HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第62巻　第1号　全1冊
Citation	北大法学論集, 62(1)
Issue Date	2011-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45731
Type	journal
File Information	lawreview_vol62no1.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 62 巻　　第 1 号

論　　説

競争の保護と制裁体系（1）
——ドイツにおけるその基礎—— ……松　原　和　彦　　1

自白排除法則の研究（6）……関　口　和　徳　　25

国際家族法の領域における絶対的強行法規について
——養老施設法14条の適用を巡るドイツ裁判例を中心に——
……嶋　　拓　哉　244[　1]

「法律上の婚姻」とは何か（1）
——日仏法の比較研究—— ……大　島　梨　沙　216[29]

講　　演

クロアチア共和国の相続法 ……タチアナ・ヨシポヴィッチ　103
藤原　正則　訳

判 例 研 究

国際法判例研究 ……郭　　舜　182[63]

社会保障判例研究 ……川久保　寛　156[89]

雑　　報

2011（平成23）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷　襄兒（経済法）
五十嵐清（比較法）
石川　武（法史学）
伊藤大一（行政学）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤弘二（商法）
實方謙二（経済法）
東海林邦彦（民法）
杉原　高嶺（国際法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
道幸哲也（労働法）
中村睦男（憲法）
畠山武道（行政法）
林　貴（経済法）
稗貫俊文（商法）
深瀬忠一（憲法）
福永有利（民事訴訟法）
藤岡康宏（民法）

古矢　旬（アメリカ政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松村良之（法社会学）
山畠正男（民法）

教授

池田　清治（民法）
遠藤　乾（国際政治）＊
岡田信弘（憲法）
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）＊
児矢野マリ（国際法）＊
権左武志（政治思想史）
佐々木雅寿（憲法）
笹田栄司（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
白取祐司（刑事訴訟法）
城下裕二（刑法）
新堂明子（民法）
鈴木一人（国際政治経済学）＊
鈴木賢（比較法）
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）＊
高見進（民事訴訟法）
田口正樹（法史学）
辻村康之（知的財産法）＊
常本照樹（憲法）○
寺川祐一（経済法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
長谷川晃（法哲学）
林田清明（法社会学）
藤原正則（民法）○
町村泰貴（民事訴訟法）
松浦正孝（政治史）＊○
松久三四彦（民法）
宮本太郎（比較政治経済学）
宮脇淳（行政学）＊
山口二郎（行政学）＊
山崎幹根（行政学）＊
山下龍一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田克己（民法）
吉田邦彦（民法）
亘理格（行政法）

特任教授

太田賢二（法実務基礎）
大野雅祥（刑事実務）
岸田洋輔（刑事実務）
弁田雅彦（法実務基礎）
松阿彌隆（民事実務）
米屋佳史（民事実務）

准教授

會澤恒（比較法）
池田悠（労働法）＊
川村舜力（商法）
栗原伸輔（民事訴訟法）
桑原朝子（日本法制史）
小濵祥子（アメリカ政治史）
齋藤哲志（比較法）
得津晶（商法）
中川晶比兒（経済法）＊
中島岳志（アジア政治論）＊
根本尚徳（民法）
藤谷武史（行政法）
堀口健夫（国際法）
眞壁仁（日本政治思想史）＊
水野浩二（法史学）
緑大輔（刑事訴訟法）
山本周平（民法）
吉田徹（ヨーロッパ政治）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）＊

助教

稲垣美穂子（民事訴訟法）
大島梨沙（民法）
黒澤修一郎（憲法）
小嶋崇弘（知的財産法）
下村太一（政治史）
徐行（比較法）
宋峻杰（憲法）
鄭明政（憲法）
所浩代（労働法）
永下泰之（民法）
朴鍾碩（国際政治）

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

競争の保護と制裁体系（一）

――ドイツにおけるその基礎――※

松原和彦

目　次

序論―問題の所在―
第一節　問題の背景―「不名誉な孤立」への道程―
第二節　我が国の先行研究等の検討

第一款　法益論と区別基準論
第一項　「競争」という法益？
第二項　質的基準と量的基準
第二款　起草者の見解
第三款　法人に対する制裁を巡って
第一項　法人に対する過料の正当化？
第二項　法人に対する刑罰の正当性？
第三節　素材・視座・構成
第一款　「カルテル法の犯罪化」論―その頓挫の要因―
第二款　入札談合罪―その限定の要因―
第一項　入札談合罪と「カルテル法の犯罪化」論
第二項　入札詐欺罪と「カルテル法の犯罪化」論
一　第二次経済犯罪撲滅法案
二　経済委員会による批判
第三款　秩序違反手続法―その競争制限禁止法における意義―
第四款　構成
第一部　前提的考察
第一章　競争制限禁止法の生成と正当化可能性―秩序違反行為を中心に―
第二章　「カルテル法の犯罪化」論と入札談合罪の萌芽
第二部　「カルテル法の犯罪化」論と「不名誉な孤立」
第三章　「カルテル法の犯罪化」論の展開と頓挫
第四章　検討―なぜ「カルテル法の犯罪化」論は頓挫したのか―
第三部　入札談合罪と「不名誉な孤立」

（以上、本号）

第五章　入札詐欺罪の展開と頓挫
第六章　入札談合罪への道程
第七章　検討―なぜ入札談合罪のみ創設されたのか―
結論―「不名誉な孤立」の基礎は何か―

序論―問題の所在―

本稿の目的は、なぜドイツでは、（入札談合以外の）カルテル[1]が犯罪行為でなく秩序違反行為であり続けるのかという問題、言い換えれば、本稿の表題の通り、ドイツでの競争を保護する法領域における制裁体系の基礎には何が存在するのかという問題に、あり得る一つの解答を提示することにある。この点を敷衍するために、序論では、第一章以降の本論に入る前に、主として二〇〇〇年代以降の資料を参照して、まず問題の背景を明らかにし（第一節）、次に我が国の先行研究等を検討し（第二節）、最後に本稿における素材等につき述べる（第三節）こととする。

第一節　問題の背景―「不名誉な孤立」への道程―

ドイツにおいて、カルテルは、競争制限の禁止に関する法律（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 以下、競争制限禁止法と略称する[2]）が公布・施行されて以来、原則として犯罪行為（Straftat）ではなく秩序違反行為（Ordnungswidrigkeit）である。言い換えれば、カルテルは、裁判所が科す刑罰（Strafe）の対象ではなく、行政機関

も課し得る過料（Geldbuße）の対象なのである。

もっとも、これまで、カルテルが秩序違反行為であるのは当然であると理解されていたわけではない。なぜなら、事実として、競争制限禁止法の起草過程ではカルテルを犯罪行為とする法律案等が存在し、また、カルテルが秩序違反行為である点につき、同法の施行直後から厳しい批判が展開され、その後カルテルを犯罪行為とする具体的な提案が公表されたことがあるからである[3]。但し、このいわゆる「カルテル法の犯罪化（Kriminalisierung des Kartellrechts）[4]」論は、もちろん実現されず、一時、「死傷者名簿（Verlustliste）にある[5]」とさえ評された。

これに対して、「カルテル法の犯罪化」論が衰退した後、カルテルの一種である入札談合のみ、腐敗の撲滅に関する法律（Gesetz zur Bekämpfung der Korruption. 以下、腐敗撲滅法と略称する[6]）が公布・施行されたことにより、入札における競争制限的合意の罪（Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen）（刑法二九八条。以下、入札談合罪と略称する[7]）として犯罪行為へ格上げされた。しかし、これは、直ちには同論を再燃させず、むしろそれを「完全にとまで言わないまでも、十分に黙らせた[8]。」とさえ評されたのである。

もっとも、現在でも、カルテルが秩序違反行為であるのは当然であると理解されているわけではない。なぜなら、近年、「カルテル法の犯罪化」論は再燃しているからである[9]。しかし、それが実現する可能性は低いと予測せざるを得ない。なぜなら、連邦政府がそれに消極的だからである[10]。かような状況にあって、「租税法、環境法、資本市場法および健康保護法に罰則が規定された後、カルテル秩序違反行為は、法体系上、不名誉な孤立（unsplendid isolation）にある[11]。」と揶揄されている。もちろん、競争制限禁止法は、対外的にもそう評し得る。なぜなら、例えばイギリスで、カルテル罪（Cartel offence）[12]が、二〇〇二年企業法（Enterprise Act 2002）により創設された[13]ことに象徴されているように、カルテルを犯罪行為と評価するのは近年の欧州における潮流である[14]とさえ評し得るからである。

以上のドイツにおける過去と現在からすれば、なぜカルテルが、原則として秩序違反行為であり続けるのか、それとの関係で、なぜカルテルの一種である入札談合のみ犯罪行為となったのか、つまり前述の表現を借りれば、「不名誉な孤立」の基礎は何かが自ずと問題になるのである。

第二節　我が国の先行研究等の検討

もちろん、我が国でも、極めて限定されているとは言え、「不名誉な孤立」の基礎が何かという問題は論じられてきた。そこで、先行研究が提示あるいは示唆した見解が妥当なのかを検討する必要がある(15)。本節ではその点につき簡単に検討する。

第一款　法益論と区別基準論

まず、我が国の先行研究を検討する前に、そこで直接には言及されていないものの、二つのあり得る見解につき検討する。そのいずれも刑法の基礎理論に属するものである。

第一項　「競争」という法益？

その一つは、「不名誉な孤立」の基礎を法益論に求める見解である。例えば「競争」という法益がそれとして妥当で

ないから、ドイツではカルテルが秩序違反行為なのであるという見解である。これは、かつて我が国の独占禁止法におけるカルテルの刑事告発・訴追が極端に差し控えられてきた要因を法益のあり方に求める見解から示唆される。[16]

しかし、法益論は「不名誉な孤立」の基礎であり得ない。なぜなら、入札談合罪の法益は、それを創設した腐敗撲滅法の起草者はもちろん、[17]通説によっても、「競争」で（も）あると理解されているからである。[18]例えば、ティーデマン（Klaus Tiedemann）は現在の学説を次のように素描する。

「圧倒的通説によれば、〔刑法〕二九八条〔入札談合罪〕により、特に（第一次的に）経済生活における社会的な制度としての競争（Wettbewerb als Institution des Wirtschaftslebens）が保護されている。このことは、直接には、第二六章〔競争に対する犯罪行為〕および刑罰構成要件〔入札における競争制限的合意〕の表題から、間接にはまた、〔入札〕談合の違法性という構成要件要素が、全体として制度としての競争を保護している競争制限禁止法（……）を参照していることから、導かれる。[19]」

そして、かような理解を前提とすれば、後述の通り入札談合罪がなぜそれに限定されるのかという問題はあるものの、遅くとも同罪が創設された一九九七年以降では、むしろカルテルは犯罪行為ですらあり得ると評し得ることになる。事実、連邦カルテル庁は、同罪が創設される際に、他のカルテルとの均衡を問題視していたのである。[20]

第二項　質的基準と量的基準

もう一つは、「不名誉な孤立」の基礎を犯罪行為と秩序違反行為の区別基準（以下、区別基準論という）に求める見解である。これは、「カルテル法の犯罪化」論が象徴しているように、究極的にはカルテルが犯罪行為か秩序違反行為かが問題となっていることから示唆される[21]。

しかし、競争制限禁止法が公布・施行された当時、それに関係する法律に大きな影響力を有していたいわゆる質的基準の主唱者であるE・シュミット（Eberhard Schmidt）でさえも、同法を厳しく批判していたことは看過され得ない[22]。

「立法者が、カルテル法上疑問の余地なく犯罪的な事態を秩序違反行為として処理した時点で、立法者による非常に重大な過誤が存在したのです。かつて、我々が経済刑法を制定した時点では、かような展開は念頭にありませんでした。……秩序違反法の基本的な考え方は、無条件に正しいのです。もっとも、〔それは〕立法者が何らかの理由により、明らかに犯罪的であるような不法を秩序違反行為へと低く評価しないことが前提です[23]。」

また、「カルテル法の犯罪化」論の理論的な基礎であり、現在通説でもあるいわゆる量的基準によれば、カルテルは秩序違反行為であり得ないと主張されている。ダンネッカー（Gerhard Dannecker）＝ビールマン（Jörg Biermann）はその点を明確に指摘している。

「犯罪行為と秩序違反行為の区別に係る今日の基準〔量的基準〕によれば、その他〔入札談合以外〕の同様に重大なカルテル法違反行為を単なる秩序違反行為と格付けることが間違っており、全刑法体系上最早正当化され得ないことは、ほとんど疑われ得ない。このことは、刑法学説上広く認められている[24]。」

いずれにせよ、区別基準論も「不名誉な孤立」の基礎であり得ない。[25] もっとも、これは、犯罪行為と秩序違反行為という二つの体系のうち実体法の側面での意義を否定するものであって、手続法の側面での意義およびそれと実体法の側面の関係でのそれを否定するものではない。

第二款　起草者の見解

次に、競争制限禁止法の理由書における起草者の見解（を援用する見解）[26]である。起草者は、カルテルを犯罪行為でなく秩序違反行為に止めた理由を、それに対する当時の感覚に求めたのである。

「本〔法律〕案は、すべての違反行為を秩序違反行為としてのみ扱うことを提案する。ここでは、次の点を考慮したことが決定的だった：公衆および経済参加者の間で、競争を制限する契約および取引慣行が許されざるものであり、倫理的に非難されるべきものであるという生き生きした感覚は、今日まで広まっていなかった〔点である〕。……〔改行〕……〔現時点では、特に経済〕関係者の多くが本法の違反行為を商業上の不当な行態として、また、競争経済という特定の秩序原理に対する違反としてのみ理解しているだろうという点を前提としなければならない。[27]」

しかし、起草者の見解も「不名誉な孤立」の基礎であり得ない。なぜなら、「カルテル法の犯罪化」論者はもちろん[28]、それに消極的な論者でさえ、カルテルが非難すべき行為であることを認めていたからである。カルッテ（Wolfgang Kartte）＝ポルタティウス（Alexander von Portatius）は、起草者の見解を次のように批判したのである。[29]

「〔一九〕五〇年代の立法者をカルテル法の犯罪化につき禁欲的にさせた理由は、確かに今日、最早論拠としては限定的な価値しか有さない。……〔改行〕競争制限禁止法が公布されて一八年後には、競争経済は、企業および消費者の意識に確固とした地位を獲得するに至った。……公衆が、カルテル協定が非難すべきものであるという意識を欠いていたことは、今日、最早カルテル法における刑罰構成要件を創設することに反対する論拠としては、利用され得ない。[30]」

そして、前述の通り、「競争」という価値が現在、入札談合罪における法益であると理解されていることから、現在では、むしろカルテルは犯罪行為ですらあり得ると評し得るのである。

第三款　法人に対する制裁を巡って

更に、法人に対する制裁（過料と刑罰）を巡る見解が存在する。これは、法人に対する過料に関係する見解（第一項）とそれに対する刑罰に関係する見解（第二項）に大別される。

第一項　法人に対する過料の正当化？

一つは、「競争制限はまさにもっともしばしば法人その他の団体の活動として行われるので、法人処罰の必要上、秩序違反とされた[31]」という見解である。これは、言うまでもなく、ドイツでは法人に対する刑罰が否定されている点を前提としている[32]。また、これは、主としてR・シュミット（Rudolf Schmitt）の見解に依拠していると推測される[33]。

「〔競争制限禁止法の〕起草者による異常な振る舞い〔カルテルを犯罪行為でなく秩序違反行為に止めたこと〕は、結局、法人および権利能力を有さない人的団体（Personenverbänden）をも過料に処し得るという願望によってのみ、説明され得る。事実この点につき、カルテル法上、特別な必要性が存在するのである。〔なぜなら〕カルテルは、多くの場合、……法人という法形態〔によって遂行されるから〕である。」(34)

しかし、論者が自認している通り、これは、主張された当時すでに、「不名誉な孤立」の基礎であり得なかった。続けて、R・シュミットは次のように指摘したのである。

「しかし、言及した理由書は、新しい秩序違反法の施行後、最早説得的でない。なぜなら、〔同法〕二六条は、法人および人的団体（Personenvereinigungen）に対する過料〔を課すこと〕を〔自然人の〕秩序違反行為の効果としてだけでなく、〔その〕犯罪行為のそれとしても認めているからである。」(35)

もっとも、法人に対して過料を課し得ることそれ自体が「不名誉な孤立」の基礎と無関係というわけではない。このことは、入札談合罪を創設する際に、連邦カルテル庁がこの点を重視していたことに象徴されている。(36) しかし、重要なのはその意義であって、その点でこれだけでは十分でない。

第二項　法人に対する刑罰の正当性？

もう一つは、「競争制限はまさにもっともしばしば法人その他の団体の活動として行われるので、法人処罰の必要性があることを前提に、「独禁法の制裁に関する比較法的研究においては、ドイツ刑法は法人処罰を一般的に認めて……いないことに注意が必要である。[37]」という注意から示唆される。

確かに、カルテルの主たる行為主体が法人であることを考えれば、前述の通りドイツでは、それに対して刑罰を科す正当性が存在しない以上、たとえその必要性が存在したとしても、カルテルを犯罪行為とし得ないこととなり、それゆえ、法人に対して刑罰を科す正当性がないことは「不名誉な孤立」の基礎にあると考えられ得る。しかし、たとえそうだとしても[38]、そもそも実際上その必要性が競争制限禁止法上、存在するのかには疑問の余地がある。ハッセマー（Winfried Hassemer）＝ダールマイヤー（Jens Dallmeyer）は、同法上法人処罰の必要性がないことを指摘しているのである。

「秩序違反法三〇条の団体に対する過料（Verbandsgeldbuße）が、ここ〔競争制限禁止法八一条を含む「大規模」秩序違反行為（"große" Ordnungswidrigkeiten）〕では、刑事政策的には、企業に対する刑罰が存在しないことを代替しているかのようである。それゆえ、法人も処罰され得るのかという問題を巡る長年の激しい論争は、実際には、密かに処理されている：本質的には、いずれにせよ、ここでは〔法人は〕処罰されているのである。加えて、この領域では―従前通りの秩序違反法と比較して―異常に高額の過料（Bußen）が課されている……。[39]」

とは言え、この点のみが「不名誉な孤立」の基礎であるのかには、なお疑問の余地がある。なぜなら、競争制限禁止法上、法人と比較して自然人の当罰性は小さいものの、入札談合罪は、それを小さくないと評価し、また他のカルテルを犯罪行為とする基礎を提供していると評し得るからである。いずれにせよ、法人に対する刑罰の正当性または必要性

という点のみでは「不名誉な孤立」の基礎として十分でないと評し得る。

第三節　素材・視座・構成

以上、我が国の先行研究等を検討した結果、考えられ得るまたは提示もしくは示唆された見解は必ずしも妥当でなかった。そこで次に問題となるのは、「不名誉な孤立」の基礎を解明するために、本稿が如何なる素材を如何なる視座から分析するのかである。本節では、二つの素材と三つの視座につき述べることとする（第一款ないし第三款）。これにより、本稿の構成も明らかになる（第四款）。

第一款　「カルテル法の犯罪化」論―その頓挫の要因―

本稿の目的である「不名誉な孤立」の基礎は何かを解明する最も好個の素材は、「カルテル法の犯罪化」論、正確に言えば、それを巡る論争である。なぜなら、「不名誉な孤立」に疑問を呈した同論が頓挫したことが、「不名誉な孤立」を維持させるのに寄与したと評し得るからである。とすれば、同論に対して如何なる批判が存在したのかが重要となる。

そこで、本稿では、なぜ「カルテル法の犯罪化」論が頓挫したのかという視座から、それを巡る論争を分析する。これは、いわば正面から「不名誉な孤立」の基礎を解明することである。もちろん、同論に対する批判を正確に理解するためには、それが如何なる背景に如何なる根拠で主張されたのかを、正確に理解する必要がある。

第二款　入札談合罪―その限定の要因―

本稿の目的である「不名誉な孤立」の基礎は何かを解明する好個の素材は、入札談合罪およびそれへの道程、正確に言えば、それを巡る論争である。なぜなら、それは、「不名誉な孤立」を一部否定したものと評し得るからである。[40] とすれば、「不名誉な孤立」の中、同罪が如何にそれを否定したのか、言い換えれば、なぜカルテルの中で同罪のみ正当化されたのかが重要となる。

そこで、本稿では、なぜ入札談合罪が成立し得たのかという視座から、それを巡る論争を分析する。これは、前款における視座との対比で言えば、いわば裏から「不名誉な孤立」の基礎を解明するものである。もっとも、同罪およびその前身が、そもそも「カルテル法の犯罪化」論と関係し得るのかは、必ずしも自明ではない。そこで本款では、その点を敷衍する。

第一項　入札談合罪と「カルテル法の犯罪化」論

まず、入札談合罪が「カルテル法の犯罪化」論と如何なる関係にあるのかが問題となる。この点につき、腐敗撲滅法の起草者は、同罪と競争制限禁止法の関係を次のように述べていたのである。

「競争制限禁止法（GWB）一条、二五条、三八条一項一号および八号によりこの所為〔入札談合〕を秩序違反行為とする従前の評価は、そのような所為の犯罪的な不法内容に合致しないことから、これに係る新たな刑罰構成要件を導入

する必要性が存在するのである。[41]」

つまり、入札談合罪は、「競争制限禁止法三八条一項一号および八号における従前の秩序違反行為の一部[42]」を犯罪行為へ格上げしたものなのである。とすれば、これは、「カルテル法の犯罪化」論の基礎となり得、同罪は、「不名誉な孤立」との関係で言えば、その一部を否定したものと位置づけられ得るのである。

第二項　入札詐欺罪と「カルテル法の犯罪化」論

しかし、入札談合罪が「カルテル法の犯罪化」論に関係するとしても、その前身もそれと関係するとは限らない。以下、同罪の前身の一つを例に、それもやはり同論に関係し得ることを説明する。

一　第二次経済犯罪撲滅法案

連邦政府は、一九八二年、第二次経済犯罪の撲滅に関する法律案（Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG). 以下、第二次経済犯罪撲滅法案と略称する[43]）を連邦参議院へ上程したが、そこには、経済犯罪の撲滅―経済刑法の改革―に関する専門家委員会（Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform des Wirtschaftsstrafrechts -）（以下、経済犯罪撲滅専門家委員会と略称する）が創設を勧告した刑法X条[44]に相当する条項は、規定されていなかった。

しかし、連邦参議院が第二次経済犯罪撲滅法案に意見表明するために、法務委員会など三つの委員会にその審議を付託したところ、同委員会は、「それ〔不正な入札を処罰すること〕に相当する刑罰構成要件を創設することには、喫緊の必要性が存在する。」[45]として、同法案に規定されていなかった入札詐欺（Ausschreibungsbetrug）（刑法二六四条ａ。以下、入札詐欺罪という）を規定するよう、同院へ勧告したのである。[46]

刑法二六四条ａ①　商品又は給付に係る入札において、虚偽の入札（betrügerisches Angebot）をした者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する。

②　前項の虚偽とは、次のような入札である。

一　特定の入札を受け容れさせるために〔入札〕主催者に秘匿した談合に基づく入札

二　自己又は第三者に特別な財産上の利益を生じさせるための入札

以下、省略[47]

二　経済委員会による批判

法務委員会は、入札詐欺罪の創設を勧告する際、それを詐欺罪（刑法二六三条）の変種と位置づけ[48]、それが「カルテル法の犯罪化」論と関係を有さないことを強調した[49]。しかし、これに対して経済委員会は、それとは真逆に、同罪が同論と関係を有するとして、その創設に反対したのである。

「入札談合（Submissionsabsprache）を処罰することは、一般のカルテル禁止で捕捉されるが、他のカルテルの形態（例えば、価格カルテル、領域カルテルおよび割当カルテル）に対して特別な非難性および危険性が存在するようには見受けられない競争制限的合意を刑事制裁に処することを意味するだろう。それに止まらず、そのような〔カルテルの〕一部を犯罪化することにより、競争制限禁止法を一般的に犯罪化するための第一歩が踏み出されることになるだろう。」(50)

つまり、入札詐欺罪は、確かに詐欺罪と関係を有するが、しかし「カルテル法の犯罪化」論とも関係を有するということになり、入札談合罪の前身も本稿での素材とし得るのである。

したがって、本稿では、入札談合罪およびそれへの道程を素材に、同罪を「カルテル法の犯罪化」論に位置づけた上で、なぜ入札談合のみなのかという視座から「不名誉な孤立」の基礎をいわば裏から解明することにする。

第三款　秩序違反手続法―その競争制限禁止法における意義―

ところで、以上の「カルテル法の犯罪化」論を巡る論争および入札談合罪を巡るそれは、当然のことながら、或る行為を犯罪行為とすべきかを巡るそれであり、その意味で実体法のそれである。しかし、或る行為が犯罪行為であれば、それは刑事訴訟法が規律するのに対して、或る行為が秩序違反行為であれば、それは原則として秩序違反法（以下、便宜的に、秩序違反手続法と、これに対して秩序違反実体法ということがある）が規律することを考えれば、実体法と手続法は密接に関係している。とすれば、同論に消極的であったグッツラー（Helmut Gutzler）が次のように述べたことは看過され得ない。

「私は、幾つかのまたは全てのカルテル秩序違反行為を刑罰構成要件へ転換することが法政策上有意義であるのかという問題点につき、最終的に態度決定するつもりはないが、にもかかわらず、考慮されるべき幾つかの観点につき述べたい。なぜなら、秩序違反行為と分類するのかあるいは犯罪行為と分類するのかは、連邦カルテル庁の位置づけおよび活動にも影響を及ぼし得るからである。[51]」

また、入札談合罪を巡る論争上、手続法が重要であったことは、例えば連邦カルテル庁が、同庁における入札談合に係る捜査権限および過料賦課権限の喪失を懸念していたことにも象徴されている。[52]

もっとも、例えば、秩序違反手続法と刑事訴訟法を単純に比較するのでは、十分でない。例えば、事件の処理方法で言えば、前者では便宜主義（Opportunitätsprinzip）[53]が、後者では法定主義（Legalitätsprinzip）[54]が妥当するところ[55]、「カルテル法の犯罪化」論が実現されれば、前者から後者へ移行することとなるものの、もちろん、これは同論に固有の問題ではない。しかし、グッツラーが、「まさに競争法の領域では、異なる事情および変転する実情に鑑みて、それ〔便宜主義〕は不可欠な柔軟性にとり必要な道具である。[56]」と指摘した点に象徴されているように、重要なのは、競争制限禁止法における秩序違反手続法の意義である。そこで本稿では、上記二つの素材およびそれに固有の視座に加えて、かような視座からも、「不名誉な孤立」の基礎が何かを解明する。

第四款　構成

以上の素材および視座からすれば、「不名誉な孤立」の基礎を解明するに当たり、競争制限禁止法における秩序違反

法の意義も意識しつつ、具体的には二つの問題を解明することになる。その一つは、なぜ「カルテル法の犯罪化」論が頓挫したのか（第二部）、もう一つは、（特に）その後論争になった入札談合罪はなぜそれのみを犯罪行為としたのか（第三部）である。これは、年代でいえば、おおよそ前者が一九七〇年代、後者が一九八〇年代ないし一九九〇年代に相当する。しかし、本稿は、以上の二点の前に、主として一九六〇年代の議論を扱う（第一部）。これは、第二部および第三部での議論の基礎を提供することになる。

いずれにせよ、本稿は、三部構成ということになるが、次の三点につき限定する。まず本稿は、その表題の通り、「制裁体系」を主題とするものの、民事制裁または（過料以外の）行政制裁には原則として言及しない。なぜなら、本稿の問題意識は、ドイツにおいてカルテルがなぜ犯罪行為でないのかという点にあるからであり、それに密接な関係を有するのは秩序違反行為だからである。次に本稿は、入札談合罪が創設されて以降の議論、言い換えれば二〇〇〇年代以降のそれを独立の章では検討しない。なぜなら、「不名誉な孤立」の基礎は、基本的には、同罪により完成したと評し得るからである。最後に本稿は、参照する資料を原則として平成二二（二〇一〇）年以前に公表されたものに限定する。これは便宜的な理由である。

（1）本稿では、主としていわゆるハードコア・カルテル（Hardcore-Kartelle）を想定する。その概念につき、vgl. Bernd A. Federmann, Kriminalstrafen im Kartellrecht Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Frage der Kriminalisierung von Hardcore-Kartellen, Baden-Baden 2006, S. 26f.

（2）Vgl. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (BGBl. I, S. 1081). もちろん、その後大小幾度も改正されている。ここで、我が国とドイツのカルテルに対する現在の諸制裁のうち、本稿に関係するそれに言及しておく。我

が国では、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下、独占禁止法と略称する）上、不当な取引制限（二条六項）が禁止され（三条）、五年以下の懲役および法人には五億円以下の（九五条一項）、自然人には五〇〇万円以下の罰金（八九条一項一号）、つまり刑罰が科され得る。なお、刑法上、競売等の妨害には二年以下の懲役および二五〇万円以下の罰金が科され得る（九六条の三）。これに対して、ドイツでは、競争制限禁止法上、カルテルは禁止される（一条）ものの、我が国とは異なり、一〇〇万ユーロ以下の過料が、また、事業者（Unternehmen）等には、それを超過して、判決前営業年度における全収益の一〇％以下の過料が課され得る（八一条二項一号、四項。概要につき、vgl. Bundeskartellamt, Das Bundeskartellamt in Bonn Organisation, Aufgaben und Tätigkeit (Juli 2010), S. 19, 21, 43f.）。但し、刑法上、入札手続における談合には、我が国と同様、五年以下の自由刑および罰金、つまり刑罰が科され得る（二九八条）。

（3）例えば、林幹人『現代の経済犯罪―その法的規制の研究』（弘文堂、平成元年）一六頁以下、三二頁参照。

（4）その後散見される「カルテル法の犯罪化」という表現は、それに消極的であった *Wolfgang Kartte/Alexander von Portatius*, Kriminalisierung des Kartellrechts?, BB 1975, 1169の表題に由来すると推測される。なお、「カルテル法の犯罪化」論は、競争制限禁止法上の違反行為のうち、ある種のカルテルを含む一定の重大なそれを秩序違反行為から犯罪行為へ格上げすることを主張するものである。しかし、本稿では原則としてカルテルのみを取り上げる。

（5）*Ulrich Weber*, Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), NStZ 1996, 481.

（6）Vgl. Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997 (BGBl. I , S. 2038).

（7）腐敗撲滅法の制定過程における入札談合罪およびそれに関連する事項を詳細に紹介した先行研究として、只木誠「ドイツにおける『汚職対策（政治腐敗防止）法』について（一）（二）（三・完）」獨協四六号（平成一〇年）二八七頁、四七号（同年）四四九頁、四九号（平成一一年）一七七頁のうち関係頁がある。同罪に係る先行研究として、神山敏雄『独禁法犯罪の研究』（成文堂、平成一四年）三〇三頁、小林敬和「ドイツ刑法二九八条（入札談合罪）新規定の問題点」高岡一一巻二号（平成一二年）一七頁がある。

（8）*Hans Achenbach*, in: Achenbach/Andreas Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2008, Ⅲ5 Rn. 1.

（9）近時ドイツで「カルテル法の犯罪化」論が再燃した背景につき、vgl. *Florian Wagner-von Papp*, Kriminalisierung von

Kartellen, WuW 2010, 269.

（10）Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Sabine Zimmermann, Dr. Barbara Höll, Ulla Lötzer, Dr. Herbert Schui und der Fraktion DIE LINKE. – Drucksache 16/8560 –, BTDrucks. 16/8681, S. 2f. これは、Kleine Anfrage der Abgeordneten Sabine Zimmermann, Dr. Barbara Höll, Ulla Lötzer, Dr. Herbert Schui und der Fraktion DIE LINKE., BTDrucks. 16/8560に対する回答である（vgl. insbes. ebd., S. 2）。

（11）*Franz Jürgen Säcker*, Kronzeugenregelung – weiter so "pragmatisch" wie bisher?, WuW 2009, 3.

（12）See Enterprise Act 2002 ss. 188–190. 当初、カルテル罪で最低でも年六ないし一〇件が起訴されると期待されていた（see Anthony Hammond/Roy Penrose, *Proposed Criminalisation of Cartels in the UK* (November 2001) para. 3.6.）。しかし、現状は所期に反していると評されるを得ない。なぜなら、起訴件数は、まず重大詐欺庁（Serious Fraud Office）で〇件、また公正取引庁（Office of Fair Trading）で二件だからである。その一つはいわゆるマリン・ホース（Marine Hose）事件（*R. v. Whittle, Allison and Brammar* [2008] EWCA Crim 2560）であり、もう一つはいわゆる航空旅客機燃料追加料金（Airline passenger fuel surcharge）事件（see *R. v. George, Burns, Burnett and Crawley* [2010] EWCA Crim 1148, para. 20.）である（両事件につき、井上朗「英国競争法におけるカルテルに対する刑事執行（上）」公取七〇九号（平成二一年）三八頁以下、四四頁参照）。もっとも、同庁が、前者で起訴に至った経緯（see OFT Press Release 177/07.）および後者で起訴を取り下げるに至った経緯（see OFT Press Release 47/10.）は特異である。いずれにせよ、所期に反した状況をもたらしている要因は何かが問題となる。

（13）イギリスのカルテル罪を詳細に紹介した先行研究として、例えば、今井猛嘉「競争法違反に対する制裁―イギリスの状況―」志林一〇五巻四号（平成二〇年）八五頁以下がある。

（14）パップ（Florian Wagner-von Papp）は、近時ドイツで「カルテル法の犯罪化」論が再燃した背景の一つとして、イギリスの他、例えばアイルランド、ギリシアなどを挙げて、欧州におけるカルテルの犯罪化傾向を指摘する（vgl. *Papp*, WuW 2010, 269. なお、二回目以降の引用表記はかようにする）。

（15）以下で取り上げる見解の他に、「歴史的な経路依存性」を示唆する見解がある（川濱昇「平成一七年独占禁止法改正の意義と展望」公取六五七号（平成一七年）三二頁以下参照）。

（16）林『現代の経済犯罪』三三頁参照（なお、二回目以降の引用表記はかようにする）。

（17）Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, BRDrucks. 553/96, S. 29.

（18）なお、入札談合罪は、当初罰金に処されていたが、その後自由刑（但し、執行猶予付きである）にも処されるようになり、着実に執行されている（一九九八年ないし二〇〇七年における同罪の執行および適用状況につき、vgl. *Florian Wagner-von Papp*, Kartellstrafrecht in den USA, dem Vereinigten Königreich und Deutschland, WuW 2009, 1243, 1244 (Tabelle 2)）。

（19）*Klaus Tiedemann*, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissig-van Saar/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar - StGB, Bd. 10, 12. Aufl., Berlin 2008, §298 Rn. 6.

（20）Vgl. Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1995/1996 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BTDrucks. 13/7900, S. 33.

（21）但し、神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（二）―ドイツの法制度・学説・判例を中心に―」刑法二六巻二号（昭和五九年）二八五頁、「同（三・完）」刑法二七巻一号（昭和六一年）四一頁、四五頁参照。

（22）例えば、吉田尚正「ドイツ法における秩序犯と刑事犯（二）―その区分と法的効果」警研六一巻一号（平成二年）三四頁等参照。

（23）*Eberhard Schmidt*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 8. Bd., Bonn 1959, S. 80.

（24）*Gerhard Dannecker/Jörg Biermann*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl., München 2007, Vor §81 Rn. 17.

（25）Vgl. *Jürgen Baumann/Gunther Arzt*, Kartellrecht und allgemeines Strafrecht Mögliche Beiträge des allgemeinen Strafrechts zur Bekämpfung der Ausnutzung marktbeherrschender Positionen, ZHR 134 (1970), 28f.

（26）平野龍一『刑法の機能的考察』（有斐閣、昭和五九年）一四七頁参照。

（27）Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BTDrucks. 2/1158, S. 27f (Anl. 1).

（28）例えば、ランペ（Ernst-Joachim Lampe）らは、「経済に対する犯罪行為」に係るいわゆる代案（Alternativ-Entwurf）で、「一定の競争違反行為をかように厳しく位置づけることは、今日我々の市場経済的社会秩序における競争という価値につき公の意識が強まったことに鑑みて、正当化される」（*Lampe* u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer

Teil Straftaten gegen die Wirtschaft, Tübingen 1977, S. 21.）としている。

（29）Vgl. *Florian Wagner-von Papp*, Privatrechtliche oder strafrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, in: Wernhard Möschel/Florian Bien (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?, Baden-Baden 2010, S. 294.

（30）*Kartte/Portatius*, BB 1975, 1169.

（31）平野『刑法の機能的考察』一四七頁。

（32）ドイツ刑法学における法人に対する刑罰を巡る議論の過去と現在につき、vgl. *Christian Laue*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden, Jura 2010, 339f, 344ff.

（33）平野『刑法の機能的考察』一四六頁注（一）参照。

（34）*Rudolf Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht dargestellt für den Bereich der Wirtschaft, Köln u.a. 1970, S. 124.

（35）*Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht dargestellt für den Bereich der Wirtschaft, S. 124f（秩序違反法二六条につき、vgl. ebd., S. 27ff. なお、二回目以降の引用表記はかようにする）. 平野『刑法の機能的考察』一四七頁参照。R・シュミットの見解を補足すれば、当初、競争制限禁止法（注（2）参照）四一条が法人に対して過料を課す規定だったが、自然人による同法上の特定の秩序違反行為に限定していた。しかし、秩序違反に関する法律（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) vom 24. Mai 1968 (BGBl. I, S. 481). 以下、一般的に秩序違反法と略称し、必要に応じて年を付す）二六条が、自然人による犯罪行為にも拡張すると共に、秩序違反法に関する施行法（Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (EGOWiG) vom 24. Mai 1968 (BGBl. I, S. 503). 以下、秩序違反法施行法と略称する）六二条三号が競争制限禁止法上の上記規定を削除したのである。

（36）Vgl. BTDrucks. 13/7900, S. 34（なお、二回目以降の引用表記はかようにする）.

（37）佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、平成二一年）一三〇頁注三一）。同書二七九頁注四七）も同旨。

（38）但し、ラウエ（Christian Laue）は、「ドイツの立法者は、現在のところ、従前の法状況を徹底的に変更する諸々の努力をしないようである。」（*Laue*, Jura 2010, 346.）と評する。

（39）*Winfried Hassemer/Jens Dallmeyer*, Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbußen und das Grundgesetz, Baden-Baden 2010, S. 34.

（40）フォルマー（Christof Vollmer）は、入札談合罪が「近時の欧州におけるカルテルを撲滅しようとする潮流に沿った最初の立法の（ほとんど認知されていない）一つだった」（Vollmer, "Experience with Criminal Law Sanctions for Competition Law Infringements in Germany" in Katalin J. Cseres et al. (ed.), *Criminalization of Competition Law Enforcement : Economic and Legal Implications for the EU Member States* (Cheltenham, Edward Elgar, 2006) 257.）と評している。

（41）Vgl. BRDrucks. 553/96, S. 17.

（42）Vgl. BRDrucks. 553/96, S. 29.

（43）Vgl. Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), BRDrucks. 219/82.

（44）刑法X条① 人に、経済的な利益の申し出（Anbieten）、約束又は供与（Gewähren）、重大な害悪を加える旨の脅迫又は欺罔により、納品又は給付の委託の許可（Vergabe von Aufträge zu Lieferungen oder Leistungen）に係る公の手続に競争者として参加させず又は不正な条件を遵守させて参加させた者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する。

以下省略（vgl. *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg), Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität Schlußbericht der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform des Wirtschaftsstrafrechts - über die Beratungsergebnisse, Bonn 1980, S. 142.）。

（45）Empfehlungen der Ausschüsse zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), BRDrucks. 219/1/82, S. 4.

（46）連邦参議院は、法務委員会が入札詐欺罪の創設を勧告したにもかかわらず、その意見表明で、それに言及しなかった（vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), BRDrucks. 219/82 (Beschluß).）。

（47）Vgl. BRDrucks. 219/1/82, S. 3.

（48）確かに、法務委員会は、入札詐欺罪の法益が何かを明確に説明していない。しかし、同罪が詐欺罪の変種であることは、その位置、その罪名および同委員会が挙げるその創設を勧告するに至った背景から容易に推測される（vgl. BRDrucks. 219/1/82, S. 5.）。

（49）Vgl. BRDrucks. 219/1/82, S. 9.

（50）BRDrucks. 219/1/82, S. 10.

（51）*Helmut Gutzler*, Die Ermittlungstätigkeit des Bundeskartellamtes, in: Herbert Schäfer (Hrsg.), Grundlagen der Kriminalistik, Bd. 13/1 Wirtschaftskriminalität Weiße-Kragen-Kriminalität, Hamburg 1974, S. 535.

（52）Vgl. BTDrucks. 13/7900, S. 33. なお、入札談合罪に係る先行研究（注（7）参照）は、同罪を巡る論争における手続法の重要性を過小評価している。

（53）Vgl. § 47 OWiG.

（54）Vgl. § 152II StPO.

（55）もっとも、便宜主義と法定主義を対比させることには、問題があり得る。なぜなら、かつてバウマン（Jürgen Baumann）が、後者に葬送歌（Grabgesang）を贈ったからである（vgl. *Baumann*, Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP 1972, 274f.）。しかし、にもかかわらず、なお後者が原則であり続けている点が重要である（フロイド・フィーニー＝ヨアヒム・ヘルマン（田口守一監訳）『二つの事件二つの制度―アメリカとドイツの刑事手続―』（成文堂、平成一二年）二三四頁〔ヘルマン（同訳）〕参照）。「西ドイツに関する限り、『魂』の内実は、強烈な『法定主義』」（松尾浩也「起訴法定主義の動向―西ドイツ刑事訴訟法に関する一つの Bericht ―」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集　第四巻』（有斐閣、昭和六〇年）二一六頁）にあるのである。

（56）*Gutzler*, in : Schäfer (Hrsg.), Grundlagen der Kriminalistik, Bd. 13/1, S. 536（なお、二回目以降の引用表記はかようにする）.

※本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（「ドイツにおける競争の保護と制裁―競争制限行為の犯罪化を巡る論議を素材として―」）（平成二二年三月二五日授与）を加除および修正したものである。

※校正中、*Meinrad Dreher*, Wider die Kriminalisierung des Kartellrechts, WuW 2011, 232に接したが、その検討は他日を期したい。

〔未完〕

論　説

自白排除法則の研究（六）

関口和徳

目　次

序章　問題の所在
第一節　日本の刑事手続における自白の地位
第二節　自白排除法則に関する議論の問題点と最近の動向

第三節　アメリカ法の示唆――ミランダ判決
第四節　本研究の課題
一　研究の対象――自白排除法則の整序
二　研究の視角と本稿の構成
第一章　アメリカの自白排除法則
第一節　不任意自白の排除法則――自白法則
一　自白法則の成立とアメリカ法への継受
二　適正手続＝任意性説（due process voluntariness test）
三　任意性の判断基準――事情の総合説（totality of circumstances test）
第二節　違法収集自白の排除法則
一　マクナブ＝マロリー・ルールと第四修正の自白への適用
二　マサイア判決（一九六四年）
三　エスコビード判決（一九六四年）
四　マサイア判決およびエスコビード判決の意義と課題
第二章　ミランダ・ルールとその課題
第一節　自白法則の新展開――ミランダ判決（一九六六年）とミランダ・ルール（Miranda Rule）
一　ミランダ事件
二　ミランダ判決
三　ミランダ判決の意義
第二節　ミランダ判決以降の判例の展開――ミランダ・ルールの弱体化と強化
一　ミランダ・ルールの弱体化
二　ミランダ・ルールの強化
第三節　ミランダ・ルールの憲法上の地位――ディカーソン判決（二〇〇〇年）

（以上、五九巻二号）

（以上、五九巻三号）

（以上、五九巻五号）

一　合衆国法典一八編三五〇一条とミランダ・ルール「予防法則」論
二　ディカーソン事件
三　ディカーソン判決
四　ディカーソン判決の意義
五　ディカーソン判決後の判例の展開
第四節　ミランダ・ルールの課題
一　はじめに
二　ミランダ判決以降の被疑者取調べの諸問題
（A）ミランダ判決は実務に影響を与えたか？
（B）密室での権利告知手続
（C）ミランダ・ルールに反する取調べ
（D）虚偽自白
（E）ミランダ・ルールの課題
三　学説における提言
（A）弁護人との相談を経ていない自白の全面的排除
（B）弁護人の自動的な選任
（C）弁護人の立会いのない中で得られた自白の全面的排除
（D）身体拘束中の自白の全面的排除
第五節　小括
第三章　日本の自白排除法則
第一節　学説にみる自白排除法則
一　はじめに
二　虚偽排除説

（以上、六〇巻一号）

三　人権擁護説
四　任意性説
（A）任意性Ⅰ説
（B）任意性Ⅱ説
（C）任意性Ⅲ説
五　違法排除説
（A）田宮説
（B）鈴木説
（C）松尾説
六　折衷説
七　総合説
八　まとめ
第二節　判例にみる自白排除法則
一　はじめに
二　強制・拷問・脅迫
（A）暴行を伴う取調べ
（B）脅迫を伴う取調べ
三　精神的圧迫
（A）手錠をかけたままの取調べ
（B）追及的取調べ
（C）深夜・徹夜ないし長時間にわたる取調べ
（D）宿泊を伴う取調べ

（以上、六〇巻六号）

（以上、本号）

第四章　自白排除法則の整序
終　章　結語

（第三章・未完）

第三章　日本の自白排除法則

第二節　判例にみる自白排除法則

一　はじめに

前節でみたように、自白の証拠能力の判断方法に関する学説は実に多様である。[1] このように多様な議論が重ねられてきたのは、自白の証拠能力の問題が最も重要な憲法問題の一つであるとともに刑事手続の基本構造とも密接に関連する問題であり、[2] さらには自白と取調べを重視する日本の刑事手続[3]の「根幹」とも密接に関連する問題でもあるからである。ところで、自白の証拠能力の問題は、どのような枠組みにより判断すべきなのかという理論的な問題であると同時に、どのような自白を許容しどのような自白を排除すべきなのかという実務的・実践的側面の強い問題でもあり、判例の果たす役割はきわめて大きい。[4] そこで、従前の判例が自白の証拠能力をどのように判断してきたのか、判例により形成されてきた自白排除法則とはどのようなものなのか（そもそも、判例によって形成された統一的な自白排除法則は存在するのか）が問題となるが、この点についての統一的な評価は存在しないといってよい。[5]

このことは、判例の立場の判別が至難であることを示唆している[6]。たとえば、任意性説は、自白が虚偽のおそれのある場合（虚偽排除）もしくは供述の自由が侵害された場合（人権擁護）に任意性を否定するものである。それゆえ、虚偽のおそれがあるとして自白が排除された場合であっても、そのことから直截に当該判例が虚偽排除説にたっているとは断じ難い。同様に、供述の自由が侵害されたことを根拠に自白が排除されたとしても、そのことから直截に当該判例が人権擁護説にたっているとも断じ難い[7]。また、虚偽排除や人権擁護に重点を置いて自白の証拠能力を判断しているからといって、そのことから直ちに当該判例が違法排除説を排斥したものとも断じ難い。違法排除説によって自白の証拠能力が否定されるためには自白収集過程に違法が存在したことが認められなければならないが、そのような違法の存在が認定されていない事案においてはそもそも違法排除説の前提を欠いているからである。このような点に加え、判例は個々の事案に対応したものであるから、その判断は当該事案の性質や当事者の主張の影響を受けざるをえないことが判例の立場の判別の困難性を増幅させている。たとえば弁護人が、「虚偽のおそれがあるので任意性を否定すべき」と争った場合、裁判所としては当該自白の虚偽のおそれの有無の判断に重点を置くことになるのではなかろうか[8]。

そこで、判例の立場を理解するには、以上のような困難性を自覚しつつ、できる限り多くの判例に当たり、その依拠する立場を突き詰めて検討することが必要なのではなかろうか。本節では、このような問題認識にたち自白の証拠能力について判断を示した従前の判例の検討を行う。それにより判例における自白排除法則の問題点と課題が浮き彫りとなるであろう。

二　強制・拷問・脅迫

強制・拷問・脅迫による自白は、憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項がともに明文でその証拠能力を否定している。強制・拷問・脅迫について、学説上厳密にする実益は乏しいとの指摘がある(9)。判例上もこれらについて厳密に区別しているわけではない(10)。要は暴行等の物理的圧迫や脅迫という心理的圧迫による自白の証拠能力が否定されるのである(11)。虚偽排除説や人権擁護説にたてば、強制等と自白との因果関係が要求され、虚偽のおそれや供述の自由の侵害が認められない限り自白の証拠能力が肯定される(12)。すなわち、強制・拷問・脅迫を不任意の例示と解するのである(13)。これに対し、違法排除説は、強制・拷問・脅迫を違法手続の例示と解する(14)。それゆえ、強制等の事実が認められればそれと自白との因果関係を問わずに自白の証拠能力は否定されることになるのである(15)。以下では、強制・拷問・脅迫にあたる取調べのうち、暴行を伴う取調べ（(A)）と、脅迫を伴う取調べ（(B)）を取り上げそれぞれ判例を検討する。

（A）暴行を伴う取調べ

【1】最大判昭二六（一九五一）・八・一刑集五巻九号一六八四頁（島戸事件）

取調べ担当警察官が、手錠をかけたまま取り調べたこと、暴行を加えたこと、深夜まで取調べたこと等を証人尋問において供述しているところ、「記録を精査しても右各供述の真実性を疑うに足りるような資料は存在しない」とした上で次のように判示した。

「特段の事情の斟酌すべきものもなく、以上各証人の供述するようなことが真実行われたものとするならば、かかる状況の下になされた被告人の警察における供述は、強制、拷問によるものであることを思わせる十分の理由があるものといわなければならない。要するに原審が右のごときいろいろの証人の供述があるにかかわらず、これを排斥するに足る納得すべき事由もなく、たやすく被告人の警察における供述を証拠として本件犯罪事実を認定したことは

……経験則の違反若しくは審理不尽の違法」がある。

本判決[16]は、暴行等の事実が存在したとしても「斟酌すべき事情」があれば自白の任意性が肯定される余地を認める。本判決については、原審で虚偽自白のおそれを調べさせるために差戻したと評するもの[17]や、人権侵害行為と自白との因果関係を調べさせるために破棄差戻したと評するものがある[18]。いずれにせよ、本判決は暴行の事実をもって自白の任意性を否定するものではなく、任意性説にたつ判例と解される。

【2】最判昭二七（一九四七）・三・七刑集六巻三号三八七頁

「警察における被告人Ｉ等の自白は長時間に亘る肉体的苦痛を伴う訊問の結果なされたものであり、それは同被告人等の任意にもとづく供述とは到底認めることはできない。さればこそ、原判決もこの自白を証拠として採用しなかつたものであると認められる」。「しかるに、原判決は前記のように同被告人等に対する検事の訊問調書を証拠としている」。「しかし、……右検事の訊問は一両日に亘る警察における取調の翌日、その警察署から直接前記検察庁支部に連行されて行われ、その訊問の内容も司法警察官作成の意見書記載の犯罪事実を読み聞かせた上為されたものであることがわかる。しかも、その際護送の警察職員が附添つていて、自白を示唆したと被告人等が供述している……。されば、かような状況の下になされた検事に対する自白は特段の事情のない限り、同被告人等がその前日警察において長時間の肉体的苦痛を伴う訊問の結果した自白を反覆しているに過ぎないのではないかとの疑が極めて濃厚である。かかる疑を打ち消すべき特段の事情は本件記録上これを発見することはできない。若しそうとすれば、検事に対する右被告人の自白と警察における長時間の肉体的苦痛との間に因果関係がないとは言い切れない、すなわち、右検事に対する被告人の自白も多分に任意性を欠くの疑を包蔵する」。

本判決[19]は、警察官に対する自白の証拠能力を否定する部分からは違法排除説的な思考が窺えないではない。しかし、

検察官に対する自白については、「検事に対する右被告人の自白と警察における長時間の肉体的苦痛との間に因果関係がないとは言い切れない」としていることから、本判決は、暴行が加えられたとしてもそれと自白との間に因果関係がなければ自白の証拠能力を認める立場にたっていることが窺える。[20] 本判決は、任意性説にたつ判例と解される。

【3】東京高判昭三一（一九五六）・一・一四裁特報三巻一＝二号四頁

「本件の取調に当つた司法警察員Kは、被告人等を取り調べるに当り、被告人等に対し、鉄筆の頭部で額等をついたり、平手で顔を殴打する等の暴行を加えたことが認められ、また検察官が坂本警察署においてM［被告人］を取り調べた際には、右Kがその場に在席して自白を促し、東京地方検察庁において検察官が被告人等を取り調べた際には手錠をかけた儘取り調べたこともあることが認められるので、右取調の結果、本件被疑事実の性質内容、被告人の年齢、経歴、地位等を総合考察するときは、被告人等の司法警察員並びに検察官に対する自白はいずれも任意性に疑がある」。

本判決は、暴行等の事実のみならず、手錠を施したまま取調べが行われた事実も認められる事案である。暴行等の事実の存在から直ちに自白の証拠能力を否定せずに、被疑者の年齢・経歴等、諸事情を総合的に考慮の上で証拠能力を否定していることに鑑みると、本判決は任意性説にたつ典型的な判例と解される。もっとも、本判決については、Kの行為を強制・拷問にあたるとはみていないという理解もありうる。[21] このような理解を前提にすれば、本判決は必ずしも違法排除説を排斥したものではないということになる。

【4】最判昭三二（一九五七）・七・一九刑集一一巻七号一八八二頁（八丈島事件）

警察署での取調べにおいて、ふくらはぎを素足で蹴る、手拳で頬を殴る、拳固で頭を殴る、靴で頭を蹴るなどされたとする被告人の主張を容れ、次のように判示した。

「八丈島警察署においての被告人Bの自白は、暴力による肉体的苦痛を伴う取調べの結果されたものであり、同被告人の任意に基づくものとは到底認めることができないものというべく、さればこそ、……第一審判決及び原判決もこれを証拠として採用しなかつたものと認められる」。「しかるに、原判決は……同被告人に対する起訴前の強制処分による予審判事の訊問調書及び検事の聴取書を証拠としている。被告人が右予審判事及び検事の取調を受けたのは八丈島警察署ではなく、身柄が東京に移されてから後であり、かつ、警察の取調を受けおわつてから相当の日数を経過した後のことでもあり、同被告人もまた、原審公判において、検事からも予審判事からも直接強制を加えられなかつたと供述していることでもあるから、警察における自白に任意性を認め得ないからといつて、直ちに右予審判事及び検事に対してなした自白までも任意性を欠」くとはいえない。「しかしながら、被告人は強制処分としての適法な勾留がなされる直前まで、相当長期間に亘り令状によらない警察留置を受けていたばかりでなく、その間に前叙の如く自白を強要されていたものである以上は、たとえ、予審判事及び検事において被告人の取調にあたり細心の注意を払つたものとしても、被告人が予審判事による勾留訊問の際になした自白及びその直後に検事に対しなした自白が、その直前まで継続していた警察の不法留置とその間の自白の強要から何等の影響も受けずになされた任意の自白であると断定することは到底できないものというべく、その他、予審判事及び検事が取調をなした時期が終戦の翌年のことであつて、未だ刑訴応急措置法さえ制定されていなかつた昭和二一年九月当時のことであるという本件の特殊事情等をも併せ勘案するならば、その自白の任意性については、疑を懐かざるを得ない」（もっとも、本判決は、自白の証拠能力を否定せずに、自白の信用性の検討を行い、「被告人の司法警察官に対する自白の内容が、司法警察官の想定に副うように作為されていることが、容易に推認されるのである。かようにして、本件においては、強い予断のもとに、八丈島警察署における被告人の取調が行われ、かつ、前示の如き自白の聴取書が作成されたと推認される以上、

この警察における自白と殆んど同一内容の自白が予審判事及び検事に対してなされているのであるから、たとえ、その自白の任意性に疑がないものと仮定しても、なお、その信憑性において疑を存するものといわなければならない」としている。

本判決は、[22]警察官調書の証拠能力に関する判示部分については違法排除説に親和的とも解しうる。[23]また、「自白の任意性を疑わしめる類型的事情を認めることにより直ちにその証拠能力を否定」しており、「人権擁護に力強い一歩を進めたもの」と評するものもある。[24]しかし本判決は、警察官調書、予審判事・検事調書のそれぞれについてその任意性に疑問を指摘しながら信用性の検討に進んでいることに鑑みると、[25]虚偽排除説に親和的な判例と解するのが妥当なのではなかろうか。[26]

【5】仙台高判昭三一（一九五七）・一〇・一四判時一三〇号四頁

「被告人が本件につきK探偵長に対してした自白は同探偵長の暴行によつて得られた疑が濃厚であり、従つて又、右Kに対する自白の直後、同人から身柄を受取り、被告人を取調べたS刑事係長に対してした被告人の自白もまた、その直前に存した疑のある暴行による強要の自白から影響を受けたものと推認され、同人によつて作成された原判決引用の被告人の第一回供述調書の自白は任意性に疑がある」。「被告人の警察における取調の状況が右認定のとおりであり、右警察における取調の翌日O検事によつて弁解の聴取がなされ、又その翌々日U判事によつて勾留質問が行われた際、被告人がいずれもなした自白はそれらの直前に存したことの疑いの濃い警察における暴行による自白の強要から何等の影響をも受けなかつたものと断ずべき特段の事情も認められないので、それらの際作成された弁解録取調書及び陳述録取調書の自白も、また、その任意性を欠く疑いがないとはいい切れない」。

本判決は、暴行それ自体ではなく暴行の自白に及ぼした影響を問うていることに鑑みると、任意性説にたつものと解

される。

【6】東京高判昭三二（一九五七）・一二・二六高刑集一〇巻一二号八二六頁（二俣事件）

「強制、拷問又は脅迫による自白とは、これらの強制、拷問又は脅迫と自白との間に相当因果関係の存在を必要とする旨を示したものと解される」。「相当因果関係のある自白とは、右の強制、拷問又は脅迫等自白の任意性を失わせるような不法不当な圧力が現に加えられつつあるか、又は過去においてこれらの圧迫が加えられることにより、将来も再びそのような圧迫が繰り返されるおそれのある状況においてこれを原因として行われた自白を指称するものと解するのが相当である」。「なるほど、自白の任意性の根拠につき、学者のいわゆる虚偽排除説的立場を採る場合に、自白の任意性と真実性との間に関連のある場合の存することは、所論のとおりであるけれども、現行刑事訴訟法においては、自白の任意性の有無は、証拠能力の問題であり、その真実性の有無は、証明力の問題であつて、自白の証明力があるとするためには、その前提として、該自白が証拠能力を有することが必要であり、この証拠能力を有するがためには、右自白が任意性を有することを必要とするとの建前を採つているのであり、たとえ、客観的に真実に合致した自白であつても、その任意性が認められないか、若しくは、任意性に疑がある場合には、証拠能力を欠き、断罪の資料に供することができない筋合である」。

本判決は[27]、強制、拷問または脅迫による自白の意義、強制等と相当因果関係のある自白の意義、不任意自白の意義のそれぞれについて明確な判断を示している点で注目に値する。強制等と自白との間に因果関係がなければ自白の任意性は否定されないとするが、虚偽排除説については明確に否定している[28]。本判決は人権擁護説にたつ判例と解される。

【7】最判昭三三（一九五八）・六・一三刑集一二巻九号二〇〇九頁（小島事件）

被告人が、殴られた、蹴られた、鼻に指を入れられた、座ったまま引っ張られて足の皮が剥けた、などと主張した事

案につき、次のように判示した。

「警察における被告人の取調は、……被告人が第一審以来供述してやまない程過酷なものであつたかどうかは別としても、そこには可なり無理もあつたのではないかと考えざるを得ない。この意味で、被告人の警察における自白はその任意性に疑があると見るのが相当である」。

本判決[29]は、警察での取調べが「可なり無理もあつたのではないかと考えざるを得ない」として自白の証拠能力を否定していることから違法排除説に親和的な判例とも解しうるが、このような結論に至るまでの過程において、暴行等が加えられた痕跡等の客観的事実に加えて、「重要部分であり且つ記憶違いをする由もないと考えられる」点についての供述の変遷があることを指摘している（自白内容に踏み込んでいる）ことに鑑みると、虚偽排除説に重点を置く判例と解すべきであろう[30]。

【8】東京高判昭四三（一九六八）・三・三〇判時五一五号三〇頁（青梅事件）

「一月一九日警察（福生署）に呼ばれたとき、刑事が『一寸こい』と裏へ連れて行き、大勢の刑事が、事件の内容を言わず、『やったのではないか』とかなんだかんだひどくされ、気が弱いので泣き面した。『やったならやったと言え』と髪の毛を引張ったり、四時間ぐらい怒鳴られた。背中の方から押されたりもした。当時のことを言おうとしたが、あまりおどされて言えなかった。その後瑞穂へ連れて行かれ午后八時か九時ごろ手錠をかけられたまま房に入れられ一晩中眠れなかった」などとするIの一審証言によっても「当時の被疑者に対する警察の取扱が推察される」。「警察官に対する被告人らの自白は、任意進んでされたものではなく、少なくとも取調官の言動から心理的圧迫を感じ、そのため意に反して真実でないこともこれを容認して供述せざるを得ない立場に追いこまれた結果によるものと疑うべき十分の余地がある」。「検察官に対する自白については、もとより取調べる側から供述者に対し直接強制的圧力を

加えた事実は認められないけれども、同じ捜査の一環としての取調べであるし、供述者としては警察での取調べにすぐ引続いてのことであるため、前者から受けた心理的圧迫からなお抜けきれない状態下にあり、又警察官の取調べは検察官の取調後も継続され、しかも当時被告人らは代用監獄としての警察署の留置場に勾留されていたのである……から、事情は警察の場合とほとんど変らない」。

本判決は、暴行等が加えられたことそれ自体よりも、暴行等による「心理的圧迫」により「真実でないこと……を供述せざるを得ない立場に追い込まれた」ことを重視している。また、上記判示に続き、被告人の供述内容についても相当踏み込んだ検討を行い、「捜査段階におけるUらの自白は、その信用性に疑があるばかりでなく、その任意性にも疑がある」としていることに鑑みると、本判決は虚偽排除説に重点を置いた判例と解される。

【9】東京高判昭五三（一九七八）・一〇・三〇判時一〇三八号二一〇頁（大森勧銀事件）

「被告人の取調をめぐる状況には、自白の任意性に影響を及ぼすとみられる諸事情が認められる。また、任意性に関する被告人の［警察官から暴行脅迫を受けた、深夜まで取り調べられた、などとする―筆者注］弁解も、あながち排斥しがたいものがあり、この弁解に添うかと思われる事情も認められる。これらの諸点にかんがみると、……任意性を肯定するについては、なお疑いを払拭することができない」（もっとも、本判決は、証拠能力の判断を留保して信用性を詳細に検討した後にこれを否定し、「先に最終判断を留保した自白の任意性についても、こうした内容の自白であってみれば、おのずから否定的な結論にならざるを得ない」とした）。

本判決は[31]、警察官から暴行を受けたなどとの被告人の弁解が排斥できないことから直ちに自白の任意性に疑いがあるとしているが、証拠能力の判断を留保し信用性判断に進んでいることに鑑みると虚偽排除説に親和的な判例と解される。自白の信用性が否定されるから任意性も否定されるという判断方法は[32]、任意性と信用性とを混同しているとの批判を免

れることはできないであろう。(33)

【10】東京高判昭五八（一九八三）・六・二二判時一〇八五号三〇頁

「Y刑事らが、連日連夜長時間にわたり、片手錠をかけたままで取調べをしたこと、頭から犯人扱いして、否認も黙秘も受け付けず、真実のことは一つしかないと言って自白するよう追及したこと、時には机を叩いたり、大声を上げて取調べをし、時には自由な方の片手を握ったまま調べたり、数時間直立させたようなこともあること、『幹を作ればあとは警察の方で枝と葉をつけてやる。』などと言って自白を迫ったことは明らかであり、……否認―一部自白―否認―自白という供述経過及び……自白内容の変転を併せ考えると、自白の任意性に関するT被告人の前記供述は信用し得ると考えられ……、警察官に対する各自白調書に任意性を認めることは到底できない」。検察官調書についても、「T被告人の取調べに当り、検察官は、手錠を外させたほかには、警察での取調べの影響を遮断すべく配慮した形跡はない……から、右自白は警察の取調べの影響下になされたものと見るほかなく、任意性を認めることはできない」。

本判決は、(34)否認と自白を繰り返す供述の変遷や自白の内容の変転に着目して自白の証拠能力を否定しており、虚偽排除説に親和的な判例と解される。

【11】大阪地決昭五九（一九八四）・三・九刑月一六巻三＝四号三四四頁（大阪南港事件）

「被告人は、留置中の住吉警察署において、本件殺人被疑事件の捜査（ことに被告人の取調）を担当した警察官らから、大要被告人が述べるような暴行（拷問）、脅迫ないし利益誘導を受け、その影響下において右供述をした疑いが濃厚であって、右各書面は、その供述の任意性に疑いがあり、記述内容の真否にかかわらず証拠能力を認めることができない」。

本決定は、暴行（拷問）や脅迫等の事実をもって自白を排除せず、暴行（拷問）や脅迫等の「影響下において右供述をした疑いが濃厚であって、……任意性に疑いがあ［る］」などとして暴行等が被疑者の心理に及ぼした影響を問題にしている。もっとも、「記述内容の真否にかかわらず」としていることから、虚偽のおそれについては重視していないことが見て取れる。本決定は人権擁護説にたつ判例と解される。

【12】東京地判決五九（一九八四）・六・一九判タ五八九号八三頁（芸大ヴァイオリン汚職事件）

次のように述べて自白の証拠能力を肯定した。

「被告人UがK検事から取調を受けていたころ、弁護人らとの接見の際に、『K検事から（一）大声で怒鳴られた、（二）目の前にボールペンを近づけて振られたりした、（三）座つている椅子を蹴られた、椅子をバタンと倒された、（四）壁に向かつて長いこと立たされた』などと話していることが窺え」るが、「検察側において……右（一）ないし（四）の各事実の不存在を立証できない以上、本件において被告人Uの検察官に対する……供述の任意性を判断するにあたり、右各事実の存在を前提とするほかない」。「取調官が拘束中の被疑者に対し右のような行為に出ることは、その取調方法ないし態度として適切かつ妥当なものであつたとはいい難く、被疑者の心理に若干の不当な影響を与えるおそれもないではないが、右各行為自体が強制、拷問等にあたるものでないことは明らかであるし、その用いられた物理的力の強さ、頻度、また、K検事の通常の状況における取調態度ないし方法等に照らし、違法な手続により又はその過程で得られた自白を排除するという立場に立つてみても、右（一）ないし（四）掲記のような行為があつたことで検事の取調が全体的に違法なものとなるとは認められず、したがつてその過程で得られた自白がすべて排除されることになるなどとはとうていいうことができないのみならず、本件においては、後述するようにK検事に右のような行為があつたことと、被告人UがB検事の取調の際になした自白ないし不利益事実の承認との間には因果関係も認めら

れない」。B検事の「取調方法等は通常一般のものと異ならず、同検事が身体的な暴行を加えたり、具体的な脅迫文言を申し向けたりしたことなど一切認められず、また被告人UのB検事に対する供述にK検事による取調の影響があつたとも窺われないこと、しかもこのように取調を受けている間、被告人Uはかなりひんぱんに弁護人らと接見し、その助言を受ける機会が与えられていたことなどが認められる」。

本判決[35]は、暴行の事実以外のあらゆる事情を検討しており、任意性説にたつ典型的な判例といえる。もっとも、本判決は、本件暴行を違法とまでは断じていないことから[36]、違法排除説を排斥したものなのかについては分明ではない。

【13】大阪高判昭六〇（一九八五）・九・二四刑月一七巻九号七四七頁

警察官から暴行・脅迫を受けたとする「取調状況に関する被告人の供述は、信用性が高く、これをたやすく排斥することをえない」とした上で、次のように判示した。

「被告人の司法警察員に対する……各供述調書については、いずれもその作成過程において取調官による暴行及び脅迫が行なわれたのではないかとの疑いがあり、このことは、ひいては右各供述調書に記載されている被告人の自白ないし不利益事実の承認が任意になされたものでない疑いをもたらすものであつ[り]」、証拠能力は認められない。「また、被告人の検察官に対する……各供述調書も、被告人の供述に照らしてみるとき、右のような暴行及び脅迫による抑圧された心理状態の継続下に作成されたものである疑いがあり、同様に証拠能力を否定すべきものである。」

本判決は、暴行・脅迫が行われた事実に加え、それらが被疑者に及ぼした心理的影響を問題していることに鑑みると、任意性説にたつ判例と解される。

【14】大阪高判昭六一（一九八六）・一・三〇判時一一八九号一三四頁（貝塚ビニールハウス事件）

「被告人らの司法警察員による取調の際に暴行を受けた旨の各供述を虚偽であるとまでいえないとすると、被告人

らの司法警察員に対する各自白の任意性については疑いがあるといわなければならない。そして、被告人らが公判廷において供述するように、被告人らは、検察官による取調を受ける前に警察官から警察で述べたとおり供述するように言われたり、またその取調に警察官が同席し、取調後警察署に連れ帰られる際、その取調における供述を非難され、暴行まで受けている疑いがあることに照らすと、検察官が被告人らに対し直接暴行、脅迫を加えた事実がないにしても、被告人らの検察官に対する各自白が警察官による不当な影響が遮断された状況の下でなされたものとは認められず、その任意性についても疑いがあるといわざるをえない。また、その間になされたVを除く被告人らの勾留裁判官に対する各自白についても同様に考えざるをえない」（もっとも、本判決は、「なお慎重を期してさらに被告人らの各員面及び各検面における自白の信用性について検討を加えることとする」として自白の信用性の検討を行っている）。本判決は、暴行等を伴う不当な取調べの影響が遮断されていたか否かを問うていることから明らかなように、不当な取調べが行われたことそれ自体ではなく、不当な取調べが自白にどのような影響を与えたのかという点に重点を置いて自白の証拠能力の判断を行っている。本判決は、任意性説にたつ判例と解される。

【15】大阪地判昭六二（一九八七）・八・一四判時一二六七号一五九頁

被告人の公判廷における供述には矛盾点等があり全て直ちに信用できないが、「M巡査の暴行の点については、その回数、程度等につきいささか誇張があると考えられるものの、前記証人B、同Cの各供述や被告人の入歯の状況によって裏付けられており、概ね信用できる」。「しかして、被告人の検察官に対する昭和六一年九月四日付供述調書、司法警察員Nに対する同月一〇日付、同月一二日付各供述調書、検察官に対する同月一二日付供述調書、司法巡査Oに対する同月一六日付供述調書によると、右各調書はいずれも本件恐喝の事実につき否認していることが明らかであり、これらの事実を併せ考えると、M巡査の弁明にもかかわらず、冒頭記載の被告人のM巡査に対する本件恐喝の事

実に関する概括的な自白は、同巡査の暴行に基づくものであることの疑いが濃厚であって、任意性を欠くものと認めるのが相当である」。「被告人の司法警察員に対する昭和六一年九月一〇日付、同月一二日付（二通）各供述調書の任意性について」は、「右各調書は、いずれも被告人がM巡査の暴行を受けた後にされた供述であるが、被告人の当公判廷における供述によれば、被告人の取調べ官がM巡査からN部長に替ったのは、取調べ室にN部長がきてM巡査が退室した際、被告人がN部長に『体がもたんから替えてほしい』旨依頼して担当を替わってもらったものであり、かつ同人による取調べの際には暴行はなかった、というのであるから、右各調書の記載内容（恐喝の事実につき否認）に徴しても、右各調書の任意性を肯定するのが相当である」。

本判決は、M巡査に対する自白の証拠能力を判断するにあたり、被疑者がM巡査に対しては自白をする一方で他の捜査官に対しては否認を続けていたことを考慮している。ここから、本判決は、M巡査が被疑者に暴行を加えたことそれ自体ではなくM巡査の暴行により被疑者の供述の自由が侵害されたことを根拠にM巡査に対する自白の証拠能力を否定したものであることが窺える。司法警察員に対する自白についても、同様の観点からその証拠能力の有無を判断していることが窺える。本判決は、任意性説にたつ判例と解される。

【16】大阪地決昭六二（一九八七）・八・二六判タ六六四号二五八頁

「本件各供述調書のうち、司法警察員に対するものは、取調官から暴行等不当な取調べを受けた結果主張のような「愛人の存在を妻に知らせないこと等の」約束のもとに作成されたもの、検察官に対するものはその影響下に作成されたものである疑いを払拭することが出来ず、いずれもその任意性に疑いが残り証拠能力を認めることの出来ないものであったと言うほかない」。

本決定は、暴行等を伴う不当な取調べが自白に及ぼした影響を重視していることから、任意性説にたつ判例と解される。

【17】大阪高判昭六三（一九八八）三・一一判タ六七五号二四一頁

「D［警察官］は、私が弁解するたびに『嘘ぬかせ。』といつていたが、そのうちに、背もたれのない回転椅子に一五分から三〇分位、腰縄を机の足に巻いたまま正座させられたことも二、三回あつた」、「突然、机を私の方に当ててきて、それを私の方に引つくり返した。私は、腰ひもが椅子に結ばれていたので、避けることができず、Dが座つていた側の机の上端が私の前歯に当たり、前歯が折れた。私が抗議すると、横にいたC［警察官］に足払いをされ、倒れた瞬間に頭を打ち、靴のまま二、三回腹を蹴られ、また壁に頭をぶつけられたり、髪の毛を引張られたりもした」とする被告人の供述は排斥できず、警察官に対する自白は、「被告人の供述にあるような、警察官らの暴行・脅迫により得られた疑いが強く、その任意性に疑いがある」。「所論は、被告人両名の原審公判廷における各供述も、警察における不当な取調べの影響によるもので、任意性を欠くと主張する。しかし、記録によれば、被告人両名は、昭和六一年九月一二日に、前示各代用監獄から大阪拘置所へ移監され、また、同年一二月二日には、いずれも保釈により釈放されたこと、しかるに、被告人両名は、大阪拘置所への移監後も、また、保釈による釈放後も、弁護人の在廷する法廷で、一貫して各公訴事実を認める陳述及び供述をしていることが認められ、右各被告人らの供述等のうち、少くとも大阪拘置所への移監後のものは、警察における不当な取調べの影響を遮断された状況におけるものと認められ、他に、右各供述の任意性を疑わせる事情は存しない」。

本判決は、警察官らの暴行・脅迫が被告人の供述の自由にいかなる影響を与えたのかについて具体的に検討していないことに鑑みると、違法排除説に親和的な判例のようにもみえる。しかし、本判決は、公判廷における自白について、自白の任意性の観点に重点を置き、警察における取調べの影響が遮断されていることを根拠にその証拠能力を肯定している。ここから、本判決は、自白の証拠能力の判断にあたり不当な取調べと自白との間の因果関係の有無を重視してい

ることが窺える。本判決は任意性説にたつ判例と解される。

【18】函館地判平四（一九九二）・三・一三判タ八一八号一二九頁（上磯沖保険金殺人事件）

取調べにおいて、捜査官から、「けだもの」等の言辞を浴びせられた、吐けと何度も怒鳴られた、机を押し付け膝に当てられた、耳を引っ張られた、被害者の腐乱死体写真を見せられたなどと被告人が主張した事案につき、次のように述べ自白の証拠能力を肯定した。

H_5らの一連の言動は、「それが同人らの認める限度のものであったとしても、被疑者の態度がどのようなものであれ、取調べにあたる捜査官の態度として、冷静さを欠いた極めて不穏当なものであり、またE_1の死体写真を見せたことも、それが被疑者に反省、悔悟を迫る意図に出たものであったとしても、否認を続ける被疑者に対する取調べ方法としては、その必要性に乏しいばかりか、相当とはいい難いものである」が、「H_5らのこれらの言動が被告人の心理に与えた影響についてみると、被告人自身、公判供述……において、H_5の取調べで自白するつもりになったことはないとか、H_6とH_4の取調べで自白しようと思ったことは一切なく、八月八日に自供調書を取られたことについても、H_6とH_4の取調べは全く影響しておらず、E_1の死体写真を見せられたことと自白したことは別であるなどと明確に述べていること等に照らすと、H_5やH_6らの右各言動は、被告人の反発を買いこそすれ、総じて被告人に不任意の供述を強いるほどの態様のものではなく、かつ、現実にもそれにより被告人が不任意の供述を強いられたわけでもなかったというべきである」。

本判決は、捜査官の「相当とはいい難い」取調べ方法それ自体ではなく、そのような取調べ方法と自白との因果関係を重視していることに鑑みると、任意性説にたつ判例と解される。

【19】和歌山地決平六（一九九四）・二・二五判タ八七〇号二九一頁（高野山連続放火事件）

八月三日の警察での取調べにおいて放火を否認したところ、Sから、髪の毛を引っ張る、右肩を殴る、「殺したろか、この餓鬼は」と脅されるなどした。黙秘権を行使すると、「嘘つくための黙秘権じゃないんや。おまえは嘘つくために使っとんのや」等と言われて追及された。四日の警察での取調べにおいて、当日検察庁で自白をしなかったことを述べると、Sから、脇腹を蹴る、頭頂部を殴る等されたため自白をするに至った。その後Sと交代したTからも、「お前やっちゃんねやから、なんぼ言うてもあかん」、弁護士を信じたらえらい目に遭う、今言えば九九パーセント少年院で済む、等と言われた。以上のように被告人が主張した事案について、次のように述べ自白の証拠能力を否定した。

一件記録によれば八月三日および四日の「取調が、未だ少年であった被告人に対し、同人に対する三か月余りにわたる取調の中で、一〇月六日の取調に次いで最も夜遅くまで、かつ、連夜行われていることからすれば、この両日とも、警察官が、丙院の放火を否認あるいは黙秘している被告人を、何とか翻意させ、被告人から再び自白を得ようと懸命になっていたことはほぼ疑いないこと、……被告人は、検察官の取調に対しては、八月二日及び三日に丙院を否認し（同月四日は丙院の放火の取調はしていない）、八月三日及び四日の橋本署でのS及びTの取調に対しては、一転して丙院の放火を認め、……更には、その後和歌山少年鑑別所に移って、同鑑別所内でSやTに取調を受けた時には、再び丙院の放火を否認し、丸の内拘置支所を経て同年九月三日に再度橋本署に身柄を戻されるや、その日のうちに丙院の放火を自白するといった極めて特異な供述の変遷経過をたどっているところ、右の被告人の供述の変遷の理由、とりわけ橋本署における警察官の取調の時にだけ自白する理由は、警察官の橋本署における取調方法にあるとみる以外に合理的な理由が考えられないこと、一件記録によれば、被告人は鑑別所に収容されている間、将来再び橋本署に戻されるのか否かをしきりに気にしていたことが認められることからすれば、この八月三日及び四日の取調において、被告人が公判廷において供述するそのままの態様の取調方法ではないにせよ、それに近い方法により取調警察

官によって、その意に反する供述の強要がなされた疑いが高い」。

本決定は[37]、「その意に反する供述がなされた疑いが高い」という表現から人権擁護説を重視する姿勢が窺え、また、供述の変遷を問題視している点からは虚偽排除説の考慮も窺えることに鑑みると、任意性説にたつ判例と解される。

【20】大阪地決平一八・（二〇〇六）・二・三判例集未登載

「火をつけたん違うか」等と追及する一方、被疑者の手をその膝の上で握り締めたり、腕を肩に回して肩を組むようにしたり、被告人の両肩を叩いたり揺すったりするなどの身体的接触をしながら大声で叱るような口調で繰り返し自白を迫るなどした「A刑事の取調べ方法は、その後の捜査や裁判の方向性を歪めかねない悪しき『見込み捜査』との誹りを免れないばかりか、社会的に相当なものとして是認される限度をはるかに超えた身体的接触を伴う過度に強圧的で執拗な追及により自己の意図する『真実』に沿う自白を強要したものであって、違法であると断ぜざるを得ないし、また、それにより被告人が自由な意思に基づいて供述し又は供述しないことを非常に困難にしたという点では、被告人の黙秘権を実質的に著しく侵害するものである」。「関係証拠によれば、係争供述調書を録取・作成したE検事やC刑事らによる被告人の取調べ方法には、それ自体、特に違法・不当な点はなかった」が、「係争供述調書の任意性・信用性が最初の［A刑事の取調べにおける―筆者注］自供書等のそれに基本的に依拠していることはその供述調書の作成経過からも明らかである……。そして、E検事やC刑事が、A刑事の取調べ手法の問題性を認識し、その影響を遮断する措置を講じた上で、自ら被告人の取調べに臨んでいたのであればまだしも、本件では、両取調官は、それを知ることが全くないまま、何らの遮断措置も講ずることもなく、かえってA刑事の取調べを称えるような供述調書まで作成しているのであるから、最初の自供書等における任意性に関する瑕疵はその後の係争供述調書にもそのまま承継されるものと解するほかない。現に、被告人の公判供述を見ても、前述のとおり、取調官がA刑事からE検事やC

刑事に代わっても、自白を撤回するといつまたA刑事の取調べが再開されるかもしれないと恐怖し、本当のことは言えなかったというのであるから、この点からしても、係争供述調書については、最初の自供書等同様、その任意性に疑いがある」。

本決定は[38]、A刑事の取調べ方法が、虚偽排除説、人権擁護説、違法排除説いずれの立場からみても問題のあるものであったことを述べている。本決定は、被疑者に対して違法な有形力を行使することが自白の任意性に疑いを生ぜしめることを示唆するものである[39]。問題は、本決定が違法な取調べの違法が認定されれば直ちに自白の任意性を否定すべきであるとの趣旨をも含むものなのである。この点、本決定は、E検事やC刑事の取調べにおいてA刑事の違法な取調べの影響を遮断する措置が講じられていたか否かを問うている。ここにいう遮断措置とは、決定文をみる限り、被疑者の供述の自由を回復するような措置のことをさしていることが窺える。そうすると、本決定は、違法な取調べと自白との間の因果関係を不要としたものまではいい難く、任意性説にたつ判例と位置付けるのが妥当であろう。

【21】大阪地判平一八（二〇〇六）・九・二〇判時一九五五号一七二頁

警察官が、一方的に被告人の顔を殴る、取調室内のスチール机を被告人の方へ押し出した上これを蹴ってその角の部分を被告人の胸部に強打させる暴行を加え、結果、被告人に肋軟骨骨折の傷害を負わせたという事案につき、次のように判示した。

「関係証拠によれば、被告人は、第二の罪で逮捕された直後の段階から、……一貫して罪を認めており、その供述状況は、C警察官が有形力を行使したとされる平成一七年九月六日……の前後でほとんど変化がないし、また、被告人自身も、当公判廷において、捜査段階の供述調書においては任意に真実を語ったものである旨事実上認めているのであるから、C警察官の上記有形力の行使が違法な暴行であるか否かについて判断するまでもなく、被告人の捜査段

階の各供述調書の任意性は肯定されるものと解される」。

本判決[40]は、捜査手続の違法性それ自体は任意性判断においては問題にならず、たとえ被疑者に激しい暴行が加えられたとしても暴行前後の供述が整合していれば自白の任意性を認める立場にたつ。供述が整合していれば、虚偽のおそれもなく供述の自由の侵害も生じていないということであろう。本判決は、任意性説にたつ典型的な判例であるとともに、たとえ激しい暴行を伴う取調べがなされたとしても、暴行と自白との因果関係が認められなければ自白の証拠能力を認める同説が陥りがちな問題点を色濃く見て取れる判例でもある[41]。

【22】京都地決平一八（二〇〇六）・一一・一五季刊刑事弁護五一号二〇四頁

警察官が机を叩く、蹴るなどしたことや、「被告人に馬乗りの態勢になりながら、顔面を殴る格好をし、その右手は被告人の顔面の近くで止まった」こと、弁護人選任権が妨害されたこと等を認定した上で、次のように判示した。

本件自白は、「警察官による違法な脅迫に加え、弁護人選任権行使に対する実質的な妨害と利益誘導のもとに作成されたもので、その取調べ過程には重大な違法があると解され、自由な意志に基づいて供述し又は供述しないことを困難にしたという点で被告人の黙秘権を著しく侵害するものであって、その任意性には疑いがある」。

本決定[42]は、黙秘権侵害を問題視していることから人権擁護説の色彩が窺える。もっとも、被疑者の供述の自由が侵害されたことを具体的に検討しているわけではないことから、違法排除説にたつ判例とも解しうる。

（B）脅迫を伴う取調べ

【23】福井地判昭四四（一九六九）・八・七刑月一巻八号八一三頁

「警察は最初被告人に対し、本件（ないし強姦致死事件）について逮捕できるに足る証拠がなかったので、先ず傷

害事件について逮捕状を求めて被告人の身柄を拘束し、その逮捕・勾留期間のほとんど全部を本件の取調べに充て、連日長時間ひたすら自白を求めて厳しく被告人を追求し、勾留期間が満了に近ずくのに容易に自白を得られないとみるや、二年余も経た古い強姦事件をもちだしてその取調べを行い、すでに、前記別件逮捕により困惑している被告人に対し、本件につき自白をしない限りさらに右強姦事件で別件逮捕されるかもしれないという暗黙の威嚇を与え、二八日にいたってようやく犯行の一部についての自白を得るにいたったものであって、前認定の取調時間、取調方法を併せ考えると、被告人に対しては、その取調の過程において、心理・肉体両面における強制・威迫があったとい」え、「任意性に疑がある」。二九日以後の司法警察員に対する供述も、「被告人がそれまでの自白を維持した結果によるものであって、身柄拘束の根拠が本件（当時の被疑事件名は強姦致死）に変った以外は、取調官、取調べの場所も前と同一であり、時間的にも接着していることから、前項認定の無理な取調べの影響は消滅せず、そのまま継続している間になされた供述として、前同様その任意性に疑がある」。

本判決は、自白の証拠能力の判断にあたって、取調べにおけるあらゆる事情を総合的に考慮している。また、二九日以降の供述については、それ以前の取調べの影響が消滅していないことなど考慮していることに鑑みると、本判決は任意性説にたつ判例と解される[43]。

【24】東京高判昭五三（一九七八）・三・二九刑月一〇巻三号二三三頁（都立富士高校放火事件）

「被告人は、被告人と長年男色関係にある人間国宝Kが、本件において参考人として取調べを受けた場合、そのことが同人の妻や報道機関等に知られ、同人の家庭の平和、社会的地位、名誉等に傷がつくのではないかといたく憂慮していたところ、被告人の取調に当ったM警部、Y警部補らは、このことを知りながら、被告人の供述次第では、警察においてKを取り調べることもある旨示唆し、そのため被告人は、虚偽の自白をしても、Kの家庭、地位、名誉等

を守ろうという心境に至ったこと」、「放火の手段方法につき甚だしい誘導をしたこと」、「たとえ否認しても、Y警部補の前では直ちに自白させられてしまうというような精神状況に陥れられたこと」、痔の痛みを訴える被告人に対しM警部は「市販の坐薬を与え、椅子を二個並べて、『楽な姿勢で取調を受けてもよい。』と告げた程度で、一日当り六時間ないし九時間半の長時間にわたつて被告人を取り調べたこと」等「の事実が認められ、被告人は、精神的にも肉体的にも疲労困憊した状態の下で、取調官からKとの関連による精神的圧迫と甚だしい誘導を加えられたものであるから、その結果なされたと認められる前記供述調書中の被告人の自白は、第一次勾留中のものであると、第二次逮捕・勾留中のものであるとを問わず、任意になされたものではない」。

本判決は[44]、「被告人は、虚偽の自白をしても、Kの家庭、地位、名誉等を守ろうという心境に至った」として、虚偽のおそれを根拠に任意性を否定していることから、虚偽排除説に親和的な判例と解される。

【25】福岡高宮崎支判平一（一九八九）・三・二四高刑集四二巻二号一〇三頁

九月二四日の取調べにおいて、検察官が、被告人に対し、「本件の送致は殺人であるが、強盗殺人の事案である、強盗殺人の法定刑は死刑か無期懲役しかない、別件の強盗殺人事案と対比して本件はより悪質であり極刑相当である、求刑については主任検事である自分が裁量して決めるなどと申し向け」て自白を迫った事案につき、次のように判示し、検察官の「是正措置」以降になされた被告人の自白（もっとも、被告人は、「是正措置」がとられる以前の時点では自白をしていない）の任意性を認めた。

「捜査官によって威迫による自白の強要が行われた場合、これが自白の任意性に影響を及ぼすことは明らかであるが、その後……違法な取調べ方法を除去するための是正措置がとられ、かつこれにより違法な取調べ前の状態にまで回復しているような特別の状況が認められるならば、違法な取調べによる自白の任意性への影響は払拭されているも

のと考えられるのであるから、一旦違法な取調べ方法が行われた以上、その一事をもって、その後の事情等を一切考慮することなく、すべて任意性は否定すべき」ではない。「検察官の同月二四日の取調べ方法は、……これを全体として考えると、威迫による利益誘導によって自白を迫る違法なものである」が、翌二五日の取調べにおいて、検察官は、その冒頭で前日の発言を撤回し、「死刑が恐ろしくて話すのなら利益誘導になるから話さなくてよい。」等告げるなど「是正措置を講じていることが明らかである」。「是正措置後の被告人の供述内容や供述態度は、それまでの主張を曲げていないばかりではなく、自己の主張を支えるため新たな事柄を付加して供述するなどしているものであって、A検事の意に迎合したものとはみとめられないから、……同月二四日の同検事の前記脅迫による被告人の不安はさほど強いものであったとは考えられないうえ、右威迫による被告人の供述の任意性に及ぼす影響は、同検事による同月二五日の一連の是正措置によって既に払拭されていたものと認めるのが相当である」。

本判決[45]は、検察官の威迫行為を違法としてはいるが、自白の証拠能力の判断においてそのことは重視されていない。違法な取調べが行われたとしても「是正措置がとられ、かつこれにより違法な取調べ前の状態にまで回復しているような特別の状況が認められるならば」自白の任意性を認めうるとしているからである。本判決が自白の証拠能力の判断において重視しているのは、被告人の自白内容や、検察官の威迫行為が被告人の供述の自由に及ぼした影響である。本判決は、任意性説にたつ典型的な判例と解される。

【26】浦和地決平三（一九九一）・一一・一一判タ七九六号二七二頁

「乙の捜査官に対する供述調書八通のうち、六月一九日のNの取調べ以降に作成された七通は、いずれもその任意性に疑いがあって、これを証拠として取り調べることができないというべきである。すなわち、これらの員面・検面計七通は、いずれも、代用監獄である警察の留置場に勾留された当時一八歳の少年である乙に対し、その弁解を全く

受けつけないような態度で、しかも、取調べの方法として許容される筈のない……［『絶対に少年院に入れてやる。』『否認すると逆送で刑務所に行って、五、六年は入ることになる。……』等の］違法・不当な言動で威迫を加えるなどして作成されたものであり、同人は、いくら弁解しても自己の言い分を理解してくれない取調官の態度に絶望し、次第に孤立感を深めた結果、Nの取調べに迎合して、その意に副う供述をしていったものと認められる。このような経過で作成された員面及びその影響が解消されていない状態で作成された検面については、その任意性に、疑いをはさまざるを得ない」。

本決定は、本件自白の証拠能力を否定するにあたり捜査官による違法・不当な言動の存在を重視していることはたしかであるが[46]、「このような経過で作成された員面及びその影響が解消されていない状態で作成された検面については、……」と述べていることにてらすと、捜査官による違法・不当な言動それ自体ではなく、そのような言動が被疑者の供述の自由を侵害したことに重点を置いた判断がなされていることが窺える。本判決は、任意性説にたつ判例と解される[47]。

【27】 浦和地決平四（一九九二）・一・一六判タ七九二号二五八頁

「健康状態に不安のある妊娠五か月の女性を、連日長時間にわたり取り調べた上……［『殺すつもりがあった筈だ。』『包丁を買ってるし、刺して実際に死んでいるんで、殺す気がなくはないだろう。』『いつまで経っても取調べが終わらないぞ。』『早く子供を産みたいだろう。』等の］不当な言動（これが脅迫に該ることは明白である。）で自白を迫ることは、法律上許された被疑者の取り調べの限度を逸脱しているといわざるを得ず、このような取調べによって得られた［警察官に対する］自白は、任意性に疑いがある」。また、「検察官において、警察官による違法な取調べの影響を排除するような措置を講じた等特段の事情が認められない限り、たとえ検察官自身の言動が、それだけでは供述の

任意性を疑わせるものではないとしても、右取調べによって作成された検面の任意性には疑いが残るというべきである」。「本件において、検察官は、……供述の任意性を確保するための特段の措置を講じておらず、むしろ、……任意性に疑いのある員面と同旨の供述を被告人から引き出そうとしたと認められるので、このような取調べによって作成された検面は、その任意性に疑いがある」。

本決定は[48]、自白が許容限度を逸脱した取調べによって得られたことを重視しており、違法排除説を採用した判例であるようにもみえる[49]。しかし、検察官に対する自白の証拠能力についての判示部分をみると、本決定が重視しているのは手続の違法性それ自体ではなく、違法な手続が被疑者の供述の自由に及ぼした影響であることがわかる。本決定は任意性説にたつ判例と位置付けるのが妥当であろう。

【28】京都地決平一三（二〇〇一）・一一・八判時一七六八号一五九頁

「A刑事が、取調べに際して、被告人に対し、暴力団構成員を意のままに用いて、被告人の家族に危害を加える旨の脅迫的文言を申し向けた点は、取調べの手段方法として許容される程度を大きく逸脱した違法・不当なもの」である。「これに加えて、A刑事は、扁桃腺の持病を持つ被告人がタバコの煙を苦痛と感じているのを知りながら喫煙を続けるなど、配慮を欠いていたことなどを併せ考慮すれば、被告人のA刑事に対する供述は任意性に疑いがある」。検察官調書についても、「警察官による脅迫等の影響を引き継いでいる上、検察官の不適切な取調べ方法も加わっているのであるから、任意性に疑いがある」。

本決定は[50]、警察官調書については「違法・不当な」脅迫や被疑者の持病に対する配慮の欠如をもって任意性を否定していることから違法排除説にたつとも解しうるが、検察官調書の任意性判断においては、A刑事の不当な取調べの影響を問題視していることにてらすと、任意性説にたつものと解すべきであろう。

【29】佐賀地決平一四（二〇〇二）・一二・一三判時一八六九号一三五頁

D検事が、本件自白調書作成時に、「被告人が反論すると、相当数回にわたり、手刀で机を叩きながら、嘘をつく気か、こん畜生、ぶち殺すぞ、検察をなめるな、刑務所にぶち込むぞ、第二弾、第三弾があるぞなどと言って迫り、また、被告人が黙る場面があると、同様に机を叩くなどしながら、黙秘か、否認かと怒鳴るなどした事実」を認定した上で、次のように判示した。

このような取調べは、高齢で狭心症と糖尿病の持病を有する被告人に対して、「極めて強い心理的圧迫を与えるもの」である。また、「第二弾、第三弾があるぞ」と申し向けることは、「虚偽の自白を誘発しかねない」。「前述のようなD検事の言動がなされたか否かは必ずしも明確でないものの、少なくともそうした言動の影響が遮断されたとは認められない中で本件自白調書が作成されているのであるから、その任意性に疑いがないとは言い難く、加えて、検察官が予め作成した調書には、被告人の供述に基づかない部分があるのではないかとの疑いもあるというのであるから、一段とその任意性には疑いがあるといわざるを得ない」。

本決定は[51]、「少なくともそうした言動の影響が遮断されたとは認められない中で」としていることから、検察官による脅迫と自白との因果関係を問題にしていることが窺える。本決定は、任意性説にたつ判例と解される。

三　精神的圧迫

取調べは自白の獲得を目的に行われるものでありそれ自体精神的圧迫を伴うものといえる。そして、身体拘束という環境がこのような圧迫をいっそう増強する。ミランダ判決ではこのような点が合衆国憲法第五修正との関係で問題視さ

れ、ミランダ・ルールが確立された[52]。これに対し日本においては、身体拘束中の取調べに内在する精神的圧迫については必ずしも問題視されていない[53]。しかし、そのような取調べに内在する圧迫に加えて捜査官が積極的に被疑者に圧迫を加えたような場合には、その取調べで得られた自白の証拠能力が問題となる。精神的圧迫を伴う取調べによって得られた自白の証拠能力については、虚偽排除説にたてば当該圧迫が虚偽の自白を誘発するようなものであったか否かが問われ、人権擁護説にたてば当該圧迫が被疑者の供述の自由を害するものであったか否かが問われることになる。他方、違法排除説にたてば、当該圧迫それ自体が違法と評価されさえすれば、それを根拠に自白の証拠能力が否定されることになる。ところで、一口に精神的圧迫といってもその態様は様々である。以下では、手錠をかけたままの取調べ（(A)）、追及的取調べ（(B)）、徹夜ないし長時間の取調べ（(C)）、宿泊を伴う取調べ（(D)）に分けて、判例を分析する。

（A）手錠をかけたままの取調べ

（一）手錠をかけたままの取調べといってもその態様は様々である。まずは、両手錠をかけたままの取調べによって得られた自白の証拠能力を判断した判例について検討する。

【30】東京高判昭三三（一九五八）・三・一五裁特報五巻四号一一八頁

「同条［刑訴法三一九条］第一項の規定は、憲法第三八条第二項の規定を受けたもので、同条にいわゆる強制、拷問又は脅迫による自白とは、右強制、拷問又は脅迫と自白との間に相当因果関係の存在を必要とする趣旨であると解されるのであり、又、捜査官憲が被疑者を取り調べるにあたつては、公判廷における被告人の身体の拘束につき刑事訴訟法第二八七条第一項但書に規定されるような特段の事由の存しない限り、被疑者に手錠を施したままでこれを取り調べるようなことは、一般には許されないところであると解されるのであるが、しかし、被疑者又は被告人が自白

をしたとき、手錠が施されていたとしても、その手錠が施されていたことと右自白との間に相当因果関係が存しない限り、ただそれだけでは、直ちにその自白が任意性を欠くものと断定することはできない」。

本判決は、手錠をかけたまま取り調べることが一般的には許されないものであるとしつつ、そのような取調べが行われたとしても、そのことと自白との相当因果関係がなければ自白の証拠能力が認められるという立場を示したものであり、任意性説にたつ典型的な判例といえる(54)。

【31】最判昭三八（一九六三）・九・一三刑集一七巻八号一七〇三頁（山梨衆院選事件）

「すでに勾留されている被疑者が、捜査官から取り調べられるさいに、さらに手錠を施されたままであるときは、その心身になんらかの圧迫を受け、任意の供述は期待できないものと推定せられ、反証のない限りその任意性につき一応の疑いをさしはさむべきであると解するのが相当である。しかし、本件においては、原判決は証拠に基づき、検察官は被告人らに手錠を施したまま取調べを行ったけれども、終始おだやかな雰囲気のうちに取調べを進め、被告人らの検察官に対する供述は、すべて任意になされたものであることが明らかであるのである。したがって所論の被告人らの自白は、任意であることの反証が立証されている」。

本判決は(55)、両手錠をかけたままの取調べによって得られた自白の証拠能力に関するリーディング・ケースである。【30】が両手錠をかけたままの取調べにと自白との間に相当因果関係がない限り自白の証拠能力は否定されないとしたのに対し、本判決は、手錠をかけたままの取調べによって得られた自白については「任意性につき一応の疑いをさしはさむべき」としている。この点は、被疑者に両手錠をかけたままで取調べること自体、類型的にその間に得られた自白の任意性に疑いを生ぜしめる捜査手法であることを示唆するものといえ(56)、ここに着目すれば本判決は違法排除説に親和的な判例であるとの見方も可能であろう(57)。もっとも、そこには「反証のない限り」という条件が付され、本判決は結論

として本件取調べが終始おだやかな雰囲気であったことを理由に証拠能力を認めている。[58] 結局、本判決は、手錠をかけたままの取調べによって被疑者の供述の自由が侵害されていたか否かを重視しているといえ、[59] 任意性説にたつ判例と解される。[60]

【32】東京地判昭四〇（一九六五）・五・二九下刑集七巻五号一一三四頁

先にみた【31】の立場を批判した上で、次のように判示し自白の証拠能力を否定した。

「取調べが終始おだやかな雰囲気のうちに行われたことをもつて検察官が右証明の必要を充たしたものといえるであろうか、疑いなきをえない。なぜなら、手錠をかけたままの取調べは、供述者に対する心理的圧迫の疑いがあるため任意性に問題があるのに、その疑いが取調べの雰囲気がおだやかであつたというようなことで解消するであろうか。手錠をかけられたまま取調べられたため心理的圧迫がありながら、外面的には終始おだやかな取調べが行われることも当然ありうることであり、むしろこのような状況の下で取調官に抗して兇暴な行動をとることの方がまれではなかろうか。当裁判所としては、いやしくも手錠を施したまま取調べた供述調書はすべて任意性に疑いがあるというのではない。例えば、逃走、暴行、自殺、証拠湮滅のおそれの濃厚な強盗殺人等の兇悪犯や麻薬犯の場合には具体的状況により例外を認めることはやむをえないと考える。検察官の前掲法務省の通牒で詳細な手続規定が示されているにもかかわらず、右例外の場合だけでなく、本件のような通常の事件においてさえ、手錠を施したまま取調べているとすれば、おそらく手続の煩雑をきらうためと戒護要員の手薄のためとであろう。しかしながら、いやしくも犯罪の捜査ならびに公訴提起の権限をもち、やがて当事者となるべき相手方たる被疑者を自らの取調室において取調べる検察官が被疑者を両手錠、縄つきのまま取調べること、換言すれば人的もしくは施設面の改善によつて解決すべき問題を両手錠、縄つきという直接的有形力によつて代置させてよいものであろうか。それはあまりにも非人間的であり、むし

ろそれ自体強制というに近いものではあるまいか。このような取調べ方法は被疑者に卑屈感と自己嫌悪の情を懐かせ、自白を誘導するおそれが多分にある。検察官にそのような意図がなければ幸いである。」

本判決は、【31】に対して明確に異を唱えたものである。また、先にみたように、【31】は人権擁護説にたち、被疑者の供述の自由の有無を重視していたのに対し、本判決は、被疑者に手錠をかけたこと自体の適法性を重視しているようである。人権擁護説にたつならば、（議論の余地はありうるところではあるが）手錠をかけることの適法性とは離れて、手錠をかけたことが自白にどのような影響を及ぼしたのかを検討する必要があるが、本判決にはそのような視点は窺えない。本判決は、違法排除説に近接した判例と解される。

【33】最判昭四一（一九六六）・一二・九刑集二〇巻一〇号一一〇七頁

次のように述べて自白の証拠能力を肯定した原判決を破棄、差戻した。

「勾留されている被疑者が、捜査官から取り調べられる際に、手錠を施されたままであるときは、特段の事情がないかぎり、その供述の任意性につき一応の疑いをさしはさむべきであるとすることは、当裁判所の判例（昭和二五年（れ）第六二二号同二六年八月一日大法廷判決、刑集五巻九号一六八四頁、昭和三七年（あ）第二二〇六号同三八年九月一三日第二小法廷判決、刑集一七巻八号一七〇三頁参照）とするところである。従つて、本件において、被告人等の取調べに際し、捜査官が手錠を施したままであったか否か、並びにこれを使用したままであったとしても、その任意性を肯定すべき特段の事情が存したか否かの点その他被告人等の自白調書の任意性の有無については、なお審理を尽くす必要がある」。

本判決は、先にみた【31】の立場を踏襲したものであり[61][62]、任意性説にたつと解される。

【34】東京地判昭四一（一九六六）・一二・一二判時四七七号七五頁

「勾留されている被疑者が、捜査官から取調を受ける際、手錠を施されたままであるときは、特別の事情のない限り、その供述の任意性について一応疑いをさしはさむべきものであるところ（最高裁判所・昭和三七年（あ）第二、二一〇六号・同三八年九月一三日第二小法廷判決参照）、本件においては既にみたとおり、『雑談』と称して、被告人に両手錠を施したまま一部の取調を行ったことは否定し難く、加うるに、右自供に至る迄の捜査経過及び勾留期間、右眼瞼炎等罹患の事実並びに被告人の当公判廷における証人T、Aに対する尋問内容及びその態度などに徴しても、被告人の前記自白の任意性については、当裁判所としては、疑いを完全に払拭することができなかった。従って、被告人の司法警察員に対する前記供述調書三通は、これを排除して、証拠としない」。

本判決は、【31】の立場を踏襲したものであり、任意性説にたつ判例と解される。

【35】大阪地決昭四六（一九七一）・六・二一判時六四三号九八頁

「捜査官が勾留中の被疑者に手錠を施したままでその取調を行なうことは、刑訴法二八七条一項但書に規定するような特に手錠の施用を必要とする合理的な事由の存しない限り、違法である……。けだし、勾留されている被疑者が手錠されたままで捜査官の取調を受けるときは、その心身になんらかの圧迫を受け、任意の供述を期待できないのが通常であ［る］」。「本件各証拠によれば、……上記強姦罪の起訴前に全く手錠を施されないで行なわれた被告人に対する取調の際にもなんらの事故も発生していないこと、そして右起訴後の取調も右起訴前の取調と同一場所で常に二人以上の司法警察職員の在室のもとに行なわれたこと、またその取調に使用された少年補導室の位置、設備、構造上手錠の使用を必要ならしめるような格別の欠陥はなかつたことが明らかであり、従つて、右起訴後の取調の際にとくに手錠の施用を必要とする合理的な事由があつたものとは到底認められない。してみれば、右起訴後の被告人に対する手錠を施したままでの取調はすべて違法であつて、かかる違法な取調に基づく被告人の供述を録取した上記供述調

書三通は、いずれも手錠の施用と供述の不任意性との間の相当因果関係の存否を問題とするまでもなく証拠能力（証拠許容性）を有しない」。

本決定は、違法と自白との間の因果関係を問うていないことから違法排除説にたつ判例と解される。もっとも、手錠をかけることにより生じうる心理的圧迫を問題視するとともに、上記の判示に続けて、「手錠施用のままの取調がなされたにもかかわらず被告人の右各供述が任意になされたものであると認定するに足りるだけの特別の事情」の有無の検討をも行っていることに鑑みると、任意性説の色彩も残されてはいる。

【36】岐阜地多治見支決昭四八（一九七三）・五・二一判時七二七号一五五頁

「証拠によれば、昭和四六年一一月一二日中津川警察署において司法警察員が被告人を取調べて、被告人の供述調書二通が作成された際には、被告人に両手錠が施されたままであったことが明らかであり、しかもこの際被告人に逃走、暴行もしくは自殺を企てるおそれのあったものとは認められず、これに被疑事実の性質内容、被告人の年齢、職業、経歴、生活環境、生活態度等を総合考察すれば、被告人の司法警察員に対する自白もしくは供述はその任意性に疑いのないものとはいえない」。

本決定は、手錠をかけたまま取調べが行われたという点に加えて、手錠をかけたことの適法性や、被疑者の供述の自由の存否に関わる様々な事項についても検討を加えている。自白がなされた状況の総合評価によって自白の証拠能力を判断していることから、任意性説に親和的な判例といえようか。少なくとも、本決定からは、手錠をかけたままの取調べによって得られた自白はそれだけで不任意性を推定させるとした【31】とはやや異なる色彩をみて取ることができる。

【37】東京高判昭五〇（一九七五）・九・一一東高刑時報二六巻九号一五一頁

二名の警察官が交々大声を出したり、なだめるように話したり、相当執拗な追及がなされたこと等を認定した上で、

次のように判示した。

「前記のとおりの状況の下で両手錠を施されたまま二名の警察官により執拗な取調がなされ被告人の心身に不当な圧迫が加えられた状況のもとにおいて得られたのではないかとの疑いがあり、……この点において既に任意にされたものではない疑いがある自白といわなければならない」。

本判決は、両手錠を施されたこと等が被疑者の供述の自由に影響を及ぼしたことを根拠に自白の証拠能力を否定していることから、任意性説にたつ判例と解される。もっとも、本判決の判示は、「不当な圧迫」が加えられた状況下での自白は類型的に任意性に疑いを生ぜしめるという趣旨を含んでいると解することもでき、違法排除説に親和的な判断を示した判例とも解しうる。

（二）以上の判例はいずれも両手錠をかけたまま取調べが行われた事案であるが、片手錠をかけたままの取調べによって得られた自白の証拠能力が争われた事例もある。

【38】東京高判昭四四・（一九六九）・三・二七判時五五七号二七八頁

「片手錠を施した程度で取り調べが行なわれたばあいには、これについての実際上の当否の論は別として、いまだこれをもって直ちにその供述の任意性に疑いをさしはさむべき理由と解することは必ずしも妥当であるとは思われない。したがって、他に格別、被告人の供述の任意性に疑いをさしはさむべき事由の認められない本件において、原審が、被告人の前記司法警察員に対する供述調書を有罪の証拠として採用したことについて、訴訟手続に法令の違反があるものとはいえない」。

本判決は、供述の自由に着目していることが窺えることから、任意性説にたつ判例と解される。

【39】大阪高判昭五〇（一九七五）・九・一一判時八〇三号二四頁（宮原操車場事件）

「両手錠の場合は、身体の拘束の程度が強く、そのために受ける心理的圧迫感も相当強いと思われるのに対し、片手錠の場合は、両手はかなり自由で起居動作には支障がなく、片手錠施用による身体の拘束はきわめて軽度であるから、その者にとって勾留されていること自体によるある程度の心理的、肉体的圧迫感は免れないとしても、片手錠施用によって受ける心理的圧迫感は両手錠の場合に比べて弱く、人によっては心理的圧迫感がきわめて微弱な場合のあることも否定しがたいところである。してみると、取調に際し両手錠を施用したままであったときは、被疑者が逃亡、暴行、自殺のおそれが濃厚であるなど、その施用が何人も是認し得る場合や、前記判例の指摘するようにその取調が終始おだやかな雰囲気のうちに進められる等、手錠の施用と自白との間に因果関係がないと認められる特段の事情のある場合にはその取調の際の自白には任意性があるものというべきであるが、然らざる場合にはその自白の任意性に疑いがあるものと解するのが相当であり、他方、取調に際し片手錠を施用したままであったときは、両手錠施用のときのようにしかく厳格に解すべきではなく、被疑者の年令、境遇、社会的地位、性格、その他取調の状況等からみても、片手錠の施用と自白との間の因果関係が存在しないと認められる場合にはその取調の際の自白には任意性があるものというべきである」。

本判決も、取調べと自白との因果関係を必要とし、とりわけ「心理的圧迫感」の程度を重視していることに鑑みると、任意性説にたつ判例と解される[63]。

【40】最決昭五二（一九七七）・八・九刑集三一巻五号八二一頁（狭山事件）

「記録によると、被告人が片手錠をかけられたまま取調を受けた事実を認めることができる。しかし、片手錠による場合は両手錠による場合に比して、一般的に心理的圧迫の程度は軽く、記録にあらわれた被告人に対する取調状況を併せ考察しても、自白の任意性を疑わせる状況はみあたらない」。

本決定は、【31】・【33】がだされた後下級審判例の蓄積をみる中で登場した最高裁判例である。本決定も、【31】・【33】やその後の下級審判例の多くと同様に、「心理的圧迫の程度」を問うていることから、任意性説にたつ判例と解される。

【41】福岡高判昭五四（一九七九）・八・二刑月一一巻七＝八号七七三頁

「手錠等を施されたまま取調べを受けた場合には、その供述の任意性に一応の疑をさしはさむべきであることは最高裁判所の判例（昭和三八年九月一三日判決、最高裁判所刑事判例集一七巻八号一七〇三頁）とするところであり、関係証拠によれば、被告人が片手錠及び腰縄をされたまま本件取調べを受けた事実もまた認められるところであるが、……被告人は……前科九犯を有し捜査官の取調べを受けた多数の経験を有しており、しかも……、前件保釈中逃走し、本件現場でも逃走を図るなどしたものであること、暴力団組長という身分、自己主張を執拗に続ける態度、手錠も片手のみであり、身体に直接苦痛等を及ぼす状況にはなかつたこと、とりわけ、被告人は原審公判廷において、これら片手錠等が被告人にとつて特段精神的、肉体的圧迫を伴うものではなかつた旨明確に供述していること、以上の諸事実を併せ考えるとき、前記自白と右片手錠等との間に因果関係があるものとは思われない。……むしろ、前記各自供調書は、同調書に記載があるように、被告人が覚せい剤から手を切る意図のもとに真摯かつ任意に供述したものであり、検察官の取調べにおいても同様の供述を反覆していることに照らしても、右任意性は十分肯認しうる」。

本判決も、基本的に任意性説にたつ判例と解されるが、供述内容の真摯性にも言及していることに鑑みるとやや虚偽排除説に重点を置いていることが窺える。

（B）追及的取調べ

（一）追及的取調べといってもその態様は様々である。判例においても様々な態様の追及の方法が問題となっている。

【42】広島高判昭二五（一九五〇）・一〇・二〇高刑集三巻三号五〇八頁

無頼漢とされる私人を取調べに同席させて自白を迫ったという事案につき、次のように判示した。

「被告人が昭和二四年三月二〇日坂上村巡査駐在所においてT巡査から本件についての最初の取調べを受け、初めは窃盗事実を否認していたが後遂に自白するに至つたこと、右取調べの際捜査官憲でない一私人某が同巡査及被告人と共に机を囲んで同席し被告人に対し自白を促す等或る程度発言したことが認められる。論旨に主張のように右同席の某がSという無頼漢であるとか此の場合の右自白が強制によつて無理にさせられたものであるとの事実は必ずしも明らかでないけれども、此の様に駐在所の狭い調べ室で被疑者が初めて巡査から取調べを受ける場合に他の捜査官憲でない一私人が同席して自白を勧める等の言動に出でた場合における右被疑者の自白は、少くとも任意になされたものでない疑」がある。「そして右自白につき調書も作成されたので被告人は翌々二二日の司法警察員の取調べの際も、同年四月一日の副検事の取調べの時も同様自白をしなければ自分の不利益であると思つて自白の供述をしたものであることが……認められる。任意にされたものでない疑のある自白は如何なる場合にも之を証拠とすることが出来ないことは」刑訴法三一九条の定めるところであり、「原審が……右各供述調書を採つて以て原判示事実を認定したのは証拠とすることの出来ない供述調書によつて犯罪事実を認定した違法がある」。

本判決(64)は、取調べが被疑者の供述の自由に与えた影響を重視しているとも解しうる。しかし、本判決はそのような影響について具体的に検討せず、本件のような取調べ方法自体を問題視し、そのような取調べによって得られた自白について類型的に任意性が否定されることを示していることに鑑みると、違法排除説にたつ判例とみることも可能であろう。なお、本判決は、（特殊な事例ではあるが）密室での取調べという情況が被疑者の心理に及ぼす影響にも言及している

点で注目に値する。

【43】仙台高秋田支判昭二五（一九五〇）・一〇・三〇判特報一四号一八八頁

「被告人Nの趣意第二点の同被告人の司法警察員に対する供述は凡て夜中二、三人掛りで強制脅迫的に取り調べられ且つ誘導尋問を受けた結果全く不本意にしたものだから任意性がないとの論旨について按ずるに原判決が証拠として採用した同被告人の司法警察員に対する第一、二回供述調書を仔細に検討し更に記録を精査するも右供述に任意になされたものでないと疑うべき証跡がなく、たとい取り調べが所論のように夜中に亘り且つ二、三人掛りでしたとしても直ちにそれを強制脅迫その他任意の供述を不能ならしめるような無理な取り調べをしたものと断じ得ないから論旨は採用し得ない」。

本判決[65]は、供述調書の内容から自白の任意性を判断しており、虚偽排除説に重点を置いた判例と解される。

【44】高松高判昭二九（一九五四）・四・二〇高刑集七巻九号一三一一頁

「被告人は司法警察員及び検察官の各取調べを受けた当時本件事故が余りにも大きかったため相当興奮して居り且つ多数の犠牲者に対し気の毒だ或はすまないという気持ちで一杯だったこと、取調官もまた多数の犠牲者のことを持ち出して同被告人に対しかなり鋭く追及したこと」、「警察署に拘束されていた間外部の者との面会を許されなかったこと」から、「捜査官より或程度心理的圧迫を受けていた事実はこれを否定することができない」が、強制・拷問・脅迫等が加えられた事実はなく、「本件の如き多数の死傷者を生じた重大事案において前述の如き心理状態にある被疑者に対し取調官が多数の犠牲者のことに言及して或程度追及的取調をしたとしても（かかる取調方法は厳に避けるべきであり、かかる取調の下における被疑者の供述の真実性については慎重な検討を要することは云うまでもない）、その程度が余に極端に亘らない限り直ちにかかる取調の下における被疑者の供述が任意性を有しないものと断定する

ことはできない」。

本判決[66]は、追及的な取調べの「程度が余に極端に亘らない限り直ちにかかる取調の下における被疑者の供述が任意性を有しないものと断定することはできない」としており、ここから、追及的取調べの「程度が余に極端に亘」った場合にはそのこと自体が任意性に疑いを生じさせるという立場を前提にしているともいえる[67]。この点に着目すれば、本判決は違法排除説に親和的な判断を示したものとも解される。

【45】名古屋高金沢支判昭四二（一九六七）・一二・五下刑集九巻一二号一四八二頁

本件自白が取調べ方法・態度いかんにより「何れの側にも比較的容易に誘導し得る可能性が強い」内容を含んでいること、警察官Hには取調室の床に横になって事故状況を再現して追求するなど「取調態度が強圧的であつたことを疑わせるものがあること」等を認定し、次のように述べ自白の証拠能力を否定した。

「本件事故を被告人において認識していた旨の被告人の……自白調書は取調に当つた警察官Hの強制誘導によるもの、もしくは、被告人が、なおその影響下にあつた際作成されたもので、任意性を欠き、真実に反するものであるとの疑いが多分に存する」。

本判決は、自白内容の検討を行うとともに、任意性と信用性とを同一視しているかのような表現もみられることに鑑みると、虚偽排除説にたつ判例と解される。

【46】広島高判昭四七（一九七二）・一二・一四判時六九四号一六頁（仁保事件）

「被告人の供述するようなはげしい拷問があったとまでは認めることができないけれども、物証の乏しい重大事件の解決を焦る警察官において、数名掛りで被告人に対し一〇数日間にわたり昼夜の別なく執拗な説得追及を反復した結果、被告人も精神的にも肉体的にも窮迫の末ついに自白するに至り、爾後警察においては右自白を維持する外なかっ

たのではないかとの疑もあり、すくなくとも警察官調書については強制による自白を録取したものとして……任意性に疑がある」（もっとも、検察官調書については「検察官取調に警察官取調の際の強制による心理的影響が残存していたとは認められない」などとして任意性を肯定した）。

本判決は、警察官に対する自白については、数名がかりでの長期の追及により「自白を維持する外なかったのではないかとの疑もあり」とし、検察官調書については、精神的、肉体的窮迫を伴う警察での取調べの「心理的影響」を問うている。本判決は自白時点における供述の自由の有無を重視しているといえ、人権擁護説に重点をおいた判例といえる。

【47】名古屋地豊橋支部判昭四九（一九七四）・六・一二刑月六巻六号六八二頁

「被告人の当公判廷における供述の一部、証人O、同Hの当公判廷における各供述によると、被告人の取調べに当つた警察官は、被告人が供述を変転させる毎に、以前になした供述との矛盾点等を指摘して、長時間に亘り、激しい口調で相当厳しい取調べをし、殊に、被告人が被害者宅に立ち寄つていない旨供述したり、本件犯行を否認したときには、証拠があるからそのような弁解をしてもむだである旨強調するなど、被告人を犯人と決めつけるようないささか妥当性を欠く取調べをしたことは認められるが、被告人の取調べに際し、検察官及び警察官が、特に偽計、誘導若しくは強制等をした事実は認められない。なお、被告人は、当公判廷において、被告人が犯行を否認すると、警察官から、被告人の首を押え、小突き、足を蹴るなどの暴行を加えられた旨供述しているが、右供述部分は、証人O、同Hの当公判廷における各供述に照らし、たやすく信用できない。また、……被告人は、捜査段階において供述を再三に亘り変転させているが、この事実をとらえて、捜査官が取調べの際被告人を誘導し又は強制したことの証左とすることは早計であり、むしろ、右供述の変遷は、被告人が真実の自白をするまでの過程とみるか、あるいは、被告人の主張するように、被告人が捜査官の厳しい取調べからのがれたい気持から、捜査官に迎合した供述したことの証左と

解するのが相当である。そして、本件全証拠を精査しても、被告人の捜査官に対する自白が任意にされたものでないことを疑わせる証拠はないから、被告人の捜査官に対する自白は、任意性はこれを肯認することができる」。

本判決は[68]、警察官による取調べが相当厳しい「いささか妥当性を欠く」ものであったとした上で、そのような取調べが被疑者の供述の自由に影響を及ぼしたことについて認定し、また自白の変遷についても認定しているが、自白の証拠能力は肯定している。「いささか妥当を欠く」にすぎない（すなわち、違法とまでは評価できない）取調べによって得られた自白の証拠能力を否定する余地はないということであろうか[69]。この点に着目すれば、本判決は違法排除説に親和的な判断を示したものと解しうる。

【48】広島高判昭四九（一九七四）・一二・一〇判時七九二号九五頁

「被告人は、逮捕当日の同年二月二日早くも警察官に対し、奥倉で饅頭四個に農薬アカールを塗つて書院棚に置いた旨供述し、次いで、二日後の同月四日本件殺人事件の全面自供をし、以後捜査官に対し一貫して自己の犯行であることを認めており、その間本件殺人事件について強硬に否認した形跡はなく、また一連の先行事件についてまで早期に供述しているのであつて、右自供の経過、内容にてらし、論旨指摘のように警察官において被告人に対し、任意性を疑わせるほどの執拗な追及的取調を行なつたものとは認め難い」。「また、所論は、被告人の逮捕が、事件発生以来広島県警本部の熟練捜査員によつて近親者および関係者に対し執拗、広範囲に行なわれていた聞き込み捜査の最中で、しかも、報道機関によつて右捜査状況が大々的に報道されている渦中でなされたため、被告人の心的動揺が甚だしかつたように主張するが、捜査の第一次的責任を負う警察が、殺人という重大事件につき練達の捜査員を参加させ、所轄署の全力を挙げて捜査に乗り出し、関係者から十分な事情聴取をするのは当然であり、被告人が右捜査あるいは報道によつて動揺し、初の身柄拘束をうけて熟練の捜査員と相対するとき、ある程度圧迫感をうけたことは想像に難く

ないとしても、捜査官が被告人をことさら不安定な精神状態に追いこみ、その状態を利用して取調を強行したとの資料の存しない以上、被告人がある程度圧迫感をうけていたことをもつて、直ちにその供述に任意性がないものということはできない」。

本判決は、供述の時期、経過、内容に着目して自白の証拠能力を肯定している。警察官の取調べが被疑者の供述を侵害するものとも虚偽自白を誘発するものともいえないということなのであろう。本判決は任意性説にたつ判例と解される。もっとも、本判決は、本件捜査の適法性を重視していることも窺え、「捜査官が被告人をことさら不安定な精神状態に追いこみ、その状態を利用して取調を強行した」場合には任意性が否定される場合のありうることを示唆してもいる。この点に着目すると、違法排除説的な色彩も窺えないではない。

（二）追及的取調べの一態様として理詰めの取調べがある。取調べは必然的に理詰めにならざるをえないことは否めないが[70]、それにも限度があり、理詰めの態様しだいでは証拠能力が否定される場合がある[71]。

【49】最判昭二三（一九四八）・一一・一七刑集二巻一二号一五六五頁

「検事の理屈攻めが果して強制にあたるか否かは、具体的の事実によつて各場合に判断せらるべきであつて、何等具体的の事実を主張立証することなく漫然として検事の理詰を以て強制だとすることはできない」。

本判決[72]は、理詰めの態様によっては自白の任意性が否定される場合のあることを示したものである。もっとも、許される理詰めの限界をこえた場合に、いかなる根拠で自白の任意性が否定されるのかについては必ずしも判然としない。「具体的な事実」に基づき判断すべきことを強調していることに鑑みると、任意性説にたつ判例といえようか。

【50】東京地判昭四二（一九六七）・六・八判タ二〇九号二四六頁

「元来、捜査官の理詰めの追求や客観的な証拠を突きつけての追求は、それ自体別に非難さるべき取調方法ではなく、

それが黙否権の保障を事実上失わしめるごとき方法、程度でなされたとでもいうのでないかぎり、その結果引き出された供述の任意性に疑いをさしはさむべきいわれはないもの、というべきである。しかして、被告人Sの当公判廷における供述……および証人KMの当公判廷における供述……によつて認められる右供述調書作成時の取調が行なわれるようになつた経緯、すなわち、その際の取調は、Y弁護人が検察官に対し再度の取調を要請したのに呼応してなされたもので、捜査の必要上とは一応無関係なものであつたことを考え、被告人Sがそれにもかかわらず結局自白を維持した理由として説明していることと、右取調の際の同被告人の態度等に関する証人KMのきわめて説得力に富み、かつ、真摯あふれた説明……を対照吟味すれば、右供述調書の任意性は、充分これを肯認し得る」。

本判決は、理詰めの取調べが被疑者の黙秘権を失わしめるようなものであった場合には自白の証拠能力が否定されることがありうるとしている。本件自白についても、このような立場から、その証拠能力の有無を検討している。本判決は人権擁護説に重点を置いた判例と解される。

【51】大阪高判昭四四（一九六九）・五・二〇刑月一巻五号四六二頁

「理詰めの質問による自白が任意性を欠き信憑性が失われるか否かは、具体的な事実に基づき各場合に強制があったかどうかにより判断される」。

本判決は、「理詰めの質問による自白が任意性を欠き信憑性が失われるか否かは……」としていることから、虚偽排除説を重視する姿勢が窺えよう。

【52】東京高判昭四七（一九七二）・一二・四判タ二八九号三一八頁

「被告人の当公判廷における供述によれば、被告人が捜査段階で自白したのは、『否認しても、そんなことは常識に合わないといつて、捜査官が取り上げてくれなかつたので、仕方なく認めた』というものである。しかして、本件は、

被告人の弁解が常識上にわかに納得し難いという事案の性質上、右のような取調が、しばしば捜査官によつてなされるであろうことは、否定できないが、捜査官としては、供述をそのまま鵜飲みにすれば足りるというものではなく、経験則に照して納得し難い供述については、質問を重ねてその供述内容に多角的な検証を加えることは、捜査官にまさに期待されるところであるから、本件自白を理詰めによる強制であるとして、その任意性、したがつて証拠能力を否定し去ることは相当でない」。

本判決は、本件取調べが虚偽自白を誘発するものであったか否かや、本件取調べが被疑者の供述の自由を侵害するようなものであったか否かについて具体的に検討することなく、捜査官に理詰めの取調べが期待されており本件捜査官はそのような期待に応えたにすぎないこと、すなわち本件理詰めの取調べが適法であることをもって自白の証拠能力を認めている。この点に着目すれば、本判決は違法排除説に親和的な判例と解することもできよう。

【53】大阪高決昭四八（一九七三）・三・二七刑月五巻三号二三六頁

「捜査官が、被疑者の意思に反する供述を押しつけるような取調をすることは、虚偽の自白を誘引するおそれがあり、このような取調による自白は任意性に疑いがあるものというべきである。しかしながら、取調に当り、被疑者が黙秘ないし否認している場合、あるいは記憶を喪失している場合、またはその供述が他の証拠と矛盾する場合などに、被疑者に条理を説いて供述を促し、あるいは蒐集された資料に基づいて記憶の喚起を促し、あるいは矛盾をただして取り調べることは、それが合理的な限度を超えない限り、取調方法として許されなければならない。そして、合理的な限度を超えていないかどうかは、捜査官の取調状況、被疑者の受けとめ方、その他諸般の事情を考慮して、事案ごとに個別的に検討すべき事柄である」。

本決定は、理詰めの追及が、被疑者の意思に反する供述を押しつけるようなものであった場合には、虚偽のおそれが

あることを根拠に自白の任意性を否定すべきとしている。虚偽排除説にたつ典型的な判例といえる。

（三）ポリグラフ検査については、それ自体自己負罪拒否特権（黙秘権）との関係で少なからぬ問題をはらんでいるが[73]、ポリグラフ検査の結果を用いて被疑者を追及して得た自白の証拠能力も問題となる[74]。

【54】最決昭三九（一九六四）・六・一刑集一八巻五号一七七頁

ポリグラフ検査の結果を告げられた後の自白につき、括弧書きにおいてではあるが次のように述べている。

「記録によつて本件捜査中における最初の自白がなされた経過をみると、当初否認していた被告人に対し、その承諾のもとに、鑑識の専門係員によつてポリグラフ検査を行ない、その後の取調にあたつて、取調官が右検査の結果を告げ、真実を述べるように話したところ、被告人はしばらく沈黙していたが、やがて関係者に内密してくれるよう頼んでから、本件犯行をすべて自白するにいたつたというもので、その間には取調官が自白を強要したと認めるべき事迹は見当らず、その自白の任意性を疑うべき事情も窺われない」。

本決定は[75]、ポリグラフ検査の結果を示して自白を促す以外に取調官が具体的な自白の強要をしていないことから被疑者の供述の自由の侵害がなかったと判断したものと解され、人権擁護説の観点を見て取ることができる。また、「取調官が右検査の結果を告げ、真実を述べるように話したところ、被告人はしばらく沈黙していたが、やがて関係者に内密してくれるよう頼んでから、本件犯行をすべて自白するにいたつた」としていることから、虚偽排除説の観点も考慮されていることが窺える。本決定は、任意性説にたつ判例と解される。

【55】仙台高秋田支判平九（一九九七）・一二・二季刊刑事弁護一六号一二六頁

ポリグラフ検査の結果を用いて小学校低学年程度の知能（ＩＱ五〇程度）の被疑者を追及した事案につき、次のように判示した。

「一般的に、警察が、被疑者の任意同行を求めた後ポリグラフ検査を行い、供述の矛盾をついて自白を求めるという取調べの常道を、精神遅滞の程度の大きさに配慮せずに行い、右検査に強い恐怖感を与えて精神的抑圧を感じさせるとともに、取調官に迎合する方向で供述する雰囲気を生じさせた疑いを否定することはできない」。「このような自白は違法な手続きに起因するもので任意性に疑いがある」。

本判決[76]は、「違法な手続きに起因するもので任意性に疑いがある」としていることから、違法排除説にたっていると解される[77]。もっとも、本判決が手続の違法を認定する上では、本件取調べに、「強い恐怖感を与えて精神的抑圧を感じさせるとともに、取調官に迎合する方向で供述する雰囲気を生じさせた疑い」ある点が重視されており、任意性説の色彩も窺える点には注意を要する。

（四）積極的な追及とはいえないが、糧食差し入れの禁止も間接的な追及の手段となりうる。

【56】最判昭三二（一九五七）・五・三一刑集一一巻五号一五七九頁

勾留中の「被疑者に対し、捜査の必要のため糧食の授受を禁じ、またはこれを差し押えることは法の明文をもつて禁止するところである（刑訴八一条、二〇七条参照）。そして、自白の証拠能力は、刑訴三一九条一項前段の規定する強制、拷問、脅迫、長期拘禁等の事由によるものはもとより、更に同項後段の規定により任意になされたものでないことに合理的な疑のあるものについてもまた存しないのである。そして右合理的な疑の存否につき何れとも決し難いときはこれを被告人の不利益に判断すべきでない……（昭和二三年六月三〇日大法廷判決……）。しかるに、本件において原判決は前示のとおり警察における糧食差入禁止の行われた事実を認め、しかもこの糧食差入禁止の期間と自白の時日との関係上、外形的には糧食差入禁止と自白との間に因果の関係を推測させ、少なくともその疑ある事案であるにかかわらず、本件糧食差入禁止が何故行われたか、そしてまたそれと自白との因果関係の存否並びに叙上疑

の存否について考究することなく、単に『このことだけを理由として直ちにその間又はその後に作成せられた供述調書の証拠能力、証明力を否定することはできないものと解すべく、』と断じ、何等特段の事由を説示することなく『しかもその他記録に徴し、また当審における事実取調の結果に照しても前記被告人の司法警察員に対する各供述調書の証拠能力、証明力を否定するに足るべき状況は発見できない。』という理由のみをもつて所論を排斥し、ただちに一審判決を維持したのであつて、この点において原判決は審理不尽、理由不備の違法」があり、破棄を免れない。

本判決[78]は、差入禁止の違法性を問うてはいるが、「糧食差入禁止と自白との間に因果の関係を推測させ、少なくともその疑ある」ことを理由に自白の証拠能力を認めた原判決を破棄していること、つまり差入禁止と自白との間の因果関係を問い[79]、因果関係がない場合には自白の証拠能力が認められうるとの立場にたっていることが窺われることから、任意性説に親和的な判例と解される[80]。もっとも、本判決は、「本件糧食差入禁止が何故行われたか」について問うている。これは、差入禁止理由次第では差入禁止と自白との因果関係が否定される場合もあるとの趣旨であるとも解しうる[81]。しかし、差入禁止理由と、差入禁止が被疑者の供述の自由に及ぼす影響とは必ずしも連動するわけではない。そうすると、本判決は、自白の証拠能力を被疑者の供述の自由とは離れた差入禁止の正当性（適法性）いかんにかからしめているともいえ、この点に着目すれば、違法排除説に親和的な立場を示したとも解しうることになる。

（五）警察留置場への勾留（刑事収容一五条一項。なお、旧監獄法一条三項本文）も、自白追及の手段に用いられうる。

【57】東京高判平三（一九九一）・四・二三高刑集四四巻一号六六頁（松戸ＯＬ殺人事件）

「（一）……いわゆる代用監獄は、自白の強要等の行われる危険の多い制度であるので、その運用に当たっては、慎重な配慮が必要である。……本来、被疑者の取調べという犯罪捜査と、代用監獄として被疑者の身柄を留置場に収容する業務とは、同じ警察が行うにしても、全く別個の業務であり、混同して運用されてはならず、それぞれ別個独立

の立場で適正に行われることが必要不可欠であり、留置業務が捜査に不当に利用されることがあってはならない」が、本件では、「B子事件を含む連続殺人事件について自白を得るため、代用監獄として、寂しいI警察署を選び、たった一人の状態で留置し、しかも、捜査本部の捜査員から看守者を選任して被告人の留置業務に当たらせ、被告人の留置場内での言動の逐一を操作上の資料として提供させた上、取調べを行ったのである。これは、まさに、捜査員が留置業務に当たり、実質的にも留置業務が捜査の一環として行われたもので、留置業務は、その独立性がなく、捜査に不当に利用されたといえ」、「このような留置のあり方は、不当なものであり、代用監獄に身柄を拘束して、自白を強要したとのそしりを免れない」。「(二) 次に、留置場内での被告人の言動をみると、被告人は、長期間にわたり、このような拘禁状態に置かれた末、B子事件について厳しい取調べを受けたもので、精神的にも肉体的にも厳しい状態に追い込まれたといえる」。「(三) しかも、被告人に対する取調べの状況をみると、右のような状態にある被告人に対する殆ど連日の取調べから、真摯な反省に基づいた、真実を語る自白を得ることが可能であったか大いに疑問である」。「(四) 更に、被告人の自白の内容をみると、取調べの都度、あるいは取調べに当たる者により変転していて、まるで一貫性がなく、その供述状況・供述態度からも、その任意性には疑いが消し難いものがある」。

本判決[82]は、警察留置場に被疑者を勾留することの問題性を指摘している点で注目に値するが、任意性判断の場面でこのことは必ずしも重視されていない。また、留置業務を捜査手段の一環として利用しつつ取調べを行ったことの問題性も指摘してはいるがそれを違法と断じているわけでもない。本判決が重視しているのは、警察留置場への勾留を捜査に利用したことにより生じた被疑者の精神的・肉体的圧迫やこのような状況のもと連日取調べを行ったことによる虚偽自白誘発の危険である。しかも、本判決は任意性判断にあたり自白の内容を検討しているばかりか、自白の任意性を否定した上記判示に続けて「事件の重大性を考慮して、自白の信用性についても判断を示す」として自白の信用性判断にも

踏み込んでいる。本判決は虚偽排除説にたつ判例と解される。

【58】福岡地小倉支判平二〇（二〇〇八）・三・五季刊刑事弁護五五号一七二頁（引野口事件）

同房者から被疑者との会話内容等を参考聴取すること自体は任意捜査として許容され、その有用性も否定できないが、「本件のそれは同房者からの参考聴取といえるものではなく、被告人の告白を直接同房者を通じて得ようとする捜査手法であり、……被告人の告白が真実であることの情況的保障がなく、虚偽自白を誘発しかねない不当な方法であって、その結果得られた犯行告白に任意性を認めることはできない。のみならず、本件の捜査手法は、身柄留置を犯罪捜査に濫用するものであり、他の捜査手法を用いることが困難であったということもできないから、適正手続の観点からも捜査手法としての相当性を欠くといわざるを得ない。そもそも本件捜査においては、被告人と犯行を直接結びつけるような客観的な証拠がなく、いきおい被告人の自白がほとんど唯一の証拠となりうる事案であり、その任意性の担保について捜査上特段の留意を払うべき事案であると考えられ、現に、被告人が窃盗容疑で逮捕されて以来、弁護人から別件逮捕であるとの主張や、余罪取調べの違法など種々の申立がされており、検察官は捜査指揮に当たって慎重な配慮を要する事案であったと考えられるのに、本件のような捜査手法を選択し、被告人の犯行告白を得て、同房者供述によってそれを立証しようというのであって、その証拠能力を認めることは、将来における適正手続確保の見地からしても相当でない」。

本判決は[83]、虚偽排除の観点、人権擁護の観点、違法排除の観点を総合的に考慮して自白の証拠能力を否定したものとの見方もある[84]。本判決が総合的な考慮を行っていることはたしかであるが、虚偽のおそれとは独立して本件捜査手続が相当性を欠くこと自体からも自白の証拠能力を否定しうることを示している。また、虚偽のおそれに言及している部分についても、虚偽のおそれの有無自体を問うているというよりも、むしろ虚偽のおそれを誘発しかねない本件捜査の不

当性こそ問うているものと解しうることに鑑みると、違法排除説にたつ判例と位置づけることも可能なのではなかろうか。

（C）深夜・徹夜ないし長時間にわたる取調べ

（一）まず、リーディング・ケースである後出【68】以前の下級審判例の状況を整理しておきたい。

【59】名古屋高判昭二五（一九五〇）・五・八判特報九号六七頁

午後八時から翌朝八時まで被疑者を徹夜で取り調べて自白を得たという事案につき、次のように判示した。

「右供述調書はその体裁、記載の供述態度から観て何等その供述の任意性を疑うべき点は認められない」。「右証人Wの供述記載を検討すれば右の間同警察署において何等無理な取調をしたような形跡がなく、右自白は任意にされたものであることを首肯するに足り、他に記録を精査するも右自白の任意性に疑を狭むべき点は何等存しない結局右被告人Aの供述調書についてはその任意性を疑うべき余地がない」。

本判決は[85]、具体的に供述の強要がなされておらず取調べと自白との間の因果関係が認められないことを理由に自白の任意性を認めていることから[86]、任意性説にたつものとも解しうる[87]。しかし、任意性説にたつのであれば深夜にわたる取調べ自体が被疑者の供述の自由に与える影響の検討（すなわち、人権擁護説の観点からの検討）を要するが[88]、この点を本判決は検討していないことに加え、供述調書の「体裁、記載の供述態度」すなわち自白内容に踏み込んで任意性の判断をしていることに鑑みると、本判決は虚偽排除説に親和的な判例と解すべきであろう。

【60】仙台高秋田支判昭二六（一九五一）・一・二四判特報二二号二一四頁

被告人を午前〇時三〇分頃に緊急逮捕した後午前一時二〇分に警察署に引致し徹夜で取調べ、夜明け近くに作成され

た調書につき、次のように判示している。

「かかる取調べ方法はまことに遺憾」だが、「本件のように夜おそく現行犯を逮捕し、それに端を発して検挙をみたというような場合にあつては、その検挙に引きつづいて一応の取調べがなさるべきことは、当時の諸事情にかんがみて、これまたやむを得ない措置と認められるからその一事をもつて供述調書の任意性を否定することは当らないのであり、しかしてその供述のなされた当時、被告人の意思を圧迫したとみるべき、手段方法をとつたことを疑わせるような資料はすこしもな［い］」。

本判決は、取調べの必要性を強調している(89)。この点に着目すれば、必要性を欠き取調べが違法である場合には自白の証拠能力が否定されうることを前提としているようにも解しうる。また、本判決は、取調べによって被疑者の意思が圧迫されたか否かではなく、被疑者の意思を圧迫するような取調べ方法がとられていないことに着目して（つまり、被疑者の内面ではなく取調べ方法に着目して）自白の証拠能力を認めている。被疑者の意思を問題にしていることから任意性説の枠を超えるものではないと思われるが、違法排除説的な思考を色濃く見て取れる判例といえる。

【61】札幌高判昭二七（一九五二）・三・一七判特報一八号七九頁

「富良野地区警察署における被告人の取調は午後八時か九時頃から翌日の午前一時頃迄に亘つたことはあるが其の間被告人は何等供述を強要されては居らず取調べ時間以外は十分休養を与えられていた事実を認めることが出来るから右の如き夜間の取調べの故に直ちに其の取調は違法であり被告人の供述は任意になされたものではないということは出来ない。仮に右取調べが違法であるとしてもこれに基き作成された供述調書が証拠能力を有するか否かの問題であつて所論のような訴訟手続法令違反の問題ではない」。

本判決は、引用部分から明らかなように違法排除説について明確に否定している。また、本判決も、具体的な供述の

強要がなされていないことを理由に自白の証拠能力を肯定したものであり、【59】と同様の立場にたつ判例と解される。

【62】大阪高判昭二七（一九五二）・三・一八判特報二三号八五頁

「記録によれば本件事故の発生した時刻は昭和二四年一二月八日午後七時三五分頃で、K警部補は同夜八時から九時迄の間同被告人立会の下に現場の実況見分をしているのである。本件のような業務上過失致死事件について、捜査官がまず現場の実況を見分した後に被疑者の取調べをするのは至当の措置と言わねばならない」。「従つて右実況見分終了後自庁に帰つた上同夜一〇時頃からK警部補が被疑者の取調べをしたところで少しも非難せられる理由はない。殊に本件は貴重な人間の生命が失われたという重大な事件であるので事件直後の同夜一〇時頃取調べを開始し夜半の二時頃まで継続して取調べをしたのであるから捜査官としてなすべきことをなしたにすぎない。しかも本件においては被告人は同警部補に対して任意に自供しており、右供述が所論のような違法な取調べに基くという疑は少しもない」。本判決は、被疑者の供述の自由についても考慮してはいるが、それとは別に本件取調べの適法性について重視する姿勢を示している。本判決は、【60】と同様の立場にたつ判例と解される。

【63】名古屋高判金沢支判昭三二（一九五七）・一二・二六裁特報四巻二四号六八四頁

午後九時にはじめて自白をし始めた被疑者をそのまま翌朝七時まで取り調べて得た自白につき、次のように判示しその証拠能力を認めている。

「係官より被告人に対し、一旦休養の上、明朝取調を続行すべきや否やを問うたところ、今夜中に全部を自白して仕舞った方が気分も楽になるから、是非今夜中に調書の作成を完了して欲しいとの希望であつたので被告人の意思に従い、……取調中に屢々休息時間を与えて居り、所論のように長時間継続して取調を行い、自白を強要したような事実は、いずれも存しなかったものである。……司法警察員の叙上の措置は、被告人の自由な意思に副った方法を採用

したものであり、所論のように被告人の人権を侵害したものではない」。

本判決(90)も、深夜にわたる取調べが行われたとしても、それが被告人の任意に基づくものであり、具体的な供述の強要がなされていない限り証拠能力を認めるものであり、【59】・【61】と同様の立場にたつ判例と解される。

【64】宇都宮地判昭四五（一九七〇）・一一・一一刑月二巻一一号一一七五頁

「被告人らは……保釈許可により釈放されるまで四七日間にわたり勾留されたが、その拘束中の各被告人らに対する検察官の取調は、長期間にわたつて被告人らの睡眠の補充、休養について特段の配慮を加えないまま、ほぼ連日連夜にわたつて続けられ、甚だしきは深夜一〇時を過ぎること、前期証拠により明白に認められるだけでも被告人Oにつき一〇回、被告人Sにつき一回、被告人Tにつき六回に達し、時には同被告人につき午前〇時すぎに至つたことさえもあり、しかも執拗な理詰めによる追求がなされるなど異常な状況またはその影響の継続する状況のもとにおいてなされたものと認むべきであ」り、「任意にされたものでない疑」がある。

本判決は、深夜にわたり執拗に理詰めで追及するという「異常な状況またはその影響の継続する状況の元においてなされた」ことを理由に任意性を否定している。「異常な状況」の「影響」を問題にしていることから任意性説的な色彩も窺えるが、そのような「影響」を具体的に検討していないことから違法排除説に近接した判例とも解しうる。

【65】東京高判昭六〇（一九八五）・一二・一三刑月一七巻一二号一二〇八頁（日石・土田邸事件）

一九七三年一月二二日にA事件で逮捕されたMが、同年二月一二日にA事件で起訴されるとともにB事件で逮捕され、同年三月六日にB事件で起訴された後、同七日より、「別件起訴勾留中における余罪捜査として」本件取調べを受け、同一三日に自白をするまで、四五日間にわたり連日連夜長時間にわたる取調べを受けたという事案につき、次のように判示している。

「警察官は三月七日から一二日までの間、取調補助者を含め常に数名が在室する状況で、Mが日石土田邸事件の犯人であることの確実な証拠がないにもかかわらず、同人に対しこれがある旨告げるとともに、その弁解を聴こうとせず、同人が犯人である旨きめつけるに近い取調を、連日夜間に及ぶまでの長時間執拗に行い自白を迫つたものというほかなく、その結果Mは、同月一二日夜には自白せざるを得ない心理状態に追込まれて前記誓約書を記載したものと推認できる」。「右のような取調は、Mの人権、なかんずく黙秘権を侵害する違法なものであるとともに、同人が右三月七日から一二日までの取調にいたる前に約四五日間身柄を拘束され、連日夜間に及ぶ相当長時間の厳しい取調を受けて肉体的にも精神的にも相当疲労していたと認められることや、右三月七日から一二日までの間弁護人から助言を得る機会のなかつたことなどをも併せ考えると、虚偽の供述を誘発するおそれをも持つものといわざるを得ない。そして、後にも述べるようにMの前記三月一三日付検面中の自白は、検察官に対してなされてはいるけれども、その前日まで司法警察員によつてなされた右のような取調と無関係になされたとは到底認められず、同日作成された同人の員面における自白とともに、人権擁護及び虚偽排除の観点から、その任意性に疑いがあるものとして、……その証拠能力を否定すべきものである」。

本判決は、「人権擁護及び虚偽排除の観点から」と、明確に任意性説を支持する判例である。

【66】大阪高判昭六三（一九八八）・二・一七高刑集四一巻一号六二頁

次のように判示し、自白の証拠能力を認めた原判決を破棄・差戻した。

「本件のように、警察官が、午後九時二〇分ころ被疑者に対し職務質問を行つたのち、最寄りの派出所に任意同行を求め、その後、パトカーによる寺院二か所への引当りをはさみ、翌朝午前四時ころに至るまで、右派出所及び警察署において、その所持するウイスキーの出所又はその余の所持品の用途等について、途中、仮睡や休けい時間を与え

ずに、ほぼ間断なく取調べを続けるときは、そのこと自体が、被疑者の身心に著しい苦痛をもたらすと考えられる上、前示のように、それが任意捜査として許容される限度を逸脱した違法な取調べである場合には、その後に得られた被疑者の自白については、たやすく任意性を肯定し得ず、むしろ、このような自白には、他に、かかる違法な取調べの影響の遮断された状況で自白が得られたこと等特段の事情の存しない限り、任意性に疑いがあり、証拠能力がないものと解」される。

本判決は、[91]「違法な取調べである場合にはその後に得られた被疑者の自白については、たやすく任意性を首肯しえず」としていることから違法排除説的な色彩もみて取ることができる。しかし、違法な取調べがなされたとしても、「違法な取調べの遮断」など「特段の事情」が認められる場合には自白の任意性を肯定しうることを示していることに鑑みると、本判決は任意性説にたつものとみるべきであろう。

【67】大阪高判平一（一九八九）・三・二三判時一三二一号一五八頁

「原裁判所は、被告人の取調べに当たった検察官に対する証人尋問等新たな証拠調べを行った上、……いくつかの事情を認定して、検察官による五月一五日の取調べの時には、もはや警察での違法な取調べの影響は及んでおらず、これから遮断された状況にあったものと認められ、右取調べ時の供述の任意性に疑いを抱かせるものは見当たらないとして、検察官に対する供述調書の任意性を肯定したことが認められる。そして原判決が、検察官による取調べの時には警察での違法な取調べの影響が遮断された状況にあったと認める事由として認定した事情のうち、被告人が身体を拘束された時から四八時間以内である五月一一日午後警察での被告人に対する捜査は修了（ママ）し、被告人は、いわゆる送り込み事件として身柄付きですべての書類及び証拠物とともに検察官に送致され、その後検察官による弁解録取を受けた際警察での取調べについて訴えるようなことはなかったこと、同月一二日拘置所に勾留され、その後は警察官

が来て取調べをするようなことはなく、被告人は同所内で本を読むなどして過ごしていたこと、同月一五日検察官による取調べを受けた際も被告人から警察の取調べについて訴えるようなことはなく、取調べはスムーズに行われ、その押送にも拘置所職員が当たっていたことの各事実は、差戻前の控訴審段階までに取調べられた証拠によってはいまだ認められなかったもので、差戻後の原審において取調べられた証拠により新たに認定できる事実であり、それら事実は、警察での違法な取調べの影響を遮断し、右五月一五日に作成された検察官に対する供述調書の任意性に対する疑いを払拭するに足りる事情と認められる。そうすると、差戻後の原審が、右の各事実及びその他の原審記録上認められる諸事情を総合勘案し、右五月一五日作成された被告人の検察官に対する供述調書の任意性を肯定したことは、これを是認することができる」。

本判決は[92]、取調べの違法を認めつつ、違法の影響の遮断を認めて自白の任意性を肯定したものであり、【66】と同様の立場にたつ判例と解される。

（二）このような状況の中、リーディング・ケースが登場した。

【68】最決平一（一九八九）・七・四刑集四三巻七号五八一頁（平塚ウエイトレス殺し事件）

午後一一時頃に参考人として任意出頭した被疑者を、一睡もさせずに、途中に二、三〇分の昼休みを挟むのみで翌日午後九時過ぎまで約二二時間にわたって取り調べて自白を得た事案につき、次のように判示し、自白の証拠能力を肯定した。

「本件任意取調べは、被告人に一睡もさせずに徹夜で行われ、更に被告人が一応の自白をした後もほぼ半日にわたり継続してなされたものであつて、一般的に、このような長時間にわたる被疑者に対する取調べは、たとえ任意捜査としてなされるものであつても、被疑者の心身に多大の苦痛、疲労を与えるものであるから、特段の事情がない限り、

容易にこれを是認できるものではなく、ことに本件においては、被告人が被害者を殺害したことを認める自白をした段階で速やかに必要な裏付け捜査をしたうえ逮捕手続をとつて取調べを中断するなど他にとりうる方途もあつたと考えられるのであるから、その適法性を肯認するには慎重を期さなければならない。そして、もし本件取調べが被告人の供述の任意性に疑いを生じさせるようなものであうたときには、その取調べを違法とし、その間になされた自白の証拠能力を否定すべきものである」。本件については、「被告人から進んで取調べを願う旨の承諾を得ていた」こと、「取調べを通じて被告人が取調べを拒否して帰宅しようとしたり、休憩させてほしいと申し出た形跡」がないこと等に加え、「本件事案の性質、重大性を総合勘案すると、本件取調べは、社会通念上任意捜査として許容される限度を逸脱したものとまでは断ずることができず、その際になされた被告人の自白の任意性に疑いを生じさせるようなものであったとも認められない」。

本決定[93]の立場は必ずしも判然としないところがある。任意性説の立場から自白の証拠能力を判断したものとの見方もあるが[94]、任意性説にたつのであれば取調べが任意捜査の限界を超える違法なものであるか否かとは別に取調べが被疑者の心理に及ぼした影響を検討しなければならないが、本判決はそのような影響について必ずしも具体的に検討していない。本判決が重視しているのは、むしろ取調べの適法性であり、取調べが任意捜査として許容される限度を逸脱したものである場合にはそのことが自白の任意性に疑いを生じさせることを念頭に置いているようにも解しうる[95]。このようにみてくると、本決定は違法排除説に親和的な立場を示したものと解することができよう[96]。

（三）【68】以降の判例としては次の判例を挙げることができる。

【69】東京地判平八（一九九六）・九・三〇判時一五八七号二六頁（伊丹監督襲撃事件）

「起訴までの間、被告人Dの愛宕警察署への入房が午後一〇時を過ぎたのは、一五日（午後一〇時二五分）、二一日（午

後一〇時五五分）、二二日（二三日午前一時一〇分）、二三日（二四日午前二時二三分）の四回であることが認められ、二〇日以降夜間に及ぶ取調べが行われたことは弁護人指摘のとおりであるが、深夜零時を超えて取調べが行われたのは二日間であり、このことをもって直ちに任意性に疑いが生ずる取調べであったとはいえない」。「初めての警察官調書で、被告人Aが指揮者であったことを否定し自分の判断で犯行を実行したという調書しか取らせなかったDが、それまで強く反発していた検察官の取調べにおいて、Aが指揮者であることを認めるとともに、事実関係を相当詳細に述べているのは、自白の任意性をうかがわせる事情とみてよい」。

本判決は、深夜に及ぶ取調べそれ自体は問題としていない。また、深夜に及ぶ取調べが被疑者の供述の自由にいかなる影響を与えたのかについても具体的には検討を加えていない。本判決は、虚偽排除説にたつ判例と解される。

（D）宿泊を伴う取調べ

（一）宿泊を伴う取調べによって得られた自白の証拠能力について判断した判例は少なく、後出【72】以前の判例としては、次の二件の下級審判例が見当たる程度である。

【70】福江簡判昭四〇（一九六五）・一・二一判タ二九四号四一〇頁（長崎福江大火事件）

午前三時か三時半過ぎに任意同行を求められて警察署に赴いた被告人を午後一〇時過ぎか一一時頃まで取り調べた後、警察職員数十名が就寝する寺の御堂の真ん中に左右から職員が挟んで就寝するという態様で宿泊させ、翌日も取り調べて自白を得た事案につき、次のように判示し自白の証拠能力を否定した。

「法定の手続きによらずして違法なる身体拘束を加えたうえ、かつその拘束による心理的動揺（例えば被告人のいう、Z寺宿泊についての被告人の心理状態など。）のもとに、……さまざまな心理的強制、利益誘導的、誘導尋問的、

暗示的な不当視すべき質問を反復履行し、被告人の宿直員としての社会的責任ならびに大火の事実と、刑事責任とを、巧みに混用したり示唆若しくは暗示して、虚偽を誘発するような取調べをした疑いが極めて濃厚」である。

本判決は、「虚偽を誘発するような取調べをした疑いが極めて濃厚」としていることに加え、自白調書（五通）を詳細に検討し、調書相互の齟齬を任意性判断の資料にしていることに鑑みると、虚偽排除説にたつ判例と解される。

【71】福岡高判昭四〇（一九六五）・一二・二五判タ二九四号四〇八頁

本判決は次のように判示し、原審である【70】の判断を覆して自白の証拠能力を肯定した。

Z寺に宿泊した日は「大火災の直後でもあり、被告人のみが宿泊していた前記K倉庫から出火して大火災になり市民に迷惑をかけたので、家族にも会いたくないとの心情から、自発的に右Z寺宿泊を申出たものであることを窺うに十分であり、被告人の原審公判における供述以外にはその意思に反して泊められたものであることを推測すべき資料はな［い］」。

本判決の立場は必ずしも判然としない。ただ、【70】が認定した手続の違法性を否定していることから、手続が違法ならば自白の証拠能力を否定すべきであるが違法でないのだから証拠能力を否定する必要はないという違法排除説の立場にたつ判例と理解することも可能であろう。

（二）このような中、リーディング・ケースとなる判例が登場した。

【72】最決昭五九（一九八四）・二・二九刑集三八巻三号四七九頁（高輪グリーンマンション事件）

捜査官が、被告人を任意同行後、監視をつけて近くのホテル等に宿泊させつつ、四夜にわたって取調べて自白を得たという事案につき、次のように判示した。

本件「取調べは宿泊の点など任意捜査の方法として必ずしも妥当とは言い難いところがあるものの、被告人が任意

に応じていたものと認められるばかりでなく、事案の性質上、速やかに被告人から詳細な事情及び弁解を聴取する必要性があったものと認められることなどの本件における具体的状況を総合すると、結局、社会通念上やむを得なかったものというべく、任意捜査として許容される限界を超えた違法なものであったとまでは断じ難い」。「右任意取調べの過程で作成された被告人の答申書、司法警察員に対する供述調書中の自白については、記録上他に特段の任意性を疑うべき事情も認め難いのであるから、その任意性を肯定し、証拠能力があるものとした第一審判決を是認した原判断は、結論において相当である」。

本決定[97]は、四夜にわたる宿泊を伴う取調べの違法性を否定するとともに、「記録上他に特段の任意性を疑うべき事情も認めがたい」として自白の証拠能力を肯定している。本決定がどのような立場にたっているのかは分明とはいい難い。取調べが被疑者の供述の字湯に影響を与えるものであったか否かを検討してはいるが[98]、他方で「社会通念」にてらした取調べの違法性を問い、取調べが任意捜査の限界を超えた違法なものであると評価された場合にはそのことが当然に自白の証拠能力の否定に結びつくことを前提としているとも解しうる[99]。この点に着目すれば本決定は違法排除説に親和的な判断を示した判例とみることができる[100][101]。

(三)【72】以降の判例としては次のような判例を挙げることができる。

【73】東京地八王子支判平一(一九八九)・三・一三判時一三二〇号一六六頁

「被告人らは、昭和六三年四月一〇日、富坂警察署に弁護士と共に出頭したところ、警察では直ちに逮捕手続をとることをせず、被告人らを捜査員らと共に自動車に同乗させて、青梅警察署まで連行し、同月一四日に逮捕するまでの間、警察で指示した青梅警察署付近のホテルに宿泊させ、その付近に警察官を配置したり、被告人らを連日青梅警察署に同行して取調べを行っていたことが認められ「る」」。「捜査機関においては、本件犯行に被告人ら以外の関与

者がいるのではないかとの疑いを持っていたことや、被告人らが事前に打ち合わせをして、被告人乙川が殺人には関与していない旨の供述をしていたこと等の事情があったため慎重を期していたものであったとしても、被告人らの右出頭当時、前記のように被告人らが本件各犯行に関与していたものであることが既に捜査機関に判明していた以上、何故このような措置をとったのか理解に苦しむところであり、このようなあいまいな形で被告人らの自由を制限した右措置は、当時における被告人らのこれについての対応等を考慮すれば関係証拠の証拠能力に影響を及ぼす程の違法とは言えないまでも妥当性を欠く遺憾なものと言わざるを得ない」。

本判決は[102]、判決文から明らかなように、手続が違法性により自白の証拠能力が否定される場合のあることを正面から認めていることから、違法排除説にたつ判例と解される。

【74】大阪高判平三（一九九一）・九・一一判時一四〇八号一二八頁

午後五時頃に任意同行した後午後一一時頃まで取り調べた被疑者に宿泊を求めたところ、被疑者がこれを強く拒絶しなかったため、警察官三人で旅館客室まで送り届け、室内灯をつけたままで就寝させた（警察官二人が交代で屋外から被疑者を監視し、もう一人は被告人の部屋と廊下を隔てた旅館経営者家族の居間で仮眠するなどしていた）。翌午前七時三〇分頃警察車両で被疑者を警察署に同行し、同八時頃から取調べを開始したところ同日午後九時三〇分頃に殺人と死体遺棄の事実を自白するに至り、供述通り死体が発見されたので同一一時五五分緊急逮捕した。以上のような事案について、次のように判示した。

「原審は、被告人の捜査官に対する供述調書を採用するにあたり、……本件における旅館宿泊を伴う取調に関し、……［当裁判所の認定］とほぼ同旨の事実を認定したうえ、「好ましい捜査方法とはいえないが、捜査官が直面した緊急の状況及び強制的要素の程度などを勘案すると、未だ任意捜査として許容される限度を超えていない」旨説示し

ているところ、右説示は正当として是認することができる」。

本判決は、本件取調べが任意捜査として許容される限度を超えていないことを理由に自白の証拠能力を肯定した原判決を支持していることから、違法排除説に親和的な立場にたつ判例と解される。[103]

【75】名古屋高判平一九（二〇〇七）・七・六高検速報（平一九）号三八一頁（豊川男児略取殺害事件）

「警察官らは、逮捕状請求に先立って、当時は被疑者であった被告人を警察署に任意同行し、連続して二日間にわたって取調べを行い、この間には被告人をホテルに宿泊させて常時監視をしていたことが認められ、このような捜査手法には相当性に問題があるが、本件が重大事件で、被告人の逃走のおそれが高い一方、被告人は早い段階から略取については犯行を認めており、その時点で逮捕することも可能であったこと、任意同行や取調べの際に暴行等が行われたとは認められないこと、被告人がホテルに宿泊することに同意する旨の書面を作成していること等によれば、捜査段階の被告人の供述調書や被告人作成の書面の証拠能力を否定しなければならないほどの違法があったとはいえない。そして、取調べに際して、警察官から怒鳴られたり、机を叩かれるなどして自白を強要され、自ら作成した書面も警察官が下書きしたものを写したに過ぎないとの被告人の原審公判供述は不自然かつ不合理で、被告人の捜査段階における供述調書等の任意性に疑いを差し挟む事情があるとまではいえない」。

本判決は、手続の違法性が当然自白の証拠能力に影響を及ぼすことを認めるとともに、手続の違法性とは別に被疑者の供述の自由など任意性説の要素についても検討を加えている。もっとも、本判決は違法収集証拠排除法則を自白に適用したものではなく、自白法則の解釈として違法排除説を考慮していることから、折衷説に親和的な判例と解される。

（第三章・未完）

（1）拙稿「自白排除法則の研究（五）」『北大法学論集』六〇巻六号（二〇一〇年）九一頁。
（2）田宮裕『捜査の構造』（有斐閣、一九七一年）二八一頁。
（3）本稿序章第一節（拙稿「自白排除法則の研究（一）」『北大法学論集』五九巻二号［二〇〇八年］一七二頁以下）参照。
（4）それゆえ、判例の包括的研究がこれまで幾度も行われてきた。代表的な研究として、横井大三『判例自白法』（一粒社、一九五二年）、平場安治「自白の任意性」佐伯千仞＝団藤重光編集委員『総合判例研究叢書　刑事訴訟法（一）』（有斐閣、一九五七年）一頁、平田胤明『法務研究報告書四七集三号　自白の任意性並びに信用性に関する実証的研究』（法務総合研究所、一九六〇年）、熊谷弘他編『証拠法大系Ⅱ　自白』（日本評論社、一九七〇年）、河上和雄『自白　証拠法ノート（二）』（立花書房、一九八二年）、守屋克彦『自白の分析と評価』（勁草書房、一九八九年）三九頁、三井誠「自白の証拠能力―判例（一）－（七）」『法学教室』二三九号一〇七頁、二四〇号九八頁、二四一号八六頁、二四二号一三一頁、二四三号一〇五頁（以上、二〇〇〇年）、二四四号七二頁、二四五号九八頁、同「判例における自白排除の根拠」同二四八号八〇頁（以上、二〇〇一年）等がある。以下の叙述はこれらの先行研究の成果に多くを負っている。
（5）青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論（下）』（立花書房、一九七六年）三〇六頁、小早川義則「自白排除法則の現状と展望」佐伯千仞先生卒寿祝賀『新・生きている刑事訴訟法』（成文堂、一九九七年）一五七頁、小林充「自白法則と証拠排除法則の将来」『現代刑事法』三八号（二〇〇二年）六六頁等は虚偽排除説に重点をおいているとし、野間禮二「序説」『判例タイムズ』三九七号（一九七九年）七頁、石井一正「自白の証拠能力」大阪刑事実務研究会編著『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社、一九八九年）四〇六頁、渡辺修『被疑者取調べの法的規制』（三省堂、一九九二年）三二五頁、三井・前掲注（4）「根拠」八〇頁等は任意性説にたつとする。他方、白取祐司『刑事訴訟法［第六版］』（日本評論社、二〇一〇年）三七一頁等は違法排除説にたつとも解しうるとする。
（6）「現代裁判の課題解決をめざして―全国裁判官懇話会報告―Ⅰ」『判例時報』一三一〇号（一九八九年）五頁以下も参照。
（7）これは、自白法則ないしは自白排除の根拠に複合的な要素を挙げる他の説についても妥当する。
（8）三井・前掲注（4）「自白の証拠能力―判例（六）」七四頁参照。
（9）藤岩睦郎「自白」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編　第八巻』（有斐閣、一九五六年）一八〇〇頁、高田卓爾『刑事訴訟法［二訂版］』（青林書院新社、一九八四年）二一八頁。

(10) 三井・前掲注（4）「判例における自白排除の根拠」八一頁。
(11) 鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論新社、一九六二年）二一〇頁、柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣、一九七〇年）二一八頁。
(12) たとえば、河上・前掲注（3）書八六頁参照。
(13) 池田良兼「強制・拷問・脅迫による自白」『判例タイムズ』三九七号（一九七九年）一〇頁、藤永幸治他編『大コンメンタール刑事訴訟法　第五巻Ⅰ』二〇六頁〔中山善房執筆〕等。
(14) 田宮・前掲注（2）書二九四頁、鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造（下）』（成文堂、一九九七年）五二五頁、松尾浩也『刑事訴訟法（下）〔新版補正第二版〕』（弘文堂、一九九九年）四一頁等。
(15) 田宮・前掲注（2）書二九六頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』（創文社、一九七四年）二六五頁、松尾・前掲注（14）書四一頁。他方、鈴木茂嗣教授は、違法排除説にたちつつ強制等と自白との因果関係を必要とする立場にたたれる（鈴木・前掲注（14）書五三一頁）。もっとも、鈴木教授が必要と主張される因果関係とは、「条件関係よりは若干限定されるが相当因果関係ほどには類型化されない因果関係」であり、かなり緩やかな因果関係であることに注意すべきである。なお、鈴木教授が「ほぼ同旨」とされる渥美東洋教授の見解は、「条件関係より以上のものを含むと解すればよい」というものである（同「不当に長い抑留・拘禁後の自白」『刑事訴訟法判例百選』〔一九六五年〕一二五頁）。
(16) 岡松行雄「判批」『法律のひろば』五巻一号（一九五二年）四四頁、本田正義「判批」『警察時報』七巻二号（一九五二年）八六頁、藤野英一「判批」『判例タイムズ』三七号（一九五四年）二九頁、平野龍一「判批」『刑事判例評釈集　第一三巻』（有斐閣、一九五六年）二七六頁、椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』（信山社、二〇一〇年）二三二頁参照。
(17) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）二三〇頁注三、石川才顕「強制による自白の一事例」熊谷他編・前掲注（4）書一一九頁、田宮・前掲注（2）書二八三頁。
(18) 河上・前掲注（4）書六七頁。
(19) 本田正義「判批」『警察時報』七巻一〇号（一九五二年）五五頁、小野慶二「判批」『刑事判例評釈集　第一四巻』（有斐閣、一九五七年）六二頁参照。
(20) 守屋・前掲注（4）書一一八頁。
(21) 河上・前掲注（4）書八二頁。

（22）高田義文「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇　昭和三二年度』（法曹会、一九五八年）三七四頁、石川才顕「警察における自白強要の検察官に対する自白への影響」熊谷他編・前掲注（4）書一二三頁、谷口正孝「強制による自白の例」『刑事訴訟法判例百選［新版］』（一九七一年）一六六頁参照。

（23）石川・前掲注（22）論文一二九頁。

（24）谷口・前掲注（22）論文一六七頁。

（25）本判決が予審判事・検事調書の証拠能力を否定しなかったのは、自白の任意性に疑いのある場合の規定が刑訴応急措置法に置かれていなかったことがその背景にあることを指摘するものもある（高田・前掲注（22）論文三七七頁）。

（26）なお、本判決については、守屋・前掲注（4）書一一六頁も参照。

（27）石川才顕「強制と自白の因果関係」熊谷他編・前掲注（4）書一三二頁参照。

（28）池田・前掲注（13）論文一二頁は虚偽排除説の観点を排斥していないという理解のようである。

（29）竜岡資久「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇　昭和三三年度』（法曹会、一九五九年）四三九頁、青柳文雄「供述の任意性」『ジュリスト』二〇〇号（一九六〇年）一九〇頁、石川・前掲注（17）論文一一五頁参照。

（30）河上・前掲注（4）書七三頁。もっとも、本判決については虚偽排除説から離脱した判例であるという見方もある（竜岡・前掲注（29）論文四四四頁、青柳・前掲注（29）論文一九一頁）。なお、竜岡最高裁調査官（当時）は本判決を、「任意性と真実性とは、相関連するとはいいながら、この両者は同一のものではない。任意性の検討は真実性の検討によつて支えられることが多いであろうが、任意性の検討は真実性の検討に先立つものであると、私は、思う。原審が詳細な事実取調（特に、証人および被告人の詳細な尋問）をして任意性ありとした原判断を覆えしたことは、もちろん、批判もあり得るであろうが、私は、しみじみと、この判決の中に、被告人の人権擁護という最高裁判所としての最も崇高な理想、ヒューマニズムの温かさを感受するのである」と評された（竜岡・前掲注（29）論文四四四頁）。

（31）本件の上告審決定の研究であるが、本件についても検討を加えるものとして、岡部泰昌「捜査段階の自白の任意性・信用性と『疑わしきは被告人の利益に』の原則」『判例時報』一〇三八号（一九八二年）三頁、篠倉満「大森勧銀事件」井戸田侃編集代表『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社、一九九一年）七一七頁参照。

（32）このような判断方法について、自白の信用性判断を通して自白偏重的で先入観にとらわれた捜査手法を厳しく批判して

いるなどとして積極的に評価するものや（能勢弘之『刑事訴訟法二五講』〔青林書院、一九八七年〕六二頁。なお、篠倉・前掲注（31）論文七二八頁、日弁連人権擁護委員会編『誤判原因の実証的研究』〔現代人文社、一九九八年〕一三〇頁）、裁判実務家の立場から、取調べ状況の客観的困難さを補うためにはやむをえないと指摘するものもある（守屋・前掲注（4）書一四九頁以下）。

（33）岡部・前掲注（31）論文一八頁。この問題点については、下村幸雄「任意性・特信性の審理と判断」石松竹雄判事退官記念『刑事裁判の復興』（勁草書房、一九九〇年）二〇七頁以下に詳しい。なお、本件上告審である最決昭五七（一九八二）・三・一六判時一〇三八号三四頁は、自白の任意性の有無に触れることなく自白の信用性について詳細な検討を行っている。このように、容易に任意性を肯定し信用性判断に重点を置く判例は後を絶たない（比較的最近の顕著な例として、松山地宇和島支判平一二〔二〇〇〇〕・五・二六判時一七三一号一五三頁。この判決に疑問を呈するものとして、木谷明「自白の任意性判断などに関する提言」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』〔成文堂、二〇〇七年〕四二九頁）。

（34）能勢弘之「判批」『判例評論』三〇〇号（一九八四年）二二三頁参照。

（35）大野正男＝渡部保夫編『刑事裁判の光と陰』（有斐閣、一九八九年）七八頁以下〔石井吉一執筆〕参照。

（36）本判決が取調べ担当検事による暴行の事実を認定しながら、取調べの違法性を認めなかった点には多大の疑問が残る。判例によれば、暴行とは人の身体に対する一切の不法な攻撃方法をいい（大判昭八〔一九三三〕・四・一五大審院刑事判例集一二巻五号四二七頁）、物理力が人の身体に接触することは不要であるとして相手を驚かせる目的で相手の数歩手前を狙って投石する行為を暴行罪（刑法二〇八条）にあたるとしたものもある（東京高判昭二五〔一九五〇〕・六・一〇高刑集三巻二号二二二頁）が、取調室という密室内で、力関係で圧倒的優位にたつ検事が被疑者に暴行を加えることがなぜ違法でないのか。多大の疑問が残るところである（松本一郎『事例式演習教室刑事訴訟法』〔勁草書房、一九八七年〕ii頁以下、大野＝渡部編・前掲注（35）書一〇四頁以下〔石井執筆〕）。

（37）後藤貞人「自白調書と公判弁護」渡辺修編著『刑事手続の最前線』（三省堂、一九九六年）二二頁、橋本敏「高野山放火事件にみる代用監獄における自白強要」『自由と正義』四六巻一〇号（一九九五年）一七〇頁参照。なお、村井敏邦「取調べ全過程の録音・録画の一日も早い実現を―高野山事件の録音分析結果」『季刊刑事弁護』六一号（二〇一〇年）二五頁も参照。

（38）徳永光「身体的接触を伴った取調べと自白の任意性」『法学セミナー』六一七号（二〇〇六年）一三五頁、重松弘教「被疑者への身体的接触を伴う取調べ後の自白」『警察基本判例・実務二〇〇』（二〇一〇年）四一三頁参照。
（39）重松・前掲注（38）論文四二六頁参照。
（40）拙稿「判批」『北大法学論集』五九巻四号（二〇〇八年）三一四頁、石田倫識「暴力的取調べによる自白と量刑」葛野尋之他編『判例学習・刑事訴訟法』（法律文化社、二〇一〇年）二七七頁参照。
（41）拙稿・前掲注（40）論文三〇七頁参照。
（42）辻孝司「自白調書の任意性を否定した証拠排除決定」『季刊刑事弁護』五一号（二〇〇七年）一二二頁、中島宏「自白調書の任意性が否定された事例（証拠排除決定）」同二〇四頁、法政大学法科大学院刑事事実認定研究会「『第三回刑事事実認定研究会』結果報告　任意性審査のあり方と今後実務が向かうべき方向」『法政法科大学院紀要』五巻一号（二〇〇九年）七一頁参照。
（43）なお、本件は別件逮捕・勾留の違法性も問題となりうる事案であるが、この点について本判決は具体的に検討していない。
（44）阪村幸男「別件逮捕の適否」『昭和五三年度重要判例解説』（一九七九年）二〇三頁、岡部泰昌「都立富士高校放火事件控訴審判決」『Law School』一二号（一九七九年）一〇五頁参照。
（45）高橋金次郎「取調べの違法が自白に及ぼす影響とその遮断」大阪刑事実務研究会『刑事証拠法の諸問題（上）』（判例タイムズ社、二〇〇一年）三〇六頁参照。
（46）青木孝之「自白の証拠能力」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題［第二版］』（成文堂、二〇一〇年）一八〇頁以下参照。
（47）木谷明『刑事裁判の心［新版］』（法律文化社、二〇〇四年）五五頁以下も参照。
（48）小早川義則「判批」『法学セミナー』四六三号（一九九三年）六三頁参照。
（49）木谷・前掲注（47）書六〇頁以下参照。
（50）中川孝博「自白の証拠能力判断における脅迫事実の認定」『法学セミナー』五八五号（二〇〇三年）一一七頁参照。
（51）渕野貴生「自白の任意性の判断方法」『法学セミナー』六〇四号（二〇〇五年）一四八頁参照。
（52）Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966). 本稿第二章第一説（拙稿「自白排除法則の研究（三）」『北大法学論集』五九巻五号［二〇〇九年］六一頁以下）参照。

（53）たとえば、名古屋高判昭二五（一九五〇）・五・二九判特報九号八〇頁は、身体拘束中の取調べによって得られた自白というだけでは任意性は否定されないとする。

（54）手錠をかけたままの取調べについては、本判決以前にも、【1】、【3】等で問題となっていた。

（55）石丸俊彦「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇　昭和三八年度』（法曹会、一九六四年）一一四頁、田中久智「判批」『法律のひろば』一七巻一〇号（一九六四年）五一頁、新井旦幸「判批」『法学新報』七二巻一＝二＝三号（一九六五年）二一七頁、刑事判例研究会「判批」『警察学論集』一八巻六号（一九六五年）一四七頁、山下潔「手錠をかけたままの取調」『法律時報』三八巻九号（一九六六年）八四頁、山崎清「判批」『刑事判例評釈集　第二五巻』（有斐閣、一九六九年）一二四頁、寺尾正二「手錠を施したままの自白」熊谷他編・前掲注（4）書五六頁、横井大三『証拠　刑訴裁判例ノート（二）』（有斐閣、一九七一年）一七九頁、光藤景皎「手錠をかけたままの取調べと自白の任意性」『刑事訴訟法判例百選［第三版］』（一九七六年）一八六頁、神宮寿雄「判批」『研修』三六八号（一九七九年）一一三頁、鈴木義男「手錠をかけたままの取調べと自白の任意性」『刑事訴訟法判例百選［第四版］』（一九八一年）一四八頁、稲田輝明「手錠を施したままの取調べ」『警察関係基本判例解説一〇〇』（一九八五年）一六七頁、刑事判例研究会「判批」『捜査研究』四四七号（一九八九年）五二頁、加藤晃久「手錠を施したままの自白」『警察実務判例解説［取調べ・証拠篇］』（一九九二年）二五頁、小黒和明「判批」『研修』五九七号（一九九八年）七五頁、鎌倉正和「手錠等を施したままの自白」『警察基本判例・実務二〇〇』（二〇一〇年）四二七頁参照。

（56）稲田・前掲注（55）論文一六八頁、鎌倉・前掲注（55）論文四二八頁参照。

（57）大野平吉「自白法則」『ジュリスト』五〇〇号（一九七二年）四五八頁、光藤・前掲注（55）論文一八七頁等。

（58）手錠による心理的圧迫を被疑者に加えておきながら、取調べが終始おだやかであったということからはたして自白の任意性を認めうるのか、多大の疑問が残る。取調べが「おだやかであるかどうかということは外面的な問題で、心理的に圧迫された状態にあったかどうかということは内面的な問題」（横井・前掲注（55）書一八一頁。横井元検察官は手錠を施したまま取調べを行うこと自体に疑問を呈される）との指摘があるように、「心理的な圧迫がありながら外面的には終始おだやかな取調べが行なわれることもありうることである」（光藤・前掲注（55）論文一八七頁）。人権擁護説は、被疑者の心理面に着目し、供述の自由の侵害の有無を問う説であるから、本件のような事例では自白排除の必要性は高いのではないか。

本判決は規範と当てはめに齟齬が生じているといわざるをえない（寺尾・前掲注（55）論文五九頁も参照）。

（59）ただし、本判決は、手錠と自白との間に因果関係がある場合に限り自白の証拠能力が否定されるという立場にたつものではないことは明らかである（石丸・前掲注（55）論文一一六頁。なお、澤新「手錠をかけたままの取調べ」河上和雄編『刑事裁判実務体系一一　犯罪捜査』［青林書院、一九九一年］四七二頁）。

（60）寺尾・前掲注（55）論文五九頁、平田胤明＝日野正晴「自白の任意性」平野龍一＝松尾浩也編『実例法学全集　刑事訴訟法［新版］』（青林書院、一九七七年）四二三頁、鈴木・前掲注（55）論文一四九頁、白取祐司『論文講義刑事訴訟法』［早稲田経営出版、一九九〇年］二三六頁、寺崎嘉博「自白法則について」三井誠他編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』［成文堂、二〇〇七年］四二三頁等参照。

（61）寺尾・前掲注（55）論文五九頁。

（62）なお、本判決は先例として【1】を掲げている。たしかに、【1】においても手錠をかけたままの取調べが問題となってはいるが、【31】においては【1】について特に言及されていない。

（63）なお、大阪高決昭和四八（一九七三）・三・二七刑月五巻三号二三六頁（証拠排除決定）も参照。

（64）金隆史「私人を同席させて得た自白」熊谷他編・前掲注（4）書八〇頁参照。

（65）谷口正孝＝太田幸夫「数人がかりの取調による自白」熊谷他編・前掲注（4）書七三頁参照。

（66）本田正義「判批」『警察時報』一〇巻七号（一九五五年）五五頁参照。

（67）なお、平場安治博士は、この点に関連して、「このような興奮状態における追及的取調は、通常の心理状態におけるよりは一層軽微の程度においても任意性を失わしめることがあることを知らなければならない」と指摘される（平場・前掲注（4）論文五一頁）。

（68）郷成文「『豊橋母子三人殺し』事件における自白の信用性と任意性」『ジュリスト』五七四号（一九七四年）九五頁参照。

（69）守屋・前掲注（4）書一三三頁も参照。

（70）岡田光了「理詰めの質問による自白」熊谷他編・前掲注（4）書一三二頁以下。なお、従前の判例においても、取調べは理詰めにならざるをえないことが指摘されてきたが（東京高判昭四二［一九六七］・一・三〇東高刑時報一八巻一号一九頁、東京高判昭五八［一九八三］・七・一三高刑集三六巻二号八六頁等）、判例の中にはこのよう

な点を過度に強調するものもみられる。たとえば、東京高判昭四五（一九七〇）・三・三判時六〇六号九七頁は「供述の任意とは自発的ということではない。犯行を否認する被疑者に対し、不審とおもわれる点をあれこれ問い糺すことは、それが法の規定を逸脱しないかぎり、捜査官としては、むしろ当然なすべきことである」とし、また、福岡高宮崎支判昭五四（一九七九）・三・一六判時九六五号一一九頁は「供述が変る度毎に、従前の供述との矛盾を厳しく追求されることは当然のことであ［る］としているが、このような考え方を推し進めていけば、手続の適正や被疑者の供述の自由を危うくすることにならないだろうか。

（71）平場・前掲注（4）論文四一頁、岡田・前掲注（70）論文六九頁、河上・前掲注（4）書二八五頁。

（72）岡田・前掲注（70）論文六七頁参照。

（73）光藤景皎「刑事訴訟における違法行為の違法とその効果（一）」『法学志林』五七巻二号（一九五七年）一三九頁、同「ポリグラフ検査の法律問題」『法律時報』三九巻二号（一九六七年）九八頁、久米喜三郎「違法な科学検査と自白」『判例タイムズ』三九七号（一九七九年）四六頁、浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』（有斐閣、一九九四年）一〇九頁、田宮裕『変革のなかの刑事法』（有斐閣、二〇〇〇年）一七六頁、浅田和茂「科学的証拠」村井敏邦他編『刑事司法改革と刑事訴訟法（下）』（日本評論社、二〇〇七年）八〇四頁等参照。

（74）久米・前掲注（73）論文三九七頁。

（75）石井春水「判批」『警察時報』一九巻一二号（一九六四年）六五頁、田村達美「判批」『捜査研究』一六二号三九頁、西川潔「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇　昭和三九年度』（法曹会）五二頁（以上、一九六五年）、青柳文雄＝加藤久雄「判批」『法学研究［慶應義塾大学］』四〇巻一号（一九六七年）一三八頁、渥美東洋「判批」『刑事判例評釈集　二六巻』（有斐閣、一九七〇年）六六頁、内藤丈夫「ポリグラフ検査と自白」熊谷他編・前掲注（4）書二〇六頁、吉川壽純「判批」『研修』三七一号（一九七九年）九九頁参照。

（76）岡田悦典「刑事判例レビュー」『季刊刑事弁護』一六号（一九九八年）一二六頁参照。

（77）白取祐司「自白法則の閉塞状況と課題」『季刊刑事弁護』一四号（一九九八年）三四頁。

（78）高橋幹男「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇　昭和三二年度』（有斐閣、一九五八年）二八三頁、光藤景皎「判批」『刑事判例評釈集　第一九巻』（有斐閣、一九九〇年）八五頁、鈴木義男「判批」『法学セミナー』一七号（一九五七年）七六頁、

横井・前掲注（55）書一六八頁、寺尾正二「糧食差入の禁止と自白」熊谷他編・前掲注（4）書一八〇頁参照。

（79）三井・前掲注（4）「判例における自白排除の根拠」八三頁。

（80）光藤・前掲注（78）論文八八頁。

（81）高橋・前掲注（45）論文三一六頁参照。この点、寺尾・前掲注（78）論文一八三頁は、因果関係がないことの挙証責任が検察官にあることを確認したものであるとする。

（82）高田昭正「代用監獄と自白の任意性」『法学セミナー』四三九号（一九九一年）一一九頁、大出良知「DAIYOU KANGOKU ってなに？」『法学セミナー』四四五号（一九九二年）七九頁、福井厚「代用監獄における自白」『平成三年度重要判例解説』（一九九二年）一八六頁、村井敏邦『刑事訴訟法』（日本評論社、一九九六年）一一八頁参照。

（83）斎藤司「判批」『速報判例解説』三号（二〇〇八年）二〇九頁、横光幸雄「同房者をスパイとした捜査を証拠排除した無罪確定」『季刊刑事弁護』五五号（二〇〇八年）一〇〇頁、中島宏「判批」同一七二頁、豊崎七絵「警察拘禁の実際的意義―引野口事件を素材として」福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社、二〇〇九年）一二一頁参照。

（84）斎藤・前掲注（83）論文二一〇頁、中島・前掲注（83）論文一七二頁。

（85）岡村治信「徹夜または夜間の継続的取調による自白」熊谷他編・前掲注（4）書一五八頁参照。

（86）白井駿「夜間の取調べ」『警察関係基本判例解説一〇〇』（一九八五年）一六六頁。

（87）「無理な取調」という文言の中に人権擁護・虚偽排除の観点による価値判断が含まれているとの指摘もある（岡村・前掲注（85）論文一六二頁）。

（88）「一般に徹夜または深夜捜査の必要性・捜査官の職務行為としての妥当性を、被疑者の人権保障・虚偽排除の原理の価値判断にどの程度斟酌すべきかは、かなり微妙な問題である」との指摘もあるが（岡村・前掲注（85）論文一六〇頁）、任意性説は、捜査の違法性にかかわらず被疑者の供述の自由を侵害するような取調べに着目する点にその真価があるのであるから、このような比較考量の妥当性には疑問の余地があろう。

（89）平場・前掲注（4）論文四六頁参照。

（90）白井・前掲注（86）論文一六五頁、八澤健三郎「夜間の取調べ」『警察基本判例・実務二〇〇』（二〇一〇年）四三九頁参照。

（91）石毛平蔵「判批」『捜査研究』四六一号（一九九〇年）五一頁、実務判例研究会編著『判例から学ぶ捜査手続の実務Ⅲ』

（二〇〇六年）一三一頁参照。

（92）高橋・前掲注（45）論文三〇六頁参照。

（93）稲田伸夫「判批」『捜査研究』四五四号（以上、一九八九年）六一頁、石毛平蔵「判批」『捜査研究』四五七号九九頁、上口裕「判批」『判例評論』三七五号六八頁、白取祐司「任意捜査としての徹夜の取調べの適法性」『法学セミナー』四二四号一二九頁、多田辰也「任意捜査としての被疑者取調べの許容限度」『法学教室』一一三号八二頁、光藤景皎「長時間の被疑者の取調べが違法とされなかった事例」『平成元年度重要判例解説』一七六頁（以上、一九九〇年）、出田孝一「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇　平成元年度』（法曹会）一九八頁、酒巻匡「任意取調べの限界について」『神戸法学年報』七号二八一頁、島伸一「判批」『警察研究』六二巻二号三四頁（以上、一九九一年）、伊藤鉄男「任意取調べ（その三）」『捜査研究』四九一号四七頁、伊藤鉄男「任意取調べ（その四）」『捜査研究』四九二号五六頁、多田辰也「長時間の取調べ」『刑事訴訟法判例百選［第六版］』一八頁、三浦正充「深夜・長時間の取調べにおける自白」『警察実務判例解説［取調べ・証拠篇］』二八頁（以上、一九九二年）、椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』（信山社、一九九三年）九三頁、小黒和明「判批」『研修』五九六号（一九九八年）六九頁、小山雅亀「長時間の取調べ」『刑事訴訟法判例百選［第七版］』（一九九八年）一八頁、寺崎嘉博「任意取調べの限界」『法学教室』二五六号（二〇〇二年）一〇頁、福井厚「長時間の取調べ」『刑事訴訟法判例百選［第八版］』（二〇〇五年）一八頁、実務判例研究会編著・前掲注（91）書二一三頁、佐藤隆之「在宅被疑者の取調べとその限界（三）」『法学［東北大学］』七一巻二号（二〇〇七年）四五頁、白川靖浩「徹夜及び長時間の取調べにおける自白」『警察基本判例・実務二〇〇』（二〇一〇年）四二〇頁、前田雅英「自白の任意性と自白獲得方法の違法性」『警察学論集』六三巻九号（二〇一〇年）一二九頁参照。

（94）三井・前掲注（4）「判例における自白排除の根拠」八〇頁。

（95）酒巻・前掲注（93）論文三〇一頁以下、福井厚『刑事訴訟法講義［第四版］』（法律文化社、二〇〇九年）三四二頁。

（96）なお、本決定には、本件取調べは「許容される限度を越え違法なものであったというほかなく、そのような取調べの間になされた被告人の自白については、その任意性に疑いがあるものというべきである」とする坂上壽夫裁判官の反対意見が付されている。この反対意見は、明快に違法排除説にたつものである（三井・前掲注（4）「判例における自白排除の根拠」八一頁）。

（97）鈴木義男「判批」『判例評論』三一〇号（一九八四年）六四頁、宇津呂英雄「判批」『警察学論集』三七巻五号一四五頁、河上和雄「判批」『判例タイムズ』五二八号四七頁、木藤繁夫「判批」『警察公論』三九巻一一号三八頁、古田佑紀「判批」『捜査研究』三三巻八号二二頁、山崎裕人「判批」『警察学論集』三七巻六号四九頁、飼手義彦「判批」『研修』四四五号一二九頁、竹村照雄「判批」『法学新報［中央大学］』九二巻三＝四号二五三頁、長沼範良「被疑者をホテル等に宿泊させて続行した取調べの適否」『昭和五九年度重要判例解説』一九二頁、渡辺忠嗣「最高裁刑事破棄判決の実情―昭和五九年度―（二）」『判例時報』一一五六号二二頁（以上、一九八五年）、芝原邦爾「宿泊を伴う取調べ」『刑事訴訟法判例百選［第五版］』八六頁、田口守一「宿泊を伴う取調べ」『法学セミナー』三七八号一一三頁（以上、一九八六年）、龍岡資晃「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇　昭和五九年度』（法曹会、一九八八年）一六九頁、飯柴政次「任意同行と逮捕（四）宿泊を伴う取調べ」『警察実務判例解説［任意同行・逮捕篇］』三九頁、石毛平蔵「判批」『捜査研究』四五八号（以上、一九九〇年）八九頁、基本判例研究会「判批」『捜査研究』四七〇号一二九頁、酒巻・前掲注（93）論文二八一頁（以上、一九九一年）、浅田和茂「宿泊を伴う取調べ」『刑事訴訟法判例百選［第六版］』一六頁、伊藤鉄男「任意取調べ（その一）（その二）」『捜査研究』四八九号六一頁、四九〇号四四頁、渡辺修『被疑者取調べの法的規制』（三省堂）二七九頁、（以上、一九九二年）、小黒和明「判批」『研修』五九六号（一九九八年）六七頁、寺崎嘉博「任意取調べの限界」『法学教室』二五六号（二〇〇二年）一〇頁、原田國男「宿泊を伴う取調べ」『刑事訴訟法判例百選［第八版］』（二〇〇五年）一六頁、佐藤隆之「在宅被疑者の取調べとその限界（二）」『法学［東北大学］』六九巻五号（二〇〇六年）五九〇頁、実務判例研究会編著・前掲注（91）書一六二頁、岡部豪「宿泊を伴う取調べ―高輪グリーン・マンション事件」『警察基本判例・実務二〇〇』（二〇一〇年）四一七頁、椎橋・前掲注（16）書二七頁参照。

（98）三井・前掲注（4）「判例における自白排除の根拠」八一頁。

（99）酒巻・前掲注（93）論文三〇一頁以下、福井厚『刑事訴訟法講義［第四版］』（法律文化社、二〇〇九年）三四二頁。

（100）任意取調べの限界について、従前の下級審判例は、退出が著しく困難であったことを示す一定の状況があれば、もはや逮捕の域に達し違法であるとの判断を積み重ねてきた（佐賀地決昭四三［一九六八］・一二・①判時五六四号九四頁、青森地決昭五四［一九七九］・八・一七判時八七一号一一三頁、富山地決昭五四［一九七九］・七・二六判時九六四号一三七頁等）。本決定は、このような判断方法を変更したもの（上口裕「被疑者の任意同行と取調べ」『刑事訴訟法の争点［第三版］』［二〇〇二

年」五六頁等）、すなわち、任意取調べの限界基準を、被疑者の滞留の任意性から、社会通念にてらした許容性に転換したものである。この点も、本決定が任意性説よりも違法排除説に親和的であることの一つの根拠となりえよう。

(101) なお、本決定には、「任意捜査としてその手段・方法が著しく不当で、許容限度を超えるものというべきであるり」、違法捜査抑制の見地からも、その間に得られた証拠能力を否定すべきで、「これが憲法三一条等の精神にそうゆえんのものであると考える」とする木下忠良・大橋進両裁判官による意見が付されている。この意見は明確に違法排除説にたつものと解される（龍岡・前掲注（97）論文一六九頁以下、酒巻・前掲注（93）論文三〇一頁以下）。ただし、二か月余を経て被告人が逮捕された後にした自白については、任意捜査における違法状態の影響は及んでいないとして証拠能力を肯定していることから、（影響の理解にもよるが）木下・大橋意見が徹底した違法排除説にたつものか否かについては定かではない。

(102) 白取祐司「逮捕できるのに任意の宿泊を継続させて得られた供述の証拠能力」『法学セミナー』四二一号（一九九〇年）一〇三頁、野口元郎「判批」『研修』五七七号（一九九六年）六五頁参照。

(103) なお、本判決は上記判示に続いて、「逮捕の時間的制約を潜脱したとの誇りを招かないよう留意する必要がある」とした上で、本件任意取調べ開始から逮捕後検察官送致までに要した時間が四八時間以内（刑訴法二〇三条一項参照）であったことについて言及している。この点について、「任意性に問題がないのであれば逮捕の時間的制約の潜脱の問題は生じないのであるから、やはり任意性に問題があったので、警察は四八時間以内に送致したのであり、判決もそれに言及したのであろう」との指摘もある（浅田・前掲注（97）論文一七頁）。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「自白排除法則の研究」（二〇〇八年三月二五日学位授与）に補筆したものである。

講　演

クロアチア共和国の相続法

タチアナ・ヨシポヴィッチ
（ザグレブ大学）
翻訳：藤原　正則

一．法源

クロアチア共和国では、二〇〇三年一〇月三日から新しい相続法（ＥＧ）が施行されている。[1][2] 新相続法は相続実体法

と手続法のルールを定めている。新相続法によって、クロアチアには多くの新しい制度が導入された。新法の重要部分は、法定相続、遺留分、遺言の方式、および、遺言作成の方式と相続契約に関するものである。手続法の改正で重要なのは、遺産［の確認］手続の管轄の変更と関係している。[1] つまり、手続の実施は、国家から委託された特別な委員である公証人に委ねられた。[2][3] さらに、新相続法により、クロアチア法圏に始めて遺言の登録制度が導入されるに至った（EG六八条）。[4]

相続法の他に、クロアチアでは相続に関しては以下のような重要な法源が存在する。すなわち、婚姻、養子、後見、および、夫婦間と婚姻外の共同生活者の財産関係を規律する二〇〇三年の親族法（FamG）。[5] 終身の扶養、財産譲渡契約、扶養契約を取り扱う債務関係に関する法律［債務法］。[3][6] 財団の設立を規律する財団法である。[7] 相続に関する手続は、非訟手続として多くの部分が相続法でルールが与えられている。それを補充する法源として、新法施行以前と同様に、一九三四年の非訟事件手続法の法規定が適用されている。

二．クロアチア相続法の原則

新相続法によっても、改正以前の相続法が既に導入していたクロアチア相続法の全ての原則はクロアチア法圏内では維持されている。クロアチア相続法では、従前と同様に、被相続人の死亡と同時に相続人は直接に被相続人の包括承継人となる直接の包括相続原則が強制される制度がとられている（EG五条一項）。[8] 法律上当然の相続の原則により、被相続人の死亡と同時に相続権が取得され、その際に特別な取得行為や相続の承認に関する相続人の特別な意思表示を要しない。被相続人の死亡と同時に、死亡者の財産は法律により相続人の財産に移転する（EG四条四項、一一九条）。[9][4]

もちろん、相続の承認・放棄は自由であり、自分が希望しなければ相続人となる必要はない。相続人が相続を放棄したときは、相続人でなかったことになる（EG四条四項、一三〇条など）[10]。

平等相続の原則は維持されており、自然人（男女、婚内子、婚外子）は相続に関して同一の処遇を受ける（EG二条一項）。以上の平等原則は、相互主義の下でクロアチア市民と相続に関して同一視される外国人にも適用される（EG二条二項）[11]。しかも、新法では改正前の相続法よりも平等原則はより強く表現されている。男女、婚内子、婚外子だけでなく、婚姻外のパートナー（共同生活者）も配偶者と同様に扱われている（EG八条二項）。クロアチアの新相続法では相続権は限定されており（numerus clausus）、相続権の根拠となるのは遺言か法定相続に限られる（EG四条三項）。遺言による処分には自由な終意処分の原則が適用されるが、遺留分に関する規定に抵触することはできない（EG七条）。相続の法的基礎の重畳の原則によれば、遺言と同時に法律によって相続することが可能である。この原則が適用されるのは、全財産が遺言によって分割されるのではなく、その一部が分割される場合である。遺言が関係する部分は、遺言に基づき遺言により指定された相続人に相続される。遺言によって分割されない遺産の部分は、法律に基づいて法定相続人に帰属する。さらに、遺言によって遺留分相続人の権利が侵害された場合にも、相続の法的基礎の重畳が発生する。遺言による処分が遺留分侵害で効力を失った部分では、遺留分相続人の相続の法的基礎を与えるのは法律である。

三．法定相続

三．一．潜在的な法定相続人

相続法は遺言と法定相続を相続の原因と規定している。相続法の規定によれば、相続権は遺言又は法律に基づいて取

得される（EG四条三項）。遺言は法定相続に優先する。法定相続が適用されるのは、被相続人が遺言を行わなかったとき、遺言能力の欠缺により遺言が無効のとき（EG二六条）、遺言者の意思表示に瑕疵があるか方式違背で遺言が効力がないとされたとき（EG二七条、二八条、二九条）、遺言者が遺言を撤回したが、撤回しても新たに効力を持つ撤回以前の遺言が存在しないとき（EG六四条、六五条二項）、および、それ以外の法律の規定する事例（例えば、EG四一条、四四条など）ではないときである。以上にあげた総てのケースでは、相続法八条から二五条のルールによる法定相続の規定によって、被相続人の相続人が決定される。遺言による相続人指定がない場合に、誰が被相続人の法定相続人となるのかを、法定相続の規定は定めている。

法定相続人となるのは、被相続人の［血族である］直系卑属、養子、および、養子の直系卑属[12]、被相続人の配偶者[13]、両親、および、両親の直系卑属、および、それ以外の直系尊属である（EG八条一項）。新相続法では、潜在的な相続人には、配偶者と同一視される被相続人の共同生活者も含まれる（EG八条二項）。さらに、養親の他に、養親の血族、および、養子の血族も法定相続人となる（親族法（FamG）一四八条二項）。相続人となりうるのは、被相続人の死亡時に生存していた人間に限られる（EG一二四条一項）。相続の開始の時点で懐胎されていた子は、生きて出生すれば出生していたものとみなされる（EG一二四条二項）。つまり、子が生存して出生すれば、被相続人の死亡時に既に出生していたかのように、子は相続人となる（nasciturus pro jam nato habetur）。

新法の極めて新しいところは、被相続人の共同生活者を法定相続人としていることである（EG八条二項）。共同生活者は相続法では配偶者と同じ扱いを受ける。共同生活者は法定相続人とみなされるから、遺留分に関しても配偶者と同じである。だから、配偶者が潜在的な法定相続人とされている場合には何時でも、婚姻関係にない共同生活者も法定相続人となる。配偶者に適用される相続法の規定の総ては、それを排除する規定が存在しない限りは、婚姻外の共同生

活者にも適用される。その結果、法定相続人および遺留分のある相続人としての配偶者に関する総ての規定は、共同生活者にも適用される。

相続法では、婚姻関係にない男女の生活共同体も、それが長期間にわたって継続し、被相続人の死亡によって解消されたときは、婚姻外の共同体とみなされるが、それは有効な婚姻の要件を具備した場合に限られる（EG八条二項）。親族法の定義では、婚姻外の共同体とは最低三年間の共同生活を送っていたか、それより短い期間でも共通の子を持つ、他の生活共同体に属さない非婚の男女の共同体である（FamG三条）。被相続人との生活共同体が継続的に解消されていたときは、婚姻外の共同生活者には相続権がない（EG一五条三項）。これに対して、同性の共同体で生活するパートナーには、相互の法定相続権は承認されていない[14][15]。

死者に相続人が存在しないときは、遺産は相続人のない財産として相続法に規定された特定の地方自治体、又は、市に帰属する（公共財産のための失権の原則）。地方自治体、又は、市は被相続人の相続人の地位に就き、相続放棄することはできない（EG六条）。被相続人の不動産、および、それと同視すべき権利は、これらの権利が存在する地域の地方自治体ないしは市に移転する（EG二〇条一項）。動産、および、それと同視すべき権利は、被相続人が死亡時にクロアチア共和国の地域に住所を有していた地方自治体ないしは市に移転する（EG二〇条二項）。

相続人が知れないときは、裁判所は官報の公告、および、それに相応しい方法で、相続権を主張する者に裁判所に申し出るよう要請する必要がある（EG一二七条一項）。その後六ヶ月以内に相続人が現れなかった時に始めて、被相続人は相続人なしで死亡したものとみなされる。その際は、裁判所は遺産は地方自治体ないしは市の所有となると決定を行うことになる（EG一二七条二項）。ただし、それによって後に申し出た相続人の相続法一三八条のルールによって相続回復請求権により遺産を請求する権利が失われるわけではない[15]。

三．二．相続能力

法律が特別な規定をおかない限りは、総ての人間には相続能力がある（EG四条二項）。ただし、特定の被相続人との関係で相続人となれない者、すなわち、相続能力はあっても特定の被相続人の相続人となれない者も存在する（相対的な相続能力の欠如）。相対的に相続能力を欠く者とは、相続法一二五条が制限列挙する相続欠格の事由がある者である。相続欠格事由に当たるのは、（a）被相続人を故意に殺害するか殺害しようとした者、（b）被相続人を暴力又は強迫により、又は、詐欺で、遺言を作成させるか、遺言、もしくは、遺言の一部を撤回させるか、又は、遺言の作成・撤回を妨害した者、（c）被相続人の終意の実現を妨げる意図で被相続人の遺言を破棄又は隠匿した者、および、被相続人の遺言を偽造した者、および、（d）被相続人に対して法律上の扶養義務を負うにもかかわらず、扶養義務の履行を重大な程度で怠った者、自己の生活を危殆に曝すことなく給付が可能だったにもかかわらず、被相続人に対する不可欠な援助を拒んだ者、又は、被相続人を援助せず生命・健康の危険な状況（窮状）に放置した者である。

以上の欠格事由の一つにでも該当する者は、法定相続人、遺言相続人、遺留分相続人となることはできない。扶養義務の不履行、必要な援助の拒絶、および、被相続人の救助の放棄の場合を除いて、裁判所は職権で相続欠格を判断する（EG一二六条三項）。その結果、欠格者に代わって、欠格者が被相続人以前に死亡したかのように、欠格者の直系卑属が被相続人を相続する（EG一二六条一項）。被相続人が宥恕すれば相続欠格は消滅する。宥恕の意思は、有効な遺言と同様の方式で表示される必要がある（EG一二六条二項）。つまり、宥恕の意思は、書面で、かつ、有効な遺言と同様の方式で行うことができる。

三．三．相続放棄

特定の被相続人を相続することを望まない相続人は、相続の放棄をすることができる。このことは、それを望まないなら相続人となることを強制されないという相続の任意性の原則に合致している。相続人は公正証書による意思表示、又は、裁判所の調書による意思表示で相続を放棄でき、しかも、遺産手続の第一審裁判所での決定までは相続放棄が可能である（ＥＧ一三〇条一項）。相続放棄の意思表示が可能となるのは、相続が開始してから、つまり、被相続人の死亡後である[16]。相続の放棄は相続人の直系卑属にも効果を及ぼすが、自分の名前でだけ相続が放棄されたときは、その限りではない（ＥＧ一三〇条二項）。放棄の意思表示の撤回はできない[17][18]。相続分又は相続分の一部を既に処分した相続人は、相続の放棄はできない（ＥＧ一三一条一項）。

自分の名前で相続を放棄した相続人は、相続人でなかったものとみなされる（ＥＧ一三〇条四項）。相続を放棄した相続人は、遺産に属する権利義務を一切取得せず、被相続人の債務を負うこともない。相続を放棄した遺言相続人の相続分は、それに反する遺言者の意思が遺言から明らかにならない限りは、被相続人の法定相続人に帰属する（ＥＧ一三六条）。自分の名前だけで相続を放棄した法定相続人の相続分は、放棄した相続人が被相続人以前に死亡したと同様に相続される（ＥＧ一三七条）。その結果、代襲原則により、相続を放棄した相続人の直系卑属が相続する。相続人が直系卑属の名前で相続放棄したときは、増加原則が適用され、放棄者の相続分は同一順位の法定相続人の相続分を増加させる。

三．四．法定相続のルール

法定相続人は相続の順位に従って相続する（ＥＧ八条三項）。潜在的な法定相続人の誰が相続で優先するのかは、相続の順位が定めている。複数の法定相続人が同じ被相続人の相続に同時に関与したときは、法定相続の規定が個々の

法定相続人の相続割合を定めている。潜在的な法定相続人の相続割合は、新相続法でも両親からの相続（Parentelen-system）の原則に基づいている。両親からの相続の原則によれば、被相続人の血族には法定相続のルールが与えられている。つまり、同一の両親を持つ自然血族、つまり、共通の祖先を持つ血族の集団に属する者は、同一の相続上の地位を与えられている。その他に、被相続人と養親子関係にある者、および、配偶者と共同生活者にはそれぞれに相続上の地位が与えられている。

それぞれの相続順位の間では、限定（排除）の原則が適用される。上位の相続順位の相続人は、下位の相続人を排除する（EG八条四項）。上位の相続人が存在する限りは、下位の相続人が相続することはない[19]。同順位の相続人間の関係は、代襲原則と増加原則（相続分の増加原則）が基礎となっている。代襲原則により、潜在的な法定相続人が相続しなかった相続分は、その直系卑属が相続する（EG一〇条、一二条、一三条、一五条二項、一六条[20]）。増加原則により、その理由の如何を問わず、潜在的な法定相続人に相続されなかった相続分は、その相続分について第一順位と定められた同一順位の人間（共同相続人）の中の親等の最も近い人間である他の相続人の相続分を増加させる（EG一一条五項、一三条、一六条、一八条三項、四条、五条、一九条[21]）。

相続法により被相続人の子と子の直系卑属、養子および養子の直系卑属、配偶者、共同生活者は、第一順位の相続人となる。相続法九条一項では、まず被相続人の子と配偶者が相続する。相続人となることでは、婚内子も婚外子も変わりはない。婚外子とその直系卑属も、婚内子とその直系卑属と同一扱いされている。子と配偶者の相続分は平等である（EG九条一項[22]）。子が被相続人より先に死亡したときは、第一順位の間では代襲原則が適用される。代襲原則が適用されるのは、子の直系卑属が存在する限度でである。

被相続人が直系卑属を残さなかったときは、法定相続は第二順位のルールによって決定される。この場合には、被相

続人の両親と配偶者が相続する（EG一一条二項）。配偶者の相続分は半分であり、両親は残りの半分を相続する（EG一一条二項）[7]。被相続人に配偶者がなかったときは、両親は遺産の全てを同一割合で相続する（EG一一条四項）。新相続法は第二順位内での配偶者の相続権を重要な部分で強化している。具体的には、配偶者の地位は、第二順位内では増加原則が代襲原則に対して優先されることで強化されている。だから、被相続人に配偶者があり、両親が被相続人より先に死亡していたときは、配偶者は相続財産の全部を相続する（EG一一条三項）[23]。このルールは、被相続人の両親に直系卑属がいても変わらない[24]。代襲原則が適用されるのは、配偶者が存在せず、両親の双方又は一方が死亡したときに限られる（EG一二条）[25]。

被相続人に直系卑属、配偶者も両親も存在せず、被相続人の両親に直系卑属がいなかったときは、第三順位の法定相続人が相続する。この場合には、被相続人の祖父母が相続する（EG一四条一項）。相続財産の半分は父方の祖父母が、残りの半分は母方の祖父母が相続する（EG一四条一項）。同一血統の祖父母は（父方も母方も）相続分を等しくする（EG一五条一項）。同一の血統の尊属の一人（祖父又は祖母）が先に死亡していたときは、代襲原則が適用され、相続法一五条二項により、死亡した祖父母の子、孫、曾孫、および、その他の直系卑属が相続する。

第四順位の相続人は、被相続人の曾祖父母である（EG一七条一項）。第四順位の相続人が相続するのは、第一、第二、第三順位の相続人が存在しない場合である。相続財産の半分は父方の、残りの半分は母方の曾祖父母が相続する（EG一七条二項）。父方の曾祖父に帰属する相続分の半分は父方の祖父の両親が相続し、他の半分は、父方の祖母の両親が平等で相続する（EG一八条一項）。母方の曾祖父母に帰属する相続分にも同じことが当てはまる。

三．五．被相続人の債務に対する相続人の責任

相続人は被相続人の債務に関して相続財産の価値の範囲で責任を負う（ＥＧ一三九条三項）。複数の相続人が存在するときは、被相続人の債務に関して連帯して責任を負うが、各自の相続分の範囲でである（ＥＧ一三九条四項）。それと異なった定めがない限り、相続人間では債務は相続分の多寡で分割される（ＥＧ一三九条五項）。相続人は被相続人の債務に関して自己の財産と相続財産で責任を負うが、相続した財産の限度でである。ただし、被相続人の債権者は遺産を相続人の財産と分離することを請求できる（相続財産の分離［第一種財産分離］、separatio bonurum）。その結果、被相続人の債権者は、相続人の債権者に優先して、相続財産から弁済を受けることができる。相続財産の分離が行われたときは、相続人は遺産に属する物と権利の処分はできず、分離を申立した被相続人の債権者が満足を受けるまでは、相続人の債権者は相続財産から満足を受けることができない（ＥＧ一四〇条二項）。相続財産の分離がみとめられるのは、相続開始から三ヶ月以内に債権者が分離を申立し、かつ、債権の存在と分離がなければ債権の満足が危殆に瀕すると疎明したときである（ＥＧ一四〇条一項）。債権者の申立で、裁判所は債権者の費用で相続財産の管理を命じることができる（ＥＧ一四〇条五項）。

三．六．相続人共同体［共同相続］と遺産分割

被相続人に複数の相続人が存在するときは、相続された権利は相続人全員に合有的に帰属する。相続された権利は相続人の共同の権利だから、総ての相続された権利は総ての相続人に帰属する。相続された権利に関しては、共同相続人の特別な共同体、即ち、相続人共同体が形成される。相続人共同体は、総ての権利に関する共同相続人の法的共同体である（ＥＧ一四一条）。相続財産のどの部分が個々の共同相続人に帰属するのかという相続に関する決定がない限りは、合有関係にある合有者の物の管理・処分権のルールに従って、総ての共同相続人は相続財産を構成する総ての財産を管

理し処分することになる[26]（ＥＧ一四一条一項）。相続権のどの部分（相続分）が個々の共同相続人に帰属するのかが確定した後は、遺産分割までは共同相続人は相続財産を構成する総てを、共有関係にある共有者の物の管理・処分権のルールに従って管理し処分する（ＥＧ一四一条二項）[27]。

どの相続分が各共同相続人に帰属するのかという相続に関する決定が確定した後は、共同相続人は遺産分割を申し立てることができる（ＥＧ一四二条一項）。遺産分割には共有物分割とその効果に関するルールが準用されるが、それと異なった指定が遺言でされているときはその限りではない。共同相続人と受遺者の総てが合意したときは、遺産手続の中で遺産分割を行うことも可能である。その場合は、遺産分割に関する合意を、裁判所が遺産に関する決定に受け入れることになる（ＥＧ二二六条三項）。相続法は遺産分割で、被相続人と同居又は被相続人の家計で生活していた共同相続人の権利に関して特別なルールをおいている。その必要性があることが判明したときは、被相続人と同居又は被相続人の家計で生活していた共同相続人の申立によって、それ以外の共同相続人が持分を持つ個々の物（動産、不動産、集合物）を、遺産分割で当該の共同相続人に帰属させることを裁判所は決定できる。その際には、物の価値は他の共同相続人に現金で支払われる（ＥＧ一四三条一項）。共同相続人の一人が農場経営者なら、具体的な必要性の証明を要せず、農場の土地と農業活動を行うのに必要な物を総て帰属させ、土地と物の価値に相当する現金を他の共同相続人に現金で支払うことを申し立てることができる（ＥＧ一四〇条五項）。

三．七．相続権の保護

相続回復請求権（hereditatis petitio）とは、相続財産占有者、つまり、本来は相続人に帰属する遺産に関して、相続人に帰属する権利・義務を行使しうる事実上の状態にいる人間に対して相続財産の回復を請求する相続人の権利である。

相続回復請求権は、相続法一三八条の規定する期間の経過により時効消滅する。被相続人の相続人として、善意の占有者に対して、遺産に対する権利が相続人の一人として帰属すると主張する遺産を請求する権利は、相続人が自己の相続権と相続占有者を知った時から一年で、遅くとも（法定相続人の場合は）被相続人の死亡から、（遺言相続人の場合は）遺言の開封から一〇年で時効消滅する。

四．遺言相続

クロアチア相続法では遺言自由の原則が行われている。被相続人は自分が死亡した場合の相続人を遺言で決定できる（EG七条一項）。遺言自由を制限するのは、被相続人の近親の遺留分だけである。遺言能力を持ち一六歳以上の人間は、誰でも遺言をすることができる（EG二六条一項）[28]。遺言の有効性の前提は、遺言の作成時に被相続人の側に意思の欠缺・瑕疵が存在せず（強迫、強制、錯誤、詐欺）[29]、相続法の規定する方式を遵守していることである[30]。

クロアチア法では、遺言は、私的遺言、公的遺言[31]、普通方式遺言、特別方式の遺言（緊急時遺言）に分かれている。私的遺言とは、自筆証書遺言（EG三〇条）と証人の面前で作成された遺言証書（EG三一条）である。公的遺言は、被相続人の申立により遺言作成を法律で許された人間（いわゆる、許可された人間）によって作成される。公的遺言の作成を許された人間とは、地方裁判所の裁判官、地方裁判所の司法補助官［書記官］、又は、公証人であり、外国では、クロアチア共和国の領事である（EG三二条二項）。普通方式遺言とは、自筆証書遺言、証人の面前で作成された遺言証書、公的遺言、および、国際遺言である。緊急時遺言は口頭の遺言である。口頭の遺言は、それ以外の有効な遺言の方式を遵守することができない場合、つまり、普通方式の遺言の作成が不可能な通常ではない状況で、遺言者によって遺言さ

れる（ＥＧ三七条一項）。通常ではない状況では、遺言者は終意を同時に面前にいる二人の証人の前で口頭で意思表示できる。このような遺言は緊急時が終了してから三〇日間は有効である。

遺言によって被相続人は一人又は複数の相続人の指定が可能である（ＥＧ四三条）[32]。被相続人は単数又は複数の遺贈（Legate）を行い、受遺者が、その人間のために被相続人が遺言処分を行った相続人又はそれ以外の人間に対して、受遺者又は第三者に対して返還、受忍又は不作為を請求できる権利を与えることも可能である（ＥＧ四五条）[33]。

被相続人は遺言の全部又は一部を何時でも撤回できる（ＥＧ六四条）[34]。遺言の方式を定めた規定によってだけ、被相続人は遺言の撤回が可能である。遺言を遺言書を破棄することで撤回することも可能である。遺言によって処分した物又は権利を後に被相続人が処分すれば、遺言の撤回とみなされる（ＥＧ六六条）[35]。被相続人が複数の遺言を作成し、後の遺言で先の遺言を明示的に撤回しなかったときは、後の遺言が先の遺言と抵触する場合を除いて、先の遺言による処分は効力を持つ（ＥＧ六五条一項）[36]。

五．遺言による処分の自由の制限

五．一．遺留分

被相続人の遺言自由は、家族構成員の正当な利益によって制限される。特定の近親には被相続人の意思に反してもいわゆる遺留分の請求権が帰属する。被相続人が遺言又は出捐によって自己の財産を遺留分相続人以外の人間に処分したときも、遺留分相続人は遺産の一定部分に対して権利を有している（遺留分）。新相続法により、遺言自由を拡大するために、遺留分権利者の範囲は狭められた[8]。

五．二．遺留分相続人

遺留分相続人は、被相続人の直系卑属、および、その養子、養子の直系卑属、被相続人の配偶者又は共同生活者である（ＥＧ六九条一項[37]）。以上の人間には、被相続人との家族関係に基づいて遺留分が帰属しているから、絶対的な遺留分相続人とされている。

それ以外で遺留分相続人となるのは、被相続人の両親、養親、および、直系尊属である。以上の人間は、相対的な遺留分相続人である。というのは、これらの人間に遺留分請求権が帰属するのは、継続的に就労不能で、自己の扶養に必要な資力がない場合に限られるからである（ＥＧ六九条二項[9]）。

以上の人間が遺留分の権利者となるのは、被相続人が遺言をせず（ＥＧ六九条三項）、被相続人が明示的に遺留分から排除してなかったときに、法定相続が可能だった場合である（ＥＧ八五条）。他の相続人と同様に、遺留分相続人も相対的に相続能力を備えている必要がある。

五．三．遺留分相続人の法的地位

遺留分相続人は、被相続人が遺言を行わなかったときは法定相続人として相続しただろう遺産の特定部分の請求ができる［現物返還であり、かつ、共同相続人の地位を失わない］。遺留分権利者の請求権は相続権であり、遺留分相続人は他の相続人と同様の権利・義務を有する法的地位にある。例えば、遺留分相続人は被相続人の債務も負担する（ＥＧ一三九条など）。

絶対的な遺留分相続人は、法定相続によって帰属するはずであった部分の半分の請求が可能である（ＥＧ七〇条三項）。相対的な遺留分相続人は、法定相続分の三分の一の請求権を有する（ＥＧ七〇条三項）。

五．四．遺留分の主張

遺留分相続人の遺留分は、職権によって確認されるのではなく、本人の申立による（ＥＧ八三条一項）。遺留分相続人は、遺言の開封から三年以内は、遺留分が侵害された限度で遺言による処分の減殺を請求できる。遺留分相続人は、被相続人の死後三年以内は、遺留分を侵害する出捐の返還を請求できる（ＥＧ八四条）。

五．五．遺留分相続人の廃除

相続法八五条一項に制限的に列挙された事由がある場合に限って、被相続人は遺留分相続人を廃除できる。排除された遺留分相続人は、被相続人より先に死亡したものとみなされる。例えば、被相続人との家族関係により負っている遺留分相続人の法律上・道徳上の義務の違反が重大なとき、被相続人、その配偶者、子、両親に対して遺留分相続人が重大な故意の犯罪を犯したとき、又は、クロアチア国家に対する犯罪を犯したときは、被相続人は遺留分相続人を廃除することができる。

遺留分相続人の排除を、被相続人は遺言で明示的に意思表示する必要がある。その際には、具体的に排除事由を示さねばならない。廃除事由の存否に争いがあるときは、遺産手続は中止され、排除された遺留分相続人は廃除事由の存否を訴訟で争うことになる。

五．六．遺留分相続人の直系卑属のための遺留分の剥奪

遺留分を有する直系卑属が債務超過又は浪費的なときは、遺留分相続人の直系卑属のために、被相続人は意思表示して遺留分の全部又は一部を剥奪することができる（ＥＧ八八条）。剥奪が効力を有するのは、遺留分を剥奪された相続

人が、被相続人の死亡時に未成年の子又は先に死亡した子の未成年の孫を有している場合に限られる。同様に、剥奪が効力を持つのは、遺留分を剥奪された相続人が、被相続人の死亡時に、就労不能で自己の扶養に必要な資力を持たない成年の子又は先に死亡した子の成年の孫を有している場合である。

五．七．遺留分の価値の算定

遺留分相続人（ＥＧ七〇条五項）は、遺留分に基づいて、遺産の算定額が遺留分額（遺留分の価値）によって分割された価値を取得する権利がある。それを基礎に遺留分の価値が算定される遺産の価値は、相続法七一条の規定する方法で算定される。

まず、被相続人が死亡時に有していた財産の目録を作成してそれを算定するが、これには、被相続人が遺言で処分したものの総て、および、相続人に対する債権も含めて、回収可能な被相続人の債権も含まれる。被相続人が死亡時に有した財産の確認された総額から、被相続人の債務、遺産の目録作成と算定の費用、および、被相続人の埋葬費用が控除される。その後に残った財産に、被相続人が何らかの方法で法定相続人に行った総ての贈与の価値[38]が算入される。同様に、相続分を放棄した相続人に行われた贈与、および、被相続人の処分によってその相続分に算入された相続人に対する贈与が加算される。以上に加えて、被相続人が生前に法定相続人ではない第三者にした総ての贈与の価額が算入される。通常の少額の贈与は除かれる。贈与の評価に当たっては、贈与時の状態での贈与された物の被相続人の死亡時の価格が基準となる（ＥＧ七三条）。

五．八．遺言処分の減殺と遺留分の侵害による贈与の返還

遺言による処分の全体としての価値、および、又は、贈与の価値が、遺留分相続人が遺留分の価値（EG七七条一項）を取得できない程度で大きいときは、遺留分侵害が存在することになる。遺留分が侵害されたときは、遺留分を補充するために必要なだけ、遺言による処分は減殺され、贈与は返還される。まずは、遺言による処分が減殺される。それでも遺留分が弁済されない限度で、贈与が返還される必要がある（EG七八条）。贈与は最後の贈与から返還され、処分の先後とは反対の順序で返還されることになる。

六．相続の対象

六．一．遺産の構成

自然人が死亡すれば遺産が発生するが、遺産とは相続財産を構成する権利・義務の総体である。被相続人の死亡時の法的実体であり、相続可能なものは、遺産に帰属する。被相続人の死亡時に法的実体が有していた範囲、内容、および、質で、法的実体は遺産に帰属する。一身専属的な権利、財産権的な性質を持たない被相続人の債務、被相続人の権利（例えば、認知請求権や身分法の訴訟上の権能、著作権、道徳的な権利など）は別として、被相続人の財産（物権・債権）、および、権利の性質を持たない幾つかの法的実体（例えば、物・権利の占有-相続人の占有、申込の拘束力、取得時効の期間、消滅時効の期間）は、遺産に移転する。もちろん、遺産に移転するのは、その権利者が被相続人であった総ての権利・義務に限られる。被相続人の財産に対する他人の持分（例えば、所有共同制の夫婦財産の生存配偶者の持分）、および、被相続人の死亡の時点で特別な法的根拠によって取得されたもの（例えば、生存配偶者のための家財道具、遺贈の目的物）は、遺産には移転しない。遺産の価値は、相続された財産権と財産上の義務の価値に則して決定される。

総ての財産権の価値の総額は、遺産の積極遺産とされ、総ての財産上の義務の総額は、遺産の消極財産とされる。遺産の純粋の価値は、積極遺産と消極遺産の差額である。

遺産の構成は、遺産手続で被相続人の財産目録に基づいて確定される（EG一九四条一一九八条）。つまり、遺産手続の過程での利害関係人の申告によって確定されることになる（EG二二一条二項）。遺産の構成は、裁判所による相続に関する決定（相続証書（Erbschein））により確定される。相続に関する決定の確定力が発生した後に、決定に含まれない被相続人の財産が発見されたときは、既に遺産に関する決定が存在するから、裁判所は発見された財産を分離することになる（EG二三四条一項）。遺産の構成に関して争いが発生したときは、裁判所は遺産手続を中断して、その権利が不確かな当事者は訴訟又は行政手続に指示されることになる（EG二二四条一項）。

六．二．遺産から除外される財産

六．二．一．被相続人と共同経営していた直系卑属のための控除

被相続人と共同生活を送り被相続人の財産の増加に自己の労力と支出で協力した後継者の直系卑属は、被相続人の死亡と同時に、その寄与によって被相続人の財産が増大した価値に合致する遺産の部分を請求する権利を取得する（EG七五条一項）。以上の寄与に当たる部分は、相続財産には属さない。この寄与は直系卑属の相続分に算入されるか、遺留分の算定で控除される。ただし、遺産から控除するためには、職権ではなく本人の申立が必要である。控除の権利は、被相続人の死亡から五年で消滅する（EG七五条三項）。

六．二．二．家財道具の控除

被相続人が死亡するまで被相続人と同居していた被相続人の生存配偶者と直系卑属は、それが極めて高価な場合を除いて、自身の日常生活のために必要な家財道具を取得する（例えば、家財、家庭用器具、寝具など）（EG七六条一項）。このようにして控除された物は、遺留分の計算に際して控除されるか、相続人の相続分に算入される。生存配偶者と直系卑属は、等しい割合で控除された家財道具の共有者となる。

七．相続契約

クロアチアの相続法では、相続契約、つまり、将来の遺産、又は、遺贈に関する契約は無効である（EG一〇二条～一〇四条）。さらに、契約相手方又は第三者に相続財産又は相続財産の一部を譲渡する契約（EG一〇二条）、および、将来取得する可能性がある相続財産を売却する契約は無効である（EG一〇三条一項）。契約の当事者が取得する可能性のある遺贈又は将来の相続財産によるその他の利益に関する契約（EG一〇三条二項）、および、自身の遺言の内容に関する事項を付加する、又は、付加しない契約、つまり、ある遺言を撤回するか撤回しないという契約は無効である（EG一〇四条）[10]。

ただし、相続法によれば、生前の譲渡契約、財産の分配の契約（EG一〇五条～一一五条）、および、相続放棄契約（EG一三四条）は可能である。譲渡契約と財産の分配の契約は、尊属とその卑属が締結する。このような契約によって、尊属は自身の財産を、その子および直系卑属に分配する（EG一〇五条）。譲渡と分配は、法定相続人となる譲渡人の子とそれ以外の直系卑属の総てがそれに同意したときに限り有効である。譲渡された財産は、相続財産に属さない（EG一〇八条）[39][40]。譲渡と分配に関する契約は、無償契約である。譲渡人は自己の財産又はその一部を無償で直系卑属に譲

渡又は分配する。ただし、譲渡人は契約の締結の際に、自己のため、および、又は、配偶者、若しくは、第三者のために、譲渡目的物の全部又は一部に人的役権又は物的負担を設定することを指示できる。さらに、譲渡人は、自己のため、および、又は、配偶者、若しくは、第三者のために、年金、終身の扶養、又は、その他の報酬を合意することができる（ＥＧ一一〇条一項）。

相続放棄契約とは、尊属の死後に取得するだろう相続権を直系卑属が放棄する契約、および、配偶者の死後に取得するだろう相続分を配偶者が放棄する契約である（ＥＧ一三四条二項）。

相続法は以上の契約の総てが有効となる要件を、裁判所の書類、又は、公証人の公証行為［公正証書］、公証人が確認した私文書によって作成されることであると規定している（ＥＧ一〇六条二項、一一六条四項、一三四条三項）。[11]

八．債務法による終身の扶養に関する契約

八．一．終身の扶養に関する契約

二〇〇五年の新債務法により、終身の扶養、財産譲渡契約と扶養契約に関する規定（債務法五七九条～五八九条）は相続法から債務法に移された。

これらの契約は債務法によって規律されている（債務法五七九条～五八五条）。終身の扶養に関する契約（債務法五七九条～五八九条）とは、扶養義務者が扶養権利者を生涯に亘って扶養し、扶養権利者が死亡時に反対給付として自分の全財産又は財産の一部を扶養義務者に譲渡すると意思表示する契約である（債務法五七九条）。

扶養の種類と方法、および、内容は、終身の扶養に関する契約の当事者が契約で決定する。扶養は、定期金の支払

い、介護、衣類、医薬品、食事の提供、家事の補助、老人ホームの費用の支払いなどである。扶養権利者との生活共同体、農場の収益の共同の管理、扶養義務者の義務、扶養権利者の埋葬、農場の建築の義務などを、扶養権利者と扶養義務者が合意することも可能である（EG一一六条六項）。それが可能で許容されるものなら、当事者は扶養の形式と内容を自由に合意できる。ただし、終身の扶養契約で、その総額、扶養の価値、扶養の期間を予め合意することは不可能である。給付される扶養とそれに対して与えられる対価の関係は将来の不確実な状況（扶養義務者の死亡）に依存するから、終身の扶養契約は偶然性に左右される契約である。そのために、終身の扶養契約には、給付と反対給付の均衡の原則が適用されず（債務法一五条一項）、莫大な損害によっては契約は無効とはならない（債務法一三九条五項、laesio enormis）。

譲渡の対象とされた財産も、相続財産を構成しない。扶養義務者は扶養権利者の死後は扶養権利者の債務の責任を負わない。ただし、契約の締結の時点で特定の債権者に対して負っていた債務に関して責任を負うと、扶養義務者が合意することも可能である（債務法五八二条）。終身の扶養の契約は、遺留分の侵害を理由に取り消すことはできない。

ただし、終身の扶養契約は、例えば、意思表示の瑕疵、虚偽表示などの契約の無効・取消事由があれば、その効力を奪うことが可能である。終身の扶養契約がもっぱら遺留分の規定の潜脱のために締結されたときは、遺留分相続人は虚偽表示を理由に契約の無効の確認を請求できる。

扶養義務者が終身の扶養契約の対象である物（動産、不動産）の所有者となるのは、扶養権利者の死亡後である。それまでは物の所有者は、扶養権利者である。だから、扶養権利者は終身の扶養契約の締結後も、自分の死後に扶養義務者に譲渡されるべき不動産を売却することも可能である。扶養権利者のこのような非行から自分の権利を守るために、終身の扶養契約の締結、つまり、終身の扶養契約の仮登記を不動産登記簿に記載することを申請することが可能である

（EG一一七条）。

以上の契約の有効要件は、裁判所の記録、公正証書、又は、公証人の確認した（認証された）私証書で契約書が作成されることだと、債務法は規定している（債務法五八〇条）。契約の公証にあたっては、裁判所ないしは公証人は、契約書を面前で読み上げ、契約の効果に注意を促すよう義務づけられている。

八．二．財産譲渡契約と扶養契約

財産譲渡契約と扶養契約（五八六条～五八九条）は、当事者の一方（扶養義務者）が他方の当事者又は第三者が死亡するまで扶養する義務を負担し、他方の当事者が生前にその財産の全部又は一部を譲渡する契約である。終身の扶養契約との最も大きな違いは、扶養権利者の生前に契約によって扶養権利者の財産が扶養義務者に移転されることである。契約の対象とされた総ての財産は、扶養権利者の相続財産を構成しない。財産譲渡契約と扶養契約は遺留分侵害による取消はできない。それ以外では、終身の扶養の契約に関する規定（EG五八九条）は補充的に財産譲渡契約と扶養契約にも適用される。

実務では通常の場合には、終身の扶養契約の締結にあたって、扶養権利者のために譲渡の対象である不動産に対して物的負担（Reallast）が設定される。これにより、扶養権利者は譲渡された不動産の価値から満足を受けるから、扶養義務の不履行に対する安全を確保できる。扶養権利者が譲渡した不動産の利用を続ける場合は、扶養権利者のために人的益権（persönliche Dienstbarkeit）、つまり、居住権、利用権が設定される。これによって、もし扶養債務者が不動産を売却した場合でも、扶養権利者には譲渡した不動産に引き続き居住し占有することが保障される。

債務法が規定するのは、以上の契約の有効要件が裁判所の記録、公正証書、又は、公証人の確認した（認証された）

私証書で契約書が作成されたことである（債務法五八九条）。契約の公証にあたっては、裁判所ないしは公証人は、契約を面前で読み上げ、契約の効果に注意を促すよう義務づけられている。

八．三．親族法による終身の扶養と扶養義務に関する契約

終身の扶養に関する契約は、両親と子の間、配偶者間、および、第三者とも締結することが可能である。債務法では、この契約を締結できる人間の人的範囲に関しては規定がない。だから、この契約は、親族法によれば相互に扶養義務を負っている人間（両親、子、夫婦間、非婚姻共同体の当事者）の間でも締結が可能である（親族法二〇六条～二四六条）。多くのケースでは、この契約によって扶養義務者が負担するのは、親族法によって義務づけられた以上の内容と範囲の扶養義務である。だから、扶養義務者はこの契約による給付と引き換えに、反対給付、つまり、扶養権利者の財産又は財産の一部を取得することになる。

九．死因財団（Stiftung von Todes wegen）

被相続人は遺言によって財団を設立できる（いわゆる死因財団）。死因財団は、財団を設立する死因処分の意思表示によって設立される。終意処分により財団設立者は、財団を設立し、目的達成のための財産、および、財団の目的を決定する（財団に関する法律四六条二項、四条一項、五条）。被相続人が終意処分で設立を決定した財団が成立するのは、財団の規定の要件が充足された時である。終意処分で表示された財団の設立に関する意思表示は、財団と基金に関する法律の意味では財団の設立行為とみなされる。

終意処分によって財団の設立目的が定められた財産は、相続財産に属さず、相続人に分配されることはない。財団設立者の相続人は、終意処分によって財団の設立のために出捐された財産を控除した後に残された財産を取得する。終意処分によって財団を設立した財団設立者の相続人は、財団を設立する財団設立者の意思表示を遺言の取消の規定（例えば、被相続人の意思の欠缺、終意処分の方式の欠缺など）によって取り消すことができる。ただし、遺言が開封されてから、つまり、寄付者の終意処分を知った時から遅滞なく取消の意思表示をする必要がある（財団に関する法律五条二項）。遺留分の侵害を理由に、相続人は財団の設立のための財産の返還を請求することはできない。他方で、寄付者の債権者は、設立行為を債務者が債権者を害する法律行為の取消に関する規定によって取り消すことができる（アクチオ・パウリアナ（actio Pauliana））[12]。

一〇．結語

新相続法によって、多くの新たな改正がクロアチア相続法にもたらされた。改正の結果、クロアチア相続法は相続関係のルールを規定する現代的なヨーロッパの水準に達した。クロアチアの相続法の重要な原則は、相続法の改正で一定の現代化を経ているといえる。

平等原則の適用は拡大された。平等原則は、現代の家族関係に関するルールの発展に則して、相続に関しても婚姻と婚姻外の共同生活にも拡大された。共同生活者は、法定相続に関しては、配偶者と平等である。共同生活者の相続権も法定相続だから、共同生活者は遺留分に関しても配偶者と同じである。被相続人の配偶者が潜在的な相続人である限りで、非婚姻的な共同生活者も同様の扱いを受ける。

遺言相続の自由の原則は、法改正によってより明確に表現されている。二〇〇三年の相続に関する法律の改正で、潜在的な必然相続人の範囲は制限された。必然相続人は、被相続人の最も近い血族と配偶者、共同生活者に限られる。他方で、それ以外の必然相続人（例えば、両親）は、遺留分を請求するための付加的な要件の充足が必要なことが規定されている。以上の結果、被相続人は自己の財産の処分に関して、より大きな自由が与えられることになった。

【注】

（1）クロアチア官報 "Nardone novine"（NN）48/03, 163/03.

（2）新相続法の施行以前の基本的な法源は、一九五五年の相続法（NN52/71, 47/78, 56/00）だった。改正前の相続法は、始めは一九五五年七月一日の連邦法としてユーゴスラビアの全土に施行された（ユーゴスラビア共和国連邦官報20/55, 12/65, 42/65－改正法）。一九七一年の憲法改正で、相続に関するルールの管轄は、クロアチア社会主義共和国に移管された。クロアチア社会主義共和国は、従前の連邦法を立法で受け入れた（NN52/1971）。一九五五年の相続法によれば、自然人の死亡時に相続が開始する（当然承継の相続原則）。同様に、相続人の平等、相続の法的基礎の制限の原則（遺言と法律）、遺留分相続人のための遺言処分の自由の制限も受け入れられた。

（3）遺産手続では、公証人は裁判所の指名決定に従って、遺産手続のための行為と決定の作成を行う。遺産手続では、裁判所の特別な委員としての公証人は、その決定のために法律が特別の規定をおいている場合を除いて、手続の全ての行為を行い決定を作成する権限を有する（公証人法（ＺＯ）七六条四項）。公証人は、自身に委ねられた行為を相続法の手続規定に従って遂行する必要がある（ＥＧ二四二条）。裁判所の特別な委員としての公証人の手続に関して相続法が別段の規定をおいていないときは、裁判所に適用されるのと同様の規定が適用される（ＥＧ二四六条一項）。裁判所の特別な委員としての公証人の手続での決定に不服があるときは、当事者に決定が送達されてから八日以内の異議申立が可能である（ＥＧ一八五条）。異議申立に関しては裁判所が判断する（ＥＧ一八六条、一八七条）。公証人の決定に対する異議申立に関する第一審裁判所の決定に対しては、控訴が可能である（ＥＧ一八八条一項）。控訴に関する判断は、第二審の裁判所が行う。

（4）クロアチア遺言登録（ＫＴＲ）には、遺言が作成され保管された事実、開封された事実が記載される。遺言登録は、被相続人および特別にそのために授権された人間以外は被相続人の死亡以前は誰も閲覧することができない日付を付した公的な目録である。遺言登録は、ザグレブのクロアチア公証人会議所に保管されている。その権限を与えられた人間には、クロアチア遺言登録のインターネットでの検索が可能である。

（5）NN, 116/03, 17/04, 136/04, 107/07.

（6）NN, 35/05, 41/08.

（7）NN, 36/95, 64. 01.

（8）被相続人に相続人が存在しないときは、相続財産は地方自治体、ないし、市に移転する。その結果、市は被相続人の相続人だったのと同様の地位を取得するが、市は相続を放棄することはできない。

（9）当然相続の原則（Der Grundsatz der ipso iure）は、特に、相続財産の処分のルール、および、相続財産の占有と使用に関する法的効力とそれ以外の事実にとって重要である。例えば、被相続人の死亡の時に、相続人は被相続人が占有していた総ての財産の善意の占有者となる。その結果、被相続人の占有下で進行していた取得時効が中断することはない。取得時効の期間には、相続人に関しては相続人の前主（被相続人）が動産、不動産を占有していた期間が、算入される（所有権と他物権に関する法律一六〇条二項）。

（10）遺産手続の第一審の決定までは、相続人は公正証書又は裁判所での意思表示によって相続を放棄できる（ＥＧ一三九条一項）。相続放棄の効力は、相続人が明示的に相続を自分の名前で放棄していると意思表示しない限りは、放棄者の直系卑属にも効力を及ぼす。

相続を自分の名前でだけ放棄した法定相続人の相続分は、法定相続人が被相続人より前に死亡したのと同様に相続されることになる（ＥＧ一三七条）。相続を放棄した遺言相続人の相続分は、遺言から遺言者のそれに反する意思が明らかにならない限りは、被相続人の法定相続人に帰属する（ＥＧ一三六条）。相続の放棄の意思表示は撤回不可能だが、意思の欠缺を理由とする法律行為の取消に関する一般規定によって取り消しうる（ＥＧ一三五条）。

（11）相互主義は推定されるが、法的利益のある人間の申立から反対の事実が推定される場合は別である（ＥＧ二条二項）。

（12）養子縁組は、二〇〇三年七月二二日以後適用されている親族法（NN116/03）によって規律されている。

(13) 相続の時に被相続人との婚姻が有効である限りで、配偶者は法定相続人である。婚姻の存続と有効性の要件は、親族法二四条～三〇条で規律されている。配偶者の相互の相続権は、離婚又は婚姻の破棄によって消滅する（EG二五条一項）。被相続人の死亡まで婚姻関係にあったときも、相続法二五条二項の規定する事由があれば、配偶者は相続を請求できない。すなわち、配偶者が相続を請求できないのは、(一) 被相続人が離婚の訴えを提起し、被相続人の死後に訴えに理由があることが確認されたとき、(二) 被相続人の死後に婚姻が無効又は取り消され、生存配偶者が婚姻締結の時に、そのことを知り又は知りえた場合、(三) 被相続人との生活共同体での相互の協力が、生存配偶者に責任のある事情で、継続的に廃棄されていた場合。

(14) 同性共同体に関する特別法（NN116/03）によって、同性の共同体に関する法的効果は規律されている。同性共同体とは、同性の二人の人間の共同体で、婚姻関係又は婚姻外の結合も、それ以外の同性との結合もなく、既に三年以上継続した生活共同体である。同性共同体とされるのは、成年の人間の生活共同体で、行為能力があり、四親等の血族を含んだ直系、傍系の血族ではないものの結合である。同性共同体の法的効力は、パートナーの扶養、財産との関係での取得と相互の関係の規律の権利、および、相互の扶助に表現されている（同性共同体法一一条～二〇条を参照）。ただし、同性共同体に生活している人間には相互の法定相続権は存在しない。

(15) これに関しては、後述三 七を参照。

(16) 例外的には、卑属は尊属との契約で、尊属の死後に帰属するであろう相続を予め放棄することが可能である。配偶者も他方の配偶者との契約により、一方の配偶者の死後に帰属するであろう相続を予め放棄することができる。これに関しては、後述七を参照。

(17) 相続人は相続放棄の意思表示を、例えば、錯誤、詐欺、強迫といった意思表示の瑕疵に関する規定によって取り消すことができる（EG一三五条二項）。相続放棄の意思表示を取り消しうる意思表示の瑕疵は、債務法六〇条、六一条、六二条、六五条に規定されている。債務法で意思表示の瑕疵として規定されている場合を除いて、相続放棄の意思表示の取消は不可能である。

(18) ただし、放棄は後に発見された財産、つまり、被相続人の死亡の時に被相続人に属することが発見されていなかった財産とは関係しない（EG一三三条二項）。相続に関する決定が既判力を持った後に、決定が関係しない被相続人の財産が発

見され、相続人の一人が相続を放棄していたときは、裁判所は遺産回復の手続きを開始する（EG二三四条一項）。

（19）以上のルールの例外が、第一順位又は第二順位の法定相続人である被相続人の配偶者である。配偶者が第一順位の相続人として単独相続するときは、第二順位の相続人も相続する（EG一一条）。

（20）これに当たる場合が、潜在的な法定相続人が被相続人より先に死亡した場合、法定相続人が自分の名前だけで相続を放棄した場合（EG一三七条）、相続欠格事由がある場合（EG一二六条一項）、遺留分相続人として廃除された場合（EG八七条）である。相続人の直系卑属は、相続人が被相続人より長く生存していただろうときに相続したであろう相続分を相続する。

（21）相続法は同一順位の潜在的な法定相続人間の関係を相続割合に関して規律しているが、旧法とは異なり相続人の要扶養性を考慮していない。新相続法は、配偶者が前婚の子と共に相続人となったが、その財産が平等相続しただろうときよりも大きい場合にも、相続分の縮減を規定していない（旧法一二条）。要扶養性がある場合の配偶者（旧法二八条）両親（旧二九条）の相続分の増加に関しても、新相続法は規定をおいていない。

（22）所有共同制（Errungenschaftsgemeinschaft）、つまり、配偶者が婚姻中に労働によって取得した財産に関しては、特別な規定が用意されている（親族法二四八条）。婚姻契約で別段の定めがないときは、配偶者は等しい持分で（各自二分の一）所有共同制の財産の共有者となる（親族法二四八条一項）。生存配偶者は遺産手続で、まずは死亡した配偶者との所有共同制の財産に適用される半分を遺産から除外することを請求できる。その結果、相続財産の中から除外された残余が、配偶者と直系卑属の間で等しい割合で分割される。以上のルールは、非婚姻的共同体の生存共同生活者の請求にも準用されている。

（23）以上のルールは、被相続人の両親の直系卑属が存在するか否かとは無関係である。被相続人に配偶者があったというだけで、代襲原則は排除され、傍系血族（兄弟姉妹とその直系卑属）は法定相続人とはならない。旧法一四条二項によれば、代襲原則が適用され、先に死亡した両親が相続するはずだった相続分がその直系卑属に相続された。

（24）増加原則は、被相続人に配偶者はあるが、両親の一方は死亡しており、死亡した両親の一方の相続分を他方が相続する場合にも適用される（EG一一条五項）。その結果、被相続人の傍系血族（兄弟姉妹）は法定相続人とはならない。旧相続法一四条一項によれば、この場合にも代襲原則が適用されていた。

(25) 被相続人の両親の一方が被相続人より先に死亡したときは、両親の子、つまり、被相続人の兄弟姉妹、孫、曾孫、その直系卑属が、先に死亡した両親の一方が被相続人の死後も生存したときは相続したであろう相続分を相続する。しかも、第一順位に適用される規定による相続によってである(EG一二条一項)。両親の双方が被相続人より先に死亡したときは、両親の一方が被相続人より先に死亡した場合に適用される規定に従って相続しただろう相続分を両親の直系卑属が相続する(EG一二条二項)。

(26) 合有の概念には、一九九七年一月一日から適用されている所有権と他物権に関する法律で規定がおかれている。分割されていない物に、二人又は複数の人間の所有権が存在し、各人が物の持分を有し、持分の確定可能性とは無関係に持分が不確定なときは、物は合有されている(所有権と他物権に関する法律五七条一項)。合有物の処分は合有者が共同で、つまり、全員で行う必要がある(所有権と他物権に関する法律六一条一項)。

(27) 共有とは除数で確定できる(ideel)持分を同一物に対して有する複数の者の所有権である(所有権と他物権に関する法律三七条五項)。共有者は各自で独立して自己の除数で確定可能な部分を処分できる(所有権と他物権に関する法律三七条五項)。

(28) 一六歳未満の人間が遺言をしたとき、遺言作成時に判断能力のない人間が遺言を行ったときは、遺言は無効である。

(29) 遺言作成時に被相続人の側に意思の欠缺があれば、遺言は取消しうる(EG二七条一項)。

(30) 方式違背の遺言は取り消しうる(EG二九条三項)。

(31) 相続法はいわゆる国際遺言の作成の可能性に関しても、一九七三年の国際遺言の方式の統一法に関する条約に則したルールをおいている。

(32) 相続人が被相続人より先に死亡した場合、又は、相続放棄したり、相続欠格となったときに備えて、被相続人は補充相続人の指定ができる(EG四四条一項)。クロアチア法では、遺言で相続人の相続人を指定することはできない(EG四四条二項)。

(33) 被相続人の債務の責任を負担する相続人(EG一三九条)とは異なり、受遺者は被相続人の債務の責任を負わないが、被相続人が別段の定めをおいたときは別である(EG五七条)。

(34) 遺言の撤回の有効性に関しては、遺言の効力に関するルールが準用される(EG六四条三項)。

(35) 相続法は明文の規定をおいて、被相続人が配偶者に遺贈した終意処分は、遺言作成後に婚姻が既判力のある判決で解消されたときは、撤回が可能だと定めている（EG六七条）。

(36) 被相続人が後の遺言で撤回したときは、先の遺言は有効となる。ただし、先の遺言が有効となることが被相続人の意思に合致しないことが証明されたときは別である（EG六五条二項）。

(37) 旧相続法では、被相続人の兄弟姉妹は遺留分相続人だった。遺留分に関しては、両親は配偶者、直系卑属と同一の地位を有していた。つまり、両親はいわゆる絶対的な遺留分相続人だった。これに関しては、旧相続法三〇条を参照。

(38) 相続法の意味での贈与とは、権利の放棄、債務の免除、被相続人が生前に相続人に相続分に関して、又は、家計の設立・拡張、又は、職業の行使のために与えたものの総て、および、それ以外の無償の処分である（EG七二条）。

(39) 譲渡人は自分のために、および、又は、配偶者、又は、それ以外の人間のために、人的役権又は物的負担を命じ、又は、終身定期金や終身の扶養を合意することができる（EG一一〇条）。譲渡人は譲渡・分配契約を、契約上の合意を直系卑属が履行しないときは、贈与の撤回に規定されたのと同様の要件の下で撤回できる（EG一一四条）。

(40) 特別なルールが用意されているのが、以下のケースである。(a)譲渡契約、分配契約後に譲渡人に子が生まれたとき、(b)譲渡契約、分配契約後に、失踪していたか死亡していたと考えられていた譲渡人の相続人が現れたとき、(c)相続人となるべき譲渡人の直系卑属の一人が、譲渡・分配契約に同意しなかったとき。その場合は、譲渡されたものは全て贈与とみなされ、譲渡人の死後は相続人に対する贈与と扱われる（EG一〇九条）。贈与がそうされるように、譲渡された財産は直系卑属の相続分に算入される（EG八九条～一〇一条）。遺留分を侵害された直系卑属は、遺留分侵害による贈与の返還請求に関する規定によって譲渡された財産の返還を請求できる（EG七七条～八四条）。他方で、譲渡人の配偶者が譲渡・分配契約に同意しないときは、契約と無関係の配偶者は遺留分を保持する（EG一一一条二項）。

【訳注】

［1］遺産の確認手続に関して一言しておくと、以下のとおりである。わが国では、法定相続人の範囲がヨーロッパ諸国と比して極めて狭い（だから、国家相続権の範囲を狭めるためには特別縁故者の制度（民九五八条の三）も必要になり、しかも、その立法も容易である）。さらに、戸籍という制度がある。加えて、遺言の件数は、ヨーロッパ諸国と比べて少ない上に、

（包括遺贈は可能だが）遺言による相続人指定を認めていない。したがって、相続人の捜索は容易である。他方で、ヨーロッパ諸国の大陸法国では、しばしば相続人の捜索が困難であり、遺産の範囲の確認と共に裁判所が関与するのが普通である。

［2］講演後の質疑応答で、例えば、フランスでは公証人は相続も含めた法取引で重要な役割を果たしており、立法にも影響力がある。今回の相続法の改正による遺産の確認手続への関与の背景にも同様の事情があるのかという質問があった。これに対する答えは、公証人の制度はクロアチアでは七年の歴史を持つにとどまる。したがって、公証人の政治的な影響力は特に考えられない。ただし、特に不動産による債権担保では公証人は大きな役割を果たしている。例えば、公証人による抵当は、抵当権の実行に当たって、判決を要しない。したがって、私文書による抵当権より時間と費用の節約になる。しかし、遺産の確認手続の立法に関しては、公証人の影響力などは看取されない。現在のところ、公証人による遺産の手続は手数料・時間の双方で好評であり、裁判所も仕事が減って喜んでいるとのことであった。

［3］クロアチアで、親族法典のみならず、債務法なども個別の法典になっているのは、ユーゴスラビア連邦の下で、立法に関する管轄が連邦と各共和国で分割されていたという歴史に由来する。

［4］大雑把に分類すると、相続に関するルールは、相続財産を清算してから相続人に引き渡す英米法のルール（清算承継）、および、被相続人の死亡と共に即座に相続財産が相続人に移転する大陸法のルール（当然承継）に分かれる。さらに、後者はドイツ式に遺産合有と表現するか否かは別として、遺産全体で相続債務を負担し、個々の財産に関する相続人の相続分（持分）の処分を許さない制度と、わが国のように遺産共有となる制度に分かれる。クロアチアは当然に前者（当然承継、遺産合有）に属する。さらに、ヨシポヴィッチ教授によれば、クロアチアでは取得時効で相続人の占有の継続が可能になる点で特に当然承継の原則は意味があると考えられているとのことである。

［5］以上の共同生活者に対するヨーロッパ各国の法の反応は様々である。ドイツでは同性パートナーには相続権を承認するが、異性（非婚姻的共同体）の共同生活者にはそうではない。フランスでは、両者は同様の扱いを受ける。その他でも、社会保障法のバックアップなどを含めると様々な偏差がある。ただし、クロアチアでは異性の共同生活者に対する相続権の承認には、一部の宗教的な反対以外は、抵抗感は少なかったそうである。

［6］ただし、配偶者（共同生活者）は、夫婦財産制で被相続人の財産の二分の一を取得する。だから、子が三人いた場合は、配偶者の相続分は四分の一だが、被相続人の財産の二分の一に四分の一を加えて、合計八分の五を取得する。だから、夫

婦財産制と併せれば、配偶者相続権は優先されている。

［7］ここでも、配偶者は夫婦財産制でまず被相続人の財産の二分の一を取得する。その上で相続分二分の一だから、合計四分の三を取得する。さらに、わが国では配偶者には相続の順位がなく、常に同順位となるが、クロアチア相続法では配偶者は第一順位、第二順位の法定相続人とは共同相続するが、第三順位以下の相続人の相続は排除するから、配偶者は第一順位又は第二順位の相続人ということになる。

［8］旧法では、兄弟も遺留分相続人だった。

［9］遺留分の請求に要扶養性を要件とするのは、旧社会主義法との連続性が看取されると思われる。例えば、旧東ドイツでは、配偶者は子と共に第一順位の相続人であり（ＺＧＢ三六五条一項）、遺留分は遺産の三分の二で（ＺＧＢ三九六条一項）、配偶者は常に遺留分権利者だが（同条一項一号）、被相続人の子、孫、両親は、相続時に被相続人に対して扶養請求権を持っていたときだけ遺留分を主張できた（同条一項二号）。旧東ドイツ法に関しては、ドイツの遺留分に関する改正論議との関係で、藤原正則「最近三〇年間の遺留分をめぐるドイツの法改正論議（二）」北法五五巻四号一五〇七頁以下、一五二七頁以下を参照。

［10］相続契約と将来の相続に関する契約が無効である点では、クロアチア法はフランス法に類似する。しかし、他方で、生前の遺留分の放棄を認める点では、ドイツ法に類似しているといえる。

［11］相続契約はいわば一種の射幸契約であるから、公証人には助言の役割が期待されているとのことである。

［12］例えば、わが国では財団は公益財団法人しか認められていない。ところが、このような死因財団の設立がクロアチアで可能なら、本来は相続財産となる財産を出捐して相続法秩序を潜脱する手段に使われないかという質問が講演後の質疑応答で出された。これに対して、財団は寄付された財産の原資が減少せず、収益で運営されるように規制されている。これまでのところは、一定以上の信用のある人間が公益目的で死因財団を設立しており、問題は未だ発生していないというのが、答えだった。

※タチアナ・ヨシポヴィッチ教授（ザグレブ大学）は中央大学（奥田安弘教授）の招待で来日したが、二〇一〇年一一月一二日に北海道大学法学部を訪問され、民事法研究会・ＧＣＯＥの共同研究会でクロアチア共和国の新相続法を中心に、クロアチア

の相続法に関する講演を（ドイツ語で）行った。

クロアチアの相続法改正は、二〇一二年を予定しているEU加盟をにらんだヨーロッパ域内の法律の平準化の一環である。もちろん、相続法より債務法、消費者保護法などの改正が重要課題だが、相続法に関しても最近のヨーロッパの共通の動きをクロアチアの相続法の改正から看取することが可能である。

クロアチアはオーストリア法を継受しており、インスティトゥチオネン体系の民法を採用している。もっとも、オーストリアと同じくクロアチアではパンデクテン式で民法の体系書、教科書は書かれているとのことである。ただし、相続契約を認めないことなど相続に関する契約を禁じていること、遺留分請求権が価額弁償ではなく現物返還であることなど、一九世末に立法されたドイツ民法よりも一八世紀末のフランス民法の影響が強い。ところが、民法学の概念構成はドイツ私法学に倣ったものであり、ある意味では中部ヨーロッパの法圏の典型であると考えられる。さらに、遺留分を要扶養性に依存させる点では、旧東ドイツ法と類似している（ソビエト法の影響）。このようなクロアチア法の現状からヨーロッパ内でのグローバリゼイションの動きの一環を見て取ることも可能であろう（ただし、ヨシポヴィッチ教授によれば、EU加盟は交渉などというものではなく、要求された条件の受容の強要とのことである。さらに、EU内の様々な法準則を短い期間に理解し継受するのは大変な作業だとのことであった）。

本稿は、講演の翻訳、および、主に質疑応答の内容を訳注として付加したものである。もっとも、ヨシポヴッチ教授は質疑応答を考慮して書き直した原稿を再度送って下さり、その結果が本文と注には既に反映されている。

Ich bedanke mich herzlich bei Frau Prof. Dr. Tatjana Josipović für die schönen Erinnerungen mit ihr in Hamburg und auch in Sapporo.

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇一〇年一二月九日（木）午後二時より
「経済危機によるＥＵの規制権力の変容」

報告者　鈴木一人
出席者　三五名

本報告は、グローバル化した世界における権力関係を規定するのは、軍事力や経済力といった、いわゆる「ハードパワー」ではなく、グローバル市場における規制を誰が、どのようにして決定し、その規制を左右する力が新たな権力関係を作り出す力なのではないかという問題意識から出発している。グローバル化とは、相互連結する市場・情報空間と、主権国家が支配する政治空間のずれによって生まれ、主権国家が異なる法体制、規制、通貨などを保有することによって生まれる格差（利子率、税制、賃金水準など）によって発生するレントを追求した結果生まれるものとして定義する。そのなかで、国家は自国の経済発展、雇用の維持、国民生活の保障と安定のためにはグローバル市場に適合した政策をとらざるを得ないが、グローバル市場に開放された国家経済は、グローバル市場の変動の影響を被りやすく、自国の経済をコントロールすることが困難となる。

そんな中で、グローバル市場を調整する能力をもつ国家が「規制権力」として立ち現われ、その規制権力をもたない国家は、規制権力をもつ国家が設定する規制やスタンダードに従わざるを得なくなる。このような規制権力をもちうる存在は、第一に、国際的な規制が議論される場において強い交渉力をもち、グローバルな合意を形成できる能力をもち、第二に、信頼される規制を設定するための市場を管理する能力をもつことが条件となる。こうした条件に適合している存在として欧州連合（ＥＵ）がある、というのが本報告の中心的なテーマである。

ＥＵは五．五億人の人口と、単一市場としてはアメリカよりも大きなＧＤＰをもつ市場を抱え、その市場に参入しようとする企業や投資家たちは、ＥＵの市場における規制を無視することはできない。このような市場の「引力」を梃子に、ＥＵは自らの規制をグローバルな市場に投射することが出来る。また、国際的な交渉の場においては、二七のＥＵ加盟国が一つの立場

で発言することで、国際交渉において無視できない勢力となっている。さらに、EUが域内で規制を実施する際に、加盟国間の調整を経ているため、特定の加盟国や利益団体の利害が前面に出ることなく、普遍的な価値に基づく規制として提供することが出来る。

このようなEUの規制権力が顕著に現れる分野として、環境政策が挙げられるだろう。気候変動枠組み条約の京都議定書をめぐるEUのリーダーシップは、EUが設定した規制がグローバルな普遍性をもち、温室効果ガスの削減が国際規範として受け入れられるようになったが、近年のCOP15やCOP16において、米中を説得することが出来なかったことは、EUの規制権力が及ぶ範囲に限界があることを示した。しかし、京都議定書の延長を主張したことで、自らの利益である排出権取引を実現しようとするなど、単に規制を「国際公共善」という観点から設定するのではなく、あくまでも自らの利益を実現する手段として活用していることがわかる。

また、同じくEUの規制権力が現れる分野として、競争政策がある。これはEUにおける競争政策の権限が欧州委員会に集中しており、高額な課徴金と柔軟な域外適用を通じて、グローバル市場における競争条件の平準化を目指しているように見える。しかし同時に、EUは自らの産業がグローバル市場で優位となるような競争政策の適用も行っており、その「本音」と「建前」が交錯する状況になっている。

このようなEUの規制権力は、果たしてギリシャに端を発する欧州の経済危機によってどのように変化するのであろうか。今回の経済危機は、二〇〇八年のリーマン・ショック以降に引き起こされたグローバルな金融危機がきっかけではあるが、その構造的な背景として、ユーロ加盟の基準を政治的な理由で緩和したこと、また、ユーロ圏の経済財政政策の安定化措置であった安定成長協定の適用を緩めたこと、さらには、リーマン・ショック後の銀行の健全性を検査する「ストレス・テスト」の基準がいい加減であったことなどが考えられる。ゆえに、こうした危機は規制の甘さに端を発しているのであり、当面の危機を切り抜けることで、加盟国間の相互監視が厳しくなり、再び危機に陥らぬよう、厳しい規制がかけられることになるであろう。そうしたEUの域内規制の強化は、同時にグローバル市場において、同様の規制強化を求めていく動きとつながり、金融・財政政策においても、EUがグローバルな規制権力として影響力を増していく可能性があると言える。

本報告は、科学研究費補助金基盤研究（B）「規制帝国＝E

Uの歴史的形成と展開」（研究代表：遠藤乾）の研究成果の一部であるが、本報告に対して、多数の質疑を受け、今後の研究課題がより一層明確になった。この場を借りて感謝したい。

論　　説

国際家族法の領域における絶対的強行法規について

――養老施設法14条の適用を巡るドイツ裁判例を中心に――

嶋　　拓哉

1．問題の所在

従来よりわが国においても絶対的強行法規の適用が議論されてきたが、それは主として当事者自治の原則に基づき指定される契約準拠法との関係においてであった。すなわち、当事者がある国の法規の潜脱を目的として、わざわざ他国の法を契約準拠法に指定した場合であっても、そうした法規の適用回避を許さないために、絶対的強行法規としての法適用が議論されてきた経緯があり、現在に至るまでとりわけ当事者自治の原則を制限する法理の一つとして論じられることが多い。わが国の下級審裁判例を見ても、労働契約の領域において契約準拠法所属国でないわが国の労働法規の適用を認めた事案が存在する[1]が、これなどは数多くの評釈においてわが国労働法規の絶対的強行法規性を肯定したケースである旨の説明がなされている[2]。また労働契約や消費者契約について

[1] 東京地決昭和40年４月26日労民集16巻２号308頁。

[2] 本判決の評釈・解説としては、安屋和人＝田村精一「判批」法と政治17巻１号69頁（1966年）、我妻栄編集代表『渉外判例百選』（有斐閣、1967年）76頁［桑田三郎執筆］、澤木敬郎「判批」判例時報422号73頁（1965年）、同「判批」立教法学９号145頁（1967年）、山口浩一郎＝菅野和夫＝西谷敏編『労働判例百選［第

は、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という）上、契約準拠法の適用のみならず、労働者や消費者の意思表示に基づきその労働契約の最密接関係地法や消費者の常居所地法中の強行法規の適用が予定されており、加えて、法廷地の絶対的強行法規が適用されるとすれば、契約を巡る法の適用関係が一段と複雑になることから、とりわけこれら法領域における絶対的強行法規の適用問題が高い関心を集め議論が集中することは当然の帰結と言えるであろう。

他方において、絶対的強行法規の理論について、「必ずしも当事者自治によって準拠法が定まる場合にのみ適用されるのではなく、その性質上、国際私法により準拠法決定がされるすべての場合に適用される一般理論と位置づけるべきである」[3]とか、「強行法規の特別連結論は、理論的には国際私法のいずれの分野においても問題となる」[4]といった見解が示されている。これらは絶対的強行法規の適用を準拠法決定のあらゆる場面において問題とする立場に拠っているが、わが国においては、絶対的強行法規の適用が問題となった事案が契約を巡る法的紛争に限られ、かつその裁判例も僅少であること[5]も手伝って、国際契約法以外の領域における絶対的強行法規の適用事案が具体的に想定され議論されているわけではない。本稿では、ドイツの学説および裁判例に基づき、国際契約法以外の領域の中でも、特に国際家族法における絶対的強行法規の適用問題に焦点を当てて検証を行うこととする。

６版］』（有斐閣、1995年）260頁［尾崎正利執筆］、櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選［新法対応補正版］』（有斐閣、2007年）28頁［陳一執筆］等がある。

[3] 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門［第６版］』（有斐閣、2006年）197-198頁。

[4] 神前禎＝早川吉尚＝元永和彦『国際私法［第２版］』（有斐閣、2006年）147頁［神前禎執筆］。なお、特に国際家族法の領域における絶対的強行法規の適用を論じたものとして、笠原俊宏『国際家族法新論［補訂版］』（文眞堂、2009年）129-130頁がある。

[5] わが国における絶対的強行法規に関する裁判例については、嶋拓哉「わが国抵触法体系における利息制限法の位置付けに関する一考察［４］」国際商事法務38巻４号489-490頁（2010年）を参照。

２．国際契約法以外の領域における絶対的強行法規の適用問題

ドイツ民法施行法（以下「EGBGB」という）では従来、契約上の債権債務関係（vertragliche Schuldverhältnis）の準拠法を規定する第５章第１節に34条を設け、「本節は契約に適用されるべき法（das auf den Vertrag anzuwendende Recht）を顧慮することなく実体を強制的に律するドイツ法規の適用を制限するものではない」旨規定していた。同条項は、契約準拠法に拘らず適用される、ドイツ法体系における絶対的強行法規の特別連結に関する白地規定（Öffnungsklausel）であり、どの内国規定が絶対的強行法規に該当するかとか、特別連結は具体的にどのようになされるのかといった問題を棚上げしつつも、とにかく契約法の領域における国際的強制力を有する法廷地法（lex fori）たる内国法規の適用を明示的に規定したものであると解されてきた[6][7]。2009年12月に契約債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則（以下「ローマⅠ規則」という）[8]が発効したことにより、EGBGB 第５章第１節は失効し、ローマⅠ規則９条により新たに絶対的強行法規の適用問題が規律される

---

[6] F.Ferrari/E.Kieninger/P.Mankowski/K.Otte/I.Saenger/A.Staudinger, Internationales Vertragsrecht Kommentar (C.H.Beck, 2007), EGBGB Art.34 Rdn.1-2 [A.Staudinger]; Münchener Kommentar BGB, Band 10, 4.Aufl. (C.H.Beck, 2006), IPR Einl. Rdn.74 [H.Sonnenberger] und Art.34 Rdn.1-4 [D.Martiny]; J.von Staudinger Kommentar BGB/IPR-Einleitung zu Art.27ff EGBGB, 13.Aufl. (de Gruyter, 2002), EGBGB Art.34 Rdn.1-3 [U.Magnus].

[7] なお、EGBGB34条には法の適用に関する指示（連結に関する独自の内容）が含まれていない（H.Sonnenberger, Die Eingriffsnorm: ein internationalprivatrechtliches *σκανδαλον*?, in B.Großfeld/R.Sack/T.Möllers/J.Drexl/A.Heinemann(Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Fikentscher: zum 70. Geburtstag (Mohr Siebeck, 1998), 283, 288; P.Mankowski, Strukturfragen des Internationalen Verbrauchervertragsrechts, RIW 1998, 287, 290）ことから、同条項は抵触規定と見做されていない（Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.1 [A.Staudinger]）。

[8] Verordnung (EG) Nr.593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EU 2008 Nr.L177 S.6.

ことになったが、同条１項では、絶対的強行法規について「国家による当該法規の尊重が、政治、社会、経済体制をはじめとする同国の公益確保にとって決定的であって、本規則の下で契約に本来適用されるべき法の如何を問わず、当該法規の適用範囲内の事象に対して須らく適用されるべきもの」との定義がなされている。これは欧州裁判所の見解[9]を基に設けられた規定であるとされる[10]が、その内容はドイツの通説および裁判例が採用してきた見解とも一致している[11]。また、ローマⅠ規則９条２項は同規則によって法廷地の絶対的強行法規の適用が制限されない旨を規定したものである。EGBGB34条およびローマⅠ規則の前身である契約債務の準拠法に関するEEC条約（以下「ローマ条約」という）[12]７条２項の規定内容を踏襲したものであり、それに本質的な変更は加えられていない[13]。

しかしながら、ドイツでは、EGBGB34条等が国際契約法の領域のみ

---

[9] Jointed Cases C-369/96 and C-376/96 (1999) ECR I-8453; C-374/96 (1998) ECR I-8385.

[10] Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 14th edition (2008, Oxford Univ. Pr.), 739.

[11] 例えば、絶対的強行法規についてローマⅠ規則９条１項と同様の見解を示した判決としては、BAGE 63, 17, 32ff.; 71, 297, 316ff.; 80, 84, 92ff.; 100, 130, 139ff. がある。また、学説としては、J.Kropholler, Internationales Privatrecht, 6.Aufl. (Mohr Siebeck, 2006), 21-23; J.von Staudinger, a.a.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.57 [U.Magnus]; A. Junker, Empfiehlt es sich, Art.7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren?, IPRax 2000, 65, 70; P.Mankowski, Internationales Seeschiffahrtsregister, Anknüpfung von Heuerverträgen und Qualifikationsfragen im internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1996, 405, 408ff.; U.Magnus, Englisches Kündingungsrecht auf deutschem Schiff-Probleme des internationalen Seearbeitsrechts, IPRax 1991, 382, 385.

[12] Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980, ABl. EU 1980 Nr.L266 S.1.

[13] ローマ条約７条２項（並びにEGBGB34条）とローマⅠ規則９条２項との関係を論じたものとして、Cheshire, North & Fawcett, a.a.O. (Fn.10), 739; Münchener Kommentar BGB, Band 10, 5.Aufl. (C.H.Beck, 2010), IPR Einl. Rdn.38 [H.Sonnenberger] がある。

を対象としていることを以って、それ以外の領域において絶対的強行法規の存在および適用が否定的に解されているわけではなく、絶対的強行法規がその他の法領域においても広く存在し適用され得ると考えられてきた[14]。この点は古くはローマ条約の起草段階で既に論じられていたことである。U.Drobnig 博士は、ローマ条約起草案７条に関連して、「不法行為法上の請求権または不当利得に基づく請求権に代表されるような純粋な非契約法債権を含む場合においてさえ、当該債権債務の準拠法（the lex obligationis）以外の法（例えば、準拠法所属国以外の国の外国為替管理法）における排他的かつ強制的な条項の適用が考慮される必要がある」との指摘を行っていた[15]。また、EGBGB を巡っては、B.von Hoffmann 博士が「EGBGB34条の主たる適用領域は実際には契約上の債権債務であるが、内国もしくは外国の絶対的強行法規の考慮は不法行為法上および不当利得法上の請求権についても想定され得る」との見解を示している[16]ほか、H.Sonnenberger 博士も「EGBGB34条の唯一の機能は、国際私法上の抵触規定により指定される準拠実質法上の債権債務に関する規定が公益の保障に資する法廷地法上の規定に優先し得ないということを敢えて確認したことにあるに過ぎない。これは至極当然のことであり、これを根拠付ける成文規定がなくとも顧慮されるべきであり、EGBGB34条の適用領域外においても妥当する事柄である」と、同様の指摘を行っている[17]。

さらに、P.Mankowski 博士は、絶対的強行法規の理論が経済法もし

---

[14] A.Arnold, Lex fori als versteckte Anknüpfung (Duncker & Humblot, 2009), 155; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.13), IPR Einl. Rdn.38 [H.Sonnenberger]; A.Halsdorfer, Der Beitritt Deutschlands zum UNESCO-Kulturgutübereinkommen und die kollisionsrechtlichen Auswirkungen des neuen KultGüRückG, IPRax 2008, 395, 399.

[15] U.Drobnig, Comments on Art.7 of the Draft Convention, in O.Lando/B.von Hoffmann/K.Siehr (ed.), European Private International Law of Obligations (Mohr Siebeck, 1975), 82, 82f.

[16] H.Soergel Kommentar zur BGB, Band 10, 12.Aufl. (W.Kohlhammer, 1996), EGBGB Art.34 Rdn.13 [B.von Hoffmann].

[17] Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.6), IPR Einl. Rdn.74 [H.Sonnenberger].

くは契約法の領域に限定されるのではなく、その他の法領域にも妥当するという理解が次第に拡大しているとの認識を示したうえで、国際家族法の領域においても絶対的強行法規の存在を想定し得ることを明確に主張する。すなわち、「国家構成員そのもの、特に自国の公務員または軍人に対するコントロールの確保という国家政策上の目的を有する婚姻制限についても、絶対的強行法規性が肯定されるべきである。家政に関する一定の共通観念を維持するために、遺言者による相続法上の任意処分に制約を課す場合についても、同様である。また、医薬品販売における薬局の専売権をはじめとして、保健政策に根拠を有する法制度を守るための広告・勧誘規制も絶対的強行法規であるし、国家的文化承継の保護に関する特別規定についても通常はその絶対的強行法規性を肯定して差し支えない」として、国際家族法の領域を含め広範な法領域に亘って具体的な事例を提示するに至っているのである[18]。このうち、同博士は、自国民と外国国籍者の婚姻に対する国家管理的な法制度の存在を例に取り、議論を敷衍している。サウジアラビア[19]およびアルバニア[20]等では、1960年台から70年代にかけて、自国民、特に軍人または公務員が外国国籍者と婚姻する場合には国家当局の許可を必要とする旨の法規が相次いで制定された経緯があるが、こうした外国の法規定が自国民を管理するためにその婚姻に制約を課す趣旨であれば、当該法規定の絶対的強行法規性を肯定して差し支えないとの見解を示している[21]。また同博士はこれに付随して、外国国籍者による自国民の養子縁組についても同様のことが当てはまるとする。こうした養子縁組に制約を課す外国法規定が存在しており、かつ、当該外国法規定が子の福祉を優先的に考慮する趣旨ではなく、国民の管理を目的とするものである場合には、当該法規定が

---

[18] C.von Bar/P.Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I, 2.Aufl. (C.H.Beck, 2003), § 4 Rdn.81 [P.Mankowski].

[19] Beschluß des Ministerrates von Saudi-Arabien, bekanntgemacht am 15. Juli 1973, Das Standesamt 1974, 276.

[20] Dekret-Erlaß über Eheschließungen zwischen albanischen Staatsangehörigen und Ausländern vom 5. Dezember 1966, RabelsZ 31, 716 (1967).

[21] P.Mankowski, Anmerkung zum OLG Oldenburg Beschluß vom 19. Februar 1999, FamRZ 1999, 1313, 1314.

絶対的強行法規としての性格を帯びると考えているようである[22]。

3．国際家族法領域の絶対的強行法規を巡るドイツ裁判例

（1）1999年２月19日付オルデンブルク州高等裁判所決定[23]

（事実関係）

1994年５月27日にドイツ国籍の女性Ａが死亡したことから、利害関係人Ｂが1992年５月２日付でＡが行った遺言による財産処分に基づき、自身が単独相続人であると主張し、相続証書の付与にかかる申請を行った。Ｂはドイツ国外に所在する養老施設の経営者であり、Ａは遺言作成時に既に当該施設に入居し生活しており、Ａの遺言作成もＢの了解を得て行われた経緯がある。これに対して、Ａの妹Ｃは、1992年５月２日付の当該財産処分が養老施設法（Heimgesetz）[24]14条１項に違反していること、およびＡに遺言能力がなかったことを理由として、Ａによる当該財産処分が無効である旨主張して、Ｂと対立した。簡易裁判所はＢの申請に基づき相続証書を付与したが、地方裁判所は1992年５月２日付の遺言によるＡの財産処分が養老施設法14条１項に基づき無効であるとし、相続証書付与の撤回を命じたことから、今度はＢがこれに異議を申立て、相続証書の付与を求めたのが本件事案である。

（判決要旨）

オルデンブルク州高等裁判所は、1992年５月２日付の遺言によるＡの財産処分が養老施設法14条１項に違反していないとしたうえで、原審を破棄し地方裁判所に審理を差戻した。

養老施設法14条１項は、養老施設の運営主体に対して、その入居者ま

---

[22] Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.

[23] OLG Oldenburg Beschluß vom 19. Februar 1999－5 W 29/99, FamRZ 1999, 1312.

[24] 同法を説明したものとして、本沢巳代子「西ドイツ老人ホーム法の実証的研究」大阪府立大學經濟研究34巻２号83頁以下（1989年）および下森定編『有料老人ホーム契約』（有斐閣、1995年）９頁以下［本沢巳代子執筆］がある。

たは入居申込者から、またはこれらの者を利するように、同法４条に沿って合意された報酬以外に金銭または金銭的価値ある物の給付を提供させ、または約束させることを禁ずる条項である[25]。本事案では、ドイツ国籍者が遺言による財産処分によってドイツ国外に所在する養老施設の運営主体に資産を提供した場合にも、同条項の適用があるか否かが争点となったが、オルデンブルク州高等裁判所は、こうしたケースにおける養老施設法14条１項の適用を否定する判断を下している。すなわち、同高等裁判所は、①従来までは営業法（Gewerbeordnung）38条により、州政府に対して養老施設の営業に関する法規命令を公布する権限を付与していたが、1975年１月１日付で養老施設法が発効して以降は、同法がドイツ国内の総ての養老施設の統一的な最低基準を規定することとされたこと、②養老施設法の下では、養老施設の運営主体は州政府が指定する監督官庁による営業許可を取得する必要があること、③同法では、養老施設と入居者との私契約に対する公法的規制を設けていること（４条）や、所定の報酬以外に運営主体が入居者から不当に利得を得ることを厳

[25] 養老施設法14条１項および４条（いずれも当時）は以下のとおり。

14条１項

Dem Träger eines Heims ist es untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnern Geld- oder geldwerte Leistungen über das nach § 4 vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen.

４条

１項 Zwischen dem Träger und dem künftigen Bewohner ist ein Heimvertrag abzuschließen.

２項 Der Inhalt des Heimvertrags ist dem Bewohner unter Beifügung einer Ausfertigung des Vertrags schriftlich zu bestätigen. Insbesondere sind die in § 1 Abs. 1 Satz 3 genannten Leistungen des Trägers im einzelnen zu beschreiben und das dafür insgesamt zu entrichtende Entgelt anzugeben.

３項 Das Entgelt darf nicht in einem Mißverhältnis zu den Leistungen des Trägers stehen.

４項 Der Träger hat vor Abschluß des Heimvertrags den Bewerber schriftlich über den Vertragsinhalt, insbesondere über die Leistungen und die Ausstattung des Heims sowie die Rechte und Pflichten der Bewohner, zu informieren.

しく禁止していること（14条）に加え、同法14条違反の行為は秩序違反行為と認定され（17条１項３号[26]）、営業許可の撤回および営業停止に至る旨規定されていること（15条３項４号、16条２項２号[27]）等を認定したうえで、「こうした主として公法的な性格を有する規制は、養老施設法14条１項がドイツ国内での適用を要求していること、従って、EGBGB25条１項の連結点である国籍の別に則して養老施設法の適用の有無を決するのは適当でないことを物語っている」との見解を示すに至った。

さらに、同高等裁判所は、「仮にも養老施設法14条１項の適用を入居者（＝被相続人）の国籍に拠らしめたとすれば、確かにドイツ国籍者の

---

[26] 養老施設法17条１項（当時）は以下のとおり。

Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 6 Abs. 1 Satz 1 ohne Erlaubnis ein Heim betreibt,
2. ein Heim betreibt, obwohl ihm dies durch vollziehbare Verfügung nach § 16 untersagt worden ist,
3. entgegen § 14 Abs. 1 sich Geld- oder geldwerte Leistungen versprechen oder gewähren läßt oder einer nach § 14 Abs. 7 erlassenen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit diese für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist.

[27] 養老施設法15条３項および16条２項（いずれも当時）は以下のとおり。

15条３項

Die Erlaubnis kann widerrufen werden, wenn der Träger des Heims

1. die Art des Heims, für die die Erlaubnis erteilt worden ist, unbefugt ändert oder andere als die zugelassenen Räume zum Betrieb verwendet,
2. Auflagen nach § 12 nicht innerhalb der gesetzten Frist erfüllt,
3. Personen entgegen einem nach § 13 ergangenen Verbot beschäftigt,
4. gegen § 14 Abs. 1, 3 oder 4 oder eine nach § 14 Abs. 7 erlassene Rechtsverordnung verstößt.

16条２項

Der Betrieb kann untersagt werden, wenn

1. der Träger des Heims eine Anordnung nach § 12 nicht befolgt,
2. die Voraussetzungen für den Widerruf einer Erlaubnis nach § 15 Abs. 3 Nr. 3 oder 4 vorliegen.

遺言の自由は海外においても保護され、介護サービスの給付に対する過大な支払を阻止することはできるものの、他方で同法のより本質的な立法目的、すなわち養老施設内の平穏や個々の入居者の福祉を脅かす、付加的な金銭提供やその提供の約束の有無に基づく差別的な取扱いを阻止することができないという不合理な結果を惹起してしまう」との懸念を表明している。そのうえで、「養老施設法14条は、国籍を連結点とすることにより同一の養老施設の入居者について異なる取扱いを行うことを正当化しておらず、同法14条に基づく私的自治を制限する不当な利得の禁止は、同法上の監督を受けるすべての養老施設に適用されるべきである」と結論付けるのである。

（2）本決定以前の学説状況

本決定当時においては、養老施設法14条１項の国際的な適用範囲を巡って、学説上２つの見解が対立していた。

まずR.Birk博士は、同条項の目的は相続人または非相続人の保護にあるとし、その適用をEGBGB25条１項[28]に拠らしめるべきとする見解を唱えていた[29]。同博士は、この問題を論じるに当たって、重要と考えられる考慮要素として、相続人または被相続人の保護と養老施設という関連機関の制度的な保護の２つがあるとしつつも、後者は、養老施設法の規制においてはあくまで前者の反射的効果に止まるとする。また同博士は、公証人等に関しても公正証書作成法（Beurkundungsgesetz）に同様の法規定が存在している[30]ことを指摘したうえで、これら類似の法

[28] EGBGB25条１項は以下のとおり。
Die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte.

[29] Münchener Kommentar BGB, Band 10, 3.Aufl. (C.H.Beck, 1998), EGBGB Art.25 Rdn.208 [R.Birk].

[30] 公証人に関しては、公正証書作成法27条による同法７条の準用がこれを規定している。これらの条文（当時）は以下のとおり。
7条：Die Beurkundung von Willenserklärungen ist insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind,

規定について別個の連結政策を採るのではなく、抵触法上 EGBGB25条によって統一的に処理するのが説得的であるとの判断を下している。こうした R.Birk 博士の見解は、養老施設法14条 1 項の規定は養老施設の運営主体が受遺者として指定され得る資格（受遺能力）を有するか否かという問題を取扱うものであり、相続としての性質決定を行うのが適当であるという考えに依拠している。その結果として、養老施設の所在地に拘らずドイツ国籍者が遺言を行う場合には、同条項の適用が須らくなされるものの、外国国籍者が遺言を行う場合には、仮令その者がドイツ所在の養老施設に入居している場合であっても、一切同条項は適用されないという帰結になる[31]。

これに対して、H.Dörner 博士は、養老施設法14条 1 項では相続法上の受遺資格の有無を最初から判断する必要がない以上、相続としての性質決定を行うのではなく、ドイツ国際私法における不文律の抵触ルールに基づきドイツに所在する養老施設に属地的に適用されるべきとの見解を展開する[32]。同博士の見解によれば、養老施設法14条 1 項はドイツ国内の養老施設において生活するすべての入居者を巡る法律関係に適用されるべきものであり、従って、ドイツの養老施設に住む外国国籍の入居者にも適用があるとの結論に至ることになる。他方において、外国所在の養老施設に入居しているドイツ国籍者が作成した遺言に対して同条項

---

1. dem Notar,
2. seinem Ehegatten oder früheren Ehegatten oder
3. einer Person, die mit ihm in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist oder war,

einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen.

27条：Die § 7, § 16 Abs. 3 Satz 2, § 24 Abs. 2, § 26 Abs. 1 Nr. 2 gelten entsprechend für Personen, die in einer Verfügung von Todes wegen bedacht oder zum Testamentsvollstrecker ernannt werden.

[31] H.Dörner, Zur Anknüpfung von §14 HeimG, IPRax 1999, 455, 455.

[32] J.von Staudinger Kommentar BGB/IPR Art.25, 26 EGBGB; Anhang zu Art.25f EGBGB: Ausländische Rechte, 13.Aufl. (de Gruyter, 1995), EGBGB Art.25 Rdn.127 [H.Dörner].

は適用されないとの帰結が導かれることになる[33]。

（3）本決定の位置付け

本決定は、（2）で紹介した学説のうち後者の見解（H.Dörner 博士の見解）を採用したものであり、評釈においても、本決定により養老施設法14条1項の絶対的強行法規としての性格が正当に（zu Recht）根拠付けられたとして、概ね肯定的な評価が示されている[34]。

一般にある法規が絶対的強行法規に分類され得るか否かは、当該法規の意義および立法目的に照らして決せられると考えられているが、これら学説によれば、養老施設法14条1項の意義・目的は、金銭欲に左右されないような養老施設の雰囲気を醸成し、介護世話人に依存する施設入居者が抑圧される心配なく自由に自身の財産処分を行い得る環境を整備することにあるとされる[35]。そして、私法的な方策を補完するものとして、同条項の違反に対して制裁が予定されるなど、ドイツ国内における養老施設経営の最低基準を定めるべく公法的規制が盛り込まれているが、まさにこれこそが同条項の絶対的強行法規性を根拠付けるメルクマールであると評価されている[36]。確かに、こうした制裁の存在は養老施設の運営主体に対して、入居者への金銭贈与の働きかけを行うインセンティブを削ぐ方向に機能するが、それは飽く迄反射的な効果に過ぎないと考えられている[37]。

また、R.Birk 博士が指摘する公正証書作成法における公証人等に対する同様の規制についても、本決定を支持する学説からは、そもそも特定の者が受遺者として指名されることについて制限を課されたからといって、これら類似する法規の適用を一律に相続にかかる通常連結に拠

---

[33] Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455.

[34] Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1313; Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455. 但し、本決定およびこれを支持する学説に反対する見解として、Münchener Kommentar BGB, Band 11, 5.Aufl. (C.H.Beck, 2010), EGBGB Art.25 Rdn.208 [R.Birk] がある。

[35] Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455.

[36] Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314; Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455-456.

[37] Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.

らしめる必然性はなく、個々の法規の目的に照らして抵触法上異なる性質決定が許容されるべきであるとの反論が示されている[38]。ここでも、これら学説は、監督法上または秩序違反法上の手段が規定されているか否かを重視する。すなわち、養老施設法には本決定中で判示されたように、営業許可の撤回等に代表される公法的な制裁措置が予定されているのに対して、公正証書作成法においては、禁止規定に反して受遺者となった公証人等に対して、こうした公法規制的な措置は何ら盛り込まれておらず、単にかかる財産処分の私法的有効性が否定されるに止まるが、このことは同法の主要な目的が遺言者の保護に求められることを示唆していると指摘する。また公証人は受遺者から排除されるべき一類型に過ぎず、公正証書作成法においては、通訳、聾唖者の代弁者、利害関係を有する証人等も受遺資格を制限されていることから、その主たる立法目的は利害の抵触の排除に求められるべきであって、公証人制度自体の維持および同制度の健全性確保は同法の副次的な目的に過ぎないと結論付けている[39]。

さらに、本決定を支持する学説は、養老施設法の適用を相続にかかる通常連結に拠らしめた場合に、法の適用結果の面（Rechtsfolgenseite）において不都合が生じることを指摘する。すなわち、養老施設法では、同法14条１項違反の結果として科される公法的な性格を有する制裁は養老施設を名宛人とするものであり、執行管轄権の限界という視点からみれば、その実効性を確保するためには養老施設がドイツの領域内に所在していることが重要であるとする[40]。これに対して、被相続人の国籍を連結点として養老施設法の適用の有無を決する立場に依拠すれば、外国の養老施設に居住するドイツ国籍者については、結局のところ同法による実効的な保護を享受できないという事態を甘受しなければならないと指摘する[41]。また、P.Mankowski 博士は、養老施設法14条１項を相続として性質決定した場合には、ドイツ所在の養老施設の間で同法類似の規

[38] Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314; Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455.
[39] Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.
[40] Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314; Dörner, a.a.O. (Fn.31), 456.
[41] Dörner, a.a.O. (Fn.31), 456.

制を有しない外国の国籍を保有する資産家を優先的に入居させるべく競争が生じたり、相続の領域において限定的ではあれ法選択の自由を許容している国の国籍保有者に着目する養老施設が出現する惧れがあると指摘する[42]。さらに、抵触法上相続分割主義が採用され、かつ実質法上養老施設法14条１項類似の規制を課していない国に不動産を有している者を優先的に入居させたり、そうした法制を有する外国に不動産を所有していないかを入居時に尋ねる慣行が生じかねないなど、養老施設法14条１項の適用を相続にかかる通常連結に拠らしめることにより、殊更不適切な帰結に至りかねないとの懸念を表明している[43]。同博士はこの点について詳細な説明を行ってはいないが、被相続人の本国法主義に対し重大な制約を課していた当時のEGBGB ３条３項（現行法3a条２項に該当）[44]の存在を念頭に置いた記述ではないかと考えられる。すなわち、同条項に基づき、目的物が相続準拠法所属国以外に所在しており、その所在地国において、動産の相続と不動産の相続で異なる抵触法的規律がなされていれば（こうした法制を採用している国では、動産の相続は被相続人の属人法、不動産の相続はその所在地法にそれぞれ拠らしめているのが典型である）、特に不動産の相続に関しては、EGBGB25条に基づき準拠法として指定された被相続人の本国法の適用が排除され、代わりにその所在地国法が当該不動産の相続について優先的に規律するとの結論に至ることになる[45]。つまり、ドイツ国籍を有する者がドイツ所在の

---

[42] Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.

[43] Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.

[44] 当時のEGBGB３条３項は以下のとおり。なお、この規定をそのまま承継する形で、2008年12月10日付改正法によりEGBGB 3a条２項が設けられ、翌2009年１月11月より施行されている（BGBl.I S.2401）。

Soweit Verweisungen im Dritten und Vierten Abschnitt das Vermögen einer Person dem Recht eines Staates unterstellen, beziehen sie sich nicht auf Gegenstände, die sich nicht in diesem Staat befinden und nach dem Recht des Staates, in dem sie sich befinden, besonderen Vorschriften unterliegen.

[45] 従来のEGBGB ３条３項の意義等を説明したものとして、Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.6), EGBGB Art.3 Rdn.17ff. [H.Sonnenberger];

養老施設に外国の不動産を遺贈する場合には、不動産の遺贈を巡りその所在地たる外国法が適用され、ドイツ養老施設法14条１項の適用が排除されるという事態を念頭に置いた記述と考えられる。

４．絶対的強行法規のメルクマールを巡るドイツの議論とわが国家族法

（１）絶対的強行法規のメルクマールを巡るドイツの議論

一般にドイツでは、絶対的強行法規の適用に対して比較的抑制的な姿勢を採る立場が優勢であるが、それには２つの理由があると思われる。第一に、絶対的強行法規は国際的な強行性を有していることが求められるが、果たして個々の実質法が準拠法如何に拘らず適用されるべきとする国際的な適用意思（internationale Geltungswille）を持ち合せているか否かが明確ではないという点である。不正競争防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）[46]の如く条文で国際的な適用意思を明示している場合は兎も角、そうでない場合には、解釈により各実質法の絶対的強行法規性を確認していくほか方策はない[47]。この場合、条文のみを一瞥しただけではその法規の国際的な適用意思の有無が明確ではないため、まさにそうした法規の適用が当事者の予見可能性および法的安定

H.Bamberger/H.Roth(Hrsg.), BGB, Band 3, 2.Aufl. (C.H.Beck, 2008), EGBGB Art.3 Rdn.10ff. [S.Lorenz]; W.Erman Handkommentar BGB, Band 2, 12.Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2008), EGBGB Art.3 Rdn.13 [G.Hohloch] 等がある。なお、石黒一憲『国際私法［第２版］』（新世社、2007年）407-408頁に同条項の趣旨について簡潔な説明があるほか、その前身規定である1986年改正前の EGBGB28条を説明したものとして、川上太郎『現代外國法典叢書（21）國際私法［独逸國際私法・仏蘭西國際私法］』（有斐閣、1955年）独逸國際私法151-154頁がある。

[46] 不正競争防止法130条２項は以下のとおり。
Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden.

[47] Arnold, a.a.O. (Fn.14), 155.

性を損ねるとの批判が強い。第二に、絶対的強行法規の適用は特別連結によるものであるが、これを多用することは準拠法ルールにより最密接関係地法の適用を求める通常連結を不当に圧迫しかねないと考えられている点である。絶対的強行法規は私法的法律関係を通常の連結政策の外側から（von außen）規律する例外的な処理と考えられており[48]、例えば、ドイツにおいても契約法領域における特別連結を規定したEGBGB34条に関して、「当事者による法選択の自由の例外をなすものであり、当事者間における法的不確実性を極力回避するためにも可能な限り抑制的な取扱いが求められる」[49]との見解が示されているところである。このようにドイツでは特別連結が一般的な迂回規定（Ausweichklausel）に仕立て上げられ、その結果として準拠法決定にかかる原則的ルールが排除されることに対して強い警戒感があると言えよう[50]。

そのうえで、絶対的強行法規の第一の要件は既に述べたとおり、国際的な適用意思の存在である。個別に法規を検証すると国際的な適用意思を明示していないケースが大勢であり、こうした場合には、各法規の趣旨、意義または目的等に照らしてその絶対的強行法規性を判断していくほかないとされる[51]が、実際にどのようなメルクマールの下でこれを認

[48] Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1313.

[49] C.Reithmann/D.Martiny(Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 6.Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2004), Rdn.405 [R.Freitag]. 他にも同様の見解を表明するものとして、Bamberger/Roth, a.a.O. (Fn.45), EGBGB Art.34 Rdn.13 [A.Spickhoff]; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.16 [D.Martiny].

[50] BGH Urteil vom 13. Dezember 2005 (XI ZR 82/05), BGHZ 165, 248は、ドイツ消費者信用法の絶対的強行法規性が争点となり、これを否定した事案であるが、その判旨の中で「実質法上の規定が国際的な強行法規性を有するか否かという点については慎重な判断が求められる。それはEGBGB34条が一般的な迂回規定に仕立て上げられるべきではなく、それによって、ローマ条約やEGBGBにおいて支配的な原則である当事者による法選択の自由が排除されるべきではないという基本理念に基づくものである。」との見解が述べられている。本判決の詳細については、嶋拓哉「わが国抵触法体系における利息制限法の位置付けに関する一考察［３］」国際商事法務38巻３号347頁以下（2010年）を参照。

[51] W.Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im IPR,

定していくべきかについては学説上争いがある。当初は問題となっている法規が公法的あるいは私法的な性格のいずれを有しているかといった基準が提唱された[52]が、こうした基準は流動的であり往々にして偶然的なものであるほか、実際の法適用では私法と公法が互いに強く絡み合い複雑な様相を呈していることから、こうした単純な図式を用いるのは不適当であるとの批判が寄せられており、多くの支持を得るには至っていない[53]。そこで、現在の大半の学説は個別の法規の目的を基準として絶対的強行法規性の有無を判断していく立場を採っている[54]が、次に問題となるのは、如何なる目的を有していれば、その個別法規の絶対的強行法規性を肯定し得るかという点である。この点、支配的な見解は、各法規の目的が国家政策および経済政策に代表される公的利害（öffentliche Interessen）に向けられていることを判断基準に据えており、当事者の私的利害（private Interessen）の調整および保護を目的とする法規についてはその絶対的強行法規性を否定する[55]。本稿で紹介した1999年２

ZVglRWiss. 54 (1941), 168, 176ff.

[52] J.Schulze, Das öffentliche Recht im international Privatrecht (Alfred Metzner, 1972), 112f.

[53] K.Neumayer, Anmerkung zum BGH Urteil vom 17. Dezember 1959, RabelsZ 25 (1960), 649f.; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.12 [D.Martiny]; Erman, a.a.O. (Fn.45), EGBGB Art.34 Rdn.12 [G.Hohloch]; J.von Staudinger, a.a.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.50 [U.Magnus]; Soergel, a.a.O. (Fn.16), EGBGB Art.34 Rdn.8 [B.von Hoffmann]; Reithmann/Martiny, a.a.O. (Fn.49), Rdn.400 [R.Freitag]; O.Palandt BGB, 66.Aufl. (C.H.Beck, 2007), EGBGB Art.34 Rdn.3 [A.Heldrich]; Magnus, a.a.O. (Fn.11), 385; P.Mankowski, Wichtige Klärungen im Internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1994, 88, 94ff.

[54] Münchener Kommentar, a.a.O.（Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.13 [D.Martiny]; J.von Staudinger, a.a.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.56 [U.Magnus].

[55] Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.13 [D.Martiny]; J.von Staudinger, a.a.O. (Fn.6), EGBGB Art.34 Rdn.57 [U.Magnus]; Reithmann/Martiny, a.a.O. (Fn.49), Rdn.400 [R.Freitag]; v.Bar/Mankowski, a.a.O. (Fn.18), §4 Rdn.91ff. [P.Mankowski]; Kropholler, a.a.O. (Fn.11), 497ff.; Bamberger/Roth, a.a.O. (Fn.45), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Spickhoff]; Magnus, a.a.O. (Fn.11), 385; BAGSAE 1997, 31, 34; BAGE 63, 17, 31ff.; BAGE 71, 297, 316.

月19日付オルデンブルク州高等裁判所決定では、養老施設法14条１項の目的を「ドイツ国籍者の遺言の自由の保護」ではなく、「養老施設における平穏や福祉を脅かす、金銭の追加的授受に起因する不平等な取扱いの阻止」に求め[56]、その絶対的強行法規としての性格を肯定したが、支配的な見解からは、こうした同高等裁判所の判断に対して、公正証書作成法における同様の規定が単に利害の抵触（Interessenkollisionen）等を除外することを目的としているのとは異なり、養老施設法14条１項は同施設の制度的保護（Institutionenschutz）に重点を置いていることを踏まえれば、妥当な判断であるとの評価がなされているところである[57]。

なお、学説において、公正証書作成法と養老施設法との間で絶対的強行法規性の判断が異なる原因は、法規違反に伴う行政上の制裁措置の有無にあると考えられている。H.Dörner 博士が「養老施設法は、私法的な手段を補完するものとして、養老施設に関する国内一律の最低基準の設定を求める公法的な規定を付け加えている。こうした公法的な規定が盛り込まれていることは、同法の私法的な規定が、特別連結の手法により、ドイツ国内に所在する養老施設のすべての入居者を巡る法律関係に適用されるべきことを強く裏付けるものである。特に同法14条違反は、オルデンブルク州高等裁判所が正当に指摘しているとおり、秩序違反行為であり、営業法規上の制裁の対象とされる」[58]と論じているが、これは同法14条１項違反の遺言は BGB134条の意味における無効であり[59]、この私法的効力の実現を担保するために、こうした遺言を行うよう入居者に働きかけを行った養老施設に対して究極的には営業許可の撤回等の制裁処分を科しているという同法の構成全体を適切に評価した見解であろう。まさにこうした行政上の制裁措置の存在こそが、同法14条１項の絶対的強行法規としての性格付けにとって相当に決定的なメルクマールと位置付けられているのである[60]。

---

[56] a.a.O. (Fn.23), 1313.

[57] Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314.

[58] Dörner, a.a.O. (Fn.31), 455-456.

[59] BGH Urteil vom 9. Februar 1990 (V ZR 139/88), BGHZ 110, 235, 240.

[60] P.Mankowski 博士は、1999年２月19日付オルデンブルク州高等裁判所決

（2）わが国家族法における絶対的強行法規

このように見てくると、絶対的強行法規としての性格を付与され得るためには、私法的法律関係に効果を及ぼす法規定が公的利害、すなわち国家政策・経済政策上の利害（staats- und wirtschaftspolitische Interessen）を体現する目的を有していることが必要であり、より具体的には、①当該法規違反が何らかの私法的効力を発生させるものであること、②①の私法的効力の実現を担保するための公的なコミットメント（典型例は行政上の制裁措置や刑罰）が付与されていること、の２点を充足する必要があると考えられる。この点に関連してわが国の現行家族法を見る限り、絶対的強行法規性を有する条項は存在しないと思われる。実際にわが国の裁判例では、国際家族法の領域において公序則を活用することにより準拠外国法を排除した事例は多数に上るが、絶対的強行法規の適用が争点とされた事例は存在しない。戦後制定された民法の親族・相続編ではわが国実質法として最低限遵守されるべき習俗に関する一定の基準を設けてはいるものの、国家政策的な利害を背景として積極的に私人の家族関連の領域に介入するような規定は見受けられない。この理由としては、①戦後の民法改正においては、新憲法に盛り込まれた欧米的な自由主義・民主主義的な理念を家族法領域においても体現することが強く求められ[61]、改正親族・相続法が私人の身分関係に国家が過度に介入することに総じて抑制的なスタンスであったこと[62]、②家庭裁判所

定の評釈において、こうした制裁手続の存在について、“Dies ist ein recht sicheres Indiz für eine eingriffsrechtliche Qualifikation.” との指摘を行っている（Mankowski, a.a.O. (Fn.21), 1314）。もっとも、罰則等の制裁の有無のみが絶対的強行法規か否かを決するメルクマールではないという点につき正当に言及したものとして、石黒一憲『金融取引と国際訴訟』（有斐閣、1983年）39-40頁がある。

[61] 唄孝一＝竹下史郎「新民法の成立」・中川善之助他編『家族問題と家族法１』（酒井書店、1963年）367頁以下（特に367-371頁を参照）。

[62] 福島正夫教授は、刑法、行政法規、選挙制度の公法諸制度と家族制度の関連を歴史的に根拠付けたうえで、「わが国では、私法制度のみでなく公法諸制度も、時期によって度合の濃淡はあるが、全体として常に家族制度との関連を

による家事審判が、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚する改正親族・相続法の実効性確保に向けて手続処理を担うという使命を帯びつつ、家事事件の実際的な解決において専門性を駆使し重要な地位を占めるに至ったこと[63]等が考えられるところである。

特に、本稿で取り上げた養老施設を受遺者とする遺言を例にとってみると、わが国においても、ドイツ養老施設法14条１項が規定しているのと同様に、養老施設によって入居者に強圧的な働きかけがなされたり、入居者の事理弁識能力の低下に付け込んで遺言を書かせるケースは想定され得る。しかしながら、わが国の現行法においては、制度的観点からこうした事案発生の阻止を目的とするドイツ養老施設法類似の法規はもとより、施設入居者の私法上の権利の保護強化を目的とした法規も存在しておらず、こうした遺言の効力に関しては、民法をはじめとする私法体系における一般法理に沿って処理されることになるであろう[64]。また、

たもってきたのである。戦後のいわゆる逆コースは、ふたたびこの道を歩むものではないであろうか」との指摘を行っている（福島正夫「公法諸制度と家族制度」・中川善之助他編『家族問題と家族法１』（酒井書店、1963年）452頁）。このように、戦後しばらく経た後であっても、家族制度と公的制度が密接に関連することを通じて、国家権力による統制の手段として国民再組織のための家制度が家族法の領域に再び持ちこまれ、家父長的理念が復活することへの懸念が表明されていたことを指摘しておく必要がある。いずれにしても、日本の家族法は総じて、国民が共有すべき家族のあり方等に関する最低限の基準を定めてはいるものの、それを越えて、国家が国民に対してより限定した形で範となるべき家族のあり方を示し、積極的な形でその実現を図るといった手法を採用してはいないと言えるであろう。

[63] 斎藤秀夫＝菊池信夫編『注解家事審判法［改訂］』（青林書院、1992年）55頁［斎藤秀夫執筆］、青山達「調停前置主義について」・『現代家族法体系１［総論・家事審判・戸籍］』（有斐閣、1980年）314-316頁、西原諄「戦前戦後の民法改正過程に現われた家事審判制度」法政研究（九州大学）34巻４号129-135頁（1968年）。

[64] 熊本地判平成17年８月29日判時1932号131頁は、Ａが死亡前に被告Ｙ（日本赤十字社）に対して１億４千万円の寄付を行ったが、Ａの相続人である原告Ｘは、Ａが当時86歳の高齢で精神障害者等であったことから、意思能力がなかった状態であったことを理由に、本件寄付は無効であるとし、ＡからＹに対する不当利得返還請求権を相続したとして、本件寄付相当額の返還を求めた事案で

養老施設も民法958条の３に規定する特別縁故者となり得ることが認められている[65]など、ドイツとは異なり、わが国の家族法体系においては、養老施設が入居者の遺産の分配に与ることに対して、一般的にはそれほど強い拒否反応は示されてもいないと言えよう。もっとも、わが国ではこれまで老人介護の在り方として住み慣れた地域社会における在宅介護が中心に据えられてきたこと等[66]から、ドイツに見られるような事案が顕現化していないだけのことであって、今後、高齢化社会を迎える中で少子化が進行していけば、自ずと養老施設における老人介護の重要性がクローズアップされることであろう。わが国でも、ドイツ養老施設法を参照しつつ、「（社会福祉施設への入所について）契約構成をとる場合には、国および地方公共団体の監督責任を十分に明確にしておかなければ、結局は、社会的・経済的に弱い立場にある老人や障害者の権利が侵害されることになってしまう。（中略）そして有料老人ホームについても、

ある。熊本地裁は「Ａには、本件寄付当時、動機において間接的に妄想の影響を受けていたものとみられるものの、自己の行為の法的な結果を認識・判断することができる能力（意思能力）がなかった状態にあったとまでは認定することができない」とし、Ｘの請求を退けている。養老施設を受遺者とする遺言の効力が訴訟として争われた事案は存在しないが、仮にこうした事案が現実に訴訟として係属した場合には、上記熊本地裁の判決等を参照する限り、遺言作成時における遺言能力の有無や受遺者による強迫行為の有無等の認定を行い、私法上の一般法理に基づいて処理が図られるものと考えられる。

65　二宮周平『家族法［第３版］』（新世社、2009年）309頁。

66　なお2005年夏に国民生活センターが有料老人ホームに対して実施した「有料老人ホームにおける暮らしの実態調査」（対象数1530社、有効回収数785社）によれば、寄付や遺言による財産の受け取りに関する質問に対して、全体で有効回収数の８割程度の老人ホームがこうした財産を受け取ることはないと回答してきており、加えて「内部規程もなく、財産を受け取ることもない」と回答した先は有効回収数の７割に上るとの調査結果が得られている（国民生活センター『有料老人ホームをめぐる消費者問題に関する調査研究－有料老人ホームの暮らしが快適であるために－』（国民生活センター、2006年）122頁）。この調査結果が必ずしも未回答先も含めた全養老施設のスタンスを反映しているか否かは判然としないが、従来、わが国の養老施設が総じて、入居者の遺言による財産の受け取りに対して抑制的であったことも、ドイツのようなトラブルが生じなかった一因ではないかと推察される。

入居者の権利保護のために、同様の公的なコントロールを強化・拡張していくことが必要であろう」（括弧内は本稿執筆者による）との主張もなされている[67]。本稿はわが国の社会保障政策および老人福祉の在り方をテーマとするものではなく、その主張の当否を論ずる立場にないが、退職後に海外に転居する日本国籍者が次第に増えてきていること等を踏まえれば、こうした主張に沿って新たな法規定が制定された場合には、その地理的適用範囲および絶対的強行法規性の有無といった点にも十分な留意を払う必要があると思われる。

また、わが国の現行法体系においては、公務員・軍人に代表される特定の範疇に属する自国民の婚姻等について国家機関の許可を成立要件とする特別法も存在しない。もっとも、戦前においては、勅令等により、華族の婚姻、協議上の離婚、離縁、養子縁組等には宮内大臣の認許を[68]、陸軍現役軍人の婚姻には陸軍大臣等の許可を[69]、海軍現役士官等の婚姻

---

[67] 本沢・前掲注（24）［大阪府立大學經濟研究34巻２号］111頁。

[68] 華族令（明治40年皇室令第２號）14条１項、２項、17条１項。各条文は以下のとおり。

14条

１項　有爵者婚姻、養子縁組、隠居、協議上ノ離婚若ハ離縁又ハ家督相續人ノ指定若ハ其ノ取消ヲ爲サムトスルトキハ戸籍吏ニ其ノ届出ヲ爲ス前、隠居ヲ爲スニ付キ裁判所ノ許可ヲ要スル場合ハ其ノ許可ヲ請求スル前宮内大臣ノ認許ヲ受クヘシ

２項　有爵者遺言ヲ以テ養子縁組ヲ爲シ又ハ家督相續人ノ指定ヲ爲スノ意思ヲ表示シタルトキハ養子トナル者又ハ之ニ代ハリテ承諾ヲ為スコトヲ得ヘキ者ニ在リテハ其ノ承諾ヲ爲ス前、被指定者又ハ其ノ法定代理人ニ在リテハ相續ノ承認ヲ爲ス前宮内大臣ノ認許ヲ受クヘシ

17条１項

有爵者ノ家族婚姻、養子縁組、分家、廢絶家再興又ハ他家相續ヲ為シ若ハ他家ノ家族トナラムトスルトキハ有爵者又ハ其ノ法定代理人ハ之ニ同意ヲ爲ス前宮内大臣ノ認許ヲ受クヘシ

[69] 陸軍現役軍人ノ婚姻ニ關スル件（大正10年勅令第481號）。条文は以下のとおり（条文は穂積重遠『親族法』（岩波書店、1933年）309頁による）。

陸軍現役軍人婚姻ヲ爲サントスルトキハ、親任官同待遇者ニ在リテハ陸軍大臣ノ奏請ニ依リ勅許ヲ仰ギ、其ノ他ノ者ニ在リテハ陸軍大臣ノ定ムル所ニ依リ許可ヲ受クベシ

には海軍大臣等の許可を[70]それぞれ要するものと規定されていた。また日本人が外国人を養子または入夫とするには内務大臣の許可を要件とする旨の特別法が制定されていた[71]。一般には、旧民法776条本文の規定[72]に基づき、所定の国務大臣等の許可が具備されないとこれらの者の婚姻等が有効に成立しないことと解されており、その限りにおいて、これら勅令等は婚姻要件に関する民法の規定内容に変更を加えるものと考えられていたようである[73]。このうち、日本人が外国人を養子または入夫とする場合に内務大臣の許可を要求する特別法は明らかに渉外的な養子縁組等を対象にしており、立法目的が子の福祉等ではなく戸主を中心とするわが国の伝統的な家制度の維持に求められるとすれば、その絶対的強行法規としての性格が肯定され得るであろう[74]。加えて、華族・軍人の

---

[70] 海軍現役士官現役特務士官候補生及現役准士官ノ婚姻ニ關スル件（大正10年勅令第483號）。条文は以下のとおり（条文は穂積・前掲注(69)309-310頁による）

海軍現役士官・現役特務士官・候補生及現役准士官婚姻ヲ爲サムトスルトキハ、親任官同待遇者ニ在リテハ海軍大臣ノ奏請ニ依リ勅許ヲ仰ギ、其ノ他ノ士官及候補生ニ在リテハ海軍大臣、特務士官及准士官ニ在リテハ在籍鎭守府司令長官ノ許可ヲ受クベシ

[71] 外國人ヲ養子又ハ入夫ト爲スノ法律（明治31年７月11日法律第21號）１条。条文は以下のとおり。なお、森本富士夫『日本親族法』（文信社、1926年）81頁参照。

日本人カ外國人ヲ養子又ハ入夫ト爲スニハ内務大臣ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス

[72] 旧民法776条本文は以下のとおり。

「戸籍吏」ハ婚姻カ第741條第１項、第744條第１項、第750條第１項、第754條第１項、第765條乃至第773條及ヒ前條第２項ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ス

[73] 穂積・前掲注（69）310頁。但し穂積先生は、これら華族及び軍人の婚姻に対する制限は、その階級内における取締規定にほかならず、民法上の要件を加重するものではないとの見解に立脚し、「許可なくして結婚した華族または軍人が制裁を受けることはあるだらうが、婚姻の効力には影響がない筈である」として、反対の見解に立っている。

[74] BGB1746条１項４文には、「養親となるべき者と養子となるべき者の国籍が異なる場合には、養子縁組に対する後者の同意には後見裁判所の許可を要する」との規定が置かれている。この規定の目的は決定的に子の福祉（Kindeswohl）

婚姻等に関して国務大臣の許可等を要求する勅令等は配偶者等が外国人である場合に限定した定めではないが、国家政策上の利害に基づき特定の範疇に属する自国民を管理する目的を有する[75]以上、華族・軍人を巡る渉外的な婚姻等の有効性を巡る事案において、これら勅令等の絶対的強行法規性を認める余地は大いにあり得たものと考えられる。

5．結語

今日に至るまで、絶対的強行法規の適用問題がクローズアップされてきたのは圧倒的に国際契約法の領域においてであった。国際契約法の領域において広く当事者自治の原則が導入されるに至り、絶対的強行法規の理論を当事者自治の原則に対する有効な、そして恐らくは唯一の制約原理として位置付ける動きが顕著になった[76]ほか、特に消費者契約および労働契約においては、弱者保護という実質法上の要請を抵触法の領域においても反映させるべく、消費者の常居所地や労務給付地への客観的

に求められており、また、裁判所の許可がなかったからといって、養子となるべき者の同意の存在が否定されるわけではなく、またそれが無効とされるわけではないと解されている（Bamberger/Roth, a.a.O. (Fn.45), BGB §1746 Rdn.6 [W.Enders]）。なお、P.Mankowski 博士は、同条項に関連して、仮にこうした規定が国民の管理を目的とした養子縁組の制限という趣旨を有するのであれば、その絶対的強行法規としての性格が問われることになるとの見解を示している（Mankowski, a.a.O.(Fn.21), 1314）。

[75] 軍人の婚姻制限は、明治14年陸軍省達甲第13號「陸軍武官結婚條例」、および明治18年海軍省達乙第14號「海軍武官結婚條例」に始まる。前者の第一条は「凡ソ軍人ハ最モ品位ヲ重ンズ。故ニ其配偶者ヲ擇ミ以テ終身ノ括計ヲ維持セシメ、家政ヲ治メテ以テ其職掌ヲ確守セシム。若シ配偶者匹ヲ擇バズ之ヲ輕忽ニセバ、一ハ以テ其品位ヲ傷ケ、一ハ以テ其營生ニ煩ハサレ、遂ニ其職掌ヲ汚シ、隨テ全軍ノ精力ヲ殘フニ至ル。仍テ左ニ其ノ制限ヲ設ク。」と規定している（穂積・前掲注（69）311頁）。かかる婚姻制限は軍人にとって相応しい婚姻か否かを軍当局の視点から判断するための法制度であり、その立法目的は、軍人の品位の維持、終身の活計維持および家政の安定を通じた職掌の確守、そして究極的には軍全体の規律維持にあると言える。

[76] 嶋・前掲注（５）490-492頁。

連結[77]と並行して、法廷地および第三国の絶対的強行法規の適用問題がクローズアップされてきたと言える。ドイツの学説においては、絶対的強行法規を公的利害に関わる実質法規に限定するのが通説的理解であるが、国際契約法の領域においては、消費者・労働契約を中心として、私人間の公平な利害調整を通じて公的利害を保護・実現し得る余地があるとの立場[78]に拠りつつ、私的利害の調整と公的利害の実現を兼ね備えた特別私法（Sonderprivatrecht）の存在を主張する見解[79]も提唱されるに至っている[80]。

このように、絶対的強行法規に関する議論は国際契約法の領域に集中し、かつそこでの議論は他の領域に比べて著しく突出したものとなっていたが、実際には、不法行為や不当利得等に代表される契約法以外の国際財産法、延いては国際家族法の領域においても、その理論は有効に機能し得る余地があることが指摘されている。国際家族法については本稿で紹介した事例の如くであるが、不法行為等非契約債務法の領域におい

---

[77] 例えば、スイス国際私法120条においては、消費者契約は消費者の常居所地法によるとしたうえで、当事者の主観的な法選択を排除する旨の規定を置いている。石黒一憲教授は、こうした法制を参照しつつ、立法論として、消費者・労働契約について、消費者の常居所地や労務給付地への客観的連結が適切であるとの主張を展開している（石黒・前掲注（45）104-105頁）。

[78] K.Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht (Duncker & Humblot, 1981), 149f.; M.Zeppenfeld, Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im Internationalen Wirtschaftsrecht (Duncker & Humblot, 2001), 23f.; H.Sonnenberger, Eingriffsrecht－Das trojanische Pferd im IPR oder notwendige Ergänzung?, IPRax 2003, 104, 105.

[79] Soergel, a.a.O. (Fn.16), EGBGB Art.34 Rdn.4ff. [B.von Hoffmann]; Erman, a.a.O. (Fn.45), EGBGB Art.3 Rdn.12ff. [G.Hohloch].

[80] なお、絶対的強行法規が目的とする「公的利害」について、通説的見解はこれを国家政策・経済政策上の利害（staats- und wirtschaftspolitische Interessen）に限定するのに対して、ここで紹介した近時提唱されている見解によれば、国家政策・経済政策上の利害に止まらず、社会政策・市民社会政策上の利害（sozial- und gesellschaftspolitische Interessen）をも含むと考えており、後者の見解は通説的見解に比べて、「公的利害」概念が指し示す範囲を実質的に拡張していると評価し得る。

ては、非契約債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則（ローマⅡ規則）[81]16条が絶対的強行法規の適用問題を規定しており、例えば、ドイツ有価証券取引法（Wertpapierhandelsgesetz）14条におけるインサイダー取引禁止規定、および同法31条以下の行為義務・組織義務に関する規定等についてその絶対的強行法規性が問題になり得るであろう[82]。これら法領域の別に拘らず共通する絶対的強行法規のメルクマールは既述のとおり、「公的利害＝国家政策・経済政策上の利害」に求められるが、果たして国際契約法の領域において、「公的利害」概念の射程に社会政策・市民社会政策上の利害をも含め、絶対的強行法規の実質的な範囲を拡張するのであれば、国際家族法や国際不法行為・不当利得法等に代表される他領域との整合性を十分に意識し説明を行うことが要求されると言うべきであろう。

また国際家族法の領域に限って言えば、総じて主観的法選択の妥当する領域が拡張される傾向にあり、近い将来こうした動きとの関係で、同領域における絶対的強行法規の存在意義を再度整理する必要が生じてくる可能性があると思われる。わが国においても、通則法の制定に伴い、夫婦財産制に関連して限定的ながら当事者自治の原則が導入されたが、欧州連合では、夫婦財産制の領域に止まらず、より広範な分野にわたって当事者による主観的法選択を導入する動きがあることに注意する必要がある[83]。例えば、「離婚および法定別居の準拠法領域における強化手続の実施に向けた理事会規則提案」[84]においては、①法的安定性（legal

[81] Verordnung (EG) Nr.864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EU 2007 Nr.L199 S.40.

[82] こうした議論の詳細については、Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.34), Internationales Kapitalmarktrecht Rdn.283ff und Rdn.336ff. [A.Schnyder] を参照。

[83] 国際家族法領域に当事者自治の原則を導入しようとする近時の欧州連合の動向については、国際私法学会第122回大会（平成22年10月開催）における林貴美准教授（同志社大学）による最新の情報を網羅した詳細な報告を参考にさせていただいた。

[84] Vorschlag für eine Verordnung (EU) des Rates zur Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und

certainty）と予見可能性（predictability）の確保、②柔軟な事案処理の実現（flexibility）を目的として、離婚や法定別居の領域において当事者自治の原則を広範に導入することが図られている。より具体的には、離婚・法定別居の成立に関して、夫婦の常居所地法、国籍を有する国の法および法廷地法の中から主観的法選択により準拠法を定めることを原則としつつ（同規則提案３条）、そうした選択がない場合に限り客観的連結により準拠法を決定する（同４条）旨のルールの導入が検討されている。また、相続に関しては、「相続における裁判管轄、準拠法、判決および公的文書の承認執行並びに欧州相続証明書に関する欧州議会並びに理事会規則提案」[85]により、被相続人の死亡時の常居所地法を準拠法とする客観的連結（同規則提案16条）に並行して、被相続人が国籍を有する国の法を主観的に選択できる（同17条）ように、新たなルールを創設することが展望されている。果たして、国際家族法における当事者自治原則の広範な導入という動きは比較的同質な欧州という特定の地域における特異な事例として評価されるべきであり、決してわが国の国際家族法がこれに追随するべきではないと考えるが、いずれにせよ国際家族法における主観的法選択の導入という問題がクローズアップされれば、世界観や人生観、家族・家系および市民社会・共同体のあり方に対する社会的認識、習俗等が各国毎に異なる以上、消費者・労働契約の領域で既に見られた現象と同様に、その外在的制約要因として、公序則と並んで絶対的強行法規の存在が重要視され、概念の再定義や機能拡充が求められる可能性も否定しきれないところである。

（追記）
本稿は、平成22年度科学研究費補助金（基盤研究（Ｃ））「わが国抵触

Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, KOM (2010) 105 endg./2－2010/0067 (CNS).

[85] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, KOM (2009) 154 endg. － 2009/0157 (COD).

法体系における絶対的強行法規の機能的・動態的分析（研究代表者：嶋拓哉）」、財団法人全国銀行学術研究振興財団（2009年度学術研究助成）「金融経済活動のクロスボーダー化と国家的経済秩序との交錯（研究代表者：嶋拓哉）」、および平成21年度科学研究費補助金（基盤研究（B））「金融システムの変動と消費者・投資者保護法制（研究代表者：瀬川信久名誉教授）」の成果の一部である。紙幅をお借りして、関係者の皆様に謝辞を申し上げる。

論　　説

「法律上の婚姻」とは何か（1）

―― 日仏法の比較研究 ――

大　島　梨　沙

目　　次

序論
　第１節　「法律上の婚姻」をめぐる従来の学説
　　第１款　「法律上の婚姻」の成立要件に関する論争
　　　第１項　立法論としての　法律婚主義　対　事実婚主義
　　　第２項　解釈論としての成立要件論
　　第２款　「法律上の婚姻」の効果に関する論争
　　　第１項　解釈論：準婚理論とその妥当性
　　　第２項　立法論：婚姻法改正論
　第２節　「法律上の婚姻」をめぐる従来の裁判例
　　第１款「法律上の婚姻」が結論を左右する事例〔届出＞実態〕
　　第２款「法律上の婚姻」が結論を左右しない事例〔届出＜実態〕
　第３節　本稿の研究方法と構成　　（以上、本号）
第１部　法律上の婚姻＝正統な結合
第２部　法律上の婚姻＝法的な結合
結論

序論

本稿は、日本の法学において当然のように用いられてきた、「法律上の婚姻」という概念について、それが意味するところを再検討しようとするものである。なぜならば、「法律上の婚姻」という文言自体は条文

上存在しないにもかかわらず[1]、学説・判例によって形成・維持されてきた「法律上の婚姻」という概念が、カップル関係を法が扱う際の解釈上のカギとなっているからである。以下で敷衍するが、その前に、本稿での「法律上の婚姻」という言葉の用い方について前置きをしておく必要があるだろう。

「法律上の婚姻」と聞くと、それと類似するものとして「法律婚」という言葉が想起されるため、この２つの言葉の関係性について述べておきたい。本稿は、「法律婚」を「法律上の婚姻」の省略形と捉え、この２つを同義と考えている。ただ、「法律上の婚姻または法律婚」と毎回並列させて書くのは煩雑であるため、これをひとまず「法律上の婚姻」と表記しているにすぎない。よって、便宜上「法律婚」と書いた方がいい場合には、本稿においても「法律婚」という言葉を用いるが、その場合も、「法律上の婚姻」と指し示す内容は同一である。なお、「法律上の夫婦」、「法律上の配偶者」、「法律上の妻」、「法律上の夫」等は、「法律上の婚姻をした当事者」を意味するものとして、本稿の検討の対象とする。

次に、「法律上の婚姻」と単なる「婚姻」[2]をどのように使い分けるのかという点にも触れておかなければならない。この両者の区別は非常に難しい。というのも、論者によって、また文脈によって、「婚姻」という言葉のニュアンスが変わるからである。

一方で、「婚姻」という言葉だけでいわゆる「法律上の婚姻」を意味して用いられることがある（婚姻＝法律上の婚姻）。後で詳しく述べる

[1] 民法をはじめとする大多数の法律は、単に「婚姻」と表記する。ほぼ唯一の例外として、戦没者等の遺族に対する特別弔慰金支給法が挙げられる。たとえば、その２条２号は、「戦没者等の遺族」に該当しない「配偶者」として、「弔慰金を受ける権利を取得した後平成21年４月１日前に遺族以外の者と婚姻をした配偶者（死亡した者と同じ氏を称していた配偶者で、その氏を改めないで法律上の婚姻をしたものを除く。）」（下線部筆者）とする。

[2]『法律学小辞典［第４版］』（有斐閣、2004年）は、「婚姻」について「男女が結婚すること、及び結婚している状態をいう法律用語」と説明する。

ように、「法律上の婚姻」という概念は、「事実上の婚姻」[3]の反対概念として存在してきたのだが、この「法律上の婚姻／事実上の婚姻」という二項対立については、「婚姻／内縁」であるとか「婚姻／非婚」といった言葉で記述されることもある。後二者のような文脈で「婚姻」という語が使用される場合、「婚姻」と「法律上の婚姻」の意味するところは多くの部分で重なってくる[4]。したがって、本稿の検討対象は、上記のような文脈で用いられる場合の「婚姻」を含むことになる。

他方で、「婚姻」という言葉は、「法律上の婚姻」とは区別されるもの・異なるものとして用いられる（婚姻≠法律上の婚姻）。その端的な例は、「事実上の婚姻」という言葉の中に登場している「婚姻」である。ここで、「婚姻＝法律上の婚姻」と理解すると、「事実上の婚姻」は、「事実上の法律上の婚姻」という意味になり、語義矛盾となってしまう。したがって、この文脈では、「婚姻≠法律上の婚姻」と考えなければならない。

本稿においても、「婚姻」という言葉がもつ上記２つの意味を文脈において使い分けることにしたい。どちらかの用法に統一したいのは山々であるが、従来の学説・判例を扱うにあたって、「事実上の婚姻」という言葉（婚姻≠法律上の婚姻）も、内縁の反対概念としての「婚姻」という言葉（婚姻＝法律上の婚姻）も、避けて通ることはできないからである。

さて、この「法律上の婚姻」とは、今日の一般的な理解では、現行法の定める手続的要件であるところの届出を了した婚姻のことをいうと説

---

[3] 本稿における「事実上の婚姻」という言葉は、「事実婚」と同義で用いる。また、「事実上の夫婦」、「事実上の配偶者」、「事実上の妻」、「事実上の夫」等についてはいずれも、「事実上の婚姻をした当事者」と捉え、「事実上の婚姻」の検討対象とする。

[4] 「法律上の婚姻」と単なる「婚姻」が同趣旨で用いられている一例として、『法律用語辞典［第３版］』（有斐閣、2006年）の「内縁」部分での説明が挙げられる：「実質上は夫婦でありながら、婚姻の届出を行っていないため**法律上の婚姻**とは認められない男女の関係。社会的に正当な夫婦と評価される点で妾関係と区別され、氏の変更、子の嫡出性、配偶者相続権は認められないが、その他の点では**婚姻**同様の保護を与える傾向にある」（太字部筆者）。

明される[5]（以下、これを「定義φ」とする）。そして、この概念自体には、それ以上の注意は向けられてこなかったように思われる。というのも、「法律上の婚姻」という概念は、届出は了していないが夫婦としての実態をもつ「事実上の婚姻」の反対概念として存在してきたところ、話者の意識は「事実上の婚姻」や「（夫婦としての）実態」の方に向いていたからである。このため、「事実上の婚姻」とは何か、それをどのように法が扱うべきかという問題については膨大に議論されてきたのに対して、「法律上の婚姻」とは何か、それをどのように法が扱うべきかという問題は、「事実上の婚姻」に関する議論の裏返しとして示されるのみであって、正面から論じられることは少なかったように思われる。だが、「法律上の婚姻」という概念も、「事実上の婚姻」に負けず劣らず、法解釈において重要な役割を果たしているのではないだろうか。そして、それは、届出を了しているか否かにかかわらず、すべてのカップルについての法解釈に影響を及ぼしているのではないだろうか。そうであるとするならば、「法律上の婚姻」という概念に込められた（定義φ以上の）意味を明らかにする必要があるのではないだろうか。

これらの前提を検証するために、これまで「法律上の婚姻」概念が学説や裁判例においてどのように用いられてきたか、順に見ていくことにしよう。それらを踏まえたうえで、序論の最後に、本稿の課題と、研究方法および構成を示すことにしたい。

第１節　「法律上の婚姻」をめぐる従来の学説

「法律上の婚姻」をめぐる学説上の議論には、大別して２つのものが

[5]「…法が定める一定の手続きをとらない限り、法律上の結婚にはならないのである。この法律上の結婚のことを法律婚という。／わが国の場合は、市町村の戸籍係へ結婚の届出をすることによって、法律婚が成立する（民739条）」（二宮周平「なぜ法律婚はあるのか」法セ424号〔1990年〕45頁）、「法律婚とは、法律の要求する婚姻届出を婚姻の成立要件とする婚姻」（福里盛雄「法律婚主義の今日的課題」沖縄法学26巻〔1997年〕２頁）等。

あるように思われる。一方で、どのようなカップル関係を「法律上の婚姻」として扱うべきかという「法律上の婚姻」の成立要件をめぐる議論がある（第１款）。他方で、「法律上の婚姻」から発生する法的効果を「事実上の婚姻」にも与えてよいかといった「法律上の婚姻」の効果をめぐる議論がある（第２款）。

第１款　「法律上の婚姻」の成立要件に関する論争

「法律上の婚姻」という概念が学説において登場した最初の場面は、いわゆる「法律婚主義対事実婚主義」論争の文脈においてである。この論争は、明治民法（親族･相続編）立法時[6]、戦後民法改正時[7]、法制審議会民法部会身分法小委員会（民法親族編改正要綱を提出）[8]等において問

[6] 起草者の１人である梅謙次郎は、民法修正案（いわゆる明治民法後二編の草案）の衆議院での委員会審議において、婚姻の形式につき、「既ニ親戚隣保ニ於テ夫婦ト認メテ居ルモノハ、刑法ノ適用ニ於テハ、矢張夫婦ヲ以テ論ズルト云フガ如キ伺指令ノ結果、今日慣例ガ出来テ居リマス、此慣例ハ、刑事ニ於テハ定ッテ居リマスルカ、果シテ民事ニモ適用スベキモノデアルカ、ドウカト云フコトハ、今日法学者ノ問題デアリマス」として、後にいうところの法律婚主義対事実婚主義論争に言及している（広中俊雄「第一二回帝国議会における民法修正案（後二編）の審議」民法研究３号〔2002年〕39-40頁）。なお、明治民法立法時の両主義の対立については、西村信雄「わが民法の届出婚主義に対する批判（二）」立命館法学45号（1962年）136頁、太田武男ほか『婚姻の届出：届出婚主義の現状と内縁問題』（有斐閣、1971年）3頁以下〔太田武男〕等に詳しい。

[7] 川島武宜「事実婚主義か法律婚主義か」法時19巻６号（1947年）２頁、杉之原舜一「事実婚主義か法律婚主義か」人文２巻２号（1948年）37頁以下。なお、戦後の民法改正時における法律婚主義対事実婚主義論争については、高梨公之『日本婚姻法論』（有斐閣、1957年）84頁以下、西村信雄「わが民法の届出婚主義に対する批判（一）」立命館法学37号（1961年）26頁以下、太田武男ほか・前注（６）20頁以下〔太田武男〕に詳しい。

[8] 民法親族編改正要綱では、第739条は現行法通りとすることが「仮決定」をみたが、「留保」事項として、内縁につき規定を設ける必要があるか、あるとすればいかなる規定を設くべきかが残された（上野雅和「明治前期の法律婚主義の評価をめぐって」松山商大論集17巻６号〔1966年〕18頁）。この仮決定を

題となったことでも分かるように、立法論の色彩が強いものである。つまり、この論争は、「法律上の婚姻」の形式的要件をいかに定めるべきかめぐる見解の対立といえる（第１項）。しかしながら、実際の民法は届出を形式的要件としていたことから、それによって生じる不都合を是正するために各種の解釈論も展開されている（第２項）。

第１項　立法論としての　法律婚主義　対　事実婚主義

いわゆる「法律婚主義対事実婚主義」論争とは、一言でまとめるならば、「法律上の婚姻」の形式的成立要件を届出とするべきか、それとも結納・挙式・同居などの事実に係らしめるべきかという立法論上の見解の対立であると理解してよいだろう。この論争の背景には、届出を成立要件とすることによって生じる内縁問題に対する問題意識があった[9]。しかしながら、この論争で使われる「法律婚主義」「事実婚主義」という言葉は、上記のような対立構造を示すものとしては誤解を招きやすく、注意をする必要がある。

まず、この論争上での「法律婚主義」の意味については、大きく分けて２つの理解が存在している。（Ａ）**届出がなければ法律上は婚姻が成立しないとすべき**との立場が「法律婚主義」であるとの理解[10]と、（Ｂ）

受けて書かれたものとして、山主政幸「法律婚主義の機能―法制審議会身分法小委員会の仮決定をみて―」ひろば12巻10号（1959年）22–23頁。

[9] 明治民法775条（婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其効力ヲ発生ス）の結果、内縁がおびただしく発生し、そのしわ寄せが内縁の妻にくることが問題視された。穂積重遠は、内縁問題の発生の根本は民法の法律婚主義にあるのであるから、その根本原因を是正せぬかぎり問題は解決しないとして、いわゆる事実婚主義の採用を主張した（穂積重遠『親族法』〔岩波書店、1933年〕278頁）。

[10] 谷口知平『日本親族法』（弘文堂書房、1935年）211頁以下：「法律婚主義とは…婚姻を国家の制度とし国家に対する婚姻の届出によって法律上初めて婚姻の存在を認めやうといふ主義であって…社会的に婚姻の事実の有無を問はず婚姻の届出のあることによって其日から婚姻の存在を認めやうとするのである」、黒木三郎『家族法提要』（法律文化社、1959年）50頁：「届出の受理を以て婚姻の成立とする立場を法律婚主義といい、…」等。

法の定める方式によって婚姻が成立するものとすべしというのが「法律婚主義」であると理解する立場[11]である。

（A）の理解に立つと、「法律婚主義」の反対概念である「事実婚主義」とは、結婚が（儀式等によって）事実において成立した以上、その届出はなくても婚姻として法律上承認されるべきとする立場をいう。これに対し、（B）の理解に立つと、（A）で言うところの「事実婚主義」は、慣習上認められた儀式を挙げることを婚姻の成立要件とすべきであると主張する点で、（B）の理解で言う「法律婚主義」の一種にすぎない[12]（このため「儀式婚主義」と呼んでもよいとの見解がある[13]）。そして、（A）が言う「法律婚主義」は、「届出婚主義」と呼称されるべきものだということになる。

（A）（B）の違いは、比較法の文脈における「法律婚主義」という言葉の使われ方を例にとると顕著である。たとえば、近代化をした西欧諸国はすべて「法律婚主義」を採用していると説明されることがあるが[14]、

---

[11] 太田武男ほか・前注（6）2頁〔太田武男〕、西村・前注（7）21頁、沼正也「法律婚主義の昏迷」『民法における最善性と次善性』（新版、三和書房、1979年）158頁、泉久雄『親族法』（有斐閣、1997年）65頁等。

[12] 太田武男ほか・前注（6）2頁〔太田武男〕：「『法律婚主義』という言葉は、元来、法の定める方式によって婚姻が成立するものとする主義一般を指称する言葉であるがゆえに、もしも、事実婚もまた法律婚となり、また、法律が、慣習上認められた儀式を挙げることによって婚姻が成立する旨を定めれば、儀式婚が法律婚となるのであるから、概念の混同を生ずるおそれがないとはいえない」、沼・前注（11）158頁：「もし婚姻の届け出をして婚姻成立の形式的要件たることを止め、たとえば儀式を挙げまたは婚姻意思をもって同棲を始めることによって法律上婚姻の成立を認めるならば、そのような儀式に基づく男女の結合・事実的同棲もまた法律婚の範疇に入れられねばならない」。

[13] 青山道夫「法律婚主義と事実婚主義」『家族法大系Ⅱ　婚姻』（有斐閣、1959年）76頁、鈴木禄弥『親族法講義』（創文社、1988年）7頁。

[14] 穂積・前注（9）246頁：「今日の欧州諸国は大体法律婚主義なのである」、青山・前注（13）79頁以下：「ヨーロッパにおける法律婚主義」、執行嵐・有地亨「婚姻と社会統制」中川善之助ほか編『家族問題と家族法Ⅱ　結婚』（酒井書店、1957年）68頁：「近代社会はほとんど例外なく、法律婚主義を採用して、その成立の認定を国家が行っている」、福里・前注（5）3頁：「法律婚主義を

ここでいう「法律婚主義」は少なくとも（Ｂ）の理解でなければならない。日本法のような「届出」のみを婚姻の形式的成立要件にしている西欧諸国は皆無であるためである。

（Ａ）に対する批判として（Ｂ）の見解が生じたという経緯もあり、現在、「法律婚主義」の一般的な説明としては（Ｂ）の見解が採用されている[15]。ただ、日本の現行法が手続的要件として定めているのが届出であることから、届出なければ婚姻なしという（Ａ）の理解も現行日本法の文脈上では「法律婚主義」に含まれることになると理解されている[16]。他方、「事実婚主義」については、どちらかというと（Ａ）の理解が一般的である[17]。つまり、（Ａ）の見解と（Ｂ）の見解の相違が正しく理解されたうえで、どちらか一方の見解が学界に共有されるに至ったという状況にはなっていない。

さらに「法律婚主義対事実婚主義」論争を分かりにくくするのは、明治民法制定以前の明治時代において、日本は既に「法律婚主義」を採用していたといえるのか、「事実婚主義」であったのかという法制史（法史学）上の論争が存在することである[18]。この文脈においては、明治民

婚姻成立の法形式にいち早く取り入れたのはヨーロッパ諸国である。ヨーロッパ諸国は、近代国家の成立とともに法律婚主義を採用した」等。

[15]『法律用語辞典』前注（４）では、「婚姻の成立に法律上の一定の手続を要件とする立法」が「法律婚主義」であると説明されている。『法律学小辞典』前注（２）では、「形式婚主義の一種で、婚姻の成立に法律上一定の手続を要件とする立法主義」が「法律婚主義」であると説明されている。

[16]『法律用語辞典』前注（４）は、「日本の民法は、戸籍上の届出を要件とする（民739）ので法律婚主義である」とする。

[17] たとえば、『法律用語辞典』前注（４）は、「事実婚主義」を「社会の慣習上婚姻と認められる事実関係（事実婚）そのものをもって直ちに法律上の婚姻と認める立法上の立場。婚姻の成立に一定の形式（法律上又は宗教上の）を必要とする形式婚主義に対する語」（下線部筆者）とする。「事実婚主義」を「法律婚主義」の一種とする（Ｂ）の理解は採られていない。

[18] 明治民法施行前は（明治８年太政官達があるとはいえ）事実婚主義であったとする見解（穂積・前注〔９〕246頁以下）、明治８年太政官達以前から法律婚主義がとられており明治８年達は民事刑事をあわせて法律婚主義に統一したにすぎず明治10年達は再び刑事について事実婚と法律婚の二元主義を採用したも

法以前に、明治８年太政官達第209号によって、戸籍に登記がなければ婚姻の効力はないものとみなすとされたことが「法律婚主義」の採用であると表現される[19]。他方、明治10年の司法省達において、届出をしていない事実上の夫婦を裁判において夫婦として扱ってよいとしたことをもって「事実婚主義」と表現される[20]。つまり、これらの達について、実務にあたる者たちに対し、どのような関係を「婚姻」としてよいかという解釈方針を示したものであると考えるならば、この文脈での「法律婚主義」「事実婚主義」は解釈論上の主義としても理解しうることになる。

このように、「法律婚主義」「事実婚主義」という言葉の使われ方が錯綜していることを踏まえたうえで、両主義の対立構造を見てみよう。

「法律婚主義」を主張する論者は、その利点として、①公示の機能（婚姻成立時期・婚姻の存否が明確）②不適法婚姻の成立の阻止（婚姻障害の有無について審査が可能）、③身分関係の社会秩序の維持、④当事者の合意の確認、を挙げるのに対し、「事実婚主義」論者は、その利点として、①実質上の夫婦が届出をしていなかったがために生じる実態と法律上の形式との不一致の是正、②当事者（とくに妻）が保護を受けられないことに対する救済が可能となること、を挙げる。だが、「法律婚主義」を（Ａ）の意味で、いわゆる「届出婚主義」として理解した場合、利点②および④が必ずしも担保されているとはいえない。他方で、「事実婚

のとする見解（石井良助「明治初年の婚姻法―とくに法律婚主義と妾について―」中川善之助ほか編『家族問題と家族法Ⅱ　結婚』〔酒井書店、1957年〕200頁）などが存在する。この論争は、明治民法施行前のように純事実婚主義に復帰したほうがいいということを事実婚主義者である穂積が主張した（穂積・前注〔９〕278頁）ことに端を発するようである。この論争の概要については、黒木三郎『婚姻法の近代化』（勁草書房、1966年）212-213頁等を参照。

[19] その一例として、「達は婚姻が『双方ノ戸籍ニ登記セザル内ハ其効ナキモノト看做ス』というのであるから、達の立場が法律婚主義であることは明らかであるといえよう」（青山・前注〔13〕85頁）。

[20] その一例として、「斯く親族近隣の者―即ち社会―が婚姻と認めるならば裁判官―即ち法律―も婚姻と認むべし、と云ふのであるから、事実婚主義たることは明白である」（穂積・前注〔９〕248頁）。

主義」を（Ｂ）の意味で、とりわけいわゆる「儀式婚主義」として理解した場合、「法律婚主義」が主張する①④の利点は「事実婚主義」でも備えることが可能である。このように、「法律婚主義」「事実婚主義」という言葉の錯綜状況は、議論のすれ違いを生む１つの要因となっている。

以上のように、「法律婚主義対事実婚主義」については、その言葉の曖昧性のために、論者による理解のズレや用法のズレが生じており、それが論争自体の食い違いを生んでいる。とはいうものの、この一連の議論には、１つの共通点があるように思われる。それは、届出はしていないが夫婦としての実態をもつ「事実上の婚姻」への意識があるからこそ生じている議論だということである。しかし、逆に言えば、これは「法律上の婚姻」についての見解の一致がないからこそ生じている混乱であるようにも思われる。ここでの「法律婚主義」という言葉の多義性は、「法律婚」という言葉の多義性と無関係ではないだろう。「法律上の婚姻」の形式的成立要件を何にすべきかを論じる前に、「法律上の婚姻」をなぜ法定するのか、どのようなものとして法定するのかを論じなければならないのではないだろうか。

第２項　解釈論としての成立要件論

前項のような対立があるとはいえ、現行の民法739条１項が、「婚姻は、戸籍法…の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる」[21]と定めていることは否定できない。しかしながら、形式的要件としての「届出」には、一方で、日本人の伝統的な婚姻慣行と合致していなかった（よって届出を励行しなければならなかった[22]）という問題が

[21] 明治民法第775条第１項も、「婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其効力ヲ生ス」としてほぼ同旨を規定していた。

[22] 戸籍実務は、婚姻の届出をしやすくするために、届書を自ら持参しなくてもよく（明治31年７月26日回答569号）、郵送してもよく（大正７年10月10日回答1791号）、他人（使者）に委託してもよい（明治31年10月１日回答813号）とした（吉田邦彦『家族法（親族法相続法）講義録』〔信山社、2007年〕39-40頁）。戦後の新民法下でも、下級審ではあるが、富山地判昭和40年３月31日判時425

あり、他方で、（届出を励行するためにそのハードルを低くした結果）当事者の意思や婚姻実態とは無関係に届出がなされてしまうという問題があった。これらの点を克服するため、解釈によって、「法律上の婚姻」の成立に柔軟性をもたせようとの努力がなされてきた。主に前者の問題に応えようとしたのが、届出を「成立要件」ではなく「効力要件」とする解釈論であり（１.）、後者の問題に応えようとしたのが、「届出意思」に加えて「婚姻意思」を必要とする解釈論である（２.）。

１.「法律上の婚姻」の成立時期―成立要件・効力要件

立法者は、届出が婚姻の成立要件であると考えており、届出を欠いているものは私通であって、一切の婚姻の成立を認めないとしていた（成立要件説）[23]。しかし、この立場を採ると、伝統的な婚姻慣行にしたがって挙式をしたものの法律の不知などの事情により届出をしていない夫婦を「法律上の婚姻」として扱うことができない。このため、「法律上の婚姻」の成立時期を届出以前にずらし、届出は婚姻の効力発生要件と捉える説が提唱された（効力要件説）。

この効力要件説は、届出時とは別の時点で「法律上の婚姻」が成立すると解することになるが、「法律上の婚姻」の成立時をいつとするかについては、見解が分かれている。合意ないし届書作成時[24]、婚姻意思を外部的に表象する事実があった時[25]、法律上の実質要件のすべてと現実

号38頁が「婚姻届自体は、夫婦たるべき双方が直接これを為す必要はなく、一方が他方の意を受けて、単独で、あるいは第三者が当事者双方の依頼によって、いずれも有効に届出をなしうる」とする。

[23] 梅謙次郎『民法要義巻之四』（明法堂、1899年）105-107頁。法典調査会議事速記録143回33丁裏。

[24] 加藤一郎「身分行為と届出」末川博ほか編『家族法の諸問題』（有斐閣、1952年）521・540頁。

[25] 金山正信「婚姻の届出」民商39巻４＝５＝６合併号（1959年）567頁。

の身分的生活関係が備わった時[26]、挙式時[27]、合意時[28]の諸説がある。いずれにせよ、効力要件説によれば、届出なき「法律上の婚姻」が成立しうることになり、この場合に、一部の婚姻的効果が付与される[29]、任意の一方的撤回がしえなくなる[30]、といった効果を肯定することになる。

これに対し、成立要件説を堅持すべきとする見解も提唱されている。成立要件説は、「法律婚」と「事実婚」を峻別しうることにより、「法律婚」をしない自由を確保できる点、および届出前であれば婚姻意思を撤回しうる点で、現代的意味があるという[31]。

成立要件・効力要件をめぐる論争について、判例は一貫して成立要件説に立っている[32]。つまり、「事実上の婚姻」をめぐる問題は、ここでは

---

[26] 福地俊雄「身分行為と効果意思」『家族法大系Ⅰ』（有斐閣、1959年）50頁。

[27] 岡松参太郎「婚姻届出義務の不履行（一）」法律新聞1016号（1919年）３頁。

[28] 中川善之助「婚姻の儀式（五）」法協44巻６号（1926年）1117頁。

[29] 同上。

[30] 福地・前注（26）57頁。

[31] 山畠正男「身分行為の理論」北法31巻３＝４合併号上巻（1981年）1015頁以下。また、近時では、森山浩江「現代社会と婚姻法理」生野正剛ほか編『変貌する家族と現代家族法』（法律文化社、2009年）43頁が、「届出なしに婚姻が成立するという捉え方は婚姻制度と真っ向から矛盾する」として効力要件説を批判する。

[32] このことを明示的に述べているものとしては、下級審裁判例ではあるが、次のような事例がある。東京控判明治33年11月11日法律新聞11号７頁は、「婚姻は戸籍吏に届出ざる限りは仮令其儀式を挙げ事実上の婚姻ありとするも法律上婚姻の成立せざると民法第775条の明定する所」とし、東京控判明治39年２月１日法律新聞338号９頁は、届出を了していない「夫婦」の婚姻無効が求められた事案において、「婚姻の届出を戸籍吏に為さざりしこと」から「本件当事者の婚姻は絶対的無効にして外観上に於ても亦婚姻関係なるもの存在せざるもの」、「無効とすとの判決を為すべき婚姻関係なるもの毫も存在せざる」と判示した。長崎控判明治39年10月31日法律新聞338号８頁も、Ｘ男からＹ女に対して、届書に署名捺印するよう訴求した事例において、「婚姻は之を戸籍吏に届出るに非ざれば法律上其成立を認むべからざる」、「当事者双方の事由なる意思に基」く必要があるとして、請求を斥けた。札幌地判大正５年６月27日法律新聞1160号28頁は、「婚姻は届出を以て成立すべき一の要式行為にして届出は単に婚姻の効力を発生すべき条件たるに止らず亦単に第三者に対する公示方法

解決しないことになる【本節第2款へ】。

2.「法律上の婚姻」の実質的成立要件―届出意思・婚姻意思

「法律上の婚姻」の成立についての２つ目の課題として、届出の形骸性からくる意思と届出との乖離問題がある。そこで、「法律上の婚姻」の実質的成立要件たる「婚姻をする意思」[33]の解釈によって解決を図ろうとする見解が提唱された。それがいわゆる実質的意思説である。

（1）実質的意思説

実質的意思説とは、社会通念上、習俗上、婚姻とみられる関係を形成しようとする意思が婚姻の有効な成立に必要とする見解[34]で、伝統的通説とされている。この見解は、社会通念上の夫婦関係を形成する意思を「婚姻意思」として、婚姻の届出をする意思である「届出意思」とは別個に観念する点に特徴がある。これにより、届出をすることについては合意があるものの、実際に夫婦になるつもりはないという仮装的婚姻の場合に、その効力を否定することが可能になる。しかしながら、この見解に対しては、大別して２つの点からの批判がある。

第一の批判は、「婚姻の実質的意思」の具体的内容として、「社会通念」や「習俗」を参照することに対する批判である。「法律上の婚姻」の成否について、その内容が明らかでない「社会通念」が重要な役割を果たすことを問題視する。

これを受けて、「社会通念」の内容を明らかにして、婚姻意思を理解しようとする立場も見られる。「男と女の終生にわたる精神的・肉体的

たるにも非ず実に婚姻の成立の一要件」であるとする。

[33] 当事者の意思については、婚姻の実質的成立要件として明示的に民法に書かれているわけではないが、民法742条１号が「人違いその他の事由によって当事者間に婚姻をする意思がないとき」は当該婚姻が無効となるとしていることから、当事者間の「婚姻をする意思」の存在が婚姻成立の実質的要件となっていると考えられている。

[34] 中川善之助『身分法の総則的課題』（岩波書店、1941年）207頁以下、柚木馨『親族法』（有斐閣、1950年）102頁、我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）14頁以下等。

結合を発生せしめようとする意思」[35]であるとか、「特定の相手方とテーブルとベッドを共にする関係に入ろうとする意思」[36]といったものである。しかしこれらは本当に、夫婦関係をめぐる日本の「社会通念」や「習俗」から演繹されるものなのであろうか。男女の終生にわたる結合であるとか、テーブルとベッドを共にするのが夫婦であるといった考え方は、キリスト教世界においてよく言われる婚姻概念である（詳しくは本論で検討する）。これに対し、日本では、20世紀初頭でも、婚礼を挙げた後も妻が実家にとどまり、子どもも実家で育て、夫はツマドイをするのみといった習慣をもつ地方があったという[37]。つまり、実質的意思説が前提とする夫婦関係のあり方は、キリスト教世界が前提とする夫婦関係、あるいは、それを導入した「日本民法」が前提とする夫婦関係なのであって、日本の「社会通念」や「習俗」に基づくものではないのではないだろうか。

（２）法律的定型説

この第一の批判の観点から提唱されたのが法律的定型説である。上記のような問題のある「社会通念」や「習俗」を参照するのではなく、婚姻を「民法の定める定型」としたうえで、これに向けられた意思を婚姻の意思とする[38]。婚姻も法律行為であるから、その効果に向けられた意思によってその効果が法律上発生するべきであることを根拠とする。

しかし、「民法の定める定型」に「向けられた意思」というのは、法律が定める婚姻の権利・義務のすべてを受け入れる意思が必要なのか、一部で足りるのかが明らかでない。このため、いわゆる「仮装的婚姻」について、それを無効とするかどうか、判断が分かれる可能性がある。この点につき、婚姻の効果の主要な部分を、夫婦の同居協力扶助義務（民法752条）と一方的解消の不可能性（民法763条、770条）を挙げる見解

[35] 久貴忠彦『親族法』（日本評論社、1984年）45頁。
[36] 泉久雄『親族法』（有斐閣、1997年）71頁。
[37] 瀬川清子『婚姻覚書』（講談社、2006年〔初出：1957年〕）89頁以下。
[38] 中川高男「身分行為意思の一考察」家月17巻２号（1965年）１頁、有地亨『新版家族法概論』（補訂版、法律文化社、2005年）42頁。

がある[39]が、一方で、婚姻の主要な効果を、妻から生まれた子が嫡出子となること、夫婦が相互に相続権をもつこと、とする見解もある[40]。婚姻から生じる数ある効果のうち、なぜそれらが主要な効果といえるのか、さらなる検討が必要であるように思われる。

（3）形式的意思説

実質的意思説に対する第二の批判は、届出意思と区別される「婚姻の実質的意思」を更に観念すること自体に対する批判である。「婚姻の実質的意思」の要求により、届出の効力を私人が左右することを認め、婚姻の成否を不確定にし、届出を婚姻の成立要件とした意味を失わせるものであるという。

この批判から提唱された形式的意思説は、婚姻の届出をすること自体に対する意思があればそれだけでよいとする[41]。これは、届出を婚姻の成立要件としている民法の趣旨を尊重するものであるという。また、実質的な「婚姻意思」を要求しない理由として、生活事実設定の効果意思究明はきわめて困難であることを挙げる。したがって、「仮装的婚姻」をも有効とすることになるが、そういった脱法目的をもつものについては、届出どおりの権利義務を認めることによって差し控えさせるのが政策上妥当であるとする。これは、仮装の届出を有効と考え、仮装の婚姻届を出した後に離婚届を出すといった人々の行動とも合致するという。また、実態のない婚姻については、身分行為を要式行為とする多くの利益のためやむを得ない犠牲として忍ばねばならないとする。

この見解は、筋の通ったものではあるが、判例には採用されていない。判例は、実態を完全に無視することを躊躇したのではないかと思われる。

第２項で見た議論は、「届出」と「実態」とが乖離することからくる不都合に対応しようとする一連の取り組みである。ここでの解釈論には、各論者の「婚姻観」が反映しているといえる。たとえば、効力要件説や

---

[39] 大村敦志『家族法〔第３版〕』（有斐閣、2010年）125頁。

[40] 鈴木・前注（13）27頁。

[41] 谷口・前注（10）47頁、末川博「身分行為における意思」『物権・親族・相続』（岩波書店、1970年）342頁。

実質的意思説は、届出以外の挙式や共同生活といった要素を「婚姻」と捉えている。これに対し、成立要件説や、形式的意思説、法律的定型説は、届出とそれによって発生する（主たる）法的効果を「婚姻」と捉えている。つまり、「婚姻」や「法律上の婚姻」をどのようなものとして理解するかがここでの解釈論を支えている。本稿はこの点に着目して、各論者の主張の背後にある「法律上の婚姻」論に焦点をあてようとするものである。

第２款　「法律上の婚姻」の効果に関する論争

「法律上の婚姻／事実上の婚姻」という概念は、遅くとも明治民法（後二編）立法時には既に存在していた[42]古いものであるが、その後しばらくは、「婚姻／内縁」と表記されることが一般的になった。しかし、「婚姻／内縁」として示されているものの内容は、「法律上の婚姻／事実上の婚姻」と大差ないといえよう。なぜならば、「内縁」とは、「実質的には婚姻でありながら、法律上の方式、即ち届出を欠くため、法律的には婚姻と見られない、婚姻と同質の結合である」と定義されていたからである[43]。そのうえで、「事実上の婚姻」たる「内縁」に一切の法的効果を否定することの不都合が認識されるようになり、「内縁」にも「法律上の婚姻」の法的効果（の一部）を付与すべきか否かが論じられた。いわゆる内縁準婚理論であり、その妥当性について議論が蓄積されている（第１項）。さらに近年では、「法律上の婚姻」がもつ（一部の）効果が時代

[42] 明治民法起草者の１人である梅謙次郎は、民法修正案（いわゆる明治民法後二編の草案）の衆議院での委員会審議において、婚姻の形式につき、「今日ト雖モ、明治ノ初年ノ布告ニ依ッテ、**婚姻…ト雖モ、戸籍簿ニ登録シタ時カラデナケレバ、法律上効ガ無イ**ト云フコトニ成ッテ居ルノデアリマス、サリナガラ此布告ハ、実際ニ於テ現ニ行ハレテ居ルト云フコトハ申サレマセヌノデ、今日立派ナ身分ノ人々デモ、**事実上婚姻ヲ済マシテ**、遥カ後ニナッテ戸籍ニ登録スルト云フコトニナッテ居ル、従ッテ時々種々ナ問題ヲ惹起シマシテ…」（下線・太字部筆者）と当時の状況を説明しており、既に「法律上の婚姻」「事実上の婚姻」という概念が現れている（広中・前注〔６〕39-40頁）。

[43] 中川善之助『親族法（上巻）』（青林書院、1958年）315頁。

に合致していないことが問題視され、婚姻法改正論が起こっている（第２項）。

第１項　解釈論：準婚理論とその妥当性

１．準婚理論の生起

立法者は、届出を了した婚姻以外の関係は単なる私通・野合として、婚姻がもつ法的効果を一切認めないという立場であった。当初の判例もこれに従い、内縁に対し、「法律上の婚姻」がもつ法的効果どころか、不当破棄の場合の損害賠償も例外的にしか認めていなかった[44]。この状況を大きく変えたのが、著名な大正４年判決（婚姻予約有効判決）[45]である。同判決は、婚姻予約を有効とすることによって、正当な理由なく婚姻予約に違反した（関係を一方的に解消した）当事者は、相手方が当該婚姻予約を信じたために被った有形無形の損害を賠償する責任を負うとの判断を示した[46]。この「婚姻予約」の概念は、その後、純粋に婚約

---

[44] たとえば、大判明治35年３月８日民録８巻３号61頁は、婚姻予約は無効であると判断し、婚約解消の場合の違約金請求を斥けた。大判明治44年３月25日民録17輯170頁も、事実上の夫婦生活の不当破棄が女性側当事者への名誉侵害にあたるとして損害賠償請求がなされた事例につき、「其夫婦的関係ヲ生シタルハ双方ノ任意ニ出タルモノナレハ固ヨリ不法行為ヲ以テ目ス可ラス」「而シテ其関係ヲ絶ツコトモ双方ノ自由ナル」ことから、婚姻予約の履行を拒絶して女性の品格を傷つけたとしても、それは不法な行為によるものではないとして、請求を斥けている。これに対し、挙式・同居後数ヶ月で離別されたことが女性側当事者の名誉を毀損する不法行為であるとして損害賠償請求がなされた事案につき、大判明治44年１月26日民録17輯16頁は、男性側当事者が婚姻を成立させる意思がないにもかかわらず相手を欺いて挙式・同棲したと認定して、損害賠償を認めている。つまり、当該関係成立が双方の自由意思に基づくものであればその解消は不法行為とならないが、関係成立時に詐欺があれば、不法行為になるとの立場がとられていた。

[45] 大連判大正４年１月26日民録21輯49頁。

[46] その理由として、婚姻予約は、「将来ニ於テ適法ナル婚姻ヲ為スベキコトヲ目的トスル契約」であって適法であること、婚約は「婚姻ノ成立スルニ至ルニ相当ナル経路トシテ普通ニ行ハルル事例」であって公序良俗に反するものでなく、社会通念上正当視できること、婚約破棄者に損害賠償責任を負わせること

といえる関係を超えて、試婚的な関係や継続的な婚外関係にも拡大された[47]。

準婚理論は、このような流れの中から生まれたものである。すなわち、学説から、非婚結合自体を「事実上の婚姻」と見ていることが、婚姻予約有効法理による救済の実質であるとの指摘がなされるようになった[48]。さらに、実質的な婚姻である内縁は、婚姻に準ずる関係であり、届出の如き確証を絶対必要とする種類の効果を除いては、婚姻的効果が付与されるべきとの主張がなされ[49]、そこから進んで、準婚である内縁には、婚姻法の準用による解決が図られるべきとの主張がなされた[50]。最高裁がこのような内縁準婚理論を採用したのは、昭和33年（1958年）になってからである。最二小判昭和33年４月11日民集12巻５号789頁は、「いわゆる内縁は、婚姻の届出を欠くがゆえに、法律上の婚姻ということはできないが、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合であるという点においては、婚姻関係と異るものではなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない」、「内縁も保護せられるべき生活関係に外ならない」と判示し、婚姻費用の分担に関する民法760条の規定が内縁にも準用されるとした。

以上のような経緯であったため、準婚理論は、内縁を「事実上の婚姻」（婚姻に準ずる関係）としたうえで、「法律上の婚姻」のための法規定を内縁に準用するという点が強調されがちである。しかし、準婚理論は、婚姻法規定のすべてを内縁に準用せよと主張するわけではない。たとえ

が「正義公平ヲ旨トスル社会観念ニ於テ当然トスル所ニシテ法律ノ精神亦之ニ外ナラスト解スヘキ」ことが挙げられている。

[47] たとえば、大判大正８年６月11日民録25号1010頁は、男性方で継続的に同居をして子どもも生まれたが、その後関係を解消されたという事案につき、この関係を「婚姻の予約」としている。大判昭和６年２月20日新聞3240号４頁は、同棲を欠く継続的な性関係についても、「男女が誠心誠意を以て将来に夫婦たるべき予期の下に」なしたものとして、「婚姻の予約あり」との判断をしている。

[48] 穂積重遠「婚姻予約有効判決ノ真意義」法学士林19巻９号（1917年）１頁。

[49] 中川善・前注（28）。

[50] 杉之原舜一「法律関係としての内縁（１）（２・完）」法時11巻２号（1939年）12頁・３号22頁。

ば、中川善之助博士は、「届出の如き確証を絶対必要とする如き種類の効果を除いて」との留保を付している[51]。つまり、この議論は、「法律上の婚姻」だけに留保すべき法的効果は何かを問うていることになる。本稿は、この視点から従来の議論を再検討することにより、「法律上の婚姻」の特徴を明らかにしようとするものである。これは、準婚理論の判断枠組を明確化することに資するであろう。

2．準婚理論の今日的妥当性をめぐる議論

ところで、20世紀後半以降、従来とは異なる含意をもって「法律婚／事実婚」という言葉が使用されるようになっている。そこには、従来の「内縁」とは異なる新しいカップル形態を「事実婚」として積極的に捉えようという意図がある。その代表的な論者である二宮周平教授は、「事実婚」について、「婚姻届をしない共同生活という点では、外見的には『内縁』や『同棲』と同じである。しかし、**当事者の意思として、法律婚を否定する**一方、試験的でない**安定したパートナーシップ**をめざしているので、内縁や同棲と区別する意味で、こうしたカップルを事実婚と呼びたい」[52]（太字部筆者）とする。

これに対し、「法律婚」については、「夫に経済的に依存しながら家事に従事する妻の生活を保障する場を作ることによって、男性＝夫が、自分の身の回りのことや、子育て・親の介護にわずらわされることなく、安心して仕事に没頭することを可能に」することによって、「高度経済成長を裏から支えていた」ものとする[53]。そのうえで、女性も給与所得を得ているカップルや、自立した関係を求めるカップルなどには、「法律婚」によって発生する法的効果が不都合であったり、必要でなかったりすることを指摘している。この理解を前提に、二宮教授は、ライフスタイルの自己決定権の保障という観点から、「法律婚」をせずにパート

[51] 中川善・前注（28）。

[52] 二宮周平「事実婚」川井健ほか編『講座・現代家族法　第２巻』（平文社、1991年）58頁。

[53] 二宮・前注（52）55頁以下。二宮・前注（５）47頁も同旨。

ナー関係を形成するというライフスタイルの選択を担保するため、「事実婚」にも婚姻法規定を準用することを肯定する[54]。

また、大村敦志教授は、「事実婚」カップルが婚姻届を出さない主たる理由を、それによって女性側当事者に嫁役割や妻役割が強制されることを避けるためであるとしたうえで、民法（法律婚）は、嫁役割といったものを法的義務として強制しているわけではないし、当事者も法律婚による法的義務・効果をすべて回避する趣旨ではないとする[55]。ここには、「法律婚」は性別役割分業を強制していないという、二宮教授とは異なる「法律婚」理解があるといえよう。

他方で、「事実婚」に婚姻法規定を準用すべきでないとする見解がある[56]。この見解は、「法律婚」を選択したカップルにのみ、「法律婚」がもつ法的効果を認めるべきだという点を重視する。ここでは、「法律婚」がもちうる性別役割分業的要素は、特に考慮に入れられていない。

つまり、「法律婚」をどのように理解するか、また、あえて届出をしないという意思をどのように解釈するかが、「事実婚」に対する法解釈論の相違につながっている。ここでも「法律上の婚姻」は、法解釈上、重要な位置を占めている。

第2項　立法論：婚姻法改正論議

前項で見たように、今日の「事実婚」カップルは意図的に「婚姻届を

---

[54]「法律婚」より法的効果が大幅に少ないため、「法律婚」をせずにパートナー関係を築くことが困難になるということがあれば、それは個人のライフスタイルの選択が侵害されていると考えるのである。二宮周平『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990年）、同『事実婚を考える』（日本評論社、1991年）115頁以下等。

[55] 大村敦志『家族法（第3版）』（有斐閣、2010年〔初出：1999年〕）247頁。そのうえで、今日「事実婚」を選ぶカップルの「大部分が望んでいるのは、新しい『婚姻』なのではないか」、「新しい婚姻は、民法の婚姻制度の外にではなく、その中に求められるべきではないか」と指摘する。

[56] 水野紀子「事実婚の法的保護」石川稔ほか編『家族法改正への課題』（日本加除出版、1993年）69頁、森山・前注（31）50頁等。

しない」というのであるから、「法律上の婚姻」の形式的成立要件が届出であることはもはや主たる問題ではない。そうではなく、**現行の法律が「法律上の婚姻」に用意している法的効果**が問題になっているのである。換言すれば、従来の内縁発生原因が届出という形式的成立要件（いわゆる「届出婚主義」の採用）にあったのに対し、今日の「事実婚」発生の主原因は、「法律婚」に付された法的効果にあるということになる。

現に、「法律婚」の法的効果については、学者から、（ア）その前近代性・男女不平等性が問題視されているものと、（イ）当事者を保護するに不十分であることが問題視されているものが存在する。このため、いずれについても改正論議が起こっている。

（ア）にあたる代表的なものとして、夫婦同氏規定（民法750条）[57]、女性の待婚期間規定（民法733条１項）[58]、非嫡出子相続分規定（民法900条４号但書）[59]、が挙げられる。これらはいずれも、平成８年（1996年）の「民法の一部を改正する法律案要綱」[60]（以下、「平成８年民法改正案要綱」とする）において、選択的夫婦別氏制の導入、再婚禁止期間の短縮（100

---

[57] この規定の改正を訴える論稿は膨大に存在する。滝沢聿代「選択的夫婦別氏制―その意義と課題」成城法学43号（1993年）22頁、水野紀子「夫婦の氏」戸時428号（1993年）15頁、高橋朋子「夫婦の氏」東海法学13号（1994年）236頁、民法改正をすすめるグループ編『民法改正そこが知りたい―選択別姓と子どもの平等』（かもがわ出版、1996年）、唄孝一「選択的夫婦別氏制（３・完）―その前史と周辺」ジュリ1129号（1998年）101頁、竹中勲「婚姻の自由と夫婦同氏強制制度の合憲性」ジュリ1234号（2002年）88頁などはその一部である。

[58] 同規定は、婚姻の「効果」ではなく「要件」部分に位置しているが、再婚する者にとっての「前婚の効果」と考えることもできるため、ここで取り上げる。同規定の非合理性を指摘するものとして、中川善・前注（43）172頁、我妻・前注（34）31頁以下、青山道夫・有地亨編『新版注釈民法（21）』（有斐閣、1989年）208頁以下［上野雅和］ほか多数。

[59] 二宮周平「『非嫡出子』の相続分差別撤廃へ向けて（１）（２・完）」立命館法学223＝224号（1993年）581頁・225＝226号（1993年）970頁、水野紀子「子どもの平等権―非嫡出子問題を中心に」家族〈社会と法〉10号（1994年）155頁、本山敦「非嫡出子相続分差別の違憲性」法教276号（2003年）87頁、棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリ1336号（2007年）37頁ほか多数。

[60] ジュリ1084号（1996年）126頁。

日に）、非嫡出子相続分の嫡出子相続分との平等化が提案された。しかしながら、とりわけ選択的夫婦別氏制度への反発は根強く、2011年現在もこの改正案は実現しそうにない。

（イ）に該当する代表的なものとして、協議離婚制度（民法763条以下）、夫婦財産制度（民法755条以下）が挙げられる。前者は、当事者の合意によりあまりにも容易に離婚が可能であることが弱者たる妻や子の保護に欠けるため、より充実した手続保障や法的効果を加えるべきとするものである[61]。後者については、近年、いくつかの立法提案が見られる[62]。しかしこれらは、法学者にはともかく、国民一般にはその重要性が共有されておらず、改正が実現するかは不透明であるように思われる。

いずれにせよ、これらの改正論のように、新しい「法律上の婚姻」のあり方を議論するためには、現在の「法律上の婚姻」の姿を把握することが不可欠であろう。

以上は、「法律上の婚姻」をめぐる学説の状況であったが、実際の裁判例に「法律上の婚姻」がどのように現れているのかも確認しておかなければならない。

第２節　「法律上の婚姻」をめぐる従来の裁判例

日本の従来の裁判例の判決本文中に、「法律上の婚姻」概念が登場する事案を分析すると、それらは主として、次の４つに分類できる。①「法律上の婚姻」に適用される法規定や約款等の条項を「事実上の婚姻」に適用してよいか否かが争点となる事例（第１－１類型）、②「法律上の婚姻」か否かによって大きな差が生じる場合に当該差異の正当性が争わ

[61] 水野紀子「日本の離婚における法規制のあり方」ケース研究1999号（2000年）２頁、同「人事訴訟法制定と家庭裁判所における離婚紛争の展望」ジュリ1301号（2005年）16頁等。

[62] 大村敦志「〔特集 家族法改正〕婚姻法・離婚法」ジュリ1384号（2009年）６頁以下、犬伏由子「夫婦の財産関係に関する法規制の課題と展望」法時1020号（2010年）11頁以下。

れる事例（第１－２類型）、③「法律上の配偶者」と「事実上の配偶者」が対立する事例（第２－１類型）、④「法律上の婚姻」が成立しているものの夫婦としての実態を伴っていないことが問題となる事例（第２－２類型）、の４つである。このうち、①④は、１組のカップルについて、その法的扱いが具体的に問題となった例であるのに対し、②③は、「法律上の婚姻」という枠組みが問われており、１組のカップルにとどまらない問題となっている。

これらを眺めてみると、「法律上の婚姻」が当該紛争の結論を左右する事例（①②）がある一方で、そうではない事例（「法律上の婚姻」が結論を左右する判断基準とはなっていない類型）（③④）が存在することが分かる。以下、順に確認していこう。

第１款「法律上の婚姻」が結論を左右する事例〔届出＞実態〕

第１－１類型　「事実上の婚姻」への法的効果付与の可否

第１－１類型は、「事実上の婚姻」の法的扱いが焦点となる事例であり、伝統的にも（いわゆる内縁の法的保護として）議論の多い事案類型といえる。ここでは、「事実上の婚姻」にも、「法律上の婚姻」と同様の法的効果を認めてよいか否かが争点となり、肯定例もあれば否定例もある。

類推適用肯定例として、最一小判昭和29年１月21日民集８巻１号87頁（民法772条、父性推定）、最二小判昭和33年４月11日民集12巻５号789頁（民法760条、婚姻費用分担）[63]、青森地八戸支判昭和36年９月15日下民集12巻９号2323頁（民法761条、日常家事債務の連帯）、広島高決昭和38年６月19日高民集16巻４号265頁（関係解消時の財産分与）、横浜地判昭和47年８月７日判タ286号271頁（協力扶助義務）、最三小判昭和49年12月17日民集28巻10号2040頁（民法711条、「近親者」の慰謝料請求権）、東

[63] 大阪地判昭和29年８月９日下民集５巻８号1289頁も内縁の妻の出産費用につき、民法760条に準じる扱いをして、内縁の夫の全額負担を肯定している。また、最三小判昭和41年２月22日最高裁判所裁判集民事82号453頁も、「内縁は法律上の婚姻に準ずる関係というべきであるから，民法760条の規定は内縁に類推適用されるものと解すべき」とする。

京地判平成４年１月31日判タ793号223頁（民法762条２項、帰属不分明財産の共有）などが挙げられる。

だが、その類推適用肯定の理由は必ずしも定かではない。たとえば、内縁の妻が実家で療養中に支出した医療費について、関係解消後、内縁の夫にその分担を求めた事案において、最二小判昭和33年４月11日民集12巻５号789頁は、「内縁が法律上の婚姻に準ずる関係と認むべきである」ことから、「民法760条の規定は、内縁に準用されるものと解すべき」と判示しているにすぎず、それ以上の理由は示されていない。青森地八戸支判昭和36年９月15日下民集12巻９号2323頁は、近所の者が当該内縁カップルを夫婦であると考えていた事実などから、第三者保護を主眼とする「民法761条の規定が内縁関係にも準用せらるべき」としている。こういった論理を用いるならば、およそ「婚姻」に関する規定はすべて内縁関係（事実上の婚姻）に類推適用されるようにも思われる。

しかし、他方で、類推適用否定例も存在する。名古屋高決昭和33年12月20日家月11巻3号132頁（同居義務）、高松高判平成６年４月19日判タ854号261頁（夫婦間契約の取消権）、最二小判平成７年３月24日判タ875号68頁（恩給法上の「配偶者」）、最三小判平成９年９月９日訟月44巻６号1009頁（所得税法上の「配偶者」）、最一小判平成12年３月10日民集54巻３号1040頁（死別の場合の財産分与）などである。

類推適用否定例では、その判断の根拠が示されているものもある。たとえば、名古屋高決昭和33年12月20日家月11巻３号132頁は、内縁関係にあった当事者の一方が他方との同居を拒み、生活費も送らないことから、その者に対する同居および扶助請求がなされた事案において、「法律上の婚姻関係とは異なり、内縁関係は一方当事者の解消の意思表示と事実上の婚姻関係の廃絶とさえあれば解消される」として、同居請求を棄却している。また、高松高判平成６年４月19日判タ854号261頁は、内縁の場合には、相続権がないなど婚姻に比べて内縁当事者の財産的保護が薄いことを理由に、契約取消権の規定の類推適用を否定している。一方で、最三小判平成９年９月９日訟月44巻６号1009頁は、「所得税法83条及び83条の２にいう『配偶者』は、納税義務者と法律上の婚姻関係にある者に限られると解するのが相当であ」ると述べるにとどまる。

要するに、この第１－１類型では、争われている法的効果が「法律上

の婚姻」だけに留保されるべきものか否か、すなわち「法律上の婚姻」とは何かに対する理解が、結論を左右することになる。にもかかわらず、裁判例を見る限り、類推適用肯定例と否定例を分ける基準は、明確なものとはいえない。このことは、「法律上の婚姻」概念の検討の必要性を示している。

第１－２類型　「法律上の婚姻」とそれ以外との差異の妥当性

第１－２類型は、「法律上の婚姻」とそれ以外との間に差異を設けている法規の妥当性が争われるものである。よって、これに該当する事案は憲法訴訟となる。代表的なものとして、非嫡出子相続分に関する違憲訴訟[64]および国籍法違憲訴訟[65]が挙げられる。

著名な非嫡出子相続分規定合憲決定（最大決平成７年７月５日民集49巻７号1789頁）を見てみよう。これは、非嫡出子相続分規定を合憲としたものであるが、その合憲判断は、**民法による法律婚主義の採用＝法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇**（これを最高裁は「法律婚の尊重」と表現する）というロジックに支えられている[66]。しかしな

---

[64] 東京高決平成５年６月23日高民集46巻２号43頁（違憲）、東京高判平成６年11月30日判時1512号３頁（違憲）、最大決平成７年７月５日民集49巻７号1789頁（合憲）等。

[65] 最二小判平成14年11月22日判時1808号55頁（合憲）、最大判平成20年６月４日民集62巻６号1367頁（違憲）等。

[66]「民法が法律婚主義を採用した結果として、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じ、親子関係の成立などにつき異なった規律がされ、また、内縁の配偶者には他方の配偶者の相続が認められないなどの差異が生じても、それはやむを得ないところといわなければならない。…本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の２分の１の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される。これを言い換えれば、民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものであると解される。／現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような

がら、先に検討したところによれば、学説でいうところの「法律婚主義」とは、届出がなければ法律上は婚姻が成立しないとするという立場、または婚姻の成立に法律上一定の手続を要件とする立法主義を意味するのであって、相続分規定のあり方と直結するはずのない概念である。換言すれば、「法律婚主義」の帰結としては、法律で定められた手続を経て成立した婚姻とそれ以外との間に、法的効果について何らかの違いがあればいいだけであって、それが子どもの相続分の違いである必然性はないはずである。現に、いわゆる「法律婚主義」を採用しながらも、非嫡出子／嫡出子の区別自体を撤廃したフランスのような例は存在している。

このように、最高裁が「法律婚主義」および「法律婚の尊重」と記述しているものが、結局は何を意味しているのかをさらに検討する必要があるはずである。単なる「法律婚＝法定の手続的要件を具備した婚姻」（定義φ）ということ以上の意味、つまり最高裁が考える「法律上の婚姻」概念がそこに読み込まれているからである。いずれにせよ、この事例では、「法律上の婚姻」の趣旨をいかに理解するかが、違憲か合憲かという重要な判断を左右するものとなっていることは疑いない。

もう1つの代表例である、国籍法違憲判決も、非嫡出子相続分合憲判決ほど直接的でないとはいえ、「法律上の婚姻」をどう理解するかが鍵となっている。すなわち、その多数意見は、日本国民である父と日本国民でない母との「法律上の婚姻」が、当該子と日本という国との密接な結び付きの存在を示す基準として合理的であるか否かを問題とし、国との結び付きの基準としては「今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということはできない」と判断した[67]。ここでは、法学的とい

本件規定の立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1としたことが、右立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということはできないのであって、本件規定は、合理的理由のない差別とはいえず、憲法14条1項に反するものとはいえない」。

[67] 最大判平成20年6月4日：「国籍法3条1項の規定が設けられた当時の社会通念や社会的状況の下においては，日本国民である父と日本国民でない母との間の子について，父母が法律上の婚姻をしたことをもって日本国民である父との家族生活を通じた我が国との密接な結び付きの存在を示すものとみることに

うよりも社会学的理解という側面が強いが、それでも「法律上の婚姻」概念が結論を左右するものとなっているといえよう。

第２款　「法律上の婚姻」が結論を左右しない事例〔届出＜実態〕

第２－１類型　法律上の配偶者　対　事実上の配偶者

「法律上の配偶者」と「事実上の配偶者」が争うという第２－１類型の典型例は、社会保障給付の受給権をめぐる争いである。よく見られるのは、ある男性が死亡した場合に、その「配偶者」に対して支給される遺族年金の受給権が、当該男性の「法律上の妻」にあるのか、「事実上の妻」にあるのかが争われる事例である。その他にも、被相続人が「事実上の妻」に対してなした贈与（死因贈与、遺贈）の有効性が争われる事案[68]、「法律上の妻」が「事実上の妻」に対して慰謝料請求をする事

は相応の理由があったものとみられ，当時の諸外国における前記のような国籍法制の傾向にかんがみても，同項の規定が認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには，上記の立法目的との間に一定の合理的関連性があったものということができる。／しかしながら，その後，我が国における社会的，経済的環境等の変化に伴って，夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきており，今日では，出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど，家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている。このような社会通念及び社会的状況の変化に加えて，近年，我が国の国際化の進展に伴い国際的交流が増大することにより，日本国民である父と日本国民でない母との間に出生する子が増加しているところ，両親の一方のみが日本国民である場合には，同居の有無など家族生活の実態においても，法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識においても，両親が日本国民である場合と比べてより複雑多様な面があり，その子と我が国との結び付きの強弱を両親が法律上の婚姻をしているか否かをもって直ちに測ることはできない。これらのことを考慮すれば，日本国民である父が日本国民でない母と法律上の婚姻をしたことをもって，初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけの我が国との密接な結び付きが認められるものとすることは，今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということはできない」。

[68] 最一小判昭和61年11月20日民集40巻７号1167頁、東京地判平成18年７月６日判時1967号96頁等。

案[69]などがこの類型に該当するといえよう。

この類型において、「法律上の婚姻」の存在は、一考慮要素ではあるものの、各事案の結論を左右するものとしては機能していない。「事実上の配偶者」が勝訴する事案もあれば、「法律上の配偶者」が勝訴する事案もある[70]のだが、各結論を左右しているのは、「法律上の婚姻」か否かではなく、それ以外の要素である。

たとえば、遺族年金事例では、「法律上の妻」が夫とどのような関係性であったか（別居していたか、音信不通状態であったか等々）が結論を左右する主たる要素である。東京高判平成19年７月11日判時1991号67頁は、「原則として、法律上の妻が、配偶者要件を満たす者として、遺族給付の受給権を有するものと認めるべき」としつつも、「届出による婚姻関係がその実体を全く失って形骸化し、かつ、その状態が長期間継続し、いわば事実上の離婚状態にあると判断されるときに限り、例外的に戸籍上の届出をした妻は、配偶者要件に該当しないものと判断すべきものと解される。そして、法律上の婚姻関係が事実上の離婚状態にあるか否かは、別居の経緯、別居の期間、婚姻関係を維持ないし修復するための努力の有無、別居後における経済的依存状況、別居後における婚姻当事者の音信・訪問の状況、重婚的内縁関係の固定性等諸般の事情を総合的に考慮して判断すべき」とする。なお、贈与事例では、当該贈与が公序良俗違反か否か、慰謝料請求事例では、それが濫用的であるか否かが結論を左右する。結局のところ、この類型で重視されるのは、実態、すなわち事実関係である。

第２－２類型　「法律上の婚姻」と「実態」との乖離

第２－２類型では、「法律上の婚姻」が成立しているものの、「夫婦としての実態」が存在しない場合に、婚姻に伴って発生する法的効果を付

[69] 最三小判平成８年６月18日家月48巻12号39頁等。

[70]「法律上の配偶者」勝訴事例として、東京地判昭和62年11月25日判時1261号56頁、東京地判平成元年９月26日訟月36巻６号1080頁、「事実上の配偶者」勝訴事例として、最一小判平成17年４月21日判時1895号50頁、東京高判平成18年７月26日訟月54巻12号3027頁等。

与すべきか否か、または当該婚姻が無効か否かが争われる。

前者にあたる事例としては、最一小判平成14年10月17日民集56巻８号1823頁（「日本人の配偶者」としての外国人の在留資格）[71]、後者にあたる事例としては、最二小判昭和44年10月31日民集23巻10号1894頁、東京高判平成22年１月20日判時2076号48頁[72]等数多くの裁判例が存在する。

この類型においては、実態が伴っていないならば法的効果は付与しな

[71]「外国人が『日本人の配偶者』の身分を有する者として別表第二所定の『日本人の配偶者等』の在留資格をもって本邦に在留するためには，単にその日本人配偶者との間に法律上有効な婚姻関係にあるだけでは足りず，当該外国人が本邦において行おうとする活動が日本人の配偶者の身分を有する者としての活動に該当することを要するものと解するのが相当である」、「日本人の配偶者の身分を有する者としての活動を行おうとする外国人が『日本人の配偶者等』の在留資格を取得することができるものとされている趣旨に照らせば，日本人との間に婚姻関係が法律上存続している外国人であっても，その婚姻関係が社会生活上の実質的基礎を失っている場合には，その者の活動は日本人の配偶者の身分を有する者としての活動に該当するということはできないと解するのが相当である」。

[72]「Ｂは，本邦に最初に入国した後の，日本語による日常会話にも不自由していたと見られる時期に，結婚を前提とする交際期間もないままに，従前，何らの接点もない生活保護受給者で重い腎臓病の持病のある16歳も年上のＤと突然，婚姻したこととなるが，経験則に照らしてこれは極めて不自然である。また，ＢとＤは，控訴人の出生直前（９日前）に協議離婚をしているが，これもＢとＤの婚姻が，夫婦としての生活実態を伴うものであるとすれば，この時期に離婚すること自体が不可解かつ不自然である。さらに，夫婦の転居の時期が異なることは，夫婦としての生活実態がなかったことを外観上もうかがわせる不自然きわまりないものであり，その合理的な理由は見出し難い。これらに加えて，ＢとＤの婚姻後，間もなく，Ｂの在留資格期間が日本人配偶者（１年）と変更されていること，控訴人の出生直前の協議離婚は日本国籍を有することとなる控訴人が誕生すれば，その母親にあたるＢはＤとの婚姻を続けなくても在留資格を得られることによるものと推認され，実際にも控訴人の出生後Ｂの在留資格期間は定住者（１年）と変更されていること，さらに，Ｂが控訴人を懐胎したと見られる時期にはＤと同居していた事実がないことなどを総合すると，ＢとＤの婚姻は，妻とされるＢの本邦における在留資格の取得又は維持の目的で法律上の婚姻関係が形成されたものであると推認することができ，したがって，夫婦の生活実態も存在しないものであったと評価するのが相当である」。

いとする（または、有効な成立を否定する）事例が多いのであって、「法律上の婚姻」がもつ力は極めて小さい。むしろ、「夫婦の実態」とは何か、実質的な夫婦とは何かについての理解が結論を左右する。たとえば、最二小判昭和44年10月31日民集23巻10号1894頁は、「法律上の夫婦という身分関係」に加えて、「社会通念上夫婦であると認められる関係」が必要であるという立場を示している[73]。

とはいえ、「社会通念上夫婦であると認められる関係」、すなわち「夫婦としての実態」をどのように定めるのかというのは難しい問題である。たとえば、夫が生殖不能であることから婚姻無効が争われた事案では、それを知って婚姻の届出をした場合は有効であると判断されている[74]。

他方で、「夫婦の実態」がなくとも法的効果を認める事例もある。たとえば、婚姻費用分担義務は、別居していたとしても「法律上の夫婦」間に課せられる[75]。また、実際には関係解消していないのに方便としてなされた離婚の届出は、有効なものと判断されている[76]。ここには、（実態とは切り離された）「法律上の婚姻」独自の意義が見いだされていることになる。しかし、実態が優先される事案と届出が優先される事案の

[73]「『当事者間に婚姻をする意思がないとき』とは、当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思を有しない場合を指すものと解すべきであり、したがつてたとえ婚姻の届出自体について当事者間に意思の合致があり、ひいて当事者間に、一応、所論法律上の夫婦という身分関係を設定する意思はあつたと認めうる場合であつても、それが、単に他の目的を達するための便法として仮託されたものにすぎないものであつて、前述のように真に夫婦関係の設定を欲する効果意思がなかつた場合には、婚姻はその効力を生じないものと解すべきである」（傍点筆者）。

[74] 最三小判昭和37年２月６日民集16巻２号206頁。

[75] 大阪高決昭和33年６月19日家月10巻11号53頁、東京高決昭和53年12月14日判時921号90頁など。

[76] 最一小判昭和38年11月28日民集17巻11号1469頁：「原判決によれば、上告人及びその妻Ａは判示方便のため離婚の届出をしたが、右は両者が法律上の婚姻関係を解消する意思の合致に基づいてなしたものであり、このような場合、両者の間に離婚の意思がないとは言い得ないから、本件協議離婚を所論理由を以つて無効となすべからざることは当然である」、最二小判昭和57年３月26日判時1041号66頁も同旨。

区別の基準はどこにあるのだろうか。この問いは、最終的には、「法律上の婚姻」が結論を左右する事例（本節第１款）と左右しない事例（実態が重視される事例）（本節第２款）との区別の基準を問うことに行き着く。

本稿は、このように、裁判例において「法律上の婚姻」概念が真正面から問題となる第１－１類型・第１－２類型の事案だけでなく、「法律上の婚姻」よりも「実態」の方が優先される第２－１類型・第２－２類型をも念頭に置きながら、その解釈に一定の安定性をもたらすことを意図して、日本における「法律上の婚姻」の趣旨、特徴を明らかにしようとするものである。

第３節　本稿の研究方法と構成

以上で示したように、「法律上の婚姻」概念は、解釈論上、立法論上、判例上の重要な概念となっているが、その内容は一義的には定まっておらず、話者の「婚姻観」に依るところが大きい。本稿は、「法律上の婚姻」の内実を明確化することによって、解釈を安定化させ、また議論を整理することを目的とするものである。この課題に取り組む方法として、本稿は、「法律上の婚姻」という用語そのものをもたないフランス法との比較という研究方法を採用したい[77]。本稿の関心の対象は日本における「法律上の婚姻」であるから、フランス法との比較は、一見、迂遠に思

[77]「法律上の婚姻」をフランス語に直訳すると “le mariage légal” となるが、このような言葉はフランス法の解釈学においてあまり用いられない、または少なくとも法律用語として一般的ではない。よって、「法律上の婚姻」の対義語たる「事実上の婚姻」を直訳した “le mariage de fait” という言葉も、裁判例の文言や法学論文・教科書等において、今日使用されることはほとんどない（比喩表現等で用いられることはある）。日本の文脈でいう「法律上の婚姻」に近いものとして、“le mariage civil” という著名な言葉は存在するが、これは直訳すれば「民事上の婚姻」（民事婚）である。なお、「民事婚」（仏）と「法律婚」（日）の趣旨が同一か否かについては、本稿の主たる検討課題の１つであるため、本論で述べることにしたい。

われるかもしれない。しかし、「法律上の婚姻」概念が一般的ではないという点で正反対な状況下にあるフランス法を鏡とすることにより、「法律上の婚姻」概念の存在が当然となっている日本の状況を相対化することができ、かえって、日本法だけを見ているよりもはっきりと、日本における「法律上の婚姻」概念の全体像を映し出すことができると考えられる。

とはいえ、日本の「法律上の婚姻」概念を、フランス法と比較可能にするためには、「法律上の婚姻」がもつ意味をもう一段階、咀嚼する必要がある。そこで前節までの検討を振り返ると、日本における「法律上の婚姻」には、大別して2つの意味が付与されているように思われる。第一は、「法律上の婚姻＝正統な結合」という意味であり（意義α）、第二は、「法律上の婚姻＝法的な結合」という意味である（意義β）。

意義αは、「法律上の婚姻」を、それを承認する主体が国家であるという点から把握するものである。よって、反対概念たる「事実上の婚姻」は、「正統でない結合」、すなわち「国家によって（婚姻として）承認されていない結合」と理解されることになる。

これに対し、意義βは、「法律上の婚姻」を、法が定めた婚姻の法的効果の視点から把握するものである。このため、反対概念たる「事実上の婚姻」は、「法的でない結合」、すなわち「婚姻としての法的効果が（当然には）発生しない結合」ということになる。

これら2つの意味を踏まえたうえで、第1部では、前者、すなわち「正統な結合としての婚姻」をテーマに、承認主体としての「国家」の位置づけや「正統性」に関する日仏の違いについて考察する。第2部では、後者、すなわち「法的な結合としての婚姻」をテーマに、日仏における実定法上の婚姻の効果を比較しながら、なぜ日仏間に相違が生じるかについて検討する。同じ「婚姻」という検討対象を扱っているようでありながら、第1部・第2部それぞれで生じてくる日本法とフランス法のズレ、および第1部と第2部の関連性を分析することによって、日本法における「法律上の婚姻」概念の特徴が明らかになるであろう。

（未完）

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「フランス法における婚姻概念の系譜的考察」（2010年３月25日学位授与）に加筆・修正したものである。執筆にあたって、特別研究員奨励費（2007年度・2008年度）、松下国際財団研究助成（2009年10月－2010年９月）の支援を得た。また、加筆・修正にあたって、研究活動スタート支援（2010年度・2011年度）の援助を受けている。

判例研究

国際法判例研究

郭　　舜

コソヴォに係る一方的独立宣言の国際法適合性事件（国際司法裁判所勧告的意見・2010年７月22日）

Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, International Court of Justice, 22 July 2010.

《背景》

本件の背景は次の通りである。コソヴォは旧ユーゴスラヴィア社会主義連邦共和国を構成するセルビア社会主義共和国の自治州であった。同地域は旧ユーゴスラヴィア社会主義連邦共和国の解体に伴って、旧ユーゴスラヴィア連邦共和国内のセルビア共和国の自治州となったが、その自治権は狭められつつあった。ボスニア・ヘルツェゴヴィナ共和国をめぐる武力紛争が1995年に終結した後、コソヴォでは独立をめぐる紛争が激化し、コソヴォ解放軍（KLA）とセルビア治安部隊（軍・警察・民兵部隊）との間で武力衝突が起こった。人道的危機が報道される中で1999年に北大西洋条約機構（NATO）が一方的な武力行使に踏み切った。セルビア側が撤退した後、安全保障理事会決議第1244号（1999年）に基づいて国連コソヴォ暫定行政派遣団（UNMIK）が派遣され、北大西洋条約機構軍がコソヴォ治安維持部隊（KFOR）として駐留し、治安の回復と暫定的な行政体制の設置が図られた。2008年２月17日に独立宣言が行われ、それについてセルビアの発議により国連総会が国際司法裁判所に勧告的意見を求めたのが本件である。

《判決理由》

国連総会は2008年10月８日、決議第63/3号において、次の質問に対して勧告的意見を示すことを国際司法裁判所に対して要請した。「コソヴォ暫定自治機関の一方的独立宣言は国際法に適合するか（in accordance with international law）」。

Ⅰ．管轄権および裁量

まず勧告的意見を行う管轄権の存否、および管轄権を有する場合には管轄権行使を裁量により拒否すべき理由の存否について検討しなければならない（核兵器使用合法性事件勧告的意見、パレスティナ壁事件勧告的意見）（第17段落）。

Ａ．管轄権

勧告的意見を示す当裁判所の権限は国際司法裁判所規程第65条第１項を基礎とする（第18段落）。この規定の適用については、国連憲章上要請権限を与えられた機関による要請であること、法的問題についての要請であること、総会および安全保障理事会以外の場合には要請機関の活動の範囲内の質問であること、の各要件が示されている（国連行政裁判所第273号判決事件勧告的意見）（第19段落）。

意見要請が権限ある機関によるものであることは当裁判所が確認する。総会は憲章第96条において要請の権限を与えられている（第20段落）。同条第１項の文言に拘わらず、これまで当裁判所は勧告的意見要請の対象とされている質問と総会の活動との間の関係を示すことがあった（第21段落）。憲章第10条および第12条第１項が参照される（第22・23段落）。安全保障理事会がコソヴォの事態を審議中であるため、第12条第１項の効果として総会の勧告的意見要請は憲章上の権限外であり、第96条第１項による授権の範囲内ではないとの指摘がある。しかし、勧告的意見要請は第12条にいう総会の「勧告」（recommendation）ではなく（パレスティナ壁事件勧告的意見）、第12条はそのような効果を持たない（第24段落）。

対象となる質問が憲章第96条および規程第65条の意味における「法的問題」であるか否かについても当裁判所の認定による。総会は独立宣言が「国際法に適合するか」を問うており、これは法的問題のように見える（第25段落）。これに対し、本件手続参加者の間には、政治的行為たる独立宣言行為は国内憲法によって規律されており、国際法はこれを規律していないという申立も見られ

る。しかし、当裁判所は国際法との適合性について意見を要請されており、国内法に立ち入ることなくそれに応じうる（第26段落）。しかも、質問に政治的側面があるとしても法的問題としての性格は否定されない（国連行政裁判所第158号判決事件勧告的意見）。質問の法的要素が本質的に司法的な課題の遂行を求めている以上、それに応接することは拒否しえない。また、要請の政治的動機や意見の政治的含意は、法的問題であるか否かに関わらない（国連加盟事件勧告的意見、核兵器使用合法性事件勧告的意見）（第27段落）。

以上より当裁判所は総会の要請に応じて勧告的意見を示す管轄権を有する（第28段落）。

B．裁量

当裁判所が管轄権を有することは、それを行使する義務があることを意味しない（パレスティナ壁事件勧告的意見）。裁量は、当裁判所の司法機能の全一性（integrity）および国連の主要な司法機関としての性格を保護するためのものである（東カレリア事件勧告的意見、国連行政裁判所第158号判決事件勧告的意見、国連行政裁判所第273号判決事件勧告的意見）（第29段落）。しかし、勧告的意見要請への回答は国連活動への参加を表すものであり、原則として拒否されるべきでない（平和条約解釈事件第一段階勧告的意見、人権委員会特別報告者特権免除事件勧告的意見、パレスティナ壁事件勧告的意見）。したがって、意見を拒否する場合には「止むを得ざる理由」（compelling reasons）が必要とされる（国際労働機関行政裁判所事件勧告的意見、パレスティナ壁事件勧告的意見）（第30段落）。当裁判所は司法的機能の行使の適合性（propriety）を認定しなければならない。その際、止むを得ざる理由の有無を考慮すべきである（第31段落）。

本件要請の背景にある動機を問題として、意見要請は総会の補助のためではなく一国家の利益に資することを目的としており、それゆえ拒否されなければならないとする議論が見られる（第32段落）。勧告的意見は国家の司法的提訴の形式ではなく、総会、安全保障理事会、その他特定の国連機関が活動の補助として裁判所の意見を求めるための手段である（平和条約解釈事件勧告的意見）。しかし、勧告的意見を要請する決議を提案し、あるいはそれに賛成した個別国家の動機は、当裁判所の裁量行使に関わりがない（核兵器使用合法性事件勧告的意見）（第33段落）。

決議第63/3号には総会が勧告的意見を必要とする目的や、意見が有用な法的効果を有することが示されていないという指摘も見られる。しかし、任務（function）の適切な遂行のために意見が必要であるか否かを決定するのは当裁判所ではなく意見を要請した機関である（核兵器使用合法性事件勧告的意見、パレスティナ壁事件勧告的意見）（第34段落）。勧告的意見が望ましくない政治的帰結をもたらしうることを理由として拒否すべきだとする指摘もあるが、この点についてもやはり当裁判所が判断することはできない（核兵器使用合法性事件勧告的意見、パレスティナ壁事件勧告的意見）（第35段落）。

ここで重要な論点は、コソヴォの事態に係る安全保障理事会と総会の各役割に鑑みて、国連の主要な司法的機関として、勧告的意見の要請が安全保障理事会ではなく総会によるものであることを理由として、質問への回答を拒否すべきか否かである（第36段落）。

意見要請の10年以上前、決議第1160号（1998年）の採択以来、コソヴォの事態は安全保障理事会の活動の対象であった（第37段落）。総会も安全保障理事会決議第1244号（1999年）の前後からコソヴォの事態に関する決議を採択しているが、それらの決議は人権状況に関するものであり、意見要請に当たっては新たな議題（agenda item）を設定しなければならなかった（第38段落）。

このような背景からすれば、勧告的意見は安全保障理事会が要請すべきであり、これは総会による要請に対して当裁判所が答えない止むを得ない理由となるという指摘がある。安全保障理事会の関与の性格、および独立宣言の国際法適合性を決定するに当たり安全保障理事会決議第1244号（1999年）について解釈が必要になることがその根拠とされる（第39段落）。

意見要請が関わるのは、安全保障理事会によってすでに国際の平和と安全に対する脅威として性格付けられ、またその権限内の重要な議題とされている事態の一側面である。しかし、総会もまた質問に関する正統な利益を有する。憲章第10条および第11条は、国際の平和と安全に関する問題を含む国連活動の範囲内の事項について討議する広範な権限を総会に与えており、第24条第１項に基づいて安全保障理事会に与えられた国際の平和と安全の維持に関する責任によって限定されない（パレスティナ壁事件勧告的意見）。憲章上、安全保障理事会の役割を保護するために総会に課された制限は第12条に限られており、制約されるのは討議に基づいて勧告を行う権限であって討議を行う権限ではない（第40段落）。

しかも、第12条は安全保障理事会に係属中の国際の平和と安全に対する脅威に関して総会の全ての措置を禁じているわけではない。総会と安全保障理事会とは並行して国際の平和と安全の維持に関する同じ事項を扱う傾向にあり、その場合、総会がより広い視角を取ることが多い（パレスティナ壁事件勧告的意見）（第41段落）。このことは管轄権の有無だけでなく裁量の論点にも当てはまる。すなわち、事項が安全保障理事会の主要な責任の範囲内であり、また安全保障理事会が権限を行使しているとしても、総会が事態について討議し、第12条の制限内で勧告を行うことは排除されない。しかも、平和に対する脅威などが存在すると思われ、安全保障理事会が常任理事国の不一致のために行動できないときには、総会は「平和のための結集」決議に基づいて集団的措置を勧告しうるのである（第42段落）。

もっとも、同事件とは異なり本件でコソヴォの事態について積極的に審議してきたのは安全保障理事会であった（第43段落）。しかし、勧告手続（advisory jurisdiction）の目的は、国連の機関等が将来その任務を遂行する際の補助として当裁判所に意見を求められるようにすることにあり、それを受けた対応や、対応に対する勧告的意見の影響を決めることはできない。上記のように、総会は独立宣言について討議し、安全保障理事会の権限を侵すことなく一定の制限内で勧告を行う権原を有する（entitled）。したがって、独立宣言が安全保障理事会でのみ討議されてきたこと、また安全保障理事会がコソヴォの事態について行動してきた唯一の機関であることは、総会からの要請に対する応答を拒否する止むを得ない理由とはならない（第44段落）。しかも、総会はコソヴォの事態について自らの任務を果たしてきたのである（第45段落）。

総会の質問に回答するに当たって、安全保障理事会決議第1244号の条項を解釈・適用する必要が生ずることは、質問に応答しない止むを得ない理由とはならない。国連の政治的機関の決定の解釈・適用は第一義的には決議を行った機関自身の責任であるが、国連の主要な司法的機関である当裁判所には、これまでにもしばしば決定の解釈および法的効果について検討することが求められてきた（国連経費事件勧告的意見、ナミビア事件勧告的意見、ロッカビー事件（リビア対イギリス）暫定措置命令、ロッカビー事件（リビア対合衆国）暫定措置命令）（第46段落）。それゆえ、そのような課題を遂行することに当裁判所の司法的機能の全一性との矛盾は生じない。問題は、決定を行った機関による要請以外の場合に、それを拒絶すべきか否かである。しかし、総会が質問への回答

に正統な利益を有する場合、回答が安全保障理事会の決定に一部懸かっているとしても、それは拒絶の十分な正当化根拠とはならない（国連経費事件勧告的意見、国連加盟事件勧告的意見）（第47段落）。

したがって、本件要請について管轄権の行使を拒絶する止むを得ない理由はないものと考える（第48段落）。

II. 質問の射程と意味

総会は質問を次のような文言により定式化した。「コソヴォ暫定自治機関の一方的独立宣言は国際法に適合するか（in accordance with international law）」（第49段落）。

本件において総会の質問は明確に定式化され、また絞られ特定されている。独立宣言が国際法に適合するか否かについて当裁判所の意見を求めているのであり、宣言の法的帰結については問うていない。とりわけ、コソヴォが国家性を獲得したか否か、あるいはコソヴォに対する承認の有効性（validity）や法的効果については問われていない。過去の勧告的意見要請において総会および安全保障理事会は、行為の法的帰結について当裁判所の意見を求める場合には、その点を明示するかたちで質問を定式化している（ナミビア事件勧告的意見、パレスティナ壁事件勧告的意見）。したがって、宣言によって国家が樹立されたか否か、あるいは承認行為の法的性格（status）などの論点に触れる必要はない（第51段落）。

しかし、質問には註釈を必要とする側面が二つある。第一に、質問は「コソヴォ暫定自治機関による一方的独立宣言」に言及しており、また総会決議の前文も同旨である。独立宣言が真にコソヴォ暫定自治機関によるものであるかどうかについては争いがある。独立宣言の発出者（authors）の自同性は宣言が国際法に適合するか否かの問題に影響しうる。この点を総会によって決定されたものとして扱うことは、当裁判所の司法的機能の適切な行使と両立しない（第52段落）。総会もまた、この論点につき当裁判所が決定する自由を制約しようと意図してはいない。総会決議第63/3号を討議した際の議題は「コソヴォの独立宣言が国際法に適合するか否かに関する勧告的意見の国際司法裁判所に対する要請」であった。これは発議者であるセルビアの提案によるものであり、決議草案の標題ともされた。議題と決議標題の共通要素は宣言が国際法に適合するか否かであり、宣言の発出者の自同性などについて議論はなかった（第53段

落)。独立宣言の国際法適合性を評価するに当たっては、当裁判所は自由に全記録を調査し、宣言が暫定自治機関によって公布されたものであるか否かを自ら決定しなければならない（第54段落)。

多くの本件手続参加者がカナダ最高裁判所の「ケベックのカナダからの分離独立に係る問題に関する総督の照会」(1998年)(2 *S.C.R.* 217; 161 *D.L.R.* (4th) 385; 115 *Int. Law Reps.* 536）に言及するが、この事件は本件とは顕著に異なっている（第55段落)。カナダ最高裁判所に対してなされた質問は、「分離独立を実行する」(effect secession）権利があるか否か、そして挙げられた何れかの機関に積極的な権限を付与する国際法規則があるか否かを尋ねるものであった。これに対して、総会は独立宣言が国際法に「適合する」か否かを問うており、これは適用可能な国際法が独立宣言を禁止しているか否かによって決まる。特定の行為が、国際法上の権利の行使ではないとしても国際法に違反しないことは全くありうる（第56段落)。

III. 事実背景

A．安全保障理事会決議第1244号（1999年）および関連する UNMIK 規則

安全保障理事会決議第1244号（1999年）は1999年６月10日に国連憲章第７章下で採択された。同決議は、コソヴォにおける深刻な人道状況を解決し武力紛争を終結させることを決断し、国連事務総長に対してコソヴォに国際文民派遣団 (an international civil presence) を設置することを認可するものであった。派遣団設置の目的は、移行行政の実施および暫定的な民主的自治機構の設立、展開の監視を行う暫定行政体制（an interim administration）を設立することであった。決議は同時に、ユーゴスラヴィア連邦共和国の軍・警察・民兵部隊の撤退とコソヴォ解放軍の武装解除を要求しており、またそれに関連して軍事技術協定などの措置がとられた（第58段落)。決議第11段落は国際文民派遣団の主要な責務（responsibilities）について規定する（第59段落)。

1999年６月12日、事務総長はこれを受けて国連コソヴォ暫定行政派遣団(UNMIK)を提案した。その活動の四本の柱は、(ａ)暫定行政体制(国連主導)、(ｂ)人道問題（国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）主導)、(ｃ)制度構築（欧州安全保障協力機構（OSCE）主導)、(ｄ)再建（欧州連合（EU）主導）とされた（第60段落)。

1999年７月25日、事務総長特別代表は、コソヴォに関する全ての立法・執行

権限（legislative and executive authority）がコソヴォ暫定行政派遣団にあり、特別代表によって行使されることを規定する規則（regulation）第1991/1号を公布した。さらに同年12月12日の規則第1999/24号では、コソヴォにおける適用法が（ａ）事務総長特別代表によって公布された規則およびその下で出された補助的文書、（ｂ）コソヴォにおいて1989年３月22日に有効であった法の二つとされ、それまで規則第1991/1号下で有効だった法は暫定的に有効とされた（第61段落）。

安全保障理事会決議第1244号（1999年）は、暫定自治立憲枠組み（a Constitutional Framework for Provisional Self-Government）（以下「立憲枠組み」）に関する2001年５月15日の規則第2001/9号において詳細化され、特別代表と暫定自治機関（Provisional Institutions of Self-Government）との間で責任が決められ、特別代表の優越的な地位が規定された（第62段落）。

Ｂ．2008年２月17日以前の最終地位手続における関連事件

カイ・エイダ事務総長特使の報告書を受けた安全保障理事会においては、最終地位手続（the final status process）が開始されるべきことが総意（consensus）であった（第64段落）。マルッティ・アハティサーリ事務総長特使が任命され、任命への同意の際、安全保障理事会構成国は「参考」（reference）として連絡グループ指針（the Guiding Principles of the Contact Group）を指示した（第65段落）。

2006年２月20日から９月８日まで交渉が重ねられたが、セルビア・コソヴォ両当事者の立場は隔たったままであった（第67段落）。2007年２月２日、事務総長特使は当事者にコソヴォ地位確定包括草案を示したが、同年３月10日の最終交渉で進展はなかった（第68段落）。2007年３月26日、交渉による合意は不可能であり、独立のみがとりうる選択肢だと結論する事務総長特使の報告書が安全保障理事会に提出された（S/2007/168（2007年３月26日））（第69段落）。この結論には最終的なコソヴォ地位確定包括提案が添付されており、独立に向けた具体的な手続が記されていた（第70段落）。事務総長は報告書および提案を支持したが、安全保障理事会はコソヴォの最終的地位について決定に至ることができなかった（第71段落）。欧州連合・ロシア・アメリカ合衆国（トロイカ）の主催で交渉が継続したが、2007年12月４日のトロイカの報告書によれば、主権問題で双方が譲らず、合意に至らなかった（第72段落）。

2007年11月27日、コソヴォ議会、地方議会、地方首長の選挙が行われた（第73段落）。

C．2008年２月17日の事件とその後

以上を背景として2008年２月17日に独立宣言が採択された。原文はアルバニア語であるが、本意見においては英仏語訳を用いる（第74段落）。宣言はコソヴォ議会の120議員中109人の他、コソヴォ首相および（議会の議員ではない）コソヴォ大統領によって2008年２月17日の会合で採択された。宣言は事務総長特別代表に伝達されず、コソヴォ暫定自治機関の公報にも掲載されなかった（第76段落）。

セルビア共和国は、宣言はセルビア領土の一部の力による一方的な分離独立であり、セルビアおよび国際法秩序のいずれにおいても法的効果を生じない旨の決定を採択したことを事務総長に通知した。セルビアの要請により安全保障理事会が開催され、セルビア共和国大統領が独立宣言を非難した（第77段落）。

IV．独立宣言が国際法に適合するか否かの問題

A．一般国際法

20世紀初頭までの国家実行は全体として、独立宣言の公布行為が国際法に反しないこと、国際法において独立宣言の禁止が存在しないことを示している。20世紀後半になって非自治地域の人民や外国の征服・支配・搾取下にある人民の独立権を創設するかたちで自決に関する国際法が発展し（ナミビア事件勧告的意見、パレスティナ壁事件勧告的意見）、この権利の行使によって多数の新国家が生まれた。この文脈以外でも独立宣言の事例が見られたが、国家実行はそのような場合に独立宣言を禁止する国際法の新規則の生成を示していない（第79段落）。

一方的独立宣言の禁止が領土保全原則に含まれているという主張が見られる。領土保全原則は国際法秩序の重要な一部であり、国連憲章、とりわけ第２条第４項に記されている。しかし、慣習国際法を反映する（ニカラグア事件本案判決）ものである友好関係原則宣言（総会決議第2625（XXV）号）、それに加えてヘルシンキ最終議定書を見るならば、領土保全原則の射程は国家間関係に限られている（第80段落）。

特定の独立宣言を非難する安全保障理事会決議の存在を指摘する主張も見ら

れる（南ローデシアに関する決議第216号（1965年）・第217号（1965年）、北キプロスに関する決議第541号（1983年）、スルプスカ共和国に関する決議第787号（1992年））。しかし、これらの事例における決定は具体的な状況に基づくものであり、独立宣言の違法性は、その一方的性格ではなく、違法な武力行使や他の一般国際法規範、とりわけ強行法（jus cogens）の重大な違反との結び付きによるものである。コソヴォの文脈で安全保障理事会はそのような立場をとっていない。これら決議は、安全保障理事会の実行から一方的独立宣言に対する一般的禁止は導かれないことを確認するものである（第81段落）。

コソヴォの住民が自決権の表現として、あるいはコソヴォの事態に鑑みて「救済的分離独立」（remedial secession）の権利に応じて独立国家を樹立する権利を有するとする主張も見られる。しかし、非自治地域および外国の征服・支配・搾取下にある人民の文脈外で自決に関する国際法が既存の国家の一部住民に分離する権利を与えているか否かは、見解が分かれている。また、国際法が「救済的分離独立」の権利を与えているか、またどのような条件下でか、コソヴォにそうした条件があるのかについても、見解が異なる（第82段落）。これらの論点は総会による質問の射程を超えており、解決する必要性は認められない。（第83段落）。

上述の理由により一般国際法は独立宣言に対する適用可能な禁止を含まないから、2008年２月17日の独立宣言は一般国際法に違反しない（第84段落）。

B．安全保障理事会決議第1244号（1999年）およびその下で創設されたUNMIK 立憲枠組み

国連憲章上、安全保障理事会は決議を採択し国際法の下で義務を課しうる（ナミビア事件勧告的意見、ロッカビー事件（リビア対イギリス）暫定措置命令）。安全保障理事会決議第1244号（1999年）は安全保障理事会により憲章第7章に明示的に基づいて採択されており、国際法上の義務を課すものであることは明白である（第85段落）。それ以前の決議については決議第1244号の前文第二段落において確認されており、特に述べる必要はない（第86段落）。

UNMIK を代表して事務総長特別代表が採択した規則、とりわけ立憲枠組みが総会の要請の意味における適用可能な国際法の一部であるか否かには争いがある（第87段落）。立憲枠組みを公布した規則第2001/9号をはじめとするUNMIK 規則は、事務総長特別代表により採択されたが、その権限（authority）

は決議第1244号から来るものであり、したがって究極的には国連憲章に由来する。立憲枠組みの拘束力は同決議の拘束的性格から導かれるものであり、国際法的な性格を有する（第88段落）。

ただし、立憲枠組みは決議第1244号に従って創設された特定的な法秩序（a specific legal order）の一部であり、当該法秩序はコソヴォにのみ適用され、同決議によって設定された暫定段階（the interim phase）の間、通常は国内法の対象である事項について規律することを目的とする。立憲枠組みは暫定段階の間、コソヴォの行政のために採択された法制度（the body of law）の一部として効果を有する。立憲枠組みは、創設した諸機関に対して、その法制度の中で有効な決議を行う権限を付与する（empower）。特に、コソヴォ議会は当該法秩序内において法的効果を有する立法を採択する権限を付与されているが、それは常に事務総長特別代表の優越的権限に従属するのである（第89段落）。決議第1244号および立憲枠組みはいずれも、事務総長特別代表に対してUNMIK の権限により設立された暫定自治機関に関する相当の監督権限を与えている（第90段落）。

決議第1244号および立憲枠組みは2008年２月17日の時点で有効であり適用可能である（第91段落）。事務総長特別代表は引き続きその任務を遂行している。さらに、事務総長は安全保障理事会に対し、同決議第20段落に従って、引き続き定例報告を提出している（第92段落）。

以上のことから、安全保障理事会決議第1244号（1999年）および立憲枠組みは、総会の質問に回答するに当たり考慮されるべき国際法の一部を成すことが結論される（第93段落）。

１．安全保障理事会決議第1244号（1999年）の解釈

安全保障理事会決議は条約とは異なるため、条約法条約第31条および第32条の条約解釈規則は指針とはなるものの、他の要素をも考慮する必要がある。解釈に当たっては、採択時の安全保障理事会構成国代表の陳述、同一論点に関する他の安全保障理事会決議、関連する国連機関ならびに決議によって影響を受ける国家の爾後の実行を分析する必要が生じうる（第94段落）。

決議第1244号は、その附属書１および２において定められた一般原則との関連で読まなければならない。これら一般原則は、まずコソヴォにおける暴力と抑圧の終結を確保することにより、ついで暫定行政体制を設立することにより、

コソヴォ危機を沈静化させようとするものであった。長期的解決も企図されており、同決議はコソヴォの実質的自治に備えた暫定政治枠組み協定の確立に向けて政治過程を開始するものであった。さらに決議前文ではユーゴスラヴィア連邦共和国の主権と領土保全とを確認している（第95段落）。

決議第1244号には、趣旨目的の理解に関わる三つの特徴がある（第96段落）。第一に、同決議および UNMIK 規則第1991/1号は、コソヴォ領域の当該時点における有効な法秩序を置き換え、国際領域行政体制を設置する効果を有する。同決議に基づく文民・治安派遣団の設立は、民事・政治・治安面に関わり、かつ1999年時点で当該領域に存在した危機への対処を目的とする例外的措置として理解されなければならない（第97段落）。

第二に、暫定国際領域行政体制の実施という同決議に示された解決策は、人道目的に向けられたもの、すなわちコソヴォの安定化および基本的公共秩序の再建のための手段を提供するものであった。セルビアはコソヴォ領域に対して引き続き主権を有するが、暫定行政体制はそれに基づく権限行使を一時的に停止させるものであった。同決議の下で確立された法的体制（legal régime）は、暫定国際派遣団の庇護の下でコソヴォにおける現地自治機関の発展を確立し、組織し、監視するものであった（第98段落）。

第三に、同決議は明らかに暫定的体制（an interim régime）を設立するものであり、コソヴォ領域に恒久的な制度枠組みを導入するものではない。同決議は交渉過程の結果に予断を与えることなく、将来のコソヴォの地位につき交渉による望ましい解決を助けることを UNMIK に指示したにすぎない（第99段落）。

２．独立宣言が安全保障理事会決議第1244号（1999年）およびその下での措置に適合するか否かの問題

（ａ） 独立宣言の発出者の自同性

2008年２月17日の独立宣言が、立憲枠組み第９章下で設立された暫定自治機関の一つである「コソヴォ議会」（Assembly of Kosovo）の行動であるか、あるいは宣言採択者は別の地位（capacity）において行動していたのかを決定しなければならない（第102段落）。この問題について見解は分かれる（第103段落）。

独立宣言が採択された2008年２月17日の会議開催時に、議長およびコソヴォ首相はコソヴォ議会および立憲枠組みに言及している。独立宣言は広い文脈に

おいて考えなければならず、採択以前の「最終地位手続」に関わる出来事を考慮する必要がある。決議第1244号は主にコソヴォ暫定自治枠組みの設置に関わる。決議採択時において、コソヴォの最終的地位については自治枠組みから導かれ、その内部で進展することが期待されたものの、決議において最終地位手続の帰結は勿論、方向性についても未決定のままであった（第104段落）。

独立宣言は、最終地位交渉が失敗し、コソヴォの将来についての重大局面が到来したという発出者の認識を示す。宣言前文では、宣言が最終地位交渉の失敗という文脈に位置付けられ、宣言発出者はコソヴォの地位を「解決」しコソヴォ人民に「将来の明確さ」をもたらす決意を強調する。この表現は、宣言発出者が通常の暫定自治枠組みの中で活動するのではなく、コソヴォの「独立主権国家として」の樹立を目指していることを示す。宣言発出者は、暫定段階の法秩序内部の機関としての地位において活動しておらず、またその意図もなく、当該秩序の外において意義（significance）および効果を有する措置を採択することを企図しているのである（第105段落）。

宣言発出者がコソヴォの国際的義務、とりわけ UNMIK により創出されたものを引き受け、宣言でなされた約束（commitments）により第三国に対して拘束されると宣言しているということからも、この結論は補強される。立憲枠組みの体制において、コソヴォの対外関係の管理に関する全ての事項は事務総長特別代表の排他的権限（exclusive prerogative）であった（第106段落）。

宣言の文言の特徴および採択の状況からも同じ結論が導かれる。宣言のアルバニア語原文にはコソヴォ議会の行為であるという言及がなく、「コソヴォ議会」の語は英仏語訳の冒頭に見られるのみである。宣言の文言では、コソヴォ議会の行為の場合とは異なり「我ら」（we）という表現が用いられている。宣言の手続もコソヴォ議会の立法手続とは異なる。議会構成員でないコソヴォ大統領を含む出席者全員が署名しており、宣言採択者の自己言及が宣言本文の直前に見られ、官報発行のために事務総長特別代表に送付されることもなかった（第107段落）。

事務総長特別代表の反応も示唆的である。立憲枠組みは、特別代表に対して暫定自治制度の行為を監督し無効にする権限を与える。本件独立宣言に対する特別代表の沈黙は、特別代表がそれを暫定自治機関の行為とは見なしていないことを示している。権限踰越であれば特別代表には何らかの措置をとる義務があったであろう。2008年３月28日の事務総長報告書はコソヴォ議会が宣言を採

択したと述べているが、報告書は宣言や宣言採択者の地位についての法的分析として意図されたものではない（第108段落）。

全ての要素を考慮した結果、2008年２月17日の独立宣言の発出者は、立憲枠組みにおける暫定自治機関の一つとしてではなく、暫定行政の枠組み外においてコソヴォ人民の代表としての地位で行動した諸個人（persons）であると結論付けられる（第109段落）。

（b） 独立宣言の発出者が安全保障理事会決議第1244号（1999年）およびその下での措置に違反して行動していたか否かの問題

この問題についての見解は分かれる。一方で、宣言は決議第1244号によって設置された国際派遣団を終了させようとする一方的試みであり、それは安全保障理事会自身の決定によって初めて有効になしうると主張される。また、コソヴォに関する恒久的解決は、連絡グループ指針が規定するように、全ての当事者の合意または安全保障理事会決議の何れかによってのみなされうるとも論じられる。この見方によれば、一方的独立宣言は決議第1244号に合致せず、それに違反する（第111段落）。

他方で、決議第1244号はコソヴォ独立の可能性を阻止・排除していないとする主張も見られる。それによれば、決議が規律するのはコソヴォの最終的・恒久的地位ではなく暫定行政のみである。特に、決議は独立宣言の発出を禁止し、あるいはそれを無効にする国際法上の義務を創出しておらず、独立宣言の発出者を名宛人ともしていない。独立宣言を阻止しようとしていたのならば、決議の文言に明示したであろう。さらに、附属書においてランブイエ合意に、したがって黙示に「人民の意思」に言及していることから、安全保障理事会は独立宣言に反対ではなく、それを予期していたというのである。また、交渉過程が尽くされたならば決議は障害とはならないという主張もある（第112段落）。

決議第1244号が本件宣言の発出者に対してセルビア共和国からの独立を宣言することを禁止しているか否かの問題には、決議の慎重な読解によってのみ答えうる（第113段落）。第一に、決議第1244号の本質はコソヴォに暫定体制を創設することにあり、長期的な政治過程を最終的地位の確立へと向かわせる（channel）ことを図るものであった。同時期の実行とは対照的に、安全保障理事会は決議の文言上、コソヴォの事態の最終的決定について自らに留保しておらず、コソヴォの最終的地位に関する条件について沈黙している。決議は本件

独立宣言の発出を阻止するものではない。なぜならば、決議とは異なり独立宣言はコソヴォの地位を最終的に決定しようとするものであり、両者は異なったレヴェルで働くからである（第114段落）。

第二の問題は、決議第1244号の名宛人についてである。決議はコソヴォにおける国際文民・治安派遣団の国連の保護下の展開について一般的枠組みを設定する。決議は主に国連加盟国および国連機関に対して義務と職権（authorizations）を創設するものであり、一定のものを除けば、安全保障理事会が他の主体に対して特定の行為の義務や禁止を課す意図を有していたことは決議の文言からは伺えない（第115段落）。安全保障理事会が国連加盟国および政府間組織以外の主体に対して要求を行うことは稀ではなかった（決議第1160号（1998年）、第1199号（1998年）、第1203号（1998年））（第116段落）。コソヴォのアルバニア人指導者などに対する言及は、「全関係者」（all concerned）という一般的言及以外には、決議第1244号には見られない。決議の解釈に当たって、当裁判所は、個別的事案に沿って全ての関連事情を考慮しつつ、安全保障理事会が誰に対して拘束的な法的義務を創設しようとしたのかを確証しなければならない。

この点につき、決議の文言（language）は重要な指標となる。安全保障理事会決議の拘束力一般に関して当裁判所のとってきた手法もまた、必要な修正を加えれば（mutatis mutandis）、関連性を有する（ナミビア事件勧告的意見）（第117段落）。これを念頭に置けば、決議第1244号が独立宣言の発出者を拘束するような独立宣言の禁止を含むという議論を受け入れることはできない。また、文脈的理解および趣旨・目的の考慮によっても決議の文言から禁止を導くことはできない。決議の趣旨・目的はコソヴォに暫定行政体制を設立することにあり、最終的地位の問題について確定的な決定は行われていない。決議は派遣団の主な責務について「政治的解決に至るまで」（pending a political settlement）とするが、このことからも結論は変わらない。第一に、これは国際文民派遣団の責務の列挙の文脈でなされており、その他の行為者に関わらない。第二に、「政治的解決」にはさまざまな解釈がありうる。したがって、決議のこの箇所は、本件宣言の発出者を特に名宛人として独立宣言を禁止したものと解することはできない（第118段落）。

したがって、決議第1244号は本件宣言の発出者に対し、セルビア共和国からの独立宣言を発出することを妨げない。ゆえに、独立宣言は決議第1244号に違

反しない（第119段落）。

本件独立宣言が立憲枠組みにに違反するか否かの問題に移る。立憲枠組み第５章は暫定自治機関の権限を定めている。独立宣言の公布は立憲枠組みによって設置された暫定自治機関の権限外の行為であるという議論がある（第120段落）。独立宣言は暫定自治機関により発出されたものではなく、それが活動する法秩序の内部における効果を意図したものでも、実際に効果を有する行為でもない。したがって、独立宣言の発出者は暫定自治機関を規律するために設置された権限および責任の枠組みによって拘束されない。それゆえ、独立宣言は立憲枠組みに違反しない（第121段落）。

Ⅴ．一般的結論

2008年２月17日の独立宣言の採択は一般国際法、安全保障理事会決議第1244号（1999年）、および立憲枠組みに違反しない。その結果として、宣言の採択はいかなる適用可能な国際法規則にも違反しない（第122段落）。

《意見主文》

（１） 当裁判所が要請された勧告的意見を示すための管轄権を有することを認定する（全員一致）

（２） 勧告的意見の要請に従うことを決定する（９対５）

反対：トムカ、コロマ、キース、ベンヌーナ、スコトニコフ

（３） 2008年２月17日に採択されたコソヴォ独立宣言は国際法に違反しないという意見をとる（10対４）

反対：トムカ、コロマ、ベンヌーナ、スコトニコフ

（第123段落）

《評釈》

本勧告的意見について、一般向けの報道では裁判所がコソヴォの独立宣言を合法だと判断したものとして受け止める向きもあった。しかし、いうまでもなく裁判所の出した結論はそれほど単純ではなく、その射程も注意深く限定されている。

本勧告的意見は、国連総会の質問について、コソヴォに係る一方的独立宣言が国際法に違反しないと結論付けた。しかし、「独立宣言は国際法に違反しない」

(did not violate/n'a pas violé) という裁判所の結論が、「一方的独立宣言は国際法に適合するか」(in accordance with/est conforme à) という国連総会の質問に対する十分な回答になっているのかどうかは、一見明白ではない。独立宣言が「国際法に違反しない」とは何を意味するのであろうか。それは国際法に適合するということと同義なのであろうか。この点についての裁判所の立場は周到に説明を尽くしたものとはいいがたい。しかし、まさにこの点にこそ本件を読み解く上での核心が存する。

勧告的意見の結論が質問に対応したものであるか否かが不明瞭な印象を与えるのは、二つの点において裁判所の推論が十分明らかにされていないことと関係している。まず、裁判所は、一般国際法の議論において、適用可能な禁止規則の欠如から宣言は一般国際法に違反しないという結論を導いた。少数意見のいくつかでは、これを禁止の欠如は許容を意味するというロテュス号原則に依拠したものと見ており、それに批判的な態度をとっている。さらに裁判所は、安全保障理事会決議第1244号およびその下での措置を検討した際に、独立宣言の発出者の行動が、暫定行政体制の枠組みの外で、コソヴォ人民の代表者としての地位において行動する個人としてのものだったとする（第109段落)。しかし、やはり少数意見で指摘されているように、法制度からの逸脱行動がなぜ違法とならず枠組みの外のものとされるのか、十分な説明はなされていない。

裁判所が出した結論は、総会が想定した枠組みの中でその質問に応答するものとはなっていない。総会の質問は、コソヴォに係る一方的独立宣言が国際法に適合するか否かを聞くものであり、それに適合すると答えるにせよ適合しないと答えるにせよ、独立宣言が国際法の規律対象であることを前提としていた。独立宣言が国際法に違反しないという裁判所の答えは、文言上その点について曖昧さを残すが、注意深く読めばこの前提自体を否定するものとして解釈される。すなわち、裁判所は国際法の規律対象であることを前提とした上でそれに違反しないという立場をとっているのではなく、そもそも国際法の規律対象ではないために国際法に対する違反という事態が生じえないという見解を示しているのである。以下では、裁判所の推論構造を追うことでその理由を明らかにしたい。

裁判所は、独立宣言が国際法に「適合」(in accordance with) するか否かを問う国連総会の質問に対し、独立宣言が国際法に違反して採択されているか否かを判断すれば足りるとする（第56段落)。問題は適用可能な国際法が独立宣

言を禁止しているか否かに懸かっており、もし禁止されているのならば裁判所は独立宣言は国際法に適合しないと回答しなければならないというのである。他方で裁判所は、コソヴォが一方的に独立を宣言する積極的な権原（a positive entitlement）を有するか否かなどの点に踏み込んで判断する必要はないとする。すなわち裁判所は、独立宣言が国際法に適合するか否かの問題を、国際法に違反するか否かの問題として捉え、国際法上禁止されているか否かをその基準としたのである。

このような総会による質問の解釈や、国際法による禁止に着目する裁判所の判断枠組みに対しては、いくつかの少数意見において疑義が提起されている。特にシンマ裁判官は、これをロテュス号原則に依拠したものであるとして、その現代国際法上の妥当性について批判的な立場をとる。すなわち、ロテュス号事件において常設国際司法裁判所は、国際法秩序は同意に基づく性格のものであるため、国家の独立性に対する制約は推定されないと判示したが[1]、これと同様、本件の多数意見は禁止がないかぎり許容規則を立証する必要はないという結論をとった。しかし、それでは総会の質問に対して十分に答えていない上、時代遅れの同意主義的立場から脱却する機会も逃すことになったというのである（Simma, Decl., paras. 2-3）。

裁判所が国際法違反を判断する上で禁止の存否を基準としたことは確かである。しかし、これを禁止規則の不存在を以て許容が導かれるとするロテュス号原則を適用したものであるか否かについては、慎重な検討が必要である。なぜならば、ロテュス号事件では、国際法上の権利義務の主体であることが疑いのない主権国家同士の関係が前提とされていたからである。ところが、本件においては独立宣言の発出者は主権国家ではなく、少なくともそれ以前の存在である。国際法上の非国家主体の法的地位はさまざまであるが、原則としては国際法によって認められた範囲内で権利義務を有するものと見なされる。つまり、国際法が積極的に規律対象としないかぎり、非国家主体の行為は国際法の規律が及ぶ射程の外にあり、その関知するところではないのである。そうだとすれば、裁判所の推論は必ずしも禁止の欠如から許容を導いているのではないと解釈される余地があり、時代錯誤の同意主義として非難するのは拙速だと考えら

[1] Affaire du «Lotus» (France c. Turquie), arrêt no.9, 7 septembre 1927, *CPJI*, Série A, no.10.

れる。独立宣言が主権国家になろうとするそれ未満の存在によってなされるものであることに鑑みれば、それについての禁止規則の不存在は、許容を意味するのではなく、国際法による評価の対象外であることを意味しうる。そして本件では、まさに、禁止規則の不存在から導かれたのは許容ではなく、国際法の評価の対象外だとする結論であったと考えられるのである。

勧告的意見の推論をより詳しく見てみよう。独立宣言についての国際法上の禁止の存在について、裁判所は二つのレヴェルで捉えている。一つは一般国際法であり、もう一つは安全保障理事会決議第1244号（1999年）およびその下での暫定行政の枠組みである。このうち、一般国際法の範囲における裁判所の立場は、上記の推論によって十分説明が付く。裁判所は「一般国際法は独立宣言について適用可能な禁止を含まない」と判断し、そこから独立宣言が一般国際法に違反しない（did not violate）という結論を導くのである（第84段落）。勿論、独立宣言の発出者が一般国際法上、独立宣言を発出する権原を有するか否かという点にまで踏み込めば、本件独立宣言の国際法上の評価について包括的な検討を行ったことになったかもしれないが、法主体性を当然には有しない非国家主体の行為であることを前提とすれば、この範囲での一般国際法上の推論は論理的に整合的であり、かつ時代錯誤でないものとして解釈しうる。

裁判所は、次に安全保障理事会決議第1244号（1999年）およびその下での暫定行政体制に関する裁判所の判断については、より詳しい検討が必要である。そこで重要な論点となるのは、暫定行政体制の性格と独立宣言の発出者を名宛人とした禁止の存否である。

裁判所は、安全保障理事会決議第1244号について、その本質はコソヴォに暫定体制を創設することにあり、長期的な政治過程を最終的地位の確立へと向かわせる（channel）ことを図るものであったと認定する。決議はコソヴォの最終的な地位やそれに至るための条件を定める条項を含んでいない。本件独立宣言はコソヴォの地位を最終決定しようとする試みであり、決議とは異なるレヴェルで作用するのであるから、決議はその発出を排除していないというのである（第114段落）。

これについて少数意見の中には、交渉が行き詰まったからといって一方的にそこからの離脱を認めるのは、暫定行政体制を設立した安全保障理事会決議を無意味にするものであるとして批判するものもある（Bennouna, Diss. Op., para. 56; Skotnikov, Diss. Op., paras. 13-15; cf. Koroma, Diss. Op., para.11）。し

かし、多数意見は安全保障理事会決議第1244号が政治的交渉過程に枠を嵌めるものとは考えていない。上記の「向かわせる」という表現からは、多数意見が決議第1244号について政治的交渉過程の基本的条件を整えるという以上の意図を有していないものと解釈していることが窺われる。決議はコソヴォの最終的地位について安全保障理事会に決定権限を留保しておらず、また最終的な決定が交渉によってなされることを条件とするような枠組みの設定もしていないのであるから、独立宣言の発出がそれによって排除されることはないというのである。

このことは第94段落以下の推論からも裏付けられる。裁判所はここで安全保障理事会決議第1244号の趣旨目的の理解に関わる三つの特徴を挙げている。簡潔にまとめれば、それは(1)決議に基づく文民・治安部隊の設立は民生・政治・治安面に関わる例外的措置であり、危機への対処を狙いとしたものであったということ、(2)決議による暫定行政体制の実施は人道的目的のためのものであったということ、(3)決議が設置したのは暫定的な体制にすぎないこと、の三つである（第96-99段落）。裁判所は決議を政治的な交渉過程を直接目的とするものではなく、あくまでも紛争後の社会の緊急・不可欠の現実的要請に応える一時的な措置を定めたものとして理解しているのである。

次に、安全保障理事会決議第1244号およびその下での措置が、独立宣言の発出者に対して独立宣言を禁止しているか否かの問題について、裁判所の推論を導く鍵となったのは二つの点である。一つは独立宣言の発出者が誰であるか、もう一つは独立宣言の発出者を名宛人とした禁止が存在するか否かという点である。

第一の、独立宣言の発出者の問題について、裁判所は発出者が暫定行政体制の枠組みの外でコソヴォ人民の代表としての地位において行動していたものと認定する（第109段落）。勧告的意見の論証は実質的に第105・106段落に集約される。そこで裁判所は、独立宣言発出者の意図を重視しているようである。宣言発出者は安全保障理事会決議第1244号が企図する最終地位交渉が失敗したという認識の下に独立を宣言しており、同決議の下における法秩序の内部で行動する意図はなかったというのである。

第二の、独立宣言発出者を名宛人とした禁止の存在については、裁判所は禁止の不存在を認定する。すなわち、安全保障理事会決議第1244号は主に国連加盟国および国連機関に関わるものであり、それ以外の行為者に対しては、コソ

ヴォ解放軍などに対して攻撃停止と武装解除を、全関係者に対して旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所への全面的協力を要求していることを除けば、特定の行為を義務付け、あるいは禁止する意図が見られないというのである（第115段落）。裁判所はそこで限定解釈をとり、宣言発出者を名宛人とした独立宣言の禁止は存在しないとして、独立宣言は同決議に違反しないと結論するのである（第119段落）。

以上の推論に対しては、発出者はコソヴォ議会に他ならず、独立宣言は端的に違法なのではないかという疑問も少数意見において示されている（Tomka, Decl., paras. 33-34; Sepúlveda-Amor, Sep. Op., para. 32; Bennouna, Diss. Op., para.44）。このような疑念が生ずる一つの原因は、多数意見がなぜ発出者の行為を暫定行政体制の枠組み外に置いたのか、枠組みの外での行為とはいかなる意味であるのか、説明が十分なされていない点にあると思われる。しかし、それがとっている前提に注意しつつ読めば、多数意見のとった論理立てを了解可能なものとして捉えることができ、また「独立宣言は国際法に違反しない」という勧告的意見の消極的結論がいかなる積極的主張を含んでいるかということも明らかになるであろう。

一般国際法についての検討の場合と同様に、多数意見は宣言発出者による独立宣言の発出が許容されていると述べることはしていない。勧告的意見の表現は、独立宣言は安全保障理事会決議第1244号に違反しない（did not violate）とするに止まっている（第119段落）。これは、独立宣言の発出行為は決議第1244号によって許容されているのではなく､その規律の外にあると解釈される。その理由は次の点にある。

まず、多数意見が安全保障理事会決議第1244号に基づいて設立された法体制を「一時的･例外的」なものであるとしていることが着目される（第100段落）。すなわち、本来コソヴォ領域は、依然として主権および領土的一体性を保持するセルビアの国内法秩序によって規律されるべきであるが、危機への対処として一時的・例外的に、射程の限定された暫定行政体制が導入されたものと多数意見は理解しているのである（第95段落以下参照）。立憲枠組みが国際法的性質を有するのは、それが安全保障理事会決議第1244号に基づいたものだからである（第88段落）。しかし裏を返せば、コソヴォの法秩序の国際法的性質はまさにこの点に懸かっており、その射程の外では国際法上の評価はなしえず、国際司法裁判所による勧告的意見の機能は及ばない。そして、決議第1244号に基

づく暫定行政体制が一時的・例外的なものであるとするならば、その射程は限定されたものとして扱われなければならない。

また、多数意見は、安全保障理事会決議第1244号および立憲枠組みについて、「総会の出した質問に回答するにあたり考慮すべき国際法の一部を成す」と述べるに止め、これらが本件において適用可能な法であるという認定を避けている（第93段落）。多数意見は、決議および立憲枠組みが2008年２月17日時点でコソヴォの事態に適用可能な国際法であるとしつつ、本件で問題となっている宣言発出者による独立宣言の行為について適用されるとは明示的には述べていない。裁判所は、宣言発出者による独立宣言の発出が暫定行政体制の外の行為であるとしたが、これは宣言発出者による独立宣言の発出に対しては決議および立憲枠組みがそもそも適用されないことを意味していると解釈される。完全な国際法主体である国家の行為については、具体的状況に関連する国際法規則は適用可能なものとして扱いうるが、完全な権利義務能力を持たない非国家主体の行為については、関連する国際法規則の適用の範囲内にあるとは限らないのである。

これらの結果、裁判所は宣言発出者による独立宣言行為を、安全保障理事会決議第1244号および立憲枠組みに基づけば国際法上、法的に評価されない行為として取り扱った。それが、宣言発出者を名宛人とした独立宣言の禁止は存在せず、そこから独立宣言は安全保障理事会決議第1244号に違反しないとした勧告的意見の結論の意味である。すなわち、それは国際法平面において決議第1244号および立憲枠組みの関知しないところであり、禁止されも許容されもしないものとされたのである。

以上のように、独立宣言は一般国際法上も、安全保障理事会決議第1244号および立憲枠組みの下においても規律の対象ではないと考えることが可能であり、したがって裁判所は国際法に違反しないという結論をとったものと解釈される。

ところで、法による行為の評価には、事実行為についての禁止・許容の他、法的行為についての有効・無効という基準が存在する[2]。独立宣言が――禁止の存否が問題となる事実行為としての性格だけでなく――法的行為としての性格

[2] 濱本正太郎「国際法における無効の機能――責任との比較において――」『国際法外交雑誌』102巻４号（2004年）

を持ちうるとするならば、その有効・無効について裁判所は何も言及していないと考えるべきだろうか。

一般に、宣言は事実行為としての発話行為であると同時に、法的行為としての側面を持つことがある。例えば、核実験事件においては、フランスの行った宣言が義務を引き受ける一方的約束として認定された[3]。そこでは、宣言に一方的約束という法的行為としての性格が付与され、宣言によって法的義務の創設という効果が発生したのである。このように、宣言などの言葉による一方的行為が法的行為としての性格を持ち、法的効果を発生させる場合がある。

本件において裁判所は――禁止の存在・不存在を基準として判断したことにより――総会の質問を法的効果について問うていないものとして解釈したため、独立宣言の法的行為としての側面が正面から扱われることはなかった。しかし、独立宣言が単なる発話という事実行為ではなく、発話において何らかの行為を遂行しようとする行為であるということが、その合法・違法を議論する前提となっているはずである。独立宣言が単なる音声の発生やインクの染み作りにすぎないのであれば、そのような瑣末な（事実）行為について法が介入する必要はない。問題は、独立宣言がまさに独立を宣言し、主権国家として自己を統治する意思があることを他国に知らしめ承認を要求するものだという点にある。その意味で、独立宣言は何らかの発話内行為（illocutionary act）の遂行である。「約束します」という発話は、「約束します」という言葉を発する行為であるだけでなく、約束するという行為そのものでもあるが、このような発話においてなされる行為が発話内行為と呼ばれる。独立宣言が宣言することにおいて何らかの行為を遂行するものであることが、その重大性を生じさせるのであり、その法的な規律が争われることの前提である。少数意見の中には、この点を指摘すると読めるものもある（Skotnikov, Diss. Op., para. 17）。

問題は、それがいかなる行為であるのか、国際法の教科書を繙いても独立宣言の法的効果について語るものは見当たらないということにある。独立宣言とは必然的に非国家主体の一方的行為であるが、そのような行為について国際法上は明確な規律が存在しない。他方で、本件のように国家に準ずる実体を有する政治的実体を代表して独立宣言が行われる場合と、例えば私が今ここ（大学

[3] Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, *I.C.J. Reports 1974*, p. 253, para. 51.

の研究室）で「私は独立する」と誰かの前で発言するような場合とで、その意味は明らかに異なる。

おそらく次の点が重要である。すなわち、従来から国家性の要件として挙げられてきた領域、国民、政府の要素のうち、政府の要件は政治体の自己統治の意思と能力とに関するものとして解釈されるが、独立宣言はまさにこの要件に関わるものなのである。領域と国民の要件を備え政治的に組織された政治体の代表が、独立宣言によって自己統治の意思を対外的に示すならば、それは政府の要件の充足を意味し、国家承認に関する確認的効果説によれば直ちに、創設的効果説によれば承認によって、国家としての法主体性を与えられるということになろう。

何れにせよ、独立宣言が国家の成立や承認に深く関わっていることは確かだが、独立宣言の固有の意義は曖昧である。独立宣言という行為によってはじめて国家が樹立されるための要件が備わるという明確な了解が国際社会にあるわけではない。従来、この問題は国家承認を与える側の責任という観点から論じられてきた。国家としての実体を備えていない政治的実体に対して承認を与えれば、尚早の承認として内政干渉に当たるとされる。独立宣言もしていないのに承認を与えれば尚早の承認となることは疑いがない。他方で、他国の側に国家承認の義務はなく、国家としての実体を備えた政治体であっても承認を与えていない国家との関係では事実上の国家であるに止まる。このように見れば、国家承認制度は、国家として承認を受けたい側と国家として承認を与えたい側との間の意思の合致によって国家間関係の成立を個別的に認めるものなのである。そこでは独立宣言は一方の側の意思表示として扱われうるにすぎない。

少数意見の中には、裁判所による自決権への言及の欠如を疑問視するものがあるが、自決権が関わることによって問題はさらに複雑化する（Yusuf, Sep. Op., para. 17）。自決権の行使として独立を認めるならば、不承認の正統性は減じられる。自決権は対世的な効力を持つものであり、それを権利として認めるのならば、その行使の帰結として達成された独立をも尊重せざるをえないことになる。少なくとも個別的に国家間関係の成立を認めるという国家承認制度のありかたは修正を迫られ、客観化の傾向を帯びるようになる。これが今日の国家承認制度をめぐる問題状況である。

本件において裁判所が独立宣言の法的効果について検討を加える必要に迫られていたならば、裁判所は困難な立場に置かれることになったであろう。領域

および国民を有し、一応の自己統治能力を備えたコソヴォの独立宣言について、私の一人独立宣言と同様に国際法上何らの意義も有しないものと考えることはできない。しかし、ひとたびそこに踏み込めば、国家の成立要件や国家承認に関わる複雑な問題に対して一定の見解を示さざるをえないことになり、総会の質問に答えるという目的に比して、あまりに射程の広い議論を展開することになったものと考えられる。独立宣言の国際法適合性をその法的効果から切り離して判断するという裁判所の推論には無理があり、また国連各機関の活動に行動指針を与えるという勧告的意見の機能を果たしたとはいえないという批判もありうるところだが、やむをえない判断であったともいえる。独立宣言なるものの法的効果を含めた包括的検討は、学究の課題として残されている。

判例研究

社会保障判例研究

川久保　寛

老齢加算の廃止と生活保護法56条の適用の可否

福岡高裁平成22年６月14日判決

（平成21（行コ）28号生活保護変更決定取消請求控訴事件）

判例時報2085号43頁

Ⅰ．事実の概要

平成16年度から平成18年度にかけて、厚生労働大臣は告示[1]によって保護基準の改定を行い、老齢加算を減額、廃止した。それを受けた福祉事務所長の保護変更決定によって、北九州市に居住し生活保護を受給していた原告らの老齢加算は、平成16年３月25日から４月１日にかけて17,930円から9,670円（１級地－２である北九州市における居宅単身者の場合。以下同じ）に減額され、平成16年度末の減額を経て、平成18年３月14日から４月１日にかけて3,760円から０円へ減額され、廃止された。

これらの改定に際して、「生活保護制度の在り方に関する専門委員会」（以下、「専門委員会」という）の「生活保護制度の在り方についての中間取りまとめ」（以下、「中間取りまとめ」という）が重要な役割を果たしたとされる。専門委員会は、平成15年７月に社会保障審議会福祉部会に設置され、翌月から月１回の会議を重ね、同年12月16日に中間取りまとめを公表した。中間取りまとめには、「……消費支出額全体でみた場合には、70歳以上の高齢者について、現行

[1] 平成16年３月25日厚生労働省告示第130号、平成17年３月31日厚生労働省告示第193号、平成18年３月31日厚生労働省告示第315号、の３回の告示による。

の老齢加算に相当するだけの特別な需要があるとは認められないため、加算そのものについては廃止の方向で見直すべきである。ただし、高齢者世帯の社会生活に必要な費用に配慮して、生活保護基準の体系の中で高齢者世帯の最低生活水準が維持されるよう引き続き検討する必要がある。」、「また、被保護世帯の生活水準が急に低下することのないよう、激変緩和の措置を講じるべきである。」との記述（以下、「本件記述」という）があった。

原告らは、厚生労働大臣による保護基準の改定が不合理であり、憲法25条および生活保護法（以下、「法」という）３条、８条１項、56条などに違反しており、福祉事務所長によって行われた、平成15年度末の老齢加算分を減額した保護変更決定および平成17年度末の老齢加算を廃止した保護変更決定が違法である、と主張した。

これに対して、第１審判決（福岡地裁平成21年６月３日判決 LEXDB 文献番号25451055）は、老齢加算が高齢者の特性に応じた支出の必要（特別需要）を理由としてきた、と認定し、「保護基準が不利益に変更されれば、結局、個々の被保護者に対して行われる保護も、原則として不利益に変更されることとなる。……保護基準の不利益変更は、法律上、保護決定の不利益変更をもたらすものであって、同条〔法56条〕にいう『正当な理由』が必要であると解すべきである。」として保護基準の変更に法56条が適用されるとし、「裁判所は、その理由の正当性に関する厚生労働大臣の判断が、著しく合理性を欠き、裁量を逸脱・濫用したといえるかを審査すべきものと解される。」、「その裁量権の逸脱・濫用の有無を審査するに当たっては、変更理由の内容並びに判断過程及び判断資料等の合理性を検討することになる。また、保護基準を不利益に変更する場合の厚生労働大臣の裁量権の範囲は、既存の保護基準があることや、被保護者に不利益を与えるものであることを考慮すると、新規に保護基準を定立する場合に比べて小さいというべきである。」とした。

しかし、老齢加算の減額および廃止によって原告らの生活は様々に制約されていると認定したものの、①70歳以上の生活扶助額が老齢加算を除いても一般低所得者世帯を上回っていること、②単身高齢者世帯の生活扶助費を見直していないことが著しく合理性を欠き違法とまではいえないこと、③本件記述にいう措置をとることが必須条件とまではいえないこと、④３年にわたって減額し廃止した厚生労働大臣の措置が中間取りまとめの趣旨に反するものとは認められないこと等を理由に、原告らの請求を棄却した。

Ⅱ．判旨　請求認容（原判決取消し）

１．法56条について

「法56条が、被保護者は、正当な理由がなければ、既に決定された保護を不利益に変更されることがないと定める趣旨は、一度保護の実施機関が被保護者に対し保護を決定したならば､法に定める変更の手続を正規にとらないうちは、被保護者は、その決定された内容において保護を実施することを請求する具体的権利を有するということにあると解すべきである。

以上のような法56条の趣旨にかんがみれば、保護基準の改定に基づいて既に決定された保護を不利益に変更される被保護者との関係においては、単に保護基準が改定されたというだけでは、同条にいう『正当な理由』があるものと解することはできず、その保護基準の改定（不利益変更）そのものが『正当な理由』がない限り、これに基づく保護の不利益変更は同条に反し違法となるものと解するのが相当である。」

２．保護基準の不利益変更にかかる厚生労働大臣の裁量について

「……保護基準の設定は厚生労働大臣の合目的的な裁量にゆだねられており、現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法及び生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によって与えられた裁量権の限界を超えた場合又は裁量権を濫用した場合のみ違法となると解される（最高裁昭和42年５月24日大法廷判決・民集21巻５号1043頁参照)。以上のように、保護基準の設定が厚生労働大臣の裁量にゆだねられていることからすると、保護基準の改定も、一定程度厚生労働大臣の裁量に委ねられていると解するのが相当である。

したがって、保護基準の不利益変更に関する『正当な理由』の有無を判断するに当たっては、保護基準の不利益変更についての厚生労働大臣の判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として『正当な理由』のない不利益変更に当たるものと解するのが相当である。」

３．本件保護基準の改定について

「本件保護基準の改定についての厚生労働大臣の判断は、専門委員会による

中間取りまとめ中の本件記述を前提としている。」

「本件記述のうち、本件ただし書、及び『被保護世帯の生活水準が急に低下することのないよう、激変緩和の措置を講じるべきである。』との部分は、老齢加算の廃止という方向性と並んで重要な事項というべきである。」

「厚生労働省は、中間取りまとめが発表された平成15年12月16日の時点で、老齢加算については、中間取りまとめを受けて、今後予算の中でどのようにしていくか検討していくとの立場を示していた。ところが、そのわずか４日後には、老齢加算を３年間かけて段階的に廃止すること…を含む平成16年度予算の財務省原案が内示された。……厚生労働大臣は、遅くともこのとき（平成15年12月20日）までには、本件保護基準の改定を実質的に決定したものというべきである。

しかるに、この決定の過程において、本件ただし書の内容については何ら検討されなかった。また、激変緩和措置については、中間取りまとめについての議論の経過に照らせば､それが直ちに単なる段階的廃止を意味するとは限らず、何らかの代替措置を意味すると考える余地もあるほか、代替措置を執らないとしても、期間や１年ごとの削減幅については慎重な検討が求められるところである。」

「本件記述のうち老齢加算の廃止という方向性と並んで重要な事項である本件ただし書の内容について何ら検討せず、同じく重要な事項である激変緩和措置について十分検討することなく、中間取りまとめが老齢加算を廃止の方向で見直すべきであるとしたことなどの理由で行われた本件保護基準の改定は、考慮すべき事項を十分考慮しておらず、又は考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠き、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものということができる。したがって、本件保護基準の改定は、裁量権の逸脱又は濫用として『正当な理由』のない保護基準の不利益変更に当たるというべきである。」

「本件各決定は、本件保護基準の改定に基づく保護の不利益変更であるところ、本件保護基準の改定は『正当な理由』のない保護基準の不利益変更であるから、本件各決定は法56条に反し違法となる。」

Ⅲ．検討

１．はじめに

本判決は、老齢加算および母子加算の廃止に伴って提起された一連の訴訟に

おいて、老齢加算の減額および廃止が問題であるとして実施機関による保護変更決定を取消した唯一の下級審裁判例である[2]。また、本判決は法56条に違反することを理由に保護変更決定を取り消す、という特徴を持つ。

これまで、生活保護に関する訴訟が数多く提起されてきたが、受給者の生活がいわゆる最低生活を下回っているとして憲法25条や法３条に違反すると主張するものが多く、法56条違反を理由に決定が取り消された裁判例はない。法56条は、加算の廃止をめぐる訴訟が提起されるまで問題となることがなく、実施機関の決定によらなければ被保護者の保護受給権が変更されないといった理解にとどまっておりその効果も定かではなかった。また、朝日訴訟最高裁判決および堀木訴訟最高裁判決によって確立された生活保護における厚生労働大臣の裁量権との関係でも、本判決は興味深い判示部分を含んでいる。

以下では、まず、老齢加算廃止を争った裁判例の比較を通じて本判決を検討する（２）。そして、違法という結論に重要な役割を果たしたと思われる中間取りまとめについて考察し（３）、本判決の意義を明らかにしたい（４）。

２．保護基準と厚生労働大臣の裁量について

本件で問題となった老齢加算の減額および廃止は、厚生労働大臣による保護基準の改定であった。まず、本判決でも参照された、保護基準の改定における厚生労働大臣の裁量についての判例である朝日訴訟最高裁判決を確認する。さらに、法56条について確認したうえで、加算の廃止をめぐる裁判例を検討する。

（１）朝日訴訟最高裁判決と保護基準の設定にかかる厚生労働大臣の裁量

朝日訴訟において、保護基準にもとづいて入院中の受給者が受けていた生活扶助の金額が低額であり、厚生大臣（当時）による保護基準の設定が憲法25条および法８条２項、３条に違反するのではないか、が問題となった。最高裁[3]は「なお、念のために…意見を付加する」として、「……健康で文化的な最低

[2] 本判決については、葛西まゆこ「老齢加算廃止に対する初の違法判断」法教871号48頁参照。評釈として、尾形健「生活保護法上の老齢加算の廃止等と憲法25条」TKC 速報判例解説（LEX 文献番号 z18817009-00-010410564）。

[3] 生活保護法による保護に関する不服の申立に対する裁決取消請求事件（最大昭和42年５月24日判決）民集21巻５号1043頁。

限度の生活なるものは、抽象的な相対的概念であり、その具体的内容は、文化の発達、国民経済の進展に伴って向上するのはもとより、多数の不確定的要素を綜合考量してはじめて決定できるものである。したがって、何が健康で文化的な最低限度の生活であるかの認定判断は、いちおう、厚生大臣の合目的的な裁量に委されており、その判断は、当不当の問題として政府の政治責任が問われることはあっても、直ちに違法の問題を生ずることはない。ただ、現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設置する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によって与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合には、違法な行為として司法審査の対象となることをまぬかれない。」とした。

この朝日訴訟最高裁判決は、社会保障分野における広い行政裁量を認めたものとして著名であり、立法から委任を受けた行政の決定に対する司法権の介入の範囲を定めたものとして確立している[4]。とはいえ、社会保障法学からこの判例には多くの批判や疑問が呈されている[5]。一言でいえば、厚生労働大臣のもつ裁量が広すぎるのではないか、という批判である。なぜなら、最高裁は、原判決についての判示で「生活保護基準の適否を判断するにあたって考慮したいわゆる生活外要素」として当時の国民所得や国の財政状態、国民の一般的生活水準などを挙げて、「厚生大臣の裁量のうちに属する」として厚生（労働）大臣が考慮すべき事項を一定程度明らかにはしているものの、裁量権の逸脱や濫用にあたる場合が具体化されているとはいいがたいからである。

こののち、保護基準に関する裁量が争点となった裁判例はわずかであるが、そのうちの１つに、他人介護費特別基準[6]の金額について争った裁判例[7]がある。他人介護費に上限があることについて、名古屋高裁は、「保護の一部である他

[4] 岩村正彦『社会保障法Ⅰ』（弘文堂、2001年）32頁。

[5] 岩村･前掲注（４）32頁、西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、2003年）35頁、堀勝洋『社会保障法総論　第２版』（東京大学出版会、2004年）132頁。

[6] 加算の１つであるが、実施機関の決定によって金額が決定される点で特別である。実施機関のみの判断でつけられる金額には上限があり、都道府県知事による承認や厚生労働大臣による承認を得た場合、上限があるものの、より高額の加算を支給することができる。

[7] 名古屋高裁金沢支部平成12年９月11日判決（判タ1056号175頁）。なお、原審は金沢地平成11年６月11日判決（判タ1059号68頁）。

人介護費についても、その基準設定の前提となる介護需要の測定、保護の程度・内容、介護に要する諸経費の把握・算定等については高度に技術的かつ専門的な知見、判断が要求されるのであり、さらに保護の実施には相当の費用を要することから他の福祉政策その他国全体の諸政策との均衡も念頭に置いた高度に政策的な判断が必要となると認められる。……法が要保護者の需要基準を厚生大臣の定める基準によるとしていること（法８条１項）及び右にみたとおりそれは高度の専門的、政策的判断を要すると認められることから、他人介護費特別基準の設定は厚生大臣の合目的的裁量に委ねられていると解するのが相当である。」として、厚生労働大臣の裁量が「憲法及び法の趣旨、目的を逸脱するほど著しく低額で行政裁量を逸脱した違法なものとまでいうことはできない。」とした。

高訴訟と呼ばれるこの裁判例は、朝日訴訟最高裁判決を直接には引用していないものの、同様の法的枠組みから判断している[8]。結局、保護基準を定める際の厚生労働大臣の持つ裁量は、朝日訴訟最高裁判決によって確認されているように、広範なものであり、ごく一部の場合[9]を除いて、裁量権の行使が違法とされることはない。裁判によって裁量権の行使が違法であると認められる可能性は非常に低く、そのことも厚生労働大臣の保護の基準の設定にかかる法８条をめぐる議論は全体的に低調であった理由であろう[10]。

しかし、朝日訴訟を含むこれまでの裁判例は、保護基準における金額の設定を争うものであって、減額や廃止と言った保護基準における金額の変化を争っ

[8] 数多くの評釈や論考があるが、朝日訴訟最高裁判決を前提とすることに争いはない（江口隆裕「判批」社会保障判例百選〔第４版〕別ジュリ191号（2008年）174頁、加藤智章ら編『新版社会保障・社会福祉判例体系４』（旬報社、2009年）302頁〔嶋田佳広〕など）。

[9]「現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法及び生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によって与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合」（朝日訴訟最高裁判決）や「現実の介護需要を無視して著しく低い基準を設定する等、憲法及び法の趣旨、目的を逸脱したような場合」（高訴訟控訴審判決）が挙げられているが、現実に認められる可能性は低いであろう。

[10] 河野正輝「判批」社会保障判例百選〔第４版〕別ジュリ191号（2008年）４頁。

たものではない。近年相次いでなされた加算の減額および廃止[11]においても、これまでと同様に、厚生労働大臣の裁量は広く認められるのだろうか。

（2）保護基準の変更と法56条

結論からいえば、厚生労働大臣の裁量権の行使が狭くなる可能性がある。なぜなら法56条の適用余地があるからである。

朝日訴訟を含むこれまでの裁判例は実施機関による決定の取消訴訟が多く、被保護者からの何らかの請求が認められなかった（却下ないし棄却決定が存在する）事例や被保護者が実施機関による決定によって不利益を被った事例がその大半を占める。もちろん、実施機関の決定には根拠条文があり[12]、その適否が問題となった。つまり、法56条の適否が問題となることはなかったのである[13]。

しかし、保護基準の変更によって保護費の減額がもたらされる場合、法56条の適用が裁判で争点となる可能性がある。本件では、厚生労働大臣の告示によって変更された保護基準を受けて、実施機関である福祉事務所が行った各変更決定によって、被保護者の老齢加算が減額ないし廃止されている。その限りでは、実施機関の裁量は存在していない[14]。つまり、被保護者が自らに為された決定の取消しを求めた場合、実施機関が「正当な理由」として厚生労働大臣による保護の基準の変更を挙げる可能性が生じる。そして、そのことは、厚生労働大臣が保護基準を被保護者にとって不利益に変更する際、裁判所が法８条だけではなく法56条を適用する余地があることを意味し、その結果によっては、厚生労働大臣の裁量が狭まることにつながる。つまり、朝日訴訟最高裁判決によっ

---

[11] 老齢加算は2004年度から減額されて2006年度に廃止され、母子加算は子どもの年齢によって異なるものの、減額の後2009年度に廃止された。その後、母子加算については、与党となった民主党によって2009年12月１日より“復活”している。

[12] たとえば、前者の場合は法24条４項など、後者の場合は法27条、63条、78条などが根拠条文となる。

[13] 管見の限り、母子加算および老齢加算の廃止をめぐる訴訟以前で、法56条の適否が争われた裁判例はない。また、加藤ら編・前掲注（８）312頁〔嶋田佳広〕も参照。

[14] もちろん、被保護者の状況によっては変更決定を行うことが問題となることがありえる。後述する裁判例においても言及されている。

て確認された、保護基準を定める際の厚生労働大臣の持つ裁量が、法56条によって制限される可能性があることになる。

（3）老齢加算をめぐる一連の訴訟と法56条

実際、老齢加算をめぐる一連の訴訟では法56条の適用が正面から争われ、判断が分かれている。老齢加算をめぐる裁判例は、判決日順に、①東京地裁判決[15]、②広島地裁判決[16]、③本判決の原審である福岡地裁判決[17]、④京都地裁判決[18]、⑤①の控訴審である東京高裁判決[19]、⑥本判決、の６つであり[20]、いずれにおいても法56条の適用が問題となった。

このうち、法56条を適用した裁判例は①、③、④、⑥の４つであるが、その理由について踏み込んだ判断をしている裁判例は①東京地裁のみである。

①東京地裁は「法の要求水準である『健康で文化的な最低限度の生活』は、……極めて抽象的・相対的な概念であることにかんがみれば、保護基準を不利益に変更することにより、現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定するなど、憲法25条及び法の各規定の趣旨・目的に反することになる危険を常に内包しているといえる。法56条の規定は、そうした事態を回避するための担保として機能することが予定されているとみるべきであって、保護基準の変更との関係においても、変更の具体的内容のみならず、その変更の要否や内容について検討を加えた過程や経過措置を含めた実施に至る過程をも綜合して、その不利益変更に『正当な理由』があったかどうかが判断されるべきであり、そう解することによって初めて、法８条とは別に法56条の適用を論ずる意義があり、また、上記の担保としての機能が全うされるものといえる。」とした。つまり、生活保護法における厚生労働大臣のもつ広い裁量が、保護基準が不利益に変更

[15] 平成20年６月26日判決（判時2014号48頁）。
[16] 平成20年12月25日判決（賃社1485号49頁、賃社1486号52頁）。
[17] 平成21年６月３日判決（LEX 文献番号25451055）。
[18] 平成21年12月14日判決（LEX 文献番号25441821）。なお、同日に同地裁の同じ合議体が母子加算の廃止について判決を出している（平成21年12月14日判決（LEX 文献番号25441822））。
[19] 平成22年５月27日判決（判時2085号43頁）。
[20] 葛西・前掲注（２）49頁参照。

される限度で、法56条の適用によって制限されることになる[21]。

一方、本判決の原審である③福岡地裁判決や④京都地裁判決は、「……保護の要否及び程度は保護基準に基づいて定められるのであるから、保護基準が不利益に変更されれば、結局、個々の被保護者に対して行われる保護も、原則として不利益に変更されることとなる。」（③福岡地裁判決）、「……保護基準が不利益に変更されれば、個々の被保護者に対して行われる保護も、これと軌を一にして不利益に変更されることとなるといえるから、厚生労働大臣の保護基準設定行為にも同条が適用され、『正当な理由』が必要となるといえる。」（④京都地裁判決）、と短く理由を述べる。

これまで検討されてこなかった法56条が厚生労働大臣の裁量を制限する手段となりえることが確認された点は、積極的に評価できよう。しかし、他の裁判例もみてみると、法56条を適用しなければ、厚生労働大臣の裁量が制限されない、というわけではないように思われる。

法56条の適用を否定した②広島地裁判決は、「……本件保護基準改定についての厚生労働大臣の裁量の幅は、その新規の制定におけるそれよりも狭く、本件保護基準改定における厚生労働大臣の判断過程に看過し難い事実の誤認や事実の評価の誤り等の不合理な点があり、上記判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、厚生労働大臣の上記判断に不合理な点があり、同判断に基づく本件保護基準改定は裁量権を濫用または逸脱したものとして、違法であり、これに基づく本件各決定もまた違法であると解すべきである。」とした。②広島地裁は、法８条２項を根拠にしつつ、老齢加算が長年にわたって支給されてきたことやそれが法８条２項にもとづく保護基準を為してきたこと、そして老齢加算の減額および廃止が被保護者にとって不利益であることを理由に、法56条を適用した他の裁判例とほぼ同様の判断枠組みを導き、厚生労働大臣の裁量を制限しようとする。つまり、法56条の適用がなくとも、厚生労働大臣の裁量を制限することは可能といえる。

しかしながら、法56条の適用の如何が厚生労働大臣の裁量を制限する決定的要素にはならないものの、法56条の適用によってこれまでに見られない形での裁量の制限が導かれている。

---

[21] 棟居教授は「裁量の幅に一定の枠を提示しえている。」と評価する（棟居快行「判批」ジュリ1376号22頁）。

たとえば、法56条を適用する④京都地裁判決は、「……保護基準変更自体は、裁量の範囲を逸脱していないとしても、その基準に基づいてその被保護者に処分をすることが、従来有していたその被保護者特有の需要を満たさなくなるという場合には、例外的に、法56条を根拠に、変更処分が違法となる余地がある。」としており、保護基準の変更自体は適法であるとしても、法56条が適用されることによって、当該被保護者との関係で実施機関による保護変更決定が違法となる余地を認める。つまり、法56条が規定されていることにより、実施機関が、改定された保護基準をそのまま適用するのではなく、当該被保護者の生活状況を吟味したうえで、最低生活を割り込むことがないように保護変更決定を行わなければならないことになる。

これまでの裁判例を踏まえて考えれば、法56条の適用は、（母子加算および）老齢加算の減額および廃止についての厚生労働大臣の裁量を制限する決め手ではない。本判決は法56条を適用しているものの、むしろ法56条から直接導かれてこなかった事柄である、中間取りまとめの不履行を理由に結論に至ったといえる。では、本判決は、専門委員会による中間取りまとめをどのように評価したのか。

3．専門委員会の中間取りまとめと厚生労働大臣の裁量について

厚生労働大臣が老齢加算の減額および廃止をした根拠として、専門委員会の中間取りまとめが挙げられている。原告、被告ともに、中間取りまとめの履行を主張している点では同じだが、本件記述の取扱いをめぐって対立があった。結局、本件記述の評価が本判決の結論を導いたといえる。以下では、まず、専門委員会の位置づけを確認し、中間取りまとめの法的性質について検討する。そのうえで、本判決における中間取りまとめの捉え方について考察する。

（1）専門委員会および中間取りまとめの法的性質

専門委員会が設置された社会保障審議会は、厚生労働省設置法にもとづく政令を根拠に設置されている機関である。社会保障審議会には福祉部会が設置されており（社会保障審議会令６条）、その会長によって指名された専門委員によって、専門委員会が設置された（同２項）。また、社会保障審議会の事務については厚生労働省設置法に規定があり、それによると「調査審議」し、「意見」を述べることがその事務とされている（厚生労働省設置法７条）。その文言、

そして他の機関[22]と比べれば、社会保障審議会は諮問機関にとどまると思われ、厚生労働大臣の諮問に対する答申に法的拘束力があるとはいえないと思われる。つまり、厚生労働大臣が社会保障審議会の答申と異なる判断をした場合に、すぐ違法と評価されることはない[23]。

社会保障審議会より下位に位置する専門委員会についても同様の法的性質を認めることができ、中間とりまとめに法的拘束力を認めることは難しいと思われる[24]。つまり、中間取りまとめと異なる判断をしたとしても、その法的拘束力を理由に厚生労働大臣の裁量権の濫用および逸脱が認められるわけではない。

また、厚生労働大臣の有する裁量から考えれば、専門委員会が設置されなかった可能性や、諮問、答申（中間取りまとめ）が存在しなかった可能性もないわけではない。

社会保障審議会は社会保障に関する広い事項を議論するものの、その権能について詳細に定められているとはいえない[25][26]。つまり、厚生労働大臣が何らか

---

[22] たとえば、電波監理審議会の議決は総務大臣の決定に対する拘束力をもつ（電波法94条参照）。必要的諮問事項や勧告についての規定から、電波監理審議会は、社会保障審議会より強い権限を持っていると言える。

[23] やや古いが診療報酬の改定をめぐって審議会と行政の関係に触れた事例として、東京地裁昭和40年４月22日決定（行集16巻４号708頁）参照。また、田中二郎ら編『行政法講座第４巻　行政組織』（有斐閣、1968年）115頁〔佐藤功〕参照。

[24] ⑤東京高裁判決は「委員会が厚生労働大臣の諮問機関であることは明らかであるから、同委員会による『平成15年中間取りまとめ』は、厚生労働大臣の保護基準の設定・改定について法的拘束力を有するものではな」い、とする。

[25] 審議会の基本的な目的として、「審議会が、それらの決定－政策決定－に有効な材料を提供する」ことが挙げられる（田中・前掲注（23）108頁〔佐藤功〕参照。）また、審議会の役割などについては、西尾勝『行政学　新版』（有斐閣、2003年）388頁、藤田宙靖『行政法の基礎理論　下』（有斐閣、2005年、初出2001年）246頁、増島俊之・小林秀徳編著『証言　改革を支えるメカニズム』（ぎょうせい、2004年）73頁〔塩野宏〕も参照。

[26] 法律によっては社会保障審議会についての規定を持つものもあり（たとえば社会福祉法125条、児童福祉法８条７項など）、社会保障審議会令５条は分科会の所掌を規定する。しかし、いずれも抽象的な文言にとどまっており、社会保障審議会ないし各分科会および部会に対し、厚生労働大臣がどのように何を諮問するかは、厚生労働大臣の裁量に委ねられているといえる。

の判断をする際に、社会保障審議会に必ず諮問しなければならない事項が法律上明確ではない。保護基準の変更についても、厚生労働大臣による諮問およびそれに対する答申は、生活保護法上求められていたとはいえないように思われる。もちろん、いわゆる50年勧告に代表されるように、社会保障行政における社会保障審議会（など各審議会）の存在は大きい[27]。これまでの生活保護についての諮問・答申から考えれば、生活保護制度の見直しのために専門委員会を設置し、諮問したことは例外的なものではない。

（2）専門委員会と中間取りまとめの“存在”

しかし、専門委員会を必ず設置すべきとはいえず、その答申に法的拘束力がないことが、老齢加算の減額および廃止にかかる厚生労働大臣の判断過程において中間取りまとめが考慮されないことを意味するわけではない。

加算をめぐる一連の訴訟において、中間取りまとめは、厚生労働大臣が老齢加算の廃止という判断をした際に考慮した前提として、必ず検討されている。たとえば、①東京地裁判決は、「変更の内容・程度のみならず、変更の検討及び実施の過程を含めて吟味する」、として、中間取りまとめを検討する。ほぼ同様の文言は、③福岡地裁判決（「変更理由の内容並びに判断過程及び判断資料等の合理性を検討する」）や④京都地裁判決（「変更の内容、そこに至る判断過程、判断資料の合理性」）にも見られる[28]。なかでも、④京都地裁判決は、専門委員会の議論状況や、中間とりまとめの文言についての各委員の意見なども詳細に認定したうえで、中間取りまとめの本件記述の「ただし書部分は，老齢加算の削減・廃止と同時にこれに代わる何らかの措置が採られることが条件とされるという趣旨で付け加えられたものではな」い、としている。

確かに、専門委員会が設置され、厚生労働大臣の諮問に対して専門委員会が答申を行ったという事実があり、厚生労働省が中間取りまとめを踏まえたと言明していることからすれば、裁判所が、厚生労働大臣の判断過程の際に考慮される要素として認定することは十分可能である。中間取りまとめという形式ではあるが[29]、保護基準の改定における厚生労働大臣の裁量が中間取りまとめの

---

[27] 加藤智章ら著『社会保障法　第４版』（有斐閣、2010年）４頁。

[28] 一方、②広島地裁判決や⑤東京高裁判決にはこうした判示部分はない。

[29] 厚生労働大臣は、平成16年12月15日の報告書を待たずに、平成15年12月16日

存在によって制限される、といえる。

結局、中間取りまとめの法的性質より中間取りまとめの存在それ自体が、厚生労働大臣の判断に一定の影響を及ぼしたといえる。しかし、中間取りまとめがどこまで厚生労働大臣の裁量を制限するのか、つまり、本件記述におけるただし書きの検討や激変緩和措置を講じることが厚生労働大臣の義務となりえるか、については、これまでの裁判例や議論をみるかぎりでは、消極的に解されてきたといえる。

４．本判決の意義と評価

最後に、本判決の意義と評価を確認しておきたい。

第一に、法56条を解釈し、それによって厚生労働大臣の裁量を狭めたことが本判決の意義として挙げられる。

その判示部分の前段（Ⅱ１参照）が立法当時の解釈にも沿ったものである一方[30]、後段はこれまでの裁判例において争いがあるところであった。その意味では、被保護者と実施機関の関係を規律する法56条が、現に受給している被保護者の受給する保護が不利益に変更される場合に限られてはいるものの、厚生労働大臣の裁量権の行使に一定の制限をかける根拠になりえるとした本判決は意義をもつ。また、高裁レベルで初めて、厚生労働大臣の「判断要素の選択や判断過程」に合理性が必要であるとした点は、行政過程をどのように評価するかという行政法学の問題意識からも意義がある[31]。

第二に、答申が求めた事項を、行政が判断する際に考慮すべき重要な要素としたことが挙げられる。

中間取りまとめが厚生労働大臣の判断の前提であるとした点はこれまでの裁判例と同様であるが、本判決は、専門委員会の議論状況や中間取りまとめの文

の中間取りまとめの段階で、老齢加算の減額および廃止を決定している。専門委員会の法的性質およびその答申の法的拘束力から考えれば、中間取りまとめの段階で厚生労働大臣が判断したことは不適法とはいえないと思われる。

[30] 小山進次郎『改定増補　生活保護法の解釈と運用』（中央社会福祉協議会、1951年）624頁。

[31] 西埜教授は、裁量処分の判断過程を手続的に審査する方法を裁量統制の際に考慮すべきであるとする（西埜章「判批」判評509号30頁参照）。なお、塩野宏『行政法Ⅰ　第５版』（有斐閣、2009年）132頁も参照。

言の変更を詳細に認定し、中間取りまとめの求めたただし書きおよび激変緩和措置の検討をしなかったことを問題視している。つまり、原告らの生活実態とは関係なく、保護基準の改定における厚生労働大臣の裁量を検討したことになり、これまでみられた、被保護者の実態から憲法25条ないし法３条、８条などの違反について検討することとは大きな対比を為している。審議会の議論を踏まえた答申の文言解釈によりその内容を確定させ、行政の考慮要素となるとしたことは、保護基準の改定における厚生労働大臣の裁量だけではなく、広く行政一般への法的枠組みの展開可能性を持つといえる[32]。

しかしながら、本判決には気になる点がある。

本判決は、老齢加算をつける根拠がないという事実を是認する一方で、老齢加算を減額および廃止する際に考慮すべき要素を考慮しなかった、として、厚生労働大臣による保護基準の改定を法56条に違反するとし、それにもとづく保護変更決定を取り消すべきとしている。

確かに、これまで主に議論されてきた法８条の解釈のみでは厳密な裁量審査を導くことは難しいように思われる。その意味では、本判決は、保護基準の改定、それが被保護者にとって不利益であるという点を捉え、法56条を適用したことによって、裁量審査の緻密化を図り、違法性判断の法的枠組みを導いたと考えられる[33]。そのために、裁判所は、委員の発言といった専門委員会の議論状況や中間取りまとめの文言の変更を詳細に認定することで、中間取りまとめの本件記述が、厚生労働大臣において考慮しなければならない重要な要素となっていると判断したのではないか。

だとすれば、法56条にいう「正当な理由」からそこまで導けるかやはり気になるところである。

最近になって法56条を適用した裁判例が見られるようになったが、これまで述べたように、法８条の解釈による厚生労働大臣の裁量と、法８条の解釈に法

[32] 尾形教授は「行政決定における考慮事項については様々な考え方があるが、このような手法が生存権訴訟においても広く用いられ、かつ、憲法的価値をも考慮事項とみる余地があるとすれば、従前の裁量統制論とは異なる地平が拓けるかもしれない。」とする。尾形・前掲注（２）・４頁。

[33] これまでの裁判例では、中間取りまとめの文言よりは老齢加算の根拠がないこと、すなわち高齢者特有の需要がデータで示されなかったことを主な理由として、厚生労働大臣の裁量に濫用または逸脱はなかったと結論づけてきた。

56条の適用を加えた厚生労働大臣の裁量の違いは明らかではない。さらに、本判決と同じように、法56条を適用し、専門委員会の議論状況や中間とりまとめの文言を認定しながら、本件記述について本判決とは異なった評価をした④京都地裁も存在する。法56条の適用によって、厚生労働大臣の裁量を制限しようとした本判決は一定の評価に値するが、法56条の文言及びこれまでの裁判例から考えると逆の結論になった可能性がないとはいえない。

また、本判決は、中間取りまとめのただし書を検討せず、激変緩和措置について慎重な検討がなかったことを「考慮すべき事項を十分に考慮しておらず、又は考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠」く、としている。

しかし、諮問機関に過ぎない専門委員会の中間取りまとめの法的性質からすれば、そこまでの“拘束力”があるか疑問が残る。中間取りまとめから厚生労働大臣の判断までの時間が非常に短かったことも裁判所による評価に影響したと考えられるが、その意味では、法的拘束力がない答申を受けた場合の、行政の慎重な検討を求めたともいえるかもしれない。

被告が上告したため、本件は最高裁による検討が行われる。それにより、保護基準の設定における厚生労働大臣の裁量や法56条の解釈など、研究が進むことが期待される。

※脱稿後、本判決についての評釈（尾形健･ジュリ1420号27頁、太田匡彦･ジュリ1420号53頁）および論考（笹沼弘志・賃社1529・1530号10頁）に接した。

執筆者紹介（掲載順）

松原和彦　白鷗大学法学部講師
関口和徳　愛媛大学法文学部総合政策学科専任講師
嶋拓哉　北海道大学大学院法学研究科教授
大島梨沙　北海道大学大学院法学研究科助教
タチアナ・ヨシポヴィッチ　ザグレブ大学教授
藤原正則　北海道大学大学院法学研究科教授
郭舜　北海道大学大学院法学研究科准教授
川久保寛　北海道大学大学院法学研究科博士後期課程

平成23年５月24日　印刷
平成23年５月31日　発行

編集人　松浦正孝
発行人　北海道大学大学院法学研究科長
松久三四彦
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. 62 May 2011 No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Wettbewerbsschutz und Grundlagen des Sanktionssystems in Deutschland (1)…… Kazuhiko MATSUBARA 1

A Study on the Exclusionary Rule of the Criminal Confessions (6) …… Kazunori SEKIGUCHI 25

Eingriffsnormen im internationalen Familienrecht …… Takuya SHIMA 244[1]

La notion de «mariage légal» au Japon (1): étude comparative avec le droit français …… Lisa OSHIMA 216[29]

LECTURE

Erbrecht in der Repblik Kroatien …… Tatjana Josipović 103
Übersetzt von Masanori FUJIWARA

CASE NOTE

Note on International Law Case …… Shun KAKU 182[63]

Note on Social Security Law Case …… Hiroshi KAWAKUBO 156[89]

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan