HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第74巻 第3号 全1冊
Citation	, 74(3)
Issue Date	2023-09-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/90674
Type	bulletin
File Information	lawreview_74_3_all.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 74 巻　　第 3 号

論　　説

憲法の解釈基準としての条約
——日本の憲法秩序と国際人権条約・補遺——
……齊藤正彰　1

不動産売買契約における目的物の不適合と損害賠償内容に関する日台比較考察（1）
——「損害項目」の分析を中心に——……楊　廸耕　21

契約自由をめぐる憲法原理・理論に関する一考察（1）
——ドイツ憲法学の議論を手がかりとして——
……大串倫一　85

チーム医療における刑事過失責任（1）
——組織的医療における個人の過失責任のあり方及び関係者間の責任分担——……張　佳宇　115

中国法における懲罰賠償制度の成立と変容（2・完）
——立法史の考察を通じて——……郎　晴　159

講　　演

援助による自殺を求める被収容者の権利
……ヘニング・ローゼナウ　259
小名木明宏（訳）

研究ノート

新婦人協会の成立
——第一次世界大戦後における女性参政権要求の論理と運動戦略——
……山中仁吉　279

判例研究

民事判例研究……吉田　邦彦・佐藤　亮平　333

社会保障判例研究……加藤　智章　357

刑事判例研究……中田　翔太　371

2023（令和５）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

厚谷襄児（経済法）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
遠藤乾（国際政治）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
加藤智章（社会保障法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
近藤弘二（商法）
権左武志（政治思想史）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
田口正樹（法史学）
田村善之（知的財産法）
常本照樹（憲法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
畠山武道（行政法）
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）
藤岡康宏（民法）
藤原正則（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
町村泰貴（民事訴訟法）
松浦正孝（政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松久三四彦（民法）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）
宮脇淳（行政学）
山口二郎（行政学）
山下竜一（行政法）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）

教授

○會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
○池田悠（労働法）
岩谷將（政治史）＊
上田信太郎（刑事訴訟法）
宇野二朗（行政学）＊
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
川村力（商法）
岸本太樹（行政法）
桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
齊藤正彰（憲法）
齋藤由起（民法）
佐々木雅寿（憲法）
○佐藤修二（行政法）
嶋拓哉（国際私法）
城下裕二（刑法）
鈴木敦（憲法）
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）＊
辻康夫（政治学）
中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
中村督（ヨーロッパ政治史）
中山一郎（知的財産法）
西村裕一（憲法）
根本尚徳（民法）
野田耕志（商法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
林誠司（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）
松尾誠紀（刑法）
水野浩二（法史学）
三宅新（商法）
山木戸勇一郎（民事訴訟法）
山崎幹根（行政学）＊
山本哲生（商法）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）

特任教授

見野彰信（法実務基礎）
権左武志（政治思想史）
仲世古善樹（刑事実務）
新川生馬（法実務基礎）
林賢一（民事実務）
林由希子（民事実務）
横山和可子（刑事実務）
吉田邦彦（民法）

准教授

伊藤隼（民事訴訟法）
開出雄介（国際法）＊
郭薇（法哲学・法社会学）
○川久保寛（社会保障法）
小濵祥子（アメリカ政治史）＊
徐行（比較法）
津田智成（行政法）＊
土井翔平（国際政治）＊
馬場香織（比較政治）＊
林耕平（民法）
前田亮介（日本政治史）
村上裕一（行政学）
森悠一郎（法哲学）
山本周平（民法）
○横路俊一（民事訴訟法）

助教

鈴木繁元（憲法）
盛永悠太（憲法）
林儻紘（刑法）
郎晴（比較法）

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

憲法の解釈基準としての条約

―― 日本の憲法秩序と国際人権条約・補遺 ――

齊　藤　正　彰

はじめに

日本の憲法秩序に国際人権条約を「どのように」位置づけるかという問題をめぐっては、とりわけ最高裁の役割も考慮に入れるならば、国際人権条約を憲法の解釈基準とすることが重要な論点となる。そこでは、条約の規定だけではなく、その解釈に関して示された条約機関の意見・見解も問題となる。このことについては、すでに考察をまとめる機会を与えられたが[1]、本稿は、その後の議論について補足的に論及するものである。

Ⅰ　憲法優位説の射程と憲法の解釈基準としての条約

1　「法律に対する条約の優位」の意味

通説的見解である憲法優位説を前提として国内裁判所における国際人権条約の実効性確保を考えるときには、〈憲法に対するのと同等の尊重ないし配慮が国内裁判所によってなされうるか〉が要諦である[2]。国際人

[1] 齊藤正彰「日本の憲法秩序と国際人権条約」国際人権法学会編『新国際人権法講座⑵国際人権法の理論』（信山社・近刊）。

[2] 齊藤正彰『憲法と国際規律』（信山社・2012年）72-73頁。

権条約が国法秩序において単独で最上位を確保する必要はなく、したがって、憲法に優位することも必要ではない。法律に対して優位する点では条約も憲法と同様ということが重要である。

究極的には、条約締結後に制定・改正された法律に対して後法優越の原則を排除できるかが問題である。憲法98条２項が個々の衝突事例における条約の優先適用を根拠づけうる（後法たる法律に対しても、条約は劣後しない）といえるならば、それを一般化して「法律に対する条約の優位」を98条２項から導くことも可能であろう。それが98条２項の解釈から導かれるとすれば、法律の条約適合的解釈も、法秩序の序列に基づく「上位法適合的解釈」[3]というよりも、98条２項に基づくものと考えることができよう[4]。

近年、権力分立や権限配分などを論じて「法律に対する条約の優位」の再検討が唱えられているが、その論拠と帰結については、より実質的な検討がなされる必要があろう[5]。憲法優位説の論証において「法律に対する条約の優位」の根拠づけが脆弱であるとしても、根拠の補完を図ることを考えるか、定着していた理解を根拠薄弱を理由に否定するかは、別問題である[6]。

とはいえ、国内裁判所における「人権条約に照らした条約適合性審査」について、「日本が締結した条約は、……国内で法的効力を有し、かつ法律に優位する。よって、法令は条約に適合するように制定され、また解釈・適用されなければならない（条約適合的な法解釈）し、条約の明確な規定に抵触する場合には、条約規定に直接に依拠して法令の適用が

---

[3] 山田哲史「国内法の国際法適合的解釈の意義」論ジュリ23号（2017年）22頁。

[4] 齊藤正彰『多層的立憲主義と日本国憲法』（信山社・2022年）196頁。

[5] 齊藤・同書第５章における検討を参照。

[6] 齊藤・前掲書（註４）188頁参照。ただし、松田浩道「国際法適合的な国内法の解釈――入管収容と自由権規約」法時94巻４号（2022年）18-19頁は、「条約法律同位説」の帰結は憲法98条２項が許容するものではなく、「国会承認条約については、法律・条約間の制定手続きの厳格度の差異は憲法・条約間の場合に比して、決定的に大きなものとはいえない」として、「国会承認条約の国内法的側面について、通説たる条約優位説をあえて否定する必要まではないであろう」と見解を変えている。

退けられたり、行政処分が違法とされたりされることもありうべきこととなる」との説明[7]が直ちに可能であるかは、検討を要する問題である[8]。

２　憲法解釈に条約を援用する可能性

「法律に対する条約の優位」を前提とした法律の条約適合性審査とともに、国内裁判所における国際人権条約の実効性確保のための方策として、条約を憲法の解釈基準とすることが考えられる。

憲法優位説を前提とすれば、「憲法内容と条約内容の関係」には一般的に４つの類型があるといわれる[9]。４類型のうち国際人権条約の国内的実施において重要なのは、「憲法よりも同一趣旨の条約の人権保障の内容が広かったり具体的に詳細である場合」である。この場合には、「条約によって憲法の内容を豊富化することが可能であり、ある場合にはそれを憲法の内容として主張することもできよう」とされる。ここでは、条約との差分を、(a)類似の憲法規定の解釈を通じて主張することが考えられる。類似の規定がないために(a)が困難である場合には、(b)裁判所による国際人権条約の瑕疵ある適用または無視を憲法98条２項違反と構成することが考えられる。

問題は、(a)憲法の解釈基準として条約を援用することが許される、あるいは求められる根拠である。

憲法98条２項に示された、「日本国が締結した条約……は、これを誠実に遵守することを必要とする」という憲法的決定は、99条の憲法尊重擁護義務とも相俟って、最高法規である憲法の規定に明らかに矛盾するのではない限りにおいて、憲法解釈において条約を可能な限り顧慮することを要請するものと解される[10]。

---

[7] 申惠丰「判批」国際人権33号（2022年）74頁。なお、「条約適合性審査」が、「日本では、訴訟法上、条約違反の主張が上告理由となっていないために、……制度的に担保されていない」（同頁）といいうるのかも、検討を要するであろう。

[8] 齊藤・前掲書（註２）61-63頁、78-82頁参照。

[9] 横田耕一「人権の国際的保障をめぐる理論問題」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』（敬文堂・1994年）165-166頁。

[10] 齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社・2002年）345-346頁、386-

(a)類似の憲法規定の解釈を通じて国際人権条約の内容を実現することの具体例としては、憲法14条１項の列挙事項である「人種」の解釈において、人種差別撤廃条約１条１項の定義を援用して、「民族」による差別を含むと解すべきことが指摘される[11]。また、憲法36条の「拷問」の従来の解釈は限定的であり、拷問等禁止条約１条の規定を考慮すべきであろう。さらに、憲法31条の解釈にＢ規約６条２項を援用することで、死刑の制限を導くことも考えられる[12]。

３　最高裁による条約の参照

憲法解釈によって判断を導いた後に、その帰結が「国際人権条約の趣旨にも沿う」と裁判所が論及することは、判決文の装飾あるいはリップ・サービスといわれるかもしれない。しかし、憲法規定の解釈として論理的にはＡ・Ｂ・Ｃの可能性がある場合に、国際人権条約に調和的な憲法解釈Ｂを選択したうえで、「この憲法解釈は国際人権条約の趣旨にも合致する」と確認的に述べているならば、後述する「憲法の条約調和的解釈」の端緒をそこに見出すことができるであろう[13]。

387頁、402-403頁。

[11] 常本照樹「平等権判例の到達点」法教201号（1997年）60頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〈第５版〉』（有斐閣・2012年）292頁［野中］、近藤敦『人権法〈第２版〉』（日本評論社・2020年）124頁。

[12] 齊藤・前掲書（註２）135-136頁。

[13] 同書96頁。たとえば、少数意見であるが、「監獄法令の上記規定は、少なくとも被勾留者と弁護人等との間の信書の授受に関する限り、憲法が保障する弁護人依頼権に由来する刑訴法の弁護人等の接見に関する規定と整合するように解釈すべきであり、このような解釈は、市民的及び政治的権利に関する国際規約14条３項(b)及び17条の規定の趣旨にも沿う」とする、最判平15・9・5判時1850号61頁における梶谷玄＝滝井繁男反対意見が注目される。「上記のような国籍法３条１項の適用は、……市民的及び政治的権利に関する国際規約24条３項や児童の権利に関する条約７条１項の趣旨にも適合するものである」という国籍法違憲判決における泉補足意見は、この梶谷＝滝井反対意見の流れを汲むものと解される。

これに対して、最高裁の国籍法違憲判決[14]および民法900条４号が定めていた法定相続分についての違憲決定[15]は、諸国が合意した法規範としての国際人権法から（条約機関によって更新されうる）「国際標準」を比較法的に検出する手法を用いたものとみることができるかもしれない[16]。国際人権法を外国法とともに厳密な意味での法規範ではなく「国際的動向」として取り上げ、しかし違憲判断の重要な手がかりとしていた国籍法違憲判決および法定相続分違憲決定は、トランスナショナル人権法源論の立場と親和的なものとみることもできる[17]。また、国籍法違憲判決や法定相続分違憲決定を踏まえて、条約を立法事実の検出手法と位置づける見解もある[18]。

Ⅱ　憲法の解釈基準としての条約と「融合的保障」論

１　「融合的保障」論の解釈手法

憲法の「人権条約適合的解釈」として、ドイツの議論を参考にした解釈手法を提唱する学説がある[19]。そこでは、「日本における人権条約適合的解釈」について、「憲法13条の融合的保障の場合」と「14条の差別禁止

---

[14] 最大判平20・6・4民集62巻６号1367頁。

[15] 最大決平25・9・4民集67巻６号1320頁。

[16] 齊藤・前掲書（註２）94-96頁、111-113頁。

[17] トランスナショナル人権法源論については、齊藤・前掲書（註４）第５章における検討を参照。また、同「〈書評〉山元一『国境を越える憲法理論――〈法のグローバル化〉と立憲主義の変容』（日本評論社、2023年）」憲法研究13号（2023年発行予定）参照。

[18]「立法事実としての条約」論については、齊藤・前掲論文（註１）参照。

[19] この学説によって従来展開されてきた内容と問題点については、齊藤・前掲論文（註１）において考察している。ここでは、前稿の脱稿・校了後に刊行された、近藤敦『国際人権法と憲法――多文化共生時代の人権論』（明石書店・2023年）の叙述に焦点を絞って検討する。なお、齊藤・同論文で検討した「憲法の人権条約適合的解釈の４つの根拠」（近藤・同書235頁において簡潔に再言されている）と、「人権条約適合的解釈が要請される３つの要因」（同35頁）との異同については、措くこととする。

事由の具体化の場合」とがあるとされる[20]。

後者の憲法14条の場合については、「憲法の解釈基準の具体化として、人権条約を指針とすることが有用」とするものである。たとえば、女子差別撤廃条約９条２項が、「締約国は、子の国籍に関し、女性に対して男性と平等の権利を与える」と定めることから、「本条約との適合的な解釈からすれば、子の国籍に関する性差別の禁止が日本国憲法14条１項の「性別」による差別禁止の具体的な規範内容として、新たな意味が充填され、今日、父系血統主義に戻すことは憲法違反の性差別となる」とされる[21]。これは、国際人権条約を憲法の解釈基準として、憲法の人権規定の豊富化を図るものである。

これに対して、憲法13条による「融合的保障」とは、「他の個別の人権規定と憲法13条と結びつけて解釈することにより、両者の融合が人権保障を拡充することに着目した憲法解釈」[22]であるとされる。

たとえば、以下のような解釈が示されている。①憲法21条と結びついた13条の融合的保障、②憲法22条１項と結びついた13条の融合的保障、③憲法24条と結びついた13条の融合的保障、④憲法32条と結びついた13条の融合的保障、⑤憲法34条と結びついた13条の融合的保障、⑥憲法36条と結びついた13条の融合的保障などである。

このうち、①については、Ｂ規約20条２項や人種差別撤廃条約４条との「人権条約適合的解釈からは、憲法「21条と結びついた13条」が、民族的・人種的・宗教的憎悪の唱導（ヘイトスピーチ）によって人間の尊厳を侵されない自由を保障する」[23]と説明される。ところで、一般に「新しい人権」とされる「知る権利」[24]については、憲法13条の幸福追求権から導くのではなく、21条の解釈によって説明するのが憲法学説の通常の理解であろう。同様に、ここでも殊更に㋐〈憲法21条と結びついた13条

[20] 近藤・前掲書（註19）53頁。

[21] 同書50頁。

[22] 同書36頁。

[23] 同書41頁。

[24] 高等学校の「政治・経済」の教科書では、「知る権利」は「新しい人権」の例として紹介されていることが多い。

の融合的保障〉をいう必要はなく、㋑〈条約規定を解釈基準として、21条の内容の豊富化を図ること〉が重要であろう。「人間の尊厳を侵されない自由」についても、13条を持ち出して論じることが適切かには疑問の余地があろう。

②「特別永住者などの長期の永住者には、自国に入国する権利や在留権が保障されるべきであり、このことは、「居住・移転の自由」を定める憲法「22条１項と結びついた13条」が保障する」[25]という説明についても同様である。Ｂ規約12条４項が「何人も、自国に戻る権利を恣意的に奪われない」と規定しており、Ｂ規約委員会によれば「「自国」の範囲は、「国籍国」の概念より広く」、「自国に入国する権利は、自国に「在留する権利」を含む」とされていること[26]を、憲法22条の解釈に用いればよいといえる。㋐13条と「結びつけて」解釈する意義には疑問があろう。

③Ａ規約委員会やＢ規約委員会が「「同性カップル」に対する差別を解消する法改正を勧告している」ことを手がかりの一つとして、「憲法13条の「個人の尊重」に根差す婚姻の「自由」を立法その他の国政の上で、最大に尊重することを命じている憲法「24条と結びついた13条」は、「同性婚の権利」を保障している」とすることについても、㋐13条と24条を関連づけて解釈することと、㋑国際人権条約を憲法解釈の基準として援用することとは、別の問題であって、それぞれについて論拠の説明が要るであろう。㋐憲法規定を相互に「結びつけて」解釈することは、㋑憲法の「人権条約適合的解釈」と当然に結びつくものではない。

④「今日、裁判を受ける権利における言語的デュープロセスは不可欠」であり、「その根拠は、憲法「32条と結びついた13条」に求めることが適当であろう」とされ、また、「人権条約適合的解釈からは、資力に乏しい場合、被疑者の無料の弁護人依頼権や無料の通訳を受ける権利は、憲法「32条と結びついた13条」が保障する」とされるが[27]、これらも㋑憲法

---

[25] 近藤・前掲書（註19）269頁。

[26] 同書268-269頁。ただし、そこでは、Ｂ規約12条４項は、「何人も、自国に入国する権利を恣意的に奪われない」と規定するものとされている。

[27] 近藤・前掲書（註19）39-40頁。関連して、東京高判令3・9・22判タ1502号55頁が「憲法13条の融合的保障をはじめて採用した判決」（同271頁。同231-233頁、

32条の「人権条約適合的解釈」の問題であって、㋐13条と「結びつけて」解釈する意義には疑問があろう。

「融合的保障」論は、従来の「憲法13条は他の個別の人権条項が保障していない部分を補充的に保障するとする補充的保障説」とは違うと説明されている[28]。個別的人権規定で保障されると説明できる場合には包括的人権規定に依拠しない――それを特別法・一般法の関係と解するか、「基本法と具体化法の関係に類比」[29]するかは措くとして――という憲法学説の一般的なスタンスとは大きく異なる思考に基づくことは確かである。

しかし、㋑「人権条約に明文規定があるものの、日本国憲法に明文規定がない場合における人権条約と適合的な憲法解釈手法」[30]とされる「融合的保障」論の解釈手法について、㋐「憲法13条だけで不文の人権規定を導く従来の解釈手法よりも、憲法13条と他の関連する憲法規定とを結びつける融合的保障という体系解釈の方が、具体的な保障内容がより明確になる」[31]といえるのかは疑問であろう。

憲法に明文の規定がない人権について、㋐13条の幸福追求権から「新しい人権」として導き出すか、㋑国際人権条約の規定を手がかりに、憲法の個別的人権規定の解釈を展開するかは、それぞれ異なる方途であろう。「融合的保障」論では、この㋐と㋑の関係が不分明なまま渾然一体

近藤敦「強制送還と裁判を受ける権利」ジュリ臨増『令和３年度重要判例解説』(2022年)13頁、同・前掲書(註11)238-239頁も参照)として紹介される。ただし、同判決は、憲法上の根拠について議論のあった行政手続の適正性の保障に関して、「憲法32条で保障する裁判を受ける権利を侵害し、同31条の適正手続の保障及びこれと結びついた同13条に反するもので、国賠法１条１項の適用上違法になる」と判示したにとどまり、意見書の論理をどこまで受け入れたのかは必ずしも明確ではないと解される。

[28] 近藤・前掲書(註19) 36頁。

[29] 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第５版〉』(有斐閣・2020年) 149頁。

[30] 近藤・前掲書(註19) 31頁。

[31] 同頁。「憲法には明示していなくても、人権条約に明示されている基本的人権は、融合的保障によって、人権条約適合的解釈を可能にする」(同233頁)ともいわれる。

となっているようにみえる。また、「融合的保障」論が「体系解釈」であるならば、それは憲法13条の解釈の問題なのか、他の個別的人権規定の解釈をいうものなのかが問われるかもしれない。そうではなくて、「融合的保障」論が13条と他の憲法規定を重畳的に援用することを主張するものならば、それは解釈の次元ではなくて適用次元の議論であるとの理解も成り立つかもしれないが、あくまで「解釈手法」として主張されているのである。

そうした疑問を超えてさらに、「融合的保障」論の弊害が懸念されるのが、⑤や⑥の場合である。

⑤憲法34条と結びついた13条の融合的保障については、B規約９条１項は「刑事収容に限らず、入管収容などの行政収容にも適用される」のに対して、「憲法34条の「拘禁」は、もっぱら刑事訴訟法60条などの定める「勾留」の問題とし、入管法39条などの定める「収容」の問題を含まないと一般に解されてきた」と指摘し、他方、「憲法13条に基づく適正な行政手続の具体化として憲法34条の趣旨が及ぶ、ないしは類推適用を考えるのが今日の有力な見解である」ことから、「行政手続において身体が拘束される場合の正当な理由の告知などの手がかりを憲法34条が提供している」として、「憲法「34条と結びついた13条」が、恣意的な収容からの自由を保障している」と説明される[32]。

たしかに、憲法31条および33条以下の規定が刑事手続について定めたものであると解する立場からは、13条を通じて34条の趣旨を及ぼす[33]、あるいは34条を類推適用する[34]といった説明がなされる。しかし、いずれの説明においても、適正な行政手続についての権利は13条と34条の「結合」ないし「融合」によって生じるのではなく、及ぼされるのは一方の規定である。ここでも、13条あるいは34条の解釈において国際人権条約が援用されるのであって、憲法規定相互の「融合」を論じる必要はない

[32] 近藤・前掲書（註19）38-39頁。

[33] たとえば、佐藤幸治『日本国憲法論〈第２版〉』（成文堂・2020年）217頁、376頁。

[34] たとえば、高橋・前掲書（註29）159頁、306頁。なお、別冊法セ『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社・2011年）271頁［齊藤正彰］。

はずである。

それ以上に、問題は、憲法34条の規定を13条と結びつけることである。13条は、一般原則として、人権制限は最小限度であることを求めている。それに対して、34条のように「特定の方式による侵害のみを許している場合には、憲法があらかじめ、個人の自由と公共の福祉の要請との調和点を特定しているのであるから、それらの人権がさらに公共の福祉によって制約されることはない」[35]とされるのである。

⑥憲法36条と結びついた13条の融合的保障も、同様の問題を孕むであろう。ここでは、まず、「憲法13条の「個人の尊重」が、解釈上、人間の尊厳と通底する内容をもち、非人道的な取扱いや品位を傷つける取扱いの禁止といった具体的な内容を導きうる」とされる。そして、B規約7条の条文は「いかなる制限も認めていない」ことが指摘される。そこで、13条を、絶対的禁止を規定する憲法36条と結びつけることで、「非人道的な取扱いと品位を傷つける取扱いの禁止の権利保障が強化される効果」が得られるとされる。つまり、「憲法「36条と結びついた13条」の融合的保障により、人権条約上の非人道的な取扱いと品位を傷つける取扱いの禁止といった憲法の不文の人権を導きうる」と説明されるのである[36]。

ここで問題となっている権利は、憲法13条から導かれる憲法上の「人格権」に重なるようにみえるが、それに対する制限の「絶対的禁止」の趣旨を付加するためだけに、権利内容の比較・検討もなく36条を投入す

---

[35] 尾吹善人『基礎憲法』(東京法経学院出版部・1978年) 93頁。同『日本憲法――学説と判例』(木鐸社・1990年) 279頁参照。なお、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〈第5版〉』(有斐閣・2012年) 416頁 [高橋和之]、高橋・前掲書 (註29) 299頁参照。また、「憲法13条は、比例原則の根拠規定とも解しうる」ものであり、「比例原則の適用も導く」ことができる (近藤・前掲書 (註19) 232-233頁) とも主張される。しかし、比例原則は「制限が許されている権利の領域において適用可能性のあるもの」であって、「制限できないはずの権利への制限の密輸入につながる」ことへの懸念 (小畑郁「人権条約機関における人権概念と判断手法――比例原則の位置づけと意義を中心に」比較75号 (2013年) 223-226頁) を看過してはならないであろう。

[36] 近藤・前掲書 (註19) 37頁。

ることは、かえって36条による規律の弛緩を招くことにならないであろうか。

２　「融合的保障」論と基本権競合論

この「融合的保障」論は、「憲法13条が他の個別の人権条項と競合的関係にあるとする競合的保障説」とは違うと説明される[37]。そこでいわれる日本国憲法の解釈をめぐる「競合的保障説」ないし「保障競合説」[38]の意味は、必ずしも分明ではないが、「融合的保障」論が提唱する「複数の条文を結びつけること」は、「ドイツの憲法解釈では一般的」と説明されている[39]。そして、「融合的保障」論が言及する「基本法１条１項（人間の尊厳）と結びついた２条１項（人格の自由な発展を求める権利）２項（身体を害されない権利）違反」[40]といった解釈手法は、ドイツ基本法の解釈において「基本権の競合」の問題として扱われるとされる。「基本権の競合とは、規制の対象となった一の基本権主体の行為ないし利益が、複数の基本権の保護領域と関わりを持つ場合をいう」[41]ものとされ、このような「基本権競合論」については、すでに日本国憲法の解釈に関しても紹介されている[42]。

この基本権の競合という問題を、刑法の「構成要件」をめぐる議論に

---

[37] 同書36頁。

[38] 近藤・前掲書（註11）87頁。

[39] 近藤敦「移民法制と外国人の人権保障――多文化共生時代における憲法学」公法82号（2020年）13頁。

[40] 近藤・前掲書（註19）49頁。

[41] 小山剛『「憲法上の権利」の作法〈第３版〉』（尚学社・2016年）30頁。

[42] 同書30-34頁、105-106頁、127-129頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権〈第２版〉』（日本評論社・2023年）64-65頁［宍戸常寿］、146-147頁［渡辺］、岡田俊幸「自由権審査と平等審査の関係」日本ロー15号（2018年）15頁以下。なお、「「競合」論は基本権ドグマーティクの象徴的な論点の一つ」とされるが、「三段階審査論」が日本で喧伝された後も、その「最も dogmatisch な部分である、基本権競合論に全く光が当たっていない」と評されていた（石川健治「憲法解釈学における「論議の蓄積志向」――『憲法上の権利』への招待」樋口陽一ほか編著『国家と自由・再論』（日本評論社・2012年）29頁、同頁註31）。

準えて説明する見解によれば、一般法と特別法の関係は、憲法規定でも当然問題になるが、それは法条競合の問題であるといわれる[43]。「競合する基本権が一般法と特別法の関係にある場合には、後者のみが適用される」[44]という帰結が、憲法13条に関する補充的保障説である。「ある基本権の適用を排除するのではなく、複数の基本権の適用を認めるべきだということ」であれば、観念的競合が問題になる[45]。そこでは、「問題となる事案に対して、より強い関連性を持つ基本権が規準となる」が、「複数の基本権がいずれも強く関連する場合には、結局、複数の基本権が適用される」ことになる。そして、「法の下の平等の保障は、自由権等の実体的基本権とは保障の観点が異なることから、実際の憲法問題においては、競合は容易に生じうる」とされる[46]。

このように、「基本権競合のドグマに従えば、複数の基本権の間に（規範論理的・規範的）特別関係が存在しない場合、観念的競合が発生し得る」[47]ことになる。ドイツ連邦憲法裁判所の判例にみられるような、〈基本法１条１項と結びついた２条１項違反〉といった解釈における「結びついた」の意味に関して、ドイツの学説では、「基本権の「結合」（Verbindung）とは、「異なる機能を示している」関連する複数の基本権の間で「一つの統一的な基本権審査がなされる」ことを言う」とされ、「基本権の「結合」とは、両基本権の適用排除が行われるのではないという

---

[43] 工藤達朗「憲法における構成要件の理論」新報121巻11＝12号（2015年）677頁。なお、「実務上は多くの事案において国際法と憲法は人権保護という同じ方向を向いており、矛盾抵触ではなく法条競合の関係に立つ」（松田・前掲論文（註６）19頁）との説明もみられるが、その趣旨は必ずしも分明ではない。

[44] 小山・前掲書（註41）32頁。なお、「日本の憲法学説は、憲法一三条と個別的基本権規定の間を除くと、基本権規定の間に一般法と特別法の関係を認めることに消極的」（工藤・前掲論文（註43）680頁）と評される。

[45] 工藤・前掲論文（註43）680頁。

[46] 小山・前掲書（註41）32頁、34頁。

[47] 杉原周治「包括的基本権と個別基本権の競合――基本法２条１項の個別基本権に対する「受け皿的機能」、「保護補完機能」、「観念的競合」をめぐるドイツの判例・学説の展開」東京大学大学院情報学環紀要・情報学研究78号（2010年）60頁。

点で特別関係とは異なり、適用される基本権がひとつに統一されるという点で、……「結合的観念的競合」……に該当すると解してい……て、観念的競合の一種として捉えられる」ことがあるとされる。このような「結びついた」解釈を、「両基本権を同時に適用した観念的競合の事例」と位置づける見解に対して、ドイツの判例・学説においては、異なる理解も示され、議論があるとされる[48]。その対立の詳細には立ち入らないが、注目されるのは、そのような対立が生じる要因である。

人間の尊厳を規定する基本法１条１項はしばしば基本法２条１項と「結びついて」適用されるが[49]、これは人間の尊厳が基本法２条１項の基本権を「強化・補強」する機能を有するからであるとの理解がある[50]。それに対して、議論は一様ではなく、ドイツの判例および多数の学説においては、「単に両者が「結びついて」、前者が後者を「強化・補強」するものとして処理されているのではな」いとの分析[51]が示されている。

基本法１条１項は「人間の尊厳は不可侵である」ことを規定しているが、ここで「基本法１条１項にいう「人間の尊厳」を、独立した主観的権利としての基本権であると認めるべきか否かという問題」が生じ、連邦憲法裁判所は「多くの事案で他の基本権、とりわけ基本法２条１項と結びつけて基本法１条１項を適用している」が、「人間の尊厳を主観的権利として認めた場合、同概念の具体的な定義づけの問題が、すなわち人間の尊厳の保護領域の画定の問題が生じ」、そして、「人間の尊厳と基本法２条以下で保障される個別基本権の関係をどのように理解するかにつき、困難な問題が生じうることになる」とされる[52]。

そこでは、「個別基本権に対する侵害は同時に基本法１条１項に対す

---

[48] 杉原・前掲論文（註47）32頁、同「人間の尊厳条項と個別基本権の競合」戸波江二＝畑尻剛編集代表『講座憲法の規範力⑵憲法の規範力と憲法裁判』（信山社・2013年）173頁註39。

[49] 人間の尊厳を規定する基本法１条１項と個別基本権の競合をめぐるドイツの議論について、杉原・前掲論文（註48）159頁以下。

[50] 押久保倫夫「「人間の尊厳」の規範結合――基本法２条１項の場合」兵庫教育大学研究紀要（第２分冊）23号（2003年）48頁、52頁。

[51] 杉原・前掲論文（註48）190頁。

[52] 同論文159-160頁。

る侵害になるという、人間の尊厳の特殊性」を背景に、「両者を一般法／特別法と理解すれば、……基本法１条１項が同２条１項と「結びついて」いるにもかかわらず、人間の尊厳が「一般法」としての機能を有しているがゆえに、「人間の尊厳という非常に厳格な保護が認められない」ことになる」という問題が生じ、「厳格な意味での特別関係ないし補充関係」ではなく個別基本権が基本法１条１項に対して「優先して」適用されるにすぎないと説明する「部分的特別関係」論に対しても、「一般法である人間の尊厳は無制約に保護される一方で、特別法である個別基本権は法律または衝突する憲法規範によって制約可能であるということと矛盾する、との批判もある」とされる。これに対して、「基本法１条１項と個別基本権の観念的競合を支持する立場」からは、「基本法１条１項の絶対的な保障に鑑みれば」、「個別の事例において人間の尊厳の不可侵性が配慮されていれば、基本法１条１項と「観念的に競合する」個別の基本権も適用可能」とされ、「基本法１条１項の不可侵条項を、他の基本権規範の審査の枠組みの中ですでに考慮する」という考え方が提唱される[53]。

このように、「結びついた」解釈のかたちで行われる「基本権の結合」に際しては、基本法１条１項による「人間の尊厳」の絶対的保障の扱いについて、慎重な考慮に基づく立論がなされていると解される。この問題意識は、日本国憲法の解釈においても、とりわけ⑤憲法34条と結びついた13条の融合的保障および⑥憲法36条と結びついた13条の融合的保障をめぐって、重要性を有するはずである。

３　「融合的保障」論と憲法アイデンティティ

「融合的保障」論においては、憲法13条の融合的保障の場合を含む「人権条約適合的解釈の例外」として、「憲法アイデンティティ」による限界があるとされる。EC 法／ EU 法とドイツ基本法の関係等から議論が進展したと解される、国際規律の限界としての「憲法アイデンティティ」をめぐっては、たしかに、国際人権条約と日本国憲法の関係についても、

[53] 同論文174頁、182-183頁、189-190頁。

「どうしても適合解釈によっては解決できず、正面から憲法と国際法とが矛盾抵触する究極的な事態が生じた場合には、日本国憲法の憲法アイデンティティを議論することになろう」[54]といわれることがある。

ところが、ここでは、ⓐ「皇室典範１条が「男系の男子」に皇位継承を限定することについて、歴史を理由にその独自性が語られている」ことと、女子差別撤廃条約２条(a)との関係、および、ⓑ「憲法９条の平和主義の特徴もあって、同18条の「苦役からの自由」に反するとして、一般に徴兵義務は憲法違反と解されている」ことと、B規約８条３項(c)(ⅱ)が「軍事的性質の役務は「強制労働」には含まれないと定めている」ので、「人権条約適合的解釈からすれば、徴兵は苦役としての強制労働ではない」ことの関係について、「憲法アイデンティティの限界事例」が見出され、「人権条約適合的解釈の例外として、国の裁量が認められる」と論じられる[55]。

しかし、ⓑの例は、論者自身が認めているように、国際人権条約が一般的に規定している「高水準の国内法令の優先適用」の問題と解すれば済むことである。しかも、「人権保障の発展からすれば、人権条約適合的解釈に対する憲法アイデンティティを根拠とする例外は、「高水準の国内法令の優先適用」の場合に限定する方が望ましい」[56]とされる。しかし、その場合は、「憲法アイデンティティ」を根拠とする必要はないことになろう。つまり、国際人権条約に関する限り、「憲法アイデンティティ」を主張できる固有の領域は認めるべきではないという趣旨であろうか。

Ⅲ　憲法の解釈基準としての条約をめぐる展望

１　憲法の条約調和的解釈

憲法学説においては、「合憲限定解釈」と「憲法適合的解釈」の区別が

[54] 松田・前掲論文（註６）19頁註26。
[55] 近藤・前掲書（註19）53頁。
[56] 同書54頁。

論じられるようになっている。ここではその詳細には立ち入らないけれども、代表的論者によれば、「憲法適合的解釈と合憲限定解釈はなるほど連続的な側面があり、従来厳密に区別されてこなかったところがある。ここであえて区別するならば、憲法適合的解釈がもともと合憲である法令の規定の意義を憲法論を踏まえて明らかにするのに対して、合憲限定解釈は、通常の解釈によるならば法令の規定が違憲の瑕疵を含むという憲法判断に至った場合に、法令の適用範囲等をより限定する解釈を採用することで、法令の規定を合憲とする裁判の方法と位置づけられる」と説明されている[57]。

条約については、「合人権条約限定解釈」[58]という日本語がこなれないからか、憲法についても法律についても「条約適合的解釈」と記述するのが一般的である。そして、そのような「条約適合的解釈」が条約違反の瑕疵を前提とするものか否かについては、必ずしも明確ではなかったと解される。

法令に違憲的部分があることを前提とするのが合憲限定解釈であるとすれば、「法律に対する条約の優位」を前提に、条約違反の瑕疵を含むと判断された法律の適用範囲を限定するような「条約適合的解釈」を同様に考えることは可能であろう。それに対して、憲法規定から条約と抵触する部分を切り取るような憲法の「条約適合的解釈」を想定することは、憲法の保障内容が条約よりも広汎な場合が前提となる。しかし、憲法の人権規定が保障していると解されるものを、条約違反として否定することは、憲法優位説を前提とする限り困難である。これは、場合によっては、国際人権条約自身によって禁じられている、保護を縮小する解釈にも該当する。

そこで、条約違反の瑕疵を前提とする「条約適合的解釈」とは異なり、条約に調和的な憲法解釈の採用を求める「条約調和的解釈」を考えることが有用である。憲法の条約調和的解釈としては、❶従来の憲法解釈で

---

[57] 宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣・2012年）72頁。

[58] 近藤敦「出入国管理と外国人の人権――国内法の人権条約適合的解釈に向けて」国際人権32号（2021年）40頁。

は包含されていなかった範囲に保障を拡げることと、❷複数ある憲法解釈の選択肢のうち、条約と調和するものを選択することが想定されるであろう。

❶については、かりに保障範囲の拡張が憲法解釈の枠を超えるなら、それは憲法の条約調和的解釈とはいえないことになる。その場合には、憲法98条２項違反の主張が問題となろう。

❷においては、憲法解釈への条約の援用が、比較法的な参照を超えるかたちで求められる。つまり、条約と「反りが合わない」解釈を排除して、条約に調和的な憲法解釈を選択・形成するように、国内裁判所は憲法98条２項によって要請されていると解すべきことになる。

２　夫婦別姓訴訟・宮崎＝宇賀反対意見の理解

いわゆる夫婦別姓訴訟に関する最高裁令和３年大法廷決定[59]における宮崎裕子＝宇賀克也反対意見は、最高裁の従来の到達点の延長上に、「国際標準」を検出する新たな条約調和的解釈を展開したものとみることができる。この宮崎＝宇賀反対意見については、「女性差別撤廃条約に照らして国内法の司法審査を行えることを前提に、同条約を憲法24条の解釈基準とした点は画期的」[60]との評価において大勢は一致するであろうが、その理解の内実には相違があるようにもみえる。

第１に、宮崎＝宇賀反対意見は、国際人権条約規定の「直接適用可能性の有無に関わらず、国際法と国内法令または国家の行為との間に齟齬が認められれば、司法府は、立法府や行政府に対して齟齬の解消を求めなければならない」[61]としたものとして、注目する見解である。ただし、ここで依拠される学説は、かつては、国際法の「裁判規範としての効力」

[59] 最大決令3・6・23判時2501号３頁。

[60] 榊原富士子「別姓訴訟の争点と今後――令和３年最大決を経て」ジェンダー法研究８号（2021年）69頁。なお、そこで引用されている松田浩道「国際法の国内的効力――宮崎・宇賀反対意見のインパクト」法時93巻11号（2021年）79頁が、そのような趣旨と解することができるかには争いがあろう。

[61] 近江美保「判批」判時2529号［判評764号］（2022年）147頁。

については「国際法適合的解釈義務」の考察に重点を置き、裁判所による法律の条約適合性審査には総じて消極的であった。それは、「裁判所が国際法に基づいて国内法令を無効とすること」を重くみて、裁判所の「機関適性」から考えると望ましい権限行使ではないとしていたためと解される。それは、司法審査についての異なる理解（たとえば、違憲判決の効力についてのいわゆる一般的効力説のようなもの）を前提としていたからであろう[62]。他方で、宮崎＝宇賀反対意見については、「条約によって憲法の意味が変更される」という意味での「憲法の条約適合解釈をしたわけではない」とする[63]。ただし、そこでいわれる「憲法の意味」の「変更」の趣旨は必ずしも明確ではない。

第２に、「女性差別撤廃条約について、同反対意見は、民法750条等の条約適合性審査を直接行うのではなく、憲法24条適合性審査における立法事実論として展開したことが注目される」[64]とする評価がある。宮崎＝宇賀反対意見は、「2015年の夫婦別姓訴訟判決以降の「事情の変化」を考慮する判断材料として、女性差別撤廃委員会の度重なる日本政府への勧告（総括所見）を用いて、立法裁量を限界づけ、憲法24条違反を導き出した」[65]とされる。いわば、「国際条約が間接的に立法裁量統制に用いられている」[66]とされるのである。

---

[62] 齊藤・前掲書（註４）193-194頁。

[63] 松田・前掲論文（註60）83-84頁。

[64] 辻村みよ子「憲法と姓――民法750条違憲論の諸相」ジェンダー法研究8号（2021年）48頁。

[65] 川眞田嘉壽子「判批」新・判例解説 Watch30号（2022年）321頁。

[66] 大河内美紀「夫婦同氏制度の合憲性」ジュリ臨増・前掲書（註27）27頁。「女性差別撤廃条約16条１項の基礎にある人権尊重や平等原則は憲法24条２項が立法裁量の限界として示す「個人の尊厳と両性の本質的平等」と趣旨を同じくするものであると位置づけ、さらに、日本政府が同条約違反に基づく勧告に対し反論してこなかったことをもって夫婦同氏制が「個人の尊厳と両性の本質的平等」の要請を満たす制度でないことを推認し、その後本件処分までに法改正がなされなかったことに照らして立法裁量の限界を越えたと判断するもの」（同頁）と説明される。

3　憲法解釈を形成する事実の考慮

これらに対して、宮崎＝宇賀反対意見については次のような理解が可能であろう。前稿ですでに論じたところであるが、確認的に再言する。

すなわち、宮崎＝宇賀反対意見は、たしかに、条約規定の意味を憲法解釈に読み込むようなものではない。また、条約の国内的効力は認めつつ、正面から法律の条約適合性審査を行うことは避けている。しかも、条約機関の勧告を「事実」と位置づけている。その面では、従来の最高裁判例のスタンスの延長上にあるといえる。

しかし、宮崎＝宇賀反対意見は、条約機関から繰り返し勧告を受けたという「事実」を手がかりに憲法解釈を絞り込み、憲法解釈のいくつかの選択肢――多数意見のように民法750条を違憲としない解釈もある――のうち、条約解釈（条約機関の意見・見解）に調和的なものの選択を求めるものと解される。

そうであるとすれば、日本国の国際人権条約違反を避止することと、条約機関の意見・見解を顧慮することについての最高裁大法廷の一つの到達点であった、〈規範的な環境に関する一連の事情として、諸国が合意した法規範としての国際人権条約から「国際標準」（条約機関によって更新されうる）を検出する〉という方法を、憲法の条約調和的解釈を意識して洗練させたものと解することもできるであろう。

おわりに

宮崎＝宇賀反対意見は、「日本の裁判所においても、国際人権条約適合性を判断することが必要であり、またそれを実際にどのように行うかを説得力ある議論で示したという点でまさに画期的」[67]であるとされ、それは、「これまで日本が背を向けてきた国際人権諸条約の個人通報制度の利用を前提とした国内裁判のあり方への道筋を示すものとなると期

[67] 近江・前掲論文（註61）147-148頁。

待される」[68]と評されるが、その道筋は、「最高裁の不戦敗」[69]を防ぐために喫緊のものである。そして、それは、個人通報制度が日本で利用可能になる段階を待つまでもなく、現在の、政府報告書審査のみの段階においても、必須のものである[70]。

国際人権条約の締約国は、条約の解釈について条約機関との間に「乖離がある場合にはそれを埋める努力が求められる」とされ、宮崎＝宇賀反対意見は「こうした人権条約上の義務の効果的実施の包括的プロセスに注目した判断」であると評価される[71]。そして、それは、「「憲法適合性審査」において人権条約や人権条約機関の勧告を適用する際の先駆的判断枠組みを示したもの」と評価されるが、それでもなお、裁判所は本来、「条約適合性審査」を積極的に行うことが求められるのであって、条約適合性審査は「条約上の義務の効果的実施を進めるためには不可欠」とされる[72]。

しかし、日本国憲法の下で裁判所が条約適合性審査を行う根拠について、学説は十分な議論を行ってきたかについては、今日もなお疑問を呈しうるであろう。そうした状況において、憲法訴訟論の蓄積に依拠して違憲審査の枠内で国際人権条約の遵守を実現する方途は、さらに重要性を増していると解されるのである。

---

[68] 同論文148頁。
[69] 齊藤・前掲書（註４）218頁。
[70] 同書186頁、212頁。
[71] 川眞田・前掲論文（註65）321頁。
[72] 同論文322頁。

論　　説

不動産売買契約における目的物の不適合と損害賠償内容に関する日台比較考察（1）

――「損害項目」の分析を中心に――

楊　　廸　耕

目　次

第１章　はじめに
　第１節　「損害項目」による分析の必要性
　第２節　台湾法の視点
第２章　台湾法
　第１節　台湾民法の沿革と現行法
　　第１款　中華民国民法典成立の経緯
　　第２款　第一民律草案と第二民律草案における売買目的物に瑕疵がある場合の規律
　　１　瑕疵担保責任について
　　（１）第一草案
　　（２）第二草案
　　（３）二つの民律草案の相違点
　　２　不完全給付責任について
　　第３款　1929年中華民国民法債編と1999年債編改正
　　１　瑕疵担保責任－特定物を中心に
　　（１）立法理由及び立法例
　　（２）現行条文の構造
　　２　不完全給付責任
　　（１）条文の構造と沿革
　　（２）不完全給付責任の効果
　　第４款　瑕疵担保責任と不完全給付責任
　　１　学説の紹介

（1）瑕疵担保責任
（2）不完全給付責任
2　裁判実務の見解－最高法院77年（1988年）度第７次民事庭会議決議
（1）不完全給付責任の確立
（2）瑕疵の発生時点による不完全給付の適用
第２節　不動産売買における瑕疵と「損害項目」についての裁判例分析
第１款　裁判例の概観
第２款　責任成立の要件－瑕疵の判断
1　土地
（1）法令による利用制限
（2）土壌汚染又は埋設物に関する瑕疵
資料　台湾法の関連条文　（以上、本号）
2　建物
（1）物理上の瑕疵
（2）塩素含量が基準を超える瑕疵（海砂屋）
（3）使用制限の瑕疵
（4）居住環境の瑕疵
第３款　責任成立の要件－売主の主観的な要素
第４款　損害賠償の内容－損害項目の分析
第３節　小括
第３章　日本法
第４章　結び

第１章　はじめに

高額な不動産を購入した後に不適合が判明することは、一般にみられることである。その不適合により、買主は様々な損害を被る。例えば、建物が通常有すべき耐震強度を欠くため、修補しなければ建物として使えない場合には、買主は修補費用を支出しなければならない。また、土地に、定められた基準を超える汚染物が存在する場合には、除染費用が生じる。除染にあたり、調査費用も発生する。さらに、瑕疵によって、不動産の経済的価値が下落したり、買主が営業利益を失ったりすること

もある。これらの損害が生じたときに、買主は売主に対して契約上の責任に基づき損害賠償の責任を問う場面が多くみられる。

買主の売主に対する契約上の損害賠償請求について、平成29年改正前の日本民法（以下、旧法）では、瑕疵担保責任（旧法570条）と債務不履行責任（旧法415条）の規定が設けられていた。しかし、同法は、平成29年５月26日に、国会が「民法の一部を改正する法律案」を可決したことにより、一部改正された（以下、新法）。新法のもとでは、瑕疵担保責任は債務不履行責任に統合されたため、売買目的物に瑕疵がある場合における損害賠償請求は、買主の契約不適合責任に基づく損害賠償請求（新法564条、新法415条）に一元化されている。すなわち、新法のもとでは、契約の内容に適合しない目的物を買い受けた買主が売主に対して損害賠償を求める場合には、旧法下の瑕疵担保責任による請求はできなくなったのである。旧法下の瑕疵担保責任においては、売主は無過失でも損害賠償責任を負うとされており、それによって損害賠償責任を免れなかったが、新法のもとでは、契約不適合に基づく損害賠償責任を負う売主は、その契約不適合が「契約…及び取引上の社会通念に照らして債務者［売主］の責めに帰することができない事由」によるものであることを立証すれば、損害賠償責任を免れる（新法415条１項ただし書）。そうすると、従来、旧法の瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求において免責されなかったような損害は、新法のもとでは免責されうるため、買主は改正前より不利な状況におかれるという問題が生じうる。例えば、不動産に存する瑕疵に対する「修補費用」は、旧法下の裁判例において、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求により認められることが多かった。例えば、購入した建物が傾斜していることに気づいた買主が売主に対して瑕疵担保責任に基づき、傾斜についての補修費用相当額を含む損害賠償を請求した事案（東京地判平成24年６月８日判時2169号26頁）において、裁判所は、補修費用相当額の賠償を認めた。そこで、瑕疵担保による損害賠償責任は無過失責任であるため、売主は、「修補費用」の賠償責任を免れない。しかし、新法のもとでは、瑕疵担保責任は契約不適合責任に統合されたため、売主の免責事由の立証により「修補費用」の賠償が免責されうる。

一方、新法において、売買目的物に不適合が生じた場合に、売主に帰

責事由がなくても買主に認められる救済手段がある。すなわち、売主が買主から新法562条１項による追完の催告に応じない又は追完不能などの場合に、買主は、代金減額を請求することができる（新法563条１項、２項）。この代金減額請求権は、売主に帰責事由がなくても行使することができるため、損害賠償請求の主張より買主に有利であると思われる。次節で検討するように、旧法において、瑕疵担保責任は無過失責任とされており、それに基づく損害賠償の内容は、代金額を上限とし、瑕疵ある目的物の価値をその代金額から差し引いた額とされるべきという見解があった。つまり、代金減額的損害賠償は売主が無過失であっても認められるとされている。このような損害賠償は、瑕疵担保責任において免責されることがなく、もし代金減額と同じような機能を果たせるならば、新法においても、代金減額的損害賠償の果たす機能を代金減額請求権の枠組みにより処理されることが可能ではないかと考えられる。それを明らかにするために、旧法における代金減額的損害賠償の内容を把握する必要がある。

また、旧法において、瑕疵担保責任に基づく損害賠償の内容は、信頼利益とされる見解もあった。それ故、このような「信頼利益」の賠償も免責されない。しかし、旧法において認められてきた「信頼利益」は新法の枠組みにおいてどのように対応するかも、「信頼利益」にはどのような損害が含まれるかを把握する必要がある。

以上の問題を念頭において、まず、旧法のもとでの損害賠償の内容が、どのようなものであったかを具体的に把握する必要がある。そして、それらの損害賠償の内容を検討し、旧法下の瑕疵担保責任が担ってきた機能を明らかにすることにより、新法において、その適切な解釈を探ることができると考えられる。本稿は、不動産売買の裁判例を取り上げ、損害賠償の内容を分析することとする。その分析においては、次の２点に着目する。

第１節　「損害項目」による分析の必要性

１　旧法における瑕疵担保責任の学説上の議論

旧法においては、瑕疵（不適合）がある不動産を引き渡した売主に対

して、買主が損害賠償を請求するために用いることができる制度としては、瑕疵担保責任（旧法570条）と債務不履行責任（旧法415条）の２つが用意されていた。しかし、不動産のような特定物の売買契約において、債務不履行に基づく損害賠償が認められるか否か、そして、認められるとしてどのような内容であるかは、瑕疵担保責任の性質をどう解するかによって異なってくる。瑕疵担保責任に基づく損害賠償の内容に関する学説を以下に簡単にまとめておく[1]。

まず、瑕疵担保責任は債務不履行責任と違って法律上に特別に定められる責任であるとされる法定責任説の立場に立った上で、瑕疵担保責任においては、信頼利益を賠償すべきであるという「信頼利益説」（石田[2]、柚木[3]）がある。この説は、瑕疵担保責任は買主の信頼を保護する制度であるとし、賠償されるべき損害は「瑕疵を知ったならば、被ることがなかったであろう損害」であるとする。瑕疵の「不知」から出発し、416条を類推適用し、相当因果関係によって損害賠償範囲を画定する[4]。次に、瑕疵担保責任は目的物の有償性に基づく衡平責任であると捉え、損害賠償の範囲については対価（代金額）を最高限度とする「対価制限説」（勝本）[5]がある。一方、瑕疵担保責任を不完全履行責任の一種であると捉える契約責任説の立場に立った上で、瑕疵担保責任においては、履行利益を賠償すべきであるという「履行利益説」（北川[6]、五十嵐[7]、星野[8]）がある。

---

[1] これらの諸説の整理は、高木喜多男＝柚木馨『新版注釈民法（14）債権（５）』（有斐閣、1993年）385-388頁、山本敬三『契約Ⅳ－１』（有斐閣、2011年）288-292頁を参照しながら、まとめたものである。

[2] 石田文次郎『財産法に於ける動的理論』（巌松堂書店、1940年）420頁以下。

[3] 柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』（有斐閣、1963年）201頁以下。

[4] 柚木・前掲注３）192-199頁。

[5] 勝本正晃「瑕疵擔保責任の對価的制限」『民法研究（５）』（巌松堂、1963年）173頁以下。

[6] 北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣、昭和38年）168頁以下。

[7] 五十嵐清「瑕疵担保責任と比較法」『比較民法学の諸問題』（一粒社、1976年）106頁以下。

[8] 星野英一「瑕疵担保の研究－日本」『民法論集　第３巻』（有斐閣、1972年）221頁。

さらに、売主に過失がある場合には履行利益を賠償し、無過失である場合には信頼利益を賠償するという「信頼利益・履行利益併存説」（我妻[9]、磯村[10]、来栖[11]、広中[12]、鈴木[13]）もある。そのほか、「危険負担的代金減額請求権説」（加藤（雅））[14]は、瑕疵担保責任を原始的一部不能とみた上で、売主が無過失である場合における後発的不能に関する危険負担に基礎を有する対価的牽連の考え方を、原始的不能に関する瑕疵担保責任についても貫き、反対債権である代金債権を不能となった契約内容の一部に対応させて減縮するものである。また、「隠れた瑕疵のみに基づく責任」と「売主の悪意又は保証に基づく損害賠償責任」との効果を分けて、前者の責任内容は、「解除または代金減額」に限定され、後者の責任内容は、「解除プラス損害賠償」または「代金減額プラス損害賠償」であり、かつその損害賠償を制限しないと唱える三宅説[15]がある。また、目的物に瑕疵がある場合に、売主の責任として、売主の過失を問わない代金減額請求的なもの、これをこえる損害について過失を要求する一般の損害賠償責任と保証ないし特約による損害賠償責任に分離すべきであるとする好美説[16]がある。この説によると、各責任に応じて、損害賠償の内容も異なってくる。瑕疵担保責任の損害賠償の内容を画定する際には、上記のように様々な手法が使われている。それ故、旧法において、学説上、瑕疵担保責任の損害賠償の内容については、定説がないと評することができる。

---

[9] 我妻栄『債権各論中巻一（民法講義 V2）』（岩波書店、1957年）271、272頁。

[10] 磯村哲「売買・贈与」法学セミナー 16号（1957年７月）15頁。

[11] 来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974年）91頁。

[12] 広中俊雄『債権各論講義　第六版』（有斐閣、1994年）76頁。

[13] 鈴木禄弥『債権法講義　改訂版』（創文社、1988年）179–180頁。

[14] 加藤雅信「売主の瑕疵担保責任―危険負担的代金減額請求権説提唱のために」『現代民法学の展開』（有斐閣、1993年）390頁以下。

[15] 三宅正男『契約法（各論）上巻』（青林書院新社、1983年）333頁。

[16] 好美清光「面積を表示して売買された土地が表示されたとおりの面積を有しない場合と売主の買主に対する履行利益の賠償義務の有無」金融商事判例650号（1982年９月）48–49頁。

2　裁判例への指摘

日本の裁判例は、瑕疵担保責任の性質についていかなる説をとるかを明言していないが、損害賠償の内容を画定する際に、様々な手法を用いてきた。最高裁は見解を示していないが、下級審の裁判例には、瑕疵担保責任を「買主が目的物について瑕疵がないものとしての対価的出捐をしている関係上、衡平の観念に基いて買主を保護するために、法律が特に認めた無過失責任である」とし、その「損害賠償義務の範囲は、買主が負担した代金額から売買契約締結当時における…瑕疵ある目的物の客観的取引価格を控除した残額に制限せられるのが相当である」とする対価的制限説のような見解をとるものがある[17]。他方、損害賠償の内容は「信頼利益」に限られる裁判例もある。すなわち、「特定物の売主の瑕疵担保責任は、売買の目的物に原始的な瑕疵が存在するため、売買契約が、その給付不能の範囲において無効である…ことを前提とする法定・無過失責任であるから、契約の有効であることを前提とする債務不履行による損害賠償責任の場合とは異なり、その損害賠償の範囲は、契約が完全に履行された場合に相手方が得たであろう利益（いわゆる履行利益）には及ばず、相手方が瑕疵のないものについて売買契約が完全に成立したと信頼したために蒙った損害（いわゆる信頼利益）にかぎると解する」とし、その「信頼利益のうち通常生ずべき損害として考えられるものは、買主が負担した代金額から売買契約当時における瑕疵ある目的物の客観的取引価格を控除した残額であり、通常はこれを賠償することをもって足ることになろう」として、信頼利益によりその損害賠償の範囲を制限した裁判例もある[18]。

---

[17] 東京高判昭和23年７月19日（高民集１巻２号106頁）。土地に障害物がある事例において、東京高判昭和23年７月19日における損害の内容が違うが、当判決と同じ説をとる判決がある。例えば、東京地判平成９年５月29日（判タ961号201頁）、札幌地判平成17年４月22日判決（判タ1023号189頁）である。これらの判決において、瑕疵担保責任に基づく損害賠償の範囲は、代金額から客観的取引価格を控除した残額とした、対価的制限説のような見解をとりながら、実際に認められた内容は、瑕疵（不適合）を追完するような障害物の撤去費用である。

[18] 名古屋高判昭和40年９月30日（高民集18巻６号457頁、判時435号44頁、判タ

以上のような様々な手法の中でも、特に「信頼利益」概念を用いる判断については、検討すべき問題があるように思われる。すなわち、「信頼利益」概念は、「瑕疵の不知」から出発し、賠償されるべき損害を「瑕疵を知ったならば、被ることがなかったであろう損害」と捉える。この概念を用いる上記のような裁判例の中では、信頼利益のうちの通常生ずべき損害が、代金額から瑕疵ある目的物の客観的取引価値を控除した残額を含むと判断されたが、なぜ「瑕疵の不知」により、このような減価分を賠償されるべき損害とされたかが説明されていない。

また、この「信頼利益」には、具体的にどのような損害が属するかの判断も曖昧である。例えば、土地に障害物・汚染物が存在する事案[19]において、東京地裁は、「瑕疵担保責任における損害賠償の範囲は、買主が目的物に瑕疵がないと信じたことによって生じた損害、すなわち信頼利益に限られると解されるところ、本件において、土地の瑕疵を除去するため、地中障害物の撤去ないし廃棄に要した工事費用が信頼利益に含まれるのは明らかである」とする。しかしながら、契約の無効を前提とした信頼利益説をとりながら、契約の有効を前提とするような完全履行のための必要費用を信頼利益に包含するという矛盾した状況がみられる。

さらに、中古建物に瑕疵があって、修補する必要がある場合に、修補期間中に発生する他所の賃借費用について、大阪地裁は次のような判断を行った。「同条（筆者：旧法570条、566条）の瑕疵担保責任に基づく損害賠償は、買主が瑕疵がないと信じたことによって被った損害の賠償（いわゆる信頼利益の賠償）を内容とするものであると解すべきところ、X（筆者：買主）の主張する損害のうち、これに該当するものはなく、右損害は、いずれも瑕疵のない履行がなされたなら買主が得たであろう利益（いわゆる履行利益）についてのものである。右履行利益の賠償は、売主の瑕疵担保責任を根拠としてはこれを認めることはできない」として、賃料相当額の損害賠償を瑕疵担保責任の損害賠償の範囲から排除した[20]。一方、建物内にシロアリの侵食による欠陥がある場合において、

184号132頁）。

[19] 東京地判平成14年９月27日（判例集未登載、LEX/DB28080755）。

[20] 大阪地判平成３年６月28日（判タ774号225頁）。

修補期間中の約３か月間の移転費用について、東京地裁は「X ら（筆者：買主）が本件売買契約における本件建物の瑕疵を知らなかったために被る損害（筆者：信頼利益）であるということができるから」、損害賠償の範囲に含まれると判断した[21]。このように、同じ修補期間中に発生した賃借費用について信頼利益に対する解釈の違いにより、瑕疵担保責任の損害賠償範囲に入るか否かが左右される。改正前に、学説上はすでにこのような瑕疵担保責任に基づく損害賠償の範囲を「信頼利益」により画定する裁判例に対して、「信頼利益」概念の曖昧さを指摘する見解が現れていた[22]。したがって、瑕疵担保責任に基づく損害賠償の内容について、上記の裁判例のように、「信頼利益」による制限、又は代金額から瑕疵ある物の価値を差し引いた残額による制限にこだわらず、裁判例を網羅的に調べ[23]、実際の「損害項目」について裁判例の判断傾向を抽出し、旧法における瑕疵担保責任と債務不履行責任との役割を改めて考える必要がある。

---

[21] 東京地判平成18年１月20日（判タ1240号284頁）。

[22] 古くより、星野・前掲注８）226-229頁を参照。最近の研究としては、潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣、2000年初版）345頁。同『契約各論Ⅰ－総論・財産権移転型契約・信用供与型契約－』（信山社、2002年）179-181頁。高橋真「判例講座 判例分析民法 探す・読む・使う（25）（26）（27）瑕疵担保責任における損害賠償の内容について（上）（中）（下）」法学教室319巻（2007年４月）113-120頁、320巻（2007年５月）110-116頁、321巻（2007年６月）107-114頁。中田裕康『債権総論　第四版』（岩波書店、2022年）189頁などがある。

[23] 改正前の先行研究としては、以下のものがある。まず、売買契約における裁判例の分析を行った岡本詔治『損害賠償の範囲Ⅰ（総論・売買）』（一粒社、1999年）は、動産売買を中心に、債務不履行全般（履行不能、履行遅滞を含む）における損害賠償の範囲を損害項目分析の視点により、整理したものである。次に、瑕疵担保責任の損害賠償範囲について、裁判例を取り上げ分析する研究としては、難波譲治「瑕疵担保の損害賠償範囲」野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、2009年）139-154頁、高橋・前掲注21）がある。そして、不動産（建築）瑕疵の紛争の裁判例を中心に損害を分析するものとしては、濱本章子・田中敦「建築瑕疵紛争における損害について」判タ1216号（2006年）39-56頁がある。

3 「損害項目」の分析に着目

このような検討は、新法の解釈にも有用であると考えられる。新法において、瑕疵担保責任が債務不履行責任に統合されたため、不適合な目的物を購入した買主は、売主に対して、一般債務不履行の規定（415条）に基づき、損害賠償を請求できる。それゆえ、買主は、信頼利益ではなく、履行利益まで、請求することができる。そうすると、旧法のもとで、瑕疵担保責任に基づき、「信頼利益」や「減価分」により認められてきた損害が、新法のもとで、どのように認定されるかが問題となる。そこで、旧法における裁判例から抽出した「損害項目」の分析を通して、瑕疵担保責任の役割を明らかにした上で、新法における不動産売買契約の不適合責任によって、買主に生じた損害がどのように賠償されるかという課題について検討する。すなわち、本稿は、旧法における不動産売買の裁判例から抽出した「損害項目」に着目しつつ、契約不適合責任に一元化された新法のもとでの買主の損害の認定基準について検討するものである。

第2節　台湾法の視点

上述のように、日本の旧法下では、不適合ある不動産売買契約の紛争については、瑕疵担保責任による解決が一般的だった。しかし、瑕疵担保責任に基づく損害賠償の内容の画定基準が定かでないという問題があった。この問題に対して、上述のとおり、「損害項目」の分析を通して、裁判例の傾向を導き出すことによって、瑕疵担保責任と不完全履行責任の役割を明らかにできると期待される。しかし、瑕疵担保責任の役割をさらに明らかにする上で、瑕疵担保責任制度が設けられている諸外国の法制度との比較が有益であると考えられる。そこで、本稿では、瑕疵担保責任規定を有する台湾法を取り上げ、日本法と比較することにする。

台湾民法の規定によると、売主は、目的物の危険が移転する時を基準として、価値減損の瑕疵、効用減損の瑕疵、保証品質の瑕疵がないように担保しなければならない（台民354条）。ここでいう危険移転時とは、目的物の引渡しの時である（台民373条）。そして、目的物に価値減損の

瑕疵及び効用減損の瑕疵が存在する場合には、売主の帰責事由を問わず、原則として、買主には代金減額請求権と契約解除権が与えられる（台民359条）。さらに、売主が保証した品質が目的物に備わっていない場合には、買主には不履行による損害賠償請求権が与えられる（台民360条前半）。また、売主が故意に瑕疵を告げなかった場合にも不履行による損害賠償請求権が与えられる（台民360条後半）。以上が担保責任の規定であるが、さらに、台湾民法においては、目的物の瑕疵について売主に帰責事由がある場合には、売主は不完全給付という債務不履行の類型に基づいて損害賠償責任を負う（台民227条）。台湾民法は、物の瑕疵に対する代金減額請求権[24]の規定がない日本の旧法とは異なるが、裁判例における「損害項目」を詳細に検討すると、買主が被った様々な「損害項目」は日台で共通しているところがあると思われる。それらの「損害項目」に対して、瑕疵担保責任に基づく代金減額請求または損害賠償請求、そして債務不履行（不完全給付）に基づく損害賠償請求により、裁判所がどのように応じるかという傾向は、裁判例の分析を通して導き出すことができる。そこで、日台の裁判例を対比・分析すれば、瑕疵ある不動産売買における損害賠償に関する日本の裁判例の理解について、一定の示唆が得られると考えられる。

したがって、本稿は、まず、台湾における瑕疵担保責任と債務不履行責任との関係を検討しながら、不動産売買において目的物に瑕疵がある場合に、それにより生じた損害の各項目に関して、裁判例の判断基準を取り出す（第２章）。そして、日本の裁判例を取り上げ、共通する損害項目に関して、裁判例の判断傾向を抽出する。そこでは、台湾法の判断基準と対比しながら、瑕疵ある不動産売買の事案において、日本の瑕疵担保責任又は債務不履行責任がどのように機能してきたかを論じる。そして、これまで裁判例において判断されてきた「損害項目」が、日本の新法のもとで、どのように位置づけられるかについて試論を提示する。さらに、新法とこれまでの裁判例との整合性を論じながら、新法に対す

[24] 台湾法における代金減額請求権の性質については、請求権説と形成権説があるが、通説は、形成権説である。その算定方法は、［第２章第１節第４款１（１）ウ］で説明する。

る評価を試みる（第３章）。最後に、本稿に残された課題を提示する（第４章）。

第２章　台湾法

第１節　台湾民法の沿革と現行法

第１款　中華民国民法典成立の経緯

台湾における債権法を紹介する前に、まず、現行台湾民法の成立過程を概観する。

台湾の現行民法は、中国において1929年に成立した中華民国民法（以下、1929年法）が1945年より台湾で施行されたものである。1945年、中国の国民政府は、戦勝同盟国を代表して日本統治下の台湾を接収し、同年10月25日より「中華民国法制」を台湾に施行した[25]。「中華民国法制」における民法の成立は、清朝にさかのぼる。清朝以前、中華法系には、民法典が存在していなかったが、清朝の末になると、西洋各国の影響を受け、改革や革命をきっかけに、民事法の制定が開始されている。1912年に中国の国民政府が成立するまでに、まず、1911年（清朝宣統３年）に一回目の民律草案（大清民律草案、以下、第一草案）が生まれ、そして、1925年（民国14年）に二回目の民律草案（民国民律草案、以下、第二草案）が起草されている。しかし、政局が不安定であったため、これらが施行されることはなかった。中華民国の国民政府は、1927年から、民法典の制定を始め、同年より民法の各編を順次施行した。この中華民国民法は第一草案と第二草案を引き継ぎ、各学説の長所と各国の立法例を参照し、当時の国の状況に合わせて、作られたものであった[26]。

台湾で施行された中華民国民法典は第一と第二草案をもとにしたものであるので、この二つの民律草案の起草及び中華民国民法典の成立までの経緯について、以下で簡単に紹介する。第一草案の制定については、

[25] 蔡秀卿・王泰升編『台湾法入門』（法律文化社、2016年）８頁。
[26] 潘維和『中國歷次民律草案校釋』（漢林出版社、1984年）85頁。

次のような経緯がある。清政府が1907年（清朝光緒33年）に沈家本、俞廉三、英瑞を修訂法律大臣として任命し、彼らに民律の制定作業を担わせた。翌年（1908年）、沈家本は日本の法学者志田鉀太郎と松岡義正を招き、民律の起草を行った。この民律は、東西各国（例えば、日本、ドイツ）の立法例を参照しながら、中華法系固有の特徴も考慮し、地方の慣習も広く取り上げ起草したものである。1911年（清朝宣統３年）、大清民律草案（第一草案）が完成した。総則、債権、物権は松岡義正が起草し、家族法と相続法は中国人の法学者が起草した。第一草案は、全体としてドイツ、日本、スイスの立法例を倣ったものであった[27]。

その後、辛亥革命の成功に伴い、1912年に、民国政府（北洋政府）が成立した。第二草案は、この民国政府の時期（1912年－1928年）に作られたものである。この時期の法典編纂事業[28]については、まず、法典編纂会が設けられたが、1914年２月民国政府は法典編纂会を廃止し、法律編査会を設立した。当会は司法部に属することとなった。法律編査会は、翌年、民律家族編草案を編成した。1918年７月、司法部は修訂法律館を設置した。当館は、1925年から1926年にかけて、第一草案を参考し、民商事の慣習を調査しながら、各国の最新の立法例を参照した上で、民律総則、債、物権、家族、相続の草案を作成した。これが第二草案である。第二草案は概ね、第一草案を修正して、完成させたものである。総則編と物権編については変更箇所が比較的少ない。他方、債権編は債編に変更され、スイスの債務法も参照された。しかし、この草案も政局不安定のため、正式の民法典になることはなかった[29]。

1925年（民国14年）には国民政府（国民党により樹立された政府）が成立し、五院（行政、立法、司法、監察、考試）制が敷かれた。これらのうち、立法院は1927年に設立され、当院に民法起草委員会が設置された。

---

[27] 潘・前掲注26）17-23頁。

[28] この時期における詳しい歴史の変遷は、西英昭「北洋政府期法典編纂機関の変遷について－法典編纂会・法律編査会・修訂法律館－」法政研究（九州大学法政学会）83巻３号（2016年12月）453-483頁、同『近代中華民国法制の構築：習慣調査・法典編纂と中国法学』（九州大学出版会，2018年）11-33頁を参照。

[29] 潘・前掲注26）28-31頁。

起草委員は傅秉常、焦易堂、史尚寛、林彬、鄭毓秀（後継者は王用賓）である。民法第一編総則については、同年２月１日から、中央政治会議第198次会議議決の民法総則原則[30]に従い、起草作業が始められた。３か月後には、民法第一編総則の起草が完成し、草案は同年４月20日に立法院の会議によって承諾され、同年５月23日に公布された（同年10月10日施行）。債編については、中央政治会議第183次会議議決の民法債編立法原則及び編訂民商法統一法典議決案に従い、起草作業が始められた。1929年11月５日に、草案は立法院の会議によって承諾され、同年11月23日に公布された（1930年５月５日に施行）。次に、物権編は、中央政治会議202次議決の民法物権編立法原則に従い、起草された。草案は1929年11月５日に立法院の会議によって、承諾され、同年11日30日に公布された（1930年５月５日に施行）。最後に親族編と相続編は、各地の習慣を調査しながら、より慎重に進められた。元北京司法部は習慣についての調査を整理し、外国法を参照し、中央政治会議第236次会議で承諾された立法原則に従い、1930年の初秋に起草作業が開始されている。両編の草案は立法院の承諾によって、同年12月26日に公布された（1931年１月24日に施行）。これらの民法は、1945年から台湾で施行されているものである。

第２款　第一民律草案と第二民律草案における売買目的物に瑕疵がある場合の規律

特定物売買の目的物に瑕疵がある場合、売主は瑕疵担保責任を負うが、同時に債務不履行責任も負うか否かについては、多くの議論がある。そのため、台湾民法においては、瑕疵担保責任を論じる際に、契約責任の一般的類型である不完全給付責任との関係について論じられることが多い。1999年改正後の現行民法（以下、1999年法）では、不完全給付という債務不履行の類型が明文で規定された（台民227条）。しかし、下記の

[30] 国民政府時期の立法において、法律草案を作成する前に、「立法原則」又は「立法政策」を先立って決めなければならないという特徴がある。潘・前掲注26）100頁を参照。

ように、民法債編が1999年に改正される以前は、不完全給付の債務不履行類型が民法において規定されているか否かについて議論されていた。したがって、不完全給付という債務不履行の類型は存在したか否か、そして瑕疵担保責任との関係はどうかという問題の起源を探るためには、まず、瑕疵担保責任及び不完全給付責任に関して、1929年中華民国民法債編の参考となった第一草案、第二草案の規定[31]を概観する必要がある。

1　瑕疵担保責任について

（1）第一草案

まず、第一草案においては、567条が物の瑕疵担保責任の成立を定めている。第一草案567条は、売主は買主に対して、売買の目的物の危険が買主に移転する時に、その物の価額が喪失若しくは減少する瑕疵がないことを担保しなければならないと規定する（1項）。また、その物の通常又は約定使用の用法（筆者：効用）によって、滅失若しくは減少の瑕疵がある場合にも1項が適用される（2項）と規定する。また、第一草案568条は、売主は危険移転時に目的物の性質を担保（確保）しなければならないと規定する。

そして、瑕疵担保責任の効果については、担保責任を負う売主に対して、買主は契約の解除、又は減少した代金額の請求ができる（第一草案571条）。さらに、性質の担保責任を負う売主又は故意に瑕疵を告知しなかった売主に対して、買主は契約の解除又は代金減額に代えて、不履行の損害賠償を請求することができる（第一草案572条）。売買契約においては、特に契約解除について、特別な規定が設けられている。すなわち、

---

[31] 台湾法の関連条文は、本号掲載分の文末に「資料　台湾法の関連条文」としてまとめておく。本稿において、第一草案及び1929年の中華民国民法の日本語訳は、前田達明『史料民法典』（成文堂、2004年）に基づく。中国語版は、潘維和・前掲書を参照。1929年の中華民国民法の日本語訳は、また、張有忠『日本語訳　中華民国六法全書』（日本評論社、1993年）、我妻栄『中華民国民法　債権総則』（中華民国法制研究会、昭和8年）同『中華民国民法　債権各則（上）（下）』（中華民国法制研究会、1934年）がある。第二草案は、日本語の訳文が見当たらないため、筆者の訳による。

売買目的物の瑕疵により売買契約が解除された場合に、売主は買主に対して契約の費用を賠償しなければならない（第一草案577条）。

また、買主の失権について、二つの規定が設けられている。一つは、買主が目的物に瑕疵があることを知って受領する場合に、受領時に第一草案571条と572条の権利（代金減額請求権、契約解除権、損害賠償請求権）を留保しなければ、その権利を失うという規定（第一草案573条）である。もう一つは、瑕疵を主張する買主に対して催告により契約解除の期間を売主が設けた場合に、買主は、期間内に契約を解除しなければ、その権利を失うという規定（第一草案574条１項、２項）である。

さらに、第一草案には、不動産の面積に対する担保責任についての規定がおかれている。それが第一草案578条の規定である。同条は、不動産の売主は、買主に対して一定の面積を担保（確保）する場合に、品質の担保の責任と同様の責任を負うと規定する。ただし、契約の解除は、面積の不足により買主にとって利益がない場合に限られる。

（2）第二草案

第二草案は、物の瑕疵担保責任の成立について、売主は買主に危険が移転する時に、目的物の価額の喪失若しくは減少という瑕疵がないこと、又は担保した性質があることを担保すると規定する（第二草案442条１項）。そして、目的物の用益（筆者：効用）の滅失若しくは減少という瑕疵がある場合にも同様であると規定する（同条２項）。

物の瑕疵担保責任の効果については、明確な条文がない。しかし、買主の契約解除権については、売主は、瑕疵があると主張する買主に対して、期間を定めて、期間内に契約を解除することを求めることができ（第二草案445条１項）、買主は、その期間内に契約を解除しない場合に、権利を喪失する（第二草案445条２項）とする規定がある。また、買主の損害賠償請求権については、目的物に瑕疵があるため、契約が解除された場合に、売主は買主に対して、契約から生じた費用を賠償すべきである（第二草案446条）とする規定がある。

（3）二つの民律草案の相違点

第一草案と第二草案をみると、物の瑕疵担保責任の成立について、価

額の喪失若しくは減少の瑕疵、性質を欠く瑕疵、効用の滅失若しくは減少の瑕疵の担保についてそれぞれ規定されており、両者はほぼ同じ内容である。

しかし、その効果については、二つの草案の規定は異なっている。第一草案は、特定物の売主が物の瑕疵について担保責任を負う場合には、代金減額請求又は契約解除の権利を買主に与えている。さらに、性質の担保と故意の瑕疵不告知の場合において代金減額又は契約解除の代わりに不履行による損害賠償を請求する権利も買主に与えている。しかし、第二草案は、特定物の売買における代金減額の規定をおかず、買主が瑕疵を主張するときの、売主の買主に対する契約解除権行使の催告という規定のみをおく。そして、損害賠償請求権の規定もなく、契約解除後に売主の契約により生じた費用の賠償の規定があるのみである。すなわち、物の瑕疵担保責任の効果について、第二草案は、第一草案よりも効果が限定されていると見受けられる。

２　不完全給付責任について

第一草案においては、債権の効力の節において履行不能（給付不能）、履行遅滞（給付遅延）と受領遅滞（受領遅延）の規定が設けられているが、不完全給付に相当する規定は見当たらない。つまり、この時期の草案は不完全給付に相当する条文が債権編の規定に現れていなかったのである。不完全給付に相当すると思われる規定が現れるのは第二草案においてである。それが第二草案324条の規定である。

第二草案324条：「債務者が責任を負うべき理由によって給付しない又は不完全な給付を行った場合に、債権者は次の規定に基づき請求権を行使することができる。契約から生じる債の場合に、契約を解除することができる。

１号　給付の内容が意思を表示するものである場合に、裁判所に対して意思表示に代わる判決を求めることができる。

２号　他の作為による給付の場合に、債務者の費用で第三者が代わりにその行為を行うことを求めることができる。

３号　不作為による給付の場合に、債務者の費用で、その行為を除去

することを求めることができる。（１項）

前項の場合において、債権者は損害賠償も請求することができる。（２項）」

第３款　1929年中華民国民法債編と1999年債編改正

1945年に台湾で施行された1929年中華民国民法の債編は、３回の改正を経て、現行の規定に至っている。そのうち、1999年の改正は大幅なものであるが、本稿と関わる売買契約の瑕疵担保責任の規定は、時効の規定を除き、改正されていない。大きな変更は、1999年法の227条により、不完全給付の債務不履行類型が明文で規定されたことである。以下、瑕疵担保責任と不完全給付責任との新旧条文の構造及び当時の立法、改正理由を説明する。

１　瑕疵担保責任－特定物を中心に

（１）立法理由及び立法例

現行の瑕疵担保責任の規定は、第二草案をもとにしたものではなく、前記の第一草案から引き継がれたものである。それは、当時の立法理由からみれば、明らかである。

現行台湾民法の規定が、売主に担保責任を負わせるのは、価値減損の瑕疵、効用減損の瑕疵（台民354条１項）、品質保証の瑕疵（台民354条２項）がある場合である。この物の瑕疵に関する台民354条は、第一草案567条と568条とに倣ったものである。つまり、台民354条の立法理由[32]をみると、第一草案567条の起草理由[33]において、取引上の誠実及び信用を維持するために、売買の目的物の価値又は通常の効用に滅失若しくは減少の瑕疵がある場合に、売主に法律上の担保責任を負わせるべきで

[32] 台湾法務部のオンライン法令データベースによる。https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LSID=FL001351&LawNo=354

[33] 第一草案における瑕疵担保責任規定の起草理由は、『中華民国民法制定資料彙編』司法行政部印行（1976年６月）489-499頁を参照。

あると書かれているため、台民354条１項が設けられたと述べられている。また、台民354条の立法理由では、第一草案568条の起草理由において、売買の目的物の品質瑕疵に関して、その品質を特約で担保する場合に限って、売主に担保責任を負わせると書かれているため、台民354条２項が設けられたと述べられている。

瑕疵担保責任の効果規定である台民359条、360条に関する立法理由は、次のようになる。台民359条[34]によれば、物の瑕疵があるため、前５条の規定（筆者：瑕疵担保責任の成立要件に関する規定。下の条文構造において、さらに説明する。）により担保責任が発生する場合に、買主は、目的物を売主に返還し、売買契約を解除するか、又は目的物を受け取り、代金減額を求めるかを選択することができる。しかし、売買の状況により、契約解除が著しく不公平である場合、例えば、特定の場合にしか利用しない物であるため、契約解除により、売主が他に売却するのが困難となる場合、買主は契約を解除することができず、代金減額のみ請求できる。なぜならば、買主の利益を保護しながら、売主の利益も考慮すべきだからである。そして、台民360条の立法理由[35]は、第一草案572条の起草理由と同じである。すなわち、「売主が目的物の品質について特約で担保する場合に、それにより生じたすべての結果を担保するとみなす。したがって、買受人は、契約解除又は代金減額の請求の代わりに、不履行の損害賠償を請求でき、売主が瑕疵を知りながら、故意に買受人に告げない場合にも、契約解除又は代金減額の請求の代わりに、不履行の損害賠償を請求できるという規定を設け、買受人の利益を保護する」。

このように、現行台湾民法における物の瑕疵担保責任の規定は、第一草案の規定を参照しながら設けられたことがわかる。前述のとおり、第一草案の作成において、日本人が招聘され草案の起草に携わった記録が残っているが、瑕疵担保責任及び不完全給付責任の規定に対して、日本法が当時の起草過程にどれほど影響を与えたかに関する資料は見当たら

---

[34] 前掲注32。https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LSID=FL001351&LawNo=359

[35] 前掲注32。https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentExtent.aspx?lsid=FL001351&LawNo=360

ない。しかし、京師法律学堂（清朝で初めての公立法律学校）で教鞭をとっていた松岡義正[36]は、日本において、物の瑕疵の救済に対して準用した（旧）日民566条に代金減額請求がないことを批判する立場をとっている。つまり、松岡が、日本の瑕疵担保責任規定について、「損害賠償を認めたのに、代金減額を認めないのは不可解である」[37]と述べた記録が残っている。それ故、第一草案の債権編の起草にも携わった松岡は、日本法の状況を避けて、物の瑕疵について、代金減額請求の規定を設けたと推測されうる。

（2）現行条文の構造

まず、瑕疵担保責任に関する現行台湾民法の構造を紹介しよう。売主には目的物を買主に「交付する」義務がある（台民348条）。ここで交付するとは、引き渡すことである。そして、売主は、目的物（特定物）の引渡時に目的物に「瑕疵」がないことを担保しなければならない（台民354条・373条）。この担保に反して目的物に瑕疵があった場合に問題となるのが、売主の瑕疵担保責任である。その効果は、台民359条・360条が定める（契約解除、代金減額請求、損害賠償請求）。ただし、買主が契約締結時に瑕疵を知っていた場合（台民355条）や買主が検査通知義務に違反した場合（台民356条・357条）など、一定の場合には、売主は瑕疵担保責任を負わない。また、売買瑕疵担保責任の時効に関する規定もある（台民365条）。

以下、「瑕疵」の種類から順に説明する。

ア　瑕疵の種類

台民354条は、「物の売主は、買主に対してその物について第373条（筆者：引渡しの時に目的物の危険を買主に移転する規定）によって危険が

---

[36] 熊達雲「松岡義正と北京『京師法律学堂』における民事法の教育について」法学論集（山梨学院大学）72巻（2014年３月10日）151頁を参照。

[37] 熊元楷編『民法債権　総論各論』（安徽法學社、1914年）113-114頁。この本は、松岡義正氏が清政府に招聘された際に担当した講義をもとに、まとめられたものである。

買主に移転する時に、その価値を減［喪］失若しくは減少する瑕疵のないこと、及びその通常の効用又は契約に予定した効用を滅失若しくは減少する瑕疵のないことを担保しなければならない。但し減少の程度が重要でないときは、瑕疵とみなすことができない（１項）。売主は併せてその物が危険移転の時において、その保証した品質を備えることをも担保しなければならない（２項）」と規定する。

つまり、売主は、目的物に「価値減損の瑕疵」、「効用減損の瑕疵」、「品質保証の瑕疵」[38]がないことを担保する責任を負う。価値減損の瑕疵は、当事者の意思と関係なく、例えば、目的物である車のボディに傷がついている場合（取引価値の減少）がそれにあたる。品質保証の瑕疵は、売主が保証した品質が備わっていない場合であり、当事者の意思に依拠する。効用減損の瑕疵は、価値減損の瑕疵と品質保証の瑕疵との中間に位置し、例えば、目的物である車のアクセルの反応が鈍い場合（正常な走行に支障が生じる）がそれにあたる。

なお、これらの瑕疵の種類によって、法律上の効果も異なる。どの瑕疵も、契約解除と代金減額請求の根拠となるが（台民359条）、品質保証の瑕疵があった場合には、それに加えて損害賠償請求も認められる（台民360条）[39]。

イ　瑕疵担保責任の免除

目的物に瑕疵があっても、売買契約が成立した当時における買主の瑕疵についての認識、買主が受領時の検査・通知義務を果たしたか否かなどによって、売主が瑕疵担保責任を免れる場合がある。

まず、買主が契約成立当時に瑕疵を知っていた場合に、売主は瑕疵担保責任を負わない（台民355条１項）。買主が重大な過失によって瑕疵を知らなかった場合にも、（売主の品質保証違反でないかぎり）売主は、瑕疵担保責任を負わない（同条２項）。しかし、売主が故意に物の瑕疵

[38] 本稿は、台民354条１項の条文構造にそって、それぞれの瑕疵類型を、「価値減損の瑕疵」、「効用減損の瑕疵」、「品質保証の瑕疵」とする。各類型の詳細な説明は［本節第４款１（１）イ（ア）］を参照。

[39] 邱聡智著・姚志明校訂『新訂債法各論（上）』（元照、2002年初版）95-96頁

を告げなかった場合に、瑕疵担保責任を免れない（同項但書）。

次に、買主は、目的物の性質に従って受領した物を検査し、売主に瑕疵を直ちに通知する義務を負う（台民356条１項）。買主が売主への通知を怠った時は、その瑕疵が通常の検査によって発見できないものである場合を除き、その物を受領した物を「承認した」と認めたものとみなされる（同条２項。通常の検査によって発見できない瑕疵であっても、発見後、直ちに売主に通知しなければ「承認」したものとみなされる。同条３項）。その結果、買主は売主の瑕疵担保責任を追及できなくなる。ただし、売主が故意に瑕疵を告げなかった場合には、買主の通知義務の規定は適用されない（台民357条）。

最後に、権利行使の期間制限もある。すなわち、買主が、瑕疵を売主に通知した時から６か月、または、目的物の交付時から５年を経過して権利行使をしない時には、その権利は消滅する（台民365条）。

ウ　瑕疵担保責任の責任内容

瑕疵担保責任の内容は、原則として、契約解除と代金減額請求である（台民359条）。買主は、契約解除の代金減額のいずれかを選択して行使することができるが、「事情による契約の解除が明らかに公平を失するとき」には、代金減額のみを請求することができる。

また、「品質保証の瑕疵」の場合には、買主は契約解除と代金減額を選択することなく、損害賠償を請求することもできる（台民360条前段）。売主が故意に物の瑕疵を告げなかったときも同様である。（同条後段）。「価値減損の瑕疵」と「効用減損の瑕疵」については、損害賠償請求は認められない。

２　不完全給付責任

（1）条文の構造と沿革

台湾民法には、給付不能（履行不能）と給付遅延（履行遅滞）の類型に関する明文上の規定（台民225条、226条、229条以下）がある。1999年債編改正以前から、不完全給付という債務不履行の類型が存在したことについては、学説上、異論はない。しかし、不完全給付という債務不履行

の規定が存在しているか否かについては議論があった。つまり、改正前227条は、「債務者が給付をしないか、又は完全な給付をしないときは、債権者は、裁判所に強制執行及び損害賠償を請求することができる」[40]という規定である。そこにおける、「完全な給付をしない」というのが不完全給付という債務不履行類型を指しているのかどうかをめぐって、議論されていた。学説の議論については、［本節第４款１（２）］において説明する。

改正前227条の規定は、1999年の債編改正によって、一新された。現行の227条は、次のように規定する。「債務者の責に帰すべき事由により、不完全給付が生じた場合に、債権者は、給付遅延又は給付不能の規定に基づき、権利を行使することができる（１項）。不完全給付により、前項以外の損害が生じた場合に、債権者は、損害賠償を請求することができる（２項）。」1999年の債編改正理由では、不完全給付について、実務と通説とがこれまで認めてきたものを明文化したと説明されている。より詳細な改正理由は、具体的に５つにまとめることができる[41]。①債権者の執行裁判所に対する執行請求権については、債編に規定すべきではない。したがって、その部分（筆者：強制執行に関する内容）を取り除く。②改正前227条に定められた「給付をしない」とは、学説間で論争があり、給付遅延の規定であると主張する学説もあれば、「給付拒絶」であると主張する学説もある。その争いをなくすために、「給付をしない」という文言を削除した。③債務不履行の類型は、消極的な債務違反である給付遅延と給付不能以外に、積極的な債務違反である不完全給付という類型もある。すなわち、債務者の帰責事由によって、債務の本旨に従わない給付を提供するものである。このような類型が存在することは、既に通説が認めており、裁判例も認めている。したがって、不完全給付の類型を規定する。④不完全給付には、瑕疵給付と加害給付がある。瑕疵給付については、本来の債務の不履行による損害が発生し、さらに、その不完全な状態を追完できる場合に、債権者は給付遅延の法原則に基づき、権利を行使できる。一方、その不完全な状態を追完できない場合に、債

[40] 前田編・前掲注31）の訳文である。

[41] 立法院公報88巻13期（1999年）291-294頁。

権者は給付不能の法原則に基づき、権利を行使できる。⑤不完全給付における加害給付の場合は、本来の債務の不履行による損害のほかに、さらに履行利益を超える損害が発生する。この場合、被害者（債権者）は不法行為に基づき損害賠償請求ができるが、被害者（債権者）は加害者（債務者）の過失について立証しなければならないため、被害者に対する保護が十分とはいえない。したがって、２項の規定を設け、債権者は履行利益のほかに生じた損害も不完全給付に基づき賠償を請求できるとする。

（2）不完全給付責任の効果

上記の改正理由説明において、④と⑤は不完全給付責任の効果についての説明である。④において、追完可能と追完不可能とを分けて、それぞれに給付遅延と給付不能の法原則を適用する。給付遅延と給付不能の法原則が適用されることによって、具体的にどのような効果が生じるのかを、次に説明する。

まず、追完可能の場合である。債権者は、受領時に瑕疵を発見した際に、目的物の受領を拒否することができ、受領遅滞の責任を負わない（台民234条及び237条以下）。また、債権者は、目的物を受領した場合に、瑕疵ある目的物の追完を債務者に対して求めることができる。履行期までに追完されなければ、債権者は債務者に対して遅延によって生じた損害を賠償請求することができる（台民227条１項による231条１項の準用）。しかし、債権者が賠償請求する損害は履行利益を超えることができない。履行利益以外の損害、すなわち加害給付による損害（瑕疵結果損害とも言う）については、227条２項の規定に基づき、これを請求することができる[42]。227条の改正理由の説明と学説によると、この加害給付による損害には２つの典型例がある。まず、売主が引き渡した鶏が病気にかかっており、その鶏の価値が減損した場合は、その損害は履行利益の損害である。もともと買主が所有していた鶏も感染によって死んだ場合は、履行利益以外の損害（加害給付による）である。また、機器の売主が機器の特殊な使用方法を買主に告知しなかったことによって、その機器の価値又は効用が減少した場合は、その損害は履行利益の損害で

[42] 姚志明『債務不履行－不完全給付の研究』（元照、2000年）89-94頁。

あり、一方、機器が爆発してしまい、買主の身体又は他の財産を傷つけた場合は、履行利益以外の損害（加害給付による）となる[43]。

また、追完不可能の場合には、給付不能の規定により、債権者は無催告で契約を解除することができる（台民227条１項による256条の準用）。ここの追完不可能には、客観的な不能だけでなく、債務者が追完しない、あるいは追完しても債権者に利益がない場合を含む。すなわち、給付が不完全な場合に、債権者は債務者に対して、一定の期間を定め、追完の催告をすることができる。一定の期間に、債務者が追完しなければ、追完不可能となり、債権者は契約を解除することができる（台民227条１項による254条の準用）。また、履行につき確定期限（いわゆる定期行為）があってそれが徒過している場合に、債務者が追完しても債権者に利益がないため、追完不可能となり、債権者は契約を解除することができる（台民227条１項による255条の準用）。以上の場合に、台民226条又は232条の準用（台民227条１項）により、債権者は、履行利益に限って、全部不履行の損害賠償を請求することができる。さらに、加害給付によって履行利益以外の損害が生じた場合に、債権者は、227条２項に基づき、その賠償を請求することができる。

以上が、不完全給付の規定によって給付不能と給付遅延の法原則を準用することの効果についての具体的な説明である。ここで留意すべきは、不完全給付による追完請求については、債務者の帰責事由が要件となっている[44]、ということである。

---

[43] 王澤鑑『民法學說與判例研究（三）』台灣大學法學叢書（25）（王慕華、2004年10月）76頁。

[44] 近時、売主が瑕疵のない物を給付する義務から出発し、帰責事由を問わず、買主の修補請求権を肯定すべきであると唱える見解が現れている。陳自強『契約違反与履行請求』（元照、2022年９月二版）171頁、歐陽勝嘉「買受人於瑕疵未獲補正時得否依不完全給付規定請求不履行之損害賠償」全國律師2019年11月号40頁などを参照。

第４款　瑕疵担保責任と不完全給付責任

１　学説の紹介

（1）瑕疵担保責任

ア　瑕疵担保責任の性質論

台湾における瑕疵担保責任は、無過失責任とされており、権利の瑕疵担保責任と物の瑕疵担保責任を含む。物の瑕疵担保責任において、とくに目的物が特定物である場合に、売主は瑕疵なき特定物を引き渡す義務があるか否かについて、見解が分かれている。本稿は、不動産である特定物の問題を取り上げるため、以下は、特定物売買に関する学説をまとめる。

特定物売買に関する学説は、一般的に、瑕疵担保責任の性質によって、担保説と履行説とに分かれている[45]。担保説は、売買契約においては、売主は瑕疵なき特定物を引き渡す義務がないとするものである。この立場によると、売主の給付義務は、引渡し当時の現状のままで特定物を引き渡すことにあるため、引き渡した目的物に瑕疵があっても、売主は給付義務を果たしており、義務に違反したとはいえず、債務不履行責任を負わない。売主が瑕疵担保責任を負うのは、法律上特別（付加的）な担保責任（法定責任）である。この説によると、売主が物の瑕疵担保責任を負うのは、代金と目的物との間に主観的均衡関係が存在しているためであり、目的物に瑕疵がある場合、買主の目的物に対する期待が果たされないため、契約正義の理念により、買主は代金減額又は契約解除を請求することができる。一方、履行説は、売買契約の売主には、買主に対して瑕疵なき特定物を引き渡す義務があり、目的物に瑕疵がある場合に売主は責任を負うとするものである。この立場によると、債務者は、債務不履行責任の原理に基づき、瑕疵担保責任を負う。すなわち、買主が

[45] 姚志明「物之買賣瑕疵擔保責任之研究」『融整法學的經驗與見證：邱聰智、張昌邦教授六秩華誕祝壽論文集』（元照出版、2006）165頁。黃立主編『民法債編各論（上）』（元照出版、2004）52-53頁。王澤鑑『民法学説與判例研究（六）』台灣大學法學叢書（59）（王慕華、2004年10月）120-121頁。

代金を支払う目的は、瑕疵なき目的物を取得することにあることが前提とされている。

通説は担保説をとると言われている[46]が、履行説も有力に主張されている[47]。履行説からは、担保説に対して次のような指摘がされている。「担保説における買主の正当な期待又は契約正義という概念は、売主に瑕疵なき目的物を引き渡す義務があることを避けるために作られたものである。もし、担保説が、代金と瑕疵なき目的物との対価均衡関係をその根拠とするならば、結局のところ、そのような均衡関係は双務契約における代金と瑕疵なき目的物との給付義務間の牽連関係を根拠とするものである。すなわち、特定物売買における瑕疵なき目的物を給付する義務は、実際のところ、担保説が暗黙の前提とするものである」[48]という評価である。

また、このような担保説と履行説という分類に対して、批判的な見解[49]も示されている。「ある問題に対処する際に、現行の法律規定から当事者の利益を衡量し、合理的な価値判断をすべきである。法律制度の性質から、一定の結論を導くことが適切であるとはいえず、概念法学的思考方式に陥りやすいため、よいと思わない」として、瑕疵担保責任の性質論に対して否定的な立場がとられている。

イ　瑕疵の判断について

（ア）瑕疵の類型

瑕疵の判断をめぐって、売主がどのような瑕疵について担保責任を負うかについては、民法上（354条）、次のように、具体的な瑕疵の類型[50]

---

[46] 姚・前掲注45）168頁、黄上峰「物之瑕疵担保制度研析－兼論法理面及実務面上的幾個問題」法令月刊57巻11期（2006年11月）11頁、陳自強『不完全給付與物之瑕疵－契約法之現代化 II』（新学林、2013年12月）149頁。

[47] 姚・前掲注45）170頁。

[48] 黄・前掲注45）55頁。また、同じような見解も呉光平「論買受人之瑕疵修補請求權」南台財經法學第九期（2022年９月）120頁において見られる。

[49] 王・前掲注45）121頁。

[50] 瑕疵の類型の説明は、鄭玉波『民法債編各論（上）』（三民書局、1997年）41-43頁、邱・前掲注39）　110-113頁、劉春堂『民法債編各論（上）』（三民書局、

が規定されている。それらの瑕疵類型の内容と判断基準は次のようになる。

Ⅰ　価値減損の瑕疵

台民354条1項によれば、売主は、目的物にその価値が喪失又は減少する瑕疵のないこと（以下、価値減損の瑕疵）を担保すべきである。物の価値は、交換価値と使用価値がある。前者の瑕疵は、ここでいう「価値減損の瑕疵」であり、後者の瑕疵は、次の類型である「効用減損の瑕疵」である。例えば、目的物である車のボディに傷がついている場合は、取引の価値が減少するため、「価値減損の瑕疵」にあたる。一方、目的物である車のアクセルの反応が鈍い場合は、車の使用価値が減少するため、「効用減損の瑕疵」にあたる。なお、「効用減損の瑕疵」に伴い、「価値減損の瑕疵」も発生するが、「価値減損の瑕疵」は必ずしも「効用減損の瑕疵」を伴わない。

Ⅱ　効用減損の瑕疵

台民354条1項によれば、売主は、目的物に効用の滅失又は減少の瑕疵がないことを担保すべきである（以下、効用減損の瑕疵）。「効用減損の瑕疵」は、使用価値の瑕疵を指す。同項によれば、「効用減損の瑕疵」は、さらに「通常効用減損の瑕疵」と「予定効用減損の瑕疵」とが分けられている。前者は、一般取引観念により備えるべき効用が損なわれる瑕疵である。例えば、新品の冷房から冷風が出てこないことや新品のスマートフォンのタッチパネルが反応しないことなどは、これにあたる。後者は、一般取引観念において当該効用はないが、当事者が契約により約定した効用が損なわれる瑕疵である。例えば、防寒ブーツを作るために、耐寒性－10度までの皮革を発注したが、完成したブーツが－5度で破れた場合は、これにあたる。

Ⅲ　品質保証の瑕疵

台民354条2項によれば、売主は、保証した品質を備えることをも担

2014年）48-51頁、林誠二『債編各論新解－体系化解説（上）』（瑞興圖書、2015年）116-117頁を参照。

保しなければならない。したがって、売主が目的物の品質に対して担保責任を負うのは、当該品質を保証する場合に限る。ここでいう品質の保証は、当事者の明示的な特約により保証した品質である[51]といわれているが、黙示担保責任の理論の発展に伴い、品質の保証には、明示的な保証だけでなく、黙示的な保証も含まれると主張する学説もある[52]。このように解釈すれば、品質の保証は契約に予定された効用と重なる部分が出てくる。そこで、両者を区別するために、「品質保証」の発生は、買主が売主による保証を契約の内容とする認識があり、かつ売主が保証の違反によるすべての結果に対する責任を引き受ける場合に限ると説明されている[53]。一方、両者の区別が困難である場合に、買主に有利な解釈をすべきであるとし、なるべく品質の保証と解すべきであるという見解がある[54]。なぜならば、買主が台民360条に基づき損害賠償請求ができるからである。

最後に、注意すべきなのは、価値減損の瑕疵と効用減損の瑕疵類型において、軽微な瑕疵、例えば、簡単に取り除けるものや瑕疵の存在期間が甚だしく短いなどの場合に、瑕疵があると認められない（台民354条１項但書）。一方、品質保証の瑕疵類型において、売主が品質について保証したからには、瑕疵が軽微であるか否かは関係なく、売主は、保証した品質に対する責任を負うべきであるとされる[55]。

（イ）瑕疵判断の基準

瑕疵の判断については、学説上、ドイツの学説が紹介され、主観説、

---

[51] 鄭・前掲注50）54-55頁、57頁、林・前掲注50）117頁。

[52] 邱・前掲注39）112頁、劉・前掲注50）50頁、黄・前掲注45）73頁、詹森林「買賣之物之瑕疵擔保－民法354條最近重要實務之評析」『買賣瑕疵擔保（二）』（元照、2019年）183頁。

[53] 蔡晶瑩「物之瑕疵的概念在買賣法上之適用」中原財經法學15期（2005年12月）245頁。

[54] 劉・前掲注50）51頁。

[55] 劉・前掲注50）51頁。しかし、台民354条１項但書の規定を品質保証の瑕疵の場合にも広く適用するという見解がある。この見解は、邱・前掲注39）113頁を参照。

客観説と主観－客観説という判断基準が提示されている[56]。主観説は、物の瑕疵は、売買契約の当事者が定めた目的及び内容により判断すべきであると考える立場である。この立場は、物の実際の状態が契約に定められた状態又は当事者の合意により通常有すべき状態に合致せず、物の価値が滅失又は減少している場合に、瑕疵があると考える。客観説は、瑕疵があるかどうかは、契約の内容によることではなく、当該目的物に属する種類の客観的な通常状態により、判断する立場である。主観－客観説は、物の瑕疵は、当事者が特別に約定した使用目的（主観的瑕疵概念）と当事者の意思において当該種類の物の一般的に備えるべき客観的な特徴（客観的瑕疵概念）を合わせて判断すると考える説である。つまり、まず、契約当事者の主観的な意思を問い、当事者の意思が不明な場合に、その物の通常の性質により、瑕疵にあたるか否かを判断する。この主観－客観説は、主観説と実質上異ならない。両者とも、当事者の意思による通常の効用を瑕疵の有無の判断基準としているからである。

上記の瑕疵の類型によれば、「価値減損の瑕疵」及び「通常効用減損の瑕疵」は、客観説によって判断されるといえる。そして、「契約に予定された効用の瑕疵」及び「品質保証の瑕疵」は、主観説によって判断されるといえる。したがって、瑕疵にあたるか否かを、客観説のみならず、主観説により判断するのが、一般的であると言われている。

ウ　瑕疵担保責任の効果－代金減額及び損害賠償について

売買瑕疵担保責任の効果について、売主が「価値減損の瑕疵」又は「効用減損の瑕疵」の担保責任を負う場合に、買主は、台民359条により代金減額と契約解除を求めることができる。そして、売主が品質保証の担保責任を負う場合に、買主は、台民360条により、代金減額請求又は契

[56] 王澤鑑「出賣之物数量不足、物之瑕疵、自始部分不能與不当得利－民法第三六五条短期時効（或除斥期間）的規避」月旦法学雑誌第15期（1996年８月）104-105頁。王教授は、ドイツの学説を参照しながら、物の瑕疵の判断を説明する。原典は、Asser, Schuld-recht Band II, Besonderer Teil, 7. Aufl. 1991, S.66; Fikentscher, Schuld-recht, 8. Aufl. 1992, 424; Larenz, Schulrecht Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13 Aufl. 1986, S.36f.。また、黄・前掲注45）63-65頁、蔡・前掲注53）234-244頁を参照。

約解除をせずに、不履行の損害賠償を請求することができる。

（ア）代金減額請求について

Ⅰ　代金減額請求権の性質

代金減額請求権の性質については、請求権説をとる見解[57]があるが、形成権説[58]は、多数説である。形成権説によると、代金減額請求権は、買主の一方的な意思表示により、行使できるため、売主の承諾を要しない[59]。そして、買主が売主に対する代金減額の意思表示により、売買の代金は縮減される[60]。

Ⅱ　代金減額の算定

代金減額の算定方法については、学説上、まず、売買当時における瑕疵がある物と瑕疵がない物との差額を減額代金とする見解（甲説）[61]がある。そして、売買当時に瑕疵がある物の価額と瑕疵がない価額との比率をとり、代金からその部分を減額する見解［減額代金＝約定の代金×（1－瑕疵ある目的物の価値／瑕疵なき目的物の価値）］（乙説）[62]もある。学説上、乙説が多数説とされている。なぜならば、その減額代金が本来の契約関係を維持するからである。したがって、契約締結時に形成された給付と反対給付との均衡関係を維持すべきであり、代金減額によりその関係が影響されないため、乙説をとるべきであると説明される。また、ドイツの見解を引用して、代金減額の算定が困難であることから、減額

---

[57] 梅仲協『民法要義』（1963年10月）255頁を参照。

[58] 史尚寛『債法各論』（1981年）35頁、鄭・前掲注50）53頁、黄茂栄『買売法』（2002年５月）426頁以下、邱・前掲注39）121頁、劉・前掲注50）67頁。

[59] 史・前掲注58）35頁。また、最高法院72年台上字4694号判決を参照。

[60] 劉・前掲注50）67-68頁。

[61] 鄭・前掲注50）53頁。また、実務上、この説をとるのは、例えば、最高法院72年（1983年）台上字726号判決がある。

[62] 史・前掲注58）38-39頁、邱・前掲注39）121頁、黄（茂）・前掲注58）659頁、黄・前掲注45）123-124頁、姚・前掲注45）182頁、林・前掲注50）146頁、劉・前掲注50）68頁。また、実務上、この説をとるのは、例えば、最高法院99年（2010年）台上字1972号判決がある。

代金は瑕疵を修補する費用であるとする説明（丙説）[63]もある。

瑕疵担保責任により買主は売主に対して修補費用を請求できるかどうかは、買主に瑕疵修補請求権があるか否かによると考えられるが、台湾においては、修補費用請求[64]についての議論は見当たらない（下記で検討するように、瑕疵担保責任による代金減額で修補費用の填補を認める裁判例はある）。しかし、瑕疵担保責任においては、瑕疵修補請求権の規定が設けられていないため、物の瑕疵に対して、買主に瑕疵修補請求権があるか否かについて、学説上、争いがある。原則として、売主に修繕義務はないため、買主の瑕疵修補請求権を否定するが、修理しやすい瑕疵である場合に、売主に修補権を認める見解（①）[65]、売主に瑕疵なき目的物を引き渡す義務があり、買主の瑕疵修補請求権を認めても売主にとって不利なことがないため、瑕疵修補請求権を認める見解（②）[66]、買主の瑕疵修補請求権を否定する見解（③）[67]がある。そのうち、②の見解において、修補請求権の規定がおかれていない瑕疵担保責任の条文構造から、瑕疵修補請求権が認められるのは、困難であるとされているが、不完全給付責任の規定から、売主の瑕疵なき引渡義務を肯定した上で、瑕疵修補請求権を認めるべきとした見解がある[68]。そうすると、瑕疵が

---

[63] 姚・前掲注45）182頁。原典は、Medicus, Schuldrecht II, Besonderer. 8. Aufl., §74 Rn.55。

[64] 修補費用請求に関しては、請負契約の瑕疵担保責任において規定がおかれている。すなわち、引き渡された仕事に瑕疵がある場合に、注文主は、請負人に対して、期間を定めて修補請求ができる（台民493条1項）。そして、請負人がその期間内に修補しない場合に、注文主は、自分の費用で修補し、請負人に対してその費用の償還を求めることができる（同条2項）。請負の瑕疵担保責任に基づく修補費用の償還請求については、本稿の射程外であるため、規定の紹介にとどまる。

[65] 史・前掲注58）45-46頁。

[66] 邱・前掲注39）132頁。姚・前掲注45）195頁、陳・前掲注44）187頁、劉・前掲注50）86頁、歐陽・前掲注44）40頁。

[67] 王・前掲注45）136-139頁。郭麗珍『瑕疵損害、瑕疵結果損害與継続侵蝕性損害－契約法與侵権行為法隣接範囲之釐清與責任基礎之探討』（翰蘆圖書、1999年5月）15頁、楊芳賢『民法債編總論（下）』（三民、2017年1月）170頁、

[68] 陳自強「買賣物之瑕疵債務不履行一般規定之適用」『買賣瑕疵擔保』（元照、

修補不可能な場合（修補不能、売主は修補しない又は修補しても買主に利益がない場合を含む）に、修補費用相当額は、不完全給付に基づく損害賠償（227条１項による226条又は232条の準用）により認められる余地がある[69]。

修補費用相当額の賠償は、上記のような理論的構成により認められうるが、実務上では、本稿で検討された裁判例から見れば、修補費用相当額は、瑕疵担保責任に基づく代金減額の算定にあたって考慮されるものが多数あると伺える。

（イ）損害賠償請求の特別な要件とその範囲

物の瑕疵によって生じた損害は、一般的に、瑕疵損害と瑕疵結果損害とに分類されている。前者は、目的物の瑕疵によって、買主が被った履行利益（給付利益ともいう）の損害である。すなわち、瑕疵によって目的物が減少した価値、瑕疵がなければ得られたであろう利益（逸失利益）などである。後者は、物の瑕疵によって生じた履行利益以外の完全性利益（台湾法では固有利益という）の損害を指す。例えば、〔本章第１節第３款２（２）〕に挙げられた例において、病気のある鶏を引き渡された買主が被った鶏の価値減損分は、瑕疵損害である。さらに、鶏の病気がもともと買主の所有する他の鶏に感染して、その鶏が死んだ場合に、買主は履行利益以外に、財産権の損害を被った。これは瑕疵結果損害である。これらの損害について、一定の要件を満たせば、買主に損害賠償請求権を与える。それらの要件は、台民360条による。すなわち、売主に「品質保証違反」又は「故意の瑕疵不告知」があれば、買主は、代金減額請求又は契約解除をせず、不履行の損害賠償を請求することができる[70]。

2016年９月）147-149頁を参照。

[69] 歐陽・前掲注44）52頁を参照。

[70] 代金減額請求、契約解除、代物請求と損害賠償請求の関係について、競合関係説と選択関係説がある。前者は、台民360条の損害賠償請求権が、359条の代金減額又は契約解除、364条の代物請求と併存し、競合の関係にある（邱・前掲注39）127-128頁を参照）という見解を示している。後者は、四つの権利は、併存するが選択関係にあるため、一つの権利を主張・行使すれば、他の権利を行使できなくなる（史・前掲注58）32頁、劉・前掲注50）75頁を参照）と説明している。

しかし、360条に定められる「不履行の損害賠償」の範囲は、「瑕疵損害」のみであるか、それとも「瑕疵結果損害」まで含むかについて、学説上、争いがある。

まず、台民360条にいう損害は瑕疵損害に限られ、瑕疵結果損害を含まないとする見解[71]がある。また、不履行の損害賠償は履行利益の賠償を指し、金銭的賠償によらなければならず、原状回復を請求することができないとしつつ、品質保証の場合には、賠償されるべき損害の範囲は売主の意思により決定し、故意の瑕疵不告知の場合には、瑕疵損害と瑕疵結果損害とを含み、瑕疵と因果関係のあるあらゆる損害を含む[72]という見解がある。さらに、台民360条にいう損害賠償の範囲は、一般債務不履行の不完全給付による損害賠償の範囲と同じであるため、不完全給付の規定により瑕疵損害と瑕疵結果損害とを含むという見解[73]もある。

（2）不完全給付責任

ア　不完全給付概念の由来

日本法における債務不履行とは、債務者が債務の本旨に従った給付をしないことである。その中には、履行遅滞、履行不能及び不完全履行の三つの類型が含まれると主張される。最後のものは、日本民法の明文で認められている概念ではない[74]。不完全履行という類型は、ドイツのシュタウプ教授（Staub）の積極的債権侵害に関する論文（1902年）によって提起されたものであり、岡松参太郎教授によって、日本に紹介されたものである。シュタウプ教授によると、「積極的債権侵害トハ凡テ積極的ノ行為ニ因リ債務ニ違反スル場合ヲ總稱スルモノニシテ…不作為ノ債務

---

[71] 銭国成(a)「不完全給付與瑕疵担保責任」法令月刊31巻10期（1980年10月）62頁、同(b)「不完全給付與物之瑕疵担保責任」法令月刊29巻６期（1978年６月）４頁。銭国成先生は、瑕疵結果損害の賠償は、不完全給付責任と瑕疵担保責任によらず、不法行為に基づき請求すべきであるとした。また、郭･前掲注67）15頁は、瑕疵結果損害の賠償は不完全給付に基づく請求を認めるが、瑕疵担保責任である360条に基づく請求を認めないとした。

[72] 王・前掲注45）134-135頁。

[73] 邱・前掲注39）125頁。

[74] 我妻栄『債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1965年）99頁。

ノ違反、不完全ナル給付及給付ノ拒絶ノ三場合ヲ包含ス。」[75]。岡松教授は、日本法においてこの三つを検討した上、次のように述べている。「スタウブノ所謂積極的侵害ノ中従来認メラレタル給付ノ遅滞及不能ノ外ニ特別ナル不履行ノ場合トシテ特別ナル取扱ヲ受ク可キハ實ニ不完全ナル給付ノ一場合アルノミ」[76]。このように、岡松教授は、シュタウプ教授の「積極的債権侵害」概念を制限[77]しながら、不完全給付という債務不履行の一類型として日本に導入したことがわかる。

台湾法においても、債務不履行の三分説がある。台湾の不完全給付の概念・用語は、ドイツ法（特にシュタウブ教授の積極的債権侵害論）から影響を受けたというよりも、日本法から直接影響を受けたと言われている[78]。そして、不完全給付による損害に関する瑕疵損害と瑕疵結果損害（日本法における拡大損害）の二分説についても、日本法の影響を強く受けている[79]。この二分説が実際の裁判例においてどのように運用されるかは、次章で紹介する。まず、1999年改正前の不完全給付に関する学説の議論を紹介する。

イ　学説の議論

1999年改正前、不完全給付という債務不履行の類型は既に学説・実務により、認められていた。しかし、その根拠は、改正前の台民227条に

---

[75] 岡松参太郎「所謂『積極的債権侵害』ヲ論ス」法学新報16巻１号（1906年１月）60頁。

[76] 岡松・前掲注75）62頁。

[77] 平野裕之「完全性利益の侵害と契約責任論」法律論叢60巻１号（1987年８月）52頁。なお、不完全履行をめぐる学説の議論について、この論文では、詳しく整理されている。

[78] 姚・前掲注42）28-30頁、陳・前掲注46）41-42頁。この点については、学者による不完全給付の定義から伺える。例えば、胡長青教授は、「不完全給付は、債務者が債務の本旨に反する給付をなされた事実である」と定義している（胡長青『中國民法債編二冊』（商務印書館、1948年４月）293頁）。また、孫森焱教授は、「不完全給付は、債務者が給付したが、その給付の内容が債務の本旨に適合せず、信義則及び衡平の原則に反する」と定義している（孫森焱「論不完全給付」法官協会雑誌２期１巻（2000年６月）１頁）。

[79] 陳・前掲注46）43-44頁。

よるか否かについて、争いがあった。すなわち、改正前の台民227条は、「債務者が給付をしないか、又は完全な給付をしないときは、債権者は、裁判所に強制執行及び損害賠償を請求することができる」と定めるが、そこに規定される「完全な給付をしない」という文言が、「不完全給付」を意味するか否かという争いである。不完全給付は法律上規定されていないと主張する見解と、改正前227条は不完全給付の規定であるとする見解もあった。前者はいくつかの理由に基づいて説明されていた。例えば、銭国成教授[80]は、以下のように説明していた。①台湾民法債編が完成した当時（1929年）、ドイツの不完全履行の理論は未熟であり、各国もそのような規定を欠いていたため、我が国がそれらの先を越して、不完全給付について規定しているはずがない。②227条によると、売主が完全な給付をしない場合に、買主が裁判所に対して強制執行を求めることができるが、不完全給付を追完できない場合に、裁判所に対して強制執行を求めることができないため、不完全給付は、227条を適用することができない。③227条にいう「給付をしない」というのは給付遅延のこと[81]であり、「完全な給付をしない」というのは、一部の給付遅延ということである。同条にいう「完全な給付をしない」というのを不完全給付と解釈すれば、同じ条文に二つの類型が生じる不適切な状況になる。④文面上、「完全な給付をしない」とは、「全部の給付をしない」（筆者：一部しか給付していない）ことを意味し、不完全給付の意味と異なる。したがって、「完全な給付をしない」というのは不完全給付を指していることではない。

改正前227条は不完全給付の規定であるとする見解もいくつかの理由に基づいて、支持されていた。例えば、鄭玉波教授[82]は、以下のように説明していた。①文面上、不完全給付は「質」の問題であり、質に対しては「完全」と「不完全」という用語を使う。債務者が完全な給付義務に違反した場合とは、完全な給付をしないということである。②条文の位置からみれば、もし「完全な給付をしない」ことを一部の給付遅延と解

[80] 銭・前掲注71）(a) 57頁、(b) 3頁。

[81] 我妻・前掲注74）219頁においても同じ見解が示されている。

[82] 鄭玉波「論不為給付與不為完全給付」法令月刊30巻6期（1979年6月）4頁。

釈すれば、229条以下の給付遅延の規定と重なる。③起草者の史尚寛教授と胡長青教授も後者の見解を支持していた。しかも、史尚寛教授は、1922年にドイツに留学した際に、1902年にシュタウプが提唱した不完全理論を耳にしていたと推察される。1927年の帰国後、1929年の立法当時に、この理論を取り入れた可能性は高いのではないかと考えられる。

以上にみられるのは、改正前債編227条には「不完全給付」という債務不履行の類型は存在していたが、学説上争いになっていたのは、民法上不完全給付の根拠となる条文があるか否かという点のみである。両説ともに強固な立論であったが、1999年の債編改正によって、「不完全給付」の概念は明文で規定され、この争いは解消された。

ウ　瑕疵担保責任と不完全給付責任との関係

上述のように、台湾においては、不完全給付という債務不履行の類型が存在することについて異論はなかったが、瑕疵担保責任との適用関係についてはいくつかの異なる見解が存在する[83]。

まず、瑕疵担保責任と不完全給付責任とは併存するという見解（以下、請求権自由競合説）がある。瑕疵担保責任と債務不履行責任とは制度上の構成は異なるが、それぞれによって権利が同時に発生する場合に、それらの権利が競合すると考える立場である。例えば、売主が品質について保証をし、契約成立から引渡しにかけて売主の過失により瑕疵が発生した場合、売主は、同時に品質保証の瑕疵担保責任及び債務不履行責任を負う。したがって、買主は、代金減額請求のほか、品質保証責任に基づく損害賠償請求、又は不完全給付責任に基づく損害賠償請求を行うことができる[84]。なお、請求権自由競合説においては、特定物売買の場合に、瑕疵が契約成立時に存在したとしても、売主は、当該特定物を引き渡せば、債務の本旨に従う履行を行ったことになるため、瑕疵担保責任のみを負う。瑕疵が契約成立後に発生した場合には、不完全な給付となることになる。この場合に、売主は、不完全給付責任のみならず、台民354条及び373条により瑕疵担保責任も負うため、不完全給付責任と瑕疵担

[83] 学説の分類は、姚・前掲注45）を参照。

[84] 邱・前掲注39）141-143頁。

保責任とに基づく請求権の競合が発生すると説明される[85]。

また、瑕疵担保責任と不完全給付責任は併存するが、不完全給付責任は瑕疵担保責任の規定によって影響されるという見解（以下、請求権相互影響説）がある。例えば、瑕疵担保責任の規定において、修補請求の規定がない場合には、不完全給付責任に基づく修補請求も排除すべきであるという見解がある[86]。また、不完全給付責任は、瑕疵担保責任について定められた検査義務の規定及び時効の規定に影響されるという見解もある[87]。すなわち、買主は、瑕疵担保責任における検査義務（台民356条）を果たさなかった場合に、瑕疵担保責任だけでなく、不完全給付責任に基づく請求もすることができなくなる。また、不完全給付責任に基づく請求権の行使期間も瑕疵担保責任の規定（台民365条）に従うこととなる。

さらに、売買における瑕疵担保責任の規定は、不完全給付責任の特別規定であるため、瑕疵担保責任と不完全給付責任とは併存しないという見解（以下、法条競合説）がある[88]。この説によれば、瑕疵担保責任の性質は債務不履行責任というもの（履行説）であり、売主が価値の瑕疵、効用の瑕疵又は品質の瑕疵ある物を買主に引き渡せば、債務の本旨に従わない給付となる。瑕疵担保責任の規定は、債務の本旨に従わない給付に対する特別規定である。したがって、瑕疵担保責任の規定が優先的に適用される。これに対して、瑕疵担保責任の領域に属さない場合（特に従たる給付義務による瑕疵給付又は360条以外の告知義務や説明義務などの違反）は、不完全給付責任の規定による。

瑕疵担保責任と不完全給付責任との関係については諸説あるが、通説は請求権自由競合説であると言われている。

---

[85] 孫・前掲注78）15-16頁。同じ見解は、銭・前掲注71）（a）61-62頁、黄（上）・前掲注46）12-15頁を参照。

[86] 王・前掲注45）138-139頁。

[87] 詹森林「不完全給付－最高法院決議與判決之発展－」台湾本土法学34期（2002年5月）36-49頁。

[88] 姚・前掲注45）208-214頁。

2　裁判実務の見解－最高法院77年（1988年）度第７次民事庭会議決議

（1）不完全給付責任の確立

上記のように、1999年債編改正以前には、不完全給付責任を規定する条文があるか否かについて争いがあった。しかし、不完全給付という債務不履行の類型は、実務上既に認められていた。最高法院は、民事庭会議の決議[89]を通じて、売主による不完全給付という債務不履行の類型を明確に認めていた。それは、最高法院77年（1988年）度第７次民事庭会議決議（以下、最高法院77年７次決議）である。その内容は、次のとおりである。

「売主は、引き渡した売買の目的物について瑕疵担保責任を負う場合に、その瑕疵が契約成立後（点は筆者）に発生し、かつ、売主に帰責事由がある場合に、瑕疵担保責任のほか、不完全給付の責任を負う。

一、売主が瑕疵担保責任を負い、買主が360条の規定に基づく不履行の損害賠償の請求あるいは364条の規定に基づく瑕疵なき物の引渡しの請求を主張するならば、売主がその給付をするまでに、買主は同時履行抗弁権を行使することができる。

二、売主が不完全給付の債務不履行責任を負う場合に、買主は226条２項の規定（筆者：一部給付不能）を類推適用し、損害賠償を請求できる。また、給付遅滞の法則を類推適用し、追完又は損害賠償を請求できる。その際には民法264条（筆者：同時履行抗弁権に関する規定）の規定も適用する。種類債務が特定された際に、瑕疵が存在した場合に、売主は瑕疵担保責任のほか、不完全給付の債務不履行責任も負う。」

この最高法院決議の見解は、1999年債編改正において、227条に完全に取り入れられた。この決議は、瑕疵担保責任と不完全給付責任との適

[89] 最高法院において、民事訴訟と刑事訴訟事件の審判を行なうため、民事庭及び刑事庭が設置される（法院組織法51条）。民刑事各庭は、法令の見解を統一するため、最高法院の院長の召集により、民事庭会議、刑事庭会議又は民刑事庭総会会議を開き、決議する（最高法院処務規程32条）。最高法院の民刑事庭会議決議は、最高法院の法律見解であり、下級審法院に対して、一定の影響力がある。

用関係について見解を述べたものである。すなわち、「瑕疵が契約成立後に発生し、かつ、売主に帰責事由がある場合に、瑕疵担保責任のほか、不完全給付の責任を負う」。両者の適用関係については、最高法院の最近の判決（最高法院100年（2011）年台上字1468号）によって、さらに、明確な見解が示されている。すなわち、「売主は、引き渡した売買の目的物について瑕疵担保責任を負う場合に、その瑕疵が契約成立後に発生し、かつ、売主に帰責事由がある場合に、瑕疵担保責任のほか、不完全給付の責任を負う。この際に、瑕疵担保責任と不完全給付の債務不履行責任とは請求権競合の関係にあり、当事者は、選択して権利を行使することができる」。この最高法院77年７次決議も2011年判決も、前記の請求権自由競合説と同じ見解であると思われる。

（2）瑕疵の発生時点による不完全給付の適用

しかし、この最高法院77年７次決議は、契約成立前に瑕疵が発生し、売主にも帰責事由がある場合については、売主が不完全給付責任を負うかについて言及していない。裁判例においては、契約成立前に発生した瑕疵について、売主が不完全給付責任を負うか否かについて、見解が分かれている。本稿で取り上げた裁判例のうち[90]、例えば、L【1】は、この決議の見解に影響された例である。このL【1】における最高法院と高等法院との間でのやりとりから、瑕疵の発生時点により、不完全給付の成否は影響されるように見受けられる。

L【1】は建築用地の売買契約に関する事件であるが、原審において買主Yの売主Xに対する不完全給付責任の主張が斟酌されなかったため、最高法院（最高法院85年（1996年）台上字837号判決）が原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

この最高法院判決に対して、差戻審（台湾高等法院85年（1996年）重上更（一）字58号判決）は、「Xに債務不完全履行の責任を負わせるには、物の瑕疵が契約成立後、危険の移転の前に発生し、Xの帰責事由によりそれが発生する場合に限る」とし、この事案の瑕疵は契約成立前に発生しており、Xに責めに帰すべき事由がないため、Xの不完全給付責任を

[90] 各事案の分類について、［本章第３節裁判例の分析］以下を参照。

否定した。これに対して、最高法院（最高法院88年（1999年）台上字697号判決）は「本件土地が販売される前に、既に非建築用地に変更され、Xが建築用地としてYに売ったならば、その給付の内容は債務の本旨に従ったものであるのか、そして、Yが不完全給付による損害の賠償を請求できないかは疑わしい」という趣旨により、再度、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。つまり、最高法院は、契約成立前に瑕疵が発生した場合に、一般債務不履行の不完全給付責任が成立する余地があると示している。

この最高法院判決に対して、差戻審（台湾高等法院88年（1999年）重上更（二）字63号判決）は、最高法院77年７次決議を引用して、「Xが引き渡した物について瑕疵担保責任を負う場合に、その瑕疵が契約成立後に発生し、かつ、売主に帰責事由があれば、売主が瑕疵担保責任のほかに、不完全給付の債務不履行責任も負う」と述べたが、「本件土地は販売される前に建築用地ではなくなったにもかかわらず、Xは建築用地としてYに売却したため、Xが行った給付は明らかに債務の本旨に従っていない。最高法院の差戻しの趣旨に鑑みれば、Yは不完全給付による損害の賠償を請求できる」としている。これに対して、最高法院（最高法院89年（2000年）台上字2347号判決）は、「原審は、Yが不完全給付に基づきXに対して損害賠償を請求するには、物の瑕疵が契約成立後に発生し、かつ、Xに帰責事由がある場合を要件としつつ、一方、本件土地は両当事者が契約を締結する前に非建築用地に変更され、Xが建築用地として販売することができなかったため、Xに不完全給付の損害賠償責任を負わせるべきであると判断した」という点を踏まえて、要件を満たさないにもかかわらず、売主（X）に不完全給付責任を負わせた原審の判断が判決理由の矛盾の違法を免れないとした。

この高等法院と最高法院とのやりとりをみれば、最高法院は、一応、売主に対して債務の本旨に従った給付をする義務を認めたが、最高法院77年７次決議の影響を受け、瑕疵の発生時点により、不完全給付責任の成否を決すると述べたことになる。

ア　契約成立前の瑕疵について売主の不完全給付責任を否定する見解

最高法院77年７次決議に従い、瑕疵が契約成立前に発生する場合に売

主の不完全給付責任を否定する裁判例は、数多く存在する。例えば、L【7】は、住宅を建設する目的として購入した土地に私道（囲繞地通行に供する道路）の存在により使用が制限されたため、買主は瑕疵担保責任と不完全給付責任に基づき損害賠償を請求した事案である。その一審（台湾彰化地方法院94年（2005年）訴字413号判決）と差戻審（一）（台湾高等法院台中分院98年（2009年）上更（一）字６号判決）は、不完全給付について、最高法院77年７次決議を明示的に引用し、不完全給付責任は契約成立後、売主に帰責事由がある場合に認められるものであり、契約成立時の状態のまま物を引き渡せば履行が完了し、不完全給付にはならないと説明する。そして、私道は契約成立時に既に本件土地に存在したため、不完全給付責任は認められないとした。

そのほか、L【3】における桃園地方法院92年（2003年）訴字1806号判決、L【5】における台北地方法院91年（2002年）訴字4095号判決、L【19】における宜蘭地方法院95年訴字20号判決、L【16】における台湾高等法院高雄分院101年（2012年）重上字118号判決、B1【25】における新北地方法院102年（2013年）訴字165号、B1【32】における最高法院92年（2003年）台上字653号判決、B2【2】における台湾高等法院101年（2012）上易字848号判決、B2【17】における台湾高等法院90年（2001年）上字596号判決、B2【41】における士林地方法院91年訴字1370号判決、B4【3】における高等法院103年（2014年）上更（一）字23号判決は、同じく、瑕疵が契約成立前に発生したために、売主の不完全給付責任を否定した例である。

また、最高法院77年７次決議と直接には関連しないが、契約成立前に発生した瑕疵が原始的一部不能としたうえで、不完全給付責任は、契約成立前には給付が可能であったのに、後発的に給付が債務の本旨に従わなかったという問題を扱うものであるとして、不完全給付規定の適用を否定したB4【2】の最高法院判決（最高法院99年（2010年）台上字2033号判決）がある。

もっとも、この見解によれば、未完成物件と完成物件との売買において、判断の相違が発生する問題が生じる。すなわち、未完成物件の売買において、瑕疵の発生が通常契約成立後、つまり建物が完成した後とされるため、売主の不完全給付責任の成立は肯定される。例えば、購入した建物の壁や床などに亀裂が発生したB1【10】の二審（台湾高等法院台

中分院102年（2013年）建上易字18号判決）、購入した建物に鉄筋露出などの欠陥が存在するB1【41】の一審（台北地方法院99年（2010年）建字305号判決）では、目的物である建物が未完成物件であるため、瑕疵の発生が契約成立後であるとされ、不完全給付責任が認められている。一方、完成物件の売買においては、瑕疵の発生が通常契約成立時に既に存在しているため、売主の不完全給付責任の成立は否定されることとなる。例えば、前記B1【10】の二審において、買主の一人が完成物件の売買であるため、その不完全給付による請求は否定された。このように、同じ建物の事案であるにもかかわらず、未完成物件と完成物件との間に、不完全給付責任の成否に関する判断の齟齬がみられる。

イ　契約成立前の瑕疵について売主の不完全給付責任を肯定する見解

一方、最近の判決の中には、「最高法院77年７次決議は、あくまでも契約成立後に瑕疵が発生し、かつ、売主に帰責事由がある場合に、売主が瑕疵担保責任を負うだけでなく、不完全給付責任も負うという趣旨であり、契約成立前に瑕疵が発生した場合は当該決議の射程外である」と解釈する裁判例も多くみられる。

L【5】の二審（台湾高等法院92年（2003年）上字532号判決）は、最高法院77年７次決議に対して、「瑕疵が契約成立前に発生する場合は、当該決議が扱う範疇ではないため、反対解釈することができない。すなわち、売主が物の瑕疵担保責任を負う場合に、瑕疵が契約成立前に発生すれば、不完全給付の債務不履行責任を負わないと認めることができない」とした。当該事案の最高法院（最高法院94年（2005年）台上字1112号判決）もその見解を支持し、さらに、「売買の目的物が特定物であるならば、契約成立前に、瑕疵が発生し、売主が故意又は過失により買主に瑕疵を告知せず、買主がその不知により、目的物を購入した場合に、売主の給付は債務の本旨に従わず、不完全給付責任を負うべきである」と説明した。

また、L【16】の一審（高雄地方法院100年（2011年）重上字251号）は、次のような見解を示している。「不完全給付損害賠償責任制度の立法目的は、瑕疵担保責任制度の不足を補うことにある。つまり、債権者の利益をよりいっそう保護することによって、債権者の権利の完全性が債務者の契約上の給付義務により侵害されないという目的である。これをみ

れば、売主に瑕疵のない物を給付する義務があることがわかる。したがって、売主が帰責事由によって瑕疵のある物を引き渡した場合、その物が有すべき価値、通常の効用又は契約上の効用を欠いている（筆者：給付が不完全である）といわざるをえない。社会通念及び取引習慣により、その給付の内容が当事者の契約の本旨に適合すると言えないのである。瑕疵の存在又は発生の時点によって、責任を異にすべきではない。したがって、物の瑕疵が契約成立の前に発生しても、売主に帰責事由があれば、不完全給付の債務不履行の損害賠償責任を負うべきである。すなわち、瑕疵が追完できる場合に、買主は231条１項の規定によって、追完する前に発生した損害を請求できる。追完しても買主に利益がない場合に、買主は232条によって、追完を拒絶し、不履行による損害賠償を請求できる」。

そのほか、同じ見解をとる裁判例として、B3【9】における台湾高等法院98年（2009年）上易字1032号判決、L【12】における南投地方法院102年（2013年）投簡361号判決、L【13】における台湾台北地方法院101年（2012年）訴字2471号、B1【19】における台北地方法院97年（2008年）訴字4741号判決、B1【21】の新竹地方法院102年（2013年）訴字318号判決、B1【25】における台北地方法院100年（2011年）訴字2651号、B1【28】における台湾高等法院104年（2015年）上易字682号判決、B4【5】における台湾高等法院高雄分院88年（1999年）上字167号判決、B4【36】の台中地方法院97年（2008年）訴字12号判決が挙げられる。

このように、裁判実務では、最高法院77年７次決議の影響を受け、瑕疵の発生時点によって不完全給付責任が成立するか否かという問題は、いまだに決着していない状態にあると思われる。前述した瑕疵担保責任と不完全給付責任との関係に関する通説である請求権自由競合説には、最高法院77年７次決議と同じ説明がみられる。しかし、建物売買の場合に、未完成物件と完成物件とで、瑕疵の発生時点によって異なる結果になることは不適切であると考えられる。したがって、最近では、瑕疵の発生時点により不完全給付責任の成立が左右される見解に批判的な見解[91]が有力となっている。最高法院77年７次決議は、目的物（特定物）

[91] 詹森林「不完全給付與物之瑕疵担保之実務発展：従最高法院七十七年度第七

に瑕疵がある場合、売主に瑕疵担保責任のみならず、不完全給付責任をも負わせる余地があると示す点は、重要な意義をもつと思われる。

第２節　不動産売買における瑕疵と「損害項目」についての裁判例分析

第１款　裁判例の概観

本稿は、損害賠償における損害項目に着目して分析を行なうため、裁判例は事案の類型ごとに並べることにする。また、近年の裁判例の傾向に着目するため、ここ20年（1999年以降）の裁判例（下級審判決を含む）を網羅的に収集することにする。裁判例は、台湾における法学データベース、司法院法学資料検索系統（https://lawsearch.judicial.gov.tw/）及び法源法律網（http://www.lawbank.com.tw）をもとに収集したものである。検索キーワードは、「不動産」、「土地」、「建物」、「瑕疵擔保」、「減少價金」、「損害賠償」、「不完全給付」、「加害給付」、「最高法院77年第７次民事庭会議決議（一）」、「最高法院77年第９次民事庭会議決議（一）」である。本稿において、扱われる事案は、まず、土地と建物との事案を大きく分けて、その中に瑕疵の態様によってさらに分類する。事案ごとに分類されるため、各事案に関する判決を当該事案にまとめて、各事案に番号をつけることとする。番号の表記は、例えば、L【1】は土地売買に関する事案であり、B1【1】は建物売買に関する事案である。下記は、その一覧表になる。

次到九十六年度第八次民事庭会議決議」臺大法学論叢第39卷第３期（2010年９月）80-82頁、陳自強『契約違反與履行請求』（元照、2015年９月）120-121頁、陳自強「台湾における不完全給付－日本の学説の盲従」法学新報120巻３－４号（2013年８月）280頁参照。蔡晶瑩等「不完全給付與物之瑕疵担保規定之適用関係－民法研討会第五十五次研討会会議記録」法学叢刊218号（2010年４月）173-175頁。

【裁判例一覧表】

1．土地	
① 法令による利用制限の瑕疵	L【1】－L【12】
② 土壌汚染又は埋設物に関する瑕疵	L【13】－L【20】
2．建物	
① 物理上の瑕疵	傾斜（B1【1】－B1【9】）、亀裂（B1【10】－B1【13】）、水漏れ（B1【14】－B1【30】）、構造の強度不足（B1【31】－B1【34】）、シロアリ（B1【35】、B1【36】）、設備の不具合（B1【37】－B1【42】）
② 塩素含量が基準を超える瑕疵（海砂屋）	B2【1】－B2【41】
③ 使用制限の瑕疵	B3【1】－B3【9】
④ 居住環境の瑕疵	共用施設の利用不能（B4【1】－B4【5】）、事故物件（B4【6】－B4【31】）、嫌悪施設（B4【32】－B4【37】）

第２款　責任成立の要件－瑕疵の判断

瑕疵担保責任及び不完全給付責任が成立するには、まず、目的物に瑕疵があるか否かを判断しなければならない。台湾法では、台民354条において、瑕疵に関するいくつかの類型がある。それは、同条１項による価値減損若しくは喪失の瑕疵（以下、価値減損の瑕疵）、効用減損若しくは滅失の瑕疵（以下、効用減損の瑕疵）である。前述［本章第１節第４款１（１）イ（イ）瑕疵判断基準］したように、価値減損の瑕疵は、「交換価値」が減少するかによって判断される。そして、効用減損の瑕疵は、「使用価値」が減少するかによって判断される。この効用減損の瑕疵は、さらに、通常の効用と契約に予定された効用とに分けられる。通常効用の瑕疵と価値の瑕疵が客観的な瑕疵判断に相当しており、契約に予定された効用の瑕疵は、主観的な瑕疵判断に相当すると考えられる。さらに、同条２項は品質についての保証責任（以下、品質保証の瑕疵）に関する規定である。これも、当事者の主観的な要素を考慮した瑕疵の判断基準となる。以下、実務上は、どのようにこれらの瑕疵類型を運用して、瑕

疵判断を行うかを紹介する。

ここで、実務上、瑕疵の判断をめぐり、二つの判例[92]をあげて説明する。まず、最高法院49年（1960年）台上字376号判例（以下、1960年判例）である。買主が建物建築の目的で土地を購入したが、その後の確認によって、当該土地が都市計画による運河の埠頭用地であるため、建築用地としては使用できないことが判明した事案である。「Y（売主）がX（買主）に売った土地（以下、本件土地）は、建築用地として登記されていた。民法354条１項の規定により、Yは、同法373条によってその物の危険が買主に移転した際に、その物に価値の喪失若しくは減少の瑕疵、又は通常若しくは契約に予定された効用の滅失若しくは減少の瑕疵がないことを担保する責任がある。本件土地は、引渡しの前に既に運河の埠頭用地であり、都市計画によって建物を建築することができず、通常の効用が減少しただけではなく、経済的価値も減少した」ため、売主の瑕疵担保責任を認めた。

もう一つは、最高法院73年（1984年）台上字1173号の判例（以下、1984年判例）である。買主が営業のために店舗を購入したが、営業できる店舗の一部が公共空間（騎楼）となっているために、営業するために予定していた面積が足りなくなった事案である。原審が「引き渡した建物に価値の減損がないため、買主の代金減額請求を否定する」としたのに対して、最高法院は「物の瑕疵は、物に存在する欠点をいう。通常の取引観念、又は当事者の約束により、物の有すべき効用、価値あるいは品質を欠く場合に、瑕疵があるといい、物理上のものだけに限らない。売った特定物が数量の不足により、価値、効用あるいは品質を欠く場合にも、同じである」とした。これは、価値と効用に影響することを考慮しなかった原審の判断を批判したものである。

1960年判例と1984年判例は、価値減損の瑕疵と効用減損の瑕疵について判断を行っているが、瑕疵を判断する際に、どちらも主観的瑕疵概念

[92] 台湾において、判例とは毎年、最高法院に選ばれた、拘束力がある判決を指す（2018年12月７日に改正した法院組織法により、大法庭制度が新設され（同法51条の１－51条の11）、判例制度は、廃止された。改正前の判例は、判決の全文があるものに限り、最高法院の判決と同じ効力を持つ（同法57条の１））。

と客観的瑕疵概念[93]を総合的に斟酌しているということがわかる。下級審の裁判例も、ほとんど同様の基準によって瑕疵の存在を判断している。以下では、民法354条における価値減損の瑕疵、効用減損の瑕疵に関する裁判例を検討し、不動産売買における瑕疵の判断がどのように行われるかを分析する。以下、土地と建物とに分け、さらに事案の類型（瑕疵の態様）ごとに分けて裁判例を検討する。

1　土地

（1）法令による利用制限

ここで取り上げるのは、法律などの規定によって土地の使用が制限される事案である（L【1】－L【12】）。このような事案では、公的な規制によって土地の使用が制限され、経済的価値又は効用を損なう場合が多い。それにより、瑕疵が認められる傾向がある。次に、さらに事案を分類して、検討する。

ア　公道の指定による制限

まず、購入した土地の一部が公共用地として指定され、効用及び価値が減少したため、土地に瑕疵があると認定された裁判例である。

L【1】は、工場設置のために土地の売買契約を締結した後に、当該土地が道路予定地として指定されているため、工場用地として使用できないことを買主が知り、買主が代金減額請求権を行使した事案である。最高法院（最高法院88年（1999年）台上字697号判決）は、原審（台湾高等法院85年（1996年）重上更（一）字58号判決 ）の瑕疵認定を肯定した。つまり、「本件土地は建築用地として登記されており…引渡しの前に道路用地に指定され、Y（買主）が購入した土地の使用は制限される。したがって、本件土地の通常の効用あるいは経済的価値が減少し、物の瑕

[93] 日本民法においては、台湾法のように瑕疵の種類が規定されていないため、主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念とに分けられている。本稿は、この分類が台湾法の分類と対照しやすいために、ここで一言述べるにとどめる。以降では、台湾法の分類によって分析を行う。

疵を認定することができる」。また、L【2】もL【1】と類似した事案で、工場設置のために土地を購入した後に、当該土地は道路予定地として収用される可能性があることを買主が知り、買主は代金減額請求権を行使した事案である。高等法院（台湾高等法院102年（2013年）上字1079号判決）は、一審（新北地方法院101年（2012年）訴字1347号判決）の判断を受け入れ、次のように述べて瑕疵を認定した。「本件土地の登記謄本には地目が『建』と書かれている。一般的な取引観念によれば、それが建築用地として使用できなければ通常の効用を備えているとはいいがたい。都市計画法によれば、本件土地は使用の目的が制限されただけではなく、将来のいつかの時点で政府に収用される可能性も残っている。建築用地として通常の使用が相当に制限されるため、通常の効用が減少するといわざるをえない。また、物の価値には利用価値（物の使用の価値）と交換価値がある（物の市場の価値）。もし、その効用が制限されたならば、一般の取引市場の状況を鑑み、交換価値も必ず影響を受ける」。

一方、L【11】は目的物である土地の価値が減少するとはいえないとして、瑕疵を否定したものである。この事案は、売主からの残代金支払請求に対して、買主が、目的物の一部が鉄道の駅を開発するために道路用地であると指定されることが価値の瑕疵にあたると主張し、代金減額（残代金の大部分）を求め、全残代金の支払いを拒否した事案である。最高法院（最高法院88年（1999年）台上字1458号）は、差戻審（三）（台湾高等法院花蓮分院86年（1997年）上更（三）字21号）の判断を支持した。差戻審（三）は、「建築として使用できる土地の一部が道路用地になる場合には、その部分の土地の経済的価値（価格）は下がるが、その他の道路用地でない土地（道路の横にある土地）の価値は上がる。道路用地とされた土地が政府により実際に収用される際に、政府は土地所有者の損失を抑えるために、公示価格を上げ、補償金を与える形をとって収用する。これは周知の事実である…2179号の土地（筆者：目的物である土地の一部）1187m^{2}が道路用地と指定されると、当該部分の土地の取引価格は減損するが、その他の土地の取引価値は、より良い立地となるため、上がっている。したがって、目的物の全体的な経済的価値が、その指定により影響されるとは言えない」（その後の鑑定結果も同じである）として、瑕疵を否定した。

イ　駐車場の利用制限

L【3】は、売主（建設会社）が駐車スペースを許可された台数分を超えて建設したため、購入した建物の駐車スペースについて、１台分の占有面積や駐車場内道幅などが契約書類上のものより減少していたことが、引渡から約10年後に判明した、という事案である。この事件の第一審（桃園地方法院92年（2003年）訴字1806号判決）は、「X ら（買主）は、駐車スペースの面積、位置等が契約の約定に適合したため、これを購入した。1992、1993年からの10年間に、X らは法定面積不足により損害を被ったと言い出さなかったため、通常の効用が減少するとはいえない。したがって、瑕疵を認めない」と判断した。

しかし、同事件の第二審（台湾高等法院97年（2008年）上字1086号判決）は、車道幅の縮小について、「建築法規によれば、X らは課金、使用停止の命令を受けるおそれがある。行政機関の処罰権がなくなっても[94]、買主らが本件駐車場を転売する際に、規定に適合する駐車場の価値より低いため、本件駐車場には通常の効用が減損し、経済的価値も低減する瑕疵があるといわざるをえない」とした。

また、L【4】も類似の事案である。すなわち、建設会社から建物（駐車スペースを含む）を購入した売主との売買契約において、買主は、引渡後の約７年に違法増設により、購入した駐車スペースが使用不可とされたことを知り、売主に対して代金減額を請求した。高等法院（台湾高等法院99年（2010年）上易字299号判決）は、次の理由により、勝手に仕様を変更し、駐車スペースを違法に増設した物を売った売主は、瑕疵担保責任を負うとした。その目的物の所有者又は使用者が建築法90条により強制執行を受けるため、当該目的物の通常の効用が減少するだけではなく、経済的価値も減少しているとして、瑕疵を認定している。

ウ　契約に予定された効用が減損する瑕疵の事案

法律の規定によって制限を受ける、という客観的な事実から、価値又

[94] 本件において、X らは2003年中に桃園県役所による、期限中に改善するという行政処分に対して、行政申し立てを行った。結局、その行政処分は取り消された。

は通常効用の瑕疵を判断するだけではなく、契約書の解釈や当事者の職業を勘案した上で、法令の制限が瑕疵にあたると判断する事例もある。

まず、契約書に明らかに規定されていないが、契約に予定された効用を備えていないと解釈されたために、瑕疵が認定される事案がある。L【7】において、買主は、建築開発のために購入した土地の一部が、建築許可申請を受けた行政機関から、隣の土地に必要な道路使用空間となっていると告知され、本来の建設計画が変更させられた。本件契約書第13条において、「乙（売主６人）は本件土地の権利が完全にあり、二重売買、他人の間に争いと他の権利、賃貸契約などの事情がないことを保証する。上記の事情により第三者が差押えを主張する場合に、乙（売主）は甲（買主）が二期目の弁済の前に、それを排除し、甲の損害を賠償しなければならない。」という条項が設けられていた。一審（彰化地方法院94年（2005年）訴字413号判決）は、上記の条項から売主が本件土地に瑕疵がないと保証したことをうかがえるとした上で、「本件土地に私道が存在することにより、X（買主）は本来建築する予定であった土地の利用ができなくなり、契約に予定された効用が減少し、本件土地の経済的価値も減少する」とした。

また、当事者の属性を考慮した上、売主は、買主の土地売買契約の目的を予見しうるため、瑕疵の認定を行ったL【10】がある。建築の目的で土地を購入した買主は、引渡後に、当該土地が高速道路用地に指定されたことを知り、当該土地に建築する目的を果たさなかったため、売主に対して、代金減額請求を行使した事案である。二審（台湾高等法院85年（1996年）上字683号判決）は、次のように述べて、瑕疵を肯定した。すなわち、「建築用地の用途は建物を建築することであり、そのことはこのような土地が他の土地の値段より高い理由となる。目的物である土地に建築できない場合には、通常の効用又は経済的価値が下がる。X（買主）は建設業者であり、当該土地を買う目的が建物を建てることをY（売主）が予見しやすい。しかし、当該土地が高速道路用地に計画されているため、建築に供することができない。したがって、通常の効用が減少しているといわざるをえない」。

さらに、上記のL【2】では、裁判所は、契約書に添付された不動産現状説明書に「土地は政府が予定している収用地域内にない」と記載され

た文言から、「本件土地が政府の収用土地ではないと保証したにもかかわらず、結局、その一部が道路用地であるため、契約に予定された効用及び保証した品質を欠く」として、瑕疵を認定した。

エ　小括

目的物である土地が、法令による利用の制限を受けた場合、多くは土地の使用目的、特に取引の価値にその影響が生じる。裁判所は法令による制限がある目的物に対して、土地の利用価値又は効用の減損、契約の目的、さらに当事者の職業などを斟酌して、瑕疵の判断を行っている。

（2）土壌汚染又は埋設物に関する瑕疵

汚染された土地又は廃棄物が埋蔵された土地の取引は、比較的新しい問題であるが、既にいくつかの判決が出されている（L【13】－L【20】）。この問題に関する裁判例のうち、不完全給付又は品質の保証によって売主の責任が認められるものがほとんどであるが、瑕疵の判断に関わる判決も数例ある。

ア　廃棄物の埋設

まず、地下に廃棄物などが埋蔵されているために価値減損の瑕疵と効用減損の瑕疵にあたるとして、瑕疵を認定するものがある。L【16】において、二審（台湾高等法院高雄分院100年（2011年）重上字10号判決）は、「本件において、Y（売主）は2007年12月31日に、X（買主）に土地の所有権を移転した。その時から、Yは本件土地に価値の瑕疵又は効用の瑕疵がないことを担保すべきである。しかし、Xは2008年７月上旬、工場を建設するために本件土地を掘った際、本件土地の地下に大量のゴミ、廃棄物、アスファルトの残留物等を発見した。さらに２メートル掘り下げると他にも廃棄物が発見された。このような廃棄物は一般事業廃棄物（コードR-0503営建）であり、廃棄物処理法28条１項３款によれば、管轄行政機関が認定した廃棄物清掃業者に依頼して、清掃、処理しなければならない。したがって、Yが引き渡した土地には瑕疵があると認める。Yは本件の廃棄物がXの工場建設の目的に影響しないため、瑕疵がないと主張した。しかし、廃棄物処理法71条の規定によると、土地の所有

者には廃棄物を清掃する義務があり、それに反する場合には、罰則又は代執行の費用の徴収が課される。両当事者は、本件の廃棄物が本件契約締結の前に、既に存在したことについて争わないため、本件土地は土地の通常の効用を欠いていると判断できる」とした。本件は、廃棄物などが土地に埋設されている場合、たとえ土地の価値が下落しなくても、買主には廃棄物の清掃などの負担が余計に生じるため、通常の効用を満たさない瑕疵と判断されたものである。

イ　嫌悪施設の埋設

目的物である土地に嫌悪施設が埋設されている場合に、瑕疵があると認定する事案がある。L【18】は、Y（買主）が強制競売により農牧用地である土地を購入したが、その後、土地を掘削する際に、浄化槽が設置されていることを発見した事案である。Yは、X（売主）の代金請求に対して、上記の状況を瑕疵として主張し、代金減額を請求した。地方法院（台南地方法院102年（2013年）訴字1814号判決）は、「売買の目的物である不動産に嫌悪施設、例えば、生命安全を害する電波塔、ガソリンスタンド、下水処理施設、浄化槽など」がある場合に、「当該不動産の価値は市場価値から乖離し、当該不動産の価値は影響を受ける。したがって、Yは当該不動産に瑕疵があると主張できる」と述べる。

また、L【19】は、X（買主）は競売により土地を購入したが、その土地の下にU型溝状物及び浄化槽を発見した事案である。XはY（売主）に対して代金減額を請求した。地方法院（宜蘭地方法院95年（2006年）訴字20号判決）は、土地に上記の物があるため、「実際に、当該土地の完全な使用利益が妨げ、土地の客観的価値と、完全な使用利益との間に差が生じる。また、Xが当初当該土地を購入するときに期待する通常の効用とは異なる。したがって、物の瑕疵がある」とした。

ウ　小括

上記のように、土地に埋設物がある場合には土地の使用が妨げられ、その効用も低下する。また、埋設されている物が、嫌悪施設である場合には、土地の市場価値が影響を受けることもある。このような場合に、瑕疵があると認められる傾向にある。

資料　台湾法の関連条文

一、大清民律草案[1]（第一草案）

（債権通則の規定）

325条

「債權ノ目的カ若シ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ引渡ノ時ニ至ルマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其特定物ヲ保存スルコトヲ要ス」

（売買の瑕疵担保責任に関する規定）

567条

「①　賣主ハ買主ニ對シテ賣買ノ目的物ノ危険カ買主ニ移轉スル時ニ於テ其物ノ價額ニ減（ママ）［喪］失又ハ減少ノ瑕疵ナキコトヲ擔保スヘシ

②　前項ノ規定ハ其物ノ通常使用又ハ約定使用ノ用法ニ付キ滅失又ハ減少ノ瑕疵アル場合ニ之を適用ス」

568条

「賣主ハ買主ニ對シテ賣買ノ目的物ノ危険カ買主ニ移轉スル時ニ於テ其物カ確実ニ保證スル性質ヲ有スルコトヲ擔保スヘシ」

569条

「契約訂（ママ）［締］結ノ時ニ於テ賣主ハ買主ノ既ニ知リタル目的物ノ瑕疵に付キテハ擔保ノ責ニ任セス買主カ第五百六十七條ニ掲クル瑕疵ニ付キ重大ナル過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシ場合ニ於テ若シ賣主ニ於テ故意ニ之ヲ告知セサリシトキハ其瑕疵ニ付キ擔保ノ責ニ任ス賣主カ其瑕疵ナキコトヲ擔保シタル場合亦同シ」

571条

「賣主カ目的物ノ瑕疵ニ付キテ擔保ノ責ニ任スヘキトキハ買主ハ其賣買ヲ解除シ又ハ代金ノ額ノ減少ヲ請求スルコトヲ得」

---

[1] 前田達明『史料民法典』（成文堂、2004年）に依拠する。但し、著者は、［　］により、若干の修正を加えることがある。

572条
「賣買ノ目的物カ契約ノ時ニ於テ賣主ノ擔保シタル性質ヲ缺キタルトキハ買主ハ不履行ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求シ之ヲ以テ賣買ノ解除又ハ代金額減少ノ請求ニ代フルコトヲ得賣主カ故意ニ目的物ノ瑕疵ヲ告知セサリシトキ亦同シ」

573条
「買主カ其目的（ママ）［目的物］ニ瑕疵アルコトヲ知リテ之ヲ受領シタル場合ニ於テ若シ受領ノ時ニ於テ前二條ニ規定スル權利ヲ保留セサリシトキハ其權利ヲ失フ」

574条
「①　買主カ賣買ノ目的物ニ瑕疵アルコトヲ主張シタルトキハ賣主ハ相當ノ期間ヲ定メテ買主ニ對シテ其期間内ニ賣買ヲ解除スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得
②　前項ノ期間内ニ賣買ヲ解除セサルトキハ其權利ヲ失フ」

577条
「賣買ノ目的物ニ瑕疵アルニ因リテ賣買ヲ解除シタルトキハ賣主ハ買主ニ對シテ其契約ノ費用ヲ賠償スルコトヲ要ス」

578条
「不動産ノ賣主カ買主ニ對シテ其一定ノ面積アルコトヲ實（ママ）［確実］ニ保證シタルトキハ物ノ性質ヲ確實ニ保證シタル賣主ト同一ノ責ニ任ス但買主ハ契約ヲ履行スルモ不動産ノ面積不足ニ因リテ自己ニ利益ナカルヘキトキニ限リ賣買ヲ解除スルコトヲ得」

585条
「瑕疵ニ因ル賣買ノ解除權及ヒ買主カ目的物ノ瑕疵ニ因リテ有スル請求權ハ賣主カ目的物ヲ買主ニ引渡シタル後一年ヲ超ユルトキハ時効ニ因リテ消滅ス但其期間ハ契約ニ依リテ之ヲ延長スルコトヲ得賣主カ故意ニ物ノ瑕疵ヲ告知セサリシトキハ前項ノ時効ヲ援用スルコトヲ得ス」

598条

「① 賣買ノ目的物ニ付キ不可抗力ニ因リテ滅失又ハ毀損ノ危険アルトキハ目的物引渡ノ時ヨリ其危険ハ買主ニ帰ス賣買ノ目的物ノ収益及ヒ負擔ニ付キテモ亦同シ

② 不動産ノ買主カ引渡ヲ受クル前ニ既ニ権利取得ノ登記ヲ為シタルトキハ登記ノ時ヨリ前項ノ効力ヲ生ス」

二、民国民律草案[2]（第二草案）

（不完全給付にあたる規定）

324条

「① 債務者が責任を負うべき理由によって給付しない又は不完全な給付を行った場合に、債権者は次の規定に基づき請求権を行使することができる。契約から生じる債の場合に、契約を解除することができる。

一 給付の内容が意思を表示するものである場合に、裁判所に対して意思表示に代わる判決を求めることができる。

二 他の作為による給付の場合に、債務者の費用で第三者が代わりにその行為を行うことを求めることができる。

三 不作為による給付の場合に、債務者の費用で、その行為を除去することを求めることができる。

② 前項の場合において、債権者は損害賠償も請求することができる。」

（売買の瑕疵担保責任に関する規定）

436条

「売買目的物の利益及び危険は、交付時からすべて買主が引き受ける。但し、特別な状況又は特約がある場合には、この限りでない。」

442条

「① 目的物の危険が買主に移転したときに、売主は、その物に価額の

[2] 著者の訳による。

減少若しくは喪失の瑕疵がないことを担保しなければならない。そして、その物に担保した品質があることも担保しなければならない。

② 前項の規定は、その物に用益の減少若しくは滅失の瑕疵がある場合にも適用する。」

443条

「売主は故意に瑕疵を隠し、又は瑕疵について担保した場合に、買主が重大の過失により前条の瑕疵を知らなかったにかかわらず、瑕疵担保責任を負う。」

445条

「① 買主が目的物に瑕疵があると主張した場合には、売主は相当の期間を定め、買主に対して期間内の解除を催告することができる。

② 買主は、前項の期間内に契約を解除しない場合に、権利を喪失する。」

446条

「目的物の瑕疵により売買契約が解除された場合に、売主は、買主に対して契約により生じた費用を賠償しなければならない。」

448条

「① 複数の物の売買において、その中の一物に瑕疵がある場合に、複数の物の総額が提示される売買であっても、買主は、瑕疵ある物について、売買契約を解除して総代金から瑕疵ある物の相当額を減額することができる。

② 前項の場合に、当事者は、瑕疵ある物を分離するには、著しく損害を被る場合に、すべての契約を解除することができる。」

三、中華民国民法[3]

[3] 前田・前掲注１）に依拠する。1999年債編改正後の条文について、著者の訳による。

（損害賠償に関する規定）

196条

「不法に他人の物を毀損した場合、被害者はその物が毀損により減少した価額の賠償を請求することができる。」

（旧）196条

「不法に他人の物を毀損した者は、被害者に対してその物が毀損によって減少した価額を賠償しなければならない。」

213条

「①　損害賠償を負う者は、法律に別段の規定があるか、又は契約に別段の定めがある場合を除いて、相手方を損害発生前の原状を回復しなければならない。

②　原状を回復するために金銭を給付すべきときは、損害発生の時からの利息をも支払わなければならない。

③　第一項の場合に、債権者は原状回復の代わりに、原状回復に必要な費用を請求できる。」

（旧）213条

「①　損害賠償を負う者は、法律に別段の規定があるか、又は契約に別段の定めがある場合を除いて、相手方を損害発生前の原状を回復しなければならない。

②　原状を回復するために金銭を給付すべきときは、損害発生の時からの利息をも支払わなければならない。」

214条

「原状を回復すべき者が、債権者から相当の期間を定めて催告を受けた後に、期間を経過しても回復をしないときは、債権者は、金銭でその損害を賠償すべきことを請求することができる。」

215条

「原状を回復することができないか、又は回復について明らかに重大な

困難があるときは、金銭でその損害を賠償しなければならない。」

216条
「①　損害賠償は、法律に別段の規定があるか、又は契約に別段の定めがある場合を除いて、債権者の受けた損害及び失った利益を補償することを限度とする。
②　通常の事情又は既定の計画、設備その他の特別の事情によって予期することができた利益は、失った利益とみなす。」

216の１条
「同一の原因事実に基づき、損害を被った同時に、利益を受けた者は、請求する賠償の金額から、受けた利益を控除すべきである。」（1999年の改正により新設）

（債務不履行に関する規定）
225条
「①　債務者の責に帰することができない事由によって給付が不能となったときは、債務者は、給付の義務を免れる。
②　債務者が前項に定めた給付不能の事由によって第三者に対して損害賠償の請求権を有するときは、債権者は、債務者に対し、その損害賠償請求権の譲渡、又はその賠償として受領した物の交付を請求することができる。」

226条
「①　債務者の責に帰すべき事由によって給付が不能となったときは、債権者は、損害の賠償を請求することができる。
②　前項の場合に、給付の一部が不能となり、その他の部分の履行が債権者に利益がないときは、債権者は、その部分の給付を拒絶して全部不履行の損害賠償を請求することができる。」

227条
「①　債務者の責に帰すべき事由により、不完全給付が生じた場合に、

債権者は、給付遅延又は給付不能の規定に基づき、権利を行使することができる。

② 不完全給付により、前項以外の損害が生じた場合に、債権者は、損害賠償を請求することができる。」

（旧）227条

「債務者が給付をしないか､又は完全な給付をしないときは､債権者は、裁判所に強制執行及び損害賠償を請求することができる。」

229条

「① 給付について確定期限があるときは、債務者は、期限の到来の時から遅延の責任を負う。

② 給付について確定期限がない場合は、債務者は、債権者がその給付を請求することができる時に、催告をしても給付をしないときは、その催告を受けた時から遅延の責任を負う。債権者が起訴し、又は督促手続によって支払命令を送達したときは、催告と同一の効力を有する。

③ 前項の催告に期限の定めがあるときは、債務者は、その期限の到来の時から遅延の責任を負う。」

230条

「債務者の責に帰することができない事由によって給付をするに至らなかったときは、債務者は、遅延の責任を負わない。」

231条

「① 債務者が遅延したときは、債権者は、その遅延によって生じた損害の賠償を請求することができる。

② 前項の債務者は、遅延中不可抗力によって生じた損害に対してもまた責任を負わなければならない。但し債務者が、たとえ給付を遅延しなくてもなお損害の発生を免れなかったことを証明したときは、この限りでない。」

232条

「遅延後の給付が債権者に利益のないときは、債権者は、その給付を拒絶し、且つ不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる。」

235条
「債務者が債務の本旨に従って給付の提供を実行した場合でなければ、その効力を生じない。但し債権者があらかじめ受領を拒絶する意思を表示したとき、又は給付について債権者の行為を要するときは、債務者は、給付の準備をしたことを債権者に通知して提供に代えることができる。」

（売買の瑕疵担保責任に関する規定）
345条
「売買とは、当事者の一方が財産権を他方に移し、他方が代金を支払うことを約定する契約をいう。」

348条
「①　物の売主は、その物を買主に交付し、且つその物の所有権を取得させる義務を負う。
②　権利の売主は、買主にその権利を取得させる義務を負う。その権利によって一定の物を占有することができる場合においては、併せて物を交付する義務を負う。」

354条
「①　物の売主は、買主に対してその物について第373条の規定によって危険が買主に移転する時に、その価値を滅（ママ）［喪］失若しくは減少する瑕疵のないこと及びその通常の効用又は契約に予定した効用を滅失若しくは減少する瑕疵のないことを担保しなければならない。但し減少の程度が重要でないときは、瑕疵とみなすことができない。
②　売主は併せてその物が危険移転の時において、その保証した品質を備えることをも担保しなければならない。」

355条
「①　買主が契約成立時に、その物について前条第１項に定める瑕疵が

あることを知っている場合は、売主は担保の責任を負わない。
② 買主が重大な過失によって前条第１項に定める瑕疵があることを知らなかったときは、売主が瑕疵のないことを保証していなければ担保の責任を負わない。但し故意にその瑕疵を告知しなかったときは、この限りでない。」

356条
「① 買主は、物の性質に従い、通常の手続きにより速やかにその受領した物を検査しなければならない。売主において担保責任を負うべき瑕疵があることを発見したときは､直ちに売主に通知しなければならない。
② 買主が前項の通知を怠ったときは、通常の検査によって発見することのできない瑕疵を除いて、その受領した物を承認したとみなす。
③ 直ちに知ることができない瑕疵が後日に至り発見された場合は、直ちに売主に通知しなければならない。通知することを怠ったときは、その受領した物を承認したとみなす。」

357条
「前条の規定は、売主が故意に瑕疵を買主に告知しなかった場合は、これを適用しない。」

359条
「売買について物に瑕疵があるために売主が前５条の規定によって担保の責任を負うべきときは、買主はその契約を解除し又はその代金の減額を請求することができる。但し事情により契約の解除が明らかに公平を失するときは、買主は、単に代金の減額のみを請求することができる。」

360条
「売買の物が売主の保証した品質を欠くときは、買主は契約を解除せず又は代金の減額を請求することなく不履行の損害賠償を請求することができる。売主が故意に物の瑕疵を告知しなかったときもまた同じである。」

365条
「①　売主が物に瑕疵があるために契約を解除し又は代金の減額を請求することができる場合には、その解除権又は請求権は、買主の第365条による通知後６箇月間、又は物の交付時から５年を経過して行使しないときは消滅する。
②　前項６箇月の規定は、売主が故意に瑕疵を告知しなかった場合には適用しない。」

（旧）365条
「①　売主が物に瑕疵があるために契約を解除し又は代金の減額を請求することができる場合には、その解除権又は請求権は、物の交付後６箇月間行使しないときは消滅する。
②　前項の規定は、売主が故意に瑕疵を告知しなかった場合には適用しない。」

373条
「売買の目的物の利益及び危険は、交付の時から買主が受け継ぎ負担する。但し契約に別段の定めがあるときは、この限りでない。」

論　　説

契約自由をめぐる憲法原理・理論に関する一考察（1）

――ドイツ憲法学の議論を手がかりとして――

大　串　倫　一

目　　次

序章
　第１節　問題の所在
　　第１款　問題状況
　　第２款　本稿の問題意識
　第２節　本稿の分析視角と構成
　　第１款　本稿の分析視角
　　第２款　本稿の構成　（以上、本号）
第１章　ボン基本法制定後の契約自由論の展開
第２章　契約自由の憲法保障とドイツ基本権論
第３章　BVerfG 判例の労働法領域における契約自由論の展開
第４章　BVerfG 判例における母性保護と国家の基本権保護義務論
終章　日本法における契約自由論の展開へ

序章

第１節　問題の所在

第１款　問題状況

契約自由の原則とは、一方で、「国家による制約を受けることなく、

自由に契約をすることができるという」「消極面」（それは、「①契約するかしないか（締結の自由）、②誰と契約するか（相手方選択の自由）、③どのような内容の契約をするか（内容決定の自由）、④どのような仕方でするか（方式の自由）」の４つに分類される）、他方で、「国は当事者の契約内容をできるだけその通りに、裁判所を通じて実現する」という「積極面」を有するものである[1]。

この原則は、従来、私法学において、その基本原則として探究されてきたといえる。それは、私法学者・五十嵐清が、1960年の時点で、憲法上の契約自由の問題は、「わが国ではほとんど論ぜられて」おらず、「一般には、契約の自由は私有財産制のコロラリーであるから、憲法29条により保障されていると解されているが、それ以上は議論が発展していない」と評価しているとおりである[2]。

そもそも、契約自由の原則は、「一方で、近代の自由主義政治思想、個人主義哲学によって裏付けられ、他方で、経済活動を市場に委ねることによって経済の発展が確保される（『見えざる手』が働く）という経済理論と合致して、近代資本主義経済を支えるもの」であり、「法的人格の自由平等、所有権の絶対、過失責任の原則とともに、近代市民法の基本原則の一つと称されるに至った」ものである[3]。中田裕康によれば、この「原則」には、諸々の「内在する問題」が存在するものの、「なお、一般に、これは『原則』として広く認められている」とされる[4]。それは、「意思自治の原則」や「私的自治の原則」といった、より根本的な原則と結びつくことによる。一方で、「意思自治の原則」とは、「人はなぜみずからした契約に拘束されるのかという、契約の拘束力の根拠づけに関する原則であり、その人の意思を根拠として答えるものである」[5]。それは、私法の根本にかかわる問題であり、これまで私法学においてさまざまな

---

[1] 中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣、2001年）423頁。

[2] 五十嵐清『比較民法学の諸問題』（一粒社、1996年）56頁。

[3] 中田・前掲注１）『継続的取引の研究』423頁。なお、我妻栄『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953年）259頁以下、同『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）11頁以下も参照。

[4] 中田・前掲注１）『継続的取引の研究』424頁以下。

[5] 参照、中田・前掲注１）『継続的取引の研究』425頁。

議論が展開されてきたところである[6]。

他方で、「私的自治の原則」は、契約自由の原則等などの「上位概念」として位置づけられ、契約自由の原則は、その「主要な一部」とされる。また、私的自治の原則は、「より哲学的なもので、人がその意思によって法関係をみずから形成するという、人間の自己決定の一部として理解」され、契約自由の原則は、「個人の意思の尊重・自己決定権という、より普遍的な理念と結びつく」とされる。こうした結びつきにより、「契約自由の原則を否定することは、人間の本質的自由という根源的な価値を否定することにな」りうることが示唆される[7]。

とりわけ、後者の「私的自治の原則」との関係で、民法学において注目すべき展開が示されている論点が、約款論、および契約の内容規制論である。以下にみるとおり、民法学は、これまで約款論および契約の内容規制という問題に対してさまざまな議論を行ってきた。裁判実務が必ずしも学説が期待する約款の内容規制を行ってきたとはいえないという実情から、学説において民法の枠組みを超えて憲法をも視野に入れた議論が有力になされている点は、注目に値する。そこで、以下では、民法学の議論において、約款、ひいては契約の内容規制の議論において、憲法論がいかに用いられているかについて確認する。

1）約款規制に関する民法学の議論状況

わが国の約款論[8]は、普通保険約款の免責条項や地震免責条項に拘束力があるのかといった「現実的な解釈問題」として登場し、戦前から1960年代までは、外国法の参照を通じて、約款の法的性質、とりわけ約

---

[6]「意思自治の原則」について、星野英一『民法論集６巻』（有斐閣、1986年）219頁以下、同『民法論集７巻』（有斐閣、1989年）117頁以下を参照。なお、大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995年）も参照。

[7] 参照、中田・前掲注１）『継続的取引の研究』425頁以下。

[8] 約款論および約款規制に関する民法学の展開について、潮見佳男「普通取引約款」谷口知平ほか編『新版注釈民法（13）債権（４）〔補訂版〕』（有斐閣、2006年）173頁以下、山下友信「普通取引約款をめぐる論争」同『商事法の研究』（有斐閣、2015年）217頁以下を参照。また、不当条項規制という視点から、大澤彩『不当条項規制の構造と展開』（有斐閣、2010年）11頁以下も参照。

款の拘束力に焦点にあてた「古典的約款論」と呼ばれる議論が展開された。その後、1970年代から80年代にかけては「古典的約款論とは一線を画した約款論が相次いで展開されるようになった」。そこでの議論の中心は、「約款の司法的規制のあり方」にあるとされる[9]。1990年代以降の議論は、急速に勢いを弱めていると評価されるものの、その背景には、約款論を越えて消費者保護や不当条項規制にまで議論が拡大したことや議論の焦点が立法論に移ったことなどが挙げられている[10]。本稿において注目すべきは、1970年代から80年代にかけて約款の司法的規制をめぐる議論は、今日においても、約款、そして契約の内容規制にとって重要な意義を有しているという点である。

約款の司法的規制の代表的論者としてまず挙げられるべきは、河上正二である[11]。河上は、約款に対するアプローチとして、約款の形式的側面を重視し、独自の理論構成の必要性を認める「約款アプローチ」と、交渉力の不均衡に着目し、契約の拘束力の有無を判断する「交渉力アプローチ」とがあるとしたうえで、前者の「約款アプローチ」に与している[12]。河上は、議論の錯綜していた約款の概念整理を行い、さらに約款の司法的統制の問題を、約款の採用、解釈、そして内容規制の３つに捉え直す。この点、河上によれば、３点目の裁判官による「直接的内容規制の基本的な考え方は、顧客の奪われた自由への代償たる約款設定者側の利益調整義務から導かれる。約款使用者は信義則上、将来の顧客の利益を適正に顧慮する義務を負い、裁判所の監視に服するというべきである。その際の判断基準は、任意法規範に求められ」るとされ、任意法からの逸脱を正当化する「合理的理由」は約款使用者が示すべきだとされる[13]。

---

[9] 参照、山下・前掲注８）「普通取引約款をめぐる論争」217頁以下。

[10] 参照、山下・前掲注８）「普通取引約款をめぐる論争」219頁以下、大澤・前掲注８）『不当条項規制の構造と展開』138頁以下。

[11] 河上正二『約款規制の法理』（有斐閣、1988年）。河上の見解について、河上正二「約款の適正化と消費者保護」岩村正彦ほか編『岩波講座・現代の法13消費生活と法』（岩波書店、1997年）101頁以下、同「総論」別冊 NBL54号（1999年）１頁以下も参照。

[12] 参照、河上・前掲注11）『約款規制の法理』431頁以下。

[13] 河上・前掲注11）『約款規制の法理』435頁。

その際に、「任意法規範の現実類型への適合度」に加えて、約款アプローチに与する河上においても、顧客の契約の内容形成・選択の自由の喪失の程度といった要素も問われている点が注目に値する[14]。

また、山本豊[15]は、「契約当事者の自己責任を問いうる前提に関わる要因（自己決定の問題、契約環境の要因）と契約内容の実質的評価に関わる要因（契約正義の問題）をどのように組み合わせて、不当条項問題の解決を図っていくべきか」[16]という問題意識のもとで、約款論にアプローチする。それによれば、約款使用は、「むしろ知的ないし経済的交渉力格差を問題としつつ（交渉力アプローチ）、約款使用ということは、他の多くのファクターとならぶ１ファクターにすぎないものとして、浩瀚な約款が使用された場合には相手方当事者に契約条項内容の十分なる把握を期待しえないことになりやすい……かぎりで、これを斟酌していけば足りるのではないか」とされる[17]。これにより、知的・経済的交渉力格差という自己決定の基盤の問題に着目すべきであるとしつつ、それを必ずしも約款規制の問題にとどまらない不当条項規制の問題として構成している点が山本（豊）の見解の特徴である[18]。

さらに、原島重義[19]は、より直截に契約自由が約款の内容規制を要請することを強調する。原島は、前提として、「法律行為ないし契約は当事者の意思にもとづく法律関係の目的的な形成であって、そこには市民の自主性、ないし自由という価値が内在している」ことを強調する形式的契約自由という考えがある一方で、「約款使用取引が伝統的理論の予想しなかったあらたな経済的社会的条件の下で出現する以上、みぎに述

[14] 河上・前掲注11）『約款規制の法理』435頁。参照、大澤・前掲注８）『不当条項規制の構造と展開』93頁。

[15] 参照、山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』（有斐閣、1997年）１頁以下。山本（豊）による約款論について、同「約款規制」ジュリスト1126号（1998年）127頁以下、同「契約の内容規制」別冊 NBL51号57頁以下、同「不当条項規制と中心条項・付随条項」別冊 NBL54号（1994年）95頁以下も参照。

[16] 山本（豊）・前掲注15）『不当条項規制と自己責任・契約正義』１頁。

[17] 山本（豊）・前掲注15）『不当条項規制と自己責任・契約正義』75頁。

[18] 参照、大澤・前掲注８）『不当条項規制の構造と展開』95頁。

[19] 参照、原島重義『市民法の理論』（創文社、2011年）658頁以下。

べた課題を実現するための法的な手だては、従来と全く異なったものとなるのは当然である。この故に、課題実現のあらたな側面に着目して、あらためてこの課題そのものを、これまでの形式的契約自由と区別し、実質的契約自由（materielle Vertragsfreiheit）の実現とよぶことも出来るかも知れない」という契約自由の理解を示す（傍点原文）[20]。そのうえで、とりわけ、後者の理解によって、契約自由は、「約款に拘束力を与える積極的な根拠となるのではない。逆にそれは、消極的かつ否定的な判断基準として、裁判所が当事者の法律関係に介入する理由になる」とする[21]。

以上のように、民法学において、約款に対する内容規制の必要性が認められており、アプローチの違いはあれど、その根拠として、自己決定の基盤・前提の喪失が挙げられている。こうした約款の司法的規制の議論が登場するまでは、学説では約款の内容規制という発想は「一般的なものではなかった」とされる。山下友信によれば、その背景には、「民商法がよって立つのは、契約自由の原則であり、不当性ということだけに基づく契約に対する司法的介入は許されないという考え方が暗黙の前提として非常に強く支配していたことがある」とされる[22]。この点、約款の内容規制は、「実質的には私人間の契約内容について裁判官が介入することにほかならないが、それがなぜ正当化されるのかという根本問題の解決なしでは問題の究極的解決はできない」ところ、それが上記のような約款の司法的規制の議論を通じて、意識的に論じられるようになり、消費者契約にまで視点を広げると、不当な約款および契約の内容規制の必要性は共有されるようになっている[23]。

しかしながら、最高裁判所の判例は、約款の内容規制に対して消極的であるとされる。すなわち、最高裁判例においては、「直接的な形で約款条項の不当性を理由にその無効を認めるものは、多くなかったといえ」ず、むしろ「信義則や、当事者の合理的意思解釈などの手法を用いて、

[20] 原島・前掲注19)『市民法の理論』701頁。
[21] 原島・前掲注19)『市民法の理論』702頁。
[22] 参照、山下・前掲注８)「普通取引約款をめぐる論争」222頁以下。
[23] 参照、山下・前掲注８)「普通取引約款をめぐる論争」223頁。

約款条項の内容コントロールを実現するものが見られた」、と[24]。それによれば、約款に関する最高裁判例は、「いずれも免責約款について、当事者の『合理的意思』や『通常の意思』に従った解釈を根拠として、その免責約款の適用対象を限定したものであるが、そこで問題とされている『意思』は、当事者の衡平を考慮した『あるべき意思』であり、判例は、意思解釈の形を採りながら実質的には約款条項の内容規制を行ってきたものといえるであろう」[25]と整理される。

しかし、こうした「隠れた内容コントロール」は、結論自体は支持される一方で、その手法に対しては、民法学によって、疑問が呈されてきた。それは、たとえば、解釈の機能の限界や解釈の予見可能性の無さによる法的不安定などの視点から議論されている[26]。そのなかでも、こうした判例の傾向の背景には、「契約自由の概念による呪縛があったのではないか」という鹿野菜穂子による指摘は参考に値する[27]。もちろん、最高裁も、約款の内容規制の必要性は認識していると思われるが、上記のような指摘を踏まえると、約款使用者の契約自由を制限する正当性の確保の困難さに直面しているといえる。それゆえに、変則的なかたちで実質的に内容コントロールを行うことでどうにかその正当性を確保しようとしていると考えられる。しかし、その手法が学説から批判されていることはすでに指摘したとおりである。

以上のように、上記のような学説の努力にもかかわらず、最高裁判例は、約款の内容規制には抑制的な立場を示している。その背景には、「契約自由の概念による呪縛」（鹿野）の存在が指摘されていた。あるいは、以前の学説がそうであったように、契約自由の原則から裁判所による契約への介入は控えられるべきであるという「暗黙の前提」（山下）がなおも最高裁には存在しているのではないか。そういった「呪縛」や「暗黙の前提」からの解放のために、これまで民法学は、さまざまな努力を行っ

[24] 参照、鹿野菜穂子「民法改正と約款規制」法曹時報67巻７号（2015年）17頁以下。

[25] 鹿野・前掲注24)「民法改正と約款規制」20頁。

[26] 参照、鹿野・前掲注24)「民法改正と約款規制」27頁。

[27] 鹿野・前掲注24)「民法改正と約款規制」30頁。

てきたのである。そのなかで、注目すべきは、以下にみるように、それまでの民法学が手がかりとしてきた自己決定の基盤・前提の喪失を、憲法と関連づけて議論する傾向がみられる点である。

2）民法学における憲法論の参照

たとえば、山本敬三[28]は、国家の基本権保護義務論を用いながら、より直截に、憲法13条がリベラリズムの理念に依拠していることを強調し、契約自由について語る。それによれば、「私的自治は、……『自分の生活空間を主体的に形成する自由』として理解すべきである」。「憲法13条は、リベラリズムの思想――個人が自己のアイデンティティーを求めつつ、みずから『善い』と信ずる生き方を等しく追及できることが何よりもまず保障されなければならないという考え方――に立脚している。これは、まさに右の意味での私的自治を保障したものとみることができる」。また、「契約自由は、制度的行為としての契約に関する私的自治の制度化として位置づけられる。これは、消極的契約自由・積極的契約自由からなる。前者は、契約に関して法的禁止・命令がないことを意味し、後者は、国家による契約の法的有効性の承認と裁判所による強制的実現を内容とする」。そして、「契約自由もまた、憲法13条により要請される基本権である。消極的契約自由が基本権であることは、契約するかしないかを決める自由に対する侵害が『自分の生活空間を主体的に形成する自由』に対する侵害を意味することから基礎づけられる。これに対して、積極的契約自由が基本権であることは、一方当事者が契約を守らないことが、その相手方の『自分の生活空間を主体的に形成する自由』に対する侵害を意味することから基礎づけられる」とされる[29]。

山本（敬）は、こうした契約自由の理解をもとに、民法90条の公序良俗規定によって契約自由をいかに制限・保護することができるかを、国

[28] 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）。山本（敬）の見解について、同「現代社会におけるリベラリズムと私的自治――私法関係における憲法原理の衝突――（1）（2）」法学論叢133巻4号（1993年）1頁以下、同5号1頁以下も参照。

[29] 山本（敬）・前掲28）『公序良俗論の再構成』36頁。

家の基本権保護義務論から説明しようとする。それによれば、こうした公序良俗規定による契約自由の制限・保護は、とりわけ裁判所によって実現される。その際には、両契約当事者の自由の衡量が行われるべきだとされる[30]。ここで注目すべきは、山本（敬）自身が認めるように、公序良俗規定を、契約自由の制限・保護を行う手段として位置づけている点である[31]。

また、視野を広げると、たしかに自己決定の基盤の保障が問題となっているが、必ずしもそれにとどまらない性質を有する議論が民法学においてなされている。たとえば、吉田克己[32]は、複雑化する現代市民社会において問題となる自己決定権が多様な脈略をもつことを強調し、そのうえで自己決定権論の内容・課題を、①「社会権的自己決定権」、②「自由権的自己決定権」、③「関係形成的な自己決定権」などに分類する[33]。また、吉田は、「国家―社会―個人」の相互関係のあり方について当然に一定の固定的立場をとるものでないとし、現代市民社会を４つの「場」に分けて考察する必要性を説く。すなわち、「経済システムⅠ・市場」、「経済システムⅡ・企業」、「生活世界」、そして「経済システムと生活世界との接触の場」であり、こうした「場」の違いに応じて、国家、社会、個人の要素のいずれを前面に出すかの「戦略」を使い分けるべきだとされる[34]。

たとえば、①の「社会的自己決定権」について、「消費者取引」や「労働関係」において自己決定権が果たす役割が指摘される。そこでは、「自己決定権は、自己決定に関する理念と現実の緊張関係を踏まえつつ、自己決定の実質化を目指すために提示されている」、すなわち「社会経済的非対称性（とりわけ情報格差）を緩和するための資源として機能する」のであって、「自己決定の支援措置をどのように編成するか、あるいは真の自己決定のための条件整備をどのように行うかが常に問題になる」

[30] 参照、山本（敬）・前掲注28）『公序良俗論の再構成』36頁以下、193頁以下。
[31] 参照、山本（敬）・前掲注28）『公序良俗論の再構成』232頁以下。
[32] 参照、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999年）74頁以下、吉田克己『市場・人格と民法学』（北海道大学出版会、2012年）207頁以下、229頁以下。
[33] 吉田・前掲注32）『現代市民社会と民法学』259頁以下。
[34] 吉田・前掲32）『現代市民社会と民法学』97頁以下、148頁以下。

ところ、「その意味で、ここでは、『社会権的自己決定権』が問題となっているといっていもよい」、「あるいは、ここでは支援措置の構築を自己決定権の理念が主導することに着目して、『支援措置としての自己決定権』を語ることもできよう」とされている[35]。

また、潮見佳男も、吉田と同様に、民法において、自己決定の基盤の保障のなかで生存権が機能する場面を指摘している。すなわち、「証券投資取引において、近代民法の採用する自己決定原則が機能不全をおこしている状況がどのような局面において認められるか」という点について、「第一に、自己決定ができるためには、自己決定をおこなうにあたり必要とされる情報を決定主体が保持している必要があるが、投資取引においては、当該投資に関して必要な情報を投資者が保持していない場合が少なくな」く、「当事者間の情報格差が説かれ、インフォームド・ディシジョンないし情報基盤の確保の必要性が強調され、情報提供義務が問題とされている場面」、「第二に、投資者が、そもそも当該投資取引について、自己責任を引き受けるにふさわしいだけの能力を有していない場合」、「第三に、……資産規模ないし資力面で当該投資による運用リスクの負担が過剰と評価される場合」、すなわち「老後のための唯一の生活資金を投資に用いた場合」があるとする。とりわけ第三の点では、「生存権の保障が問題となっている」とされる[36]。

以上のように、民法学においては、約款または契約の内容規制を正当化するための手がかりとして、自己決定の基盤・前提の喪失に目が向けられているところ、その保障根拠にあたって、一方で、山本（敬）のように、憲法13条を手がかりとする見解が、他方で、吉田や潮見のように、社会権や生存権も挙げる見解が主張されている。そこでは、契約自由への介入となる裁判所による約款・契約の内容規制を正当化するために、憲法の条項、あるいは原理が用いられているのである。

こうして、民法学では、契約自由の制限を正当化する手がかりとして、憲法を用いるという試みが有力に説かれている。換言すれば、契約自由の「呪縛」から解放されるためには、憲法の議論を用いる必要性が意識

[35] 吉田・前掲注32）『現代社会と民法学』261-262頁。
[36] 潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）119-120頁。

されてきたのであり、その意味で、民法学から憲法学に対して問いかけがなされたといえよう。そうした民法学の議論状況がある一方で、それでは、憲法学は、契約自由というものについてどのような議論を行ってきたのであろうか。

3）契約自由に関する憲法学の議論状況

五十嵐清によれば、憲法学において、契約自由は、「わが国ではほとんど論ぜられて」おらず、「一般には、契約の自由は私有財産制のコロラリーであるから、憲法29条により保障されていると解されているが、それ以上は議論が発展していない」[37]とされていたことはすでに述べたとおりである。とはいえ、以下にみるように、それ以降の憲法学において、契約自由は、私人間効力論において経済的自由たる「契約自由とその制限」の問題として議論され、その後は、自己決定権論や、国家の基本権保護義務論を通じて、憲法13条にもとづく自己決定がその保障根拠として挙げられるようになった。さらに、最近では、たとえば、基本権の内容形成論から、契約自由が議論されるなど、多面的に検討されるようになっている。以下では、契約自由に関する憲法学の議論状況について概観する。

（1）契約自由の保障条文

契約自由は、日本国憲法上は明文の規定を持っていなかったようにみえる[38]。しかし、『註解日本国憲法』において、財産権の不可侵性から、「権利者は一応自由に使用・収益・処分をなしうるわけであり、この点から明文はないが（ワイマール憲法152条参照）財産権に関する契約の自由がわが憲法上も承認されているものと解せられうる」[39]と評価されている

---

[37] 五十嵐・前掲注２）『比較民法学の諸問題』56頁。

[38] ちなみに、大日本帝国憲法下においても、契約自由に関する明文の規定はなかったものの、一般的自由権を論じるにあたって契約自由が列挙されていた点は指摘されるべきであろう（参照、美濃部達吉『憲法撮要〔第４版〕』（有斐閣、1926年）181頁以下等）。

[39] 法学協会編『註解日本国憲法上巻』（有斐閣、1948年）289頁。なお、引用にあたって、旧字体を新字体に改めた。以下、同様である。

ように、契約自由が憲法上保障されていることは、日本国憲法施行直後においてすでに承認されていたといえる。

その後、契約自由は、私人間効力論を通じて、憲法学の議論の俎上に載ることとなる。この点、私人間効力論におけるリーディングケースとされる三菱樹脂事件判決は、いわゆる間接適用説[40]に立脚していると解釈される判示に続いて、企業の契約締結の自由について以下のように判示する。

「憲法は、……22条、29条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇用するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができる」[41]。

---

[40] 参照、君塚正臣「私人間における権利の保障」大石眞ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）66頁以下。これに対して、無効力説に依拠していると解している、興味深い見解として、高橋和之「『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない――人権の第三者効論における『無効力説』の再評価」ジュリスト1245号（2003年）137頁以下、同「私人間効力論再訪」ジュリスト1372号（2009年）148頁以下、同「人権規定の『私人間適用』と『第三者効力』」法律時報84巻５号（2012年）86頁以下、野坂泰司『憲法基本判例を読み直す〔第２版〕』（有斐閣、2019年）65頁以下などが挙げられる。この点につき、君塚正臣「三菱樹脂事件――復活の日なき無効力論・直接効力論」長谷部恭男編『論究憲法――憲法の過去から未来へ』（有斐閣、2019年）79頁以下も参照。なお、私人間効力論の議論状況は、棟居快行による問題提起（棟居快行『人権論の新構成』（信山社、1992年）１頁以下）以降、「百家争鳴の様相」（君塚・同上）を呈しており、「収束点は見通せていない」（川岸令和「私法関係と基本的人権――三菱樹脂事件」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第７版〕』（有斐閣、2019年）と評価されているように、この点に関する研究は枚挙に暇がないが、そうした議論状況に一定の見通しを与えるものとして、齊藤正彰『多層的立憲主義と日本国憲法』（信山社、2022年）85頁以下が挙げられる。

[41] 最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1544頁以下。なお、同判決の調査官解説によれば、「本判決は、憲法29条のほか、22条等により、契約締結の自由を

この点、同判決は、樋口陽一によれば、「憲法上の基本権の私人間効力につき間接効力説の枠組みを示した上で、その当てはめの段階で消極的な判断を下す先例になった、と見るのが穏当であろう。その反面、判決が『財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本権的人権として保障している』としてとらえるその『憲法』を、それと『同時に』保障している『思想､信条の自由や法の下の平等』より優先させたもの、と受け取るならば、経済的自由に関する憲法規範の私人間適用に積極的な姿勢を読み取ることも可能ではないだろうか」（傍点原文）と評価されている[42]。これを踏まえると、最高裁は、最終的に学生の思想良心の自由よりも企業の契約締結の自由を優先したと解釈することが可能となる。そうだとすれば、判例においても、憲法22条、29条によって契約の自由が保障されると解されていたということができよう。

以上のように、契約自由は、憲法上保障されることが前提とされており、そのうえで、学説・判例において、憲法22条や29条によって保障されることが認められていたということができる[43]。しかし、問題は、こうして保障された契約自由をいかに制限するかであった。私人間効力論の焦点は、契約自由と、それに対する自由の調整をいかに適切に行わせるべきかという点にあったといえる。もっとも、私人間効力論、とりわけ通説とされる間接適用説は、必ずしもこうした問題に対して有効な解

基礎づけている。各種の経済的自由の保障は、その自由を実現するために他人と契約を締結する自由の保障を含むと解される……が､雇用契約締結の自由は、財産権の使用収益の自由から導かれる面と、右のような各種の経済的自由から導かれる面とがあるとするものであろう」とされる（富澤達「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇（昭和48年度）』（法曹会、1977年）322頁注12））。

[42] 樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす――下級審判決からのアプローチ〔新版〕』（日本評論社、2011年）38頁［樋口陽一］。

[43] なお、芦部信喜『憲法学Ⅰ――憲法総論』（有斐閣、1992年）310頁注９）も、三菱樹脂事件判決から、「契約の自由は、憲法が資本主義の経済体制を前提としたうえで経済的自由権を保障している以上、その一つの支柱としてそこに含まれていると解すべきであり、またその自由は、私人相互の法律関係の設定を目的とするものであるから、契約の自由の根拠を憲法22条・29条に求めれば、これらの規定が私人間に直接的効力をもつような形になるのは当然である」と評価している。

決策を提供できたわけではなかったのである[44]。

こうした契約自由の議論状況に変化がみられたのは、1990年代に、憲法学において自己決定権が議論され、またドイツで唱えられていた国家の基本権保護義務論が紹介されるようになってからのことである。これにより、一方で、契約自由が憲法13条[45]によって保障される自己決定権に含まれると解釈されるようになった。たとえば、戸波江二は、憲法13条によって保障される幸福追求権には自己決定権が含まれることを前提としたうえで、「自己決定権に含まれるさまざまの自由のうちで、一個の特定の人権と把握すべき自由」が存在し、そのなかには契約自由が含まれると解している[46]。こうした議論によって、経済的自由に含まれると解されてきた契約自由が、憲法13条が保障する自己決定の一内容に含まれると解されるようになった。

以上の議論傾向から、2000年代以降は、契約自由の憲法保障にあたっては、経済的自由を保障する憲法22条や29条に加えて、憲法13条が根拠条文として示される傾向にあるといえる。

たとえば、棟居快行によれば、「契約自由という概念は、日本国憲法に明文の保障規定を有しているわけではない。しかしながら、憲法22条1項が保障する『職業選択の自由』（『営業の自由』を意味すると一般に

---

[44] 参照、君塚・前掲注40）「私人間における権利の保障」大石眞ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）66頁以下。

[45] 憲法13条に関する議論は、人格的利益説と一般的行為自由説とで対立していた。人格的利益説について、佐藤幸治「憲法学において『自己決定権』ということの意味」同『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002年）125頁以下、佐藤幸治「憲法と『人格的自律権』」同『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）77頁以下、一般的自由説について、阪本昌成「プライヴァシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学3憲法と憲法学』（日本評論社、1995年）220頁以下、戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究58号（1996年）1頁以下、こうした議論状況については、中村睦男「『新しい人権』と憲法13条の幸福追求権」杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『21世紀の立憲主義―現行憲法の歴史と課題―』（勁草書房、2000年）310頁以下、丸山敦裕「憲法13条論における一般的自由説とその周辺」松井茂記ほか編『自由の法理――阪本昌成先生古稀記念論文集』（成文堂、2015年）573頁以下を参照。

[46] 戸波・前掲注45）「幸福追求権の構造」16頁以下。

解されている）、ならびに同29条１項が保障する『財産権』（通説はこれを『私有財産制度の制度的保障』を含む観念と理解している）を併せ読み、さらに日本国憲法が個人の自己決定と自己責任を内包する個人主義という基本的なスタンスを同13条の『幸福追求権』に込めていることをも想起すれば、全体として日本国憲法が個人の自己責任を伴う自由な経済活動を保障していることは明らかであり、その一環として『契約当事者は自由な意思によって契約関係を決定しうるのであり、国家がそれに干渉することは原則として許されない』という意義を有する『契約自由の原則』を、日本国憲法の前記諸条文から読み取ることができる」とされる[47]。

また、最高裁判例において、NHK 受信料事件判決は、「受信設備設置者に受信契約の締結を強制する放送法64条１項は、契約の自由、知る権利及び財産権等を侵害し、憲法13条、21条、29条に違反する」という被告の論旨に対して、「放送法64条１項は、同法に定められた原告の目的にかなう適正・公平な受信料徴収のために必要な内容の受信契約の締結を強制する旨を定めたものとして、憲法13条、21条、29条に違反するものではないというべきである」と判示している[48]。同判決について、調査官解説は、上記の判断を、「ある契約を強制的に締結させることの効果、契約を強制された者のいかなる憲法上の権利ないし自由が制約されることになるのかということとは別個に、契約の締結を強制すること自体が憲法上の権利ないし自由の制約となるといえるかについては、議論の余地があると思われるが、本判決は、いずれにしても放送法64条１項は契約の自由侵害として違憲となるものではないとの判断である」と解釈している[49]。同判決の判断自体にも議論の余地があるが、最高裁判例にお

---

[47] 棟居快行『憲法学の可能性』（信山社、2012年）363頁。なお、棟居もまた、五十嵐と同様に、契約自由は「これまで憲法学的には意外にも深い検討を欠いてきた」と評価する。そしてその理由を、第一に、「それが私法学のテーマであると考えられてきたこと」、第二に、「私人間の契約関係、あるいは契約外の（契約の前段階も含む）事実行為は、人権の『私人間適用』という別個の難問にかかわってくる」ことに求めている（同上363頁、365頁注４））。

[48] 最大判平成29年12月６日民集71巻10号1833頁以下。

[49] 冨上智子「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成29年度（下）（10

いても、契約自由が憲法13条によって保障されていることが前提とされ、そのうえで契約の締結強制によって契約自由が侵害される可能性を示唆されていることを確認することができよう[50]。

（２）国家の基本権保護義務論の登場

また、国家の基本権保護義務論によって、上記の私人間効力論、とくに間接効力説の再構成が行われた。松本和彦によれば、基本権保護義務論とは、「国家・被害私人・加害私人の三者からなる三面関係を想定し、そこに国家の基本権保護義務と基本権侵害禁止義務を設定することによって、国家と被害私人及び国家と加害私人の法的関係をそれぞれ憲法の効力下に置く。ここで基本権保護義務とは、加害私人による侵害から被害私人の基本権法益を保護する国家の義務を言い、基本権侵害禁止義務とは、国家が加害私人の基本権を侵害することを禁止する国家の義務を言う」とされる[51]。保護義務論の特徴は、「問題を私人の自由の統制で

～ 12月分）』（法曹会、2020年）643頁。なお、同判決を契約自由という観点に着目して論じるものとして、憲法学から、片桐直人「判批」論究ジュリスト29号（2019年）81頁以下、民法学から、谷江陽介「判批」私法判例リマークス58号（2019年）26頁以下（および同『締約強制の理論――契約自由とその限界』（成文堂、2016年）118頁以下）も参照。

[50] こうした締結強制の問題は、さらにドイツ法を手がかりとして、平等原則との関係についても議論されている。憲法学からの議論として、日野田浩行「差別禁止と私的自治」法学志林116巻４号（2019年）17頁以下、民法学からの議論として、「契約自由の原則と平等取扱い（１）（２・完）――差別禁止立法を契機とするドイツ法の議論を検討素材として」民商法雑誌147巻２号（2012年）１頁以下、２号165頁以下、茂木明奈「契約法における平等処遇序論――EU の状況から考える契約自由と差別禁止・平等処遇」法学政治学論究：法律・政治・社会91号（2011年）115頁以下、同「ドイツ法にみる契約法における平等処遇の要請」法学政治学論究：法律・政治・社会93号（2012年）69頁以下を参照。なお、関連するものとして、高橋正明『平等原則解釈論の再構成と展開――社会構造的差別の是正に向けて』（法律文化社、2023年）１頁以下、とりわけ69頁以下も参照。

[51] 松本和彦「基本権の私人間効力――基本権保護義務論の視点から」ジュリスト1424号（2011年）57頁。

はなく、国家の権力行使の統制にあると見て、それにふさわしい法的枠組みを与えようとすること」にあった[52]。国家の基本権保護義務論は、このようにして、私人間効力論を再構成したが、それと同時に、以下にみるとおり、契約自由の新たな問題領域を切り開いていたのであった。

たとえば、国家の基本権保護義務論の代表的論者である小山剛は、一方当事者によって契約の対等性が侵害されている場合に、他方当事者の契約自由をいかに保障するかが問われたドイツ連邦憲法裁判所（BVerfG）の連帯保証決定[53]を例に挙げ、契約自由にとって自己決定が重要であることを説明する。小山によれば、まず、同決定は３つの私的自治を示したとされる。すなわち、「第一は、自己決定としての私的自治、第二は、法的システム――すなわち、法制度――としての私的自治であり、第三は、国家の介入の要請としての私的自治である」、と[54]。次に、こうした契約自由の自己決定的側面から契約の内容規制を導き出す理論構成として国家の基本権保護義務論を提示する。それによれば、連帯保証決定は、「①当時無資力の娘とのあいだに結ばれた連帯保証契約は彼女の私的自治、契約自由を侵害する、②それゆえに民事裁判所は、銀行による侵害から彼女の私的自治、契約自由を保護・救済する義務を負う」[55]と判示していたと整理される。この点、保護義務論は、「自己決定という私的自治の本質には手を加え」るのではなく、「自己決定を前提としつつ、自己決定の『尊重』に加えて自己決定を自己決定ならしめるための『保護』を国家に命じるにすぎない」とも述べている[56]。ここで問題とされている契約自由は、自己決定に含まれるとされている点では、すでにみた戸波の議論と共通するが、小山の議論においては、国家の介入に対する契約自由を問題とするのではなく、一方当事者による他方当

---

[52] 松本・前掲注51)「基本権の私人間効力」56頁、66頁、67頁。

[53] BVerfGE 89, 214.

[54] 小山剛『基本権保護の法理』（名城大学法学会、1998年）289頁。また、小山の国家の基本権保護義務論について、同「基本権の私人間効力・再論」ドイツ憲法判例研究会編『講座憲法の規範力　憲法の規範力と市民法』（信山社、2020年）67頁以下も参照。

[55] 小山・前掲注54)『基本権保護の法理』295頁。

[56] 小山・前掲注54)『基本権保護の法理』296頁。

事者の契約自由の侵害に対する保護が問題となっており、こうした問題を取り扱うにあたって、国家の基本権保護義務論に依拠すべきだとされている。こうして、国家の基本権保護義務論によって、一方当事者による侵害に対して、他方当事者の契約自由をいかに保護するかという問題が提示され、こうした問題の解決策として、国家の基本権保護義務論にもとづく自己決定の保護によるべきことが示された。

以上のように、憲法学における自己決定権の議論、および国家の基本権保護義務論によって、第一に、契約自由は、憲法13条にもとづく自己決定の保障に含まれるとされ、第二に、契約自由の問題として、国家による介入に対する契約自由の保障の問題に加えて、一方当事者による他方当事者の契約自由の侵害に対する保護の問題が提示されたのである。

（3）多様な展開

その後、さらに契約自由の議論は、多様な展開を見せるようになっていく。たとえば、石川健治は、「契約は、事業者だけが行うわけではなく、財物にかかわる法的拘束のためだけに行われるのでもないから、契約締結の自由は、私的領域の自律的形成の一貫として、端的に『自己決定権』系列に属する自由であるというべきである。日本国憲法のもとでも、直接には憲法13条の『幸福追求権』を根拠とすることにより、それは憲法ランクの自由としての地位を獲得する」としたうえで、以下のように、契約自由の問題を整理している[57]。

すなわち、石川は、契約自由の問題には、「当事者間に、交渉力に不均衡が存在する場合（高利契約や符合契約・普通契約約款）、および、顕著な情報格差・情報の偏在が見出される場合には、契約内容の形成において形式上の〈自由〉を貫徹すると、かえって『契約正義（Vertragsgerechtigkeit）』に反すると考えられる事態が発生する」という問題――これは上記のなかで小山が例として挙げていた、一方当事者による他方当事者の契約自由の侵害に対する保護が問題となった連帯保

[57] 石川健治「契約の自由」大石眞ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）147頁。なお、同「営業の自由」大石眞ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）148頁以下も参照。

証決定と共通する問題である――があるとする。石川は、この問題を、さきほど確認した契約締結の自由という〈自由〉の問題ではなく、「対等当事者の自律的決定を尊重する〈公序〉を共通の前提として、それをどのように具体化するかの手法をめぐる対立」の問題だと理解する。それには２つの方向が考えられ、「１つの方向は、あえて（拘束からの自由としての）契約自由を引っ込めることによって、〈公序〉としての契約正義を実現しようとする選択である」とされ、そこでは「私法社会に軸足を置き、〈秩序〉の自律的恢復」が目指されることとなる。「いま１つの方向は、契約自由を引っ込めることなく、〈秩序〉を恢復する方途であり」、それはすでに確認した国家の基本権保護義務論によって「当事者のそれぞれの『自由』『自己決定』の対国家的な垂直的フォーマットを歪めることなく、正義に適った契約内容の形成を、国家の力をかりて実現しようと試み」られることになる。このようにして、契約自由の問題が、２つの方向から整理されている点は注目に値しよう[58]。

そして、2010年以降になると、契約自由は、自由権として、そして国家の基本権保護義務論によってこれまで議論されてきたのに対して、ドイツ基本権論のうち、基本権の内容形成論から、契約自由の憲法保障が議論されるようになっている。ここでは、篠原永明が、ドイツの基本権論の議論を検討したうえで、契約自由を、国家の基本権保護義務論ではなく基本権の内容形成論によって基礎づけようとしている点が指摘されるべきであろう[59]。

---

[58] 石川・前掲注57)「契約の自由」147頁。石川は、「事業者を少なくとも一方当事者とする財産法上の契約における、『契約の自由』」の問題に対して、「特にこれを『公序』として捉える立場を採る場合には、〈秩序〉選択については、憲法は沈黙していると見るべきであり、特定の経済的〈秩序〉を憲法から引き出すことはできない」と述べており、少なくとも憲法から手がかりを得られないと解している（同上）。また、石川による契約自由の理解について、須網隆夫ほか「座談会　雇用の危機と労働法の課題」法律時報81巻12号（2009年）４頁以下、とりわけ12頁以下も参照。さらに、その後において言及があるものとして、民法学者・大村敦志との議論も含めて、林知更ほか「座談会　憲法学と『社会』」論究ジュリスト38号（2022年）４頁以下、とりわけ８頁以下を参照。

[59] 参照、篠原永明『秩序形成の基本権論』（成文堂、2021年）96頁以下（初出、

それによれば、ドイツの議論を参考にすると、まず前提として、「基本権の内容形成が問題となる類型」は、３つに分けられるとされる。すなわち、①「規範による構成」、②「規範による輪郭付与」、そして③「規範による具体化」である。この点、契約自由は、「その保護法益が“法秩序の産物”である、いわゆる法によって造形された、あるいは法によって生み出された、基本法上の保障」にかかわる①「規範による構成」の領域に属するとされる[60]。こうした自由は、まず「その概念上、他者に対する拘束力等の法的力の付与が内在しているため、これらの基本権規定においては、『自然的自由』が問題になり得ず、『前国家的で“自然的な”保護の対象が観念できない。そしてこのような法的力の内容や射程の決定に際しては、関連する諸利益の調整を要するので、その内容や射程を憲法上一義的に確定することもできない。それ故、これらの基本権規定においては、法的力の内容や射程を具体的に定める法制度の整備が先ずは求められる。しかし、必要な法制度の整備を立法者のフリーハンドに委ねてしまうことは、立法者に対する基本権拘束も定めた基本法１条３項と両立しない。従って、ここでは、必要な法制度を整備するという立法者の作為義務を観念し、『介入に対する防御』の場合とは異なる統制が必要となる」[61]とされる。

次に、「内容形成の基本権拘束を考える際には、立法者に対して適切な法発展の余地を残すという要請との調整が課題とされる」ところ、「内容形成の指導原理を導出し、その原理が実現されている程度を問うという拘束のあり方を考える方向で議論されている」[62]。なお、契約自由については、「『自律の原則』と『信頼保護・取引安全の原理』を導出し、その原理が実現されている程度をという拘束のあり方を考えることになる」[63]とされる。

同「立法者による基本権の保護の対象の決定（1）（2）」自治研究91巻３号（2015年）108頁以下、同４号104頁以下）。なお、書籍化にあたり、若干の修正が行われているため、必要に応じて初出論文を引用する。

[60] 参照、篠原・前掲注59）『秩序形成の基本権論』98頁以下。

[61] 篠原・前掲注59）『秩序形成の基本権論』106頁。

[62] 篠原・前掲注59）「立法者による基本権の保護の対象の決定（２）」115頁。

[63] 篠原・前掲注59）「立法者による基本権の保護の対象の決定（２）」111頁。

最後に、「指導原理間の調整については、規律対象の特性や状況に関連した指導原理間の優先ルールを練り上げていく必要があ」り、「その類型化が今後の課題」[64]とされる。

こうした基本権の内容形成論から、契約自由は、その性質として、前国家的に内容が定まる一般的な自由権とは異なり、法制度、とりわけ契約制度の存在を前提とした自由である点が指摘されることになる。これにより、これまで議論されてきた自由権および国家の基本権保護義務論との関係が問題となる。この点、小山剛によって、同様のドイツの議論に対して、「内容形成という概念は、基本権との関係における法律規範の客観的性格を説明する概念であって、個々の基本権主体の具体的な法的地位に対してその法規範がどのように作用するかを説明する概念ではない」という点から、自由権および国家の基本権保護義務論における契約自由の議論が意義を失うわけではない[65]と評価されているが、篠原が展開するような基本権の内容形成論が、国家の基本権保護義務論をはじめとする従来の議論と接合可能かについては注意が必要である[66]。

---

[64] 篠原・前掲注59)「立法者による基本権の保護の対象の決定（２）」115頁。

[65] 参照、小山剛『基本権の内容形成――立法による憲法価値の実現』（尚学社、2004年）159頁。

[66] なお、篠原は、日本国憲法下において、国家の基本権保護義務論を導入できるかを検討している（参照、篠原・前掲注59)『秩序形成の基本権論』127頁以下)。それによれば、「我が国でも、基本権上の自由を実現されるべき『価値』ないし秩序形成の指導原理として位置づけ、『立法・行政・裁判は、そこから指針と推進力を受け取る』という議論を組み立てることは可能であろう」とする一方で、「実定憲法上の法的義務として保護義務を導出するという場合、日本国憲法の下では、基本法１条１項のような保護を命じる明文規定を欠くという、条文上の決定的な違いがあ」り、実定憲法下の保護義務の承認は「基本権規定の原則的な規範内容、すなわち防御権という枠内の下で想定される、自由の実現のプロセスを修正するもの」であるからかかる違いは「日本国憲法の下で保護義務の導出を否定する一つの論拠となろう」とする（同上154-155頁)。その代替策として、「憲法論としては、法律の解釈・適用の次元においては、憲法上の自由を解釈指針として機能させ、その趣旨に親和的に個別法律を解釈するという解釈手法が、先ずは検討されるべきであろう」とする（同上156頁)。以上の主張を踏まえると、篠原自身は、基本権の内容形成論を出発点とし、国

第2款　本稿の問題意識

これまで概観してきたように、民法学においては[67]、自己決定の基盤の保障の必要性が説かれていた。とりわけ、約款・契約の内容規制にあたっては、当事者の自己決定の基盤の喪失という点を考慮することが強調されていた。そこでは、自己決定の基盤の喪失において知的・経済的格差という交渉力に着目する見解が示されていた。しかし、最高裁判例は約款の内容規制に消極的であり、その背後には、契約自由の「呪縛」（鹿野）があるとされていた。それは、すなわち約款、ひいては契約の内容規制とは、契約自由への介入なのであるから、その正当化が必要であるということである。民法学は、これまで手がかりとしてきた自己決定の確保という議論に、憲法の議論や条項をも用いることで、そうした「呪縛」からの解放を試みていたのではなかろうか。

こうした民法学の議論状況に対して、憲法学は、どのように考えてきたのか。問題は、約款・契約の内容規制は、契約自由への介入となるところ、それをいかに憲法上正当化するかである。換言すれば、契約自由の制限を正当化する憲法原理・理論はいかなるものかが問われるべきであろう。

これに対して、すでに確認したとおり、自己決定の基盤・前提を憲法上保障するための理論として、国家の基本権保護義務論を支持する立場が示されていた[68]。すなわち、国家の基本権保護義務論とは、「自己決定

家の基本権保護義務論には依拠しない構成を模索しているといえよう。それゆえに、従来の議論との接合可能性について、検討する必要があると考えられる。

[67] このほか、労働法学においても自己決定の保障の必要性が説かれている点は注目に値しよう。たとえば、労働法学者・西谷敏は、「労働関係など契約対等性が欠如する関係において、国家が基本権を保護するために介入する義務があるという論理として、基本権保護義務論を支持しておく」という立場を表明している（西谷敏『規制が支える自己決定』（法律文化社、2004年）193頁）。また、経済法学の観点から、舟田正之「経済法序説（1）～（6・完）」立教法学90号（2014年）1頁以下、91号（2015年）118頁以下、92号234頁以下、94号（2016年）197頁以下、100号（2019年）185頁以下、101号（2020年）341頁以下も参照。

[68] この点につき、松本・前掲注51）「基本権の私人間効力」57頁も参照。

という私的自治の本質には手を加え」ることなく、「自己決定を前提としつつ、自己決定の『尊重』に加えて自己決定を自己決定ならしめるための『保護』を国家に命じる」ものであった[69]。この点、民法学をはじめとして、自己決定そのものの保障に加えて、自己決定の基盤・前提の保障も問題となっていたところ、これに応える憲法理論が存在しなかったところに、自己決定の保護義務というかたちでひとつの解答を用意することに成功した点で、国家の基本権保護義務論は支持されたのである。

1）国家の基本権保護義務論と生存権

しかし、ここで第一に指摘されるべきは、まさに吉田や潮見が主張していたように、自己決定の前提の保障にあたって民法領域においては社会権的自己決定権・生存権も問題とされていたという点である[70]。この点、国家の基本権保護義務論に与する小山剛は、石川健治が指摘するように[71]、国家の基本権保護義務論を社会権にも応用しようとする戸波江二の見解[72]に対して否定的な評価を示す[73]。それによれば、「国家による

---

[69] 小山・前掲注54)『基本権保護の法理』296頁。

[70] なお、法哲学においても、笹倉秀夫が、幸福追求権に基礎を置く自己決定権は自由権を越えるものであるとし、それを、①自由権的な性格を有するもの、②経済法や社会法にも関連するもの、③民主主義的な参加に関わるものに分類している（参照、笹倉秀夫『法哲学講義』（東京大学出版会、2002年）146頁以下）。②における自己決定の位置づけについても同様のことがいえよう。

[71] 石川健治「隠蔽と顕示――高まる内圧と消えない疑念」法学教室337号（2008年）40頁。

[72] 参照、戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」樋口陽一ほか編『日独憲法学の創造力上巻――栗城壽夫先生古稀記念』（信山社、2003年）23頁以下、戸波江二「憲法学における社会権の権利性」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法Ⅱ国際人権規範の形成と展開』（信山社、2006年）377頁以下。また、保護義務と自己決定の緊張関係について、戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざまで――私人間効力論の新たな展開」法律時報68巻６号（1996年）126頁以下も参照。

[73] 参照、小山剛「国家の基本権保護義務」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法Ⅰ国際人権法と憲法――憲法と国際人権の人権保護の法的内実』（信山社、2006年）246頁以下。なお、国家の基本権保護義務論と社会国家原理の関係に

自由とされているものには、由来も性質も異なる種々のものが含まれており、また、憲法に明文規定のあるものとないものが混在している。国家からの自由が憲法および基本権の原則であるとすれば、国家による自由は、個別に基礎づけることが可能であり、必要である。また、前者では第三者の基本権の制限が常に問題となり、後者ではそうではないとすれば、保護義務のドグマーティクと生存権のドグマーティクは、別の構造を持つはずである」[74]とされる。そうだとすれば、上記のような社会権的自己決定権が問題となる場合には国家の基本権保護義務論を用いるべきではないという結論が導き出されそうである。

2）国家の基本権保護義務論と社会国家原理の緊張関係

第二に、国家の基本権保護義務論にもとづく自己決定の保護による解決を志向する小山剛が例として挙げていた連帯保証決定は、問題となった契約の対等性の侵害に対する契約自由の憲法保障を、ドイツ基本法（以下、「GG」という）２条１項に加えて、GG20条１項、GG28条１項[75]という社会国家原理から導き出していたのである[76]。この点、小山は、こうした契約自由の憲法保障の問題についても、一方当事者による他方当事者の自己決定の侵害に対する保護を命じる国家の基本権保護義務論によるべきだと主張する根拠として、連帯保証決定に続く婚姻契約決定[77]が、明示的に国家の基本権保護義務論に依拠しているとされる判例を参照指

ついて、小山・前掲注54）『基本権保護の法理』133頁以下も参照。

[74] 小山・前掲注73）「国家の基本権保護義務」247頁。

[75] GG2条１項「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」。同20条１項「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」。同28条１項「ラントにおける憲法的秩序は、この基本法の趣旨に即した共和制的・民主的及び社会的な法治国家の諸原則に適合していなければならない……」（参照、高田敏ほか編訳『ドイツ憲法集〔第７版〕』（信山社、2016年）213頁、223頁、226頁以下。以下も同様である）。

[76] Vgl. BVerfGE 89, 214, 232.

[77] BVerfGE 103, 89.

示していた点を挙げている[78]。これにより、契約において一方当事者により契約の対等性が侵害されている場合に裁判所が契約自由に介入する根拠は、小山の立場からいえば、他方当事者の自己決定の保護だということになる。

もっとも、別稿で指摘したとおり、連帯保証決定などの契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障が問題となった一連のBVerfG判例は、国家の基本権保護義務論をそのまま援用することに対して実は抑制的であったことには注意が必要である[79]。また、小山が指摘する婚姻契約決定は別として、それ以前の代理商決定と連帯保証決定が、一方当事者による契約対等の侵害に対する他方当事者の契約自由の憲法保障を導くにあたって、GG２条１項に加えて、社会国家原理を標榜するGG20条１項およびGG28条１項を参照指示していた点[80]は軽視できないように思われる。事実、のちにみるとおり、こうした決定による社会国家原理規定の参照指示を通じて、ドイツ憲法学は、一連のBVerfG判例が国家の基本権保護義務論に依拠しているといえるかについて疑問を呈しており、さらに、国家の基本権保護義務論の修正を図る議論まで展開されている。

こうした点を踏まえると、契約の対等性の侵害に対する約款・契約の内容規制を正当化する憲法原理は、国家の基本権保護義務論にもとづく一方当事者による侵害に対する他方当事者の自己決定の保護だけでは十分ではない可能性が生じてくるのであって、上記の代理商決定・連帯保証決定が参照指示している社会国家原理にも注意が向けられるべきなのではないか。本稿の問題意識はこの点にある。すなわち、契約自由への介入となる裁判所による約款・契約の内容規制を正当化する憲法原理には、国家の基本権保護義務論にもとづく自己決定の保護という視点に加えて、社会国家原理という視点が挙げられるべきなのではないかということである。そうだとすると、そうした社会国家原理と緊張関係にある国家の基本権保護義務論は、修正を余儀なくされるのであろうか。

---

[78] 参照、小山・前掲注65)『基本権の内容形成』160頁以下。

[79] 参照、大串倫一「契約自由の憲法保障に関する序論的考察：ドイツ連邦憲法裁判所判例を素材に」北大法政ジャーナル25号（2018年）50頁以下。

[80] BVerfGE 81, 242, 254; 89, 214, 232.

以上のように、約款の内容規制に関する最高裁判例の消極的な姿勢の背後にある契約自由による「呪縛」からの解放のために、憲法の視点から、契約自由の介入となる裁判所による約款・契約の内容規制を憲法上いかに正当化するか、換言すれば、契約自由の制限を正当化する憲法原理・理論はいかなるものか、それが本稿の問いである。

第２節　本稿の分析視角と構成

第１款　本稿の分析視角

以上に述べたような問題意識にもとづいて、本稿は、約款・契約の内容規制は、契約自由への介入となるところ、それをいかに憲法上正当化するかという問題について、国家の基本権保護義務論を視野に入れつつも、その母国であるドイツ憲法学における議論を手がかりとしながら、検討を行っていく。これにより、契約自由の制限を正当化する憲法原理・理論とはいかなるものかを明らかにする。

本稿においてドイツにおける契約自由の議論を参照する理由は、第一に、五十嵐清が述べるとおり、日本とドイツにおける契約自由の理解は異なるものではないということ[81]、とくに契約自由と密接にかかわる私人間効力論、そして国家の基本権保護義務論はそもそもドイツの議論によるものであるため、わが国の議論との接合が容易であるということが挙げられる。

とはいえ、わが国の憲法学においては、ドイツとは異なり、契約自由それ自体が論点として議論されることは少ない。わが国において契約自由の議論は、あくまでドイツ基本権論、たとえば国家の基本権保護義務論[82]や基本権の内容形成論[83]を議論するにあたって、その適用例のひと

---

[81] 五十嵐・前掲注２）『比較民法学の諸問題』55頁以下。

[82] 参照、小山・前掲注54）『基本権保護の法理』212頁以下、275頁以下、山本（敬）・前掲注28）『公序良俗論の再構成』36頁以下。

[83] 参照、小山・前掲注65）『基本権の内容形成』148頁以下、篠原・前掲注59）『秩序形成の基本権論』96頁以下。

つとして挙げられてきたにすぎない。わが国の憲法学において契約自由を表題に含める数少ない、小貫幸浩「憲法の『優位』と私的自治・契約の自由」も、結局のところ、私的自治・契約自由の議論から「現代ドイツ基本権思惟の特質」を把握することが目的とされている[84]。そのため、契約自由の議論を踏まえたドイツにおける国家の基本権保護義務論の学説状況は、わが国においてはかならずしも意識されていないと思われる。

したがって、第二に、こうした議論状況を把握するために、本稿では、ドイツの契約自由論それ自体に焦点を当てる。もちろん、本稿が検討対象とするドイツ憲法判例、たとえば代理商決定・連帯保証決定・婚姻契約決定は、上記の論者によっても検討されている。しかし、それはドイツ基本権論の諸相を明らかにするという視角から検討されているため、契約自由の憲法保障という観点からみると、必ずしも十分ではない。契約自由は、その自由としての特殊性から、ひとつの基本権論から語りきれない側面を有しているからである。こうした側面を明らかにするためには、契約自由の憲法保障それ自体を議論する必要がある。そこで本稿では、契約自由の憲法保障、そのなかでも中心的に議論される契約の対等性が侵害された場合の契約自由の憲法保障に関する学説・判例を包括的に検討する。契約自由は、たしかにわが国の憲法学においてはそれ自体を議論の対象とされることが少ないが、すでに確認してきたとおり、民法学などでは議論が活発に行われており、さらに、それに関連する憲法学の議論が積極的に参照されている。この点、契約自由から考察を行うことで、上記の民法学の議論との接合も容易になろう。また、こうした契約自由の憲法保障の議論から、わが国においても議論されてきた上記のようなドイツ憲法判例を、契約自由の視点から再検討を行うことによって、わが国における基本権論にも新たな視点を与えることも期待できよう。なぜならば、のちにみるとおり、ドイツにおいては契約自由の制限にあたって、もちろん国家の基本権保護義務論が用いられる領域もあるが、とくに本稿の検討対象である契約の対等性が侵害された場合の契約自由の憲法保障においては国家の基本権保護義務論をそのまま用い

[84] 参照、小貫幸浩「憲法の『優位』と私的自治・契約の自由――現代ドイツ基本権思惟の特質・試論」高岡法学18巻１＝２号（2007年）１頁以下。

るべきではなく、社会国家原理などの別の原理によって修正する必要があるという主張が有力に説かれているからである。

本稿では、こうした傾向を重視し、契約自由の制限において、領域ごとに考慮されるべき自由や利益、そしてこれを保障する構成が異なるのではないかという視角のもとで、ドイツにおける契約自由に関する憲法学説・判例を検討することとする。

第２款　本稿の構成

本稿において、まず第１章では、ドイツでの契約自由の議論の出発点を確認するために、ボン基本法施行後における契約自由の議論状況を検討する。ボン基本法制定後では、はじめは、ボン基本法が、ワイマール憲法とは異なり、契約自由の明文の規定を有していないことから、そもそもボン基本法下においても、契約自由が憲法上保障されているのかが議論され、その後、それが承認されたとして、いかなる根拠によって保障されるべきかに議論の焦点が移っていった。そこで注目すべきは、契約自由の根拠条文をめぐっては日本と同様に議論の初期においてはGG２条１項によって契約自由を保障すべきだとされていたが、その制限の必要性が意識されるようになると、契約自由の基礎には社会国家原理にもとづく調整も説かれていたという点である。こうした点は、次の第２章で確認する国家の基本権保護義務論と社会国家原理との緊張関係をめぐる議論へつながっていくことになる。

次に、第２章では、その後の議論であるドイツ基本権論、とりわけ国家の基本権保護義務論において契約自由がどのように扱われているかを確認する。なぜならば、本稿の関心である、契約の対等性が侵害された場合の契約自由の保障という点について、議論の基盤となる対立点が明瞭に表れているからである。すなわち、この問題に対しては、ドイツ私法学者・*Claus-Wilhelm Canaris* によって、国家の基本権保護義務論が有用であることが説かれていたが、それに対するドイツ国法学者・*Josef Isensee* の批判から、とりわけ契約の対等性の侵害が問題となる事例においては、国家の基本権保護義務論のみならず、社会国家原理による基礎づけがなされるべきであるという議論が有力に説かれていることが明

らかになるからである。以上のように、とりわけ第１章と第２章では、とくに契約自由に関するドイツ憲法学の議論状況を中心に検討される。

これに対して、第３章と第４章では、ドイツ連邦憲法裁判所の判例を素材に検討を行う。なお、筆者は以前、同様に契約自由に関するBVerfG 判例を検討したことがある[85]。たしかに、同論文の問題関心が、上記の判例が国家の基本権保護義務論に依拠しているわけではないことを示そうとしたという限りにおいて、同論文と本論文との問題関心は共通する。しかし、本稿は、BVerfG 判例が、進んで国家の基本権保護義務論ではなく、社会国家原理も含めた契約自由の憲法保障を志向しているということを示そうとする点で、前稿とは異なるものである。

第３章では､契約対等の侵害事例にとどまらず契約自由に関する判例、とくに代理商決定および連帯保証決定以後の労働法領域における契約自由に関する判例の傾向を確認する。こうした判例においては、自己決定の前提の保障について語る代理商決定や連帯保証決定を参照指示する点は共通するものの、保護義務を論じるにあたって、一方で、保護義務に依拠するとされるBVerfG 判例も参照指示する判例[86]と、他方で、代理商決定・連帯保証決定と同様に、Lüth 判決のみを参照指示する判例[87]とが存在しており、BVerfG 判例において、実は、事案に応じて、国家の基本権保護義務論を使い分けている可能性があるからである。この点を踏まえて、連帯保証決定をはじめとするBVerfG 判例について再検討を行う。

次に、第４章においては、連帯保証決定に続いて契約の対等性が侵害された事例について判断を下した婚姻契約決定[88]を中心に検討する。同決定が、第一に、第二次堕胎判決など保護義務を明示した判例[89]を引用した点、第二に、保護義務が「GG６条４項と結びついた２条１項から生じる権利」から導かれるとしており、連帯保証決定とは異なり社会国

[85] 大串・前掲注79)「契約自由の憲法保障に関する序論的考察」33頁以下。
[86] BVerfGE 85, 191; 89, 276.
[87] BVerfGE 97, 169.
[88] BVerfGE 103, 89.
[89] BVerfGE 46, 160; 49, 89; 53, 30; 56, 54; 88, 203.

家原理を標榜するGG20条1項などを参照指示していない点から、本決定、そして一連の契約対等の侵害事例にかかわる決定は、国家の基本権保護義務論に依拠したものだとされている[90]。しかし、婚姻契約決定が参照指示するGG6条4項の学説や判例の議論状況を見てみると、実際には同条項が社会国家原理の具体化と理解されていることがわかる。そこで、第4章では、GG6条の議論状況、とくに本稿の問題関心にかかわる1項、2項および4項の議論状況を検討し、そのうえで婚姻契約決定の再評価を行う。

そして、終章では、以上の議論を踏まえたうえで、わが国での議論について検討を行い、わが国で展開されるべき契約自由の憲法保障について考察を行うこととする。

［付記］

筆者は、2021年3月25日に北海道大学より博士（法学）の学位を授与された。本稿は、この博士論文に加筆、修正を加えたものである。

[90] 参照、小山・前掲注65)『基本権の内容形成』160頁以下。

論　　説

チーム医療における刑事過失責任（1）

―― 組織的医療における個人の過失責任の あり方及び関係者間の責任分担 ――

張　　佳宇

目　次

序　章　はじめに
　第１節　準備的考察
　　第１項　日中における「チーム医療」
　　第２項　日中における「医療過誤」
　　　第１款　「医療過誤」の定義
　　　第２款　刑法上の対応
　　　第３款　比較法的な考察
　第２節　問題の提起
　　第１項　個人の過失責任のあり方への問題
　　第２項　関係者間の責任分担への問題
　第３節　過失構造論に関する本稿の立場　　（以上、本号）

第１章　垂直的分業における過失の判断
　第１節　医師と看護師の連携
　　第１項　検討視座と方法
　　第２項　診療の補助における医師の過失
　　　第１款　診療の補助と医師の指示
　　　第２款　診療の補助と医師の監督
　　　第３款　過失競合論と監督過失論の区別の基準（その一）
　第２節　上下関係にある医師間の連携
　　第１項　研修医の過誤に対する指導医の責任

第２項　過失競合論と監督過失論の区別の基準（その二）
——埼玉医大抗がん剤過剰投与事件を例として——
第３節　小括

第２章　水平的分業における過失の判断
第１節　検討視座と方法
第２節　同職種間の連携
第３節　専門職間の連携
第１項　薬剤師、事務員と看護師間の連携
——３％ヌペルカイン事件を例として——
第２項　手術チームにおける連携
——横浜市大病院患者取り違え事件を例として——
第４節　小括

第３章　分業に伴う医療関係者間の責任分担
——「信頼の原則」の検討を中心に——
第１節　信頼の原則の概説
第２節　組織的医療における信頼の原則適用の可否とその限界
第１項　従来の判例
第２項　議論状況
第３節　検討
第１項　組織的医療における信頼の原則適用の可否
第２項　組織的医療における信頼の原則の適用限界とその基準
第１款　概説
第２款　垂直的分業の場合
第３款　水平的分業の場合
第３項　判例の再検討
第４節　小括

第４章　分業に伴う医療関係者間の過失責任
——「過失犯の共同正犯」の成否の検討を中心に——
第１節　従来の判例
第２節　議論状況
第１項　肯定説
第２項　否定説
第３節　検討
第１項　学説の検討

第２項　組織的医療における過失犯の共同正犯
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第４節　小括

第５章　中国法への示唆
第１節　中国における医療事故罪の刑事裁判
第１項　背景
第２項　刑事裁判の状況
第３項　問題の所在
第２節　組織的医療における個人の過失責任のあり方
第１項　検討視座と方法
第２項　分業における各関与者の注意義務
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第３項　監督過失論のあり方
第１款　議論状況
第２款　実務の現状
第３款　検討
第４項　因果関係論のあり方
第１款　議論状況
第２款　検討
第５項　判例の再検討
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第６項　小括
第３節　組織的医療における関係者間の責任分担
第１項　検討視座と方法
第２項「信頼の原則」の検討
第１款　議論状況
第２款　検討
第３項「過失犯の共同正犯」の成否の検討
第１款　中国における「過失犯の共同正犯」
第２款　検討
第３款　過失競合論に基づく関係者間の責任分担
第４項　小括
第４節　小括

終　章　要約と残された課題
　第１節　要約
　第２節　残された課題

序章　はじめに

医行為は、大きな危険性を内包していることは否定できず、医療従事者にとって、医行為による好ましからざる結果の発生を予見することは一般に可能である。医行為を行って人の死傷を惹起した場合には、業務上過失致死傷罪の責任を免れないということになると、医療従事者に事実上の絶対責任を課すに等しい結果となる[1]。しかしながら、医行為は、危険性の高いものであると同時に、大きな社会的な意義を持っており、社会生活の向上、公衆衛生の改善向上のために不可欠なものである。これらの意義は、医療従事者一人一人の献身や活発な医学研究なしには実現できず、仮に、医療従事者に絶対責任を課することになれば、ハイリスクな医療活動を不当に抑圧するであろう。つまり、医療従事者は、刑事責任の追及に晒される危険を避けるために、患者に最善の治療法を選択するのではなく、自らのリスクや責任を回避できる治療法を優先するようになり、防衛医療を招くことになるかもしれない。また、医療従事者に絶対責任を課すことは、刑法の謙抑性という刑法の原則に反し、「刑法の果たすべき社会統制機能の限度をこえて、むしろ社会の進歩・発展を阻害する桎梏の役割を演ずることになる」[2]。したがって、医療過誤に対処する際に、刑法がどのような姿勢をとるべきかという問題は、技術の発展が中心となる現代社会においては、避けて通れない課題である。

同時に、現代技術の進歩とともに、医学は現在でも日々発展しつつある学問であり、その分野の発展は、高度に細分化された形態と高度に統合された形態の両方を呈しており、技術革新や医療技術市場のニーズに応じ、異なる分野をチームマネジメントによって再構築・統合すること

[1] 飯田英男『医療過誤に関する研究』（法曹会・1974）21頁。
[2] 藤木英雄「医療過誤と過失」ジュリスト427号（1969）31頁。

が求められている。そのため、複数の医療専門職で構成された医療チームによって医療を行うことが一般的になった。かような「チーム医療」は、医療の高度の専門化と効率化の必然の結果である。それにかかわらず、医療の根本的な目的は、依然として患者に医療サービスを提供することにあるがゆえに、チーム医療の構築は、医療の「円滑さ」を重視するばかりでなく、患者の「安全」を図ることを目的としなければならない。それゆえ、「円滑さ」と「安全」のバランスをとることは、組織的医療における個人の刑事責任のあり方や関係者間の責任分担を取り扱う際の重要な指針となるといえよう。

医療モデルの変化に伴い、医療過誤は、「医師やその他看護師等の関係者の意思の緊張の欠如や不注意な医療行為によって発生するだけではなく、このような医療組織における分業と協業ないし組織の機能不全によっても発生する」[3]。このような医療過誤を論じる際に、日本と中国では、次のような共通の課題に直面するかもしれない。まず、第一に、組織的医療における個人の過失責任のあり方に関しては、結果回避義務とその違反の判断、行為態様、因果関係の有無、正犯性の判断など過失の一般論に関わる様々な論点が関係する。第二に、過失責任の追及が「個人モデル」から「組織モデル」へ移行しつつ[4]、関係者間の責任分担に関しては、監督責任を限界づける理論、過失競合論と監督過失論の線引き、信頼の原則の適用の可否、過失犯の共同正犯の成否なども議論される必要がある。

そのほか、日本においては、チーム医療において複数人の過失行為が併存する場合、過失の競合論を安易に用いるならば、関係した医療従事者はすべて有罪になりかねないという懸念があり[5]、過失犯の範囲を適切に絞り込む理論の研究が要請される。これに対し、中国においては、刑法では医療事故罪が規定されているが、実際には、医療事故の刑事裁判

[3] 山中敬一『医事刑法概論Ⅰ』(成文堂・2014) 596頁。

[4] 甲斐克則「医療事故と刑事法をめぐる現状と課題」刑事法ジャーナル３号 (2006) ２頁。

[5] 甲斐克則「判批」年報医事法学20号 (2005) 151頁、同「刑事医療過誤と注意義務論」年報医事法学23号 (2008) 99頁。

例が少なく、刑事事件になりうるとしても、安易に民事事件としてしか扱われている傾向にある。これは、同罪の成立要件があまり明確でなかったことと[6]、医療事故罪の刑事裁判が、不当に医療事故技術鑑定に依存していることに起因している。しかし、過失犯の客観的側面についての研究が不足しており、中国刑法15条１項[7]に過失犯成立のための主観的要素が規定されているが、同規定が過度に限定的であり、その解釈に規範的基準が存在せず、現実の司法実務の具体的な要求に対応しがたいことが最も根本的な原因である[8]。

そこで、本稿は、日本において、組織的医療における個人の過失責任のあり方及び関係者間の責任分担をめぐる議論を整理して検討を加えることを通じて、日中が直面している課題を分析し、中国への示唆を導こうとするものである。

第１節　準備的考察

本節では、準備的作業として、日中における「チーム医療」や「医療過誤」の定義を明確にしたうえで、医療過誤に対する日中における刑法上の対応について比較法的な考察をしながら、法規定の視点からみて、日本における医療過誤の過失判断に関する理論を、中国法で適用することは可能か否かを検討する。

---

[6] 劉躍挺「対現代医療過失犯罪中注意義務理論的整体性反思」中国刑事法雑誌３期（2016）38頁、68-69頁。

[7] 中華人民共和国刑法（以下「中国刑法」という）15条（過失犯）１項は、「自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性を予見すべきであるのに、不注意により予見せず、又はすでに予見していたにもかかわらず結果を回避できるものと軽信したため、これらの結果を生じさせたときは、過失による犯罪とする。」と規定している。本稿における条文の訳は甲斐克則、劉建利『中華人民共和国刑法』（成文堂・2011）参照。

[8] 劉躍挺「対大陸法系刑法中犯罪過失理論的整体性反思」北京理工大学学報（社会科学版）18巻３期（2016）143頁。

第１項　日中における「チーム医療」

さて、医療チームには、チームの安定性、チームメンバーの専門分野、チームワークの内容などから複数の分類方法があるが、中国であれ、日本であれ、チーム医療を次のように定義することができる。すなわち、チーム医療とは、医療の高度化、複雑化に伴い、それぞれの分野が専門化され、細分化され、診療科の枠や職種の枠を越えて、医療関連諸職種（医師、看護師、保健師、理学療法士、作業療法士、栄養士、薬剤師、医療ソーシャルワーカー、臨床心理士、補助看護師、事務職員等）が協力、共同して一人の患者の診療に当たる組織的医療をいう[9]。

日本におけるチーム医療の起源を、歴史的に概観してみると、チーム医療の誕生のために、医療専門分野の細分化と専門化に加えて、近代的な病院の設立も必要であったことがわかる。戦前、日本における多くの病院や診療所は「開業医の家」の延長という位置づけであり、診療を医療の中心とする医療体系の中に、医師は当然に医療の主役として存在していた[10]。その時の医療システムを DOS「医師志向型システム・疾病志向型システム」（doctor oriented system・disease oriented system）と呼ぶことができる。

1984年に施行された新しい医療法に代表される、戦後の占領軍公衆衛生福祉局（PHW：Public Health and Welfare Section）による医療改革[11]から、病院を中心として医療体制が形成し、医師、歯科医師、看護師、薬剤師の以外の法律で規定されている職種[12]が次々に誕生し、「医師だ

---

[9] 大塚裕史「チーム医療と過失犯論」刑事法ジャーナル３号（2006）15頁。

[10] 細田満和子「チーム医療とは何か？」鷹野和美（編著）『チーム医療論』（医歯薬出版株式会社・2017）２頁。

[11] 杉山章子『占領期の医療改革』（勁草書房・1995）90頁。

[12] 今現在、医療職種に関連する法律は以下のとおりである：医師法、歯科医師法、薬剤師法、保健師助産師看護師法、看護職の人材確保の促進に関する法律、栄養士法、診療放射線技師法、歯科衛生士法、歯科技工士法、臨床検査技師等に関する法律、理学療法士及び作業療法士法、言聴覚士法、視能訓練士法、臨床工学技士法、義肢装具士法、救急救命士法、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律、柔道整復師法。

けではなく、ケアをする看護婦、検査に関わる医療放射線技師や臨床検査技師、リハビリテーションに関わる理学療法士や作業療法士、食事を提供する栄養士などの複数の医療者が担うべきという考え方に変わってきた」[13]。それぞれの職種の「専門性」が要求される一方で、医師と他の医療従事者の関係性が変わったことで、医療従事者間の連携が必要となり、「分業」だけではなく、「協業」も一般となってきた。

医療従事者間の関係の変化とともに、医療従事者と患者との関係も変わり、「従来のパターナリズム的なおまかせ医療から、患者への的確な説明を基礎として、患者中心の医療が求められている」[14]。DOS と対応して、そのような医療システムを POS「患者志向型システム・問題志向型システム」（patient oriented system・problem oriented system）と呼ぶことができる。

巨大な人口を抱える中国においては、昔から医療資源が不足しており、それに伴い、医療紛争が必然に増加している。中国の近代化と日本の近代化が完全に一致したわけではないが、チーム医療の誕生も、近代的な病院の設立と医療の専門化・細分化に関係する。現在、中国の総合病院にも、チーム医療が様々な医療現場で実践されており、例えば、外科医を含めた専門的多職種チーム（MDT：Multi-Disciplinary Team）でがん患者の治療計画を決定することがその典型例である。

このようなチームワークにより、患者の安全を確保しつつ、医療を効率化し、医療従事者の負担を軽減し、ひいては医療紛争を減少してきた。例えば、2010年に、中国北京の佑安病院に、内科医師２名、外科医１名、看護師３名、麻酔医１名、検査技師２名、一般当直２名で構成される救急医療チーム（MET：Medical Emergency team）が設置された。この救急医療チームモデルを検討すると、2010年にそのモデルを適用してから2013年までの間に、病院の救急蘇生成功率は上昇し、医療紛争処理件数が大幅に減少していたことがわかる[15]。

---

[13] 細田・前掲注（10）２頁。

[14] 斎藤文昭「チーム医療の実践」新薬と治療第45巻８号（1995）12-13頁。

[15] 侯維ほか（首都医科大学附属北京佑安医院医務部）「医院建立応急医療団隊機制的実践与成效」中国医院18巻４期（2014）57頁。

第２項　日中における「医療過誤」

第１款　「医療過誤」の定義

事故には、個人が起こるものと組織が起こるものの２種類がある。個人が起こる事故は圧倒的に数が多いが、その本質長年にわたり比較的変化していない。組織が起こる事故は、技術革新の産物であり、原子力発電所、民間航空会社、石油化学工業、化学プロセスプラント、海上・鉄道輸送、銀行、スタジアムなどの分野で起こり、これに伴い、システムとその構成員の関係をも根本的に変えてきた[16]。医療事故にも、個人が起こるものと組織が起こるものの両方がある。そして医療事故は、さらに不可抗力によるもの、過失によるもの、故意によるものが考えられ、そのうち、過失又は故意によるものを医療過誤と呼んでいる[17]。本稿で考察したい「医療過誤」は、分業・協業が行われるチーム医療における医療過失である。

日本においては、医療事故と医療過誤は別の概念であって、前者は、医療の診断、検査、治療の全過程において、医療従事者や医療機関にエラーがあったかどうかを問わず、患者に有害な事象が生じたことを指す[18]。それは、社会現象としての事件を指称するものであり[19]、責任の判断と帰属の意義を伴う概念ではないと理解することができる。それに対し、後者は、「医療事故の一類型であって、医療従事者が医療の遂行において、医療的準則に違反して患者に被害を発生させた行為」[20]を指す。

---

[16] James Reason, *Managing the Risks of Organizational Accidents*, Ashgate Publishing Limited, 1997.P.1.

[17] 山内桂子＝山内隆久『医療事故：なぜ起こるのか、どうすれば防げるのか』（朝日新聞社・2000）40頁。

[18] 甲斐克則（編）『ブリッジブック医事法〔第２版〕』（信山社・20018）83頁（山口斉昭「医療事故と医療過誤（民事）」）。

[19] 葭立明「医療過誤発生のメカニズム」葭立明＝中井美雄（編）『医療過誤法』（青林書院・1994）17-18頁。

[20] 「リスクマネージメントスタンダードマニュアル作成指針」（https://www.mhlw.go.jp/www1/topics/sisin/tp1102-1_12.html（2022年５月11日最終閲覧））

つまり、それは、注意義務違反により患者の人身事故を惹起せしめた場合をいうものであり、法律用語である[21]。民事責任（損害賠償）や刑事責任（業務上過失致死傷罪）を追及するためには、医療過誤でなければならないとされる。

中国においても、「医療事故」という用語が使われているが、「医療事故処理条例」(2002)[22] ２条によると、医療事故とは、「医療機関及びその医療従事者が、医療活動において、医療衛生に関する法律、行政法規、部門規定、医療常規に違反し、過失で患者に身体的損害を与えた」ことを指す。このように、中国にいわゆる「医療事故」の定義は、日本の「医療過誤」の定義と同じではなく、中国には、日本の「医療事故」に相当する用語がないといえる[23]。本稿では、概念的な誤解を避け、用語の一貫性を保つために、医療活動において医療従事者が、業務上の注意義務に違反し、これによって患者の身体・生命を侵害した場合を一律に医療過誤と呼ぶ。また、医療過誤は、その典型的な形態からみると、軽率によるものと無知によるものに大別することができる[24]。本稿は、軽率による医療過誤に焦点を当てる。

第２款　刑法上の対応

Ⅰ．日本における刑法上の対応

日本刑法では、過失により人を傷害し、あるいは人を死亡させた場合、過失傷害罪（日本刑法209条）と過失致死罪（日本刑法210条）がそれぞれ成立し、重大な過失により人を死傷させた場合、重過失致死傷罪（日本刑法211条１項後段）が成立する。その他、業務上の必要な義務を怠り、よって人を死傷させた場合は、業務上過失致死傷罪（日本刑法211条１

[21] 葴・前掲注（19）18頁。

[22] 原タイトルは「医疗事故处理条例」である。

[23] 李穎峰『医事法視域中的医療過失研究』（法律出版社・2020）14-16頁。

[24] 宮野彬「歯科医麻酔過誤事件」唄孝一＝成田頼明（編）別冊ジュリスト『医事判例百選』（1976）105頁。

項前段）で処罰される。上記３つの犯罪の法定刑としては、過失傷害の場合は30万円以下の罰金又は科料に処し、過失致死の場合は50万円以下の罰金に処するのに対し、業務上過失致死傷の場合は、５年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金に処し、重過失のときは同様とする。

また、複数人が関与していたとき、一般的には、過失の競合として扱われるが、日本刑法60条は、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」と規定し、過失犯の共同正犯の成立が法的に排除されないため、共同正犯とすることもある（最判昭和28日１月23日刑集７巻１号30頁）。

Ⅱ．中国における刑法上の対応

中国刑法（1997年）において、「国民の身体の権利及び民主的権利を侵害する罪」という章で、過失重傷害罪（中国刑法235条）と過失致死罪（中国刑法233条）を規定している。前者の場合には、３年以下の有期懲役又は拘役に処し、後者の場合には、３年以上７年以下の有期懲役に処し、情状が比較的軽いときは、３年以下の有期懲役に処することとなる。

1979年中国刑法は、業務上の過失に関するいくつかの犯罪を規定していたが、その中で、医療上の過失に対する規制はなかった。1997年中国刑法は、「社会管理の秩序を乱す罪」という章の「公共の衛生に危害を及ぼす罪」という節で、医療職員が、著しく職責を怠り、患者を死亡させ又はその身体の健康に重大な危害を及ぼした行為が医療事故罪を構成する、と定めいる（中国刑法335条）。同罪が成立する場合には、３年以下の有期懲役又は拘役に処することとなる。

また、中国刑法25条によれば、共同犯罪[25]とは、２人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいう。２人以上共同して過失による犯罪を犯した場合、共同犯罪が成立せず、刑事責任を負うべき者は、それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰すると規定している。それに対して、刑法の条文から、複数人の過失によって結果が発生したとき、過失の共同犯

[25] 中国刑法で、いわゆる「共同犯罪」は、犯罪の共同実行と犯罪の教唆・幇助を含み、日本の「共同正犯」とは異なる意味を有することに留意する必要がある。

罪が成立する余地がないと主張している見解が有力であるが、中国刑法によっても過失の共同犯罪の成立が可能であると主張している見解もある。関係者間の責任態様に対する検討は、本稿の第４章・第５章に譲るため、ここでは医療過誤のみに関し、日中における刑法規制を比較して検討しておきたい。

第３款　比較法的な考察

以上から、日中における医療過誤に関する刑法規定は、（Ⅰ）保護法益の内容、（Ⅱ）行為者の身分、（Ⅲ）構成要件的行為、（Ⅳ）構成要件的結果、（Ⅴ）通常の過失と比べた刑の加減、（Ⅵ）過失の判断、という６つの点において異なっているといえる。以下では、これらの点につき、順に検討を加えることにする。

Ⅰ．保護法益の内容

日本刑法の業務上過失致死傷罪は、通常の過失致死傷罪と同様に、人の身体、生命に対する罪と位置づけられる。つまり、日本刑法では、通常の過失と業務上の過失を区別して、あえて業務上致死傷罪を規定しているが、それは、両罪で異なる法益が侵害されうるという立場に立脚しているからではない。日本刑法は、両者のいずれも人の身体、生命という個人法益に対する罪として扱っている。

それに対し、中国刑法の医療事故罪は、「社会管理の秩序を乱す罪」という章の「公共の衛生に危害を及ぼす罪」という節で規定されている。このことから、同罪が成立するためには、人の身体、生命に危害を及ぼしたことが必要条件であるが、公共の衛生にも危害を及ぼさなければならない、と主張する見解がある[26]。しかし、私見によると、医療事故罪は、日本の業務上過失致死傷罪と同様、あくまでも個人法益に対する罪であ

[26] 高銘暄＝馬克昌（主編）『刑法学〔下編〕』（中国法制出版社・1999）1026頁、楊春洗＝楊敦先（主編）『中国刑法論』（北京大学出版社・1998）456頁、劉遠（主編）『危害公共衛生罪』（中国人民公安大学出版社・1998）187頁。

り、個人的法益と社会的法益の両方を侵害する罪でない。その理由は、以下のとおりである。

医療事故罪の構成要件と通常の過失致死傷罪の構成要件との相違点は、犯罪の主体が特定の業務に従事する者に限られることと、犯罪の行為が「著しく職責を怠り」を特徴とすることにある。これらの限定は、公共の衛生に関する罪のみに見られるのではなく、国有の会社、企業又は事業体の直接責任を負う主管者による契約背任罪（中国刑法167条）、郵便員による郵便物遅延罪（中国刑法304条）、司法要員による判決裁定執行懈怠罪（中国刑法399条３項）、伝染病の予防又は治療に従事する政府衛生行政部門の職員による伝染病予防治療懈怠罪（中国刑法409条）などの犯罪にも散見される。その中で、単独で社会秩序を直接侵害する可能性のある犯罪と、単独では社会秩序を直接侵害しない犯罪の両方が含まれる。すなわち、中国刑法では、業務行為がすべて特別な規制を必要とするわけではなく、社会秩序の概念が規制の出発点とされ、業務全体の性質からみて、これは社会的な利益と密接に関係している場合にのみ、特別な規制が必要とされる。

上記の観点を踏まえ、「公共の衛生に危害を及ぼす」ことと保護法益の関係をみる。公共の衛生に危害を及ぼす罪の定義については、衛生管理法規の違反に着目すべきであるとする見解[27]と、保護法益の内容を重視すべきであるとする見解[28]が対立してきた。前述のように、中国刑法で行為者の業務全体は、社会秩序に密接に関連しているといった場合に、その職責の懈怠による犯罪が刑法の特別な規制の対象となりうるが、上記特別な規定は、犯罪の成立を制限する要素にすぎず、法益侵害に直結するものではないと考えられる。なぜなら、行為が複数の法益侵害につながる場合には、単一の法益侵害の場合よりも重く処罰されるべきであるからである。たとえば、強盗罪の法定刑が奪取罪よりも高い理由については、中国では、一般的に、物に対する暴力が構成要件的行為とされる奪取罪と比べて、強盗罪の構成要件的行為には、物に対する暴力だけではなく、人に対する暴力が含まれるからであると理解されている。仮

[27] 陳兴良『刑法疏議』（中国人民公安大学出版社・1997）520頁。
[28] 劉・前掲注（26）１頁。

に、公共の衛生に危害を及ぼす罪であれば、必然的に、複数の法益を侵害することを意味すると考えられるから、何故、医療事故罪の刑が、通常の過失致死傷罪のそれよりも低いかを説明することができなくなろう。したがって、刑法が、医療事故罪を公共の衛生に危害を及ぼす罪として捉えることは、それが必ずしも公共の利益の侵害を構成要件要素とすることを意味するわけではない。その理由は、医療自体は公共の福祉と密接に関係しており、医療過誤による犯罪は、公共衛生の管理の秩序に危害をもたす可能性があるからである。

したがって、中国刑法の「章」や「節」は、一定立法の意図や目的が反映されているとはいえるが、保護法益の内容とは必ずしも一致せず、各犯罪の保護法益を判断するにあたって、各犯罪の構成要件に応じて具体的な分析を行わなければならない。このように、中国刑法の医療事故罪は、社会の管理の秩序を維持するために設置されるということができるが、構成要件要素としての法益侵害という点では、日本刑法の業務上過失致死傷罪と同様、個人法益を侵害すれば足りるように思われる。

Ⅱ．行為者の身分

日本刑法の業務上過失致死傷罪は、犯罪の主体に限定を設けず、業務上必要な義務を怠り、よって人を死傷させた場合は、すべて同罪で処罰され得る。ここで「業務」とは、「本来人が社会生活上の地位に基き反覆継続して行う行為であって、かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを必要とするけれども、行為者の目的がこれによって収入を得るにあるとその他の欲望を充たすにあるとは問わないと解すべきである」（最判昭和33年４月18日刑集12巻６号1090頁）とされている。そして、「反覆継続の目的乃至その事実のある限り、格別の経験或は法規上の免許等を必要とする場合においてもその業務たるためには､このような経験乃至免許の有無を問わないものと解すべきである」（福岡高判昭和25年12月21日高裁刑集３巻４号672頁）とされている。つまり、行為者が医行為を業として行うのであれば、その行為者が一定の資格を有するかどうか、どのような目的があったかどうかを問わず、診療過程において医業上必要な注意義務を怠り、人を死傷させた場合は、

すべて業務上過失致死傷罪で処罰されることとなる。

それに対し、中国刑法の医療事故罪は、その主体を明確に「医療職員」に限定し、医師のみならず、医療に従事する看護師、検査技師、薬剤師なども医療職員として捉えるが、法規上の免許が必要とされる[29]。

前述のとおり、日本の業務上過失致死傷罪は、業務を細かく区分したものではなく、業務上の過失により他人を死傷させたすべての罪を一律に一般的に規定しているのに対し、中国刑法ではそのような罪が規定されておらず、上記の医療事故罪のほか、交通、生産又は作業など事故が起こりやすい業務分野においても、業務上の過失犯罪を個別に規定している[30]。

このような体系上の違いがあるからこそ、医療事故罪と業務上過失致死傷罪は、主体の身分に差異があるものとして理解することが可能であろう。しかし、重要な業務分野ごとに過失犯罪を個別に規定しているとしても、必ずしも行為者が法的資格を持たなければならないわけではない。医療事故罪の場合に、法的免許を要求する理由を説明するためには、中国刑法における「医師不法開業罪」に言及する必要があると思われる。中国刑法の336条１項は、医師の開業資格を取得せずに、不法に医業を行ったものは、情状が重いときは、３年以下の有期懲役、拘役又は管制に処し、罰金を併科し又は単科し、患者の健康に重大な危害を及ぼしたときは３年以上10年以下の有機懲役に処し、罰金を併科し、患者を死亡させたときは、10年以上の有期懲役に処し、罰金を併科する、と規定している。この犯罪には、基本犯と結果的加重犯が含まれ、その加重結果（患者の健康に重大な危害を及ぼしたこと、又は患者を死亡させたこと）は、医療事故罪における構成要件的結果と同じであり、医行為の施行過程で過失によって惹起したものである[31]。このように、同罪にはいわゆ

---

[29] 王文光＝高珊崎（主編）『新編中国刑法学（分論巻）』（陝西人民出版社・1998）433頁、周光权『刑法各論〔第三版〕』（中国人民大学出版社·2016）418頁、張明楷『刑法学（下）〔第六版〕』（法律出版社・2021）1472頁。

[30] 例えば、重大飛行事故罪（中国刑法131条）、鉄道運営安全事故罪（中国刑法132条）、重大交通事故罪（中国刑法133条）、重大責任事故罪（中国刑法134条）などが規定されている。

[31] 黎宏『刑法学各論〔第二版〕』（法律出版社・2016）438頁以下。

る「医師の開業資格」の定義についての争いがあるが[32]、医師不法開業罪は、医師の開業資格のないものによる医療過誤を規制するものであり、医療事故罪は、適法の身分を有するものによる医療過誤を規制するものであることがわかる。

医師不法開業罪の結果的加重犯の成立は、基本犯の成立を前提とし、基本犯の成立には、「情状が重い」必要があるので、医師の開業資格を取得しない者による不法開業行為が医師不法開業罪の基本犯を構成できないとき、同人の医行為により、患者を死傷させた場合には、医療事故罪で処罰され得るかどうかという問題が残るが、後述のように、この場合には、広義の業務行為によって結果が生じたとはいえるが、刑罰には軽減理由も加重理由もないので、通常の過失犯として処罰すれば足りると考えられる。

Ⅲ.「著しく職責を怠り」と「業務上必要な注意義務を怠り」

「著しく職責を怠り」という要素は、主観的な判断なのか、客観的な判断なのかが争われている。主観的要素説によれば、この要素は行為者の心理的態度を記述したものであり、刑法で否定・非難される過失の心理的態度である。客観的要素説によれば、「著しく職責を怠り」は客観

[32] 中国において、医師として医業を行うために、医師になろうとするものは、医師資格試験に合格した上で（中華人民共和国執業医師法８条12条）、所在する衛生行政機関への登録申請を行い、医師開業許可証明書を取得しなければならない（同法13条）。つまり、中国では、医師業務資格試験制度だけではく、医師開業登録制度も実施されており、資格試験に合格したら、医師業務資格を取得したが、登録をせずに医師開業許可証明書を取得しない者は、医師として医業を行うことが許されない、とされる。このような背景として、医師不法開業罪に「医師開業資格を取得せず」というのは、医師業務資格を取得しない状況を意味するのか（王安其「非法行医範囲及主体的認定」李筱永＝趙暁佩（主編）『医事法案例精選』（中国政法大学出版社・2014）174頁以下）、それとも医師業務資格を取得したが衛生行政機関に登録しない状況を意味するのか（張・前掲注（29）1474頁、邵山「論非法行医罪」人民司法（2000.2）28-29頁）、という点については議論がある。

的な事実の状態を記述したものである。折衷的見解によれば、「著しく職責を怠り」というためには、主観的な過失だけではなく、客観的に規範・慣行に重大な違反があることも必要である。

中国最高人民検察院及び公安部による「公安機関の管轄下にある刑事事件の立案追訴の基準に関する規定」[33]（公通字〔2008〕36号）56条では、以下の場合のいずれかに該当するときは、医療事故罪における「著しく職責を怠り」とみなされる。（ⅰ）みだりに職場を離れた場合、（ⅱ）危篤状態にある者に対して正当な理由なく必要な医療行為を行わなかった場合、（ⅲ）承認を得ずに実験的な医療行為を行った場合、（ⅳ）チェック＆ダブルチェック制度の重大な違反があった場合、（ⅴ）未承認の医薬品、滅菌剤、医療機器の使用の場合、（ⅵ）国家の法律、法令、明確に規定された技術的診療規範や常識の重大な違反があった場合、（ⅶ）その他の７つの場合である。これらのうち、（ⅰ）、（ⅱ）、（ⅲ）、（ⅴ）については、「著しく職責を怠り」にあたるかどうかの判断は容易であるが、（ⅳ）と（ⅵ）については、「重大な違反」というのはどのような意味を持っているのかを、さらに明らかにしなければならない。

また、上記司法解釈によると、「著しく職責を怠り」は、行為者の客観的行為に関わるものであり、行為者の心理的態度を記述するものではないことは明らかになった。そのため、ここでは、「著しく職責を怠り」が、重過失にあたるかどうかを議論するのではなく、規範違反という意味での重大性に的を絞って検討しよう。そこで、「著しく職責を怠り」の意義を明らかにした上で、それと日本の業務上過失致死傷罪における「業務上必要な注意義務を怠り」という表現について比較考察しておきたい。

まず、中国刑法においては、注意義務とその違反という概念は使われていないが、診療、看護などの業務を行うにあたって、医療の安全に関連する規則制度などに違反したということは、本質的に、衛生上の危害を回避するという意味において、医療従事者にとって遵守すべき注意義務に違反したことを意味するため、「職責を怠り」と「業務上必要な注意

[33] 原タイトルは「最高人民检察院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定」である。

義務を怠り」とは、同義的に解釈することができると思われる。そこで、問題となるのは、どのような重大な注意義務違反があった場合には「著しく職責を怠り」といえるか、ということである。

この問題に答えるためには、まず、「注意義務」の内容を明確にしなければならない。注意義務は、一般に、結果予見義務と結果回避義務から成り立っており、結果回避措置をとるために、結果の予見が前提とされるが、法律、法令、技術的診療規範や常識で定められた行為規範は、そもそもは各医療従事者が自己の業務を行う際に、患者の安全を侵害しないように定められるものであるから、これらの行為規範を遵守するのは、医療従事者に対する一般的ないし基本的な要求であり、係る行為規範に違反した場合、医療従事者の間では結果予見可能性に明らかな差がないと思われる。その意味で、仮に「著しく職責を怠り」とは、重大な結果予見義務違反を指すのであれば、その限定的な意義を失うことになるといえよう。それゆえ、ここでいう「注意義務」の内容は、結果予見義務ではなく、結果回避義務でなければならない。

このように、結果回避義務違反の程度を限定するためには、結果回避義務自体の重要性を重視するアプローチと結果の重大性に求めるアプローチがありうる。結果回避義務自体の重要性を判断するにあたっては、あくまでも義務の根拠となる規範の適用順位に基づくこととなる。しかし、このように解するならば、何故、司法解釈では、法律以外、法令、技術的規範や慣行の重大な違反に対しても同様に「著しく職責を怠り」として扱われているのかを説明できなくなるのみならず、これらの規定や慣行は、患者の安全を確保するという点では、ほぼ同等であり、どちらの違反によっても患者の健康に重大な損害を与える可能性がある[34]。それゆえ、行為者が違反した規定や慣行自体の重要性だけで注意義務違反の重大性を判断することができない。このように、結果回避義務違反の重大性は、結果の重大性に着目するほかないのであろう。ただし、医療事故罪では、「著しく職責を怠り」という構成要件的行為を規定している一方で、構成要件的結果は、すでに患者の死亡又はその健康への重大な危害に限られているため、「著しく職責を怠り」は、結果の重大

[34] 臧冬斌「医療事故罪研究」武漢大学博士学位論文（2002）53頁。

性を意味するならば、結果が単独に規定されている場合には、結果回避義務違反の程度をわざわざ規定する必要がないと思われる。

以上から、結果回避義務違反の重大性を判断するにあたり、構成要件的結果から独立した基準が存在しないため、結果回避義務違反の重大性の判断は、犯罪の成否を決定する意味での重要性を持たないと思われる。したがって、「著しく職責を怠り」は、「業務上必要な注意義務を怠り」と同視しうる。

Ⅳ．構成要件的結果

日本刑法において、業務上過失致死傷罪の構成要件的結果には、死亡と傷害の２つが含まれる。その傷害の程度については、刑法は明確的に規定されていないが、過失犯と故意犯の両方でも「傷害」という用語が使われている。しかし、実務では、傷害の程度を問わず、すべて犯罪とするわけではなく、傷害の結果があっても極めて軽微なものは、可罰性を否定し、犯罪にならない余地がありうる。たとえば、強盗致傷罪に関する判例（名古屋高金沢支判昭和40年10月14日高刑集18巻６号691頁）では、（ⅰ）日常生活に支障を来さないこと、（ⅱ）傷害として意識されないか、日常生活上看過される程度であること、（ⅲ）医療行為を特別に必要としないことを充足する場合には、刑法上の傷害にあたらず、暴行にとどまると判示している。

それに対し、中国刑法において、故意による傷害罪が成立するためには、軽傷以上の結果が必要とされ、過失の場合には、人に重傷害を負わせたことが必要とされる。しかし、前述したように、医療事故罪には、通常の過失傷害罪のように「重傷害」という言葉を使うのではなく、「身体の健康に重大な危害」という表現が使われている。上記「公安機関の管轄下にある刑事事件の立案追訴の基準に関する規定」によれば、「身体の健康に重大な危害を及ぼす」とは、身体の重大な障害、重傷害、AIDS やウイルス性肝炎などの難病を引き起こすこと、またはその他の患者の健康に重大な害を及ぼすことを指す。そして、最高人民法院及び最高人民検察院「売春を組織し、強制し、勧誘し、場所を提供し又は紹

介する刑事事件における法適用に関する解釈」[35]（法釈〔2017〕13号）によれば、故意に他人にHIVを感染させることは、刑法94条の重傷害にあたり、故意傷害罪で処罰できる。したがって、医療事故罪の「身体の健康に重大な危害」は、刑法の重傷害に近いと理解することができる。したがって、中国の医療事故罪の構成要件的結果の範囲は、日本の業務上過失致死傷罪よりも狭いといえる。

Ⅴ．法定刑

日中における刑法制定の歴史的・社会的背景が異なるため、医療事故罪の法定刑と業務上過失致死傷罪の法定刑の高低を直接比較することは意味がないと思われるから、そこでは、両罪の法定刑を、それぞれの刑法における通常の過失犯の法定刑と比較し、それに基づいて検討を試みる。まず、図表の形で、法定刑の対比を示しておく。

図表１　日中刑法における医療過誤に係る過失犯と通常の過失犯の法定刑の対比

	通常の過失傷害	通常の過失致死	重過失致死傷	医療過誤致死傷
日本刑法	30万円以下の罰金又は科料（209条過失傷害罪）	50万円以下の罰金（210条過失致死罪）	５年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金（211条１項後段重過失致死傷罪）	５年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金（211条１項前段業務上過失致死傷罪）
中国刑法	３年以下の有期懲役又は拘役（235条過失重傷罪）	３年以上７年以下の有期懲役に処し、情状が比較的軽いときは、３年以下の有期懲役（233条過失致死罪）		３年以下の有期懲役又は拘役（335条医療事故罪）

（出典）日本刑法（明治40年）と中国刑法（1997年）により筆者作成

[35] 原タイトルは「最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释」である。

図表１から、日本刑法においては、業務上過失の場合は、通常の過失に比べて法定刑の上限が引き上げられ、重過失の場合と同じであるのに対し、中国刑法においては、医療過誤致死傷の場合の最高刑は、通常の過失致死のそれより低く、過失重傷のそれと同じであることがわかる。

日本で、業務上過失の加重根拠については、主に、２つの見解が対立してきた。それは、業務者には重い注意義務が課されるからであるとする義務加重説[36]と、注意義務は同じであるが、業務者であれば、注意能力が高く、容易に結果を予見・回避しえたのであるから、相応して注意義務の懈怠が著しいからであるとする重大過失説[37]である。つまり、義務加重説によれば、犯罪予防という政策的目的に基づき、業務者に重い注意義務が課されるのに対して、重大過失説によれば、刑の加重理由は、政策的考慮ではなく、業務者が通常人に比べ、より多くの知識・経験を持っている、という個別の能力に求める。その他、「業務上過失は『類型化された重過失』と解されるべきである」と主張している見解もある[38]。

業務上過失の加重根拠を検討する前に、まず、業務上過失と重過失との関係性を整理してみる。前述のように、日本刑法では、業務上過失致死傷罪以外に、重過失致死傷罪をも規定しており、かつ両罪の法定刑は同じである。学説では、一般的に重過失を「注意義務に違反する程度が著しい場合」と解する立場が一般的であるが、重過失致死傷罪においては、重過失は「構成要件要素として類型化されているから、一般的に人の死傷を発生させる可能性が高い事態において、行為者が注意義務に違反した場合」[39]と解されているものである。しかし、このように理解するならば、「一般的に人を死傷させる可能性が高い事態」の定義は、そ

---

[36] 大谷実『刑法講義各論〔新版第５版〕』（成文堂・2019）51頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第７版〕』（弘文堂･2018）71頁、前田雅英『刑法各論講義〔第７版〕』（東京大学出版会・2020）41頁、団藤重光『刑法綱要各論〔改訂版〕』（創文社・1985）420-421頁、最判昭和26年６月７日刑集５巻７号1236頁。

[37] 大塚仁『刑法要論（各論）〔第６版〕』（成文堂・1993）29頁、内田文昭『刑法各論〔第３版〕』（青林書院・1996）61頁。

[38] 山口厚『刑法各論〔第２版〕』（有斐閣・2010）67頁。

[39] 大塚・前掲注（37）31頁。

もそも明らかではなく、それは、行為自体の危険性が高いことを意味するのか、または注意義務違反により結果が発生する可能性が高いことを意味するのかを明確にしなければならない。前者であれば、業務上過失は、そもそもは、人の生命・身体に類型的に危険な行為を行う際に注意義務に違反する場合を念頭に置いたものであるから、業務上過失のすべてを重過失として処罰できることとなるため、重過失と業務上過失を区別して規定する意味が失われる。後者であれば、すべての過失犯は、事後的にみると、注意義務違反により結果が発生する可能性が高いと評価できるため、「注意義務違反により結果が発生する可能性が高い」ということだけで、重過失と通常の過失を区別しがたい。結局、過失の重大性の判断は、結果予見・回避の容易さや行為者の不注意な態度[40]などの注意義務違反の程度に関する評価に求めなければならない。それゆえ、業務上過失と重過失を区別し、また、重過失と通常の過失を区別して、業務上過失致死傷罪は、反復・継続して行う人の生命・身体に類型的に危険な行為によって死傷結果を惹起した場合を念頭に置いたものであり、重過失致死傷罪は、行為者の個別の原因によって注意義務に違反する程度が著しい場合、特に結果の予見とその回避が容易である場合を念頭に置いたものである、と解することがより適切であると考えられる。

この観点を踏まえ、さらに業務上過失の加重根拠を検討する。業務の定義につき、一定の社会的地位に基づくものでなくても、人が社会生活を維持する上に、反復・継続して従事する自然ないし個人的な生活活動（育児、家事、飲食等）を除く事務であれば、業務と解されてきた[41]。それゆえ、主体は、死傷の事故を惹起しやすい一定の業務に従事する者でなければならないという意味で、業務上過失致死傷罪は身分犯とはいえるが、業務者となる範囲が広くなれば、身分の限定的な意味が小さくな

[40] 例えば、東京高判昭和62年10月６日判時1258号136頁は、「建物等の焼燬や人の死傷の結果がその具体的な状況下において通常人として容易に予見できたのに、これを怠り、あるいは、結果を予見しながら、その回避の措置をとることが同様容易であったのに、これを怠ったというような注意義務の懈怠の著しい場合を指すものと解する」、とされる。

[41] 大谷・前掲注（36）51頁、大塚・前掲注（37）29頁。

るため、各業務者の間の知識や経験の差が大きくなり、業務者であれば、必ずしも注意能力が高いとは限られないこととなる。

逆に、反復・継続して行われる業務が、人の生命・身体に危険な行為でなければならないため、危険な行為を行うことが許されることは、業務者に排他的に付与される権利とすると、そのような権利に見合う業務上の注意義務が求められることは当然であろう[42]。したがって、義務加重説が妥当だと考えられる。このように、業務上過失致死傷罪は、重過失を構成要件要素として類型化されているものではなく、軽過失であっても、業務上過失致死傷罪が成立しうる。この点において、業務上過失致死傷罪と重過失致死傷罪を区別しうる。

業務上過失の加重根拠は、政策的理由に求めると理解すれば、政策における価値判断が異なれば、法的対応も異なるものとなろう。医療過誤に対する中国刑法の対応から、立法者は、第一に、医療を独立した業務分野として規制していること、第二に、資格のある医療従事者による医療過誤と資格のない医師による医療過誤を区別して、医療事故罪の主体が免許を得た医療従事者に限られ、医師の資格のない者が「医業」上の過失によって患者に危害をもたらした場合には、医師不法開業罪の結果的加重犯で処罰されうることがわかる。既述のとおり、医師不法開業罪は、不法開業行為を故意犯として捉え、加重結果に対する行為者の主観面は過失である。すなわち、医療活動において医療過誤により患者を死亡させ又はその身体の健康に重大な危害を及ぼした、という点においては医療事故罪と医師不法開業罪は共通している。しかし、両罪の最高刑を比較すると、医療事故罪の法定刑の上限は３年であるのに対し、医師不法開業行為によって患者を死亡させた場合には、法定刑の上限は15年[43]である。もっとも、医師不法開業罪の基本犯と医療事故罪の併合罪とする場合であっても、法定刑の上限は６年にすぎず、医師不法開業罪の基本犯と過失致死罪の併合罪としても、法定刑の上限は10年にすぎず、いずれの場合も15年の法定刑よりも低い。すなわち、中国刑法は、医療

[42] 高橋則夫『刑法各論〔第３版〕』（成文堂・2018）72頁。

[43] 中国刑法45条により、有期懲役の上限は15年とされるため、「有期懲役10年以上」という場合に、上限は15年となる。

従事者による医療過誤と、無資格者による医療過誤を意識的に区別して扱い、前者の場合は、刑が軽減されるのに対し、後者の場合は、刑が加重される。その理由は、それぞれの立法背景をみれば明らかになる。

既述のように、1979年刑法を制定する際に、医療事故罪は規定されていなかった。それについては、「医療事故に、病院管理と技術管理の混乱が関係していることが多く、場合によっては、医療従事者側の主観的なミス、技術的な条件、薬剤アレルギーなど様々な原因があり、事故の本質を明確にすることが難しく、このような場合、問題の処理には慎重な検討が必要である」との説明がなされている[44]。その際、司法実務では、医療過誤事件を重大責任事故罪[45]の規定に従って処罰するのが一般的であった。しかし、刑法改正の際には、医療事故は、やはり工場や鉱山の重大責任事故とは異なり、特に医療従事者の医療過誤による被害の程度が、工場や鉱山の重大責任事故による被害の程度よりもはるかに小さいであることが考慮され、重大責任事故罪から独立して医療事故罪が設置された[46]。同時に、1979年刑法が制定された以降、医師としての資格を持たない者や、行政機関の許可を得ない者が営利目的で医行為を行うことが多々見られ、かような行為は、患者の健康を著しく損なうものであるため、刑法改正の際に、医療における国民の安全を確保するために、医師不法開業罪が創設された[47]。

このように、医療事故罪は、そもそもは医療の社会的有用性と法益侵害の軽微性に鑑み創設されたものであり、その主体が医療従事者に限られ、重大事故責任罪に比べて法定刑が引き下げられたことは当然のこと

---

[44] 高銘暄『中華人民共和国刑法的孕育和誕生』（法律出版社・1981）202頁。

[45] 1979年刑法114条によれば、工場、鉱山、営林場、建築企業又はその他の企業若しくは事業体の職員が管理に服さず又は作業の規則制度に違反し、重大な死傷事故又はその他重い結果を生じさせたときは、３年以下の有期懲役又は拘役に処する。情状が特に悪質であるときは、３年以上７年以下の有期懲役に処する。その後、2006年刑法改正案（六）により、犯罪の主体を無限定にして、生産又は作業過程において、安全管理規定の違反で生じた重大責任事故のすべでを同罪で処罰しうることとなる。

[46] 周其華『新刑法各罪適用研究』（中国法制出版社・1997）394頁。

[47] 周・前掲注（46）395頁。

であろう。それに対して、医師不法開業罪は、当時の不法な医行為の激増に対処するために新設されたものであり、不法な医行為は、医療管理の秩序を乱すのみならず、公共衛生の安全性に危害を及ぼすおそれもあるので、より重い法定刑が設定されることも理解できる。すなわち、業務上過失が加重される根拠は、犯罪予防という政策的目的にあると考えられるが、すべての業務分野でも、犯罪予防を唯一や優先の目的としているわけではない。過失犯の処罰は、故意犯よりも、社会経済の発展に密接に関連しており、医療事故罪の創設はまさにその投影であった。

上記立法背景から、立法者は、医療過誤は人の生命・身体に一定の危険を及ぼして医療犯罪を防止する必要性があることが認められる一方、そのような必要性よりも、新しい医学理論の革新を促し、活発な医療活動を維持することが優先されるべきである、という価値判断を行ったことが窺われる。このように理解すれば、医療事故罪の法定刑が、通常の過失致死罪よりも軽いことを説明しうると考えられる。将来、経済の低成長期に至り、医療の発展よりも医療犯罪を厳しく処罰する必要性を優先すべき状況が生じた際に、それに応じて刑法が改正されるかもしれないが、医療資源がまだまだ不足している現在の中国では、医療過失を含めた業務上過失に対し、やみくもに過重な刑罰を課すのは不適切であると思われる。

Ⅵ. 過失の判断

以上、医療事故罪と業務上過失致死傷罪を規定上の差異から比較して考察した。上記の点以外にも、両罪のいずれも過失犯であるが、日中における過失の判断基準に相異なるところがあるので、その点について検討を加えることを試みる。

日本刑法においては、過失犯の定義を規定せず、38条１項本文に、故意犯の処罰を原則としており、同ただし書に、「法律に特別の規定がある場合は、この限りではない。」と規定している。すなわち、過失犯を例外として処罰することである。それに対し、中国刑法15条１項には、過失犯について、「自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性を予見すべきであるのに、不注意により予見せず、又はすでに予

見していたにもかかわらず結果を回避できるものと軽信したため、これらの結果を生じさせた時は、過失による犯罪とする。」と規定しており、同条の２項では、日本刑法のように、過失犯の処罰を例外としている。

中国では、自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性を認識すべきであるのに、不注意により認識しなかった心理態度は、「不注意の過失」と呼ばれ、自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性をすでに認識したが、結果を回避できると軽信する心理態度は、「自信の過失」と呼ばれる。すなわち、中国刑法における過失犯の規定は、過失犯の主観面のみに関わるものであり、その内容は、一般的には、行為者の認識の要素と意思の要素に分けることができる。その意味で、結果発生の可能性を予見すべきであるのに、認識しなかった不注意の過失は、「認識なき過失」にあたり、認識したが、結果を回避できるのを信じた自信の過失は、「認識のある過失」にあたると説明することができる[48]。前者は、結果予見可能性がなかったことを意味するわけではなく、結果の発生を予見すべき義務があるのに、不注意により予見しなかったことをいい、行為者に結果予見義務が課される前提として、むしろ結果の予見可能性が必要とされるのは当然である。後者とは、結果の発生に対し、行為者には一定程度の認識があるのに、その実現に対して、否定的態度を持っている場合を指す。このように、不注意の過失の本質は、結果予見義務違反にあるのに対し、自信の過失の本質は、結果回避義務違反にあると理解する余地がある。

日本刑法は、条文上、過失を定義しないが、学説では、結果無価値論と行為無価値論の争いとともに、過失犯の構造をめぐって、主に、旧過失論と新過失論が対立してきた[49]。旧過失論によれば、過失は、責任形式であり、犯罪事実の実現に関する注意を欠いてこれを予見せずに行為

[48] 斉文遠『刑法学〔第３版〕』（北京大学出版社・2016）122-123頁、陳兴良＝周光权＝車浩副（主編）『刑法総論精釈（上）〔第３版〕』（人民法院出版社・2016）350頁。

[49] 新新過失論は、結果予見可能性の内容や程度において新過失論と異なり、修正旧過失論は、実行行為性の判断基準において新過失論と異なるが、両者のいずれも注意義務の内容を結果回避義務と解する点では新過失論と共通し、新たな過失犯の構造論ではないだろう。

に出るときの心理態度をいう[50]。新過失論によれば、結果回避義務違反を過失犯独自の類型的違法要素とし、結果回避義務違反こそが過失と呼ばれる[51]。

一見すると、中国法における不注意の過失の場合には、過失の内容を単に結果予見義務違反に求めるから、日本における旧過失論の立場に合致しているようにも解されるが、このような理解は妥当でないと思われる。なぜなら、既述のように、中国刑法15条１項では、「過失犯罪」という言葉が使われているが、その内容は、過失犯の構造に関するものではなく、過失犯における行為者の主観的心理態度を記述しているものにすぎず、同項を、刑法が旧過失論の見解を採用している根拠とするのは適切ではないからである。「不注意の過失の本質は、結果予見義務違反にある」ということは、結果の回避は、結果の予見を前提とし、結果を予見すべきであるのに、結果を予見しなかった場合には、当然に結果回避措置をとらなかったことを意味する。行為者の主観面を評価する際に、対象となるのは、結果発生を認識しなかった行為者の不注意であり、結果の実現にどの意思を持っていたかが関係しないからである。逆に、自信の過失の場合、行為者は、結果発生の可能性への認識を有したので、結果予見義務に違反せず、結果を回避できるものと軽信したため、適切な結果回避措置をとらなかったとき、行為者の主観面を評価する際に対象となるのは、結果を回避しなかったことに行為者の落ち度である。

1997刑法における過失犯の規定は、1979年刑法の規定を踏襲しているところ、1979年刑法は、ソ連刑法から大きな影響を受けており、例えば1979年刑法における犯罪の定義は、ソ連刑法から完全にコピーされた。刑法理論も同様であり、伝統的な犯罪構成体系とされている「四要件説」は、1950年代にソ連から導入され、1980年代初期に、通説になり、現在

[50] 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣・1972）191頁以下、松宮孝明『刑法総論講義〔第５版〕（成文堂・2017）209頁以下、曽根威彦『刑法総論〔第４版〕（弘文堂・2008）170頁以下。

[51] 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂・1975）234頁、西原春夫『刑法総論（上巻）〔改訂版〕』（成文堂・1993）196頁以下、福田平『全訂刑法総論〔第５版〕』（有斐閣・2011）125頁。

では広く批判されているが、中国の刑法の理論と実務に深い影響を与えてきた[52]。四要件とは、犯罪が成立するための、犯罪の客体的要件（刑法により保護される社会関係を侵害したこと）、犯罪の客観的側面（行為、結果）、犯罪の主体的要件（責任年齢、刑事責任能力、身分）、犯罪の主観的側面（故意、過失、目的）の４つの条件である。

しかし、このような「犯罪構成」は、犯罪の成立の条件の総和であり、４つの条件に合致すれば、行為が犯罪であるという結論を導くかもしれないが、実際には、犯罪が成立するかどうかを評価する機能がないものである[53]。その意味で、犯罪構成と犯罪構成要件とは異なる概念であり、犯罪構成における主観的側面としての故意又は過失は、違法要素にあたるわけではなく、同時に、責任要素にも当たらない。責任の判断は、構成要件該当性、違法性が充足された後、犯罪を構成するかどうかの最後の判断である。過失は旧過失論が主張するように専ら責任論の領域に属するとする結果、行為と結果の間に因果関係を肯定すれば、構成要件該当性と違法性が満たされ、その上で、結果が予見可能であり、かつ予見すべきであるのに、結果を予見しなかった場合は、直ちに過失犯を構成する。しかし、先に述べたように、四要件説は、犯罪の成立を判断する機能がなく、４つの条件の間には、必ずしも順序があるわけではなく、犯罪の主観的側面において、過失があると評価しても、犯罪が成立しない可能性がある。

したがって、中国刑法における過失犯の規定は、行為者の主観的側面のみに関わるものであり、この規定から、中国刑法が、過失が違法要素なのか、責任要素なのかという問題について、どの立場に立っているのかを根拠づけることができないように思われる。

Ⅶ. 小括

医療過誤の刑事責任につき、日本刑法では、業務分野の違いを問わず、業務上過失致死傷罪で処罰されており、同罪は通常の過失よりも重い法

[52] 陳兴良「四要件：没有構成要件的犯罪構成」法学家2010年１期23頁。
[53] 周光权『犯罪論体系的改造』（中国法制出版社・2009）146頁。

定刑が規定されているのに対して、中国刑法では、業務上の過失に関する一般的規定がなく、刑事規制が必要な分野ごとに個別の罪が定められており、医療過誤については医療事故罪で対応している。ただし、医療事故罪の対象は医療従事者に限られ、無資格者による医療過誤は、医師不法開業罪の結果的加重犯で対処される。そして、刑法の規定に照らしてみると、医療事故罪の法定刑は、医師不法開業罪の法定刑よりも著しく低く、また、通常の過失罪の法定刑よりもさらに著しく低い。医療過誤に係る犯罪の法定刑については、日中間で大きな差があるように見えるが、これは業務上過失致死傷罪と医療事故罪が異なる政策的考察に基づいているからであり、業務上過失が重過失と同等の性質を持たないのであれば、政策的立場の違いによる差異の存在は許容されると考えられる。

なお、両罪の法益保護、犯罪の主体、構成要件的行為、構成要件的結果を比較すると、両罪は、法益保護と構成要件的行為は同じである一方、犯罪の主体と構成要件的結果は異なっているが、これは理論研究を妨げるような本質的違いではない。そして、中国刑法における過失犯の規定は、特定の過失論の立場を指し示すものではないこともわかる。したがって、法規定の視点からみて、本稿において行う日本における医療過誤の認定に関わる理論的検討は、中国法で適用する可能性がある。

第２節　問題の提起

チーム医療の分業関係は、２つの主要なモデルに分けることができる：（ⅰ）医療従事者の間に業務上監督・指導の関係があるという「垂直的な分業関係」と、（ⅱ）医療従事者の間に業務上監督・指導を受けずに平等に共同作業を行うという「水平的な分業関係」である。ここでは、分業関係の種類ごとの責任の判断基準に違いがあるかどうか、また、医療過誤が生じた場合、過失犯の成否に関して、複数の医療関係者の中の誰がどのように刑事責任を負うのかが問題となりうる[54]。これらの問題は、大きく組織的医療における個人の過失のあり方に係る課題と、関係者間

[54] 大塚（裕）・前掲注（９）15-16頁。

の責任分担に係る課題に分けることができるが、この分け方は、絶対的なものではなく、両者は、内容的に重なったり、一方の議論が他方の議論に影響を与えたりすることに留意する必要がある。以下では、それぞれについての問題点を指摘することにしたい。

第１項　個人の過失責任のあり方への問題

個人の過失責任のあり方については、過失犯の一般論をチーム医療の場合に適用する必要性に加え、チームにおける医療過誤について、とくに、以下の問題を検討したい。

Ⅰ．注意義務

前述したように、過失の構造論をめぐり、日本の学説では、旧過失論と新過失論が対立してきた。しかし、過失を単に責任要素とし、過失の内容を結果予見可能性に求めるという旧過失論の観点からは、過失犯の成立範囲が不正に拡張され、結果責任的になりやすいので、行為の違法性について、法益侵害のみならず（結果無価値）、違法論における客観的過失を認める（行為無価値）ことは、刑法理論上一般に受け入れられる傾向にある[55]。もっとも、新過失論の立場に立つとしても、以下の点に問題が残る。

すなわち、結果回避義務に違反する、というのは、結果回避措置をとらなかったことを意味するが、結果回避措置をとるべき義務を作為義務と解すれば、過失犯のすべては不作為犯になる[56]。それに対して、過失犯を作為犯として論じる見解もある[57]。もっとも、過失犯を不作為犯と理解するとしても、過失犯が作為犯として扱われるとしても、過失犯における行為の態様には、作為と不作為の両方があることを否定できず、解釈論のジレンマに陥ってしまう。したがって、過失犯の行為規範を確

[55] 藤木・前掲注（２）32頁。
[56] 前田雅英『刑法演習講座』（日本評論社・1993）98頁。
[57] 井田良『講義刑法学・総論〔第２版〕』（有斐閣・2018）229頁以下。

定した上で、結果回避義務と作為義務の関係性を論じることによって、結果回避義務に違反してなされた行為の態様（作為か不作為か）を検討することは、重要かつ必要である。例えば、監督過失を論じる際に、監督責任を限界づけるために、監督義務の有無以外に、監督義務と結果回避義務とはどの関係性を有するかを解明しなければならない。これに関連して、監督過失の態様について、監督者の過失行為は、不作為に求められるとの理解が一般的ではあるが、監督者が被監督者に不適切な指導を与え、被監督者の直接過失によって結果を惹起した場合に、監督者の過失行為を作為として扱うことができるかどうかについては、なお論証を要する。

Ⅱ．過失競合論と監督過失論の区別

注意義務と関連して、過失競合論と監督過失論の線引きについての問題がある。複数の過失が関与していた事例においては、①対等な共同加害者の過失が競合している場合、②監督・管理過失と直接過失とが競合している場合の２つに分類するのが一般的である[58]。①については、過失の共同正犯の場合、並列的に競合している場合、重畳的に競合している場合、累積的に競合している場合などが考えられるが、学説では、各行為者についてそれぞれの注意義務違反を問えば足りるとされる[59]。もっとも、看護師の診療の補助に対しては、医師は、事前の指示義務のみを負う場合のほかに、事前の指示義務と事中の監督義務を負う場合やさらに事後の点検確認義務まで負う場合もありうる。この３つの注意義務の性質によって、医師と看護師の過失が単なる過失の競合なのか、監督過失なのかが決まるが、例えば、看護師が準備を担当し、医師が看護師による準備ミスを看過したまま、それに基づいて診療を行う際には、過失の競合論の問題なのか、それとも監督過失論の問題なのかについては、どのような基準によって判断すべきかが不明瞭である。また、医師間の連携においても、過失競合論と監督過失論を区分する際に、医師と

[58] 米田泰邦『管理監督過失処罰』（成文堂・2011）125頁。
[59] 大谷・前掲注（36）194頁以下。

看護師の連携の場合と同様な基準に基づくか、それともその基準を異にすべきかについて、さらに検討を要する。

Ⅲ．因果関係の有無

複数人の行為が介入するとき、因果関係の判断は困難である場合がありうる。垂直的な分業の場合、看護師が医師の指示にしたがって直接な過失により結果が発生した場合、あるいは看護師の過誤と医師の指示過誤とは異なるカテゴリーに属する場合、医師の注意義務違反と結果との因果関係があるかどうかの判断は容易である。もっとも、医師の指示過誤と看護師の過誤の間にはただ誘発関係がある場合に、医師の行為は刑法上の過失と評価できるかを判断するにあたって、医師の注意義務違反と結果との因果関係の有無を検討する必要がある。そして、水平的な分業関係の場合には、複数の過失が時間の前後に重なり合って結果を発生させたときに、どこまで因果関係を認めるべきかということも争点となりうる。

第２項　関係者間の責任分担への問題

前述したように、過失責任の追及が「個人モデル」から「組織モデル」へ移行する傾向にあり[60]、複数の医療従事者が関わっていた場合、これらの者のうち誰が、どのような理由に基づいて刑事過失責任を負うべきかに関して、注意義務の分配、信頼の原則の適用の可否、正犯性の有無、過失犯の共同正犯の成否なども議論されてきた。

Ⅰ．注意義務の分配

注意義務の分配について、垂直的分業の場合には、上位者に、自己自身の注意義務以外にも、下位者が過誤を犯さないように監督すべき義務が課される場合がありうるが、かような上下関係をさらに能力上の上下

[60] 甲斐・前掲注（４）２頁。

関係と地位上の上下関係に分けることができる[61]。一般的に議論されるのは、看護師に対する医師の監督義務の有無という問題であるが、医師間の連携において、例えば、診療部門のリーダーは、診療部門における診療全般を統括し、部下である医師らが担当する具体的な診療に対して、どこまで監督義務を負うのかも論定する必要がある。

指示・監督関係がない水平的分業のもとで、関与者は、共同の目標に向けて共同して作業が行われている。そのような分業関係では、引き継ぎ作業がよくみられる。引き継ぎ作業においては、後任者が前任者の作業を点検・確認しないまま、漫然と信じることが事故発生の主な原因となる。このような事故に対して、協力関係の基礎の差異に基づいて、注意義務の内容及び注意義務間の関係（共通の注意義務かどうか）は異なる可能性があり、詳しい検討を要する。また、手術チームのような複数の者が関係している場合、責任の所在が不明確な場合がありうるため、責任の主体を特定するために、注意義務の分配が問題となる。例えば、横浜市大病院患者取り違え事件（最決平成19年３月26日刑集61巻２号131頁）においては、患者の同一性確認は、医行為を正当化する大前提であり、医療関係者の初歩的・基本的な義務と位置づけ、確認体制が確立されない以上、職責や持ち場の範囲によって係る関係者に分配するとされる。このような場合、いわゆる職責の範囲をいかに決定すべきであろうか、すべての関係者が同時にそれを果たすとまで解する必要があるのか、また、そうでない場合には、どの見地に立脚して同一性確認の時期を確定すべきかが明らかではない。

Ⅱ．信頼の原則の適用

注意義務の分配に関連して、「被害防止のために相互に協力すべき関係にあると認められるものどうしの間で、注意義務の負担を公正に配分すべきものとの趣旨からとり入れられた法則」[62]である信頼の原則の適

[61] 古川伸彦「過失競合事案における注意義務の重畳関係の論定」刑法52巻２号（2013）301頁。

[62] 藤木・前掲注（２）33頁。

用も、チーム医療を論じる際に常に争点となる。信頼の原則について、まずそれは結果回避義務を軽減する手段として位置づけるのか[63]、それとも結果予見義務を否定する手段として位置づけるのかを明確にしなければならない。そして、信頼の原則は、交通事故の場面を中心に承認されているものであり、患者と医療従事者の間には、「危険防止を分担すべき当事者ではないから対等でなく、また法益被侵害者が関係から外にいる以上」[64]、患者に対して自己答責性を認めるわけではないことに鑑みると、加害者である医療従事者内部における相互の信頼の可否を慎重に検討すべきである。とりわけ監督責任が問題となる場合、監督義務は、そもそも、他人が過誤を犯さないために存するものであるから、信頼の原則を用いて監督義務を制限することが許されるのかを特に吟味すべきである。

なお、組織的医療における信頼の原則の適用が認められるとしても、その適用基準と限界についても様々な見解が見られる。しかし、関係者間の分業関係ないし分業基礎は異なる可能性があり、具体的な作業における状況も多様であるため、その適用の条件は、これらの見解から純化され得るか、また、純化されるべきかがまさに疑問である。例えば、垂直的な分業関係の場合、上下関係の基礎の如何、上位者に課される注意義務の性質を問わずに、信頼の原則の適用の可否や基準を検討することはできないと考えられる。さらに、水平的な分業関係の場合、分業・協業の基礎は異なる可能性があり、専門分野が異なるがゆえの分業・協業であっても、注意義務の履行は、さらに専門性に基づく場合と専門性に基づかない場合に分類することができ、信頼の原則の適用を論じる際に、それぞれの状況に応じて具体的な検討がなされるべきであろう。

Ⅲ．正犯性の判断

注意義務とその違反が承認された場合、何らかの注意義務に違反する

---

[63] 藤木・前掲注（51）244頁。

[64] 鶴田修一「チーム医療における過失犯の成立要件と『共犯からの離脱』論:『患者取り違え事件』を中心として」明治大学法学会会誌64号（2014）120-121頁。

行為はすべて正犯であるとする見解がある[65]。しかし、この見解によると、「故意であれば、共犯にすぎないものが過失の場合に正犯に格上げされる」[66]ことになり、「現行刑法が過失犯において狭義の共犯を不可罰としている趣旨を没却」[67]してしまう。特に、チーム作業の場合、「ひとたび一定のシステムの中に組み込まれると、そしてその組織活動の中で事故が発生すると、なかなかその『因果の連鎖』から脱却できないという方向に進んで」おり、これらの関与者には、過失の競合が安易に認定され、過失犯の処罰がやや拡大傾向に走りすぎている現状[68]にあり、過失責任を制限するために、正犯性の有無を適切に判断すべきである。

一方、犯罪現象的観点からは、垂直的な分業関係の下での監督過失は、過失による間接的・共働的な結果惹起であり[69]、いわば共犯的形態[70]に近いといえるものであことから、かような監督過失は、過失による幇助犯なのか、または過失犯の正犯性を有するものなのかが解明されなければならない。他方、水平的な分業関係の下では、複数の過失が累積的に競合している場合、どのような基準に基づいて主体を特定すべきか、または、協力関係の基礎は、各関与者の専門的知識である場合、関係者のすべてを正犯とするのか、あるいはある条件が充足されると過失犯から離脱することができるのかについては、検討を要する。

そのうち、不作為の正犯性の判断については、まず、事実的因果関係の判断との関係性が問題となる。不作為と結果の間における事実的因果関係の判断は、「作為があれば、結果発生なし」という公式によって行われることを前提とすると、行為者の不作為と結果の間に事実的因果関

---

[65] 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂・1988）86頁、山中敬一『刑法総論Ⅰ』（成文堂・1999）371頁。

[66] 平山幹子「チーム医療と過失」ジュリスト臨時増刊『平成19年度重要判例解説』（2008）168頁。

[67] 大塚（裕）・前掲注（９）20頁。

[68] 甲斐克則『医療事故と刑法』（成文堂・2012）112頁。

[69] 日髙義博「管理・監督過失と不作為犯論」斉藤豊治ほか（編）『神山敏雄先生古稀祝賀論文集：第一巻　過失犯論・不作為犯論・共犯論』』（成文堂・2006）140頁。

[70] 前田・前掲注（36）218頁、山中・前掲注（３）776頁。

係さえあれば、直ちに正犯として扱われることになりうる。

この問題の解決を図るために、不作為犯の条件関係判断を事後的結果回避可能性と捉えつつ、条件関係があることに加えて、因果関係論において論じられる「結果に対する寄与度」で正犯と共犯を区別し、不作為の寄与度は、結果回避可能性と結果発生に対する現実的危険性に基づいて判断するとする見解がある[71]。ただし、条件関係の判断と事後的結果回避可能性を同視し得るかが問題となりうるのみならず、同見解によれば、過失による不作為の正犯性の判断は、行為性の判断、さらには因果関係の判断に等しく、因果関係と正犯性の判断を単に事実的判断として扱うことになろう。このように、不作為の正犯性を判断するにあたっては、まず、事実的因果関係の判断と正犯性の判断との関係性を明らかにしなければならない。

次に、結果に対する「因果経過の支配」のアプローチから不作為の正犯性を判断し、排他的支配を有する際には正犯性が肯定されるという見解もある[72]。この見解によれば、複数の関係者に同一の注意義務が課せられる場合、結果に対する注意義務違反のいずれかが因果経過を排他的に支配したかが明らかとならないため、結局、関与者のいずれについても正犯性を肯定できなくなってしまう。そのため、これらの見解をどのように修正すべきか、あるいはこれらとは異なる方法から正犯性を判断すべきかがまさに問題である。

Ⅳ．過失の同時犯か過失犯の共同正犯か

複数の関与者に過失が認められた場合、これらの行為者は、過失の同時犯なのか、または過失犯の共同正犯なのか、という問題がある。過失の同時犯として扱われる際には、関与者のうち、過失と結果との間に、それぞれ単独に因果関係が認められ、正犯性を有する者のみが過失責任を負うのに対し、過失犯の共同正犯として扱われる際には、それぞれ単

[71] 濵本千恵子「過失競合と因果関係」広島法学38巻２号（2014）58頁以下。
[72] 島田聡一郎「不作為犯」法教263号（2002）117頁、同「不作為による共犯について（１）」立教法学64号（2003）33頁。

独に因果関係が認められなくとも、関与者全員の正犯性が認められ、「一部行為の全部責任」という共同正犯の帰責原則を適用する結果、各関与者の過失行為が相互的に帰属されることになる。すなわち、過失犯の共同正犯が認められれば、本来であれば、因果関係が立証できない、あるいは単独で正犯性を有しないなどの理由で処罰されない者も共同正犯として処罰されることとなり、過失の同時犯よりも、処罰範囲が拡張される。したがって、過失犯の場合における共同正犯の成立の可否については慎重な検討を要し、仮に過失犯における共同正犯が認められるとしても、その成立要件は厳しく制限されるべきである。

現在、過失犯の共同正犯に関する議論では、行為共同説に立つからといって過失犯の共同正犯が肯定されるとは限らず、また犯罪共同説や共同意思主体説、目的的行為論に立つからといって過失犯の共同正犯が否定されるとは限らないとされている。このような学説の現状の背景には、いかなる理論上の変化があったのかを明確にした上で、過失犯の共同正犯に関する議論の焦点を把握する必要がある。具体的には、過失犯における共同正犯が成立しうるかどうかを論じる際には、「一部行為の全部責任」を適用する根拠はどこにあるのかを解明した上で、過失犯においては、そのような根拠づける要素が充足するかどうかが根幹をなす問題である。その問題を検討する際に、故意犯を中心として構築されていた共犯理論が過失犯に転用され得るか、または転用されるべきであるかも考察する必要がある。

なお、日本における過失犯の共同正犯の肯定説の中では、「共同義務の共同違反説」が有力であるが、その適用について、いくつかの不明な点がある。まず、共同義務とは、一般に、共働者の各人が自己の行為から結果を発生させないように注意するだけではなく、他の共働者にも注意を促して結果を発生させないようにすべき注意義務を指すが、共同義務の存在は、共働者が法的に対等、平等の地位にあることが前提とされるかが問題となる。例えば、チーム医療の場合は、指導・監督関係にある医師と看護師が同一の目的のもとで共同して同一作業を行う際に、両者の間に共同義務の存在が肯定される余地があるかが問われる。また、関与者が法的に対等・平等の地位にあるわけではないが、同一の内容を有する義務を履行するにあたり、関係者間に指導・監督関係がない場合、

共同義務の存在が肯定し得るかも争点となる。それと関連して、共同義務と同一注意義務及び同一内容を有する義務、三者の間の関係性を明らかにすべきである。次に、共同違反の意味についても検討を要する。例えば、前述した横浜市大病院患者取り違え事件において、手術は、チーム医療として各人の役割分担を決めて行われる共同作業であり、しかも患者同一性確認について、チームの全員に同一の注意義務を課せられるため、過失の共同正犯として処理したほうが実態に即していると主張する見解があるが[73]、同一性確認の方法や時期は、各人の職責や持ち場に応じて違い、過失の具体的態様も各人で異なることを理由とし、共同義務の共同違反を否定し、各人が単独の責任を負うべきであると主張する見解もある[74]。これらの見解を検討した上で、共同違反の判断基準を明確にする必要があろう。

第３節　過失構造論に関する本稿の立場

ここでは、過失犯の実行行為とその態様を検討することを通じて、過失構造論に関する本稿の立場を明らかにする。

前述したように、旧過失論によれば、結果が発生した場合、行為者の行為と結果の間に因果関係を肯定することにより構成要件該当性と違法性を充足した後、行為者が結果予見義務に違反したとして有責性が肯定すれば、過失犯が成立する。しかし、旧過失論によれば、「構成要件的過失」の観念を否定し、過失「行為」の違法性の実体を解明することができない[75]。そして、旧過失論の判断枠組みに従うと、結果責任になりやすい[76]。そのため、旧過失論を修正せざるを得ないことが一般に是認される。旧過失論を批判した新過失論と新新過失論（危惧感説）は、注意義務の内容を結果回避義務と解し、結果予見可能性の程度について、

[73] 大塚裕史「横浜市大患者取り違え事件」伸宇都木ほか（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選』（2006）192頁。
[74] 照沼亮介「チーム医療における過失の競合」判例セレクト2007（2008）26頁。
[75] 川端博『刑法総論講義〔第３版〕』（成文堂・2013）203頁。
[76] 高橋則夫『刑法総論〔第４版〕』（成文堂・2018）217頁。

前者は具体的予見可能性を要求するのに対し、後者は漠然たる不安感・危惧感があれば足りると解する。

行為無価値論に立脚する新過失論は、次第に有力になったものの、その内容は多義的であるため、その内部には過失犯を作為犯として論じる見解と、過失犯をすべて不作為犯と捉える見解がある。前者は、不作義務違反と結果回避義務違反を区分し、結果回避義務違反とは、結果回避のため、行為者の立場に置かれた一般通常人には社会生活上遵守が要求される行動基準ないし行動準則にかなった態度をとるべき義務に違反したことであり、それにより、許された危険行為は許されない危険行為になり、この許されない危険行為たる作為が、過失犯の実行行為であると主張する[77]。後者は、「過失行為は一定の結果回避措置、すなわち為すべき行為を怠ること」と主張し、過失犯には、作為義務を果たさないという不作為犯的構造があるとされる[78]。

しかし、過失犯を作為犯として捉える見解であっても、不作為が命令規範違反の実行行為とされる場合もありうることを否定できない[79]。しかし、このような過失不作為犯の実行行為をどのように解すべきかについて、同見解は方法論を提示することができない。例えば、監督義務を負う者が単純な不作為によって間接的に結果を惹起した場合に、同見解に基づくと、監督者の行為が実行行為性を失い、過失犯に対する幇助犯に過ぎないと考えられるほかないであろう。そして、過失犯の実行行為を不作為義務の違反とすれば、過失犯の行為規範は「結果回避義務に違反した許されない危険行為をするな」という禁止規範になる。しかし、過失作為犯の場合にも、不作為義務が課せられる場合とそうでない場合がありうる。仮に過失犯の行為規範を許されない危険行為たる作為への禁止と解し、行為者の危険制御の能力を問わず、画一的に不作為義務を負わせるとすれば、法令に抵触することを恐れ以上、行為の萎縮が起こってしまうであろう。したがって、危険をコントロールする能力の有無によって、行為者の注意義務を区分すべきである。つまり、危険をコント

---

[77] 井田・前掲注（57）229頁以下。

[78] 前田・前掲注（56）98頁。

[79] 井田・前掲注（57）229-230頁注（40）。

ロールする能力のない行為者に対しては、「危険行為に出ない注意義務」が課されるのに対して、危険をコントロールする能力のある行為者に対しては、危険な状態で一定の結果回避措置をとることが要求されれば足りる[80]。

しかしながら、すべての過失犯が不作為犯として扱われる見解も妥当でない。なぜなら、過失犯の行為規範を命令規範と解することには、上記場合と同様に、行為者の間に結果を回避する主観的能力の差異があるという点を看過したという問題があり[81]、そして結果回避義務違反（結果防止措置をとらなかったこと）自体を過失犯の実行行為と解するならば、作為によって直接に結果が生じたケースにおいて、作為がなければ、結果が決して発生しないということを説明することができない。すなわち、作為と結果の間に直接惹起関係があったことを無視して不作為のみを評価の対象とすることは妥当でない。例えば、看護師が薬液の種類を確認しないまま、誤った薬液を患者に注射し、同人を死亡させた場合においては、結果回避義務違反は、「薬液の種類を確認しなかった」という不作為に求められるはずであるが、不作為それ自体は、間接的・抽象的危険を創出したにすぎず、法益侵害結果を現実に惹起することができないため、不作為の行為の実行行為性を否定すべきである。すなわち、実行行為を、結果を惹起した直接的・具体的・現実的危険性を有する行為であると解すると[82]、上記の設例における結果回避義務に違反した不作為は、結果を惹起する抽象的・間接的危険性しかなかったものであって、この不作為に基づいた注射した行為（＝作為）を実行行為として評価しなければならない。この際に、「不作為は本体たる作為に付着しているものである」[83]といえよう。なお、不作為が処罰される場合には、作為義務を肯定するために、保障人の地位が必要とされることは一般的であ

[80] 大塚裕史「過失犯における実行行為の構造」西原春夫ほか（編）『刑事法学の新動向：下村康正先生古稀祝賀（上巻）』（成文堂・1995）163頁以下。

[81] 吉田敏雄『刑法理論の基礎（第３版）』（成文堂・2013）379頁以下。

[82] 内田文昭『改訂版刑法Ⅰ（総論）』（青林書院・1986）128頁、平野・前掲注（50）193頁、大塚（裕）・前掲注（80）159頁。

[83] 神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」福田雅章ほか（編）『刑事法学の総合的検討（上）：福田平・大塚仁博士古稀祝賀』（1993）50頁。

るが、作為義務と結果回避義務を一体として把握すれば、保障人の地位のない者をすべて処罰できず、処罰が不当に限縮されることになるか、あるいは、保障人の地位という要件を放棄して関係者のすべてが有罪とされ、処罰が不正に拡大されることになるか、どちらも明らかに不合理であろう。それゆえ、作為義務と結果回避義務を混同してはならず、両者の関係を明確にする必要がある[84]。

このように、過失犯における行為規範を確定するにあたり、客観的結果予見可能性と事前的結果回避可能性があることを前提とする結果回避義務の違反と、法益侵害の両方とを結びづけることが必要とならざるを得ない。この意味において、過失犯は「結果回避義務の結果的加重犯」といえる[85]。具体的には、過失犯の行為規範は、「認識可能な危険状況の存在を契機として、当該行為から法益侵害に至り得ると認識し、あるいは認識し得た場合、その侵害を回避するために必要なことに注意して当該行為を行え、あるいは行うな」[86]と解すべきである。その上で、危険をコントロールする行為者の主観的能力に応じて、行為者に求められる行動が異なり、危険をコントロールする能力のある者は、結果を防止するために、当該行為を行う際に、必要な注意を払わなければならない（作為義務）。逆に、能力のない者に対しては、結果を防止するために、当該行為の実行が禁止される（不作為義務）。つまり、客観的注意義務の内容としての結果回避義務には、作為義務があり、不作為義務もありうる。その意味で、結果回避義務は、「予見可能性と結果回避可能性の問題であって、因果経過の支配を問題にする作為義務（筆者注：不作為犯の作為義務）とは次元が異なる」[87]。

なお、前述のとおり、過失犯の構成要件は定型化しがたいため、その実行行為は、現実に構成要件的結果を惹起したものでなければならない。

---

[84] 神山・前掲注（83）46頁。

[85] 藤木英雄「過失犯の構造について」司法研修所論集1971年１号（1971）59頁以下、83頁参照。

[86] 高橋・前掲注（76）215頁以下。

[87] 大塚裕史「過失不作為犯の競合」井上正仁＝酒巻匡（編）『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣・2012）155頁。

すなわち、それは、結果回避義務に違反してなされた「構成要件的結果への現実的危険行為」[88]に限定されるべきである。また、このような結果回避義務に違反してなされた行為の態様については、結果回避義務の内容に対応するものではなく、現実に構成要件的結果を惹起した行為の態様に求められるべきである[89]。すなわち、行為の態様としての作為と不作為の区別基準を、作為は法益を現状よりも悪化させることに求め、不作為は法益が悪化している過程でその因果の流れを食い止めないことに求めるべきである[90]。この観点を踏まえると、必要な注意を払わず（結果回避作為義務／不作為義務違反）、積極的作為によって危険性を現実化し結果を発生させた場合は作為犯である。例えば、注射を行う際に、誤った薬剤を用意すれば、患者に危害をもたらすおそれがあるため、医師に薬剤を確認すべき義務が課されるが、医師がそれを怠り、患者に誤った薬剤を注射して同人を死亡させた場合には、医師の行為は、結果回避作為義務に違反して作為によって業務上過失致死罪の構成要件的結果を惹起したと評価すべきである。しかも、「最新の医学的技術を持ち合わせていない医師が、あえて手術を行い、患者を死亡させたといった場合」には、その手術自体が禁じられるのであり、医師の行為は、結果回避不作為義務に違反して作為によって業務上過失致死罪の構成要件的結果を惹起したと評価できる[91]。逆に、必要な注意を払わず（結果作為義務違反）、不作為によっても法益の侵害が発生しうる場合には不作為犯として捉えるべきである。例えば、心肺停止または呼吸停止の患者に対して救命措置をとらず、同人を死亡させた医師の行為は、作為犯の実行行為と同視できる程度の結果発生の類型的危険性を有するものであるため、この場合には、結果回避作為義務に違反して不作為によって業務上過失致死罪の構成要件的結果を惹起したと評価すべきである[92]。

---

[88] 福田平『全訂刑法総論〔増補版〕』（有斐閣・1992）200頁参照。

[89] この意味で、日髙・前掲注（69）151頁が指摘するように、過失犯では、「現実の行為態様が作為であるか不作為であるかは、過失犯の処罰を考える上では大きな意味を持たない」といえる。

[90] 神山・前掲注（83）47頁以下。

[91] 吉田・前掲注（81）381頁。

[92] 大谷・前掲注（36）124頁以下。

以上から、本稿は、新過失論の立場に立脚し、過失犯の実行行為は、結果回避義務に違反してなされた行為であり、過失犯における結果回避義務は、作為義務と不作為義務に分けることができ、過失犯には、①作為義務に違反する作為犯、②作為義務に違反する不作為犯、③不作為義務に違反する作為犯、の３つの類型がありうると主張する。

論　　説

中国法における
懲罰賠償制度の成立と変容（２・完）

―― 立法史の考察を通じて ――

郎　　晴

目　次

序章
（１）問題意識
（２）本論文の課題と構成
第１章　旧消費者権利利益保護法
　第１節　制定の背景
　第２節　制度の機能と沿革をめぐる学説の議論状況
　第３節　小括
第２章　商品住宅に関する司法解釈
　第１節　制定の背景
　第２節　制度の機能と沿革をめぐる学説の議論状況
　第３節　小括
第３章　旧食品安全法
　第１節　制定の背景
　第２節　制度の機能と沿革をめぐる学説の議論状況
　第３節　小括　（以上、74巻２号）
第４章　不法行為責任法
　第１節　制定の背景
　第２節　立法過程における議論状況
　第３節　制度の機能をめぐる近時の議論状況
　第４節　小括
第５章　不法行為責任法制定後の立法展開
　第１節　旅行法

第２節　新消費者権利利益保護法
第３節　新食品安全法
第４節　旧民法総則
第５節　医療損害責任訴訟に関する司法解釈
第６節　薬品管理法
第７節　民法典
第８節　小括
第６章　知的財産権法における懲罰賠償制度の拡充
第１節　旧商標法
第２節　種子法
第３節　不正競争防止法
第４節　新商標法
第５節　特許法
第６節　著作権法
第７節　人民法院による意見、地方条例および司法解釈
第８節　小括
終章　（以上、本号）

第４章　不法行為責任法（2010年７月１日）

懲罰賠償が初めて不法行為責任領域に導入されたのは、2010年７月１日に施行された「侵権責任法」（本論文では、「不法行為責任法」という。）である。同法の制定は、その後の懲罰賠償の全面的改正・新設を中心に、政治・社会・経済の変化への対応を図るための見直しに大きな影響を与えることになった。

本章では、まずは同法における制定背景について概観し（第１節）、次に立法過程における議論（第２節）、懲罰賠償制度の機能をめぐる近時の議論状況（第３節）を略叙し、最後に、若干の検討を述べる（第４節）。

なお、同法における懲罰賠償および制定以降の沿革については、すでに述べたように、アメリカ法の学説の影響のもとで、中国固有の制度が参酌しえたのか必ずしも定説がない。むしろ、アメリカ法を継受した意向が定着となり、一切の議論対象としないことになる。それゆえ、本章以降では、この点に立ち入ることは差し控える。

第１節　制定の背景

2008年には、豪雪[1]や四川大地震[2]などの自然災害および北京オリンピック開催、さらに米金融危機に伴う世界経済の急激な悪化を受けて、中国経済は減速傾向を強めていき、特に輸出の大幅な伸び率の低下は、工業生産の鈍化、さらには雇用情勢の悪化をもたらした[3]。これと同じ時期に、前章で述べた食品の安全性問題だけではなく、製造業者が欠陥製造物を大量に市場へ出し、これによって多数の死亡者が出現した事件[4]がしばしば発生し、経済的な悪影響、人心の不安、社会の安定性を揺るがす事態をもたらしている。

このような景気の急激な悪化を認識した胡錦濤政権は、社会の動揺を回避する観点から、2008年に「経済、金融、資本市場、社会の安定を維持」、および「安定的で比較的速い経済発展の維持」[5]することを新たな政策として掲げるようになった。つまり、中国政府（以下では、「政府」という。）はこれまでの急速な経済発展目標から社会の安定と経済の成長を維持することを最優先政策へと転換したのであった。

このような社会の新動向および新たな国家政策を踏まえて、立法者や民法学者は、上述の諸々の社会問題を解決し、社会の安定を維持するために、アメリカ法上の懲罰的損害賠償制度を不法行為責任法へ採り入れ

---

[1] 新華社の報道によると、2008年１月25日から２月６日までの間に南部から中部の大半にかけて深刻な豪雪災害が発生したため、少なくとも死者が130人にのぼった。過去数年間急速に成長している経済は、雪害の影響を受け、経済損失はおよそ800億元と見積もっていた。新華社「Harsh winter storms kill 107 people in China」（2008年２月13日）〔http://english.sina.com/china/1/2008/0213/145647.html〕（最終検閲覧：2023年５月22日）。

[2] 2008年５月12日、四川省汶川県を震源とするマグニチュード8.0の大地震が発生、死者は６万9227人、行方不明者は１万7923人、直接経済損失は8523億元であった。朝日新聞「四川大地震」（2018年５月14日朝刊）

[3] 張忠任「金融危機下における中国の財政状況と財政政策の新展開」総合政策論叢第19号（2010年）41頁、佐野淳也「中国の景気刺激策と課題」環太平洋ビジネス情報９巻32号（2009年）52頁参照。

[4] 2006年４月19日、病院の偽薬品で注射を受けた14名の患者は相次いで死亡した。張新宝『侵権責任法立法研究』（中国人民大学出版社、2009年）451頁参照。

[5] 佐野淳也・前掲注（３）52頁参照。

るべきと考えていた。その結果、2008年12月22日に、2002年10月に既成の『〈中華人民共和国民法（草案）の説明〉に関する不法行為責任法草案の説明』（以下では、「初稿」という。）を基にして、不法行為責任法の立法審議が再開された[6]。2009年12月15日に、立法者は同法の制定目的を「民事主体の合法的な権利利益の保護、不法行為責任の明確化、不法行為の予防・制裁、社会の調和と安定の促進」と掲げて、26日の第11期全人表大常務委員会第６回会議で単行法として確定し、2010年７月１日から施

[6] 不法行為責任法制定の経緯について、以下のように敷衍することができる。1986年に公布された「民法通則」を民法および不法行為責任法制定の始まりとみるならば、不法行為責任法の制定までに23年間の年月をかけたことになる。2002年１月11日、全国人大法制工作委員会は、民法学者を召集して中国民法の起草について討論および起草にスタートするように決断し、民法内容の起草を中国社会科学学院法学研究所の梁慧星と中国人民大学法学院の王利明に委託し、それぞれリーダーした研究チームにより作成した建議稿が同年12月の全人大常務委員会会議の審議に提出された。同年12月17日に第９期全人大常務委員会法律工作委員会は、『〈中華人民共和国民法（草案）の説明〉に関する不法行為責任法草案の説明』を初稿として常務委員会に上程したが、未審議となり、約６年間以上中断されていた。2007年に物権法が制定された。そして、2008年に、全人大常務委員会法制工作委員会民法室は、不法行為責任法に関して各地の法院、弁護士、学者との多くの座談会やシンポジウムを開催して意見交換を行った。同年12月22日に、不法行為責任法立法草案第２稿の立法審議（第２回目の審議）が再開された。草案第２稿の立法審議稿45条は、「製品に欠陥があることを明らかに知りながらなど生産、販売を行い、他人の生命・健康に損害を与えたとき、被害者は法に基づいて懲罰賠償を請求することができる。」と規定する。そして、2009年10月27日に、第３回目の審議で草案第２稿45条の「被害者」を「被侵権者」と改められた。草案第３稿の立法審議稿47条は、「製品に欠陥があることを明らかに知りながらなど生産、販売を行い、他人の生命・健康に損害を与えたとき、被侵権者は法に基づいて懲罰賠償を請求することができる。」と規定する。同年11月５日から12月５日にかけてパブリックコメントが募集され、3468件の意見が提出された後に、12月12日に第４回目の審議が行われた。第４回目の審議では、懲罰賠償の請求濫用および賠償額の巨額化を防止するために、適用要件を重大な損害が生じた場合に制限すべきという意見が現れていたゆえに、法律委員会は草案第３稿の立法審議稿47条の「健康に損害」を「重大な健康に損害」と修正した上に「死亡」の場合を加える同時に、「相応の」という表現で懲罰賠償額の範囲を制限し、47条がそれである。

行された。

しかしながら、立法者は、持続的経済の発展にダメージを与えないために、懲罰賠償を不法行為責任の全領域ではなく製造物責任の領域に限定して取り入れることにした。要するに、同法47条（以下では、「47条」という。）において、その適用要件を「加害者の主観的故意」と「死亡・健康上の重症」に満たした場合に限定したのである[7]。また、立法過程においては、三鹿毒粉ミルク事件から生じる全国民の怒りや不満を解消するために、従来の慎重な姿勢を変更し、懲罰賠償を明文化し、同法を速やかに成立させたと立法者が強調している[8]。さらに、47条は悪意の製造者・販売者に対して懲罰賠償を請求できることを明らかにしているものの、その賠償額について、同法草案および成立した同法は後述の両建議稿を採用せず、「相応的」という表現を用いており、具体的な賠償額の算定方法と範囲を人民法院の自由裁量権に委ねることとした[9]。同条は、以下のように規定する。

> 47条[10]
>
> 製品の欠陥の存在を明らかに知りながら製造・販売を継続し、他人を死亡させ、または健康に重大な損害をもたらした場合、被権利侵害者は相応の懲罰的損害賠償を請求する権利を有する。

このような賠償額の算定方法と範囲を規定しない点において、前述した消費者法、商品住宅に関する司法解釈、食品安全法の３つ領域における懲罰賠償額の定型化（本論文では、予め算定基準と賠償額の範囲が具体的に特定されている算定方法を「定型化」と称する。）と、この不法行為責任法における当該制度は大きく異なっているのである。

---

[7] 張新宝・前掲注（４）447頁、王勝明主編『中華人民共和国侵権責任法釈義第２版』（法律出版社、2010年）244頁参照。

[8] 王利明『中華人民共和国侵権責任法釈義』（中国法制出版社、2010年）233頁参照。

[9] 王勝明主編・前掲注（７）224頁参照。

[10] 中国語原文：〔第47条　明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。〕

第２節　立法過程における議論状況

（１）立法参加者の主張

不法行為責任法の審議過程において、二つの専門家団体による「建議稿」[11]がある。それぞれ梁慧星と王利明が代表として、民法学者を組織して作成したものである。両者の建議稿はどちらも懲罰賠償を不法行為責任法へ導入することに賛成する立場を採っているものの、適用範囲・適用要件および賠償額の範囲について相違点を認めることができる[12]。

また、「建議稿」と別に、民法学者の楊立新[13]は、製造物責任に懲罰賠償を限定適用することにも賛成しているが、さらに、「未成年者の性的

---

[11] 梁慧星がリードした中国社会科学院の草案建議稿1708条は「故意に他人の生命・人身・健康、または感情的意義のある財産を侵害した場合は、法院は加害者に損害賠償のほかに、賠償金額の３倍以下の懲罰賠償金を課すよう判決することができる。」と規定する。梁慧星『中国民法草案建議稿第三版』（法律出版社、2013年）353頁。王利明がリードした中国人民大学の草案建議稿96条は「生産者・販売者の故意または重大な過失により製造物に欠陥が存在させ、他人の人身的、財産的損害を生じさせた場合に、被害者は生産者・販売者に代金の２倍になる賠償を請求することができる」と規定する。王利明『中国民法：侵権行為法編』（人民法院出版社、2003年）232頁。

[12] 王利明の草案建議稿（以下では、「王利明案」という。）と梁慧星の草案建議稿（以下では、「梁慧星案」という。）には、以下の３点が異なっている。第１に、適用範囲について、王利明案は製造物責任に限定している。これに対して、梁慧星案は、消費者法旧49条を踏まえて、不法行為責任法における損害賠償の全分野に適用されるような一般条項を定めている。第２に、懲罰賠償金の算定方法と範囲について、王利明案は「生産者、販売者に代金の２倍になる賠償を請求することができる」と定めたのに対して、梁慧星案は「加害者に賠償金額の３倍以下の懲罰賠償金を支給するよう判決することができる」と定めている。第３に、適用要件について、王利明案では言及されず、梁慧星案は加害者に加害の故意、他人の生命・身体・健康または感情的意義の有する財産的侵害が生じたことを要件としている。

[13] 楊立新によれば、セクシャルハラスメントおよび性的な自由・自己決定権の侵害に対して、48条３項は「未成年者の性的利益を侵害し、それによって重大な損害をもたらした場合に、被害者は懲罰賠償金を請求することができる。」と規定する。楊立新『中華人民共和国侵権責任法草案建議稿及説明』（法律出版社、2007年）136～140頁参照。

利益」を侵害するような不法行為も、未成年者の心身ともに重大な傷害をもたらすから、特別規定として懲罰賠償の適用をも認めるべきであり、このとき、具体的な賠償額は法院に認定させると主張している。

（2）法の体系性を重視する意見

不法行為責任法に懲罰賠償の導入を検討する過程において、国外の学者の意見を聞くために検討会が開催された[14]。検討会資料によれば、フランスの民法学者は、懲罰賠償を不法行為責任法に導入することに反対していた。

彼らによると、懲罰賠償は刑事法上の懲罰的性質を有するものである。これらに対して、中国法は大陸法に属し、民事法と刑事法を区別するものである。仮に、懲罰賠償を導入すると、刑法上の懲罰としての損害賠償を填補としての民事法上の加害者に課すことになる。このとき、刑事法上の加害者に与えられるはずの手続保障が与えられないことになってしまう。このように、懲罰賠償は、中国法の前提である区別された私法と公法の健全な働きを阻害し、法秩序全体の調和や権利実現を妨げることとなる、と彼らは当該制度の導入に強く反対したのである。

（3）如何なる形で懲罰賠償を実現するのかをめぐる見解

懲罰賠償が不法行為責任法の総論ないし各論のどの部分に規定すべきかについて、見解が分かれている。以下では、それぞれを確認していく。

（ｉ）総論に規定すべきとする見解

懲罰的機能を効果的に発揮するために、懲罰賠償を不法行為責任法の

[14] 2008年６月に江蘇省蘇州市において、法制工作委員会、江蘇省高級人民法院、中国人民大学およびフランスパリ第二大学との共同主催による「侵権法改革国際検討会」を開催した。当該検討会では、フランスの学者はフランス法における製造物責任と懲罰賠償をめぐる議論状況を紹介したうえに、懲罰賠償を不法行為責任法に導入することが法体系上の不均衡をもたらすこととなり、すなわち民事責任と刑事責任との区別関係であるため、より慎重的に対応すべきとの意見があった。全国人大常委会法制工作委員会民法室編『侵権責任法立法背景與観点全集』（法律出版社、2010年）697～699頁参照。

総論に当たる部分に、つまり不法行為のすべてに共通するルールとして規定すべきであるとする見解がある。このような見解を採る理由は、例えば当該制度を製造物責任に限定した場合、故意に汚染物を排出する環境侵害のような不法行為や、証券取引において故意に虚偽情報を拡散し投資家に損害を与えるような不法行為に対して、懲罰的機能がない状態になるためである[15]。

（ⅱ）総論と各論ともに規定すべきとする見解

懲罰賠償の懲罰・抑止機能を効果的に発揮させるために、当該制度を不法行為責任法の総論および各論に当たる部分にそれぞれ導入すべきであるという見解も見られる。この見解によれば、製造物責任のみならず、多様な不法行為類型に対応することができる懲罰賠償を一般条項として不法行為責任法の総論および各論中に定めることによって、その他の不法行為類型も、懲罰賠償を適用することができ、填補的損害賠償制度の枠組みの中に一つの条文として位置付けるべきである。例えば、「法によって懲罰賠償を規定した場合は、本法の規定に従う。」という文言で定めるべきと提案されている。

このような見解を採ることで、基本法としての不法行為責任法の総論と各論は前後統一することとなり、一般条項の根拠となると同時に、その他の法域（単行法）およびそのたの不法行為類型の場合でも懲罰賠償を適用する余地が設けられることとなる。また、当該制度の適用範囲を故意による製造物責任が生じた場合に限定することを排除することが可能性になると指摘されている[16]。

（４）立法過程における学説の議論状況

（ⅰ）反対派（少数説）

懲罰賠償を明文として不法行為責任法に規定すべきか否かについて、

---

[15] 朱岩「従大規模侵権看侵権責任法的体系変遷」中国人民大学学報３期（2009年）９頁参照。

[16] 郭明瑞＝張平華「侵権責任法中的懲罰性賠償問題」中国人民大学学報３期（2009年）28頁参照。

学説では圧倒的に賛成とする見解が多く、反対する見解は比較的少数に留まっている。反対派は主に以下の３つの点で、懲罰賠償を不法行為責任法へ導入することに反対している。すなわち、第１に、懲罰賠償は実質的に私人による罰金かつ民事の違法行為に対する制裁的措置であり、私法上の填補性原則と相容れず、私法領域に懲罰賠償を導入することは私法と公法の境界を混乱させること[17]。第２に、経済の発展という側面から見れば、巨額な懲罰賠償金を企業に課すことによって、先端技術産業などの発展を阻害することになりかねない。また例えば、賠償金を課された製造業者が商品の値上げを行うことで賠償金の負担を消費者に転嫁しようとしたり、賠償金負担に保険金を充てようとするだとうから保険業界への弊害が生じたりする事態も想定されうる[18]。第３に、この制度によって、被害者が実際の損害の範囲を超えた賠償金を獲得することは、不当利得の問題が生じうる。したがって、当該制度と民法上の不当利得制度とは矛盾関係となり、被害者が填補的賠償より多くの賠償を獲得できる法的根拠がない[19]。以上のような三つの指摘が主になされている。

これらの指摘をまとめれば、私法と公法との混在、莫大な賠償金の負担による産業や経済の停滞への懸念、さらに賠償金によっては被害者に不当利得の可能性が生じることによる民法体系との整合性といったが問題が発生することを考慮して、懲罰賠償の不法行為責任法への導入が反対されているのである。

なお、反対派の一部においては、「民刑峻別論」という観点から、将

---

[17] 金福海「懲罰性賠償制度不宜納入我国民法」煙台大学学報第２期（2003年）158頁、肖青正「侵権損害賠償的功能探析」法制與社会３期（2008年）58頁、栄振華「懲罰性賠償制度思辨―兼評我国《侵権責任法》第47条」甘粛政法学院学報117期（2011年）121頁参照。

[18] 徐海燕「我国導入懲罰性賠償制度的法学思考」杭州師範学院学報２期（2004年）99頁参照。

[19] 奚暁明主編＝最高人民法院侵権責任法研究小組編著『中華人民共和国侵権責任法条文理解与適用』（人民法院出版社、2010年）339～341頁、李晶珠＝竇玉前「我国導入懲罰性賠償的理論障碍批判」山東科技大学学報７巻１期（2005年）58頁参照。

来民法の一部になる不法行為責任法に当該制度を導入することについては反対するが、特別法ないし単行法によって制定することについては賛成するとする見解も見られる[20]。

[20] 民刑峻別論を提唱する学者によれば、「比較法上において、懲罰損害制度を民法に導入している国はみられないこと、大陸法国の中でも、懲罰賠償制度な導入を巡っては争われていること、中国ではそもそも懲罰賠償制度に関する理論研究が不十分であること、本制度が民法の目的、性質、機能と合わないことが指摘され、民法体系への直接的な導入に反対している。その理由について、『まず、不法行為責任法の根本的機能の一部は、被害者の損害を填補し、不法行為者を制裁するためではない。懲罰賠償制度は、形式的には私法上の責任であるが、実質的には公法上の責任である。不法行為責任法の制定においても、民刑峻別の概念を堅持すべきであり、公私責任の区別ができない懲罰賠償を不法行為責任法に導入してはならない。次に、民法は私人間の権利と利益関係を調整する法規範であり、その適用には当事者間の平等的地位が前提となるのであって、当事者一方が他方を懲罰する権利を有するものではない。民法の一部である不法行為責任法における過失責任に含まれた懲罰性内容は、自然に消えていく傾向にある。また、懲罰賠償は、行政上の不足を補充する行政法の性格を有するため、民法の基本内容ではない。実証研究によれば、消費者法における懲罰賠償は懲罰的機能とする役割が果たされず、民法から見れば当該制度は本質的な法的内容ではなく例外規定であると言わざるを得なく、そのため民法の一般的規定として適用してはならない。民事法は平等的主体間の財産および人身関係を調整する規範であり、そのため役割が限定的であるため民事規範によって社会生活において発生した問題を解決することを望むことはできない。懲罰賠償は懲罰的性質の現われであり、地位が不平等である主体間に適用される措置である。現代社会において、このような措置は公法領域で存在し、私人は国家の職権を代替することができない。仮に国家が社会全体利益を保護することに怠慢或いは積極的でない場合においても、国家における法の執行力の強化という角度から解決案を探るべきであり、国家権力を私人に譲渡するないし民事法に懲罰的権力を与えることはできない』とする。したがって、単行法或いは特別法は一般的に公法的な性質を有するため、単行法或いは特別法において懲罰賠償を制定することによって、懲罰賠償の例外適用を認めることに賛成する」と指摘されている。尹志強「我国民事法律中是否需要導入懲罰性賠償制度」法学雑誌３期（2006年）76頁、尹志強「侵権行為法的社会功能」政法論壇25巻５期（2007年）153頁、金福海『懲罰性賠償制度研究』（法律出版社、2008年）182頁、孫玉紅「侵権法懲罰功能的再思考―兼評《侵権責任法》第１、第47条」中国社会

上記した懲罰賠償を不法行為責任法へ導入することに反対する見解への強力な反論も提示されている。その反論の内容を簡単に略説すると、当該制度は、大陸法系の民法理論と衝突しないということ[21]、また企業に大きな経済的負担させることによって経済の発展に大きなダメージを

科学院研究生院学報４期（2011年）４頁参照。

[21] 白江は､懲罰賠償制度が民法との整合性について､以下のように論じている。すなわち､「①懲罰賠償は『私犯』（不法行為）を対象としており、社会公共利益や国家利益を侵害する『公犯』（犯罪行為）ではない。そのため基本的な責任は私人である被害者の利益を保護することにあり、全体的社会公共利益や国家利益は付随的に保護されるものである。それゆえに、性質的には私法の範疇に属し、公法としての刑法や私法の公法化の産物ではない。当該制度は不法行為を懲罰することによって、再び不法行為が引き起こさないよう抑止機能を有するとともに、特殊な補填的賠償の機能をも有するものである。②厳格な公法と私法の区別によって、狭く民事責任を定義し、懲罰性は公法の刑法としての特徴と任務であって、私法においては懲罰性がしないとする概念を定めることにより、規則と体系的法学方法論を構築することは伝統的大陸法概念であり、法律形式主義とドグマの典型的な顕れである。この概念を貫徹することは、法の明確な現実性と多様性、および法的政策性に対する考慮を無視し、法の動的革新と発展、現実的事件に対する最適な判決を下すことに不利に与える。このような理論で懲罰賠償を否定或いは制限することは『形式』に対する過剰な協調であり、実質性を無視し、現実における有益な役割や機能を無視している。それゆえに、大陸法である民法が懲罰賠償制度と直面する際に、革新や発展を前提にその内容を豊かにすべきであり、概念学と体系を通じて当該制度を排除或いは制限すべきではない。③伝統的大陸法系の国家における民法と民法理論も革新と発展をし続ける状態にあり、私人による懲罰の執行や私法が懲罰的制度を制定する態度も次第に変化している。④世界における法の移植の傾向から見ると、過去数十年で激化したグローバル化から、各国における市場経済の発展と市場経済に関わる法制度の統一化も強化されてきている。アメリカ法の制度として存在した懲罰賠償も、大陸法系国家に参考とされた上で不法行為法の立法や理論での改革に結びついたのである。そのため、懲罰賠償の性質から考えれば、当該制度は大陸法系の民法理論と衝突せず、よりオープンマインドの姿勢により当該制度を受け入れるべきである。したがって、当該制度を民法に導入することによって、大陸法系と中国民法の現代社会発展に適し、積極的に現代市民社会と向き合うことができるようになる」である。白江「我国応拡大懲罰性賠償在侵権責任法中的適用範囲」清華法学９巻３号（2015年）128頁参照。

も与えないということ[22]、そして被害者が巨額な賠償金を獲得しても、それは不当利得ではないということ[23]、これら三つの理由から反論が行

[22] 李敏は、経済発展への阻害について、企業に大きな経済的負担させることによって経済の発展に対してダメージを与えるとの見解に対して、以下のように反論する。利益を追求するあまりに、毒ミルク事件のように生命・人身に過大な回復できない損害を与えることは、中国製の商品に対する世界の印象を悪くさせることとなる。このような悪質な違法行為を抑止するために最適な懲罰賠償制度が必要である。なぜなら、当該制度は、高品質な商品を製造するよう製造者・販売者を監督することができる。懲罰賠償が課されることを気にせずに、自らの利益を追求するために人々の生命や健康を軽視し、低コストの低劣な商品を製造・販売しつづける製造者・販売者が倒産したとしても惜しまなく制裁をすべきである。つまり、製造者が合法的かつ最善な措置を行えば、製造物に欠陥が生じたとしても懲罰賠償が課される可能性はなく、その反面、悪意に満ちた危険な製造物を製造・販売した企業は倒産に陥る可能性がこの制度によって生じる。このようにして懲罰賠償制度は企業に対する警告の役割を果たし、抑止的機能を持つのである。また、保険加入による賠償金を逃れる可能性や商品価格を高く設定することによって懲罰賠償金を転嫁することについては、現在、中国の保険業界では、懲罰賠償を保険適用外としている。仮に保険適用になったとしても、保険会社は違法行為の発生率と収益を考慮し、保険料を高額に設定することが考えられ、そのため製造者・販売者は巨額の保険料を負担することができない可能性を指摘する。さらには、市場経済の下では、商品価格は激しい市場競争に依存するものであり、不当に商品価格を高く設定すると当該商品の競争力が失われることとなる。したがって、保険料や高い商品価格の転嫁により懲罰賠償の懲罰的機能が阻害されることは考え難いと反論している。李敏「論懲罰性賠償制度在我国侵権責任法中的適用與完善」寧夏大学学報32巻５期（2010年）75頁参照。

[23] 懲罰賠償金を被害者に与えることが不当利得とならない理由について、「道徳の視点に鑑みれば、悪意或いは他人の権利を無視し、他人に対して侮辱や軽視を行った非難を受けるべき加害者の違法行為は、被害者に財産的・非財産的損害のみならず、道徳的な損害も与えたものと考えられる。懲罰賠償制度は、加害者の悪質な不法行為に着目し、上述したような道徳的損害に対して、一種の制裁・抑止機能を与える特殊な賠償である。当該制度の性質に鑑みれば、当該賠償金を取得することは宝くじがあたったようなことではなく、不当利得にもなるようなものではなく、被害者が法の実質的正義および自由平等への尊重という理念に基づいて、受けるべきものである。また、私人による法の実現と

われている。

（ⅱ）賛成派（多数説）

学界の多数の学者が、不法行為責任法に懲罰賠償を導入することについて賛成している理由については、主に以下の３点にまとめることができる。

第１に、社会秩序維持の観点からすると、懲罰賠償は、加害者を罰することによって不法行為を抑止することができ、それによって正常な社会秩序を保つことが期待できる。第２に、填補的損害賠償制度の本質は、被害者に生じた現実の不利益を金銭による填補することにとどまるのであって、加害者の故意・悪性による侵害行為を罰することに着目していないものである。このことから、資力があり、さらに道徳的感情に欠ける人間にとっては、事前の原価計算において、仮に被害者に身体・生命の損害を生じさせたことにより填補的損害賠償を支払うことになってもその金銭を上回るだけの利益を得られることが分かれば、その商行為をやめることはないだろう。そのように捉えると、加害者の故意・悪性の態度ないし他人の身体・生命を軽視する姿勢を非難に値する効果が果たされず、民法における公平原則（損害の公平な分担）にも反している。

いう視点に鑑みれば、当該制度は、加害者の違法行為に対する教化と懲戒機能であり、さらに社会に向けて見せしめ効果が期待されるがゆえに、法を実現するために実損害金より超過した賠償金を訴訟奨励として被害者および弁護士に与えることを許しているのである。したがって、懲罰賠償の有する多様な奨励機能によって、正義と社会的意義のある法の実現行為を奨励かつ促進する合理性がある」と示している。また、「不当利得制度の目的という観点から見れば、当該制度は社会における実質的正義を実現するためにある。懲罰賠償制度は、悪意な不法行為者に対する懲罰と抑止、かつ社会に対する見せしめ機能を主としている。そこで、被害者の完全なる保護という視角から考えれば、懲罰賠償も実質的正義を実現するための有効的な手段であると理解されるため、不明確で計算できない損害に対しても、被害者に十分な損害賠償を受けさせることができるのである。悪意の不法行為者による人身的損害が被らせた被害者の苦痛は一生消えないものであり、法定による懲罰賠償金を取得することは不当利得になることはない」と駁論する見解もある。楊立新・前掲注（13）72頁、李敏・前掲注（22）78頁参照。

さらにいえば、このような制度は、悪性の強い加害者でも被害者に金銭さえ支払えば、金銭と引き換えに不法行為をしていいと放任していることとなる、という反面的効果を生じさせることになりかねない[24]。第３に、填補的損害賠償制度は、相当因果関係の範囲に限定し、被害者の損害と対等にしているが、実際に損害と賠償との不均衡がしばしば生じるケースがある。その不均衡を是正するために懲罰賠償を導入すべきである。例えば、加害者の故意の不法行為によって被害者に物心両面にわたり甚大な損害を被らせた場合には、被害者が権利を主張するために要する時間・費用・機会のコストや心身の傷等の「実質的損害」と解すべきである。このような実質的損害を埋め合わせすることについて、填補的損害賠償では不十分である。それゆえに、不法行為責任法の中に懲罰賠償を導入すべきであると主張されている[25]。

（ⅲ）適用範囲を特殊な不法行為へ拡大すべきとする見解

懲罰賠償の導入に賛成しているものの、不法行為責任法にとどまらず、環境汚染責任[26]および知的財産権の侵害責任[27]にもそれぞれ懲罰賠償を導入すべきである、という一部の学者の見解もあった。この見解は、不法行為責任法の立法時には影響を与えることはできなかったが、近ごろ、これらの主張を汲み取る形で、2020年５月28日に可決、成立した民法では知的財産権侵害と環境汚染・生態破壊侵害領域に当該制度が導入された（詳細は後述）。

さらに興味深い見解として、徐国棟は、個人の尊厳や人格そのものを保護するという理念に基づいて、故意に人格権を侵害した不法行為に対

[24] 李平「懲罰性賠償在我国侵権法領域的適用」江淮論壇５期（2006年）60頁参照。
[25] 楊立新『侵権責任法』（法律出版社、2012年）333頁参照。
[26] 孫玉栄「環境侵権民事責任中的懲罰性賠償研究」2006年年会学術検討会論文集（一）中国法学会環境資源法学研究会（2006年８月）215頁参照。
[27] 温世揚＝邱永清「懲罰性賠償與知識産権保護」法律適用12期（2004年）50頁、梁志文「補償與懲罰―著作権法定賠償制度価値研究」電子知識産権12期（2005年）14頁、銭玉文＝駱福林「論我国知識産権法中的懲罰性賠償」法学雑誌４期（2009年）113頁、易健雄＝鄧宏光「応在知識産権領域引入懲罰性賠償」法律適用４期（2009年）92頁参照。

して、懲罰賠償を適用すべきであると主張する[28]。この意見によれば、懲罰賠償を債権法各論における不法行為の部分に規定し、当該条文は故意による人格権侵害のみに対する懲罰賠償であることとなり、財産権侵害が含まれないものとされる。これと関連して、梁慧星案[29]においては、「故意に他人の生命・人身・健康、または感情的意義のある財産を侵害した場合」との主張がなされており、人格権に含まれると考えられる生命・健康・身体・感情といった客観的に把握できる侵害類型に適用範囲を限定している点に両者の違いが生じることになる、と評価できるだろう。

第３節　制度の機能をめぐる近時の議論状況

不法行為責任法に懲罰賠償が導入されてから、学界では、当該制度の機能が懲罰と抑止であると考える学者を支持する学者は依然として多数を占めている。しかしながら、当該制度の実社会での受容のあり方を背景として、経済法上の奨励機能[30]と多様な機能の混在説という新たな見解が湧きあがったのである。

---

[28] 民法編纂活動に参与した厦門大学の徐国棟も研究グループを組織して、民法の「建議稿」を作成した。当該建議稿1634条は「故意に他人の人格権を侵害し、かつ重大な結果をもたらした場合に、法院は加害者に対して、損害賠償の他に、賠償金額の倍額の懲罰賠償金を課すことができる。」と規定し、1635条は「懲罰賠償金の範囲は、賠償額と同額から賠償金額の３倍までとする。」と規定する。徐国棟『緑色民法草案』（社会科学文献出版社、2004年）725頁参照。

[29] 案建議稿1708条は「故意に他人の生命・人身・健康、または感情的意義のある財産を侵害した場合は、法院は加害者に損害賠償のほかに、賠償金額の３倍以下の懲罰賠償金を課すよう判決することができる。」と規定する。梁慧星・前掲注（11）353頁参照。

[30] 寿厲氷＝陳乃新「略論懲罰性損害賠償的経済法属性」法商研究６期（2002年）25頁、金福海「論懲罰性賠償責任的性質」法学論壇19巻３期（2004年）59頁、劉水林「論民法的“懲罰性賠償”與経済法的“激励性報償”」上海財経済大学学報４期（2009年）３頁、孫效敏「奨励制度與懲罰性賠償制度之争―評我国《侵権責任法》第47条」政治與法律７期（2010年）89頁参照。

（ｉ）経済法上の奨励機能説

経済法学者の孫効敏は2010年の論文で次のように述べていた。まず、①消費者法旧49条は中国法では初めて懲罰賠償を導入したのではない[31]。次に、②消費者法、食品安全法および14年商標法（後述する）におけるいわゆる懲罰賠償は、国家行政機関による監督の不足を補足するために設けた訴訟提起する者への奨励制度である。そして、③これらの奨励制度は経済法上の制度と位置づけられ、制度の機能は奨励に過ぎず、民法学者たちの主張する懲罰ではない。

孫効敏によれば、不法行為責任法に懲罰賠償を導入することは、民法と刑法・行政法・経済法の性質・区別を混乱させ、民法の基本理念および基本原則に背く問題などが生じさせることになる。民法学者は、政府監督力の不足を補完できる経済法上の奨励制度を、悪質な不法行為を罰するために「懲罰賠償制度」と称して民事法の不法行為責任法に導入してしまった、と指摘している。

孫効敏の批判の背景にある民事法と経済法における理念と性質上の相違点とは次のようなものである。

すなわち、民事法の発想とは、損害が発生していることを前提として、懲罰賠償の主たる機能とは、被害者の損害を填補的賠償し、それによって加害者を懲罰するのである。その適用範囲は、当事者間の対等平等である加害者と被害者を想定している。これに対して、経済法の立場とは、損害の発生ではなく、事業者・経営者による取引秩序の破壊や社会公共利益の侵害を前提としている。奨励制度を通じて政府監督の不足を補充し、物質的な報酬（金銭や品物）を通じて、社会全体が欠陥の存在を明らかに知りながらなお製造・販売する行為と闘うことを奨励しようという発想があるのである。その適用範囲は、消費者と事業者・経営者との

[31] 孫効敏は、「目下の学界では、消費者法旧49条と商品住宅に関する司法解釈における『双倍賠償』（増額賠償）、食品安全法旧96条における『10倍賠償』、特許法旧65条における『多倍賠償』（多数の倍額賠償）制度は国家監督力の不足を奨励する制度であり、この奨励制度を懲罰賠償制度と誤認している現状が未だに認識されていない。また、多くの学者は、消費者法旧49条の『双倍賠償制度』は中国法における懲罰賠償制度の始まりという認識も誤解である。」と指摘している。孫效敏・前掲注（30）97頁参照。

間の情報の質および量並びに交渉力の格差にある当事者間、或いは不特定多数のホイッスルブローワーを対象としている。

このような理由で、民事法上の懲罰賠償は、填補的損害賠償の原則に背けて、経済法的性質の懲罰賠償を制定する必要性があるのかについて整合的に説明できないのである。したがって、懲罰賠償は、民事法の一部分として位置づけられた不法行為責任法の中に導入されているにもかかわらず、純粋な民法上の理論的理解では、その他の民事法に属する特別法との整合性およびその適用範囲に問題が生じうる。47条の制度機能は、懲罰ではなく、経済法上の概念であるところの奨励に過ぎないのではないか。

（ⅱ）多様な機能の混在説

当該制度の機能を、完全補償、懲罰と抑止、および市場取引の促進、という４種の機能が混在していると解する見解がある[32]。この見解について、不法行為責任法の専門家の一人である張新宝は、「不法行為責任法における多様な機能を持つ見解は、懲罰賠償制度の合理性を導くことができるのみならず、他国における懲罰的損害賠償制度の発展状況および中国法の裁判実務状況に照らして沿っていることに間違いない。したがって、不法行為責任法の機能は多様である」[33]と、肯定している。

さて、以上のように、立法者および学説の議論状況を踏まえると、47条の機能は抑止･懲罰であることに多くの学者に承認されているものの、最近はこれに反対する興味深い少数説も見られるようになってきている、といえよう。

第４節　小括

2010年初期頃において、政治・経済への体制転換による激しく変化した中国社会では、誠実信用の欠如、利益追求による製造物の欠陥によって人々の財産のみならず、生命・人身の被害へ広がるようになってきて

[32] 王利明・前掲注（11）115 ～ 116頁参照。

[33] 張新宝「侵権責任法立法：功能定位、利益平衡與制度構建」中国人民大学学報３期（2009年）２～８頁参照。

いる。これらの被害事件が経済の発展と社会の安定を揺るがす緊迫した社会の状況を解決するために、不法行為責任法に懲罰賠償を明文化した。それによって、増加しつつある社会的問題や矛盾を緩和させるためである。

制度の機能について、多数説によれば、加害者を懲罰することによって不法行為を抑止される機能を持つ。つまり、当該制度の懲罰・抑止であるとされている。つまり、潜在的な加害者の注意力を喚起させ、いわば「見せしめ」の効果によって類似的な不法行為の再発を防止し、社会全体の利益および社会の安定を促進させようという目標を実現することにあると示されている。

しかしながら、不法行為責任法に導入された懲罰賠償は、経済法上の奨励制度である。これには経済法上の奨励機能および多様な機能の混在説があるが、多数説にはならなかった。なお、経済法学者の奨励機能説も注目すべき見解といえよう。

第５章　不法行為責任法制定後の立法展開

2010年以降、不法行為責任法に明文の形で懲罰賠償が立法化されたこと、および政治・経済社会の変化等を背景に、消費者法や食品安全法が当該制度機能の強化のために法改正された。また、新たな法分野へ懲罰賠償を全面的に導入することが求められるようになった。本章では、各法改正と各法分野へ当該制度の導入に関する背景、および制度機能をめぐる近時の議論状況を分析していく。

第１節　旅行法（2013年10月１日）

（１）制定の背景

高度成長期であった中国経済は2008年のリーマンショックなどの影響を受けて、それ以降の経済成長が少なからず不況ないし停滞にさらされていた。この停滞から脱するため、政府による４兆元にのぼる景気刺激策が行われ、再び高い成長率の回復を狙っていくのである。この過程において、わけても、2010年以降、「住宅価格の抑制」[34]、「所得倍増計画」

[34] 第２章で述べたように、2000年代から都市部の住宅価格は急騰している。こ

（2010年～ 2020年）、「金融引き締め政策」といった新たな政策を実施したとともに、消費者の動きを活発化させることで、観光産業政策を国内観光の発展に重点を置くとした。すなわち、これまで経済成長を支えてきた「輸出投資主導型からより安定的な内需主導型」[35]の経済体制への転換を図ったのである。

そこで、国務院は2009年に観光産業政策に関して、「観光産業の発展を速めることに関する意見」、2011年に「全国紅色（革命史跡）観光発展規画綱要（2011年～ 2015年）」、2013年に「国民観光に関する綱要」[36]を相次いで発布した。そこでは、観光産業を「国民経済の戦略的支柱産業」や「人民大衆の需要に応える現代サービス業」[37]として重視し、今後の経

れは中国経済にとって大きなリスクであることを認識した政府は、2010年４月に『国務院関於堅決遏制部分城市房価過快上涨的通知』（国辦発［2010］10号『国八条』）を公布した。当該通知は「一部の大都市における商品住宅に対する過剰需要により価格が高騰している。それは、一般国民が住宅市場を通じて居住問題を解決することが難しくなるだけでなく、金融リスクを増加し、経済および社会の正常な成長を妨げる。」と述べている。詳細について、亢越＝行武憲史「中国における住宅価格抑制政策の効果分析」住宅土地経済89号（2013年）28～36頁に参照されたい。

[35] 松島光男「内需主導型の経済構造を目指す中国」（2012年４月19日）〔https://www.dir.co.jp/report/asia/asian_insight/120419.html〕（最終閲覧：2023年５月12日）、大橋英夫「中国における対外経済政策の転換」JRI レビュー４巻３号（2013年）42頁参照。

[36] 国務院辦公庁『国務院辦公庁関於印発関於国民旅游休閑綱要（2013－2020年）的通知』（国辦発［2013］10号）（2013年２月２日）〔http://www.gov.cn/zwgk/2013-02/18/content_2333544.htm〕（最終閲覧：2023年５月12日）。

[37] 石原享一は、改革開放から現在に至るまでの中国の観光政策を以下の四段階に分けている。すなわち、第１期（1978年～ 1991年）は、観光産業の初歩的段階である。この段階の観光産業は、一方では外交政治活動に利用され、他方では外貨獲得型産業である。第２期（1992年～ 1997年）は、第三次産業の発展の担い手として、計画経済型の観光産業政策から市場経済型の観光政策へ転じ、観光産業関連の価格規制緩和や観光環境の整備などの構築、および国内外の観光も開放期を迎えている。第３期（1998年～ 2008年）は、1998年に観光産業を新たな経済成長の担い手として、観光消費による内需拡大、観光市場秩序の形成、国際標準化への接近へ、そして2001年に中国を「世界の観光強国」という

済成長エンジンとして民間の観光消費市場を拡大する経済構造へ変化すると提起している。このように国務院が方針を打ち出したのは、国内旅行者の受け入れによる収益および観光に関連する新たなサービス事業の創出と雇用が生み出すことによって、経済と社会の安定が実現するからである。

このような政策を背景にして、国内旅行者は急速に拡大した。2012年の統計データによれば、国内旅行者の受け入れが対前年比12.1％増となり、それによる収益は2.27万億元にもあがる。まさに、観光産業に関連するビジネスが拡大の一途を辿っているのである[38]。

ところで、観光産業においても本論文の検討対象となるような社会的問題が発生している。例えば、国内の各地で悪質な旅行会社が格安のパッケージツアーを組み、または原価以下で外部からの団体旅行を下請けし、ツアーガイドには正規の報酬を支払わず、ツアー客に対して強制の買い物から得られるリベートを収入源とする「零負団費」[39]の形態を用いるようなツアーである。

このような悪質なツアーではさらに、強制買い物を拒むツアー客を旅

新たな目標に向かっていく段階である。そして、第４期（2009年～現在）においては、観光産業を「国民経済の戦力的支柱産業」および「人民大衆の需要に応える現在サービス業」という目標が掲げられている。そこで、国務院による国内観光の発展に重点を置く新たな方針である「観光産業の発展を速めることに関する意見」なども配布されていた。という四つの段階である。詳細について、石原享一「中国の観光産業政策と観光統計の整備―“土標準”（自国基準）と“洋規矩”（国際基準）とは折り合えるか―（国際シンポジウム「東アジアの観光動態に関する学術的研究」特集論文）」アジア研究13巻（2018年）61～81頁に参照されたい。

[38] 国家統計局によると、2012年の一年間では国内旅行者は29.6億人、それによる収益は２兆2706億元、外国旅行者の受け入れは2719万人、国際旅行による外貨収入は500億ドルに達している。「中華人民共和国2012年国民経済和社会発展統計公報」（2013年２月22日）〔国家統計局ウエブサイト：http://www.stats.gov.cn/statsinfo/auto2074/201310/t20131030_450316.html〕（最終閲覧：2023年５月12日）。

[39] 小林正典「中国のパッケージツアーに関する若干の考察：包価旅遊契約を中心に」和光大学現代人間学部紀要10号（2017年）41頁参照。

行途中からツアーバスの乗車を拒否するなどの行為がしばしば発生した。このような商業道徳を逸脱したツアーの横行によって、ツアー客への憤怒と取引秩序の混乱が激化され、新たな社会問題となっている[40]。

以上のような新たな政策と社会問題を背景として、法律の制定によって規制する必要性が高まってきた。そこで、2009年12月から旅行法[41]の法案起草作業が開始されたが、2010年に最高人民法院による「旅行紛争事件の審理における法律適用の若干の問題に関する規定」[42]（以下では、「旅行紛争に関する規定」という。）が先に公布された。当該規定において、懲罰賠償を内容とするのは、17条２項である[43]。

その後、旅行法草案は旅行紛争に関する規定を踏めて、2012年８月27日に第11期全人大常務委員会第28回会議に提出され、２回の審議が経て後2013年４月25日に、旅行法が第12期全人大常務委員会第２回会議で採択し、同年10月１日に施行された[44]。同法70条１項後段（以下では、「70条」

---

[40] 中華人民共和国旅游法解読編写組『中華人民共和国旅游法解読』（中国旅游出版社、2013年）39頁、小林正典「中国の旅行遊覧法―旅遊と旅遊者の概念を中心に」和光大学現代人間学部紀要８号（2015年）71頁、岡村志賀子「中華人民共和国旅行法」外国の立法257号（2013年）114頁参照。

[41] 中国では、「中華人民共和国旅遊法」と表示されているが、本論文では、「旅行法」と称する。

[42] 2010年10月26日に、最高人民法院による「旅游糾紛案件審理における法律適用の若干の問題に関する規定」（最高人民法院関於審理旅游糾紛案件適用法律若干問題的規定（法釈〔2010〕13号））が施行された。

[43] 17条は「旅行会社は契約に違反し、旅行行程を無断に変更する、観光地を漏れ落ちる、旅行サービス項目を減らす、旅行サービスの基準を下回ることなどの行為を行った場合には、旅行者が旅行会社に対して、旅行サービス項目の未完成部分に相当する合理的費用を請求するときは、人民法院はそれを支持しなければならない。旅行会社がサービスを提供する場合において、詐欺行為があったときは、旅行者が旅行会社に対して被った損失の２倍賠償を請求するときは、人民法院はそれを支持しなければならない。」と規定する。

[44] 旅行法制定前に公表された旅行関連の法整備について簡単する。改革開放政策が実施された後1982年に旅行法制定に向けた検討がなされた。1988年には第７期全人大委員会と国務院における立法計画の一項目に加えられが法案ものの、提出に至らず、結局国務院への提出は1991年であった。同法案が提出され審議中に、国務院は1996年に旅行社管理条例、1999年に旅行ガイド管理条例、

という。）に懲罰賠償が導入された。その内容は、以下の通りである。

> 70条[45]
>
> 旅行会社はパッケージツアー契約の義務を履行せず、又は契約義務の履行の内容が契約上の義務に適合しない場合、法に従って履行を継続し、救済措置を施し、又は損失を賠償する等の違約責任を負わなければならない。旅行者に人身損害・財産損失を与えた場合、法に従って賠償責任を負わなければならない。旅行会社が契約を履行する能力を備えており、なお旅行者から契約の履行を求められたにもかかわらず、契約の履行を拒否し、これによって旅行者に人身損害・滞在延長等の重大な結果を与えた場合、旅行者は旅行会社に対して、旅行費用の相当額以上３倍以下の賠償金を請求することができる。

第２節　新消費者権利利益保護法（2014年３月15日）

2013年４月23日に第１回審議が行われ（第１次草案）、同年８月26日に第２回審議が行われた（第２次草案）。その後の同年10月21日第３回審議での修正を経て、2014年３月15日に新消費者法が施行されることとなった。内容としては、懲罰賠償の強化、適用の要件や適用の範囲、および賠償額の算定などについての改正がなされた。

以下では、改正後の制度について簡単に概観しよう。

2009年５月１日に「旅行社条例」、同年12月に「国務院関於加快発展旅游業的意見」（旅行業の発展加速に関する国務院の意見）、2010年に旅行紛争に関する規定、2013年２月に国務院弁公庁は「国務院弁公庁関於印発国民旅游休閑綱要（2013－2020年）通知」（国民観光旅行・レジャー綱要）を相次いで発表した。中華人民共和国旅游法解読編写組『中華人民共和国旅游法解読』（中国旅游出版社、2013年）１～３頁参照。

[45] 中国語原文：〔第70条　旅行社不履行包价旅游合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当依法承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任；造成旅游者人身损害、财产损失的，应当依法承担赔偿责任。旅行社具备履行条件，经旅游者要求仍拒绝履行合同，造成旅游者人身损害、滞留等严重后果的，旅游者还可以要求旅行社支付旅游费用一倍以上三倍以下的赔偿金。〕

（1）消費者法の改正趣旨

立法者は、消費者法の改正趣旨につき次のように解説している。すなわち、「消費者法は1993年に制定された。それから既に20年近く施行されており、消費者の合法的権利利益の保護、社会経済秩序の維持、社会主義市場経済の健全な発展促進に対して重要な役割を発揮してきた。しかし、経済社会の発展の経過に伴い、中国の消費方式や消費構造および消費理念には大きな変化が生じ、消費者の権利利益保護の領域において多くの新たな状況の変化や問題が発生しているため、適時、同法を速やかに改正して、消費者権利利益保護の法律制度を完備する必要がある」と、そのうえで、立法者は改正作業で留意すべきポイント[46]までも指摘している。

また立法者は、多くの人民が関心を持っている問題の一つに、経営者が虚偽などの詐欺行為を用いて消費者の権利利益を侵害し、それによって消費者の生命・健康さえに重大な損害をもたらしたことに対する懲罰を強化すべきであると人民から求められていることである。それゆえに、改正草案は、詐欺行為に対する懲罰の強度を引き上げる、と説明している。

要するに、ここでは、中国社会における経営者の悪質な違法経営実態に対する抜本的対策の必要性が指摘されている、といえる。中国では、経営者の誠実信用概念の低さ、社会公共道徳（公序良俗）に反している詐欺行為が残念ながら存在すると言わざるを得ない。この問題を解決するために、社会における誠実信用原則の強化（同法16条３項）[47]によって経営者が自ら法定義務を履行し、社会的責任を果たすよう導き、誠実信用原則による消費環境を育成し、信義則を構築・強化するように提案す

---

[46] 全国人大常委会法制工作委編＝李適時主編『中華人民共和国消費者権益保護法釈義』（法律出版社、2013年）342頁、全国人大常委会法制工作委員会民法室編著＝賈東明主編『中華人民共和国消費者権益保護法解読』（中国法制出版社、2013年）327頁参照。

[47] 消費者法16条３項は、「経営者は消費者に対して商品またはサービスを提供する場合には、社会公共道徳を守り、誠実信用に従った経営を行い、消費者の合法権利利益を保障しなければならず、不公平、不合理な取引条件を設定し、取引を強制してはならない」と規定する。

るものである。

（２）旧49条に対する改正趣旨

旧49条に関して見たように訴訟を提起することによって経営者の詐欺行為を懲罰・抑止することが期待されていた。しかしながら、旧49条が制定された後に、社会全体や裁判実務においては、賠償額が低く、悪質な経営者に対する懲罰機能が十分に果たされなくなった[48]ため、詐欺行為は増加する一方であった。それゆえに新法を改正する必要性が生じた。

そこで、立法者は消費者の保護をさらに強化し、経営者の悪質な詐欺行為等を抑止するための懲罰の強化という同法の改正目的を原則として、偽物と粗悪品を製造販売する経営者にさらなる罰を加えるために、旧49条の改正を行った。すなわち、「違法行為を行う経営者の存在を抑止し、消費者に対する不法行為が再び発生することを予防するために、違法な経営者を懲罰することが必要である。具体的には、経営者が詐欺行為を行い、かつそれにより重大な損害を生じさせた場合には、高額の『懲罰賠償金』を支払わせることが重要である。『懲罰賠償』を明確に規定することにより、違法な経営者を相手として提訴する被害者も、実際の損害よりも高額な損害賠償金を得ることが可能となり、市場環境の健全化が図られる」[49]と立法者は説明している。

（３）懲罰賠償をめぐる各回審議会の議論状況

①消費者法改正案草案の内容（2013年４月23日）[50]

さて、この法改正については、全人大常務委員会に改正案（草案）がその説明とともに提出されている。本論文が注目したいのは、詐欺行為に対する懲罰を強化するための、次の条文案である。

すなわち、改正案草案25条[51]は、「法律に従って刑事責任をおわなけ

---

[48] 楊立新「我国消費者保護懲罰性賠償的新発展」法学家２期（2014年）78頁参照。

[49] 賈東明・前掲注（46）266頁参照。

[50] 賈東明・前掲注（46）329頁参照。

[51] 改正案草案25条は、「経営者の提供する商品またはサービスに詐欺行為があった場合、消費者の請求に応じて消費者の被った損失を増額賠償しなければ

ればならない」という刑事責任を増設したうえに、賠償額の範囲を商品価格またはサービス代金の２倍まで引き上げ、さらに、経営者が商品に欠陥があることを知りながら、当該商品やサービスの欠陥により生命・人身の重大な損害を与えた場合には、消費者は受けた損害の２倍以内の範囲での「損害賠償」を請求することができる規定を追加したのである。

②第１次改正案草案審議（2013年８月26日）[52]

改正案草案25条に対して、常務委員のメンバー・代表・地方・部門および一般市民（パブリックコメント）から「社会においては、経営者が依然として偽物を製造すること、時には消費者の生命・健康に重大な損害をもたらす欠陥商品を製造することに照らせば、経営者の主観的故意性の強さに対する草案規定の懲罰の重さが軽すぎるのではないか。やはり、懲罰賠償額を高めるべきである。」という意見が出された。それによって、審議を経て、改正案草案25条を以下のように修正された。

すなわち、第１次改正案草案審議稿27条[53]（以下では、審議稿27条という。）は、提出された意見が受け入れられず、審議稿27条では改正案草案25条に規定された経営者が「法律に従って刑事責任をおわなければならない」という部分が削除されたのである。

ならず、賠増賠償額は消費者が購入した商品の価格または受けたサービス費用の２倍とする。増額賠償額が500元未満の場合、500元とする。なお、法律に別途規定がある場合は、その規定に従う。経営者が商品またはサービスに欠陥があることを明らかに知りながら消費者に提供し、消費者またはその他の被害者が死亡、または健康に重大な損害を生じさせた場合には、法律に従って刑事責任をおわなければならない。また、被害者は経営者に対して、被った損害の２倍以下の民事賠償を請求する権利を有する。」と規定する。

[52] 賈東明・前掲注（46）336頁参照。

[53] 審議稿27条は、「経営者の提供する商品またはサービスに詐欺行為があった場合、消費者の請求に応じて消費者の被った損失を増額賠償しなければならず、賠増賠償額は消費者が購入した商品の価格または受けたサービス費用の２倍とする。経営者が商品またはサービスに欠陥があることを明らかに知りながら消費者に提供する詐欺行為は、消費者またはその他の被害者が死亡、または健康に重大な損害を生じさせた場合には、被害者は経営者に対して、被った損害の２倍以下の民事賠償を請求する権利を有する。」と規定する。

③第２次改正案草案審議（2013年10月21日）[54]

第２次改正案草案審議会では、以下のような提案がされた。すなわち、まず、審議稿27条１項における増額賠償額の上限をさらに引き上げること、次に、同条２項における「民事賠償」を「懲罰賠償」という用語に改めること、そして、「消費者の受けた損害」に関する範囲を、同法48条と50条に規定された人身・財産的損害および精神的損害の範囲と明確にすること、である。

このような提案を受けて、第２次改正案草案審議26条は、審議稿27条１項における増額賠償の上限を３倍に引き上げられ、審議稿27条２項の「消費者の受けた損害」の範囲について、人身的損害と財産的損害のみならず精神的損害も含まれること、さらに「民事賠償」を「懲罰賠償」という名称に改正された。現行法55条はそれであり（以下では、「55条」という。）、以下の通りである。

55条[55]

経営者が商品またはサービスを提供する場合において、詐欺行為があったときは、消費者の要求に従い、消費者の受けた損失につき増額賠償しなければならない。増額賠償の金額は、消費者が購入した商品の価格または受けるサービス費用の３倍とする。増額賠償額が500元未満の場合、500元とする。なお、法律に別途規定がある場合は、その規定に従う。

経営者が商品またはサービスに欠陥の存在を明らかに知りながらなお消費者に提供し、消費者に又はその他の被害者を死亡させ、若しくは健康に重大な損害をもたらした場合において、被害者は経営

[54] 賈東明・前掲注（46）341頁参照。

[55] 中国語原文：〔第55条　经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。

经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。〕

者に対して、本法49条、51条などの法律規定に基づいて損失の賠償を請求することができ、並びに受けた損失の２倍以下の懲罰賠償を請求する権利を有する。

以上のように、最終的（2013年10月24日の決定意見報告書）に、旧法49条は現行法55条１に、賠償額を３倍までに引き上げされた。また、同条２項に「受けた損失の２倍以下の懲罰賠償」が明文化された。これは、不法行為責任に適用されているため、アメリカ法における懲罰的損害賠償の上限規制を参照したのであるとされる。

同条の最大な特徴は、旧49条の契約責任から55条２項の不法行為責任へ拡大したこと、55条２項は賠償額の算定方法が旧49条と異なり、算定基準を実損害額とする点にこれまでとの違いところである。つまり、新設した２項の性質は不法行為責任からである。重要なことは、従来、不法行為責任法47条の懲罰賠償の算定方式について不明確であった―賠償額の算定方法―を、55条２項を応用することで、「補充・具体化」した点にある、と立法者が説明している[56]。

（４）近時の議論状況

李友根は、制度機能である懲罰の役割を全くないと否定することができないと主張している。彼は、旧49条の主たる機能は、訴訟誘導へ利用される奨励ないし訴訟推奨であり、それは現実に発生した数々の社会問題に基づいて採用されたのである。つまり、消費者被害より社会全体の利益侵害まで広がられた不誠実な経営者と闘うための解決手段として、国家政策的な制度であると解している。しかしながら、旧49条が制定された後、当該制度の機能が懲罰であると誤認されたことによって、社会全体、学界および裁判実務においては、詐欺行為を行った経営者に対する懲罰力が増加することへと大きく期待を抱くように変わった。それゆえに、法改正過程において、如何にして経営者を強度な懲罰を課すかにばかり注目し、当然ながら懲罰を制度機能として、求めるようになっている。

それゆえに、旧49条によっても悪質な加害者側に対するせいせいとし

[56] 賈東明・前掲注（46）282頁参照。

ては不十分との意見が多数存在し、これを受けて新法では、「……商品の価格または受けるサービス費用の３倍とする。増額賠償額が500元未満の場合、500元とする」という形で賠償額の範囲が引き上げられたわけである。したがって、懲罰賠償額の算定基準を商品価格とすることが変えずに、賠償額の範囲のみ引き上げたことから考えれば、新法は旧法と比して、経営者への懲罰効果が幾分強化されていることが評価できよう[57]、と説明している。

また、立法者は、懲罰賠償の懲罰機能の強化と明確に取り上げられている。それゆえに、加害者側の主観的故意性や詐欺的態様の程度を考慮とせず、賠償額の算定基準を一律に商品の価格としているその合理性について、どのように捉えればよいかという疑問が生じうるのである。それゆえにこそ、消費者法改正過程において、全国人民代表は、「消費者法旧49条における懲罰賠償額の算定基準は、商品価格またはサービス費用の全体価格か支払った部分、あるいは瑕疵部分だけを指しているかについて、明確にすべきだ」[58]と指摘していた。

第３節　新食品安全法（2015年10月１日）

習近平政権になってから、中国共産党（以下では、「党または中共」と略す。）18期４中全会（2014年10月）で「依法治国を全面的に推進する若干の重大問題に関する決定」[59]（以下では、「2014年決定」という。）が通過された。当該決定は、「法治国家建設」を政治改革の目標として提唱し、「党が立法を領導し」、「違法行為を罰し、大衆の利益を保護するに重要な制度体系」、「社会矛盾早期警戒メカニズムの改善・法制化を進める（健全社会矛盾预警机制）」などの方針を明示している。つまり「党による『依法治国』の推進」[60]である。

---

[57] 李友根「懲罰性賠償制度的中国模式研究」法制與社会発展2015年６期125頁参照。

[58] 李適時・前掲注（46）365頁参照。

[59] 中共中央関於全面推進依法治国若干重大問題的決定」〔中央政府ウエブサイト：http://www.gov.cn/zhengce/2014-10/28/content_2771946.htm〕（最終閲覧：2023年６月12日）。

[60] これについては、但見亮『中国夢の法治―その来し方行く末―』（成文堂、2019年）58頁以降を参照されたい。

このような目標を実現するために、立法者が食品安全法の改正作業を推進した。そこで、2014年５月より食品安全法改正草案が提出され、４回のパブリックコメント募集が行われ後、2015年10月１日より施行された。法改正の主たる内容は、リスクの未然防止、シームレスな監督管理、厳格な処罰・懲罰（違反者に対して許可証略奪、生涯従事禁止、職務怠慢処分の強化など）、社会共同管理（告発奨励制度、食品安全情報公表、虚偽情報流出禁止、食品保険の創設推進）である。

（１）法改正の趣旨

食品安全法の改正趣旨について、立法者は、「違法による食品の製造・販売および食品安全事件の多発問題が依然として顕著していること、食品安全に対する監督体制・手段・制度等もなお不十分であることおよび賠償額の低さによって抑止的効果が果たされなかったことを解消するために、……より食品安全監督・管理の科学性と有効性を高め、食品安全を保証し、身体健康と生命の安定を保障するために、食品安全法を改正する必要性が生じた。」と説明している[61]。

よって、2014年６月23日より食品安全法が改正され、新食品安全法148条（以下では、「148条」という。）は新消費者55条を参考にして、旧96条２条を部分的に改正し、2015年10月１日に施行された[62]。しかし、148条は、消費者法55条を参考にしたかと言えば、「懲罰賠償」という名称を使用しなかった。当該規定は、以下の通りである。

---

[61] 張勇（国家食品薬品監督管理総局局長）「関於《中華人民共和国食品安全法（修訂草案）》的説明―2014年６月23日在第十二届全国人民代表大会常務委員会第九次会議上」（信春鷹『中華人民共和国食品安全法釈義』（法律出版社、2015年）438～440頁参照。

[62] 食品安全法改正草案が2014年６月に国務院によって第12期全人大常務委員会第９次会議に提出され、初回の審議を経て同年12月に第12期全人大常務委員会第12次会議で二回目の審議が行われた。2015年４月に第12期全人大常務委員会第14次会議で第三回の審議を経て、同月24日に採択され、同年10月１日より施行された。

148条[63]

消費者が食品安全基準に適合しない食品により損害を受けた場合、経営者に対して損失賠償を請求することができ、又は製造者に対して損失賠償を請求することもできる。消費者の賠償請求を受けた製造者･経営者は、「首負責任制」（先に責任を負う制度）に基づき、先に賠償を支払わなければならず、責任を転嫁してはならない。製造者の責任に属する場合、経営者は賠償後に製造者に求償する権利を有する。経営者の責任に属する場合、製造者は賠償後に経営者に求償する権利を有する。

食品安全基準に適合しない食品を製造し、又は食品安全基準に適合しないことを明らかに知りながら販売した場合、消費者は損失賠償を請求するほか、製造者又は経営者に食品価格の10倍又は損失の３倍の賠償金を請求することもできる。増額賠償金が1000元に満たない場合は1000元とする。但し、食品のラベル・説明書に食品の安全性に影響しない、かつ消費者に誤認を生じさせない瑕疵がある場合を除く。

（２）制度機能をめぐる近時の議論状況

行政法学者も、懲罰機能に対して、以下のように批判している。すなわち、148条は製造者と経営者の帰責事由を異なる基準を設けている。つまり、製造者が懲罰賠償責任を負うときは無過失責任原則による一方、経営者が食品安全基準に適合しないことを明らかに知りながら販売した

[63] 中国語原文：〔第148条　消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害的，可以向经营者要求赔偿损失，也可以向生产者要求赔偿损失。接到消费者赔偿要求的生产经营者，应当实行首负责任制，先行赔付，不得推诿；属于生产者责任的，经营者赔偿后有权向生产者追偿；属于经营者责任的，生产者赔偿后有权向经营者追偿。

生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元的，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。〕

場合には懲罰賠償が課されることとなっている。このような異なる基準が設けられたことによって、制度運用では混乱が引き起こされる恐れが生じうる[64]、と説示している。

また、148条の機能が製造者・経営者の懲罰にあり、一つの行為に対する行政法による行政罰が科されることとこの賠償は二重の罰となることを根拠として、懲罰賠償の適用を縮小すべきであると指摘している行政法学者もいる[65]。彼の考えとは、そもそも、食品安全法において懲罰賠償が導入されたのは、社会にあふれる有害有毒食品を管理監督する行政側の欠如を補充し、消費者による違法行為を懲罰するに必要とされていたからである。同様に、行政法における行政罰は、義務違反に対して課せられる金銭的懲罰であり、その効果または役割が懲罰であることは懲罰賠償と一致している。それゆえに、懲罰賠償と行政罰が両者とも経済的懲罰という点から､同じ違法行為で二度罰せられてはならない｡よって、懲罰賠償の適用にあたって、行政罰が課されたか否かを考慮して、慎重にすべきである、と解している。

しかし、この考え方には本論文の筆者は同意できない。なぜなら、まさに、行政側に欠如があるからこそ民事上の懲罰賠償が必要だからである。積極的に行政側の責任が果たされていたのであれば、社会的に懲罰賠償が必要ないと言われたはずである。しかしながら、多くの領域で当該制度の導入が拡大しているのは、まさに今もなお行政側の問題があることを示していると推定されるのである。さらに、仮に、懲罰の二重状態が存在したとしても、懲罰賠償が消費者個人への法益侵害への救済として、行政罰が社会全体の法益侵害に対応すると考えれば、これらは論理的に並存可能だと思われる。

第４節　旧民法総則（2017年10月１日）

（１）制定の背景

民法の編纂について、これまで1956年、1964年、1982年および2001年

---

[64] 高秦偉「論食品安全規制和最佳威慑的実現」行政法学研究６期（2016年）３頁参照。

[65] 趙鵬「懲罰性賠償的行政法反思」法学研究41巻１号（2019年）41～55頁参照。

12月23日に「中華人民共和国民法（草案）」が第９回全人大常務委員会第31回会議に上程され、４度にわたり制定が試みられたが、2002年以降、長いことその作業を潜めていた[66]。

その後、2014年決定では、「中国の特色ある社会主義法制体系の建設にあたって、立法を先行させることを堅持し、指導と推進という立法の役割を発揮させなければならない」ことが強調された。それとともに、民法編纂が重大な立法任務であるため、その編纂作業の再開が決定された[67]。

しかし、全人大常務委が発表した「2016年工作要点」[68]では、民法編纂は第一段階として民法総則の制定、その次の段階として民事法の全面的整合の民法を目指すという二段構えで行うことと発表したのである。そこで、立法者は、2017年３月までに民法総則を制定し、2018年に民法の各編が提出された後、2020年３月までに全国人代で民法制定に至るという予定で行ったのである[69]。

（２）制定の経緯

2015年３月以来、法制工作委員会による民法総則起草作業グループが組織されるとともに編纂作業が着手され、2016年６月14日に民法通則を基礎として修正し、外国の立法経験を参考したうえにたたき台が作成さ

---

[66] 詳細については、鈴木賢「中国民法史から見た民法総則の位置づけについて（小特集・中国における『民法総則』の制定）」法律時報89巻５号（2017年）95～99頁を参照されたい。

[67]「中国共産党第18期中央委員会第４回全体会議」（2014年10月23日）〔人民中国：http://www.peoplechina.com.cn/zhuanti/node_90121.htm〕（最終閲覧：2023年６月28日）。

[68]「全国人大常務委2016年工作要点」（2015年12月14日第12期全人大常務委員会第58回委員会議）中国人大雑誌９期（2016年）〔中国人大ウエブサイト：http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc//zgrdzz/2016-05/30/content_1990632.htm〕（最終閲覧：2023年５月20日）。

[69] 李建国全人大常務委員会副委員長「関於《中華人民共和国民法総則（草案）》的説明―2017年３月８日在第十二届全国人民代表大会第五次会議上」〔中国人民ウエブサイト：http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2017-03/09/content_2013899.htm〕（最終閲覧：2023年５月22日）。

れた[70]。同年６月27日に開催された第12期全国人代常務委員会第21回会議に民法総則草案が提出され、第１回目の審議が行われた。ただし、ここでは、懲罰賠償が導入されていなかった。

2016年11月２日の第12期全国人代常務委員会第24回会議で第２次審議稿について第２回審議が行われ、第８章民事責任引受の方法に懲罰賠償が導入されるようになった。同年12月27日に全人大常務委員会は民法総則草案の第３次審議稿に関する意見募集を行われた。2017年２月10日に、法制工作委員民法室による民法総則草案（第３次審議稿）を修正し、翌３月５日の第12期全人大第５次会議で採択され、同年10月１日より施行された[71]。これで民法編纂の第１段階が完了し、制定へ向け確固たる基盤が築かれたのである。

（3）制度機能をめぐる議論状況

民法総則179条（以下では、「179条」という。）は、民法通則134条[72]が列挙した11種類の民事責任引受の方式（同条１項）に、くわえて「法律が懲罰賠償について規定する場合、その規定による。」を２項として明記した。これらの民事責任引受の方式は単独で適用されることも、組み合わせて適用されることも可能であると３項に規定された。当該条文は、以下の通りである。

> 179条
> 民事責任引受の方式には、以下のものがある。
> （１）侵害停止、（２）妨害除去、（３）危険除去、（４）財産返還、（５）原状回復、（６）修理･作り直し･交換、（７）履行の継続、（８）

[70] 民法総則起草作業グループが最高人民法院、最高人民検察院、国務院法制辦、中国社会科学院、中国法学会によって構成されていた。何勤華＝李秀清＝陳頤『新中国民法草案総覧（増訂本）』（北京大学出版社、2017年）1570頁参照。

[71] 杜涛『民法総則的誕生　民法総則重要草稿及立法過程背景紹介』（北京大学出版社、2017年）50～376頁、何勤華ほか・前掲注（70）1571頁参照。

[72] 旧民法通則134条は「侵害停止、妨害除去、危険除去、財産返還、原状回復、修理･作り直し･交換、履行の継続、損害賠償、違約金、影響除去･名誉回復、謝罪」と規定する。

損害賠償、（９）違約金、（10）影響除去・名誉回復、（11）謝罪。
　法律が懲罰賠償を規定するときは、その規定に従う。
　本条に所定の民事責任引受の方式は、単独で適用することができるほか、組み合わせて適用することもできる。

ところで、何故民法総則に懲罰賠償が導入されたのか、についてはこれまで定かではなかった。というのは、2015年６月24日に中国法学会が全人大法制工作委員会に提出した「中華人民共和国民法・民法総則専門家建議稿（提出稿）」[73]、梁慧星が担当した「民法草案建議稿・総則編」[74]、および楊立新が執筆した「民法・総則編建議稿」[75]では、懲罰賠償について言及されなかったからである。

そうした中で、近時、民法総則における懲罰賠償の導入について、次のような解説が示されている。

全国人大法制工作委員会民法室一処処長の石宏は、民法総則に懲罰賠償を導入した理由について説明している。すなわち、民法総則における懲罰賠償の導入は、債権者（不法行為者）を懲罰することによって、繰り返して行う悪質な違法行為を阻止し、かつ他人に同様な違法行為を行わないような警告するためである。そもそも、一般規定として民法通則に当該制度が導入されなかったものの、消費者法、食品安全法、不法行為責任法に懲罰賠償が導入されていた。そのため、民事責任における懲罰賠償を民法総則に導入すべきと主張する見解が多く存在していた。これを受けて、民事法における填補的損害賠償制度に特別な損害賠償制度として懲罰賠償を導入すべきであると説明している[76]。要するに、一般

[73]「中華人民共和国民法・民法総則専家建議稿（提出稿）」（2016年２月24日）〔中国民商法律ウエブサイト：https://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=30198〕（最終閲覧：2023年４月22日）。

[74] 梁慧星「中国民法草案建議稿・総則編」・何勤華『民法編纂論』（商務印書館、2016年）227頁参照。

[75] 楊立新「中華人民共和国民法・総則編建議稿」・何勤華『民法編纂論』（商務印書館、2016年）284頁参照。

[76] 石宏『中華人民共和国民法総則条文説明、立法理由及相関規定』（北京大学出版社、2017年）421頁参照。

法としての民法通則に当該制度が導入されなかったため、民法総則制定のさいに、民事責任引受の方式に懲罰賠償が増設されたのである、という見解である。

第５節　医療損害責任訴訟に関する司法解釈（2017年12月14日）

（１）公布の背景

ここ数年では、医師と患者の衝突に関する「医患関係」ニュースが頻繁に注目を集め、わけても患者が医師を暴行する事件が多発し、世間で話題となっている。これは、医療保障制度の未完備、医療機関や医師が利益追求するため診療中に過剰診療・投薬による患者の死亡事故、または患者に明確な利益をもたらさない過剰な臨床検査などを行ったことによって、患者に生命・身体・財産に損害を生じさせたことに起因している[77]。また、国民所得水準の上昇から美容整形手術の人気が増しているが、トラブルの絶たない人身的損害事件が多発している[78]。

他方で、美容・健康に関する消費は経済成長への促進効果が期待されているため、2016年８月19日～20日に開かれた全国衛生と健康大会で習近平は「全国民の健康を最優先し、全面的な健康がなければ小康社会も語れない。」[79]などと発言した。その後26日に、中共・国務院によって「健康中国2030計画綱要」[80]が発表された。当該綱要は、「健康最優先、協力・共有、全国民の健康」を基本方針とし、医療サービス、食品安全、スポーツ産業、医療保険、シルバーサービス産業、環境保護といった幅広い分

---

[77] 趙麗＝陳暁彤＝劉爽＝孫宝志「我国医患関係緊張現状及深階原因剖析」現代医院管理11巻１期（2013年）72頁参照。

[78] 「『整形しないなら、出勤するな！』ママに整形を強要された挙げ句、大失敗！中国19歳ホステスの悲劇」（2016年８月18日）〔https://www.excite.co.jp/news/article/Cyzo_201608_19_10/?period=1〕（最終閲覧：2023年５月18日）。

[79] 「全国衛生與健康大会19日至20日在京召開」（2016年８月20日）〔中央人民政府ウエブサイト：http://www.gov.cn/xinwen/2016-08/20/content_5101024.htm〕（最終閲覧：2023年５月20日）。

[80] 中共中央国務院「“健康中国2030”規劃綱要」（2016年10月25日）〔中央人民政府ウエブサイト：http://www.gov.cn/zhengce/2016-10/25/content_5124174.htm〕（最終閲覧：2023年６月20日）。

野に渡っており、全国的な健康システムの構築や、健康的な生活方式の普及、健康水準を先進国と同レベルにするといった目標を打ち出している。つまり、医療を経済発展の主要産業とし、健康の促進が国家戦略と位置付けられている。

このような状況を背景として、2017年３月27に最高人民法院は「中国共産党第19回全国代表大会の精神と習近平による健康中国の重要論述を貫徹するため、健康中国の戦略的」[81]と述べ、「医療損害責任紛争事件を正確に審理し、法に基づき当事者の合法的な権利利益を保護し、医師と患者の調和のとれた関係の構築を推進し、衛生と健康事業の発展を促進するため、不法行為責任法と民事訴訟法などの法律に基づき、裁判実務と結びつけて、本解釈を制定した。」[82]を目的として、「医療損害責任紛争事件の審理における法律適用の若干の問題に関する解釈」[83]（以下では、「医療損害責任訴訟に関する司法解釈」という）を公布し、同年12月14日より施行された。懲罰賠償が規定されたのは23条であり、その内容は、以下の通りである。

23条[84]

医療製品の製造者・販売者が医療製品に欠陥の存在を明らかに知りながら製造・販売を継続し、患者を死亡させ、或いは健康に重大な損害をもたらした場合、被権利侵害者は、製造者・販売者に対し

[81] 陳龍業「医療損害責任承担法律適用規則的完善和発展―対《最高人民法院関於審理医療損害責任糾紛案件適用法律若干問題的解釈》第18条、第20条、第23条的解読」法律適用３期（2018年）50頁参照。

[82] 楊立新「最高人民法院関於審理医療損害責任糾紛案件司法解釈理解理解運用與案例解読」（中国法制出版社、2018年）１～２頁参照。

[83] 2017年12月14日に、「最高人民法院関於審理医療損害責任糾紛案件適用法律若干問題的解釈（法釈〔2017〕20号）」が公布された。これに関して、宇田川幸則＝張瑞輝「中国における医療損害責任に関する司法解釈」法政論集278号（2018）263～277頁参照。

[84] 中国語原文：〔第23条　医疗产品的生产者、销售者明知医疗产品存在缺陷仍然生产、销售，造成患者死亡或者健康严重损害，被侵权人请求生产者、销售者赔偿损失及二倍以下惩罚性赔偿的，人民法院应予支持。〕

て損失賠償および２倍以下の懲罰賠償を請求するときは、人民法院はそれを支持しなければならない。

（２）近時の議論状況

最高人民法院研究室民事処副処長の陳龍業は、医療損害責任訴訟に関する司法解釈23条は懲罰機能であると述べたうえに、不法行為責任法47条は製造物責任に関する「相応の懲罰賠償」を定めている。医療製品は製造物であり、民衆の健康・福祉と密接に関連している。医療製造物責任に懲罰賠償が適用されることは、法理論の問題が生じないだけでなく、医療領域における医療製品取引の混乱、偽医療製品の製造・販売の問題拡大に対して重要な意義があると解説している[85]。

この解説によれば、不法行為責任法47条は、懲罰賠償額の算定方法や賠償額の範囲について規定しなかった。そこで、医療損害責任訴訟に関する司法解釈23条は、欠陥医療製品によって患者に死亡または健康に重大な損害を生じさせた場合、被害者が製造者・販売者に対して、損失賠償および２倍以下の懲罰賠償を請求することができると規定しているのである。要するに、同条は不法行為責任法47条を踏襲したうえに、欠陥医療製品の製造・販売を継続した場合に懲罰賠償が適用されると明文化し、損害を被った患者は製造者・販売者に対して損失賠償と２倍以下の懲罰賠償を請求することを可能にしている条項だといえる。

第６節　薬品管理法（2019年12月１日）

（１）制定背景

薬品管理法は2001年２月に制定された。ところが、2007年に元国家食品薬品監督管理局局長は700万元（約1.1億円）を収賄し、さらに薬品審査基準を改ざんし数種類の偽造薬品を許可したため、投与された患者が腎不全を起こさせた事件が起きた[86]。

---

[85] 陳龍業・前掲注（81）50頁参照。

[86]「中国共産党の反腐敗運動　鄭篠萸元食品薬品管理局長、死刑執行」（北京週報、2007年７月10日）〔http://japanese.beijingreview.com.cn/zt/txt/2007-07/11/content_79082.htm〕（最終閲覧：2023年２月10日）。

このように、急速に偽造薬品が社会問題化していることに対応するために、一方で、2014年に最高人民法院は「食品薬品紛争事件の審理における法律適用の若干の問題に関する規定」（以下では、「食品薬品に関する規定」という。）を公布した。しかしながら、当該規定は「食品薬品」と称しているが、15条[87]に欠陥食品に関する懲罰賠償を定めただけで、欠陥薬品について規定しなかった。他方では、薬品管理法は2013年12月、2015年４月[88]にわたって二回の法改正を行ったのであった。

そして、第３回目の薬品管理法改正は2018年９月に開始され、立法者の国家薬品監督管理局[89]が国務院に「薬品管理法改正案（草案送審稿）」を提出した。同改正案は2019年８月26日第13回全人大常務委員会第12回会議で採択され、2019年12月１日より施行されたのである。

第３回法改正について、以下のような経済政策および世間を揺るがした事件が背景となったと考えられる。

経済政策について、2015年より国務院はIoT、AIなど次世代情報技術と製造業を融合させることで、「製造大国」から「製造強国」へ転換することをスローガンとした経済政策「中国製造2025規画」[90]を打ち出し

---

[87] 15条は、「食品安全基準に適合しない食品を製造し、又は食品安全基準に適合しない食品であることを明らかに知りながら販売を継続した場合、消費者は製造者・販売者に対して損失賠償を請求するほか、食品価格の10倍賠償金を主張し、或いは法律規定するその他の賠償基準に基づいて賠償金を請求するときは、人民法院はそれを支持しなければならない。」と規定する。

[88] 2015年に薬品の監督管理体制には巨大なうねりが巻き起った。承認審査制度に関して、非常に重要な新政策が相次いで発表されました。すなわち、国務院が2015年８月18日に発表した「薬品・医療機器の承認審査制度の改革に関する意見」（国発（2015）44号）、およびCFDAが公布した「薬品の承認申請の滞貨問題を速やかに解決する為の政策意見の徴取についての公告」（2015年第140号通達）が公布された。

[89] なお、2018年４月以降の中国の国家組織再編により、「国家食品薬品監督管理局」が、「国家食品監督管理局」および「国家薬品監督管理局」に分けられることになった。薬品・医療機器に関する監督当局は「国家薬品監督管理局」である。

[90] 「国務院関於印発《中国製造2025》的通知（国発〔2015〕28号）」（2015年５月19日）〔中央人民政府ウエブサイト：http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-05/19/content_9784.htm〕（最終閲覧：2023年６月１日）。

た。同規画は、バイオ医薬などを国家戦略上の重点分野として位置づけている。そして、具体的には、バイオ医薬と高性能医療器械の研究開発を進め、国際協力を強化し、重点産業の国際的な配置を推進し、企業の国際競争力を向上させる。また、バイオ医薬などのハイエンド製造分野に外資を導入し、海外の企業や研究機関が中国にグローバル研究開発機関を設立することへの奨励などを表明した[91]。

大きな出来事としては、2018年に中国の製薬業界では偽造薬品、粗悪薬品およびネットの普及でジェネリック薬品の流通の摘発事件が相次いだということである。特に問題となったのは次のような事件である。すなわち、同年７月に国家食品薬品監督管理局は、吉林省にある長春長生生物科技有限会社が25万本の狂犬病ワクチン（以下では、欠陥ワクチンという。）の製造過程で記録偽造など重大な違法行為が存在したことを発表したとともに、同社に対して当該狂犬病ワクチンの製造停止および廃棄処分を命じた。それにもかかわらず、欠陥ワクチンが山東省政府傘下の疾病予防センターを通じて同省内に流通し、21万人以上の児童に接種されたのである[92]。当該事件は、2008年毒ミルク事件以来最も被害者数の多い悲惨な出来事である。

この欠陥ワクチン問題で中国世論が沸騰したため、中央政府の空気は張り詰めていた。そこで、習近平は、「薬物の安全性を確保することは、各級の共産党委員会と政府の避けられない責任であり、常に人民の健康を最優先しなければならない。ワクチン管理システムを完備し、人民の重大な利益を保障し、社会の平穏と大局的安定性を保つ、薬物の安全性を確保することは、あらゆるレベルの党委員会と政府の避けられない責任である。そのため、薬品安全管理監督を切実に強化すべき」であるこ

---

[91] 許安標「《薬品管理法》修改的精神要義、創新與発展」行政法学研究１期（2020年）３～16頁参照。

[92] 2018年７月19日、長春長生生物科技有限会社は「吉林省食品薬品監督管理局による86万元（約1420万円）の違法所得を没収されると同時に、違法生産薬品価格の３倍罰金258万元（約4260万元）を科せられた」と発表した。鄒海林「中国を揺るがした欠陥ワクチン事件の全貌　言論統制と放置される被害者たち」日経ビジネス（2018年８月３日）。〔https://business.nikkei.com/atcl/opinion/15/101059/080100168/〕（最終閲覧：2023年５月１日）。

となどを強調したうえに、「たとえいかなる企業または人に関係しようとも、容赦なく厳罰に処分し、絶対に容認しない」[93]などを指示し、相次いで徹底調査を緊急に命じた。

このような経緯および経済政策を受けて、薬品管理法改正作業が着々と進められ、法改正開始からわずか一年で採択されるに至った。薬品管理法は、「薬品管理の強化、薬品品質の確保、国民の薬品安全使用および合法的な権利利益の保障、国民健康の保護・促進」を目的として掲げている。薬品業の急速な発展の現実的な需要に合わせて、同法144条３項に偽薬品・粗悪薬品の製造・販売における懲罰賠償が設けられたとされている[94]。その規定は、以下の通りである。

144条３項[95]

偽造薬品、粗悪薬品を製造し、或いは偽造薬品、粗悪薬品であることを明らかに知りながら販売・使用を継続した場合、被害者又はその近親者が損失賠償を請求するほか、薬品価格の10倍賠償或いは損失の３倍賠償金を請求することもできる。増額賠償金が1000元に満たない場合は1000元とする。

（２）制度機能をめぐる議論状況

管見の限り、薬品管理法144条３項は懲罰賠償であると論じる論稿は少数にとどまっている。その一つとして、全人大委員会副委員副主任の許安標は、「今回の法改正目的は、薬品管理制度を完備すると同時に、厳格な懲罰を堅持することによって抑止効果が期待され、法的責任を厳しく設定し、力を入れて違法コストを高め、それによって最も厳しい処

[93]「習近平対吉林長春長生生物疫苗案件作出重要指示」（2018年７月23日）〔新華ウエブサイト：http://www.xinhuanet.com/politics/2018-07/23/c_1123166080.htm〕（最終閲覧：2023年５月12日）。

[94] 現行薬品管理法は、薬品市販承認取得者（MAH）制度をも確立した（薬品管理法30条）。

[95] 中国語原文：〔第144条３項　生产假药、劣药或者明知是假药、劣药仍然销售、使用的，受害人追偿或者其近亲属除请求赔偿损失外，还可以请求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元的，为一千元〕

罰が反映されるものである。法律の権威は罰には罰を、罰として違法者を逃してはならないということにある。具体的に、四つの厳格な罰を表している。そのうちの一つは、懲罰賠償を実行し、民事責任における不法行為を懲罰することである。一般的に言えば、民事法における損害賠償責任は損害填補原則である。しかし法律の規定がある場合に、特殊な不法行為にも懲罰賠償が適用され得る。」と述べ、薬品管理法144条３項は民事責任における懲罰賠償であると説明している。

第７節　民法典（2021年１月１日）

（１）制定背景

民法典（以下では、「民法」という。）にかかわってこれまで数回にわたって行われてきた作業は第１回目の起草作業から60年間余が続いたが、ようやく2020年５月28日に第13回全人大第３回会議で可決され、2021年１月１日より施行された[96]。

なお、民法総則179条が変更されずに民法179条（民法第１編総則第８章民事責任）となり、不法行為責任法47条が部分的改正され、民法1207条（民法第７編不法行為責任第４章の製造物責任）となった。そのうえに、民法不法行為責任編に知的財産権侵害の1185条（民法第７編不法行為責任第２章の損害賠償）と環境の汚染・生態の破壊の1232条（民法第７編不法行為責任第７章の環境汚染と生態破壊責任）における懲罰賠償が新設された。これらの条文の共通点は、具体的な懲罰賠償額の算定方法を規定しなかったことである。それぞれの規定は、以下の通りである。

1185条[97]

故意に他人の知的財産権を侵害し、情状が重大な場合、被権利侵害者は相応の懲罰賠償を請求する権利を有する。

[96] 民法の施行に伴い、不法行為責任法、民法総則、民法通則、担保法、契約法、物権法、婚姻法、相続法、養子縁組法が廃止となった。江涛「中国民法の制定に関する一考察」千葉大学人文社会科学研究16号（2008年）120～137頁参照。

[97] 中国語原文：〔第1185条 故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。〕

1207条[98]

製品の欠陥の存在を明らかに知りながら製造・販売を継続し、或いは前条に基づいて有効な救済措置を講じなかったため、他人を死亡させ、または健康に重大な損害をもたらした場合、被権利侵害者は相応の懲罰賠償を請求する権利を有する。

1232条[99]

不法行為者が法律規定に違反して故意に環境を汚染し、生態を破壊し、重大な結果をもたらした場合、被権利侵害者は、相応の懲罰賠償を請求する権利を有する。

次に、条文内容が変更されなかった民法179条をここでは繰り返し検討することを除き、民法の制定に対する代表的な学者の評価を概観した後、三つの条文を個々に見ていく。

（２）代表的な学者の所見

民法の懲罰賠償の制定意義について、民法立法参加者の一人である王利明[100]は、全人大では「中共第19期中央委員会第４回全体会議では懲罰賠償を導入しようと強調された。このことは、違法行為に対する懲罰が民事法によって強化されえるのであれば、刑事と行政による懲罰の手段を可能な限り制限することを試みるべきであると意味している。それと同時に、民法上の懲罰賠償を採用することは、効果的なインセンティブ・

[98] 中国語原文：〔第1207条　明知产品存在缺陷仍然生产、销售，或者没有依据前规定采取有效补救措施，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。〕

[99] 中国語原文：〔第1232条　侵权人违反法律规定故意污染环境、破坏生态造成严重后果的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。〕

[100] 現在は中国人民大学常務副学長、中国法学会副会長、民法学会会長に務めており、かつて全人代財経委員会委員、全人代法律委員会委員を歴任し、経済契約法、契約法、特許法、製品品質法、物権法など多数の重要法律の起草・改正に携わってきた者である。

メカニズムおよび巨大な社会的監視力を形成することのみならず、リアルタイムの監視さえもできるようになる。これは行政による法執行の不足を効果的に補充することができる。」[101]などと述べていた。また、「民法の法典化とは、すなわち体系化である。民法制定の最も重要な意義は、民事法を体系化、系統化し、単行法間の相互矛盾を解消することである。法典化することのもう１つの優位性は情報の集中化である。今後、人民法院は民法さえあれば、民事裁判における主たる法的根拠を容易に見つけられるようになる。民法は時代、社会、市場経済の需要に応じて起草されたものであり、今日、このタイミングでの制定がまさに時宜にかなっている」[102]と評価している。

さて、このような王利明の見解の背景には、以下のような法認識があったと考えられる。それは、社会という共同体への「違法行為」、すなわち犯罪とは、共同体の社会全体の関係において、共同体として考えられた巨大な社会ための、公的諸権利および諸義務に違反することおよび侵害することである、という法認識であろう。彼の見解に見られるように、この時期の中国には、共同体との関係での犯罪と個人との関係での不法行為を法的に区別する発想が完全に棚上げされた状況となった。また、民法における懲罰賠償を「武器」として、行政による法執行の不足を補充し、さらに社会全体を監視する野心という意欲があふれている。つまり、懲罰としての懲罰賠償を民法に盛り込んだことに、体系上の問題があるとは特に意識する必要がなくなり、現に政治的、市場経済の需要と社会問題に対応でき、人民法院にだけ向けられているのではなく社会に対する行為規範的な機能が期待されているのである。

しかしながら、王利明の見解は、民法における懲罰賠償が裁判運用では、利用されやすく、また違法行為ないし不法行為に対して懲罰的効果があるかどうかという点に関する考慮がどの程度なされているのか疑念

---

[101] 王利明「発揮民法在国家治理現代化進程中的保障作用」(2020年１月16日)〔中国人大ウエブサイト：http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202001/106b6a0c0d1d4a0588e092ca4f2be674.shtml〕(最終閲覧：2023年４月20日)。

[102] 王利明『中国民法釈評　総則編』(中国人民大学出版社、2020年) ５～10頁参照。

が生じうる。要するに、民法における懲罰賠償の機能は、違法行為者ないし不法行為者を罰することであるため、これの者の主観的意図（例えば、害意、無思慮、意図的な無視、危険の度外視など）が重視されており、懲罰賠償の認定および賠償額の算定の重要な要素となる。人民法院は、主観的要件に関して、どのような考慮要素がなされるべきか。また、当該制度の懲罰機能を実現するために、違法者にどのぐらいの賠償金を付与すれば違法行為ないし不法行為を抑止することができるのか。いうことである。

（３）民法1185条

民法1185条は、故意に知的財産権を侵害し、情状が重大になった場合、被権利侵害者は権利侵害者に対して相応の懲罰賠償を請求することができるものである。

（ｉ）制度の導入意図

商標法などがすでに懲罰賠償を規定したものの、何故民法は知的財産権侵害における懲罰賠償を一般条項として規定したのか。これに対して、王利明は次のように説明する。すなわち、当該制度を民法に導入する理由について、無形の知的財産権が侵害された場合、実際の損害を確定することが困難であるのみならず、一度侵害されると原状回復することができないため、懲罰賠償を通じて被害者を救済し、侵害者を懲罰すべきである。また、イノベーション促進という観点から、特許権利用者にライセンス契約による知的財産権を利用することを興すことができる、と説明している[103]。

また、最高人民法院と民法立法参加者の鄒海林と朱広新は、以下のように王利明の説明を補足している。すなわち、同条の制定意図は、知的財産権侵害領域における懲罰賠償の一般条項とし、その適用要件を明確にするためである。要するに、一般条項とする同条は、知的財産権に関する各特別法に散在している懲罰賠償を統括として、上位法令と一般法

[103] 王利明「論我国民法中侵害知識産権懲罰性賠償的規則」政治與法律８期（2019年）95頁参照。

の役割を有しているのである[104]。

さらに、もう一人の民法立法参加者張新宝は、上記した両見解を踏まえたうえで、民法1185条の制定は、知的財産権保護を強化する決心を宣言したもので、それと関連する法の改正に方向性を示したのである。また、同条は適用対象と範囲および適用の主観的要件などを明確に定めたため、裁判運用での「指導性規範」になると指摘している[105]。

以上のように、民法1185の制定は、商標法、特許法、著作権法における懲罰賠償より細かく規定するために、一般条項としての法的根拠を設けたのである。要するに、各特別法における懲罰賠償の適用要件が異なるため、民法1185条の適用要件に従うと統一されたのである、という見解である。

（ⅱ）制度の機能

「法律の執行」（法の実現）の機能もあると解する見解[106]が見られている。「法律の執行」機能のここでの意味は、制度によって誘引された被権利侵害者が「私的検察官」の身分で侵害者に対して追訴を行うことである。これは、法の実現、そして法秩序の維持という結果につながる、という見解である。

この見解は、懲罰賠償が法律の執行機能をも有していると解しているが、前述した奨励機能の見解と類似していると理解される。なぜならば、原告に対する懲罰賠償の機能としては、訴訟を提起し勝訴判決を得ることが割に合うという訴訟費用上のインセンティブを原告に与える点が同様である。もっとも、懲罰賠償は、原告による訴訟の提起が大前提であるため、より多い金銭的賠償な形で原告を訴訟提起へ誘引することによって「法律の執行」が実現される。この場合、公権力による懲罰の発

[104] 最高人民法院民法貫徹実施工作領導小組『中華人民共和国民法侵権責任編理解與適用』（人民法院出版社、2020年）197頁、鄒海林＝朱広新『民法評注侵権責任編１』（中国法制出版社、2020年）241頁参照。

[105] 張新宝『中国民法釈評　侵権責任編』（中国人民大学出版社、2020年）141～147頁参照。

[106] 鄒海林ほか・前掲注（104）242頁参照。

動を促すことが私人の原告は加害者の責任を追及する役割を自ら担うこととなり、原告が重要な役割を果たしている。ゆえに、「法律の執行」のための有力な手段として位置付けられているのである。

（４）民法1207条

民法1207条は、欠陥製造物を製造または販売を継続した場合に、被害者は加害者に対して、懲罰賠償を請求することができるというものである。同条は、廃止された不法行為責任法47条に由来している。というのは、民法不法行為責任編草案の第１次審議稿982条では、不法行為責任法47条を変更せずにそのまま抄録して規定した。ところが、第２次審議稿982条では、「或いは前条に基づいて救済措置を講じなかった」という文言が増設された。そして、第３次審議稿1207条は第２次審議稿982条を採用したうえに、「有効な」を追加した。つまり、民法1207条は不法行為責任法47条に加えて「或いは前条に基づいて有効な救済措置を講じなかった」を追加した。

つまり、民法1207条は、懲罰賠償の適用要件として、不法行為責任法47条の「製品の欠陥の存在を明らかに知りながら製造・販売を継続した」ことに、「或いは前条に基づいて有効な救済措置を講じなかった」こと、という客観的行為の存在も付け加えたのである。

（５）民法1232条

（ｉ）制定の背景

中国で環境問題を専門に扱った最初の法律は1979年９月13日に制定した「環境保護法（試行）」とするのが一般的であり、環境保護の専門法と位置付けられている。しかし、そもそも1978年憲法11条には「国家が環境と自然資源の保護を行い、汚染と公害を防止する」との規定が盛り込まれていた。結局、1989年12月26日に正式の法律「環境保護法」が制定された[107]。

その後、改革開放政策と市場経済体制の導入に伴って急速な高度経済

[107] 片岡直樹「第13章　環境法」・高見澤磨＝鈴木賢『要説　中国法』（東京大学出版会、2017年）311～326頁参照。

成長を続け、現在、急成長のひずみの一つである環境侵害問題が無視できなくなっている[108]。具体的には、工業の水質汚濁や大気汚染、廃棄物問題などといった公害が深刻化したとともに、廃棄物の海洋投棄や過度の森林伐採などによる自然生態系の破壊による自然災害なども引き起こされ、環境汚染と生態の破壊問題が経済成長の足を引っ張りかねない状況が生まれつつある[109]。

こうした中で、2012年11月８日に開催された中共第18期全国代表大会の報告会では、「海洋強国を建設する」や、「生態文明建設を積極的に推進する」[110]ことなどの政策が打ち出された。これを受けて、2014年に環境保護法が改正され、同法64条に「環境を汚染し、生態を破壊することによって損害をもたらした場合には、不法行為責任法の規定に基づき不法行為責任を負わなければならない。」という条文内容が増設された。しかし、環境保護法ないし環境保護法64条は生態破壊が発生した場合、どのような損害賠償を求め得るのかについて明確に規定されなかった。他方で、不法行為責任法における環境汚染責任が四つの条文（65条～68条）から構成されているが、そこにも触れなかった[111]。

そこで、中共と国務院は、2015年12月に「生態環境における損害賠償制度に関する改革試点方案」[112]を配布し、それを実行するために、2017年に配布した「生態環境における損害賠償制度に関する改革方案」[113]で

---

[108] 高利紅＝余耀軍「環境民事侵権適用懲罰性賠償原則之探究」法学２期（2003年）107頁参照。

[109] 申進忠「懲罰性賠償在我国環境侵権中的適用」天津法学３期（2020年）42頁参照。

[110] 新華社「胡錦濤在中国共産党第十八次全国代表大会上的報告」（2012年11月17日）〔新華網ウエブサイト：http://www.xinhuanet.com//18cpcnc/2012-11/17/c_113711665_9.htm〕（最終閲覧：2023年３月15日）。

[111] 陳現傑『中華人民共和国侵権責任法条文精義與案例解析』（中国法制出版社、2010年）325頁参照。ちなみに、旧不法行為責任法65条は、「環境を汚染することによって損害をもたらした場合に、汚染者が不法行為責任を負わなければならない。」と規定する。

[112] 「中国共産党中央辦公庁国務院辦公庁印発《生態環境損害賠償制度改革試点方案》（中辦発〔2015〕57号）」（2015年12月３日）

[113] 「中国共産党中央辦公庁国務院辦公庁印発《生態環境損害賠償制度改革方案》」

は、生態環境における損害賠償制度の原則を完備するようと明確に指示した。

このような政策方針を受けて、まず2017年民法総則では「緑色原則」[114]が基本原則として確立され、後に民法典不法行為責任編草案の第１次審議稿1008条は、環境保護法64条と不法行為責任法65条を踏まえたうえに、故意に生態環境を侵害した場合には懲罰賠償を請求することができる内容を増設した。すなわち、同条は「不法行為者が故意に国家規定に違反して、生態環境を侵害し、重大な結果をもたらした場合、被権利侵害者は相応の懲罰賠償を請求する権利を有する。」（以下では、第１次審議稿1008条という。）と規定したのである。

そして、民法不法行為責任編草案の第２次審議稿1008条と第３次審議稿1232条は、第１次審議稿1008条に規定された「国家規定」を「法律規定」に、「生態環境を侵害し」を「環境を汚染し、生態を破壊し」に変更した。変更された内容は、民法1232条である。

（ⅱ）民法1232条をめぐる議論状況

民法第７編不法行為責任の第７章は、環境保護法64条と不法行為責任法65条で言及されなかった生態破壊を補充として、環境汚染と生態破壊責任（民法第７編不法行為責任第７章のタイトル）を確立した。

学説では、民法1232条は環境汚染と生態破壊責任における懲罰賠償を導入したことを評価しているが、一方で、以下のような論点が提示されている。簡単に見ていこう。

（ⅱ－ⅰ）生態破壊責任を排除すべきとする見解

民法編纂作業のさなかに、楊立新は、民法（民法不法行為責任編草案の第１次審議稿1008条）が生態破壊責任を設けるべきではないと批判していた。すなわち、民法がこれまでの環境汚染責任（不法行為責任法65条）から生態破壊責任まで拡大したことは、民法1004条[115]との本質的な違い

（2017年12月17日）

[114] 旧民法総則９条は「民事主体は民事活動を行うさいに、資源の節約・生態環境の保護に資する義務を負わなければならない。」と規定する。

[115] 民法1004条は「自然人は健康権を享有し、自己の身体・精神の健康は法律

がある。というのは、民法[116]は、特定とした自然人、法人と非法人組織の権利と利益を保護するものである。その保護範囲には、特定とした自然人、法人、非法人組織の個々に属する権利と利益が侵害された財産的と非財産的損害に限定されている。このことから、民法の性質は私的権利と「私益」に限定されている。これに対して、生態環境の損害とは、生態環境を取巻く個人、生物および社会全体などにかかわる公共財としての利益に対する損害である。例えば、土地の利用の場合に、生態環境の利用を公的に帰し、それによる利益を公共の手に吐き出させることである。この公共財の損害に対して、行政機関による公的管理や救済の対象として、責任が果たされることが求められる。それゆえに、生態破壊責任は公的性質を有して、「公益」に属している。したがって、民法1232条は、被権利侵害者が不法行為者に対して生態破壊責任における懲罰賠償を請求できることとしているため、公共機関による保護・救済の責任を私人である被権利侵害者に転嫁したこととなる。このような責任拡大は、民法の性質と相容れない関係に陥れることとなるため、同条の「生態破壊責任」を削除すべきである[117]、と批判したのである。

この批判に対して、王利明は以下のように返答した。すなわち、民法はその問題にも考慮しながら、「私益」と「公益」の保護領域を区別して、環境汚染と生態破壊に対してそれぞれの条文を置いている。すなわち、民法1229条から1233条までは「私益」領域の不法行為責任に関する規定であり、民法1234条から1235条までは「公益」領域の不法行為責任に関する規定である[118]、と返答している。

による保護を受ける権利を持つ。如何なる組織または個人も他人の健康権を侵害してはならない。」と規定する。

[116] 民法２条は「民法は平等な主体たる自然人・法人と非法人組織との間における人格・身分関係および財産関係を調整する。」、民法３条は「民事主体の人格権・身分権・財産権およびその他の合法的な権利利益は、法律による保護を受け、如何なる組織または個人もこれを侵害してはならない。」、民法４条は「民事主体の民事活動における法的地位は、一律に平等である。」と規定する。

[117] 張新宝「侵権責任編起草的主要問題検討」思想１期(2019年)133～144頁参照。

[118] 王利明は、生態破壊について、次のように解説している。すなわち、「生態破壊は、自然環境に対する損害をもたらしたことである。具体的に、環境を汚

（ⅱ－ⅱ）重過失を適用対象とすべき見解

楊立新は、民法1232条は故意に環境を汚染し、生態を破壊した場合に懲罰賠償が適用されうると規定しているが、重過失による場合の適用は排除している。このことは、裁判運用では、当該制度の適用が制限されることにつながり、不法行為者を懲罰するおよびより多くの被権利侵害者を救済する効果が期待できなくなるのである[119]、と指摘している。

彼の見解によれば、不法行為者に重過失があった場合でも、懲罰賠償を適用されるべきである。重過失とは、たとえ故意そのものではなくても、他人の生命や財産を無思慮かつ尊重しないような故意に近い著しい注意欠如の状態である。本来なら有害な結果となることを予見し得たはずなのである。そこでは、相当の注意をなすべきであるにもかかわらず、その注意を果たさなかったことによって環境汚染と生態破壊した有害な結果を生じさせた場合に、「故意」があることと同視すべきである。したがって、重過失による環境汚染と生態破壊した場合でも、民法1232条の適用対象とさせるべきである、というのが楊の主張である。

以上のように、生態破壊責任は公的性質を有するため、民法典に当該責任を導入すべきでないという反対意見があったが、立法に影響を与えなかった。これにより、民法典は、私人間の紛争解決だけを目的とする法ではなく、環境汚染と生態破壊が発生した場合、それを国家財産[120]に

染し、生態を破壊することにより大気、地表水、地下水、土壌などの環境要素および植物、動物、微生物などの生物要素の不利な変化を惹き起こすこと、これらの要素が構成する生態系統機能の退化を惹き起こすこと、並びに非合理的な森林と林地の開墾、濫伐、利用、および水産物の獲りすぎによる海の生態系を壊すことなどを意味する」ということである。王利明「《民法》中環境汚染和生態破壊責任的亮点」広東社会科学１期（2021年）216頁参照。

119 楊立新＝李怡雯「生態環境侵権懲罰性賠償責任之構建―《民法侵権責任編（草案二審稿）》第一千零八条的立法意義及完善」河南財経政法大学学報３期（2019年）15～24頁参照。

120 物権法46条は「鉱山、水流、海域が国家所有に属する」と規定し、同条48条は「森林、山地、草原、荒廃地、砂浜などの自然資源が国家の所有に属する。ただし、法律により集団所有に属すると規定する場合は、この限りではない。」と規定する。両規定は現行民法典において81条として定められた。

対する損害と捉え、民事主体である個人が民事訴訟を通じて汚染者に懲罰賠償を求めることを明確に定めたのである。

第８節　小括

本章で概観したように、2010年不法行為責任法における懲罰賠償が明文化されたことを契機として、それ以降、当該制度が適用範囲の量的な拡大と多様化が進められてきていた。

すなわち、①観光産業分野では、観光産業政策が打ち出されたことによって、悪質な旅行会社による激安ツアー中に強制買い物を拒否したツアー客を追い払う事件は続出し、それに対応するために「旅行費用の相当額以上３倍以下の賠償金」が旅行法に導入された。②消費者問題では、商品またはサービス、食品安全における被害が一向も減少傾向に見られない現状に対して、消費者法は不法行為責任法を参考に「損失の２倍以下の懲罰賠償」と明文化し、食品安全法は「食品の10倍賠償或いは損失の３倍賠償」という選択可能の文言を用いて法改正を行った。③医療製品と薬品分野では、欠陥医療製品による美容整形トラブル、欠陥ワクチンによる大規模の被害事件が発生し、これを対応するために、「２倍以下の懲罰賠償」が適用される医療損害責任に関する司法解釈が公布され、偽造医療品の場合に食品安全法と同様に選択できる「薬品価格の10倍賠償或いは損失の３倍賠償」が適用される薬品管理法が制定された。④環境汚染と生態破壊責任では、急速な高度経済成長に伴って、工業による水質汚濁や大気汚染などの公害および廃棄物による生態の破壊問題が経済成長の障害になるため、民法において、不法行為責任法47条の立法方式を継受し、環境汚染と生態破壊責任における「相応の懲罰賠償」の適用が拡大された。

次に、制度機能について、明確に懲罰・抑止としている。学説でも、これは主流となっている。しかしながら、近時において、当該制度の機能は法執行の不足を補充、社会監視、及び補償と奨励機能をも持つと解する見解が見られるようになった。また、法と経済学、行政学から、現行中国法における懲罰賠償の懲罰的機能の実効性について消極的な見解が見られる。

第６章　知的財産権法における懲罰賠償制度の拡充

前章まで、中国特有な政治・経済・社会を背景に、不法行為責任法が制定される前と後に分けて懲罰賠償の立法動向を概観してきた。本章では、これまでと全く異なって、アメリカからの重圧を受ける中に、懲罰賠償を導入することが求められるようになった政策性の有する知的財産権法領域に関する立法背景と議論状況を概観しよう。

さて、知的財産権法の個別の話に入る前に、知的財産権法における立法背景に関して概論を述べることにしよう。ところで､この事柄につき、本論文では、各個別法で共通している「最大３倍賠償」条項の導入までをゴールと見て、そのプロセスを三段階に分けてみたい。なぜなら、中国の経済状況、政府文書および立法動向を鑑みると、そのような区分けをすることがもっとも明快な構図となるからである。

まず、初期は法整備の段階、次に法改正の段階である。そして、懲罰賠償の導入段階である。以下、知的財産権法制定における各段階の形成と発展の特徴を概観する。

（ｉ）法整備の段階（80年代～ 90年代）

初期の法整備段階において、改革開放政策の始動に転じた後に、鄧小平のアメリカ訪問により米中国交が正常化した1978年12月に遡ることができる。それ以来、両国の対立関係が徐々に緩和され、アメリカの対中通商政策が大きな転機を迎えた。中でも、1979年７月７日に、科学・文化・技術および貿易的協力における合意に基づき、アメリカにおける中国への最恵国待遇を盛り込んだ「貿易関係協定」が結ばれたことが重要である[121]。当該協定の趣旨は、法律・規則、または国際的な習慣に照らし合わせながら、互いの法人または自然人に、著作権、特許権、商標権およびその他の知的財産権の全面的な保護を与えることに合意するというものである。これによって、中国は国際社会に向けて、知的財産権法の全面的な整備を起動すると宣言した[122]。

[121] 孔祥俊「我国知識産権保護的反思與展望―基於制度和理念的若干思考」知識産権９期（2018年）36～48頁参照。

こうして中国は1980年代になって経済発展を優先するようになったが、米中貿易が発展し続けるにつれて、アメリカから知的財産権制度や特許など技術防衛に対する法的保護の要請を受けるようになった[123]。それから、自国経済の発展並びにアメリカとの貿易関係の発展という諸状況のもとで、アメリカの規制の標準化ないしルール作り要請に早急に応ずるために、「知識経済」に力を入れて、知的財産権に関する法整備を行った。というのも、1980年に国務院は国家特許局を設立し、同年６月に世界知的所有権機関（WIPO）に加盟した後に、商標法（1983年）[124]の制定を皮切りに、特許法（1985年）[125]、著作権法（1991年）[126]、不正競争防止法（1993年）[127]および種子法（2000年）[128]という順次の立法が相次いで

---

[122] 劉春田「新中国知識産権法学学科的開拓者」法学家４期（2010年）77～83頁参照。

[123] 劉春田・前掲注（122）79頁参照。

[124] 林南＝張祖永＝董葆霖『中華人民共和国商標法釈義』（法律出版社、1982年）１頁参照。

[125] 中国語では「専利法」と言われ、「発明」、「実用新案」、「意匠」が含まれる。本論文では、「専利法」を「特許法」と称する。特許法は、1985年４月１日に制定された。

[126] 著作権法の制定をめぐる背景について、以下のような実情があった。すなわち、1979年１月31日に、鄧小平元国務院副総理が政府の代表団としてアメリカを訪問したとき、政府間の「米中科学技術共同協定」〔中华人民共和国政府和美利坚合众国政府科学技术合作协定〕の交渉中にアメリカより著作権について問題提起がなされたのである。同年４月に、国家出版局は、著作権法の起草および万国著作権条約への加盟について国務院に提唱し、これにより著作権法の起草が開始された。そして十数年が経過し、ついに1990年９月７日の第７期全人大常務委員会第15回会議で著作権法が通過し、第９期全人大常務委員会第24回会議で「著作権法の改正に関する決定」が採択され、1991年６月１日に施行された。劉春田・前掲注（122）78頁、国家版権局「関於《中華人民共和国著作権法》（修改草案）的簡要説明（2012年３月）」・何勤華＝李秀清＝陳頤『新中国民法草案総覧（増訂本）』（北京大学出版社、2017年）2362頁参照。

[127] 中国語は「反不正当競争法」である。本論文では、「反不正当競争法」を「不正競争防止法」と称する。王瑞賀『中華人民共和国反不正当競争法釈義』（法律出版社、2018年）４頁参照。

[128] 種子法は日本の「種苗法」と対応する。劉振偉＝余欣栄＝張建龍『中華人民

行われた。

（ⅱ）法改正の段階（90年代～ 2000年代初頭）

1985年３月に「パリ条約（特許、商標関連）」、1989年１月に「マドリード協定（商標）」へも加盟し、それによって、アメリカに留まらず諸国から知的財産権の保護に対する要請を受けるようになった。

それにくわえて、2001年の WTO 加盟に向けて、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS）の遵守をするために、国内法制度の調整を必要とする要請も生じた。そこには、知的財産権を保護し、投資環境を改善することで、外資企業を中国へ誘致することが狙いとしてあった。そこで、商標法[129]、種子法[130]、特許法[131]、著作権法[132]および不正競争防

共和国種子法導読』（中国法制出版社、2016年）７頁参照。

[129] 第１回目の商標法改正は第７期全人大常務委員会第30次会議で「関於修改《中華人民共和国商標法》的決定第一次修正」が採択され、1993年２月22日に改正商標法が施行されたのである。林南ほか・前掲注（124）１頁参照。第２回目の商標法改正として、第9回全人大常務委員会第24次会議で「関於修改《中華人民共和国商標法》的決定第二次修正」が採択され、2001年10月27日に改正商標法が施行された。卞耀武主編『中華人民共和国商標法釈義』（法律出版社、2002年）176頁参照。

[130] そもそも、中国は2001年の WTO 加盟のために、1997年10月１日に植物品種保護に関して「植物新品種保護条例」を配布し、1999年４月23日に植物の新品種の保護に関する国際条約（UPOV 条約）に加盟した。これらの植物品種保護に関する条例と条約をもとに、2000年７月８日に種子法が制定されたその後、2004年と2013年に部分的改正が行われた。

[131] 特許法は1992年に第１回の法改正（1993年１月１日施行）、2000年（2001年７月１日施行）に第２回の法改正が行われた。さらに、2008年に第３回の法改正（2009年10月１日施行）が行われたが、ここまでにまだ懲罰賠償制度を導入しなかった。西村幸次郎『グローバル化のなかの現代中国法』（成文堂、2009年）147頁参照。

[132] 著作権法が1991年６月１日に制定された後、中国は1992年には「ベルヌ条約」、「万国著作権条約」、「ジュネーブ条約」に積極的に参加した。これらの条約に参加したことによって、経済の発展と伴って、従来の国内著作物と外国著作物の間に著作物保護水準の格差が生じるなどの問題を修正・補完する必要が生じるようになってきた。また、WTO の「貿易に関した知的財産権協定」に

止法[133]は法改正が行われた。ここまでの時点での法改正作業に対して評価を行うならば、まず、知的財産権に関して保護をせよというアメリカと各国の要請という側面が強いものであることが挙げられよう。また、本論文の観点から見落とすことができないのは、懲罰賠償は商標法にいまだ導入されていなかった、ということである。

（iii）懲罰賠償制度の導入段階（2006年～ 2017年）

WTO 加盟後、国内では、外資企業から中国企業の知的財産権に対する意識の低さ、対策の遅れ、偽物商品が横行していると指摘され、国内企業間における知的財産権をめぐる紛争事件が依然として多発していた[134]。こうした社会全体において、知的財産権侵害行為に対する懲罰が軽く、抑止効果に欠けていること、市場経済の秩序を乱し、国内企業の競争力と積極性を妨害したこと等に対する外資企業の批判が強まるようになった[135]。

他方では、国内には「知財強国」へ向きを変えて、それによって市場経済の要求と科学技術の振興に向けたさまざまの施策を講じるようになった。

合わせるために、2001年10月27日に初回の法改正が行われた。2007年４月10日に、アメリカ政府が知的財産権侵害を理由に中国政府を相手取り、WTO に提訴した事件が発生した。当該事件を契機として、中国はアメリカの知的財産権を巡る訴訟の対処するために、2010年２月26日に第２回目の法改正を行った。当該改正草案が第11期全人大常務委員会第13回会議で採択され、2010年４月１日に施行された。

133 不正競争防止法は、2014年２月28日から初回の改正が行われた。2017年11月４日に第12期全人大常務委員会第13回会議で不正競争防止法の初回の法改正案が採択され、2018年１月１日に施行された。王瑞賀・前掲注（127）112頁参照。

134 2006年11月には、アメリカが中国の海賊版などをめぐる知的財産権問題で WTO に提訴する旨を示した。これをきっかけに、日本、EU 諸国も提訴に加えるという検討もしていたが、最終的にはアメリカが中国の協議に応じて提訴が取り下げられた、という事件が発生したのである。和育東＝賀永勝「知識産権侵権引入懲罰性賠償的経済理性」北京化工大学学報３期（2012年）７頁参照。

135 朱丹『知識産権懲罰性賠償制度研究』（法律出版社、2016年）184頁参照。

まず、2006年３月に「第11次５ヶ年計画（2006年～2010年）」[136]（以下では、「2006年計画」という。）では、自主イノベーション能力[137]と核心的競争力の強化、および科学技術教育の発展を速めることを重要任務として発表されていた。これは、これまで進めてきた政策等を中国独自の科学技術開発力を強化する方向に一層舵を切り、いわば自国における産業競争力を図ることを意味するものである。

次に、国務院は2008年６月５日に「国家知識産権戦略綱要」[138]を公布した。同綱要では「特許権、商標権、著作権、商業秘密、植物新品種、特定分野の知的財産権、国防の知的財産権などの専門任務」が定められ、「知的財産権侵害行為を罰する法律或いは法規を改正し、司法による懲罰を強化すべき、権利者の権利主張意識と能力を高め、訴訟リスクを減らし、違法コストを引き上げ、不法行為を有効的に抑止すること」などといった具体的な法制度の規制政策が説明されていた。

さらに、2015年３月13日に、中共と国務院が連名で発表した「体制メカニズム改革深化とイノベーション駆動型発展戦略の実施加速に関する若干の意見」[139]では、知的財産権制度をイノベーションの推進するための基礎保障にさせること、損害賠償の基準を調整し、懲罰賠償の実施を

---

[136] 2006年３月５日から14日まで第10期全人大第４回の会議で、中国の今後５年間の社会および経済発展に最も影響力を及ぼすガイドライン「国家第11次国民経済および社会発展５ヶ年計画（2006年～2010年）」が可決された。全般としては、今後５年間、中国政府は「経済発展の安定」、「改革開放の推進」、「調和の取れた社会の構築」の原則を示し、①社会主義の新農村の構築、②経済構造の調整と成長パターンの転換の加速、③地方間のバランスのとれた発展の促進、④自主的創造革新能力の強化、⑤改革の深化と開放の拡大、⑥調和の取れた社会の実現、を重点的な取り組み課題である、と発表した。

[137] 外国から導入した先進技術を吸収したうえで中国企業が主体的に再創造革新する能力を高める必要がある。

[138] 2008年６月５日、国務院は「知的財産権の創造・活用・保護・管理の能力を向上させ、イノベーション型国家を構築し、知的財産権戦略を国の重要戦略とし、知的財産権対策を確実に強化する」旨の理念を掲げている。「国家知識産権戦略綱要」（国発〔2008〕18号）。

[139] 中国共産党中央委員会＝国務院「関於深化体制机制改革加速実施創新駆動発展戦略的若干意見」（中発〔2015〕８号）（2015年３月23日）。

探求することなどが明確に示されている。なお、同意見は中共と国務院が連名して初めて知的財産権保護領域に懲罰賠償の導入を求めたものである。

そして、早くも同年12月に、国務院は中国を2020年までにイノベーション主導型発展戦略の実施を徹底し、知的財産権分野の改革を推進し、「知財強国」（知的財産権強国）の建設を加速させるために、「新情勢下における知的財産強国の建設加速に関する国務院の若干の意見」[140]を発表した。同意見では、「知的財産権侵害行為に対する懲罰を強化し……知的財産権侵害の法定賠償額の上限を引き上げ、情状が重大な悪意による権利を侵害することに対して懲罰賠償を実施し、実際に発生した合理的な支出を侵害者に負担させる。」という具体的な法改正内容が明示されている。

そして、2017年３月９日、国務院が公布した「新形勢下における知的財産権侵害と模倣・粗悪商品の製造販売の取締強化に関する意見」[141]では、一定期間の権利侵害・模倣取締活動の目標、任務および措置を明確化された上に、効果的に懲罰賠償を実施するとの方向性が示されている。また、同年10月25日には、中共第19回代表大会では、習近平は、知的財産権の保護がイノベーションの保護であるという理念を確立し、科学技術イノベーションの法的環境を最適化する必要が出てきたと言明した。

こうした新たな政策目標を実施するために、立法者は、国家による知的財産権保護戦略を実施し、かつ社会発展の需要に応じて知的財産権関連法の改正を全面的かつ積極的に取り組むことにした。具体的に、「国務院の2017年の立法作業計画」[142]（以下では、「2017年立法計画」という。）

---

[140] 2015年10月26日から29日に開催された中国共産党５中全会では、重大なイノベーション分野について国家実験室を設置するほか、次世代情報通信、新エネルギー、新素材、航空・宇宙、バイオ医薬、スマート製造等の分野の核心技術におけるブレークスルーを加速するとし、科学技術の成果の資本化・産業化を促進し、知的財産権の保護を強化するとしている。国務院「関於新形勢下加快知識産権強国建設的若干的意見（国発〔2015〕71号）」（2015年12月22日）。

[141] 「国務院関於新形勢下加強打撃侵犯知識産権和製售仮冒偽劣商品工作的意見」（国発〔2017〕14号）（2017年３月９日）。

[142] 「国務院辦公庁関於印発国務院2017年立法工作計劃的通知（国辦発（2017）23

に基づいて、全人大常務委員会とともに、①国家知識権局による特許法、②元国家工商行政管理総局による不正競争防止法、③国家版権局による著作権法改正作業が行われる。そして、国務院だけでなく最高人民法院も、前記①②③および民法編纂作業に積極的に参加すべきである[143]。

以上のように、（ⅲ）の特徴は、（ⅰ）と（ⅱ）とは実質的に異なり、中国政府による知的財産権法の全領域に懲罰賠償の導入を積極的に強調・指示されていることだといえよう。つまり、既述した2006年計画が発表されてから2017年立法計画の公布までの間に、国策の「知財強国」を実現のため、知的財産保護に関するさまざまな政策・措置[144]を打ち出した。その結果、国務院が懲罰賠償の導入を推進していくこととなったのである。こうした知的財産権保護の重視は、大きな経済利益が生み出され、明らかに国力の増強による国際の競争力強化を意図としているものである、と理解することができる。

第１節　旧商標法（2014年５月１日）

知的財産権保護に関する最初の立法、および最初の懲罰賠償が導入されたのは商標法である。2014年、立法者である国家工商行政管理局は、「国内で多発した商標権侵害事件では訴訟提起にかかる費用や時間に関するコストの高額化によって権利者が訴訟放棄という現象を解決すること、および悪意による商標権侵害に対する懲罰を強化する」ことなどを法改正主旨として掲げて、第三回目の商標法改正が行われ、2014年５月

号）」（2017年３月20日）、当該通知では、2017年までに完成すべき特許法改正法案などの他に、全人大常務委員会による民法総則草案などの法律の審議に協力する作業も示されている。

143　国家知識産権局「二〇一七年中国知識産権保護状況」（2018年４月25日）国家知識産権局。

144　全人大は、国家知的財産権戦略政策を実施するために、2014年に「国家の創造イノベーションを実施し、発展戦略を促進し、知的財産権の司法保護を強化し、法により権利者の合法的権利利益を保護し、社会公共の利益を擁護すること」を目的として、「北京、上海、広州に知的財産権法院を設立することに関する決定」に基づいて、同年11月６日に北京市、12月16日に広州市、12月28日に上海市で知的財産権法院を開設した。

１日より施行されることとなった[145]（以下では、「14年商標法」という。）。同法が制定以来30年を経て初めて63条の１項（以下では、「63条１項」という。）に懲罰賠償を導入し、同条３項に従来の法定賠償額50万元以下（2001年商標法）を300万元以下（以下では、「法定賠償額」[146]という。）に引き上げた。その規定は、以下の通りである。

旧63条１項[147]

商標権侵害の賠償額は、商標権者が侵害により被った実際の損失に基づいて確定する。実際の損失を確定することが困難な場合に、侵害者が侵害により得た利益に基づいて確定することができる。商標権者の損失又は侵害者が得た利益を確定することが困難な場合に、当該商標のライセンス料の倍数を参照し、合理的に確定する。

[145] 第３回目の商標法改正過程について、まず国家工商行政管理総局は2003年に商標法改正を着手し、2004年から2008年までの間に「商標法改正草案（意見稿の募集）」を起草し、2009年11月18日に工商総局局務会の審議で通過した「商標法改正草案（送審稿）」が国務院に提出した。2011年９月１日、「商標法改正草案（意見稿の募集）」は国務院法制弁公室によって公表された。2012年12月24日「商標法改正草案」は初めて全人大常務委員会第30回会議に提出され、2013年８月30日の第12回全人大常務委員会第４次会議で「商標法の改正に関する決定」が採択され、2014年５月１日に改正された商標法が施行されたのである。郎勝『中華人民共和国商標法釈義』（法律出版社、2013年）143～189頁参照。

[146]「法定賠償」とは、商標権侵害に伴う損害賠償額（権利者の実際損失、侵害者の侵害による得た利益、登録商標のライセンス料）の立証は困難であるため、実際の侵害状況に鑑み、人民法院が裁量により300万元を超えない範囲内で損害賠償額を認定することができる制度である。損害賠償制度から独立した金銭的救済制度ではなく、損害賠償の代替的な制度である。王遷＝談天＝朱翔「知識産権侵権損害賠償：問題與反思」知識産権５期（2016年）34頁、蔣舸「知識産権法定賠償向伝統損害賠償方式的回帰」法商研究２期（2019年）182頁参照。

[147] 中国語原文：〔第63条１項　侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。〕

悪意に商標権を侵害することに対して、情状が重大な場合には、上述の確定方法に基づいて確定した金額の相当額以上３倍以下で賠償額を確定することができる。賠償額は、商標権者が権利侵害差止に支払った合理的な支出を含まなければならない。

（１）制度導入をめぐる議論状況

知的財産権法専門家の曹新明[148]は、知的財産権保護領域に懲罰賠償を導入することに賛成するが、制度由来に関して、国際的圧力ではなく中国社会の現実性に由縁していると強調している。彼の主張によると、近年では、社会・経済の急速な発展とともなって、知的財産権に関する紛争事件が急増傾向にある。また、知的財産権領域における侵害行為の低コスト化によって、訴訟コストに照らし合わせて訴訟による権利を保障することが困難になりがちである。それゆえに、このままでは個人・法人またはその他の団体による企業の投資およびイノベーションに対する積極性に悪影響をもたらし、企業ないし経済の発展に影響を与えるだろう。それを解決するために、わけても商標法改正にあたって、アメリカ特許法284条[149]の三倍賠償制度を参照に、知的財産権保護領域に懲罰賠償を導入したのである。曹のこのような見解が次第に多数説となる[150]。

また、知的財産権保護領域に懲罰賠償の導入を賛成する学者は、次のように述べている。すなわち、知的財産権権利者が自己の権利を充分にコントロールや保護することができず、その他の財産権に比べれば知的財産権が侵害されやすく、かつ権利者が自己の被った損失を証明することは困難である。また、経済が発展してきた近年では、知的財産権侵害紛争事件数が上昇し、知的財産権権利者の利益のみならず、社会におけ

---

148 曹新明「知識産権侵権懲罰性賠償責任探析――兼論我国知識産権領域三部法律的修訂」知識産権４期（2013年）３～９頁参照。

149 アメリカ特許法284条は、特許侵害における損害賠償について「裁判所は、認定または評価された損害賠償額を三倍まで増額することができる」（the court may increase the damages up to three times the amount found or assessed）と規定する。

150 孔祥俊「我国知識産権保護的反思與展望―基於制度和理念的若干思考」知識産権９期（2018年）36～48頁参照。

る投資イノベーションの積極性もが損なわれているという客観的事情が存在している。このような現状において、伝統的填補的損害賠償では知的財産権者の十分な保護にはならず、知的財産権法の立法目的を満たすことができない。したがって、懲罰賠償を導入し、知的財産権侵害者の違法コストを増加させ、被害者の損失をさらに補充することによって、知的財産権侵害行為に対して有効的な規制を行うべきである、とも説明されている[151]。

このような主張を背景として、2010年代に入ってから、段階的に様々な知的財産権関連法に関する法改正作業が進められた。特に、14年商標法に懲罰賠償が導入されたことは、その他の知的財産権保護領域への懲罰賠償の導入にとって貴重な立法経験となった。その後、種子法、特許法、著作権法および不正競争防止法も懲罰賠償の導入をめぐる大改正期を迎えたのである。消費者権利利益保護法学研究会会長の何山は、商標法における懲罰賠償の導入について、当該制度が知的財産権領域に拡大されたことによって、法人も取り締まれることを可能にしたと評価している[152]。

（2）制度機能をめぐる議論状況

（ⅰ）懲罰・抑止機能であるとする見解（多数説）[153]

学説では、63条１項における懲罰賠償の機能は懲罰・抑止であると解する説が多い。とりわけ、知的財産権法学者代表の一人である呉漢東は、63条１項における懲罰賠償または「加重的損害賠償制度」の機能について、以下のように述べている。

すなわち、「このような損害賠償制度の主たる機能は、一つ目は悪意

---

[151] 庄秀峰「保護知識産権応増設懲罰性賠償」法学雑誌23巻５期（2002年）58頁、温世揚ほか・前掲注（27）50～51頁、易建雄＝鄧宏光「応在知識産権領域引入懲罰性賠償」法律適用４期（2009年）92頁、羅莉「論懲罰性賠償在知識産権法中的引進及実施」法学４期（2014年）22頁、朱丹・前掲注（135）184頁参照。

[152] 李彦波『専利領域之懲罰性賠償制度研究』（中国政法大学出版社、2018年）108頁参照。

[153] 銭玉林＝駱福林「論我国知識産権法中的懲罰性賠償」法学雑誌４期（2009年）112頁、易建雄ほか・前掲注（151）95頁、羅莉・前掲注（151）30頁参照。

の不法行為を懲罰することであり、権利者が被った損害の状況を是正し、知的財産の創造と運用を維持することである。もう一つは、潜在的な侵害行為を抑止し、将来のさらなる侵害行為の発生を予防・阻止することである。要するに、懲罰賠償は、権利者の合理的な権利利益を補填または回復させる填補的機能が依然として存在するが、悪意の侵害行為を懲罰し、その侵害行為の再び発生することを抑止し、懲罰機能と予防機能を同時に持っているのである。また、知的財産権侵害における損害賠償の認定について、填補的損害賠償の主たる優先的地位を維持しつつ、填補的損害賠償から生じた不十分な部分を懲罰賠償によって補充することができる。ただし、人民法院は、懲罰賠償における適用要件、手続きおよび賠償額の算定方法などについて、予め明確に定めるべきである。すなわち、知的財産権侵害における損害賠償の裁判規範は、自由選択を基礎とする認定方法、市場価値を基礎とする完全的な賠償、権利分類を基礎とする損害の算定、填補的賠償を基礎とする賠償システム、といった原則と内容を含むべきである。」[154]と説明している。

（ⅱ）制度機能をめぐる近時の動向

このような商標法における懲罰賠償の機能は懲罰・抑止であるという多数説に対して、補償と奨励機能を持つと解する見解が生じた。

すなわち、多発した商標権侵害事件における訴訟提起の費用や時間に関するコストの高額化によって権利者が訴訟放棄してしまうという状況を解決するために、被害者の全損失に対する賠償の補償機能および訴訟提起者への奨励機能をも有している[155]。

この主張によれば、通常、奨励機能は、政府或いは関連する公共機関による奨励金を給付するものであり、懲罰賠償はこれとやや異なる。しかし、懲罰賠償においても、法院が加害者に対して賠償金の支払を強制

[154] 呉漢東「知識産権損害賠償的市場価値基礎與司法裁判規則」中外法学６期（2016年）1480～1494頁参照。

[155] 温世揚ほか・前掲注（27）50頁、銭玉文＝李安琪「論商標法中懲罰性賠償制度的適用―以《商標法》第63条以中心」知識産権９期（2016年）60頁、朱丹・前掲注（135）52～62頁参照。

することによって被害者の損失を補償するという意味での奨励機能を見て取ることができる。要するに、懲罰賠償は原告にとって奨励で、被告にとって懲罰なのである、とこの見解は主張するのである。

以上のように、14年商標法における懲罰賠償は、特定の歴史背景または経済の発展状況の需要に応じて、実用主義的見地から悪意による商標権侵害に対して導入されているものである。また、同法63条１項は知的財産権法分野で初めての懲罰賠償であるため、以降、その他の知的財産権法分野においても当該制度の導入に影響を与えている。

第２節　種子法（2016年１月１日）

2015年に、習近平は「民族の種子産業を高め、独立した知的財産権を有する優れた品種を速めに栽培し、源から国家の食糧安全を保障する」[156]ことを強調した。

これを受けて、種子法[157]は、種子産業技術イノベーションを徹底するために、旧法の立法目的に加え、「……登録管理制度の合理化、国による新品種開発支援と新品種の保護強化、国内の種子産業の振興と国際競争力の強化、現代における種子産業の発展を対応し、種子産業における自主創新能力と市場競争力を高め、科学的・合理的かつ健全な現代種子業の管理制度を制定することによって、持続可能な種子産業の健康発展を牽引・保障・促進・推進すること、育種産業の急速な発展によって現行の植物新品種保護に対する需要を対応できず、また侵害行為に対する懲罰の度合いが低く、それを強化すべき」[158]などを目的として、2015年４月より三回目の改正が行われ、2016年１月１日より施行された。

この法改正が14年商標法63条１項を踏まえたものであることは明らか

---

[156] 劉振偉ほか・前掲注（128）１頁参照。

[157] 種子法にいう種子とは、農作物および林木の栽培材料または繁殖材料を指し、小実（植物の種子）、果実、根、茎、苗、芽、葉、花などを含む、中国国内における品種の選別・育成、種子の生産・経営・管理に関する活動はこの法律が適用される（種子法２条）。

[158] 2014年12月に第３回法改正草案が決定され、2015年４月に全人大第14回会議で初回の審議、同年11月４日に全人大第17回会議で第二回の審議が行われ、通過された。劉振偉ほか・前掲注（128）１～34頁参照。

である。なぜなら、種子法では73条３項において懲罰賠償を導入されたのだが、その条文の「……情状が重大な場合には、上述の確定方法に基づいて確定した金額に相当額以上３倍以下の賠償額を確定することができる。」（以下では、「最大３倍賠償」という。）という文言は、14年商標法63条１項の内容とほぼ同様だからである。当該条文は、以下の通りである。

> 73条３項[159]
>
> 植物新品種権を侵害した賠償額は、権利者が侵害により被った実際の損失に基づいて確定する；実際の損失を確定することが困難な場合に、侵害者が侵害により得た利益に基づいて確定することができる。植物新品種者の損失又は侵害者が得た利益を確定することが困難な場合に、当該植物新品種のライセンス料の倍数を参照し、合理的に確定する。賠償額は植物新品種権者が権利侵害差止に支払った合理的な支出を含まなければならない。植物新品種権を侵害することに対して、情状が重大な場合には、上述の確定方法に基づいて確定した金額の相当額以上３倍以下で賠償額を確定することができる。

第３節　不正競争防止法（2019年４月23日）

2018年11月から、懲罰賠償の導入政策を施行するために、不正競争防止法が改正された。法改正の草案段階では14年商標法と同様に「最大３倍賠償」[160]を導入することが目指された。しかし、法改正草案の審議中に、米中貿易戦争が発生した。これを受けて、同法とともに改正中の商標法、

---

[159] 中国語原文：〔第73条３項　侵犯植物新品种权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，可以参照该植物新品种权许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。侵犯植物新品种权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。〕

[160] 2018年11月４日に第２回不正競争防止法改正草案が第12期全人大常務委員会第30回会議で採択された。

特許法および著作権法に「最大５倍賠償」という形の懲罰賠償の導入を根本的に強化する必要に迫られていたのである。

このように、2018年以降、米中貿易戦争の緩和を狙うために、知的財産権法において懲罰賠償の強化が漸進されたのである。以下では、米中貿易戦争[161]について概略しよう。

米中貿易戦争の発端は、2017年４月20日にアメリカは中国による大量の鉄鋼輸入がアメリカの安全保障を脅かしている懸念があるとして、中国に対して追加関税を行っていたからである。2018年５月19日に、ワシントンにて米中両国は、経済貿易協議に関する共同声明を発表した。同声明では、アメリカの対中貿易赤字を減らすため、中国はアメリカの商品やサービスの輸入を大幅に増やすことで合意したうえで、両国の見解として「知的財産権の保護は重要だ」ともに表明し、わけても特許法も含めて知的財産権法改正していく意向を表明した[162]。

同年７月６日に、アメリカは中国がアメリカの技術を強制的に移転させ、サイバースパイで知的財産権およびアメリカのハイテク企業を買収して技術を盗んでいるなどの理由で、通商法301条に基づいて中国の知的財産権侵害に対する第１弾の制裁関税、同年８月には第２弾、同年９月には第３弾の制裁関税を相次いで発動した。こうした状況の中、同年12月に、両国間で交渉が行われたが、結局、交渉決裂に至った。そこで、2019年９月には、アメリカは中国に対して第４弾の制裁関税をさらに強化した[163]。アメリカの制裁関税に対して、中国も同様な報復措置などを

161　トランプ元大統領は2016年の大統領就任以降、「米国第一主義」の下、保護主義的な通商政策を実施に移行した。そこで、中国に対しては、知的財産権侵害の問題やハイテク分野での覇権争いを背景に、制裁関税を導入するなど、強硬な態度を貫いている。そこで、中国側はアメリカの追加関税に対抗する形で報復関税なども実施した。

162「中美就経貿磋商発表聯合声明」(2018年５月20日)〔新華ウエブサイト：http://www.xinhuanet.com/world/2018-05/20/c_1122857981.htm〕(最終閲覧：2023年６月20日)

163　日本経済新聞「米中貿易交渉『第１段階の合意』、両政府が発表」(2019年12月13日)〔https://www.nikkei.com/article/DGXMZO53356830T11C19A2MM8000/〕、ニュースウィーク「『第１段階』合意の米中通商交渉に重要な食い違い　中国の

講じた[164]。

つまるところ、米中貿易戦争において、主に中国がアメリカの知的財産権を侵害している[165]ことが理由とされている。そこから、両国の間には経済、貿易、先端技術、軍事覇権の争いまで広がりつつあり、今日でも続いている（本論文の執筆時においても）。

このような状況下で、中国経済はアメリカの追加関税の影響で減速ないし景気失速が急速に悪化したと言われ始めた[166]。こうした現状を打破するためには、経済体制の再構築、わけても知的財産権保護の強化を重視することによって経済的活路を見出すべきである声が上がった。すな

見解は」（2019年12月19日）〔https://www.newsweekjapan.jp/stories/business/2019/12/1-109.php〕（最終閲覧：2023年３月20日）。

[164] 国務院新聞辦公室「《関於中米経貿摩擦的事実與中立立場》白皮書（全文）」（2018年９月24日）では、アメリカは中国政府の干渉等による不公正競争や知的財産権の扱いを問題視していることに対して、従来通り中国は適切に対応しているとの見解を述べており、中国が妥協する意向はみられなかった。〔国務院新聞辦公室ウエブサイト:http://www.scio.gov.cn/zfbps/32832/Document/1638292/1638292.htm〕（最終閲覧：2023年６月１日）。

[165] 2018年10月４日に、元米副大統領ペンスは対中政策の演説では、中国を経済問題や政治、人権問題など多岐にわたって批判していた。ここでは、中国の知的財産権に関連する部分を次のように概略する。すなわち、「アメリカは中国の WTO に加盟させた。……過去17年間で中国の GDP は９倍に成長し、経済は世界第２となった。この成功はアメリカの中国への投資によってもたらされた。アメリカの好意を裏切った中国は強制的な技術移転、知的財産の窃盗など自由で公正な貿易とは相いれない政策をとってきた。中国は『中国製造2025』計画を通じて、ロボット工学、バイオテクノロジー、AI など世界の最先端産業の90％を支配することを目指している。しかも、21世紀の経済の圧倒的なシェアを占めるために、官僚や企業に対しアメリカの経済的指導力の土台である知的財産をあらゆる手段を用いて取得するよう指示してきた。アメリカは国家安全保障を中国の略奪行為から守るために、対米外国投資委員会（CFIUS）を強化し、アメリカの知的財産の窃盗が完全にやむまで、対抗措置を続ける。」である。日本経済新聞「ペンス米副大統領、対中政策演説へ対立深まりも」（2018年10月24日）。

[166] 張蘊嶺「米中貿易摩擦と中国経済」ERINA REPORT（PLUS）153号（2020年）１～６頁参照。

わち、2018年の全人大では、「経済政策は景気の過度な変動を抑える安定重視姿勢[167]へ維持すること、全方位対外開放の推進すること、より多くの分野で外資の独資経営を認め、外商企業の合法的な権利利益、特に知的財産権を保護すること、新情勢の下で製品と生産要素の流動型開放からルール等制度型開放への転換を推進することなど」[168]を目標として示されている。わけても、アメリカに配慮し、「市場開放とともに知的財産権の保護を全面的に強化し、知的財産権侵害に対する懲罰賠償を再整備する」といった法改正案も打ち出されているのである。

こうした方針の背景には、かつてWTO加盟によってTRIPSの遵守を渋々と応じたが、自国企業に有利な措置など[169]によって「世界一の特許大国」[170]という目標が2019年に実現できた。今は、技術大国として自信を持ち、逆に自国企業[171]のために知的財産権保護を強化かつ自国企業

---

[167] 2019年は建国70周年であるため、６つの安定（雇用・金融・貿易・外資・投資・予期）が提唱されていた。

[168] 李克強国務院総理「政府工作報告―2019年３月５日在第一三届全国人民代表大会第二次会議上」（2019年３月５日）。

[169] 自国企業に有利な政策として、国が科学技術の向上に研究開発費の全額負担し、個人・企業の発明と特許に奨励金制度と減税措置および中国人・企業による特許出願には補助金が出されているなどが挙げられる。他方で、外国企業に対して、中国に進出する際に中国企業と合併が求められ、中国政府によって中国企業への技術移転が強要される法制度が存在しているため、外国企業から技術のライセンスを受ける場合、その技術を改良し中国企業のものとして登録することもしばしば存在している。

[170] 2011年の第12次５カ年計画に基づく種々の国家政策が公表されている。同計画によると、今後５年以内に、中国は世界第一の特許出願大国となるという目標が掲げられたのである。「中華人民国民経済和社会発展第十二個五年規劃綱要（全文）」（2011年３月16日）。結局、2020年４月７日世界知的所有権機関（WIPO）の発表によると、2019年の国際特許出願数で中国が初めて１位になった。

[171] アメリカは中国の5G戦略において中核的な役割を担っているファーウエイ、ZTEなど５社に対して、「2019年度米国国防権限法」では2019年８月からアメリカ政府と取引できなくなり、2020年８月からはこれら５社と取引のある企業は日本など外国企業も含め、アメリカ政府と取引できなくなる。という取引制限を行っている。

に有利なルール作りにしようとしている。これは巨大な雇用の創出と経済効果が見積もられているからである。他方で、知的財産は経済的に重要であるため、世界の知的財産を支配しているアメリカと類似の知的財産権法制度を作り、アメリカと対抗ないし勝つことを狙っているのである。

以上のように、米中貿易戦争を受けて、中国は、景気の大幅で急速な減退を招きかつ経済が明らかな停滞と不況を顕在化してきた[172]ため、経済体制が内需経済型を維持しながら安定重視姿勢に重心を置くこととした。他方で、アメリカとの貿易戦争に負けないように、アメリカと類似ないし並みの知的財産権保護の強化などに関する具体的な法改正を推進していくこととした。

そこで、不正競争防止法は、初回の法改正後（2018年）からわずか一年あまりで２回目の法改正が進められ、2019年４月23日に法改正案[173]が採決され、同日より施行された。同法において、懲罰賠償が増設されたのは17条３項である。その規定は、以下の通りである。

17条３項[174]

不正競争行為により損害を受けた経営者の賠償額は、当該権利侵害を被った実際の損失に基づいて確定する。実際の損失の確定することが困難な場合には、侵害者が侵害により得た利益で確定することができる。経営者が悪意に営業秘密を侵害し、情状が重大な場合には、上記方法で確定した金額の相当額以上５倍以下で賠償金額を

[172] 関志雄「米中貿易摩擦の激化で減速する中国経済―優先すべきは景気対策よりも改革開放―」〔https://www.rieti.go.jp/users/china-tr/jp/ssqs/180828ssqs.html〕（最終閲覧：2023年５月20日）。

[173] 2019年４月23日に第13期全人大第10回会議で不正競争防止法の改正案が採択され、同日に施行された。

[174] 中国語原文:〔第17条３項　因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支〕

確定することができる。賠償額には、経営者が権利侵害差止に支払った合理的な支出も含まれなければならない。

第４節　新商標法（2019年11月１日）

上述したように、2018年以降、中国はアメリカとの関係が悪化しつつある中、経済力の衰退を解消するために、新しい経済成長エンジンとして、外資誘致策の強化による「中国包囲網」[175]の切り崩し、および産業高度化の推進[176]などの政策を打ち出した。これらは、経済への影響を勘案し、経済の発展、知的財産によって国際競争力の確保およびアメリカとの貿易戦争の緩和策を狙ったものである。また、2019年10月22日、国務院に公布された「優化営商環境条例」[177]では、国家の利益と経済的安

[175] アメリカは、中国の台頭を抑えるため、中国のハイテク企業に対する取引制限などの締め付けを強化している。欧州や日本の政府に対しても、ファーウェイ製の次世代通信規格5G システムおよび5G 対応機器を採用しないよう要請するなど、中国包囲網の構築に力を注いでいる。佐野淳也「中国の新しい外資誘致策―先端技術・ノウハウの取り込みが焦点―」環太平洋ビジネス情報 RIM20巻77号（2020年）36頁参照。

[176] 世界一の製造強国を目指す中国にとって、産業高度化は喫緊の課題である。産業高度化を加速させるには、海外の先端技術・ノウハウをさらに取り込む必要がある。これまで先端技術を取り込む手段として、海外企業の買収が多用されてきた。しかし近年、中国企業による買収への警戒感が海外で高まったことを背景に、中国はもう一つの導入手段である外資企業の誘致強化を再び評価するようになった。もっとも、対中直接投資は、緩やかな拡大が続いているものの、製造業や情報通信関連といった業種への投資が芳しくなく、産業高度化が進まない可能性がある。こうした危機感も、中国が外資誘致策の見直しに踏み切った背景とみられる。佐野淳也「中国の新しい外資誘致策―先端技術・ノウハウの取り込みが焦点―」環太平洋ビジネス情報 RIM20巻77号（2020年）31～43頁参照。

[177]「優化営商環境条例〔国務院令第722号〕」国務院第66次常務会議で通過、2020年１月１日より施行された。同条例15条は、「国家による知的財産権侵害における懲罰賠償制度を制定し、知的財産権に対する迅速かつ協力的な保護メカニズムの確立を推進し、知的財産権紛争の多元的な解決メカニズムと知的財産権の権利保護支援メカニズムを改善し、知的財産権の保護を強化する」と規定する。中央人民政府ウエブサイト：〔http://www.gov.cn/zhengce/content/

全を擁護するうえで知的財産権侵害における懲罰賠償機能を強化することの重要性が一層強調されていた。

このような流れの中で、商標法においても「最大５倍賠償」に改正されたのである。すなわち、第４回商標法改正案が2019年４月23日に第13期全人大常務委員会第10次会議で採択され、同年11月１日に施行された[178]。同法63条１項は、旧法の適用要件や懲罰賠償額の算定方法を変更せずに、不正競争防止法17条の最大５倍賠償を参考したうえに、旧法の最大３倍賠償を最大５倍賠償に拡充した。当該条文は、以下の通りである。

> 63条１項
> 商標権侵害の賠償額は、商標権者が侵害により被った実際の損失に基づいて確定する。実際の損失を確定することが困難な場合に、侵害者が侵害により得た利益に基づいて確定することができる。商標権者の損失又は侵害者が得た利益を確定することが困難な場合に、当該商標のライセンス料の倍数を参照し、合理的に確定する。悪意に商標権を侵害することに対して、情状が重大な場合には、上述の確定方法に基づいて確定した金額の相当額以上５倍以下で賠償額を確定することができる。賠償額は、商標権者が権利侵害差止に支払った合理的な支出を含まなければならない。

第５節　特許法（2021年６月１日）

（１）制度導入の背景

2010年以降、既に概観したように、「世界一の特許大国」になろうとする中国社会では、自国企業に対してさまざまな特許登録を奨励する政策が施されたことに伴って、特許権を取巻く環境も年々変化しており、国内企業と外資企業（技術移転が強制される制度）は多数の特許が交錯する中で事業活動を行わざるを得ない状況に置かれている。そうした状

2019-10/23/content_5443963.htm〕（最終閲覧：2022年11月１日）。

[178] 第４回商標法改正案が2019年４月23日に第13期全人大常務委員会第10次会議で採択され、同年11月１日より施行された。

況において、故意に特許権を侵害する事件が多発するようになり、中国における知的財産権の侵害は世界の話題となった。このような悪質な特許権侵害に対する強力の懲罰賠償を導入すべき提案が高まるようになった[179]。

これを受けて、立法者は、「裁判運用から見ると、填補的損害賠償は権利者の実際の損失を完全に補償することができないだけではなく、権利侵害行為を抑止することも果たされなかった。ゆえに、より権利者の合法的な権利利益を保護し、故意による権利侵害行為を抑止するために、すでに懲罰賠償を導入すべき意見が出されている。それゆえに、懲罰賠償によって、権利者に対する積極的な権利行使を奨励し、特許法保護とイノベーションを激励することが実現されよう」を改正目的として、2012年２月より第４回目の特許法改正案が提出された。

そこで、2015年４月１日に国家知的財産権局による「特許法改正草案（意見稿の募集）」が発表され、同年12月２日に国務院法制弁公室による「特許法改正草案（送審稿）」（以下では、送審稿という。）が公布された。送審稿68条は、「……故意に特許権を侵害した場合、情状が重大な場合には、上記方法で確定した金額の相当額以上３倍以下で賠償金額を確定することができる。」[180]と規定していた。

そして、既に概観した米中貿易戦争を受けて、2018年12月23日、第４回目の特許法改正審議において、「最大５倍賠償」[181]の導入が必要とされた。このような変更に対して、立法者は、「特許保護を強化し、特許権者の権利利益を保護し、……特許権者が立証責任の困難さ・訴訟に係る時間の長さ・訴訟コストの高さ・賠償額の低さ・法的効果の不十分、訴

179　史玲＝王英軍「懲罰性賠償制度在我国知識産権領域的適用」天津法学１期（2012年）37頁、陳澤勇「専利法規定懲罰性賠償的必要性研究」電子知識産権10期（2012年）１頁、羅莉・前掲注（151）22頁、李彦波『専利領域之懲罰性賠償制度研究』（中国政法大学出版社、2018年）43～46頁参照。

180　国務院法制辨公室「中華人民共和国専利法修訂草案（送審稿）（2015年12月２日）」、何勤華ほか・前掲注（126）2497頁参照。

181　国家知識産権局「現行専利法與第四次修改後専利法対象表」（2020年10月23日）〔https://www.cnipa.gov.cn/module/download/down.jsp?i_ID=153645&colID=2197〕（最終閲覧：2023年６月19日）。

訟では勝ったが、金銭面で敗訴したことなどの問題を解消する」[182]ことなどを法改正目的として掲げた。特許法改正草案が第13回全人大常務委員会第７回会議に上程され、2020年10月17日の第13回全人大常務委員会第12回会議で採択され、2021年６月１日より施行される。

新特許法71条１項（以下では、「特許法71条」という。）は送審稿の「最大３倍賠償」を「最大５倍賠償」に変更したと他に、同条２項の法定賠償額100万元を最高500万元に引き上げた。なお、法定賠償額が設けられなかった点は、商標法、不正競争防止法、著作権法と異なるところである。その規定は、以下の通りである。

> 71条１項[183]
>
> 特許権侵害の賠償額は、特許権者が侵害を被った実際の損失に基づいて確定する。実際の損失の確定することが困難な場合には、侵害者が侵害により得た利益で確定することができる。特許権者の損失又は侵害者の得た利益の算定が困難な場合には、当該特許の実施許諾料の倍数を参酌して合理的に確定する。故意に特許権を侵害し、情状が重大な場合には、上記方法で確定した金額の相当額以上５倍以下で賠償金額を確定することができる。

（２）制度機能をめぐる議論状況

立法者による特許法改正草案（送審稿）に関する説明では、賠償額の低さ・法的効果（懲罰的機能）の不十分などの問題を解消するために、最大５倍賠償を懲罰賠償として特許法に導入させたと明言されている[184]。つまり、立法者は、特許法71条の主たる機能が懲罰であると主張

---

[182] 国家知識産権局「《関於〈中華人民共和国専利法修訂草案（送審稿）〉的説明》」第三部分参照。

[183] 中国語原文：〔第71条１項　侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。对故意侵犯专利权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。〕

[184] 国家知識産権局・前掲注（182）第三部分参照、朱理「専利侵権懲罰性賠償

している。

学説では、馬忠法と謝迪揚は上述した多数説をふまえて、特許法71条の機能は非難と予防であり、社会を代表として司法裁判の形で特許権侵害行為に対する否定的な評価を下し、巨額の賠償金を課し、これらによって特許権侵害行為を抑止する役割を果たそうとするものである、と解している[185]。

また、特許法71条の機能は、特許権者の実際の経済的損失を填補するものであるとの見解もある。この見解によると、これまでの人民法院は、特許権者の直接的損失を容認するのみであり、間接的損失を認めない傾向にある。認められた事件の中でも、侵害者が侵害により得た利益、特許の実施許諾料の合理的倍数ないし人民法院に命じられた法定賠償額は、特許権者の実際の損失を完全に賠償することができなかった傾向にある。そこで、懲罰賠償を請求することによって、実際の損失を完全に賠償できなかった部分を填補することができる。よって、当該制度は、実際の損失を追加的填補する効果が生じることとなるのである[186]。

第６節　著作権法（2021年６月１日）

（１）制度導入の背景

2010年代以降、中国国内では、一方で、インターネットの普及による知的財産権をめぐる紛争が増え、とりわけ著作権に関する悪質な権利侵害案件がかつてないほどに増加する現象と問題が次々と発生している。このようなデジタル・ネットワーク技術の進展により、新たに生まれる様々な著作物の利用ニーズに的確に対応するために、学界から懲罰賠償の早期導入を求める声が多数上がっていた[187]。

制度的司法適用政策」知識産権８期（2020年）21頁参照。

185　馬忠法＝謝迪揚「専利法中的懲罰性賠償問題研究―以《専利法修正案（草案）》第72条的適用為視角」武陵学刊45巻２期（2020年）46頁参照。

186　羅莉・前掲注（151）22頁参照。

187　著作権法において懲罰賠償制度を導入すべきであると多くの学説が提唱されている。このように提唱する理由付けを４点に分けて挙げる。すなわち、第１に、著作権侵害を有効的に打撃することができる、第２に、填補的損害賠償による補償の不足を補充することできる、第３に、著作物の性質による需要で

こうしたなか、知的財産権保護の強化と著作権に関する紛争を減少させるために、2011年７月13日に第３回の著作権法改正が国家版権局によって開始された[188]。当該改正草案では、「最大3倍賠償」という形で懲罰賠償が導入された。

しかしながら、2019年11月、著作権法改正草案審議中において、中共中央辦公庁および国務院辦公庁は、知的財産権の保護を強化することは、財産権保護制度を完備する最も重要な内容であり、経済の競争力を高める最大の奨励であることを理由として、「知的財産権の保護への強化に関する意見」を公布した[189]。当該意見では、2022年までに、多発した知的財産権侵害事件を効果的に抑制し、特許法と著作権法などの法領域へ懲罰賠償の導入を加速し、知的財産権侵害行為への懲罰を強化するなどの政策指導が確立された。このような共産党の指示を実行するために、著作権法が特許法と同様に米中貿易戦争の影響を受けて、懲罰賠償の強化を法改正の課題とされたため、当初の改正草案の「最大３倍賠償」を「最

ある、第４に、著作権者が積極的に著作物を創作し、かつ積極的に自己の著作権を侵害したと主張することができる、のである。袁杏桃『著作権侵権懲罰性賠償研究』（知識産権出版社、2019年）207頁参照。

188 国家版権局は著作権法を改正するため、2011年７月に国家版権局著作権法改正作業グループと国家版権局著作権法改正作業専門委員会を立ち上げ、人民大学知的財産権学院、社会科学院法学研究所知的財産権研究センターおよび中南財経政法大学知的財産権研究センターに著作権法の改正草案を起草させた。第３回の法改正趣旨について、次の５点にまとめる。すなわち、第１に、前２回の法改正は急速な経済および科学技術の発展による諸現実問題を対応できなかったこと、第２に、知識経済時代における科学技術の発展と社会環境の変化に相応する著作権法が必要とされること、第３に、新たな国際情勢の推移下で、自国の経済利益と国際的競争力を守ること、第４に、現に特許法と商標法は法改正が行われているため、著作権法の改正がそれらの法改正に遅れたこと、第５に、経済社会とハイテク産業の発展とともなって、全社会、法学界および全人大から著作権法改正の提案が出されたこと、ということである。何勤華ほか・前掲注（126）2363頁参照。

189 中共中央辦公庁国務院辦公庁印発「関於強化知識産権保護的意見」2019年11月24日、〔中央人民政府ウエブサイト：http://www.gov.cn/zhengce/2019-11/24/content_5455070.htm〕（最終閲覧：2023年５月19日）。

大５倍賠償」に変更されたのである。

以上のように、第３回の著作権法改正開始からその審議や検討に10年間も経ったが、ようやく2020年５月１日に著作権法改正草案（意見募集）[190]が全人大によって公表された。同年11月11日の第13期全人大第23次会議で採択され、2021年６月１日より施行された。なお、著作権法54条１項は、懲罰賠償額の上限を送審稿76条２項の「……３倍賠償」から「最大５倍賠償」と増額した。これによって、新法における懲罰賠償額の上限設定は、商標法、特許法、不正競争防止法と横並びの賠償範囲となった。その規定は、以下の通りである。

> 54条１項
> 著作権又は著作隣接権を侵害する場合において、侵害者は著作権者が侵害を被った実際の損失或いは侵害者の違法行為により得た利益に基づいて著作権者に対して賠償すべき；著作権者の実際の損失或いは侵害者の違法行為により得た利益の算定が困難な場合には、当該著作権使用料を参照して賠償することができる。故意に著作権又は著作隣接権を侵害し、情状が重大な場合には、上記方法で確定した金額の相当額以上５倍以下で賠償金額を認定することができる。

（２）懲罰賠償制度導入の意図

立法者は著作権法に懲罰賠償を導入した理由について、中国における健全な経済発展と長期にわたりあらゆる産業分野における国際競争力を強化する観点から、著作権保護の強化に力を入れ、故意による著作権侵害を効果的に懲罰・抑止することが法改正の重要な狙いの一つである、と述べている[191]。要するに、立法者の意図は、著作権保護は経済発展す

---

[190] 全人大「中華人民共和国著作権法」（2020年11月19日）〔中国人大ウエブサイト：http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202011/848e73f58d4e4c5b82f69d25d46048c6.shtml〕（最終閲覧日：2023年５月27日）。

[191] 全人大「著作権法修正案草案三審稿提請審議―加大対侵犯著作権行為懲治力度」（法治日報、2020年11月11日）〔http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202011/89c23464f82a4fcd9035e0448d7c42b4.shtml〕（最終閲覧日：2023年６月13日）。

るに重要になるはずであるという観点から、著作権侵害を懲罰・抑止するために、懲罰賠償を取り入れたのである。

（３）制度機能をめぐる近時の議論状況

近時では、著作権法54条１項の主たる機能は懲罰であるという多数説を批判する見解が見られる。知的財産法学者の蒋舸は、当該制度の機能は懲罰ではなく、予防であると主張している。彼女は、著作権法改正草案における最大３倍賠償は「加重的損害賠償」であると解している。なぜならば、そもそも著作権法が「懲罰賠償」という名称を使用せず、単に最大３倍賠償の形で損害賠償として導入したのである。それにもかかわらず、学界では、最大３倍賠償を懲罰賠償として論じられていることが誤認識であり、それを訂正すべきであると称している。もっとも、加重的損害賠償は、懲罰賠償と本質的に異なっており、故意または害意による権利侵害行為に対する懲罰ではなく、権利侵害者の害意性に応じて填補的損害賠償より付加した賠償額を権利侵害者に加え、これによって、その他の潜在的な権利侵害行為の発生を未然に防ぐためである。

この見解は、二つの視点から最大３倍賠償制度の機能を予防に限定的解釈すべきであると説明している。一つは、著作権法の特徴である。著作権法は知的な創造活動を調整と促進することを最大な目標としている。それは、知的な創造活動によって生み出された成果に対する権利侵害が容易であり、かつ権利侵害行為の隠蔽性が高いであるために責任追及が困難にある。そのため、著作権法は権利侵害者に対して加重的損害賠償を命じなければ権利侵害行為を予防することができないからである。二つ目は、イノベーション活動が継続性を持つ特徴である。イノベーション活動では、後に創作された著作物が権利侵害と見做される可能性が高い。それゆえに、著作権法は懲罰を求めるのであれば、それにより過剰な予防効果をもたらすこととなるため、イノベーション活動に大きなダメージを与えてしまう危険性がある。このことは著作権法の趣旨である知的な創造活動を調整と促進することに反することになる。したがって、著作権法は、加重的損害賠償を必要とし、懲罰賠償を排除すべきである。最大３倍賠償を懲罰賠償と称し、懲罰的機能として捉えている多数説は誤っているため、「加重的損害賠償」と名付けるべきであ

る[192]と提案されている。

なお、法改正により最大３倍賠償から「最大５倍賠償」になったが、懲罰賠償ではないという性質は変わっていないというのがこの見解である。

このように、近時では、著作権法54条１項の機能は懲罰であるに多くの学者に認識されていることに対して、当該制度は懲罰ではなく、予防機能の「加重的損害賠償」であり、これは著作権法54条１項の適切な表現であると主張する少数説も見られるようになってきている。

第７節　人民法院による意見、地方条例および司法解釈

以上のように、知的財産権法領域において懲罰賠償が統一された「最大５倍賠償」の形で導入されるようになった。こうした状況において、最高人民法院と一部の高級人民法院では、懲罰賠償における適用の強化と具体的適用に関する意見や規定、また地方では懲罰賠償の適用を徹底的かつ補充するために地方条例、近時では最高人民法院による司法解釈が公布されている。これらのものが裁判運用に及ぼす影響を度外視することはできない。よって、以下では、その動きを概観しよう。

（１）人民法院による意見

（ｉ）最高人民法院

2020年９月14日に、最高人民法院は「法に基づく知的財産権侵害行為に対する懲治の強化に関する意見」[193]を公布した。当該意見は、「案件を公正に審理するために、法に基づき知的財産侵害行為に対する懲罰を強化し、侵害行為を有効に抑止し、良好な法治化されたビジネス環境を構築し、知的財産権裁判の実情を考慮する」ことを目的としている。

当該意見は、最高人民法院による知的財産権の保護を強化する活動の

---

[192] 蒋舸「著作権法與専利法中“懲罰性賠償”之非懲罰性」法学研究６期（2015年）80頁参照。

[193]「最高人民法院関於依法加大知識産権侵権行為懲治力度的意見（法発［2020］33号）」（2020年９月14日）〔最高人民法院ウエブサイト：http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-255591.html〕（最終閲覧：2023年４月13日）。

一環として、知的財産権侵害紛争処理に関する重要なポイントについて定めたものである。とりわけ同意見の三の10は、「故意による他人の知的財産権を侵害することに対して、情状が重大な場合に、法に基づいて権利者の懲罰賠償請求を支持し、懲罰賠償による故意の権利侵害行為に対する抑止効果を十分に発揮する。」ことを強調している。

また、同年11月16日に、最高人民法院は「著作権と著作隣接権に関する意見」[194]（以下では、「最高人民法院意見」という。）を公布した。当該意見７条は、「実際の損失、侵害行為により得た利益、ライセンス料を算定することが困難な場合には、当該権利の類型、市場価値と権利侵害者の主観的故意、権利侵害の性質と規模、損害の度合いなどの要素を総合的に考慮し、著作権法および司法解釈などの関連規定に基づいて合理的に損害賠償額を確定する。故意に権利を侵害し、かつ情状が重大な場合には、権利者は権利侵害者に対して懲罰賠償を請求したとき、人民法院は法に基づいて審理する。権利者は権利主張のために支出した合理的な費用（訴訟費用・弁護士費用などを含む）を立証明できたとき、人民法院はそれを支持し、かつ損害賠償額と別に単独で計算する。」と明示している。

（ⅱ）各高級人民法院（条文は参考資料１を参照）

（ⅱ－ⅰ）北京市高級人民法院

2020年４月23日、北京市高級人民法院知的財産権法廷は、「知的財産権侵害および不正競争案件を適切に審理し、知的財産権保護の水準を高め、裁判基準を統一し、知的財産権市場価値と協調した損害賠償メカニズムを確立するため、著作権法・商標法・特許法・不正競争防止法などに基づき、法律および最高人民法院の司法解釈に基づき、北京市の裁判実務と結び付ける」ことを目的として、知的財産権侵害、不正競争事件、著作権侵害、商標権および不正競争事件における損害賠償と法定賠償額の確定おいて考慮する事項および裁判基準について指導意見と裁判基

[194]「最高人民法院関於加強著作権和與著作権有関的権利保護的意見（法発〔2020〕42号）」（2020年11月16日）〔最高人民法院ウエブサイト：http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-272221.html〕（最終閲覧：2023年５月20日）

準[195]（以下では、「北京意見」という。）を公布した。

北京意見では、損害賠償の確定[196]、填補的損害賠償と法定賠償額の具体的な確定方法が定められ、中には懲罰賠償における適用要件の「悪意」と「情状が重大」に関して、具体的な態様を列挙として示されている。すなわち、悪意が直接的故意、情状が重大を重大な損害という結果が生じたことを指すと説明されている。その具体的な例として、悪意と情状が重大の認定を７～８種類に挙げられている。また、懲罰賠償額の算定基準（実際の損失、侵害により得た利益、ライセンス料の倍数）には、原告が権利主張のために支出した合理的な費用を含まれないとされている。

（ⅱ－ⅱ）天津市高級人民法院

2020年12月17日に、天津市高級人民法院は北京指導意見と内容がよく似た紀要[197]（以下では、天津紀要という。）を配布した。すなわち、天津紀要は、知的財産権侵害における懲罰賠償の適用要件を認定にあたって、いくつかの具体的態様を設けて、それに当てはまる場合、故意と情状が重大と認定すると示している。

なお、当該紀要は、懲罰賠償額の算定基準（実際の損失、侵害により得た利益、ライセンス料の倍数）には、権利者が権利侵害差止に支払った合理的な支出は含まれないとしている。

---

[195] 北京市高級人民法院知的財産権法廷「北京市高級人民法院関於侵害知識産権及不正当競争案件確定損害賠償的指導意見及法定賠償的裁判標準（一）」（2020年４月23日）〔北京法院ウエブサイト：http://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2020/04/id/5090617.shtml〕（最終閲覧：2023年６月13日）。

[196] 指導意見１の１は、「損害賠償の確定には知的財産権市場の価値動向を堅持し、補填の原則を遵守し、主に補償、懲罰を補助とする損害賠償司法認定メカニズムを具現化する。被告は過失により他人の知的財産権を侵害、或いは不正競争行為を行い、損害を与えた場合、損害賠償責任を負わなければならない。」と規定する。

[197] 董珺「天津高院《関於知識産権侵権案件懲罰性賠償適用問題的審判委員会紀要》」知識時事（2020年12月17日）〔中国知識産権協同創新ウエブサイト：http://ciipr.njust.edu.cn/cf/eb/c11092a249835/page.htm〕（最終閲覧：2023年５月20日）。

（ⅱ－ⅲ）深圳市高級人民法院

2020年12月18日、深圳市高級人民法院は、「知的財産権侵害における懲罰賠償の適用を規範するために、民法、商標法、不正競争防止法など、最高人民法院の司法解釈と深圳経済特区知的財産権保護条例の規定に基づき、深圳市の裁判実務を考慮する」ことを掲げて指導意見[198]（以下では、「深圳意見」という。）を配布した。

深圳意見は北京意見と天津紀要と大きく異なって、懲罰賠償の具体的な適用をより詳細に提示していることである。そこでは、懲罰賠償額の算定基準を立証する責任について、遅くとも第一審の口頭弁論終結までに被害者によって証明されなければならない内容まで設けられている。

なお、懲罰賠償額の算定基準（実際の損失、侵害により得た利益、ライセンス料の倍数）には、原告が権利主張のために支出した合理的な費用を含まれないとされていることは、北京意見と同様である。

以上のように、最高人民法院、各高級人民法院は、中国全国に先駆けて自ら懲罰賠償額の算定方法を具体的に定める意見内容を相次いで打ち出している。つまり、各高級人民法院は、上記した最高人民法院の方針を基づいて、実務で知的財産権侵害行為に対して、懲罰賠償を積極的かつ着実に推進する姿勢を見せている。

しかしながら、司法の最高権威を有する最高人民法院は、懲罰賠償額の算定基準には、権利主張のために支出した合理的な費用、つまり訴訟費や弁護士費用などが含むと明確に示したにもかかわらず、天津人民法院は、それに反する紀要を出している。そうすると、懲罰賠償額に関する算定基準の判断に共通性を欠くことになっている。つまり、実際の裁判運用において、具体的事件における人民法院が示した判断基準が異なることによって、同類の事件に対して人民法院によって判決が異なることは不公平である。言い換えれば、天津高級人民法院は何故に、統一の判断基準が示された最高人民法院意見に反する判断基準を設ける必要性があるかについて説明をしなかったため、裁判運用では、混乱が生じう

198 深圳市高級人民法院「関於知識産権民事侵権糾紛適用懲罰性賠償的指導意見（試行）」（2020年12月18日）〔専利保護ウエブサイト：http://www.ruixinbaohu.com/news/213.html〕（最終閲覧：2023年６月20日）。

るのであろう。

（2）地方条例（条文は参考資料２を参照）

すでに概観したように、中国はアメリカと関係の悪化による経済への影響を勘案し、受け入れ可能な知的財産権法分野では緩和案として、懲罰賠償の導入と強化に力を入れた。このような経済貿易の情勢が激しく変化してきている背景下で、国務院は外資企業の投資促進するために、2019年12月31日「外商投資法実施条例」[199]と2020年１月１日に「外商投資法」[200]を急いで成立させた。

これを受けて、2020年９月25日に、上海市人民代表大会は上海市のより高水準の対外開放などを加速するため、「上海市外商投資条例」を公布した[201]。同条例は、外商投資法を背景として、上海市で多国籍企業本

---

[199]「外商投資法実施条例」は、外商投資法の実務的な規則として、外商投資の促進、優遇税制の享受、技術移転の強要禁止、営業秘密の保持、国家利益で政策に係る約束事項などが定めている。

[200]「外商投資法」は、中国における外国投資者による会社の設立や買収等をはじめとする投資活動、外商投資の財産や業務機密の保護、および外商者の権利権益の保護などを規定するものであり、2015年に草案が発表され、2019年３月15日の第13期全人大常務委員会第２回会議で採択され、2020年１月１日より施行された。外資投資について、同法２条１項は「外国の自然人、企業またはその他の組織が、直接または間接的に中国国内において行う投資活動を指す」と定め、同条２項は投資活動の内容を「①外国投資者による中国国内での外商投資企業の設立、②外国投資者による中国国内企業の株式等の権益の取得、③外国投資者による中国国内で投資の新規プロジェクト、④法律等の規定するその他の方式による投資」、同条３項は外商投資企業について「投資の全部または一部を外国投資者が行い、中国の法律に基づき中国国内において登記登録を経て設立された企業をいう。」と規定する。なお、外商投資法の施行に伴い、中外合弁経営企業法、外資企業法、中外合作経営企業法および中外合弁経営企業法実施条例、中外合弁経営企業合弁期限暫定規定、外資企業法実施細則、中外合作経営企業法実施細則が廃止となった。

[201]「上海市外商投資条例」（上海市人民代表大会常務委員会公告第45号）は2020年９月25日に上海市第15人民代表大会常務委員会第24回会議に通過され、2020年11月１日より施行された。同条例１条は「本市のさらなる高いレベルの対外開放を一層推進し、外商投資を促進・安定させ、外商投資の合法的な権利利益

部などを設立する外国投資者を奨励かつ支持するためのものである反面に、私法上の個人ではない公権力の有する上海市各級人民法院が外国投資者と外資系企業に「懲罰賠償」を課すことができるものである。

同条例29条２項は、上海市の各級人民法院が外国投資者と外資系企業による反復的な権利侵害行為、悪意による権利侵害行為、およびその他の情状の重い権利侵害行為に対して、法に基づき「懲罰賠償」などの懲罰する措置を適用することができる、と明定している。要するに、上海市は、従来の被害者による懲罰賠償の請求を上海市の各級人民法院にその適用ができるようと示しているのである。

しかしながら、具体的に、上海市の各人民法院は知的財産権を侵害した外国投資者・外資系企業に対して、どのような「懲罰賠償」を適用するかについて言及されなかった。つまり、同条例のいう「懲罰賠償」とは何か、如何なる法に基づき、如何なる懲罰賠償額の算定方法と賠償額の範囲になるのかについて、不明であるのである。

このように、上海市は中国最大の経済都市であり、全国の先行として経済の拡大や外資系企業の投資意向の更なる増大を牽引としつつも、外資系企業規制強化という認識下において、外資系企業が自国企業と同様に懲罰賠償の適用ができる上海市外商投資条例を公布した。上海市のような地方条例の公布後、全国各地も同様に、知的財産権侵害における外国投資者と外資家企業に対する懲罰賠償の適用が普及していく可能性があるため、今後、裁判運用の状況とともにその動きを注目していく必要があろう。

（３）司法解釈（2021年３月３日）

すでに概観したように、知的財産権関連法にとどまらず、民法においても懲罰賠償が導入された。これらの法律を施行するために、各人民法院は自ら当該制度の適用に関する意見や規定なども公布している。

を保護し、全面的な開放の新局面の形成を加速するために、『外商投資法』、『外商投資法実施条例』などの法令規則に基づき、本市の実情に照らし合わせて、本条例を制定した。」を目的として掲げている。〔https://sww.sh.gov.cn/swdt/20201012/1fbecfc2d2264e6db9f7c0c00fb9eb20.html〕（最終閲覧：2023年６月１日）。

しかしながら、これらのものは裁判実務において、その具体的な適用、つまり主観的「故意」と「悪意」要件との関係、客観的「情状が重大であること」の認定基準、および懲罰賠償額の算定基準およびその範囲等に関して統一性を欠けている。他方で、2020年11月30日に、習近平は中央政治局第25回勉強会では、「確実に知的財産権における懲罰賠償を急いで施行する」[202]ことを強調した。

このような実務上の問題点を解決しかつ習近平の指示を実行するために、2021年２月に、最高人民法院は、「知的財産権侵害民事事件の審理における懲罰賠償の適用に関する解釈」（以下では、「知的財産権侵害に関する司法解釈」という。）を公布した[203]（参考資料３を参照）。当該司法解釈は、正確に知的財産権侵害における懲罰賠償を実施し、重大な知的財産権侵害行為を懲罰し、知的財産権の保護を全面的に強化するために、民法・種子法・商標法・不正競争防止法・特許法・著作権法・民事訴訟法等の関連法律に基づき、かつ裁判実務を踏まえることを目的として掲げている。

当該司法解釈では、民法における懲罰賠償の主観的要件である「故意」は、商標法・不正競争防止法における当該制度のいう「悪意」と同じ意味と理解すべきであると明確に示されている。また、当該司法解釈３条に列挙された５種類態様のうちいずれかに該当する場合、「故意」にあたるとされている。さらに、「情状が重大であること」の認定に関して、４条に６種類の態様が挙げられている。そして、懲罰賠償額の算定基準には原告が権利侵害を抑止するために支出した合理的な経費を含むか否かが必ずしも一致していないため、５条に規定された「法律に別途規定がある場合はそれに従う」は異なる事件の類型にそれぞれ対応の法律が適用されることを意味することになっている。

---

[202]「習近平在中央政治局第二十五次集体学習時強調　全面加強知識産権保護工作　激発創新活動推動構建新発展格局」（2020年12月１日）〔新華ウエブサイト：http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-12/01/c_1126808128.htm〕（最終閲覧：2023年４月１日）。

[203] 最高人民法院「知的財産権侵害民事事件の審理における懲罰賠償の適用に関する解釈（法釈〔2021〕４号」、2021年２月７日、最高人民法院審判委員会第1831回会議にて可決され、2021年３月３日より施行される。

第８節　小括

本章で概観したように、不法行為責任法における懲罰賠償が明文化されたことを契機として、それ以降、当該制度が知的財産権分野まで拡大されてきていた。これは、知的財産権侵害事件の多発によって外国からの批判を受けながら、当初の「知識経済」から近時の「知財強国」へ転換された国策を施行するために、アメリカ特許法を参照として、最初に商標法、次に種子法に「最大３倍賠償」が導入された。その後、米中貿易戦争を受けて、アメリカとの関係を緩和策および衰退した国内の経済を回復させるために、中共と国務院による知的財産権保護の強化政策が推進されていた。そのために、種子法を除き、商標法、不正競争防止法、特許法および著作権法が統一とした「最大５倍賠償」という形で懲罰賠償が改正・導入されるようになった。それと他に、各人民法院による知的財産権の保護を強化するために､懲罰賠償に関する具体的適用の意見、司法解釈なども公布された。さらに、上海市は人民法院が外商投資者・外商投資企業に対して懲罰賠償を適用することできる条例も公布したのである。

制度の機能については、近時の学界では、「最大５倍賠償」の機能は懲罰であるという多数説に対して、正面から当該制度は懲罰ではなく、予防機能であると解する見解が少数ながら存在している。

終章

本論文では、立法史という角度から、懲罰賠償の形成に関わるさまざまの法規定に着目した。そこでは、立法化に至るまでの内容を時系列に沿って概観し、制度機能を意識しつつ、その立法過程ないし立法後において如何なる議論がなされたのか、これらの議論が現行法法制にどのような影響を与えたのかを検討した。そこで、懲罰賠償の適用に関する研究へとつなげていくために、ここで本論文を時系列にしたがって３つの段階に分けて簡単にまとめ、その特徴を示したうえに分類しておく。

（１）まとめ

①第１段階として、不法行為責任法の制定前である。

90年代の中国では、社会主義市場経済体制への転換・進展につれて、悪性の強い偽物被害事件かつ重大な社会問題が惹起された。これらの被害事件が､政治体制全体の安定性に影響を与える社会問題となってきた。これを解決するために、当時の社会経済の発展のニーズに合わせて、既存の民間社会規範ないし慣行に基づいて立法化された1994年消費者法49条のいう「増額賠償」が導入された。当該制度の立法主旨は、訴訟推奨であり、それによって詐欺行為を抑止するのである。

その後、経済の発展と伴って、不動産領域における商品住宅および食品安全領域においても、悪質な侵害事件が多発してきた。それに対応するために、商品住宅に関する司法解釈と食品安全法は消費者法の「増額賠償」を踏襲し、「支払済みの商品住宅の代金と相当額以内」と「食品価格の10倍賠償」という形で懲罰賠償として認めた。

なお、この段階では、主に契約領域において、当該制度が適用されているのである。

②第２段階として、不法行為責任法の制定である。

2000年代に入ってから、経済発展の国内改革やさらなる対外改革開放政策による経済の高度成長期に突入したとともに、製造物の欠陥によって財産のみならず生命･身体的な被害事件が増加するようになってきた。このような社会問題は経済の発展と社会の安定を揺るがす重大な起因となる。そのために、欠陥製造物の製造・販売に対する懲罰、将来におけるそのような行為の抑止として、不法行為責任法において、「懲罰賠償」という用語を正面に押し出した懲罰賠償が立法化された。

なお、この段階では、消費者という個人の被害にとどまらず、欠陥製造物による大規模の被害―不法行為―が社会全体として取り組む課題となり、それを対応するために、「懲罰賠償」の明文化が強く求められたのである。

③第３段階を一言でいえば、不法行為責任法の制定後、懲罰賠償の拡大と強化である。

2010年以降、中国は「世界第二の経済大国」へ成長してきた。一方、内需主導型経済へ転換とともに、さまざまな経済政策による消費市場の拡大されたことによって､旅行契約に関する紛争､商品またはサービス、食品安全、医療と薬品および環境汚染・生態破壊のそれぞれの分野にお

いて新たな社会問題が発生してきた。これらの問題を解消するために、それぞれの法領域および司法解釈などに懲罰賠償の適用が拡大されていた。とりわけ、2018年以降、知的財産権法領域では、さらなる大きな経済的利益を生み出せることや米中貿易戦争による経済的活路や社会の安定に支えになること、並びにアメリカとの緊張関係を打破するための緩和策として、国家を挙げて知的財産権保護の強化に懲罰賠償が全面的な導入がなされたのである。

他方では、2020年にとうとう民法典が成立した。そこで、懲罰賠償を一般条項として認められたうえに、環境侵害と生態破壊責任も当該制度が明文の形で適用されるように拡大された。これによって、中国法における懲罰賠償は、始まりの個人の権利利益の保護や救済から社会全体的利益の調整に着眼することへと発展してきた。

（２）特徴

中国法における懲罰賠償の各法領域の実定法化の形成過程からみると、以下のような特徴を指摘することができる。それは、経済発展による実際の社会で発生したさまざまな深刻な被害事件への対処姿勢を示すために、その都度ごとに応急措置として党・立法者によって懲罰賠償が導入されていったという点である。

また、当該制度の導入領域も拡大された。それは契約領域だけではなく､不法行為領域へと広がった。さらに､賠償制度の内容面も拡充した。損害の対象は､当初の個人への有形の財産権侵害から生命･身体の侵害、無形の財産権侵害、そして国家財産に対する環境汚染と生態破壊の侵害へ拡大された。そして、懲罰賠償額の上限も増額される傾向である。

そして、制度の機能的面からみると、当初の訴訟推奨から、加害者を懲罰することによって加害行為を抑止する機能が積極的に語られている傾向にある。近時では、潜在的な加害者の注意を喚起させ、それによって類似の加害行為を予防、法律の執行機能および社会全体に対する監視機能と行為規範的な機能を持たせようとすることが明確に志向されている。

これらの特徴を総合的に考えれば、現実の社会で頻繁に発生するさまざまな種類の社会問題によって、人々の不満をもたらされている。この

ような社会問題は経済秩序と政治体制の安定性を揺るがすこととともなるため、これに対する応急的解決手段として、各個別法レベルにおいて「手探りで道を探す」という特殊な立法方式を採っていると評価することができよう。すなわち、「実用主義」を実践しようとする法思想のもとで、経済発展のためには政治的安定が必要であるとして、必要な時に必要に応じた立法をすることによって、それぞれの法域へ懲罰賠償を導入していったのである。とりわけ、知的財産権における懲罰賠償はアメリカとの政治・経済関係と密接的に関連していることが明らかであると評価できよう。

こうした中国法における懲罰賠償の形成メカニズムからみると、すべての制度はアメリカ法の影響に限らず、中国の伝統を色濃く残している。すなわち、制度の最初期のものであった1994年消費者法における「増額賠償」制度は、中国固有の慣行によってその骨格が定められ、訴訟奨励を立法目的としたものであった。それを、一部の学者はアメリカ法上の懲罰的損害賠償制度における「懲罰性」の議論をもって正当化しようとしたことも明らかになった。要するに、増額賠償制度は中国の伝統的な慣行から由来し、それを正当化するためにアメリカの学説によって後付けさせられたのである。このような学説の継受は、商品住宅に関する司法解釈、食品安全法までその影響を与え続けたのであった。

しかし、2010年不法行為責任法の制定にともなって、中国法における懲罰賠償はアメリカ法にならって大きな変容を遂げた。立法レベルでは、中国固有慣行の土台をふまえて、アメリカ法における学説の影響を強く受けながら、法の体系性の問題や「民刑峻別論」を棚上げし、制度の機能は懲罰・抑止であることを正面から認めた。特に、現行消費者法、医療責任損害に関する司法解釈および民法典においても明確に「懲罰賠償」という名称を用いられるようになった。要するに、アメリカ法との関係について、二つの段階に分かれる。一つは、中国固有の慣行を受ける時期、もう一つは、アメリカ法の影響を受ける時期である。この時期の境目が不法行為責任法の制定なのである。つまり、不法行為責任法の制定前まで、懲罰賠償自体はアメリカ法からの影響ではなく、懲罰機能に対する説明するために、アメリカ法における懲罰的損害賠償制度の懲罰性理論を用いただけであった。

かくして現在の中国法における懲罰賠償は、制度創設から約30年をかけて、この間の中国の政治・経済・社会的変化を受けて、中国独自の性格を備えるようになった。それは、一方ではアメリカ法の影響ながらもやはりそれと異なる独自の性格であるといえる。

参考資料１

各人民法院による意見

番号	年月日	法院名	中国語	日本語
1	2020年4月23日	北京市高級人民法院による知的財産権侵害及び不正競争事件での損害賠償指導意見及び法定賠償に関する審判基準（北京市高級人民法院知的財産権法廷）	1.13 惩罚性赔偿的适用条件 惩罚性赔偿的适用，应当依照法律的规定。 恶意实施侵害商标权或者侵犯商业秘密等行为，且情节严重的，适用惩罚性赔偿。“恶意”一般为直接故意。“情节严重”一般是指被诉行为造成了严重损害后果。	1.13 懲罰的損害賠償の適用要件 懲罰的損害賠償の適用は、法律の規定に従わなければならない。 悪意による商標権或いは商業秘密などを侵害し、かつ情状が重大の場合、懲罰的損害賠償を適用する。 「悪意」とは、直接故意であり、「情状が重大」とは、被告の権利侵害行為によって重大な損害がもたらした結果を指す。
			1.14 惩罚性赔偿的适用方法 惩罚性赔偿的适用，应当依据当事人的主张，但一般情况下当事人应当在一审法庭辩论终结前提出该主张。	1.14 懲罰的損害賠償における適用方法 懲罰的損害賠償の適用が当事者の主張に基づき、但し、通常では、当事者は第一審の口頭弁論終結前に当該主張を提出しなければならない。
			1.15 惩罚性赔偿“恶意”的认定 具有下列情形之一的，可以认定为被告具有恶意： （1）被告或者其控股股东、法定代表人等在生效判决作出后，重复或变相重复实施相同侵权行为或不正当竞争行为； （2）被告或者其控股股东、法定代表人等经权利人多次警告或受到行政机关处罚后，仍继续实施侵权行为或不正当竞争行为； （3）假冒原告注册商标；	1.15 懲罰的損害賠償における「悪意」の認定 以下のいずれかの事由があった場合、被告に悪意があると認定することができる： （1）被告或いは当該支配株主、法定代表者などは判決確定後、繰返し或いは他の方法で同様の権利侵害行為又は不正競争行為を行った場合 （2）被告或いは当該支配株主、法定代表者などは権利者から何度も警告を受け、或いは行政機関から処罰を受けた後もなお侵害行為又は不正競争行為を行った場合 （3）原告の登録商標を偽った場合

			（4）攀附原告驰名商标声誉、抢注原告驰名商标； （5）被告在相同或类似商品上使用原告驰名商标； （6）原告与被告之间存在劳动、劳务关系，或者具有代理、许可、经销、合作等关系，或者进行过磋商，被告明知他人知识产权存在； （7）被告存在掩盖被诉行为、伪造或毁灭侵权证据等行为； （8）被告拒不履行行为保全裁定； （9）其他情形。	（4）原告の著名商標の名声にただ乗りし、利益の独占を図る意図をもって原告の著名商標を出願した場合 （5）被告が原告の著名商標を同一又は類似の商品に使用した場合 （6）原告と被告との間に労働・雇用の関係或いは代理・ライセンス・販売・提携などの関係若しくは交渉を行ったことがあり、被告が明らかに他人の知的財産権の存在を知っていた場合 （7）被告が訴えられたことを隠蔽し、権利侵害に関する証拠を偽造又は隠滅するなどの行為があった場合 （8）被告が登録商標権侵害行為の保全命令を拒否した場合 （９）その他の事由があった場合。
			1.16 侵害商标权“情节严重”的认定 具有下列情形之一的，可以认定为侵害商标权的情节严重： （1）完全以侵权为业； （2）被诉行为持续时间长； （3）被诉行为涉及区域范围广； （4）侵权获利数额巨大； （5）被诉行为同时违反了食品、药品、医疗、卫生、环境保护等法律法规，可能危害人身安全、破坏环境资源或者严重损害公共利益； （6）其他情形。	1.16 商標権侵害における「情状が重大」の認定 以下のいずれかの事由があった場合、商標権侵害における「情状が重大」があると認定することができる： （1）完全に権利侵害を業としていた場合 （2）訴えられた権利侵害行為が長い時間を継続した場合 （3）訴えられた権利侵害行為が広い範囲であった場合 （4）権利侵害によって得た利益が巨額であった場合 （5）訴えられた権利侵害行為が同時に食品、薬品、医療、衛生、環境保護などの法律に違反し、人身安全を侵害し、環境資源を破壊し、又は著しく公共利益を侵害する可能性があった場合 （6）その他の事由があった場合

			1.17 侵犯商业秘密“情节严重”的认定 　具有下列情形之一的，可以认定为侵犯商业秘密的情节严重： （1）完全以侵权为业； （2）被诉行为持续时间长； （3）被诉行为导致商业秘密为公众所知悉； （4）侵权获利数额巨大； （5）被告多次侵犯他人商业秘密或侵犯他人多项商业秘密； （6）被诉行为同时违反了食品、药品、医疗、卫生、环境保护等法律法规，可能危害人身安全、破坏环境资源或者严重损害公共利益； （7）其他情形。	1.17 営業秘密侵害における「情状が重大」の認定 　以下のいずれかの事由があった場合、営業秘密を侵害したと認定することができる： （1）完全に権利侵害を業としていた場合 （2）訴えられた権利侵害行為が長い時間を継続した場合 （3）訴えられた権利侵害行為による営業秘密が公衆に知られていた場合 （4）権利侵害によって得た利益が巨額であった場合 （5）被告は複数回にわたり他人の営業秘密を侵害、或いは他人の複数の営業秘密を侵害した場合 （6）訴えられた権利侵害行為が同時に食品、薬品、医療、衛生、環境保護などの法律に違反し、人身安全を侵害し、環境資源を破壊し、又は著しく公共利益を侵害する可能性があった場合 （7）その他の事由があった場合
			1.18 惩罚性赔偿的“基数” 　惩罚性赔偿的“基数”包括权利人的实际损失、侵权人的获利以及许可使用费。 　原告维权支出的合理开支，一般不纳入计算基数。	1.18 懲罰的損害賠償の「算定基準」 　懲罰的損害賠償の「算定基準」には、権利者の実際の損失、権利侵害者の利益及びライセンス料が含まれる。 　原告の合理的な権利行使に支出経費は、通常では、算定基準に含まれない。
			1.19 惩罚性赔偿的“倍数” 　惩罚性赔偿的数额，以前款确定的赔偿数额作为计算基数，在法定倍数范围内酌情确定。 　惩罚性赔偿的“倍数”，可以不是整数。	1.19 懲罰的損害賠償の「倍数」 　懲罰的損害賠償額は、前項で確定した賠償額を算定基準とし、法定された倍数の範囲内で情状斟酌し確定する。 　懲罰的損害賠償の「倍数」は、整数ではなくともできる。

			1.20 惩罚性赔偿与行政罚款、刑事罚金的关系 被告以其同一被诉行为已受到行政罚款或者刑事罚金处罚为由，请求抵销惩罚性赔偿相应数额的，一般不予支持。	1.20 懲罰的損害賠償と行政・刑事罰金の関係 被告は訴えられた権利侵害行為が既に行政或いは刑事罰金が課されたことを理由として、懲罰的損害賠償の一部と相殺するようと請求した場合、通常では、この請求を支持しない。
2	2020年12月17日	天津市高級人民法院による知的財産権侵害事件の審理における懲罰的損害賠償適用の問題に関する委員会紀要	一、惩罚性赔偿的适用条件 故意实施侵害知识产权行为，情节严重的，根据权利人的请求，可以依法适用惩罚性赔偿适用惩罚性赔偿。	１、懲罰的損害賠償の適用要件 故意による知的財産権を侵害し､情状が重大な場合、権利者の請求に従って、法律に基づいて懲罰的損害賠償を適用することができる
			二、“故意”的认定 具有下列情形之一的，可以认定为“故意” （一）权利人与被诉侵权人之间曾经存在合作关系、劳动关系或者通过磋商等，被诉侵权人知道或者应当知道权利人对涉案客体享有知识产权的； （二）被诉侵权人收到行政处罚决定或者人民法院行为保全裁定后，仍不停止相关侵权行为的； （三）被诉侵权人或者其实际控制人因侵害知识产权行为承担过民事、行政或者刑事责任后，次实施侵害同一权利客体行为的； （四）被诉侵权人为掩盖侵权行为，实施毁灭证据、提供虚假证据等行为的；	２、「故意」の認定 以下のいずれかの事由があった場合、故意であると認定することができる： (1) 権利者と訴えられた権利侵害者との間に、かつては取引関係、労働関係或いは交渉を図ったことが存在し、訴えられた権利侵害者が権利者の知的財産権の存在を知っていた或いは知り得た場合 (2) 訴えられた権利侵害者はすでに行政処罰或いは人民法院から権利侵害行為の保全命令を受けた後、なお権利侵害行為を停止しなかった場合 (3) 訴えられた権利侵害者或いは実際の権利利用者は、知的財産権侵害によって民事・行政・刑事責任を受けた後、また同様な権利侵害を行った場合 (4) 訴えられた権利侵害者は権利侵害行為を隠し、証拠を隠滅し、偽った証拠を提出するなどの行為があった場合

			（五）根据被诉侵权行为能够认定被诉侵权人具有明显模仿、抄袭涉案权利客体的主观意图的； （六）其他可以认定被诉侵权人具有侵权故意的情形。	(5) 訴えられた権利侵害行為から、権利侵害行為者に当該事件の客体を明らかに模倣・複製した主観的な意図があることを認定することができた場合 (6) その他の権利侵害者に権利侵害の故意があると認める事由があった場合。
			三、“情节严重”的认定 具有下列情形之一的，可以认定为“情节严重”： （一）被诉侵权人多次实施侵害知识产权行为或者以侵权为业的； （二）被诉侵权行为持续时间长； （三）被诉侵权行为生产规模大； （四）被诉侵权行为涉及区域广； （五）侵权获利数额巨大； （六）被诉侵权行为涉及健康、安全、环境等领域，可能危害人身安全或者损害社会公共利益的； （七）被诉侵权行为造成权利人严重经济损失或者对权利人商誉造成严重损害的； （八）其他可以认定侵权情节严重的情形。	3、「情状が重大」の認定 以下のいずれかの事由があった場合、情状が重大であると認定することができる： (1) 訴えられた権利侵害者は何度も知的財産権利侵害を施し、或いは完全に権利侵害を業としていた場合 (2) 訴えられた権利侵害行為が長い時間を継続した場合 (3) 訴えられた権利侵害行為の生産規模が大きい場合 (4) 訴えられた権利侵害行為が広い範囲であった場合 (5) 権利侵害によって得た利益が巨額であった場合 (6) 訴えられた権利侵害行為が健康、安全、環境などの領域に及ぼし、人身安全を侵害し、又は公共利益を侵害する可能性があった場合 (7) 訴えられた権利侵害行為は権利者に重大な経済的損失或いは商業信用に損害を与えた場合 (8) その他の情状が重大と認定できる事由があった場合
			四、惩罚性赔偿的主张 权利人主张适用惩罚性赔偿的，应当在一审法庭辩论终结前提出，并明确惩罚性赔偿的数额和计算方式。	4、懲罰的損害賠償の主張 権利者は懲罰的損害賠償を主張するとき、第一審の法廷弁論終結前に当該主張を提出し、かつ明確に懲罰的損害賠償額と算定方法を示さなければならない。

			五、惩罚性赔偿赔偿的计算基数 　确定惩罚性赔偿的数额应当以权利人因被侵权所受到的实际损失，侵权人因侵权所获得的利益或者许可使用费赔偿金为计算基数。 　惩罚性赔偿的计算基数不包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。	５、懲罰的損害賠償の算定基準 　懲罰的損害賠償額を確定するとき、権利者の実際の損失、権利侵害者の利益或いはライセンス料の賠償額を算定基準とする。 　懲罰的損害賠償の算定基準に、原告が権利侵害を抑止するために支出した合理的な経費が含まれない。
			六、惩罚性赔偿的“倍数” 　惩罚性赔偿的倍数应当在法律规定的倍数范围内，根据被诉侵权人的主观过错程度及侵权情节等综合确定，可以不是整数。	６、懲罰的損害賠償の「倍数」 　懲罰的損害賠償の倍数は、前項で確定した賠償額を算定基準とし、法定された倍数の範囲内で情状斟酌し確定する。 　懲罰的損害賠償の「倍数」は、整数ではなくともできる。
3	2020年12月18日	深圳市中級人民法院による知的財産権侵害民事不法行為における懲罰的損害賠償適用に関する指導意見（試行）	第六条　“故意”的认定原则 　本意见所指“故意”，是指侵权人主观上明知自己的行为会导致侵权结果的发生，而希望或放任这种结果发生。侵权人因过失导致侵权的，一般不构成“故意”。	６条　故意の認定原則 　本意見のいう「故意」とは、権利侵害者の主観的に自己の侵害行為によって結果を生じたことを明らかに知っているにもかかわらず、なおその結果の発生を希望或いは放任することを指す。過失によって権利を侵害した場合、通常では、「故意」と認めない。
			第七条　故意的认定因素 　侵权人故意的认定，人民法院可以考虑以下因素： （一）侵权人或者其控股股东、法定代表人等在生效判决作出后，重复或变相重复实施相同侵权行为；	７条　故意の認定要素 　権利侵害者の故意の認定について、人民法院は以下の要素を考慮ことができる： （1）権利者又は当該支配株主、法定代表者などが判決確定後、繰返し又は他の方法で同様の権利侵害行為或いは不正競争行為を行った場合

			（二）侵权人或者其控股股东、法定代表人等经权利人多次警告或受到行政机关处罚后，仍继续实施侵权行为； （三）权利人与侵权人之间存在劳动、劳务关系，或者具有代理、许可、经销、合作等关系，或者进行过磋商，侵权人明知他人知识产权存在； （四）侵权人收到权利人警告函后无正当理由继续实施相关行为； （五）侵权人在相同或类似商品上使用权利人驰名商标； （六）侵权人抢注权利人驰名商标，或商标注册申请被认为与在先商标近似，驳回后继续使用； （七）侵权人采取措施掩盖侵权行为、伪造或毁灭侵权证据等行为； （八）其他情形。	（2）権利者或いは当該支配株主、法定代表者などは権利者から何度も警告を受け、或いは行政機関から処罰を受けた後もなお侵害行為又は不正競争行為を行った場合 （3）権利者と権利侵害者との間に労働・雇用の関係、或いは代理・ライセンス・販売・提携などの関係、若しくは交渉を行ったことがあり、権利侵害者が明らかに他人の知的財産権の存在を知っていた場合 （4）権利侵害者は権利者から警告の通達を受けた後、正当な理由がなく、継続的に権利侵害行為を行った場合 （5）権利侵害者は権利者の著名商標を同様又は類似の商品に使用した場合 （6）権利侵害者は利益の独占を図る意図をもって権利者の著名商標を出願し、或いは商標登録申請したことが他の商標権と類似したため、登録ができないと認められた場合 （7）権利侵害者が権利侵害行為を隠蔽し、証拠を偽造又は隠滅するなどの行為があった場合 （8）その他の事由があった場合。
			第八条　情节严重的认定因素 侵权行为具有下列情形之一的，可以认定为“情节严重”： （一）主要以侵权为业； （二）侵权行为的持续时间较长； （三）侵权获利数额巨大或给权利人造成重大经济损失；	８条　情状が重大の認定要素 以下のいずれかの事由があった場合、権利侵害における「情状が重大」があると認定することができる： （1）主に権利侵害を業としていた場合 （2）権利侵害行為が長い時間を継続した場合 （3）権利侵害によって得た利益が巨額であった場合

			（四）侵权行为对权利人的商誉、市场份额等合法权益造成严重损害； （五）侵权行为对消费者人身安全、生态环境等消费者利益或公共利益造成侵害； （六）侵权行为对行业或者社会造成严重不良影响； （七）侵权人拒不履行法院作出的行为保全裁定、书证提出裁定等法律文书的； （八）其他情节严重的情形。	(4) 権利侵害行為は権利者の商業信用、市場占有率などの合法的な権利利益に重大な損害を与えた場合 (5) 権利侵害行為が消費者の人身安全、生態環境などの消費者利益或いは公共利益を侵害する可能性があった場合 (6) 権利侵害行為は業界或いは社会に対して重大な影響を及ぼした場合 (7) 権利侵害者は法院に下された侵害行為の保全命令、文書提出命令などの法律文書を拒否した場合 (8) その他の事由があった場合
			第九条　惩罚性赔偿的基数计算 　确定惩罚性赔偿的基数包括： （一）权利人因被侵权所受到的损失； （二）侵权人因侵权所获得的利益； （三）许可使用费的合理倍数。 　惩罚性赔偿的基数不包括权利人的维权合理开支	９条　懲罰的損害賠償の算定基準 　懲罰的損害賠償の算定基準を確定するとき、以下のものを含む： (1) 権利者の権利侵害によって被った実際の損失 (2) 権利侵害によって得た利益 (3) ライセンス料の合理的な倍数。 　懲罰的損害賠償の算定基準に、権利者は権利侵害を主張するために支出した合理的な経費が含まれない。
			第二十一条　惩罚性赔偿与行政罚款、刑事罚金的关系 　侵权人以其同一侵权行为已受到行政罚款或刑事罚金处罚为由，请求抵销惩罚性赔偿的基数的，一般不予支持。侵权人已被处以刑事罚金或行政罚款的，在确定赔偿倍数时，可酌情予以考虑。	21条　懲罰的損害賠償と行政・刑事罰金の関係 　権利侵害者は既に行政或いは刑事罰金が課されたことを理由として、懲罰的損害賠償の算定基準と相殺するようと請求した場合、通常では、この請求を支持しない。権利侵害者は既に行政或いは刑事罰金が課された場合、懲罰的損害賠償の倍数を確定するときに、斟酌して考慮することができる。

参考資料２

地方条例

番号	年月日	条例名	中国語原文	日本語訳文
1	2020年 9月25日	上海市外商投資条例	第29条 本市依法严格保护外国投资者、外商投资企业的知识产权，推进跨区域、跨部门知识产权快速协同保护机制建设，不断完善司法和行政执法知识产权保护体系，依法惩处侵犯外国投资者、外商投资企业知识产权的行为。 本市各级人民法院对于外国投资者、外商投资企业涉及知识产权的证据保全、行为保全申请，应当快速受理和审查，依法裁定并立即执行。对于重复侵权、恶意侵权以及其他具有严重侵权情节的侵权行为，依法适用惩罚性赔偿等惩处措施。适时出台有关法律适用指引，发布中英文知识产权司法保护典型案例。	29条 本法は法に基づき外国投資者と外商投資企業の知的財産権を厳格に保護し、区域又は部門横断的知的財産権の迅速な協同保護メカニズムの構築を推進し、司法と行政法執行の知的財産権保護体系を絶えず改善し、法に基づき外国投資者と外商投資企業の知的財産権を侵害する行為を罰する。 本市の各級人民法院は外国投資者と外商投資企業の知的財産権に関わる証拠保全、行為保全の申立に対して、迅速に受理と審査し、法に基づき裁定し、直ちに執行しなければならない。反復的な権利侵害行為、悪意による権利侵害行為、およびその他の情状が重大な権利侵害行為に対して、法に基づき懲罰的損害賠償などの罰する措置を適用する。関連法律の適用に関するガイドラインを適時に示し、中国語と英語版の司法による典型的知的財産案例を発布する。

参考資料３

知的財産権侵害民事事件の審理における懲罰的損害賠償の適用に関する解釈

（2021年３月３日より施行）

中国語	日本語
第一条 原告主张被告故意侵害其依法享有的知识产权且情节严重，请求判令被告承担惩罚性赔偿责任的，人民法院应当依法审查处理。 本解释所称故意，包括商标法第六十三条第一款和反不正当竞争法第十七条第三款规定的恶意。	１条 原告は被告が故意に知的財産権を侵害し、かつ情状が重大であることを理由として、懲罰的損害賠償を請求するときに、人民法院が法に基づいて審理すべきである。 本解釈のいう「故意」には、商標法63条1項と不正競争防止法17条3項における「悪意」を含めている。
第二条 原告请求惩罚性赔偿的，应当在起诉时明确赔偿数额、计算方式以及所依据的事实和理由。 原告在一审法庭辩论终结前增加惩罚性赔偿请求的，人民法院应当准许；在二审中增加惩罚性赔偿请求的，人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。	２条 原告は懲罰的賠償を請求する場合、訴訟を提起する時に賠償額、算定方法及び根拠事実と理由を明確に示さなければならい。 第一審の口頭弁論終結前に、原告が請求の内容に懲罰的損害賠償を追加する場合、人民法院は当該請求内容を認めるべきである。第二審の審理中に、懲罰的損害賠償の請求が追加された場合には、人民法院は当事者の自由意思の原則［自願的原則］に基づいて調停を行わなければならない。調停が不調に終わった場合には、当事者に別途提訴するようと告知しなければならない。
第三条 对于侵害知识产权的故意的认定，人民法院应当综合考虑　被侵害知识产权客体类型、权利状态和相关产品知名度、被告与原告或者利害关系人之间的关系等因素。 对于下列情形，人民法院可以初步认定被告具有侵害知识产权的故意： （一）被告经原告或者利害关系人通知、警告后，仍继续实施侵权行为的； （二）被告或其法定代表人、管理人是原告或者利害关系人的法定代表人、管理人、实际控 （三）被告与原告或者利害关系人之间存在劳动、劳务、合作、许可、经销、代理、代表等	３条 知的財産権侵害における「故意」の認定について、人民法院は、侵害された知的財産権となる客体の種類、権利の状態及び関連する製品の知名度、被告と原告又は利害関係者との関係などの要素を総合的に考慮しなければならない。 以下のいずれかの事由があった場合、人民法院は被告が故意に知的財産権を侵害したと認定を行うことができる。 (1) 被告が原告又は利害関係者などから何度も通知若しくは警告を受けた後もなお侵害行為を行った場合 (2) 被告又はその法定代表者・管理人が、原告又は利害関係者の法定代表者・管理人・実際の権利利用者であった場合 (3) 被告と原告又は利害関係者の間に労働・雇用・提携・ライセンス・販売・代理・代表などの関係があり、かつ侵害された知的財産権に接触した場合

（四）被告与原告或者利害关系人之间有业务往来或者为达成合同等进行过磋商，且接触过被侵害的知识产权的； （五）被告实施盗版、假冒注册商标行为的； （六）其他可以认定为故意的情形。	(4) 被告と原告又は利害関係者との間に取引関係があった、或いは契約の締結に交渉し、かつ侵害された知的財産権に接触した場合 (5) 被告が模倣品を製造し、登録商標を偽った行為があった場合 (6) その他故意と認められる事由があった場合
第四条 对于侵害知识产权情节严重的认定，人民法院应当综合考虑侵权手段、次数，侵权行为的持续时间、地域范围、规模、后果，侵权人在诉讼中的行为等因素。 被告有下列情形的，人民法院可以认定为情节严重： （一）因侵权被行政处罚或者法院裁判承担责任后，再次实施相同或者类似侵权行为； （二）以侵害知识产权为业； （三）伪造、毁坏或者隐匿侵权证据； （四）拒不履行保全裁定； （五）侵权获利或者权利人受损巨大； （六）侵权行为可能危害国家安全、公共利益或者人身健康； （七）其他可以认定为情节严重的情形。	４条 知的財産権侵害における情状が重大であることの認定について、人民法院は権利侵害の手段、回数、権利侵害行為の持続時間、地域範囲、規模、結果、権利侵害者の訴訟係属中における行為などの要素を総合的に考慮しなければならない 以下のいずれかの事由があった場合、人民法院は情状が重大であると認定することができる： (1) 権利侵害によって行政処罰或いは法院に下された責任を受けた後、再び同様若しくは類似の権利侵害行為を行った場合 (2) 完全に知的財産権侵害を業としていた場合 (3) 証拠を偽造又は隠滅するなどの行為があった場合 (4) 保全命令を拒否した場合 (5) 権利侵害によって得た利益が巨額であった場合 (6) 権利侵害行為が国家安全、公共利益或は人身健康に危害を及ぼす可能性があった場合 (7) その他情状が重大であると認められる事由があった場合
第五条 人民法院确定惩罚性赔偿数额时，应当分别依照相关法律，以原告实际损失数额、被告违法所得数额或者因侵权所获得的利益作为计算基数。该基数不包括原告为制止侵权所支付的合理开支；法律另有规定的，依照其规定。 前款所称实际损失数额、违法所得数额、因侵权所获得的利益均难以计算的，人民法院依法参照该权利许可使用费的倍数合理确定，并以此作为惩罚性赔偿数额的计算基数。	５条 人民法院は、懲罰的損害賠償額を確定するとき、各関連法律に基づき、原告の実際の損失額、被告の違法所得額、或いは権利侵害により得られた利益を算定基準としなければならない。当該算定基準には、原告が権利侵害を抑止するために支出した合理的な経費が含まれない。その他法律に規定がある場合、それに従う。 前項で示した実際の損失額、違法所得額、侵害によって得られた利益がいずれも算定困難な場合、人民法院は法に基づいて当該権利のライセンス料の倍数を参照して合理的に確定し、これを懲罰的損害賠償額の算定基準とする。

人民法院依法责令被告提供其掌握的与侵权行为相关的账簿、资料，被告无正当理由拒不提供或者提供虚假账簿、资料的，人民法院可以参考原告的主张和证据确定惩罚性赔偿数额的计算基数。构成民事诉讼法第一百一十一条规定情形的，依法追究法律责任。	人民法院が法に基づき被告に権利侵害行為に関する帳簿・資料の提供を命じたにもかかわらず、被告が正当な理由なく拒否し、或は虚偽の帳簿・資料を提供した場合、原告の主張と証拠を参考にして懲罰的損害賠償額の算定基準を確定することができる。民事訴訟法111条の規定する責めに帰すべき事由があった場合、法に基づき責任を追及する。
第六条 人民法院依法确定惩罚性赔偿的倍数时，应当综合考虑被告主观过错程度、侵权行为的情节严重程度等因素。 因同一侵权行为已经被处以行政罚款或者刑事罚金且执行完毕，被告主张减免惩罚性赔偿责任的，人民法院不予支持，但在确定前款所称倍数时可以综合考虑。	６条 人民法院は法に基づき懲罰的損害賠償額の倍数を確定するとき、被告の主観的故意又は過失、侵害行為における情状の重大の度合いなどの要素を総合的に考慮しなければならない。 被告が同一の権利侵害行為によってすでに行政或いは刑事罰金が課され、かつ執行が完了したため、懲罰的損害賠償額との相殺を請求する場合、人民法院はこの請求を支持しないが、前項で示した倍数を確定するときに、斟酌して考慮することができる。
第七条 本解释自2021年3月3日起施行。最高人民法院以前发布的相关司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。	７条 本解釈は2021年3月3日より施行する。最高人民法院が以前に発表した関連する司法解釈と本解釈が一致しない場合は、本解釈に従う。

講　　演

援助による自殺を求める被収容者の権利*

ヘニング・ローゼナウ
小名木　明　宏（訳）

A．はじめに

自殺援助（Suizidhilfe）の問題はここ数年多くの国で道徳、倫理、そして法の観点から激しく議論されている。スイスでは刑法115条が従来から自殺援助（Suizidassistenz）は、それが自分勝手な動機による場合にだけ、可罰的としている。ドイツでは憲法裁判所が2020年２月26日に、４年ほど存続した刑法規範「業としての自殺援助」（旧217条）を憲法違反であるとした[1]。そのうえ、それを引き継ぐ諸規定ができるかどうかも不透明である。連邦議会内部[2]や学会[3]から出された多くの法律案が議論されているが、どれも憲法裁判所の提示した基準に収まることはできて

---

* 本稿はかつての助手Felix Flaig（現在は Juristenfakultät der Universität Leipzig, Lehrkraft für besondere Aufgaben im Strafrecht）との研究プロジェクトによるものである。

[1] BVerfGE 153, 182.

[2] Um die Abgeordneten *Helling-Plahr, Lauterbauch* und *Sitte*, BTDrucks. 20/2332; *Künast*, BTDrucks. 20/2293; und *Castelluci*, BTDrucks. 20/904.

[3] *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing*, Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorge zum Leben, 2. Aufl. 2020; *Dorneck/Gassner/Kersten/Lindner/Linoh/Lorenz/Rosenau/Schmidt am Busch*, Sterbehilfegesetz. Augsburg-Münchner-Hallescher-Entwurf, 2021 (AMHE-SterbehilfeG).

いない[4]。これはポイントを絞って、生命の終期についての自己決定のための制限されることのない、広く了解された基本権であると論じており[5]、それはドイツ基本法１条１項、２条１項による普遍的人格権を明確にしたものである[6]。これに同調し、その後すぐにオーストリア刑法78条後段による自殺幇助の可罰性を憲法違反としたオーストリア憲法裁判所[7]の例に見られるように、比較法的に形成されつつあるトレンドを継承しているのである。欧州人権裁判所は、今では確立された判例―最近ではスイスの事件―において、いつ、いかなる方法で自分の生命を終えるかを自分自身で決定する個々人の権限を欧州人権条約８条に認めている[8]。要するに、生命の終期についての自己決定を尊重し、臨死介助（Sterbehilfe）の自由化へとつながる一般的な傾向が認められる[9]。

ここでのドイツの議論は目下のところ自殺援助に集中している[10]。こ

---

[4] *Rosenau*, medstra 2021, 133 ff.

[5] *Sternberg-Lieben,* GA 2021, 161.

[6] BVerfGE 153 182, 261 f., Rn. 209. Zustimmend *Brunhöber*, NStZ 2020, 538, 539; *Hecker,* GA 2016, 455, 463; *Kienzerle,* Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 63 ff.; *Sachs,* GS Tröndle, S 641, 645; *Schroth,* GesR 2020, 477, 478 f; *Saliger,* Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 63 f. 基本法２条２項の保護機能が援用されるべきかという憲法上の位置付けについては *Rosenau/Sorge*, NKP 2013, 108, 110.

[7] Öst VfGH Erkenntnis v. 11.12.2020 – G 139/2019-71, MedR 2021, 538 ff. Rn. 104.

[8] EGMR *Haas/Schweiz*, NJW 2011, 3773 Rn. 51; その後の裁判例については *Koch/Deutschland,* NJW 2013, 2953 Rn. 51 f.; *Lambert/Frankreich,* NJW 2015, 2715 Rn. 142. Vgl. *Sperlich,* Suizidbeihilfe in der Rechtsprechung des EGMR, 2019, S. 140.

[9] 概観については、LK-*Rosenau*, vor §§ 211 StGB, 13. Aufl. 2023, Rn. 35 ff.; *Rostalski*, GA 2022, 209.

[10] 旧217条についての連邦憲法裁判所の判決により、216条「要求に基づく殺人」による積極的臨死介助の禁止も限定されるのかという問題は、まだ始まったばかりである。たとえ積極的臨死介助は無条件に可罰的であることが、もはやうまく理由づけられなくても、その問題はここでは括弧付きの保留にしたい。vgl. LK-*Rosenau*, vor §§ 211 StGB, 13. Aufl. 2023, Rn. 49; *Öz,* JR 2020, 428, 433;

れが行刑と処分においても認められるべきかどうかの問題につながっている。社会の高齢化は被収容者についても歯止めがかかっていない。被収容者はずっと高齢化しつづけている[11]。そして、そこでは常に自殺がテーマとなっている。最新の研究では、被収容者の自殺率は一般社会でのそれと比べて明らかに高い[12]。したがって、収容施設生活での生命の終期についての自己決定にどのような意義が認められるのかが問われるのである。

ドイツでの議論がなお初期の段階にとどまっている一方で、スイスではすでに長らく議論がなされてきている。2023年２月28日にスイスの団体「Exit」はツーク州のボスターデル刑事施設の被収容者に対して初めて自殺援助を実施した。すでに2020年に州の司法・警察長官らは、援助による自殺を行刑においても一定の条件の下で可能とすることで合意していた。この判断の基礎となったのはとりわけチューリッヒ大学の法律意見であった[13]。

収容施設での援助による自殺の許可を求める最初の申請はすでにドイツの被収容者からも提出されている。本稿はドイツの視点から収容施設における自殺援助の許容性の本質的な問題を検討するものである。

Pietsch, KriPoZ 2022, 148, 157. BGH も生命の終期についての自己決定権と216条が矛盾するとみている。BGH, NJW 2022, 3021, 3023, Rn. 23; ebenso *Dorneck et al* (Fn. 3), S. 55; *Hörnle,* JZ 2020, 872, 873 u. 876; *Lobinger,* in: Uhle/Wolf (Hrsg.), Entgrenzte Autonomie? 2021, S. 46, 49; *Sternberg-Lieben,* GA 2021, 161, 170 f.; *Weilert,* MedR 2020, 814, 818; *Rostalski,* GA 2022, 209, 228.

[11] *Drenkhahn*, in: Maelicke/Suhling (Hrsg.), Das Gefängnis auf dem Prüfstand, 2018, S. 51 (60).

[12] Vgl. *Bennefeld-Kersten*, Suizide von Gefangenen in Deutschland 2000 – 2012, 2012, S. 36, 42 ff.; *Suhling/Dietzel,* Suizide im deutschen Justizvollzug 2000 bis 2017, 2018, S. 11 f.

[13] *Tag/Baur,* Suizidhilfe im Freiheitsentzug, Expertise zuhanden des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Justizvollzug, abgerufen unter: https://www.skjv.ch/sites/default/files/documents/Gutachten_Suizidhilfe_im_Justizvollzug.pdf (Stand: 04.04.2023).

B．行刑における自殺援助

Ⅰ．収容施設における基本権

1972年の憲法裁判所の判決以降、ドイツでは被収容者は「執行中の市民」[14]として基本権を享有できることが認められている[15]。収容施設での基本権の制限はそれ以来、法的な根拠が必要とされ、合憲的な正当化に堪えうるものでなければならず、とりわけ比例原則の基準を満たすものでなければならない。そのような基盤は1976年に連邦レベルでは行刑法[16]により形作られた。2006年の連邦制度改革の中で、州へ立法権限が委譲されたことにより、各州は独自の行刑法[17]を立法し、そこでは連邦法の諸規定を本質的に受け継いだ。

Ⅱ．行刑法における自殺防止の基本思想

その際、施設内（*intra muros*）[18]での自殺防止の基本思想も一緒に受け継いだ。「特別な保安措置」および「健康扶助のための強制措置」に関する規定は各行刑施設に自殺防止のための包括的な予防的・抑止的介入権限を認めている（vgl. z.B. § 89 JVollzGB I Sachsen-Anhalt）。従って自殺の危険が高度に認められる被収容者は、特に厳重な拘禁区画に収容されるか、さらに身体の拘束が行われる。被収容者の生命の危険が切迫している場合には、一定の条件の下で本人の自然的意思に反する医学的措置が認められる。確かに医学的強制措置の範囲では州法の多数は被収容者の洞察能力により差異を設けている。洞察能力のある患者は憲法的に保障された「病気の権利」を享有することで医学的に適応する侵襲を

---

[14] *Goerdeler*, in: Feest/Lesting/Lindemann (Hrsg.), Strafvollzugsgesetze, 2022, § 4 LandesR Rn. 4.

[15] BVerfGE 33, 1. (Strafgefangenen-Entscheidung).

[16] Strafvollzugsgesetz vom 16. März 1976 (BGBl I, S. 581).

[17] スイスも25州にわたる州ごとのばらつきがある。vgl. *Tag*, in: Tag/Hillenkamp (Hrsg.), Intramurale Medizin im internationalen Vergleich, 2008, S. 1, 23 ff.

[18] この概念については、

拒否することができる。その際には、連邦憲法裁判所がそのような強制措置は狭い限定においてのみ認められるとした[19]ことに注意しなければならない。しかし、自殺の研究から自殺の大多数が精神的な疾病、鬱、中毒依存に関連していることがわかっている。多くの場合、それは人格的な危機状態であり、短絡的な自殺行為へとつながる。確かに、自殺の意図から意思の自由を排除する精神的疾病の存在を結論付ける[20]ことは、かつては精神科医がそのように判断する傾向があった[21]ものの、許されない。しかし、収容されているという事実との関連では、被収容者の自律と判断・洞察能力[22]への脅威がとりわけ重大なものであるということは明白である。他方で、自殺行為者の判断により実行された自由答責的な自殺も存在する。

また、収容施設がそのような自由答責的な自殺に際しても自殺防止の執行規定を的確に運用できるかという究極の不安も存在する。例として、ノルトライン・ヴェストファーレン州クレーヴェでは、自殺を望む被収容者がいて、致死量の薬物の手渡しによる自殺援助の方法を施設長に申請し、これにより数日間にわたり自殺の危険があるという理由により特に厳重な拘禁区画に移されたということがあった[23]。

この規定とは対照的に、同じく行刑法に規定された社会同化の原則[24]も存在する。これにより、執行は一般的な生活関係にできる限り近づけなければならないのである。施設の外での自殺援助が連邦憲法裁判所の

---

[19] BVerfG StV 2012, 94; BVerfG StV 2012, 102; zuletzt: BVerfG medstra 2022, 36.

[20] OLG Zweibrücken, NJOZ 2006, 3171, 3176.

[21] *Wedler,* Suizid kontrovers, 2017, S. 132 f.

[22] これと責任能力の欠如については正しく理解されなければならない LK-*Rosenau*, vor §§ 211 StGB, 13. Aufl. 2023, Rn. 103; so auch BVerfGE 153, 182, 274, Rn. 242; SK-*Sinn*, § 212 Rn. 13 ff.

[23] OLG Hamm, medstra 2021, 401 m. Besprechung *Lindemann*, medstra 2021, 344.

[24] この社会同化の原則について詳細は *Lesting*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze, 2022, § 3 LandesR, Rn. 22 ff.

判決により自己決定に基づく死の権利として認められている限り、これは施設内での行刑にも妥当するべきであろう。

拘禁に特有の事情は、行刑における自己決定に基づく死の権利の適用範囲を閉ざすとか、特別な介入を認めるだけの利益があり、これが基本権の包括的な制限を正当化するというならば、別の見方も可能であろう。

Ⅲ．施設内での自由答責性

そこで、適用範囲の観点では、施設に収容された人間の判断能力に関する問題が出てくる。生命の終期に関する自己決定は、自律的な判断を下す能力を前提としている。自己決定に基づく死の権利を行使する基本的前提を連邦憲法裁判所は「自由答責性」と表現した[25]。それは自殺を望む人の自然的洞察・判断能力の存在、自殺を望む者に瑕疵がないこと、そして、自由な死への決定が内心的に確固たるものを前提としている[26]。

施設の外では、精神の障害、あるいはその他の障碍がない限り、この判断能力は原則として推定されうる[27]。これに対して、拘禁という例外状況はそのような推定を難しくする。つまり、「自由な意思が、自由のない状態でも、無制限に把握され、認められうるのかが問題視されうる」[28]。被収容者は、日常的にその判断能力において、一般社会の中で生活する人とは全く別の影響にさらされており、これは拘禁ショックや拘禁疲れといった固有の現象に現れる。また、収容施設において、精神疾患は自由な社会と比較して優勢であることも確認される[29]。

それでもなお、行刑において、熟慮の末の自殺ないしは得心自殺

---

[25] BVerfGE 153, 182, 273, Rn. 240 ff.
[26] BGH NJW 2019, 3089, 3090; BGH NJW 2019, 3092, 3093 f.
[27] Siehe auch *Tag*, Gutachten S. 52.
[28] Vgl. *Tag*, Gutachten S. 53.
[29] Siehe *Tag*, Gutachten S. 28.

(Bilanzsuizid) をする者は統計的に稀であることが示されている[30]。拘禁以外の場合では、全自殺者の５％が熟慮の上での（得心）自殺をおこなっていると考えられている[31]。しかし、拘禁中に熟慮の末の自殺を最初から排除することはできない[32]。精神疾患のみならず、拘禁中の特別な状況も、それだけでは直ちに判断能力の喪失につながるわけではないからである[33]。

それにもかかわらず、被収容者の判断能力の調査は、一般社会の中での自殺を望む者の調査以上に、大きなハードルとなる[34]。国の扶助義務により、判断能力についての医師の評価は個別的に、そして拘禁の特別な状況を考慮してなされなければならない[35]。彼らに自殺援助の可能性を最初から、そして継続的に排除することは、憲法論的には無理がある。したがって、収容施設においても個別の判断を許すような確実な精神医学的知見が集積される日まで、静観し続けることもできない[36]。死を望む自由は国家によって疑義無く尊重されなければならない。このことはまた、自己決定による死の権利は基本法１条１項の人間の尊厳の直接的

---

[30] So auch *Arloth*, in: Arloth/Krä, Strafvollzugsgesetze von Bund und Ländern, 2021, § 101 StVollzG Rn. 4; *Lindemann*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze, 2022, § 78 LandesR Rn. 13; *Verrel*, in: LNNV, Strafvollzugsgesetze, 2015, M Rn. 152.

[31] *Duttge,* ZfL 2012, 51, 52; *Saliger* Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 49.

[32] *Lindemann*, medstra 2021, 344, 348.

[33] *Hecker/Kusch*, Handbuch Sterbehilfe, 2.Aufl. 2021, S. 443 ff.; *Laue*, in: Hillenkamp/Tag (Hrsg.), Intramurale Medizin, Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug, 2005, S. 217, 236.

[34] *Tag/Baur,* Suizidhilfe im Freiheitsentzug, Expertise zuhanden des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Justizvollzug, S. 57, abgerufen unter: https://www.skjv.ch/sites/default/files/documents/Gutachten_Suizidhilfe_im_Justizvollzug.pdf (Stand: 04.04.2023).

[35] *Breitschmid*, in: Tag/Groß (Hrsg.) Tod im Gefängnis, 2012, S. 143, 146 f. spricht von „verschärftem Regime".

[36] Anderer Ansicht *Tag* im Gutachten, S. 57.

な部分ではない[37]ものの、しかし、それに根拠づけられてもいるということとも関連する。連邦憲法裁判所は、自己決定による生命の終期というきわめて重要な意義を根拠にして、人間の尊厳との特別な関連性の中にこの権利を理解しているのである[38]。自らの死に対する決定は自律的な生命体としての個々人の人格的な地位の重要な表出である。自由な決定をゆるがす危険性が高いことを理由に、このような判断能力を一般的、絶対的に否定する者は被収容者から自己決定に基づく死を求める彼らの人権を奪うことになる。したがって基本権の適用をあっさりと否定することは許されない。様々な制限がなされてよいかは、まずは比例原則に従って判断されなければならない。

Ⅳ．拘禁中に自己決定による死を求める権利を制限する根拠

自由答責的な自殺の判断が拘禁中にも原則的に可能であるとすると、収容施設における自己決定による死を求める権利の行使を包括的に制限することは、優越的な対抗利益を根拠にしてのみ正当化されるであろう。連邦憲法裁判所に従うと、自己決定による死を求める権利への介入は、それが優越的な一般的利益または第三者の基本権として保護された利益のために行われる場合、比例原則の限度で、正当化される[39]。

１．国家による保護・扶助義務

まず、国家による保護・扶助義務が挙げられねばならない。人の生命に対する普遍的な国家的保護義務（Art. 2 Abs. 2 S.1 GG）と並んで、拘禁中は、被収容者の健康扶助のための収容施設の特別な義務が存在す

[37] *Hilgendorf,* in: Gröschner et al. (Hrsg.), Wege der Würde, 2023, S. 191, 200.
[38] BVerfGE 153, 182, 266 u. 283, Rn. 218 u. 266; *Kaiser/Reiling*, in: Uhle/Wolf (Hrsg.), Entgrenzte Autonomie? 2021, S. 120, 154; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, 4. Aufl. 2021, § 3 Rn. 2; krit. *Hartmann*, JZ 2020, 642, 644.
[39] BVerfGE 153, 182, 267, Rn. 221 ff.

る[40]。

しかし、この義務はまず第一に適切な医学的援助を求める権利を被収容者に保障するものである[41]。受忍義務という逆の意味では理解されていない[42]。一般社会におけるのと同様に拘禁中の洞察力ある患者も強制的治療に服する必要はないこともこれを示している。患者としての被収容者の自己決定権はこのような事案では客観的な理性ある国家高権に優越するのである[43]。同じことは、拘禁中の自由答責的な自殺の決意についても妥当しなければならない。

同様に、人の生命に対する普遍的な国家的保護義務は、自殺についての自律的な判断と対立するものではない。連邦憲法裁判所は保護義務をおそらくは繊細なグループ、とりわけ精神疾患の患者を考慮して、自己決定による死を求める権利を制限するために用いたのであろう[44]。厳密に言えば、そこでは対象者の自律の保護が問題なのである。従って、自己決定による死を求める権利が制限されてよいかという問題ではなく、むしろ、自由権の適用範囲を認めるかどうかの問題なのである。ある人の自律能力が保証されていない限り、国家による生命の保護は優先される。自律能力が認定されると、国家の生命保護は衡量基準としては無用になる。

---

[40] *Arloth*, in: Arloth/Krä, Strafvollzugsgesetze von Bund und Ländern, 2021, § 56 Rn. 1, § 88 Rn. 2a; *Galli/Lesting*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze, 2022, Vor § 62 LandesR, Rn 2; *Kaiser/Schöch*, Strafvollzug, 5. Auflage 2003, § 7 Rn. 145, § 8 Rn. 15.

[41] *Laue*, in: Hillenkamp/Tag (Hrsg.), Intramurale Medizin, Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug, 2005, S. 217, 234.

[42] *Laue*, in: Hillenkamp/Tag (Hrsg.), Intramurale Medizin, Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug, 2005, S. 217, 234.

[43] Bezüglich Krankheit so ausdrücklich: BVerfG, StV 2012, 944.

[44] BVerfGE 153, 182, 270, Rn. 231 ff.

２．再社会化

ドイツ行刑法の第一の目的は、犯罪者を社会へ再び受け入れることと、社会的責任において犯罪行為を行うことなく生活できるようにすることである[45]。拘禁中の（援助による）自殺を認めると、この目的は、もはや実現できない。

もっとも、再社会化は自己目的ではない。その背後には、社会福祉国家原理と並んで、まずは普遍的人格権による被収容者の基本権（Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG）が存在する[46]。このことから、一方では、再社会化に関する被収容者の自律的利益がそのためには不可欠であり[47]、他方では、自らの自己決定権に基づいてこの基本権を放棄しうるということが明らかになる[48]。

一般社会の中で暮らす人が自由答責的に自殺の決断をすると、それはもう生きていたくないということの表明である。自己決定による死を求める権利は、この決断の尊重を要請する。同じことは、拘禁中の人にも妥当しなければならない。社会に受け入れたいという理由で、自己決定による死を求める権利の行使を被収容者に認めないのは、正しいとは思えない。まして、自由になったその初日に、真剣に死を望んで、さよならしてしまうかもしれないのである。

---

[45] Siehe § 2 Satz 1 StVollzG; BVerfGE 35, 235; *Lindemann*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze, § 2 LandesR, Rn. 6 ff.; *Laubenthal*, Strafvollzug, Rn. 139 ff.

[46] BVerfGE 98, 200; *Lübbe-Wolf*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug, S. 46 ff.; *Jarras*, in: Jarras/Pieroth/*Jarras*, GG, Art. 2 Rn. 50, 72a.

[47] *Lindemann*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze, Vor § 2 LandesR, Rn. 4; 被収容者の「社会的義務」については *Laubenthal*, Strafvollzug, Rn. 148.

[48] 基本権の放棄については：*Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 23 Rn. 19 f.

3．刑罰の目的と国家の刑罰権

最後に、国家の刑罰権は、拘禁中の（援助による）自殺を認めない根拠となりうる[49]。第四の段階に行刑を含む全刑事手続きは、通説によれば、実体刑法を実現するものであり、このように見ると、いわゆる国家刑罰権を貫徹するものである[50]。我々は刑法を理解して、ここから国家の刑罰権を導き出しているが、それはここでは刑罰の目的につながる。ここで、行刑における援助による自殺を認めることはこの刑罰の目的を無効にするかという具体的な問題が出てくる。そのままの表現で言えば、刑期が終了する前に自殺した場合、被収容者は。結局、これから逃れることになろう[51]。拘禁中に自殺する被収容者は「正当な刑罰」から逃れているという言い方をすると、相違なく、少々攻撃的に反駁されるだろう。行為者は自分自身の決断で、自らの死を以って行為を償っているという反論もこれと同じレベルである。手間をかけて、刑罰の目的を少し詳細に検討してみよう。

周知のように刑罰の目的は議論のあるところである。絶対的刑罰論は刑罰を将来の目的から切り離す（absolutus［lat.］: losgelöst）。規範の侵害によって行われた不法への応報だけが問題となる。すでに聖書に含まれるこの考え方は *Immanuel Kant*[52]と *Georg Friedrich Wilhelm Hegel*[53]によって理念化され、応報刑論として解釈された。その航跡は今日なお刑法46条１項１文に見られ、これにより刑罰は責任に応じたものでなければならず（そしてそれを越えてはならない！）、よって、違法で有責的な行為は報いを受けなければならない。これに対して、相対的刑罰論

---

[49] 行刑における刑罰権については：*Lindemann*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze, § 2 LandesR, Rn. 3 ff.

[50] *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, Rn. 1.

[51] In diese Richtung*: Kaiser/Schöch*, Strafvollzug, § 8 Rn. 17.

[52] *Kant*, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, Die Metaphysik der Sitten, herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Bd. IV, Darmstadt 1956, S. 452 – 455

[53] *Hegel*, Grundlegung der Philosophie des Rechts, 1821, §§ 97 – 100.

は刑罰を不法と責任を越えて将来的に犯罪行為が行われないようにする目的と関係づける（referre, relatus［lat.］）。これは消極的一般予防論では威嚇によって実現され[54]、*Jakobs* の積極的一般予防論では、規範の妥当性が確証されることで、安定した規範の信頼性を通じた法忠実性の学習によって実現される[55]。その際、一般予防論の論者は公共に着目する。現行法ではこの理論の航跡は、47条１項、56条３項の「法秩序の防衛」という文言に見出される。これに対して、1889年から1898年までハレ・ヴィッテンベルク大学の刑法教授であった *Franz von Liszt* に遡る特別予防論は、改善、威嚇、あるいは社会から確保されるべき行為者を中心に考える[56]。これもまた現行法に見出される。つまり、46条１項２文、47条１項（「行為者に対する効果」）、56条１項である。ここでは、行刑法も加わる。つまり、行刑法２条は、被収容者、すなわち犯罪者が将来、犯罪をしない生活を送れるようにすることが執行の目的であるとしている。

個々の理論はそれ自体取り上げれば批判は可能である。本テーマとの関係でこれ以上の議論については、個別の刑罰目的を魔方陣の中で組み合わせるだけでなく、それぞれの具体的な機能に応じた特別の意義を付与する *Roxin* の妥当な体系構築を取り上げてみるといいだろう。彼は、刑罰の目的は論理的に段階付けて組み合わされるべきであるという。つまり、立法者による抽象的刑罰威嚇に関しては消極的一般予防論が、具体的な科刑に関しては絶対的刑罰論と積極的一般予防論が、行刑に関しては特別予防論が、とくに重要となるのである[57]。

国家の刑罰権の背後にあるどの刑罰目的が危うくされるのかを問う場合、この重点配分によれば、我々は特別予防に集中しなければならない。

---

[54] *Paul Johann Anselm von Feuerbach*, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1801, §§ 12 ff.; *Cesare Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1764.

[55] *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1/14 ff.

[56] *Franz v. Listz*, ZStW 3 (1883), 1, 33 f.: Marburger Programm.

[57] *Roxin*, JuS 1966, 377 ff.

行為者の消極的特別予防は、（援助による）自殺を決断する際、この実現を保障することになる。刑法の規範はここでは無関係である。規範の妥当性の確証（積極的一般予防論）も応報（絶対的刑罰論）もすでに有罪判決の段階で保障されている。従って、刑期を満了するかどうか問題ではない。保護観察のための刑の執行猶予の場合、*Roxin* の論理ではある観点がなおざりにされることになる。これについてはさらに見てみよう。

被収容者が生命を絶つことを望む場合、特別予防の観点は無に帰することになる。どんなに遅くとも収容が終了した時点で、自殺の意思は実現されうるだろう。しかし、その時には特別予防の対象である本人はもはや生存していないのである。死者はもはや処罰できない。同様の状況は今日、病気で生命が危ぶまれている犯罪者に見てとることができる。かつての東ドイツの国家主席であり、社会主義統一党書記長、つまり東ドイツの政治的指導者であった *Erich Honecker* は、有名な例である。重篤なガンという診断[58]に鑑みて、ベルリンの憲法裁判所は *Honecker* 氏の尊厳を侵害するものと考えた。もはや刑罰の目的は達せられず、自己目的化するので、この刑事手続きはその意義を失ったとしたのである[59]。これが言わんとするところは、自殺を確固と決意した犯罪者にもあてはまる。病気により、あるいはその他の状況により死が迫った被収容者には、徹底してその意思に反しないように、拘禁の最後の日まで延命措置がなされるのである。

これに加えて、これまで述べてきたことから明らかなように、国家の刑罰権は絶対的なものではない。終身刑であっても15年経過後には保護観察のための刑の執行停止（57a 条）がなされる可能性があるというこ

[58] ベルリン高裁 KG, NJW 1993, 347 は1992年12月21日に、Honecker は悪性の肝臓ガンのためほぼ確実に刑事手続きに耐えられないであろうとした。しかし、現実には考えられていたほど致命的ではなかった。Honecker は病を患いながらもチリに住む娘のところで二年ほど生きながらえた。彼は1994年５月29日に死亡した。

[59] Berliner Verfassungsgerichtshof, NJW 1993, 515, 517.

とは、一度科せられた刑罰がいかなる状況下でも最後の日まで執行されねばならないというわけではないということになる。立法者が６月以上の自由刑の執行猶予について、それでも一般予防のストップガードを規定したことは目を引く。法秩序の防衛が要請される場合には、56条３項、つまり、消極的または積極的一般予防の視点が執行継続を要請する時は、自由刑の執行猶予というわけにはいかないのである。規範の妥当性を明確にするために行刑がなされるという考え方は、これが被収容者の自己決定による死を求める権利をはるかに上回るというほどまでの重みをもっているわけではない。なぜなら行刑においても人間の尊厳は尊重されるべきであり、これは重大犯罪者に対しても同様である[60]。ここに根拠づけられる自由答責的な（援助による）自殺を求める権利は国家の刑罰権の問題で妨げられないのである[61]。さもないと、被収容者が生存する目的が専ら国家の刑罰権の実現の中に存在すること、つまり、国家の行為の単なる対象になり下がることになるからである[62]。

Ⅴ．刑事施設の協力義務

拘禁中の自由答責的に援助された自殺を認める場合、実際の運用の問題がある。ある被収容者がドイツで当該施設に対して要求したように、死をもたらす薬物を手渡すことは、これに伴う危険性を理由として、簡単に実現可能であるとは思えない。現行の規定から離れても、このような自殺援助は施設の保安と秩序から拒否されるであろう。それに関連する規定は各州の行刑法に存在する[63]。

これとは別に臨死介助団体や医師による自殺援助を利用することも考えられる。その場合、施設の保安を考慮して、例えば、施設内での面会

---

[60] BVerfGE 72, 105, 118.

[61] Vgl. BVerfGE 45, 187, 245; BVerfGE 117, 71, 95.

[62] *Laue*, in: Hillenkamp/Tag (Hrsg.), Intramurale Medizin, Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug, 2005, S. 217, 224.

[63] Vgl. § 4 Abs. 2 S. 2 StVollzG.

許可により[64]、あるいは施設外で開放処遇により[65]実現可能である。しかし、どちらにしても施設の協力は必要となる。被収容者の権利がここまで認められるかについては様々な議論により批判されている[66]。

例えば施設管理部のような第三者は自らの良心の自由（Art. 4 Abs. 1 GG）があるのだから、自殺を援助することを義務付けられることがあってはならない[67]。連邦憲法裁判所もその判決の中で明確に、誰も自殺援助へと義務付けられるものではないとしている[68]。このような議論は現在のところ空虚なものとなっている。なぜなら施設とは関係のない臨死介助者による自殺援助を利用することを是とするかについて判断する際、施設管理部は私人としてこれをおこなうのではなく、監督官として、そして基本法を遵守する行政の一部分として行動するからである[69]。

自己決定による死を求める権利は、正当な基本権享有が付与される次元にはないという批判も十分ではない[70]。確かに自己決定による死を求める権利には、他の基本権と同様に基本的に防御機能があることは正しい[71]。しかし、まさにこれは援助による自殺を可能にするよう収容施設

---

[64] Vgl. beispielhaft § 19 StVollzG-NRW.

[65] Vgl. beispielhaft §§ 53 ff. StVollzG-NRW.

[66] Vgl. OLG Hamm, medstra 2022, 403, 404, Rn. 10.

[67] OLG Hamm, medstra 2022, 403, 404, Rn. 11 f.

[68] BVerfGE, 153, 182, 292 Rdn. 289.

[69] Vgl. *Epping*, Grundrechte, 9. Auflage 2021, Rn. 698. 重病患者に致死薬を手渡すことが連邦薬剤研究所に義務付けられているかについての同様の議論：*Gassner/Ruf*, GesR 2020, 485, 491; *Höfling*, ZME 2020, 245, 254; zurückhaltender *Lindemann*, medstra 2021, 344, 346.

[70] Verfehlt *Di Fabio*, Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.3.2017, 3 C 19/15, https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?__blob=publicationFile&v=2; abgerufen am 7.4.2023, S. 22 ff u. 40; *Hillgruber*, JZ 2017, 777, 780; Justizministerium Nordrhein-Westfalen, zitiert nach BVerfG, medstra 2022, 102, 104, Rn. 13.

[71] *Manssen*, Staatsrecht II, 18. Auflage 2021, § 3 Rn. 52 f.

が協力するにより、有効に機能するのである[72]。自殺に際して必要な援助を要求する被収容者の権利を正当にも承認するならば、施設が「提供」できることは、この権利の実行を不可能ならしめる不当な介入をしないことに尽きる[73]。国家による援助が問題なのではなく、収容施設が生命の終期に関する自由な決定を拘禁や施設の規則により妨害したり、よって、基本法１条１項、２条１項に由来する当該被収容者の基本権を制限したりすることを控えることである。それは現存する権利の範囲を拡大するのではなく、既に存在する権利の地位の確証を可能にするものなのである。

C．まとめ

憲法論的な観点からは行刑においても援助による自殺は許されることになる。自殺防止のための行刑法の現行規定が合憲的解釈につながるかどうかであるが、それらの規定が自殺の決意の自由答責性に従った区別をしていないという現状に鑑みれば、疑わしいように思われる。

援助された自殺を行うための施設へ協力を求める権利を普遍的な社会同化の原則に結び付けることは可能であるように思われる[74]。この原則は被収容者の法的な地位が一般社会に置ける状況とできるだけ同化され

---

[72] Zutreffend zur parallelen

[73] 同じく、連邦薬剤研究所が致死薬ナトリウム＝ペントパリビタールを自由化しなければならないかという同様の問題が議論される。(so BVerwGE 158, 142): *Fischer*, HRRS 2021, 24, 28; *Gassner/Ruf*, GesR 2020, 485, 491; *Hufen*, NJW 2018, 1524, 1527 f.; *Fontaine*, Folgen der (Teil-)Kriminalisierung der ärztlichen Suizidassistenz für den Stellenwert der Patientenautonomie am Lebensende., 2020, S. 281; *Lindner/Huber,* medstra 2017, 268, 270; *Huber/Ruf*, medstra 2021, 135, 138; *Scheinfeld,* GS Tröndle, 2019, S. 661, 666 f; *Schütz/Sitte*, NJW 2017 2155, 2156; *Weilert,* MedR 2018, 76, 78; *Sachs,* GS Tröndle, 2019, S. 641, 655; LK-*Rosenau* vor §§ 211 ff., 13. Aufl. 2023, Rn. 102.

[74] Ausführlich dazu: Feest/Lesting/Lindemann/*Lesting*, § 3 LandesR, Rn. 22 ff.; *Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Auflage 2019, Rn. 197 f.

ねばならないということを示している。結局、被収容者の権利は、一般社会において認められている自殺援助への道を可能にするものであり、刑罰は自由の剥奪にのみ本質を置き、その他の基本権の剥奪はなされてはならないという良識が認識されねばならないのである[75]。

州行刑法の合憲的解釈に際しては、とりわけ、三権分立の原則（Art. 20 Abs. 2 und 3 GG）が守られるように注意しなければならない。この議論は行刑法については特に重要であり、そこからは自殺の許容ではなく、自殺の防止のための明確な立法者の意思が読み取れる。基本権の本質的な問題も立法者に立法委任されているのであり、すでに連邦憲法裁判所の判決で問題となった社会における自殺援助の規定に関しても多くの論者がそう考えている[76]。そこには、被収容者の自殺願望が自由な判断と、強制や脅しがない状態でなされたものであることをできる限り保障する安全策が規定されねばならない。収容施設での自殺援助は自律的で、自己決定による決断に基礎を置いている。包括的な啓発とカウンセリングが用意されねばならない。十分な情報が提供されることで、自由に、そして自己決定により、意思が形成される。自殺を望む人の保護には複数人ルール[77]が有効である。つまり、自由答責的な決定について援助を行う施設医の手だけに委ねるのは妥当とは思われない。われわれのAMHE-SterbehilfeG（Gesetz zur Gewährleistung selbstbestimmten Sterbens und zur Suizidprävention: Augsburg-Münchner-Hallescher-Entwurf：自己決定による死の保障と自殺予防のための法律：アウクスブルク・ミュンヒェン・ハレ草案）では、様々な専門領域にまたがって構成され、個別のケースからは完全に独立し、ヒアリングを行ったうえで、自殺願望の任意性、ここで言えば被収容者の自殺願望の任意性についての意見書をまとめるための委員会を提案している[78]。

---

[75] *Feest,* Forum Strafvollzug 2006, 259.

[76] *Kaiser/Reiling* in: Uhle/Wolf (Hrsg.), Entgrenzte Autonomie? 2021, S 120, 134 m.w.N.; *Pfeifer,* KriPoZ 2021, 172, 173; *Schlink,* FAZ v. 22.4.2021, S. 6.

[77] Vgl. *Schütz/Sitte* GuP 2020, 121, 127.

[78] § 10 AMHE-SterbehilfeG:

スイスにおいて既に行われたように、立法化がなされるまでは、行政による解決は可能である。連邦収容施設施設長会議にも同様の専門委員会が存在する。さらに、ノルトライン・ヴェストファーレン州での「自発的餓死」というテーマとの関連での活動[79]に見られるように、布告による州司法省の活動も着目される。

いずれにしても、援助による自殺は収容施設においても正当なものであり、正当な地位が与えられる。

訳者註

本稿は、2023年４月15日14時から北大刑事法研究会特別例会においてなされた同題の講演を翻訳したものである。ヘニング・ローゼナウ教授は1964年にリューネブルクに生まれ、フライブルク大学、ゲッティンゲン大学で法律学を学び、1989年からゲッティンゲン大学のシュライバー教授の研究室で、研究補助員、助手を歴任してきた。1996年に「国家の命令による射殺行為―ドイツ内国境での武器使用に対する国境警備兵の刑事責任について」(Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag. Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze; 2. neubearbeitete Aufl. Baden-Baden 1998) で法学博士号を取得し、2005年には「刑事手続きにおける上告の根拠と限界」(Grund und Grenzen

---

「委員会

(1) 州法により分野横断的に構成され、独立し、死の意思が自由答責的に形成されたかどうかについて意見書をまとめる委員会が構成される。意見書は対象者の個別のヒアリングを前提とする。

(2) 各委員会には、利害関係のない医師、裁判官有資格者、心理学に関する有識者が加わる。構成、組織、手続き、代理人、財源等の詳細は州法で定める。」 *Dorneck et al.*, (Fn. 3).

[79] Legal Tribune Online, Bericht vom 30.8.2021, https://www.lto.de/recht/justiz/j/hungertod-verhungerter-haeftling-nrw-sterbefasten-erlass-anweisungen-selbstbestimmung-sterben-nahrungsverweigerung/ (zuletzt abgerufen am 7.4.2023).

der Revision im Strafverfahren）で教授資格を取得した。その後、ハンブルク・バームベック区裁判所で一年間、刑事裁判官を務めた後、2006年４月にアウクスブルク大学正教授に就任し、2007年７月には就任講演「積極的臨死介助（Aktive Sterbehilfe）」をおこなった。その後、2015年にハレ・ヴィッテンベルク大学教授に就任している。その他詳細は、ローゼナウ教授のＨＰ https://www.jura.uni-halle.de/rosenau/ を参照されたい。

自殺援助の問題は、刑法総論各論の交錯領域であり、とくにドイツでは、刑法217条が「業としての自殺援助の禁止」を規定していたが、憲法裁判所が2020年２月26日にこれを違憲であるとし、同様にオーストリアの憲法裁判所も2020年12月11日に刑法78条後段の自殺関与罪を違憲としている。本文中にもあるように、生命の終期についての自己決定を尊重し、臨死介助の自由化というのが、トレンドとなっている。これについては一般の関心も高く、朝日新聞が「ゴダール監督はなぜ自死を選んだのか 「死を選ぶ権利」を考える」と題して、自殺の問題を連載している（これについては、https://www.asahi.com/rensai/list.html?id=1811&iref=pc_rensai_article_breadcrumb_1811を参照）。

このような死に対する個人の権利の尊重は、一般社会のみならず、刑事施設内においても認められなければならない。というのは、連邦行刑法３条１項により、施設の内外での生活環境を同様に整えねばならず、死に対する権利の尊重は施設内においても当然に認められねばならないということになる。これを如何に保証するかが本稿の検討課題となっており、これが今後の議論の先駆けとなるものと思われる。

本稿に関連する参考文献としては、クラウス・ラウベンタール（土井正和／堀雄訳）「ドイツ行刑法第三版」（2006年、矯正協会）、神馬幸一「ドイツ及びオーストリアにおける医師介助自殺に寛容な判例動向」年報医事法学36号（2021年）245頁、同「オーストリアにおける新しい自殺幇助法制」独協法学118号（2022年）93頁があるので、適宜参照されたい。

なお、ローゼナウ教授の本講演は、2019年科学研究費・基盤研究Ｃ「効果的な再犯防止を実現するための改善指導のあり方についての総合的研究」の一部としてなされたものである。

研究ノート

新婦人協会の成立

—— 第一次世界大戦後における女性参政権要求の論理と運動戦略 ——

山　中　仁　吉

第１章　はじめに

第一次世界大戦を経て日本社会は激変した。女性の就業者は急増し、従来から女性の職業の中心であった女工だけでなく、職業婦人と呼ばれた都市における女性の労働者の台頭が注目された[1]。また世界各地で女性参政権が実現し[2]、これによりある貴族院議員は女性参政権を「世界の大勢」と述べ[3]、男性による普通選挙運動のなかには男女平等普通選挙を要求する者も現れ始めた。このように日本は政治・社会におけるジェンダー秩序の再編を迫られたが、依然として女性の政治活動の自由さえ保障されてはいなかった。

---

[1] 職業婦人の増加に関わる計量的な分析は、濱貴子『職業婦人の歴史社会学』晃洋書房、2022年、「第一部　戦前期社会統計調査における職業婦人の状況」に詳しい。

[2] 例えば1918年にイギリス、1919年にドイツ、1920年にアメリカ。また世界初の女性の選挙権は1893年のイギリス領ニュージーランドである（被選挙権は1919年）。

[3] 1919年３月10日、第41議会貴族院本会議で山脇玄「立憲政治の本旨から云ひましても、世界の大勢から見ましても」女性を参政権から除外する理由はないとした（「第41回帝国議会　貴族院　本会議　第16号　大正８年３月10日」283頁）。以下、帝国議会における議事の発言を引用するにあたっては帝国会議会議録検索システム（https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/#/）を用いた。また、引用に際しては適宜片仮名を平仮名へ、漢字は旧字体を新字体へ改めた。

大日本帝国憲法の制定に前後して成立した市制・町村制と衆議院議員選挙法は、選挙権と被選挙権を男性に限定した。さらに帝国議会開設を控えた1890年７月25日、第一次山県有朋内閣は集会及政社法によって女性が政談集会の発起人になること（第３条）、政談集会に会同すること（第４条）、政社に加入すること（第25条）を禁止した。これらによって明治憲法体制はジェンダー化された政治空間として現出し[4]、女性は議会傍聴と請願という限られた回路を除いてこれに参入する途を閉ざされた。

女性の政治活動を制限する規定は第二次山県有朋内閣が第14議会に提出した法案では削除されていたが、貴族院の主張によって再び法案に盛り込まれ、1900年３月10日に成立した治安警察法の第５条に引き継がれることとなる。第１項が政社に加入することを、第２項が政談集会の会同・発起を禁止した。第21議会から数年にわたって、福田英子や遠藤清子らが第５条改正を求めたが、これは成功を見なかった[5]。治安警察法成立後の早い時期から第５条に対する反対の声はあったのにもかかわらず、改正への動きが組織化されるのは、1919年末に平塚らいてうの主唱のもと市川房枝の協力を得て活動を開始した新婦人協会の設立を待たなければならない。まさに女性参政権が世界的潮流と認識されはじめた時期だった。

だが、早くも1921年７月に市川は留学のために渡米し、平塚もこの時期療養のために活動から距離を置き始める。２人を失いながら新婦人協会が行った議会運動の結果、1922年３月25日、治安警察法第５条第２項の改正案が貴族院で可決される。だが、同年12月８日に新婦人協会は臨時総会にて解散を決定する。かくして新婦人協会の解体に直面した女性参政権運動は再編へと向かう。

従来の研究では、日本の女性参政権運動は女性への抑圧に対抗する「女性解放運動」という側面から分析されることが多く、新婦人協会も国家に挑戦し権

---

[4] 大江洋代氏はこれを「女性のいない立憲制」と表現する（大江洋代「第６講　女性の政治参加」歴史学研究会編『「歴史総合」をつむぐ―新しい歴史実践へのいざない』東京大学出版会、2022年）。ただし、1925年の男子普通選挙の成立まで、男性においても納税額に応じて選挙資格が制限されていたし、敗戦直前の一時期を除きエスニシティにかかわらず外地に居住する日本人、朝鮮人、台湾人の男性の選挙権は認められていなかった。

[5] 児玉勝子「平民社の婦人たちによる治安警察法第五条修正請願運動について」『歴史評論』323、1977年。

利を求めたことが評価されてきた[6]。そこには国家との対決が善で、提携が悪という図式が表れており、善悪の判断を下すために女性団体や運動家個人の活動履歴が明らかにされてきた。それゆえ十分な内在的な分析は行われてこなかった。

市川房枝の戦争協力への「転向」の過程を跡づけた菅原和子氏の研究[7]を議論の俎上に載せて国家と個人（女性）との対立という図式を批判したのが、山崎裕美氏だった。山崎氏に言わせれば、「市川は国家権力との対決姿勢をとると同時に、国家権力の運営と不可分である政治への参加という政治的自由を求めて運動した」のである[8]。女性参政権運動は、政治への参加を通じて国家の運営に関わる権利を求める運動であった。

山崎氏のように理解するとき、女性参政権運動はいかなる戦略によって権利の獲得を目指したのかが重要な課題として浮上する。しかし、このような課題に取り組みうる政治史の分野において女性参政権運動は研究対象として扱われることはほとんどなかった。日本において女性参政権運動が盛り上がりを見せた第一次世界大戦から満州事変までの期間は、選挙に支えられた、政党間での政権交代が制度化した「政党内閣制」の時代と理解されている[9]。それゆえ選挙権が無く政治結社への加入が禁止されていた女性の存在は後景に退かざるを得

---

[6] 日本の女性参政権運動を概説したものとして、市川房枝監修／児玉勝子著『婦人参政権運動小史』ドメス出版、1981年、進藤久美子『ジェンダーで読む日本政治』有斐閣、2004年などがある。新婦人協会を扱った先行研究として、米田佐代子「婦人解放史における民主主義の課題（一・二）―治安警察法修正運動の意義によせて」『人文学報』89、97、1972年、1974年、志村明子「「新婦人協会」運動とその挫折（1-3）」『中京大学現代社会学部紀要』4(1)、5(1)、6(1)、2010-2012年などがあり、近年では折井美耶子・女性の歴史研究会編著『新婦人協会の研究』ドメス出版、2006年、同編著『新婦人協会の人びと』ドメス出版、2009年が、新婦人協会の会員や活動記録を最も詳細に明らかにしている。

[7] 菅原和子『市川房枝と婦人参政権獲得運動―模索と葛藤の政治史』世織書房、2002年。

[8] 山崎裕美「戦前期における市川房枝の政治観」『東京都立大学法学会雑誌』45(2)、2005年、94頁。

[9] 村井良太『政党内閣制の成立　一九一八～二七年』有斐閣、2005年、同『政党内閣制の展開と崩壊　一九二七～三六年』有斐閣、2014年。

なかった[10]。

新婦人協会に言及した先駆的な先行研究として、松尾尊兌氏のものがある[11]。松尾氏は自由主義者と社会主義者との同盟を普通選挙運動の成功の鍵としてしている[12]。これが女性参政権運動にも適用された。そのため新婦人協会を自由主義の団体として捉え、協会を批判した山川菊栄のような社会主義者を強く非難する、というようにイデオロギーに基づく評価を下すに留まっていた。また、松尾氏は、従来から廃娼運動に取り組んできた婦人矯風会の組織運動の経験を女性参政権運動の成否に関わる要素として重視した。それゆえ婦人矯風会が産婆役を務め成立した婦選獲得同盟に対して、「団体生活に不向きな人間である」平塚を一因に崩壊した新婦人協会には運動として低い評価がされる。

欧米の研究で近年指摘されるように、女性参政権の実現には立法者である男性政治家による容認が必要である[13]。そうであれば、イデオロギーや運動家の個性から協力可能性を判定するのではなく、組織化の方策や政治家からの協力を得るための運動戦略が明らかにされなければならない。ましてや「男子と協同」して運動を進めることを主張したことを以て、新婦人協会には「男子にたよらざるを得なかった当時の婦人運動の脆弱な体質が露呈されている」と指摘することなどできない[14]。

---

[10] ただし、村井良太氏は「デモクラシー」という精神の体現者あるいは推進者としての市川房枝に着目し、政治体制を市川の時事評論を通じて分析している（村井良太「1920年代の政治改革、その逆コースと市川房枝―政党内閣制黄昏期の内閣と議会と社会」坂本一登・五百旗頭薫編著『日本政治史の新地平』吉田書店、2013年、同『市川房枝』ミネルヴァ書房、2021年）。

[11] 松尾尊兌「大正期婦人の政治的自由獲得運動―新婦人協会から婦選獲得同盟へ」『普通選挙制度成立史の研究』岩波書店、1989年。

[12] 宮崎隆次「学会展望　松尾尊兌『普通選挙制度成立史の研究』（岩波書店、1989年）」『国家学会雑誌』103（1・2）1990年、126頁。

[13] さらに男性政治家からの容認を得るためには、男性政治家が、多くの女性が支持する女性参政権を実現することで自身が新たな有権者となった女性を動員でき自らの集票に結び付くという期待を持つことが重要である、とされる。Teele, Dawn Langan. *Forging the Franchise: The Political Origins of the Women's Vote*. Princeton University Press. 2018. pp.29-47.

[14] 梅村光弘「わが国における婦人参政権運動の特質について―新婦人協会ならびに婦選獲得同盟を中心に」『松阪女子短期大学論叢』16、1980年、２頁。

以上の考察から、本稿は、第一に、山崎裕美氏の指摘を継承して、国家･対･個人（女性）の図式にとどまらない政治参加運動として女性参政権運動を再定位し、第二に、松尾尊兌氏の検証を継承しつつ、自由主義と社会主義の連合可能性という図式に収斂しないより多元的な群像劇を再構成したいと考える。

より具体的な課題として次の２つを設定する。第一に、新婦人協会の結成に際して、創立者である平塚らいてう、奥むめお、市川房枝はいかなる運動戦略を提出したのか、それらの戦略は女性参政権の正当化言説といかなる関係にあったのか。第二に、実際の運動や外部からの批判を通じて彼女らの戦略は変容したのか、変容したならばいかなる変容であったのか。

したがって、本稿の構成は、第２章において女性参政権の正当化言説との関連に注目しながら運動戦略を明らかにし、第３章ではその運動戦略の下でいかなる対議会運動が行われたのかを検討する。第４章では、前章までの成果を整理した上で、新婦人協会の解体までを簡単に展望する。

ここで本稿が分析する「女性参政権」について確認する。政党内閣期に「婦選三案」としてその実現が図られた「女性参政権」には３つの権利が含まれていると言われる。第一に、国の政治に参加する権利（狭義の参政権）。第二に、地方政治に参加する権利（公民権）。第三に、政治結社に加入する権利（結社権）である[15]。新婦人協会の請願運動では政談集会への参加が争点となっていたことを考慮すると、政党内閣期以前も含めた女性参政権運動を検討する際には、政談集会への参加を女性参政権に加えてよいであろう。

本稿では、第三の分類に政談集会への参加を加えることで、政治結社への加入と併せたこの分類を「政治活動の自由」と定義する。「女性参政権」は３つの分類をすべて含んだものとして使用する。山崎氏の言う「政治的自由」とは本稿で言う「女性参政権」に相当する。「女性参政権構想」は女性参政権の正当化言説、３つの分類の相互関係、獲得に向けた運動戦略などを含むものとする。また、国の政治に参加する狭義の参政権について、上位概念である「女性参政権」との区別のため「選挙権」と呼ぶ。その際、特段の記載がない限り、「選挙権」には選挙権と被選挙権を含むこととする。

最後に、用いる史料について、本稿では関係者の時評と自伝・回想を主に用いる。前者は、先行研究においても従来用いられてきたが、そこでは女性知識

[15] 前掲・児玉『婦人参政権運動小史』20頁。

人の思想内容を明らかにすることが目的であった。だが、本稿では、運動指導者の戦略を明らかにするという新たな視角のもとにこれらを分析する[16]。後者について、本稿では史料上の制約のため既存の研究と同様に関係者の自伝や回想を多く用いる。ただし、当時における当人の認識や内的契機に関する記述には執筆時の立場からの遡及的な論理の体系化や自己正当化が含まれている可能性がある。それゆえこれらを引用するに際しては、多くの研究ですでに事実と認められたものを除き、傍証として用いるにとどめるか、あるいは他の同時代の史料から信憑性を検証することに努める。

第２章　新婦人協会の結成

第１節　創立者たちの邂逅

本節では、新婦人協会創立者の女性参政権構想の検討に入る前に、協会の結成過程を確認する。次節では時評を用いて結成に至るまでの創立者たちの論理展開を分析するが、その前提として当時創立者たちはいかなる問題に取り囲まれていたのかを明らかにする。この作業によって特定の運動戦略がいかなる文脈の下で選択されていくのかを検証することができる。

新婦人協会の創立者となる平塚らいてうと市川房枝が出会ったのは、1918年夏、山田わかの夫である嘉吉の私塾であったという[17]。市川は1917年７月から勤めていた『名古屋新聞』をこの年の８月に退職、上京した。東京ではユニテリアン教会に通い、沖野岩三郎や松岡駒吉など友愛会会員や、弁護士の平山六之助などと面識を得ていた。塾には兄の紹介で入塾し、市川は神近市子ともここで知り合っていた[18]。一方､平塚は1914年に伊藤野枝へ『青鞜』の編集を譲り、翌年４月からこの塾で学んでいた。２人の子を出産し、1918年からは与謝野と

[16] 平塚らいてう、与謝野晶子、市川房枝の著作集から引用を行う場合はそのことを明記し、著作集収録のものであっても初出文献や著者自らの手による評論集等から引用する場合には特に著作集の掲載頁は記載しない。また、著作集未収録のものや著作集では初出不明とされていたものを初出文献から引用するに際しては都度そのことを明記する。

[17] 山田嘉吉は山田わかの夫で､社会学者。1906年に外国語を教える私塾を開く。

[18] 市川房枝『市川房枝自伝　戦前編』新宿書房、1974年、37-42、45、54-55頁。

の間で母性保護論争を交わしていた。

母性保護論争の発端は、与謝野晶子が『婦人公論』に発表した小論「女子の徹底した独立」である[19]。与謝野は、国家に対して保護を求めることは「依頼主義」で、そうである限り女性が経済的独立を果たすことは不可能だとして、エレン・ケイに影響を受けた「母性保護」を批判した。これを当時エレン・ケイに傾倒していた平塚が反論し、後に山川菊栄や山田わかを巻き込みながら論争は展開していった[20]。

塾では平塚と市川は顔を合わせていた程度であったようだ。だが、この時の出会いを奇貨として、1919年８月１日から三日間名古屋で『名古屋新聞』と中京婦人会の共催で開催された夏期婦人講習会に際して、市川は『名古屋新聞』からの依頼で、平塚と山田わかに講師としての登壇を乞うた。講習会には平塚と山田の他に後に新婦人協会に加わる高梨(田中)孝子が講師として出席した。講習会の後、平塚は『国民新聞』からの依頼で愛知県下の織物工場における女性労働者の視察記を書くことになっていたが、ここで市川が案内役をしたことで「或程度接近することになった」という[21]。

この頃から平塚は女性のための新たな施設を構想していた。８月21日、梅田きよ[22]へあてた手紙で次のように語った[23]。

「自分で働いて生活してゐるたくさんの独身の職業婦人や労働婦人のために又は遠方から東京へ出て来てゐる苦学生にとって、嬉しく勉強できる女の学生のために、ほんたうに気持のいゝ自由な休息所でもあり修養所でもある寄宿舎のやうなものを立て、さういふ婦人たちの理解のある相談相手といふやうなものになって行きたいやうな気がします。そしてその中に婦人職業の紹介所や男

---

19 与謝野晶子「紫影録」『婦人公論』1918年３月号に収録。

20 香内信子「「母性保護論争」の歴史的意義―「論争」から「運動」へのつながり」『歴史評論』195、1966年、29-31頁。母性保護論争については香内信子「解題」同編『資料　母性保護論争』ドメス出版、1984年も詳しい。また、平塚と山田は、当時塾でエレン・ケイ『恋愛と結婚』を教材に英語を学んでいたという（前掲・市川『市川房枝自伝』37-38頁）。

21 市川房枝『私の婦人運動』秋元書房、1972年、8-10頁。

22 梅田は平塚の支援者で、のちに新婦人協会にも寄付を行う（加瀬厚子「梅田きよ」前掲『新婦人協会の人びと』52-53頁）。

23 「〈資料〉梅田きよ宛　らいてう書簡」『平塚らいてうの会紀要』６、2013年、32頁。

女交際の適当な機関や或る意味の結婚紹介所といふやうなのも身の上相談といふやうな処も設けて、実際的に色々の婦人問題を解決もし、研究もして行きたいと思ひます。そして雑誌もそこから出せたら命あるものが出せるやうに思ひます」。

ここで構想されているものは、職業婦人や女子学生を支援する施設であり、「婦人問題」へ取り組みは副次的なものだった。これが「新婦人協会構想の原型」であったとされる[24]。平塚は９月初旬には構想を具体化させ、市川に雑誌を担当することを依頼した[25]。しかし、大日本労働総同盟友愛会[26]（以下、友愛会）への就職の交渉が進んでいたため市川はこれを辞退することになる。

1919年９月上旬、市川は沖野岩三郎から友愛会の婦人部の記者として機関誌の編集をしないかとの打診があり、これを承諾し、松岡駒吉の面接を受け就職したという[27]。市川が加入した当時、友愛会ではILOの第一回国際労働会議へ派遣される労働代表の人選が問題となっていた。友愛会婦人部にいた市川は、東京モスリン工場の女工で友愛会理事であった山内みなを政府代表顧問の田中孝子の随員として推薦した。しかし、労働組合を無視して労働代表を選出した政府に反対していた友愛会本部は、山内の派遣に反対し、山内は辞退する。これが直接的な原因となって市川は友愛会を辞した[28]。

友愛会では市川を『友愛婦人』記者に採用しておきながら、男性幹部は市川

---

[24] 折井美耶子「平塚らいてうの新婦人協会構想と市川房枝」『平塚らいてうの会紀要』６、2013年、25-26頁。

[25] 市川房枝「創立より女性同盟発刊迄（上）」『女性同盟』１、1920年11月６日、44頁。

[26] 友愛会は、東京帝国大学を卒業後、大日本印刷や朝日新聞を経て、日本ユニテリアン協会・惟一館に所属していた鈴木文治によって、1912年８月１日に結成された。当初労働者の修養を説いていたが、第一次世界大戦下で急増した労働争議に多く関与することで、労働組合としての性格を強めていき、1919年８月には７周年大会で大日本労働組合総同盟友愛会へと改称した。結成から本格的な労働組合へと性質を変えていく過程は松尾尊兌「Ⅱ　友愛会史論」『大正デモクラシーの研究』青木書店、1966年に詳しい。

[27] 前掲・市川『市川房枝自伝』45頁。

[28] この時の事情を市川は「友愛会と婦人労働者」『婦人画報』1920年１月（市川房枝記念会監修『市川房枝集　第１巻』日本図書センター、1994年、18-44頁に収録）にて詳細に語っている。

に原稿を書く机さえ用意しなかったという[29]。「私〔市川：引用者による。以下同じ〕は総同盟のなかで、どれほど男女の差別が残されているかを、いやというほどみせつけられてきた。私としては婦人の労働運動をするまえに男女同権の婦人運動をせねばならないという結論をだしたのだ」と、「男女同権の婦人運動」の必要性を自覚したと山内に語ったようだ[30]。

友愛会辞任後の10月中旬に再度平塚から運動の相談を受け、市川はこれを承諾した[31]。この時誘われた市川は「婦人の地位向上、婦人の解放という目的はかねて私が望んでいたことなのでよろこんで協力します」と答えたという[32]。また平塚は、市川に協力を依頼する直前、運動の計画を山田わかと夫の嘉吉に打ち明けたが、協力を断られていた[33]。山田夫妻は「平塚氏はそういう運動には不適当なひとだからやめた方がよい」と告げられたと市川は残している[34]。

平塚と市川は資金難のために会館や雑誌は後回しにし、運動の目的や計画をまず発表して直ちに運動に着手することを決めた[35]。そのような時に平塚は大阪朝日新聞社が開催する婦人会関西連合大会[36]への出席依頼を引き受ける[37]。

---

[29] 山内みな「このひとを訪ねて―山内みな」『同盟』216、1976年７月、69頁。

[30] 山内みな『山内みな自伝　十二歳の紡績女工からの生涯』新宿書房、1975年、66頁。

[31] 前掲・市川「創立より女性同盟発刊迄（上）」44頁。

[32] 前掲・市川『私の婦人運動』12頁。

[33] 平塚らいてう『元始、女性は太陽であった―平塚らいてう自伝（完結篇）』大月書店、1973年、39頁。前掲・市川『私の婦人運動』11-12頁。

[34] 前掲・市川『私の婦人運動』12頁。また山田わか自身、個人で雑誌―のちに『婦人と新社会』として発刊される―を発行するという計画が別に進んでおり、平塚の雑誌を手伝うことが難しくなるという事情があった（平塚らいてう「新婦人協会の回顧」『婦人公論』1923年３月－７月号（平塚らいてう著作集編集委員会編『平塚らいてう著作集』第３巻、大月書店、1983年、275-276頁）。

[35] 前掲・市川『私の婦人運動』12-13頁。

[36] この大会は大阪朝日新聞記者の恩田和子が主導によって、大阪の女性団体のネットワーク化を目的に、1919年11月24日午前の発起人会に続き午後に第１回が開催された。1923年に全関西婦人連合会へと改称し、1941年の第22回まで行われた（石月静恵・大阪女性史研究会編著『女性ネットワークの誕生―全関西婦人連合会の成立と活動』ドメス出版、2020年）。

[37] 11月17日付で紙上にその出席が発表された（「婦人界の新運動　生活改造の

11月24日、婦人会関西連合大会にて発表された「婦人の団結を望む」の中で、平塚は運動へ向けた抱負を明らかにし[38]、婦人会関西連合会の開催という女性の団結の実現を一時的なものではなく、持続的なものへすべきことを呼び掛けた[39]。講演の後、平塚は出席者たちに趣旨書を配り、新婦人協会の運動と事業を説明した[40]。趣旨書は1919年11月下旬の作成で、発起人は平塚一人となっている[41]。趣旨書は「今回茲に婦人の団体的活動のための一機関として「新婦人協会」なるものを創立し、婦人相互の団体を計り、婦人擁護のため、その進歩向上のため、或は利益の増進、権利の獲得等のために努力しやうと決心」したと語る。

だが、新婦人協会の創立を発表した時、平塚は治安警察法第５条改正に取り組むことを明言してはいなかった。趣旨書には言及がなく、直後の報道ではその趣旨書の内容が説明されたに過ぎない[42]。一方で、大会の翌日25日、大阪婦人十日会会員の発起によって平塚と山田わかの講話会が開催されたが、平塚は「結婚にあたつて男子の血液検査をする事を法律に制定されるやう来年より議会に出願する」と語る[43]。結成当初から平塚は、花柳病男子結婚制限法制定の運動を視野に入れていた。

第一声」『大阪朝日新聞』1919年11月17日朝刊）。

[38]「壇上に立つた平塚雷鳥女史　『団結によつて実際運動に入る時代は来ました』」『大阪朝日新聞』1919年11月25日夕刊。前掲・平塚『元始、女性は太陽であった』42頁。

[39] 平塚らいてう「婦人の団結を望む」『大阪朝日新聞』1919年11月30日夕刊。著作集では初出不明。

[40] 前掲・平塚『元始、女性は太陽であった』43頁。

[41]「「新婦人協会」の創立に就いて」『オンライン版市川房枝資料』1404-2、市川房枝記念会女性と政治センター婦選会館所蔵。これは石月静恵氏によって発見された岸和田の山岡家所蔵の文書であり、大阪の婦人会関西連合会で配布された最初の趣意書であることは間違いないとされる（折井美耶子「総論　新婦人協会の歴史的意義」前掲『新婦人協会の研究』24頁。石月静恵『戦間期の女性運動』東方出版、1996年、102頁）。

[42]「南京蟲に責られて　貧民窟の雷鳥女史　関西に滞在して新婦人協会の計画」『東京朝日新聞』1919年12月３日朝刊。

[43]「平塚、山田両女史を囲んで大阪婦人十日会員四十名の懇談」『大阪朝日新聞』1919年11月26日朝刊。

帰京後の12月上旬、市川と平塚は治安警察法制定当時に改正運動に従事した遠藤清子を巣鴨に訪ね、当時のことを聞いた。遠藤から「やっぱりこの運動をね、やってほしいというような希望があり」、これが治安警察法第５条の改正を採り上げる一つの契機となったという[44]。市川と平塚は２人で相談し、平塚の構想の全てを着手することが不可能だからと最初の運動を治安警察法第５条改正運動に絞った[45]。

12月19日、２人は東京で新婦人協会の創立を新聞発表した[46]。発表と同時に、先輩知人に賛助者となってほしいとの書面を出し[47]、市川は理解のある識者を訪問、平塚が２つの請願の案文の起草に着手する[48]。22日、『東京朝日新聞』にて治安警察法改正に向けて議会へ請願運動を行う計画が明かされた。平塚は「治安警察法はもう世間も認めてゐる事ですから割合に容易く行くだらう」と楽観視していた。ただ、もう一つの花柳病男子結婚制限法の制定は「稍難かしいから急には望めませんけれど提出するだけでも自覚が促されると思ふ」と、「自覚」を促すことに提出の意義を認めていた[49]。

しかし、２人とも議会への請願の方法には不案内であった[50]。知人の神近市子から富田幸次郎（憲政会）を紹介され、請願書の形式・手続きを教えられ

---

[44] 国立国会図書館憲政資料室所蔵「市川房枝政治談話録音速記録」国立国会図書館主題情報部、2006年、13頁。前掲・市川『市川房枝自伝』53頁。この後に第42議会へ提出する請願書を受け取った遠藤は「治安警察法第五条の修正の方は、私の年来の主張でもあり、勿論異論のある筈はありません」と言っている（遠藤清〔遠藤清子〕「平塚与謝野両氏へ」『法治国』63、1920年４月１日、42頁）。

[45] 前掲・「市川房枝政治談話録音速記録」11頁。

[46] 前掲・市川『私の婦人運動』13頁。

[47] 12月20日に発起人は平塚で趣意書が全国に配布中であることが報じられた（「平塚明子さんが先に立つて新婦人協会を起す　婦人の教化を目的とし共同の寄宿所を建て身の上も引受く」『読売新聞』1919年12月20日朝刊）。

[48] 前掲・市川『私の婦人運動』13-14頁。市川の訪問の様子は、前掲・市川「創立より女性同盟発刊迄（上）」45-46頁。

[49]「平塚雷鳥女史が結婚法を議会へ　血液検査の請願提出　女子が政治の結社へ加入も出来るやうに」『東京朝日新聞』1919年12月22日朝刊。

[50] 前掲・市川『私の婦人運動』98頁。前掲・平塚『元始、女性は太陽であった』77頁。

る[51]。市川は富田を訪問し「特に文章の中に敬語を使うようにと注意された」と記している[52]。

創立発表以来、市川と平塚は運動や事務に追われていた。新たな人員として平塚と同じ日本女子大学校家政学部出身で「労働問題に興味を持つてゐられた」という奥むめおを誘う[53]。平塚は、奥のことを「政治雑誌の記者」で「ほんの短い期間のやうでしたが女工となつて女工生活のことをその雑誌に書かれたりなどして労働婦人の味方として、婦人労働問題の闘士として、顔を出されるやうになりました」と後にその印象を語っている[54]。奥は夫からの説得もあり参加を決め[55]、1920年１月の協議会から新婦人協会に参加する。

奥はこれ以前、1916年９月に、立憲青年党の橋本徹馬・加藤勘十の『一大帝国』（後に『労働世界』）の一大帝国社の「婦人記者」をしており、労働問題の勉強を始め、1919年６月初旬には実際に紡績工場で働いていた。第１回国際労働会議に派遣される田中孝子の夫である田中王堂から教えを受けていたこともあり、この会議に女性労働者の代表として奥を送ろうという話が持ち上がっていた程だったという[56]。だが、「労働問題を学ぶことは楽しかったが、労働者でもないわたしが世間からちやほやされるのが恥ずかしいと思うようになった」奥は、結婚後「もう世に出る心も捨てて、原稿生活に力を入れれば勉強もできるのを楽しみに、良人の翻訳物の清書などをしていた」ようだ[57]。

以上のような過程を経て、平塚、市川、奥という新婦人協会の創立者たちは

---

[51] 前掲・市川『私の婦人運動』15頁。
[52] 前掲・市川『市川房枝自伝』55頁。
[53] 前掲・市川「創立より女性同盟発刊迄（上）」46頁。
[54] 平塚明〔平塚らいてう〕「奥むめおさんのこと」『婦人公論』1925年12月（『雲・草・人』小山書店、1933年、265頁）。
[55] 奥むめお「私の半生記」（1956年11月稿）『あけくれ』ダヴィッド社、1957年、23-24頁。
[56] 奥むめお『野火あかあかと―奥むめお自伝』ドメス出版社、1988年、38-39頁。新婦人協会加入以前の奥については、伊東久智「第八章 「院外青年」の男性性―立憲青年党と和田（奥）むめおを事例として」『「院外青年」運動の研究―日露戦後～第一次大戦期における若者と政治との関係史』晃洋書房、2019年を参照。
[57] 前掲・奥『野火あかあかと』44-45頁。

出会った。そして1920年１月６日、「新しく運動を起こすについては、すでに承諾を得ている婦人賛助員の有志の方々の賛成を得る必要があると考え」、平塚の自宅で新婦人協会協議会が開催された[58]。参加者は発起人の平塚、市川、奥の他に、田中芳子、田中孝子、生田花世、塚本なか子、近藤綾子、山田美都子、山内みな、伊藤朝子、平山六之助（妻信子の代理）、矢部初子、大沢豊子（『時事新報』記者）、竹中繋子（『東京朝日新聞』記者）、吉田清子（『国民新聞』記者）であった。遠藤清子にも参加を呼び掛けていたが、病気のため出席しなかった[59]。

この日初めて協会に参加した奥によれば、協議会に先だって平塚と市川は第42議会に向けて２つの請願運動を行う方針を決めていたとされる[60]。この方針の下、平塚が起草した治安警察法第５条修正と花柳病男子結婚制限法制定に関する請願書の草案が審議にかけられ、いずれも可決された[61]。こうして第42議会において新婦人協会は本格的に対議会運動を開始する。

以上のように結成過程を確認したところ、労働問題への関心が結成に少なからず関わっていたようである。そもそも母性保護論争では女性の職業、経済的独立が主題であったし、平塚と市川が関係を深めるきっかけには工場見学が決定的な役割を果たしていた。そのような２人は労働運動の士として知られた奥を勧誘したのである。労働問題への着目から新婦人協会の結成へ至る論理は、平塚の女性参政権構想を検討する中で明らかになる。

次節では、まず協会結成時の平塚の構想を明らかにする。次に協会内において大枠を共有しつつも平塚と微妙に異なる構想が生起する可能性を、市川房枝と奥むめおから指摘し、第41議会へ提出される治安警察法第５条改正請願書を検討する。最後に協会外において批判者として存在した与謝野晶子の構想を明らかにする。

---

[58] 前掲・市川『私の婦人運動』14頁。「花柳病男子の結婚制限の請願条項を決議し　本日より運動開始」『読売新聞』1920年１月７日朝刊。「昨夜らいてう宅の会合　女権拡張の第一声を挙ぐ　参政主張と―結婚法の改正」『東京朝日新聞』1920年１月７日朝刊。

[59] 前掲・遠藤「平塚与謝野両氏へ」42頁。

[60] 前掲・奥『野火あかあかと』47頁。

[61] 穂積重遠や平山六之助が添削。前掲・市川『私の婦人運動』15頁。前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（上）」26頁。

第２節　女性参政権構想

第１項　平塚らいてうの場合

『青鞜』創刊号において「元始、女性は太陽であった」と宣言した時、平塚は女性の解放にとって内面世界の革命・変革を最重要視した。男性を普遍化して創造された「人間」になることを拒否し、「女性として」の解放や権利の追求を目指したのである。1914年、恋愛を経て妊娠・出産して母親になるという体験を通じて、平塚は子どもとの関係性のなかで「母性」を発見するに至る[62]。平塚の「母性」において「子」がその主張の中核を占める。

母性保護論争のなかで平塚は、子どもを産み育てるという「母の仕事」を「私的事業」ではなく「社会的事業」「国家的事業」と捉え、「母性保護」を国家に要求する。女性の経済的独立には労働が必要であり、「よき母になろうと思へば、よき職業婦人になり得ず、よき職業婦人になろうと思へば、よき母となり得ないジレンマ」があると指摘した[63]。つまり平塚は、生活の維持のための職業と育児との矛盾に直面する女性に対して、「母の仕事」に重きを置きそれを国家が保護することでこれを解決しようとした。

そのような平塚にとって、生活を左右する問題ではない選挙権は重要な課題ではなかった。平塚は1919年４月に『中外』に掲載された「我が国の婦人参政権問題について」で次のように述べる。第一次大戦を経て「婦人参政の権利は世界的承認を得た」ものの、未だ日本で女性が選挙権を要求すべき時期ではない。なぜなら、第一に、日頃男女平等の権利の獲得を唱える与謝野などの論者でさえ育児を理由に政治運動に時間と精力を割くことを拒否しているため、母親としての仕事を捨ててまで運動を起こさないだろう。平塚は彼女らを「知識階級の婦人」と言う。第二に、「中流下流の婦人」の大多数は貧乏と子供の世話で心身の余裕が無い状態にあり、また選挙権は必要に迫られるような重大で緊

[62] 舘かおる「日本のフェミニズム理論―平塚らいてうにおける「母性」とフェミニズムを中心に」女性学研究会編『女の目で見る〈講座女性学４〉』勁草書房、1987年、263-271頁。

[63] 前掲・香内「「母性保護論争」の歴史的意義」34-35頁。香内氏によれば、家庭と労働の両立不可能性を説く平塚の立場には、モラル解放と社会政策との関係が未分化のままの、「「婦人よ家庭に帰れ、しかして、社会の為、国家の為に立派な子供を育成せよ」といった主張に接近する側面」が見られるという（35頁）。

急の問題ではない。第三に、選挙権の獲得によって可能となる政治・立法を通じた社会改造の範囲は極めて狭く、女性が議会の大半を占め、また女性の意見が社会の輿論とならなければ、「婦人問題」の解決は望めない[64]。

日本で女性が選挙権を要求するには、まず理由の第一で言及されたような「知識階級の婦人」が運動を起こすことが必要になるが、いかにして政治運動と育児との矛盾の解消が図られるのかには回答していない。

第三で述べているように、平塚はそもそも選挙権獲得によって「婦人問題」を解決ができるとは考えていなかった。むしろ「参政権〔選挙権〕を得るよりも自分たちの思想を社会に宣伝して、輿論を惹起する仕事のほうが大切」であった。また、「中流下流の婦人」(「知識階級以外の一般の婦人」とも言われる)は余裕が無いだけでなく、「まだ公民としての自覚もほとんどなく、したがって、政治上の興味や知識を他の方面よりも殊にはなはだしく欠いているありさまですから、そういう婦人たちの中からはなおさら起こりそうもありません」と、政治に関する教育の必要性が示されている[65]。すなわち「婦人問題」の解決にまず必要なのは、女性の選挙権の獲得ではなく、社会に対する輿論の喚起と「中流下流の婦人」の啓蒙なのであった。

しかし、同時期、平塚は「屈従に屈従を重ねてきた我が国の婦人も、ようやく一個の人格者としての婦人の自由と権威とを自覚し、各方面に徐々にではありますが諸種の権利を要求しはじめ」たと考え、女性自身が運動を起こすことに期待しはじめてもいた[66]。「知識階級の婦人」の中から運動が生起する可能性を見出した。ただし、平塚の諸論稿からは、女性が政治運動と育児の矛盾をいかに克服したのか、「知識階級の婦人」が「自覚」し権利を要求し始めたという事実が何を指しているのかは明らかでない。

---

[64] 平塚らいてう「我が国の婦人参政権問題について」『中外』3 (4)、1919年4月、98-99頁。『中外』の当該号では「婦人参政権の要求」という特集が組まれ、平塚の他に山川菊栄「根本的解決としての婦人解放」、西川文子「日本婦人も参政権を要求せよ」、山田わか「一般婦人の政治的自覚を俟つ」が掲載されている。

[65] 前掲・平塚「我が国の婦人参政権問題について」99-100頁。

[66] 平塚明〔平塚らいてう〕「我が現行法上の婦人」『婦人と子供の権利』天祐社、1919年、31-32頁。ところで「我が現行法上の婦人」の初出時期は不明だが、1919年12月に出版された『婦人と子供の権利』は、1917年12月から1919年8月まで1年半の間に書いた評論、感想、翻訳を集めたものだという(「序にかへて」)。

また、女性の選挙権の意義を肯定的に評価してもいた。平塚は「男女同権」を目的にした選挙権要求を非難するが、第一に男性中心社会の是正のため、第二に女性（殊に母親）と子供の権利の保護のため、第三に女性運動が実際に成果をあげるため、という３つ理由から「法律の改正並に制定に直接干与し得るやうになつて行かなければならない」と考えてた[67]。特に第二の理由を見ると、平塚は女性の選挙権を「母性保護」のために必要だと考えていたことが分かる。1886年の設立当初から婦人矯風会が進める廃娼運動や禁酒運動について「もし婦人が立法権をもっていたなら、多少の成績を挙げえたでありましょう」と述べ[68]、平塚は選挙権の獲得による社会改造の範囲は狭いと考えていたとしても、選挙権に一定の役割を認めていた。

だが、依然として平塚自身が運動に関与することには消極的であった。なぜなら、多数の女性が高い教育と生活上の訓練を受けて女性全体が進歩しなければ、権利を獲得したとしても行使する実力を欠いており、改正への努力も無駄となるため、「今日まで多くの不満を心に抱きながらも、しかも自ら立ってそれが改正の請願運動などに携わることを私〔平塚〕に差控えさせていた」のだ[69]。

すなわち平塚は、「知識階級の婦人」による運動の兆しに期待を寄せたが、自らの運動参加には躊躇いがあった。女性参政権を「母性保護」の実現に向けて有効な手段であると認識していたが、多くの「中流下流の婦人」にそれを行使する実力が無ければ意味がないと見ていたのである。遂に平塚はこの現状を変えるために動き出すことになる。直面した女工問題がその契機であった。

1918年３月からの一年の間に最も盛り上がった母性保護論争の中で、平塚は既に女性の労働に関わる問題に注目していたが、1919年の６月と７月に相次いで「日本における女工問題」[70]と「女工国日本」[71]を発表し、平塚は名古屋の工場

---

[67] 前掲・平塚「我が現行法上の婦人」34頁。

[68] 前掲・平塚「我が現行法上の婦人」35頁。

[69] 前掲・平塚「我が現行法上の婦人」33頁。ただし、「花柳病男子に対する結婚禁止」については、「婦人自身と子供の生活を保護する為に」、法律が早く制定されるよう「要求すべき」だと運動に前向きな態度を示した（42頁）。

[70] 平塚明〔平塚らいてう〕「日本における女工問題」『婦人公論』1919年６月号（前掲『婦人と子供の権利』）。

[71] 平塚雷鳥〔平塚らいてう〕「女工国日本　七十万人に代つて政府は其保護を

の視察記を９月から「名古屋地方の女工生活」と題して連載した[72]。1919年３月から第一次大戦後のパリ講和会議での「婦人労働者保護」などの議論が報道されはじめ、６月頃から第一回国際労働会議への労働代表の選出が問題となるこの時期に[73]、平塚も女性の労働とりわけ女工問題に対する関心が高かったことが窺える[74]。

平塚は、女工の劣悪な労働環境について知りその悲惨な健康状態を案じた。「自身の属する一家の痛切な要求（食べるといふ）」のために職業に就いた「下層階級の一般労働婦人」である女工は、「次代を産み且つ育てる重任のある婦人でありますから、彼等の心身の破壊は彼等一個に止らず、必ず国民の若しくは種族の将来に影響するといふところから、単に人権上、社会道徳上、又は人道上の問題ばかりでなく、国家の立場から見ても重大な意義を有つてゐる」と、母とその子（「次代」）を保護するために女工問題の重要さを語る。だが、女工は「無智と奴隷根性」のためにその状態を甘受していると平塚は考えた。それゆえ「女工問題の解決は、まづ彼等に知識を与へ、彼等を教育し、陶冶して而して後彼等の自覚を喚起することから始められねばならぬとさへ思つた」と言う[75]。労働と出産・育児との矛盾に困難を抱える女工の現状を目の当たりにした平塚は、女工を啓蒙し指導することを差し迫った課題と認識したのである。

解決へ向けた具体案の一つとして「我が知識階級の婦人の中から女工のため

資本家に強要せよ」『国民新聞』1919年７月28日。著作集では初出不明。

[72] 平塚らいてう「名古屋地方の女工生活（一～十）」『国民新聞』1919年９月８、10-14、16、17、22、24日。渡部徹「一九一八年より二一年にいたる労働運動思想の推移―サンジカリズムへの傾斜の過程」井上清編『大正期の政治と社会』岩波書店、1969年、216-223頁。

[73] 渡部徹「一九一八年より二一年にいたる労働運動思想の推移―サンジカリズムへの傾斜の過程」井上清編『大正期の政治と社会』岩波書店、1969年、216-223頁。

[74] 1919年12月７日に出版した『婦人と子供の権利』天祐社を見ると、これら３つの論説の他にも女性の労働に関する論説が多数収録されている。掲載順に「母性保護の主張は依頼主義に非ず」『婦人公論』1918年５月号、「母性保護問題に就て―再び与謝野晶子氏に寄す」『婦人公論』1918年８月号、「現代家庭婦人の悩み」『婦人公論』1919年１月号、「戦後の婦人問題」『大阪朝日新聞』1919年１月２日朝刊、「婦人労働問題と種族問題」初出不明、「男女同一賃金の要求に就いて」初出不明。

[75] 前掲・平塚「日本における女工問題」174、181、182頁。

のよき指導者となるべき人の出て来ること」を望み、その指導者が「女工の教育機関としての若しくは女工に対する一種の啓蒙運動としての労働組合を起し、彼等を教育し、彼等の自覚を喚起し、他日彼等自身によつて本当の意味の労働組合を起し得る基礎を造ること」を期待した[76]。

まさに女工問題について考察を深めていた最中の1919年８月21日に梅田きよへ宛てた書簡は書かれた。この中で平塚は自ら職業婦人や女子学生を支援する施設に取り組みたいと明らかにしたのである。女工問題が後に新婦人協会として実現する構想へと平塚を駆り立てたのだと考えられる[77]。その意味で新婦人協会は、構想された当初において、権利の獲得ではなく、啓蒙のための組織であった。その主な対象は、女工を含んだ「下層階級の一般労働婦人」だったであろう。

そして新婦人協会の創立が発表される1919年11月に至って平塚は、「知識階級」の中に同志となりうる女性が現れたことを述べ、自らが運動の先頭に立つことを公に宣言した。婦人会関西連合会で代読された「婦人の団結を望む」の中で次のように述べた。

「中級階級の婦人」が「内生活の革命若しくは自我の改造」を叫んだ「十年といふ準備時代」が過ぎて「見るべき学識あり才能ある幾人かの尊敬すべき婦人」が現れた「今こそ日本の婦人が団結して実際的の運動を開始すべき時」である。しかし、「今日の日本の婦人界の如く各自孤立の状態にあるのではいかに個人として力があつても、その力を社会的に、又は社会的勢力として活動させることが出来ません」。そして「男子中心の社会」において未解決の問題は「男子と

[76] 前掲・平塚「日本における女工問題」194頁。

[77] 1919年の工場の視察で「女工たちから聞いた話などはかなりはげしくわたくし〔平塚〕の心を打ち」、「もういつまでもたんなる思想文芸運動にひとり満足し、落着いてはいられないあるものを強く感じてくるばかりでした。団結へ！行動へ！わたくしの心はだんだん大きく波打ち、そうして押し上げられていきました」。「こうして大正九〔1920〕年…新婦人協会が創立されました」と平塚は言う（平塚らいてう「婦人戦線に参加して」『婦人戦線』１(2)、1930年４月号（平塚らいてう著作集編集委員会編『平塚らいてう著作集』第５巻、大月書店、1984年、175-176頁））。また、自伝においても「労働婦人」の「指導」「覚醒」のための「準備教育の必要」を工場見学で「痛感した」と述べる（前掲・平塚『元始、女性は太陽であった』51-52頁）。

全く異る婦人の智恵、婦人の見解の加へられることによつて、そこに新たな解決を見るでありませう」と[78]。

つまり「中級階級の婦人」の中に少数の同志となりうる者たちが現れたと考え、彼女たちを「社会的勢力」とするために団結を呼び掛けた。「中級階級の婦人」の「自覚」した一部が「知識階級の婦人」だったと考えられる。新婦人協会は、「知識階級の婦人」の団結のための構想だった。また「知識階級の婦人」ではない「中級階級の婦人」を含めた「中流下流の婦人」について言及されていないことを考えると、「中流下流の婦人」は少なくとも組織化の対象ではなかったと考えられる。むしろ「下層階級の一般労働婦人」と同じく啓蒙の対象であったのだろう。

創立趣旨書では「本協会の主なる事業」として８つが挙げられているが、第一に「女学生並に職業婦人」に「社会問題婦人問題を理解し解決するに必要なる基礎知識を与へる」ことが目指された。この他にも女性のために、（二）「婦人問題」の講演会、（六）集会のための講堂建設、（七）寄宿所の設置、（八）諸施設の設置を挙げている[79]。まさに啓蒙と指導のための組織だった。それゆえ女性参政権運動に取り組むことには言及がなかった。

それではなぜ平塚は、選挙権獲得の前提と言える啓蒙活動が始まらないうちに治安警察法第５条改正の運動を始めたのか。前述した遠藤清子からの助言という外的要因だけでなく、運動が社会の輿論に影響を及ぼすことに注目したことが要因だと考えられる。既に見たように平塚は輿論喚起の必要を認めていた。1920年１月６日の協議会の後、平塚は新聞・雑誌上で協会の事業を説明する中でこのことを明らかにしている[80]。

第42議会へ花柳病男子結婚制限法制定と治安警察法改正の２つ請願することを、協会が第一に取り組むべき事業に挙げる。そして治安警察法について、請願書の内容に基づき第５条改正の必要性を説き、「其害のみあつて益のない法

[78] 前掲・平塚「婦人の団結を望む」。

[79] 前掲・「「新婦人協会」の創立に就いて」。

[80] 平塚雷鳥〔平塚らいてう〕「治安警察法第五条の撤廃と花柳病の男子の結婚禁止　今議会へ請願せんとする二件(1)」『大阪朝日新聞』1920年１月７日朝刊。これは１月11日まで連載され、後に「治安警察法第五条の修正と花柳病男子の結婚制限」として平塚らいてう『女性の言葉』教文社、1926年に収録される。著作集では初出不明。

律は廃止するより外ないのでありませうから、私は私共のこの請願が必ず達せられること、信じてゐます」と、その見通しを語った[81]。「婦人参政権〔選挙権〕が既に世界的承認を得、日本に於ても最早民間に於ては男女を問はざる普通選挙要求の叫びを聞く今日」では、「婦人の政治的結社へ加入し、政談集会に会合し、若くはその発起人たることの自由」は当然に認められるべきものだった。「近き将来に於て…取りかゝらうと考へてゐる参政権〔選挙権〕要求の積極的運動の一つの予備」としてこの請願することを決めたと言う[82]。

平塚は、選挙権のない女性にとって法律の制定・改廃に僅かでも影響を与えうる請願運動を行うことが「今日の場合止むを得ない」と考えていた[83]。しかしながら、権利の獲得ということ以上に「一般婦人の（同時に社会の）注意を喚起し、輿論をつくることに努め」ることこそ平塚にとっては重要であった。請願が達せられても「それ丈で、私共の目的が真に達せられたものではありません。寧ろ私共はこれ〔請願〕をこの問題〔治安警察法第５条改正と花柳病男子結婚制限法制定〕に対する一般社会と婦人の自覚を促すための一手段としやうと考へてゐるものなのですから、これと同時に他方に於てもつと積極的な且根本的な運動をもはじめやうとするものであります」と考えていた[84]。また、たとえ請願の目的が達せられなくとも、「取扱はれた問題に対する社会的自覚を促し、根本的改造への道を開く手段ともなる」とも言う[85]。

つまり平塚は社会に対する輿論の喚起と女性の「自覚」を促すという啓蒙的な役割を請願運動に期待した。普選運動の活発化によって治安警察法は容易に

---

[81] 平塚雷鳥〔平塚らいてう〕「治安警察法第五条の撤廃と花柳病の男子の結婚禁止　今議会へ請願せんとする二件(2)」『大阪朝日新聞』1920年１月８日朝刊。
[82] 前掲・平塚「治安警察法第五条の撤廃と花柳病の男子の結婚禁止(1)」。平塚は「もし今、議員たちが普選熱の高まっているこのとき、婦人の前に完全に閉されている政治への門戸をほんの少し許りあけてほしいという、婦人側のこの要求を代表して、五条改正案を提出してくれるものならば、実にうれしいことだとおもわずにはいられません」と、盛り上がる普選運動が第５条改正に作用することを期待していたようだ（前掲・平塚『元始、女性は太陽であった』77頁）。
[83] 前掲・平塚「治安警察法第五条の撤廃と花柳病の男子の結婚禁止(1)」。
[84] 平塚らいてう「新婦人協会の事業に就て」『早稲田文学』171、1920年２月１日、39頁。著作集未収録。
[85] 前掲・平塚「治安警察法第五条の撤廃と花柳病の男子の結婚禁止(1)」。

改正されるであろうと予想した平塚は、もうすぐ得られるであろう権利を行使する実力を女性が養成するために、啓蒙の手段として請願運動という方策を採用したのだ。

平塚は、新婦人協会を「知識階級」の女性の団体として構想した。母性保護論争以降に「母の仕事」を重視した平塚にとって、「母性保護」を目的とした花柳病取締や女工問題のほうが女性参政権よりも重要な問題であったが、次第に「母性保護」には選挙権が必要であることを認識し始めた[86]。だが、平塚はあくまで請願によって改正の意思を表明すれば、容易に女性の政治活動の自由―治安警察法の改正は認められると考えており、治安警察法改正の請願運動は輿論の喚起と「知識階級以外」の「中流下流の婦人」の啓蒙を重要視して開始された。

第２項　奥むめお・市川房枝の場合

平塚に対して奥むめおと市川房枝は、新婦人協会結成頃に女性参政権運動についていかなる考えを持っていたのか。まず請願運動という方法について検討する。

奥は1920年２月１日に発表した「婦人界の新運動―新婦人協会の創立」のなかで、請願の内容について、同日に発表された平塚の「新婦人協会の事業に就て」と同趣旨の説明をしている。平塚は請願運動の役割を輿論の喚起と女性の啓蒙として捉えていた。奥は請願運動を「婦人自身の啓蒙のために、又現在の政治家の自覚を促す一手段ともなることが出来」ると言い[87]、奥と平塚は認識を共にしていた。

だが、少なからぬ違いも確かに存在していた。奥は「現行のま、の代議政治の価格に就いて疑問を抱いて」おり、「請願運動の直接の効果については疑うべき余地のないではない」と、代議政治そのものへの疑義から目的実現におけ

[86] 平塚は、花柳病男子結婚制限法制定を「一般的取締ではなく、専ら婦人の立場から、殊に結婚前自己を純潔に保つた道徳的婦人の立場から、正しき結婚によつて罪なき妻とこれから生れやうとする子供とが、夫たり、父たらんとする男子から屡々蒙る花柳病の惨禍を防止し母体と子供とを保護すると共に、人類の実質的向上を計ろうとする企て」であると説明する（前掲・平塚「治安警察法第五条の撤廃と花柳病の男子の結婚禁止(2)」）。

[87] 奥むめお「婦人界の新運動―新婦人協会の創立」『労働世界』5(2)、1920年２月１日、47頁。

る請願運動の有効性を疑っていた[88]。一方で、市川は請願運動が「最上のもの理想的のもの等とは無論考へて居りません」とは言うが、請願を通じてしか「婦人が直接政治上に関して云ふことは出来ないのです」とやむを得ない選択であると考えており[89]、平塚と同じ考えであった。現在行われている代議政治を否定的に評価する奥と市川・平塚の間には、議会運動について少なからぬ温度差が認められよう。

また、平塚は、新婦人協会の活動とりわけ治安警察法改正運動を、将来的に女性の選挙権を要求する際の下準備と考えていた。だが、奥は新婦人協会の活動がゆくゆくは女性の労働運動へと展開していくことを期待していた。盛んだった労働運動が停滞していくなかで「若しこの新婦人協会が近き将来に必ず蜂起すべき健実にして根柢を持つた婦人労働運動の苗床ともなることが出来たら、如何に喜ばしいことであらう」と言う[90]。平塚にとって女性の労働問題への着目は「母性保護」の一環であり女性の啓蒙のために運動を起こす契機であったが、奥にとっては労働運動こそ主たる課題であり、協会の運動はそれへの階梯であった。平塚が「知識階級」の女性の団体として構想した新婦人協会が、女工を含めた「下層階級の一般労働婦人」を組織化していくことを、奥は視野に入れていたと考えられる。

市川について、平塚が「母性保護」の立場から花柳病男子結婚制限の問題を取り上げていたことに「あまり興味がなかった」と後年語っている[91]。だが、平塚は花柳病男子結婚制限だけでなく女性選挙権の要求をも「母性保護」の観点から構築していたことを鑑みると、市川は平塚とは異なる論理で治安警察法の改正を正当化していると考えられる。第42、43議会を振り返るなかで治安警察法を次のように論じた。

---

88 前掲・奥「婦人界の新運動」47頁。

89 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（上）」24-25頁。

90 前掲・奥「婦人界の新運動」47頁。

91 前掲・市川『私の婦人運動』17-18頁。ただ、興味が無いと言いつつも市川は「拒婚同盟と貞操問題に就いて不品行なる紳士閥に宣言す」『女の世界』1921年６月という記事を書いている（枝松栄「解説―市川房枝の成長過程と婦人参政権運動　1920（大正９）～1923（大正12）年」市川房枝研究会編『市川房枝の言説と活動　年表でたどる婦人参政権運動　1893-1936』市川房枝記念会女性と政治センター出版部、2013年、13-14頁）。

治安警察法は、女性を「人間並みではない低能児扱ひ」し、議会傍聴を認める一方で演説会からは追い出して、その理由を「婦人であるが故にいけない」とする。これは「不合理な矛盾した非立憲的な法律」である。「五条が存在してゐてはこの主張〔女性の選挙権の要求〕さへ公衆の前で述べる事が出来ないのですから、何よりも先にこれを修正しなければな」らず、「五条の修正は婦人参政権〔選挙権〕にいたる第一歩であり準備」であった[92]。

市川は女性に選挙権を認めるべき理由として、第一に、「婦人に関する事柄は婦人でなければ判らないし、婦人自身で考へなければならない」。第二に、女性が改正や制定を望む法律は「一々現在の様に男子の議員に頼み廻つてゐてはとてもらちがあきません」。だから、女性が選挙権を得なければ「目的を達する事が出来ない」と言う。そして「婦人と云ふ立場から又母といふ立場から、婦人も亦政治に携はる必要が、否権利があると信じて居ります」と述べた[93]。

すなわち市川の治安警察法への批判点は「不合理な矛盾した非立憲的な法律」であることにあった。それゆえ政治活動の自由は「必要」からではなく「権利」として要求される。

さらに、立法を通じた目的実現のための手段として女性選挙権を位置づけた。なぜなら「婦人に関する事柄は婦人でなければ判らない」からであった。女性が女性であるために政治から排除されることを批判する市川の主張において、「母と云ふ立場」に言及はあるが、これが女性参政権の正当化において大きな位置を占めないだろうことが予想される。

さて、1920年１月６日の協議会で審議・修正を経た治安警察法第５条修正の請願書を確認することで、新婦人協会としての主張と、これまでに検討した創立者３人の主張との関係を見る[94]。

まず指摘しなければならないことは、請願書は政治活動を「政事的知識」を得る機会と捉えていることである。女性が選挙権を活用する実力を養う手段として請願運動を始めた平塚の運動戦略を反映して、政治活動は学びの機会と見做されたと考えられる。

---

[92] 前掲・市川「治安警察法第五條修正の運動（上）」24-25頁

[93] 前掲・市川「治安警察法第五條修正の運動（上）」25頁。

[94] 以下、請願書の文面は前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（上）」26-27頁から引用する。

請願書では、改正すべき理由として８つが列挙されたが、そこには特徴的な主張がある。それは女性が「その女らしき思想と感情」を家庭や社会に実現するには、政治にまで関係せねばならず、そのため改正が必要であるというものである。家庭において「政事的知識」の習得は、「夫のよき相談相手」「子供のよき教育者」である「新しき良妻賢母」の一つの資格であり、これを欠くとき女性は「淑徳」を全うできない。また、家庭と職業を両立させねばならない今日の女性にとって、「政事的知識」は「実生活上の必要事」であり、政治上・立法上の権利を持たないことは大きな不利となるという。女性に特殊な主張を社会に反映させねばならないという見解は、平塚や市川に共通していた。

社会に対してだけでなく家庭においても「政事的知識」が必要であるとされ、「新しき良妻賢母」の資格として女性の「淑徳」と結びつけられた。このことは「頑迷者」からの反対を防ぐためという理由で協議会での審議にて請願書に盛り込まれた[95]。この決定に至った背景には、明治後期に遠藤清子らが行った運動の挫折があった。平塚は、彼女らの改正法律案が貴族院で否決された理由を次のように分析した。すなわち「婦人に政治思想を与へることは日本固有の婦人の美徳と相容れ」ず、結果として「家庭の円満を欠く」と反対したと言う[96]。これを見るとき、政治活動は女性の「淑徳」を害するのではなく、むしろ全うするのに必要と主張されたのは、政治家からの反対を防ぐ意図があったことは明白である。

このほか改正すべき理由として、女性の政治活動を禁止することの不正義や、それによって生じる矛盾を挙げる。たとえば女性を「政事的に無知」と言いながら「政事的知識」を与えることを拒むことは矛盾している、というものである。

---

[95] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（上）」26頁。奥も「一般の人の故なき反対を予防しやうといふので」書き入れたと言う（奥むめお「我国に於ける婦人参政権運動史(2)」『新使命』2(2)、1925年2月1日、92頁）。審議の様子は「該法〔治安警察法〕制定の当初日本婦人の淑徳、家庭を害すとの杞憂に依つて決定されたことは不当だ吾々は寧ろ家庭を重んじ婦徳を完成すべく該法修正を望むと主張して条理を尽く」したと報じられた（前掲「昨夜らいてう宅の会合　女権拡張の第一声を挙ぐ　参政主張と―結婚法の改正」）。

[96] 前掲・平塚「新婦人協会の事業に就て」40頁。また「婦人に是等のこと〔政談集会の会同・発起と政治結社の加入〕を許したならば次に必ず選挙権を要求するに至るであろう、それでは困る」と貴族院が反対したとも述べている(40頁)。

またとりわけ注目すべきは、女性選挙権が世界でも日本でも当然視されはじめており、治安警察法を存置することは「時代の趨勢」に反する、という主張である。請願書の確定後に平塚もこのことを一般に説明していた[97]。海外での女性選挙権実現の知らせや普通選挙運動の興隆は、新婦人協会の運動を後押ししたのだ[98]。

以上のように、平塚、奥、市川の３人は治安警察法改正で一致してはいるが、論理や運動戦略にはいくつかの差異が見られる。第一に、運動の目的は啓蒙か権利獲得か。平塚と市川はともに治安警察法改正運動を女性選挙権への準備と捉えたが、平塚は改正を見越して広く社会や「中流下流の婦人」の「自覚」を促すための一手段として請願運動に取り組んだ。平塚において啓蒙のためのより効果的な手段が発見されたとき、請願運動は放棄されうるものだった。だが、市川にとっては、女性選挙権に先立つ公衆の前で意見表明するための「権利」を獲得するための運動であった。

第二に、主張の立脚点は母なのか、女性なのか。彼女らは男性を基準にした権利や社会を拒否した。だが、市川が「女性として」の権利を求めた一方で、平塚は子を持つ「母として」の権利が保護されることを希求していた。

第三に、平塚は「知識婦人」の団結と協力によって運動を進めようとし、「中流下流の婦人」は啓蒙される存在に過ぎなかった。この点、市川の考えは明らかではないが、協会の労働運動への発展を望んだ奥は「下層階級の一般労働婦人」を将来的な組織化の対象として想定していた。

男性優位の社会を拒否し、その是正に向けて治安警察法改正を目指すことは、新婦人協会を結束させる力となる。しかし、自らを「女性」と位置づけるのか、それとも「母」とするのかは軽視し得ない差異であり、また「階級」という問題

---

[97] 前掲・平塚「治安警察法第五条の撤廃と花柳病の男子の結婚禁止(1)」。

[98] 本文で示したもの以外には、政治活動の禁止は「社会的正義に悖る不公平なこと」で「健全な若は真正な文化の発展を害」する。実際に女性が政談集会に会同し発起人になる例があり、法文が「無意義なもの」となりつつある。新聞雑誌や議会傍聴を許しながら政談集会のみを禁止することや、女性を「政事的に無知」と言いながら「政事的知識」を与えることを拒むことは矛盾している、と改正すべき理由が述べられている（前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（上）」27頁）。市川が治安警察法を「不合理な矛盾した非立憲的な法律」を批判したことと共通した主張であると言える。

は組織の拡大の方策をめぐって対立を惹起するだろう。これらは協会にとって遠心的に作用する可能性を秘めていた。

「女性として」の特殊性に立脚する新婦人協会の批判者であったのが与謝野晶子だった。運動とは距離を置きつつも女性参政権の主唱者の一人だった与謝野は、女性選挙権の実現に向けて男性による普通選挙運動への合流を呼び掛けた。新婦人協会へ回収されない与謝野の女性参政権構想はいかなるものだったのか。

第３項　与謝野晶子の場合

1901年の歌集『みだれ髪』の刊行以後明星派の代表的な歌人として歌壇に地位を築いてきた与謝野は、1915年１月号の雑誌『太陽』に「婦人界評論」という常設欄が新設され、そこの寄稿者となってから本格的な評論活動を開始した。与謝野の評論は、男性か男性と同じ書物を読むような意識を持った女性を対象に書かれており、女学校教育を受けることのできない女性一般を啓蒙する意図はなかったとされる[99]。

母性保護論争で与謝野は国家からの「母性保護」に反対したが、その背景には人間の生活の価値を「母たること、父たることに偏依させて考えることには賛成出来ない」という信念が存在した。それゆえ「精神的にも経済的にも、自労、自活、自立、自営する可能性を持っている個人が、父にせよ、母にせよ、妻にせよ、国家の保護によって受動的な、隷属的な生き方をするのは、個人の威厳と自由と能力を放棄する意味において反対」した。女性の経済的独立は、女性自身の「労働」によってしか叶えられなかった[100]。

この時期、与謝野は女性参政権運動に向けて行動を起こすことを期待されていた。堺利彦は与謝野への私信の中でこれを勧めた[101]。堺は与謝野がまだ思想的に上昇し得ること、論壇として大衆への影響力を持っていたことに着目した

---

[99] 大木基子「与謝野晶子と大正ジャーナリズム」田中浩編著『近代日本におけるジャーナリズムの政治的機能』御茶の水書房、1982年、157頁。また、与謝野の言論活動に注目した近年の評伝として、松村由利子『ジャーナリスト与謝野晶子』短歌研究会、2022年がある。

[100] 前掲・香内「「母性保護論争」の歴史的意義」32-34頁。

[101] 与謝野晶子「逆風航跡」『太陽』1919年１月（「堺枯川様に」として与謝野晶子『激動の中を行く』アルス社、1919年８月に収録。225-226頁）。

のだ[102]。だが、与謝野は「実際運動」は行えないと答えた。その理由は、第一に、日本の婦人が無関心であり、「知識階級」の婦人ですら「母性保護」問題に熱中しており、同志がいないこと。第二に、10人の子供の養育のために余裕がないことであった。前者に関連して、与謝野は「文筆の上から個人的にするつつましやかな運動」を実践運動として続けていくことを宣言し、「無関心」状態を解決する評論活動を志向した[103]。平塚は輿論の喚起とともに「中流下流の婦人」への啓蒙を志向したのに対して、与謝野は輿論喚起にのみ取り組むことを考えたと言える。これが平塚と与謝野の間で運動の組織化に進むか否かを分ける分水嶺となった。

しかしながら、与謝野は女性参政権に否定的であったわけではなく、むしろ積極的な主唱者であった。与謝野は、今井嘉幸を例に「婦人の参政権〔選挙権〕を除外した普通選挙論」を厳しく批判した。「人類の半数を占めて、国民としての義務を男子と共に分担する婦人が、文化生活のすべての体系に於て機会均等の権利を剝ぎ取られ、男子の隷属者として第二次的の規制的生活に甘んじねばならないと云ふ不法偏頗な生活」である。「男女の性別に依る制限を撤廃してこそ初めて我国の普通選挙が国民全体の意志を代表したものと云ふことが出来る」と[104]。また、与謝野の議論において、選挙権は「国民が国民たる第一の資格として正当に享有すべき権利」とされる。女性選挙権の要求は「女子のみの問題」ではなく、男性に対して「我国に於て現に唱へられて居る普通選挙の中の重要な項目の一つとして主張されることを望」み、女性へ向けては「私達婦人が個人個人で参政権〔選挙権〕の必要に就て自省して見ると云ふことが何よりの確実な女子参政権運動である」と呼び掛ける[105]。

このように与謝野は、性別による制限が無く生活における全てを男女が分担することを理想とした。男女が分担すべき権利として選挙権も位置づけられた。しかし、小山静子氏によると、ここには男性は理想の生活を営んでいるという

---

[102] 堺利彦「婦人界の三思想家―与謝野晶子―平塚明子―山川菊栄」『女の世界』1918年10月（鈴木裕子編『堺利彦女性論集』三一書房、1983年、351-359頁）。

[103] 前掲・香内「「母性保護論争」の歴史的意義」38-39頁。

[104] 与謝野晶子「似非普通選挙運動」（1919年２月稿）前掲・与謝野『激動の中を行く』217-218頁。

[105] 与謝野晶子「普通選挙と女子参政権」（1919年２月稿）前掲・与謝野『激動の中を行く』203-204、207、213頁。

暗黙の前提が存在しており、男性のあり方を理想化してできた権利を女性も享受すべきであるという発想と理解することができるという[106]。

ところで与謝野のなかで女性選挙権の優先度は必ずしも高くはなかった[107]。以前は、女性が「独立自治の個人」になるためには「日本婦人の現状に考へて本末軽重を云へば、教育と労働の自由は第一の必要、恋愛と言論と享楽との自由は第二の必要、参政の自由は最後の必要である」と、選挙権を最下位に置くこともあった[108]。だが、白熱する普通選挙運動に直面すると、「私〔与謝野〕は婦人も進んでこの運動〔普通選挙運動〕に参加することは、かの基督教婦人の慈善運動や、少年禁酒運動や、廃娼運動以上に緊急の必要を持つて居ると考へてるのです」、なぜなら「一旦婦人参政権〔選挙権〕の回復を遂行さへすれば、それに依つて今よりも幾倍か容易に実現され得べき運動であるからです」と語る[109]。与謝野の表現に揺れがあるのは確かだが、これは俄かに普選問題が政治課題となろうとしている時に併せて女性選挙権を要求すれば実現可能性が高いと見たからであろう。どちらも男性の運動へ寄りかかったものではあるが、与謝野は選挙権の実現に向けた言論戦略を変化させ、女性に「参政権〔選挙権〕の必要に就て自省」を求めるのではなく、女性は進んで普通選挙運動に参加することを呼び掛けはじめた。

この頃、1918年12月から翌年３月まで開会された第41議会では、普選法案と呼べるものではなかったにせよ、政友会、憲政会、国民党がそれぞれ選挙法改正案を提出しており[110]、与謝野は議会の動向を注視していた[111]。第42議会が開会される1919年12月になると、憲政会は最高幹部会にて「独立の生計を営む」ことを条件にした普選案を決定したが、党内急進派からは激しい反対に遭っ

---

106 小山静子「与謝野における女性解放思想―良妻賢母主義教育批判を中心に」『女性学年報』４、1983年、56頁。

107 前掲・与謝野「普通選挙と女子参政権」202-203頁。

108 与謝野晶子「女子と自由」（1916年４月稿）『我等何を求むるか』天弦堂書店、1917年、114頁。

109 与謝野晶子「婦人も参政権を要求す」（1919年2月稿）前掲・与謝野『激動の中を行く』200頁。

110 第41議会での選挙法改正案の提出に関わる動きは、前掲・松尾『普通選挙制度成立史の研究』132-138頁。

111 前掲・与謝野「婦人も参政権を要求す」188-189頁。

た[112]。年が明けて１月20日、憲政会議員総会にて普選法案が議論され、島田三郎は「独立の生計」の制限の削除を主張し、島田を受けて尾崎行雄は「女子を男子と差別的待遇を為すは理由を為さゞるを以て、女子も男子同様選挙権を賦与するを至当と認む」と主張したのであった[113]。

かかる動向を受けた与謝野は、野党内から男女普通選挙の要求が出たともに、同時期に新婦人協会の計画が発表されたことを喜んだ[114]。与謝野は、「女子の参政権〔選挙権〕を認容した普通選挙が政界の急進分子から唱へられて居る今日、治安警察法第五条の修正を第一声として新婦人協会が活動の端緒を開くことは、最もその時機と方法とを得て居ると思ひます」と述べた[115]。つまり女性選挙権を認める男性が政界に現れた今こそ、協会は目的である治安警察法改正を達成できると考えたのである。

だが、請願運動が協会の当面の活動であることが公表されると、与謝野はその運動方針に疑問を呈した。治安警察法改正について第５条のみを取り上げて女性の政治活動の自由を求めるのではなく、「現下の問題となつて居る普通選挙の要求と関連して、女子の参政権〔選挙権〕をも認容した普通選挙運動の目標の下に、全国の婦人団体を糾合されることであらうと期待して居」たと、若干の失望を明らかにした[116]。なぜなら治安警察法の問題は「男女の性別を問はない所の普通選挙さへ実現するなら、おのづから解決されて仕舞うふべき問題」と考えていたからであった。それゆえ政治活動の自由から選挙権へと段階を踏むことは、与謝野にとって「順序が顛倒されて居るやうに思はれ」た[117]。与謝野は普通選挙運動によって男女平等の普通選挙さえ実現すれば治安警察法の問題は解消されると考え、女性の政治活動の自由を取り上げるのではなく、新婦人

---

112 兼近輝雄「第四二議会への普選案の上程と各党の態度」『早稲田政治経済学雑誌』156、1959年、120-121頁。

113「憲政会記事」『憲政』３(2)、1920年２月、61-62頁。

114 与謝野晶子「歳末の感想」『横浜貿易新報』1919年12月28日（内山秀夫・香内信子編『與謝野晶子評論著作集』第18巻、龍溪書舎、2002年、277-279頁）。

115「新婦人の総同盟　多望なる今年の我が婦人界　男子も来つて助けよ　与謝野晶子女史の談」『東京朝日新聞』1920年１月３日朝刊。

116 与謝野晶子「新婦人協会の請願運動」『太陽』1920年２月（『女人創造』白水社、1920年、174-176頁）。

117 前掲・与謝野「新婦人協会の請願運動」174-176頁。

協会が普通選挙運動へ協力することを望んだ。

与謝野は、選挙権も含めた生活の全てが性別による制限が無く男女に分担されることを理想としていた。しかし、多数の男性が「同じく社会生活の協同成員である女子に対しては何物をも平等に分配することを拒んで居る」現状では、「過渡期の変態として、手近なる必要のために、女子のみの団体的勢力を作り、その勢力を利用して、或は女子の積極的意思を主張し、時としては男子の不公平に対抗して女子の正当防衛を計るのも、また已むを得ない臨機の手段である」と言う[118]。

つまり与謝野においては、性別に基づいた抑圧だけでなく、性別に基づいた権利の主張さえ否定的に扱われる[119]。この立場からは新婦人協会が女性あるいは母であることに基づいて唱えたような女性参政権の特殊性は拒否される。与謝野の女性参政権（とりわけ選挙権）論は、与謝野がその登場を喜んだ男女平等の普選論であったと考えられる。したがって、男性の側から男女平等の普通選挙が唱えられたとき、与謝野はこれに協力することを運動戦略として選択した。

論理の上では、普選論と新婦人協会の女性参政権論は相容れないものであった。なぜなら普選論においては女性という契機が後景に退くため、女性あるいは母としての立場からの女性参政権を主題化しえないからである。しかし、運動の面においてはある程度の連携可能性は残されたと考えられる。ただし、男性普選論者が女性参政権の必要性を認めるように説得することを除けば、それは女性参政権運動を社会的に認知させるために、当時頻繁に開催された演説会などに出席してその存在を訴えるという限られたものであっただろう。

---

[118] 与謝野晶子「女子の団体運動」『婦人公論』1920年２月号（前掲・与謝野『女人創造』166-167頁）。

[119]「母性保護」の観点から行われた花柳病男子結婚制限法制定の請願は、この立場からは当然に批判される（与謝野晶子「最近の感想」『横浜貿易新報』1920年１月11日（前掲『與謝野晶子評論著作集』第18巻、286-287頁））。

第３章　新婦人協会の対議会運動

第１節　第42回帝国議会

第１項　請願運動

請願用紙は、協会の賛成者、各婦人会、全国の主な女学校、桜楓会の本部及各支部、矯風会の本部及各支部、知人等に送られた。京都の PL 会、名古屋の桜楓会、婦人矯風会の各支部などから多くの返送があり、署名は総数2057名に及んだ[120]。

京都 PL 会は、京都大学教授厨村白村の妻蝶子と『中外日報』記者植田ましゑが幹事となり、京都大学教授の妻たちが中心になって、1919年７月に創立された女性団体である[121]。桜楓会は、平塚と奥の出身校である日本女子大学校の第一回生によって1904年４月に発足した組織で、同窓生により運営されていた[122]。婦人矯風会は、1886年12月に女子学院の初代院長であった矢島楫子を中心に設立されたキリスト教系の女性団体で、禁酒・廃娼運動で知られていた。平塚の言う「知識階級の婦人」は、教育を受けたり社会運動に取り組んだりするようなこれらの女性たちを想定していたと考えられる。

第42回帝国議会では、数回に分けて治安警察法第５条の修正の請願書は衆議院に提出された。1920年２月９日に富田幸次郎（憲政会）、２月11日に根本正（政友会）によって提出され、２月24日には鈴木梅四郎（国民党）に請願書が手渡されたが、26日の解散のために提出されなかった。貴族院へは鎌田栄吉を通じて２月15日に提出された[123]。

---

[120] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（上）」27-28頁

[121] 高木正江「新婦人協会と京都 PL 会」前掲『新婦人協会の研究』116頁。PL 会は平塚が新婦人協会の創立を発表した婦人会関西連合会に出席しており、その後帰京までの間に平塚は PL 会を訪問している（前掲・市川「創立より女性同盟発刊迄（上）」45頁）。

[122] 桜楓会の詳細については『桜楓会八十年史』桜楓会、1984年。当時、1908年の森田草平との栃木県塩原への家出事件（塩原事件）をきっかけに平塚は桜楓会から除名されていた（差波亜紀子『平塚らいてう』山川出版社、2019年、27-29頁）。

[123] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（上）」28頁。花柳病男子結婚制

２月７日提出分の請願書は、２月23日に開かれた衆議院請願第二分科会で審議された。紹介議員の富田の代理として荒川五郎（憲政会）が、提出された請願書に基づき趣旨の説明を行った。政府委員の内務省警保局長川村竹治は、「政治結社と云ふやうなものは、継続的に其運動をするのであって今日我が国の政治上に於て又女子の今日の状態に於てまだ是等を許すまでの程度に達して居らぬと政府は考へて居る」として、結社加入について尚早論を説いた。一方で、政談演説の傍聴は「段々時勢の変化に伴うて、相当考慮を要するものだと考へて居ります、今直ちに之を改正する考もありませぬけれども、将来に対しては相当考慮を要するものと考へて居ります」と、将来的に改正を検討する可能性を示した。

だが、この説明は議論を改正の方向へは促さなかった。斎藤紀一（政友会）は、イギリスの女性参政権運動のような「熱心」な活動を日本の女性は行うべきではないと主張し、また「今其知識の発達程度竝に生活状態、其他一般家庭上の事も鑑みずして、之に直ちに政権を許すと云ふやうな事は、我々は大に考慮を要する問題と思ひます」と述べ、政府への参考送付が異議なく可決される。主査南澤宇忠治（政友会）は「政府は此点に付ては尚考慮すると云ふのですからして、兎に角参考送付として、益世界の大勢に順応せられんことを希望して置きます」と揶揄し、会場では「笑声」が起きたのだった[124]。

このように改正反対論では、女性の政治、教育、生活における状態が十分の程度に達していないということがその主な根拠とされた。協会は請願書の中で「政事的知識」を得るために政治活動の自由を求めていたのであるから、必ずしも有効な反論にはなっていない。しかしながら、男性政治家から賛成を得るには協会はこの問題に取り組ざるを得ないだろう。

市川は請願が当然に採択されるものと考えており、協会は請願委員を一人も訪問していなかった[125]。紹介議員となった富田からは、請願ではたとえ採択に

限法制定に関する請願は、衆議院では２月９日に富田幸次郎（憲政会）、２月23日に山根正次（新政会）が提出し、貴族院では２月19日に三宅秀（同成会）の紹介で提出された（平塚らいてう「花柳病男子結婚制限法制定に関する請願運動」『女性同盟』1、1920年10月９日、31-32頁）。

[124] 以上、「第42回帝国議会　衆議院　請願委員第二分科　第４号　大正９年２月23日」32-33頁。

[125] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（上）」30頁。

なっても法律が改正されたり制定されたりするものではない、と助言があったため[126]、請願を提出するとすぐ改正法律案提出の運動に専念しており、参考送付に決定した頃には法律案の提出者も決定しており、この結果を悲しむことはなかったと、市川は語る[127]。

第２項　法律案提出運動

第42議会では1920年２月に請願書を提出すると、平塚と市川は治安警察法の改正法律案の提出を目指して活動を始めた[128]。平塚は「政党色のつくのは好ましくない」と考えていたようで、憲政会の富田幸次郎に相談して「各派連合」での提出を決める[129]。市川は「各派連合」での提出を「各派の有志議員の共同提案」と説明するが[130]、平塚によれば特に「各派の進歩的らしい議員をえらんで」訪問したという[131]。実際に、政友会の松田源治、小久保喜七、根本正を訪問して提出者になることを依頼したのだが、３人とも賛意は示しながら提出者を辞退したため、すぐに「連合の計画」は困難となった[132]。

「それなら憲政会の人だけだつてかまはない」と憲政会を訪ねるが、「幹部の承認を得なければならないので面倒故、いつそ今治警十七条の改正案を出す事になつてゐるから、それに五条を加へて貰ふ事にしたらどうか」と提案され、それに従って憲政会の総務江木翼、斎藤隆夫、小山松寿、樋口秀雄、桜井兵五郎に尽力を依頼した[133]。だが、彼らからも第17条改正案とひとまとめにしたも

---

[126] 前掲･市川『私の婦人運動』21頁。前掲･平塚『元始、女性は太陽であった』77頁。

[127] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（上）」30頁。

[128] この頃奥は妊娠７ヶ月程であったため、平塚と市川が衆議院や議員の自宅を訪問したという（前掲・市川『私の婦人運動』21頁）。

[129] 前掲・平塚『元始、女性は太陽であった』77-78頁。党派性の問題については第43議会における運動戦略を語る場面でより明確になる。

[130] 前掲・市川『私の婦人運動』21頁。

[131] 前掲・平塚『元始、女性は太陽であった』78頁。

[132] 市川房枝「治安警察法第五条修正の運動（中）」『女性同盟』２、1920年11月13日、23-24頁。
奥むめおも「各派連合」を共有していたことを回想しており（前掲・奥「婦人参政権運動史(2)」95頁）、これは新婦人協会の方針だったと言える。

[133] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」24頁。

のを提案されたようだった[134]。また、国民党から第５条を含んだ治安警察法全体の改正案が提出されると発表されており[135]、協会は第17条との抱き合わせに同調することを決めた[136]。２月９日には、憲政会と政友会の代議士の他に、国民党の植原悦二郎と鈴木梅四郎を訪問し、「議案として提出されん事」に奔走していた[137]。

植原は、２月12日に改正法律案を提出した[138]。２月19日に行われた審議で植原は、「遠からざる時期」に女性に選挙権を与える必要があり、その「予備行為」として、女性に「政治上の智識」を与へなければならない。議会傍聴や新聞雑誌を通じて知識を得ることを制限しない今日において政治結社加入を認めても差し支ないと述べた[139]。これは治安警察法の改正を選挙権要求に向けた下準備と捉えた平塚や市川の認識と一致しており、政治活動は知識を得る機会であると主張した請願書と認識を共有した内容となっている。

ところで治安警察法第17条は、団結加入・同盟罷業・団体交渉に際し「暴行、脅迫若は公然誹毀」を、同盟罷業に際し「誘惑扇動」を禁止した規定で、労働運動弾圧に用いられていた。1900年の第14議会おける治安警察法制定当時から労働運動の指導者からは批判の声が上がっており、その後は知識人や法学者がこれに加わるなど、普通選挙とともに重要な課題と考えられていた[140]。

憲政会では、江木が1900年から労働組合公認の必要を説いていた。党としても「労働組合法其他労働に関する諸般の制度を設け現行法を改正し以て労働問題の解決に努むへし」という項目を政策に掲げ、1919年12月28日の政務調査会労働問題特別委員会は具体的立案を江木に委嘱している[141]。だが、結果として、

---

134 前掲・奥「婦人参政権運動史(2)」95頁。

135「治安警察法　国民党改正案」『東京朝日新聞』1920年１月25日朝刊。

136 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」24頁。

137「新しい婦人を代表して　雷鳥さんが請願書　昨日の議会に提出　花柳病男子の結婚と治安警察法第五条の修正とに飽まで正当な要求」『国民新聞』1920年２月10日。「新婦人協会請願提出」『婦女新聞』1030、1920年２月25日。

138「治警削除　国民党より提出」『国民新聞』1920年２月13日。

139「第42回帝国議会　衆議院　本会議　第15号　大正９年２月19日」269-271頁。

140 伊藤孝夫「第二章　治安警察法第一七条問題」『大正デモクラシー期の法と社会』京都大学学術出版会、2000年、116-126頁。

141 前掲・伊藤「治安警察法第一七条問題」150頁。

憲政会では治安警察法改正案の提出は見送られることになる。憲政会では労働問題として治安警察法改正が処理され、改正法律案は第17条の改廃が争点となっており、また友愛会も第42議会対策として「治安警察法については、昨年同様極力第十七条撤廃のため演説会請願運動等を全国的に行う」ことを決めていたため[142]、治安警察法改正問題において女性の政治活動の自由は議論されなかったと言える。

第17条との抱き合わせによる改正案の不成立を見越した協会は、これとは別に第５条だけの改正法律案を提出するために、「主となる提出者を中立に求める事」を決めた。まず黒須龍太郎（無所属）に依頼し、黒須は提出者の一人となることを承諾したが、「自分は矢面になるのは冷笑されるからいやだ」とのことだった[143]。押川方義（無所属団）は「婦人が参政権を得ると国が亡びる」と反対した。秋田清（新政会）は会派として賛成し、提出者の候補として児玉右二（新政会）[144]を紹介する。児玉はこれを引き受け「とにかく政友会の方にもあたつて見て何とかしませう」と答えた。その後、児玉は政府や憲政会、政友会の有志と会合し提出の準備を進め、新婦人協会も憲政会と政友会を訪問し、17条と一緒であれ別であれ改正法律案を提出すること、またその際は「自由問題」とすることを依頼した[145]。

２月25日朝、松田源治（政友会）から、28日の本会議後に約25名の有志が５条改正案に就いての協議会を開くとの知らせがあった。しかし、26日に突如議会解散となり、第42議会での改正法律案提出は頓挫する。

以上、第42議会における、新婦人協会による治安警察法第５条改正の請願運動と法律案提出運動を確認した。

新婦人協会は、「知識階級」の女性から請願書の署名を集めた。改正の実現には法律案の提出が有効であることを教えられた協会は、提出に向けて動き出す。

---

142 前掲・松尾『普通選挙制度成立史の研究』169-174頁。

143 黒須は女性を含めた普通選挙制の実施を主張していた（黒須龍太郎「婦人と政治知識」『婦女新聞』1020、1919年12月７日）。

144 児玉は、２月24日に新政会を離脱し無所属となる（衆議院・参議院編『議会制度百年史　院内会派編　衆議院の部』衆議院、1990年、266頁）。

145 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」24頁。奥むめお「我国に於ける婦人参政権運動史(3)」『新使命』２(5)、1925年５月１日、64-65頁。

法律案を提出する際に、新婦人協会は当初「各派連合」を志向していた。これは憲政会と政友会の双方から「主たる提出者」を得て法律案を提出するという計画であったと言える。請願書の作成や法律案提出を決めるにあたって憲政会の富田幸次郎の協力を度々得ていた点、また、政友会から提出者を得ることに失敗した後に「それなら憲政会の人だけだつてかまはない」と語っていることから、憲政会に期待していたことが分かる[146]。だが、優先して政友会代議士へ訪問したところを見ると、議会多数派かつ与党である政友会の存在を軽視することはできなかったようである。その後、政友・憲政・国民から提出者を得ることが不可能になると「中立」を頼った。これは前記三党に所属していない議員が「主たる提出者」となり、既成政党は党としてではなく個人として「自由問題」で賛成する方式であった。しかし、「中立」議員にしても法律案が可決されることを考えるならば、政友会や憲政会からの協力は必要であった。それゆえどのような形式であれ法律案を提出するというところまで譲歩せざるを得なかった。

かかる過程において法律案提出への困難は大きく２つあった。第一に、代議士の党議拘束である。憲政会に賛成者はいたが、「幹部の承認を得なければならない」からと、提出者を選出するには至らなかった。これは他党においても同様の事情があるだろう。憲政会と政友会から有志の提出者を得る「各派連合」を維持する限り、法律案を提出は難しい。同じことは第43議会においても発生することになる。

第二に、治安警察法が労働問題として扱われていた点である。当時最大の労働組合として知られた友愛会は第17条の改正に注力し、憲政会は労働政策の一環として治安警察法改正を位置づけていた。それゆえ労働運動との協調は女性参政権問題としての政治活動の自由を後景化させてしまうため、戦略として採用される余地はほとんどなかった。男性による運動との連携が望めないなかで、新婦人協会は女性の政治活動を争点化しなければならなかった。

---

[146] 解散当日の議席を見ると、総議席381中、政友会162議席、憲政会118議席であり、政友会は過半数を占めていなかった。それゆえ政友会を排除した改正案の提出に期待しえたと考えられる。前掲『議会制度百年史　院内会派編　衆議院の部』267頁。

第３項　新婦人協会への批判と応答

第42議会の運動を経た1920年４月、平塚は与謝野の協会批判に対して応答した。政治活動が禁止されているなかで女性に普通選挙要求の実際運動を行う自由は無く[147]、男女普選が実現してこそ治安警察法改正が実現するという与謝野の見通しは「書斎裡の楽観的空想」であると難じた。与謝野は「急進分子」が男女平等普選を唱へたことに希望を見たが、「それがどの程度まで真面目なものかも疑問であるばかりか、極めて少数であつて、矢張り多数政治家の頭には婦人といふことなどは全く問題にもされてゐないのが今日の有様」だというのが、第42議会を経た平塚の実感だった。普選案が上程された２月14日の衆議院本会議で島田三郎、植原悦二郎が、国民全般の選挙権ということを繰返しながら女性に言及しなかったことを例に挙げた[148]。

議員が女性参政権に取り組もうとしない背景には、女性参政権を扱う議員に対する冷やかしがあると平塚は指摘する[149]。ある議員が平塚に対して語るところによると、治安警察法第５条の撤廃には大賛成だが、「こと婦人に関するだけに、周囲からも、世間からも、異様に見られなければならない。あの男は女のために大変熱心だといってひやかされたり、疑われたりしなければならない」という[150]。冷やかしが男性議員に新婦人協会への協力を躊躇させていたことが

147　３月４日、平塚は市川と京都 PL 会幹部榊原弥生とともに、神田青年会館で行われた「思想家の時局観」と題する政談集会を傍聴するが、警官に見つかり、翌５日に神田錦町警察署から治安警察法第５条違反として呼び出され、取り調べを受けた。弁護士の布施辰治に相談し、４月16日には区裁判所検事局に召喚、取り調べを受けるが、後日不起訴となったという（前掲･市川『市川房枝自伝』59-61頁、前掲・市川『私の婦人運動』33-34頁）。

148　以上、平塚らいてう「新婦人協会の議会運動について与謝野晶子氏にお答えします」『中央公論』1920年４月（前掲・平塚『女性の言葉』513-516頁）。

149　江原由美子「からかいの政治学」（『増補　女性解放という思想』筑摩書房、2021年）は、1970年代のウーマンリブ運動が浴びせられた「からかい」「嘲笑」「冷やかし」の構造・機能を分析している。青鞜を含む第一波フェミニズムにおいても同様な「からかい」があったことに言及している。

150　平塚らいてう「卑劣なる男子の態度」『婦人公論』1920年４月（前掲・『平塚らいてう著作集』第３巻、130頁）。奥も同様の体験を記している（前掲･奥「婦人参政権運動史(2)」95-96頁）。

分かる[151]。社会における女性に対する行動規範に「反する行動をあえてした男子」が、「彼の属する男子社会」から、非難や反感、軽侮や嘲笑を受けたのであった[152]。

「全く道理以外のかういふ馬鹿気たこと」のために、新婦人協会の運動に「殆ど総てが理論上賛成」で、中には「男女平等の普通選挙の主張者さへあつた」にも拘らず、法律案の提出者を得るために20日間もの時間と労力を要したことで、「婦人に対する我が国一般男子の態度も亦改められなければならない」ことを平塚は改めて認識した[153]。社会に対する輿論喚起は依然として重要な課題であったと言える。

男性の状態がこのようなとき、「男女を問はざる普選の実施の如きは今後なほ或る年月と婦人自身の容易ならぬ奮闘にまたねばならぬ一大難事で、決して二三の急進婦人の力によつてなし得られることでなく、多数の力―即ち多数婦人の団結力によるより外ないのです」と、平塚は考えた[154]。

---

[151] 引用したもの以外にも前掲・平塚「卑劣なる男子の態度」には議員の証言が掲載され、自伝の中でも触れられている（前掲･平塚『元始、女性は太陽であった』78頁）。

また、冷やかしは男性から男性へだけ行われるわけではなく、女性も冷やかしをする主体や対象になった。奥は「協会のなかでも外でも、わたしのそうした姿を応援してくれる人と、悪口をいう人と二通りあった」。「男性ばかりの議員を訪問すると、よくやじをとばされたり、からかわれたりしてそれがいやだったが、わたしの赤ん坊はそうしたわずらわしさから、わたしを救ってくれることにもなった」という（前掲・奥『野火あかあかと』54頁）。

[152] 前掲・平塚「卑劣なる男子の態度」131頁。社会における女性に対する行動規範とは、平塚の言葉では「日本の男子社会における婦人に対する男子の態度についての間違った考え方」と言われている。これは「婦人または婦人に関する問題にはなるべく耳をかさないようにすること、おおいに耳をかしている時でも少なくともそうでないように装うこと、また万一耳をかすにしても本気でかさないこと、少なくとも馬鹿にして聴いているように装うこと、そうしなければ男子としての威厳もしくは優越感が傷つけられるように考えていること」だという（131頁）。

[153] 前掲・平塚「卑劣なる男子の態度」132頁。

[154] 前掲・平塚「新婦人協会の議会運動について与謝野晶子氏にお答えします」516-517頁。

協会は２月21日に神田青年会館で第１回講演会を行うが、それはまさに「多数婦人の団結力」を示すためであった。「普選熱が院の内外に著しく勃興して、演説会に議院訪問に盛なデモンストレーションが行はれて」いるなかで、訪問する議員からも「もつと多数で押寄せて来なければ駄目だ、もつと院外の気勢をあげなければ、議員の神経を刺激する事は出来ない」と言われていた[155]。男性の登壇者には植原悦二郎、黒須龍太郎、大庭柯公、大山郁夫が選ばれ[156]、協会側からは市川、遠藤、山田わかが出席した[157]。しかしながら、約500名の聴衆のうち女性は三割ほどで、「聴衆の大部分は男、まだ〳〵我国の婦人が斯うした問題に如何に冷淡なるかを感ぜしめる」と報道された[158]。

第２節　第14回衆議院議員総選挙と第43回帝国議会

第１項　発会式と選挙応援

1920年２月26日、首相原敬は衆議院を解散した。憲政会案、国民党案、院内普選実行会案という３つの選挙法改正案が衆議院に上程され高まった普選論に対抗して、原は議会解散を断行した。原は、単なる議会での否決では普選運動は次期議会でさらに盛り上がる虞があること、普選運動に「現在の社会組織に

---

[155] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」24-25頁。奥も「当時、普通選挙権獲得運動は盛り上がっており、西洋からは続々と、婦選獲得の知らせがもたらされていた」と述べており、普選運動が演説会の開催を後押ししたことに間違はいない（前掲・奥『野火あかあかと』48頁）。

[156] 植原は「日本の婦人に今直に選挙権を与ふる事は困難、先づ治警第五条の撤廃より進めよ」と説き、大山は「吾々は婦人の優劣を論ずるよりも婦人も参与し得る政治を創造するのが希望である」と論じた（「婦人も与り得る政治を創造せよ―その癖聴衆は男ばかり昨日新婦人協会の演説会」『東京日日新聞』1920年２月22日朝刊）。

[157] 山田は「家庭擁護の為めに婦人の参政を叫び米国婦人が政権に参して失敗したのは男子の模倣なるが為めで婦人は女性としての立場から権威ある政見を持たねばならぬ」と、男性の模倣ではなく女性の立場を強調した（「婦人参政の叫び　新婦人協会第一回講演会　昨日神田青年会館にて」『東京朝日新聞』1920年２月22日朝刊）。

[158]「婦人も与り得る政治を創造せよ―その癖聴衆は男ばかり昨日新婦人協会の演説会」『東京日日新聞』1920年２月22日朝刊。

向て打撃を試んとする趣旨」があると危険視していた[159]。

３月10日、新婦人協会は前議会で協力を得た前代議士へ謝意を伝えることを目的に招待会を催した。代議士側の出席者は、富田幸次郎、荒川五郎、鈴木富士弥、桜井兵五郎（妻の寿々子[160]が同伴）、根本正、児玉右二（妻の真子が同伴）で、前代議士６名のうち４名が憲政会の代議士であった。協会側は平塚、奥、山田わか、塚本なか子、吉田清子が出席した[161]。

協会はこの招待会を以て第42議会の議会運動を終わらせ、発会式の準備に取り掛かり始める。会員へ創立趣意書を送り、賛同者になり得る人物を訪問し、会場の手配を行った。３月23日には、男女合わせて200名の賛助者名簿を添えて招待状を賛助者に発送した[162]。

３月28日、上野精養軒にて新婦人協会発会式が行われた。70名余りが参会し、約20名は男性であった[163]。市川は参加者について「社会主義者から自由主義者、保守的立場の人たちまで、いろいろの顔合わせだったが、いずれも婦人問題は理解のある人たちであった」と、広範な立場の人物が集ったと振り返ってい

---

[159] 1920年２月20日の条、原奎一郎編『原敬日記』第５（首相時代）、福村出版、1965年、217頁。前掲・松尾『普通選挙制度成立史の研究』181-183頁。

[160] 桜井寿々子も協会に賛同した一人だったようで、彼女は「勿論賛成で請願書には喜んで署名調印を致した位です女子を未定年者と同等に取扱て政治的集会に立入る事を禁ずるのは誠に不都合でございます普通選挙が実行されゝば勿論斯うした不都合な条令は消滅して仕舞うでせうが其の以前に於ても一日も速かに修正されなければなりませんと思ひます平塚さんからの御依頼がありましたので存じて居りますが方々にも署名を求めましたが婦人に代つて署名された御主人もなか〳〵多うございました」と語る（「婦人にも政治的集会の自由を　治警第五条の修正は急務…と櫻井代議士夫人　鳩山春子女史熱心に説く」『国民新聞』1920年２月16日）。

[161] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」26頁。

[162] 前掲・市川「創立より女性同盟発刊迄（上）」46頁。また規約の作成にあたって、３月19日に市川が森鴎外を訪問し、鷗外から添削を受けたという（前掲・市川『私の婦人運動』25頁。大正９年３月19日の条、森鴎外「委蛇録　大正九年庚申日記」『鴎外全集　著作篇』第21巻、岩波書店、1938年、470頁）。

[163] 「場所馴れぬ座長さんが質問に怯んだり　昨日賑かに産声あげた新しい婦人の協会　らいてう女史の鮮やかな斡旋　当日の白眉渡辺夫人」『東京朝日新聞』1920年３月29日朝刊。

る[164]。

開会の辞は坂本真琴が担当し、式の座長には市川が就いた。綱領、宣言、規約が議決された。評議員は市川によって指名され、加藤さき（加藤時次郎の妻）、平山信子、山田わか、坂本真琴、吉田清子、田中孝子、田中芳子、矢部初子、塚本なか子、山田美都子が選ばれた。理事は規約に則って、発起人である平塚、市川、奥に決定した[165]。

評議員は、規約ではその選出方法と１年任期ということ、今後は正会員である評議員から理事が互選されることが定められているにすぎず、特に権限に関する規定は存在しなかった[166]。だが、発会式で選出された評議員10名のうちの７名が１月６日に開かれた協議会に参加しており[167]、その協議会では第41議会に提出する請願書を審議していたことを考えると、評議員は意思決定を担う機能を期待されていたと言えるだろう。平塚によると、実際に発会式以降、協会の方針は評議員会からの賛成を得なければ実行できなくなっていったようである[168]。

４月28日に開催された第１回評議員会において総選挙にて応援を行う承認を得て[169]、理事たちは第14回衆議院総選挙での候補者の応援活動を開始した。この決定の背景には「現在の議会制度を是認し、これによつて事をなさうとするならば、どうしても我党の士を多数議員に送らなければなりません」という考えがあった[170]。

---

[164] 前掲・市川『市川房枝自伝』64頁。

[165] 前掲・市川「創立より女性同盟発刊迄（上）」46-47頁。

[166]「新婦人協会規約」『女性同盟』１、1920年10月９日。

[167] 平山信子（夫の六之助が代理として出席）、吉田清子、田中孝子、田中芳子、矢部初子、塚本なか子、山田美都子。

[168] 前掲・平塚「新婦人協会の回顧」284頁。

[169] 前掲・市川「創立より女性同盟発刊迄（上）」48頁。この評議員会では、総選挙の応援の他に、協会が最初に着手すべき事業として「研究部を組織し、各部会を開いて各種問題の研究は初めること」、「各種問題についての講演会を開くこと」、「実際運動をすること」、「各地方の有力なる婦人団体と一層連絡を計ること」、「機関雑誌「女性同盟」を発刊すること（遅くも九月迄に）」が協議された。

[170] 前掲・市川「創立より女性同盟発刊まで（上）」49頁。前掲・奥「婦人参政権運動史(3)」60-62頁。

応援にあたっては「政党政派に拘泥することなく、一般的な婦人の立場から婦人問題に理解ある人士」ということが基準となった[171]。29日から１週間、推薦する代議士の推薦状、推薦広告、推薦文、代読原稿等を起草し、発送した[172]。推薦状は、これを希望する候補者に発行した。このとき、応援した候補者の「運動員の中に、女に応援して貰ふなんて人聞きが悪い」と反対した者がいたようである[173]。

依頼があった候補者のうち植原悦二郎の推薦状の内容が判明している[174]。それによると、「婦人は次代の創造者であり、教育者」であるため、「婦人問題」は「民力の根源に関する重大な問題」で「国家社会の充実を期する」ものとされ

---

171 前掲・奥「婦人参政権運動史(3)」62頁。また、この方針のため、同選挙区の候補者を応援することになり、東京一区で三輪田元道（政友会）と鈴木梅四郎（国民党）の推薦が重複した。奥むめおは「有権者側より、一体どうしろと云ふのかと嫌味やら、苦情やらを持ち込まれたりもした」と述べている（前掲・奥「婦人参政権運動史(3)」62頁）。

172 市川房枝「協会日誌抄」『女性同盟』１、1920年10月９日、53頁。この作業は短期間で進められたため、「この間僅かに五六日、随分眼を廻しました。数名の会員の方々に手伝つていたゞきましたが、尚二三日は徹夜してしまひました」と苦労した様子が語られている（前掲・市川「創立より女性同盟発刊迄（上）」49頁）。

ところで治安警察法で禁止された活動のほかは戸別訪問などの選挙運動に女性が参画することは禁止されていなかった。この点、手塚雄太氏が、候補者家族とりわけ妻による選挙運動が広がっていく過程を分析している（手塚雄太「戦前日本の選挙運動と候補者家族」『国学院雑誌』123（10）、2022年）。推薦状を発行する以外に新婦人協会による選挙活動として、鈴木梅四郎宅への平塚の訪問（「総選挙運動拝見記　国民党にだつて金持は居ます　蕗の砂糖漬と選挙違反　雷鳥女史が応援の相談　鈴木梅四郎氏」『東京朝日新聞』1920年５月４日朝刊）、４月27日に嘉悦女史の商業学校内での女子教育関係者が中心となった三輪田元道、宮田脩の後援会への平塚と市川の出席（「立場は違つても女子の為めに応援せねばならぬ三輪田宮田の御両所」『東京朝日新聞』1920年４月28日朝刊）が報じられている。

173 前掲・奥「婦人参政権運動史(3)」62頁。

174 平塚は推薦状を「ほとんど協会の宣伝のような、また選挙を男性啓蒙の手段に利用したようなもの」で応援としての効果は怪しいものだったと振り返る（前掲・平塚『元始、女性は太陽であった』114頁）。

る。「婦人参政権はこれが徹底的解決の為めの一条件」と言い、女性参政権を「婦人問題」の解決という目的のための手段として位置づける。だが、「婦人に政治上の権利が全く与へられて居」らず、目的実現には「日本婦人は已むを得ず婦人の生活に対し、比較的理解あり、同情ある男子を通じて婦人の意志、要求を僅に自国の政治上に表現するより外ない」というのである[175]。

第42議会へ提出された請願書から女性が「次代の創造者であり、教育者」であることに基づく女性参政権の要求は一貫しているが、推薦状では女性が「次代の創造者であり、教育者」であることが「婦人問題」の「国家社会」における重要性を強調する根拠にもなった。

５月10日に投開票が行われた結果、与党の政友会は総議席464のうち過半数の278議席を獲得し圧勝を収めた。野党第一党の憲政会は109議席と減少し、無所属議員も減少した[176]。総選挙の争点は普通選挙導入の是非にあったため、政友会の勝利は普選論の敗北を意味した[177]。だが、応援した23人中17人が当選したことを受けて、「我党の士が多数当選」したと見た協会は、第43回議会において６月初めから請願と改正法律案の運動を行うことを決める[178]。

---

[175] 以上、前掲・市川「創立より女性同盟発刊迄（上）」49-50頁。

[176] 前掲『議会制度百年史　院内会派編　衆議院の部』268頁。

[177] 吉野作造も「数量的に見ては確かに輿論になって居ないと自白せざるを得ない」と語った（清水唯一朗「吉野作造と大正の公論空間―地域メディアでの口述筆記から」『近代日本研究』29、2012年、91頁）。

[178] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」26頁。第42議会から第43議会にわたる当該報告書は、1920年中に市川によって作成されたもので、協会が応援した23名の候補者のうち16人が当選したと言う。その後の関係者による自伝や回顧を見てもこれが踏襲されており、研究書においても同様であった。しかし、本稿作成にあたっての調査によって17人が当選していたことが判明した（表１を参照）。

（表１）第14回衆議院議員総選挙の結果

氏名	所属	選挙区	得票数	現職・新人	当落
林毅陸	政友会	香川三区	3674	現職	○
高橋本吉	政友会	秋田三区	2521	現職	○
根本正	政友会	茨城三区	3727	現職	○
鵜澤聡明	政友会	千葉六区	5707	現職	○
松田源治	政友会	大分七区	8261	現職	○
小久保喜七	政友会	茨城十区	5242	現職	○
三輪田元道	政友会	東京一区	1177	新人	×
富田幸次郎	憲政会	東京十六区	3575	現職	×
高木正年	憲政会	東京十三区	5662	現職	○
小山松寿	憲政会	愛知一区	3147	現職	○
荒川五郎	憲政会	広島七区	5248	現職	○
樋口秀雄	憲政会	長野十二区	5201	現職	○
鈴木富士弥	憲政会	静岡六区	4520	現職	○
植原悦二郎	国民党	長野八区	4815	現職	○
鈴木梅四郎	国民党	東京一区	2819	現職	○
星島二郎	国民党	岡山二区	7625	新人	○
今井嘉幸	無所属	大阪三区	948	現職	×
児玉右二	無所属	群馬四区	1666	現職	×
秋田清	無所属	徳島六区	4308	現職	○
永井柳太郎	無所属	石川一区	3305	新人	○
中野正剛	無所属	福岡一区	2597	新人	○
山口正憲	無所属	東京十区	不明	新人	×
宮田修	無所属	東京十一区	不明	新人	×

出典：衆議院事務局編『第十四回衆議院議員総選挙一覧』1914年。
『東京朝日新聞』。

第２項　法律案提出運動

総選挙で協会の運動に理解ある代議士が当選したことで治安警察法第５条の改正法律案の提出に心配はなくなり、「どういふ形で提出するのが目的を一日も早く達する事が出来るか」が課題となった。第５条修正問題は「党派に関係した問題ではない」のにもかかわらず、「党派的感情」の支配する議会では、提

出方法によって「党派に関係した問題」となってしまうからと、総選挙で当選した各党派内の協会賛成者の「各派有志連合」による提出を目指した[179]。候補者応援を経て、第42議会で選択した提出形式を実行しやすくなったと言える。

1920年５月以降、野党からは賛成者を集めることに成功した。政友会では、松田源二や高橋本吉は消極的だったが、林隆毅と根本正は提出者になることを、小久保喜七と鵜澤聡明は提出者ではなく賛成者になることを承諾した[180]。

これにより「主となつて尽力して下さる方」を「多数党の関係から」政友会に依頼することが可能になった。林と小久保から「高橋本吉君が最も適任」と勧められる。しかし、高橋本人は、自分は「婦人参政権論の主張者」であるが、第43議会では成立の見込みがないため協力できないとのことだった。その理由は、第一に、法律案提出には「代議士会の承認」が必要であるため「他派の人達との連合提出は六ヶ敷し」く、第二に、政友会は議会に絶対多数を占めているため「いゝ事なら自分の派でやらうじやないかと云ふ意見が多いから、可決されまい」というものであった。政友会幹部も同意見とのことで、これを理由に林も提出者を辞退した。「各派有志連合」という「最初の計画」は放棄されることになる[181]。

政友会からは賛成者だけを得ての提出を考えたが、「政党的感情の禍中に這入る事になる」ため、「提出者を中立の方に願ひ、其他の方を賛成者に願ふ事に方針を変更」し、提出者は中野正剛、松本君平、田淵豊吉、押川方義[182]の４名に決定した。政友会の林隆毅などが中野は「非政友派」だから「政友派の中立者を加へた方が問題のためにいゝだらう」と指摘したため、松本君平と田淵豊吉が選ばれたのであった[183]。

第43議会が開会した６月29日の午後６時、協会は治安警察法改正法律案提出

[179] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」28頁。
[180] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」28頁。
[181] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」28-29頁。
[182] 前述のように押川は第42議会において「婦人が参政権を得ると国が亡びる」と言い、協会による治安警察法第５条改正運動への協力を拒否していた。この態度変化の裏には、第14回総選挙にて神戸の貿易商とその妻が押川を応援し、結果として押川が当選したという事情があったという（前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」29-30頁、前掲・奥「婦人参政権運動史(3)」67頁）。
[183] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」29-30頁。

の相談会を中央亭にて開催した。協会からは、平塚、市川、坂本が出席し[184]、代議士は林隆毅、高橋本吉、根本正、永井柳太郎、樋口秀雄、星島二郎、中野正剛、松本君平、田淵豊吉が出席した。その場では松本起草の議案を可決し、憲政会、国民党、「中立」の代議士が署名した。しかし、政友会は当日の午前の代議士会で決まらず幹事一任となっていたため、幹事を訪問することに決まる。国民党は星島、憲政会は樋口、「中立」は松本が賛成者を取り纏めることとなった[185]。

翌30日、法律改正案について、政友会の代議士に面会して幹部会の状況を聴取し尽力を依頼した。翌日７月１日にも政友会幹部へ面会を試みるが断られ、夕方に鵜澤、林、高橋と面会し、院内総務の鵜澤から今議会では改正案提出に政友会は参加できないと説明された。市川は、「政友会が党議として問題そのものに反対するなら…此度の治警の改正案も予定を変更して堂々と反政友会の人達に提出者になつて貰はふ」と考えた。そこでさらに政友会幹部に面会して「幹部会の真相を聴き、さうして今一度こちらの態度を考へ」ることを決めた[186]。議会に絶対多数を占める政友会の治安警察法に関する態度は、改正の実現とそれに向けた運動戦略の選択において軽視できないものだった。

７月２日、岡崎邦輔より、反対者は多くなく政友会で意見調整を行うため一週間提出を見合わせることを求められ、協会はそれに従うことを決めた。この間、他の政友会幹部に訪問し、小久保喜七から「只五条の結社の点が僧侶や教員学生にも関係してゐるので、其点が問題になつてゐる」、大岡育造から「あなた方には緊要だらうが、こちらはもつと重要事項が沢山あるので、さうすぐには出来ない」と説明されたという。５日、岡崎からは政友会の方針はまだ決定してないとのことで、政友会の協力を得られない場合に備え、協会は憲政会、国民党、「中立」だけで調印をまとめた。９日、岡崎からの回答は「傍聴には反対はありません。結社にも大体反対はありません。而し、結社は学生、教員、僧侶も含まれ、それ等からも要求が出てゐるのだから、政府としては一所にし

[184] 奥むめおは６月11日の出産で欠席（前掲・市川『私の婦人運動』37頁）。
[185] 前掲・市川「協会日誌抄」53頁。前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（中）」30頁。
[186] 市川房枝「治安警察法第五条修正の運動（下）」『女性同盟』３、1920年12月１日、28頁。

たい。所がその方は許すにしてもどの程度迄許すか調査しなければならぬ。所がそれには少し時日を要するから此臨時議会では間にあはぬ」という内容のものだった[187]。政友会内に反対する者は多くなかったようだが、結社に関わる調査を理由に政友会は改正案提出における協力を辞退した。協会側は「政友会が絶対反対でないと云ふのであるから、今一度譲歩して予定通り進める事に」したという[188]。法案の賛成者として署名を得られなくとも、審議の局面において賛成を得られることを期待したと言える。

７月10日、協会の第５条改正法律案は押川、田淵、中野、松本の４名を通じて衆議院に提出された。賛成者として署名した30名中、憲政会17名、国民党８名、無所属５名であった。改正の理由書は、「政治上の知識」は「立憲国民の必要条件」であり、さらに「未来の立憲国民たるべき子供のよき教育者」である女性にとって「立憲的良妻賢母に缺くべからざる資格」であると、冒頭で述べている[189]。女性は単に「子供」の教育者なのではなく、「未来の立憲国民たるべき子供」の教育者なのであった。

７月14日、清瀬一郎ほか３名が提出した、国民党による第５条修正を含む治安警察法中改正法律案の第一読会が行われた[190]。しかし、政府委員が出席していなかったため、委員会に付託することが決まり、議長指名の９名が委員に選ばれた[191]。

７月18日、自ら関与した第５条改正法律案の上程を翌日に控えて、新婦人協会は「輿論を喚起すると同時に議会に対しての示威たらしむべく」、第２回講演会として「婦人団体有志連合講演会」を明治会館にて開催した。聴衆の約500名のうち七割が女性だったという[192]。登壇者は、塚本なか子（新婦人協会）、市

---

187 以上、前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（下）」28-29頁。

188 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（下）」29頁。

189 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（下）」29-30頁。

190「第43回帝国議会　衆議院　本会議　第11号　大正９年７月14日」201-202頁。

191 荻亮（委員長）、森恪、中島鵬六、益谷秀次（理事）、岩崎幸治郎、小松松寿、鈴木富士弥、清瀬一郎、森下亀太郎（「第43回帝国議会　衆議院　治安警察法中改正法律案委員会　第１号　大正９年７月15日」１頁）。

192「実行の前の烽火　新婦人連の熱弁　婦人参政獲得の運動　昨夜講演会に気勢を揚げ永井氏の長広告に悦喜す」『東京朝日新聞』1920年７月19日朝刊。他紙では「半分以上は男子が席を占める」と報じられている（「治警第五の撤廃

川房枝（同）、田中孝子（同）、山田美都子（婦人はたらき会[193]）、戸塚松子（赤思社[194]）、山内みな（友愛会婦人部）、西川文子（婦人社会問題研究会[195]）、衆樹安子（タイピスト組合[196]）、与謝野晶子、松本君平、永井柳太郎であった。会場で上程日の傍聴を募ると100人余りが希望し、傍聴券の確保に奔走したという[197]。「婦人団体有志連合」の名に相応しく登壇者は様々な女性団体の肩書きを背負っていた。複数の女性団体が参加することで治安警察法改正は幅広い女性の求めるところであると示そうとしたと考えられる[198]。

を絶叫せんとして注意され普通の婦人演説会に終る　昨夜明治会館の嬌舌熱舌」『読売新聞』1920年７月19日朝刊）が、男性は登壇者の紹介は女性の同伴のみ入場を許されていたため、市川が回顧するような「ほとんど」が女性ではないにせよ（前掲・市川『私の婦人運動』40頁）、男性よりも女性が多かったと考えられる。

193 婦人はたらき会とは、女性の職の斡旋と時事問題を兼ねた団体として、山田美都子に加え、天野梅野子、藤生貞子の３名によって設立された団体である。雇いたい人を第一種会員、雇われたい人を第二種会員として職業斡旋所で雑用、給仕、看護婦、料理、洗濯などの職種があったという（榊原温子「山田美都子」前掲『新婦人協会の人びと』176頁）。

194 矢部初子、戸塚松子、間野チヨ子、宮崎チヨ子を中心に十数名が会員、1920年４月に発会した組織で、婦人問題の研究と調査を中心としているが、今後新婦人協会とも連携して運動にも進みたい、としているという（折井美耶子「赤思社」前掲『新婦人協会の人びと』47頁）。

195 婦人社会問題研究会は、西川文子、吉岡弥生、鷲尾よし子、奥むめおの発起で1920年２月14日に設立され、同日に講演会を開会している（「女工等の為に意見を吐く塚本なか子さん　十四日の晩神田青年会館の後援会に出席して　◇圧迫を受けて思ふ存分　◇口も利けぬ婦人労働者」『東京朝日新聞』1920年２月３日朝刊）。

196 タイピスト組合は、タイピストの「共済、職業紹介、福利増進等を計る目的」で組織された（「全国のタイピストの生活安定の為に　今回組合を組織さる　◇昨日発会準備会を開く」『東京朝日新聞』1920年３月22日朝刊）。1920年３月27日の創立総会で衆樹は理事に選出された。この総会の参加者1000名のうち八割が女性だったという（織田宏子「衆樹安子」前掲『新婦人協会の人びと』169頁）。

197 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（下）」30-31頁。

198 その様子は「婦人連が如何に政治に興味と理解を持つて来てるかを思はしめた」と報じられた（「新婦人の演説会　永井松本両代議士も応援し　昨夜、神田明治会館に於て」『東京日日新聞』1920年７月19日朝刊）。

講演会の翌日19日、新婦人協会が関与した治安警察法第５条改正法律案が上程された。田淵豊吉の説明の後、改正法律案は先に提出されていた国民党改正法律案と同一の委員に附託されることとなった[199]。この日、90名の女性が傍聴し、その中で「同一職業の一番多いのは小学校の女教師です」と市川は語った[200]。20日、治安警察法委員会の委員である萩亮、益谷秀次、鈴木富士弥、小山松寿、清瀬一郎を訪問し尽力を乞うが、市川は「どうせ握りつぶしの厄にあふ事は判つて居りました」と[201]、法案成立は期待していなかった。

７月21日、治安警察法委員会が開かれた。川村警保局長は、政府側の意見を次のように述べた。政談集会への会同について、「今日我国の女子の現状、並に社会政治上の実際に照して、最早此制限を解くことが必要でなからうか」と述べ、改正に「異存が無い」とした。一方で、政治結社への加入について、「永久に亙る所の、継続的の性質を帯びて居る所の政治結社に加入して政治運動をすると云ふことは…先づ政談集会なぞに会合を許して、少くとも彼等の政治上の知識なり訓練なりを経た後にすべきものでないか」と、改正に反対した[202]。政談集会は認めた上で、これを「政治上の知識なり訓練なり」を得る機会と捉え、そのような機会を経なければ政治結社への加入は認められないとする。

川村の答弁の背景にあったと思われる警保局の文書は「近時女子教育の普及、新聞雑誌の閲読、最近の思潮の変化に伴ひ女子の社会的地位、自覚に鑑み之か政談集会会同の参加又は之か発起人たるを認むるは将に国情の然らしむる処、特に之を禁止するの要なきか如し」と、政談集会への参加を認めるに至った現状認識を語っている。一方で、政治結社については、「現在女子の政治智識の発達之に伴はす」、加えて「一般社会の要望の存する処に非す」と改正の必要性を否定し、「現下一般を支配する女子の職分に対する思想を乱し女子教育上社会上意外の弊害を生するの虞ありと思料す」と述べる[203]。

---

[199]「第43回帝国議会　衆議院　本会議　第14号　大正９年７月19日」265-268頁。

[200]「傍聴券を掻集めて治警撤廃の婦人デー　◇新しい洋装のお馴染み振り　おしろいの香ひに囲まれて暑さにうだる壇上の田淵さん　定員に三倍の大汗」『東京朝日新聞』1920年７月20日朝刊。

[201] 前掲・市川「治安警察法第五条修正の運動（下）」32頁。

[202]「第43回帝国議会　衆議院　治安警察法中改正法律案委員会　第２号　大正９年７月21日」４頁。

[203]「女子ノ政社並政談集会参加ニ関スル制限撤廃ニ付テ」（R8-228「政治運動団

以後委員会は会期中に開催されず廃案となる。

総選挙を契機に新婦人協会の運動戦略には２つの変化があった。第一に、協会に理解ある人物を総選挙を通じて議会に送り込むという戦略が効果のあるものと認識されたことである。第二に、議会多数派の政友会への説得工作が運動の大半を占めたことである。平塚は「ことに特別議会において政友会幹部を動かすため、幹部の一人一人を早朝彼らの外出前にその自宅に襲い、昼は昼で議会に詰めきりで、守衛の咎めるのもおかまいなしに名刺を突きつける、夜は夜で彼らの揃いも揃って遅い帰宅を十一時十二時までも待ち受けて面会を強要する」と第43議会を振り返っている[204]。

法案提出に際しては党派的感情への懸念が強かったが、必ずしもそれを固守したわけではなかった。それゆえ「各派有志連合」を志向しながら「主力」には政友会を据えており、それが実現できないと判明すると「中立」を「主力」に置いた。ただし、それも政友会が党議としては治安警察法改正に反対ではないということを前提にしていた。

このとき新婦人協会はより男性政治家からの容認を得られるような女性参政権の論理を用意せねばならなかった。当初第42議会では、女性が「夫のよき相談相手」・「子供のよき教育者」となるために「政事的智識」を得る機会として女性の政治活動の自由を求めた。第14回総選挙での推薦状では、女性が「子供のよき教育者」であることを理由に「婦人問題」の「国家社会」における重要性を強調し、その解決の手段として女性参政権を要求した。第43議会の改正案提出に際して、女性がその「よき教育者」となる子供とは「未来の立憲国民たるべき子供」であると説明された。すなわち、協会によって、女性が「子供のよき教育者」であることを論拠として女性参政権が「国家社会」において重要なものであるという主張がなされていったと理解できる。

第３項　治安警察法改正への見通し

与謝野は、新婦人協会による改正法律案が上程される1920年７月19日に先立ち、治安警察法の改正の必要性を論じていた。すなわち「只今普通選挙が男子のみに制限された一種の階級選挙の要求である限り、私達婦人は、第一に人間

体調」所収）『小橋一太関係文書（書類の部）』国立国会図書館憲政資料室所蔵。

[204] 前掲・平塚「新婦人協会の回顧」282頁。

としての立場から『女子参政権〔選挙権〕』を要求せねばならず、その第一着手として治安警察法第五条撤廃の運動に努力せねばなりません」と[205]、治安警察法改正運動の意義を認めるようになった。

従来の批判者からも協会に対して好意的な意見が出はじめたが、第43議会においても治安警察法を改正することは叶わなかった。だが、改正への兆しが確かに見えてきた。閉会後に川村警保局長は新婦人協会に対して「第二項の傍聴の方は、解禁していゝと思ひます。これは誰だつて反対する人はありません。結社の方は、今のところ賛否半々位ですが、まあ、一つ宛解いてゆくのですね。とにかく成るべく早く解禁されるやうに尽力しませう」と語ったという[206]。政談集会への会同を禁止した第５条第２項であれば改正に向けて尽力しようという声が、政府側から上がったのだ。政談集会の会同の解禁への展望が開けてきた一方で、政治結社加入を禁止した第１項の改正は難しかった。政友会からは学生､教員､僧侶との兼ね合いを理由に第１項の改正は先送りされた。したがって、新婦人協会にとっては、治安警察法第５条の中でも第１項は放棄し、改正が望める第２項の改正運動へ注力するという選択肢が現実化することになる。

新婦人協会は８月10日に第２回評議員会を開催し、そこで常務員は有給となり、機関誌は10月創刊とすることが決定した[207]。加えて市川は来る第44議会に向けて「花柳病男子に結婚禁制」と「治安法の改正」とに就いて少し内容を改訂したいと望んで居りますので、今から草案の工夫に思ひを凝してゐます」と明かした[208]。

２つの議会を経てもなお治安警察法の改正ならともかく、自身にとってより優先度の高かった花柳病男子結婚制限法の制定さえ実現できなかった平塚は、性別を理由に投票権を否定することを禁じた合衆国憲法修正第19条の批准が８月18日に成立したという報を受け、次のように語った。「米国婦人の幸福は之

---

[205] 与謝野晶子「治安警察法―第五条の撤廃を要求する理由」『横浜貿易新報』1920年７月18日（前掲『與謝野晶子評論著作集』第18巻、306-309頁）。

[206] 奥むめお「我国に於ける婦人参政権運動史(4)」『新使命』２(6)、1925年６月１日、94頁。

[207] 市川房枝「創立より女性同盟発刊迄（下）」『女性同盟』２､1920年11月13日、49頁。

[208]「新婦人協会の新活動　今秋から冬へ　『女性同盟』の創刊＝女教員大会批判＝四十四議会への請願」『読売新聞』1920年８月27日朝刊。著作集未収録

〔女性選挙権の実現〕に依つて増進され、其影響は英国其他の文明国にも波及する所が多いに違ひないが、我国の婦人には左程の事はないでせう、夫れは日本婦人は刻下のもつと差迫つた問題の為に四苦八苦の形で婦人参政権の如き勿論必要とは認めても今実行せねばならぬ程になつて居りません、殊に日本現代の婦人は直に外国の声に倣うことのみ能事とはしない、随つて一般的の影響は余り受けなからうと思ひます」と[209]。依然として平塚にとって女性参政権のなかで選挙権の優先順位は低かった。

第４章　おわりに

以上の分析を経て本稿は次のようにまとめることができる。

女性選挙権が次々に実現した当時の国際的な潮流、第41議会以降に政友・立憲・国民の三党からたびたび選挙法改正案が提起されるという国内の政治状況は、日本の女性たちの間に女性参政権への期待を広げた。

そのような中で女性参政権構想を具体化させたのが、平塚らいてうと与謝野晶子であった。平塚は、母と子の権利獲得のための手段として選挙権を捉え、「知識階級の婦人」による「下層婦人」の指導のための組織として新婦人協会を構想した。一方で与謝野は、性差を廃した「人間」の権利として選挙権を定位し（その「人間」とは男性を普遍化して作られたものであったが）、輿論喚起に向けた評論活動に取り組んだ。

新婦人協会内部では、創立者の平塚、奥、市川が様々な異同を含みながら、治安警察法改正に向けた対議会運動において戦略を共有した。改正法律案提出では、党派性を免れることを重視して各党からの有志議員による共同提出を目指した。これが挫折すると「中立」議員を中心にした提出へ戦略を変容させる。ただし、そこでは議会多数派の意向は無視し得なかった。とりわけ第14回衆議院総選挙で圧勝した政友会の存在は大きく、第43議会では政友会への説得工作が運動の大半を占めたという。また、選挙における候補者推薦の有効性を認識したが、これは後の婦選獲得同盟の活動へと引き継がれていく。

ところで運動戦略は女性参政権の正当化言説といかなる関係にあったのか。

---

[209]「日本婦人への影響　必要とは認むるも即行と迄切迫せず　米国では当然の成行　◇平塚雷鳥女史談」『東京朝日新聞』1920年８月20日朝刊。著作集未収録。

平塚は、困難に直面した女性（母）たちの権利擁護のために選挙権の必要性を認めたが、それゆえ「母性保護」に賛同した女性が組織に集い、請願書において署名を集めることができた。また、次第に女性の政治活動の自由を要求する根拠づけにおいて、国家との関りが明確化していったが、男性政治家に対してその国家における有用性を示そうとしたのだと考えられる。

一方で、与謝野を見ると、彼女は当初から新婦人協会に批判的だった。性別による差別なく男女が生活の全てを分有すべきという与謝野の理想は、女性運動に特有の意義を認めず、「母性」に基づく参政権（選挙権と政治活動の自由を含む）の要求を否定する。与謝野によれば、政治活動の自由よりも選挙権を優先し、すでに男性らの手によって行われている普選運動の下に統合されるべきだった。与謝野からの批判は、新婦人協会に戦略の変更を迫ったとまでは言えない。だが、協会は普選論者を講演会に招き、また彼らへの説得を優先していたことは、普選運動と協力せよという与謝野の主張を確かに視野に捉えていたのであろう。

だが、与謝野の路線では参政権要求において女性という契機は後景に退く。普選運動との協力はかえって女性参政権の実現を遠退かせる危険性も孕んでいた。また、治安警察法改正は当時の政界では労働問題としての位置を与えられていた。それゆえ女性の政治活動の自由が真面目な議論の対象になることは稀で、労働運動との協力も容易には望めなかったのである。ここに、新婦人協会は運動のさらなる活発化に際して、女性を取り込むための独自の論理が必要とされるのであった。

さて、最後に新婦人協会の今後の展望を示す。

普選運動や労働運動との連携の困難に直面した新婦人協会は、運動を進めるにあたって女性の中からその協力者を得ねばならなかった。このことは与謝野も指摘している。「協会の中堅となる婦人を或程度の人数だけ揃へて、それを以て内部を堅めることを先としないで、賛成員と云ふ、無実力な、無責任な義理一遍の虚名的協力者を多く作られた事をも私は遺憾に思ひます。従来の例に由ると、賛成員などと云ふ者が如何に沢山あっても何の役にも立たないものです」と[210]。

[210] 与謝野晶子「最近の感想（抄）」『横浜貿易新報』1920年４月３日（前掲『與

新婦人協会は、1920年10月９日、機関誌『女性同盟』を発刊した。そこで組織拡大にあたって女性教員の組織化を図っていることが明らかにされた。市川は全国女教員会へ働きかけ、平塚は女性教員による支部設立のために地方講演を行った。だが、組織拡大は容易には進まなかった。新婦人協会は社会主義陣営からの分断工作に遭遇する。山川菊栄は社会主義の下への職業婦人の結集を呼び掛けたのである。常々「母性」の偏重を批判していた与謝野は、「女流の評論家では、長谷川〔如是閑〕先生と同じく徹底した女子解放論を忌憚なく発表して、常に私達に教へられる」人物であると、山川を高く評価しており[211]、批判者としての山川の登場をすでに暗示していた。

組織化の理論を備えた山川の登場に前後して平塚と市川は運動の第一線から離脱する。新婦人協会はその象徴を失いながら奥むめおを中心に辛うじて治安警察法の一部改正を達成した。しかし、皮肉にも目標達成によって緩やかに保たれていた運動のコンセンサスは崩壊し、新婦人協会は解体に至る。新婦人協会は設立当初から内外に火種を孕みながら活動したが、解体とともにそれは新たな団体結成への伏線となっていく。

※本稿は2022年度「若手研究者による社会と文化に関する個人研究助成（鳥井フェローシップ）」による成果の一部です。

謝野晶子評論著作集』第18巻、293-294頁）。

[211] 与謝野晶子「過去一年の回顧」（1920年12月稿）『人間礼賛』天祐社、1921年、221頁。

判例研究

民事判例研究

吉田邦彦＝佐藤亮平

「詐害行為取消の場合の付遅滞時――その法理論的・法史学的考察を中心に」（最判（第２小法廷）平成30年12月14日（平成30年（受）44号、45号、旧取締役に対する損害賠償請求、詐害行為取消請求）民集72巻６号1101頁）

１．事実の概要

1.1. Ａの詐害行為

平成21年６月～平成22年３月、日本振興銀行は金融庁の立入検査を受け、同年３月31日時点の財産状況や各種法令違反に対する認識等、業務及び財産の状況に関する報告を求められた。同年５月10日、日本振興銀行の取締役会長兼代表執行役Ａが辞任した。同年５月27日、日本振興銀行は金融庁から一部業務停止・改善命令を受けた。こうしてＡは、平成22年５月下旬頃、自らに対する刑事・民事の責任追及の可能性ないし蓋然性が高いことを察知した。

Ａの積極財産は、平成22年５月下旬頃及び同年６月頃の時点において、銀行預金、株式、マンションなど６億4000万円ほどであった。

Ａは、特に民事責任追及を免れ資産を隠匿する目的で、平成22年５月24日、被告Y_1（Ａの弟で北陸銀行職員）（被告・控訴人・上告人）との間で、Y_1が保有する日本振興銀行株式（価値はほとんどゼロであった）を総額１億6250万円で譲り受けるとの合意をした（以下、「本件株式譲渡合意」という）。同年６月９日、Ａは上記１億6250万円をY_1名義の口座に振込送金した。

ＡとY_2（Ａの配偶者）（被告・控訴人・上告人）は平成22年５月24日付けで合意書を作成し、ＡとY_2が離婚すること、ＡがY_2に対し、離婚に伴う慰謝料、財産分与及び養育費として8000万円を支払うことなどを合意した（以下、「本

件贈与契約１」という）。同月27日、A は Y_2に対し、上記8000万円を振込送金した。

A と Y_2は平成22年11月９日付けで再度合意書を作成し、A が Y_2に対し、離婚に伴う財産分与として、既払金の外に１億2000万円を支払うことなどを合意した（以下、「本件贈与契約２」という）。同月10日、A は Y_2に対し、上記１億2000万円を振込送金した。

1.2. 本件訴訟の経過

平成23年４月25日、日本振興銀行は X（整理回収機構）（原告・被控訴人・被上告人）に対し、会社法423条１項に基づく取締役に対する損害賠償請求権を譲渡するとともに、同年８月３日、A に対し、内容証明郵便をもって当該債権譲渡を通知した。

平成23年９月、X は、日本振興銀行の取締役会において平成20年10月28日及び同年11月17日の２回にわたり商工ローン債権の買取りを承認する旨の決議がされたところ、これに賛成した A には取締役としての善管注意義務違反があるなどと主張して、会社法423条１項に基づく損害賠償を A に求めて訴えを提起し、一審・二審において37億5693万4826円が認容された。

また X は、詐害行為取消権（民法424条１項）に基づき、Y_1に対しては、本件株式譲渡合意の取消し並びに受領済みの代金相当額及びこれに対する訴状送達の日の翌日からの遅延損害金の支払を求めた。また Y_2に対しては、本件贈与契約１及び本件贈与契約２の取消し並びに受領済みの贈与金相当額及びこれに対する訴状送達の日の翌日からの遅延損害金の支払を求めた。

一審（東京地判平成28年９月29日判時2386号78頁）は、X の Y_1に対する請求を全部認容した。X の Y_2に対する請求については、本件贈与契約１のうち養育費の要素を考慮した財産分与として相当な1316万円を超える部分及び本件贈与契約２を不相当に過大であるとして取り消した上で、取り消された契約に基づく Y_2の受領金相当額及びこれに対する訴状送達日の翌日からの遅延損害金の支払を求める限度で認容した。

二審（東京高判平成29年９月27日判時2386号55頁）は、Y_1の控訴及び本件贈与契約２に関する Y_2の控訴を棄却した。本件贈与契約１については、通謀虚偽表示で無効であると判断し、A が Y_2に8000万円の不当利得返還請求権を有することを認めた上で、X の Y_2に対する債権者代位権の行使を認めた。

Y_1及びY_2は、詐害行為取消しによる受益者の取消債権者に対する受領済みの金員相当額の支払債務は、詐害行為の取消しを命ずる判決の確定前に履行遅滞に陥ることはなく、X に対する各受領金支払債務につき各訴状送達の日の翌日からの遅延損害金の支払を命じた原審の判断には法令の解釈適用の誤りがあると主張し、上告受理の申立てをした。

２．最高裁判旨

上告棄却。

「詐害行為取消しの効果は詐害行為取消判決の確定により生ずるものであるが（最判昭和40年３月26日民集19巻２号508頁参照）、その効果が将来に向かってのみ生ずるのか、それとも過去に遡って生ずるのかは、詐害行為取消制度の趣旨や、いずれに解するかにより生ずる影響等を考慮して判断されるべきものである。詐害行為取消権は、詐害行為を取り消した上、逸出した財産を回復して債務者の一般財産を保全することを目的とするものであり、受益者又は転得者が詐害行為によって債務者の財産を逸出させた責任を原因として、その財産の回復義務を生じさせるものである（最判昭和35年４月26日民集14巻６号1046頁、最判昭和46年11月19日民集25巻８号1321頁等参照）。そうすると、詐害行為取消しの効果は過去に遡って生ずるものと解するのが上記の趣旨に沿うものといえる。また、詐害行為取消しによる受益者の取消債権者に対する受領金支払債務が、詐害行為取消判決の確定より前に遡って生じないとすれば、受益者は、受領済みの金員に係るそれまでの運用利益の全部を得ることができることとなり、相当ではない。したがって、上記受領金支払債務は、詐害行為取消判決の確定により受領時に遡って生ずるものと解すべきである。そして、上記受領金支払債務は期限の定めのない債務であるところ、これが発生と同時に遅滞に陥ると解すべき理由はなく、また、詐害行為取消判決の確定より前にされたその履行の請求も民法412条３項の『履行の請求』に当たるということができる」。

「以上によれば、上記受領金支払債務は、履行の請求を受けた時に遅滞に陥るものと解するのが相当である」。

「これを本件についてみると、X は、Y_1・Y_2に対し、訴状をもって、各詐害行為の取消しとともに、各受領済みの金員相当額の支払を請求したのであるから、Y_1・Y_2の X に対する各受領金支払債務についての遅延損害金の起算日は、各訴状送達の日の翌日ということになる」。

３．評釈その１（吉田）

3.1. はじめに

本件は、「詐害行為取消権が行使された場合の返還請求の付遅滞時」という、やや技術的論点について、初めて最高裁で判断を下した判決である。しかし、他の多くの事例ではそれ程意識的にこの論点がクローズアップされていないが、会社法423条の取締役の損害賠償債権として約37億6000万円にも及ぶというものが被保全債権となり、詐害行為自体も代金１億6250万円の株式購入（平成22年５月。翌６月に代金送付）及び１億2000万円の贈与（財産分与）（平成22年11月）という高額なものであるために、この点が前面に出ることとなった。

ここでの場面について、民法412条３項を根拠に、「訴訟送達の翌日を付遅滞時とする」判断が下された。この点については、①詐害行為受領時、②訴状送達時、③判決確定日のいずれと見るかで（本件に即していえば、①は、平成22年６月、11月、②は平成23年９月、③は平成30年12月である）、従来の下級審裁判例は分かれていたが、本件に即してみると、このいずれをとるかで、具体的解決としてかなりの相違が出ることになり、この論点が浮き出ることとなった[1]。しかしこの論点は、従来あまり意識化されていなかったことにも留意されたい。

3.2. 関連裁判例とその評価

3.2.1. 最高裁レベルでの混乱（カオス的）状況

（１）すなわち、一方で、（ⅰ）不法行為に関しては、「不法行為時」としており（最判昭和37年９月４日民集16巻９号1834頁（国賠２条の事案）。戦前からの判例である）、他方で、（ⅱ）安全配慮義務に関する判例（最判昭和55年12月18日民集34巻７号888頁、法協100巻２号吉田）は、民法412条３項から、損害賠償請求権は「期限の定めのない債務」だから、「履行の請求を受けた時」として、「第１審での準備書面の交付による請求時」を問題にしている（従来「訴状送達時」としていた）。この点で、本判決は、同じく民法412条３項を使いながら、微妙にその対応は異なっており、本件でその点説明されないのは、不可解である。

さらに、（ⅲ）その後、不法行為と相当因果関係にある弁護士費用の損害賠

[1] これだけで、5891万円もの相違が出るとのことである（宮崎朋紀・平成30年度最判解民事篇（法曹会、2021）372-373頁注19参照）。

償についても「不法行為時」だとし（最判昭和58年９月６日民集37巻７号901頁、法協101巻12号吉田）、（iv）請負人の報酬債権に関し注文者が相殺した場合（民法634条２項。改正後の559条・562条１項）には「相殺時」としている（最判平成９年７月15日民集51巻６号2581頁）。

付随する論点として、（v）「弁護士費用」について、安全配慮義務についても損害賠償として請求できるかについては、近時の判例は積極的なものが出されている（最判平成24年２月24日判時2144号89頁）。

またもう一つの付随論点として、（vi）詐害行為請求権としての価額請求の場合の基準時の問題として、判例は、財産回復義務負担に接着した時点として、事実審の口頭弁論終結時とする（最判昭和50年12月１日民集29巻11号1847頁）。（これと、比較参照すべき判例として、遺留分減殺請求事例で、（vii）基準時として同様に解しつつ（最判昭和51年８月30日民集30巻７号768頁）、（viii）遅延損害金起算点について、価額弁償請求権を確定的に取得し、受遺者に弁償請求した日の翌日としたものがある（最判平成20年１月24日民集62巻１号63頁）。）

（２）民法412条３項の素直な解釈として、「訴状送達時」とするのが自然だが（不法行為の場合でもそのような扱いも少なくなかったとのことである）、近時は、この点が意識化されてきたようでもある。損害の捉え方とも関係するようでもあり、「損害＝事実」説からすると「損害発生時」となるが（平井博士の立場。しかし、412条３項の文言との関係が問題になる）、「損害の金銭評価」を問題にすれば、「口頭弁論終結時」を基準とできる。ともあれ、通常の損害賠償の事例では、かなりの部分を占める「逸失利益の賠償」について「付遅滞時」と「中間利息控除時」とを一致させる限りではこの論点はあまり意味がないことになり[2]、この点を殊更に論点化することにもその限りでは実質的に従来よくわからなかったところがあり、また不法行為と安全配慮義務とを区別しようとすることにも疑問であったところである（吉田）。

ところが、その点で、詐害行為取消の場合には、逸失利益の賠償という損害賠償の大方の事例で直面する上記問題もなく（すなわち、中間利息控除との調整関係もなく）、その分、付遅滞時の問題が浮き出やすいということが言えて、それに即してみる必要があるだろう。

[2] この点、前記吉田邦彦評釈・法協100巻２号468頁（1983）参照。

3.2.2. 詐害行為取消に関する付遅滞時をめぐる従来の下級審の状況

そこで、詐害行為取消に関して、従来の下級審の裁判例の対立状況を見ると、第１に、金員受領日とするもの（前記①）として、例えば、山口地裁岩国支部判昭和35年３月16日訟月６巻５号866頁、東京高判昭和61年６月25日金法1157号33頁、東京地判平成10年12月８日金商1057号３頁があり（学説として、奥田昌道編・新版注釈民法（10）Ⅱ（有斐閣、2011）928頁（下森定執筆）など）、第２に、訴状送達の翌日からとするもの（前記②）として、佐賀地判昭和32年12月５日訟月４巻２号163頁、広島高判昭和38年２月11日訟月９巻２号272頁、東京地判昭和61年11月18日判タ650号185頁、大阪地判平成元年３月16日金法1221号34頁、東京地判平成３年６月27日判時1409号77頁、東京地判平成28年９月29日、東京高判平成29年９月27日（本件の第１審、原審）などがあり、飯原一乗・詐害行為取消法（第２版新装版）（日本評論社、2016）458頁がこの立場であり、裁判例も一番多いとされる。そして第３に、判決確定日の翌日からとするもので（前記③）、東京地判昭和53年12月12日判時918号91頁、東京高判昭和63年10月20日判タ708号204頁、大阪高判平成２年９月27日判タ743号171頁、横浜地小田原支部判平成７年９月26日金法1450号95頁、東京高判平成11年２月16日金商1072号32頁、大阪地判平成12年５月24日判時1734号127頁、大阪高判平成14年10月３日判時1833号122頁、名古屋地判平成23年７月22日金法1936号118頁（価額賠償請求）、名古屋高判平成24年２月７日判タ1369号231頁、徳島地判平成26年３月26日判秘 L06451212、東京地判平成28年７月14日判秘 L07131625（価額賠償請求）、東京地判平成28年９月29日同 L07133566（価額賠償請求）などがあり、学説として、塚原朋一編・事例と解説民事裁判の主文（新日本法規、2006）199頁（滝澤泉執筆）、加藤新太郎＝細野敦・要件事実の考え方と実務（第３版）（民事法研究会、2014）285頁などがあった。

どれが有力かということについては、最もこの点、詳細に検討された宮﨑朋紀元調査官も指摘されるように、「かなりは請求通りというもの」であり（前記最判解360頁、361頁参照）、従来どれだけ意識されていたかは、不明だが、③説も相当に従来有力であり、これは後に論ずる思考様式の問題でもあったからということができるであろう。

3.3. 思考様式の問題（その１）――性質論から演繹的に考えるか？

（１）宮﨑元調査官は、演繹的思考様式から、「不法行為構成」を否定し（その

際に、故下森定教授などの分析（前掲新版注釈民法（10）Ⅱ（有斐閣、2011）792－794頁を援用する）、通説は「衡平説」だとし、だから、上記①ではなく、②になるとする（ジュリスト1538号（2019）106頁、平成30年度最判解（2021）362頁、394頁参照）。宮﨑分析は、ここで見る演繹的思考の色彩が強いが、下森博士とて、「衡平説」から、①説を支持されるところからも見えるように、必ずしもそれは決定的とは思われないことだけここでは指摘しておきたい。

これに対して、後掲佐藤亮平評釈では、沿革的にフランス法学との系譜的考察から「不法行為構成」から①を支持する。（なお、下森説が、不法行為構成を拒否する背景には、「債権侵害」（詐害行為取消もこの一種であることは、吉田邦彦・債権侵害論再考（有斐閣、1991）参照）に関する狭隘な把握にあり（下森前掲箇所）、それはもう比較法的に克服されているから（吉田）、その意味でも「不法行為構成」は支持できて、かくて、①は支持できることになる（認識しつつ受領することで、近時の債権侵害法理では不法行為性は認定されるので、「受領時」からとして何ら問題はないのである。そしてそれは判例（ⅰ）とも整合的ということになる）。つまり、本判決のように遅らせる法理論上の必要性は何ら無いということになる（吉田）。

（2）他方で、債務不履行（安全配慮義務構成）の場合には、なぜ民法412条３項を理由に付遅滞時が遅くなるのかは、よくわからないところがある。同じ同条項を引きながら、どうして最判昭和55年と立場を変えるのか不明であるし（さらに言うと、これだけ詳細な判例評釈を書かれる宮﨑調査官が、昭和55年最判に全く触れられず、それとの突き合わせをされないのは、不可解である）、不法行為時説（前記①）ですら、不法行為債務は「期限の定めのない債務」で民法412条３項を適用できるのだが、それにはよらずに起算点を早めているのは、暗黙裏に制裁（サンクション）的発想があるのではないかと思われる。下森博士が、「衡平説」ではあるが、①説を支持されるのは、その限りで実質的にかなり不法行為的発想があったのではないかと推測される。つまり本判決は、安全配慮義務に関する付遅滞の判例理論との関係で、なぜ不法行為的に起算点を早めたのかの実質的詰めがなされていない憾みがある。

ところで思考様式として、帰納的思考とともに、ある程度の演繹的思考〔性質論からの演繹〕は必要だろう[3]。この点で、宮﨑本件調査官は、詐害行為は不

[3] 類比すべきこととして、例えば、所有権概念の問題があり、故鈴木禄弥教授が「所

法行為ではないという性質決定を重視されて、演繹的に②の立場を支持されるごとくだが、この前提部分は比較法的な知見には反する。それを導いたのは、債権侵害に関する従来の狭隘な把握であり、それを拡げるために、下森説に従い、「衡平説」という鵺的理解に立つが、その前提がおかしく、フランス法と同様に不法行為説でよく、不法行為に関する通常の付遅滞の立場を及ぼしてよいだろう（吉田）。

なお、山田希・平成30年度重判〔民法６〕73頁は、運用利益について訴状送達まで受益者に帰属させることを「絶妙なバランス」として支持されるごとくだが、そのバランス感覚はともかく、本判決には、法論理的詰めが不十分であり、そのようなバランス論だけから本判決の結論を支持してよいのか、疑問が残る。また、「不法行為」と「不当利得」とをそれ程対蹠的に理解することにも問題があり、悪意の不当利得（民法704条）になると、これは不法行為と大差ないであろう[4]。

3.4. 思考様式の問題（その２）――価格（価額）請求権の場合（金銭化されるまでは、遅滞にならないと考えるか）。

（１）これは本判決との関係では、射程外の問題だが、直ぐにでも考えなければならない問題である。そしてこれも、思考様式の問題であり、価額請求の捉え方で、金銭評価されるまで、付遅滞にはならないと考えるかどうかという問いである。金銭評価の基準時の問題（上記（vi））を、付遅滞時とリンクさせるかどうかと、言い換えてもよい。

そしてこれについては、両方の方向性があり、すなわち、一方で、弁護士費用はその都度その都度発生するものだが、これらについて、一括して不法行為時からと解する（判例）（（ｖ））の方向性は、金銭評価の基準時の問題と付遅滞時を切り離す立場を志向すると考えられる。そしてその延長線上としてか、こ

有権の移転時期」の問題で展開されたような、帰納的分析は（鈴木禄弥「特定物売買における所有権の移転時期」契約法体系Ⅱ（有斐閣、1962）。同・物権法講義（創文社、1964）（５訂版、2007）122頁以下）、諸外国でもあり（いわゆる bundle of sticks の議論）示唆的なのだが、こう徹することができるのかという問題である。

[4] この点は、後掲研究会（北大民事法・民法理論研究会共催）（2023年４月）に出席された藤原正則教授からも示唆されたところである。

のような立場を詐害行為取消権の価額請求の場合にも同様の議論を展開する見解も有力である。例えば、三枝・私判リ60号29頁、潮見・金法2121号21頁、渡邉拓・金商1574号５頁。

しかし反面で、遺留分減殺請求権に関する判例で、それとは異なり、付遅滞時を弁償請求権発生とリンクしたものがあり（(viii) の判例）、判例（(v)）との関係で安定的ではない。だからこそ、本件問題との関係でも③の立場の下級審がこれだけ根強かった所以であると思われる。

（２）こういう場合であっても、金銭評価のプロセスであっても、運用利益について、不法行為者（受領者・受益者）を利する合理性はないから、やはり①説で良いということになろう（吉田）。本件は、こういうことを論ずる事案でもないから、その必要性はなかったのかもしれないが、法理論的には、前記下級審の③を最高裁は否定するというところで、実は、こうした思考様式ないし法理論上の枠組に関わることで、本判決は一歩を踏み込んでいると見ることもできる。そうだとすると、既に見たように、判例は混乱している状況なので、いずれにしても、判例の統合を模索する議論が求められて、この点（例えば、平成20年最判との関係）全く言及がなかった点も、やや飽き足りなさを感ずる。

以上簡単・略儀ながら、本判決が有する法理論上摘記すべき論点に重きを置いた評釈をすることで、さしあたりの責めを塞ぐこととする。

４．評釈その２（佐藤）

4.1. はじめに――本判決の意義

詐害行為取消しによる受益者の取消債権者に対する受領金支払債務の付遅滞時について、従来の裁判例及び学説は、おおむね受益時説、請求時説、判決確定時説に分かれていた（3.2.2.）[5]。最高裁は、詐害行為取消権の趣旨及び受益者に運用利益を得させるべきでないという実質論に基づき、詐害行為取消しの遡及効を認めた。これによって最高裁は、受領金支払債務が判決確定前に遅滞に陥ることはないとする説を否定した。他方で最高裁は、付遅滞時が受益時であるか請求時であるかという問題については、法的性質論と従来の判例から演繹

[5] 宮﨑朋紀「判解」最判解民事篇平成30年度351頁、355-361頁（2021）；片山直也「判批」民商155巻５号968頁、974-976頁（2019）；潮見佳男「判批」金法2121号18頁、20-21頁（2019）。

して判断したと思われる。すなわち、不当利得の返還義務は期限の定めのない債務であるから履行の請求を受けた時から遅滞に陥るという判例の立場を前提とし、詐害行為の本質を不当利得とみた上で、受領金支払債務は履行の請求を受けた時に遅滞に陥るものと解した。

本評釈はまず、本判決が依拠する２つの前提を明らかにする（4.2.）。次に、詐害行為取消権とその母法たるフランス法の action paulienne との接合を志向するという本稿の方法論的立場を宣明する（4.3.）。そのうえで、4.2. で明らかにした本判決の２つの前提をフランス法の観点から批判的に検討し（4.4.）、次いで、これらの前提を異なる観点から再検討する（4.5.）。最後に、結論として本判決の評価を述べる（4.6.）。

4.2. 本判決の２つの前提

片山教授は、本判決の評釈において次のように述べている。「詐害行為取消権の制度趣旨から、取消しの効果は遡及し、受領金支払債務は、詐害行為取消判決の確定により受領時に遡って生ずるとした上で、次に問題となるのは、どの時点から遅延損害金が発生するのか、（ア）詐害行為時または金銭受領時か、（イ）裁判上の請求時（訴状送達日の翌日）かという点である。この点は、受領金支払債務ひいては詐害行為取消による原状回復義務の法的性質をどのように理解するかに係わっており、単純化が許されるならば、詐害行為取消権における取戻（原状回復）の本質を不法行為とみるか、不当利得とみるかという議論と関連づけて論じることが有益であるように思われる」[6]。

本件の調査官解説も、下級審裁判例が、受領金支払債務の付遅滞時を受益者の金員受領日とする説と訴状送達日の翌日とする説とに分かれていたことを踏まえ、このような法的性質の観点から裁判例及び学説を分析している[7]。

他方で沖野眞已教授は、判旨の考量は法的性質論からの演繹とはいえないと指摘している[8]。たしかに判旨のうち、詐害行為取消しの遡及効を認めることにより、判決確定前に受領金支払債務が遅滞に陥ることはないとする上告人の主張を否定した部分は、受益者に運用利益を得させるべきでないという実質論を

[6] 片山・前掲注５）982頁。

[7] 宮﨑・前掲注５）358-366頁。

[8] 沖野眞已「判批」窪田充見＝森田宏樹編『民法判例百選Ⅱ（第９版）』24頁、25頁（2023）。

含んでいる。しかし、判旨のうちそれに続く部分、すなわち付遅滞時は受領金支払債務発生時ではなく履行請求時である旨判示した部分については、やはり実質論とは言い難い。片山教授や宮崎調査官が示唆しているように、最高裁は詐害行為の法的性質論からの演繹によってこの判示を導いたと見るべきであろう。

そうだとすると、最高裁は以下の２つの理解を前提としていると考えられる[9]。

4.2.1. 第一の前提：詐害行為取消しの効果は取消しを命ずる判決の確定により生じ、詐害行為時まで遡及する

第一の前提は、詐害行為取消しの効果は取消しを命ずる判決の確定により生じ、詐害行為時まで遡及するという理解であり、これは判決文において明示されている。民法424条は､詐害行為の取消しを｢裁判所に請求することができる｣と規定している。このことから、判例[10]・通説は、詐害行為取消しの効果は取消しを命ずる判決の確定により生じると考えている。下級審裁判例の中には、これを前提に、受領金支払債務は判決確定日の翌日に遅滞に陥るとするものもあった[11]。しかし、判例・通説に従って詐害行為の取消しを命ずる判決を形成判決と理解するとしても、そこからただちに上記下級審裁判例の立場が導かれる訳ではない。以上に加えて､形成判決の効果は遡及するか否かという論点が、受領金支払債務の付遅滞時を左右することになる。すなわち、遡及しないと考えれば付遅滞時は早くとも判決確定時となり、遡及すると考えれば付遅滞時はそれよりも早くなり得る。本判決は後者の立場を前提とし、付遅滞時が受領時であるか請求時であるかの検討へと進んでいる。

4.2.2. 第二の前提：不法行為に基づく損害賠償債務は損害発生時から、不当利得に基づく利得返還債務は履行請求時から遅滞に陥る

不法行為による損害の賠償債務は、民法412条３項の存在にもかかわらず、損害の発生と同時になんらの催告を要することなく当然に遅滞に陥り直ちに遅

[9] 片山・前掲注５）982頁。

[10] 最判昭和40年３月26日民集19巻２号508頁。

[11] 宮崎・前掲注５）360-361頁。

延損害金が発生する[12]一方、不当利得に基づく利得返還債務は、期限の定めのない債務であるから、履行の請求を受けた時（訴状送達時）から遅滞に陥り（民412条３項）遅延損害金が発生する[13]という従来からの判例の立場が、本判決の第二の前提をなしている。これは判決文ではなく調査官解説で示唆された[14]、隠れた前提である。このような判例の立場に従うならば、詐害行為の本質を不法行為とみるか不当利得とみるかは、詐害行為の受益者の受領金支払債務の付遅滞時を左右する重要な論点ということになる。すなわち、不法行為とみれば付遅滞時は受益時、不当利得とみれば付遅滞時は請求時というように、詐害行為の法的性質からの演繹論が成り立つということになる。反対に、以上のような判例の立場に疑問を投じるならば、受領金支払債務の付遅滞時を検討する上で、詐害行為の法的性質を論じることにそもそも意味があるのかという疑念が生じてくるかもしれない。例えば、仮に不法行為に基づく損害賠償債務の付遅滞時を損害発生時、不当利得に基づく利得返還債務の付遅滞時を受益時と考えるならばどうか。詐害行為の受益者の受領金支払債務の付遅滞時は、詐害行為の本質を不法行為とみようが不当利得とみようが、詐害行為時すなわち受益時ということになる。そうすると、受領金支払債務の付遅滞時を検討する上で、詐害行為の法的性質論は意味をもたないということになる。本判決は従来からの判例の立場を前提としており、これが詐害行為の法的性質論から付遅滞時を演繹するという本判決の論理を支えている。

以下では、本判決の前提となっている以上２つの伝統的理解を批判的に検討したい。

4.3. 詐害行為取消権の学説史と本稿の方法論的立場

以上に示した論点の検討に入る前に、本稿の方法論的立場を明らかにするため、詐害行為取消権の学説史を一瞥しておく。

近年の詐害行為取消権の研究は、日本法の詐害行為取消権の母法がフランス法の action paulienne であることを確認し、両者の接合を図るという形で発展

[12] 最判昭和37年９月４日民集16巻９号1834頁。被害者救済の観点から民法412条３項の例外をなすものと考えられる。

[13] 大判大正７年２月21日民録24輯272頁。

[14] 宮崎・前掲注５）361-362頁。

してきた[15]。

action paulienne の日本への紹介自体は、松坂佐一教授によって早くになされていた[16]。しかし松坂教授は詐害行為取消権と action paulienne の沿革的つながりではなく、むしろ両者の差異に注目していた[17]。

松坂論文から30年余りを経て、詐害行為取消権の沿革を掘り下げ、action paulienne との連続性を強調したのは佐藤岩昭教授である[18]。両制度の表面的な差異を指摘するにとどまっていた松坂論文からの著しい方法論的進歩には、星野英一教授の影響が明瞭に表れている[19]。しかし、フランスの平等主義的な少数説（コルメ・ド・サンテール及びボワソナード）を継受した民法425条の沿革を重視する佐藤教授は、平等主義を徹底する方向性を志向した。その結果、優先主義的なフランスの action paulienne や日本の判例準則からは乖離した解釈論を提示するに至った[20]。

フランス法からの沿革を重視する佐藤教授の方法論を受け継いで「action paulienne への回帰」を掲げた平井宜雄教授は、action paulienne からも日本の判例準則からもかけ離れた佐藤教授の訴権説の修正を試みた[21]。平井教授は、今日のフランスの action paulienne が優先主義的な制度であることを踏まえ、民法425条の平等主義的な趣旨は重視すべきでないとした[22]。そのうえで、日本の判例準則が取消債権者の受益者に対する金銭の直接請求権を肯定して民法

---

[15] 中田裕康『債権総論 第三版』272-278頁（岩波書店、2013）が詐害行為取消権の性質論の学説史の全体像を紹介している。

[16] 松坂佐一「Action Paulienne について」『債権者取消権の研究』81頁（有斐閣、1962）［初出 1955］。

[17] 松坂・前掲注16）124頁。

[18] 佐藤岩昭「詐害行為取消権に関する一試論 ―その効果論を中心として（1）～（4・完）」法協104巻10号1381頁、12号1746頁（1987）、105巻1号1頁、3号260頁（1988）（同『詐害行為取消権の理論』（東京大学出版会、2001）の原型）。

[19] 佐藤・前掲注18）詐害行為取消権の理論10頁；星野英一「フランス民法典の日本に与えた影響」北村一郎編『フランス民法典の200年』61頁、77-80頁（有斐閣、2006）。

[20] 佐藤・前掲注18）詐害行為取消権の理論322頁。

[21] 平井宜雄『債権総論［第2版4刷（部分補正）］』274-298頁（弘文堂、1996）；平井宜雄「不動産の二重譲渡と詐害行為 ―action paulienne への回帰を意図して」『民法学雑纂 ―平井宜雄著作集Ⅲ』359頁（有斐閣、2011）［初出 1993］。

[22] 平井・前掲注21）債権総論294頁。

425条を空文化していること[23]に対し、積極的な支持を与えた[24]。

今日では、片山直也教授の研究が注目される。片山教授は、フランスの学説において action paulienne が優先主義的な「対抗不能訴権」として形成されてきた過程を踏まえ、日本法への「対抗不能」構成の導入を提唱している[25]。平等主義的な民法425条の存在を「対抗不能」構成の導入に際しての最大の障害と位置づけ[26]、債権法改正後の民法425条が確定判決の効力（取消しの効果）を債務者にまで拡張したことに強い危惧を示している[27]。

本稿は、詐害行為取消権と action paulienne との接合を志向する平井教授及び片山教授の研究に連なろうとするものである。したがって、4.2. で示した本判決の２つの前提について、以下ではフランス法の観点から検討する。

4.4. 本判決の２つの前提の批判的検討（フランス法の観点から）

片山教授や宮﨑調査官は、詐害行為の受益者の受領金支払債務の付遅滞時を左右するのは、詐害行為の本質を不法行為とみるか不当利得とみるかという性質論であるという（4.2.）。これは本判決の内在的な理解としてはその通りである。しかしここで本判決が前提としている日本の判例の立場、すなわち「詐害行為取消しの効果は取消しを命ずる判決の確定により生じ、詐害行為時まで遡及する」「不法行為に基づく損害賠償債務は損害発生時から遅滞に陥るのに対し、不当利得に基づく利得返還債務は履行請求時から遅滞に陥る」という２つの伝統的理解に疑問を投じる余地はないだろうか。このような観点からフラン

---

[23] 大判大正10年６月18日民録27輯1168頁（目的物が金銭の場合には、取消債権者は直接自己に右金銭を引き渡すことを請求できる）、最判昭和37年10月９日民集16巻10号2070頁（価額賠償金を分配するための手続等を明確に定める規定を現行法は有していないから、価格賠償を受けた取消債権者には、他の債権者に右金銭を分配すべき義務は存しない）。

[24] 平井・前掲注21）債権総論296頁。

[25] 片山直也「フランスにおける詐害行為取消権の法的性質論の展開 ―20世紀前半における『対抗不能』概念の生成を中心に」『詐害行為の基礎理論』483頁（慶應義塾大学出版会、2011）［初出 1987］。

[26] 片山・前掲注25）513頁。

[27] 潮見佳男ほか「《座談会》民法（債権関係）改正と裁判実務」法の支配190号５頁、39-40頁［片山直也発言］（2018）。

ス法の検討を行う。

4.4.1. 第一の前提の批判的検討：action paulienne の効果はいつ生じるか、また遡及するか

佐藤岩昭教授は、フランス法において action paulienne はその名の通り、訴え（action）のみによって行使される訴権（action）であり、その効果は勝訴判決によって生ずるとしている[28]。

ところが、2016年のフランス債権債務関係法改正によって制定されたフランス民法典1341-2条（旧1167条）[29]は、「債権者は、その債務者が債権者の権利を詐害してした行為について自己に対抗することができない旨の宣言を得るために（pour faire déclarer inopposables）［引用中の下線及び［ ］は佐藤による。以下も同様］、自己の名において提訴することもできる」と規定している。この条文で用いられている « déclarer » という表現は、« constitutif »（創設的な、形成的な）と対比される « déclaratif »（宣言的な、確認的な）という語を想起させる。フランス民法典1341-2条は、action paulienne が勝訴判決によってはじめて効果が生じる形成の訴えであることを否定し、詐害行為時から既に生じている効果の確認を求める確認の訴えであることを規定しているのであろうか。

2016年改正によってフランス民法典1341-2条が制定される前の体系書においてゲスタン教授は、「対抗不能は遡及的に（de façon rétroactive）働く」と述べ

---

[28] 佐藤・前掲注18）詐害行為取消権の理論78-91頁。

[29] フランス民法典の条文訳は、法務大臣官房司法法制調査部編「フランス民法典 ―物権・債権関係―」（法曹会、1982）（以下、「稲本ほか訳」という。）による。2016年フランス債権債務関係法改正後の条文訳は、荻野奈緒ほか訳「フランス債務法改正オルドナンス（2016年２月10日のオルドナンス第131号）による民法典の改正」同志社法学69巻１号279頁（以下、「荻野ほか訳」という。）による。改正フランス民法典1341-2条「債権者は、その債務者が債権者の権利を詐害してした行為について自己に対抗することができない旨の宣言を得るために、自己の名において提訴することもできる。その行為が有償である場合には、債権者は、〔債務者の〕相手方たる第三者が詐害を知っていたことを証明する責任を負う」（荻野ほか訳）。フランス民法典旧1167条１項〔詐害行為取消権〕「債権者はまた、その債務者が債権者の権利を詐害して行った行為を自己の名において攻撃することができる」（稲本ほか訳）。

ている[30]。また、フランス民法典1341-2条制定後の最新の体系書においてテレ教授は、被告第三者と原告債権者との間の関係において「詐害行為は遡及的に（rétroactivement）効果を奪われたものとみなされる」という[31]。

最新の体系書には、フランス民法典1341-2条の « déclarer » を「宣言的、確認的」という意味で理解する叙述は見られない。むしろ「遡及的に（de façon rétroactive = rétroactivement）」という表現が見られることは、action paulienne が確認の訴えではなくやはり形成の訴えであること、その効果が勝訴判決によって生じて詐害行為時に遡及することを示唆しているといえよう。

4.4.2. 第二の前提の批判的検討：action paulienne による損害賠償義務ないし返還義務はいつ遅滞に陥るか

マロリー教授は「彼［action paulienne を行使した債権者］は、返還された財産（le bien restitué）から単独で弁済を受ける」と述べている[32]。テレ教授は「被告第三者と原告債権者との間の関係において、詐害行為は遡及的に効果を奪われたものとみなされる。通常、このことから、被告第三者が返還義務（obligation de restitution）を負うという帰結が導き出される」とする[33]。両教授は、この返還義務の付遅滞時については言及していない。そこで法学事典 JurisClasseur を見てみると、ドロス教授は、非債弁済の返還[34]に関するフランス民法典旧

---

[30] Jacques Ghestin et al., *Les effets du contrat*, 3e éd., 2001, n° 860, p. 922.

[31] François Terré et al., *Les obligations*, 13e éd., 2022, n° 1603, p. 1755.

[32] Philippe Malaurie et al., *Droit des obligations*, 12e éd., 2022, n° 759, p. 677.

[33] François Terré et al., *supra* note 31, n° 1603, p. 1755.

[34] 一般的な不当利得制度を有するドイツ法や日本法とは異なり、フランスには「返還（restitution）」の語の下に包摂される各種の返還制度の原型がある。しかしフランス民法典上の固有の制度として残されたのは、非債弁済のコンディクチオのみであった。2016年のフランス債務法改正により、非債弁済返還を固有に指称していた « répétition » の語が « restitution » に改められ、非債弁済返還と契約消滅後の原状回復とを包含する « restitutions » の総則規定が設けられた。原状回復が非債弁済返還に回収され、非債弁済が原因なき利得に統合されることで、フランスにおける不当利得制度は一般的な適用範囲を獲得したとされる。齋藤哲志『フランス法における返還請求の諸法理 ―原状回復と不当利得』8-11頁、389-390頁、478-479頁、553頁（有斐閣、2016）。

1378条[35]を参照し「彼［詐害行為の悪意の受益者］は、彼が目的物を受領した日から（depuis le jour où il l'a reçue）目的物によって生じた果実を返還する責任を負う」と述べている[36]。

他方でゲスタン教授は「対抗不能は詐害行為によって債権者に引き起こされた損害を賠償する（réparer la préjudice）ことを目的とする」と述べている[37]。付遅滞時への言及は見られない。

以上のように、action paulienne によって生じるのが損害賠償義務であるか返還義務であるかについて、フランスの学説は今日必ずしも一致していないようにも見える。片山教授は、action paulienne が無効訴権であるか賠償訴権であるかという19世紀フランスの法的性質論争は20世紀に至っては止揚され、法的性質はどちらか一方では説明しきれない両性的なものであると認識され、さらに法的性質論は「無駄な研究」とみなされるようになったと指摘している[38]。そのうえ、action paulienne によって生じる返還義務ないし損害賠償義務がいつ遅滞に陥るのかという問題さえも、フランスの最新の体系書では論じられていないように見受けられる。これらの論点は、なぜフランスでは日本ほど議論にならないのであろうか。

第一に、そもそもこのような細かい論点は、関係する重要判例でも現れない限り、議論の対象になりにくいということが考えられる。

加えて重要なのは、日本の判例とは異なるフランスの付遅滞時の考え方である。山口俊夫教授は、フランスにおける不法行為の付遅滞時について「判例及びそれを支持する学説通説によれば、故意または過失にもとづく不法行為の被害者は、付遅滞手続をとる必要なく、損害発生の時点から加害者が債務を直ちに履行しないことにより惹起する損害につき賠償を受ける権利を有し、加害者は当然に遅滞にある」と紹介している[39]。これは日本の判例・通説と同じ考え方

---

[35] フランス民法典旧1378条〔悪意の受領者の返還義務の範囲〕「受領者の側に悪意があった場合には、その者は、弁済の日から元本並びに利息又は果実を返還する（restituer）義務を負う」（稲本ほか訳）。

[36] William Dross, *JurisClasseur civil, Code*, Art. 1136 à 1145, à App. Art. 1184, fasc. 39, 2011, p. 25.

[37] Ghestin et al., *supra* note 30, n° 859, p. 921.

[38] 片山・前掲注25）475頁。

[39] 山口俊夫『フランス債権法』208頁（東京大学出版会、1986）。

である。他方、フランスにおける不当利得の付遅滞時について山口教授は、前述のドロス教授と同様に、非債弁済の返還に関するフランス民法典旧1378[40]、1379条[41]を挙げ、「自己が当然に受領すべからざる物を悪意をもって受領した者は、その受領物の返還につき、その物の受領の時から付遅滞の効果を受ける」と説明している[42]。これは本判決が前提とする日本の判例の立場（不当利得の返還義務は履行の請求を受けた時から遅滞に陥るとする理解）とは異なる。

本判決の第二の前提に従えば、不法行為と不当利得とでは付遅滞時が異なるので、詐害行為の本質が不法行為か不当利得かという論点は、受領金支払債務の付遅滞時を決するメルクマールとして重要な意味を持つことになる。ところが山口教授が紹介する上記のフランス法の立場を前提とすると、詐害行為の本質を不法行為とみようが[43]非債弁済とみようが折衷的とみようが、遅滞に陥るのは詐害行為時（受益時）ということになる。つまり、受領金支払債務の付遅滞時がいつかという問題を検討する上で、詐害行為の本質が不法行為であるか不当利得であるかという性質論を議論することには実益がないということになる。action paulienne によって生じるのは損害賠償義務か返還義務か、そして

---

[40] 条文訳は前掲注35）参照。

[41] フランス民法典旧1379条〔返還義務の内容〕「不当に受領した物が不動産又は有体動産である場合には、その受領者は、その物が存在する場合にはそれを現物で、その物が受領者の過失によって滅失又は毀損した場合にはその価額を返還する義務を負う。その者がそれを悪意で受領した場合には、偶然事による滅失についても担保する」（稲本ほか訳）。

[42] 山口・前掲注39）208頁。

[43] もっとも、フランスの最新の体系書には、不法行為に基づく損害賠償債務の付遅滞時について、損害発生時からとする山口・前掲注39）208頁の説明とは異なる叙述がみられる。Malaurie et al., *supra* note 32, n° 617, p. 564は、改正フランス民法典1231-7条１項（フランス民法典旧1153-1条１項と同じ）「すべての場合について、補償金の支払を命じる判決は、請求がない場合や特別の判示項目がない場合であっても、法定利率による利息を含む。法律に反対の規定があるときを除き、この利息は判決の言渡しから起算される。ただし、裁判官が異なる判断をした場合は、この限りでない」（荻野ほか訳）を引用し、契約外責任の場合、「裁判官が異なる判断をする場合を除き、損害賠償は判決時からの遅延利息を法律上当然に生む」という。また不法行為の場合、「債権の数額確定まで遅延利息は起算されるべきではない」という点で判例とマロリー教授の見解は一致しているという（Malaurie et al., *supra* note 32, n° 153, p. 141）。

それはいつ遅滞に陥るのかといった議論が、今日のフランスでは日本ほど見られないということは、以上のような付遅滞時の考え方によって説明できる。

4.4.3. 小括

以上より、詐害行為取消権と action paulienne の接合を図るという本稿の立場からは、本判決の２つの前提に関して、さしあたり次のような解釈論が考えられる。

まず、4.4.1. での検討を踏まえ、詐害行為の取消しを命ずる判決を形成判決と理解し、取消しの効果は詐害行為時に遡及すると解する。これによって、受領金支払債務は判決確定まで遅滞に陥らないと考える理由はなくなる。これは本判決の第一の前提と同様の理解である。

また、4.4.2. での検討を踏まえ、フランス民法典1352-7条（旧1378条）[44]と同様に、悪意の受益者（民法704条）は受益の時から遅滞に陥ると解する。詐害行為の受益者は常に悪意の受益者である（民法424条１項但書）以上、受領金支払債務の付遅滞時は、詐害行為の本質を不法行為とみるか不当利得とみるか折衷的とみるかにかかわらず、受益時ということになる。つまり、遅延損害金がいつから生じるかという問題を考える上で、詐害行為の本質が不法行為であるか不当利得であるかという性質論は意味をもたないということになる。これは、不法行為に基づく損害賠償債務は損害発生時から、不当利得に基づく利得返還債務は履行請求時から遅滞に陥るという本判決の第二の前提とは異なる発想である。

4.5. 本判決の２つの前提の再検討

以下では、詐害行為取消権と action paulienne との接合という観点を一旦離れる。そのうえで本判決の２つの前提を異なる観点から再検討してみたい。

---

[44] 非債弁済の返還（répétition de l'indu）に関するフランス民法典旧1378条（条文訳は前掲注35）参照）は、原状回復（restitutions）に関する改正フランス民法典1352-7条「悪意の受領者は、弁済の時から、利息、収取した果実又は使用収益の価値の原状回復義務を負う。善意の受領者は、請求の日からしかそれらの原状回復義務を負わない」（荻野ほか訳）に引き継がれている。

4.5.1. 第一の前提の再検討：詐害行為取消判決の効果は遡及するか

形成判決の効果が遡及するか否かは、立法論または解釈論の選択の問題であるとされる[45]。民法121条が取消しの効果の遡及を定めていることを踏まえれば、詐害行為取消しの効果も遡及すると解するのが自然である。また、詐害行為取消請求の相手方たる受益者･転得者は悪意である以上（民法424条１項但書、同条の５）、彼らを詐害行為取消しの遡及効から保護する必要はない。民法121条に反してでも遡及効を否定しなければならないほどの実質的根拠は見出し難く、遡及効を明確に否定する説も見られない[46]。詐害行為の取消しには、やはり遡及効を認めるべきである。

4.5.2. 第二の前提の再検討：悪意不当利得返還義務の付遅滞時はいつか

宮崎調査官は、大判大正７年２月21日民録24輯272頁を根拠に、不当利得返還債務は履行請求日の翌日に遅滞に陥るとする。そして悪意の受益者は受益時からの利息を付して返還しなければならないとしつつ、付遅滞時までに発生するこの利息は法定利息であって遅延損害金ではないとする[47]。これは本判決の第二の前提をなす考えであるが、以下のような問題がある。

まず、山田希教授は、このような考え方と民法405条との抵触を指摘する[48]。詐害行為の受益者は常に悪意の受益者である（民法424条１項但書）が、本判決が前提とする判例の立場に従えば、民法704条の悪意の受益者であっても、返還請求を受けるまでは遅延損害金が発生しないので、受益時から返還請求時までの運用利益が受益者の許に残ってしまう。このような帰結は、判例の立場からも是認し難い。そこで判例の立場からは、受益時から返還請求時までの法定利息を運用利益とみなし、これを遅延損害金としてではなく不当利得として返還させることが考えられる。ところがそうすると、この不当利得としての法定利息に対して請求時から遅延損害金が発生することになる。つまり、民法405条が単利を原則としているにもかかわらず、利息を元本とする遅延利息が発生し、複利が生じてしまう。したがって、悪意不当利得の返還義務が受益時から

---

[45] 新堂幸司『新民事訴訟法〔第６版〕』212頁（弘文堂、2019）。

[46] 宮崎・前掲注５）363頁。

[47] 宮崎・前掲注５）362頁。

[48] 山田希「判批」重判令和元年度（ジュリ臨増1544号）72頁、73頁（2020）。

ではなく履行の請求を受けた時から遅滞に陥るとする本判決の第二の前提は、民法405条との関係でも支持できない。

また、本判決の第二の前提をなす宮崎調査官の判例の理解の仕方がそもそも本当に正しいのかという点も問われなければならない。宮崎調査官は大判大正７年２月21日民録24輯272頁[49]を根拠に、不当利得返還債務は履行請求日の翌日に遅滞に陥るとする。また、この判例の射程が悪意の受益者にも当然に及ぶと理解しているようである[50]。潮見佳男教授は、大判昭和２年12月26日新聞2806号15頁を挙げ、不当利得返還債務は履行請求時に遅滞に陥るとするのが判例の立場であり、「本判決は、最高裁の判例を全体として捉えたときの整合性の点で欠けるところはない」と述べている[51]。

ところが松岡久和教授によれば、潮見教授が引用する大判昭和２年12月26日は、悪意の受益者が返還債務の発生時から直ちに遅滞に陥ることを認めた判例であるという[52]。大判昭和２年12月26日は、次のように述べている。「上告人が悪意を以て其の利益を得たるものなりとせば右の金額に其の受領の日より利息を付して之を返還せざるべからざるも、若し善意にて右の利益を得たるものとせば其の返還の債務は期限の定めなきものなれば民法第412条第３項に依り被上告人より履行の請求を受けたる時より遅延利息を支払うを以て足るものと謂わざるを得ず」［カタカナをひらがなに、歴史的仮名遣いを現代仮名遣いに、漢数字をアラビア数字にそれぞれ改め、読点と送り仮名を加えた］。たしかに大判昭和２年は、悪意の受益者が返還すべき受領日からの「利息」が遅延利息であると明示的には述べていない。しかし、民法412条３項の射程を善意の受益者に限定していると読むならば、その反対解釈として、松岡教授が説くように、悪意の受益者は受領日から遅滞に陥るという趣旨を読み取ることもできよ

---

[49] 受益者の善意悪意を区別せず「不当利得の債務と雖（いえど）も遅延利息の義務あることは民法412条の規定に徴し毫（ごう）も疑いを容れず、本件に付き原裁判所は上告人に対し訴状送達以後の遅延利息の支払いを命じたるものなれば之を以て不法と謂うを得ず」［カタカナをひらがなに、歴史的仮名遣いを現代仮名遣いに、漢数字をアラビア数字にそれぞれ改め、読点と送り仮名、読み仮名を加えた］と述べている。

[50] 宮崎・前掲注５）362頁。

[51] 潮見・前掲注５）21頁（2019）。

[52] 松岡久和「不当利得と不法行為 ―悪意の不当利得者の責任に関する一考察」松本恒雄還暦『民事法の現代的課題』491頁、505頁（商事法務、2012）。

う。本判決の第二の前提をなす宮崎調査官の判例の理解、すなわち大判大正７年２月21日民録24輯272頁を根拠として、不当利得返還債務は受益者の善意悪意を問わず履行請求日の翌日に遅滞に陥るとする理解は、民法412条３項の射程を善意の受益者に限定するかに見える大判昭和２年12月26日との整合性の点でも問題がある。

4.6. 結論――本判決の評価

ここまで、本判決が前提とする２つの伝統的理解に批判的検討を加えてきた。第一の前提は「詐害行為取消しの効果は取消しを命ずる判決の確定により生じ、詐害行為時まで遡及する」というものであり、第二の前提は「不法行為に基づく損害賠償債務は損害発生時から遅滞に陥るのに対し、不当利得に基づく利得返還債務は履行の請求を受けた時から遅滞に陥る」というものであった。第一の前提については、以上述べたことから是認できる（4.4.1. 及び4.5.1.）。しかし第二の前提、とりわけ受益者の善意悪意を区別することなく「不当利得に基づく利得返還債務は履行の請求を受けた時から遅滞に陥る」とする理解には、比較法的にも、またわが国の判例との整合性という点でも問題がある。悪意の受益者は受益の時から遅滞に陥ると解するべきであろう（4.4.2. 及び4.5.2.）。

以上を踏まえ、本判決の評価を述べる。

最高裁が、詐害行為取消権の趣旨及び受益者に運用利益を得させるべきでないという実質論に基づいて詐害行為取消しの遡及効を認め、受領金支払債務が判決確定前に履行遅滞に陥ることはないと主張する Y_1及び Y_2の上告を棄却したことは、以上述べたことから支持できる。

他方で最高裁は、付遅滞時が受益時であるか請求時であるかという点については、法的性質論と従来の判例から演繹して判断した。すなわち、不当利得の返還義務は期限の定めのない債務であるから履行の請求を受けた時から遅滞に陥るという判例の立場を前提とし、詐害行為の本質を不当利得とみた上で、受領金支払債務は履行の請求を受けた時に遅滞に陥るものと解した。しかし、最高裁が前提とする判例の立場には、比較法的にも、またわが国の判例との整合性という点でも問題がある。悪意の受益者は、不法行為者と同様に、受益の時から遅滞に陥ると解するべきであろう。そうすると、受領金支払債務の付遅滞時は、詐害行為の本質を不法行為とみるか不当利得とみるか折衷的とみるかにかかわらず、受益時ということになる。つまり、詐害行為の本質が不法行為で

あるか不当利得であるかという性質論は、受領金支払債務の付遅滞時を左右するものではない。最高裁は、仮にXからの上告受理申立てがあったとすれば（本件で上告受理申立てをしたのはY_1及びY_2であるため、最高裁が原判決よりも付遅滞時を早めることは不利益変更に当たる）、受領金支払債務は受益時から遅滞に陥るものと解するべきであった。

（付記）
本民事判例研究は、北大民事法・民法理論研究会共催の研究会（2023年４月21日開催）での報告をベースに執筆されたものである。司会を務めてくださった、林耕平准教授を始め、同研究会で積極的に発言してくださった、藤原正則教授、齋藤由起教授、林誠司教授などにお礼申し上げる。

本稿は、事実関係及び最高裁の紹介部分は、佐藤が執筆し、評釈部分は、吉田及び佐藤がそれぞれ独立に構想・執筆した。しかしその両者には、自ずと類似するところがあるかも知れないが、意見調整は行っていない。読者諸賢のご教示をお願いする次第である。

なお、本判決には、以下の解説・評釈類が既に出されている（敬称略）。
最高裁判所判例解説（民） 平30-351（元は、曹時 72-9-171） 宮﨑朋紀、金判 1636-36 片山直也、法協 138-11-2325 郭涵菱、立命 397-292 山田希、WLJ判例コラム 2019WLJCC007 浜辺陽一郎、日法 85-4-490 益井公司、ジュリ 1544-72 山田希（臨増・令元重判解）、銀法 854-43 水野信次、法時・別・私判リ 60-26 三枝健治、民商 155-5-968 片山直也、ジュリ 1538-104 宮﨑朋紀、金判 1574-2 渡邉拓、金法 2121-18 潮見佳男、法教 468-135 岩藤美智子、ビジネス法務 19-8-33 平野裕佳、銀法 845-67 水野信次、法セ 773-118 中川敏宏。

判例研究

社会保障判例研究

加藤智章

厚生年金保険料等の納入告知と抗告訴訟の対象および行政手続法上の理由提示

東京地判令和３年４月15日判決

平成31年（行ウ）203号ほか厚生年金保険料納入告知等取消請求事件

裁判所ウエブサイト・LEX/DB25589413

Ⅰ　事実の概要

Ｘらは、訴外Ｈ株式会社を親会社とするグループ会社に属し、運送業を営んでおり、健康保険法・厚生年金保険法上の適用事業所であるとともに、労働保険法上の適用事業の事業主であった。

Ｘらは、一部従業員を香港に所在する海外法人に転籍させた上、本件海外法人からＸらに出向させ、給与の一部をＸらが支払い、その余の給与及び賞与を海外法人が支払うという手法を平成24年頃から採用していた。これら海外法人に転籍した従業員の報酬額につき、Ｘらは被告日本年金機構（Y1）および被告国（Y2）に対し、海外法人名義で支払われていた給与及び賞与を除く形で届出を行っていた。

これに対し、Y1は、これら従業員らについて、本件海外法人名義で支払われた給与及び賞与をも含めて標準報酬月額及び標準賞与額を決定すべきであるとしたが、Ｘらから自主的な報酬訂正の届出がされなかった。そこで、Y1は職権によりＸらに対し、本件海外法人名義で支払われた給与を算入した標準報酬月額に基づき平成28年・平成29年の定時決定をし直すとともに、海外法人名義で支払われた賞与額を前提に平成28年・平成29年の標準賞与額を登録するなどの「本件各標準報酬決定」を行い、Ｘらに本件各標準報酬決定通知書を送

付した。

この本件標準報酬決定を前提に、厚生労働省年金局事業管理課長は、Xらに対し、健康保険料、厚生年金保険料及び子ども・子育て支援法上の拠出金（以下、本稿を通じて社会保険料という）を計算し直した額と納付済みの社会保険料額との差額分（以下遡及分という）にかかる「本件各社会保険料納入告知」及び遡及分に係る「本件各社会保険料督促」をした。

労働保険についても、海外法人名義の給与等を賃金総額に参入して労働保険料を決定すべきであり、保険料の不足分が生じているとして、労働保険の歳入徴収官がXらに対し、労働保険料の認定決定、追徴金の徴収決定、不足額にかかる労働保険料・追徴金の納入告知、督促をした。

なお、本件グループのCEOであり本件海外法人の社長でもあるAは、平成29年10月25日、前橋年金事務所の職員による聴取の際、本件海外法人に関して、「現地に従業員はいません。海外法人の活用を検討したことはありますが、具体化には至っておらず、表面上稼働していません」、「従業員は、海外法人で働いているといった認識はないと思います」と述べていた。

本件は、XらがY1を相手に、本件各標準報酬決定のうち自己に関するものの取消しを求めるとともに、Y2を相手に、本件各社会保険料納入告知及び本件各社会保険料督促の取消しを求めた事案である。なお、Xらは、Y2を相手に、労働保険料にかかる認定決定、追徴金徴収決定、労働保険料の納入告知等の取消も求めている。

Ⅱ　判旨

1　社会保険料の納入の告知並びに労働保険料及び追徴金の納入告知が抗告訴訟の対象となる処分か

（1）社会保険料は、標準報酬月額の決定又は改定及び標準賞与額の決定により確定した標準報酬の額に、法令で定められた保険料率を乗じて算出されるものであり、標準報酬の額が確定すれば、特別な手続を要することなく納付すべき額が定まるものである。そして、納入の告知は、このように納付すべき額の確定した社会保険料について、納期限を指定してその履行を請求する行為にすぎず、これによって納付すべき社会保険料の額が確定するものということはできない。

もっとも、標準報酬決定に係る通知書には、納付すべき社会保険料の額が記

載されず、納付すべき社会保険料の額がいくらであるかについての行政庁の見解が初めて公にされるのは、納入の告知がされた段階であるといえる。そうすると、納付義務者である事業所（筆者注：原文ママ）が、標準報酬の額から社会保険料の額を算出する計算過程に誤りがあるなどとして社会保険料の額を不服とすることが想定されるから、当該額による社会保険料の徴収を防止するため、抗告訴訟を提起することができるものと解するのが相当である（最判昭45.12.24民集24/13/2243；以下、昭和45年最判という）。

以上によれば、社会保険料の納入の告知は、抗告訴訟の対象となる「処分」に当たるというべきであるから、X らの本件各社会保険料納入告知の取消しを求める訴えは適法である。

（2）労働保険料及び追徴金の具体的な納付義務は、労働保険料の認定決定及び追徴金の徴収決定によって確定するものであり、納入の告知は、納付すべき額の確定した労働保険料及び追徴金について、納期限を指定してその履行を請求する行為にすぎない。また、納付すべき労働保険料及び追徴金の額は、労働保険料の認定決定及び追徴金の徴収決定によって明らかにされており、納入の告知によってこれらの金額についての行政庁の見解が初めて明らかにされるというものでもない。

以上によれば、労働保険料等の納入の告知は、抗告訴訟の対象となる「処分」に当たらないというべきであり、原告らの本件各労働保険料等納入告知の取消しを求める訴えは不適法である。

2　本件各標準報酬決定等につき、行政手続法所定の理由の提示を欠く違法があるか

標準報酬の決定は事業主を名宛人として、直接事業主に義務を課す処分にあたるというべきであるから、行政手続法２条４号の「不利益処分」にあたる。

行政手続法14条１項本文が不利益処分をする場合にその理由を名宛人に示さなければならないとしているのは、名宛人に直接に義務を課し又はその権利を制限するという不利益処分の性質に鑑み、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を名宛人に知らせて不服の申立てに便宜を与える趣旨に出たものと解されるのであり、どの程度の理由を提示すべきかは、上記のような同項本文の趣旨に照らし、当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、当該処分

の性質及び内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮してこれを決定すべき（最判平23.6.7民集65/4/2081）」であり、そこで提示される理由は「特段の事情のない限り、いかなる事実関係に基づきいかなる法規を適用して不利益処分がされたのかを、処分の相手方においてその記載自体から了知し得るものでなければならないというべきである（最判昭49.4.25民集28/3/405[1]）。

しかしながら、本件各標準報酬決定通知書には、なぜ補正前の標準報酬決定に係る報酬額が誤っており、補正後の標準報酬に係る報酬額が正しいものとされたのかに関する事情、すなわち本件各標準報酬決定の基因となった事実について記載された箇所はなく、これを了知させる手がかりとなる記載も一切なく、本件各標準決定通知書の記載は、本件従業員らについて、いかなる事実関係に基づいて、同通知書記載の日に行った届出に基づく標準報酬の決定等が訂正されたり、標準賞与額が登録されたりしたのかを、その記載自体から了知することができるものとはいえないから、行政手続法14条１項の要求する理由の提示を欠くものといわざるを得ない。

Ⅲ　検討　結論：結論として賛成

１　はじめに

本件は、海外法人からの出向という形態のもと、社会保険料や労働保険料の負担を不当に免れていたことが内部通報により明るみに出たことを契機として、これら保険料の納入告知の取消が争われた事案である。

本件では子ども・子育て支援法の拠出金も争われているが、この拠出金については厚生年金保険の保険料その他徴収金の例によるものとされている（子ども・子育て支援法71条）ため、また労働保険の保険料については、社会保険料の仕組みと構造を異にする（判旨１（２））ため、以下では特に言及しない。

２　本判決の意義

本件は、これまであまり争われることのなかった社会保険料の納入過程をめぐる紛争であり、本判決の意義は以下のふたつである。ひとつは、社会保険料

[1] 青色承認取消通知書の理由附記について、「該当号数を附記するのみでは足りず、基因事実自体についても処分の相手方が具体的に知りうる程度に特定して摘示しなければならない」とする。

の納入告知について、昭和45年最判をベースに抗告訴訟の対象となる処分性を広く認めたことである。いまひとつは、納入告知の前提となる標準報酬の決定について、実体上適法ではあるものの、行政手続法上の不利益処分に該当し理由提示が不十分であるとして、標準報酬決定処分を取り消したことである。

本件の紛争事案としての特徴と意義に従い、具体的な検討に入る前にまず、社会保険料の仕組みを概説する（３）。次に、社会保険料の納入告知に関する処分性（４）と標準報酬決定に関する理由提示（５）の順で検討する。

３　基本的な仕組み

社会保険では、被保険者資格を取得すると同時に、保険料の負担義務が発生する。民間企業の労働者を主たる対象とする社会保険料は賃金や給料などの報酬、さらには３ヶ月を超える期間ごとにうける賞与を基礎に算定される（厚年３条①３号４号、健保３条⑤⑥）。このように社会保険料は標準報酬月額、標準賞与額に基づいて算定されるが、以下ではもっぱら標準報酬を中心に説明する。

社会保険料の算定基礎となる標準報酬は、被保険者資格を取得したときに、実施機関や保険者（以下、保険者という）が所定の要件のもと決定する[2]。これを資格取得時決定（厚年22条、健保42条）といい、被保険者資格を取得した月からその年の８月までの標準報酬月額とされる。しかし、資格取得時決定に基づいたままでは、実際の報酬と標準報酬との間に大きな差が生じるため、毎年１回、標準報酬の見直しを行う。具体的には、毎年７月１日現在使用する被保険者について、その年の４月から６月までの３ヶ月間の報酬を事業主が記入する報酬月額算定基礎届の提出を受けて、保険者が標準報酬月額を決定する。これを定時決定（厚年21条、健保41条）といい、その年の９月から翌年８月までの標準報酬月額とされる。

また、標準報酬額に２等級以上の高低が３ヶ月間生じた場合、保険者が必要ありと認めたときは事業主の届出により報酬月額の改定（随時改定ともいう）を行う（厚年23条、健保43条）。

---

[2] 月、週その他一定期間によって報酬が定められる場合には、被保険者の資格を取得した日現在の報酬の額をその期間の総日数で除して得た額の三十倍に相当する額を報酬月額とするなどして、標準報酬月額を決定する。

このほか、標準報酬の算定が困難であるとき、定時決定等で算定された額が著しく不当であるときは保険者が算定する額を標準報酬月額とする（厚年24条、健保44条）。これを算定特例あるいは保険者決定という。改定や算定特例は、著しい高低が生じた月の翌月から行われる[3]。本件は、X らから自主的な報酬訂正の届出がなされなかったことから、職権により、Y1が本件従業員らの標準報酬月額等を保険者決定した事案である。

標準報酬額が決定されると、それに保険料率を乗じて保険料額が算定される。保険料は労使が負担し、保険者等への納付義務は事業主が負う（厚年81条③、82条①②、健保156条①、161条①②）。

毎月の保険料は翌月末日までに納付しなければならない（厚年83条、健保164条）。この保険料の納付に先立ち、保険者は、徴収すべき金額を決定し、納付義務者に対し、その徴収金の種類並びに納付すべき金額、期日及び場所を記載した「納入告知書」により納入の告知をしなければならない（健保則 §136、厚年則 §25の４）。

以上のように保険料を源泉徴収によって徴収する仕組みが採用された理由としては、徴収の確実性を確保すること、徴収に要する保険者の事務コストを大幅に削減できることがあげられる[4]。また、報酬額を実際よりも低く届け出ればそれに応じて負担する保険料額も低く抑えられることになる。このため、事業主はもちろん、被保険者に対しても、報酬額を低く届け出る誘因を与えることが指摘されている[5]。なお、賃金の全額払いの原則との関係で、源泉徴収に関する根拠規定が定められている。

---

[3] このほか、育児休業等を終了した際の改定、産前産後休業を終了した際の改定および離婚等をした場合の改定の特例（厚年23条の２、23条の３、78条の２、健保43条の２、43条の３）がある。

[4] 岩村正彦『社会保障法Ⅰ』弘文堂2001年131頁。

[5] 堀勝洋『年金保険法第５版』法律文化社2022年200頁。さらに補足すれば、老齢基礎年金の支給要件を満す者に厚生年金の加入期間がある場合、老齢厚生年金が上乗せ支給される。しかし、老齢基礎年金の支給額は定額保険料制を採用している関係で、保険料額の高低ではなく保険料拠出期間に応じて算定される。このため、報酬額を低く届け出る影響は老齢基礎年金には及ばす老齢厚生年金の支給額に影響するにとどまる（国年94条の２、94条の３）。

４　納入告知は、抗告訴訟の対象となる処分か

保険給付の支給額を基礎づけるにもかかわらず、保険料をめぐる紛争は、保険給付の領域に比較すると少ないうえ、国保保険料条例等の合憲性を争う事例は存在するものの、保険料の賦課徴収をめぐる事案は格段に少ないように思われる。

納入告知に関する先例としては、以下に概説する①厚年保険料の延滞金に関するものと②厚生年金基金の特別掛金に関する事案があるくらいであり、学説における議論も乏しい[6]。

１）納入告知に関する関連裁判例

東京高判平19.3.13訟月54/5/1130は、被保険者資格の得喪に関連して厚生年金保険料にかかる延滞金の納入告知の取消が争われた事案である。

この事件で、控訴人は昭和45年最判を根拠に延滞金に関する納入告知の処分性を主張した。東京高裁は､昭和45年最判を「法定納期限までに納付されなかったものを徴収しようとするときは、国税通則法により納税告知が必要と定められる実定法規から源泉徴収所得税の納税告知に処分性を肯定した」ものとし、厚年保険料の延滞金を徴収しようとするときには納入告知が必要であるとの規定が存在しないことから、延滞金の納入告知の処分性を肯定できないとした。そして、東京高裁は、延滞金の発生を防ぐためには厚生年金保険料にかかる督促を争うべきであり、延滞金の納入告知に対して抗告訴訟を提起する必要性は認められないと判示した。

いまひとつは、厚生年金基金における特別掛金としての一括徴収金の納入告知をめぐる紛争（東京高判平成20.12.26裁判所ウエブサイト）である。加入員の数が基準日と比較して20％以上減少した場合、減少した加入員数に係る未償却債務を一括して徴収することを定めている規約のもと、これに該当した設立事業所の事業主に対し、被告基金が特別掛金として一括徴収金の納入告知をした事案である。事業主側は、上記規約の定めは厚生年金保険法の許容する範囲を逸脱しており、これに基づく特別掛金の納入告知は法律に基づく行政処分に該当しないから、原告らに対する納入告知は行政処分としては不存在又は無効で

[6] 一部の歳入に関する納入の告知は、金銭の納付義務を課する行政行為としての性質を有する一種の下命行為と説明されている（前田努編『令和２年改訂版会計法精解』）一般財団法人大蔵財務協会136頁）。

あるなどと主張した。

この事件では保険者にあたる基金も納入告知の行政処分性を肯定しており、１審２審ともに納入告知の行政処分性を認めた。東京高裁は基金が独自に規約で定めた特別掛金についても、「厚年法138条５項に定める特別掛金と同様、国税徴収の例によるべきもの」としたうえ、本件納入告知は特別掛金の徴収のため、厚生年金保険法が規定する「納入の告知」として行われたものであり、時効中断の効力を有し、掛金の「徴収の処分」として処分の取消しの訴えの対象となるものとされているのであるから、本件納入告知は行政処分に該当すると結論づけた[7]。

２）本判決における納入告知に関する判断

Y2は、社会保険料については「納入の告知の前段階においても、標準報酬が確定すれば社会保険料の額は自動的に定まり、かかる標準報酬の決定については処分性が認められているのであって、事業主等において争う機会が付与されているから、昭和45年最判とは法律の仕組みを異にしている」と主張した。昭和45年最判があるとしても、国税通則法に基づく納税告知一般について直ちに処分性が肯定されることにはならないとの主張である。しかし、この主張は説得力に欠け、ある意味、逆効果であった。

昭和45年最判は、源泉徴収による所得税の納税告知の法的性質が争われた事案であり、源泉所得税の納税告知は支払われた所得の額と法令の定める税率等から「確定した税額がいくばくであるかについての税務署長の意見が初めて公にされるものである」から、支払者がこれと意見を異にするときは、異議申立または審査請求のほか、抗告訴訟をもなしうると結論づけている[8]。

昭和45年最判同様、本件もまた、納付すべき社会保険料の額がいくらであるかについての行政庁の見解が初めて公にされるのは、標準報酬決定に係る通知書によってではなく、納入の告知がされた段階である。この点に関して、認定決定により保険料額が明らかになる労働保険料、督促を受けた段階で抗告訴訟

[7] 東京高判令2.3.25労経速2422/3も厚生年金基金における徴収金の納入告知が争われた事案であるが、両当事者ともに抗告訴訟の処分性を前提に訴訟が提起されている。

[8] 昭和45年最判については可部恒雄・曹時23/10/391、北野弘久民商法雑誌65/5/171、新井隆一ジュリ臨増509/33、手塚貴大別冊ジュリ235/124、原田大樹別冊ジュリ253/220等参照。

を提起することができる厚年保険料の延滞金とは事情が異なる。だとすれば、「標準報酬の額から社会保険料の額を算出する計算過程に誤りがあるなどとして社会保険料の額を不服とすることが想定されるから、当該額による社会保険料の徴収を防止するため、抗告訴訟を提起することができる」とする東京地裁の判断は妥当である。

実務においても、納入告知の段階で処分性のあることを前提とした手続教示が行われていることを Y2自身が認めており、東京地裁は、このことも抗告訴訟の対象となる「処分性あり」の結論を補強する材料としている。

以上のように、社会保険料の額がいくらであるかについての「行政庁の見解」がはじめて公にされることに着目すれば、抗告訴訟の対象となる処分性については、本件の契機となった保険者決定にとどまらず、標準報酬の資格取得時決定、定時決定あるいは改定などにも妥当する。このように、資格取得時決定、定時決定あるいは改定について、抗告訴訟の対象となる広く処分性を認めたものの、それがそのまま行政手続法における不利益処分であるかについては、もう一段の判断が求められる。

5　標準報酬決定に関する理由提示

以下では、不利益処分性の判断に関連して、理由提示に関する法理、平成23年最判そして本判決の評価を検討する。

まず理由の提示については、そもそも租税分野で判例法理が形成され、昭和60年最判により、租税分野以外の処分においても理由提示に関する法理が適用されることが確認されている。

1）行政手続法制定以前の判例法理

行政手続法が制定されるまでの判例法理を簡単にまとめると、①理由附記の目的は、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、不服申立に便宜を与えることにあり、その記載の不備・欠缺は独立の取消事由となる、②どの程度の理由の記載をすべきかは、処分の性質と理由附記を命じた法律の規定の趣旨目的に照らしてこれを決定すべきである、③処分理由は、いかなる事実関係に基づきいかなる方式を適用して当該処分がされたのかが、附記理由の記載自体から明らかにならなければならないのであり、根拠規定を示すだけでは原則として十分ではない、④理由附記は、処分の公正妥当を担保する趣旨をも含むのであるから、被処分者が処分理由を推知できると否とに関

わらない、ということになる[9][10]。

2）平成23年６月７日最高裁判決

以上のような判例法理に基づき行政手続法が制定された。そして、行政手続法14条の趣旨・目的および理由提示の程度について判示したのが平成23年最判である[11]。

まず行政手続法14条の趣旨・目的について、平成23年最判は、同条１項本文が不利益処分をする場合、同時にその理由を名宛人に示さなければならないとしているのは、「名宛人に直接に義務を課し又はその権利を制限するという不利益処分の性質に鑑み、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を名宛人に知らせて不服の申立てに便宜を与える趣旨に出たもの」であり、不利益処分一般を対象とした理由の提示を求めるこれまでの判例法理が行政手続法14条の解釈においても妥当することを明らかにした。

次に、どの程度の理由を提示すべきかについては、ⅰ当該処分の根拠法令の規定内容、ⅱ当該処分に係る処分基準の存否及び内容並びに公表の有無、ⅲ当該処分の性質及び内容、ⅳ当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮してこれを決定すべきことを一般論として判示している。

このように平成23年最判は、行政手続法14条の趣旨目的と明示すべき理由の程度を明らかにした点に意義がある。事例判断とはいえ、不利益処分でその処分基準が公にされている事案一般に及びうることから、行政実務、裁判実務に大きな影響を与えるものである。

3）理由提示に関する本判決の評価

本件は標準報酬の訂正が事業所側からなされなかったことから、職権で行われた標準報酬の決定における理由提示が主要な争点となるが、その前提として、本件処分が不利益処分であるかが争われている。以下では、まず、標準報酬月

---

[9] 行政手続法が口頭で理由を示す場合がりうることから、それまでの理由附記から理由提示と用語法が変更された。

[10] 藤原静雄「理由付記判例にみる行政手続法制の理論と実務」論究ジュリスト３号67頁以下参照。

[11] 平成23年最判（民集65/4/2081）については、前掲藤原論文のほか、古田孝夫ジュリ1436/97、北島周作別冊ジェリ235/242野口貴公美法セ681/129等参照。

額の決定が行政手続法２条４号にいう不利益処分に該当するかについて簡単に触れたのち、理由提示について検討する。

ⅰ　本件における不利益処分

手続法の対象となる不利益処分とは、行政庁が特定の者を名宛人として、直接義務を課し、またはその権利を制限するために行う処分であって、その処分の直接の効果として、当該者が義務を負いまたは権利が制限されることになる処分をいう。したがって、一般処分のように相手方が不特定な場合は国民に不利益な効果をもたらすものであっても手続法上の不利益処分に該当しないし、手続法自体、不利益処分に該当しないものを規定している（行政手続法２条４号但書）[12]。

本判決は、「事業者が納付すべき社会保険料の額は、標準報酬の額に一定の保険料率を乗じて算定されるものであり、その標準報酬の額は、標準報酬の決定によって確定するものであることからすると、いったんこれらの決定がされれば、事業者は、当該決定が取り消されない限り、これに応じた社会保険料を納付する義務を負う」ことから、標準報酬の決定は、事業主を名宛人として、直接にこれに義務を課す処分に当たり、行政手続法２条４号の「不利益処分」に当たるとしている[13]。

ⅱ　理由提示

Ｙらは標準報酬額の変更を行ったことは明らかであり、何が原因で標準報酬が変更されるに至ったかを説明している、あるいは標準報酬は報酬額に対応して機械的画一的に定まるものであり、行政庁の恣意的判断が介在する余地はないなどと主張した。

これらの主張に対して、本判決は、本件海外法人名義で支払われた給与等を報酬の額に算入すべきものとされた事実を推知することは可能であったが、標準報酬決定通知書自体には、本件標準報酬決定の起因となった事実を了知させ

---

[12] 児童相談所長による一時保護決定は「事実上の行為」にすぎないとして不利益処分に該当しないとした事例（大阪地判平28.6.3判自424/39）、児童福祉司の指導措置は「不利益処分」に該当しないとした事例（東京地判令1.7.12LEX/DB25581246）、科学研究費補助金の交付取消決定及び返還命令は抗告訴訟の対象とならないとした事例（東京地判令1.10.18裁判所ウエブサイト）などがある。

[13] 高速道路占有料に関する納入告知について、不利益処分とする事案として、大阪高判令3.12.14LEX/DB25591666がある。

る手がかりとなる記載すらなかったとしている。不服申立の便宜にとどまらず、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するという行政手続法14条１項の趣旨からすれば、届出に基づいて行われた当初の決定を職権により訂正する本件事案においては、X らの認識や、X らにおいて処分を受けたこと自体からこれを推知することができたか否かにかかわらず、本件各標準報酬決定通知書において、「海外法人支払分未参入」程度の理由が示されていなければならないという。平成23年最判が、聴聞手続を経ているにもかかわらず、なお最終的な結論に至った理由を示すことを求めていることからすれば、本判決の結論は妥当である。

４）本件各社会保険料納入告知は適法か

本判決は、結論として、本件標準報酬決定は違法であり取消しを免れないから、本件標準報酬決定を前提とした本件各社会保険料納入告知もまた違法であり取消を免れないとした。

ここで留意すべきは、ここでの納入告知は遡及分に限定していることである。事実、原告らは標準報酬の訂正に伴って発生した未払分（遡及分）を除く社会保険料は支払っており、遡及分以外は争われていない。したがって、遡及分以外の本件納入告知についても、理由提示の不備があるとする原告の主張に対して、遡及分を除いた本件社会保険料納入告知は「（平成30年の；筆者注）定時決定等により定められた標準報酬に法令で定めた保険料率を乗じて算出された額を納付すべき保険料額として通知するものにすぎず、これによって社会保険料の納付義務を課すものではないから、行政手続法２条４号の「不利益処分」には当たらない」としている。この説示は、これまでの議論の進め方とは異なり、疑問が残る。この判断は、海外法人名儀で支払われた給与を算入した報酬月額に基づいてしなおされた定時決定については、その効力が争われていないことを前提としているものと思われる。

６　残された問題

「正しい手続によってのみ正しい決定が生み出される」[14]という前提に立てば、本判決の結論は正当と評価することができる。とはいえ、以下のような問題が残される。

[14] 塩野宏『行政法 Ⅰ第６版』有斐閣2015年347頁。

本件事案のように実体上標準報酬決定が適法であるものの、手続法上違法か否かが争われるなかで保険事故が発生し、給付裁定がなされた場合、海外法人名義の給与等が標準報酬額に反映されないまま、保険給付額が算定されることになる[15]。しかし、実務的には、手続法上の瑕疵が修復され標準報酬に関する年金記録が訂正された場合には、訂正後の記録に基づき年金額が変更され、遡って支払う処理が行われている[16]。

このような解決は実態に沿っているとはいえ、やや迂遠である。このような処理は、厚生年金保険料が所得税と同様、賃金から源泉徴収されていることに起因する。

簿外定期預金の払い出し等が役員賞与と認定されてことに端を発して所得税等を納付した会社（徴収義務者）が源泉納税義務者（支払者）に対し、所得税等相当額の支払を求めて争われた昭和45年最判は、賦課徴収権者、徴収義務者（支払者）および源泉納税義務者（受給者）の当事者関係について、いわゆる厳格分離の立場から、支払者の納税義務の存否・範囲は、受給者の源泉納税義務の存否・範囲にはいかなる影響を及ぼしうるものではないと判示した[17]。しかし、社会保険料は「特別の給付に対する反対給付」という性格を有するものであり（最判平2018.03.01民集60/2/587）、二つの点で源泉所得税とは異なる。ひとつは事業主所得税の場合には徴収義務者にとどまる事業主は厚生年金保険料については納付義務ばかりでなく負担義務を負うのであり、いまひとつは被保険者の保険料負担は反対給付としての保険給付額に結びつくものである。したがって、昭和45年最判の考え方が、社会保険料の当事者関係にそのまま妥当するかについては慎重な検討が必要であり、制度論・手続論ではあるが、保険料負担義務者（被保険者）にも納入告知を行うなどの見直しをすべきである[18]。

---

[15] 生活保護支給停止処分の決定通知書に関する理由附記の不備につき、職務上の注意義務違反を理由に国家賠償請求を認めた事例として前橋地判令3.10.1LEX/DB25591011がある。

[16] 00000261750 7mrw9vQMN.pdf（nenkin.go.jp）。訂正手続に関する Q&A（Q6）参照。

[17] 原田大樹別冊ジュリ253/220。

[18] “ねんきんネット”では、被保険者ごとに、一定の情報が開示されており、国民年金保険料を納付していない期間や厚生年金保険の標準報酬月額に大幅な変更がある場合については、注意喚起の意味から表示に工夫がなされている（「ねんきんネット」によるご自身の年金記録の確認｜日本年金機構（nenkin.go.jp））。確認すべき記録との認識

があるのであれば、それを当事者である被保険者に積極的に知らせることを検討すべきである。

判例研究

刑　事　判　例　研　究

中　田　翔　太

現金等の回収役であった被告人について、回収依頼が撤回された可能性があったという事実関係の下、共犯者との共謀を否定した原判決の判断は正当であり支持することができるとされた事例

仙台高裁令和３年12月16日刑事第１部判決
令和３年（う）第53号：窃盗、詐欺被告事件
判時2541号84頁

Ⅰ　事案の概要

１　公訴事実

「被告人は、P3らと共謀の上、〔１〕令和元年６月７日午後１時30分頃、秋田県大館市の被害者（Q1）方で、P3が、キャッシュカード３枚を窃取し、〔２〕〔３〕午後３時６分頃から午後３時９分頃までの間に、同県北秋田市のATMで、P3が、102万3000円及び４万4000円を不正に引き出して窃取し、〔４〕午後５時30分頃、秋田市の被害者（Q2）方で、P3が、キャッシュカード11枚を窃取し、〔５〕ないし〔９〕午後８時20分頃から午後９時43分頃までの間に、同市のATMで、P3が、Q2のキャッシュカードを用いて、142万3000円、９万6000円、205万2000円、100万円及び141万1000円を不正に引き出して窃取し、〔10〕〔11〕６月８日午前７時46分頃から午前８時７分頃までの間に、同市のATMで、P3が、Q1のキャッシュカードを用いて50万円、Q2のキャッシュカードを用いて213万3000円を不正に引き出して窃取した」などの事実について起訴された。

２　P3の行動

受け子・出し子であるP3の行動は次のとおり認定された。

「イ　令和元年６月７日午後１時30分頃、共犯者が、大館市のQ1方に電話をかけ、欺罔した。午後２時頃、P3が、Q1方に行き、キャッシュカード３枚をすりかえ窃取した。午後３時６分頃から午後３時９分頃までの間に、北秋田市のATMで、それらのキャッシュカードを用いて、合計106万円余を引き出し窃取した。その現金を持って移動した。

午後５時27分頃、秋田駅に到着した。午後５時41分頃から午後５時54分頃までの間に、指示に従って中通三丁目街区公園（秋田駅西口から約650m、徒歩約８分）に行き、公園内のトイレ建物に入り、P1やP2と同様の方法で、現金を回収役と思われる者に手渡した（秋田回収１）。

ウ　その後、電車で移動した。午後７時頃、秋田市飯島川端のQ2方に行き、キャッシュカード11枚をすりかえ窃取した。午後8時20分頃から午後９時43分頃までの間に、同市御所野（ショッピングモール、コンビニ）、牛島東（コンビニ）のATMで、それらのキャッシュカードを用いて、合計598万円余を引き出し窃取した。午後10時15分頃、電車で秋田駅に戻り、改札を出た。その後、しばらくして上記の公園に行き、トイレ建物に入った。個室に入り、指示役からの電話指示に従い、外からノックして手を出した者に、扉越しに封筒に入れた現金を手渡した（秋田回収２）。午後11時23分頃、秋田駅構内を東口方向に移動した。指示に従って、東口にあるホテルに宿泊した。

エ　６月８日午前７時46分頃から午前８時７分頃までの間に、秋田市東通仲町、中通のATMで、Q1及びQ2らのキャッシュカードを用いて、合計263万円余を引き出して窃取した。指示を受け、電車に乗って、現金を持って新庄駅に向かった。

午後零時50分頃、新庄駅を出て、東口隣接の最上中央公園に行き、その東端にあるトイレ建物に入り、同様の方法で、現金を回収役と思われる者に扉越しに手渡した（新庄回収）。午後１時16分頃、トイレを出て新庄駅へ移動した。」

３　被告人による現金等の回収とその依頼引受け

被告人は現金等の回収役であったが、秋田回収１・２を行ったとは認められず、新庄回収のみを行ったと認定された。

回収役の依頼引受けについては次のとおり認定された。

「ア　当初の依頼引受け

被告人が新庄回収で回収行為をしたこと、秋田回収１・２、新庄回収で現金等を回収役に渡したのはいずれもP3であること、被告人が地縁もない秋田市を訪れ、回収場所に近いホテルに宿泊し、秋田回収２の翌朝に新庄駅に向かうと、P3も被告人に続いて新庄駅に向かったことからすると、被告人は、共犯者の依頼を受け（意思を通じ合い）、実行犯が窃取する現金等を回収する役割を引受けて、６月７日午後１時40分に北上駅で列車に乗車し、秋田駅に向かったものと認定できる。

イ　回収依頼の撤回

秋田回収１と２は、被告人ではなく、別の者が行った可能性がある。そうすると、被告人が秋田駅周辺で回収行為を行う必要がなくなり、回収依頼が撤回された可能性がある。依頼が撤回されたために、被告人は新庄経由で東京に戻ろうとしたとみて矛盾しない。６月８日朝、秋田駅近くで引出し窃取を行ったP3に対し、その回収を新庄で行う旨の指示がされたことも依頼撤回と矛盾しない。被告人が新庄回収をやったことは、依頼撤回の後、再び回収依頼があって被告人がこれを引き受けたとみれば説明がつく。

依頼が撤回された時点は、被告人が北上駅から秋田に向かった６月７日午後１時40分以降、秋田回収１（午後５時41分）よりも前である。北上駅を出た直後の可能性は否定できない。

ウ　再度の依頼引受け

６月８日午後１時12分、被告人は新庄のトイレでP3から現金等を回収した。この時点までに依頼がなされ、被告人はこれを引き受けた。

被告人が秋田駅から新庄駅に向かうことを決断したのは、切符を購入する時点（午前７時55分）よりも前である。切符を購入した時点までに、再依頼がなされ、被告人がこれを引き受けていたとも考えられる。しかし、東京に戻ろうとする被告人が、秋田駅から新庄駅に行き、山形新幹線で東京に行こうと考えたとしても不合理ではない。上記の時点より遅く、電車に乗った後、新庄駅に到着する時点までに再依頼がなされ、引き受けた可能性もある。P3から午前７時46分から午前８時７分の間の窃取に成功したとの報告を受けた指示役が、被告人に回収役を依頼し、被告人の移動先として把握した新庄駅の周辺で回収を行わせることとし、P3にその旨の指示をした可能性がある。」

Ⅱ　判旨

「３　原判決の判断

……

（３）共謀の成否

ア〔１〕の公訴事実

P3が被害者（Q1）からキャッシュカードをすりかえ窃取したのが午後２時頃である。その前である午後１時40分頃の時点で、被告人は秋田での回収の依頼を受け、これを引き受けていた。P3がQ1から窃取したキャッシュカードを用いて引き出した現金の一部及びキャッシュカードを新庄回収で回収した。

被告人と指示役、P3との間で、窃盗の共謀が成立し、P3が実行行為をした時点でその共謀が存在していたと認められる。

イ〔２〕ないし〔11〕の各公訴事実

指示役、P3との間で、一旦は共謀が成立したものの、その後、共謀が解消された可能性がある。〔２〕ないし〔11〕の実行行為の時点で共謀が存在していたとは認められない。

ウ　Q1に対するキャッシュカードのすりかえ窃盗（〔１〕の公訴事実）と、これを用いたATMからの引出し窃盗（〔２〕〔３〕〔10〕の各公訴事実）とは、密接に関連する一連の犯行である。窃盗〔１〕についての共謀が成立したのであれば、その後依頼が撤回され、〔２〕〔３〕〔10〕の窃盗で得た現金の回収を行わなかったとしても、〔２〕〔３〕〔10〕の窃盗についての共謀が成立するとの考えもありうる。しかし、回収役の役割は代替可能である。被告人には詳しい情報は与えられていなかった。依頼が撤回された段階でP3が実行した引出し窃盗についての共謀が存続しているとはいえない。

エ　指示役が依頼を撤回しても、再依頼すれば被告人は引き受けるであろうと認識しており、被告人も再依頼があれば、引き受けようと考えていた。実際に再依頼を引き受けて新庄回収を行った。〔２〕ないし〔11〕の各実行行為の時点で共謀が存続していたとも考えられる。しかし、回収役は代替可能であり、被告人には情報が与えられていない。再依頼（引受け）がないのに、共謀が存続していたとはいえない。

（４）原判決の示した〔１〕の判断、〔２〕ないし〔11〕の判断はいずれも正当であり、当裁判所も支持することができる。論理則、経験則等に照らして不合理な点はない。」

Ⅲ　評釈

1　はじめに

本判決は、特殊詐欺における現金等の回収役であった被告人について、犯行〔２〕ないし〔11〕の実行行為の時点で共謀は存在していないとした原判決[1]の判断を支持した事例である。本件は、共謀が認められた犯行〔１〕の後に被告人に対する回収依頼が撤回された可能性があるとされた点に特徴がある。

本判決は撤回後の各犯行について共謀が「存続」していたかを問題とするところ、共謀が「存続」していると評価できれば犯行〔２〕ないし〔11〕についても共同正犯が成立すると考えられる。そのため、被告人が当初の回収依頼を引き受けたことによって、犯行〔２〕ないし〔11〕を含む包括的な合意が成立したといえ、本件の問題の実質は、包括的な合意の成立後、どのような事情があれば共謀を否定できるかという点にあると思われる。したがって、本判決の分析にあたっては、包括的共謀に関する従来の知見を活用することが有効であるといえる。そこで、本稿では、まず包括的共謀に関する従来の理解を確認し、その中で包括的共謀と共同正犯関係の解消との関係についても検討する。その上で、本判決が共謀の「存続」を否定するにあたって考慮した事情の理論上の位置づけと従来の裁判例との関係を示し、最後に本件において幇助犯が成立する可能性を分析する。

2　特殊詐欺における包括的共謀についての従来の理解

（1）包括的共謀の意義

包括的共謀は反復して行われる複数の犯行についての合意[2]などとされ、合意の対象となる犯行が複数あり、それらの犯行が反復されるという点については共通理解があると思われる。しかし、包括的共謀をどのような観点から基礎

---

[1] 山形地判令和３年３月８日公刊物未登載。

[2] 十河太朗「包括的共謀の意義と包括的共謀の射程」同法72巻２号（2021）380頁。同380頁はこのような合意を「反復型の包括的共謀」とする一方、同379頁は「合意の内容として、１個の犯罪につき客体や手段・方法等が特定されていない場合」を「不特定型の包括的共謀」と分類する。品田智史「特殊詐欺事案における包括的共謀、及び、組織的詐欺について」法時92巻12号（2020）23-24頁も同旨。本件では、反復して行われた複数の犯行を対象とする合意が問題となるため、「反復型の包括的共謀」を検討する。

づけるかによって、包括的共謀という用語の意味する内容が異なる。そこで、はじめに各立場からの包括的共謀という用語の意味する内容を示した上で、判断基準や共同正犯関係の解消との関係を確認する。

包括的共謀をどのような観点から基礎づけるかという点をめぐっては、近時、因果的寄与の重大さから包括的共謀を基礎づける立場と関与者のグループ意識・一体性から包括的共謀を基礎づける立場とが存在する[3]。本稿では、便宜上、前者を因果的寄与アプローチ、後者を一体性アプローチという。

因果的寄与アプローチは「包括的な犯行の合意（意思連絡）だけではなく、その後の事情をも含めて共同正犯として処罰に足りるほどの因果的影響を及ぼしたと言えるか」を判断する[4]。そのため、この立場からは、包括的共謀という用語は、包括的な合意の対象となった各犯行に対し、関与者が重大な因果的寄与をしたことを指すこととなる。

これに対し、一体性アプローチは当該関与者をグループの一員とするグループ意識が生じることを問題とし[5]、そのようなグループ意識によって「反復される欺罔行為全体を実行することについての合意といえるほどの意思連絡が関与者間で形成されている場合、包括的共謀が認められる」とする[6]。そのため、この立場からは、グループ意識を通じた合意の形成が共同正犯を基礎づけるといえ、包括的共謀という用語は、包括的な合意それ自体を指すこととなる[7]。

（2）包括的共謀の判断基準及び共同正犯関係の解消との関係

このように包括的共謀という用語の指す内容が異なることに留意した上で、

---

[3] このような立場の分析と差異について、品田・前掲注（2）24頁、樋口亮介「特殊詐欺における包括的共謀と抜き事案における共同正犯の成否――共同正犯の基本的理解に立ち返って」刑法61巻2号（2022）150頁参照。

[4] 品田・前掲注（2）24頁。

[5] 樋口亮介「特殊詐欺における共謀認定――実体法に基づく構造の解明」法時91巻11号（2019）64-66頁、同・前掲注（3）150頁。

[6] 樋口・前掲注（5）64頁。

[7] 品田・前掲注（2）24頁は、一体性アプローチについて「事実としての合意（意思連絡）の成立時点の特定を必須とするわけではないものと解される」（同頁注（14））としつつも、「特定時点の包括的共謀と認められる合意の存在が決定的で、その他の事情は合意の存在を基礎づける事情として主に用いられることになる」と指摘する。

各立場からの判断基準及び共同正犯関係との解消についてみると、まず、因果的寄与アプローチからは、個別の犯行に対する物理的・心理的な因果的寄与が重大であると評価される場合に包括的共謀が肯定される[8]。もっとも、因果的寄与アプローチからも、包括的共謀では個別の犯行への関与が希薄となることから、「個々の犯行と合意を形成するグループとの関係（グループの外延）」が重要であると指摘される[9]。また、このような立場からは、前述のとおり、関与者間の合意それ自体ではなく、あくまでも個別の犯行に対する寄与の有無・程度が問題とされ、合意後の事情も含めて因果的影響が判断される。因果的寄与アプローチの背後には、被告人が事後的にみて犯罪の実現にとって重要な寄与・役割を果たしたことから共同正犯を基礎づけるという理解[10]があるところ、このような理解からは共同正犯関係の解消は、犯罪の実現に対する因果的寄与が残存しているかという観点から判断される[11]。そうすると、包括的共謀と共同正犯関係の解消のいずれにおいても、関与者が合意後の事情も含めて重大な因果的寄与をしたか否かが問題とされることとなる。そのため、包括的共謀が問題とされる事案では、共同正犯関係の解消の判断は包括的共謀の成否に収斂すると思われる。このような因果的寄与アプローチの理解からは、包括的共謀は、反復して複数の犯行が行われた場合に事後的に個別の犯行に対する重大な因果的寄与が認められる限りで個別の共謀を包括的に一つの共謀として整理する概念と位置づけられることとなると思われる。

次に、一体性アプローチについてみると、その背後には、共同正犯固有の構造として関与者の加担形態に着目するという共同正犯の理解がある[12]。そのような理解の下では、特殊詐欺における下位の関与者についての共同正犯が認められるのは、一体感のある関係性に属する場合であるとされる[13-14]。そのため、

---

[8] 品田・前掲注（２）24頁。樋口・前掲注（３）150-151頁は因果的寄与アプローチからは個別の犯行に対する因果的寄与が認められることが必須となるが、このような立場が実務と一致するかは疑わしいと指摘する。

[9] 品田・前掲注（２）24-27頁。

[10] 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010）51-54頁など。

[11] 西田・前掲注（10）240頁以下など。

[12] 樋口・前掲注（３）146-148頁。

[13] 樋口・前掲注（３）150頁。

[14] 共同正犯の典型例の一つとして、「一体感のある関係性を形成している者の一部が全

一体性アプローチからは、特殊詐欺において実行行為を担当していない下位の関与者の包括的共謀については、グループ意識を通じた一体的な関係が形成され、関与者がそのグループの一員と評価できれば共同正犯が肯定されることとなる[15]。言い換えれば、関与者をその一員とするグループ意識の形成が要点となる[16]。ここでは、個別の犯行との因果的寄与は不要とされ[17]、個別の欺罔行為についての具体的認識も不要とされる[18]。グループ意識により包括的共謀が基礎づけられる理由としては、グループ意識は心理的拘束や心理的障壁の除去をもたらすことが挙げられる[19]ところ、この立場においては、そのような心理的拘束や心理的障壁の除去をもたらす主体はグループ意識それ自体であり、各個別の関与者が単独でそれらをもたらす必要はないと思われる。そのため、下位の関与者が単独で上位の関与者を心理的に拘束し、またはその心理的障壁を除去したといえなくても、グループ意識の中で当該下位の関与者もその一員と位置づけられており、その上でそのようなグループ意識によって当該上位の関与者が心理的に拘束され、または心理的障壁が除去されていれば、包括的共謀が認められると考えられる。このように共同正犯を一体的な関係性から基礎づける場合、共同正犯関係の解消は一体的な関係性に基づいて実行行為が行われたといえるかという観点から判断される[20]。そうすると、グループ意識の形成を問題とする包括的共謀の成否と、実行行為が一体的な関係性に基づいて行われたかを問題とする共同正犯関係の解消は区別されることとなる。もっとも、いずれもグループ意識を通じた一体的な関係の存否を問題とするから、検討内容

体を代表して実行行為を行う場合」を挙げる樋口・前掲注（３）147頁も参照。また、共同正犯のこの類型については、樋口亮介「類型論に基づく共同正犯の構造化（その２）」法セミ804号（2021）104-107頁参照。

15 樋口・前掲注（３）150頁。

16 樋口・前掲注（５）64-65頁。

17 樋口・前掲注（３）150頁。

18 複数のかけ子による包括的共謀についてではあるが、樋口・前掲注（５）65頁。

19 樋口・前掲注（５）65頁。このような理由づけの背景には、共謀共同正犯における共謀には心理的拘束や心理的障壁の除去という特性があるという論者の理解（樋口亮介「共謀共同正犯における共謀の意義」研修844号（2018）7-8頁）があると思われる。

20 樋口・前掲注（３）152頁。

は基本的に重複すると考えられる[21-22]。

以上から、因果的寄与アプローチと一体性アプローチは共同正犯に対する理解が異なるものの、いずれの立場も、包括的共謀の事案においては、グループとの関係を重視する点は共通することがわかる。もっとも、そのようなグループとの関係の理論上の位置づけが異なる。すなわち、因果的寄与アプローチからは、グループとの関係は因果的寄与の重大さに収斂され、個別の犯行に対する寄与が問題となる。これに対し、一体性アプローチからは、個別の犯行に対する寄与がなくてもグループとの関係から直接的に包括的共謀を基礎づけることとなる。このような位置づけの違いによって、包括的共謀の判断において考慮される事情も異なることとなる。なお、両アプローチの違いは共同正犯に対する異なる理解から導かれるから、包括的共謀が問題とされない共同正犯についても、因果的寄与の観点やグループ意識・一体性の観点から分析することは可能であると思われる。

（3）各立場に対する疑問

このように包括的共謀の理解については複数の立場があるが、いずれの立場に対しても疑問がある。

まず、因果的寄与アプローチに対しては、「関与者間で犯行の内容を具体的に特定する形で謀議が行われるのではなく、被害者や手段・方法等を特定しないまま犯行の内容について包括的な合意が形成される」[23]包括的共謀においては、自身が直接的に関与しない犯行についても共同正犯が成立する根拠が重要であるところ、これに対する説明が不十分であると思われる。すなわち、因果的寄与アプローチは、特殊詐欺の事案において「自身が直接関与していない詐欺についても、包括的共謀として詐欺罪の共謀共同正犯の成立が認められている場合がある」ことの説明として、「組織的に大量の詐欺行為を分業して行っ

[21]「犯行グループを他の関与者と共に形成し、その構成員として自分たちの犯罪を反復して遂行する旨の合意」に基づき実行行為が行われたか否かを包括的共謀における共謀の射程の基準とした上で（十河・前掲注（2）397頁）、共謀の射程の観点から共同正犯関係の解消は解決できると論じる十河･前掲注（2）401-412頁も同旨と思われる。

[22] なお、後述するとおり、一体性アプローチの論者は一体的な関係性の消滅後も共同正犯を肯定する余地があるとする。

[23] 十河・前掲注（2）379頁。

ていることから、ある者が一つの詐欺行為を担当することが、同時に、他者の詐欺行為を促進しているという関係（犯行の組織性）によって、共同正犯として処罰するに足る因果的寄与が認められているという理論的裏づけがあるものと解される」と論じる[24]。因果的寄与アプローチは包括的共謀の前提として関与者間の合意があることを要求するが[25]、このような説明が成り立つのであれば、合意がなくとも重大な因果的寄与さえあれば共同正犯を認めることとなるため、実質的には共謀を不要と解することになるのではないかという疑問がある[26]。実際に、共同正犯を因果的寄与の重大さから基礎づけて片面的共同正犯を肯定する立場も存在し[27]、このように片面的共同正犯を肯定するならば理論的にも一貫していると思われる。したがって、因果的寄与アプローチからは、包括的共謀の事案の中でも自身が直接的に関与しない犯行についても共同正犯が認められるものは、片面的共同正犯を肯定する一事例として位置づけられることになろう。従来、片面的共同正犯は心理的因果性を欠くが物理的因果性は存在する場合が主として念頭に置かれてきた[28]が、因果的寄与アプローチによる上記説明は組織性が認められる場合に特有の心理的因果性から共同正犯を基礎づけるものといえると思われる[29]。

次に、一体性アプローチに対しては、学説上、個別の犯行に対する因果的寄与を不要とすると、各関与者に結果についての責任を負わせることができないと批判されている[30]。この批判に従うと、一体性アプローチは関与者全体では

---

[24] 品田智史「特殊詐欺事案における故意と共謀」阪法68巻３号（2018）193頁注（51）。

[25] 品田・前掲注（２）24頁参照。

[26] 樋口・前掲注（５）62頁注（６）は因果的寄与アプローチのこのような説明に対して「説明として成り立っているかは疑わしい」と指摘する。

[27] 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論〔第３版〕』（弘文堂、2019）384頁など。

[28] 西田･前掲注（27）383頁、松原芳博『刑法総論〔第３版〕』（成文堂、2022）434頁。

[29] 山口厚『刑法総論〔第３版〕』（有斐閣、2016）365頁は片面的共犯一般についてであるが、「厳密にいえば、心理的因果性は、意思の連絡が存在しない場合でも、正犯・共犯者の意思に対する作用により肯定することはできる。しかし、そのようにして心理的因果性が肯定されたとしても、一方的な関与が認められるにすぎないために共犯が成立するかがなお問題となりうるのである。」と指摘する。

[30] 安田拓人「共同正犯――一部実行全部責任の原則の根拠」法教506号（2022）118頁。小林憲太郎「いわゆる実行共同正犯について」判時2480号（2021）104頁注（23）も参照。

なく、各関与者が結果についての責任を負う理由を示す必要があるといえよう。この点に対する一つの考え方としては、個別の関与者が他の関与者に心理的拘束または心理的障壁の除去をもたらす場合に限りグループ意識の形成があったと評価するということが考えられる。しかし、このように考える場合、特殊詐欺における下位の関与者が上位の関与者を心理的に拘束し、またはその心理的障壁を除去することは考え難いとすると、下位の関与者に包括的共謀を認めることは難しくなる。そうすると、下位の関与者にも包括的共謀を肯定する実務に判断の視点を示すという論者の問題意識[31]に沿うものではなくなると思われる。

また、一体性アプローチの論者は「関与者各自の個別行為を特定することを不要とし、特定の個別行為と結果との間の因果性を処罰要件から外」したとしても、「個別の被告人ごとに、実行行為者を支配・指示していたこと、一体扱いを基礎づける意思連絡の一員であったこと、あるいは、共同実行行為に参加したことを処罰根拠としている点で、個人責任を問うものではある」と主張する[32]。しかし、この主張のとおり仮に一体性アプローチが個人責任を問うものであったとしても、このような主張の内容は各関与者が何らかの責任を負う理由になりうるとしても、各関与者に結果についての責任を負わせることができる理由とはならず、前述のとおり、各関与者が結果についての責任を負う理由を示す必要がなお残るといえるだろう。

3　従来の裁判例

まず、特殊詐欺の包括的共謀に関する従来の裁判例としては、東京高判平成30年５月16日高検速報（平30）号174頁（関連裁判例①）と東京高判平成30年11月27日高検速報（平30）号257頁（関連裁判例②）がある。

関連裁判例①は、被告人らが息子役・上司役として被害者に電話し、だまし

---

[31] 樋口・前掲注（３）151頁は各関与者の個別の行為がグループ意識の形成に寄与した場合に限り処罰できるという考え方に対して、「グループの下位の者や、途中からの参加者については処罰が困難になろう」と指摘するところ、この指摘は下位の関与者にも包括的共謀を認める実務に対して判断の視点を示すという問題意識のあらわれと思われる。「法的判断を透明なものにするためには、考慮事情を列挙するだけでは足りず、判断の視点を明示することが不可欠である」と論じる同149頁も参照。

[32] 樋口・前掲注（３）148頁。十河・前掲注（２）387頁も同旨と思われる。

に成功した場合にのみ、詐取金の一部を報酬として受けることができるシステムの下でオレオレ詐欺のかけ子を務めていたという背景があったが、被告人は起訴された各犯行において、息子役・上司役等として実行行為を担当しておらず、詐取金の分け前に与る立場にもなかったという事案について、「本件各犯行は、いずれも、被告人らが、上位者の指示を受けつつ、受け子役、見張り役らと役割分担をして、日常的に繰り返していた組織的、職業的なオレオレ詐欺の一環として行われたものであり、不特定多数者からオレオレ詐欺の手口で現金を詐取することに関する包括的な共謀に基づくものと認められる。そうである以上、被告人が、本件各犯行について、実行行為を担当しておらず、詐取金の分け前に与る立場になかったとしても、分離前相被告人らを含む実行行為者の行為を自己の手段として利用して犯行を行ったものとみるべきであって、共同正犯としての責任を負うべきことは明らかである。」[33]と判示した。

また、他の共犯者には被告人らを犯行から排斥する意思があったことについて、第一審[34]は、被告人らによる実行行為等は受け子役の犯行を推進する強い物理的・心理的効果を有しており、「詐欺が既遂に至る危険性は非常に高い状態にあった」[35]が、被告人らは「上記危険性を確実に消滅させる措置はとっておらず、本件持ち出しの時点で、上記危険性が残存していたことは明らかである。」[36]として共同正犯関係の解消を否定したところ、控訴審はその判断を「原判決の説示するところは概ね相当であ」るとして支持した上で「受け子役は、本件指示を含む被告人らからの連絡により、上記欺罔行為により被害者が錯誤に陥り、現金を準備していることを把握し、その状況を利用して、本件持ち出しに及んだものであって、その行為は、上記共謀に基づく共同実行を完成させたものとみるべきである。そうである以上、所論のいうところの受け子役らの『被告人らを排斥する意思』は、上記共謀に基づく共同実行そのものから排斥する意思ではなく、むしろ、上記共謀の存在を前提に、これに基づく被告人らかけ子役の実行行為を利用して、自らの持ち出し行為により共同実行を完成させた上で、これにより取得した詐取金の分配から被告人らを排斥する意思にす

[33] 高検速報（平30）176頁。
[34] 以下に引用する第一審の判示は控訴審による要約である。
[35] 高検速報（平30）178頁。
[36] 高検速報（平30）178頁。

ぎないというべきである。したがって、その意味における『被告人らを排斥する意思』は、その生じた時期にかかわらず、そもそも共謀関係の成否や消長を左右するものとはいえ」ない[37]と判示した。

控訴審は、犯行が「被告人らが、上位者の指示を受けつつ、受け子役、見張り役らと役割分担をして、日常的に繰り返していた組織的、職業的なオレオレ詐欺の一環として行われたもの」であることから包括的共謀を認めており、これは被告人がオレオレ詐欺を行う犯行グループの一員であることを重視した判断であるといえる。他の共犯者に被告人らを犯行から排斥する意思があったことについては、第一審は物理的・心理的効果により生じた危険性とその危険性を消滅させる措置をとっていなかったことから共同正犯関係の解消を否定する。これは因果的寄与を重視する判断であるといえ、犯行を防止する措置をとっていなかったことから共同正犯関係の解消を否定した最高裁判例[38]の延長線上にあるものといえる。これに対し、控訴審は、第一審の判断を支持しつつも、受け子役らの被告人らを排斥する意思は、包括的共謀を前提にかけ子の実行行為を利用して共同実行を完成させた上で詐取金の分配から被告人を排斥する意思であるとして、共同正犯関係の解消には影響しないとする。これは因果的寄与に直接的には言及しないものの、かけ子の実行行為を利用するということはその実行行為が受け子の犯行に因果的に寄与していたということであるから、実質的には被告人らが受け子の犯行に因果的に寄与していたことを裏から述べるものであるといえる[39]。控訴審が被告人らを犯行から排斥する意思に関する第一審の判断を支持していることからも、控訴審の判示が第一審の判断と表裏の関係にあることがわかる。

---

[37] 高検速報（平30）179-180頁。

[38] 最決平成元年６月26日刑集43巻６号567頁、最決平成21年６月30日刑集63巻５号475頁。

[39] 樋口・前掲注（３）158-159頁は、「欺罔行為に対する共謀共同正犯としての責任と、欺罔行為と受領行為の分担による実行共同正犯がもたらす詐欺の１個性を組み合わせる形で、詐欺既遂についてまで共同正犯としての責任を問うてよい」という議論から、被告人を排斥する意思に関する控訴審を理解できると論じる。伊藤嘉亮「詐欺罪における共同正犯の限界」法時92巻12号（2020）33頁も同旨。

もっとも、このような理解が可能であるとしても、控訴審が「原判決の説示するところは概ね相当であ」るとしていることからすると、その判示は因果的寄与を重視する第一審と表裏の関係にあるという理解も排除されるわけではないと思われる。

関連裁判例②[40]は、被告人がバイク便会社の従業員として詐取金の運搬をしていたが、詐欺グループからの集荷・運搬依頼を受けるか否かはバイク便会社Bの経営者Aが判断していたという事案だった。第一審は、包括的共謀について、「概括的事前共謀を肯定することは、当該犯行についての個別的な認識を欠く場合、あるいは自らが直接関与しない場合であっても、共犯者の行為について正犯者としての責任を負わせることを意味するのであるから、概括的事前共謀の成立には、犯行の計画に関与したり、犯行の継続に大きな役割を果たすなど、それ相応の強固な意思連絡や大きな寄与が必要と解される。」[41]とした上で、明示的な意思連絡や運搬した荷物の中身が詐取金であることの確定的認識を有していたという証拠はなく、集荷・運搬依頼を受けるか否かはAが判断していたということ、また、被告人が犯行の継続に大きく寄与したとまでは認められないことから、包括的共謀を否定した。そしてこのような第一審の判断を控訴審も支持した。強固な意思連絡という要素は関与者間の強い結びつきという意味で明確なグループ意識として理解することができる[42]一方、大きな寄与という要素は因果的寄与の観点から理解できる。このように、第一審及びそれを支持した控訴審は因果的寄与アプローチと一体性アプローチを併用するものと理解することもできよう。

また、包括的共謀が問題とされた事例ではないが、特殊詐欺におけるかけ子・受け子以外の者の罪責が問題となった事例としては、関連裁判例②のほかにも、大阪高判平成28年１月29日高検速報（平28）号177頁（関連裁判例③）、高松高判平成30年３月１日判時2407号110頁（関連裁判例④）、佐賀地判平成30年12月６日LEX/DB25562171（関連裁判例⑤）、東京高判令和２年11月５日高検速報（令２）号258頁（関連裁判例⑥）、岐阜地判令和３年７月15日LEX/DB25591237（関連裁判例⑦）、東京高判令和４年３月17日LEX/DB25592428（関連裁判例⑧）がある[43]。

---

[40] 第一審（千葉地判平成30年１月23日公刊物未登載）については、羽柴愛砂「判批」警察学論集72巻３号（2019）146-150頁。

[41] 羽柴・前掲注（40）149頁。

[42] 品田・前掲注（２）24頁は一体性アプローチを「参加者間の結びつきを重視するアプローチ」であると指摘する。

[43] これらのほかには、東京地判令和２年７月21日LEX/DB25569070、仙台高判令和３年８月31日LEX/DB25590769などがある。仙台高判令和３年の一部の事件については、

関連裁判例③は、「A〔受け子〕、指示役やB（注：運転手）と連携して行動する中、被害者が本件信用金庫で現金の払い戻しを受け、甲喫茶店〔現金の交付場所〕に移動する様子などを観察して、その状況等を指示役やAに伝えるなどの役割」[44]（〔 〕内は引用者による。）を担っていた被告人について、「被告人が担っていた役割は、被害者の行動の観察・把握や、現金の受取に向けた最も重要な場面において、発覚や摘発などを回避しつつこれを遂げるのに必要性が高いものであ」り、被告人は「積極的にそのような役割を果たしていた」、また、被告人は「被害者から受け取った現金1900万円のうち1520万円を預かっており、かくも多額の現金の運搬等に当たっていた」[45]として、共謀を認めた。これは、被告人の役割に着目した判断であるところ、因果的寄与の観点とグループ意識・一体性の観点のいずれからも理解することができる[46]。

関連裁判例④は、詐取されたキャッシュカードを用いてATMから現金を引き出した被告人について、「共謀に関しては、現金の引出しが、キャッシュカードの詐欺にとって、その実質的利益を確保するために不可欠な行為であることはもとより、詐欺の発覚前に確実に現金を引き出すためには、引出し役が現地で待機している必要があることについても、上記の時点までに被告人は認識していたと推認することができる」こと、さらに、キャッシュカードの受取り役の確保・派遣に関わっていた共犯者の「指示を受けて、報酬約束の下、多数回にわたって現金引出し役として行動してきた」という被告人の立場などから詐欺についても共謀を認めた[47]。この判断は、犯罪の実現にとっての心理的な促

第一審（山形地判令和３年４月12日 LEX/DB25590768）において、被告人の関与が認められないとして共同正犯を含む共犯が否定されたものの、仙台高判令和３年のその他の事件及び東京地判令和２年７月21日 LEX/DB25569070のいずれにおいても共同正犯が認められた。

[44] 高検速報（平28）号178-179頁。

[45] 高検速報（平28）号179-180頁。

[46] 半田靖史「受け子の故意と共謀の認定」法時92巻12号（2020）22頁は共同正犯が肯定された理由について、「勧誘又は見張といった一つの役割だけでなく、当該受領行為に関して、上位者と受け子の間に立って幅広い役割を果たしたことが考慮されている」とする。

[47] 第一審（徳島地判平成29年10月13日判時2407号115頁）も、キャッシュカードの詐取と詐取したキャッシュカードを用いた現金の引出しは「一連の犯行」であるところ、

進から共謀を認めたものとみることも不可能ではない。しかし、被告人の関与は詐欺の既遂後にすぎないことを踏まえると、その程度の寄与の大きさでも共同正犯を基礎づけるだけの重大な寄与が認められると理解することには疑問があり、むしろ被告人は多数回、現金引出し役を担当することでグループの一員として扱われていたという意味でグループ意識・一体性の観点から理解すべきであると思われる[48-49]。

関連裁判例⑤は、被告人が「特殊詐欺に関する一連の本件各犯行を行った犯罪組織に所属し、受け子を調達し、その受け子を指示役へとつなぐ役割」や「受け子に経費を支給し、受け子から結果の報告を受けるなど、受け子を管理するなどの役割」を担っていた上、「被告人が調達した受け子らが、指示役からの指示を受けて本件各犯行を行」い、被告人は「上位者の指示で上記役割を担い、それに相応する何らかの利益等を得ていた」などとして共謀を認めた。被告人が調達した受け子が犯行を行なっていたことを挙げることから、被告人が犯罪の実現に向けて果たした役割に着目する判断であるとみることもできる一方、犯罪の実現に向けた因果的寄与の重大さのみを問題とするのであれば、被告人の役割が上位者の指示に従ったものであることに言及する必要はないことから、グループ意識・一体性に着目した判断とみることもできる[50]。

被告人は「報酬目当てに、詐欺の実質的利益を確保するために不可欠な役割を担った」として共謀を認めた。

[48] 関連裁判例④の控訴審の裁判長裁判官である半田靖史は、受領に関する受け子以外の関与者について、「その他の者による関与行為は、欺罔行為及び受領行為の時間的・場所的周辺において詐欺の実現を援助促進するものであるから、相対的に寄与の程度は低く、欺罔又は受領行為者に対する心理的な拘束又は障壁除去の程度も低いであろう」とし、「組織の一員として行動したこと、一員とはいえないが、同種の関与行為を反復して同一の組織又は上位者に係る詐欺の継続に寄与したことは、包括的共謀の基礎となる事情であるが、直接関与した個別事件における共同正犯性の根拠にもなるといえる。」と論じる（半田・前掲注（46）21-22頁）。

[49] 控訴審について、匿名「判批」判時2407号（2019）112頁は、「被告人の詐欺に対する貢献は限定的であ」ること、「被告人に詐欺に加担する意思があってもなくても報酬額は同じであった可能性もある」ことから、共同正犯性については議論の余地もあると指摘する。

[50] 半田・前掲注（46）22頁は、共同正犯が肯定された理由について、被告人が「組織の一員として行動し、受け子らを管理していたこと」が考慮されたとする。

関連裁判例⑥[51]は、現金等の回収役であった被告人について、「特殊詐欺が組織によって行われる場合、詐欺組織としては、詐取金品が当該組織の上位者に現実に届けられるなど、組織自体が詐取金品を現実に手にしたといえなければ意味がない。詐欺組織は、詐取金品を自らの手中に収めることを最終目的として犯行に及んでいるから、受け子が被害者から金品の交付を受けて詐欺が既遂に達しただけでは、その目的を達したことにならず、この点が、特殊詐欺が組織によって行われる場合の特殊性ともいえる。」とし、「詐欺組織の計画全体の流れの中で、回収役は、通常、組織自体が詐取金品を手中に収めるという最終目的を達するための重要な役割として位置づけられていると認められる。」と判示[52]して共同正犯を認めた。関連裁判例⑥は、被告人の役割に着目しただけではなく、特殊詐欺における回収役について、「通常」という留保があるものの重要な役割と位置づけたものであるところ、このような役割が重要であるとしても、それがどのように重要であるかは因果的寄与の観点からもグループ意識・一体性の観点からも説明できる。もっとも、関連裁判例⑥には、被告人は受け子が「被害者から現金等を詐取する前に、従前と同様に受け子がその役割を果たせるようにXらと連絡を取」[53]っており、また、従前も同一人の指示を受けて回収役を行なっていたという事情があることからすると、仮にこのような事情がない場合にも回収役が重要な役割であると評価されるかは不明である[54]。

関連裁判例⑦は、被告人が被害者からの現金受取役の見張りを担当していたという事案について、「被告人は、C〔現金受取役〕が特殊詐欺の現金受取役をする可能性を認識しながら、B〔指示役〕の指示に従い、Cの見張りをしてい

---

[51] 第一審（東京地判令和２年７月21日公刊物未登載）については、伊藤みずき「判例紹介」研修873号（2021）59-60頁。

第一審では、「被告人は、本件犯行が詐欺であることを認識していながら、あえて受け子のXと緊密に連絡を取り合って状況を把握し、Xから被害金品を回収し、これを詐欺組織の関係者とみられるYに渡すという一連の重要な行為を行った」として共同正犯が肯定された（同60頁）。

[52] 高検速報（令２）259-260頁。

[53] 高検速報（令２）260頁。

[54] 伊藤・前掲注（51）64頁も事案によって回収役としての役割の重要度が異なりうることを指摘する。

たことに照らし、Ｂ及びＣらと意思を通じ合い、それに基づいて本件詐欺の犯行を完遂するために重要な役割を担ったといえる」（〔 〕内は引用者による。）などとして共謀を認めた。これは因果的寄与の観点から容易に説明できる。

関連裁判例⑧は、被告人は、被害者に郵便局留めで送らせたレターパックを受け取って男に手渡す役割を担当していた者の送迎を担当していたという事案について、次のように判示して共同正犯を認めた。すなわち、「被告人がＢ〔レターパックの受渡し役〕と一体となって犯行に積極的に関与しようとしていたものと評価することができる。また、被告人が分担した仕事の内容は、埼玉県内のＢの自宅から車を運転して東京都内の郵便局までＢを送り届けて付近で待機し、郵便物の受け渡しを終えたＢをその自宅まで送り帰すというものであり、その関与自体も重要なものであったと認められる上、本件仕事は繰り返し行われることが予定されており、ゆくゆくは被告人が受取役を行うことも想定されていたことからすると、被告人は、Ｂの犯行の手助けをしているというよりはむしろ、自らもＢと共に本件詐欺を実現するという意思で本件に加担していたと認めるのが相当である」（〔 〕内は引用者による。）と判示した上で、「被告人が行った運転手役は、実行行為など詐欺を完結するために必要不可欠な役割とはいえない」などの弁護人の主張に対しては、「Ｂを現場まで送り迎えする行為は、犯罪を実現するために重要なものであることに間違いはなく、仮にＢが一人で現場に行くことが可能であったとしても、現に被告人が果たした役割が重要でないことにはならない」などとして共同正犯を認めた。ここでは、共同正犯を認めるにあたって、被告人の「自らもＢと共に本件詐欺を実現するという意思」だけではなく、被告人の果たした役割が犯罪の実現のために重要であったことが重視されている。これも因果的寄与の観点から説明しやすいものであろう。

４　共謀の「存続」の判断にあたって考慮された事情の位置づけ

（１）回収依頼の撤回以外の事情も考慮する必要性

本判決には、被告人に対する回収依頼が撤回されたという事情がある。しかし、本判決は、その事情だけから共謀の「存続」を否定せず、回収役という役割は代替可能であること、また、被告人には詳しい事情が与えられていなかったことという事情も考慮した上で共謀の「存続」を否定する。言い換えれば、被告人に対する回収依頼が撤回されたという事情以外も考慮する必要があった

といえるところ、その理由は次のように考えられる。

すなわち、因果的寄与アプローチからは、撤回によって各犯行に対する心理的な寄与が小さくなったとはいえるが、前述のとおり合意後の事情も含めて包括的共謀の成否は判断されるため、寄与の大小に影響しうる事情はすべて考慮し、回収依頼の撤回以外の事情も含めて判断する必要があることとなる。

これに対し、一体性アプローチからは、回収依頼の撤回があったことは被告人は役割を与えられるか否か不安定な立場にあるという意味でグループ意識・一体性を否定する事情として理解されることになろう。もっとも、本件では回収依頼の撤回は犯行〔２〕ないし〔11〕の着手前になされているところ、一体性アプローチからは、実行の着手前の離脱が問題となる場合、「共謀を解消するには離脱を表明し、残余者がこれを了承することで足りる」とされる[55]。そのため、被告人に対して依頼の撤回がなされ、それを被告人も承諾している本件においても離脱が表明される場合と同様に、撤回とその承諾があったことだけをもって共同正犯関係の解消が認められるとも思われる。しかし、本判決にあらわれた原判決の指摘によれば、犯行〔１〕と犯行〔２〕〔３〕〔10〕は「密接に関連する一連の犯行」であるとして犯行〔２〕〔３〕〔10〕についての共謀が成立するという考えもありえ、また、指示役は再依頼すれば被告人は引き受けるだろうと認識し、被告人も再依頼があれば引き受けようと考えていたとして共謀が存続していたとも考えられるとされる。このような指摘に従うと、回収依頼の撤回自体は被告人を犯行から排除するものであるから、グループ意識を否定する方向にはたらくとはいっても、撤回以外の事情も考慮して解消の可否を検討する必要があることとなる。

そこで、以下では、本判決が共謀の「存続」を否定するにあたって挙げた、①回収役の役割が代替可能であること、また②被告人に情報が与えられていなかったことという２つの事情について分析する。

（２）因果的寄与アプローチからの分析

因果的寄与アプローチからは、回収役という役割の代替可能性などの事情によって因果性が遮断されるか否かを検討する前に、被告人がどのような因果的寄与を与えたのかを確認する必要がある。まず、物理的寄与については、被告

[55] 伊藤・前掲注（39）35頁。

人が当初依頼されていた現金等の回収はP3による窃盗の既遂後に行われるため、被告人は窃盗罪の実現にとって物理的寄与をしていないといえる[56]。そのため、問題となるのは、被告人が回収役を引き受けたことによる心理的寄与である。本件では、回収依頼は撤回されているところ、その撤回がP3に伝わっていなかったとすると、P3に対する心理的な寄与は残存していると考えることができる一方、撤回がP3に伝わっていたとすると、回収役を引き受けたことによる心理的な寄与は撤回の時点で遮断されたと評価することも可能である。しかし、本判決は回収依頼の撤回がP3に伝わったか否かに言及していない。そのため、因果的寄与アプローチからは、本判決について、回収依頼の撤回がP3に伝わったか否かにかかわらず、心理的寄与が否定されると理解することとなる。

これを前提に、①回収役の役割が代替可能であること、②被告人に情報が与えられていなかったことについて検討する。まず、回収役の役割が代替可能であることについては、被告人の役割がどのような性質のものであったとしても、心理的寄与の観点からは、そのような役割を被告人が担当することが他の関与者に伝わっていなければ寄与の程度には影響しないから、回収依頼の撤回がP3に伝わったか否かとは無関係に寄与の程度を評価することはできない。

次に、被告人に情報が与えられていなかったことについては、判文上、「情報」の内容は明らかではないものの、その内容としては各犯行に関するものとグループに関するものの２つが考えられる。しかし、その内容がいずれであったとしても、その情報が被告人に与えられていなかったことが因果的寄与の程度には影響しないため、因果的寄与アプローチからは説明できないと思われる。

このように、因果的寄与アプローチからは、①回収役の役割が代替可能であること、また②被告人に情報が与えられていなかったことという２つの事情のいずれについても説明することができないであろう。

（3）一体性アプローチからの分析

一体性アプローチからは、①回収役の役割が代替可能であること、また②被告人に情報が与えられていなかったことのいずれについてもグループ意識を否定する事情として位置づけることができる。

---

[56] 幇助犯の成否に関連して犯罪の既遂と終了を区別する議論については後述。

まず、回収役の役割が代替可能であることについて、一体性アプローチは、被告人の役割・グループ内での立ち位置を被告人が他の関与者からグループの一員として受け止められているかという観点から考慮する[57]。この観点からは、役割が代替可能であることは、継続的な犯行が予定されている包括的共謀においては、犯行ごとに担当者が変わりうるものにすぎず、そのような役割を担当してもグループの一員として受け止められていないということができ、そのため、グループ意識があったという評価を妨げると理解することができる。このように理解する場合、各犯行の回収役は使い捨てであるため、仮にその者が同一人だったとしても、それは偶然にすぎず、やはりグループの一員として受け止められていると評価することはできないと考えることになろう。

これに対し、本件とは異なり、役割が代替できない場合、回収役はグループにとって重要な位置を占め、グループの一員として受け止められていたということもでき、グループ意識があったという評価を基礎づけうると思われる。

次に、被告人に情報が与えられていなかったことについては、一体性アプローチからは、被告人が他の関与者からグループの一員として受け止められていないからこそ、各犯行やグループに関する情報が被告人に与えられていなかったということができ、グループ意識があったという評価を妨げたと理解できる。

（4）小括

以上の分析から、本判決が共謀の「存続」を否定するにあたって考慮した①回収役の役割が代替可能であること、また②被告人に情報が与えられていなかったことという２つの事情は、因果的寄与アプローチから説明することは難しい一方、一体性アプローチからは説明できることがわかった。

そこで、本判決を一体性アプローチの立場から理解すると、回収依頼の撤回後の各犯行について共謀が「存続」していたか否かという問題は、包括的共謀の成立後、共同正犯関係が解消されたか否かという問題に構成することができる[58]。このような問題の構成は、判文上、本判決が犯行〔２〕ないし〔11〕について、「共謀が解消された可能性」があるとした上で、当初の依頼引受けによっ

[57] 樋口・前掲注（５）66頁。

[58] これに対し、匿名「判批」判時2541号（2023）85頁は包括的共謀の成否として構成する。

て成立した共謀が各犯行の時点で「存続」しているかを問題とすることとも整合する。なお、一体性アプローチからも包括的共謀と共同正犯関係の解消とでは実質的に検討内容が重複すると思われることは前述のとおりである。

５　本判決と従来の裁判例との関係

本判決における包括的共謀について一体性アプローチから理解できることは、グループ意識・一体性の観点を含めて包括的共謀を判断する関連裁判例①②とも整合する。

もっとも、本判決は因果的寄与アプローチからは説明が難しいのに対し、前述のとおり、特殊詐欺におけるかけ子や受け子以外の者の罪責が問題となった関連裁判例②③⑤⑥⑦⑧のいずれについても因果的寄与の観点から理解することが可能であった。また、関連裁判例①についても、包括的共謀の判断は被告人がグループの一員であることに着目したものであるものの、共同正犯関係の解消に関する判断においては因果的寄与を裏から述べる判示をしていた。このような従来の裁判例と本判決との違いは、被告人が現実に行った役割の内容に求めることができる。すなわち、関連裁判例③⑤⑥⑦⑧においては、被告人は自らに割り当てられた役割を現実に行っており、さらにその内容は単なる回収役にとどまらないものであったといえる[59]。そのため、物理的か心理的かを問

[59] 関連裁判例⑥においては、被告人は単なる回収役ではなく、被告人は受け子が「被害者から現金等を詐取する前に、従前と同様に受け子がその役割を果たせるようにXらと連絡を取」っていたという事情がある（高検速報（令２）260頁）。

関連裁判例⑦における現金受取役の見張りという役割は、現金受取役にとっては強く心理的に拘束するものといえ、単なる回収役以上の役割といえよう。

関連裁判例⑧においては、被告人の役割はレターパックの受渡し役の送迎ではあるものの、「被告人がBと一体となって犯行に積極的に関与しようとしていた」、また「Bは、本件仕事を、被告人と一緒に行うものとして請け負っており、Bが一人で本件犯行を行うことは想定されていなかったと認められる」と判示されていることからすると、被告人の役割は単なる送迎役にとどまらず、レターパックの受渡し役の役割と一体のものであったと評価することができると思われる。さらに、「Bが郵便物の受け渡しをすることによって犯罪が完遂される」とされ、実際に被害者がレターパックを送付しただけでは犯行グループの構成員は現金を入手することができないことを踏まえると、レターパックを受け取るという役割は、本件のようにすでに犯行グループの手に渡った現金をグループ内部で上位者に渡すために回収するというものではなく、被

わず、共同正犯を基礎づけるだけの十分な因果的寄与を検討することは可能であったといえる。これに対し、本件は回収依頼が撤回された秋田回収１・２を含め、その役割の内容は単に不正に引き出された現金等を回収するだけにとどまり、その心理的な寄与の程度は共同正犯を基礎づけるほど十分なものといえるかという点については疑問がある。そうすると、本件では、被告人は単なる回収役を担当するにすぎないため、仮に回収依頼の撤回がなかったとしても、十分な心理的な寄与を認められないと思われることから、因果的寄与の観点からではなく、グループ意識・一体性に基づく事情から共謀が否定されたものと考えることができる。

被告人が単なる回収役を担当したにとどまる関連裁判例②についても、このような理解から位置づけることができる。すなわち、関連裁判例②は、前述のとおり、グループ意識・一体性の観点と因果的寄与の観点の双方を併用するものといえるところ、被告人はバイク便会社の従業員として本件よりも機械的・自動的に回収役を引き受ける立場にあるといえ、より犯行グループの手足という性質が強い。そのため、回収役という役割を引き受けることによる心理的な寄与は本件よりも大きくなる可能性があるものの、被告人と犯行グループとの間にはバイク便会社経営者が介在しており、依頼を引き受けるか否かの決定はその経営者が行っていたことから、結局は心理的な寄与は大きくないと判断されたものと思われる[60]。そして、本件よりも回収役という役割を引き受けることによる心理的な寄与が大きくなる可能性があるとはいっても、その寄与の程度は単なる回収役以上の役割を担当する場合よりも小さいから、グループ意識・一体性からも理解できる強固な意思連絡という要素も併用したものと考えることができる。

以上の分析から、裁判例の傾向として、本判決や関連裁判例④のように被告人が単なる回収役の場合はグループ意識・一体性の観点から共同正犯を基礎づ

害者の現金を犯行グループが入手するために必要な不可欠なものであり、単なる回収役以上の役割であるといえる。被告人の役割はそのようなＢの役割と一体のものであるから、被告人も単なる回収役以上の役割を行ったと評価することができると思われる。

[60] 関連裁判例②の第一審は心理的な寄与が大きくないことの理由として、依頼の引き受けは経営者が一人で決定していたことや被告人がその経営者の指示を受諾したことがバイク便の依頼者に伝達されたと認めるに足りる証拠がないことを挙げている（羽柴・前掲注（40）147頁）。

けられるかが問題となるのに対し、被告人が単なる回収役以上の役割を担当する場合は因果的寄与の観点が問題となることがわかる[61]。

このような裁判例の傾向を理論的に説明するためには、因果的寄与の観点とグループ意識・一体性の観点を併用できることを示さなければならない。ここでは、重大な因果的寄与とグループ意識・一体性の双方が満たされる必要があるのではなく、いずれか一方が満たされれば共同正犯が成立することとなる。この点は、共同正犯を「単独正犯の応用型ないし亜種」[62]と理解するか、または共同正犯固有の構造に着目して理解するかという問題[63]と密接に関連させて議論する必要がある。

６　一体性アプローチによって本件を解決することの妥当性

このようにグループ意識に着目するアプローチから本件を解決することは基本的には妥当であるとしても、一体性アプローチの論者は実行の着手前に一体的な関係性が消滅した場合でも、「１個の犯罪」として「自然の推移」と評価できる限度では共同正犯を肯定する議論を示す[64]のに対し、本判決が回収依頼の撤回が実行の着手前になされた犯行〔２〕〔３〕〔10〕について、「密接に関連する一連の犯行」としつつも、共謀を否定することをどのように考えるかが問題となる。

一体性アプローチの論者は、最決平成21年６月30日刑集63巻５号475頁についても共同正犯関係の解消を否定する議論が考えられるとする。最決平成21年は、他の関与者と住居侵入・強盗の共謀を遂げた被告人が、他の関与者が被害者宅に侵入した後、強盗の着手前に「先に帰る。」などと一方的に伝えて離脱したという事案において、共同正犯関係の解消を否定した事例である。上記議論は、強盗罪の実行の着手が肯定される手段行為としての暴行・脅迫は行われて

---

[61] 前掲注（48）の半田元裁判官の理解も参照。

[62] 井田良「承継的共同正犯についての覚書」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集［上巻］』（成文堂、2017）637頁。

[63] この問題に関する詳細な整理として、樋口・前掲注（３）145-149頁。

[64] 樋口・前掲注（３）154-157頁。実行の着手後の離脱について、すでに行われた実行行為と離脱後の実行行為が一体のもの（＝全体行為）として評価される場合には実行共同正犯が成立し、さらに実行の着手前であっても「例外的に既に犯行計画が十分進捗しており、全体行為の端緒を認めうる」と論じる伊藤・前掲注（39）35頁も参照。

いないものの、強盗が既遂に至るまでの展開としては、住居侵入の時点で「一気に強盗まで進んでいくところまで事態は進捗して」おり、「住居侵入強盗の事前共謀によって強盗の手段となる住居侵入段階まで事態の進捗を後押ししている」から、住居侵入の「自然の推移として行われる強盗についてまで共同正犯の責任を問うてよいという形で『1個の犯罪』の発想を拡張する、との議論が考えられる」と説明する[65]。

このような説明からは、本件においても、犯行〔1〕と犯行〔2〕〔3〕〔10〕は「密接に関連する一連の犯行」であるという本判決の評価を前提とすると、犯行〔1〕が行われた時点で、一気に犯行〔2〕〔3〕〔10〕に進むまで事態が進捗しており、犯行〔2〕〔3〕〔10〕は犯行〔1〕の自然の推移として行われたとして、犯行〔2〕〔3〕〔10〕に限っては、なお共同正犯を肯定することもありうると思われる。もっとも、最決平成21年とは異なり、本件では犯行〔1〕と犯行〔2〕〔3〕〔10〕は時間的・場所的に離れており、また、ATMにキャッシュカードを挿入しても暗証番号を入力しなければ現金は入手できないから、犯行〔1〕が行われた時点で、一気に犯行〔2〕〔3〕〔10〕に進むまで事態が進捗していたと評価することはできないと考えることもできる。しかし、本判決は、そのような時間的・場所的な離隔や暗証番号入力の必要性などの事情には言及せず、役割の代替性や被告人に詳しい情報が与えられていないことという一体性を否定する事情のみを挙げて共同正犯を否定している。そうすると、本判決は、このような1個の犯罪としての自然の推移に着目した発想をとっていないと考えられる。

7　幇助犯が成立する可能性

本件では、犯行〔2〕ないし〔11〕について、共同正犯だけではなく幇助犯が成立する余地もないと思われる。

まず、指示役については、回収依頼が撤回されたことから、それ以降、再依頼までは被告人が指示役の犯行の決意を強化することはなかったと考えられる。それに対し、再依頼後は、犯行〔10〕〔11〕について既遂後に促進できるかが問題となる。この点については、近時、犯罪の既遂と終了を区別するという

[65] 樋口・前掲注（3）156-157頁。

観点から、既遂後の関与による幇助犯の成立を認める議論が示されている[66]。このような議論は、窃盗罪の既遂後にも共犯が成立しうる理由を財物の確保までは被害者に占有の一部が残っていると考えられることに求める[67]。仮にこのような理由づけが成り立つとしても、少なくとも本件においては、このような議論からも幇助犯を認めることはできないと思われる。すなわち、本件では、現金が被害者の口座から引き出され、P3が入手していることから、すでに犯行グループがその占有を確保したといえ、被害者に占有の一部が残っているとは評価できないと思われる。そのため、再依頼後に犯行の促進があったと評価することは難しいのではないかと考えられる。

次に、回収依頼の撤回から再依頼までの P3については、回収依頼の撤回がP3に伝わっていた場合、指示役についてと同様に犯行の決意を強化することはない。これに対し、仮に伝わっていなければ P3の犯行の決意を強化したとして、幇助犯を肯定する余地はあったとすることも可能かもしれない。もっとも、回収依頼の撤回が P3に伝わったかは不明であることからすると、回収依頼の撤回が P3に伝わっていなかったとまで認めることはできず、P3の犯行の決意を強化することはないと考えるべきであろう。再依頼後については指示役と同様に犯行の促進があったと評価することは難しいであろうと思われる。

8　おわりに

本稿では、本判決は包括的共謀・共同正犯関係の解消に関する因果的寄与アプローチからは説明し難く、一体性アプローチの観点から理解すべきであることを示した。その上で、従来の裁判例との関係を分析した。その結果、裁判例の傾向として、特殊詐欺におけるかけ子や受け子以外の者の罪責が問題となる場合の中でも被告人が単なる回収役の場合はグループ意識・一体性の観点から

---

[66] 伊藤嘉亮「特殊詐欺における承継的共同正犯と共謀の射程」法時91巻11号（2019）72-73頁、佐藤拓磨「未遂・承継的共同正犯」法セミ779号（2019）17頁、松原・前掲注（28）442頁。

[67] 松原・前掲注（28）442頁。松原・前掲注（28）442頁は、「状態犯に分類される窃盗罪は、行為者が占有を取得することで既遂に達するものの、行為者が占有を確保するまでは被害者にも占有の一部が残っているので、この間に関与した者は被害者の残余の占有の侵害に寄与した限りで窃盗罪の共犯になると解すべきであろう。」と論じる（傍点は原文どおり）。

共同正犯を基礎づけられるかが問題となるのに対し、被告人が単なる回収役以上の役割を担当する場合は因果的寄与の観点が問題となることが明らかにされた。さらに、本判決が一体性アプローチから理解すべきとはいっても、１個の犯罪としての自然の推移に着目した発想をとっていないこと、また、本件において幇助犯は成立しないと思われることがわかった。

本判決は、特殊詐欺の回収役について、包括的共謀の成立後に回収依頼が撤回された場合には撤回後の犯行について共謀が否定されうることを示し、また、因果的寄与の観点からは説明し難い事情に着目して共謀を否定したことに意義がある。

もっとも、前述した裁判例の傾向を理論的に説明するためには、因果的寄与の観点とグループ意識・一体性の観点を併用できることを示す必要があるが、これは残された課題である。また、一体性アプローチについて、個別の犯行に対する因果的寄与を不要としても、なぜ各関与者に結果についての責任を負わせることができるのかという前述の点も理論的な問題として残される。

【付記】

本稿は、JST 次世代研究者挑戦的研究プログラム JPMJSP2119の支援を受けたものである。

執筆者紹介（掲載順）

齋　藤　正　彰	北海道大学大学院法学研究科教授
楊　　廸　耕	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協力研究員
大　串　倫　一	帝京大学法学部法律学科助教
張　　佳　宇	中国広東省深圳市中級人民法院法官補佐
郎　　晴	北海道大学大学院法学研究科助教
小名木　明　宏	北海道大学大学院法学研究科教授
山　中　仁　吉	北海道大学大学院法学研究科博士課程
吉田邦彦＝佐藤亮平	北海道大学大学院法学研究科特任教授＝北海道 大学大学院法学研究科修士課程
加　藤　智　章	北海道大学名誉教授
中　田　翔　太	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程

令和５年９月30日　　印　刷
令和５年９月30日　　発　行

編 集 人　　會　澤　　恒

発 行 人　　北海道大学大学院法学研究科長
尾　崎　一　郎

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. 74 September 2023 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

International Human Rights Treaties as Guide to Interpretation of the Constitution of Japan ····· Masaaki SAITO 1

Heads of Loss for Non-conformity in Sale of Immovables: A Comparative Study of Japanese and Taiwanese Law ····· Tiken YANG 21

Die Verfassungsrechtliche Prinzipien und Lehren von der Vertragsfreiheit (1): Vertragsfreiheit und Grundrechte im deutschen Verfassungsrecht. ····· Rinichi OHKUSHI 85

Criminal Negligence Liability in Team Medicine (1) —— The Nature of Individual Negligence Liability and the Division of Responsibility among the Parties Involved in Organized Medicine —— ····· JiaYu Zhang 115

The introduction and transformation of punitive damages in Chinese Law (2) —— An Examination of the Legislative History —— ····· Qing LANG 159

LECTURE

Recht auf assistierten Suizid für Strafgefangene ····· Henning Rosenau 259 Translated by Akihiro ONAGI

NOTES

The Formation of the New Women's Association: Logics and Strategies of Demand for Women's Suffrage after World War I ····· Jinkichi YAMANAKA 279

CASE NOTE

Note on Civil Law Case ····· Kunihiko YOSHIDA＝Ryohei SATO 333

Note on Social Security Law Case ····· Tomoyuki KATO 357

Note on Criminal Law Case ····· Shota NAKATA 371

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset vertically 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