打倒を目標とする「大政治家」候補は、国民との間で、こうしたディレンマを抱えざるを得ない。ウェーバーは、

こうした事態を洞察していたのではないだろうか。

結局、新しく登場した「大政治家」候補が、いくら既存の「カエサル主義」体制打倒を掲げて国民の支持を得ようとしても、ドイツの場合、それに付随してくる「故郷への愛」の問題を無視するわけにはいかなかった、ということである。ドイツの場合、「カエサル」に対する忠誠を捨てさせることと、「故郷への愛」に象徴される国民の政治的共同体に対する「権力的価値関心」をセットで説いていかなければならない事情があった。仮に、「カエサル主義」体制を打倒する事業が相対的には首尾よくいったように見えたとしても、徹底したカルヴィニズム的「人格」を備えた国民が形成されているのであれば、必ずしもこの事業の成果に満足するとは限らない。新しく登場した「大政治家」が「カエサル主義」体制打倒という大事業を成し遂げたとしても、もし、「大政治家」が「良心の自由」の観点と相容れない政策を遂行しようとすれば、国民は断固そうした「大政治家」とも敵対関係に立つことを厭わないだろうし、その意味で国民は「大政治家」にとって厄介な存在にさえなりかねない。ウェーバーは、こうした意味で、新しく登場する「大政治家」候補には悩ましい問題がつきまとうことを見抜いていたのではないだろうか。

ウェーバーが、「カルヴィニズム」的「人格」の議論を展開したなかで、あえて「フィレンツェの市民」のような議論を持ち出し、展開した理由とは、以上のように考えられる。当時のドイツの政治状況は、イギリスと比べて甚だ立ち遅れたものに成り下がっている、ウェーバーがこのように考えていたことは疑いない。しかし、だからといって、ドイツの現状を踏まえれば、イギリス人の精神的背景にある「カルヴィニズム」的「人格」を追求し、それを移入するだけでは、明らかに不十分であった。ドイツの場合は、まさに「フィレンツェの市民」を通じて描かれていた問題、すなわち、「おのが霊の救いを憂うるよりも故郷への町への愛を重しとした」フィレンツェの市民の名誉のために、マキャヴェリが表現したあの誇らかな現世尊重の精神[65]」を要請することにも、また、十分な政治的意味があったからである。

さて、このようなことから明らかなのは、ウェーバーが、「人格」の二面性にまつわるディレンマを、当時のドイツの具体的な政治状況の文脈に即して引き受け、それとの関係で把握しようとしていた、ということである。それも、安易に「カルヴィニズム」的「人格」が重視した「良心の自由」や内面的「個人主義」を偏重するのではなく、だからといって「フィレンツェの市民」のように政治的共同体としての「故郷への愛」が重いことを実践的に選択さえすればよいと考えていたわけではない、ということである。その意味では、ウェーバーの「人格」の二面性に対する態度とは、甚だ両義的なものであったと言うことができる。

ただし、ウェーバーは、あくまでも、当時のドイツにおける問題状況を前に、いかなる人間であれ「究極的・決定的な裁決を与えるのは、ドイツ国民とその担い手であるドイツ国民国家との、経済的および政治的な権力的価値関心でなければならない」[66]と考えていたということ。また同様に、国家は「いかなる人間類型に対して支配的類型となるべき最適のチャンスを与えるか」[67]という点にかけて評価されねばならないと考えていたということ、そのこと自体が過小評価されるべきではない。その理由は、ウェーバーにおける「人格」の二面性にまつわるディレンマとは、当時のドイツにおいて引き受けられねばならない問題であるが、それと同時に、批判的に克服されるべき問題として提示されていたと解することができるからである。

ところで、少し角度を変えて見れば、以上のような見解の適切さは、有名な「心情倫理」と「責任倫理」の議論からも明らかになる。従来、あまり注目されることがなかったように思われるが、ウェーバーは、晩年（一九一九年）の学生に対して行った公開講演『職業としての政治』のなかで、「自分の魂の救済を願う者」――カルヴィニズム的「人格」――と、「フィレンツェの市民」に見出された「人格」における二面性の問題についても、直截的に言及していたから

である。[68]

ウェーバーによると、「無差別の人間愛と慈悲の心に溢れた偉大な達人たち」は、救済を求める際に自己の「心情倫理」と「価値合理性」を第一義的に考えるが、政治に固有の暴力にかかわる問題を顧慮しない、と言う。[69]逆に、政治的なものにかかわる者は、ひとたび、政治的なものが問題になるや否や、自己の倫理的立場を「心情倫理」に基づく立場を保持しようとする場合であっても、自分自身がどうなってしまうか、政治的な決定を下した結果がどうなるか、といった問題に対して、「責任」を忘れることがあってはならない、と言う。[70]そして、こうした事態を、次のように述べていた。

「政治の守護神やデーモンは、愛の神、いや教会に表現されたキリスト教徒の神とも、いつ解決不可能な闘いとなって爆発するかも知れないような、そんな内的な緊張関係の中で生きている。教会支配の時代に生きた人々でも、このことを知っていた。[71]」

ところで、ここで「教会支配の時代に生きた人々」と言うことで想定されているのが、「フィレンツェの市民」であることは明らかである。そして、政治的な問題を考える上では、端的に「カルヴィニズム」的な「人格」を追求するだけでは――「心情倫理」――を追求するだけでは決定的に不十分である、とウェーバーは考えていた。「魂の救済」が純粋な心情倫理によって信仰闘争の中で追究される場合、結果に対する責任が欠けているから、…行為者はそこに働いている悪魔の力に気づいていないからである」[72]、とウェーバーは言う。

したがって、結果への責任をまずもって第一義的に捉えようとする「責任倫理」が、むしろ政治的な問題を考える上

では重要であった。そして、「心情倫理」と「責任倫理」に対する誤った理解者が従来しばしば根拠として参照した箇所でもあるが、「心情倫理と責任倫理とを妥協させることは不可能である」[73]、とウェーバーは述べている。なるほど、両者の間では、それぞれ第一義的に考えるべき価値がまったく異なる以上、こうした見解は、一見するともっともなように思われる。

しかし、ウェーバーの真意が「心情倫理」と「責任倫理」の対立関係を強調する点にあったわけではない。いわゆる「心情倫理家」に対しては、その「背後にあるものの内容的な重み」を問題にする必要があることを指摘する一方、他方では、ルターのように「（結果への責任を考えた場合――菅原注）私としてはこうするよりほかない」、「私はここに踏み止まる」という人間には感動するとも言っている。つまり、「心情倫理と責任倫理は絶対的な対立ではなく、むしろ両々相俟って「政治への天職」をもちうる真の人間をつくり出す」ことが重要だったわけである[74]。

こうして見れば、ウェーバーにおける「人格」の二面性の問題をどのように捉えるべきかが了解されるだろう。それは、「良心の自由」や内面的「個人主義」と、政治的共同体に対する「故郷への愛」との、いずれか一方が、いずれか他方を克服したり、両者を弁証法的に統一したりすれば解決されるといった種類の問題ではない。そうではなく、行為主体としての人間各人が引き受けられるべき実践的な価値判断を要求される政治的問題であった、と考えるのでなければならない。そして、そうした局面では、「心情倫理」と「責任倫理」の問題が浮上することは避けられない、ということでもある。

したがって、ウェーバーにおける「人格」の二面性の問題とは、政治的なものに対する「価値判断」を決断主体として引き受けなければならないと考えている個人であれば、誰にでも生じうる問題である。そして、ウェーバーの問題意識とは、現実に、政治的「後進国」ドイツにおける国民の「権力的価値関心」にあったことを常に想起するのであれば、

唐突な話でもなく、むしろ当然に出てくる帰結である。ウェーバーは、カルヴィニズム的な「人格」を形成したプロテスタンティズムにおける「禁欲」の働きについて、「〔一時的な〕感情」に対して「持続的な動機」を、…固守し主張する能力を人間にあたえること、――つまり、こうした形式的・心理的な意味における「人格」に人間を教育すること」にあると見ていた。[75] 一方では、プロテスタンティズム研究を通じて獲得された「人格」それ自体が、ウェーバーにとっての現実である「後進国」ドイツの政治・社会・経済の問題側から照射してみた場合の結果であり、構成されたものであることは確かだが、他方では、そうした「人格」を通じて、現実のドイツの「後進国」性を炙り出し、ドイツの人々を、そしてみずからを「教育」しようとしたと理解することができる。

さて、このような事情を踏まえれば、たしかに、そこにはウェーバーの両義的な態度が看取される。しかし、重要なのは、ウェーバーの両義的な態度それ自体ではなく、「人格」における二面性を見据えた上で建設的な問題提起をなしえているかどうか、であろう。それゆえ、問題は、ウェーバーが『国民国家と経済政策』で取り上げたようなドイツにおける「政治的市民」の未成熟・不在といった問題を彼自身が考えていく上で、そして、それを教授就任講演の問題提起として行う上で、「人格」には二面性がありながらも、同時に批判的規準として作用しうる可能性があることを示唆していると理解することできるかどうか、である。そして、このように理解することができるのであれば、あとは、現在の具体的状況の下で具体的に何をなすべきなのか、こうした問題を打ち立て「価値討議」によって解きほぐしていく可能性が開けてくるであろう。また、こうした展望をウェーバーが抱いていたと考えることは不可能ではないし、むしろ、このように考えることによって、ウェーバーの価値思考をめぐる建設的な議論の地平が広がってくる、と言えよう。

以上のように、ここで展開してきた議論は、そうした建設的な議論を展開しうる状況をウェーバーが考えていたこと

を示そうとするものである。また同時に、ウェーバーが抱えていた「人格」の二面性問題をめぐるディレンマに対してどのような弁明が可能であるかという点について、ウェーバーの所論に依拠しながら最大限に引き出した結果でもある。ただ、付言しておけば、ウェーバーがディレンマを抱えていたと言っても、それは大枠でみた場合に成立するディレンマだということである。ウェーバーにとって、「良心の自由」や内面的「個人主義」を構成要素とするカルヴィニズム的「人格」とは、一方で自己を律して「政治的市民」へと育て上げられる契機を持つものであるが、他方で、「悲愴な非人間性をおびる教説」[76]を通じて「個々人のかつてみない内面的孤独化の感情」を育くむことによって成立するものだったからである。

しかし、この問題について、これ以上に掘り下げた議論を展開することは、ウェーバーにおける「近代」理解の問題ともかかわってくる。そこで、この問題は、次の「近代―反近代問題」を扱う箇所で再び検討することにしたい。

（1）加藤新平『法哲学概論』（有斐閣、一九七六）二三四頁。

（2）「法秩序と実存との間の乖離」については、E. Fechner, *Rechtsphilosophie : Soziologie und Metaphysik des Rechts*, Mohr, 2. Aufl., 1962. S. 227を参照のこと。

（3）加藤前掲書二三三頁。

（4）三島淑臣「実存主義と自然法」『法哲学年報一九七〇』一〇八頁。

（5）同上。

（6）三島は、先に引用した箇所に注を打ち、次のように述べている。「周知のように現代における実存哲学の代表者たち、ハイデッガー、サルトル、ヤスパースのいずれにあっても、共同体秩序や法の領域は、その一般性・日常性のゆえに、自己喪失態としての〈ひと〉（das Man）の領域ないしは本来的実存の頽落態の領域に堕としめられている」（同上論文一〇

九頁）。

（7）K. Jaspers, "Existenzerhllung", in : *Philosophie II*, Julius Springer, 1932, S. 4（以下、本書からの引用は *Phi. II* と略記し、頁数のみを記す）K．ヤスパース（小倉志祥・林田新二・渡辺二郎訳）『ヤスパース・マルセル』（中公バックス・世界の名著七五）（中央公論社、一九八〇）五二頁（以下、本書からの引用は『世界の名著 ヤスパース』と略記し、頁数のみを記す）。

（8）これも繰り返しになるが、このことは、「コミュニケーション」が全く欠落した「明白で疑いのない共同体」における「ナイーヴな現存在」が、「自我単子」としての人間たちによって行われる「現存在的コミュニケーション」を導出する契機であったという事態をいったん想起した上で、それと同一の延長線上で理解されなければならない。

（9）Jaspers, *Phi. II*, S. 50 f.（同上書一〇四頁）。

（10）「コミュニケーション」における他者存在が不可欠であるという点については、既にモノローグとダイアローグとの違いについて論じたが、とりわけ参照されるべきは、「他者への不満」の議論である（Jaspers, *ibid*., S. 57（同上書一一一頁））。

（11）ヤスパースにとっては、「私独りであることへの不満」が「コミュニケーションへの意志」へと転化していくと考えられていた（Jaspers, *ibid*., S. 56（同上書一一〇頁））。

（12）Jaspers, *ibid*., S. 50 f.（同上書一〇四頁）。

（13）加藤前掲書二三四頁。

（14）同上。

（15）Jaspers, *Phi. II*, S. 241（『世界の名著 ヤスパース』三三二頁）。

（16）Jaspers, *ibid*., S. 240（同上書三三〇頁）。

（17）同上。

（18）Jaspers, *ibid*., S. 240（同上書三三一頁）。

（19）同上。さらにヤスパースは、次のように続ける。「したがって、公正な法の実現を求める情熱は、次のような道程を採りうる傾向が非常に強くなりやすい。すなわち、革命において、暴力をこの世界から抹殺するという目的のために、暴力の行使が正当化される」（同上）。

(20) Jaspers, *Phi. II*, S. 241 (『世界の名著 ヤスパース』三三二頁)。
(21) 同上。
(22) 同上。
(23) Jaspers, *Phi. II*, S. 241 f. (『世界の名著 ヤスパース』三三二－三三三頁)。
(24) ここでの「闘い」とは、「現存在」において繰り広げられる「コミュニケーション」のことを示している。
(25) Jaspers, *ibid*, S. 242 (同上書三三三頁)。
(26) 同上。
(27) そのような法と権力の「執行人」として、例えば官僚を挙げることができるかもしれない。
(28) Jaspers, *Phi. II*, S. 299 (同上書三七二－三七三頁)。
(29) Jaspers, *ibid*, S. 354 f. (草薙正夫・信太正三訳『実存開明』〈哲学Ⅱ〉(創文社、一九六四) 四〇〇－四〇一頁)。
(30) 同上。
(31) Jaspers, *ibid*, S. 235, 239 (『世界の名著 ヤスパース』三二二、三二九頁)。
(32) Jaspers, *ibid*, S. 64, 235 (同上書一一八、三二二頁)。
(33) Jaspers, *ibid*, S. 65 (同上書一一九－一二〇頁)。
(34) Jaspers, *ibid*, S. 243 (同上書三三五頁)。
(35) Jaspers, *ibid*, S. 299 (同上書三七二－三七三頁)。
(36) Jaspers, *ibid*, S. 246 (同上書三三九頁)。
(37) M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl., J.C.B.Mohr, 1968, S. 150f. (以下、本書からの引用はいた *GWL* と略記し、頁数のみを記す) (富永祐治・立野保男訳、折原浩補訳『社会科学と社会政策にかかわる認識の「客観性」』(岩波文庫、一九九八) 三四、三五頁 (以下、本書からの引用は『客観性』と略記し、頁数のみを記す))。
(38) Jaspers, *Phi. II*, S. 240 (『世界の名著 ヤスパース』三三一頁)。
(39) Jaspers, *ibid*, S. 241 (同上書三三二頁)。
(40) 原秀男『価値相対主義法哲学の研究』(勁草書房、一九六八) 七四頁。

(41) 井上達夫『共生の作法』（創文社、一九八六）一五頁。
(42) 同上書一九六－一九七頁。
(43) Weber, *GWL*, S. 507f.（中村貞二訳「社会学・経済学における「価値自由」の意味」（『ウェーバー・社会科学論集』（河出書房、一九八二））三二〇頁（以下、本書からの引用は『価値自由』と略記し、頁数のみ記す）。
(44) Weber, *ibid*, S. 504-507（同上書三一六－三一九頁）。
(45) Weber, *ibid*., S. 507f.（同上書三二〇頁）。
(46) 井上前掲書二〇〇頁。
(47) 同上書一一五頁。
(48) Weber, *GWL*, S. 504-507（『価値自由』三一六－三一七頁）。
(49) M. Weber, "Die protestantische Ethik und der》Geist《des Kapitalismus", in : *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, J.C.B.Mohr, 1905, S. 43（梶山力訳・安藤英治編『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の《精神》』（未来社、一九九四）二四五－二四六頁）。
(50) 井上前掲書一九六－一九七頁。
(51) K. Jaspers, *Kleine Schule des Philosophischen Denkens*, Serie Piper, 1974, S. 95f.（以下、本書からの引用は *KSP* と略記し、頁数のみを記す）（松浪新三郎訳『哲学の学校』（河出書房新社一九八〇）一五五－一五六頁（以下本書からの引用は『哲学の学校』と略記し、頁数のみを記す）。
(52) ただし、ウェーバーが究極の立場について、「そんなものは駄弁を与えるだけで、…ひじょうに極端化された、まったく具体的な諸問題に対する態度によって吟味することによってのみ、彼自身の現実の意欲が個々人にとっては明らかになる」という立場をとることによって抱えこむ欠点も、ヤスパースは看取している。というのも、そうすることで、哲学は「みずから明らかになりつつある生命の明るさとなる」可能性をもつにもかかわらず、「生命に埋没させられる」他なくなってしまうからである。すなわち「ウェーバーは哲学について省察するのを止め」、「分析をほんのまれなばあいに限界の一語によって中断している」場合があるというわけである（K. Jaspers, *Max Weber*, Serie Piper, 1988, S. 98（樺俊雄訳『マックス・ウェーバー』（理想社、一九六五）八六頁（以下、本書からの引用は『マックス・ウェーバー』と略記し、頁数の

みを記す）。こうした観点からみれば、ヤスパースの「コミュニケーション」論とは、何を「コミュニケーション」の場において問題化していくかということを、哲学的に考察することが、一定の意味では可能であるといった立場をとることになる。その意味では、ヤスパースの「コミュニケーション」論とは、ウェーバーの「価値討議」論を哲学的に深め敷衍したものといえる。もっとも、ウェーバーは、ヤスパースに批判されるような論点を「社会哲学の課題」とみていたのだが（Weber, *GWL*, S. 150f., 156（『客観性』三四、四五頁））。

(53) Jaspers, *KSP*, S. 77（『哲学の学校』一二一－一二二頁）。

(54) Jaspers, *Max Weber*, S. 59（『マックス・ウェーバー』一八頁）。

(55) M.Weber, "Die protestantische Ethik und der》Geist《des Kapitalismus", *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Bd. 1, 1920, S. 97（以下、*EGK* と略記する）（大塚久雄訳『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の《精神》』（岩波文庫、一九八九）一五九頁（以下、本書からの引用は『プロ倫』と略記する）。

(56) 同上。

(57) Weber, *ibid.*, S. 93（同上書一五六頁）。

(58) Weber, *ibid.*, S. 98（同上書一六〇頁）。

(59) 同上。

(60) Weber, *ibid.*, S. 95 f.（同上書一五八頁）。

(61) Weber, *ibid.*, S. 99（同上書一六九頁）。なお、ここでは、ウェーバーのカルヴィニズム理解が歴史学的観点からみて正しいか、正しくないか、つまり、イギリス人が「内面的自由を保っていて、一方では大物の「価値を承認」しながらも、他方では、大政治家に対してさえ批判的であり、彼らへのヒステリックな偏愛だとか、政治上のことがらについて誰かに「感謝」をもって服従すべきだというようなナイーヴな思想を、拒否しえた」ということが歴史的事実として言えるか否かについては、これを不問に付す。というのも、ここでは、ウェーバーがピュウリタニズム研究を通じていかなる「人格」の二面性を捉えていたか、この点を探ることが目的であって、歴史的事実としてのカルヴィニズムやイギリス人の内面的自由の問題を主題としているわけではないからである。もちろん、イギリス人が「ピュウリタニズムの歴史をもつ諸国民」であるとするならば、なぜ、そのピュウリタニズムの本場イギリスにおいて、結局は英国国教会が台頭してくることになっ

たのか、そしてそれが許容される事態になったのか、といった疑問が出てくることもありえよう。だが、こうした問題についての立ち入った検討は、本稿が課題とするところではない。ただ、一九〇五年に発表された『原論文』の時点で、ウェーバーは既に本文中で言及した問題意識を抱いていたものの、その後の一九〇六年の「アメリカ合衆国における〝教会〟と〝セクト〟」（『キリスト教世界』第二〇巻第二四号第二五号（安藤英治訳 成蹊大学政治経済論叢一六巻三号所収））をはじめとするその後の『支配の社会学』へと続いていく一連の研究のなかでは、「イギリス人」の政治的性格をめぐる問題から、アメリカにおいて広くみられた「セクト」／「ゼクテ」の特質と意義を探る研究へと問題関心の力点が移動している。

(62) Weber, *ibid.*, S. 97（同上書一五九頁）。
(63) Weber, *ibid.*, S. 97（同上書一六四－一六五頁）。
(64) Weber, "Die protestantische Ethik und der》Geist《des Kapitalismus", S. 43（梶山力訳・安藤英治編『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の《精神》』（未来社、一九九四）二四五－二四六頁）。
(65) Weber, *EGK.*, S. 98（『プロ倫』一六〇頁）。
(66) M. Weber, "Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik", in : *Max Weber Gesamtausgabe* (Abteilung1 : Schriften und Reden, Bd. 4.), J.C.B.Mohr, 1993, S. 560ff.（田中真晴訳「国民国家と経済政策」（『ウェーバー 政治・社会論集』〈世界の大思想二三〉（河出書房、一九六五））一九頁。
(67) Weber, *GWL*, S. 517（『価値自由』三三一頁）。
(68) M. Weber, "Politik als Beruf", *Gesammelte Politische Schriften*, 4. Aufl., J.C.B.Mohr, 1980, S. 557 f.（脇圭平訳『職業としての政治』（岩波文庫、一九八〇）一〇〇－一〇一頁）。
(69) Weber, ibid., S. 557 ff.（同上書九九頁以下）。なお、ウェーバーは、「無差別の人間愛と慈悲の心に溢れた達人」として、キリスト・仏陀のような宗教家や、トルストイ・ドストエフスキーが描き出すような「聖者」を例に挙げている。
(70) Weber, *ibid.*, S. 552（同上書九〇頁）。
(71) Weber, *ibid.*, S. 557 ff.（同上書九九頁以下）。
(72) Weber, *ibid.*, S. 558（同上書一〇一頁）。

(73) Weber, *ibid.*, S. 553（同上書九二頁）。
(74) Weber, *ibid.*, S. 559（同上書一〇二－一〇三頁）。
(75) Weber, *EGK.*, S. 117（『プロ倫』二〇二頁）。
(76) Weber, *ibid.*, S. 93（同上書一五六頁）。

［付記］
本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇六年九月二五日授与）に補筆したものである。なお、補筆にあたっては、平成一八年度－一九年度科学研究費補助金（若手研究（スタートアップ））による研究成果の一部を取り入れている。

シンポジウム

韓国民法・韓国法文化と高教授

韓国民法の特色

――日本法との比較――

高　翔龍

［Ⅰ］はじめに――論題の由来

ただいま吉田先生から身に余るほどのご紹介を賜りました高と申します。一九九六年七月に北大法学会の招待を承り

「韓国人の法意識」についてお話したことがございますが、一〇年過ぎた今日、尊敬する先生らの面前でお話しすることができたことは、一生忘れられない光栄のことと存じます。きょうは、「韓国民法の特色」というテーマをもってお話して参りたいと思います。

日頃、韓日両国間において、さまざまな文化の交流が活発に行われております。二〇〇二年度に韓日共同主催したサッカーワールドカップをきっかけに、スポーツ文化の交流が活発に行われており、二〇〇三年から「冬のソナタ」というドラマをはじめとして、「チャングム」といったドラマなど、「韓流」と呼れる韓国ブームが起きました。このような文化を通して日本人は韓国文化の一面を体験しているのではないかと思われますが、それは韓国においても「日流ブーム」とまでとはいえないかも知りませんが、若者が好んで読んでいる日本の漫画や小説、またはアニメなどを通して韓国人は日本文化の一面を体験していることと同様であろうと思います。学術の面でも、様々な領域において韓国に対する関心が高まっており、本格的な共同研究も現れ始めています。このような傾向は民事法学にも見られ、この一〇年ほどの間に、韓国法につき、日本語で書かれたものも相当に増えてきている次第でございます。

このように、韓日両国間では多様な文化交流が活発に行われてきますが、たがいに「近くて遠い国」であると言われていることには、あまり変わりがないような気が致します。その理由として、韓日両国間の歴史認識の差、二つの国の類似性と異質性の混同といったことを挙げたことがありますが[1]、これらのことは今日においても同じであると言えるのではないかと思います。韓国には「一〇年経つと江山が変わる」という諺があります。それは、一〇年過ぎれば大自然も変化し、人間万事も当然変わりゆくものであるという意味でありますが、韓日関係について見れば、終戦後五〇年が過ぎた現在においてもなお「近くて遠い国」のままであるという感じがするわけでございます。

法は、単に技術的なものではなく、その社会が生み出した固有の文化の一つであると思います。比較法的側面から考

える場合に、二つの国の間に、はじめから全く違った法制度を発見することもあれば、全く同じ法制度を発見することもあります。しかし、外見上は同じ法制度であっても、その中身が異なる場合があるということに注意を払わなければならない。すなわち、韓国法や日本法、中国法その他の外国法を理解しようとするにあたっては、その国の歴史や文化、人々の法意識といった法文化を全般にわたって理解し、相互の違いを正確に認識するという作業を最初に行うことが極めて重要なのであるでしょう。異なる法文化を発見することは、その社会、その国の法を理解するにあたって不可欠な要素であると思います。国際関係において、しばしば他国の法文化を誤解することにより、国家間の様々な紛争が生じることがあり、それは私人の間においても同様であると思います。

私は、若い時に長期間日本留学を経験し、帰国後にも数回にわたって日本の法文化に接する機会があり、自分なりに日本の法文化を理解しているつもりであったのですが、今でも韓国と日本の異なる法文化に気がつくことがあります。現在、大東文化大学法科大学院と早稲田大学法科大学院で、広い意味でのアジア法の中における韓国法と（日本法との）比較法の講義を担当しており、今年で四年目になりますが、将来の法曹を志す若い人達に対して韓国の法文化を知らせたい、正確に理解してもらいたい、そしてアジア法を専門分野とする法律家になって、これからの韓日両国間にかかる「友情の橋」としての役割を担ってほしいという希望をもって臨んでいます。

以下では、民法上の財産編と親族・相続編の順に、その特色と思われるいくつかの制度をとりあげて、可能な限り日本民法と比較しながらお話を進めて参りたいと思います。発表にあたって、このようなテーマで発表なさった吉田邦彦教授の論文[2]、韓国民事法学会で発表なさった大村敦志教授の講演[3]の示唆に負うところが多く、この場を借りて感謝の意を表したいと思います。では、本論に入らせていただきたいと思います（以下敬語省略）。

［Ⅱ］民法財産編の特色

一．不動産の二元化（土地と建物）

韓国民法は、大陸法を継受して立法されたにもかかわらず、建物を土地の構成部分として認めているドイツ法やフランス法とは異なり、土地と建物を各々独立した不動産として規定（九九条一項）し、不動産登記簿も土地登記簿と建物登記簿に二元化されている。何故に従来の慣行と異なって土地と建物が二元化されたかは明らかにされていない。土地と建物を二元化された法制は、日本法の場合も同様である（日本民法八六条一項）。

以下で、従来、土地と建物はどう扱われていたかにつき、その沿革的側面から若干考えてみる。

（一）「土地家屋証明規則」と「韓国不動産ニ関スル調査記録」

不動産に関する近代的公示制度の嚆矢としては、一九〇五年の「第二次韓日協約」による統監府時代（一九〇五～一九一〇年）が始まった一九〇六年の勅令第六五号により制定された「土地家屋証明規則」があげられる。この統監時代に設けられた「不動産法調査会」（委員長は伊藤博文（統監）の法部顧問である梅謙次郎）は、不動産法を制定するために一九〇六年七月より不動産慣例調査に着手する（「韓国不動産ニ関スル調査記録」（一九〇六・八）など、五巻の調査報告書を発刊した）と同時に一九〇六年（光武一〇年）一〇月二六日、勅令第六五号で「土地家屋証明規則」、一九〇八年（隆熙二年）七月一六日勅令四七号で「土地家屋所有権証明規則」など、不動産に関する法律を緊急に制定した。

土地家屋所有権証明規則によると、土地や家屋について売買、贈与、交換、典当（担保方法の一種）をなす際に、当

事者が提出した契約書を府尹・郡守（府・郡の知事）が審査し、「土地建物証明簿」に所定事項を記載、証明した後、契約書一通を当事者に交付した。同規則により、初めて土地と家屋がそれぞれ独立した不動産として取扱われるようになった。しかし、不動産法調査会が行った「韓国不動産ニ関スル調査記録」によると、地域によっては土地と家屋を一元化して売買などが行われていた。すなわち、京城（ソウル）では、建物所有権は多くの場合において土地所有権に従い[4]、大邱では、家屋と土地の所有者が同一人の場合において家屋を譲渡するときは、土地は家屋に付随して移転する[5]、釜山では自分の所有地に建てた家屋を売渡したときは、その敷地も家屋と共に移転する[6]ということであった。このように、土地と家屋の一元化に関する慣習または一般人の意識は、今日においても根強く残っている。その例を一つ挙げよう。

（二）民法上の土地賃貸借

民法は土地賃貸借につき、「建物の所有を目的とする土地賃貸借はその登記がなくとも、その地上の建物の登記をしたときは第三者に対して賃貸借の効力を生ずる」（六二二条一項）と規定しており、この点は、日本借地借家法第一〇条一項に定められている意味・内容と同様である。六二二条一項は建物を所有する土地賃借人の保護という制度であるにもかかわらず、これと関連する紛争は非常に少ない（判例は二件ほどあるが、いずれも地上建物登記前にその土地に関し第三者が物権を取得した場合である。大判二〇〇三・二・二八、二〇〇〇ㄷㅏ（ダ）六五八〇二、六五八一九）。このことは、その機能があまり果されていないということを意味する。この点は日本の場合と異なる。その機能が果されていないというのは、土地と建物を一つの不動産として認識してきた古来の慣習や韓国人の意識による。今日においても、他人の土地を賃借して自分所有の建物をたてるという意識はあまりない。その反面、土地所有者は自分所有の土地に他人が建物をたてるための土地を賃貸するという意識もあまりない。すなわち、建物をたてるためには、まずその土

地を買って、建物をたてるというのが韓国人の一般意識だからである。

以上のように、韓国の不動産売買に関する従来の慣行は、土地と建物は一元化されていたこと、今日においても韓国人は建物を「買う」と言う場合には当然土地も含む意味としてとらえる。このようなことから、慣習法上の法定地上権が広く認められている故であろう。

結局、不動産の二元化（土地と建物）は、沿革的側面からも、大陸法の継受という側面からも適合しない制度であるということは否定できないだろう。

二．法人でない血縁団体とその団体財産の名義信託

（一）法人でない団体（権利能力なき団体（社団・財団））

法人でない団体（社団・財団）について、判例・学説は「ある団体が法人として認めるに適した実体が存在すれば、法人に関する規定の中で法人格を前提とするものを除いてすべてこれを類推適用する」という立場をとっている（大判一九九七・一・二四、九六叶（ダ）三九七二一）[7]。この点は日本の場合と同様であると思われる。しかし、日本法と著しく異なる点は、韓国不動産登記法三〇条は法人でない団体（社団または財団）であっても、その団体の名義で団体所有の不動産を登記することができるという規定を設けていることである。すなわち、不動産登記法三〇条一項は「宗中、門中その他代表者又は管理人がある法人でない社団又は財団に属する不動産の登記に関しては、その社団又は財団を登記権利者又は登記義務者とする」と規定している。したがって、韓国の判例・学説が説いている「法人格を前提とするもの」とは、どのようなものであるかは明らかにされていない。このような定義については甚だ疑問である。というの

は、法人でない団体も不動産登記法三〇条により法人格がなくともその団体の名義で登記することができるからである。[8] もちろん、その団体の訴訟当事者能力は認められており（民事訴訟法五二条）、またその団体の所有財産も共同所有の形態である総有として認められている（民法二七五条）。

不動産登記法三〇条は、権利能力なき団体の一つの例として「宗中、門中」を挙げており、これは血縁団体をいうものである。では、具体的にどのような団体であるかを紹介することも、韓国の家族関係を理解するに役に立つのではないかと思われる。

（二）「宗中」という血縁団体

「宗中」という血縁団体が初めて法律上登場したのは、日本植民地時代が始まって（一九一〇年）間もない一九一二年（大正元年）の「土地調査令」（制令一号）による。

「宗中」とは、一言でいえば、同一の始祖から生じたすべての者によって構成される最大の父系血族集団をいう。一九一一年（明治四四年）に慣習調査を行った朝鮮総督府取調局長官回答によれば、宗中（「門中」とは、宗中よりその範囲が狭い団体。今日においては同じ意味で用いられている）という団体の人格に関し、「朝鮮ニ於テ一門或ハ門中ト称スルハ親族ノ団体ニシテ人格ヲ有セス而シテ門中所有ノ財産ハ其団体ヲ組織スル親族ノ共有ニ属シ門長ハ当然代表権ヲ有セス唯実際ニ於テハ門中協議ノ上門長ヲシテ代表セシムルコト多キモ是レ素ヨリ門中親族ノ委任ニ因ルモノナリ」[9]とし、その団体は法人格がないものとされた。このような慣習は今日においてもあまり変りがない。すなわち、判例は一貫して「宗中は共同先祖の後孫中、成年以上の男性を宗員として構成される自然的集団で」「その目的である共同先祖の墳墓守護と祭祀および宗中員相互間の親睦を目的とする自然発生的な宗族集団体」（大判一九八五・一〇・二二、

八三ㄐㄚ（ダカ）二三九六、二三九七）である、と定義している。しかし、二〇〇五年に大法院大法廷は、共同先祖の後孫中、成年以上の男性を宗員として限定した慣習法は、男女平等の憲法精神に反するもので、共同先祖の後孫中、性別を問わず成年になれば、当然に宗中の構成員となる（大判二〇〇五・七・二一（全員合議体）、二〇〇二ㄐㄚ（ダ）一一七六）と判示し、従来の判例を修正した。したがって、今日においては成年以上の「女性」も宗中の構成員となる。

日本の判例もごく限られた血縁団体にせよ、沖縄における血縁団体であるいわゆる「門中」が権利能力なき社団にあたるとされた事例がある。すなわち「沖縄における血縁団体であるいわゆる『門中』が家譜記録等によって構成員の範囲を特定することができ、慣行により、有力家の当主を代表機関とし、かつ、毎年一定の時期に構成員の総意によって選任される当番員を日常業務の執行機関として定め、祖先の一人によって寄附された土地等の財産を門中財産として有し、これを管理利用して得た収益によって祖先の祭祀等の行事、門中模合（頼母子講の一種）その他の相互扶助事業を行ってきたなど、判示のような実態を有する場合には、門中は権利能力なき社団にあたる」（最判昭五五（一九八〇）・二・八、民集三四巻二号一三八頁）と説いている。また最近、最高裁は、沖縄本島において入会権はなお存続するということを前提として入会団体の会員資格の一つとして一家の代表者に限る「世帯主要件」とその入会権者の後継者となった「男女子孫要件」という「血縁的要件」が満たすことを要求していること（最判平成一八（二〇〇六年）・三・一七、第二小法廷。本判決の評釈として、大村敦志・ジュリスト（No. 一三三二）六四頁がある）は、「地縁的要件」は別として、狭い意味の韓国の「門中」と類似した血縁団体の一つの類型として考えられる。このことは、歴史上韓国の慣習法上の門中となんらかのつながりがあるのではないか。今後、研究すべき、興味のある分野であろう。

（三）土地調査令（一九一二年）と宗中財産の名義信託

韓日併合後、朝鮮総督府は土地調査事業（一九一〇年－一九一八年）の一環として一九一二年八月に「土地調査令」を発布して、土地所有者はその所有関係を管轄機関に届け出るようにした（同令四条）。高等土地調査委員会は、その届け出により「土地所有者ノ権利ハ査定又ハ裁決ニ依リテ確定」（同令一五条）する。その査定および裁決は土地所有関係に対する最終的な宣言であったが、それは裁判所の判決を圧倒するほどの強い効力が認められた行政処分であった。土地調査局は、査定の確定または裁決に対しては、その事由の如何を問わず、これを司法裁判に回付する方法はないと断言し、判例も、「土地調査令ニ依ル査定又ハ裁決ハ一ノ行政処分ナルトモ其査定又ハ裁決確定シタルトキハ同令第十五条ニ依リ土地所有者ノ権利ハ之ニ因リテ確定セラレ同令第十六条ニ規定スル再審ノ申立ニ因リ変更セラレサル限リハ其査定又ハ裁決名義者ハ従来所有権ヲ有シタルト否トニ拘ラス絶対ニ其土地所有者ト確定セラルヘキモノトス」（朝高判大正六年（一九一七）・三・二七、朝高判集四巻二〇七頁）として、再審の申立により変更されない限り、土地の所有者として確定されたのである（要するに、当局は、紛争を抑制し、紛争解決を簡素化するため、査定および裁決に抵触する判決を防止しようとしたのである）。もし、土地所有関係を一定期間内に届け出をしなかった者は巨額の罰金に処せられた（同令一九条）。問題は、その当時、法人ではない宗中（門中）の名義で宗中所有の財産を登記する方法がなかったということにある。すなわち、一九一二年の朝鮮不動産登記令（日本不動産登記法の依用）に宗中といった権利能力なき団体の名義で登記する規定がなかったために、やむをえず、宗孫、宗中員といった個人の名義で、または宗中の代表者である数人の名義で登記しなければならなかった。

このように、歴史上やむをえない事情によって行われた登記につき、終戦後の大法院は「名義信託」による登記という新しい法理を創出したのである。すなわち、判例は不動産の名義信託に関して「当事者の信託に関する債権契約により信託者が実質的には自分の所有に属する不動産の登記名義を実体的に取引関係のない受託者に売買等の形式で移転し

ておくことをいうものである」（大判一九七二・一一・二八、七二ㄉ（ダ）一七八九大判集二〇・三・民事一五一）と説いている。したがって、「対内的関係においては信託者が所有権を保有し、それを管理・収益するから、公簿上の所有名義だけが受託者に移ること」（大判一九六五・五・一八、六五ㄉ（ダ）三一二）になる。それゆえに、対外的関係においては受託者が不動産の所有者となり当該不動産に対する「処分権」を有する。すなわち、判例は「宗中がその所有の不動産を宗会員に信託し登記簿上その宗中員の名義で所有権の登記を経たときは、宗中とその受託者である宗会員との間にいわゆる信託行為の法理が適用される。したがって、この受託者である宗会員からその不動産を譲受けた第三者は、その者の善意・悪意を問わず、適法に信託者である宗中の不動産の所有権を取得するものと解さなければならない。なぜならば、信託行為において受託者は、その対外的関係では完全な所有者としての権利を行使することができるからである」（大判一九五九・一・一五、四二九〇民上六六七、同一九六三・九・一九、六三ㄉ（ナ）三八八、大判集一一・二・民事一一四、同一九六六・一・三一、六五ㄉ（ダ）一八六、同一九六六・二・一五、六五ㄉ（ダ）二五三一等）と判示していることは、受託者にその「処分権」を認めたものと解されよう。このように、判例は「信託行為の法理」というものをとりあげて名義受託者に当該不動産に関する処分権を認め、その論理必然的な帰結として取引の相対方を無条件的（善意・悪意を問わず）に保護する立場をとってきており、確固たる判例法として形成されている。(10)

三．不動産物権変動と登記

韓国民法における不動産物権変動の場合は、日本民法の場合と同様に法律行為による物権変動と法律の規定による物権変動がある。しかし、両国の民法は、前者の場合に著しく異った点があることに注意を払う必要があろう。

（一）朝鮮民事令および旧民法と意思主義（対抗要件主義）

日本植民地時代に韓国で適用された民事に関する基本法令は朝鮮民事令（一九一二（明治一五年）三月制令七号）であり、その第一条は「民事ニ関スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」とし、「左ノ法律」として同条一号に挙げられている日本の「民法」が、韓国にも適用された。さらに、同令は不動産物権変動に対する特別規定を設け、「不動産ニ関スル物権ノ得喪及変更ニ付朝鮮不動産登記令ニ於テ登記ノ規定ヲ設ケタルモノハ其ノ登記ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」（一三条）と規定し、対抗要件主義をとっていた。

これらの法令による日本民事法の適用は、現行民法が施行（一九六〇．一．一）されるまで、引き続き適用された（これを旧民法または依用民法という）。したがって、旧民法時代（一九四五．八一五―一九六〇．一．一）は、不動産物権変動の効力発生に関しても日本民事法によっており、日本民法一七六条が適用され、登記を対抗要件とする対抗要件主義をとった。

（二）現行民法と形式主義（成立要件主義）

現行民法は登記を物権変動の成立要件とする成立要件主義（または形式主義）をとっているが（一八六条）、成立要件主義をとった理由は何か、その立法過程を若干探ってみる。

（a）韓国民法一八六条

不動産の物権変動は、法律行為または法律規定など様々な原因によって、その効力を生ずる。この点については日本法と変わらない。しかし、法律行為による不動産物権変動は、その不動産の登記をしない限り効力を生じないという点で、日本民法の場合と著しく異っている。すなわち、韓国民法一八六条は「不動産に関する法律行為による物権の得喪

および変更は、登記しなければ、その効力を生じない」と規定し、公示方法としての登記を不動産物権変動の「成立要件」として定めている。これとは対照的に、日本民法一七六条は「物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる」と規定し、当事者の意思表示のみにより物権変動の効力を認める。ただし、その不動産物権変動は、登記をしない限り、第三者に対抗することができないと規定され（一七七条）、登記が不動産物権変動の「対抗要件」として定められている。要するに、一般論として、韓国民法は成立要件主義をとっているのに対して、日本民法は対抗要件主義をとっているという。しかし、韓国民法は、成立要件主義をとっているにも拘らず、登記の公信力を認めていないという点で、ドイツ法とは異なり、日本法と同じであるといえよう。このように、韓国法が、登記を成立要件としながらも、登記に公信力を認めていないという点は理解しがたいところであろう。

（b）立法過程

（イ）現行民法が旧民法の場合と異なる成立要件主義を採択した理由は何であろうか。

立法過程においても賛否両論が激しく対立した。学界は、形式主義の採択に対して、主に次のような理由から反対の立場をとった。①登記主義（形式主義）の利点として、法律関係の画一化が主張されるが、画一化それ自体に絶対的価値があるのではなく、むしろ法律関係を完全に画一化できないことが、法の世界における普遍的な現象である。②登記主義の採用の可否は、登記に対する信頼性、すなわち、どこまで真の権利関係の表示が実行されているかにかかっているが、（当時の）韓国では、あまり実行できていないのが実情であり、このような状態で登記主義を採用すれば多大な弊害を生ずることになる。③登記主義を採用しながら、登記に公信力を認めないというのは跛行的措置である。[11]

国会の審議過程においても、賛否の意見が激しく対立した。政府は、旧民法がとっている意思主義（対抗要件主義）から形式主義（成立要件主義）に転換しようとする理由として「物権法制において、可能な限り、一般取引に安定と確

信を与えるためには、形式主義がすぐれている」[12]ということをあげている。

国会法制司法委員会で民法案に賛成の立場をとった側の委員は、形式主義について「権利関係を明確にし、また、物権がいつ設定され、移転されたか、その時期を明確にすることが、取引安全を図る上で進展した法制である」[13]と述べ、さらに、形式主義を採択した理由につき、物権の排他性と関連させて説いている。すなわち、「物権という権利は、排他性をもつのが本質であり、債権とは違うこと…（省略―筆者、以下同じ）…つまり、第三者に対して、自分が所有権を持つ、自分に財産権があることを主張できるという排他性が…本質的なものであり、この物権については、登記がないと排他性を認められない。その結果、第三者に対抗することもできない。…そうなると、排他性のない所有権を認めることになり、それでは何の意味もない」[14]と説き、形式主義をとる民法案について賛成する立場をとった。それに対する反対の意見は、先に述べた学会の意見を土臺として、不動産物権変動については旧民法の態度を維持しようとする立場をとった[15]。すなわち、その理由として、①法律関係を簡易・便利にする。②意思表示主義の原則に符合する。③形式主義を採用するためには、実際に登記が奨励されなければならないが、現実はそうなっていない。④形式主義は公信力と密接に関連しているため、形式主義を採用すれば公信力を認めなければならなくなるが、現状では公信力を認定できるだけの条件が整っていない。よって、意思主義を採用すべきであるという立場をとった。

結局、民法が形式主義を採用するに至った理由は、何よりも、現行民法の制定当時まで適用（依用）されていた日本民法上の意思主義・対抗要件主義の下で発生する問題点を是正しようとするところにあった。つまり、物権変動の存否とその時期を明確にし[16]、取引安全を図り、当事者間の法律関係に生じる矛盾を避けようとするところに、その主たる目的があったのである。

（ロ）現行民法が形式主義を採用しながら、登記の公信力を認めない理由は何であろうか。

立法当時の民法案起草委員長は、国会法制司法委員会で次のように陳述している。「…この契約においては、できるだけ一般取引界に安定と確信を与えようとすれば、形式主義に長所がある。…だからと言って、その原因が無効、あるいは、全く原因のない、当事者にとって全く効力がないような場合には、形式主義の信憑性を与えない。つまり、折衷的意味がこの中に込められております」[17]と説き、登記の公信力を否定することを明らかにしている。登記の公信力を否定する理由については、形式主義採用に反対する意見からも明らかになっているが、結局のところ、上記起草委員長の発言どおり、韓国法は、意思主義と形式主義との折衷的意味を有する韓国型物権変動主義（形式主義を採択しながら登記の公信力を否認する）を採用したものとであるといえよう。

（三）物権変動の時期

韓国民法において不動産物権変動の時期は明白になっている。既述したように、不動産の物権変動は、登記をしなければその効力が生じないから、登記をしたときが物権変動の時期となる。したがって、韓国民法では、日本民法の一七六条の解釈をめぐって生じる不動産の物権変動の時期に関連する問題は生じない。

［Ⅲ］民法親族・相続編の特色

一．家族法の変遷

韓国家族法は、民法典の第四編の親族と第五編の相続で構成されている。家族法が立法される際には、儒教倫理に基

づいた保守的・慣習的特性が考慮され、主に韓国古来の慣習をもとにして制定された。その結果、親族・相続編は旧習である宗法制度（中国・周時代の宗族の組織規定。始祖を中心とする嫡長子孫により無限に継承（百世不遷之宗））の基本原理を骨組にした男系血統中心に立法され、憲法および民主主義理念と相反する規定が多く設けられた。したがって、民法が施行された直後から学界や女性団体らは、男女平等にもとづく民主的家族法改正の必要性を強く訴えつづけてきたが、一九九〇年一月に革新的に大幅な改正が行われた。さらに、二〇〇五年三月に戸主制度の全面廃止、姓不変原則の大幅な修正等を中心とした革命的な改正が行われ（二〇〇五年三月三一法律第七四二七号）、今日に至っている。

現行家族法の特色を理解するためには、韓日併合時代から今日に至るまでのその変遷過程につき、若干概観する必要がある。

（一）韓日併合時代における家族法

先ほど述べたように、日帝政府は、一九一二年三月十八日に制令第七号で「朝鮮民事令」を制定し、四月一日からこれを施行したが、この朝鮮民事令は、日帝支配下の韓国における民事に関する基本法令であり、同令により、日本の民法典と各種の特別法および付属法が韓国に依用されることになった。すなわち、朝鮮民事令第一条は、朝鮮の「民事ニ関スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」と規定し、依用される法律として日本民法および信託法、商法など二三個の各種特別法・付属法を挙げている。ただし、親族・相続について、朝鮮民事令第一一条本文は「朝鮮人ノ親族及相続ニ関シテハ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外第一条ノ法律ニ依ラズ慣習ニ依ル」と規定し、これをもって朝鮮民事令の公布当時、親族相続に関しては日本民法の規定が適用されず、韓国の慣習法が適用された。しかし、その後、日帝の植民支配と同化政策が強化されるにつれて朝鮮民事令第一一条は四回にわたって改正

されたが、第四回改正（一九三九年一一月一〇日）により大幅に改正された（制令一九号）。すなわち、日本民法の氏に関する規定（旧民法七四六条）、裁判上の離縁に関する規定（旧民法八六六条ないし八七五条。ただし、隠居と関係のある旧民法八七四条但書および夫婦養子に関する八七六条は除外）、婿養子縁組の無効ないし取消に関する規定（旧民法七八六条および八五八条）が依用されると同時に「朝鮮人ノ養子縁組ニ存リテ養子ハ養親ト姓ヲ同シ縁組ノスルコトヲ要セス。但シ死後養子ノ場合ニ於テハ此ノ限ニ在ラス。婿養子ハ妻ノ家ニ入ル。婿養子離縁又ハ取消ニ因リ其家ヲ去ルモ家女ノ直系卑属ハ其ノ家ヲ去ルコトナク胎児生レタルトキハ其ノ家ニ入ル」という異姓養子制の規定が新設・追加された（朝鮮民事令第一一条ノ二）。この改正によって韓国家族法（慣習法）上の不変の大原則である同姓同本不婚制と異姓不縁組制が廃止され、かつ婿養子制度が移植された。さらに、韓国人の精神的基盤である絶対的な「姓不変の原則」が、一九三九年（昭和一四年一二月二六日）「朝鮮人ノ氏名変更ニ関スル件」（一九三九年朝鮮総督府令二二二号）という法律により、任意的とはいえ、韓国人の氏名を日本式に変えるという、いわゆる「創氏改名」が事実上強要されるに至った。強要されたというのは、日本氏名に変えない者には就職が困難になる等の不利益があったからである。

以上のように、日帝は、韓国強占初期に家族法関係について日本民法を依用せず原則的に韓国の慣習法を適用していたが、漸次的に植民地同化政策を強化しながら日本民法の適用範囲が拡大された。

（二）米軍政時代

韓国は一九四五年八月一五日の光復（終戦による解放の意味）後、同年九月七日から米軍政が始まった。米軍政当局は、特に、朝鮮姓名復旧令（一九四六・一〇・二三軍政法令一二二号）を発布して日帝時代の創氏制度を廃止し、同法令による届出および戸籍記載手続規定に関する朝鮮姓名復旧令施行規則を公布した。この法令により日本氏名に変更さ

れた朝鮮姓名が祖先伝来の姓に復帰された。その後、一九六〇年一月一日に現行民法が施行されたが、特に家族法は六回の改正を経て今日に至っている。

（三）現行家族法

第三次（一九九〇・一・一三）、第四次（一九九七・一二・一三）、第五次（二〇〇二・一・一四）家族法の改正を通して家族法は男女平等（親族姻族範囲の調整、嫡母庶子関係の廃止、法定相続分の調整、国籍法の改正による父母両系血統主義への転換）や財産権保障（相続回復請求権の出訴期間の改正（九九九条二項）、限定承認規定の改正（一〇一九条三項））といった憲法の基本精神に基づいて革新的に改正されたが、その後も、改正法に対して、全般的に社会的状況に適していないか、個別の制度が男女平等など憲法上保障されている基本権を侵害しているといった批判が絶えなかった。このような問題を解決するため、長い歴史の中で絶対不変的な制度として認識され、受け継がれてきた「姓不変原則」を大幅に修正する、またこの原則と不可欠な関係にある「戸主制度」[18]を廃止すると同時に、「同姓同本不婚制度」の修正を行うなどの思いきった第六次改正（二〇〇五・三・三一）が行われた。この家族法第六次改正法により、現在、韓国の伝統的家族制度は大きな転換期を迎えている。

以下では、韓国家族法の特色ともいえるいくつかの原則をとりあげ、これらについて概観する。

二．戸主制度と二〇〇五年の改正家族法による廃止

（一）戸主制の沿革

戸主制度は韓国固有の制度ではない。すなわち、「我が民法の戸主制度は、立法の拙速を図るあげく、戸主と戸主権成立の由来を検討せず、日帝の旧民法基礎者らが作り出した戸主ないし家督相続制の名称を変えて承継したものである」[19]。ここでは、まず、戸主制の沿革についてながめてみる。

韓国における戸籍制度の起源は、中国の制度を継受ないし模倣して国が徴税、徴兵、賦役等の行政施策の資料とした「戸口」帳簿がその発端になった[20]。すなわち、高麗時代（九三六～一三九二年）の戸籍制度は、常民（下級身分）の戸籍と両班（上級身分＝支配階級）の戸籍に区別され、常民の戸籍は徴兵、賦役の資料とした文書であったが、両班の戸籍は特権的身分の証明書であると同時に一種の免役証の文書であった。朝鮮初期（一四〇〇年代）の戸籍制度は人民の流移および良賤身分の混流を防止することが重要な目的の一つであった。したがって、人民の逃亡と壮丁の戸口漏落、良賤身分の混流を防止するなど戸籍の正確を図るため、一四〇七年（太宗七年）に隣保正長法が制定されると同時に一四一三年（太宗一三年）には号牌法が制定され、併用実施された[21]。朝鮮後期に至り、一八九六年（建陽元年）に「戸口調査規則」が公布（一八九六．九．一．勅令六一号）された。

当時の戸籍に表現された戸主および家族とは、同一生活圏内にある現実の戸口を意味し[22]、かつその戸籍には、戸主の年齢、本貫、職業、前居住地および四祖（戸主の父、祖、曾祖、外祖）、同居の親族以外の寄居人、雇用者の口数、家屋の所有の有無などを必要的記載事項としていた。このように、当時の戸籍は現実に同居する者に限って編成されたものであるから[23]、それは、まさに戸籍との関係のない現行住民登録法による「住民登録」と一面似ている点があった。したがって、現実同居人を中心に編成された朝鮮時代の戸籍制度と今日における居住と全く関係のない法律（戸籍法）上の戸籍制度とは根本的に異なる。このような朝鮮時代の戸籍制度は、朝鮮初期に導入された中国の宗法制度の儒教理

念による家父長制家族制度と共に家族関係の慣習として形成され、「家父長」と「戸主」を同一のような意味としてとらえられ、それが今日に至るまで韓国人の一般意識の中に根強く残っているゆえではないかと思われる。

しかし、ここで注意を要するのは、朝鮮時代には、子女に対する父権、妻または妾に対する夫権があるだけで、父または夫としての資格外に特別に家長としての権利は認められなかったことである[24]。父権または夫権以外に統一的支配権としての「家長権」制度が韓国に初めて登場したのは日本植民地時代であった[25]。すなわち、韓国では日本の明治民法が創案した戸籍上の家族団体の家や戸主権の観念がなかったが、後に日帝が朝鮮民事令の改正による日本家族法の適用範囲の拡大、「第二次韓日協約」（一九〇五．一一．一七）による統監府時代（初代統監、伊藤博文）の「民籍法」の制定（一九〇九年法律八号）施行、韓日併合後の慣習調査の歪曲と「朝鮮戸籍令」[26]の制定（一九二二年（大正一一年）勅令一五四号）施行等を通して日本式家制度や戸主制度が韓国に移植されたのである。

日帝時代の朝鮮戸籍令は、当時の日本戸籍法と同様に、長の「戸主」と「その家族」によって一つの戸籍（つまり「家」）を編成するようにした。戸籍の記載事項も韓国の「姓」の「本貫」を除けば、当時の日本戸籍法とあまり変らなかった（同令一一条）。

さらに、朝鮮時代の相続制度には父系継承の祭祀相続と財産相続の二つの相続制度しかなく、戸主権やその地位を承継する戸主相続制度はなかった。日帝が朝鮮の慣習を調査するに際し、慣習調査問題を日本民法の体系に基づいた規定を調査項目として設けて調査した結果、その報告書である上記「慣習調査報告書」や「民事慣習回答彙集」の内容は実際の慣習と一致しない部分が多かった。戸主相続制度がその一つの例である。すなわち、「慣習調査報告書」は「朝鮮ニ於ケル相続ニハ祭祀相続、財産相続及戸主相続ノ三種アル、…（省略―筆者）…戸主相続ハ戸主タル地位ノ承継シテ祭祀相続ヲ為ス者ハ同時ニ戸主ノ地位ヲ承継スルモノトナル」[27]とし、戸主相続の慣習があるかのようにし、祭祀相続

人が同時に戸主相続をするという報告書が出されている。このことは、日帝の天皇制的家族国家主義理念を植民地同化政策として韓国に強制移植させ、体系化を図ったものと解されている。[28]

このように韓国に強制移植された法律上戸主制度は、漸次的に韓国人の伝統的な儒教的家族観にすいこまれ、まさに古来から伝わってきた韓国固有の制度のように考えるようになった。終戦後にも家父長制家族制度の意味のある戸主制度についてはあまり抵抗がなく、戸主権、親権、夫権を縮小し、個人意思自治の範囲を拡大するという趣旨の下で引き継いで一九六〇年一月一日新民法七七八条以下に戸主と家族制度が設けられ、[29]今日に至っている。

（二）民法上の戸主制度

（a）戸主相続制（一九九〇年改正前家族法）

民法七七八条は戸主について「一家の系統を継承した者、分家した者又はその他の事由により一家を創立若しくは復興した者は、戸主となる」と定義した後、「戸主の配偶者、血族及びその配偶者その他本法の規定によりその家に入籍した者は、家族となる」（七七九条）とし、家の制度を設けて、各人は戸主または家族の身分をもってその家に所属することになっている。家には必ず戸主があり、戸主相続によってその地位が順次に継承される。このような戸主制度は一九九〇年民法改正によって「戸主権の相続から承継へ」といった大きな変化が生じた。

一九九〇年改正前の民法は「戸主相続制」を設けて、戸主が死亡または国籍を喪失したとき、などの場合に戸主相続が開始されるが（九八〇条一号）、戸主相続人になる者は被相続人の直系卑属男子が先順位になり（数人であるときには最近親を先順位とする。例、長男）（九八五条一項）、戸主相続人はその戸主相続権は放棄することができない（九九一条）。また「戸主の直系卑属長男子は本家の系統を継承する場合の外には養子になれない」（八七五条）と規定して直

系長男子の養子縁組を禁止していた。

さらに、「養子として養父と同姓同本でない者は養家の戸主相続をすることができない」（八七七条二項）とし、父系血統主義を貫いていた。

（b）戸主承継制（一九九〇年改正家族法）

しかし、今日において、このような戸主制度は現実的な必要性と実効性を失ったまま、男子中心思想維持のための非民主的・観念的な制度として機能しただけで、その廃止は以前から主張されてきた。一九九〇年改正の第三次改正案では、このような主張が受け入れられて戸主制度を廃止することになっていた。しかし、国会の審議過程で戸主制度は家族法の根幹になっている制度であり、これを廃止する場合、法律体系と家族関係を中心とする社会全般におよぼす影響があまりにも大きい、という主張が強力に提起された。結局、第三次改正の一九九〇年改正家族法は、戸主制度はなお存置するが実効性のなかった戸主の諸権利・義務に関する規定と男女平等の精神に反する規定、戸主継承を目的とする諸制度を削除し、戸主相続を戸主承継に改正した。その結果、改正法上の戸主制度は、家父長的要素がほとんど削除され形式的な名だけが残る状態になった。

（三）二〇〇五年家族法改正による戸主制度の廃止

二〇〇五年三月の家族法改正により、「戸主制度」が全面廃止された。すなわち、「戸主」に関する規定と、「戸主制度」を前提とする入籍・復籍・一家創立・分家等に関する規定が削除され（現行七七八条・七八〇条および七八二条ないし七九六条）、二〇〇八年一月一日より施行される。[30]

二〇〇五年改正法の主要骨子の一つが「戸主制度」の廃止である。この点に関しては、改正の過程である国会法制司

法委員会公聴会（二〇〇四年一二月三日）に出席した陳述人らによる賛否両論が激しく対立した。[31] 改正に反対する側からは、儒教思想の根強い韓国社会において戸主制度が廃止されれば、伝統的家族制度の根幹が崩壊し、社会的に大混乱をもたらすことになるという意見が強く主張された。

これに対して賛成する側からは、「戸主」を中心に「家」を構成する「戸主制度」は、憲法上保障されている男女平等思想および個人の尊厳と価値を充足させることができず、また、時代的変化に伴って増加する多様な家族形態にも適合しないので、全面的に廃止されるべきであるという意見が主張された。

この改正過程の途中で、「戸主制度」に関する違憲審査が憲法裁判所で行われていたが、二〇〇五年二月三日、戸主に関連する「七七八条（戸主の定義）、七八一条一項（子の入籍、姓および本）、八二六条三項本文（妻の夫家への入籍）がその根拠と骨組になっている戸主制は、婚姻および家族生活において個人の尊厳と両性の平等を規定した憲法第三六条第一項に違反する」[32]という違憲判決が下された。

三．姓不変の原則

「姓不変の原則」は、以下に概観する「父系姓本継承制」や「夫婦別姓制」といった原則を生み出した。これらの制度を理解するために、まず「姓」と「本」の意味については、若干の説明が必要である。

「姓」とは出生の系統を示す標識である。古来より父系中心社会である韓国においては、「姓」は原則的に父系血統を表示するものであり、「姓」によって各個人の所属している血統を分別することができた。しかし、同一の血統を有する多くの人が各地に分散したとき、各地域に分散した各派を表示するための標識が必要となった。そのために生じた

ものが「本」である。すなわち、各地に分散した各派の祖先の発祥地名を意味するもので、通常は「本貫」と呼ばれている。

このように「本貫」は、父系血族系統を表示する際に「姓」と不可分な関係にある。というのは、「姓」だけで血族系統を表示することはできず、「本貫」を並称することによってはじめて同族であることが表示されるからである。すなわち、韓国には祖先の発祥地を異にする同姓が多く、これを区別する必要があるため、必ず「姓」に「本」を付ける。[33] 例えば、「金」という一つの姓をとってみても、その本貫は、「金海」、「慶州」、「光山」、「金寧」、「安東」等、様々であり、「金」という「姓」をもつ人でも、その本貫が「金海」なのか「慶州」なのかによって、祖先の父系血統が異なるのである。このように、「本」は血族系統を示す「姓」と不可分の関係にあり、「同姓同本」であれば、一応、同一父系血族に属するものとされる。

しかし、「同姓同本」がすべての場合に同一父系血族（同族）を意味するわけではない。「同姓同本」でありながら祖先を異にする場合、すなわち、同一父系血族でない場合もある。例えば、新羅の敬順王を先祖に持つ金海金氏（ここで「氏」とは一族を意味する。以下も同じ）と大駕洛の首露王を先祖にもつ金海金氏、崔文漢を先祖に持つ江陵崔氏と崔立之を先祖に持つ江陵崔氏等は「同姓同本」であっても、同一父系血族ではない。逆に、「異姓同本」であっても同一の父系血族とされる場合もある。例えば、安東「金」氏と安東「権」氏、金海「金」氏と金海「許」氏が同族とされていること等が、よく知られている例である。

民法は「姓」には必ず「本」を付けるようにしている（七八一条、戸籍法一五条四号）。すなわち、「姓」は父系血統を表示し（七八一条一項）、「姓」の変更は特殊な場合（父母の知らない子は法院の許可を得て、姓と本を創設する）以外には認められない（七八一条三項但書）とし、「姓不変の原則」をとっている。ただし、「入夫婚姻」（夫が妻の家に

入籍する婚姻）による出生子は母の「姓」と「本」を受け継いで母家に入籍するものと規定し（八二六条四項）、「姓」は父系血統を表示するという大原則の例外を認めている。

以上のように、「姓」と「本」の制度は、長い歴史の中で絶対的な不変の制度として認識され、受け継がれて今日に至っている。このような「姓不変の原則」は、次に概観する「父系姓本継承制」や「夫婦別姓制」といった原則を生み出した。

四．父系姓本継承制（子の父系血統継承）とその変化

二〇〇五年の改正前家族法は「子は、父の姓および本を継いで父の家に入籍する。ただし、父が外国人のときは、母の姓と本を継ぐことができ、母の家に入籍する」（七八一条一項）と定め、父が韓国人であれば、子は父の「姓」と「本」を継ぐという父系血統尊重主義の不変原則である「父系姓本継承制」をとっていた。しかし、このような父系血統尊重主義は、二〇〇五年の改正法により、大幅に修正された。

（一）子が母の「姓」と「本」を継ぐ場合

先に述べたように、改正前民法は子の「姓」と「本」について「姓不変の原則」を根幹として、父の「姓」と「本」を継ぐという原則を規定（第七八一条一項本文）していたが、二〇〇五年の改正家族法（以下「改正法」とする）は、七八一条一項但書を二項に移し、代わりに「ただし、父母が婚姻の届出の時に母の姓および本を継ぐよう協議した場合には、母の姓および本を継ぐ」（同条一項但書）という規定を新しく設けた。したがって、このような協議がある場合

には、その父母から生まれる全ての子は、母の「姓」と「本」を継ぐことになる。この但書により、父系血統尊重主義は大幅に修正され、母系血統尊重主義への転換さえも可能にするような変化がもたらされたものと思われる。

（二）子の「姓」と「本」を変更しうる場合

改正法は「子の福利のために、子の姓および本を変更する必要があるときには、父、母または子の請求により法院の許可を得てこれを変更することができる」（七八一条六項本文）と定め、子の「姓」を変更する制度を新しく設けた。この新設規定は、「姓不変の原則」を根幹とする「父系姓本継承制度」を大きく変えることになる衝撃的なものであるといえよう。

問題は「子の福利のために子の姓および本を変更する必要があるとき」とはどのような場合であるかということである。ここでは二つのことが考えられる。まず、父の「姓」と「本」を継いでいた子が、母の「姓」と「本」に変更する場合を考えられるが、実父の「姓」から実母の「姓」への変更という意味で、上記（一）のような場合と同様に考えてよいと思われる。問題は、子の母が再婚したときに、その子が義父の「姓」と「本」に変更するような場合である。二〇〇五年の改正の主目的の一つは、後者を認めることである。

改正過程において、主要な例として挙げられているものは、子の母が再婚した場合である。すなわち、母と一緒に住んでいる子は、たとえ母が再婚しても、実の父から受け継いだ「姓」と「本」は変わらないので、母の再婚相手の「姓」と「本」が異なる場合が生じる。例えば、改正法によっても、金（キム）姓の父と李（イ）姓の母の間に生まれた子は、原則的に金姓となる。父母が離婚しても、その子の「金」という「姓」は変わらない。たとえ、その子を養育する母が、朴（パク）姓の男性と再婚したとしても、その子の姓が金であることには変わらない。ゆえに、母の再婚相手の姓（朴）

とは異なるわけである。

したがって、このような場合に、外見上は父子関係にみえても、姓が異なるため、その子の母が再婚したことが容易に知れてしまう。その結果、その子が幼稚園や小学校でいじめの対象になりやすくなる等、父の「姓」と異なることにより子が被る精神的苦痛や社会的不利益等が大きいということが改正の主な理由であった(34)。

もちろん、「姓」と「本」を変更するには、法院の許可を得なければならないが、子の母が離婚と再婚を繰り返すたびに、子の「姓」と「本」が変わる可能性もある。そもそも、「姓」とは本来、単純な個人の称号ではなく、出生の系統を表示するものであるという原則を守るのであれば、「姓」の継承には実親子関係が存在しなければならず、姻族に過ぎない義理の父の「姓」に従わせるということは問題であろう。さらに、本人の意思に関係なく、父祖から受け継いだ自分の「姓」が変更されることが、果して本当にその子の福利に適するものであるかどうかは疑問である。

子本人も法院の許可を得て姓を変更することができるが、子本人が未成年者であり、または法定代理人が請求することができない場合には、七七七条（親族の範囲）の規定にしたがって親族または検事が請求することができる（同但書）。

五．養子の父系血統継承とその変化

（一）慣習法上の同姓同本養子制度

韓国の伝統的な慣習法上の養子縁組は、父系血統を受け継ぐ男子が祭祀を継承することを前提とした同姓同本の血縁者養子縁組である。すなわち、韓日併合後の一九一二年「慣習調査報告書」によれば、「朝鮮ニ於ケル養子ノ習ハ祖先及自己ノ祭祀ヲ行ハシムルタメ擬制ノ子ヲ作ル必要ニ出テタルモノニシテ養子ヲ為スハ畢竟祭祀者（養親死亡ノ場合ニ

付テ言フ）又ハ祭祀者タルヘキ者（養親生存ノ場合ニ付テ言フ）ヲ定ムルニ外ナラス故ニ祭祀者又ハ祭祀者タルヘキ者アルトキハ養子ヲ為スコトヲ得ス而シテ祭祀者タルコトヲ得ル者ハ男子ニ限リ女子ノ祭祀者タルコトヲ認メサルヲ以テ男子アルトキハ養子ヲ為スコトヲ得ス」[35]とし、当時の養子制度の目的は祭祀を継承するもので、男子に限って認められている。さらに、「養子縁組ハ男系ノ血族間ニノミ行ハレ男系ノ血族ハ常ニ同姓ヲ称スルコトヲ以テ養子ハ依然トシテ本姓ヲ称ヘ之ヲ変更スルコトナシト雖モ常ニ養親ト同姓ヲ称ス」[36]とし、養子になる者は、養親との同姓同本の血縁関係にある者でなければならない。[37]養子縁組の要件として「養子ト為スコトヲ得ル者ハ養親トナル者ト同列ニ在ル男系ノ血族タル男子ノ子ニシテ且男子ナルコトヲ要ス」とし、その例として「同父兄弟ノ子（男）其他男系ノ血統タル従兄弟、再従兄弟、三従兄弟、四従兄弟等ノ子（男）」を挙げて、「是レ一ハ男系ノ血統ヲ以テ親族ノ基礎トシ其断絶ヲ防ク趣旨ニ出テタルモノ」[38]であるとしている。かかる養子は、養子縁組の日より養親の嫡出子たる身分を取得し養親およびその血族との間に実子と同一の親族関係が生ずる。[39]

このような慣習法上の同姓同本の養子制度は厳格に守られて、それに反する異姓養子を縁組する場合に、一九〇五年の刑法大典五八二条の五項本文は「異姓の子孫を乞養して立嗣する者は、苔六十に処し、其子は本宗に帰させる」とし、刑法上処罰の対象になるなど、厳しく異姓養子の縁組は禁じられた。

（二）朝鮮民事令第一一条による異姓養子制の導入

朝鮮民事令の第四回改正により「朝鮮人ノ養子縁組ニ在リテ養子ハ養親ト姓ヲ同シクスルコトヲ要セス。但シ死後養子ノ場合ニ於テハ此ノ限ニ在ラス。婿養子ハ妻ノ家ニ入ル。婿養子離縁又ハ取消ニ因リ其家ヲ去ルモ家女ノ直系卑属ハ其ノ家ヲ去ルコトナク胎児生レタルトキハ其ノ家ニ入ル」（第一一条ノ二）という規定が新しく設けられ、異姓養子制

が導入された。異姓養子制の導入は、氏の創設制度とともに日帝の「内鮮一体」、「皇国臣民化」という同化政策を目的としたものである。(40)

異姓養子の一つである婿養子制は、終戦後、現行韓国民法が施行（一九六〇年一月一日）されるまでの韓国大法院（日本最高裁に該当）は、「婿養子縁組は倭政退却と同時に無効である」（大判一九四八年民上制三四八号、一九四九・三・二六、破毀自判）との判決を下したが、いかに婿養子縁組の導入について反発があったかをその判決理由から読みとられる。すなわち、「我邦古来の法典又は慣習上無子な者として養子を選定するには、必ず同姓親族でその子行に相当する者であることを要する。…（中間省略―筆者）…婚姻において同姓間は勿論異姓であっても至近族戚間の嫁娶を絶対不許である。それは、親属の倫綱を尊重し、親属相姦の定律と相須して乱倫を禁防するためであり、真実に人倫と礼儀を尊崇する我が国憲民風の精華である」とし、家族関係に関する慣習一般論を述べた後、本件において「往年倭政期間に所謂婿養子制度を盲従した者であることを知るべきであり、婿養子たる者は養子として同姓系統に不合致であるのみならず、妻父、媤父、養父および子、婿、子婦の名分を雑紊乱し、その結果、婚姻かつ養兄弟間嫁娶に帰属し、一大乱倫行為になることを未免する者である。このような蛮夷的婿養子制度は倭政退却と同時に自然消滅したことはいうまでもなく、それに依って成立された婿養子関係は公序良俗に違反するがゆえにその成立当初から無効である」と判示し、その婿養子関係を無効にした。

（三）民法上の異姓養子制度

このような婿養子制は、一九六〇年一月一日施行された現行韓国民法に引き継がれたが（八七六条一項「女婿にするために養子縁組することができる。この場合に、女婿である養子は養親の家に入籍する」）、一九九〇年一月一三日の民

法（家族編）改正で廃止された。その理由の一つは、婿養子制は日本の民法旧規定上のもので家制度のために受け入れたが、婿が養子を兼ねることは韓国人の法感情には合致しないということである。もう一つは、一九九〇年の民法（家族法編）改正により、戸主「相続制」が戸主「承継制」に変わったために（民法九八四条以下）、異姓の戸主承継も可能となり、婿養子にこだわらなくなったということである。したがって、韓国の伝統的な慣習法上の養子縁組は、父系血統を受け継ぐ男子が祭祀を継承することを前提とした同姓同本の血縁者養子縁組であったが、今日においては、それ以外の血のつながりのない他人同士の養子縁組、すなわち、「異姓養子」縁組が認められている（民法八六六条以下）。

問題は、異姓養子の場合に、その養子の「姓」と「本」については民法上の規定がないため、養親の「姓」と「本」に変わるのかということである。養子縁組後にも「姓不変の原則」にしたがって養子の「姓」は変わらないということが韓国人の一般的な意識である。[41] しかし、「入養（養子縁組）促進および節次（手続）に関する特例法」（「入養特例法」として一九七六年一二月三一日法律二九七七号で制定され、以後八回の改正を経て現在の法律名になっている）により縁組した養子（この法律によって養子になる者は、一八歳未満の要保護児童とされている）については、養親の希望があれば養親の「姓」と「本」を継ぐことができるとされている（同法八条一項）。

（四）特別養子制度の導入

二〇〇五年改正法は、親養子（特別養子）制度を導入して、「親養子は夫婦の婚姻中の出生子（嫡出子）とみなす」（九〇八条ノ三、一項）とし、法律上養親の嫡出子たる身分を取得することにした。したがって、親養子の姓については規定がないが、七八一条に基づいて養父または養母の姓にしたがうことになる。

親養子制度において注意すべき点は、一年以上の婚姻中である夫婦の一方がその配偶者の一五歳未満の親生子（嫡出

子）を親養子として縁組する場合（九〇八条ノ二、一項一号但書）には、夫婦共同ではなく単独で家庭法院に親養子縁組の請求をすることができるという点、また親養子の縁組前の親族関係は、親養子の縁組が確定されたときに終了するが（九〇八条ノ三、二項本文）、夫婦の一方がその配偶者の親生子（嫡出子）を単独で縁組した場合においての配偶者（親生子の父または母にあたる）およびその親族関係は終了せずに存続する（九〇八条ノ三、二項但書）という点である。

六．夫婦別姓制

「姓不変の原則」により、結婚しても「姓」は変わらない。先にも述べたとおり、「姓」とは、父系血統を表示（第七八一条一項）し、身分や戸籍の変動があっても変わらない血統を標識するものであり、これが古来より伝わる韓国の慣習法であった。したがって、「婚姻により他家に入籍しても、あえて姓を変えず、夫婦が姓を異にし、母子が異姓を称するのが通例」[42]とされた。夫の「姓」も妻の「姓」も、それぞれの父系血統主義思想の結果として、婚姻後も変わらないのである。このように、韓国における「夫婦別姓制」は、本来、「個人の尊重」や「男女平等」といった理念に基づくものではなかったが、今日においては、これらの理念にも合致するため、二〇〇五年の改正法においても「夫婦別姓制」は修正されなかった。

日本の場合には、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」（日本民法七五〇条）とし、韓国のような夫婦別姓制をとっていない。しかし、結婚した際に夫婦同姓か夫婦別姓を自由に選択できる「選択的夫婦別姓制度」導入について、法務省は一九九六年の法制審議会の答申を受けて、その法案化に着手し、自民党の推進派は、二〇〇二年と二〇〇四年に家庭裁判所の許可を条件に例外的に夫婦別姓を認める妥協案を法務部会に提出したが、了解

は得られなかった。野党は、同制度導入の民法改正案を一〇回以上国会に提出しているが、審議入りも難しい状況である。[43]家族や社会の枠組みの基本にかかわる制度の改正でもあり、大変重要な問題であると思われる。

七．同姓同本不婚の原則とその修正

（一）同姓同本不婚制の沿革

同姓同本不婚制とは、同一の「姓」および同一の「本」を継承する父系血族間における婚姻を禁止する制度である。この制度は、元来中国・周時代に始まり、漢時代に入ってはじめて確立した制度であるという。宗法制度が完成した周時代において同姓者は必ず同宗として、同族という支配的観念が同姓婚を禁じさせた。礼記の曲礼では「為其近禽獣也」[44]といい、同姓者間で婚姻することは禽獣に近く、人倫を紊乱させる、とされ同姓不婚原則を表明していた。明朝律である大明律（一三九七年）は「凡同姓為婚者各杖六十離異」とし、同姓間で婚姻した者はそれぞれ杖六〇の刑に処し、離婚させるという同姓不婚制をとっていた。韓国では、朝鮮時代（一三九二～一九一〇年）に入って儒教思想を建国理念として中国の大明律を朝鮮の法として依用することになり、それに従って同姓婚が徹底的に禁じられた。[45]朝鮮末期に至り、刑法大典（一九〇五年）の五七二条は「氏貫が倶同である人が相婚したか、または妾を娶した者は笞一百に処し、離婚させる」と規定し、同姓同本間の婚姻は処罰の対象になった。以来、同姓同本の父系血族間の婚姻が禁じられた。

二〇〇五年の改正前民法八〇九条一項は、このような同姓同本不婚制を継承して、「同姓同本である血族の間では、婚姻をすることができない」と定め、「同姓同本不婚制」をとっていた。

（二）同姓同本婚姻禁止の根拠

同姓同本の血族間における婚姻を禁止する根拠は、先に述べたように、伝統的には儒教思想による美風良俗や倫理的理由であり、優生学的理由が根拠となるのは終戦後ではないかと思われる。しかし、人口の激増、社会活動領域の広域化、道義・美風良俗の内容が変化したこと等により、一定の親等範囲外の同姓同本者間においては、倫理的・優生学的理由を禁婚根拠とする妥当性が失われている。さらに、禁婚の範囲を父系血統に限ることは男女平等の原則にも反する。また、その範囲が広過ぎることで、個人の重大な権利である婚姻の自由を蹂躙するという結果をもたらしている。

このように、親等数の如何を問わずに、同姓同本の血族間の婚姻を禁止する改正前の第八〇九条第一項については、制定当初から激しい賛成・反対の論議が展開され、その議論は最近まで続けられてきていた。その間に、同姓同本者間の事実婚の増大や、そのような内縁の夫婦間に生まれた子供を救済する必要性が重大な社会問題となり、国会は、そのような問題に対処するため、特別限時法を制定した。すなわち、一九七七年、一九八七年、一九九五年の三回にわたり、およそ一年限りの限時法（一九九五年法は一九九五・一二・二六・～一九九六・一二・三一・まで）として、「婚姻に関する特例法」という法律が制定され、その期間中は、同姓同本である男女間であっても、九親等以上であれば、婚姻届の提出を認めるという措置がとられた。

ところが、一九九七年七月、憲法裁判所は、同姓同本不婚規定である民法八〇九条一項を違憲とする決定を下し、「同姓同本禁婚規制は、人間の尊厳と幸福追求権を保障する憲法理念に反すると同時に、婚姻の範囲を男系血族に限定した性差別は平等の原則に反する」ので、「現行民法条項が改正されるまで裁判所および行政機関はこの法律の適用を中止する」ものとし、「立法府が一九九八年末までにこの条項を改正しなかった場合には一九九九年一月一日よりその効力を失う」（憲法裁判所一九九七・七・一六、九五憲ㄱ（ガ）六～一併合）とした。

（三）改正法における同姓同本不婚制の修正（近親婚等の禁止）

一九九七年の憲法裁判所の違憲決定により、同姓同本不婚規定（八〇九条一項）はその効力を失ったため、改正法は、憲法裁判所の違憲決定に従い、改正法八〇九条の標題も「同姓婚等の禁止」から「近親婚等の禁止」へと改め、同条一項は「八親等内の血族（親養子の縁組前の血族を含む）の間では、婚姻することができない」と改正された。したがって、今日においては、九親等以上であれば同姓同本血族間の婚姻が認められるようになった。

八．親生（嫡出）子の推定と嫡出否認の訴えの出訴期間

（一）嫡出子の推定

嫡出子推定に関する韓国民法八四四条二項は、日本民法七七二条二項と全く同じ内容を定めている。すなわち、「婚姻成立の日から二〇〇日後又は婚姻関係終了の日から三〇〇日内に出生した子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」と規定されている。

最近、日本では七七二条二項の嫡出推定の規定にかかわる問題として、生れた子の父親は誰かという家族制度の根幹を形成する法に起こった問題として激しく議論されている。しかし、嫡出推定の規定について韓国ではほとんど問題になっていない。というのは、この「婚姻成立の日」という民法規定の意味は、婚姻の申告の日であるが、事実婚成立の日も含むと解されており[46]、判例も同じ立場をとっているからであろう。すなわち、判例は「わが国の昔い慣習によれば、たとえまだ婚姻申告がなされていなくても、夫婦がいわゆる内縁関係になって同居生活をしている間に妻が懐胎した子の出生日が、その父母の婚姻申告の後であり、その間の期間が二〇〇日に満たなくとも、このような子は特に父母の認

知手続を踏まなくても出生と同時に、当然に嫡出子としての身分を取得する」（大判一九六三・六・一三、六二ㄉ（ダ）二二八）と判示している。もちろん、それを争う場合には、反証または嫡出否認の訴え（八四六条）によらなければならない。

（二）嫡出否認の訴えの出訴期間

嫡出否認の訴えの出訴期間について、韓国民法第八四七条は、日本民法七七七条と、全く同じ内容を定めている。すなわち、「…子の出生を知った時（韓国民法は〝日〟―筆者）から一年以内に提起しなければならない」と規定しており、外見上は全く同じ規定である。しかし、韓国の憲法裁判所は、第八四七条は以下のような理由から違憲であるという決定を下した（憲裁一九九七・三・二七、九五憲ㅂ（ガ）一四）。すなわち、「…その提訴期間は、あまりにも短期間であるか不合理であるため、夫が子の嫡出であるか否かに対する確信を有する前に、その除斥期間が過ぎてしまうので、嫡出否認の訴えを顕著に困難にするか、事実上不可能ならしめる。その結果、真実の血縁関係に反する親子関係否認の機会を極端に制限することにより、自由意思にもとづいて嫡出関係を否認しようとする夫の家庭生活と身分関係で享有する人格権、幸福追求権および個人の尊厳と両姓平等を基礎とした婚姻と家族生活に関する基本権を侵害することとなる。したがって、この法律条項は、立法裁量の限界を越えたものになるので違憲であるといわざるをえない」という。二〇〇五年の改正民法第八四七条一項は、上記の違憲決定を受けて「嫡出否認の訴は、夫または妻が他の一方または子を相手として、その事由があることを知った日から二年内に提起しなければならない」と改正し、今日に至っている。

ここで、日本民法では問題とされていない同じ規定が、何故に韓国では違憲と判断されたのかを探ってみる必要がある。すると、韓国には儒教的な伝統慣習により真実の血縁関係を極めて重視する「絶対的血統継承主義」とも言うべき

法文化が根付いているという背景があることを発見するのである。

九．非嫡出子（庶子）の法的地位

日本民法は、嫡出子と非嫡出子の法定相続分の差別を定めており（九〇〇条四号但書前段）、その規定が合憲であるか違憲であるかについて議論されている。一九九六年（平成八年）二月に公表された「民法改正要綱」でも、非嫡出子の相続分差別を廃止することが提案されたが、現在に至るまで法改正は進んでいない[47]。非嫡出子の法定相続分の差別規定につき、最高裁は憲法一四条に違反するものとはいえないとして合憲と判断している（最大決平成七．七．五民集四九．七、一七八九頁、最一小判平成一六．一〇．一四判時一八八四号四〇頁）。

韓国民法は、非嫡出子（庶子）の法的地位についての規定を設けていない。その規定がないということは、相続の場合に嫡出子の相続分との差別がないことを意味する。朝鮮時代の家族法は、儒教倫理に基づいて形成された慣習法であり、儒教の封建的家族制度の下では一夫多妻が公認されていた。したがって、庶子は、私生子（妾の子女）より、むしろ婚姻中の出生子に近いし、かつその父は庶子が自分の子であると主張することによる争が多かった[48]。民法上の認知制度（八五五条）は、民法が一夫一妻制を正式に採用することによってはじめて導入されたものである。

第三次改正（一九九〇．一．一三）の家族法は、嫡母庶子関係を認めていた。すなわち、「婚姻外の出生子と父の配偶者、その血族および姻族との間の親系と親等は、その配偶者の出生子と同一のものとみなす」（七七四条）と定めて、父の認知を受けた婚姻外の出生子と父の妻の間に彼らの意思によらず法律上当然に母子関係が生ずるという法定母子関係が認めていた。しかし、嫡母庶子関係が当事者の意思とは関係なく法定母子関係を成立させるということは、家父長

的制度の名残りであり、妾制度の残存物として、妻の人格に対する侮辱であるという理由で、その廃止が主張されてきた。一九九〇年改正法は、このような主張を受け入れて、嫡母庶子制度を廃止し、今日に至っている。したがって、今日における彼らの関係は単なる姻族関係に過ぎない。

＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊

以上に申し上げたものが、「韓国民法の特色」といえるか否かについて私自身も疑問をもっておりますが、思いついたいくつかの法律制度をとり挙げたことに過ぎませんので、ご了解お願い申し上げます。ご静聴有難うございました

（1）高翔龍、現代韓国法入門（信山社、一九九八）「はしがき」
（2）吉田邦彦、「日韓民法学の課題と将来」民法学における法と政策（平井先生古稀記念）（有斐閣、二〇〇七）三三頁以下。
（3）大村敦志、「日本から見た韓国民法学－日韓比較民法研究序説・再論」韓国民事法学会（二〇〇六・六・一六）
（4）尹大成、韓国民事法制史研究（昌原大出版部、一九九七年）、八頁。
（5）上掲書、五六～五七頁。
（6）上掲書、六六～六七頁。
（7）郭潤直、民法総則（博英社、二〇〇二年）、一二六頁。

(8) 詳細は、高翔龍、民法総則（法文社、二〇〇四年）二五〇頁以下参照。
(9) 朝鮮総督府、民事慣習回答彙集（一九二二年）、七三頁。
(10) 詳細は高翔龍、「宗中財産と名義信託」北大法学論集四九巻三号（一九九八・九）、二四三頁以下参照。
(11) 民事法研究会、民法案意見書（一九五七年）六七頁。
(12) 第二六回国会定期議会速記録（以下「速記録」と称す）第三〇号（一九五七年）六頁以下、民議院法制司法委員会民法案審議小委員会、民法案審議録、上巻（一九五七年）一一八頁。
(13) 「速記録」第四五号一九頁。
(14) 上掲書
(15) 「速記六」第四六号四頁以下。
(16) 洪性載「不動産物権変動と登記主義の課題」二一世紀の日韓民事法学（高翔龍先生日韓法学交流記念）（信山社、二〇〇五年）二七七頁。
(17) 「速記録」第三〇号六頁以下。
(18) 詳しいことは、高翔龍、「韓国家族法の大改革」ジュリスト（No. 一二九四）二〇〇五・七・一五、八四頁以下参照。
(19) 田鳳徳、「戸主制度の歴史と展望」大韓弁協誌一九八二・一〇月号、三二頁。
(20) 鄭光鉉、韓国家族法研究（서울大学出版部、一九六七年）、一三八頁。
(21) 詳しいことは、上掲書、一二五頁以下参照されたい。
(22) 上掲書、一二八頁。
(23) 「住民登録法」（制定一九六二・五・一〇法律一〇六七号、一部改正二〇〇六・三・二四法律七九〇〇号）は、住民を登録させることにより、住民の居住関係等人口の動態を常時明確に把握し、住民生活の便益を増進させて、行政事務の適正な処理を図ることを目的として制定された法律である。住民は同法に基づいてその居住地の管轄行政機関（例、市、区役所等）に一定の事項（姓名、性別、生年月日、世帯主との関係、本籍、住所等。同法第一〇条）について申告する義務がある（同法一一条）。
(24) 朴秉濠、「韓国の伝統家族と家長権」韓国学報一九七六・一輯、九二頁。

(25) 李勝雨、「韓国家族法上の戸主制度」二一世紀の日韓民事法学（高翔龍先生日韓法学交流記念）（信山社、二〇〇五年）、七八頁以下参照。
(26) 山田鐐一／青木勢津／青木清、韓国家族法入門（有斐閣、一九八六年）、一七頁。
(27) 慣習調査報告書、三四三頁。
(28) 李勝雨、前掲論文、八一頁。
(29) 鄭光鉉、前掲書（附録編）、三頁、四四四頁。
(30) 戸主制度全面廃止により「戸主」と「家族」で構成された「家」を単位とした現行戸主制（戸籍法一九六〇・一・一・法律第五三五号）の代わりに、二〇〇七年五月に「家族関係登録等に関する法律」（二〇〇七・五・一七法律八四三五号）が制定され、二〇〇八年一月一日から施行される。同法により戸主を中心とする家単位で戸籍を編制した方式から国民個人別で登録基準地にしたがい「家族関係登録簿」、すなわち、一人一登録簿に編制される。
(31) 第二五〇回国会、法制司法委員会会議録（以下「会議録」と称す）、第一四号（二〇〇四・一二・三）、一八頁以下（廃止賛成意見）、二七頁以下（反対意見）、参照されたい。
(32) 憲裁二〇〇五年二月三日、二〇〇一憲ㇵ（ガ）九・一〇、一一～一五、二〇〇四憲ㇵ（ガ）五。[決定要旨] ①憲法は、国家社会の最高規範であるがゆえに、家族制度が、たとえ歴史的・社会的産物であるという特性を有しているといえども憲法の優位から乗り越えることはできない。家族法が憲法理念の実現に障碍となり、憲法規範と現実との乖離を固着させることに一役買っているとすれば、そのような家族法は修正されなければならない。②戸主制は、姓の役割に関する固定観念を基礎とする差別であって、戸主承継順位、婚姻時の身分関係形成、子の身分関係形成において、正当な理由なくして男女を差別する制度である。かかる制度により多くの家族は現実生活と家族の福利に適した法律的家族関係を形成できず、様々な不便と苦痛を被っている。崇祖思想、敬老孝親、家族和合といった伝統思想・美風良俗は、文化的・倫理的側面において継承・発展させることができるものであるから、これらを根拠にして戸主制のような明白な男女差別性を正当化させることはできない。③戸主制によって、当事者の意思または福利とは無関係に、男系血統中心の家の維持と継承といった観念に根をおろした特定な家族関係の形態が、一方的に規定・強要されることにより、個人は、家族内において尊厳ある人格体として尊重されるのではなく、家の維持と継承のための道具的存在として取り扱われている。このことは、

婚姻・家族生活の運営方法を決定する個人と家族の自律的決定権を尊重せよという憲法第三六条第一項に適合しない。（以上は、筆者が主要要旨であると思われる部分をとりあげたものである。）

(33) 二〇〇〇年一一月現在、帰化姓を除いた固有の「姓」は二八六個、「本」は四、一七九個ある。二〇〇三・一・二九統計庁報道資料による。

(34) 第二五〇回国会「会議録」第二号三〇頁左段、法務部長官の答弁。第二五〇回国会「会議録」（公聴会）第一四号五頁以下、法務部審議官の陳述。

(35) 朝鮮総督府、慣習調査報告書、明治四五年（一九一二年）、三二〇頁。

(36) 上掲書、三二六頁。

(37) 朝鮮総督府、民事慣習回答彙集、一九三三年、一三頁。【七】養子縁組ニ関スル件「二・養子ハ男系ノ同一血族タル者ヨリ取ルコトヲ要シ而シテ男系ノ同一血族ハ其姓ヲ同シウシ且本貫ヲ同シウスル者ニ限ル」。

(38) 上掲慣習調査報告書、三二一頁。

(39) 上掲書、二七五頁。

(40) 姜恩和、韓国の養子制度に関する考察（東京都立大学大学院博士学位論文、二〇〇六年）、五二頁以下。

(41) 金疇洙、親族相続法（二〇〇三）四七八頁。

(42) 李光信、韓国民法上の姓氏制度研究（法文社、一九七三年）六頁以下参照。

(43) 選択的夫婦別姓制度導入に関する世論は、内閣府世論調査報告書「家族の法制に関する世論調査」（二〇〇六年（平成一八年）一二月）参照。二宮周平、「夫婦別姓」ジュリスト（No. 一三三六）二〇〇七・六・一五、一二頁以下。

(44) 金疇洙、前掲書、一〇二頁以下。

(45) 韓琫熙、家族法論集（韓教授停年記念、一九九九年）四〇一頁。

(46) 金疇洙ほか、註釈大韓民国親族法（日本加除出版社、二〇〇七）四四〇頁。

(47) 棚村政行、「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリスト（No. 一三三六）二〇〇七・六・一五、二六頁以下参照。

(48) 金疇洙、前掲書、二六五頁。

高民法学の紹介及び質疑討論

吉田　邦彦ほか

（一）高先生の略歴

吉田　邦彦（司会）　高翔龍先生、今日は本当に、北大によ うこそおいでいただきました（挨拶韓国語）。高先生の経歴を紹介させていただきます。

先生は一九三九年四月に、済州島（チェジュド）でお生まれになりました。一九六四年、成均館大学を卒業後、そこの大学院修士課程を終えられまして、東京大学に留学されました。東京大学で一九七一年修士修了、七七年に博士課程修了ということで、韓国の民法の先生の中で、東大の博士号を取られた最初の先生です。その後も、そうした方は、ほとんどいないということで、日韓民法学の架け橋のパイオニア的な存在であるということはよく知られていることと思います。

海外研究を終えられて、一九七七年にソウル市立大学にお勤めになられましてから、一九七八年には、母校成均館大学に戻られ、一九九〇年から二年間は、法科大学長、一九九二年から一九九五年までは、成均館大学の本部教務処長、そして二〇〇四年に同大学を定年退職なさって、現在そこの名誉教授です。また、二〇〇三年には、六四歳で、わが国の学士院会員にあたる韓国学術院会員とのことです。それから、東大を始めとして、いろいろ日本の法学部で非常勤講師を勤められておられましたけれども、現在は大東文化大学の法科大学院で、専任教員とい

いますか、看板教師として現役でご活躍中のところであります。

（二）高民法学の紹介――とくに、「借家権の承継」論文について

吉田（司会）　高先生については、二〇〇五年に信山社から『二一世紀の日韓民事法学』という大著が出されておりますけれども、その巻末に先生の研究業績というものが納められておりまして、これは本当に、読み上げておりますと先生の報告時間がなくなってしまうくらいたくさん、民法全体にわたるご研究がございます。それから、日本語の文献といたしまして、我々にとっての韓国法の導きの書として、『現代韓国法入門』（一九九八年）というものを信山社から出しておられます（さらに、『アクセスガイド外国法』（東大出版会、二〇〇四年）三三一頁以下〔高執筆〕も、注目すべき研究導入の文献です。また、本シンポ後に、『韓国法』（信山社、二〇〇七年）に接しています）。ここでは、この度先生を北大にお招きするに当たり、改めて読ませていただいた博士論文について、一言紹介させて頂きます。

東大でのドクター論文は、皆さんも良くご存知だと思いますけれども、法学協会雑誌九六巻三号四号、七号、一〇一巻八号（一九七九、一九八四）と、四回連載で「借家権の承継（一）～（四・完）」というタイトルで書いておられます。高先生は、来栖先生の指導、その後、星野先生の指導を受けられて、先ほど申しましたように博士課程を修了されました。「借家権の承継」と言えば、昔から論じられている古典的テーマで、しかし、借地借家法もまだきちんと対処できていない、①相続法理と②団体法理、それに、③借家権という居住権をどう見るかという問題の結節点ともいえる難問だと思います。この法協論文で、強く印象付けられることを申しますと、第一に、日本法研究者として取組まれ、しかもドイツ法、イギリス法を渉猟して、日本法のレベルを引上げる、本格的な力作論文を書かれていると言うことです（今日、外国人の研究者の論文スタイルとして、通常予想する日韓民法の比較法ではないところに、教授の意気込み、志の高さを感じますね。文章もネイティブと変わらない素晴らしいものです）。第二に、教授の基本的スタンスとしては、星野教授の家庭共同体説（星野英一・借地・借家法（法律学全集）（有斐閣、一九六九）五九三―五九六頁）をベースとしながら、比較法的研究によりその厚みを増し、さらに、単に団体法の問題（②）に解消するのではなく、居住権の特性（③）に眼を据えて、その社会権的性格から、個人主義的な相続法理に

制限を付する理論的根拠を究明されたところ（とくに、法協一〇一巻八号一二七五頁以下）が、オリジナルと言うことになると思います（「市民法」「社会法」という区分は、今日では余り使われず、私自身も、③について、「居住福祉」とか「人格的所有」ないし「商品化制限」というところから、その特性を引き出そうとしますが、問題意識は、共通するところが多く、そういう意味で、高先生のこのお仕事は、居住福祉法学の一環で捉えることができると見ています）。そして、日本の借家立法では、未完のプロジェクトですが、高教授は、この学問的成果を見事に自国韓国での立法に結実されました（大韓民国住宅賃貸借保護法（一九八一年法律三三七九号及び一九八三年改正（法律三六八二号））九条がそれです）。

第三は、民法解釈方法論として、当時支配的な方法論である日本のリアリズム法学ないし星野教授の利益考量論の影響を強く受けていることが指摘でき、それは例えば、借家権の承継の問題を具体的な問題（例えば、(a)延滞賃料の負担の仕方、(b)敷金返還請求権、(c)権利金返還請求権、(d)費用償還請求権、造作買取請求権、修繕請求権）に即して、実質的に徹底的に考えるというところに出ていますし、また、敷金の帰属を考える際に、誰が出捐したかを決め手とするという実質的な解釈論（同号一二一九頁）もその表れだと思います（民法四七八条に関連して、問題とされる預金者は誰かという問題について出捐を問題にするという発想〔これは、平井教授が判民報告で初めて説かれたと聞いています。さしあたり、加藤一郎＝平井宜雄編・民法の判例（第三版）（有斐閣、一九七九）の平井解説参照〕と類似していますね）。また、延滞賃料は、居住利益の反対給付なので、同居者（承継人）が責任を負うとするのが実質的に妥当だが、借家人死亡前の延滞賃料債務は、相続人が承継するが、借家権承継者も連帯債務を負うとし、解除には、両人への催告が必要だとし、それにより同居人が知らない内に相続人の賃料不払いで解除されてしまうという不都合を回避しようとされる解釈論（同号一二五三頁）は中々緻密かつ妥当で、教えられました。

思うに、星野方法論は、私も含めて、「空気」ないし「体質」のように沁み込んでおり、それを踏まえて、どう格闘するかが、後進の課題ですが、高先生は、見事に実践されているように思いました（居住権の理論的説明を付されるところは、利益考量論を超える側面があると私は見ています）。余談ながら、星野先生の「日本民法学の形成と課題」という論文講読の演習は、高先生が来日された時から始まりました。このゼミは、毎回当

てられた各報告者は、準備に一〇〇時間当てなければならないと伝え聞くハードなゼミで、ともかく重要なテーマの論文を網羅的に徹底的に読まされるものです。おそらく今日のマニュアル志向の強い学生からは、拒否されてしまうものかもしれません。しかし、この星野ゼミに何年も出ていると、大体「重要な」テーマについての重要論文を全て読破できて、研究者としての基礎訓練を与えられたように思いますし、何よりも論文を読む楽しさを教えてもらいました（「重要な」ということの意味は、比較法的に大きな論文の対象となるテーマということで、たくさんの条文のある民法について、根幹をなすテーマとそうでないテーマとを振り分けて、そのような意味で「立体的に」民法を見せてくださったのもこのゼミの大きな効用だったと思います。例えば、先生も評釈などで書いておられる民法九四条二項類推適用、九六条三項、あるいは、「相殺と差押」などのテーマは、「一見華々しく論じられているけれども実に矮小なテーマだ」といわれたことなども強く記憶しています）。

段々横道に逸れて、星野ゼミの紹介のようになって来ましたけれど、私は、この星野先生の論文ゼミに四回出させていただいて、多いほうだと思っていましたが、高先生は七回だということで（星野英一・前掲『二一世紀の日韓民事法学』「序文」vii頁）、これには本当に脱帽で、改めて先生の勉強振りに敬意を表している次第なのです。このように、星野先生の薫陶を受けられて、韓国の代表的な民法研究者である（ソウル大学の郭潤直教授などと並ぶ両雄とのことです）ことは、私のほうから申し上げるまでもないことでしょう。

（三）高民法学形成の背景など

留学されて東京の滞在が長期に及びまして、その頃は、今と違いまして、韓国も独裁政権の頃でした。また先生は済州島のご出身で、小さい頃に「四・三の悲劇」があり、その騒動が隣村まで来ていたということで、少し違っていたら、高先生もどうなっていたかわからないということだったようです。それから、全斗煥（チョンドファン）大統領の時には、韓国の全南（チョンナム）（全羅南道（チョルラナムド））の光州（クワンジュ）の悲劇もございますし、それから、先生のドクター論文の最後のほうで、以下のように書かれてあります。「昭和四三年に東大に外国人研究生として留学した際に、たまたま東大紛争に遭遇し、研究室を利用できなくなった。私に対して、人間としての勇気と学問への道を教示され、その後、修士課程・博士課程までご指導くださった」と来栖先生・星野先生への謝辞が書か

れているのです（同号一二九〇―九一頁）。東大の法研で、同時期に勉強された（私の隣におられる）瀬川信久教授は、もっと高先生の当時のことをご存知だと思いますが、ことのほか、独裁政権期の韓国からの日本留学は、大変だったと推察しますし、帰省などもままならなかったことでしょう。

なお先生から、北大での講演として私がお聞きしたのは、ほぼ一〇年前（一九九六年）、「韓国における法意識」のお話（法学会報告）で、先生が、単に解釈論オンリーではなく、法社会学なども広く研究の視野に入れておられることをそのとき強く感じましたし、前掲『現代韓国法入門』では、憲法にも分析は及んでいます。先生の幅の広さは、今井先生を代表とする科研のグループとして北大でその後報告してくださって、北大法学論集に投稿しておられるもの（「光復（解放）から半世紀が過ぎた韓日関係の視角」北法四七巻五号（一九九七）、「韓国法の歴史」同四八巻四号（一九九七）、「宗中財産と名義信託」同四九巻三号（一九九八）、「韓日両国における権利能力なき社団」同五一巻六号（二〇〇一）を見ても分かります。

また、先生がとても情に厚い方であることは、衆目の一致するところで、あるとき先生が、「韓国では、一度親しくなると、家族のように親しくなるのです」といわれたことを印象的に覚えています。私は、近時は、しばしば韓国を訪ねるのですが、ソウルに参った時には、奥様ともどもとても丁寧に私のような若輩にも接して下さいます。他方で、何年か前に、戦後補償ないし強制連行について、論文を書きました（吉田邦彦・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（有斐閣、二〇〇六）第八章（初出二〇〇一～二〇〇二））ときにも、「吉田さんが初めて論じてくださったですね。皆韓国では、そのように思っているのです。」といち早く反応し、励ましてくださったのも、先生でした。いつも、気を遣われて、遠慮がちに接しておられる先生にも、「きちんと筋道を通す」という韓国人の側面をお持ちであることをそのとき垣間見る思いでした。

今日は、非常にお忙しいところを無理にお願いしまして、自由に先生の設定されたテーマでお話ししていただこうということで、私のほうからは、例えば、「韓国民法の四〇～五〇年」というような感じで、先生の民法研究のことをお聞きできればと思っていました。そして、今お忙しい中を、完全原稿を持ってきてくださいまして、報告してくださるということで、非常にその真摯な姿勢に感銘を受け、頭が下がる思いであります。

それでは、インフォーマルな会合でございますので、自由に進めて行きたいと思います。私が長々と紹介するよりも、先生

のご業績は『二一世紀の日韓民事法学』をお回しいたしますので、皆さんご覧ください。それでは、先生よろしくお願いいたします。

高　翔龍　ただ今紹介を受けました高と申します。このたび、吉田先生・瀬川先生・鈴木先生・それから、大先生でいらっしゃる五十嵐先生の前で、こういう貴重な場でお話することができることを光栄に存じます。

先ほど吉田先生からのご紹介もありましたが、一九九六年に北大のほうに参りまして、法意識という観点から、韓国法を紹介したことがございます。それをきっかけにして、今井先生、今日ご参加の鈴木先生と一緒に、日韓法文化研究会で三年間付き合わせていただいたことがございますし、二〇〇四年一〇月から大東文化大学法科大学院で（日本法との）比較法を担当しておりまして、自分なりに日本の法文化を理解しているつもりであったのですが、日頃、韓国と日本の異なる法文化に気付くことが数え切れないほどでございます。

（中略）

（四）入会団体と男女差別・日韓比較

吉田　高先生、ちょっと、お話の途中ですけれども、今の点〔入会集団と男女差別〕でお聞きしたいのですけれども、私は原告の一人仲間美智子さんという方と会っているのです。日本の最高裁（最判平成一八・三・一七民集六〇巻三号七七三頁）は、杣山訴訟において、男女平等論で男子孫要件は九〇条で無効としましたが、世帯主要件は問題にしなかったわけですね。世帯主は事実上男性ですから、それがあるせいで訴えている人は、仲間さんも含めてほとんど負けてしまったのですね。一見、最高裁判決は、憲法一四条なり二四条なりで男女平等の理念を実現したように見えるのですけれども、実質的に救っていないという問題があります。それで、僕は、民商法雑誌の評釈（一三五巻四＝五合併号（二〇〇七））でその批判を書いたのですけれども、最高裁は、そういう問題があることすら議論していないのですね。その点韓国大法院（二〇〇五年七月二一日判決）では、ソウルの近郊の似たような事例で、世帯主要件のようなものがあって、それを違憲としたのでしたら、韓国のほうが日本より先に行ったなと思うのですが、その点、如何でしょうか。

高　その点については、私は評釈を読んだだけですので、また後でお教えください。

（中略）

吉田　日韓の法文化の違いが本当に盛りだくさんに含まれた貴重なお話をどうもありがとうございました。山畠正男先生も来られましたので、是非、いろいろな方面からの議論をお願いします。

様々なホットなテーマが含まれておりますけれども、順序を問わずどの方面からもご自由にご議論して下さればと思います。それから、韓国民法の成文を私はここにもっておりますけれども、例えば、改正された八〇九条はハングル文字で書かれていますが、それ以外の大体のものは、漢字でも書かれていますので、読み易いと思います。参照してください。それではどなたからでもお願いします。

（五）不動産登記の状況

五十嵐　清　私のこれまでの考えを訂正する必要があるかどうかについて、質問したいと思います。不動産物権変動のところで、韓国民法は形式主義を採用したとされています。従来の私の考えでは、韓国では登記が余り普及していないし、これからもしないだろうという前提に立つと、そういうところで形式主義を採用すれば、面倒な問題が起こるだろうと思っていました。不動産の売買契約が結ばれ、代金の支払いも済み、目的物の占有も買主に移転したけれども、登記が移転されていない場合には、形式主義では所有権が移転しないので困るのではないかと思っていたのです。ただ、先年、韓国の民法学者が日本語で書いた論文を見たところ、韓国では、登記が移転しなくても所有権の移転が認められるという判決がでた、というような紹介がありました。それは、そうだろうと思っていたのですけれども、今日の高さんのお話だと、韓国では、登記が普及していて、もはやそのような問題が生じず、問題は登記に公信力を認めるべきか否かというところにしかないということのようですが、そのような理解でよろしいでしょうか。

高　現行韓国民法では、法律行為による不動産所有権の移転は、必ず移転登記をしなければその効力は生じません（一八六条）。従いまして、登記しない限り、売買による不動産所有権を取得することができません。売買による不動産所有権の移転登記なしに所有権が認められている場合があるとすれば、旧民法時代に取引された不動産の所有権、時効取得による不動産の所有権取得（二四五条一項）（特に国が相手の場合、国の財産になっているものにつき、昔から自分のものであったとして時効取得が認めることがあるわけです）、種々の特別措置法に基

づく所有権取得などの場合がありますが、結局、所有権移転登記をしない限り、保護されません。

「韓国では、登記が普及していて、もはやそのような問題が生じません。」と申しましたのは、言い過ぎかも知れません。先ほど申しましたように、私が所有している故郷にある土地について未だに自分の名義にしていない有様ですが、地方に行けば、所有権移転登記をしていない事例がかなりあるといわれています。その理由につき二点ほど申しますと、ひとつは、二〇年、三〇年前に不動産を買い受けた買受人が所有権移転登記をしようとする場合に、売渡人の協力を得なければならない（共同申請主義）。しかし、売渡人が亡くなっているような場合には、その（共同）相続人の協力を必要としますが、所在が把握できない場合が多く、結局、所有権移転登記をできないまま今日に至る事例が多いということです。もうひとつは、法律制度が意思主義から形式主義へ転換したにも拘らず、地方（主に農村）の人々の登記の必要性に関する意識が薄いということもあります。

今日においては、主に都会を中心に、大部分の買受人は自分の名義で登記をしており、印鑑証明書などの偽造による所有権移転登記を巡る訴訟は、あまり生じていない。このことは、登記の公信力を認めるか否かの問題と関連するものと思われます。登記の公信力に関する立法論が議論されている理由のひとつでもあります。

五十嵐　いま手元に資料がないので、後日お答えします（追記：前述の論文は、金疇洙「韓国民法の現状と課題」韓先生還暦記念『現代民法の課題と展望』韓国、一九九四年、一三五五頁以下にあります）。

瀬川　信久　今、「国との関係での所有権」とおっしゃいましたが、形式主義というのは、AがBに所有権を移転するときに、AからBへ登記を移さないと移転できないということだと思います。ここでは二つの問題があります。一つは、所有権を移転したときに登記をする意思や慣習が無いと形式主義は機能しないという点ですが、もう一つは、Aさんが登記を既に持っていないと移転できないのに、Aは実は前の人から貰ったもので登記は前の人にあるので、Bに移転するためにAの登記をしなければならない、そのためにAの所有権をどう証明するかという問題です。

そこでちょっとお聞きしたいのですが、国との関係では所有権を証明すれば登記が備えられるというのは、どのような趣旨でしょうか。つまり、登記がなければ所有権が移転しないとい

う形式主義はAからBへの移転の問題ですが、いまお話しなのはAまでの登記の問題で、形式主義の前提問題であるように思えるのですけれども。

高　国との関係が非常に多いのは、植民地時代の初期に実施された土地調査令（一九一二年）によります。同法令によりますと、土地所有者は所有地等を一定期間内に土地調査局に申告し（四条）、査定を受けなければならず（一五条）、もし、土地所有者がその申告をしなかった場合には、結局、土地は朝鮮総督府に帰属し、日本国有財産になる。終戦後、その土地は韓国の国有財産になってしまいました。このような場合、その当時に所有地を申告しなかった土地所有者の子孫（相続人）は、国を相手にして祖先所有の土地であることを立証（例えば、売買契約書）し、所有権移転登記請求を訴えることができる。もし立証できない場合には、時効取得（韓国民法二四五条一項）による所有権移転登記請求を訴えることができる（韓国国有財産法三条二項但書）となっているのです。

先ほど、瀬川さんが説明した、現在Aという人が実際に所有しているにも拘わらず、自分の名義になっていない、その前の人に登記がある場合は、非常に難しいです。先ほど申しましたように不動産登記法は共同申請主義を採っていますので、前の人を探せない、探しても人（共同相続人）が多くて印鑑証明書などをもらえない場合に、特別措置法によって簡単な手続によって自分名義にできることになりました。

瀬川　問題がよくわかりました。関連して、税金はどうなっているのか教えてください。日本の場合、今は登記簿に基づいて固定資産税を課しています。昔は、税金は土地台帳に基づき、所有権移転の登記とは切り離されていたのですけれども、明治初年に地券を発行したときには、課税制度と登記制度を繋げていたと思います。外国でも歴史的には両者をつなげていた場合が少なくありません。先ほどの話だと、何十年も固定資産税（土地保有税）を払わない人がたくさん居るということなのでしょうか。

高　詳しくは調べていないのですけれども、土地の場合は土地登記簿というものがありますが、市や区役所には実際誰が土地の所有者であるのかというものがあり、そちらが税金用の帳簿（土地台帳）になります。そこでは自分のものになっているけれども、土地登記簿が自分の名義になっていないということがかなりあるようです。登記簿は土地管理ではないので、現在持っている人におそらく税金はかかっているでしょう。詳しくは区役所に聞かなければわかりません。

（六）戸籍廃止の背景

鈴木　賢　家族法のほうで質問があります。戸主制度が、違憲であるという判決がでて廃止になりました。その背景として、戸主制度は、そもそも韓国固有の制度ではなく、日帝の天皇制的家族国家主義理念を、植民地同化政策として、韓国に強制移植させ、体系化をはかったものであるという解釈が為され、従って、こういう理解が背景にあって廃止されるという風にお書きになっています。それと、注三〇で、家を単位とする戸籍法が廃止となり、個人を単位とする登録制度に変わるというようにお書きになっています。これについて、この間、青木先生にも、世帯単位の戸籍制度も日帝からきたものであるから韓国固有の制度ではないという理由で、個人単位の編成に変わることができたのだという説明を聞きました。

この両者に共通する説明は、高先生だから伺えるということもあるのですが、いささかレトリックではないかという気がするのです。すなわち、廃止を主張する人たちが、それを実現させるために、そういうレトリックを使っているのではないかという気がするのですけれども、高先生は如何思いますでしょうか。

高　ある面、そういう気持ちがあります。と申しますのは、先ほど申し上げたように、もともと戸主制、戸籍法は漢文化から入ったものです。しかし、偶然ではありますが、もとより戸主という家父長的な風土があったわけですから、韓国の一般国民の抵抗はまったく無かったわけです。戸主制度は、言葉の上では日本のものですが、実際はそうではないということで、儒教を中心として、政治家は徹底的に守っていくということなんです。ということから、この「日帝…」はおそらく女性団体からの理由付けというように思います。しかし、戸主制度は日韓併合の時代の産物であるといわれたら、それは大変なことであろうが、戸主制度は韓国伝統のものとして意識し、守ってきたために今まで来たものです。これをもって一般人の反日の感情が出てくるわけはありません。まったく韓国のものであり、韓国の法と言って良いと思います。

鈴木　戸籍制度は、日本でもずいぶん議論があって、廃止までは行きませんが、個人別に編成すべきだという議論があって、やはり戸籍筆頭者を決めなければなりませんから、そこにジェンダーの権力関係が反映されて、要するに夫が戸主になるということが女性の従属性を生み出しているという議論があります。韓国の場合、これが実現できたのは、他方で、身分証明制

度があって、個人に番号がついていますよね。これがあるので、国家が家族単位で把握する必要がないからだという議論があるのですが、日本にはそれがないのですよね。住基ネットが入れられましたけれども、あの番号でアイデンティファイする人はほとんど居ませんから。まったく空中に浮いています。

日本が個人単位にするということは、韓国とは少し状況が違うのかなという気がするのですけれども、身分証明があるということと戸籍の廃止は関係があるのでしょうか。

高　それは、全く関係がないと思います。といいますのは、日本でも最近は年金の問題などで、背番号みたいなものを考えても良いのではないかという議論もあるようです。背番号は、個人の番号を意味していますが、韓国の場合は、住民登録法によって個人が全員違う固有番号を持っています。この趣旨は、本来国民がどこに住んでいるかということを把握するためにあるわけです。

私も、自分の電話番号を忘れても自分の住民登録の番号は覚えております。しかし、政府は私の住民登録番号で、私についてのあらゆる情報を得ることができます。それで、家族単位として把握する目的と個人のすべての情報を得る住民登録とはその目的が異なります。戸籍制の廃止は、戸主制の廃止に伴うものですが、その廃止の主な理由は現行戸籍制度が男女平等の原則に反する制度であるということです。

鈴木　身分証明をする時に、日本では戸籍謄本を持っていったりするわけですが、韓国では、番号があるので、それが必要ないわけです。戸籍が果たしている役割が、やはり日本とは違うような気がするんです。従って、日本だと、戸籍を動かすというのは大変な問題になるのですけれども、韓国では番号があるので、戸籍をなくしてもあまり困ることはないのではないかという気がするのです。

高　しかし、おそらく戸籍も番号制になっていますから、自分の個人番号を渡さなければ、戸籍謄本を取ることは、実際は難しいと思います。その人の家族がどうなっているかは戸籍謄本が必要になります。また、両親が誰なのか、本貫がどこにあるかなど、家族関係は戸籍に載っています。ということで、戸籍制度は必要であると思いますが、廃止されてしまいました。しかし、新しい家族関係登録法も、本貫・結婚関係などを書く欄があります。

鈴木　戸籍も重要な身分関係を表すということですね。

（七）日韓の法文化的異同――登記、血縁主義、筋論（個人主義、男女平等、法的責任論）

吉田　それでは、幾つか私のほうから感想とか質問をさせていただきます。今日の先生のお話における問題意識というのは、日韓の文化的な相違を深いところから明らかにされたいということですね。

そして、例えば、①名義信託のところで、第三者の善意悪意を問わず、第三者が保護されるとありますけれども、登記の捉え方が影響しているのかなと思いました。日本の場合は、物権変動と登記については意思主義＋対抗要件主義ですから、どうしても、第三者が、実体について認識していたら事情は違うのではという発想に繋がりやすいのだと思います。それが形式主義の場合は――実態として必ずしも正しい登記を反映しないのは日韓共通だと思いますが――建前が登記主義であれば、悪意の第三者でも保護するという、やや正義に反する結論に繋がりやすいと思います。このような結果の違いは、登記の捉え方が違うところが効いているのかなと思いましたが、この点はいかがでしょうか。

また、②家族法の領域で、日本も、大なり小なり、欧米と比べて血縁主義が強いと思います。韓国は儒教思想もあるのでしょうけれども、姓へのこだわりが、先生のＤＮＡの印としての姓という捉え方にも示されているように、家族関係における血縁の持つ意味が日本以上に絶大だということを痛感しました。その分、反面では、欧米におけるような、人為的な親子関係の思想が弱いのではないだろうかと思います。他方で、子供の虐待とリンクさせて、里親制度や養子縁組の問題とか、児童養護施設という議論があるわけです。また、最近は特別養子縁組制度ができたようですけれども、わが国でも一九八七年にできましたがその実例は非常に少ない。山畠先生を前にしてこのような説明をするのは、憚れますけれども…。韓国は日本以上に少ないのかなと推測するのですけれども、それについて教えていただきたいというのが第二点です。

③それと、韓国での議論では、筋論とか名分（ミョンブン）とかいいますか、また、筋を通す（タジダ）ということも言われます。それが日本では本音と建前を使い分けますけれども、韓国では筋を通すのが強いのかなと思います。男女平等論でも、それに立つ人はとことんやってしまって二〇〇五年の最高裁（大法院）判決に繋がり、あるいは個人主義を徹底して、個人が一つの籍になってしまうという、これもやはり日本よりは、

先を行っていて、個人番号云々というコンテクストも違いますし、これに対して、わが国では、婚姻家族観といいますか、核家族を単位する戸籍のイメージから、ただちに、個人単位まではなかなか行きにくいのではないかと思います。今は、制度改革の嵐の時代ですから、どうなるかわかりませんけれども、そのあたりは少し違うように思いました。

今日の話では触れられませんでしたけれども、私は来週、韓国に行き慰安婦の方とお会いしてきます。従軍慰安婦問題で問われた、道義的責任ではなくて法的責任、それと相俟つ形での謝罪がなければ受け入れないという、それも「筋を通してほしい」という、韓国の人独特の妥協を許さないという姿勢が出ていると思います。最近、大沼先生が、アジア女性基金を発足させた趣旨などを書かれておりますが（大沼保昭・「慰安婦」問題とは何だったのか（中公新書）（中央公論社、二〇〇七））、なかなか、そこのところで、折り合いが難しいのかなと思います。また今、手元に読んでおります本で、朴さんは韓国人の立場を本質主義（エッセンシャリズム）だとして批判的に分析されています（朴裕河・和解のために（平凡社、二〇〇六）八一頁）。その辺のコメントもよろしくお願いします。

以上三点です。

高　朴さんは、いわゆる、非常に韓国を批判する人です。あの人は少し変わっているので、あれをまともに受け取ったら大変なことになると思います。

①については、まず、不動産登記の捉え方なのですけれども、私は、名義信託の場合も、取引の安全と言うところから、見ていくべきではないかなと思います。そういうことで、形式的に自分名義になっているから処分権があるということは、果たしてその根拠はどこにあるのか。信託法とも違うし、内部的・外部的所有権という古い理論になって、権利というものは性質上分けることができないものだと思うわけです。そうすると、この外部的所有権ということは、物権法定主義にも反するというものであるわけで、結局、登記を信頼したのか否かというところから見るべきなのではと思います。日韓民法の議論にあるように、表見代理でこの問題を見るべきだと思います。あるいは日本民法九四条二項の問題も出てきます。取引の安全のために登記を信頼した場合にどのように保護するかにつき、解釈論上その根拠を示さなければならないと思います。そういう前例の歴史に立って登記を見るべきであると私は話をしているわけです。これは、判例と全く違う立場なのです。判例はこういう見方をいたしません。

吉田　先生の発想は、我々にとって馴染むものです。むしろ、韓国の判例の立場が異様に移るのです。それがどこから来るのかということです。

高　どこから来るのかわかりません。植民時代に朝鮮高等裁判所もこのようなケースは無かったです。事例があってもこのような判決は無かったです。

吉田　処分権利と登記とが関連しているわけでもないのですか？

高　ありません。最初の判決の趣旨は、信託法の法理に従って、と書いてあります。そして、信託法理が何かは書いていません。これを探してみれば、いわゆる譲渡担保の法理なのです。韓国では、売渡譲渡担保には、（第三者が保護されるためには、第三者の）善意が必要であると、朝鮮高等裁判所で出ているわけです。それとも違います。

吉田　無知をさらけ出すようですけれども、譲渡担保についての日本における米倉先生の議論のように、実質に即して担保的に構成するという議論は弱いのでしょうか。

高　現在では、譲渡担保は、担保権と言いますが、抵当権と同じように構成する法律構成が、通説となっております。

吉田　それは形式とずれていても、実質に即した構成をするということですか。そういう柔軟性があるのに、他方では、硬いのですね。

高　それから、二番目（上記②）との関連で、家族の養子縁組の話ですが、特別養子縁組制度は二〇〇五年の改正民法で採用されましたが、「同姓同本」の養子を絶対的な原則とした儒教的父系血統を重んじている韓国で、どのような意味があるのかは疑問であります。同姓同本でない他人の子を縁組する場合には、最初から婚姻中に生まれた子として出生届をする場合がかなりあるといわれています。この場合、判例は「当事者の間に養子関係を創設しようとする明白な意思があり、さらに、その他に縁組の成立要件が全て具備されている場合において、養子縁組届出のかわりに嫡出子の出生届出があった場合には、形式的には多少の誤りがあっても、縁組の効力があるものと解するのが妥当である」（大法院一九七七・七・二六、七七ダ四九二全員合議体判決、大判集二五巻二輯民二一一頁）とし、いわゆる「無効行為の転換」（民法一三八条）理論を持ち出したわけです。二〇〇二年度の統計によりますと、同姓同本でない子の縁組は一六八件に過ぎない（二〇〇三年度司法年鑑八九〇頁）ということは、このことを間接的に物語っているものと思われます。

吉田　こうした場合に無効行為の転換を認めるところは、日本より柔軟なわけですね。もっとも、その前提として、同姓同本でない――欧米では通常の――養子縁組が少ないことはよくわかりました。

高　韓国の場合は、非常に養子縁組は厳しいです。

吉田　「藁（わら）の上からの養子」の養子縁組への転換の例は多いのでしょうか。

高　どのくらいかは分かりません。先の判決は無効の転換の典型的な例です。しかし、その実態は把握することが非常に難しい。と申しますのは、出生届をした後に引越ししてしまうからです。引越しして、自分の子どもだということを外部に示したいということでしょう。今でも、そういう思想（意識）が根強いですので、やっぱり、養子縁組は非常に厳しいです。

吉田　里親というのはないのですか？

高　それがですね。一〇年前のことですけれども、米倉先生の養子制度研究会がありまして、それで参加し発表したことがあります。その時、日本の場合は、養子縁組よりも里親の場合が圧倒的に多かったという記憶がありますが、韓国の里親例は、余りないです。自分の血統でないという排他的意識です。

ペットの犬は好きで大切に育てますけれども、他人の子供は育てません。韓国の血統重視の意識です。

吉田　日本で今、『春のワルツ』というドラマをやっているのですけれども、それで、孤児になった子どもを親同様に育てるというのは、今の先生のお話だと例外的なのでしょうか。

高　例外的な事例だと思います。アメリカ人は障害者を養子縁組にするので、感心します。偉いと思います。韓国人にとっては、自分の子ども以外を養子縁組して家族として世話をすることは難しいです。

吉田　虐待児童はどこにいくのですか？

高　児童相談所です。

吉田　児童相談所ではあふれかえっているのでしょうか（わが国では、児童養護施設の「子どもの居住福祉の充実」という捉え方は、まだまだ弱くて状況も悪く〔先日、ゼミ生とともに、札幌の南藻園という施設を見学してきて、その点を痛感しました〕、そのしわ寄せとして児童相談所に多くの児童が収容されているという事態になっていますが…）。

高　韓国での虐待児童は、多く施設で生活しています。

吉田　第三番目（上記③）の本質主義についてお願いします。

高　名分の問題ですか？これは儒教思想から来たものだと思います。儒教は両班の階級のものです。名分（筋）を命と同じ

ものと考えます。名分が無ければ絶対に受け入れられません。慰謝料なども個人的になら名分がないということになります。堂々と、日本の政府がやるのであれば受け取るかもしれません。

吉田　アジア女性基金の大沼先生も、そのあたりをいろいろ説明されておりますが、見誤られた感じがしますよね。

高　大沼先生のお気持ちはわかります。本当にその気持ちがわかっても、名分がないということです。これが儒教思想なんです。

吉田　ありがとうございます。司会者自らがいろいろ聞いてしまいました。どうぞ若い人、何かありませんでしょうか。自己紹介を兼ねて順番にどうぞ。

（八）戸籍と男女不平等論

和田　美江　いろいろ興味深いお話をありがとうございました。特に、家族法に興味がありました。先ほどの鈴木先生のご質問に関連してお伺いしたいと思います。戸籍をなくしたのは、男女不平等だということでした。鈴木先生は、戸籍が無くても個人番号があるということが理由となっているかもしれないとおっしゃっていましたが、私は、戸籍が男女不平等だといわれるには、戸籍を使うことによって現実に女性が不利益を蒙っている具体的な例がいろいろあるように思います。その具体例を教えていただきたいと思います。

高　それがあまりないのです。こういう筋です。不利ということは、戸主といういわゆる長男家の家父長思想に関するのですね。戸主相続制ということになりますと、長男が戸主を相続します。そこで娘だけですと、本能的に男を産もうとするので、多産の傾向になる。従って、人口が増えすぎました。そういうことで、三人以上生まないようにと現実的に住宅政策、保険や税金などで現実的な人口抑制政策がとられることになりました。

（この問題を抜本的に解決しようと）女性団体は男を産むためにこのように人口が増えたと主張された。そして女性団体の反対により、一九九〇年度改正によって、戸主相続制度から戸主承継制度になりました。これによって、必ず、長男が相続をするということはなくなったわけです。

従いまして、長男は戸主相続権を放棄できない戸主相続制度が改正され、任意の承継制度になって、長男は戸主相続から解放され、家の相続を長男が放棄できるようになりました。男子がいない場合には女性が戸主になれます。しかし、優先的に男

子から承継する順番になっていたので、どうして、男が優先的に承継するのかというのが、女性団体らの反発もあって問題になり、現在は「戸主制度」自体を完全に廃止することになります。

何が不利になるかというと、戸主になれば、居住指定権、後見人になる権利などがありますが、家族に対する扶養などの義務だけが残ったわけです。従来の長男の相続は一＋二分の一でした（五〇％加算）。なぜ長男に五〇％加算されるかというと、長男の責任が重く、親がなくなった場合、親代わりになって自分の大学をあきらめても、兄弟姉妹を大学まで行かせ結婚させる助けをし、自分の役を終わらせる。祭祀の継承もあった。そうすると、祭祀を共同にしようとしても、他の兄弟は共同に協力しない。現実には長男に義務のすべてが残っていて気の毒である。長男が祭祀の奉仕も全部行うことになっている。これらの行事を行うのは長男の責任です。法律の上で解放されても事実は従来どおり拘束されています。

吉田　山畠先生なにかコメントありませんか。

（九）婚姻の無方式の再考の余地？——離婚の場合の日韓の相違

山畠　正男　条文を今見ましたら、八一二条の婚姻の成立方式が従前と変わっていないようです。私の記憶では、養子を除いて、離婚も離縁も同じ成立方式だったように思います。日本民法は、特別養子と未成年養子を除いて、婚姻、縁組、離婚、離縁を全く共通に扱い、共通の成立方式にしている珍しい立法例です。どこが珍しいかと言うと、とくに婚姻の場合、成立方式に公的関与（挙式）を伴わないということが珍しいわけです。韓国も同じなのですが、書面での届出となっています。中国はそうではありませんし、台湾も変わったように聞いていますから、韓国と日本ぐらいにしかない非常に珍しい立法例ということになります。

一二〇年前の日本民法ですから、当時は、役所に出向くのは恥ずかしい人もいる、とくに妙齢の婦人は行かないものだということで、郵送を含む書面届出にしたのですが、一二〇年後の今日そんなことは通用しないわけで、現在、もし改正するとすれば、日本民法でも、ここは当然変わるはずです。

韓国は、せっかくの二〇〇五年の家族法改正に際して、なぜ、

世界にもまれな婚姻の成立方式を変えなかったのか。中国は一三億人の人口でも、出頭登記主義を取っているわけです。書面届出による成立方式によると、他の立法例においては考えられない婚姻や縁組が成立することになります。たとえば、出頭主義であれば不可能な死刑囚との婚姻とか養子縁組とかが日本では行われています。今の場合、成立はするが効力はどうなるかという問題も起こってくることになります。

世にも珍しい制度を維持されたのは何故か。韓国が変えてくれれば、日本民法の改正の契機にもなると思ったのに、なぜ怪しむことなく書面届出を維持されたのかということをお聞きしたいのです。

高　これについて、特に、疑問に思わなかったわけです。

山畠　どういう形で、書面届出をするのでしょうか。

高　書面というものは要式主義でして、区役所に行ったら様式があるので、それに書いて出せば本人でなくてもいけるわけです。婚姻届の場合は、効力は、それを受理した時から発生することになります。

ただ、離婚の場合は違うことになります。離婚の場合は、裁判離婚は日本と大体同じですが、協議離婚の場合は、離婚の意思確認制度があります。裁判離婚の場合は調停を通しますが、協議離婚の場合は、裁判官の前で意思を確認しなければなりません。その趣旨は冷静に考え直せということです（うまくはいきませんが）。裁判官の前で意思確認をしてそして、意思確認証書（有効期間三ヶ月）をもって区役所にいかなければなりません。

私は、それは意味が無いのじゃないかと思いますが、ただ、女性の団体のほうは、その期間をもう少し伸ばせという主張があります。女性を批判するわけではありませんが、実際はあまり考えていない主張があるのではないかという気がします。

吉田　確認ですが、今の離婚における裁判所による意思確認＋届出ということですが、一九六〇年の当初の家族法では、日本と同じ立場だったのですか？

高　そうですね。これが、一九七七年の民法改正によって採用された制度です。ただ、出頭しろというとあまりうまくいかないと思います。

山畠　ただ、日本も韓国も同じだと思いますけれども、本人の知らぬ間に他人が届出るという婚姻も起こりうるということですね。

高　そうですね。これは、絶対無効です。

山畠　裁判で無効手続をわざわざとらなきゃいけない。他人

が勝手にやったことなのに。そういうことは、出頭主義では起こらないのでは？

高　でも、それは非常にまれなことであるとは思うのですよね。そのために、出頭主義をとるのでしたら…それは大変です。

山畠　でも、その届出主義自体は異例ですよ。日本と韓国と台湾（そうであるどうかわからない）くらいのものです。一三億人の人口の中国でも役所に出頭しているのです。

高　ああ。そうですか。日本も、韓国も、ずっと便利ではないですか（笑）。

山畠　便利というよりも、婚姻には公的セレモニーを必要とするという考え方からすると、どこにもそれがないわけです。中国でも、欧米の挙式に比べると、簡単な登記をするだけですが、結婚式や結婚パーティの時に、登記証を掲げて参会者にみせたりしています。公的なセレモニーは結婚自体のもっている成立要素の重要なものだと思うのです。それが、書面の届出だけでよいというのでは、出生や死亡の届出と同じでないですか。

それは違うというので、報告的届出と創設的届出に学者は区別するわけですけれども・・。しかし、形式そのものは全く共通です。

高　ああ。そうですか。

吉田　今、セレモニーの話がでましたので、――先ほどから、問題となっている法的なセレモニーの枠にとらわれずに――伺いますが、韓国では、約婚式（ヤッコンシク）（婚約式）という伝統があるとのことで、日本よりも立派にやるのでしょうか。また、結婚式（キョロンシク）はもっと盛大にやるのですか？

高　最近、判例にも婚約して履行しなかった場合に、損害賠償を認めたものがでております。私は、結婚するときは婚約式を盛大にやったのですが、今は、やっているところは、ほとんどありません。私の長女もやっておりません。

これは強制ではありません。婚約というものは要式主義ではありませんから。それに大変な行事です。ですから、ほとんどしません。

吉田　私自身は、お聞きしたいことが山ほどありますけれども。順番にどうですか。高さんどうですか。

（一〇）相続分の定め方について

高　**影娥**　大変勉強になりました。家族法のところで先生のコメントをお聞きしたいと思います。昔は、韓国特有のところがあったと思いますが、今は、改正を重ね、西欧に近いもの

になっていると思います。最近、法定相続分のところで、日本のように配偶者には二分の一で、残りを子ども達で均等に分けるというような改正案が出されたのを見たのですけれども。それについて如何思われますか。今は、法定相続分について、配偶者は一・五で他は一です。それを日本みたいに配偶者が二分の一で他は、残りを分けるという案をみたのですけれども…。私には、その改正案の趣旨がいま一つ理解できないのですが。

高　なるほど。配偶者（主婦）は、あまりに過酷な家事労働です。教育させる、家を守るは、ほとんど主婦がやっています。それで、配偶者（夫）がなくなった時に半分をあげるというのは賛成です。現在配偶者は子どもの一・五倍ですが、どうして、韓国の女性団体は二分の一を要求しないのかなと思っていました。それが法律案として出てきたというのであれば、それは通るのではないでしょうか。今の勢いからすれば。意見としてでたのですか。法案としてでたのですか。

高（影娥）　確か、昨年二〇〇六年七月二日に民法改正案としてでたと、結構前の記事で読んだのですけど（追記：この改正案は二〇〇七年の部分改正においては反映されていない）。

高　その点はどうして主張しなかったのかなと思っていました。しかし、韓国の場合の問題は、日本も同じだと思いますが、生存配偶者と子どもとの関係が複雑になる場合があります。母親が亡くなってしまって、年をとった父親が、財産目当ての若い女性と結婚すると、父親が先に亡くなれば、その配偶者が財産の半分を持っていってしまうということを考えなければなりません。但しこれは例外ですので、例外のために、改正がされないということはないと思います。私は、基本的に反対しません。

（一一）離婚後の子どもの監護

吉田　離婚の場合の子どもの監護の話ですが、昔は、男親が引き取るという法律もありましたよね。それが今は変わり、先生も先ほど七八一条との議論との関係で、母親が引き取って…という話をされましたが、実態として、そのような例が多いのですか？日本ですと母親が引き取る例が圧倒的に多いのですが。

高　それが、今までは、父親に力が無くても、父の血統主義を重んじるということで、父親側の対外的な監護権が裁判で認められていました。しかし、最近はそうではありません。誰が子どもの世話をするのかお互いに協議し、協議できない場合は

裁判所に要求しますが、最近は子どもの時は、やはり子の福利のためにということで、母のほうに養ってもらうということが多いです。

吉田　実数としても、母親が監護する場合は、多いのでしょうか？

高　まだ統計は出ていないと思います。

（一二）韓国の離婚の多さの背景

吉田　韓国の離婚率が高いということでしたが、確かに日本以上ですね。どうしてでしょうか。

高　それは、最初一九九〇年の民法改正で、離婚の際に、日本と同様な財産分割請求権を認めたわけです。それは慰謝料と違うわけなんですよね。家事労働の場合は、財産分割は五〇％には及ばないが、最低三〇－四〇％の間で認めたわけです。それで急にこの時期に離婚率は高くなったという理由があります。日本でも年金関係で、今年から非常に離婚が増えるという見通しがあるようなんですけれどもどうなるでしょうね。そういう事情でしたが、その後また変わりまして、今は当事者本人らは、結婚自体を再検討しているようなんですよね。結婚に拘束されたくないという意識が変わっているようです。なぜ、独身者が結婚しないかということですが、結婚の必要性の有無を考えているということです。だんだん結婚というものが必要でなくなっているということです。女性は社会進出しているので、働いて生活をすることができる。どうして夫の面倒を見なければならないのか、子どものために自分を犠牲にしなければならないのかということで、結婚自体に疑問を持っているということが、若い人たちの意識です。むしろ最近は、それが非常に強く働いていると思います。

吉田　離婚に対するスティグマというか、マイナスのイメージは変わっているのでしょうか。

高　離婚の専門ではありませんから、良くは分かりませんが（笑）。マイナス面も、子どもがいれば、子どもがかわいそうですけれども、嫌だったら離婚してもいいのではないのでしょうか。結婚と言うものは、男性にとっては便利ですけれども、女性にとっては便利ではないわけです。如何にして男から解放させるかという意識が非常に強いです。

最近、結婚する人はかわいそうだなと思います。状況が変わってきていますよ。吉田さんの適齢期の頃は、結婚するのがいい時期だったと思います。

吉田　以前に米倉先生が、アメリカにおける離婚思想として愛情至上主義をクローズアップされたことがありますが（「アメリカの離婚」比較法研究四七号（一九八五））、高先生のお答えを聞いていると、女性の主体性・自立性ないし愛情本位に考えるという韓国での原理志向のようなものを感じますね。

（一三）韓国における血縁主義の強さと代理母、人工生殖、嫡出否認訴訟

水野　吉章　博士課程の水野です。先ほど吉田先生からも、血縁主義が強いということについて確認があったと思うのですけれども、それとの関係で、質問させていただきます。血縁主義が強いということになると、自分のＤＮＡを持った子どもが欲しいというような考えが強いような気がいたします。

高　その通りです。

水野　そうなると、代理母を使ってでも子どもを作りたいというニーズも出てくると思います。それと、更に、先ほど、話があったのですが、血縁集団というものが結構な力を持っているようなイメージを受けました。そうなると、身内の女性に産ませようということを考えたりするような方向に行ってしまうような気がいたしますがそこのところはどうなのかと思いました。他方で、お話によれば、個人主義的な男女平等の意識も強いと言うイメージを受けました。

要するに、血縁主義と、個人主義の緊張の中で、代理母の問題はどのように議論されているのかということをお伺いしたいと思いました。よろしくお願いいたします。

高　代理母関係は詳しくは知りませんが、まず、自分の子どもを持つためには、不妊治療（体外受精）を盛んに今やっているようです。非常に苦労して生む場合がかなりあります。養子縁組すれば良いですが、しかし、それはしないということなんです。子どもができない場合の代理母ということになりますが、今のところそれはあまり聞いたことはありません。

歴史的には、両班の間で似たようなことは行われていました。両班の家で、子どもが居ないということになると、妾をとるわけにはいかない。そうすると、本妻、或いは、夫の母が、子どもだけを生んでもらうために女性を連れてくるわけです。代理母ではなく妾です、妾に子どもを生ませ、その人に一生暮らせる畑などを与える、そして追い出していくというような「チョップ（そばめ、妾）」が、かなり、行われていました。ドラマ化されて、ヨーロッパで大賞をとった映画もあります。代理母で

はなく夫が直接自分の子どもを生ませるものでした。

代理母は、医学が発達した段階のものですが、今は日本のようには議論していないですが、これからはおそらくでてくる問題だと思います。

血縁主義は、嫡出子の嫡出否認の訴えに関する考え方にも現われています。子どもを出生した時から三ヶ月以内に否認の訴えをしなければならない（韓国民法八四七条）ということで、これは日韓同じです。日本の場合は、期間が問題にならないんですよね。日本では、後になって、自分のＤＮＡを持つ子どもではないとわかれば、自分の子どもでなくても育てますよね。韓国の場合は、韓国民法第八四七条が、憲法違反になっています。この規定が、父の基本権――自分の血統を持つ子供を育てる権利――を侵害する規定であるということになっているわけです。そういうことで、自分の子どもでないということを知った日から二年間は訴えができるという新しい条文を設けています。出生してから三ヶ月以内ということであれば、だいたい、自分の子どもだと思いますよね。それが、三年四年とたち、血液型が違ったり、大きくなると自分の子どもではないと分かった場合、訴える方法がないということで、この改正によって訴えることができるということになったわけです。非常に厳しいです。如何に血統主義を重んじているかということを物語っている例です。

（一四）個人主義と血縁主義とのディレンマ

高　これは個人主義との関係ですけれども、そういう風にしながらも男女平等ということを重ねていくわけです。来年から施行される戸籍謄本をなくす類のものは、個人主義に向かった段階に入ったと思いますが、しかし、個人主義といっても、血縁関係は今でもあらゆる面で一番強いです。例えば、就職の場合も、国会議員になる場合にも、最初は血縁です。その次は、地縁（地域）、そして、学縁です。この三つの基礎がなければ、法律的な意味ではありませんが、非常に不利だということがあります。

これは非常に悪い影響なのです。結局、個人主義に行けばよいのです。口では個人主義、平等と言いながらも、実際はそうではないという矛盾があります。例えば、「高」という氏名のある人に会ったら、親族のように親しみを感じて他人とは思わないということです。高さんに聞いてみましょうか。私をどう思いますか。親戚みたいでしょ。それとも他人ですか？

高（影娥）　いえ（笑）

高　韓国で血縁関係といえば、祖先が同じであるという意味ですぐ信頼して、親しくなる。血縁の間では信頼が裏切られることは案外無い。ここは非常に矛盾したところですね。一方では個人主義・平等といいながら、他方で、血縁を非常に重んじています。血縁は否定できません。これは六〇〇年以上続いていますからね、これから変わろうとしたら相当な時間が流れなければならないと思いますね。

（一五）宗中について

池田　雄二　修士二年の池田と申します。時間が押し迫ってので、一点に絞ります。宗中という血縁団体に関して、資料の中に「宗中という血縁団体が初めて法律上登場したのは、日本植民地時代が始まって（一九一〇年）間もない一九一二年（大正元年）の土地調査令（制令二号）による」とあります。宗中は韓国にもともとあった慣習なのでしょうか。

高　それは韓国に伝統的な血縁団体です。家族法というのはすべて慣習法ですから、法律に宗中が登場する以前については、如何にして調べるかということですが、「宗中、門中」を書いた、「族譜」という名簿を調べることになります。これが何冊もありまして全部書いてあります。僕の祖先を調べようとすれば、ここに全部書いてあります。これが一つの大きな血縁団体（同姓の）です。これでは余りに広すぎるので、同姓と本貫というものに分けるわけです。同姓（苗字）というは、二〇〇〇年度現在、姓は二八六個ですが、本貫は、四一〇〇ほどあります。

吉田　台湾から来られている黄さん、自己紹介されますか。

黄　浄愉　修士一年の黄です。今は家族法の扶養の問題（特にその相続との関係）について勉強しています。先生のお話で、韓国では、戸主相続制が承継制へ、さらにはその廃止へという変遷があったのですが、それに伴って扶養に関する法制度の変化があったのかどうか、もしこのあたりで注目すべき動きがありましたら、教えていただきたいのですが…。宜しくお願いいたします。

高　先ほど申しましたように、二〇〇五年の民法改正前には、戸主は家族に対する扶養義務があったのですが、戸主制度の廃止とともにその義務はなくなりました。しかし、長男（戸主）の法律上の扶養義務がないといっても、実際上家族を扶養する義務があり、その義務を果していることには変わりがないのです。

吉田　さて、高先生とは今日の研究会は、五時までというお約束だったのですが、もう一時間近くも超過してしまいまして、四時間以上話し続けて下さっています。どうもありがとうございました。非常に内容も盛りだくさんで、もうこれは夜までいくらでも議論できそうです。

高　いえ。八時の飛行機ですから（笑）。山畠先生、最後までどうもありがとうございました。

＊　＊　＊

（付記）本シンポジウムは、二〇〇七年七月二六日に、北大法学会及び北大民法理論研究会の共催で行われた。討論の活字化に当たっては、水野吉章氏、和田美江氏（ともに北大大学院法学研究科博士課程）の尽力によるところが、大きかった。記してお礼申し上げる（吉田邦彦）。

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇〇七年九月二〇日（木）午後一三時三〇分より
「再生的クローンと治療的クローンの法的許容性」

報告者　ヘニング・ローゼナウ
（アウクスブルク大学教授）
出席者　七名

本報告は、本誌次号にて掲載予定である。

講　　演

競争秩序における債務法

―― フランス法からの考察 ――

ミュリエル・シャニィ
（ベルサイユ＝サンカンタン・アン・イヴリンヌ大学教授）
訳／吉　田　克　己（北海道大学教授）

はじめに

最初に、私をこのシンポジウムに参加するようお誘いくださり、競争法という、私がとりわけ愛情を注いだテーマ(1)を再考する機会を与えてくださった関係者の方々に御礼申し上げたい。そして、今、愛情にかかわる打ち明け話をしたのであるから、私は、この方向で話を続けようと思う。その際に思い浮かべているのは、……ある結婚、フランス流のある結婚である。流通業の二大ブランドが、正規に結婚することになった。この理性に基づく打算的な結婚によって、われわれは力を統合した。販売の力と……購買の権力である。いまやわれわれは、われわれの供給業者からの友好的な振る舞いを期待している。皆様も結婚のプレゼントが何であるかはご存知のはずである。新婦に贈られる結婚祝いの費用を分担するというのは、慣行ではないだろうか。

事態は、次の２つのうちのいずれかである。１つは、皆様が自発的に新婦を美しいと思い、新郎を魅力的と思って、われわれとともに婚

(1) M.CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Dalloz, coll. Nouv. bibl. th., vol. 32, 2004. 本稿における以下の議論は、同書を踏まえたものである。

礼を祝い、すすんで分担金を支払うという可能性である。もう１つは、皆様がそれほど気前が良くなく、なかなか「うんと言わない」という可能性である。その場合には、私は、皆様がわれわれの商店との取引によって実現している取引高の大きさについて注意を喚起し、また皆様が出し惜しみをする場合には、われわれはそれを記憶に止めることができることについて皆様の注意を喚起しなければならない。そして、要するに一言でいうならば、われわれは皆様とできるだけ早く手を切ることになるということである。

以上のすべては、言うまでもなく、夢に属することである。私は大規模販売業者のトップにいるわけではないし、だからそのような結婚をできるわけでもない。しかし、このようなタイプの行為がなされたとすれば、それは、供給業者、とりわけ大規模業者の購買の権力の前で不均衡な状況に置かれている小規模供給業者にとっては、まったく悪夢というものである。

以上とは別に、力関係の不均等性はまた、まったく反対の方向で作用することもある。自動車販売の総代理店がその取引高のすべてを一流メーカーとの取引で実現しているという場合を考えよう。そのような総代理店は、契約相手方である一流メーカーとの関係では、手足を縛られて、その意のままになっているという感覚をときおり抱くことがある。このように、事業者が契約相手方との関係で劣位の状況に置かれるという事態がありうるのであって、それは、例外的な事態ではない。この不均等性は、契約において具体化する。すなわち、力関係において劣位にある契約当事者にとって不利な契約条件が課されるのである。

その時から、事業者にとって保護が必要であるという考え方が地歩を占めるようになる。しかしながら、債務法によって提供される保護は、事業者を満足させるにはあまりにも僅かでしかない。そこで、事業者は、立法者に訴えたり、競争法のような特別法に訴えることになる。そして、この要請は、多くの場合、聞き届けられる。このようにして、外国法や欧州共同体法とは異なり、フランス競争法は、広い射程をカバーするものとして構想されるのである。

フランス競争法は、言うまでもなく、市場の良好な作動を保全するための規範を含んでいる。これらの規範を、反競争的行為に関する法

（droit des pratiques anticoncurrentielles）または自由競争に関する法（droit de la libre concurrence）と呼ぶことについては、異論がないと言ってよい。しかし、それだけではなく、フランス競争法はまた、「契約関係の公平および均衡」[2]の確保、換言すれば経済行為主体の保護を目指す雑多な諸規定を含んでいる[3]。フランス競争法に独自性を刻印するのは、しばしば競争制限的行為に関する法（droit des pratiques restrictives）と名づけられる競争法のこの側面なのである。この独自性は、一連の雑誌論文や博士論文を通じて、学説によって批判されている。学説は、真の競争法への注意を喚起している[4]。それによって、誤った競争法に属するものへの異議をより説得的にしようというわけである。

フランス競争法のこの特徴は、しかしながら、学説の批判にもかかわらず、なおしぶとい生命力を保っている。「君の作品を百回織機にかけよう。」フランスの立法者が、厭くことを知らない不断の努力の勧めであるこの成句に従うという決定をしたのは明らかである。大規模販売業者と供給業者との関係に関心を払いつつ、フランスの立法者は、競争制限的行為に関する法を絶えることなく手直しし、豊富化してきたからである。改革が相次ぎ[5]、競争特別法は、量を増し、豊かさを増している。

このような特別規範のインフレーションに直面すると、債務法に競争秩序の中で果たすべき役割があるのだろうかという疑問が湧くであろう。実際、個人間の関係に関する法、「利己主義的利益にかかわる法」[6]が、どのような点において、市場において一般利益のなかで実現される

---

[2] これは、競争法の改革を定める1996年７月１日の法律の表題に含まれている表現である。

[3] したがって、競争法は、最も広く受け入れられた表現に従えば、「十分ではあるが過度にわたらない競争を確保することを目的として、競争活動において経済主体に適用される法規範の総体」を含むのである。

[4] たとえば、参照。L. IDOT, “L’empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat”, RDC, 2004, p. 882.

[5] とりわけ重要な法律として、1996年７月１日の法律、2001年５月15日の法律、2005年８月２日の法律などがある。

[6] H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, et F.CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Les obligations*, 9e éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, p. 3. no1 et 2.

集団的現象である競争を把握することができるのであろうか？　特別法の出現自体が、そしてさらにはその発展が、債務法が競争秩序に介入する点で不十分であること、さらには完全に不適格であることを証明しているのではないだろうか？　さらに、不十分性であるどころか、債務法は、競争秩序にとって有害なものとして現れることすらありうるのではないか？　そうである以上、疑問はますます強まることになる。契約は、競争を破壊し否定する道具の１つではないだろうか？　もしそうであるなら、私の話は、急転直下、結末に向かい、ここで終わることになろう。

しかし、そんなことはまったくない。まったく逆なのであって、皆様をここでお誘いしたいのは、民法学者による一種の巻き返し、あるいは債務法の復権なのである。

債務法の役割は、今日においても、無視しうるものではない。それはさらに、将来について、この学問領域にその力量のすべてを発揮させることを望むとすれば、増大することすらありうるであろう。一般法として、債務法は、特別法の進路を制御し、その範囲を限定するための道具であることを任務としている。それだけではない。債務法は、特別法がそこから着想を得るべき模倣の対象でもあるのである。すなわち、債務法は、同時に、特別法の――量的な――限界を画し、かつ、その――質的な――モデルを提供する。その点に関する展開は、実定法に照らしてなされることになるが、それだけではなく、将来を見通した考察を組み込み、また発展の展望の示唆も合わせてなされるべきである。

このように、債務法は、特別法の欠缺に対処することができるだけではなく、同様に特別法の具体的諸欠点を緩和することもできる。すなわち、債務法は、競争法が存在しない場合には、自ら競争の規制を確保するとともに、競争に関する特別法に存在するさまざまな欠点に対処することができるのである。

それゆえ、債務法は、まず競争特別法の代替物として考察され（Ⅰ）、次いで競争特別法の補完物として考察される（Ⅱ）。

Ⅰ　競争特別法の代替物としての債務法：競争法の欠缺への対処

債務法は現在においてすでに、競争特別法の代替物としての性格を示している。というのも、特別の規定がない場合において、債務法は、競争の調整を確保するからである（A）。他方で、未来を予測するという観点から言えば、債務法は、競争特別法の後退を可能にするであろう。債務法は、競争特別法の限界を画するからである（B）。

A　競争を調整する道具としての債務法

債務法は、疑いもなく、競争を調整する１つの道具である。実際、債務法は、一方で競争を抑制するが（１）、他方で競争を活性化するのである（２）。

１）競争の抑制装置としての債務法

判例は、民事不法行為責任から出発して、まず不正競争禁止理論を、次いで寄生行為（parasitisme フリーライド）禁止理論を打ち立てた。それは、競争の自由の行き過ぎを抑制するためであった。

不正競争訴権(7)は、固有の名称を持っているとはいえ、寄生行為を理由とする訴権(8)と同様に、民法典第1382条および第1383条に定められる、フォート（faute）に基づく不法行為責任にその基礎を置いている。

換言すれば、その成立のためにフォートの存在を示すことは必要であるとしても、フォートの種類は問題にならないのである。単なる軽率や懈怠で足り、いかなる意図的要素も要求されない(9)。

フランス国内法や欧州共同体法を起源とする立法的介入が増大するのに比例して、これらの訴権の領域は縮減されてきた。しかし、それでも、その領域はなお広大なものである。特別の法文がない場合には、競争の

(7)　とりわけ次の判決を参照。 Com. 17 oct. 1984, sté. SOGIDEC c / sté Presse Alliance, D. 1985, somm., p. 383, obs. Y.Serra.

(8)　次の判決を参照。 Paris 18 mai 1989, Parfums Ungaro c / J. -J. VIVIER, D. 1990, p.340, note L. CADIET ; JCP. E 1989, II, 15611, no3, obs. J. AZEMA ; D. 1990, somm. p. 75, obs. Y. SERRA.

(9)　この点に最近言及する判決として、参照、 Com. 3 mai 2000, SA Minoterie Saint-Vincent c / Moulins du Pacifique sud, CCC Juil. 2000, no111, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

自由の行使において事業者に課される諸義務を定義する役割は、判例に帰することになる。裁判所の判示によれば、「競争は、1つのゲームであって、他のすべてのゲームと同様に、公正（loyauté）という一般的な義務にその基礎を置いている」(10)。この公正義務への違反は、民法典第1382条および第1383条の観点におけるフォートを構成する。

公正の要請は、競争者間にかかわるだけではない。最近では、それに加えて、「経済生活へのすべての参加者間における公正義務」が問題になっている。「それらの者が利得目的で行動する以上」、そのような義務が問題になるのである(11)。経済的寄生行為禁止の法理は、もともとは、事業者の名声を保護するために構想されたものであるが、それは、とりわけ、ある事業者の行為で、その者と競争関係にはない他の事業者を害する性格の行為を対象にしている。この法理は、この点で、不正競争訴権に関する理論と区別されるのである。判例によれば、この法理は、「ある経済主体が、他の主体の努力やそのノウハウからいかなる出費もなしに利益を得ることを目的として、他の主体が通った跡に浸入する行動の総体」に関係している(12)。その適用領域は、技術の模倣さらにはアイディアの模倣ケースにまで拡大されてきた(13)。

不正競争および寄生行為というこのローマ法務官法的・衡平法的構成は、民事責任の規範的役割に特有のものである。この構成は、競争行為に対する適切なコントロールを可能とする。ただし、このコントロールは、過度に拡大されないことが必要である。過度にわたるならば、自由競争に対する侵害をもたらしてしまうからである。

---

(10) 前掲注(8)の Paris 18 mai 1989, Parfums Ungaro c / J. -J. Vivier. 参照（香水瓶の模倣ケース）。

(11) Ph. LE TOURNEAU, “De la spécificité du préjudice concurrentiel”, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque des 24-25 oct. 1997, Université de Perpignan, RTDCom. 1998, p. 83., spéc. p. 88.

(12) Com. 26 janv. 1999, sté Canavèse et a. c / sté les Mûrisseries du Centre, D. aff. 1999, no154, p. 508, obs. C. Emery ; D. 2000, p.87, note Y. Serra.

(13) Com. 30 janv. 1996, SA Fleurs éclairs c / Office néerlandais des produits laitiers, D. 1997, p. 232 et s., note Y. Serra ; D. aff. 1996, p. 257. （事案で問題になったのは、広告のコピーである。）

場合による競争の行き過ぎを抑制し、事業者を保護するために、さらに、契約法のテクニックから出発して、合意に基づく競争制限が考えられてきた。契約上の約定については、名称はさまざまではあるが(14)、２つの基本形態を区別することができる。それは、経済的行為主体によって追求される目標と結びついている。すなわち、一方では、競業禁止条項（clause de non-concurrence）によって、厄介な競争者となりうる者を排除することが可能になる。この条項は、単純に一定の職業活動行使を禁止するのである(15)。他方で、排他条項（clause de l'exclusivité）によって、その債務者は一定の活動を禁止されるわけではないが活動の態様を制限される。排他条項は、第三者との間で一定のタイプの合意を締結することを妨げるからである。排他条項は、そのようにして、その受益者に対して競争者に対する優位性を確保する。換言すれば、前者の競業避止条項による制限は、その債務者に対して「なさない債務」を課する。「競争を控える」ことにかかわるわけであるから、これは重大な債務である。後者の排他条項による制限は、「排他条項の債権者と契約を締結するという『なす債務』および排他条項の債権者の競争者と契約を締結しないという『なさない債務』」を同時に含んでいる(16)。

競争に対するこれらの制限には、その多様性を超えて、――われわれが関心を持つのはこの点であるが――共通分母がある。契約という民法典第1134条第１項に基礎を置く起源を持っているという点で、すべて共通しているのである。同条項に基づいて、「適法に形成された合意は、

(14) 営業再開設禁止条項（clause de non-rétablissement）は、競業禁止条項の一つの特別な種類である。この条項は、ある営業の譲渡人がその契約相手方と競争関係に立つような営業を再開しないことをその相手方に誓約する約定を意味している。再加入禁止条項（clause de non-réaffiliation）は、契約後の競業禁止を定める条項の一種のミニチュア版で、債務者に競争すべてを禁じるものではないが、競争関係にある営業標識で一定の名声を獲得しているもの（を使用するグループ）に加入することを禁止するものである。

(15) 競業禁止条項は、債権者によって展開されている経済活動と競争する形で、債務者が経済活動を行うことを禁止する条項と定義される。

(16) Y. SERRA, Rép. com., V Concurrence (obligation de non-concurrence), 1996, p. 2, no1 et p. 3, no15.

それを行った者の間で、法律に代わる」。これらの競争制限の支持体として役立っているのは、契約上のテクニックなのである。そうである以上、債務一般法が、少なくない部分について、競争の契約的制限を規律し、「競争法の１つの法源(17)」を構成していることは、何ら驚くべきことではない。

競争の契約的制限は、一方当事者の経済的自由を侵害するものではあるが、債権者にとっては有用性があるので、判例は、契約自由の名においてその有効性を認めている。判例は、他方で、その制度内容とりわけ違反の場合のサンクションを明確にしている。それが有効であるとされた時点から、競業禁止条項は尊重されなければならず、その違反は普通法の文言に従ってサンクションを課されなければならない。債権者は、契約不履行に対するすべての救済手段を、少なくともそれが可能であるときは、利用することができる。違反の被害者となった契約当事者は、不履行の抗弁の提出、契約解除の請求、損害賠償の請求等の手段を認められ、必要がある場合には、契約に挿入するという配慮を行っておいた違約罰条項を援用することができる。さらに、その者が、現物形態での履行を選択することもできるということは、当然のことである。これらの救済と競合して、共謀した第三者がいる場合には、その不法行為責任を追及することも可能である。

他方で、契約当事者が何の定めも置かなかった場合であっても、裁判所は、しばしば法律上当然の競業禁止義務の存在を認めている。

契約の一方当事者に課されるべき競争禁止に関して契約が沈黙しているとしよう。それによって重大な経済的結果が生じうるというのは、本当のことである。その点を納得するためには、いくつかの例を挙げるだけで十分である。莫大な投資を行った事業受託者を考えてみよう。その者は、事業委託者が競争行為を行うならば、重大な損害を被るであろう。同様に、過半数の株式に伴う参加権を取得したものは、旧株主および譲

(17) Y. SERRA による表現。Y. SERRA, “Les fondements et le régime de l’obligation de non-concurrence” in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque des 24-25 oct. 1997, Université de Perpignan, RTDCom. 1998, p. 7 et s., spéc. p. 8.

渡された会社の旧経営陣の競争に直面するならば、これらの競争行為に対して予め防衛措置を講じておかなかったことを後悔するであろう。

判例によって採用された基礎づけの１つは、民法典第1134条第３項である。この規定によれば、合意は、「誠意をもって（de bonne foi）履行されなければならない」。この考え方のいくつかの現れを実定法上に見出すことができる。たとえば、会社持分の譲受人は、しばしば公正義務に助けを求めることができた(18)。この義務は、商事供給契約においても同様に参照されている。ある裁判例によれば、事業委託者である供給業者で、「その被供給者である販売業者に対して損害を与えるような新たな競争条件を作り出したもの」は、契約の履行を誠意をもって行う義務を懈怠したことになる(19)。同様に、事業受託者である販売業者は、その契約相手方に対して、公正義務を負う(20)。

以上のように、契約当事者は、また同様に裁判所は、債務法上の資源――民事不法行為責任および契約というテクニック――を、一定の悪質な競争行為から事業者を保護するために活用することができる。ところで、競争は、単に債務法によって緩和されるだけではない。それはまた、債務法によって活性化される。この点を次に検討しよう。

２）競争の活性化装置としての債務法

契約と責任という債務法の鍵となる制度は、競争の活性化装置を構成している。

とりわけ、競争の推進力として現れるのは、契約である。契約においては、契約自由と契約の拘束力という二大原理が認められるが、この２

(18) 参照、Com. 24 fév. 1998, SA Protection individuelle et collective (PIC) c / Kopcio, Bull. civ. IV, p. 68, no 86 ; JCP 1998, II, 1003, note M. KEITA ; D. aff. 1998, p. 850, obs. M. BOIZARD.（企業管理者に課せられる義務が問題となった事案。）

(19) Com. 19 déc. 1989, sté VAG France c / Labourdette, Bull. civ. IV, p. 219, no 327 ; D. 1990, somm. p. 368, obs. D. Ferrier ; RTDC 1990, p. 649, no4, obs. J. Mestre.

(20) Paris 17 janv. 1989, Azur Plaisance c / Beneteau, D. 1990, somm. p. 368, obs. D. Ferrier.

つはいずれも、競争の自由にとって不可欠のものである。

市場経済は交換に基礎を置き、交換を通じて市場における富の流通が行われる。ところで、交換はすべて、契約締結を通じて行われるのであって、契約が、交換実現のための法的道具となるのである。市場は、かくして、契約なしには機能することができない。市場経済について言えば、それが自由な競争なしには存在しえないのと同様に、それは契約自由なしで済ませるわけにはいかない。

交換の媒介手段であると同時に、契約はまた、階層化された構築物を支えるものであって、契約によって、企業内・企業間の諸関係の編成が可能になるのである。このようにして、ネットワーク、たとえば流通ネットワークは、錯綜した諸々の合意として現れる(21)。そして、その配置は、「普通法に従って、契約的に実現される」(22)。ここでもまた、契約は、「富の流通のほとんど排他的な道具、そして経済活動の基本的メカニズムの１つ」(23)として現れるのである。契約の自由は、疑う余地なく、不可欠のものである。

同様に、法的信頼と法的安全にとって、契約の拘束力が必要である。

少なくとも商品交換において、経済的人間（homo oeconomicus）である主体は、その固有の利害によって動かされる。経済的人間は、個人主義的かつ打算的な存在として振る舞う(24)。契約関係が結ばれる当初の時点においては、契約当事者のそれぞれは、契約締結に利益を見出しているかもしれない。しかし、そうだとしても、この利益は、その後、状況の変化のままに、たわみ、変化する。それに応じて、契約への愛着は、薄れ、さらには消え去る。このようにして、契約の履行が危険にさらさ

(21) とりわけ参照、 L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, th. Bibl. dr. privé, LGDJ, 1995, t. 256, préf. Y. GUYON. 流通統合の諸形態の提示については、とくに、 p. 19 et s., no 7 et s. を参照。

(22) J. AZEMA, *Le droit français de la concurrence*, PUF, coll. Thémis, 1989, p. 274, no 426 ; L. Amiel-Cosme, th. préci., not. p.93 et s., no 100 et s. : «le fondement contractuel du réseaux».

(23) Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Contrats et quasi-contrats*, p. 19, no 13.

(24) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1949, LGDJ, rééd. 1994, no 40, p. 74.

れるのである。デュルケームがきわめて正当にも指摘したように、「利益は、……世の中で最も移ろいやすいものだ」[25]。

一定の時点で収斂した２つの利益は、かくして、多少の差はあれ急速に、根本的に対立するようになる可能性がある。そして、契約当事者の一方が債務の履行を望んでいるのに、他方が約務から逃れてしまう可能性があるのである。以上は、長期間の契約についてとりわけ妥当する。長い時間が経過するにつれ、利益分裂の蓋然性が大きくなるからである。

ところで、与えた言葉を尊重しないことは、道徳的価値判断の問題を超えて、経済空間において有害であることが明らかである。経済学者の目から見れば、このような行動は、交換[26]と約務の信頼に対する脅威なのである。すぐれて未来予測の道具である契約は、それが忠実に履行されない場合には、もはやその職務を果たさない。契約の良好な達成に対してのしかかるこの脅威によって、とりわけ厖大かつ特殊な人的・技術的・金融的な諸手段を動員しなければならないときに、契約関係に入ることを思いとどまってしまうことがありうるのである。

民法第1134条１項が介入するのは、まさにここにおいてである。この規定は、最も断固たる表現を用いている。同条のテクストが力強く述べるところによれば、「適法に形成された合意は、それを行った者に対して法律に代わる」のである。法的債務が、それが引き受けられた時点からそれが実効的に履行される時点まで、拘束力を保ち、そのようにして、利益が気化してしまうという事態を押さえ込む。約束された約務の尊重を担保することによって、法的システムは、契約当事者の相互の信頼の保護に寄与し、そうすることによって、競争を活性化するのである。

競争は、競争的価格という形で表現される競争への権利（droit à la

---

[25] E. DURKHEIM, *De la division du tarvail social*, PUF, coll. Quadrige, 1930, 4e éd., 1996, p. 181.

[26] 「交換」の語は、ここでは広義で、「取引」と同義で用いられている。A. BIENAYME, *Principes de concurrence*, Economica, 1998, p.349. を参照。次のように述べる。「交換当事者がその約務を忠実に履行しない場合には、不信感が蔓延することになる。そして、この不信感は、取引をより高価なものにし、交換を麻痺させてしまうだろう。」

concurrence）の基礎を判例が「誠意」（bonne foi）観念の中に発見するときに、さらに活性化される(27)。訴訟当事者の名を採ってユアール（Huard）判決として知られるきわめて著名な判決において、判例が行ったことは、これである(28)。1992年11月３日のこの判決において、破棄院商事部は、石油販売特約店とその契約相手方である元売のブリティッシュ・ペトロリアム（ＢＰ）という石油会社との間の訴訟について判断を下すことになった。特約店は、元売であるブリティッシュ・ペトロリアム社を次のように非難した。すなわち、ブリティッシュ・ペトロリアム社は、ＢＰブランドの石油販売代理店との間で同意されているのと同一の料金体系――それは、近隣の大規模業者との新たな競争に耐えることを可能にする水準のものであったが――を自分には適用してくれない、というのである。

競争特別法は、この販売特約店にいかなる救助も与えることができなかった。このような状況があるとまず最初に思いつく手段は、差別的行為の禁止(29)であろう。特約店が代理店に留保されている扱いと異なる扱いを受けているからである。しかし、差別的行為の禁止は、異なったケースについて異なる取扱いをすることを何ら禁じるものではない。そして、販売特約店の立場は、明確に販売代理店のそれとは区別されるのである(30)。その時、裁判官は、元売である石油会社に課せられるべき

(27) J. MESTRE, RTDC 1999, spéc. p. 98. 次のように述べる。「誠意は、単に競業禁止義務を基礎づけるだけではない。この観念はまた、一定の場合には、競争への権利を発生させるのである。」

(28) Com. 3 nov. 1992, BP c / Huard, Bull. civ., IV, no 338, p. 241 ; JCP 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY ; RTDC 1993, p. 124, no 7, obs. J. MESTRE ; Rép Defr. 1993, p. 1377 et s., art. 35663, no 131, obs. J. -L. AUBERT ; CCC 1993, no 45, obs. L. LEVENEUR.

(29) 商法典Ｌ442－６－Ｉ－１条。

(30) Com. 15 oct. 1985, Baudin c / Esso, JCP 1986, IV, p. 4. この判決は、かなり近い事案において、ガソリン・スタンドを賃借人として経営する者（管理賃借人 locataire-gérant）のガソリン会社に対する訴えを棄却している。この経営者は、ガソリン会社がその販売代理店に有利で自分には不利な価格上の差別をしているとして訴えを提起したのであった。

義務の根拠を、誠意観念の中に見出した。すなわち、状況が変化して販売業者が競争の激化にさらされるようになった場合に、元売業者は、誠意観念に基づいて、販売業者が競争に立ち向かうことを可能にするための新たな合意に向けて販売業者と交渉する義務を課せられたのである。このように判断することによって、パリ控訴院は、必要と思われるときに競争特別法を補完するために、債務普通法上の資源を活用したのである。そしてこの判断は、破毀院に承認された。

この判決は、数年間にわたって、この領域における唯一のものにとどまっていた。その後、1998年11月24日にシュヴァシュス（Chevassus）判決[31]が現れたことによって、この判決は、その孤立状態から抜け出した。同判決の事案は、ユアール判決のそれとは多少異なっている。この事件においては、提訴は商業代理店によって行われた。海外県に属する一定の地理的区域について独占権を認められているこの商業代理店は、フランス本国で商品を仕入れるショッピングセンターが、海外県に属するこの地域において明白に低廉な価格で並行販売を実施するという競争に直面した。破毀院は、事案の違いにかかわらず、ユアール判決の精神を採用した。商業代理店の提訴を受けたパリ控訴院は、損害賠償を伴った契約解除を求めるという原告の請求を棄却したが、破毀院は、この判断を否定し、原判決を破毀したのである。破毀院の判断によれば、事実審裁判官は、「[その代理店から、] フランス本国で商品を仕入れるショッピングセンターが行う製品の並行販売の故に困難に陥っていることをその会社が知らされたのであるから、当該会社が、その代理人に対して具体的措置を講じて並行販売の形で販売されている同一製品の価格に近い競争的価格を実施することができるようにしたか、そして、そのようにして代理店がその代理関係を行使することを可能な状態に置いたか、を探求す」べきであったのである。委任者に課される義務は、ここ

(31) Com. 24 nov. 1998, Chevassus-Marche c / stés Groupe Danone et a., RTDC 1999, p. 98 et s., no 10, obs. J. MESTRE et p. 646. obs. P. -Y. GAUTIER ; Rép. Defr. 1999, art. 36953, p. 371 et s., no 16, obs. D. MAZEAUD ; Quot. Jur. 22 déc. 1998, p. 6, note P. M. ; CCC 1999, no 56, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; JCP 1999, p. 1242, et s., note Ch. JAMIN ; JCP 1999, II, 10210, note Y. PICOT.

では指針というよりもより公然としたものとなっているが、それでもそれは、かつて石油会社に対して課された義務を強く想起させるものである。1992年と同様に、競争特別法（とりわけ差別的行為の禁止）は、販売業者が遭遇した問題を解決するためには無力であった。ここでもまた、破毀院は、「競争力を維持する権利（le droit de rester concurrentiel）を契約当事者の一方に生じさせる公正義務」[32]に根拠を求めつつ、事業者に提供される法的武器庫を補充するのである。

この判例は、誠意観念の潜在能力を、そしてより広くいえば、特別法によって空白のままに放置された間隙を埋め自らを新たな状況に適用させる上での債務一般法の適性をよく示している。そうであるとすると、さらに、将来について債務法を前進させて競争特別法を後退させるという方向を構想することができないか、という問題が提起されることになろう。

B　競争特別法に対する限界づけの装置としての債務法

私がここで皆様をお誘いするのは、競争法の量的な再定義、債務法の前進と競争法の後退、特別法の限界づけへの試みである。

立法的改革を要請することについては、少なくとも競争法に属するテクストの厖大な積み重ねを考えてみるならば、何も突飛な点はない。この領域における基本立法である1986年12月１日のオルドナンス以降、多かれ少なかれ大規模な立法がこれでもかとばかりに相次いでなされているからである。

これに対して、突飛であると見られるのは、後退を提案することである。というのは、ここでの傾向は、他の領域と同様に、立法的インフレーションの方向を向いているからである。ここでの問題は、それ故、競争特別法の領土に今までよりも限定された新たな国境線を画し、そのようにすることによって債務一般法に対して、そしてより以上には事業者に対して、空間を開放することである。

その際の指導理念は、単純ではあるが論争誘発的な次のような命題に

(32) J. MESTRE, obs. sous Com. 24 nov. 1998, RTDC 1999, p. 98の表題は、「公正義務が契約当事者の一方に競争力を維持する権利を生じさせるところ」となっている。

まとめることができる。《ある法律を作る必要がなかったのであれば、それを廃止することが必要だ！》この点に関して、長いこと待ち望まれていた販売拒絶の当然禁止（prohibition per se）の廃止は、競争特別法の後退を真剣に考察すべきことを示すものであった。

それ故、競争特別法の正当な適用領域の探求に関心を向ける必要がある。このことは、競争法の機能とその規範の存在根拠に関する考察から出発して、選別的な作業すなわち「剪定 élagage」を実施することを前提としている。

換言すれば、重要なのは、当該状況において現実にある法規範が必要とされていることを確認すること、普通法では適切に当該状況を規律することができないことを確認することである。そのようにして、競争法に対して、必要不可欠な、それ以上でもそれ以下でもない役割を付与し、現在よりも慎ましい形でその領域を割り当てることが可能になる。

この競争法剪定の試みは、相互補完的な２つの方向において遂行することができる。そこにおいて、債務法は、それに固有の貢献をするであろう。債務法は、まず第１に、特別法の領域制限の道具として、競争法の境界を２つの仕方で画する（１）。それは次に、特別法排斥の道具となる（２）。

１）競争法の領域制限の道具としての債務法

競争法剪定の試みは、まずもって、普通法を領域制限の道具と見ることによって遂行することができる。ここに内在している基本理念は、債務法と経済主体の自由に対して競争法によってもたらされる侵害を、厳密に必要なものに限定するということである。

このことは、競争法の任務に関する考察を前提とする。そこでの問題は、中心から逸れた議論を、競争法の基本的な目的、すなわち一般利益に従った市場の良好な作動というところに戻すことである。この任務に適合的であろうとするならば、競争法に対して介入のための次のような恒常的基準を割り当てることが、論理必然的帰結である。すなわち、競争への侵害という要件を一般化するということである。

このことは、とりわけ、当然禁止という措置の根拠を問題にするという帰結を導く。当然禁止の措置は、フランス競争法がとりわけ好むもの

なのであるが、そこでは、競争への影響についてのいかなる検証も要求されないのである。

たしかに、この種の自動的な禁止には、予見可能であり、単純で実効的であるという利点がある。この種類の規範は、その実施を要請される裁判官にほとんど判断の自由を残さず、事業者に不確実性をほとんどもたらさない。裁判手続の出口・結末は確実なものとなる。おそらくはやや過度に……。

当然禁止の不都合性から目を逸らせてはならない。本当のところ、最大の欠点は、切り札の裏面にある。必要な要件が充足される時点から、これらの規定は、市場のあり方も、関係する経済主体の状況も考慮することなく、一般的かつ自動的に適用されるのである。

これらの規範は、したがって、債務法に徹底した侵害を加え、企業の自由を侵害する。個人の意思に対するこのような侵害も、当然禁止が競争にとって常に（ne varietur）有害であるような行動と約務に対して制裁を加えるものであることが明らかになるのであれば、（一般利益の優越という理由から）受け入れることができるであろう。しかし、現実には、そのようなことはないのである。

ところで、当然禁止に対して、別の仕方の批判が提示されることもある。当然禁止は、経済の現実に対する無理解という過ちを犯しているという批判である。当然禁止は、有害性が単に相対的であるはずの行為について、絶対的に有害であるとの刻印を押す。これらの行為の市場に対する影響に関する具体的な分析が欠けているので、これらの規範は、現実にはその必要がなく、さらには競争促進的な行為を禁止し、それに制裁を加えるという帰結を導くことがあるのである。それを他の言い方で表現すれば、経済的な半分の真実を自動的かつ全面的な禁止に仕立てあげてしまうことは、適当ではないということである。

それ故、関係する法文に従って規定振りを調整することはあるにしても、競争に対する侵害という要請の一般化を提案することができるであろう。この要件の規定振りは、ケースに従って異なってよい。市場に対する反競争的な目的または効果という観点から規定することもありうるし、市場への参照なしに競争機能または競争構造への侵害という観点から規定することもありうる。あるいは、差別的行為の禁止または不当廉

売禁止についての現在の場合のように（商法典Ｌ420－５条）、行為主体の競争的状況を参照する形で規定することもありうる。

他方で、このような改革が過剰な不安定性の一要因になるのではないかとの懸念を抱くべきだとすれば（この懸念は、しばしば当然禁止を擁護するために主張される）、中間的な解決を考えることもできる。違法性を単純に推定することである。この推定を設けるならば、メリットのない有責判決を回避しつつ、規範の予見可能性を高めることが可能になるであろう。というのも、競争に対する侵害の推定は、反対の証拠を挙げて覆滅することが可能だからである。

次に可能なのは、今度は競争法の任務ではなくその有用性に注目し、債務法の優位を確保する方向で一定の特別規定を廃止することである。それは、競争法の量的再定義についてのもう１つの源である。

２）競争特別法排斥の道具としての債務法

特別法の規定が必要ではなく、実際には債務一般法の領域を浸食しているときは、それらの後退が可能であり、かつ、望ましい。

実際に、債務法が実効的に規律することができる状況においては、特別の規制を定めることは、何ら必要ではない。このような場合には、特別法は無益なのである。フランスにおいて競争法の20年周年を祝おうとしているまさにその時点で、商法典第４編第４章に競争制限的行為の名のもとで集められている競争に関する特別規範の一部について、その真の有用性を問うことは、おそらく時宜に適したことであろう。

競争者の保護、さらには契約当事者の保護が競争を保全するという任務を分担しうるということが本当であるとすれば、個人間の関係にかかわる法である債務法には、たしかに一定の順応が必要であるにせよ、この任務を果たす能力がある。

債務法の一般的な使命は私的関係を規律することなのであるから、それを個別的利益の保護のための適切な手段と考えることは正当なことである。競争の保全自体がそこでの問題ではない以上、契約当事者の利益の擁護は、当然に債務法の問題である。そうでなければ、役割の混同ということになるであろう。もっとも、立法者は、多くの場合この混同を犯しているのであるが。

競争者の保護も同様に、債務法の問題に帰着する。競争が１つの私的特権と捉えられるとき、債務法は、特別法の欠缺を補充することができる。先に言及した不正競争理論および寄生行為禁止理論は、特別の規定を必要とすることなく債務法が実効的にこの任務を果たす能力を持っていることを、争いの余地なく示している。

このように債務一般法には競争特別法に置き換わる適性があるということは、事業者間の売買拒絶を素材としても示すことができる。事業者間の売買拒絶を当然禁止の対象にするという措置が廃止されたとしても、契約締結を拒絶された被害者には、権利濫用理論によって提供される保護の可能性が残されている。契約締結拒絶は、実際のところ、それが権利濫用となる場合には、民法典第1382条を根拠として制裁を受けることがありうるのである。もっとも、権利濫用の立証は、被害者の負担に属する(33)。濫用の内容は、関係する行為主体がそれまで取引関係にあったか否かで異なってくるはずである。初めて契約関係に入る局面においては、優先されるのは、権利濫用を制限して適用するという考え方であり、そこでは、権利濫用は、害意さらには敵意の同義語と理解される。このようにして、あれやこれやの相手方と契約を締結しまたは締結しないという事業者の意思の自由に対して過度に侵害を加えないようにすることが可能になるのである。反対に、契約関係が事前に存在する場合には、取引関係を終了させようとする者に対してより多くを要求することが正当とされる。以上は、裁量の幅を持たせたコントロールを行うという方向を選択することを意味する。それは、売買拒絶の被害者が解決の可能性をすべて奪われることなく現実に競争に立ち向かうという状況を確保しつつ、他方で可能な限り契約の自由を保全するという必要性に適合的なように思われる(34)。

廉売行為は、競争特別法を後退させることが問題となっているときに

(33) 参照、L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, 2e éd., Dalloz, Paris, 1939, p. 141, no 99. 次のように述べる。「立証の負担は、この点に関しては、補償を請求する原告に帰する。」

(34) 反対の場合には、カルテル法または支配的地位の濫用に関する法が適用されるべきことになろう。

債務法が示しうる可能性の他の例を提供することができるであろう。現時点で、フランス法において２つの異なる規定が定められている。まず、製品が最初の取得の後にそのままの状態で再販売されるときは、それらの製品は、原価割れ販売（revente à perte）禁止の規制に服する。次に、製造業者による販売、製品への加工の後の再販売またはサービス給付が問題になるときは、料金水準に対するコントロールは、不当廉売禁止の考え方に基づいてなされる。調和が取れていないこれら２つの規範は、フランスにおいて異論のない賛成を得ているわけではない。それどころではない。前者（原価割れ販売の禁止）は、その尊重を確保する任に当たる機関にとっても担当職員にとっても、多数の混乱の原因となっている。後者（不当廉売）は、過去においてほとんどまったく適用されていない。これら２つの禁止を放棄することは、望ましいことである。それに伴う空白は、フォートを原因とする民事責任に基礎を置く不正競争の理論が手当てすることができるであろう。判例は、すでに、廉売を実施したという事実だけでは不正競争行為を構成しないとしても(35)――これは、価格に基づく競争を前提とする自由経済体制の下では当然の解決である――、廉売の起源にフォートを構成する行動がある場合、または廉売に伴ってそのような行動がなされる場合には、結論が異なることを認めている(36)。たとえば、低廉な価格での商業化が、あるモデルのデッド・コピーなどの寄生的行為の結果であるような場合である。

このように、いくつかの点において、債務法は、競争特別法の限界を画することができるのである。

---

(35) Civ. 1ère 10 juil. 1979, sté Siège te confort c / SA Balzarotti et UNM Réunis et a., D. 1979, IR p. 520.

(36) Com. 14 déc. 1999, SA Citel c / SASLAT, PA 18 juil. 2000, no 142, p. 23 et s., note M. MALAURIE-VIGNAL.（寄生的行為の結果として、低廉な価格での商業化が行われた事案。）さらに参照、Com. 21 juin 1994, Sorolec c / Natalys, Bull. civ. IV, p. 179, no 229.（ある商標での商品を販売する商店の近隣で、違法に同一の商標を付した商品をきわめて低廉な価格で販売したという事案。そのような行為には、「不正競争のフォートを構成する寄生行為の意思」が示されていると判示された。）Paris 20 déc. 1989, Sativ c / Saint Ys, D. 1990, IR p. 32.（服地のデッド・コピーの事案。）

そうである以上、競争特別法の全体について有用性がないなどと結論づけることがここでの問題ではないことは、明らかである。

共同体にとっての恩恵の源泉であると正当にも考えられている競争は、一定の経済学者が何と言おうとも、脆弱なものである。一般利益と個別利益との一致は、完全なものではない。その結果、市場の良好な作動は、しばしば個別利益によって脅かされるのであり、法的保護を要請することになる。

債務一般法が競争の保全に協働することができるとしても、債務一般法だけで十分というものではないであろう。債務法の主要な制度の１つである契約は、他方では自由競争に反する行為の特権的な道具でもある。それ故、特別立法の最小限の内容は存在する。市場の良好な作動のためには、経済主体の行動の独立性を担保し、経済権力の十分な分散を監視し、その行使態様をコントロールすることに充てられる規範が必要である。換言すれば、競争法の固い核の部分は、逸脱的行動――カルテルおよび支配的地位の濫用――のコントロールを可能にする諸規範、および集中のコントロールを通じて構造を監視することを可能にする諸規範を含んでいるのである。

それ故、いまや、競争秩序における債務法を、債務法が特別法といわば共存するという事態を踏まえて、別の視角から考察することが必要となる。その場合には、債務法は、競争特別法の補完物として現れる。

Ⅱ　競争特別法の補完物としての債務法：競争法の具体的諸欠点の治癒

競争に関する特別法が存在するからといって、必然的に債務法が追放されるというわけではない。債務法は、競争特別法の欠点を治癒するためにその補完物として介入することができるからである。実際、一定の場合において、特別法は、不完全である。他の場合において、特別法は、首尾一貫性のなさという欠点をかかえている。債務法は、その助けになることができ、そして、その機会に、競争法の実効性を強化するのである。

実効性の増大を求めるというこの試みにおいて、制裁の問題は、とり

わけ大きな関心を引く。制裁の欠落した禁止、または不十分な制裁しか備えていない禁止は、弱いものでしかないということは、本当だからである。それを踏まえつつ、債務法の寄与は、そこに止まるものではない。フランス競争法は、継起的に積み重ねられ時として不揃いの地層によって形成される規範体として現れる。そこには、中心構造が欠けており、法律の適用のためには(37)、したがってその実効性のためには、１つの理論的基盤が必要である。

このようにして、一方では、競争特別法における民事制裁の位置を明らかにすることが課題となり（A）、他方で、競争特別法に関する民法学者の読解を提示することが課題となる（B）。

A　競争特別法における民事制裁

債務法が、競争法において補完的ではあるが不可欠の役割を果たしているということは、民事制裁に関心を払うとき、明らかである。この債務法の寄与は、とりわけ被害者の主観的利益の満足を確保する民事制裁を通じて実定法を検討する際に、明瞭に現れる（１）。それを超えて、将来の展望においては、経済主体こそが第一義的に競争の保護に参加していることをより明確に承認し、被害者を競争にかかわる争訟における基本的アクターとすべきではないのかという問題が提起される。この場合には、競争特別法において、他の制裁すべてに優先する民事制裁の排他性を認めることが問題となるであろう（２）。

１）民事制裁の必要性

競争に関する特別法によって、禁止行動を行った者に対する民事責任の発動が明示的に規定されたり、競争公序に反する約務の無効が明示的に規定されたりすることは、稀なことといってよい。

民事責任に関しては、商法典Ｌ442－６条だけがこの点に関して次のように規定している。すなわち、同条が禁止する競争制限的行為のそれぞれが、「その行為主体の責任――民事責任であるということを言外に含んでいる――を発生させ、行為主体は、生じた損害を賠償する義務を

(37)　LOCRE, *L'esprit du Code de commerce*, 2e éd., 1829, t. 1, p. 5.

負う」。

無効に関しては、欧州共同体条約第81条第２文が、カルテル禁止に違反した「協定または決定」は「法律上当然に」無効という制裁を受ける旨を定めている。同様に、国内法においては、カルテルまたは支配的地位の濫用にかかわる契約上の約定の無効が、特に取り上げられる形で明確に規定されている(38)。さらに、2001年５月15日の法律の採択以降、一定の種類の条項またはそのような条項を含む契約が、同様に無効とされている(39)。

多くの場合に優先的に採用されたのは、別のタイプの制裁である。具体的には、排除措置（injonction）、課徴金（sanction pécuniaire）、刑事制裁である。

すべての場合において、他の制裁が特別規定によって整備されているにせよ整備されていないにせよ、競争特別法違反の民事的効果がどうなるかを判断する役割は、司法裁判所の裁判官に帰する。裁判所は、かくして、民事責任の訴えまたは無効の訴えを提起されることになる。

フランス法において共通に認められていることだが、あるタイプの行動を命じまたは禁止する法律上の規定に対する違反は、違反者に民事責任を負わせる性質のフォートを構成する。もちろん、損害およびフォートと損害間の因果関係という他の要件が充足されるという留保があることは当然である。競争に関する規範を遵守しないことは、経済一般にとって有害であるだけでなく、同時に一定の者、競争者、顧客さらには供給

(38) 商法典Ｌ420－３条。

(39) 商法典Ｌ442－６－Ⅱ条。３種類の行為が対象とされている。値引き・リベート等の金銭的利益供与を遡及的に行うこと、注文前の商品見本へのアクセスを有料化すること、自己に対する債権の第三者への譲渡を禁止すること。つけ加えておくべきことは、これらの明らかに濫用的な条件が無効とされると、それに代わって、商法典Ｌ441－６条２項の法定期間が適用されることである。ただし、裁判官がそれと異なる、衡平な条件を定める合意の存在を認定する場合には、その限りではない（商法典Ｌ442－６－Ⅱ条）。さらに、経済担当大臣および検察官は、商法典Ｌ442－６条に規定される行為の全部について、裁判官に「違法な条項または契約の無効を確認させる」ことができる旨も規定されている（商法典Ｌ442－６－Ⅲ第２項）。

業者に対して損害を発生させる。このような場合には、法文がこの点について沈黙を守っているときであっても、判例は、競争特別法に反する行為の被害者のために、民事責任に関する規範を発動させるのである。

以上のことは、まずもって、商法典第４章の競争制限的行為に関して妥当する。そこでは、民事責任訴権は整備されていない。しかし、特別の規範が存在しないからといって、責任の発動が妨げられるものではない。例を挙げると、商法典Ｌ442－２条によって禁止され、刑事罰の対象ともされている原価割れ販売の結果として損害を被った者は、この行為の主体に対して民事責任を負わせる権能を認められるのである(40)。

次に、反競争的行為に関する欧州共同体法または国内法についても、以上のことは妥当する。これらの規範の１つに対して違反すると、違反者は、民事責任に基づく有責判決を受ける可能性がある。カルテルに参加した者、支配的地位の濫用を犯した者または不当廉売を実施した者は、普通法の文言に従って、これらの行為の結果を賠償すべきという有責判決を受けることがあるのである(41)。

民事責任は、すぐれて損害賠償を内容とする制裁であるので、それによっては、競争法に反する行為を無にするという結果をもたらすことができない。この場合に向かうべきは、無効という制裁である。

競争法において、無効は、「必要な制裁」と考えられている(42)。フラ

---

(40) Com. 20 juin 1995, SA Elbeuf distribution c / CPC France, RJDA 1995, p. 795, no 1004.

(41) 共同体法におけるカルテルに関しては、Com. 1er mars 1982, SIPEFEL c / M. L'Hourre et a., Bull. civ., IV, p. 69, no 76. 支配的地位の濫用に関しては、Paris, 19 mai 1993, Labinal c / Mors et Westland, Europe 1993, no 299, obs. L. IDOT.

国内法における支配的地位の濫用に関しては、Com. 28 janv. 1992, Syndicat national de la vidéo communication c / FR3, Bull. civ., IV, p. 38, no 50. カルテルおよび支配的地位の濫用に関しては、Paris, 12 déc. 1996, France abonnement c / OFUP et a., D. aff. 1997, p. 240 ; JCP E 1997, p. 953, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

(42) E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, th. Paris X, 1994, sous la dir. de M. -Ch. BOUTARD-LABARDE, p. 383, no 470. Cl. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANE, "L'attente à la concurrence, cause de nullité du contrat", in *Le contrat au début du XXIe siècle--Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDL, 2001, p. 601 et s.

ンス法においては、民法典第６条が公序に反する合意を禁止しており、その結果、特別の法文が無効を規定していなくとも、無効を言い渡すことが可能となっている。欧州共同体法においては支配的地位の濫用について何も規定されていず、国内法においては不当廉売について何も規定されていないにもかかわらず、このような行動の媒体である契約や条項は、フランス法上の原則を基礎として、無効という制裁を受けるのである。

国内法によって禁止されており、行為主体に対する民事責任または刑事責任の発動だけが規定されている行為についても同様である。ある規定について刑事制裁が伴っているという事実は、それが公序にかかわるという結論を導く。それ故、商法典Ｌ442-５条に違反して再販価格を強制する契約は、無効とされる(43)。他方で、公序は、刑事制裁を伴う規範に還元されるものではない。このようにして、裁判所は、たとえば、商法典Ｌ442－６条Ⅰ－１に反する差別的行為の媒体である条項および契約が無効となることを承認した(44)。

責任についてと同様に無効についても、特別法が沈黙している場合には、普通法の適用を通じてその制度内容が決定され、場合による困難が解決されるのである(45)。これは明白なことであると言わなければならない。

競争特別法における民事制裁の有効性は、疑う余地がない。民事制裁は、他の制裁が存在しない場合に、適切にその手当をする。制裁を伴わない法規範は、先天的な不具者であるということは、本当のことといわなければならない(46)。

---

(43) Com. 7 oct. 1997, SA Desmazières c / Stephan, CCC 1998, no 2, obs. L. LEVENEUR.

(44) たとえば、参照、 Dijon 4 janv. 1996, Sodimont c / Min. éco., RJDA 1996, p. 373, no 520, et T. Com. Versailles 7 mars 1997, Min. Eco. c / Auchan, RJDA 1997, no 1053, p. 723 ; PA 5 nov. 1997, no 133, p. 24, note P. ARHEL.

(45) さらに、以上の点は、競争に関するヨーロッパ共同体法または国内法の適用の任に当たる諸機関が肯定するところでもある。この意味で、参照、TPI 18 sept. 1992, Automec II, Rec. II, p. 2223 et Com. 1er mars 1982, SIPEFEL c / M. L'Hourre et a., déc. préc.

(46) Ph. JESTAZ, "La sanction ou l'inconnu du droit", D. 1986, chr. p. 197 et s., spéc. p. 201.

刑事制裁、課徴金さらには排除措置のメリットがいかなるものであれ、競争法は、それに満足することはできない。実際、競争法が特定の制裁を定めているとしても、民事制裁なしで済ませるというわけにはいかない。フォートある行為の結果として生じる損害の被害者を、武装解除したまま放置するということは、考えられないからである。被害者は、競争関係機関の貴重な補助者となることができるのであって、違法行為を告発することについて被害者のやる気を削ぐことがあってはならない。それ故、民事責任は、不可欠の道具として現れる。同様に、競争公序に反する契約や条項が存続することを認めるわけにはいかない。それらは消滅すべきものなのである。それが無効法理の職務なのであり、この法理に基づいて、告発された約務は、かつて存在したことがなかったものとみなされる。以上は、他方で、欧州共同体の諸機関の観点でもある。欧州裁判所は、２つの重要な判決において、力を込めて、禁止されたカルテルの結果として生じた損害の賠償を求める権利または無効を援用する権利を肯定した(47)。また、欧州委員会も、とりわけ損害賠償訴権にかかわる諮問手続を開始している(48)。

他の言葉で言えば、民事制裁は、「市場の自動調整の手段」(49)としてどうしても必要なものである。そして、その重要性の故に、競争法における制裁として民事制裁だけで満足すること、競争法の中で民事制裁に排他的地位を付与することすら考えることができるほどである。この点を次に検討しよう。

---

(47) CJCE, 20 septembre 2001, C-453 / 99, Courage, Rec. I, p. 6297 ; CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295 / 04 à C-298 / 04, Manfredi c / Lloyd Adriatico Assicurazaoni SpA, Cannito c / Fondiaria Sai SpA et Tricarino Murgolo c / Assitalia SpA.

(48) Livre vert de la commission concernant les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante.

(49) G. CANIVET, “L’expertise en droit de la concurrence”, in *L’expertise*, sous la coord. de M. A. FRISON-ROCHE, et D. MAZEAUD, Dalloz, 1995, p. 51 et s., spéc. p. 53, no 3.

2）民事制裁の排他性？

フランス競争法は、狭義の刑事法が問題になる場合であれ課徴金が問題になる場合であれ、違法行為の抑圧のために存在しているように見える。

それは、反競争的行為の領域においては本当である。この領域においては、競争評議会が言い渡すことのできる課徴金の他に、周辺的なものであるとはいえ、刑事制裁も保存された(50)。この政策的選択は、おそらく、事業者が罰金を予測して商品価格の算定においてそれを算入することを避けるという配慮によって説明される。

それは、競争制限的行為にかかわる場合には、なお一層本当である。1986年12月１日のオルドナンスが民事責任重視の方向で脱刑事責任化に着手したのが本当だとしても、この脱刑事責任化は、部分的である。刑事責任は維持されたし、競争法を改革する最新の法律である2005年８月２日の法律は、刑事法への復帰を目に見える形で実現した(51)。

しかしながら、刑事法は、競争の領域における最も適切な道具では必ずしもない。というのも、厳格な解釈に閉じこめられた刑事法は、まさにその厳格性の点で欠陥をかかえており、経済の領域に内在する不明確性や、経済主体の際限のない想像力にうまく適合しないからである。例を１つだけ挙げると、原価割れ販売を禁止する法文は、原価割れ販売の広告についても制裁を加えることを可能とするために、改正されなければならなかったのである(52)。

一定の行為を刑事法によって把握することの困難性に加えて、制裁自体の弱さも指摘しなければならない。根本的に否定することはしないま

---

(50) 商法典Ｌ420－６条。

(51) とりわけ、営業協力契約（contrat de coopération commerciale）および同契約に含まれるのとは別個の役務に関して設けられた明確な要請を遵守しなかった場合について規定された刑事罰を参照のこと。商法典Ｌ447－１条。

(52) 商法典Ｌ442－２条参照（1986年12月１日のオルドナンス32条を法典化したもの。現在の規定は、1996年７月１日の法律による改正に由来する）。改正前の法律の下では、原価割れ販売の提供は、刑事罰の対象にならないものと考えられていた。Versailles 16 mars 1989, Brossard c / Chapelle, Gaz Pal. 1989, 2, p. 526, réquisitions B. CHALLE.

でも、刑事法の抑止的・抑圧的メリットを相対化することが必要である。このように、刑事制裁は、その実効性を人に納得させることができなかった。その上、当初規定されていた罰金の上限を引き上げる必要性が、何回かにわたって感じられた。

さらに、このように考えることも可能なのだが、ある行動が刑事制裁を正当化するという事態は例外的でしかない。「実際にはある商人達を他の商人達の行為から保護することが問題になっているときに、」刑事制裁を規定することは、「異常に厳格に」見えるからである(53)。

反競争的行為に関する法に違反する場合には、課徴金が課せられる。この制裁は、被害者に精神的満足しか獲得させない。それ故、それは、われわれの関心に十分に適合するものではない。われわれの関心は、競争にかかわる争訟において、私人の地位を向上させることにあるからである。

このようにして、他の制裁から民事制裁への置き換えという方向は、十分な魅力を備えているのである。

禁止される行動の定義に関しても、民事責任の優位性は周知のことである。罪刑法定主義のくびきに締め付けられることなく、民事責任は、フォート存在の評価において、裁判官に適切な裁量の余地を与えるからである。

そうである一方で、民事責任には、損害の全部賠償というルールに結びついた弱さがある。この原則に基づいて、損害賠償の額は、損害に基づいて算定される。《損害のすべてを、しかし、損害だけを！》というわけである。ところで、抑止力は、法律の実効性にとって必要不可欠なものである。その結果、重要なのは、違反者に十分な大きさの経済的不利益を課すことによって、その経済的計算を挫折させることである。同様に必要なことは、流産することによっていかなる損害も惹起しなかった行為についても制裁を加えることができることである。

---

(53) J. AZEMA, “Droit pénal et relations interentreprises” in *Bilan et perspectives du droit pénal de l’entreprise*, IXe Congrès de l’Association française de Droit pénal, Lyon 26-28 nov. 1987, Economica, PAUM, 1989, p. 135 et s. spéc. p. 136.

このような関心から、事実審裁判所は、限定的に、またまったく秘密裡にではあるが、全部賠償の原則から自らを解放するようになっている。事実審裁判所は、それを述べることなく、潜在的な懲罰をそこに組み入れる仕方で、損害賠償額を算定しているのである。

この民事罰は、非公式のものであり、その結果そのメリットの一部を失っている。このような制裁よりも、競争特別法に違反した企業に対して民事罰を一定の要件のもとで課すという制度を公式に導入するほうを選ぶべきであろう。

本当のことを言えば、フランス競争法において民事罰は知られていないわけではない。というのは、フランスの立法者は、民事的に制裁を課される競争制限的行為について、民事罰金（amende civile）の制度を設けたからである。民事罰金は、その受益者が国であるという、民事罰のありうる変種の１つである。2001年５月15日の法律以降、検察官と同様に経済担当大臣も、「200万ユーロを超えない金額の民事罰金の言い渡し」を、提訴を受けた司法裁判所に対して求めることを認められる(54)。この規定は、これまで満足されなかった需要に応えるものである。それでもなお、この規定については遺憾の念を表明しなければならない。それが不完全性をかかえている(55)というだけではない。問題なのは、その政策選択それ自身である。他のありうる選択肢よりも、つまり被害者の立場を改善しその行動を促進するような選択肢よりも、本当に民事罰金を優先すべきだったのであろうか？

そこで提起されるのが、懲罰的損害賠償の問題である。フランスの学説は、現時点において、この問題をめぐって大きく割れている。一定の学説は、それに公然と敵意を示している(56)。他方で、敢然とこれに賛

(54) 商法典Ｌ442－６条Ⅲ。

(55) 抑止という目標にとっては、民事罰金の上限として、不変の固定的・絶対的価額を定めるよりも、相対的価額を定めるほうがよかったであろう。他方で、民事罰金額の決定のために裁判所に対して何の基準も与えられなかったことも、遺憾と言わなければならない。

(56) とりわけ、以下の文献を参照。Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, “Quelle（s）réparation（s）”, in *La responsabilité civile à l’aube du XXIe siècle--Bilan prospectif*, Colloque de Chambéry, 7 et 8 déc. 2000, Resp. civ. ass., juin 2001, no 6 bis,

意を表する学説もある(57)。反対意見は、民事責任法の古典的任務と準則が懲罰的損害賠償によって改変されてしまうであろうことを前面に押し出す。反対意見はまた、それに加えて、とりわけアメリカ合衆国で確認されている一定の迷走の危険を指摘する。そうであるとしても、この迷走は、少なくとも部分的には回避することができる。他方、民事責任を変質させてしまうという懸念について言えば、裁判所は、内密な形であれ懲罰的性格を取り入れた損害賠償を算定するという実務にすでに身を委ねている(58)。これらの内密な実務はコントロールを受けないので、逸脱行為の温床になるであろう(59)。これらの点を考慮するならば、先の懸念にどれだけの価値があるのであろうか。そして、これが懲罰的損害賠償の支持者にとって決定的議論なのであるが、懲罰的損害賠償は、競争規範の予防的・抑止的メリットを保全するであろうし、違反行為の情報を最初に得る存在である被害者に対して、従来よりも積極的に行動することについてのインセンティブを付与するであろう。民事罰金言渡

---

p. 62 et s., spéc. p. 64, no 19 ; S. PIEDELIEVRE, “Les dommages et intérêts punitifs : une solution d’avenir” in *La responsabilite civile à l’aube du XXI e siècle--Bilan prospectif*, Colloque préc., p. 68 et s., spéc. p. 69, no 6.

(57) S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. Bibl. dr. pr., LGDJ, 1995, t. 250, préf. G. VINEY, p. 211 et s., no 198 et s. ; G. VINEY, “Rapport de synthèse”, in *La responsabilité civile à l’aube du XXIe siècle--Bilan prospectif*, Colloque préc., p. 82 et s. ; Ph LE TOURNEAU, “De la spécifité du préjudice concurrentiel”, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque des 24-25 oct. 1997, Université de Perpignan, RTDCom. 1998, p. 83 et s., spéc. p. 93 ; L. VOGEL, “L’articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence”, in *Le juge civil, le juge commercial et le droit de la concurrence*, Atelier de la concurrence du 27 oct. 1999, Rev. conc. cons. mai-juin 2000, no 115, p. 6., spéc. pp. 10-11.

(58) 損害賠償算定の際に裁判所が享受しうる自由を活用した問題への取り組みについて、参照、P. JOURDAIN, “Les dommages-intérêts alloués par le juge”, Rapport français, in *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé,* sous la dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Bibliothèque de la Faculté de droit de Louvain, t. XXXII, Bruylant et LGDJ, 2001, p. 263 et s.

(59) G. VINEY, “Rapport de synthèse”, in *La responsabilité civile à l’aube du XXIe siècle--Bilan prospectif,* Colloque préc., p. 82 et s., spéc. p. 86, no 32.

しを請求する権限が公権力に帰するのを認めるのは、被害者が自ら行動することを差し控える場合に限定して補完的にのみすべきである。喜ばしいことに、現在、学者グループが準備しているフランス債務法改正草案は、採択されるならば懲罰的損害賠償を制度化するであろう規定(60)を含んでいる。その制度化は、責任法一般におけるものであるが、とりわけ関係するのは、競争法であろう。

競争特別法における民事制裁のこのような強化が立法者の介入を前提とするものだとしても、裁判官もまた、競争法についての民法学者の読解を採用することによって、特別法の実効性の強化に貢献することができる。この点を最後に見よう。

B　競争特別法の民法学者による読解

債務法はさらに、競争法がそこから着想を得るべき模倣対象あるいはモデルとして用いられることによって、特別法の補完物の役割を果たすことができる。一見したところ、この方向付けは、円積法にも似た解決不可能な問題に属するようにも見える。競争法の特別規定は、その構造自体によって、債務一般法の規定とは区別されるからである。しかしながら、このルートは、探求してみる価値があり、きわめて稔り豊かなこともありうるであろう。競争特別法には、商法典における関連規定を読めばすぐに気づくように、均質性の欠如と理論的基盤の欠如という問題がある。債務法は、これらの欠如について救済策を提供することができるであろう。特別規定について民法学者による読解を行うことによって、一方では、競争法の内的首尾一貫性を探究するために普通法の精神から着想を得るという方向を導くことができ（1）、他方では、これら2つの法学領域の首尾一貫性を高めるために債務法の規範から着想を受けるという方向を導くことができる（2）。

1）債務法の精神

裁判官は、競争の規制について望ましい内的首尾一貫性を備えさせるために、普通法の精神から着想を得ることができる。ここでの問題は、

(60)　民法典第3編第3章改正草案1371条。

行為が引き起こす制裁と行為の評価との結合を可能にする基準を整理しておくことである。競争法の「枢要の原則」であり(61)、濫用を発見する手段である比例性原則が、一般利益と個別利益との間の衝突を解決する道具になることができるであろう。これらの衝突は、競争の自由と契約自由との、あるいは競争の自由と競争の公平性との対立として現れる。したがって、競争の制限を受け入れることができるのは、合意による制限であれ裁判による制限であれ、それらの制限がこの条件を満足させる限度においてである。

この延長線上に位置づけられるものであるが、行為の評価と行為への制裁との間でより良き適合性を確保するために、行為に対する制裁についても、類似の要件を要求することができるであろう。とりわけ望ましいと思えるのは、違法性に合わせて制裁の範囲を定める一部無効の法理を発展させることである。換言すれば、比例性の要請は、事業者に対してその行動や約務に関して適用されるだけでなく、さまざまな制裁の決定において、競争関係の諸機関に対しても適用される性質のものである。

2）債務法の諸規範

債務法の諸規範に訴えることによって、競争法の実効性を高めるとともに、債務法と競争法との間の首尾一貫性を改善することも可能になる。このように主張することの正当性を示す１つの例を、商法典Ｌ420－２条２項に定められている経済的従属の濫用禁止に求めることができる。この規定は、1986年にそれが制定されて以来、慢性的に実効性を欠いていたために、2001年５月15日の法律によって改正された(62)。しかし、この規定は、それでもなお、今日まで完全な機能停止の状態にある。弱

(61)　以下の文献の表現に従ったものである。G. PARLEANI, “Les clauses d’exclusivité”, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels,* Colloque de l’IDA d’Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 55 et s., spéc. p. 77. no 52. 同様に参照、 M. MALAURIE-VIGNAL, “Le milliard du Conseil de la concurrence”, CCC déc. 2000, Repères.

(62)　新たな規定によれば、「ある企業または企業集団がその顧客または供給者である他の企業の経済的従属状態を濫用的に利用する行為」は、それが「競争の機能またはその構造を侵害するおそれがある以上」、法律による禁止の対象になる。

者の立場にあってこの法文を援用しようと試みる企業は、ほとんどすべての場合において、失敗する。それらの企業は、経済的従属状態にあることを裁判官に認めさせるというところまでなかなか到達できないからである。申立を受けた機関は、司法裁判所であれ競争評議会であれ、ある特定の事業者のもとに商業関係が集中している理由を審査する。これらの機関は、経済的従属の濫用行為の被害者だと主張する者が、そのような状況に自らの判断で入り、その商品供給源または販売ソースを多様化することを怠ったときは、経済的従属状態の存在を承認することを拒絶する。この集中は、客観的状況から、つまり強制されて生じるものでなければならず、経済的従属の濫用禁止を援用しようとする者の選択から生じるものであってはならないのである(63)。特別法の実効的作動に対する主要な障害がここにある。

ところで、この困難性は、被害者のフォートに関する民法学者の教えを推論の過程に組み入れることによって経済的従属の濫用の観念を別様に解釈するならば、取り払うことができるであろう。経済的に従属していると主張する企業の不注意な態度を考慮することは、たしかに筋の通ったことであろう。しかし、そのことによって、経済的従属の立証が妨げられるべきものではないのである。現時点で採用されている推論において、被害者のフォートは奇妙な役割を果たしている。被害者のフォートは、経済的従属を特徴づける最初の局面において考慮され、契約の相手方の全面的な免責をもたらしてしまっているのである。しかし、その相手方の行為は、多くの場合には、単なる懈怠を超えている。そうである以上、被害者に対して法文の利益を直ちに拒絶するのではなく、民法学者の分析の論理に従って、それが選択されたものであると強制されたものであるとにかかわらず、経済的従属が存在することを認めるほうが妥当である。このことによって、濫用について場合によって差止めを命じることが可能になるであろう。その上で、被害者の態度をその金銭補償への権利を決定するに際して考慮に入れることにすればよいのであ

(63) Cons. conc., déc. 12 mai 2006, no 06-D-10, Pratiques mises en oeuvre par la societé Bouygues Telecom contre le grossiste Stock-Com ; Cass. com., 3 mars 2004, JCP G 2004, I, no 149, p. 1273, obs. M. CHAGNY.

る。ここに見出されるのが、民事責任法において採られる推論である。侵害の実現に寄与した被害者のフォートある行動は、責任の分割と、その結果として適切な限度までの損害賠償額の縮減をもたらすのである。

経済的従属にある主体を共通の取り扱いから免れさせるいかなる理由もないし、その者に損害賠償を付与する際にその者のフォートを考慮しない理由もない。経済的従属の濫用がフォートの特徴を示す以上、損害を与えた者のフォートと被害者のフォートの相互の重大性を考慮して責任の配分が行われるべきなのである。

このように、被害者のフォートがある場合において、民事責任法において採用されている推論を持ちこむならば、経済的従属の濫用禁止に関する新たな解釈が可能になるであろう。この新たな解釈は、民法学者の推論により適合するものであろうし――それはそこから着想を得ているのである――、なによりも、これまで機能してこなかった禁止措置の実効性を強化するものであろう。債務法に訴えることは、特別法の生産性の低下と同義ではないのであって、その証明の必要があるとするならば、以上の点がその証拠となる。

競争特別法の代替物としてであれ補完物としてであれ、債務法は、競争秩序において選ばれた地位を占めている。特別法の限界を画しそのモデルとなるという債務法の二重の役割を強調することによって、将来において債務法の地位を高めていくことができるであろう。それは、とりわけ規範の節約を実現することを、そして、競争法の実効性を保全し、さらには強化しつつ、企業の自由をより尊重する解決を採用することを可能にするであろう。他方、この方向性を真剣に考慮するためには、それと並行して債務一般法を刷新することが必要である。この刷新は、民法典第３編第３章の改正草案がとりわけ示しているように、フランスにおいてすでに現実的に考え始められているものであるが、そこでは、競争法のような特別法から着想を得、影響を受けることがありうるであろう。つまり、債務法再生の道具としての競争法である。法の専門領域化のメリットに関心を持つことを要請する何と美しいテーマであろうか！しかし、この問題を展開しようとすれば、日本またはフランスにおいて別のシンポジウムを企画することが必要になるであろう。その可能性は

将来にかかっている。

（訳者注記）本稿「競争秩序における債務法――フランス法からの考察――」および以下に掲載する「競争法と損害賠償訴権」は、2006年11月に、ミュリエル・シャニィ（Muriel CHAGNY）ベルサイユ＝サンカンタン・アン・イヴリンヌ大学教授をお招きして行った研究会における同教授の報告を翻訳したものである。シャニィ教授は、2004年に『競争法と債務一般法』と題する1000頁を超える浩瀚な博士論文をダローズ社から出版し（Muriel CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Dalloz, coll. Nouv. bibl. th., vol. 32, 2004.）、一躍注目を浴びた競争法と民法を専門とする若手のホープである。競争法のエンフォースメントに私人を活用しようとし、そのような観点から民法の果たしうる役割を再評価しようとするシャニィ教授の基本的発想は、フランスにおいて主流になっている学説とは言えないものであるが、《競争秩序と民法》という問題を考察するに際して示唆に富むものと考える。翻訳を公表することにした所以である。来日して報告して下さり、またその翻訳公表をご快諾下さったシャニィ教授には、改めて厚く御礼申し上げたい。

なお、シャニィ教授の来日は、科学研究費基盤A「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働――《公共圏》の実定法学的構造」（代表：吉田克己）の招聘に基づくものである。また、本稿「競争秩序における債務法――フランス法からの考察」は、2006年11月24日に北海道大学において、上記科研研究会と北大民事法研究会との共催で開催された研究会における報告である（通訳、吉田克己）。以下に掲載する「競争法と損害賠償訴権」は、同年11月22日に東京大学において開催された少人数の非公開の研究会における報告である（この研究会は、通訳なしでフランス語を使用言語として行われた）。

講　　演

競争法と損害賠償訴権

ミュリエル・シャニィ
（ベルサイユ＝サンカンタン・アン・イヴリンヌ大学教授）
訳／吉　田　克　己（北海道大学教授）

はじめに

現在、諸損害賠償訴権において競争法の目標を考慮すべきかという、民事責任法と競争法との関係にかかわる問題がホットに議論されている。本日皆様と一緒に考えてみようとするのは、この問題である。

いま、損害賠償訴権という語について複数形を用いたので、これらの訴権は数多く行使されているという印象を与えるかもしれない。しかし、残念ながら、そんなことは全然ない。賠償を求める訴訟は、少なくとも講義室に閉じこめられている大学教師にとってアクセス可能なものについていえば、きわめて少数に止まっている。

訴訟がこんなにも僅少であることからすれば、競争法と民事責任とが不適合を起こしているという考え方には、信憑性があると言わなければならない。民事責任は、競争法――現下のホットな話題[1]に反応する形でいえば、反競争的行為に関する法として理解されたもの――の諸目標に奉仕することはできないのであろうか？しかし、諸目標といっても、具体的にはどのような目標なのであろうか？ここでも、諸目標と、

[1] とりわけ以下の文献を参照。“Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante”, COM（2005）672 final.

目標を複数で語っていることは驚きを与えるかもしれない。競争法については、多くの場合、単数の大きな競争法を、または真の競争法を語ることで一致が見られた。これは、競争法の目標は単一であるという事実に対応するものではないのだろうか？競争法の目標は、最大多数の市民の利益に従って市場の良好な作動を保全するという単一のものではないのだろうか？しかしながら、競争は、それ自体が目的なのではなく、複数の目的実現のために用いられる手段として位置づけられるものである。それらの目的とは、欧州委員会の表現を借りるならば、「生産性の向上、イノベーション能力の増進」であり、またそれを超えて「欧州連合の経済成長および欧州市民のための雇用機会の創出」である[2]。さらに、一般利益（l'intérêt général）が体現する最大多数の市民の利益の背後に、私的利益、諸個人が存在するのであり、私的利益の保護は、同時に、私的利益と密接に結合している一般利益の保護という性格をも帯びるのである。「諸個人」という表現は、ここでは企業や消費者を指すが、それぞれ損害賠償訴権の主体となる可能性を持った存在である。すなわち、反競争的行為に関する法の目標は、損害賠償訴権の目標と同様に、まさに複数存在するのである。

競争法の領域における損害賠償訴訟が「完全な開発途上状態」にあることを踏まえて[3]、欧州委員会は、「グリーン・ペーパー（un Livre vert）」を公表し、それに対する意見を求めるという意見聴取手続を開始した。その目的は、反競争的行為に関する欧州共同体法に対する違反があった場合に、「損害賠償請求を容易にする」ことであった[4]。この文書によって示された方向によれば、問題は、「賠償請求のより実効的なシステムにとっての主要な障害が何であるかを特定し、損害賠償訴権を改善するために従来とは異なる考察と行動の筋道を提案すること」にある[5]。これは、結局のところ、損害賠償訴権において競争法の諸目標を考慮すべきかという問題を提起するということではないだろうか？

---

[2] Livre vert, préc., p. 3.

[3] Livre vert, préc., p. 4.

[4] Livre vert, préc., p. 3.

[5] Livre vert, préc., p. 4.

「すべきかFaut-il」という疑問文は、非人称的なニュアンスを帯びている。というのは、この疑問文は、全方位的に問題を提起するからである。この疑問文は、あなたに対して、私に対して、企業に対して、消費者に対して、大学教師に対して、広い意味での「判断者」に対して、つまり競争関係の専門的機関や司法裁判所、欧州レベルの機関や加盟国レベルの機関などにおける判断者に対して、問題を提起するのである。そして、各人がそれぞれの形で、ある者は判決、ある者は意見書、ある者は論説、ある者はシンポジウム、そしてある者は委員会のサイトにおいて、回答を披瀝している。少なくとも現在のところ、意見開陳を差し控えているのは、立法者だけである。実際、欧州レベルであれ国内レベルであれ、規範的価値を有する競争法の法文は、損害賠償訴権に言及していない[6]。一見したところ、他の制裁が優先されているのである。

以上の回答の内容が多元的なものであるとすれば、それは、そこでの課題もまた同様に多元的であるからである。なかでも、反競争的行為の被害者の取扱い、被害者に認められるべき地位、競争法の実効性についての事情はそうである。また、より理論的ではあるがこれも私にとってなじみのある問題である競争法における民事責任の将来という将来予測のテーマについても、事情は同様である。民事責任を共通法の安らかなふところに留めておくべきなのであろうか、それともそれを競争の必要性のために目立たせるべきなのであろうか？後者の場合には、どの程度目立たせるべきなのであろうか？ある特別な法文を採択すべきなのであろうか、それともフォートに基づく民事責任法をその全体として発展させるべきなのであろうか？

このようにして、その出発点と内容において多様な一連の問題提起と

[6] ＥＣ条約81条および82条に規定された競争規範の実施に関する2002年12月16日の欧州閣僚理事会規則第2003－１号は、反競争行為の被害者に対する損害賠償の付与に言及しているが、それは、単に法的拘束力のない規則前文で触れるものでしかない。欧州委員会が、ＥＣ構成国の司法権との協力に関するコミュニケ（Comm. CE, 《Communication sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE》, JO 27 avril 2004, C 101, p. 54 et s., spéc. pts. 2 et 4）において言及している損害賠償訴権も、それ以上に強制的なものではない。

それへの回答が咲き誇るように提示されているのである。それに直面して、不安もまた拡大する。不安は、質問に直面する学位取得者を捉える。どのような回答をすべきなのか？この恐るべき選択問題に対して、２つの解決策が提示された。これらの解決策は、結局のところ、結合しており、補完的なものである。言葉との結び付きを強めること、そしてあるがままの本来の性質に従う、ということである。今日、問題を提示されているのは、まさに私、大学教師としての私である。この大学教師は、実定法を援用しないわけにはいかないが、同様に予測に基づく未来の法の浜辺にあえて踏み込むという危険をも冒すことになる。「すべき falloir」という動詞の語源は、一種のガイド、羅針盤として、次の２つを区別することに導くのである。すなわち、一方では、すでに必要となっているもの、義務的と理解されているものがあり、他方では、将来必要となるであろうものとその根拠とされる適切性に関する議論がある。したがって、第１に重要なのは、現時点において義務的となっているもの、「現にある法 lege lata」と取り組むことである。その際に、具体的には、損害賠償請求に関して５年の間隔をおいてなされた欧州裁判所の２つの判決を取り上げることにする。ついで、第２に、将来について、「あるべき法 lege ferenda」としてどのようなものが適切であるかに言及することが重要である。欧州共同体法における損害賠償訴権の保全がいかに賞賛に値するように見えたとしても（Ⅰ）、将来については、損害賠償訴権をフランス的に発達させるという方向を展望することが可能である（Ⅱ）。

Ⅰ　「現にある法」における義務的なもの：欧州共同体法における損害賠償訴権の保全

損害賠償訴権にはメリットがあると判断された（A）。だからこそ、それは欧州共同体法のコントロールの下に置かれる（B）。

A　損害賠償訴権のメリット

損害賠償訴権にはメリットがあるというと、それは本当だろうかとまず疑われることになろう。損害賠償というこの古典的制裁は、人心の離

反に悩んでいるのではないだろうか？しかしながら、損害賠償訴権には、反競争的行為に関する訴権における被害者の地位と結びついているがゆえに、真の意味での魅力があるのである。損害賠償訴権には、実際のところ、２つの面でのメリットがある。それは、被害者自身の保護に資するとともに、被害者を介して競争を保護するのである。

損害賠償の付与は、まず第１に、反競争的行為の被害者を保護する制裁として現れる。被った損害回復の手段であるがゆえに、それは、狭義の刑事制裁や行政上の排除措置がなしうるよりもはるかに良く、主観的利益を保護するのである。もちろん刑事制裁や行政上の排除措置の有益性を否定するものではないが、これらの手段は、損害を発生させた過去をそのまま存続させる。無効の結果として認められる遡及的な効力否定によっても、この過去を完全に消し去ることが常に可能というわけではない。グリーン・ペーパーにおいて欧州委員会が述べているように[7]、「反競争的行為の結果損害を被った者に対する賠償の付与」を可能にすることは、民事責任の職務に属するのである。

反競争的行為に対する民事的制裁について「独占権」を有するのは、各国の司法裁判所である。したがって、損害賠償訴権を活用することが欧州共同体の競争法の民主化と分権化という目標達成に寄与するというのは、本当である。もっとも、そうだとしても、競争関係の諸機関は、その判断に基づいて決定を行うという基本的なメリットを失うわけではなく、それを他の場所に置き換えるだけである。

次に、――そしてとりわけ？――損害賠償訴権が現実に貢献するのは、競争に関する公序の維持である。被害者は、反競争的行為に対する闘いにおいて、貴重な補助者と受けとめられる。被害者は、その者を害して行われた違反行為を、反競争的行為コントロールの任に当たる官署に知らせるために、最も適切な位置を占めているのではないだろうか？欧州裁判所によれば、「加盟国の裁判所に対する損害賠償訴権の行使は、欧州共同体における実効的な競争の維持に決定的に寄与することができ

[7] Livre vert, préc., p. 4.

る」のである。欧州裁判所の裁判官は、次のように判示している。「かかる権利は、競争に関する欧州共同体の諸規範の実践的な性格……を強化し、多くの場合には隠されている、競争の働きを制限しまたは歪曲する可能性のある協定や行為を抑止する性質のものである」[8]。同様の考え方を、欧州委員会がグリーン・ペーパーにおいて表明している。すなわち、これらの訴権は、単に経済主体の保護という目標に答えるだけではない。それらは、「反競争的行動を抑止することによって、……欧州条約の諸規定の完全な実効性を確保する」。

競争評議会は、クラス・アクションに関するその意見書の中で、かかる訴権が競争法の実効的な発動において果たしうる役割を強調した[9]。そこでも、結局のところ、同じことが語られているのである。反競争的行為の被害者は、このとき、「真のアクターであり、公権力の同盟者として」現れる[10]。違反行為者が被るであろう財政上のリスクの増大は、無視し得ない抑止力のファクターとなるからである[11]。

換言すれば、反競争的行為の被害者に対して、欧州共同体加盟国レベルで民事責任という司法上の保護を付与することは、欧州共同体の競争法の完全な実効性を確保し、有効な効果を得るために、必要なことである[12]。欧州裁判所によって力強く表明されたこの考え方は、欧州裁判所の裁判官が加盟国レベルの損害賠償訴権をその監視のもとに置くという結果を導くことになった。

B　欧州共同体によるコントロールの下での損害賠償訴権

欧州条約に明示の規定が置かれていない以上、損害賠償訴権は、共同体加盟国の国内法の規律に服する。ただし、その結果加盟国の国内法秩

---

[8] CJCE 13 juillet 2006, aff. jointes C-295 / 04 à C-298 / 04, Manfredi et a., pt 91. V. aussi CJCE, 20 septembre 2001, C-453 / 99, Courage, Rec. I, p. 6297, pts 26 et 27.

[9] Cons. conc., Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles

[10] Avis préc., pt 29.

[11] Avis préc., pt 31.

[12] CJCE 13 juillet 2006, déc. préc., pt 90（カルテル禁止に関する事案）.

序に判断の幅が認められることになるとしても、それはコントロールを受けないというものではない。

一方では、「この事項に関して共同体法の規律がないのであるから、[損害賠償を請求する] 権利の行使態様を決定することは、加盟国である各国の国内法秩序の権限に属する」[13]ことが確認される。これは、手続自治の原則に適合するものである。他方では、これに２つの要請が付加され、各国の法秩序に認められる特権が制限される。１つは、均等の要請（l'exigence d'équivalence）である。この要請によって、競争に関する共同体法の違反に基づくものであるか国内法の違反に基づくものであるかを区別することなく、救済――ここでは損害賠償――については同一の扱いをすべきものとされる。もう１つは実効性の要請（l'exigence de l'efficacité）である。この要請は、均等の要請よりもきついものである。均等の要請とは異なり、ここでは、欧州共同体レベルの扱いを前面に出した形での差別的取扱いがなされる。具体的には、国内法による救済の行使態様が、欧州法秩序によって付与されている権利――ここで問題となっているのは損害賠償の権利――の行使を現実には不可能にしたり、または過度に困難にしたりすることがないようにすることが重要だとされる。換言すれば、国内法がその行使を妨げたり、またはその行使の重大な重荷になる場合には、これらの救済を国内法の適用から免れさせることが義務づけられるのである。手続自治の原則とこれら２つの限界を結合させつつ、欧州裁判所は、いわゆるカレッジ判決（arrêt Courage）とマンフレディ判決（arrêt Manfredi）において、提訴要件と効果の両面において、損害賠償訴権のあり方を明確に示すことになった。

１）損害賠償訴権の行使

損害賠償訴権を行使するに際して、いくつかの問題が提起される。どの裁判所に訴えを提起すればよいのか？自分は提訴権を有しているのだろうか？いまだ提訴期間は切れていないだろうか？欧州裁判所の裁判官は、先に示した諸原則を示しつつ、これらの様々な問題に対する回答を明らかにしている。

---

[13] CJCE, déc. préc.

たとえば、共同体法の違反を理由とする救済として損害賠償を求める手続態様を定める権限、これらの救済申立てを審理するために管轄権限を有する裁判所を指定する権限は、均等の原則および実効性の原則を遵守することを条件として、各加盟国に属する。近時、フランス政府が行った選択によれば、反競争的行為にかかわる争訟の管轄権限が一定の限定された数の裁判所に留保される。この決定は、均等の原則に何ら反していない。この措置は、共同体法の規定についても国内法の規定についても区別なしに適用されるからである。これはまた、救済を求める権利の行使を妨げる性質の結果を立証しうる場合（たとえば、争訟期間が著しく長期化するとか、費用が顕著に増加するような場合）を除いては、実効性の原則の観点から見ても争いの余地はない。

同様に、損害賠償訴権の時効にかかわるルールの決定権限も、常に同一の留保に服しつつも、加盟国の法秩序に属する。これらの規定は、単に時効期間に関するだけではなく、その起算点および場合による時効停止や中断事由にかかわることがありうる。それらは、実効性の要請を考慮しつつ、分断して個別的にではなく、その全体として審査されなければならない。というのは、国内法の規定が、同時に短期の時効期間と反競争的行為実行の時点に固定した時効起算点を定めつつ、他方で時効停止の可能性を認めないような場合には、実効性の要請が侵害されることがありうるからである。このような組み合わせによって、継続的または繰り返される違反行為については時効期間が違反行為の停止前に満了するような場合も起こりうるが、そのような場合には、違反行為の被害者が損害賠償訴権を行使することが妨げられるというべきである[14]。

欧州裁判所の裁判官は、反競争的行為の被害者のために、「反競争的行為と損害との間に因果関係が存在するときは」[15]、損害の賠償を求めて提訴する権利が認められることを確認した。上述した訴権行使の期間および場所にかかわるコントロールは、この権利を保全することを目的としている。このようにして、欧州裁判所は、いわゆるカレッジ判決に

[14] CJCE 13 juillet 2006, déc. préc., pts 78 et 79

[15] CJCE, 13 juillet 2006, déc. prêc.

おいて、力強く、被害者が反競争的契約の当事者である場合であっても、各国の国内法が 被害者の損害賠償を求める権利を保全する義務がある旨を判示した[16]。ただし、各国の国内法が損害賠償の権利を制限する可能性もまた認められている。それは、被害者が競争の歪曲をもたらすことについて重大な責任を負うような場合である。換言すれば、被害者がその損害の発生に寄与するようなフォートを犯した場合である。とすると、次に検討を要請されるのは、損害賠償訴権の効果ということになる。

2）損害賠償訴権の効果

損害賠償訴権の効果は、――ここでは付与される損害賠償の額と理解していただきたいが――間違いなく訴権の実効性を条件付けるものである。ここで提起される問題は、民事責任における損害填補という目的に、競争法の要請を考慮して、制裁機能を付加すべきか、である。マンフレディ事件において欧州裁判所が判断すべきことを要請されたテーマの１つは、まさにこの問題であった。欧州裁判所は、この事件において、完全賠償の原則を場合によって排除する必要性について判断することを要請されたのである。欧州裁判所は、この問題に関して、より広く、訴権の効果に関するルールを決定するに際して国内法秩序に認められている自由を明確にすることにこだわった。それは、実効性の要請と均等の要請から来るものであった。

実効性の必要性は、反競争的行為に由来する損害全部の賠償を要請する。欧州裁判所の判示によれば、被害者は、「現実の損害（damnum emergens）の賠償だけでなく、逸失利益（lucrum cessans）および利息の賠償も求めることができるものとされなければならない」[17]。フランスの民事責任法は、この点に関して何の困難ももたらさない。もっとも、ナンテール商事裁判所2006年５月11日判決[18]は、別の道を採ったようで

---

[16] CJCE 20 sept. 2001, Courage Ltd, aff. C-453 / 99, *Rec.* I, 6297.

[17] CJCE 13 juillet 2006, déc. préc. 遅延損害金の起算点を明示する配慮は、各国の国内法に委ねられている（pt 97）。

[18] Tribunal de commerce de Nanterre, 6e ch., 11 mai 2006, SA Laboratoires Arkopharma c / sté Roche et sté F. Hoffmann La Roche.

ある。「ビタミン剤のカルテル」のメンバーから仕入れを行っていたある企業が、この違法なカルテルによって仕入れ価格の上昇という形で損害を受けたと主張して、損害賠償の請求を提起したという事案である。商事裁判所裁判官は、この請求を棄却した。この判決の根拠は、「売主は、この仕入れ価格の上昇をその小売価格に転嫁することによって回収することができた」ところに求められている。裁判官はまた、次の点を付け加えている。「できたことをしなかったわけであるから、原告である売主は、その価格政策を自由に決定したのであって、被告に責任を課すことはできない」。このようにして、超過費用を他の経済主体から回収しうるという単なる権能が存在するということで、しかもそれを実施しなかったにもかかわらず、反競争的行為の直接の被害者の損害賠償への権利が排除されたのである。これは、実効性の要請に反するものではないであろうか？

損害賠償という救済の実効性の要請は、以上のように、生じた損害総体の賠償を要請するものではあるが、欧州裁判所によれば、懲罰的損害賠償の付与を要請するものではない。懲罰的損害賠償を制度化することは、各国の法秩序に認められる権能なのであって、義務ではないのである。そうだとすると、ここで改めて浮上するのが、均等の要請である。懲罰的損害賠償を制度化するという選択を行う場合には、この要請によって、国内法の違反を理由とする救済と同様に、共同体法の違反を理由とする救済についても懲罰的損害賠償を認める必要があるのである。しかしながら、欧州裁判所は、この点について次のように付言することによって、多少微妙な態度を採っている。すなわち、「欧州共同体法は、各国の司法権が、欧州共同体の法秩序によって保障された権利の保護によって権利者に不当利得がもたらされることのないように気を配ることについて、妨害することはない」[19]。この考え方を活用することを通じて、懲罰的損害賠償に対してしばしば提起される非難の１つに対処することが可能になる。

損害賠償訴権は、メリットがあるものと判断されることによって、欧州共同体法のコントロールの下に置かれ、最小限の形で保全されている。

[19] CJCE 13 juillet 2006, déc. préc., pt 94.

そのような状況を踏まえると、「あるべき法」としては、損害賠償訴権を促進する方向で、加盟国に認められている対策の自由を活用することが適切だといえるであろう。

Ⅱ　「あるべき法」における適切なもの：フランスにおける損害賠償訴権の促進

フランスの競争評議会は、2006年９月21日、反競争的行為の領域におけるクラス・アクション導入に関する意見書を公表した。この意見書において、競争評議会は、民事責任には一定の弱点があることを強調し[20]、主たる請求として行使される損害賠償訴権の放棄を称揚するところまでは行っていないものの、補完的に行使される損害賠償訴権を優先するという態度を明確に表明している。同評議会の観点からすれば、後者だけが実効的なのである[21]。しかし、それでもなお、すべての事件とりわけ小規模の事件がすべて専門機関の面前に持ち出されるべきものではないのであるから、独立した損害賠償訴権の実効性を強化することは、やはり重要な課題である（A）。他方で、損害賠償の訴えと競争関係の専門機関の面前での手続との接合は、多くの困難を引き起こす。その結果、補完的損害賠償訴権の存在を保全するには、それらを解決することが必要となる（B）。

A　主たる請求として行使される損害賠償訴権の実効性の強化

競争評議会は、前述の意見書において、あまり一貫しない種々の問題を扱っている。そのうちのいくつかは、判断を下すべき裁判官が求める鑑定をどのように使いこなすかという問題にかかわっている。競争法のルールを発動するためには独自の専門技術が前提とされること、隠され

[20] Avis préc. pts 42 et s.

[21]「訴権の二重性は維持されるべきである。……もっとも、この選択の意味は、理論的に考えるよりも現実には限定されたものである。民事的に問題を扱うことは、事件が事前に競争評議会によって扱われていた場合にだけ現実には実効的だからである。」

た反競争的行為の立証は経済分析を前提とするものであってきわめてデリケートであること、などの点に疑いはない[22]。そして、これらの観察は、反競争的行為に関する法を基礎として行使される訴権について一般的に妥当するものであって、特殊に損害賠償訴権にだけ妥当するというわけではない。

反対に、民事責任のシステム自体の不十分性にかかわる固有の困難性も存在する。とりわけ問題なのは、付与される損害賠償の額が不十分であることである。 ここから出てくるのが、懲罰的損害賠償の制度化というきわめて意見が分かれる問題である。この問題は、競争にかかわる訴権の枠内で検討することも可能であるし、より広く、民事責任に関する普通法の適切な発展という形で扱うことも可能である。フランス法において懲罰的損害賠償を制度化するという方向に賛意を示すと強い反対が予想されるので、その点を考慮して、以下ではまず反対論に対する反論を提示してから、肯定論を展開してみたい。

懲罰的損害賠償に対する反対論は、その論拠を、「本当に誤った vrais faux」議論と呼ぶべき議論と、「誤った本当の faux vrais」議論と呼ぶべき議論に求めている。

「本当に誤った」議論と呼ぶべきものとして、アメリカの「亡霊」に基礎を置く議論を挙げることができる。これは、一種の偽りの議論であって、そこでは、アメリカ合衆国で確認された目を剥くような迷走振りが、それだけで懲罰的損害賠償への発展を拒否するのに十分な理由として振りかざされる。ところで、アメリカモデルを採用することが唯一の選択肢というわけではない。懲罰的損害賠償には逆機能が存在するとしても、制度内容を選択することによってそのリスクを緩和することは可能である。また、懲罰的損害賠償を導入するならば、民事責任の基本的原則に対して変質がもたらされるであろうという批判がなされることもある。この主張も、損害賠償算定の自由を活用する形で一定の実務においては

[22] 競争評議会の意見書は、この点に関して、裁判所が専門機関の補助を要請することを認める手続が体系的に利用されることについての懸念を表明している。その資源が限定されている専門機関に委ねられている公的訴権の実効性を損なう危険がある、というわけである。

すでに懲罰的損害賠償的考え方が取り入れられていることを考慮するならば、やはり説得的なものではない。

懲罰的損害賠償の受容には有用性がないという点に根拠を求める議論は、本当の議論といってよいであろう。しかし、これも、「競争の領域において提示される問題の独自性に直面して、現在の損害賠償法は不適合状態に陥っている」[23]という観点からするならば、やはり否定されるべきである。競争評議会が、クラス・アクションに関するその意見書において提示した諸措置は、その有用性を否定するものではないが、なお不十分といわざるをえない。委員会が非強制的なガイドラインを設定したことは、裁判所に宛てられた有益なガイドとなるが、損害評価の困難性の全体を解決するものではない。同様に、個別的には低額の賠償しか付与されない場合に現物形態での賠償を認めるという考え方[24]は、魅力的ではあるが、この解決策が民事責任訴権に十分な予防機能を付与し、被害者の行動を促進するかは、定かではない。

このようにして、懲罰的損害賠償の制度化は、有益であるがゆえに適切であると主張することができる。それは、罰金と同様に、反競争的行為の主体に対して十分に実質的な財政上の不利益を課すことを可能にし、そのゆえに競争のルールの実効性という要請の実現に役に立つであろう。重要なのは、競争のルールに対する違反によって違反者が利益を得るという事態を避けることである。損害賠償訴権が独立して行使される場合には、直接被害者の利益の擁護とともに、一般利益に従って競争上のフォートに制裁を加える役割は、民事責任に帰する。さらに、そして罰金よりも良く、懲罰的損害賠償の制度は、被害者の行動のインセンティブになることによって、訴権における経済主体の役割を拡大し、反競争的行為の訴権における司法化を強化することになろう。

さらに言えば、この推論は、単に反競争的行為の法にかかわるだけではない。それは、より広く、競争法の全体に関係する。反競争的行為の

---

[23] Cl. LUCAS DE LEYSSAC, Rapport de synthèse, in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque Université Paris I, 29 avril 2004, Petites affiches 20 janvier 2005, n° 14, p. 65 et s., spéc. p. 69.

[24] Cons. conc., avis préc., pt 61.

法の領域における懲罰的損害賠償の制度化がきわめて強い反対論に遭遇するとしても、この好ましい発展が民事責任の一般法にその基礎を見い出し、その結果、競争法に影響を与えるということもありうるであろう。実際に、債務法改正草案は、1371条という、一定の条件の下で懲罰的損害賠償の言い渡しを認める規定を含んでいるのである。

それは別として、独立的な損害賠償訴権は、損害賠償に関する訴権の総体を飲み尽くすことを役割としているわけではない。損害賠償訴権はまた、市場を監視する機関の面前での手続に、補完的にかかわっていくこともありうる。このようにして、補完的損害賠償訴権の存在を保全することが重要になる。

B　補完的損害賠償訴権の存在の保全

まず第一に、このような場合に損害賠償訴権を保全する必要性を喚起することは、驚くべきことと思われるかもしれない。それは、競争関係機関の以前の決定によって容易化されていたのではなかったろうか[25]？しかしながら、競争関係機関の面前での手続との共存によって、損害賠償訴権の行使が、一定の限度において困難になるという場合もあるのである。

実際、競争法に固有のいくつかのテクニックが、一見して反競争的行為と見える行為が罰せられないという帰結をもたらしている。当該行為が取るに足らないものである場合、対市場効果の点で一定のレベルを超えない場合、当該行為が合理性の原則の作用によって容認されるとき、

[25] 競争評議会が正当に指摘するように、確定的となった決定に「決定事項の権威（l'autorité de chose décidée）」（判決についての「判示事項の権威（l'autorité de chose jugée」＝既判力に準じた効力――訳者注）を認めることによって、反競争行動の証拠において、裁判官と同様に原告の任務は大いに軽減されることになろう（avis préc., pts 78 et 80）。他方、手続の二重化による訴訟期間の長期化と結びついた不都合性は、具合良く、「競争関係機関によってすでに有責の判断を受けている事件については、優先的に扱うという措置の実施」によって、なくなるとまでは言えなくとも、少なくとも緩和されることができよう（pt 82）。競争評議会の既存の決定は、最も有益なもので、場合によって因果関係の推定として利用することができる（pts 55 et 56）。

または経済発展に寄与しているという理由でそれが免除の対象になっている場合、などである。リニエンシー制度の実施もまた、ここに影響を及ぼしてくることがありうる。このような行為によって損害を被った経済主体は、その賠償を得ることを主張することができないのであろうか？

法文に明示の解決がない以上、これらの問題に対する回答は、これら種々の事例の事実関係および民事責任の諸原則の分析から導くべきである。

対市場効果が一定の水準を超えていないという点に関しては、それが意味するのは、単に、行為に有害な効果があってもそれが僅少であるがゆえに競争関係機関の介入が正当とされないということに過ぎないことに留意する必要がある。反対に、フォートが存在する場合には、場合による被害者は、フォートを根拠として、当該行為によって被った損害に至るまでの損害賠償の権利を認められる。合理の原則が作動するときは、話は別である。当該行為は適法であり、その行為主体の民事責任が、競争特別法の侵害を理由として追及されることはない。同様に、当該行為が免除の対象になっているときは、競争のルールは侵害されていないのであって、その結果、責任を追及する訴権が生じるということはない。しかし、競争に関するいかなる特別法も侵害されなかった場合であっても、フォートの存在を明確に示すことを条件として、被害者が損害を与えた主体に対して民事責任を追及することは、なお可能である。

リニエンシー制度の発動がある場合には、明らかに、競争のルールの侵害が存在する。したがって、問題は容易に解決されるように見える。しかし、損害賠償訴権の発展の帰結としてリニエンシー・プログラムの魅力が減退してしまうのではないか、という懸念が何度も表明された。この懸念をとりわけ強く表明したのは、競争評議会であった[26]。損害賠償訴権において競争法の目標を考慮すべきかという問題が提起されるのは、まさにこのような場においてである。この問題への回答は、少なくとも厳密な意味での賠償の領域においては、明白に否定的であるべきである。このようにして探知されたカルテルの被害者は、違反者がどのよ

[26] Cons. conc., avis préc., pts. 65 et s.

うな立場の者であれ、違反者から損害の賠償を得ることができなければならない。競争評議会が指摘するように、リニエンシー制度を用いて行政的制裁の軽減を求める者が、禁止された行為の結果として生じた損害の賠償を免除されるという事態は排除されるべきである。ここで重要なのは、憲法院が、他人に加えた損害を賠償するという原則には憲法的価値があるということを、この原則を問題視したある法律を違憲とすることによって承認したことである[27]。反対に、制裁の局面においては、懲罰的損害賠償のメカニズムを排除することは、懲罰的損害賠償制度がフランス法において制度化されたという仮定の下においてであるが、考慮に値する。本当のところ、問題は、他の領域において再燃するのである。すなわち、証拠へのアクセスが問題である。実際、競争評議会は、「リニエンシー制度の適用による制裁軽減を求める企業について、その通報の秘密を保障して、他の用途には用いないようにすることが必要である」と判断している[28]。しかし、この問題についてさらに論じることは、他の主題に属し、本日用意した検討の枠組みを超えるものとなろう。

[27] Cons. const. 22 oct. 1982, D. 1983, p. 189, note F. LUCHAIRE ; Gaz. Pal. 1983, 1, p. 60, obs. F. CHABAS. 次のように判示している。「いかなる者も他人を害する権利を有さないので、原則として他人に損害を惹起させる人の行為はすべて、フォートによって……する者に賠償の義務を課する」。

[28] 主導的考え方は、次のようなものである。リニエンシー制度の受益者は、「最小限、民事裁判官の面前で、カルテルおよび強調行為の存在を告発しなかった企業と比較して不利な状況に置かれないようにしなければならない」（Avis préc., pt 73）。

研究ノート

移転させられた損失（1）

—— Hannes Unberath, *Transferred Loss, Claiming Third Party Loss in Contract Law* (2003) の紹介とイギリス法の分析を中心にして ——

新　堂　明　子

要　約

英ネグリジェンス法によっては原則として賠償が否定される純粋経済損失（pure economic loss）が問題となる事例には、間接損失（ricochet loss）と移転させられた損失（transferred loss）がある。本稿は後者を分析するものであるが、近年、判例の蓄積が進んだイギリス法を主に扱う予定である。

たとえば、荷送人（受約者）と運送人（約束者）が荷受人（第三者）に対して物品を運送する契約を締結したが、運送人の過失により運送中に物品が滅失した場合、荷受人は運送人に対し不法行為に基づいて滅失した物品自体の価値の賠償を請求することはできない、とされることがある。なぜならば、滅失した物品自体の価値は純粋経済損失であるからである、とされるからである。

あるいは、注文者（受約者）と請負人（約束者）が建物建築の請負契約を締結したが、その後、注文者が第三者に対して当該建物を譲渡した。ところが、完成した建物に欠陥がみつかった場合、第三者である所有者は請負人に対し不法行為に基づいて建物の瑕疵自体または瑕疵ある建物自体の価値の賠償を請求することはできない。なぜならば、建物の瑕疵自体または瑕疵ある建物自体の価値は純粋経済損失であるからである。

そこで、近年、約束者の第三者に対してした不法行為に基づく救済（損害賠償）に代わって、約束者の受約者に対してした契約違反に基づく救済（損害賠償）が試みられ、認められるようになっ

てきている。つまり、受約者が約束者に対し第三者のために第三者の被った損失について賠償を請求する訴訟が試みられ、認められるようになってきている。

イギリス法の現状は以上のとおりであるが、これをふまえたうえで、本稿は、最後に、日本法との比較も試みる予定である。

目　次　　主要な判決および制定法

はじめに

Ⅰ．Hannes Unberath, *Transferred Loss, Claiming Third Party Loss in Contract Law* (2003)の紹介
第1部　原告の損失の回復
第1章　第三者による訴訟
第1節　不法行為法
第2節　契約による第三者の請求
第2章　契約当事者による訴訟
第1節　無関連事項との関係
（1）不法行為事例
（2）物品の売買
（3）建築事例
（4）物品の運送
（5）まとめ
第2節　「狭い」広いグラウンド
第3節　「広い」広いグラウンド
（1）支配的要件としての合理性？
（2）履行の代わるもの
（3）賠償法理
（4）損失の金銭的評価
（5）受約者の第三者への賠償金の引渡義務，修理の意図，二重の回復
（6）家庭事例
第2部　第三者の損失の公然の回復：先例と法理

Ⅱ．イギリス法の分析
（1）物品運送法

Dunlop v Lambert (1839) Macl & R 663
Bill of Lading Act 1855
The Albazero [1977] AC 774
Carriage of Goods by Sea Act 1992　　（以上本号）

（2）寄託
（3）約束の信託
（4）保険
（5）代理
（6）建築法
St Martins [1994] 1 AC 85
Panatown [2001] 1 AC 518

Ⅲ．学説の検討
（1） G. H. Treitel
（2） Hannes Unberath
（3） Brian Coote

Ⅳ．日本法との比較
（1）物品運送法
(ア) ハーグ・ルールズ、および、ハーグーヴィスビー・ルールズ
(イ) イギリス法
Carriage of Goods by Sea Act 1971
The Aliakmon [1986] AC 785
(ウ) 日本法
国際海上物品運送法
最判昭和44年10月17日判時575号71頁
（2）建築法
(ア) イギリス法
Anns [1978] AC 728
Murphy [1991] 1 AC 398
(イ) 日本法
最判平成15年11月14日民集57巻10号1561頁
最判平成19年７月６日最高裁判所ホームページ

おわりに

はじめに

純粋経済損失とは、原告の人身または財産に対する物理的な損害（damage）に由来しない、原告に対する経済的な損失（loss）をいう[1]。英ネグリジェンス法は、過失ある不実表示[2]と過失ある遺言（不）起草[3]の事例において例外を認めるものの、原則として純粋経済損失の賠償を否定する。

被告の過失ある行為により損失が発生し、その損失の性質が問題となる事例の主な類型としては、①（直接）被害者の人身または財産に（直接）損害が発生し、それが原告（間接被害者）に（間接）損失をもたらす場合と[4]、②原告に供給された物品に瑕疵があるために、原告が損失（瑕疵自体）を被る場合とがある。

さて、㋐経済損失について制限的にしか賠償を認めない態度は、過失不法行為法においてのみ顕著である。いいかえれば、詐欺や契約に対する故意の妨害のような故意不法行為法において経済損失につき賠償を認めることには、さほど困難はない。また、㋑不法行為に基づいて経済損失の賠償を請求するのではなく、契約違反に基づいて経済損失の賠償を請求することができれば、原告の請求は何の問題もなく認められる。というのは、契約違反に基づいて賠償を請求する場合の対象は経済損失であり、それ以外の損害ではないからである[5]。

ここで、イギリス法にいう純粋経済損失とは、①だけではなく、②も含む広い用語であることを確認しておく。つまり、②と㋑によれば、契約違反の典型事例とは、売主が買主に対し、ある期日にある物品の引渡しを約束したが、それを履行しなかったので、買主が売主に対し、約定価格と引渡期日の市場価格との差額の賠償を求めて訴えたというものとなる[6]。いいかえれば、売主の買主に対する物品引渡約束の不履行には、物品の引渡しがな

---

1 *Clerk & Lindsell on Torts* (19th ed., 2006), para. 1-36.

2 *Hedley Byrne & Co v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465.

3 *White v Jones* [1995] 2 AC 207（拙稿「イギリス法における第三者に対する契約責任と不法行為責任の関係・再論――失望させられた受益者を題材として――」（2006）北大法学論集57巻1号466頁参照）。

4 間接損失（ricochet loss）に相当する。

5 *Winfield & Jolowicz on Torts* (17th ed., 2006), pp. 192-193.

6 *Ibid.* at 193, n. 60.

かったこと[7]および瑕疵ある物品が引き渡されたことが含まれるが、その損失については、契約違反に基づいて賠償請求すべきであり、不法行為に基づいて賠償請求すべきではないということになる。さらにいうと、契約の目的物である物品自体の価値または物品の瑕疵自体は、純粋経済損失として分類され、契約違反に基づいて救済されることはあっても、不法行為に基づいて救済されることはない、というのが原則である[8,9,10]。

さて、副題にある著書は、著者の博士（Oxon）論文をまとめたものである（以

---

[7] 物品の引渡しが遅れたことも含まれる。

[8] *McGregor on Damages*（17th ed., 2003）は、第２章「金銭上の損失」第１節「契約」において、結果的な金銭上の損失（consequential pecuniary losses）と対置される基本的な（basic）金銭上の損失について、つぎのようにいう。契約とは、互いに利益を与え合うことである。一方が彼の側の契約の不履行を起こせば、他方に対する基本的な損失は契約違反を通じて奪われた利益の市場価値ということになる。つまり、原告は、自らのバーゲンの喪失について賠償される権利があるということになる。その利益のタイプとしては、財産（物品等）、金銭、役務があり、その契約違反のフォームとしては、履行がないこと、遅延した履行、瑕疵ある履行がある。*Ibid.* para. 2-001.

他方、第２章「金銭上の損失」第２節「不法行為」において、結果的な金銭上の損失と対置される基本的な金銭上の損失について、つぎのようにいう。金銭上の損失は、契約においては重要な役割を果たすが、不法行為においてはそれほどではない。なぜならば、契約はほぼ独占的に原告の商業的な利益の保護を考えるのに対して、不法行為は原告の個人的な安全や優良な評判のような利益の保護を考えるからである。したがって、不法行為に関する基本的な金銭上の損失としては、財産（原告所有の物品等）だけを考えれば足りる。*Ibid.* para. 2-040. 原告の物品等が損傷されれば、その基本的な金銭上の損失は物品の価値の減少ということになり、通常は合理的な修理費用により測定される。*Ibid.* para. 2-041.

[9] *Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398（後掲Ⅳ（２）㈠㈡詳述）。

[10] 米製造物責任法における製造物の瑕疵自体については、中田裕康「最近の判例」[1992]アメリカ法348頁；古賀哲夫「アメリカの製造物責任と経済的損失――Santor-Seely ルールの分析――」（1994）名古屋学院大学論集社会科学篇31巻１号173頁を参照のこと。

日製造物責任法における製造物の瑕疵自体については、浦川道太郎「損害論」（1990）NBL458号36頁；内田貴「損害論」経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『製造物責任法の論点』（1991）105頁を参照のこと。

下「本書」という）[11]。

本書の目的は、第三者の損失の事例（third party loss cases）について考察することにある。すなわち、約束者Dによる契約違反が受約者Pではなく第三者Aに損失を与える場合、PがDに対してAの損失について賠償を求めることができるかという問題である。典型事例としては、物品運送事例と建築事例がある。

物品運送事例とは、運送人Dと荷送人Pが荷受人Aに宛てて物品を運送する契約を締結し、PからAに対し物品の所有権または危険も移転したが、DがPとの契約に違反し、運送中に物品が滅失または損傷したという場合である。

建築事例とは、注文者Pが請負人Dとの間で建物建築請負契約を締結した後で、第三者Aとの間で売買契約等を締結し、当該建物の所有権を移転させたところ、DがPとの契約に違反し、建物に瑕疵が発見されたという場合である。また、そもそも当該建物の所有権は最初からAにあり、Pは仲介者としてDとの間で建物建築請負契約を締結したにすぎなかったところ、DがPとの契約に違反し、建物に瑕疵が発見されたという場合もある。

契約違反に基づいて認められる損害賠償の目的は、契約が履行されたならば原告がおかれていたであろう地位に原告をおくことにある。これによれば、契約違反に基づいて認められる損害賠償は、受約者が被った損失を受約者に賠償するために認められるのが原則ということになる。いいかえれば、第三者が被った損失の賠償を受約者に認めるか認めないかは典型的な問題ではないということになる。それでは、このような例外を認める必要はあるのであろうか。本書は、その例外の必要性を肯定するものである。

本研究ノートでは、本書を紹介しつつ、本書の言及する主要な判決について、著者（Unberath）の整理を紹介するとともに、筆者（新堂）も独自に分析する予定である。あわせて、日本法では、同様の問題をどう解決しているかも検討したい。

Ⅰ． Hannes Unberath, *Transferred Loss, Claiming Third Party Loss in Contract Law*（2003）の紹介

[11] 本書によると、Hannes Unberath は当時、Lecturer in Law at the Institute of International Law, Ludwig-Maximilians-University of Munich であった。

さて、本書は、第１部「原告の損失の回復」と題して、総論を展開し、第２部「第三者の損失の公然の回復：先例と法理」と題して、取引類型ごとに、詳細に判例を分析する。

第１部　原告の損失の回復（Recovery of the Plaintiff's Loss）[12]

第１部は、さらに２つの章に分かれている。第１章「第三者による訴訟」は、第三者が原告となり、約束者を被告として、不法行為に基づいて、あるいは、約束者と受約者の間の契約の違反に基づいて、第三者に生じた損失について賠償を請求する訴訟を検討する。第２章「契約当事者による訴訟」は、受約者が原告となり、約束者を被告として、約束者と受約者の間の契約の違反に基づいて、第三者に生じた損失について賠償を請求する訴訟を検討する。それとともに、損失という概念の広狭を分析する。第１章は序論にすぎなく、第２章こそが本書の心髄である。

第１章　第三者による訴訟（Action by the Third Party）[13]

受約者は自らの被った損失についてだけ賠償を請求する権利を有する、というのが原則である。

一方で、かりに受約者が第三者の被った損失について賠償を請求する権利を有するとすれば、上記原則に対する変則となる。他方で、かりに第三者が自らの被った損失について直に訴えられるとすれば、上記変則を認める必要はなくなるのではなかろうか。

しかし、著者（Unberath）は、つぎのように結論づける。不法行為法に基づく第三者による訴訟も、契約に基づく第三者による訴訟も、特定の事例でしか認められず、それらの価値は限られている。したがって、受約者の第三者の損失につき賠償を請求する権利を認める変則が必要である。ではなぜ、第三者による訴訟が万能ではないかをみておこう。

---

[12] 本書７頁以下。
[13] 本書９頁以下。

第1節　不法行為法（Tort Law）[14]

まず、著者（Unberath）は、とくに建築請負と物品運送に関する判例の流れを概説したうえで、契約違反によって契約の当事者ではない第三者に生じた純粋経済損失に関する不法行為訴訟は、*Hedley Byrne* [1964] AC 465[15]の例外はあるものの、容易には認められないと結論づける[16,17]。

建築請負の分野においては、欠陥ある建築物を注文者等から譲り受けまたは賃借した原告が、請負人等に対して、過失不法行為法に基づいて純粋経済損失の賠償を請求するといった紛争が多発した。*Hedley Byrne* [1964] AC 465の延長線上で、*Anns* [1978] AC 728[18]は、原告の請求を認めたが、一転して、*Murphy* [1991] 1 AC 398[19]は、原告の請求を否定した。そこで今度は、不法行

---

[14] 本書9頁以下。

[15] *Hedley Byrne & Co v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465.

【事実】約束者の過失による不実表示を受約者ではなく第三者が信頼して損失を被った。そこで、第三者は約束者に対し不法行為に基づいて損害賠償を請求した。

【判決】請求認容。

[16] 本書21頁。

[17] 著者（Unberath）は、ドイツ法における第三者のための保護効を伴う契約は、本書で扱う典型的な第三者に損失が生じた事例に対して、何の解決も与えないと結論づける。前者は、債務者の第三者に対する責任の範囲を拡大する方向に作用するが、本書での問題は、契約の目的物の経済的な利益が受約者から第三者へと偶然に移転するというところにある。前者は、通常であれば受約者が被る損失が第三者に移転させられた場合における受約者の権利の問題を解決しないのである。本書21頁。

[18] *Anns v Merton London BC* [1978] AC 728（後掲Ⅳ（2）(ア)(a)詳述。簡単に事実と判決を説明すると、つぎのとおりである）。

【事実】建物建築者がカウンシルに対し、建築条例に基づいて、建築計画を申請し、それは許可された。建築条例によると、カウンシルは、建物の基礎が覆われる前に、それを検査しなければならなかったが、実際には、それを検査することはなかった。建物完成後、建築者は建物を賃貸した。ところが、賃借人は、建物の基礎に瑕疵を発見した。そこで、賃借人は、カウンシルの義務違反に対して、過失不法行為に基づいて、建物の瑕疵自体に関する賠償を請求した。

【判決】請求認容。

[19] *Murphy v Brentwood DC* [1991] 1 AC 398（後掲Ⅳ（2）(ア)(b)詳述。簡単に事

為法ではなく、契約に訴えての救済を模索するようになったが、*St Martins* [1994] 1 AC 85[20]は、はじめて、それを認めるに至った。すなわち、約束者の契約違反に基づいて受約者が第三者の損失について賠償を請求したのに対して、貴族院は原告の請求を認容したのである。

物品運送の分野においては、運送中、運送人の契約違反により物品が滅失または損傷したことについて、運送契約の当事者である売主ではなく第三者である買主が賠償請求するといった紛争が多発した。しかし、建築請負とは異なり、物品運送の分野においては、当初から、第三者の損失の問題は契約法の問題として位置づけられ、過失不法行為法に基づいて純粋経済損失の賠償を認めるか否かの問題として取り扱う差し迫った必要性はまったくなかった。

著者（Unberath）は、結論として、つぎのようにいう。建築請負に関する判例法をみると、純粋経済損失については、不法行為法でうまくいかなかったから、いちかばちかで契約に訴えているようにみえる。しかし、物品運送に関する判例法をあわせてみると、その請負における試みはむしろ、契約法理のもつ生来の柔軟さの再発見であり、その法理の新しい分野への適用を意味するものである[21]。

実と判決を説明すると、つぎのとおりである）。

【事実】建物建築者がカウンシルに対し、建築条例に基づいて、建築の基礎の適否を判断するよう申請した。カウンシルは、自己の職員に適任者がいなかったため、民間の有資格者に判断を依頼した。建物完成後、建築者は建物を売却した。ところが、購入者は、建物の基礎に瑕疵を発見した。それは、民間の有資格者の過誤ある判断に原因があった。そこで、購入者は、カウンシルの義務違反に対して、過失不法行為に基づいて、建物の瑕疵自体に関する賠償を請求した。

【判決】請求棄却。

[20] *St Martins Property Corporation Ltd Sir Robert McAlpine Ltd* [1994] 1 AC 85（後掲Ⅱ（6）㈠詳述。簡単に事実と判決を説明すると、つぎのとおりである）。

【事実】建築契約締結後、注文主は第三者に契約を譲渡した。建物完成後、建物に瑕疵が発見された。そこで、請負人の契約違反に基づいて注文者が第三者の被った損失につき賠償を請求した。

【判決】請求認容。

[21] 本書21～22頁。

第2節　契約による第三者の請求（Third Party Claims in Contract）[22]

つぎに、著者（Unberath）は、Contracts（Rights of Third Parties）Act 1999（契約（第三者の権利）法1999年）の射程を検討する。

とくに、法律委員会報告書242号（1996年）[23]は、*White v Jones* [1995] 2 AC 207[24]および*Junior Books* [1983] 1 AC 520[25]には、1999年法の射程は及ばない旨を明らかにする。なぜならば、本法は、第三者に第一次的義務（特定履行）を強制する権利を与えるものであり、第二次的義務（損害賠償）を強制することを可能にさせるものではないからである[26]。

さらに、著者（Unberath）は、第三者が損失を被った事例である*St Martins* [1994] 1 AC 85[27]にも、1999年法の射程は及ばないことを明らかにする。将来の買主（第三者）のためにする契約が締結された、または、契約当事者（請負人と注文者）は将来の買主にすべての権利を譲渡することを予定していた、と法律構成することもできなくはない。しかし、ディヴェロッパー（請負人）は注文者（売主）とだけ取引することを欲するであろうことから（実際にも、本事例では、請負契約

---

[22] 本書22頁以下。

[23] Law Commission Report No 242（1996）.

[24] 前掲注3。

[25] *Junior Books Ltd v Veitchi Co Ltd* [1983] 1 AC 520（後掲Ⅳ（2）㈠詳述。簡単に事実と判決を説明すると、つぎのとおりである）。

【事実】注文者が下請負人に対して不法行為に基づいて欠陥建築につき損害賠償を請求した。

【判決】請求認容。

[26] ドイツ法における第三者のためにする契約（§ 328 BGB）によると、契約当事者の意思に基づいて、第三者は約束者に対して、契約の特定履行を請求する権利を獲得する。それに対して、ドイツ法における第三者のための保護効を伴う契約によると、客観的な事実に基づいて（ドイツ不法行為法の欠陥を回避する主要な目的をもって）、第三者は約束者に対して、第二次的な義務（不法行為における注意義務と機能的には同等のもの）を強制する権利を獲得するが、第一次的な義務を強制する権利を獲得しない（特定履行）。本書25頁。

1996年報告書は、1999年法は、ドイツの法概念である第三者のための保護効を伴う契約を包含するものでもないことを明らかにする。本書28～29頁。

[27] 前掲注20。

において契約譲渡の禁止が合意されていた。)、上記の構成は適合しないのである[28]。

第２章　契約当事者による訴訟（Action by the Contracting Party)[29]

原告は、彼自らが被った損失についてのみ回復することが許される、というのがイギリス法における一般法則である。いいかえれば、受約者が受約者の代わりに第三者の被った損失について回復することを許されるとすれば、それは、上記原則に対する例外ということになる。そこで、著者（Unberath）は、この例外であるところの、移転させられた損失の法理を考察する。

第三者の損失について受約者により約束者に対して賠償を請求できるか。これを是とする結論に至るための構成としては、つぎのものがある。

１つは、「狭いグラウンド（narrow ground)」と呼ばれる構成である。これこそが、本書がその存在を証明しようとするところの、移転させられた損失の法理のことである。もう1つは、「広いグラウンド（broad ground)」と呼ばれる構成である。前者のアプローチは、上記一般法則に対する例外の必要性を認めるが、後者のアプローチは、上記一般法則に対する例外の必要性を認めない。というのは、第三者の損失として現れるかもしれないものは、受約者の損失として性格づけることが可能であるからである。

広いグラウンドはさらに、「狭い（narrow)」広いグラウンドと「広い（broad)」広いグラウンドに分かれる。「狭い」広いグラウンドと呼ばれる構成によれば、約束者の契約違反より、受約者が、たとえ後から第三者により償還されるとしても、ひとまずは自らが損失を被ることが、重要な要件である。他方、「広い」広いグラウンドと呼ばれる構成には、このような制約はない。「広い」広いグラウンドは「履行利益アプローチ」とも呼ばれるが、つぎのようなものである。受約者は、自らバーゲンしたところのものを手に入れられなかったならば、彼自らが損失と利得の差引計算の合計において経済的損失を被っていなかったか

---

[28] さらに、建築業界は、将来の売主や賃借人の保護を、 collateral warranties の利用により実現することを好み、1999年法の適用を排除する。 collateral warrnties については、 Duty of Care Deed を参照のこと（後掲Ⅳ（２）㈠(b)詳述)。

[29] 本書35頁以下。

どうかに関係なく、実質的な損害賠償を請求する権利を取得するべきである。

「狭い」および「広い」広いグラウンドは、無関連事項（*res inter alios acta,* a thing done between others）ないし「副次的（collateral）」利益であるから原告の損害賠償を減額すべきでないとする法理と関係するので、それを最初に検討する。そのうえで、第2節「『狭い』広いグラウンド」、第3節「『広い』広いグラウンド」を検討する。

第1節　無関連事項（*res inter alios acta*）との関係[30]

賠償法理（compensation principle）によれば、原告は自らの損失を超えて賠償されない。この法理は、つぎの2つの下位法理を含む。1つは、「はじめに」のところでも述べた、原告は第三者の損失に関する賠償を回復することはできないとするものである。もう1つは、先の1つ目の法則と互いに関わるものであるが、契約違反または不法行為の結果として、原告が金銭的により悪い状態になっていなければ（a plaintiff is not worse off financially）、損害賠償額はせいぜい名目的なものにとどまるとするものである。すなわち、損害賠償額は損失と利得の全部を差し引き計算して評価される。たとえば、ある人が原告の当初の損失を後に補償するときは、先の2つ目の一般法則によれば、原告は当初の損失を回復することができなくなる。それにもかかわらず、原告が当初の損失を回復するときは、そのある人からの利益は、損害賠償額を評価する際には、考慮されなかったということを意味する。このとき、そのある人からの利益は、無関連事項、または、「副次的」利益とみなされるのである[31,32]。

30　本書36頁以下。

31　本書36～37頁。

32　*British Westinghouse Electric and Mnufacturing Co Ltd v Underground Electric Rail Ways Coof Londn Ltd* [1912] AC 673は、損害賠償額の軽減と副次的利益に関するリーディング・ケースである。

【事実】被告が瑕疵あるタービンを供給したが、原告は、しばらくの間それを使用した後、それと異なる型のタービンと交換した。結局、前者よりも後者のほうが効率がよいと判明した。被告供給のタービンに瑕疵がなく、それが契約どおりのものであったとしても、原告が自費で他の別のタービンに交換するほうが金銭的には好結果となった、というわけである。

一方で、移転させられた損失の法理――これはつまり狭いグラウンドと同じものである。――を認めると、上記１つ目の下位法理の例外を認めることになるが、上記２つ目の下位法理の例外を認めることにはならない。すなわち、狭いグラウンドによると、原告である受約者は自己の損失ではなく第三者の損失について賠償を回復できるからである。他方で、広いグラウンド――履行利益アプローチとも呼ばれる。――を認めても、上記１つ目の下位法理の例外を認めることにはならないが、上記２つ目の下位法理の例外を認めることになる。すなわち、広いグラウンドによると、原告である受約者は自己の損失について賠償を回復できるからである。そして、上記２つ目の下位法理の例外と広いグラウンドとの関係について、広いグラウンドの賛同者は、広いグラウンドの考え方は無関連事項または「副次的」利益は賠償額から引き算されないとする法理を歴史的に有名なものとして復興させることにつながると主張する[33]。そこで、著者（Unberath）は、損害賠償額は、損失と利得の全部を差し引き計算して評価されるとする一般法則と、その例外の副次的利益の法理の射程を考察して、広いグラウンドの主張に対して以下のように反論する。

（１）不法行為事例（Tort Cases）[34]

著者（Unberath）は、不法行為事例にみられる副次的利益の法理を検討し、

【判決】 Viscount Haldane は、損失の回避に関する以下の法則を打ち立てた。すなわち、自らを守るべくとった原告の行動が、合理的かつ慎重な人がビジネスにおける通常の行為において適切にとったであろう行動であったならば、かつ、事実、そう行動するよう義務づけられていたか否かにかかわらず、そう行動した場合、陪審または仲裁人は、すべての事情をみたうえで、それにより損害賠償額を減額することができる。結局、原告の金銭的な好結果、すなわち、新しいタービンによる改善は、考慮に入れられて、引き算された。

【検討】 注意すべきは、契約違反以前にとられた、損失を消すまたは減らす行動（本書の対象とする事例）は、本法則の射程外であるという点である。というのは、本法則は、契約違反があったためにとられた行動を前提とするからである。本書39～40頁。

[33] 本書37頁。

[34] 本書41頁以下。

これらの判例が損失の概念を広く解する考え方――広いグラウンド――を擁護しているものとして依拠されるべきではないと主張する。

事故がなければ受け取ることはなかった金銭的な利得が原告に生じれば、その利得は損害賠償額の評価において考慮され、原告の請求は減額されるのが原則である。しかし、いくつかの場合には、その利得が無視されて減額されることはない。たとえば、家族による無償の世話、保険金支払い、障害年金や退職年金は、損害賠償の減額にはつながらないが、病気休暇中手当（sick pay）はつながる。あるいは、社会保障給付や、交通事故被害者の国民健康保険の治療費用は、国家によって加害者から取り戻される。これらの判例の理由づけは、政策を指向するものであり、あるいは、保険の役割や不法行為法の目的を考慮する、より広い想定に根差すものである。すなわち、保険、社会保障給付、医療保障給付の場合、被害者は第三者である保険者や国から早速の救済を保証され、代わりに第三者は被害者の賠償に対する権利を取得するという政策的理由がある。あるいは、第三者に被害者を援助する法的義務のない場合には、被害者の賠償に対する権利を第三者に移転させるのは現実的ではなく、それよりは、被害者が賠償の回復に成功した暁には、第三者は被害者から取り戻すことができるとしたほうがよい。

このような政策的理由のどれもが、本書が取り扱う、第三者の損失の事例に適用されるものではない。一方で、保険などの事例においては、第三者は損失を被っておらず、むしろ受約者の損失を補償するための財源である。他方で、第三者の損失の事例においては、建築請負契約における注文者（受約者）は所有者（第三者）の仲介者（intermediary）として行動するだけで、受約者は損失を被っておらず、第三者こそが損失を被っている。このように、この2つはまったく異なる事例であり、前者で展開された政策的理由を後者の事例に適用することはできない。

（2）物品の売買（Sale of Goods）[35]

Sale of Goods Act 1979（物品売買法1979年）51条によれば、物品の引渡しがない場合（non-delivery）の通常の損害賠償の算定基準は、約定価格と、買

[35] 本書45頁以下。

主への引渡しが予定された時点における市場価格との差額である。買主が市場価格よりも高いまたは安い価格で転売契約を結んでいた場合、通常の客観的な損害賠償の算定基準が採用されるべきか、それとも、実際の転売を考慮する主観的な損害賠償の算定基準が採用されるべきか、は議論の多い難問である。

物品の引渡しが遅れた場合（late delivery）の通常の損害賠償の算定基準は、物品の代替物の市場があるときには、買主への引渡しが予定された時点における市場価格と、買主への引渡しが実現した時点における市場価格との差額である。買主への引渡しが遅れたが、買主は現実の引渡しの時点での市場価格よりも高いまたは安い価格で転売契約を結んでいた場合、実際の転売価格を考慮すべきではないのか。

品質の瑕疵（defective quality）についての損害賠償に関する物品売買法1979年53条によれば、担保責任（warranty）違反に基づく損害賠償の算定基準は、買主への引渡しの時点における物品の価値と、担保責任を完全に履行していたならば、物品がもっていたであろう価値との差額である。買主が市場価格よりも高いまたは安い価格で転売契約を結んでいた場合、実際の転売価格を考慮すべきではないのか。

伝統的な賠償法理によれば、履行に対する金銭的な評価は注意深く精査されなければならないが、有力説によると――反論も多いが――、代替物が転売される場合には、転売契約は無関連事項であり賠償額は増減額されない。判例の態度は分かれている。この問題に答えるためには、目的物が代替物か特定物か、あるいは、実務的には損害額の証明の難易を考えなければならない。

さて、広いグラウンドは、上記の転売契約の事例は第三者の損失の事例と類似しており、前者の判例は広いグラウンドを支持するものとして依拠されうると主張する。すなわち、売買契約との関係では、転売契約は偶然に発生した事項として無視すべきであるように、約束者と受約者の間の契約との関係では、受約者から第三者への当該契約の目的物の移転は偶然に発生した事項として無視すべきである。

しかし、著者（Unberath）は、上記の転売契約の事例は第三者の損失の事例と類似しておらず、前者の理由づけを後者の状況に適用することはできないと主張する。まず、転売事例では、とくに代替物につき、実際の転売価格を無関連事項として無視すると立論するのに対し、第三者の損失の事例のうち、とくに建築事例では、建築物という特定物が問題となる点で異なる。さらにいえ

ば、転売事例では、売主による契約違反の結果として買主に損失が生じ、その買主の損失についての評価方法が問題となっているのに対し、第三者の損失の事例では、約束者による契約違反よりも前に、その契約の目的物を受約者が第三者に譲渡したために、その契約違反の結果として受約者でなく第三者に損失が生じ、その第三者の損失について受約者が賠償を請求できるかが問題となっている点で異なる。

（3）建築事例（Construction Cases）[36]

瑕疵ある不完全な仕事に関する損害賠償額の通常の評価方法は、再築または修理の費用、すなわち、回復費用（cost of cure）による。たとえば、建築請負契約において、請負人から瑕疵ある家屋を引き渡された注文者が、後に、第三者に瑕疵なきものとしての価格で当該家屋を譲渡したとする。注文者が請負人を訴えたとき、その損害賠償は減額されるかという形で争われる。判例によれば、請負人は、注文者と第三者の取り決めに便乗することは許されず、その利益のある売買に関係なく、さらに、どちらが修理する義務を負っていたかに関係なく、上記の費用額を賠償すべきである。

さて、著者（Unberath）は、上記の事例が無関連事項法理で処理されるのはよいが、第三者の損失の事例も無関連事項法理で処理されてよいか、という問いを立てる。これが肯定されれば、第三者の損失の事例においても、無関連事項アプローチ、すなわち、履行利益アプローチをとるべきであるということになる。

しかし、著者（Unberath）は、上記の事例と第三者の損失の事例は、異なる事情のもとでの紛争であるとする。前者においては、請負契約違反後に、注文者が第三者に建築物を瑕疵なきものとしての価格で譲渡したのに対し、後者においては、請負契約違反前に、注文者が第三者に建築物を譲渡した。契約違反の時点で、前者においては、原告である注文者が被告である請負人との間の契約上の金銭的な利益を有していたのに対し、後者においては、有していなかった。そこで、前者においては、契約違反により生じた原告の利益をその損失から差し引くべきではないとする無関連事項法理の適用が許されるのに対し、後者においては、第三者の損失を受約者が回復することができるとする移転させ

[36] 本書49頁以下。

られた損失の法理の適用が許される。

（４）物品の運送（Carriage of Goods）[37]

無関連事項論法は、時折、物品運送事例に適用されてきた[38]。しかし、著者（Unberath）は、これらの判例によって履行利益理論が支持されるわけではないとする。

契約不履行それ自体は、運送人に対する実質的な損害賠償の請求を基礎づけるに十分なものとはされていない。それとは逆に、伝統的に、原告の請求を基礎づけるためには、原告が損失を被ったと証明しなければならなかったし、原告が損失を被ったと証明するためには、被告の契約違反の時点で原告が目的物の所有権を有していたことを証明しなければならなかった。そして、今日では、契約違反の時点で危険を負担していたのは誰かが、損失を被ったのは誰かを決するといわれている。つまり、契約違反それ自体が実質的な損害賠償の請求を基礎づけるのではなく、契約違反から生じる金銭的な結果――それはとくに危険の負担により決定される。――が損害賠償の請求を基礎づけるのである。いいかえると、裁判所は、誰が損失を被り、その填補が必要なのか――最終的な損害賠償金の帰属先――について、契約違反の金銭的な結果を考慮に入れて判断しているのである。これも物品運送分野における無関連事項論法の限界を示唆するものである。

（５）まとめ

著者（Unberath）は、以上のように判例を検討した結果、つぎのようにまとめている。

裁判所は、契約違反から生じる金銭的な結果を注意深く計算しており、契約不履行それ自体が実質的な損害賠償の請求認容を正当化すると判示するわけではない。したがって、以上の判例は、賠償法理に対する１つ目の例外法理を根拠とするものと理解すべきであり、履行利益アプローチの上に基礎をおくものと理解すべきではない。

---

[37] 本書51頁以下。

[38] *The Albazero* [1977] AC 774, 824（後掲Ⅱ（１）㈭詳述）。

契約違反後の取引が受約者の賠償額を減額させるような事例における論法を、契約違反時には受約者は何の金銭的利益も有していなかった事例に適用するのは困難である。前者の事例においては、受約者の第三者との間の取引が、政策的理由により無関連事項とされて無視されることがある。しかし、後者の事例においては、受約者の第三者との間の取引は考慮される必要があり、無関連事項とされる政策的理由との直接の関連性はない[39]。

第2節　「狭い」広いグラウンド（The 'Narrow' Broad Ground）[40]

くりかえしになるが、「狭いグラウンド」によれば、受約者は自己の損失ではなく第三者の損失について賠償を請求するとなるところを、「広いグラウンド」によれば、受約者は自己の損失について賠償を請求するとなる。そして、「狭い」広いグラウンドによれば、たとえ後で第三者から償還されるとしても、受約者は契約違反の結果として回復費用を負担することにより損失を被ったとの要件が充足されなければならない。さらに、「広い」広いグラウンドによれば、彼が当初から損失と利得の全体の差し引き計算で金銭的な損失を被っていないかどうか、あるいは、彼が建築の瑕疵を修理する費用を負担したかどうかに関係なく、受約者は実質的な損害賠償を回復する権利がある。

「狭い」広いグラウンドは、つぎのようにいう。契約不履行だけで損害賠償を正当化できるわけではなく、契約不履行とともに以下の事実が損害賠償を正当化するのである。それはつまり、受約者が必要な修理のために費用を負担していた、または、それを意図していた（intend）、という事実である。受約者が修理代という賠償金を得ておいて、修理もしておらず、それをするつもりもなく、賠償金も第三者に引き渡さずに自らの懐に入れたとすれば、それは、賛同できない結果である。

そこでつぎに、著者（Unberath）は、「狭い」広いグラウンドと狭いグラウンドを比較する。

注目すべきは、「狭い」広いグラウンドのいうところの、修理の実現または賠償金の第三者への引渡しの意図（intention）は、狭いグラウンドのいうとこ

---

[39] 本書51頁

[40] 本書56頁以下。

ろの、受約者が回復された金銭を第三者に返却する義務（obligation to account）に近づく点である。つまり、「狭い」広いグラウンドと狭いグラウンドは、共通の特徴を有するのである。

結局、「狭い」広いグラウンドも、狭いグラウンドも、「ブラック・ホール」を避ける方法を求める点で、求める結果を同じくする、単なる違ったルートということになる。「ブラック・ホール」――ライアビリティー・ギャップともいう。――とは、受約者には損失はないが救済があり、第三者には損失はあるが救済はない、ということである。

他方、狭いグラウンドと、「狭い」広いグラウンドは、異なる点もあり、それが後者の弱点でもある。すなわち、前者の考慮する要件よりも、後者のそれはあまり精密なものではない。前者においては、受約者と第三者の間の取引について、それを無関連事項または副次的利益として無視するのではなく、それを考慮に入れることが最も重要な課題である。その取引の存在は、受約者の代わりに第三者が損失を被ったのかどうかを決するからである。他方、後者はこれを無視する。あるいは、受約者が修理を実現するべく賠償金を使うつもりがない――後者が課する要件が満たされない――場合、後者の「狭い」広いグラウンドは満足のいく解答を用意していないところにも、その要件の曖昧さがみてとれる。さらには、前者が損失の性質を第三者の損失と認めて明らかにし、受約者の第三者への賠償金を返還すべき義務、損害賠償に対する受約者の権利と第三者の直接の権利の関係、および、二重の責任を適切に論じるのに対し、後者は損失の性質を曖昧なままにするだけである。

著者（Unberath）は、狭いグラウンドも、「狭い」広いグランウンドも、求める結果を同じくする、単なる違ったルートであるが、要件の点で明確な前者が望ましいと結論づける。

第３節　「広い」広いグラウンド（The ‘Broad’ Broad Ground）[41]

「広い」広いグラウンドは、あらゆる問題を１つの「大きな法理（big principle）」、すなわち、契約における履行利益を保護すべきであるとする法理によって解決しようとする。

---

[41] 本書59頁以下。

「広い」広いグラウンドは、つぎのようにいう。「広い」広いグラウンド、別名「履行利益理論」は、イギリス法が損失の概念に対して過度に狭隘な考え方をとっているのを克服しようとして登場したという経緯がある。契約違反の金銭的な結果に焦点をあわせるべきではなく、また、損失と利得の全体の差引計算の合計を基礎にして損失を決めるべきではない。これらの伝統的な賠償法理に基づく計算方法は捨て去られるべきである。なぜならば、契約上の義務の履行はそれ自体で経済的な価値があり、損害賠償と同旨であるからである（which is capable of sounding in damages）。このような受約者の金銭的な損失を超えた損害賠償は、別途の履行を獲得するための費用によって計算されるべきである。自らバーゲンしたところのものを得ることができなかったとの事実が強調されるべきであり、すなわち、契約違反の事実自体が強調されるべきである。

「広い」広いグラウンドの考え方に対して、著者（Unberath）は、「賠償（compensation）」あるいは「損失（loss）」という言葉をまったく使わないようにする一歩手前のようにみえるし、「履行」損害賠償（'performance' damages）の回復を自由に許しているようにみえると皮肉る。そして、「広い」広いグラウンドの考え方は、少なくとも現時点では、十分に満足のいくものではないことを論証しようとする。つまり、履行利益理論は、その適用が不確実なため、その結果も定まっておらず、動揺していることを論証しようとする。そこで、著者の論証を紹介しておく。

（1）支配的要件としての合理性？（Reasonableness as a Controlling Factor?）[42]

(ア) *Radford* [1977] 1 WLR 1262[43]に続いて、*Ruxley* [1996] AC 344[44]において打ち立てられた合理性テストは、第三者の損失の事例――とくに建築事例――に対しても、理論的な基礎を提供しうるテストであると主張する学説がある。これに対して、著者（Unberath）は、上記2事例は、状況が異なるものであるとして反論する。

---

[42] 本書62頁以下。

[43] *Radford v De Froberville* [1977] 1 WLR 1262.

[44] *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth* [1996] AC 344.

まず、*Radford* の事案は、原告所有の土地甲を購入する際に、同じく原告所有の隣接地乙と分けるために、被告は原告に対し甲の上に壁を作ると約束したが、それを履行しなかったというものである。Olive J は、損害賠償の算定基準は、原告が乙の上に壁を作る費用であるべきで、無視できるほど少額の、壁がないことによる乙の価値の減少分であるべきではないとした。同判事は、客観的にみれば、原告の契約したサービスが提供されても、原告に経済的な好結果をもたらすものではないことを認めながらも、そのバーゲンにおける原告の利益は、原告こそが判断すべきであるとした。

つぎに、*Ruxley* の事案は、特定の深さのスイミング・プールの建築が契約されたが、ダイビングには適切であるが、約定の深さよりも浅いものが完成したというものである。特筆すべき事実は、プールの作り直しには、かなりのコストがかかると予想されていたことである。控訴審は再築費用（cost of re-building）の賠償を認めたが、貴族院は上訴を認容し、請求額を快適さの喪失についての「名ばかりの（token）」額まで減じた。Lord Jauncey は、瑕疵ある仕事についての通常の損害賠償の算定基準はもとどおりにする費用（cost of reinstatement）であると認めつつ、損害賠償は証明された損失を賠償するべく制度設計されており、損失を被った者に無償の利益を提供するためのものではないことから、損害賠償額が合理的なものであるためには、被った損失と直接連動するものでなければならない（reasonableness of an award of damages is to be linked directly to the loss sustained）と判示した。まとめると、ダイビングには適切であるが、約定の深さよりも浅いプールは、金銭的な価値が減らされたというわけではない。ところが控訴審は再築費用（cost of rebuilding）の賠償まで認めた。さすがに上告審はそこまで認めるのは合理性がないとして、快適さの喪失による名ばかりの額の賠償を認めた。

(イ) 上記の学説はこう主張する。*Radford* および *Ruxley* との共通点とは、注文者は彼自身にとって金銭的な価値となるところのものを請け負わせているわけではないという点である。

(ウ) しかし、著者（Unberath）にいわせれば、*Radford* および *Ruxley* の状況と第三者の損失の事例――とくに建築事例――の状況はまったく異なるものがある。つまり、*Radford* および *Ruxley* においては、被告の契約違反の結果、原告に何らかの損失が生じたが、その損失は金銭的に評価できないものであった、という状況にある。しかし、第三者の損失の事例においては、約束者（被告）

の契約違反の時点では、受約者（原告）との取引における経済的な利益が受約者から第三者へと移転させられていたために、受約者ではなく第三者に損失が生じた、という前者とは異なる状況にある。

（2）履行の代わるもの（Subtitutes for Performance）[45]

(ア) 著者（Unberath）は、本項と次項で、履行利益アプローチの採否および射程を確定すべく、とくに建築事例における注文者の地位を検討する。本項では、履行利益アプローチによって、第三者に生じた結果的損失について受約者が賠償を回復できるか、を問題とする。著者は、履行利益アプローチによっては、それは無理である、と結論づける。

著者（Unberath）は、まず、結果的損失を「契約の価値（the value of the contract）」に対置したうえで、前者に通常と異なる意味を付与する[46]。契約の価値とは、通常の損害賠償の算定基準を適用して決定されるものである。たとえば、売買契約においては目的物の価値であり、建物建築契約においては建物建築費用であり、物品運送契約においては物品運送費用である。他方、結果的損失とは、契約の価値の喪失に加えて被る損失がそれである。たとえば、瑕疵ある建築により注文者が第三者に対して責任を負うことになり、その責任による損失の賠償を注文者が請負人に対して請求する場合、その損失は結果的なものである[47]。あるいは、運送中に運送品が滅失すれば、その物品に相当する損失は結果的なものである[48]。

---

[45] 本書67頁以下。

[46] 通常は、*Hadley v Baxendale*（1854）9 Exch 341における第2法則に表される損失を意味する。すなわち、結果的損失は通常の出来事の過程においては発生せず、かつ、その賠償が認められるためには、その発生の可能性につき特別の認識が必要とされる。『英米法辞典』400頁参照。

[47] 建築の完成の遅滞により、注文者が建築物を有効に利用できなかった場合、その逸失した利益は結果的損失である。つまり、遅延により生じた損失は、結果的損失の特別な類型といえる。

[48] 著者によれば、著者の意味での結果的損失は、*Hadley v Baxendale*（1854）9 Exch 341における第1法則のもとでの損失に当たるものもあるし、第2法則のもとでの損失に当たるものもある。

(イ) 著者（Unberath）は、広いグラウンドを以下のように批判する。広いグラウンドによれば、受約者は、自らバーゲンしたところのものを手に入れられなければ、それが賠償される。自らバーゲンしたが手に入れられなかったものとは、狭く解すれば、契約に代わるもの、契約の履行に代わるもの、すなわち、契約の価値であるが、最も広く解すれば、第三者に生じた結果的損失までをも含むものとなる。しかし、契約の履行の価値を超えて、第三者が被るかもしれない結果的損失までをも考慮に入れて、受約者はバーゲンしていたのであろうか。つまり、「現実には」第三者に生じた結果的損失を「概念上」受約者に生じた損失と性格づけることは、許されるべきではない。

（3）賠償法理（The Compensation Principle）[49]

(ア) 契約違反に基づく損害賠償の目的は、契約が履行されたならば原告がおかれたであろう地位と同じ地位に原告をおくことである。つまり、契約違反に基づく損害賠償とは、契約の履行に代わるものである。そして、契約の履行に代わるものとは、回復費用（cost of cure）に相当する。

これをいいかえれば、つぎのごとくである。約束者が受約者に対してある結果の調達を約束すると仮定する。約束者がそれに失敗すれば、受約者は別途その結果を調達するための費用を支払われるべき権利を取得する。

これに対しては、賠償法理という重要な限定を付さなければならない。すなわち、受約者は自らが現実に被った損失しか賠償されるべき権利を取得しないという法理である。したがって、受約者が自らバーゲンしたところの利益を取得できなかったという事実は、損害賠償額の金銭的評価において、唯一の斟酌されるべき事情ではなく、損失と利得の全体の差引合計こそがよりどころとされなければならない。

著者（Unberath）は、以上の法理によれば、第三者の損失の事例においては、受約者が金銭的損失を被ったとみることはできず、受約者の代わりに第三者が金銭的損失を被ったとみざるをえない、と結論づける。

(イ) そこで、「広い」広いグラウンドは、受約者が金銭的損失を被ったとみることはできないとしても、損失――それはつまり「事実上の利益（benefit

[49] 本書71頁以下。

in fact）」の反対語の「法律上の利益（benefit in law）」の喪失――を被ったとみることはできる、と主張する。「履行利益」理論は、契約違反の金銭的結果を無視するとともに、彼がバーゲンしたところのものを得られなかったということだけから、受約者は（概念的（notional））損失を被ったとみることができる、と主張する。すなわち、損害賠償は、受約者の損失と利得の差し引きにより計算されるべきものではなく、「法律上の利益」の喪失の代わりとして回復されるべきものなのである。

(ウ) これに対しては、つぎのような反論がある。契約違反は損失を引き起こすであろうが、契約違反それ自体が、何らかの意味において損失であるわけではない。いいかえると、契約違反それ自体は、名目的な損害賠償を与えることを正当化するだけである。

そこで、著者（Unberath）は、契約違反それ自体ではなく、その金銭的結果こそが考慮されるべきであるとすれば、第三者の損失の事例においては、約束者との間の契約において受約者がその中に金銭的利益を有していなかったことは無視されるべきではないと結論づける。しかし、履行利益理論は、このことは無視されるべきであると主張するが、契約違反の金銭的結果を計算する方法は不当に制限されたものであるとの理由らしからぬ理由のほかには何も明らかにしていない、と著者は反論する。さらに、履行利益理論は、本理論を推し進めると無関連事項法理につながると主張するが、なぜ賠償法理の例外である無関連事項法理を認めるのかを明らかにしていない、と著者は再び反論する。つまり、なぜ約束者と受約者の間の契約において受約者がその中に金銭的利益を有していなかったことが無関連事項として無視されるのかを明らかにはしていない、というのである。

（4）損失の金銭的評価（Loss Quantification）[50]

著者（Unberath）は、つぎのようにまとめている。

狭いグラウンドの重要な特徴とは、損害賠償は第三者のために回復されるという点である。そして、第三者に現実に損失が生じた事例においては、その損失の評価は、通常の損害賠償の算定基準を適用して容易に計算が可能である。

[50] 本書74頁以下。

つまり、金銭的評価を経る金銭的損失とは、たとえば回復費用（cost of cure）である。

他方、広いグラウンドのもとでは、受約者は「彼自身が個人的に被った」損失を回復する。そして、損失は、履行に対する権利の「経済的価値（economic value）」により定義される。しかし、第三者に現実に損失が生じた事例においては、その損失の評価は、とくに困難となる。

（5）受約者の第三者への賠償金の引渡義務、修理の意図、二重の回復（Duty to Account, Intention to Cure and Double Recovery）[51]

(ア) 一方で、狭いグラウンドによれば、受約者は、第三者のために賠償金を認められ、そして、第三者のためにそれを信託として保持する。

(イ) 他方で、「広い」広いグラウンドによれば、受約者は、彼自身が被った損失につき賠償を認められる。そうすると、受約者の第三者への賠償金の引渡義務は課されないとなってもよさそうであるが、そうはいわない。彼らは、つぎに説明するような要件を付け加えることによって、そのような義務が作り出されたのと同様の状態となるようにする。つまり、受約者が彼自身の損失の賠償を請求するには、その請求が合理性を有していなければならない（a reasonableness test）。そして、その合理性の中身は、受約者が受け取った賠償金により瑕疵を修理する意図があるかどうかである。さらに緩和されて、受約者が瑕疵を修理する費用を実際に負担する必要はなく、賠償金がどんな形にせよ第三者に利益をもたらすようにさせれば十分である。

(ウ) 著者（Unberath）は、ここまでくると、「広い」広いグラウンドによる一貫した説明が可能かは疑問であると付言する。こうして、広いグラウンドと狭いグラウンドの主な違いは小さくなり、概念的なものになったようにみえる。まとめると、広いグラウンドのもとでは、受約者は、形式的には彼自身の損失について賠償を請求しているが、実質的には第三者のために賠償を請求しているのである。他方、狭いグラウンドのもとでは、受約者は名実ともに第三者が被った損失について賠償を請求しているのである。

---

[51] 本書75頁以下。

（6）家庭事例（The Homely Examples）[52]

(ア) 広いグラウンドは、つぎのようにいう。履行利益の重要性を認識することは、契約法における有名な問題である家庭事例、寄付者事例、家族休暇事例において、理に適った解決への道を開くことになる。

家庭事例とは、夫婦で住むが、妻が所有する家の屋根の張り替えを夫が契約するという事例である。寄付者事例とは、ある人が町庁舎の修繕を契約するという事例である。家族休暇事例とは、家族のうちの一部が家族旅行を契約したが、その契約の不完全な履行により家族全員が病気に罹患したという事例である。

(イ) しかし、著者（Unberath）は、*Panatown* 事例[53]と、家庭事例、寄付者事例、家族休暇事例とでは、状況が異なると主張する。すなわち、*Panatown* 事例においては、受約者は第三者のために行動したが、家庭事例等においては、受約者は彼自身のために行動した、ということができる。なぜならば、受約者は彼自身が第三者に贈り物を与えようと考えて行動したからである。すなわち、*Panatown* 事例においては、損失は第三者に生じたが、家庭事例等においては、損失は受約者に生じた、といいかえることができる。そうすると、*Panatown* 事例に対しては、狭いグラウンドを適用すべきであるが、家庭事例等に対しては、狭いグラウンドを適用するのは適当ではない、ということになる。

したがって、家庭事例、寄付者事例、家族休暇事例においては、受約者こそが、契約の価値を実現されなかったという損失を被ったのであり、それは、金銭的評価を経て金銭的損失として――回復費用と同額と計算されて――賠償されるのである。他方、これらの事例においても、第三者に生じた結果的損失については、受約者が被った損失と性格づけることはできないから、受約者が賠

---

[52] 本書79頁以下。

[53] *Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd* [2001] 1 AC 518（後掲Ⅱ（6）(イ)詳述。簡単に事実と判決を説明すると、つぎのとおりである）。

【事実】注文主は第三者のために第三者の所有する土地の上に建物を建築する契約を請負人と締結した。建物完成後、建物に瑕疵が発見された。そこで、請負人の契約違反に基づいて注文者が第三者の被った損失につき賠償を請求した。

【判決】請求棄却。

償されることはない。

そこで、著者（Unberath）は、家庭事例、寄付者事例、家族休暇事例における第三者に生じた結果的損失に関しては、第三者のためにする契約によって救済すべきであると主張する[54]。家庭事例等においては、*Panatown* 事例におけるように、受約者の代わりに第三者に損失が生じているのではなく、受約者の損失に加えて第三者に損失が生じているのである。そうすると、くりかえすことになるが、*Panatown* 事例に対しては、狭いグラウンドを適用すべきであるが、家庭事例等に対しては、狭いグラウンドを適用すべきではない、ということになる。

第2部　第三者の損失の公然の回復：先例と法理（Avowed Recovery of Third Party Loss : Precedents and Principles）[55]

---

[54] 著者（Unberath）は、契約（第三者の権利）法1999年だけでなく、第三者のための保護効を伴う契約も念頭におく。

[55] 本書83頁以下。その冒頭で著者は、**第3章「ドイツ法における第三者の損失（Third Party Loss in German Law）」**を概説するので紹介しておく。

第三者の損失の問題は、*Drittschadensliquidation* の名前で認知されている。第三者の損失の賠償と直訳できるが、「移転させられた損失（transferred loss）」と訳すことが多い。しかし、'transferred loss' は、いまでは、ややミスリーディングな訳であるといえる。なぜならば、*The Aliakmon* [1985] QB 350（[1986] AC 785）（後掲Ⅳ（1）(イ)詳述）において Robert Goff 控訴審裁判官（当時）が 'transferred loss' を、第三者による不法行為に基づく直接の訴訟として理解したからである。しかし、*Drittschadensliquidation* は、救済手段の所持者は契約に基づいて第三者のために彼の被った損失の賠償を求めて訴えることができるとの判例により生成された法理である。ときに、当該訴訟は不法行為に基づいて法律構成されることもあるが、しかし、当該概念は不法行為に基づいて第三者が彼の被った純粋経済損失の賠償を求めて直に訴えることを可能にするものではない。

第1章　制定法における計画的な欠缺（A Delibertate Gap in the Code）

イギリス法のように、ドイツ民法典も、契約の相対性の法理を明文で規定し、また、債権者の利益の原則（*Dogma des Gläubigerinteresses*）――第三者の損失

についての賠償を排除する原則――を明文で規定してはいないが、当然の前提とする。

誰が訴える権利を有するのか。*Drittschadensliquidation* によると、受約者が訴える権利を有することになる。契約の相対性の法理によれば、第三者は、当事者が第三者のための保護効を伴う契約を締結しない限り、契約から生じる権利を取得することはないが、*Drittschadensliquidation* によると、第三者が訴える権利を有するわけではないので、契約の相対性の法理に反することはない。

誰の損失を回復するのか。*Drittschadensliquidation* によると、第三者の損失について受約者が回復する権利を有することになる。つまり、*Drittschadensliquidation* の概念は、ドイツ法における債権者の利益の原則――イギリス法における損害賠償（damages）とは填補賠償（compensatory）であるとの法理と機能的に同じ原則――の例外ということになる。

ドイツ民法典は、債権者の利益の原則を規定しておらず、その原則を制限する規定ももたない。つまり、ドイツ民法典委員会は、明文で規定しないという態度をとることにより、裁判所による、原則に対する例外の柔軟な創出を奨励したといえよう。

第2章　当事者の意図　対　客観的な法理（Intention of the Parties versus Objective Principle of Law）

ドイツ判例法は、当初、*Drittschadensliquidation* の根拠を契約当事者の合意に求めていたが、最近、それを改めた。ドイツ連邦最高裁判所は、傍論で、つぎのようにいう。「特別な事例においてだけ、裁判所は例外を許容した、すなわち、契約における債権者と保護された利益をもつ受益者の間の特別な法的関係によって契約の利益が第三者に移された場合であり、その場合には、法の問題として、彼に損害が生じ、債権者に損害は生じていない。」

Drittschadensliquidation が適用される事例とは、通常であれば、受約者が契約違反から生じる損失を被るが、契約の目的物の利益が受約者から第三者へと移されたために、第三者が損失を被った場合に限定されるべきである。なお、*Drittschadensliquidation* は移転させられた損失の事例に適用されるが、*Vertrag mit Schutzwirkung* は間接損失の事例に適用される。

上記の説明から、つぎの2つの帰結が導かれる。第1に、第三者に対し不法行為に基づいて当該損失の賠償を請求する権利を認めるか否かは、*Drittschadensliquidation* を認めるか否かとは無関係である。第2に、裁判所は、第三者のために受約者が賠償を回復すると強調していることから、第三者の受約者に対する契約上の救済を創り出そうと望んでいるのである。たとえば、受約

著者（Unberath）は、第１部として、総論を終え、第２部として、契約類型ごとに先例を検討する作業に入る。最初に、物品運送契約を中心に検討し、続いて、寄託、約束の信託、保険を概観し、最後に、新たな動きとして、建築法を検討する。

筆者（新堂）は、ここまで、著者（Unberath）の主張を順に紹介してきたが、ここから、英判例法（一次資料）を分析することにする。そこで、新たにⅡを起こすとしよう。

Ⅱ．イギリス法の分析

（１）物品運送法

物品運送法は、寄託法の特別法である。両法とも、契約と不法行為の違いを超えるものである。すなわち、物品が滅失または損傷したとき、その所有者は、契約違反に訴えることができる場合もあるし、不法行為に訴えることができる場合もある[56]。

(ア) さて、著者（Unberath）は、まず、運送人に対する訴訟の形式と実質

者は訴える権利を第三者に譲渡しなければならない、あるいは、受約者は賠償金を第三者に引き渡さなければならない、などの義務を創り出そうと望んでいるのである。

第３章　漸増的アプローチ（Incremental Approach）

Drittschadensliquidation に関する法は、漸増的に発達してきた。債権者の利益の原則に対する例外は、判例により、*Drittschadensliquidation* の標題のもと、緩やかに創り出されてきた。しかし、*Drittschadensliquidation* は、つぎの特定の状況においてとくに発達してきたことだけはいえよう。つまり、*Drittschadensliquidation* が認められてきた主な事例群は、第１に、間接代理の事例群、第２に、受約者から第三者への危険の移転がある事例、第３に、ある人が別の人の物品を預かる事例である。

[56] *Chitty on Contracts*（29th ed., 2004）, para. 36-001.

を検討する。そしてとくに公共運送人を取り上げる[57]。

公共運送人という特別な地位から、つぎの2つの帰結が導かれた。1つは、公共運送人は「政治上の設立物」として、法すなわち「王国の慣習」により厳格責任が課されたということである。もう1つは、公共運送人に対する責任を追及するには、公共運送人に対する訴訟という方式に訴えることができたということである。これは、訴訟方式の1つであり（a particular form of action）、一般訴因の1つであった（one of the common counts）。この訴訟方式ないし一般訴因の利用が可能であったことによって、公共運送人に対する責任の実質は曖昧にされ、公共運送人に対する請求の内容は考慮される必要がなかった。契約と不法行為の分離に関する問題が起きた時も、その訴訟は契約か不法行為に分類される必要が生じたが、この問題は未解決のままであった。種々の手続上の理由で[58]、その訴訟が契約か不法行為に分類される必要が生じたが、責任の要件は分類の結果に関係なく同じものであったし、公共運送人の地位から導出されたものであった。

(イ) つぎに、著者（Unberath）は、公共運送人に対する訴訟について、原告の訴える権利と被った損失の観点から、その方式に関係なく、その実質を検討する[59]。

Dunlop v Lambert（1839）Macl & R 663までには、運送人への引渡しまたは船荷証券の裏書きは、荷受人への引渡しとして機能すること、物品は通常、荷受人の危険で運送されること、そして、運送人への引渡しまたは船荷証券の裏書きの時に、荷送人は物品に対する利益を失うこと、などの一般法則が確立した。これに加えて、運送人に対する訴訟を不法行為の視点でとらえると、荷受人は、滅失または損傷した物品の所有者として運送人に対して訴訟を起こせ、その物品の価値の回復が許される、ということになりそうである。しかし、実際の判例は、そう単純ではなかった。

そう単純ではない判例を理解するうえで重要なこととして、著者（Unberath）は、以下の2つの問題を指摘する。1つは、所有権が荷送人にあるのか、荷受人にあるのかという問題である。運送人への引渡しの時に所有権が移転すると

---

57 本書95頁以下。

58 それも、Common Law Procedure Act 1952（コモン・ロー手続法1852年）の制定によって消滅した。

59 本書98頁以下。

する先の一般法則の例外事例があったというわけである。もう１つは、契約関係が運送人と荷送人の間にあるのか、運送人と荷受人の間にあるのかという問題である。運送人に対する訴訟の方式と実質は曖昧であったが、契約関係の存在こそが訴える権利の基礎であると考えられていたというわけである。そして、所有権だけが、損害賠償を回復する権利の基礎であると考えられていたわけではなく、また、契約関係だけが、そのように考えられていたわけでもなかった。

(ウ) かくて、契約上の救済と所有権の間にある潜在的な間隙が現実化するという事態が生じた。つまり、所有権移転時に、船荷証券上の権利が自動的に荷受人に移されなかった事例や、船荷証券上の権利移転時に、所有権が荷送人に残ってしまった事例が生じた[60]。

とくに前者の事例につき、著者（Unberath）は望ましい到達点として、*Dunlop v Lambert*（1839）Macl & R 663――それに先立つ *Joseph v Knox*（1813）3 Camp 320も重要であるとする。――を挙げるので、それぞれ検討する。なお、注意すべきは、ここまでは、陸上運送人のうちとくに公共運送人の責任を議論したが、ここからは、海上運送人の責任を議論することになる。

(エ) *Joseph v Knox*（1813）3 Camp 320

【事実】本件は、船長により署名された船荷証券に基づいてロンドンからスリナムまで物品を運送しなければならなかったが、そのようにしなかった船主に対する訴訟である。その物品とはバターであり、原告は、アムステルダムの Sussman and Polack からそれを受け取り、スリナムの Levy Davids にそれを引き渡すことになっていた。船荷証券によれば、その物品は、原告により船積みされ、スリナムにいる Levy Davids またはその譲受人に引き渡される予定であり、その運賃は、ロンドンにおいて支払われる、とあった。なお、原告は、彼はその物品が Levy Davids の所有であると信じていた、と証言している。

これに対し、被告は、物品に何の利益も有さない原告が本件訴訟を提起することはできない、と主張した。すなわち、原告は物品を運送するための単なる導管にすぎず、その所有権は Levy Davids にある。彼だけが物品の引渡しがなかったことにより損失を被っており、彼だけが物品の価値を回復するべく提訴することができる。

---

[60] 本書102頁。

【Lord Ellenborough】本件訴訟は理由があり支持されるというのが、私（Lord Ellenborough）の意見である。原告と被告の間には、船荷証券により設定される契約関係が存在する。その船荷証券によれば、原告により、物品は船積みされ、保険料も支払われる。したがって、原告から約因が支払われ、原告に対して約束がされた、そのような原告に対して、被告は、物品の引渡しがないことについて責任がある。そのような船荷証券が被告の代理人により署名された後は、被告は、荷送人に対して、彼は物品中に何の利益も有さないから提訴できないと主張することはできず、被告の契約違反によって荷送人が損失を被ってはならない。私はかく思う、原告は当該物品の価値を回復する権利があると、そして、原告は真の所有者のための受託者として当該金額を保持するであろうと。

【検討】荷送人と荷受人の明示または黙示の契約から、最初から一貫して荷受人が所有者であったと推測される事案である。そこで、所有者でない荷送人が運送人に対し、運送契約すなわち船荷証券に基づいて、滅失した物品の価値の回復を求める訴訟を提起することができるかが問題となった。Lord Ellenborough は、契約関係に基づいて、荷送人が運送人を訴えることを認めている。

注意すべきは、荷送人は、所有者である荷受人のための受託者として、賠償金を保持する、という点である。

㈦ *Dunlop v Lambert* (1839) Macl & R 663

【事実】1833年８月31日、Dunlop and Co.（荷送人）は、蒸留酒の大樽１つを、ニューキャッスルの Mr. Mathew Robson（荷受人）に引き渡すべく、リースに停泊中の蒸気船に船積みした。しかし、運送中に暴風雨に襲われ、大樽は、船内に持ち込まれておらず甲板に放置されていたために、船の安全を理由に投荷の必要が生じ、投棄され滅失した。

なお、1833年８月31日づけの船荷証券には、その運送料は荷送人により支払済みとあり、また、同日づけの送り状には、蒸留酒£73 19s.、運送料＋保険料（支払済み）18s.、大樽£１、合計£75 17s.とあった。また、Dunlop が Robson に宛てた同日づけの手紙には、£75 17s.を請求する手形が同封されていた。また、その荷物の表面には、荷受人：Mathew Robson、住所：New Castle、物品等：ウィスキー大樽１つ、運送料支払済み、総額（送り状）：£75 17s.と記載されていた。

そこで、荷送人は、船主に対して、その蒸留酒大樽１つ分の価値の賠償を求めて訴訟を起こした。これに対して、被告は、原告には訴える権利ないし利益がないと反論した。

【スコットランド民事上級裁判所（Court of Session）】スコットランド民事上級裁判所裁判官（Lord Ordinary）は、1835年６月20日の中間判決で、被告の予備的な反論を拒絶したので、その翌日、本訴訟は事実審へ進んだ。

そこで、原告は、数ある証拠の中でも、とくにRobsonの証言を提出した。すなわち、Mathew Robsonは、当該物品がニューキャッスルの埠頭に引き渡された後は、それを自分の所有物であるとみなさなければならなくなると考えていた、と証言した[61]。これに対して、被告は、何の証拠も出さず、原告の主張をそのまま認めた。

事実審裁判官（Lord President）は陪審に対して、法の観点から、以下の指示を出した。その蒸留酒の供給時には、原告は買主に送り状を送付していた。それには、同じ物が保証され、その運送料と保険料は買主が負担するとある。原告には被告から当該物品の価値を賠償される法的権利ないし法的利益はない。そこで、陪審は、以下の評決を下した。被告は原告に対して蒸留酒の価値分の責任を負わない。なぜなら、原告は、紛失時、その物品の正当な所有者ではなかったからである。原告の送り状には、ウィスキーに対する原告の権利は、船積時点で終わるとあるのである。

上記の事実審裁判官の指示に対し、原告はすぐさま異議を申し立てたが、陪審の評決の後になってはじめて、上訴審裁判所は原告の異議を取り上げた。そして、1837年６月30日づけの判決で、この異議趣意書を却下し、新たな事実審

---

[61] 事実審ではRobsonの証言が提出されたが、それによるとこうである。自分（Robson）は、代金に運送料と保険料を合計した金額の手形を渡した。その手形は、１か月遅れで、もう１つ別の大樽が届けられたために、更新された。自分は、Mr. Dunlopが、同じ物を自分に保証し、その代金と運賃を自分に請求するよう、強く望んだ。投荷された大樽については、自分は、それがニューキャッスルの埠頭に引き渡された後は、それを自分の所有物であるとみなす必要が生じてくると考えていた。自分は、何の損失も被らなかった。Messrs. Dunlopから注文した大樽が海で失われた。自分は、ニューキャッスルから船主の代理人より手紙を受け取ったが、それには、自分は下位裁判所裁判官の面前で失われた大樽は自分の物である旨の宣誓供述書を作らなければならないと書かれていた。

の許可を拒絶した。続けて、1837年7月6日づけの判決で、上記の評決を適用した。

この判決に対して、原告が上告した。

【貴族院（House of Lords）】大法官（Lord Chanceller）は、以下のように判示した。

まず、被告は原告に対して責任を負わなければならないものなのか、それとも、その蒸留酒の発送先の人に対してなのかが問題となる。

一般には、特段の事情がなければ、荷送人の運送人への引渡しは、荷受人への引渡しに当たり、そして、危険については、荷受人が負担することになるのがまったく正しい。しかし、先例を参照すると、それが通常の推論であるにもかかわらず、さらに特段の事情がないにもかかわらず、それにはヴァリエーションがありうるのもまったく正しい。

しかし、事実審の裁判官は陪審に対して、荷受人が運送料と保険料を負担したという事情が決定的であるので、その他の事情は考慮すべきでないと指示したが、先例を参照すると、そのような法則は存在せず、そのような事情は決定的ではない。荷送人が運送料と保険料を除いた代金を荷受人に請求し、荷受人が運送料と保険料を支払っても、あるいは、荷送人が運送料と保険料を含めた代金を荷受人に請求しても、同じ結果に終わるからである。

裁判所からの呼出状には、つぎの2つの根拠が記載されていた。1つは、それによって運送人は蒸留酒をニューキャッスルへ引き渡すことを合意したところの（荷送人の）運送人との間の特別な契約が記載されており、もう1つは、荷送人と荷受人の間で荷送人が蒸留酒をニューキャッスルへ引き渡すことを引き受けたという事実が記載されていた。後者の事実が証明されたとすれば、荷受人は、その物品がニューキャッスルへ到着して、彼に引き渡されるまでは、その物品とは何の関わりもなかったことになる。後者の契約が存在したとすれば、証明するべく許容されなければならない。ところが、事実審の裁判官は、上記のような指示を出したのである。

物品の損失について、運送人に対して訴訟を提起する権利は、通常は荷受人にあるにもかかわらず、すなわち、そのような一般法則があるにもかかわらず、訴訟と責任に対する権利が荷送人と荷受人の間に締結された特別な契約によって変更されることがあり、そして、どちらが保険を支払うかは、決定的な証拠ではない。

かくて、先例は以下の命題を確立した。

「通常は、荷受人へと引き渡すべく運送人への引渡しがあれば、その物品が滅失した場合、荷受人が運送人に対する訴訟を提起する正当な人物である。しかし、荷送人が運送人と特別な契約を締結しており、かつ、運送人が荷送人から当該物品を受け取り、特定の場所にいる特定の人物に当該物品を引き渡すことを合意した場合には、その特別な契約がその物品の所有権〔が荷送人と荷受人のどちらにあるのか〕の証明の必要性に取って代わり、荷送人が訴える権利をもつこともある。そして、先例〔中略〕によれば、その物品が荷受人の所有であるにもかかわらず、荷送人は訴訟を維持することが可能である[62]。」

しかし、先例はつぎのようにもいう。

「通常は、荷受人が訴訟を提起する当事者であるが、しかし、特定の場所へ引き渡すべき契約があるとき、かつ、危険が荷送人にあるとき、荷送人も〔訴訟を提起する〕権利をもつ。かくて、運送料または保険料の既払いという事情は、考慮されるべき事情ではあるが、所有権の問題についても決定的な事情ではなく、同様に、訴える権利〔の問題〕についても決定的な事情ではない。事実審の裁判官は、彼の意見の中で、それ〔運送料と保険料の既払いという事情〕は決定的なものであると判示して、事実の証明を打ち切った。かくて、事実審の裁判官が陪審に事件を任せた方法に対して、私〔大法官〕は、つぎの２つの反対があると思う。すなわち、陪審が考慮しないよう事実審の裁判官が取り下げたもの〔証拠〕は、陪審が考慮すべく提示されなければならなかったもの〔証拠〕である、――私の意味するところは、物品が荷送人または荷受人の危険で運送人へ引き渡されたのかという事実と、荷送人と荷受人の間に特別な契約があったのかという問題であり、それらは、当該状況のもとで、原告による賠償の請求を可能にさせるほどの十分な事実と問題である[63]。」

---

62 *Dunlop v Lambert* (1839) Macl & R 663, 683.

63 *Ibid.* at 683.

そこで、貴族院の大法官は、中間判決を破棄し、異議趣意書および新たな事実審を認めるべきであり、そして、正当にかつ本判決に従って続行すべきであるとの指示とともに、本件を原審に差し戻した。

【検討】まとめると、通常は、荷受人が訴える権利を有するが、特別な契約があれば、荷送人が訴える権利を有することがある。さらに、特別な契約があれば、所有権が荷送人にあるか荷受人にあるかという問題は凌駕されるのである。

しかし、本判決は、前半では、荷送人と運送人の間の特別な契約を問題としているが、後半では、荷送人と荷受人の間の特別な契約を問題としており、不明瞭である。

㈦ Bill of Lading Act 1855（船荷証券法1855年）１条

Dunlop v Lambert（1839）Macl & R 663以前の判例が損失を物品の所有権の帰属に結び付けていたために、損失と契約上の権利の分属という問題が生じていた。通常は、船荷証券の裏書きにより、物品の所有権が移転するとともに、危険も移転する。一方で、物品の滅失または損傷の前に、船荷証券の裏書きにより、荷受人が物品の所有者となっていれば、彼が損失を負うことになる。他方で、とくに契約上の権利の移転がない事例では、荷送人が契約上の権利者であり、彼が救済手段を有することになる。これが、損失（loss）と救済（remedy）の分属問題である。

この問題を解消するために、船荷証券法1855年が制定された。その１条は、つぎのとおりである。

> **「１条　船荷証券の荷受人、および被裏書人は訴える権利を与えられる。**
> ―船荷証券に名指しされたすべての荷受人、および船荷証券のすべての被裏書人は、彼に対してその〔証券の〕中で言及された物品の所有権は〔運送人への運送品の〕委託もしくは〔船荷証券の〕裏書き時にまたは〔運送人への運送品の〕委託もしくは〔船荷証券の〕裏書きを理由として移転するが、あたかも船荷証券における契約が彼自身との間で締結されたかのごとく、当該物品に関する、訴訟に対するすべての権利を譲渡され、付与され、かつ、同じ責任に服する[64]。」

[64] 原文を掲げておく。

本条は、物品の所有権の移転に伴って、運送契約上の権利も移転する、と規定したことになる。これによって、損失と救済の分属問題が解消したわけである。

著者（Unberath）によると、立法者が契約上の救済こそが必要であると判断した事情はつぎのごとくである。第１に、契約の当事者でない荷受人による不法行為訴訟（先例１件）は、満足な解決ではないと判断された。第２に、運送人の責任について、裁判所によって採用されていた、契約により対処する方法（先例多数）が満足な解決であると追認された。第３に、代理という理由づけは[65]、すべての問題を十分に解決できないと判断された。第４に、*Joseph v Knox*（1813）3 Camp 320の解決も十分ではないと判断された。というのは、一般法則に対する例外であったために、一般化ないし法則化するのが困難であったからであろう。

物品の所有権の移転時に、契約上の訴訟に対する権利も自動的に移転する、と立法されたことにより、第三者の損失に関する先例――*Dunlop v Lambert*（1839）Macl & R 663――に訴えなければならない事例は大幅に減ることになった。この立法により、多くの事例において、運送契約上の権利を有する人と、その契約違反により損失を被った人は、同一人物となることが確保されたからである。

この立法以降、海上運送では、損失と救済の分属事例は消え去ったが、陸上運送では、同様の問題が起こり続けた。海上運送でも、船荷証券上の権利の荷受人への移転については手当てされたが、傭船契約上のそれについては手当て

‘**1. Consignees, and endorsees of bills of lading empowered to sue.** --Every consignee of goods named in a bill of lading, and every endorsee of a bill of lading, to whom the property in the goods therein mentioned shall pass upon or by reason of such consignment or endorsement, shall have transferred to and vested in him all rights of suit, and be subject to the same liabilities in respect of such goods as if the contract contained in the bill of lading had been made with himself.’

[65] 本人である荷受人のために、代理人である荷送人が相手方である運送人と物品運送契約を締結すると構成する方法であるが、そのような意思が認められない場合には、代理を認定することができない。

されておらず、問題であり続けた[66]。

㈦ *The Albazero* [1977] AC 774[67]

(a)【事実】[68]Lord Diplock による事実の概要は、つぎのとおりである。

---

[66] 本書110～112頁。

[67] *Albacruz (Cargo Owners) v Albazero (Owners) 'The Albazero'* [1977] AC 774.

[68] **【事実】** Roskill LJ による事実の説明は、つぎのとおりである。

Concord Petroleum Corporation （原告）は、被告からその所有の船 *Albacruz* 号を５年の期間で借り受ける契約を締結した定期傭船者である。被告は、*Albacruz* 号と *Albazero* 号の２隻のタンカーの所有者である。

⑴ ばらで購入する契約のもとで、原告は Esso International Inc （'Esso'）から船荷を買った。その購入契約とは、およそ３年間、ヴェネズエラのラ・サリナにおいて f.o.b. によって原油を供給するというものであった。⑵ ばらで売却する契約のもとで、原告はベルギーの会社である Raffinerie Belge de Petroles SA （'RBP'）にそれを転売した。その売却契約とは、アントワープにおいて c.i.f. によってするものであり、支払いは送り状の後180日より遅くなされてはならないというものであった。⑶ 原告と RBP はともに Occidental Petroleum Corporation の完全子会社であった。そのような完全子会社の３番目のものとして、フランスの会社である Courtage Occidental of Paris （'Courtage'）もあった。⑷ Esso 自身は船荷を供給しなかったが、ヴェネズエラの会社により供給されるようにさせていた。そのヴェネズエラの会社とは、Esso の子会社であり、Creole Petroleum Corporation （'Creole'）といった。⑸ 1970年１月３日、ラ・サリナにおいて、その船は船荷（15,000ロング・トンの原油）の船積みを完了した。⑹ Esso の用紙が使用され、1970年１月３日に船長により署名された船荷証券には、船積人は Creole、荷受人は原告または原告が指図する人、引渡港は「ジブラルタル（Gibraltar for orders）」とあった。船荷証券には、運送料の支払いにつき、何も書かれていなかった。⑺ 1970年１月６日、Creole はパリの Courtage に航空便にて船荷証券とその他の書類を発送した。1970年１月12日、それはそこに到達した。⑻ Courtage はその権限に従い原告の名前で RBP に船荷証券を裏書きした。⑼ 1970年１月13日、Courtage は船荷証券をアントワープの RBP に発送した。⑽ 1970年１月14日、その船はその荷とともに完全に滅失した。⑾ 1970年１月15日、アントワープの RBP は裏書きされた船荷証券を受け取った。⑿ 後に、RBP は原告に船荷の代金を支払った。

なお、RBP は、ハーグ・ルールにより規定される12月の時効期間内に訴訟を起こさず、または、原告による訴訟への参加も求めなかった。つまり、船荷証

(1) *Albacruz* 号は、Gosford Marine Panama SA（以下「船主」という。）（被告・控訴人・上告人）から、Concord Petroleum Corporation（以下「傭船者」という。）（原告・被控訴人・被上告人）により、5年間の定期傭船契約書（Shelltime form）が交わされて借り上げられた。(2) ヴェネズエラのラ・サリナにおいて、*Albacruz* 号に、ある陸揚港に向けて運送するために、船荷として原油が船積みされた。その陸揚港は、後に、アントワープと指示された。当該船荷は、傭船契約に従って発行された船荷証券によってカバーされていた。その船荷証券には、傭船者が荷受人と指定されていた。(3) *Albacruz* 号は、すべての船荷とともに、航海の途中で、傭船契約違反により、完全に喪失した。(4) 喪失の時点で、本件船荷の所有権は傭船者にはなく、船荷証券の被裏書人である Raffinerie Belge de Petroles SA（以下 'RBP' または「船荷所有者」という。）にあった。

なお、船荷証券に基づく船荷所有者の船主を訴える権利は、傭船者が船主に対して訴訟を提起した直後に、ハーグ・ルールのもとで時効により消滅した。

(b)【Brandon J（第一審）】[69]1973年10月2日、Brandon J は、以下の予備的な論点を審議するよう命令した。すなわち、その船荷の滅失は被告の傭船契約違反により引き起こされたと仮定したうえで、原告は被告から、その契約のもとで、そのような損失につき名目的な賠償額とは異なる実質的な賠償額を回復する権利を有するかどうか、という論点である。

1974年1月14日、Brandon J は、以上の予備的な論点について、以下の3つの問題を検討し、結論としては、最初の問題につき原告に賛成し、残りの2つにつき被告に賛成した。しかし、原告は3つのうちのいずれかの主張で成功すれば十分であったので、本件の予備的な論点について原告を勝たせた。

第1に、損失が発生する前に、船荷の所有権と危険および占有すべき権利は RBP に移転したと仮定したうえで、なお原告は被告からそのような損失について実質的な賠償額を回復する権利を有するか否かという問題である。第2に、船荷滅失時に、原告はいまだその所有権を有していたか否か、第3に、船荷滅失時に、原告はいまだその占有すべき権利を有していたか否か、という問題である。

券に基づく、RBP の被告に対するいかなる請求も時効によって認められない。

69 *The Albazero* [1977] AC 774, 779ff.

第1の問題についてBrandon Jは、先例を詳細に検討したうえで、つぎのようにいう。1770年から1870年までの早い時期の先例が以下にいう法理を確立したことに、何ら疑いの余地はないと、私（Brandon J）は思う。すなわち、物品の所有権または危険が、その滅失の時点で、荷受人にあろうがなかろうが、荷送人は、特段の事情により、物品の滅失または損傷につき、運送人に対して、その実質的な賠償額を請求し、回復することができる。この法理の根拠とは何か、そして、特段の事情とは何か、が問題となる。

上記の法理が禁反言（estoppel）に基づくものであることは、明らかであると考えられる。それは、荷送人と運送人の間において、荷送人がその物品の滅失または損傷につき実質的な賠償額を求める訴訟を起こすべく十分な利益をその物品に対して有するということを、運送人に争わせないという効果をもたらす。

上記の特段の事情とは、先例において「特別な契約」と説明されるところの、本人としての荷送人と運送人の間の物品の運送のための契約の存在である。つまりそれは、物品は荷送人のために運送されており、彼が運送に対して料金を支払うべきである、という合意である。この合意から、禁反言は生じるのである。この禁反言の基礎とは、ある人と、まるでその人が物品に対する利益を有するかのように考えて、その物品の運送を合意し、その人が運送料金を支払うとの約束を合意した運送人は、それらの合意を根拠に、後で自分が物品の滅失や損傷で訴えられた時に、その人はその物に利益を有していないと反論することはできない、というものである。

それでは、この早い時期の先例が確立した法理は、本件に適用されるのであろうか。これは、原告と被告の間に、被告は、原告のために物品を運送すること、そして、原告を運送料の支払人とみること、に合意する旨の「特別な契約」があるかどうかによって決まる。そして、Brandon Jは、傭船契約が唯一の当事者間の契約であり、船荷証券は物品の受領証にすぎないとしたうえで、傭船契約の内容を検討し、そこには「特別な契約」が存在すると判断した。つまり、Brandon Jは、第1の問題につき、船荷滅失時に、原告が船荷に対して利益（所有権、危険または占有すべき権利）をもはや有していないと仮定するとしても、原告は、被告の傭船契約違反による船荷の損失について実質的な賠償額を請求し、回復する権利を有すると判示した。

Brandon Jは続いて、蛇足であるとしながらも、第2と第3の問題を検討す

るが、本稿では省略する[70]。

これに対して、被告が控訴した。

(c)【Cairns LJ （控訴審）】[71]本控訴においては、一般法理と特別法則の衝突が問題となっている。前者は、契約違反による損害賠償請求訴訟における原告は、自分が現実に被った損害のみを回復することができるというものである。後者は、船主との間で、海上物品運送につき契約を締結した原告は、彼自身が損失を被ったかどうかにかかわらず、船主から、船主の契約違反により引き起こされた物品の滅失または損傷について賠償を回復することができるというものである。

Brandon J は、後者の特別な法則は禁反言に基づくものであると考えた。つまり、船主は、物品運送につき船主と契約した人の権原を後になって否定することを禁じられる。しかし、私（Cairns LJ）は、この見解を受け入れがたく感じる。つまり、船主が荷送人と契約を締結すると、船積みの時点での荷送人の物品に対する権利を否定することは禁じられるが、運送の途中での所有権の移転を主張することが禁じられる理由は不明である。

私（Cairns LJ）は、Roskill LJ の理由づけと結論、すなわち、滅失の時点で荷送人に所有権や占有すべき権利がなくても、荷送人は船主から契約違反により滅失した物品の価値を回復することができるというのが、いまなお法である（it is still the law）との結論、そして、物品運送契約が定期傭船契約で締結された場合も、この法則が適用されるとの結論に賛成する。

(d)【Roskill LJ （控訴審）】[72]Roskill LJ は、Brandon J が原告を勝訴させた第１の問題と、被告を勝訴させた第２および第３の問題について、まず、後者を簡単に取り上げて、Brandon J による判決、つまり、1970年１月14日の全損の前に、原告から RBP へと所有権も占有すべき権利も移転したとする判示に賛成した。

そこでつぎに、Roskill LJ は、第１の問題を取り上げる。

---

[70] 本件の特殊な事情を考慮したうえで、Courtage が原告の名前で RBP に船荷証券を発送した時点で、所有権（と危険）および占有すべき権利が移転するとして、被告を勝訴させた。

[71] *The Albazero* [1977] AC 774, 803ff.

[72] *ibid.* at 804ff.

まず、Roskill LJ は Brandon J を批判して、こういう。Brandon J は、先例の決定は禁反言に基づいていたというが、Roskill LJ は、先例における判事達が禁反言に基づいていたかには疑問があるとする。そして、Roskill LJ は、先例を検討したうえで、そこから離れて、商業上の考慮のもとに問題を検討する。

まず、被告に有利な点を挙げる。1つは、本件においては、定期傭船（time charter）契約が問題となっており、航海傭船（voyage charter）契約が問題となっていない点である。前者の契約は、期間に対して賃料が支払われるものであり、原告の物品が無事に運送されるか否かに基づいて賃料が支払われるものではない。このような場合、定期傭船者は、船主に支払う賃料を超えて荷物に関心をもつわけではない。したがって、原告に訴える権利は必要ない。もう1つは、船荷証券法1855年から今日に至るまで、船荷証券の所持人は船荷証券に基づいて自分自身の権利において訴えることができるのであるから、原告が訴えることができる必要はない。また1つは、傭船契約者の請求に関する時効はしばしば取り決められないので、原告が訴訟を提起するとすれば、ハーグ・ルールの12ヵ月の時効の制限を簡単に回避する道が許されてしまう点である。また1つは、c.i.f. 契約の基本概念[73]と、船荷証券法1855年に船荷証券の所持人に所有権と訴える権利が移転すると規定されていることとは、容易に調和しない点である[74]。最後に、二重の救済の問題がある。

しかしつぎに、原告に有利な点を挙げて、原告を勝訴させる。グループ内の各会社はそれぞれ別個の独立した法人であるとする基本法理に厳格に固執するとすれば、現代における商業を阻害することになるから、それはするべきではない。実際にはグループが利益を有し損失を被っているところに、法が真実を無視するほど機敏に行動すべきではない[75]。*Dunlop v Lambert* 法理に対する需要は1855年以来その大方は消え去ったが、本件事案のもとでは、その法理を適用することで、その法理を廃棄するよりは、実践的な正当性を有する結論を導くことができる。

---

[73] c.i.f. 売主は、書類の引渡しにより、c.i.f. 買主に、海上にある物品に対する利益のすべてを引き渡すが、それでもなお、c.i.f. 売主は、c.i.f. 買主と同様、物品の滅失や損傷を訴えることができると原告側の弁護士は主張する。

[74] Roskill LJ は、しかし船積人から以前の権利を奪うと明記されているわけでもないと付け加える。

[75] Roskill LJ は船荷保険の問題も取り上げるが、本稿では省略する。

結局、私（Roskill LJ）は Brandon J が出したのと同じ結論に達した。被告による控訴を棄却する。

(e)【Ormrod LJ （控訴審）】[76]Ormrod LJ は、Cairns LJ や Roskill LJ の判決に賛成するとともに、若干の意見を付け加えて、こういう。

真に論ずべき点は、損害の算定基準であり、責任や訴える権利の所在ではない。つまり、損失時に彼らに物品の所有権も占有すべき権利も、さらに危険もないと仮定したうえで、本件原告が本件訴訟において回復しうるところの損害の算定基準が問題なのである。一方で、*Dunlop v Lambert* は、その論点を明らかにした先例といえない。というのは、売主は自費で投げ捨てられた物に代わる物を買主に送り直したうえで、船主を提訴しており、自ら損失を被ったと証明すべき地位にいたからである。他方で、*Joseph v Knox* は、その論点を明らかにした先例といえる。つまり、原告自らが運送契約を締結したが、航行中に損傷した物品に対して利益をもたない場合でも、彼は船主から物品の価値の減少分と同じ額の損害賠償を回復できることを明らかにした先例である。これらの先例においては、無関連事項（res inter alios acta）の法理が適用され、本法理こそが禁反言よりもむしろ *Joseph v Knox* および *Dunlop v Lambert* における決定の基礎となるものであると、私（Ormrod LJ）は思う。

これに対して、被告が上告した。

(f)【Lord Diplock （貴族院）】[77]Lord Diplock は、まず、荷送人と運送人の間の特別な契約と、荷送人と荷受人の間の特別な契約について、つぎのようにいう。

> 「荷送人と運送人の間の特別な契約は、荷送人が自分自身のために締結した契約であり、荷受人の代理人として締結した契約ではない。しかし、物品が運送される際に一般的に生じる問題は、荷送人と荷受人の間の売買契約に従うものなので、売主が、自分自身のために、または、買主／荷受人のために、運送人と契約しているかどうかという問題は、しばしば、売買契約における条項からの推論（inference）の問題となる。物品売買契約における通常の推定（implication）は、買主への物品の引渡場所は売主のビ

[76] *The Albazero* [1977] AC 774, 822ff.

[77] *ibid.* at 840ff.

ジネスの場所であるというものであり、そして、売主がその先への引渡しにつき運送人と契約すれば、売主は買主のためにそうしたのである、ということは、18世紀末までに、十分確立した。この推定は、しかし、売買契約における明示の条項によって覆されうる。これもまた『特別な契約』として言及されるために、本件では荷送人と荷受人の間であるが、これが、荷送人の運送人を訴える権利を扱う事例では、あるときには、荷送人と運送人の間の特別な契約に依拠するといわれることもあれば、またあるときには、荷送人と荷受人の間の特別な契約に依拠するといわれることもあって、多少の混乱を引き起こした[78]。」

Lord Diplock は、つぎに、イギリス法における一般法則と *Dunlop v Lambert* 法則の関係を分析する。すなわち、一般法則とは、名目的な賠償額は格別、契約違反に対する訴訟において、原告は彼自らが被った現実の損失のみ回復することができるとするものであり、*Dunlop v Lambert* 法則は、その例外である。本法則は信託法（エクイティ）とは調和しないが、本概念はコモン・ローにとってまったく知られていなかったわけではなく、とくに商人法にとってまったく知られていなかったわけではない。たとえば、寄託[79]や保険[80]などの商法の分

---

[78] *ibid.* at 842.

[79] 寄託について、Lord Diplock はこういう。*Ibid.* at 846.

寄託者の物品の滅失または損傷について、受寄者が加害者を動産返還請求訴訟（detinue）または侵害訴訟（trespass）によって訴える権利は、受寄者は寄託者により訴えるよう強いられないけれども、そして、彼自身は寄託者に対し物品の滅失または損傷について責任を負わないけれども、我が法においては最初期から認められてきた（Lord Diplock はここで *The Winkfield* [1902] P. 42を参照する。これについては後掲Ⅱ（2））。しかし、受寄者が加害者に勝訴して収入を得れば、寄託者による不当利得金返還請求（money had and received）において受寄者は寄託者にそれを渡さなければならない。

[80] 保険について、Lord Diplock はこういう。*The Albazero* [1977] AC 774, 846.

1つには、18世紀に商人法からコモン・ローにより採用された保険者代位法理もまた、名目的当事者が、自らが被っていない損失の賠償を求め、それが認められて金銭を回復すれば、それを保険者から填補された損失の範囲で保険者に引き渡すという考え方を含むものである。被保険者が保険者から損害の全部または一部を填補された場合で、原告（被保険者）が、第三者（保険者）のた

野では認められてきた。したがって、*Dunlop v Lambert* において当院により判示された法則が一般法則に対してまた１つの例外を付け加えたと評価することはできても、一般法則はもはや法でないと宣言することを正当化することはできないと、私（Lord Diplock）は考える[81]。

そして、*Dunlop v Lambert* 法則の内容を以下のごとく確定する。

> 「物品に関する商業的な契約において、〔受約者と約束者の〕両当事者が、契約を締結した後で、かつ、契約違反により物品が滅失または損傷する前に、物品の財産的な利益が所有者から別の人へと移転するかもしれないと企図するとき（contemplation）、当該〔物品運送〕契約のもともとの当事者の一方〔受約者〕は、かりに〔受約者と約束者の〕両当事者の意図（intention）がつぎのようなものならば、その物品が滅失または損傷する前に、その物品に対する利益を有する、あるいは、取得するかもしれない、すべての人〔第三者〕のために契約を締結したものとして、法によって扱われるべきであり（be treated in law）、そして、彼〔受約者〕は、契約違反に基づく損害賠償の方法ないし手段によって、その人〔第三者〕のために〔受約者と約束者の間で〕契約が締結されたところの、その人〔第三者〕

めにする契約違反に基づく損害賠償として、原告（被保険者）は被らなかったが第三者（保険者）が被った損失について賠償を請求することが可能な場合には、被保険者が保険者のために提訴しようとしなくても、保険者は被保険者をして提訴するよう強制する権利を有する。

もう１つも、商法の分野における例である。被保険者が物品についての保険を購入した。その物品の滅失または損傷の時点で、誰か別の人がその物品に対して利益を有しているかもしれないが、その別人の利益もその物品についての保険に含まれると思って購入した。この被保険者の意思が保険証券の文言から明らかな場合、被保険者は、その別人のために、物品の価値の滅失分ないし損傷分の全額を回復する権利がある。本法則は、19世紀半ばまでには、すべての種類の財産保険において適用される法則として確立し（Lord Diplock はここで *Waters v Monarch Fire and Life Assurance Co* (1856) 5 El & Bl 870を参照する。これについては後掲Ⅱ（４））、海上保険においては Marine Insurance Act 1906（海上保険法1906年）26条(3)項に規定された。

[81] *The Albazero* [1977] AC 774, 845-846.

が被った現実の損失について回復する権利が与えられるべきである[82]。」

しかし同時に、*Dunlop v Lambert* 法則の射程を以下のごとく注意深く限定する。

「船荷証券法1855年〔中略〕は、船荷証券のもとで物品が運送される場合において、*Dunlop v Lambert*〔中略〕法則の射程と有効性を減殺した。しかし、当該法則は、船荷証券が発行されなかった特別な事例において、海上運送自体も含むすべての運送形式に拡張されるし、また、以上の法則が救済を提供する、つぎのような特別な場合がまだ存在するかもしれない、すなわち、合理的な法制度のもとではそれ〔損失〕を生じさせた者によって賠償されるべきであるところの損失について、そのような損失を被った者に利用可能なもの〔救済〕がほかにない場合である[83]。」

具体的には、第1に、船荷証券法1855年の制定に伴い、船主が締結した運送契約が船荷証券に含まれており、それ以外の運送契約は存在せず、そして、船積みまたは裏書きにより船荷証券に記載される荷受人または被裏書人へ物品の所有権が移転した場合には、もはや *Dunlop v Lambert* 法則を適用することはできない。荷受人が運送人を訴えることができるからである。第2に、運送人と荷送人の間の運送契約において、運送人が物品の将来の所有者との間でも運送契約を締結することが企図されていた場合には（contemplate）、もはや *Dunlop v Lambert* 法則を適用することはできない。荷受人が運送人を訴えることができるからである。第3に、傭船契約と船荷証券の関係が問題となる。一方で、航海傭船（voyage charter）では一般的であるが、当事者の傭船契約上の権利が船荷証券上の権利と同じのものであったとしても、同じ損失または損害について、傭船者に対する責任と荷受人または被裏書人に対する責任の競合を推論してよい、分別あるビジネス上の理由はまったくない。他方で、定期傭船（time charter）では一般的であるが、当事者の傭船契約上の権利が船荷証券上の権利と異なるものであったとすれば、なおさら、*Dunlop v Lambert* 法則を

[82] *ibid.* at 847.
[83] *ibid.* at 847.

拡張して適用してよい、分別あるビジネス上の理由はまったくない。とくに、対価を支払った船荷証券の所持人が権利を行使する際には、船荷証券に記載される船主の物品の船積みに対しては、船荷証券が決定的な証拠であるとする荷受人に利用可能な制定法による禁反言のために、船荷証券の所持人は有利に訴訟することができるからである。しかし、傭船者の契約上の権利と船荷証券の所持人の船荷証券上の権利がかなり異なることがある。たとえば、免責や責任制限の範囲、時効期間、注意義務の程度、仲裁条項が違うことがある。結論として、別々の内容の義務を負わせる別々の契約のもとで、別人の別々の内容の訴訟に対する権利が同時に存在し、そのうちの一方のみが損失を被ったことから生じる、紛糾、異常そして不公正こそが、*Dunlop v Lambert* 法則が上記のような事例に拡大して適用されない、やむにやまれぬ理由なのである[84]。

私（Lord Diplock）は、当該法則が本件のような事例に適用されると原審が判示したことは誤りであったと確信する。私は、控訴を認容する。以上のように判示して、原告を敗訴させた。

(g)【検討】 Lord Diplock 判決をまとめておこう。

第１に、*Dunlop v Lambert* 法則は、商業的な契約において認められるべきであると判示して、その射程を限定した。過去の判例から、寄託や保険の分野で本法則は認められていたが、その他の分野で本法則が認められるかは、裁判所が判断していくべき事柄である、と判示したことになろう。

第２に、*Dunlop v Lambert* 法則は、一方で、約束者の企図（contemplation）ないし意図（intention）を根拠として認められるとしながらも、他方で、法によって認められるとしており（be treated in law）、その後の議論の火種となった。

第３に、*Dunlop v Lambert* 法則は、第三者が直に約束者を訴える手段を有している場合には認められるべきではないと判示して、その射程を限定した。

(ク) Carriage of Goods by Sea Act（海上物品運送法1992年）２条４項[85]

船荷証券法1855年は、船積みもしくは裏書きの時にまたは船積みもしくは裏書きを理由として物品の所有権が荷受人または被裏書人に移転すれば、契約上

---

[84] *ibid.* at 847-849.

[85] 本書131頁以下。

の権利も荷受人または被裏書人に移転すると規定する。しかし、そこにはまだ、ギャップが残っていた。たとえば、ばら荷（bulk cargo）の場合には、裏書きを理由として物品の所有権が移転しないので、困難な問題が生じた。

海上物品運送法1992年は、船荷証券法1855年と同様の規定を採用し、船荷証券に含まれる運送契約上の権利が荷受人に移転すると規定したが、多くの点で、新法は廃止される旧法の適用範囲を拡張した。

海上物品運送法1992年の中核である２条１項も、つぎのように拡げられた[86]。すなわち、船荷証券に包含かつ証明される運送契約上の権利の移転は、所有権の移転に依拠するのではなく、請求者が船荷証券の適法な所持人となることに依拠すると規定した。これらの権利の移転が、以前よりも容易になったのである。

「**２条　船積書類上の権利**

１項　本節における以下に続く条項に従う必要はあるが、つぎのいずれかになる人は、

(a)号　船荷証券の適法な所持人、

(b)号　〔省略〕、または、

(c)号　〔省略〕、

（証券の所持人〔省略〕になることによって）彼が当該契約の当事者になったかのごとく、彼に運送契約上の訴訟に対するすべての権利が移転および付与される[87]。」

---

[86] 本文に掲げた拡張のほか、船荷証券以外の書類、たとえば、sea waybills や delivery orders にも適用されるようになった。

[87] 原文を掲げておく。

'2 Rights under shipping documents

(1) Subject to the following provisions of this section, a person who becomes--

(a) the lawful holder of a bill of lading ;

(b)[abbreviation] ; or

(c)[abbreviation],

shall (by virtue of becoming the holder of the bill [abbreviation]) have

旧法の立場とは違って、危険は船積時に移転するが、所有権は支払時に通常は移転するというのが、今日適用されるべき一般法則である。危険こそが運送人から回復される損害賠償の支払先を決定するのである。このような実務に対して、新法は、契約上の救済の移転を危険の移転と結び付けず、船荷証券の所持と結び付けた。危険が移転したかどうかはしばしば決めがたい場合があるのに対して、誰が船荷証券の所持人かは容易に決定できるからである。

このように規定した結果、物品が船荷証券の所持人以外の誰かの危険で運送される、いくつかの奇妙な事例が残されることとなった。損失と救済の別人への分属は、海上物品運送法1992年によっても、完全に回避されたわけではなかった。２条４項は、この問題を扱う。

「４項　本法が適用される、いかなる書類の事例においても、
　(a)号　その書類に関係する物品に対する、または、それに関する、いかなるものでもよいが、利益または権利を有する人が、運送契約の違反の結果、損失または損害を被ったが、しかし、
　(b)号　上の１項がその書類に関連して適用されるため、その違反に関する訴える権利が別の人に付与された場合、
その別の人〔(b)号における「別の人」〕は、その損失または損害を被った人〔(a)号における「人」〕のために、上記の〔(b)号における訴訟する〕権利がその人〔(a)号における「人」〕のために行使されるべきその人〔(a)号における「人」〕に付与されたとすれば行使されえたのと同じ範囲で、上記の権利を行使する権利を付与される[88]。」

---

transferred to and vested in him all rights of suit under the contract of carriage as if he had been a party to that contract.'

[88] 原文を掲げておく。

'(4) Where, in the case of any document to which this Act applies-
　(a) a person with any interest or right in or in relation to goods to which the document relates sustains loss or damage in consequence of a breach of the contract of carriage ; but
　(b) subsection (1) above operates in relation to that document so that rights of suit in respect of that breach are vested in another person,

著者（Unberath）は、本条項が移転させられた損失の法則を明示的に確認した唯一の制定法であり、*Dunlop v Lambert* 法則を強化した注目すべき条項であるとして高く評価する。そして、本条項の特徴をつぎのようにまとめる。

本条項は、損害賠償の認否について、運送人側の企図（contemplation）に依拠させておらず、それに代わるものとして、第三者に財産的な利益が帰属しているかに依拠させている。

まず、第三者の危険で物品を運送した結果、第三者が現実に損失を負担させられたことのみを要件とするわけではなく、第三者に物品に対する――「いかなるものでもよいが（any）」とするものの――利益や権利を要件とすると規定していることには、注意が必要である。また、現実に損失を被った第三者のために、救済手段の所持者に訴える権利があると規定するが、「のために（for the benefit of）」の意味が定義されておらず、そして、第三者と所持者の関係も明確とはいえない。つまり、勝訴した所持者は賠償金を受益者である第三者のために信託として保持するのか、あるいは、所持者は第三者のために訴訟する義務があるのか、なども明確とはいえない。

最後に、著者（Unberath）は、本法、とくに2条1項の規定により、*Dunlop v Lambert* 法則の適用の余地がまったくなくなったとはいえないと主張する。すなわち、本法自体、第三者の損失に関する賠償を回復する権利を規定していること（2条4項）、加えて、荷受人が船荷証券上の権利を行使することができない場合がありうることを指摘する。たとえば、荷受人に対して、船荷証券の引渡しがなかった場合もしくは必要な裏書きがなかった場合、または、船荷証券がまったく利用されなかった場合などがある。さらには、海上運送ではなく陸上運送ではいまだに、*Dunlop v Lambert* 法則は必要とされているのではなかろうか。したがって、この柔軟な法理の活用の余地はまだまだあると、著者は最後に結論づける。

---

the other person shall be entitled to exercise those rights for the benefit of the person who sustained the loss or damage to the same extent as they could have been exercised if they had been vested in the person for whose benefit they are exercised.'

紹　　介

「現代中国における刑罰政策の発展と変革」

「中国の刑事政策システムにおける民間社会の役割の変化――ガバナンス理論を導きに」*

盧　　建平
（訳）坂口一成

訳者まえがき

以下に掲載するのは、盧建平・北京師範大学刑事法律科学研究院教授が、それぞれ2007年９月８日の現代中国法研究会（於愛知大学）および同月11日の体制転換と法研究会・刑事法研究・高等法政研究センター共催の研究会（於北海道大学）で行った講演（同題）の元となった論文を訳出したものである。

まず、盧教授の略歴を紹介しておこう。盧教授は文革終息後間もない1979年に社会科学系の名門である中国人民大学法律系に入学し、1983年に同大学を卒業し、その直後の1984年には公費（国家教育委員会）でフランスに留学した。1988年にはモンペリエ大学で「刑法および刑事科学」（droit pénal et sciences criminelles）博士号を取得し、帰国後浙江大学に奉職した。その後、刑事政策の領域で学界の高い評価を受け、1999年、母校の中国人民大学法学院教授に就任した。2005年からは現職の北京師範大学刑事法律科学研究院常務副院長・教

＊以下は平成19年度科学研究費補助金・基盤研究（Ｂ）「中国における民間セクターをめぐる法と政治」（研究代表：鈴木賢　課題番号：19330003）の研究成果の一部である。

授・博士指導教員である。また、国際刑法学協会副事務局長・執行委員、国際犯罪学会理事、中国法学会刑法学研究会常務理事、刑事政策専門委員会主任、中国犯罪学会副会長といった刑事政策に関連する学会の要職を担っていることからも、中国の刑事政策学界におけるそのプレゼンスをうかがうことができよう。2004年には中国法学会の十大傑出青年法学者に選ばれた。代表作には、『刑事政策与刑法』（中国人民公安大学出版社、2004年）がある。

次に、両報告・論文の内容および背景について簡単に説明しておく。

第１論文の「現代中国における刑罰政策の発展と変革」は、1949年の中華人民共和国（以下「中国」とする）成立以降今日に至るまでの刑事政策、とりわけ刑罰政策の歴史を①1949～70年代末までの依拠すべき法がなかった時代、②８・90年代の「厳打」（犯罪への厳しい打撃）(1)の時代、③21世紀の両極化政策の時代という３段階に区分し、その展開を鳥瞰する。こうした現代中国の刑事政策史を全体的に眺める研究は日本初のものといえよう。

読者諸氏においては、中国＝「世界一の死刑大国」というイメージが強いであろうが、統計を見る限り、近年、実は寛刑化の傾向が見られる。例えば、第１論文でも挙げられている５年以上の有期懲役・無期懲役・死刑の言渡人員の総言渡人員における比率の低下、執行猶予言渡率の上昇はその顕著な表れである。少なくとも中国内在的に見れば、従来よりも宣告刑が軽くなってきているといえよう（死刑のデータは国家機密とされ、公表されていないため、それにどのような変化が生じているのかは分からない）。それではなぜこうした変化が生じているのだろうか。この問いは、中国法研究はもとより、昨今の日本における厳罰化の動きを想起すると、日本の刑事法研究にとっても重要な意味を持っていると思われる。

そこで今回、訳者は現代中国法研究会の今年度の企画責任者を任されたことを機に、率直に以上の訳者の問題意識を伝えた上で、それをメインテーマとして盧教授に講演・執筆を依頼した。こうした問題意識によれば、第１論文の最大の意義は、今日において、「厳打」一辺倒の時代が終わりを告げ、重大な犯罪については引き続き厳しく処罰するが、軽微な犯罪については寛大に処理す

(1) 「厳打」の詳細については、拙稿「現代中国における「司法」の構造――厳打：なぜ刑事裁判が道具となるのか？――(3)～(5)」北大法学論集57巻４号～６号（2006～2007年）参照。

るという方針が打ち出されるに至った背景・要因、とりわけ、具体的な統計データを示した上で、中国で宣告刑が軽くなってきていることを摘示し、その背景・要因を論じている点にある。

次に、第２論文の「中国の刑事政策システムにおける民間社会の役割の変化――ガバナンス理論を導きに」は、平成19年度科学研究費補助金・基盤研究（Ｂ）「中国における民間セクターをめぐる法と政治」（研究代表：鈴木賢　課題番号：19330003）の一環として、廬教授に協力を仰いだものである。

第２論文は、ガバナンス理論に立脚し、犯罪ガバナンスを、人権保障が必要となるために政治国家が独占すべき独占領域、およびそれ以外の「民間社会」（市民社会とは区別される）と政治国家が一致協力する共同ガバナンス領域に分けた上で、特に後者における政治国家と民間社会の関係のあるべき姿を考察する。そこでは、昨今の中国において、すでに実際に民間セクターが犯罪ガバナンスに参加しているという現実(2)を前提として、ガバナンス理論の知見を参考にしつつ、民間セクター参入の限界が模索されている。

凡例：〔　〕は訳者による訳注を表す。
　　［　］は中国語の原語を表す。

(2) 例えば第２論文で挙げられているのは私立探偵、私設ボディーガードおよび治安請負制である。このほか両論文では「コミュニティ内矯正」［社区矯正］が挙げられている。コミュニティ内矯正とは、最高人民裁判所・最高人民検察院・警察［公安］省・司法省「コミュニティ内矯正の試験的実施の展開に関する通知」（2003年７月10日）によれば、「拘禁矯正に対する行刑方式であり、コミュニティ内矯正の要件に該当する犯人をコミュニティ内で、専門の国家機関が関連する社会団体および民間組織ならびに社会のボランティアの協力の下で、判決、裁定または決定で定めた期限内、その犯罪心理および行為の悪習を矯正するとともに、その者がスムーズに社会に復帰できるように促す非拘禁の刑罰執行活動を指す」。なお、いわゆる［社区］の法的性質や実態は必ずしも明らかではないが、その言葉は“community”の訳語として用いられているため、以下ではさしあたり「コミュニティ」と訳す。

現代中国における刑罰政策の発展と変革

現代社会において犯罪現象に対抗する手段は多様化しているが、刑罰はやはり犯罪に対抗する最も主要な手段であるとされ、世界各国はなお刑罰を中心とした強制手段の体系により犯罪を抑止・予防している。そのため、現在、広義の刑事政策観が主流を占めてはいるが、いずれにせよ、刑事政策の核心は刑罰政策である。この点は中国においては極めて顕著である。新中国の刑事政策は犯罪と刑罰を中心として展開されてきたものであり、刑事政策概念は通常、狭義で用いられてきた。すなわち、刑事政策を犯罪に罰を加え、人民を保護する刑法政策（politique pénale）・策略とみなし、あるいは犯罪問題の処理、犯罪者の処遇における執政党および国の具体的政策措置と同視してきた。しかして、これらの具体的な政策措置の多くは、刑罰の運用をその主な内容とする。例えば、「厳打」、「白状すれば寛大に、抵抗すればより厳しく」、「できるだけ身柄を拘束せず、できるだけ死刑にしない」［少捕、少殺］などである。建国後60年近くの歳月が経ち、中国社会のポールシフト的な変化に伴い、中国の刑罰政策も発展と変革を遂げてきた。以下では、その３つの段階を要約する。

１　建国（1949年）～1970年代末：「依るべき法がない」から「依るべき法がある」へ

中国共産党は一貫して刑事政策の策定と執行を重視している。新民主主義革命期という早い時点において、共産党の指導する革命根拠地では、例えば鎮圧と寛大を結びつけ、主犯と脅従犯〔脅迫されて犯罪に参加した者を意味し、共犯の1種とされている〕とを区別する、死刑囚以外の犯罪者には感化主義を採り、強制労働を通じて犯罪者を教育・感化・改造する、肉刑を廃止し、犯罪者に対する人道に悖るあらゆる処遇を禁止するなどの一連の刑事政策が定められた。法律が十分に整備されていなかった当時において、政策は法律の代替物となり、政策と法律が混同され、党が定めた一連の政策は司法活動の直接的な根拠となった。例えば毛沢東が「政策について」〔［論政策］。邦訳として毛澤東選集刊行会訳『毛澤東選集（第５巻）』（三一書房、1956年）157頁以下がある〕で提起した反スパイ［鋤奸］政策は、当時、共同犯罪における従犯および脅従犯の処罰、ならびに刑事訴訟における証拠収集・採用原則の規定の根拠となった。

1949年２月に中共中央が発した「国民党の六法全書の廃棄および解放区の司法原則を確定することに関する指示」は、法律の代替物としての政策の地位をよりはっきりと認め、「人民の司法業務はもはや国民党の六法全書を根拠とすることはできず、人民の新しい法律を根拠としなければならない。人民の新しい法律が系統的に発布されるまでは、共産党の政策および人民政府と人民解放軍がすでに発布した各種の綱領、法律、命令、条例、決議を根拠とすべきである。目下の人民の法律が不完全な状況においては、司法機関の事務処理の原則は、綱領、法律、命令、条例、決議に規定されている場合は、綱領、法律、命令、条例、決議の規定による。綱領、法律、命令、条例、決議に規定されていない場合は、新民主主義の政策に従う」とした。

中華人民共和国成立の初期においては、特定の歴史的条件に制約され、刑事法制の面では、反革命処罰条例、公務上横領処罰条例［懲治貪汚条例］などの個別の特別刑事法のほか、体系的な刑事法典はなかった。当時、刑事事件の処理は主に刑事政策に依拠しており、政策は引き続き、かなりの程度において刑事法の代替物の役割を担っていた。この時期の基本的刑事政策は、その表現においてであろうが、またその内容においてであろうが、いずれも戦時に形成された「鎮圧と寛大を結びつける」政策を受け継いでいた。「反革命鎮圧運動」、「反革命粛清運動」、「三反五反」などの一連の大規模な大衆運動、および社会の安定の維持、政権強化、戦犯・犯罪者の改造などの実践的活動の展開に際して、執政党たる中国共産党は戦争時代に提起した闘争の政策・策略をさらに体系化するとともに、新たな情勢に応じて適宜調整を加えた。1956年９月、中国共産党第8回全国代表大会は次のように指摘する。すなわち、社会主義体制はすでに基本的に打ち立てられ、……国内の主な矛盾はすでにプロレタリアートとブルジョアジーの矛盾ではなく、経済・文化の迅速な発展という人民の要求と、目下のところ経済・文化が人民の要求を満たすことができないという状況の間の矛盾である。全国人民の主な任務は、力を集めて社会の生産力を向上させ、国の工業化を実現し、人民の日増しに高まる物質的文化の要求を徐々に満たしていくことである(1)。このようにすでに変化した情勢の下では、「鎮圧」というのは明らかに時勢に合わず、調整を加え、情勢の発展に合致する新しい刑事

(1)　中国共産党第８回代表大会「政治報告に関する決議」(1956年９月27日採択)参照。

政策を定めなければならなかった。

次に、適用範囲から見れば、「鎮圧と寛大の結合」政策は主に反革命敵対分子に適用されていたが、1956年の３大改造〔農業、手工業および資本主義的工商業の社会主義的改造〕の基本的完成後は、反革命分子以外の犯罪者も刑事政策の重要な対象となった。そこで1956年９月の中共第８回全国大会の政治報告で、初めて公式に「懲罰と寛大を結びつける」政策を基本的刑事政策と措定するとともに、反革命犯罪を含む各種犯罪に適用することとした。まさにある論者が指摘するように、「鎮圧と寛大の結合から懲罰と寛大の結合へは、政治闘争の策略から刑事政策への転換というプロセスを経た」(2)。

「懲罰と寛大を結びつける」政策からは、多くの具体的な政策が派生した。例えば、「できるだけ身柄を拘束せず、できるだけ死刑にしない」、「死刑にしてもしなくともよい者は死刑にしない、身柄を拘束してもしなくともよい者は身柄を拘束しない」、「白状すれば寛大に、抵抗すればより厳しく」、「過去の過ちを後の戒めとし、病を治して、人を救う」、「少数を打ち、多数を引き込み、切り崩し、改造する」などの政策、さらには、罪が極悪で、殺さなければ民の憤りを鎮めることができないというわけではない者に「死刑を言渡し、２年先延ばしにし、労働を強制して、その後を観察する」の政策〔いわゆる死刑の執行延期制度〕、犯罪者の労働改造に関する「活路を与える」、「改造第一、生産第二」などの一連の方針および政策である。建国初期の法制度が不健全な状況において、これらの具体的政策は中国の刑事司法活動において主導的役割を果たした。建国初期、刑罰は主に独裁の道具として用いられた。毛沢東を核心とする第１世代の指導部においては、確かに新中国成立初期に法制度形成の動きがあったが、全体的には、法および適法性を軽んじており、違法・犯罪の対処については、法律ではなく、そのほとんどが政策に依拠していた。

1966年５月、「文化大革命」が始まり、国の適法性が無惨に踏みにじられ、ひどく破壊されて、大量のえん罪・でっち上げ・誤判が生み出され、多くの無辜が様々な刑罰に処せられた。統計によれば文革中に判決が言い渡された反革命事件において、えん罪・誤判の比率は一般的に40％前後あり、一部地域では60～70％に達した。この数の多さ、比率の高さ、結果の重大さは建国以来空前

(2) 陳興良「刑事法治視野中的刑事政策」同主編『中国刑事政策検討』（中国検察出版社、2004年）120頁。

のものであった(3)。文革期には、警察・検察・裁判所組織が破壊され、刑事事件、特に反革命事件のいわゆる「裁判」は、法に依拠したものであるとは全くいえず、是非をひっくり返し、有罪・無罪をごちゃ混ぜにし、えん罪を生み出した。当時、建国以降実施してきた効果的な刑事政策も歪曲・廃棄され、はなはだしきに至っては、人民を迫害する道具とされた。文革の10年間は大量のえん罪・でっち上げ・誤判を残しただけではなく、人間性の歪曲、社会道徳の荒廃、法律に対する公然の侮蔑も残した。そしてこのことは、その後の1978年から始まる犯罪のピークと全く関係がないわけではない。

文革終結後、中共中央の指示・指導の下、えん罪・でっち上げ・誤判の再調査・是正活動が全面的に展開された(4)。同時に、文革中の「無法無天」という後代にまで残る害悪の教訓を汲み取り、積極的に各種法律を制定した。1979年７月１日、第５期全国人大第２回会議は刑法を採択し、同法は1980年１月１日から施行された。同法は「懲罰と寛大を結びつける」の基本的刑事政策としての地位を再確認し、１条で「中華人民共和国刑法は、マルクス・レーニン主義、毛沢東思想を指針とし、憲法を根拠とし、懲罰と寛大を結びつける政策に基づいて……制定されたものである」と定める。この政策は同法で十分に具体化されている。例えば主犯には厳しいが従犯は寛大にする、累犯には厳しいが自首した者は寛大にする、公務員犯罪には厳しいが少年犯は寛大にする、執行猶予、仮釈放、減刑などの制度の採用、死刑執行延期を行刑制度として刑法で条文化・明確化した、などである。79年刑法は192ヶ条しかなく、しかも制定時の社会背景のために階級闘争的色彩を色濃く帯びていることは否めないが、その公布・施行には新中国の歴史において一里塚の意義があり、建国後30年にして、中国の刑事法治はついに依るべき法があるようになり、真っ当な道を歩み始めた。

---

(3) 江華が第５期全国人大〔全国人民代表大会〕第２回会議で行った「最高人民法院工作報告」〔最高人民裁判所が毎年全国人大で行う活動報告〕（1979年６月27日）参照。

(4) 文革中に全国で刑事事件120万件余りに判決が言い渡された。1981年末までに、全国の各裁判所が再調査により判決を改めたえん罪・でっち上げ・誤判事件は約30万1000件、関係する当事者は32万6000名余りに上る。

2　1980年代から20世紀末：主旋律は「厳打」

1970年代末から80年代初頭までの間、改革・開放の絶え間ない進展に伴い、閉鎖的な中国社会が開放され、静態的な社会構造が動態化し、分化されていた利益が再びまとまってきたため、様々な社会の基本的矛盾が激化し、治安情勢が日々悪化し、重大悪質事件が頻繁に生じた（例えば1979年の上海控江路事件、1981年に北京の北海公園で起きた女学生集団強姦事件、1983年に瀋陽で起きた「二王」による奪った銃器による強盗・殺人事件など）。こうした状況の下で、1983年８月、中共中央は「刑事犯罪活動に厳しく打撃を加えることに関する決定」を発し、法により「重く速く」重大刑事犯を懲らしめる方針を強調した。1983年９月、全国人大常委会〔常務委員会〕は「重大社会治安事犯を厳しく懲らしめることに関する決定」および「社会治安に由々しき危害を及ぼす犯罪者の裁判を迅速に行う手続に関する決定」を採択した。こうして全国各地で刑事犯罪活動に厳しく打撃を加える闘争が大々的に展開された。

第１次厳打により、社会治安は短期間で急速に好転した。統計によると、厳打前後の28ヶ月を比較すると、全国の刑事事件認知数は35.9％減少した。1985年の認知数は54.2万件、１万人あたりの事件発生率は5.26であり、1981年の１万分の8.9、1982年の１万分の7.4、1983年の１万分の６よりも明らかに減少した(5)。

しかし、間もなくリバウンド現象が生じ、1988年に全国の裁判所が受理した殺人事件は前年比9.1％増、強盗事件は43.1％増、重大窃盗事件は63.8％増であった(6)。犯罪率が高水準を維持し、刑事事件数が激増している状況に直面し、1996年と2001年には第２次、第３次の全国的な厳打整治闘争を展開した〔[整治]とは総体的な予防・防止を意味する〕。この間、また各地の犯罪状況に応じて、特定の犯罪を対象とした厳打闘争を繰り返し展開した。例えば1990年３月に19の省・市で展開した「追いはぎ」撲滅闘争、1995年に各地の警察が展開した春の厳打、および「鉄道行動」、「北方行動」、「南海行動」、「水網行動」などの地

(5)　「最高人民法院工作報告」（第６期全国人大第４回会議、1986年４月８日）参照。
(6)　「最高人民法院工作報告」（第７期全国人大第２回会議、1989年３月29日）参照。

域的な合同行動、2000年に広東、北京、天津、上海、河北などの14の省・市が一斉に展開した付加価値税領収書偽造・販売活動撲滅闘争、同年12月に全国的に展開した暴力団撲滅闘争などである。

この20年余りの「厳打」の実践においては、刑事立法および刑事司法に対する刑事政策の方向づけ作用がはっきりと現れている。1983年の厳打の間、立法機関は特別刑法を採択し、一部の犯罪の法定刑の上限を引き上げた。例えば全国人大常委会「重大社会治安事犯を厳しく懲らしめることに関する決定」（1983年９月２日）は、無頼罪、傷害罪、人身売買罪などを犯した社会治安に由々しき危害を及ぼす犯罪者を、「刑法が定める最高刑以上死刑までの刑に処すことができる」と規定した。これまでの最高人民裁判所活動報告の関連統計データから見て、各裁判所の刑事事件受理数は毎年上昇しているほか、各厳打期間中は、事件数の増え幅が顕著なだけではなく、総言渡数における５年以上の有期懲役、無期懲役、死刑の言渡数の比率（＝重罰率）も明らかに増加している。例えば、1993年から1997年までの５年間で、各裁判所は第１審事件を243万7426件結審しており、平均すると毎年0.75％増であり、法的効力の生じた判決の言渡人員は274万2133人である。そして、５年以上の有期懲役、無期懲役、死刑（執行延期付死刑を含む）の言渡人員は全体の40.08％であった(7)。そのうち1996年においては、第２次厳打闘争のため、各裁判所は第１審事件57万2058件を受理し、また57万334件を結審し、それぞれ前年比15.39％、14.97％増であった。法的効力の生じた判決の言渡人員61万4323人のうち、５年以上の有期懲役、無期懲役、死刑（執行延期付死刑を含む）の言渡人員は26万5293人であり、全体の43.18％、前年比2.84％増であった(8)。第３次厳打整治闘争が始まった2001年には重大刑事犯罪事件34万571件を結審し、そのうち、５年以上の有期懲役、無期懲役、死刑の言渡人員は15万913人であり、前年比15.07％増であった(9)。

重要な具体的政策である厳打には、それを生み出す現実的基盤がある。80年

(7)「最高人民法院工作報告」（第９期全国人大第１回会議、1998年３月10日）参照。
(8)「最高人民法院工作報告」（第８期全国人大第５回会議、1997年３月11日）参照。
(9)「最高人民法院工作報告」（第９期全国人大第５回会議、2002年３月11日）参照。

代初頭、10年の動乱〔文革を意味する〕が終息したばかりであり、大量の殴打・破壊・略奪者［打砸搶分子］、殺人犯、窃盗犯、愚連隊が猖獗を極めており、一部の地域では重大悪質事件が連続で発生し、治安問題が深刻であった。このほか、改革・開放が始まったばかりで、多様な思潮が国内に流入し、従来の価値観・利益観を揺るがし、また市場経済の発展は各構成員に発展の空間と富を追求する機会を提供する一方で、能力や地位の違い、さらには相応のルールの立ち後れや欠缺のために不可避的に行き過ぎた行為が生じ、アノミー状態に陥り、様々な新旧の矛盾が激化していた。犯罪率の上昇、社会の混乱という厳しい情勢に直面し、また犯罪対策のリソースが限られているという前提の下で、断固強力な措置を講じて犯罪者の巻き上がる気炎に打撃を加え、社会秩序を回復し、大衆の安心感を取り戻すことは、政策決定者と一般大衆の共通の願望となり、厳打政策の登場は当時においてはまさに衆望の帰するところであった。

厳打の頻繁な発動は、政策決定者の犯罪観および刑罰観において、感情が重んじられ、理性が不足していることを表している。厳打は絶対的司法理念の産物である。現代の社会学の知見によると、犯罪はいかなる社会であろうとも避けられない社会現象であり、その存在には一定の必然性と合理性がある。特に社会の転換期においては、犯罪の量的増加は正常な現象である。犯罪は工業化、都市化の進展に伴い発展する。このことは世界的に極めて普遍的な社会現象である。アメリカのルイス・シェリー（Louise Shelley）が指摘したように、現代化プロセスは犯罪率および犯罪の手法に顕著で普遍的な影響を及ぼし、犯罪は現代化の最も顕著で最も主要な代価の１つとなっている(10)。1980年以降、中国社会は閉鎖から開放へ、また計画経済から市場経済への転轍を果たし、社会の様相は日々変化し、文化衝突、価値観の摩擦の激しさは未曾有である。こうした経済変革・社会転換期において、犯罪率がある程度上昇することは正常な現象というべきであり、「平常心」を保つべきである(11)。

ところが実際は、政策決定者は社会転換期の特徴を十分に認識し、犯罪現象

(10) 路易絲・謝利（何秉松訳）『犯罪与現代化』（中信出版社、2002年）200頁参照〔Louise I. Shelley, *Crime and Modernization: The Impact of Industrialization and Urbanization on Crime*（*Science and International Affairs*）, Southern Illinois Univ Pr（1981）〕。

(11) 盧建平「需要一種正確的犯罪観」江蘇公安専科学校学報2002年３期。

およびその原因を客観的に分析できておらず、直感や経験によりこれは許しがたい異常現象であると断定し、原因を「打撃力不足」と単純化した。こうした前提の下で、「乱世には重い刑を科す」という伝統的理念が、本能的に指導者の脳裏によぎり、考える間もなく結論となった(12)。他方、刑罰の機能と効果への不当な期待も厳打政策の好感度を倍増させた。私見では、厳打の度重なる発動は決して政策決定者の厳罰・重罰の選好を意味しておらず、政策決定者にとっては、刑罰は犯罪抑制の最も効果的な手段であり、このことを固く信じていたからである。しかして、歴史と現実の経験は次の教訓を我々にもたらした。刑罰に威嚇力はあるがその作用には限界がある。刑罰は犯罪を罰し、予防する重要な手段であるが、唯一の手段ではない。また犯罪の原因は複雑であるため、犯罪処罰・予防において刑罰が発揮しうる機能には多くの制約がある。長年の厳打闘争の実際の効果から見て、刑罰の度重なる超過投入は予期された理想的効果を生み出さなかったばかりか、反対に、犯罪量と刑罰量の上昇スパイラルという悪循環をもたらした。

厳打における理性不足は、さらに政策決定プロセスの合理性の欠乏にも表れており、政策決定の手続に則らず、各分野（特に専門家）の意見を広く募らず、また科学的な論証も経ず、ほとんどの場合、関連指導者の「ツルの一声」で決まり、しかる後に政策は様々な形をとって実施に移される。そして、政策決定プロセスが民主的ではなく、また政策自体の科学性が不足し、さらには実施に際しては不当に理解されたため、厳打は実施過程において、マイナス効果をもたらした。例えば、厳打の対象が広すぎ、また絶え間なく拡大化すること、刑事司法における厳罰主義の傾向、気勢を巻き上げるため、または盲目的に「速

(12) 例えば鄧小平は1983年７月19日に北戴河での劉復之・警察大臣（当時）との談話において、「刑事事件、悪質事件が大幅に増えており、こうした状況では人心を得られないということだ。数年経ったが、こうした風潮が収まらないどころか、逆に発展している。なぜだ？主には及び腰になっているからだ。犯罪者への打撃が厳しくなく、速やかではなく、判決が軽すぎるからだ」、「なぜ１度、２度、３度の刑事犯罪活動に厳しく打撃を加える戦役を組織してはいけないのか？」、「現在は非常事態であり、法により重く速く集中的に打撃を加えなければならない。厳しくしなければ抑え込むことができない。行動を起こしても痛くも痒くもないようでは人心を得られない」と述べた（劉復之「‘厳打’就是専政」人民公安2000年１期参照）。

く」を追求し、被疑者・被告人の権利を軽視ひいては侵害するなどである。

中国は1996年と1997年にそれぞれ刑事訴訟法、刑法を改正した。この改正は第２次厳打の最中に行われ、両法の改正内容から見て、厳打の止揚といえる。改正後の刑事訴訟法については、「社会治安に由々しき危害を及ぼす犯罪者の裁判を迅速に行う手続に関する決定」の内容をはっきりと否定し、改正法の施行により同決定は徹底的に失効した。

改正刑法については厳打が提起した「重く」を部分的に肯定している。まず、死刑の規定から、旧法の各則には15ヶ条に死刑を科しうる犯罪が27個定められていた。そのうち反革命犯罪が14個であり、普通刑事犯罪が13個であった。1981年の軍人職責違反罪処罰暫定条例を加えると、死刑を科しうる犯罪は計38個であった。その後、厳打闘争に呼応して、立法機関は相次いで特別刑法を制定し刑法典に修正・補充を加えた。こうした特別刑法により死刑を科しうる犯罪が33個増えた（重複する６個は不算入）。そのため、刑法改正前には死刑を科しうる罪は計71個となっていた(13)。刑法改正に際しては「増やさず減らさず、大体のバランスをとる」(14)立法方針により、刑法各則は47ヶ条、68個の犯罪に死刑を規定した。改正前と比べて、死刑がある罪はいくばくか減少したが、死刑がある罪の分布は旧法よりも拡がっている。旧法の死罪は主に反革命犯罪、公共の安全に危害を加える罪、市民の人身権を侵害する罪に集中していたが、現行法各則の10章のうち、涜職罪を除く９章にはいずれも死刑を定める規定がある。

次に、自由刑、とりわけ長期自由刑の適用が多い。旧法各則における自由刑の規定の仕方を類別すると、法定刑の下限が５年以上の有期懲役である自由刑（有期懲役と無期懲役を含む）の規定パターンは８種、計35個あり、それぞれ自由刑の規定パターン総数および自由刑規定の総数(15)の33.3％、23.5％を占

(13) 高銘暄『刑法肄言』（法律出版社、2004年）479～481頁。

(14) 当時、刑法改正作業の指揮を執っていた王漢斌は1997年３月６日の「中華人民共和国刑法（改正草案）に関する説明」で、「現在の治安状況の厳しさ、経済犯罪の状況の深刻さを考えると、死刑縮減の条件は整っていない。今回の改正では、現行法が定める死刑については原則として減らさず、また増やしていない」と述べた。

(15) 中国刑法各則の自由刑の規定パターンは27種ある。例えば、「15年以上の有期懲役、無期懲役または死刑」、「15年以上の有期懲役または無期懲役」、「10

める。現行法各則の自由刑の規定パターンから見て、法定刑の下限が５年以上の有期懲役である自由刑（有期懲役と無期懲役を含む）の規定パターンは11種、計174個あり、それぞれ自由刑の規定パターン総数および自由刑規定の総数の40.7％、25.8％を占める。以上のことから、これまで一貫して中・長期自由刑の運用を重視しており、現行法ではこの点がさらに強化されたことが分かる。これらの規定は、実質的には厳打政策の法律化の表れである。

3　21世紀：両極化政策の復興

新世紀を迎え、刑法改革の呼び声が日増しに高まってきている。その実、刑法の改革、刑罰制度の改善は中国においては目新しい話題ではない。1997年以前も、中国の学界では刑法の改革を求める声が途絶えることなく、少なくない論者が論証し、多くの提言をし、そのうち多くの意見が1997年の刑法改正、さらには近年の改正において実現されている。財産刑を例にすると、旧刑法各則において、財産刑を定める条文は34ヶ条あり、各則全条文の約33％を占めていた。そのうち、罰金刑を定める条文は20ヶ条しかなく、財産没収を定める条文は23ヶ条であった。現行刑法の各則においては、財産刑を定める条文数および罪の数は大幅に旧法を上回り、６件の修正条項を加えると、現行法において財産刑を定める条文は164ヶ条に達し、各則全条文の45％に上る。そのうち罰金刑を定める条文は148ヶ条、財産没収を定める条文は59ヶ条ある。しかも、財産刑の適用範囲も拡大され、旧法では各則の４つの章（反革命の罪、社会主義経済秩序を破壊する罪、財産を侵害する罪、社会管理秩序を妨害する罪）に分布していたのが、現行法では７つの章（国家の安全に危害を加える罪、公共の安全に危害を加える罪、社会主義市場経済秩序を破壊する罪、人身権・民主的権利を侵害する罪、財産を侵害する罪、社会管理秩序を妨害する罪、公務上横領・賄賂の罪）に拡大された。

死刑は近年注目されているホットイシューである。先述のように、1997年の

年以上の有期懲役、無期懲役または死刑」、「７年以上の有期懲役または無期懲役」、「７年以上15年以下の有期懲役」、「５年以上10年以下の有期懲役」などである。自由刑規定の総数は刑法各則条文で定めるこうした自由刑の規定の総数である。

刑法改正では学者たちの死刑縮減の期待が真に実現されたとはいえない。しかし、1999年から今日に至るまで出された６件の刑法修正条項では、死刑条文が増えていないことは確認できる。

近年の刑事裁判の実務から見て、重罰の適用率は以前よりも明らかに減少している（表１参照）と同時に、執行猶予の適用率が徐々に上昇してきている（表２参照）。

また、死刑の適用についても、司法機関はより慎重な態度を見せるようになってきている。2006年、最高人民裁判所と最高人民検察院は合同で「死刑第２審事件の開廷審理手続の若干の問題に関する規定」を制定し、死刑事件の第２審の全面開廷審理を実現させた。2007年１月１日より、最高人民裁判所は下級に委譲していた死刑許可権を取り戻すとともに、統一して行使することとなった。こうした「もっと早くそうすべきであった」措置は「何度も呼びかけてようやく講じられた」のであるが、少なくとも「厳格に死刑適用を制限する」という政策の貫徹に対する司法機関の積極的な態度が表れているといえよう。

このほか、司法部門はさらに新たな司法上の試みを積極的かつ自主的に行っている。例えば2003年以降、北京、南京、四川、湖北、陝西、吉林などの省・

表１

期間	総言渡人員における５年以上の 有期懲役・無期懲役・死刑の言渡人員の比率
1988～1992年	34.9％
1993～1997年	40.08％
1998～2002年	25％
2004年	19.04％
2006年	17.26％

出典：「最高人民法院工作報告」、「2006年全国法院審理執行案件情況」を元に作成。

表２

期間	総言渡人員における執行猶予言渡人員の比率
1999年	14.86％
2000年	15.85％
2001年	14.71％
2002年	17％

出典：「最高人民法院工作報告」、『中国法律年鑑』、「司法部統計」を元に作成。

市の基層検察院では試験的に起訴猶予（少年に対する）を実施している。また司法改革の一内容として、2003年から、コミュニティ内矯正が全国の18の省・市で試験的に行われている(16)。

こうした寛刑化傾向と中国社会の発展、特に社会の刑法観の転換とは密接につながっている。まず、政策決定者の刑罰観が理性化に向けて動き出した。2006年10月11日に出された中共中央「社会主義の調和のとれた社会の構築における若干の大問題に関する決定」が「寛大さと厳しさの兼備」という刑事司法政策の実施を提起したことは、政策決定者が犯罪抑止戦略に調整を加えたことを反映している。たしかに同決定はなお厳打方針の堅持を強調しているが、執政党がその綱領的文書において「寛大さと厳しさの兼備」の刑事司法政策を打ち出したことは、政策決定者が、厳打の効果には限界があり、厳打だけでは犯罪を完全に抑止し、減少させられないことを悟ったことを表す。そこで寛大さと厳しさの兼備、区別した取扱いという方針をとることにより、一方では法により寛大にする面を十分に重視し、できるだけ消極的要素を積極的要素に変えようとし、他方では、集中的に重大犯罪に打撃を加え、社会の安定・秩序を維持しようとしたのである。中国の学者たちは一般に、寛大さと厳しさの兼備という考え方は中国では古くからあり、寛大さと厳しさの兼備の刑事政策は歴史的経験を土台として、これまでの懲罰と寛大を結びつける刑事政策を受け継ぎ、発揚したものであり、中国における社会主義の調和のとれた社会の構築プロセスにおいて長期的に堅持すべき基本的刑事政策であるとする。

次に、司法部門の刑事司法理念にも変化が生じつつある。長年、司法機関は一貫して「従順な政策執行者」の役割を演じてきており、その刑罰理念は政策決定者の立場と高精度の一致性があり、時にはより先鋭的であった。しかしここ数年、司法機関は刑法改革の推進面において、自主性がいくばくか強まり、ひいては立法機関よりも先見の明がある場合もある。例えば起訴猶予、コミュニティ内矯正などの措置は司法機関が率先して試行錯誤を繰り返している。

---

(16) 2003年７月10日に最高人民裁判所・最高人民検察院・警察省・司法省は合同で「コミュニティ内矯正の試験的実施の展開に関する通知」を出し、北京、天津、上海、山東、江蘇、浙江の６省・市を最初の試験地とした。2005年１月20日にはさらに「コミュニティ内矯正の試験地拡大に関する通知」を出し、広東などの12省・市をコミュニティ内矯正試験地域とした。

さらに、一般市民における刑罰についての認識および観念にも徐々に変化が生じている。1995年に中国社会科学院法学研究所が関連統計部門と協力して、死刑問題についてアンケート調査を行った。これは死刑に関する最初の大規模調査である。調査結果によると、回答者5006名のうち95％以上が死刑支持を表明した。2003年１月には、新浪網が死刑の存廃についてネット上で調査を行った。不十分な統計によると、4600件余りの書き込みがあり、うち約75.8％が断固として死刑存置を主張し、約13.6％が死刑廃止を支持し、約10.6％の中間派が、中国の発展状況を見定めて死刑の存廃を決するとした(17)。以上のことから、現在、中国の多くの一般大衆は依然として死刑が正当であり、しかも必要であると考えているが、大衆の死刑観にはすでに一定の転換が見られる。特に注意に値することは、この変化が刑事犯罪数が高水準で推移し減少していないという近年の状況において生じたことである。この変化は明らかに緩慢ではあるが、なお期待できよう。大衆の観念の転換プロセスにおいて、学界の努力は無視できない役割を果たした。

以上のいくつかの内在的要素のほか、国際的な大環境の影響も重要な要素である。ここ数年、国際的な死刑廃止運動、寛刑化の趨勢、中国が署名・加入した一連の国際人権条約も、かなりの程度において中国の刑罰改革に影響を及ぼしている。

最後に１点だけ指摘しておく。この間、中国の刑事法治は確かに進歩したが、刑法の理念、原則や個別的な罪の犯罪・刑罰の設置という基本的なレベルでは、今日においてもなお刑罰体系および刑罰制度に大きな変化は生じていない。刑罰の変化の歴史から見て、中国の現在の死刑と自由刑を中心とする刑罰体系は、どう取り繕っても現代的な刑罰体系とはいいがたい。執行猶予、仮釈放などの刑罰制度は、その制度設計上の行刑社会化の思想および目標を実現しがたい(18)。他方、刑罰体系および刑罰制度は刑罰政策の核心であり、刑罰改革のカギでも

(17) 曲新久「推動廃除死刑：刑法学者的責任」法学2003年４期参照。

(18) 現行刑法における執行猶予・仮釈放の適用要件はあまりにも抽象的で把握しがたいばかりか、執行猶予・仮釈放の執行、観察監督の措置や方法などについての具体的規定を欠き、実務では執行猶予者・仮釈放者の「脱管理」現象が深刻な問題となっている。こうしたことも、一部の裁判所や裁判官が執行猶予・仮釈放の適用に及び腰になる要因となっている。

ある。そのため、死刑と自由刑を核心とする刑罰体系を、どのようにして自由刑と財産刑・資格刑とをともに重視する刑罰体系へと転換させるか、具体的な刑罰制度をどのように拡充・整備するかが、中国の今後の刑法改革において重点的に検討すべき課題であることは疑いない。

中国の刑事政策システムにおける民間社会の役割の変化――ガバナンス理論を導きに

30年の改革・開放を経た今日の中国において、広義の刑事政策が通説となっている。学界では一般に、刑事政策とは「国家と社会が組織的に犯罪に対する闘争を行う場合によるべき諸原則の体系」(1)と考えられている。刑事政策は犯罪ガバナンスという社会公共事務における国家統治の方策である。犯罪に対する諸戦略を集中的に具現化し、犯罪に対する諸メカニズムをシステマティックに構築し、犯罪に対する諸主体を網羅的に統合する刑事政策システムは、当然、開かれたシステム、多元的なプラットフォームであるべきである。この意味において、刑事政策の主体には国家だけではなく、さらに非国家的勢力の存在も当然に含まれている。中国社会の進歩、特に民主化への歩みのスピードアップに伴い、中国はすでに「人治社会」から「法治社会」へと向かうとともに、経済改革、科学の発展、政治の民主化、調和のとれた社会の構築を特徴とするグッド・ガバナンス（その核心は良き法の支配）を求めるようになり、民間社会(2)が国家のガバナンスプロセスに徐々に進出してきた。刑事政策におけるその表れは、懲罰と寛大を結びつける刑事政策、「厳打」という刑事政策がまさに寛

(1) リストの言葉。引用は米海依尔・戴尔瑪斯－馬蒂（拙訳）『刑事政策的主要体系』（法律出版社、2000年）訳序１頁〔以下、「マーティー書」とする。原書は Mireille Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle,* Presses universitaires de France (1992)〕。

(2) 西洋の言語において、「民間社会」と「市民社会」はともに civil society と訳され、しかも国家から独立して存在する社会システムを指す。そのため、台湾では両者は完全に互換的に用いられている（民間社会と市民社会の異同については、紙幅の都合上省略する）。しかし事実上、文化、歴史的伝統、発展の道程が異なるため、中国では結局、国家に対抗する市民社会は生まれなかった。反対に、古来より国家と協力関係にある民間社会（例えば歴史上、民間社会の主な構成要素は家族や宗族であり、社会の末端組織単位として、国家と有機的な協調関係を築いてきた。今日において、農村の村民委員会、都市の居民委員会などの大衆的自治組織は国家のガバナンスを補助する重要な手段である）が存在し、しかも、国家と協力関係にあるか否かの点において、中国の民間社会は西洋の市民社会と本質的に異なる。そこで、本稿では「民間社会」という用語で国家から独立して存在する主体を指し示す。

大さと厳しさの兼備という刑事政策に取って代わられようとし、民間社会が犯罪に対抗する独立の主体となり、その役割および分業に大きな変化が生じつつあることである。本稿では現代ガバナンス理論を参考にして、刑事政策システムにおける民間社会の地位・役割を考察するとともに、それと国家の刑事政策システムの分業体制について検討する。

1　ガバナンス理論と本稿におけるその応用

⑴　ガバナンス理論とは

英語の“governance”の語源はラテン語と古代ギリシア語である。原意はコントロール、方向を定める、舵をきることであり、長年にわたり、支配（government）と交叉的に用いられ、しかも主に国家の公共事務に関連する管理活動および政治活動について用いられてきた(3)。権力を基盤として、取締りを核心とするため、ガバナンス概念は政治学では一方通行の上意下達型支配の代名詞として用いられてきた。しかし1990年代以降、グローバル化の波が押し寄せるとともに、各国の民主化プロセスのスピードアップに伴い、西側の学者は新たな視座からガバナンス概念を読み解くようになり、それに全く新しい意味を付与した。

ガバナンス理論の主な創始者のひとりであるローズノー（J. N. Rosenau）はその代表作“Governance without Government”においてガバナンスを、「共同の目標に支えられた活動であり、これらの管理活動の主体は必ずしも政府ではなく、国家の強制力により実現されなくともよい」(4)と定義した。

ガバナンス理論のもうひとりの代表的論者のローズ（R. Rhodes）はガバナンスについていくつかの定義を考え、そのうち代表的な定義として以下のようなものがある。①最小限の国家の管理活動としてのガバナンス。それは国家が

(3)　俞可平「引論：治理与善治」同主編『治理与善治』（社会科学文献出版社、2000年）１頁。

(4)　羅西瑙『没有政府統治的治理』（剣橋大学出版社、1995年）５頁〔J. N. Rosenau and E. -O. Czempiel (eds.),. *Governance without Government : Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press (1992).〕。引用は俞可平・同上書２頁による。

公共支出を削減し、最小のコストで最大のベネフィットを獲得することを指す。②新たな公共管理としてのガバナンス。それは市場のインセンティブメカニズムおよび私的セクターの管理手法を政府の公共サービスに導入することを指す〔NPM（New Public Management）〕。③社会のコントロールシステムとしてのガバナンス。それは政府と民間、公共セクターと私的セクターの協力と相互作用を指す。④自己組織化ネットワークとしてのガバナンス。それは信頼と相互利益を基礎とした社会的協調ネットワークを指す(5)。

ガバナンス理論のもうひとりの権威であるストーカー（Greey. Stoker）は、今日、各国で流行している主なガバナンス理論を５類型に整理し、そのうち典型的に見られた次の諸点を指摘する。①ガバナンスは、現代社会においてこれまで国家が単独で担ってきた責任を市民社会（各種の私的セクターおよび市民のボランティア団体）に移譲し、後者がますます多くのこれまで国家が担ってきた責任を負うようになっていることを意味する。②ガバナンスは参加者が最終的に自主的なネットワークを構築することを意味する。この自主的ネットワークがある特定の領域において号令を出す権威を持ち、それが特定領域において政府と協力し、政府の行政管理の責任を担うようになる。③ガバナンスは、事柄を上手くやり遂げうるのは政府の権力、政府の号令や運用の権威だけではないことを意味する。公共事務の管理においては、さらにそれ以外の管理方法・技術があり、政府にはこうした新しい方法・技術を用いて公共事務をより良くコントロール・リードしていく責任がある(6)。

ガバナンス理論の隆盛の下、国連の関連機構は専門機関としてグローバル・ガバナンス委員会を設置した。同委員会はガバナンスを、「公私を問わず、個人や機構が彼らの共通の事項を管理、運営する多くの方法の全体である」(7)と定義した。ここに至り、ガバナンスとガバメントの領域にはっきりとした線引きがなされた。ガバナンスは、一方通行の権威的な取締りの支配とはもはや同類の概念ではなくなった。なぜなら、「ガバナンスは政治国家と市民社会の協力、

(5) Rhodes, R. A. W., The new governance : governing without government, Journal of Political. Studies, Vol. 44, no. 4, 1996. 引用は兪可平・前掲書３頁による。
(6) 格里・斯托克「作為理論的治理：五個論点」国際社会科学（中文版）1999年２期。引用は兪可平・前掲書４頁による。
(7) 兪可平・同上４頁。

政府と非政府の協力、公共機構と私的機構の協力、強制とボランティアの協力」であり、また「ガバナンスは上下間のインタラクティブな管理プロセスであり、それは主に協力、協議、パートナーシップ、アイデンティティおよび共通目標の確立などにより公共事務の管理を実施する」からである(8)。

ガバナンス理論の発展に伴い、西側の学者はさらにグッド・ガバナンスの理念を提起し、国家と社会の協力関係を深化させた。グッド・ガバナンス（good governance）は英語を直訳すれば良い統治の意味であり、要するには、公共利益を最大化する社会管理プロセスであり、その本質的特徴は政府と市民による公共生活の管理協力、政治国家と市民社会の新たな関係、両者のベストミックスであり、「国家の権力の社会への回帰であり、グッド・ガバナンスのプロセスは大衆への大政奉還のプロセス」であり、その実現は「市民の自主的な協力と権威に対する自発的承認によっており、市民の積極的参加・協力がなければ、良くとも善政にすぎず、グッド・ガバナンスとはなりえない。したがって、グッド・ガバナンスの土台は政府・国家というよりも、市民ないしは民間社会である」(9)。

以上のように、ガバナンス理論は全く新しい形態の国家－社会関係のスキームおよび公共事務管理モデルを代表している。このスキームおよびモデルにおいては、開放性、多元性および協力性という３つの大きな特徴がある。開放性とは、ガバナンス理論体系において、公共事務の管理システムが閉鎖的ではなく、社会に開かれており、およそ公共事務管理の一助となる力は当該管理システムに参入することができることである。システムはまたこうして管理リソースのインプットおよび管理プロダクトのアウトプットの開放型メカニズムとなる。多元性とは、「公共事務の管理主体が政府から社会へと拡大し」、「政府から生まれ、だが政府だけではなく、政府に限られない社会の公共機構および行為者」(10)を含むようになることを指す。まさにガバナンス理論の多くの論者が指摘するように、「ガバナンスの主体は公共機構でもよく、また私的機構でもよく、さらには公共機構と私的機構の協力でもよい」(11)のであり、国家はもは

(8)　同上６頁。
(9)　同上11頁。
(10)　徐勇「治理転型与競争――合作主義」開放時代2001年７期。
(11)　俞可平・前掲書11頁。

や唯一の主体ではなく、これに代わる非国家の社会勢力（例えば協会、業界団体、コミュニティ組織、ボランティア団体など）が大量に出現し、ガバナンスの主体の列に加わる。協力性とは、国家がもはや上意下達式に社会を支配する勢力ではなくなり、民間社会と同じ土俵で十分に協議し、平等にコミュニケーションをとり、共同で行動し、両者がパートナーシップを築き、共同で公共事務の管理に尽力することを指す。

⑵ ガバナンス理論と今日の中国における民間社会と政治国家の相互関係の実践との符合

今日、中国の民間社会はその発展プロセスにおいて、経済・政治・社会事務などの多くの領域で絶え間なく国家との協力関係を樹立・強化する様相を呈している。このことはまさにガバナンス理論が提唱する国家と社会の緊密な協力という理論的バックボーンの集中的な表れである。経済領域において、改革・開放以降、民営経済を代表とする非公有制経済が国民経済の半分を占めるようになっており、しかも国民経済構造におけるその重要性はますます高まり(12)、政治国家に強力な物質面での支持を供するだけではなく、かなりの程度において、従来国家が担ってきた社会構成員に職業を供給するという公共機能も担うようになってきた。

また、伝統的に国家が完全に支配してきた交通網整備、航空運輸、資源開発、金融、ひいては一部の軍需産業などの特殊な経済領域においても、民間社会の経済勢力が進出しており(13)、しかも自らのアドバンテージを利用して国家との協力を展開している。政治領域においては、居民委員会、村民委員会の地位の法定化、およびそれに伴う権能の実質化により、民間社会がかなりの程度に

---

(12) 国家統計局の関連する報告によると、1990年代後期以降の、中国の非公有制経済の国家経済における比率は32.9％であり、国有、集団、非公有制経済の発展速度を比べると、三者はそれぞれ１：２：３であった（『中国統計年鑑（1998年）』）。そして2003年には、非公有制経済がGNPの３分の１ほどに達し、そのGDP成長率への貢献率は約60％にも達した。同年末に中国の私営企業主は770万人余りに上り、登録資本額が１億元以上の企業が1156社に上った（『中国統計年鑑（2004年）』）。

(13) 「我国首批民間信貸公司問世山西平遙」新華社2005年12月27日電、「民資企業進軍国防工業」瞭望東方週刊2005年５期参照。

おいて国家のガバナンス事務を分担するようになり、ひいては国防事務という純粋な公権力の領域においてでさえ、国家は法令の制定・施行により、民用運送力を国家の国防システムに組み込み、この民間の力を防衛領域において国家と協力させた。社会事務領域における貧困支援、教育、再就職などにおいては、民間社会と政治国家の協力現象はより一般的である。以上の中国の民間社会と政治国家の絶え間ない協力という事実は、国家と社会がまさに一致団結して「共同の目標に支えられた活動」を実践していることを反映しており、これはまさにガバナンス理論の核心である。

⑶　犯罪ガバナンスプロセスにおける民間社会と政治国家の相互関係はまさにガバナンス理論の実践における反映である

現在の民間社会と政治国家の相互関係は完全にガバナンス理論により説明されうるのと同時に、民間社会が犯罪統制プロセスにおいて政治国家と形成した協力関係も、まさにガバナンス理論の実践における具体的反映である。ガバナンス理論の基本的核心のひとつは、新型の国家－社会関係において、政府と民間、公共セクターと私的セクターの間の協力と相互作用を強調するとともに、市場のインセンティブメカニズムおよび私的セクターの管理手法を政府の公共サービスに導入することである。そして、犯罪統制プロセスにおける民間社会のいくつかの具体的あり方は、まさにガバナンス理論のこうした要素を反映している。

現在、中国で登場した私立探偵と私設ボディーガードは、民間活力が犯罪統制に参加している重要な具体例である。ガバナンスの視座から見れば、私立探偵と私設ボディーガードの登場は、客観的に国家の犯罪統制力の不足を補い、国家のガバナンスを手助けし、犯罪ガバナンスにおける民間社会と政治国家の事実上の協力関係（目下のところ中国では私立探偵および私設ボディーガードは完全に合法化されていない）を形成している。そしてこの協力関係は、まさにガバナンス理論の「一連の自己組織化社会ネットワーク」および「ソーシャル・コントロール制度」[14]の特徴を具現化している。

一部の地域の治安実践において登場した治安請負制もガバナンス理論の実践における顕著な表れである〔治安請負制とは、例えば「特定地域の治安維持を、

[14]　弗朗索瓦－格扎維尔・梅里安〔Francois-Xavier Merrien〕「治理問題与現代福利国家」国際社会科学雑誌1998年３月号。引用は兪可平・前掲書111頁による。

競争的、有償的方法によりある組織または個人に請け負わせ、考課、賞罰を通じて請負人の積極性を引き出し、管理・抑止効果の向上を目的とする社会化された安全管理の新モデルを指す」（邱煜「治安承包的理論与実践」中国人民公安大学学報2003年５期112頁）と説明されるように、経済的インセンティブを付与した防犯活動の民間への委託である〕。治安請負制は一定の経済的手段および価値法則を運用して、民間活力を政治国家の犯罪予防体系に組み込むメカニズムであり、それは国家の支持と後押しを受けて国家と正式に協力し、従来は政治国家のみが担っていた治安維持の役割を担う一方で、市場メカニズムに則り国家のガバナンスシステムに進出するものである。この両面性はまさに「新しい（効果的な）管理の特徴はもはや監督ではなく、契約による請負である」[15]とするガバナンス理念を反映している。

他方、中国で現在行われているコミュニティ内矯正の実践において、民間社会はまた国家の支持を受け、自らのリソース上のアドバンテージを活用し、知識、技能、資金、就業および入学の機会などの分野でコミュニティ内矯正の対象者を支援し、事実上、矯正の一主体としての役割を果たしている。この点において、まさにガバナンス理論が提唱する「あらゆる関係者が国家機構と連合して、責任分担を基礎として新しい行為連合体を形成し、それらの共同のリソース、専門知識、技能および計画を集中的に活用して共同で利益を受ける」[16]という理論内容を具現化している。

2　刑事政策システムにおける民間社会と政治国家の領域分担をめぐる理論分析

国内外の刑事政策理論には、刑事政策システムにおける民間社会と政治国家の相互関係および分業に言及する理論もある。その中で最も典型的な理論はフランスの刑事政策学者ミレイユ・デルマス＝マーティーが考案した刑事政策の６タイプである。中国においては、刑法学者の儲槐植が、国家本位の刑事政策モデルと国家－社会本位の刑事政策モデルを提起している。このほか、厳励は儲槐植の見解に依拠しつつ、さらにそれを展開し、国家本位型刑事政策、国家

(15)　同上。引用も同じ。
(16)　同上。引用は同書110頁による。

ー社会本位型刑事政策、社会本位型刑事政策の３モデルを論じる。

マーティーはその著書“*Les grands systèmes de politique criminelle*”において、反応主体と反応対象という視座から刑事政策を独裁国家モデル、自主社会モデル、自由社会国家モデル、社会医療社会国家モデル、全体主義国家モデル、自由社会モデルの６モデルに分けた上で、各モデルにおける国家と社会の相互関係について分析した(17)。マーティーの切り口は刑事政策のモデル化研究に先鞭をつけ、そのモデルにおける国家と社会の関係についての考察は、刑事政策主体および市民社会の刑事政策システムにおける地位と役割の認識を深め、中国を含む多くの国における刑事政策研究に有益な分析モデルを提供したというべきであり、ひいては、マーティーの著作は刑事政策を認識・把握するための新たな視座を提供し、従来の視座から見えていた刑事政策およびその体系とは異なる風景を見せてくれたといえよう。もちろん、マーティーのモデル化にも不十分な点があることは否めない。例えば、簡略化しすぎたために、対応する社会的現実が存在しないモデルがあることなどである。

中国の著名な刑法学者である儲槐植は1993年という早い時点で、市場経済の発展に伴い、必然的に犯罪統制面で国家と社会が手を結ぶようになり、そのために国家本位の犯罪統制モデルから「国家ー社会」本位の犯罪統制モデルへと転換する必要があると主張した(18)。儲槐植が1990年代初頭に、国家は社会と共同で犯罪統制に当たらなければならないとする理念を主張したことは、当時においては極めて独創的であったというべきであり、国内で最初に社会を刑事政策システムの一主体とした学者でもある。もちろん、当時においては、国家に対する社会の刑事政策の主体としての地位は十分に実現されておらず、その犯罪統制のために有すべき機能も十分に発揮されていなかった。こうした刑事政策の実践の制限のため、儲槐植が提唱したモデルは、主にはなお理念の宣揚にとどまっており、国家ー社会の相互関係および犯罪ガバナンスプロセスにおける分業のあり方如何という分析レベルには達していなかった。

厳励は儲槐植の見解を推し進めて、国家本位型刑事政策、国家ー社会本位型刑事政策、社会本位型刑事政策の３モデルを提起した(19)。この分析スキームは、

(17)　マーティー書53頁以下。

(18)　儲槐植『刑事一体化与関係刑法論』（北京大学出版社、1997年）90頁。

(19)　厳励「刑事政策的模式建構」陳興良主編『刑事法評論（13巻）』（中国政法

マーティーの国家－社会の分析スキームを参照しているだけではなく、その分析における過度のモデル化および各モデルの間の交錯という問題を回避するとともに、刑事政策システムにおける国家と社会の関係についてより踏み込んで検討しており、刑事政策システムにおける両者の相互関係の認識の重要な深化といえよう。しかし他方で、厳励の３モデルの分析が主にはなお刑事政策の発展の過程あるいは段階という視座からの論述である点を看過してはならない。こうした視座からの分析であるため、それは主に刑事政策モデルの全体的発展というスキームからの分析となる。またそれは１国にはとどまりえず、当然に中国の刑事政策と犯罪ガバナンスがその主要な対象とはならない。そのため、やはりこうしたモデルに立脚して現代中国の刑事政策システムにおける民間社会と政治国家との相互関係とガバナンスの分業を認識することはできない。

以上のことから、これらの関係を認識するためには、ガバナンス分業の領域から切り込んでいくのが適切であると思われる。

⑴　独占領域：国家の専属領域

ガバナンス理論によると、刑事政策システムは独占領域〔the autocracy field〕と共同ガバナンス領域〔the joint governance field〕に分けることができる。前者は国家専有の犯罪統制領域である。現在の中国の刑事政策システムにおいて、刑事政策は断続的に閉鎖から開放へと移り変わり、民間社会はそこでの犯罪統制主体としての重要性を増し続けている。しかしそこでは、専ら国家が掌握する犯罪ガバナンス領域に変化は生じていない。しかも昨今の犯罪の集団化・国際化・知能化に伴い、専ら国家に属する犯罪対抗権能はやはり強化していく必要があり、それが主導する犯罪との闘争も引き続き深化させていかなければならない。

いかなる刑事政策システムにおいてであろうとも、専ら国家に属する犯罪ガバナンス領域は当然に存在する。これについては単純に国家意思がそうさせていると考えてはならない。なぜなら、そうした要素のほかにも、国家が有する特定の属性および防犯という客観的ニーズも、国家の犯罪ガバナンス独占領域形成の重要な動因となっており、ひいては国家主義の情緒を捨て去り、どのように犯罪統制の諸勢力を合理的に配置し、最適化するかという理性的な角度か

大学出版社、2003年）264～297頁。

ら見たとしても、上述の原因はやはり国家の犯罪ガバナンス独占領域が存在する最も主要な理由だからである。

まず、国家の民主メカニズムは防犯プロセスにおける人権保障に効果的な保証を供する。犯罪統制と同時に人権保障を全うすることは、犯罪ガバナンスというテーゼに当然含まれるべきことである。この点について、国家が他のいかなる人や組織と比べても、この重要な内容を実現する多くのメカニズム的条件を備えていることは明かである。

マクロ的に見て、現代国家はいずれも基本的な民主メカニズムを備えている。例えば権力均衡メカニズム、民主的監督メカニズム、民主的決定メカニズム、民意汲み上げメカニズムなどである。これらのメカニズムの構築と運行は、刑事政策の民主的策定、科学的発動、合法的運行に堅実な憲政的保障を提供する。反対に、非国家的勢力に人権を守るための保障・救済メカニズムは何もなく、犯罪ガバナンスの権力を完全に非国家の個人や民衆組織に委ねてしまえば、必然的にリンチや人権蹂躙といった災害が生じることになろう。文革期の「警察・検察・裁判所の破壊」後のいわゆる「大衆独裁」がもたらした深刻な危害は典型的な負の教訓である。またまさにこのため、たとえ「例えばアメリカ大陸の僻地のように、法律が健全ではない地方であれば、ほとんどの人が銃器を持っているため、強姦、強盗、窃盗などの犯罪行為は鳴りを潜めている」[20]現象があったとしても、現代国家の犯罪ガバナンス独占領域を画定することには何ら影響しない。

ミクロレベルでは、犯罪統制の実体的保障メカニズムにおいて、現代国家は刑法上、一般に罪刑法定主義、罪刑均衡原則、無罪推定原則、二重の危険の禁止などを制度化している。手続的保障メカニズムとしては、一般に、厳格な証拠法則（たとえば一部の国では黙秘権を制度化している）、弁護制度、国家賠償制度などのメカニズムを確立している。

これらのメカニズムの構築は、制度的に犯罪ガバナンスと人権保障のベストバランスを提供している。まさにこうした両面の原因があるため、マーティーが論じた２つの社会モデルにおいて、たとえ犯罪に対する社会の反応が一貫し

[20] 唐・布莱克著（郭星華ほか訳）『社会学視野中的司法』（法律出版社、2002年）87～88頁〔Donald Black, *Sociological Justice*, Oxford University Press (1993)〕。

て自主的で、しかも強化されていたとしても、国家に取って代わることはできない。まさにマーティー自身が指摘するように「しかしこのこと（国家の消失――引用者）は夢である。国家を忘れたがっている人たちの夢である」、「なぜなら法治国だけが、それが創設した法的人格といった類の抽象的概念を借り、複雑な歴史を通じて重要な法的カテゴリー（例えば窃盗、謀殺、侮辱など）を把握できるからである。国家がなくなれば、総体的な社会関係、特に衝突関係は、再び当初の複雑な状態に戻り、社会団体の反応空間を画定する規範違反行為についての真の定義などは存在しえない」[21]。さらに、「国家の概念はあらゆる懲罰権が代表する暴力の欠点を補っているようである。なぜなら、国家はこの暴力を独占し、法律として用い、それを合理化しているからである」[22]。この意味において、国家が犯罪者に対する制裁を発動・運営するのは、犯罪者に対する最大の保護にほかならない。

次に、犯罪統制という公共プロダクトの属性は、その大部分を国家が提供しなければならないことを決定づける。古典経済学者のアダム・スミスの市場における「神の見えざる手」の原理により、一定の市場メカニズムの導入を通じて、民間活力を私立探偵、私設ボディーガード、治安請負制などの犯罪統制プロセスに導入することを論証できよう。市場メカニズムは犯罪統制の主体の動員において一定の役割を果たすが、この「見えない手」は犯罪という社会の病気を治療するときには常に功を奏するわけではなく、反対にそれ自体克服できない限界がある。まさにある論者が指摘したように、それは競争性・排他性のない財（例えば国防、立法、インフラ建設、環境保護、基礎科学研究）を効率的に提供することができない。また、自己が効果的に運営されるための諸条件（例えば所有権保護制度の確立・維持）を自ら満足させることもできない。さらに我々が非常に貴重であると考える多くの事柄（例えば貧困一掃、社会保障、魂の安寧）を提供することもできない[23]。

そして市場が競争性・排他性のない公共プロダクトあるいは「公共財」を十分に提供できない具体的原因は、①ある人が公共財を使用することは、一般に

---

[21] マーティー書187頁。

[22] 同上242頁。

[23] 康暁光『権力的転移――転型時期中国権力格局的変遷』（浙江人民出版社、1999年）35頁。

その他の人が当該プロダクトを享受することを妨げず、また②公共財には価格がない、すなわち支払わない者も支払った者と同様に当該プロダクトの利益を享受できるため、純粋な市場においては、いわゆる「フリー・ライド」現象が避けられない点にある(24)。犯罪統制はかなりの程度において公共財であるといえるため、市場に完全に依拠して調整・リードすることは明らかに無理であり、続けていくこともできない(25)。

ここで、犯罪統制という公共プロダクトがかなりの程度において国家により提供されなければならないことを説明するために、英米などにおける監獄民営化運動を例としよう。

古典主義によれば、監獄は一貫して国家装置の重要な構成要素であり、国家意思の際立った現れであるだけではなく、「自由刑が死刑および身体刑に取って代わり刑罰体系の支柱となるに伴い、監獄は国家刑罰体系の物的象徴となった」(26)。監獄は国家の伝統的領地と考えられていたが、1980年以降、英米などでは監獄の民営化の波が生じた。1997年までに、アメリカでは30の州、プエルトリコ、コロンビア特区に158ヶ所の民間拘禁施設があり、世界で最も民営監獄の多い国となっている(27)。イギリスではサッチャー首相の時代に監獄の民営化を模索し始めた。1991年、イギリスで刑事裁判法が制定され、正式に監獄民営化の幕が切って落とされ、今日では11ヶ所の民営監獄がある(28)。

英米などで進行している監獄の民営化の最も主要な原因は、拘禁者数の増加

---

(24) 黎軍『行業組織的行政法問題研究』（北京大学出版社、2002年）20頁。

(25) 例えば私立探偵、私設ボディーガード、治安請負制などの犯罪統制メカニズムはある程度、市場メカニズムを導入しているが、特定の集団（すなわち私立探偵、私設ボディーガードの委託者・雇い主、治安請負制においては一定の地域内で治安費を納付した者）にサービスを提供するものであり、これらのメカニズム自体については、上述した特定の集団以外の公衆に自主的かつ無料で安全サービスを提供する機能を持っていない（もちろん、このメカニズムにおける私立探偵、私設ボディーガード、治安請負制が義侠心から、あるいは無料で公衆に安全サービスを提供した場合は別論である）。

(26) 儲槐植『美国刑法』（北京大学出版社、1996年）354頁。

(27) 王廷恵「美国監獄私有化原因研究」財貿経済2004年９期。

(28) 許安結「英国有私人監獄主」環球時報2003年6月18日。引用は劉仁文『刑事政策初歩』（中国人民公安大学、2004年）132頁による。

による監獄の過密状態、およびそれに伴う監獄の支出の増大によりひっきりなしに強まる政府への圧力である(29)。しかし、英米における監獄民営化は結局のところ、世界的な監獄の発展においてはごく少数の例外であり、しかもアメリカ国内において、監獄の民営化は必ずしも有限の監獄数と激増する受刑者のジレンマを真に解決しておらず、またそれがもたらす民営監獄における利益追求という動機と公共管理の目標の間の衝突、民営監獄の労働力のレンタル、および監獄民営化の倫理、人権保障などの問題においても監獄民営化運動は集中的批判を浴びている(30)。

英米とは対照的に、「大多数のヨーロッパ諸国の政治風土、法律、行政管理の伝統は『監獄の民営化』にあまり積極的ではない」(31)。フランスで1986年から1987年にかけて議会に提出された「民営監獄」法案は失敗に終わり、また最終的な法案も換骨奪胎され、民間企業が監獄の設計、建築、内装に参加するというものに変わり果てた。

以上のように監獄民営化というサンプルからは、たとえ市民社会が十分に発展を遂げ、国家の権能がそれに応じて縮小している大多数の西側諸国においてであろうとも、監獄はやはり国家が独占する領地として存在している、ということが分かろう。

また、民間社会と比べて、国家が犯罪統制において有する非対称性のアドバンテージも、それが犯罪ガバナンスの専属領域を保持することの重要な原因である。今日の状況では、社会の進歩に伴い、犯罪行為も絶え間なく「進歩」しており、犯罪態様も日増しに知能化、集団化、さらには国際化している。こうした背景の下で、国家のアドバンテージに頼らず犯罪を統制しようとすることは理解しがたいことである。

国家が防犯において有する非対称性のアドバンテージは主に次の３点である。第１は、国家には強大な防犯力があるというアドバンテージである。現代国家は警察を最も主要な防犯の専門力としている。専門化された系統的な防犯

(29) アメリカでは80年代中期という早い段階で、拘禁者１名あたりの年間の平均コストが２万ドルにも達し、多くの州政府にとって監獄の支出が３番目に大きな支出項目となっていた（王廷恵・前掲注（27）参照）。
(30) 同上。
(31) マーティー書80頁。

トレーニングを受け、それを職業とする警察力が有する犯罪統制力の強さはいわずもがなである。またわが国においては、警察には治安管理、戸籍管理、消防、道路・交通の安全、車両登録の管理など多くの権能が与えられているため、当局（国家）は最大限に（警察のセクション、管轄地域に拘らず）こうした防犯専門力のあらゆる要素をそのために動員・運用することができる。

第２は、国家には突出した防犯技術があるというアドバンテージである。科学技術の発展およびそのライフスタイルへの多大な影響に伴い、国家の防犯力にしかない技術上のアドバンテージの犯罪統制における役割が日増しに大きくなってきている。DNA 技術、指紋識別技術、コンピューターにより構築された一般大衆のデータベース、違法・犯罪者の前科前歴記録システム、ネットでの被疑者の指名手配などの技術的手段がわが国でもすでに確立し、ないしは現在確立しつつあり、しかも犯罪取締りにますます重要な役割を果たすようになっている。そして、いかなる非国家の個人や組織であろうとも、こうした手段を持ちえない。

第３は、国家には非公式の防犯のための社会リソースについての突出した統合能力があるというアドバンテージである。当局（国家）の防犯リソース以外に、民間社会にも犯罪統制に用いうるリソースが大量にある。例えば、技術的手段の進歩・普及に伴い、多くの企業・団体は特定のセクション・地域（例えばホテル、金融機関、住宅街、道路の料金所など）に防犯カメラを設置し、違法・犯罪行為に対する防御力を強化している。国家の権威により、こうした社会リソースが獲得した全天候型の継続的な監視情報は、国家に無条件で開放されている。実際にこうした情報が国家の防犯専門力の犯罪取締りに重要な貢献をした事例は枚挙にいとまがない。また別の例を挙げると、近年の通信技術の飛躍的発展および消費コストの継続的な低下に伴い、わが国の携帯電話の普及率は右肩上がりで増え、それはほとんどの社会構成員にとって不可欠の基本的通信手段となっている。その技術についていえば、携帯電話ネットワークサービスプロバイダーは、その電話信号により動態的に、またリアルタイムで電話利用者の大体の位置を特定できる。この技術が被疑者の追跡に大いに役立っていることはいうまでもなかろう。実際、確かに警察は捜査活動において携帯電話ネットワークサービスプロバイダーが提供するこの技術的手段を広く用いており、しかも多くの事案で被疑者の位置を迅速かつ的確に特定し、最終的に被疑者の身柄確保につながっている。そして、何ら支障なく民間社会のこうした

技術（リソース）を動員・調整する能力が、国家にしかないことは明かである（国家については厳格な適用ルールおよび救済メカニズムがあるため、国家でなければこうした情報リソースを利用した際に、犯罪取締りと同時に大衆のプライバシー権を最大限に保障することができない。このことはまた国家独占領域の存在の第１の理由の証左でもある）。したがって、国家が非国家的勢力にはないという非対称性のアドバンテージを有する状況の下では、国家が独占領域内で犯罪ガバナンスを行うことは論理必然的であり、また犯罪統制法則の常識にも合致する。

以上を要するに、専ら政治国家に属する独占領域が必要なのは、国家がこの領域において犯罪統制と人権保障の２大機能をともに満足させるからである。犯罪統制については、国家には民間社会にない強大な力があり、特定のカテゴリーにおいては、犯罪統制機能は国家にしかない。人権保障については、まさに国家が有する民主メカニズムおよび救済プラットフォームが、犯罪統制の特別な段階においては、国家メカニズムの下で運営されなければ、人権保障という願望は最大限に実現されないからである。この意味において、政治国家の独占領域の範囲は実際には広義の刑事司法のカテゴリーであり、より的確にいえば、わが国の刑事訴訟法が定める主な段階、すなわち立案、捜査(32)、公訴の提起、公訴事件の裁判という段階、およびコミュニティ内矯正を除く刑の執行という段階である。これらの段階は国家の防犯の実力が最もよく表れる領域である一方で、国家の民主メカニズムおよび救済プラットフォームによる被疑者・被告人の権利保障が最も必要とされる領域でもある。

⑵　共同ガバナンス領域：政治国家と民間社会の協力に開かれた空間

刑事政策システムにおいて、政治国家の独占領域以外は、民間社会が積極的に参加し、国家とパートナーシップを築き、自己の犯罪統制能力を存分に発揮する開かれた空間である。そこで、この空間を共同ガバナンス領域と呼ぶこと

(32)　刑事事件の捜査段階において、警察が社会の公衆に対して検挙の手がかりとなる情報の提供を求め、民間社会が検挙の糸口を大量に提供する現象は捜査活動の当局（国家）の独占領域という属性に影響しない。なぜなら捜査活動の主体は依然として国家の専門集団であり、捜査の方向性、進展も完全に国家の専門集団に支配されているからである。民衆が手がかりを提供したからといって、それが捜査活動の主体になるわけではない。

にしよう。

1　共同ガバナンス領域誕生の背景

共同ガバナンス領域の生成は決して偶然の産物ではなく、国家－社会の新しい関係の登場に伴い、ガバナンス理念の伝播および防犯プロセスの長期的な変化において徐々に発生してきたものである。

まず、近代自由主義（とりわけ古典的自由主義）の極端な膨張と十分な伝播を経て、現代国家主義が一世を風靡し、その後「現代社会の２大政治イデオロギー――個人主義および国家主義――は個人と国家の間に意味のあるつながりを築くことができなかった」(33)という考え方が各国の政治家に徐々に受け入れられるようになった。そして今日においては、世界的にこれかあれかの二元論ではなく、両者の長所を活かす折衷を模索するようになっている。このことは、1990年代後半にイギリスで生じ、その後アメリカに発展した「第３の道」の思潮が勃興し、また今日においても英米などの政治生活に深く影響を与えている重要な原因でもある。今日の西洋の国家－社会関係において、「市民社会の力はそれらの政治以外の場での生命力ではなく、それらが統合されて政治システムに進出する方式、すなわちそれらの政治システムに対する影響力である」(34)。また現代中国に眼を向けると、参加型の民主主義の目を見張る進展に伴い、民間社会が国家政治プロセスに参加する領域は絶え間なく広がっており、国家－社会関係にも大きな変化が生じ、民間社会は政治国家の協力パートナーとしての重要性を日々増している。

次に、ガバナンス理論の伝播は民間社会と政治国家の協力関係の実践をさらに強化した。ガバナンス理論は世界の多くの国で実践されている新しい国家－社会関係の枠組みおよび公共事務管理モデルを体系的に帰納し、価値的に精錬している。同時に、ガバナンス理論が提唱する「公共事務の管理主体が政府から社会へと拡大し」(35)、国家と民間社会が同じ土俵に立って十分に協議し、平等にコミュニケーションをとり、協同で行動し、パートナーシップを築き、共

(33)　李亜平・于海編選『第三域的興起――西方志願工作及志願工作組織理論文選』（復旦大学出版社、1998年）91頁。引用は黎軍・前掲注（24）29頁による。
(34)　張静『法団主義』（中国社会科学出版社、2005年）14頁。
(35)　徐勇・前掲注（10）。

同で公共事務管理に尽力するという核心的理念は、中国を含む各国の国家と社会の全面的協力の実践をさらに促進し、また防犯領域においても、民間社会が犯罪統制に関するいくつかのメカニズム（私立探偵、私設ボディーガード、治安請負制など）に参加することに直接的な理論的根拠を提供している。

また、犯罪統制において民間社会が有する突出した機能は徐々に政治国家に認められるようになり、刑事政策システムもこれに伴い民間社会に開かれるようになっている。防犯という最大公約数があるため、民間社会と政治国家が犯罪統制プロセスにおいて一致協力することにはしっかりとした土台がある。また、防犯プロセスにおいて民間社会が有する莫大な潜在力および突出した価値も政治国家により認められつつある。またそのため、今日の刑事政策システムは民間社会へと開放されつつあり、政治国家が主導して樹立した社会治安総合ガバナンスメカニズムはそのランドマークである。1991年、国家最高層は社会治安総合ガバナンスに関する２件の重要文書（それぞれ中共中央・国務院「社会治安総合ガバナンスの強化に関する決定」（２月29日）、全国人大常委会「社会治安総合ガバナンスの強化に関する決定」（３月２日）である）を制定するとともに、中央政法委員会が指導する「中央社会治安総合ガバナンス委員会」を設置した。この両文書において、総合ガバナンスは「各級党委員会および政府の統一的指導の下、各部門が一致協力して、共同で管理し、広汎な人民大衆に依拠して、政治的、経済的、行政的、法律的、文化的、教育的などの諸手段を用い、社会治安を維持し、犯罪を鎮圧・予防し、社会の安定を維持し、社会主義現代化建設および改革・開放のために良好な社会環境を創造する」ことと定義された。この定義から分かるように、防犯主体、防犯の方法、防犯の目標などの多くの面からなる防犯統一体であり、社会治安総合ガバナンスメカニズムは明らかに人民大衆を防犯主体としており、経済的、文化的、教育的などの通常は民間社会が有する防犯手段に言及している。これらは実際には国家が民間社会を刑事政策システムの重要な頼れる存在と捉えていることを示している。社会治安総合ガバナンスの提起およびそのメカニズムの構築は、民間社会が政治国家と犯罪統制プロセスにおいて全面的かつしっかりと手を結ぶために礎を築いており、共同ガバナンス領域の生成に現実的可能性をもたらしている。以上の諸要素の共同作用により、刑事政策システムにおける犯罪統制についての民間社会と政治国家の協力領域の生成が促進されているのである。

2　共同ガバナンス領域の範囲

民間社会と政治国家の共同ガバナンス領域の範囲は、実質的には国家独占領域以外の領域である。すなわち犯罪定立段階（あるいは刑事立法段階）、犯罪予防段階および一部の犯罪解消段階において、民間社会は全面的に協力することができる。具体的には、犯罪定立段階においては、刑事立法では「良き法の手続的保障は立法手続の民主性および専門性の有機的ハーモニーに由来」し、「刑事立法手続の民主性は刑事立法における神秘主義を放逐し、国民を刑事立法プロセスに参加させ、国民が選出した議員に刑法制定権力を真に行使させることを要請する」[36]。それゆえ、刑事立法段階においては、民間社会は犯罪に対する認知・態度について、民意の代表を通じて、または立法前の立法公聴手続、草案に対する大衆の意見フィードバック手続などのメカニズムを利用してそこに参加し、その意見や要求を十分に表現することができる。防犯段階においては、ある程度の市場メカニズムを通じて、私立探偵、私設ボディーガード、治安請負制などのメカニズムを構築し、政治国家と民間社会に共同で防犯に尽力させる。犯罪解消段階においては、民間社会は主に刑事和解メカニズムやコミュニティ内矯正メカニズムにおいて政治国家と広く連携し、被害者の地位を絶え間なく向上していくことができる。今日、寛大さと厳しさの兼備という刑事政策の導きの下で、共同ガバナンス領域はなお拡張を続けており、専ら国家に属する刑事司法に民間社会が参加するルートや方法は模索・実験の段階にある。

3　共同ガバナンス領域における政治国家と民間社会の相互関係

共同ガバナンス領域は民間社会と政治国家が共同で犯罪ガバナンスを行う開かれた空間であり、まさにこの協力空間において、両者は協同して支え合う国家主導のパートナーシップを樹立する。

このパートナーシップは以下の諸点から理解できる。まず、民間社会は正式に犯罪ガバナンスの主体としての地位を獲得する。閉鎖的な国家の刑事政策システムが（一定程度）開放されるに伴い、民間社会は防犯プロセスにおいてますます活躍するようになり、民間活力が提供する治安プロダクト（例えば私立探偵、私設ボディーガード、治安請負制など）も日増しに増加している。犯罪解消段階における刑事和解メカニズムにおいては、民間社会が刑事手続の行く

[36] 梁根林『刑事政策：立場与範疇』（法律出版社、2005年）269頁。

末を決定することもある。そのため、「国家と市民社会の役割の再分配が『参加型の刑事政策』を形作っている」[37]のであり、そこに参加する民間社会が刑事政策および犯罪ガバナンスの主体となることも当然である。

次に、民間社会は政治国家の防犯活動の重要な支えである。政治国家には民間社会が持つことができず、また持ち得ない非対称性のアドバンテージがあるが、経済発展に伴い、国家の触覚を社会の隅々まで行き渡らせることはできない[38]。このことはまた、民間社会が必然的に政治国家にとって不可欠な協力者となることを決定づける。共同ガバナンス領域への民間社会の参入およびそれ自体の防犯機能の発揮を通じて、専門勢力のみに依拠した犯罪統制の不足を補う一方で、民間社会の参加は国家のソーシャル・ガバナンスをより緻密化させる（ここで改めて民間社会が構築した防犯カメラなどの技術的手段に言及する必要がある。これらの設備は特定の地域や人々のために用いられる一方で、国家のためのリアルタイム情報のデータバンクともなり、実際には国家の犯罪監視レベル、あるいはフーコーのいう「一望監視」[39]レベルの向上の一助となっている）。

また、犯罪統制の総体的プロセスにおいて、国家はなお主導的地位にいる。換言すると、協同は主導を破らない。民間社会は刑事政策システムにおいてすでに当局（国家）と「対等にふるまう」資格を獲得したが、このことは決して刑事政策システムにおける国家の主導的地位に変化が生じたことを意味するわけではない。国家－社会関係をマクロ的に見ると、国家と社会が広く深い協力関係を樹立していたとしても、国家がパートナーシップにおいて主導的役割を果たすことはなお十分に必要である。なぜなら、国家がすでに確立した民主メカニズムは両者の共同行為が正しい方向を保ち続けるための不可欠の保障だからである。また、重大な危機に見舞われた場合、国家の権能はより重要性を増す[40]。

---

[37] マーティー書78頁。

[38] 儲槐植・前掲注（18）89頁。

[39] 米歇尔・福柯（劉北成・楊遠嬰訳）『規訓与懲罰』（三聯書店、2003年）232～235頁〔邦訳はミシェル・フーコー（田村俶訳）『監獄の誕生－監視と処罰－』（新潮社、1977年）参照〕。

[40] 2003年春のSARS問題発生後、国家が短期間で突発的公共衛生事件の応急措置（国家リソースを利用してSARS患者を収容する専門の病院を迅速に築き

刑事政策というミクロの視点から見ると、民間社会が犯罪統制の各段階に参加するためには、伝統的な大衆的自治組織、共同［聯防］防衛メカニズム〔［聯防隊］と呼ばれる警察に指導・組織された大衆の自衛組織を指すものと考えられる〕、また最近登場した私立探偵、私設ボディーガード、治安請負制、さらには刑事和解段階やコミュニティ内矯正段階を問わずに、いずれも国家の存在が必要であり、それが監督・監視しなければならない。というのは、「こうした民営化は必ず民主的監督の下で行わなければならない。なぜなら、政府は社会の治安の維持、司法の運営の保障について崇高な転嫁できない責任を負っているからである」(41)。

上げ、各級政府ネットワークを利用して疾病の動態的監視、報告制度を構築したことなど）を講じたことは、SARSの抑制・最終的な一掃にカギとなる役割を果たした。2005年月、アメリカ南部の諸州で台風が上陸した後、現地の政府の救援活動が出遅れたため、一部の地域では治安が混乱状態に陥り、強盗・窃盗・強姦などの犯罪が横行し、台風の被害も急速に拡大した。この２つの例を比較すれば、１国の市民社会（民間社会）がどれだけ成長したとしても、やはり国家の重要性および主導性に取って代わることはできない。

(41)　マーティー書186頁。

執筆者紹介（掲載順）

佐藤陽子	北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教
内藤大海	北海道大学大学院法学研究科助教
菅原寧格	北海道大学大学院法学研究科助教
高翔龍	韓国・成均館大学名誉教授 大東文化大学法科大学院教授
吉田邦彦	北海道大学大学院法学研究科教授
ミュリエル・シャニィ	フランス・ベルサイユ＝サンカンタン・アン・イヴリンヌ大学教授
吉田克己	北海道大学大学院法学研究科教授
新堂明子	北海道大学大学院法学研究科准教授
盧建平	中国・北京師範大学刑事法律科学研究院教授
坂口一成	日本学術振興会特別研究員

平成20年１月24日　印　刷
平成20年１月31日　発　行

編集人　小　森　光　夫

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
瀬　川　信　久

印　刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 58 January 2008 No. 5

CONTENTS

ARTICLES

Die Einwilligung des Verletzten (3)
—— Rekonstruktion mit Rücksicht auf den besonderen Teil ——
..... Youko SATO 1

Eine Studie über die tatprovozierende Ermittlungstätigkeit (3)
—— anhand der theoretischen Entwickelungen in der BRD ——
..... Hiromi NAITO 65

Die rechtsphilosophische Bedeutung des Wertdenkens von M. Weber und K. Jaspers (5)
—— Der gedankengeschichtliche Hintergrund der gegenwärtigen Gerechtigkeitstheorie —— ..... Yasunori SUGAWARA 137

SYMPOSIUM

Korean Civil Law, Korean Legal Culture, and Professor Koh
Some Cultural Features of Korean Civil Law as Compared with Japanese Civil Law ..... KOH Sang-ryong 193
Introduction to Professor Koh's Civil Law Scholarship and Discussions
..... Discussant Kunihiko YOSHIDA et al. 232

LECTURES

Le droit des obligations dans l'ordre concurrentiel
..... Muriel CHAGNY 396[1]
traduit par Katsumi YOSHIDA

Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts? ..... Muriel CHAGNY 362[35]
traduit par Katsumi YOSHIDA

NOTE

Transferred Loss (1) ..... Akiko SHINDO 346[51]

INTRODUCTIONS

The developments and changes of Penal Policy in China today
..... LU JianPing 293[104]
translated by Kazushige SAKAGUCHI

The Civil Society and State in Criminal Policy system
..... LU JianPing 279[118]
translated by Kazushige SAKAGUCHI

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan