HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第62巻　第4号　全1冊
Citation	北大法学論集, 62(4)
Issue Date	2011-12-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47810
Type	journal
File Information	lawreview_vol62no4.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 62 巻　　第 4 号

論　　説

現代東アジアから見たケルゼン・エールリッヒ論争
…… 今 井 弘 道　1

裁判員制度と刑事司法に対する人々の意識
―― 2011年第２波調査に基づいて …… 松 村 良 之ほか　464[1]

損害賠償法における素因の位置（１）…… 永 下 泰 之　25

企業不祥事と取締役の民事責任（５・完）
―― 法令遵守体制構築義務を中心に ―― … 南　健 悟　101

現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス（１）
―― 司法解釈と指導性案例を中心に ―― … 徐　行　378[87]

子どもの自己決定と憲法（３）
―― 米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較 ――
…… 宋　峻 杰　336[129]

国籍の役割と国民の範囲 ― アメリカ合衆国における「市民権」の
検討を通じて（２）…… 坂 東 雄 介　268[197]

資　　料

台湾における罪刑法定主義の理念と現実―― その「感覚」をめぐる
日本、そして中国との比較 …… 坂 口 一 成　214[251]

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）
小川浩三（法史学）
小川晃一（政治思想史）
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）

教授

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）
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）
兒矢野マリ（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）
鈴木賢（比較法）
鈴木一人（国際政治経済学）＊
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）
田村善之（知的財産法）＊
辻　康夫（政治学）
常本照樹（憲法）
長井　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）
宮脇淳二（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）
○郭舜（法制度論）
川村力（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）
三宅新（商法）
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（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

現代東アジアから見たケルゼン・エールリッヒ論争

今井弘道

はじめに

1. 私は、最近、院生時代に行った「ケルゼンとエールリッヒ論争」の翻訳を改訳する機会を得た。*この改訳作業は、

私にとって、現代東アジアにとっての法学の課題を再考する上で、またとない機会となった。そして、それが、最近の私が現代東アジアをめぐって考えていることと融合して、多少なりとも新しいことを言えるようになった。以下では、この機会に再考したこのようなことを、出来る限り整理した形で、話したい、と考えている。

＊　この改訳した「ケルゼンとエールリッヒ論争」の翻訳は、『ハンス・ケルゼン著作集Ⅳ法学論』（慈学社二〇〇九）、二六九―三五二頁に収録されている。

第1章　ケルゼン

2.　私には、そのしばらく後の数年間、ケルゼンを専門的に研究していた時期があった。その時期の私の関心は、ケルゼンの「純粋法学」と「政治思想――民主主義と社会主義をめぐる思想――」との内的な関係にあった。*

＊　この時期に公表した私のケルゼン研究についての主要論文には、以下のようなものがある。

・「思想史的ケルゼン研究・序説」北大法学論集、三三巻一号、一九八一

・「第一次大戦後のケルゼンの〝憲法体験〟・〝政治体験〟・政治思想――『ケルゼニズム考』（手島孝著・木鐸社刊）の批判的検討を手がかりに――（一～四完）」北大法学論集、三二巻二号、三二巻三号、三三巻一号、三三巻六号、一九八二―一九八三

・「『所有的個人主義』批判者としてのハンス・ケルゼン・再説――純粋法学のイデオロギー批判的性格とイデオロギー的性格――」日本法哲学会（編）『法哲学年報一九八一　法・法学とイデオロギー』（有斐閣一九八二）所収

・「正義論と価値相対主義――F・A・ハイエクとH・ケルゼンに即して――」、竹下賢（編）『実践地平の法理論』（昭和堂一九八四）所収、
また、ケルゼンの主要な政治論文で、本論文執筆時に私の念頭においていたのは、次のようなものである。
Vom Wesen und Wert der Domokratie, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd.47, 1920/21.
Sozialismus und Staat. 2. Aufl., Leipzig, 1923.
Marx oder Lassalle: Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1924.

当時の常識では、ケルゼンは、何よりも「方法的純粋性」を主張する法哲学者であった。だから、たとえ「純粋法学」を体現しているその当の人物が、「政治思想」を論じていようと、それは、「純粋法学」とは次元を異にしたものであって、そこに内的な関連などあるはずがない、と考えられていた。さもなければ、ケルゼンの「純粋法学」は純粋なものではなかったことになる、というわけである。しかし、私は、この点に疑問を向けた。

しかし、この点に立ち入って話し出すとキリがない。そこで、以下では、まず、今日のテーマである現代東アジアの観点に立った上で、ケルゼンとエールリッヒの関係を論ずる際に必要最小限と思われる限りで、ケルゼンの「純粋法学」と「政治思想――民主主義と社会主義をめぐる思想――」との内的な関係について、要約的に論じておきたい。

3．ケルゼンの「純粋法学」は、簡単に言えば、実定法の体系性に狙いを定め、そこに貫徹されている法的論理性を抽出するという点に焦点をおくものであった、ということができる。この法的論理性は、それ以外の実質的な要素を捨象している。この純粋な法的論理性から、ケルゼンは、根本規範―憲法―法律―下位の法律―その法律の適用としての司法上の判決／行政上の決定―その判決・決定の執行という段階構造を抽出した。そして、これを、実定法に貫かれて

いる法的な当為 Sollen を方法的に純粋に捉えたものと見たわけである。

4. ところで、ケルゼンの『純粋法学』（第一版）には、次のような言葉がある。「正義とは意欲と行為との一つの理想」であるが、それは「認識の対象」とされるや「真理の理念」に転化されてしまう。「このような問題のすり替えは……論理とは疎遠な対象〔＝正義―今井〕を論理化したことの避けがたい結果である」（*RRL*（＝ *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl.), S.13, S.18）。

この言葉を踏まえていえば、ケルゼンの方法的純粋性は、専ら「真理の理念」に関わる「認識」――法学的「認識」――の次元に属するものだということになる。しかし、「意欲と行為との一つの理想」としての「正義」――「価値」と言ってもいいのだが、ケルゼンは、この「正義」あるいは「価値」については、必ず政治的次元で議論をしているので、以下では、明確化を期すためにこれを「政治的理想」と呼ぶことにする――は、認識の次元には属さない。それは「意欲と行為」の領域、つまり実践的領域に関わるものである。

この二つの次元を、認識の次元に同居させることは方法的に不当だと言うところに上の議論のポイントがある。「政治的理想」を「認識」の対象としたり、法的認識の次元に混入させることは、方法的純粋性の許容しうるところではない。そこには「問題のすり替え」がある、というわけである。しかしながら、例えばこのケルゼンという具体的な人間が、一方で認識者として法的認識に関わるとともに、他方で実践的主体としてこの「政治的理想」に関わりそれを主張することは、この両領域が峻別されている限りは、ケルゼンの方法的観点からしても問題はない、許容されてよい、ということになる。

5．ところで、第一次大戦後は、このケルゼンの政治的理想＝価値の次元の問題が、突然極めて重要な意味を帯びることになった。というのは、そのとき、法と政治をめぐって、ケルゼンの周囲で、次のような事態が生じていたからであった。

①そのとき、オーストリアのウィーン大学の憲法教授であったケルゼンは、ワイマール憲法を熱烈に支持した。

②ケルゼンは、その後、第一次大戦後に発足したオーストリア共和国の憲法の起草を依頼され、ワイマール憲法をモデルにしたオーストリア憲法草案を作成した――因みに、それが、現在にまで至るオーストリア憲法の骨格になっている――。

③ケルゼンは、大戦後の議会におけるオーストリア共和国の成立宣言を、「根本規範」と見なした。そして、自らの起草にかかる憲法を、その「根本規範」に立脚した上での憲法である、とみなした。

ところで、③の事態は、二通りの意味をもっている。まず第一に、それは、ケルゼンの方法的純粋性という意味での「根本規範」であり「歴史的に最初の憲法」であるという意味をもっている。しかし、第二に、それは、ケルゼンが「歴史的に最も民主的な憲法」と見なしうるだけの、政治的価値内容をもつ憲法体制の成立を意味していた。つまり、ケルゼンの「政治的理想」の実現と言ってもいいほどの実践的価値をもつ政治的現実の成立を意味していた。

6．(a)このことをケルゼンの方法的純粋性の枠内での議論との関係に置き入れて解釈すると次のようなことになるであろう。

大戦後の議会におけるオーストリア共和国の成立宣言を、「根本規範」と見なし、自らの起草にかかる憲法を、その「根本規範」に立脚した上での憲法であるとみなしたということは、法の段階構造論と関連づけて言えば、以後のオースト

ア共和国のすべての実定法は、この根本規範と憲法の制約下におかれるべきものである、と宣言したことを意味している。つまり、この根本規範と憲法の制約下にある議会において制定された法だけが、法としての妥当性をもちうる法であって、それ以外の法律や判決、決定は、妥当性をもたないものだ、法的に無意味なものだ、と宣言したことを意味している。

(b)このことは、しかし、「政治的な理想」の次元に属する用語を使っていえば、この根本規範と憲法の制約下にある議会において制定された法だけが「民主主義的な正統性」をもつ「正しい」法でありうる、ということを意味している。

このことを前提として、次のような事例を考えてみよう。それは、現在、われわれが「裁判を通しての法形成」と呼ぶような法形成の手法のことである。このような法形成の考え方は、当時のエールリッヒに代表される「自由法論」や「社会法学」*などが主張していた議論の系譜をひいているものと言いうるが、そのような手法で形成された法は、(a)の系列の議論に即して言えば、段階構造を逸脱した「裁判官立法」・立法権なき機関による立法として、妥当性を持ちえないものとなる。しかし、(b)の系列の議論に即して言うならば、それは、正当な議会によるのではない立法、従って民主主義的正当性をもたない反価値的なものとして、否定されるべきものだ、ということになる。

＊　ここで用いた「社会法学」という言葉は、磯村哲『社会法学の生成と展開』（日本評論社一九七五）において示されたエールリッヒ理解を念頭に置いたものである。

また、根本規範と憲法の制約下にある議会において制定された法であっても、根本規範と憲法の精神に反するものは、法として承認すべきではないものということになるが、この点についても、上記(a)(b)のそれぞれの次元で、それぞれの

議論が成立するであろう。

憲法裁判所の構想を含めて、(a)のケルゼンの純粋法学上の議論は、このように基本的に、根本規範と憲法の自己貫徹を法学的に確保しようとするものという意味をもっており、従ってそれは、同時に、根本規範と憲法が、それ以外の中間的なインスタンツによって歪曲されてはならない、という意味をもっている。これは、しかし、(b)の政治的観点からいえば、憲法に表現された民主主義的な国民的政治意志――ルソー的一般意志のケルゼン版――は、中間的権力によって歪曲されることなく自己貫徹していくべきものだという民主主義の議論としての意味をもっている。

ともあれ、このような事態は、法理論的には、「根本規範」を頂点に置く上記の法段階構造論によって、法内在的に説明されうるわけだが、ケルゼンは、一九二〇年以後は、このことを、(b)の系列において、政治的用語で情熱的に語るようになった。ここに、ケルゼンの政治的論文が次々と発表されることになった根拠があったわけである。しかも、ケルゼンは、この政治的理想をめぐる議論を、社会主義思想にまで及ぼしている。

7. 以上の(a)の系列の議論を通して理解されるべきオーストリア憲法体制は、ケルゼンの純粋法学の体系を、具体的な実定法の体系として実現したものだ、ということになる。論理的には、この純粋法学の体系は、しかし、ナチス的法秩序という全く異なった政治的理想と内的に関連している法秩序に即して実現されるということも不可能ではなかったであろう。

しかし、ケルゼンは、冷血な単なる方法論学者ではなかった。彼の中には、むしろ民主主義的社会主義者の血が流れていたし、民主主義的社会主義者としての「政治的理想」を胸に抱いていた。そのケルゼンは、このオーストリア共和国体制、またドイツのワイマール体制に、単に自らの法理論を体現した体制だという親近感を抱いただけでなく、他面

で同時に、それに深い政治的共感を感じていた。そして、そこにおいて可能な民主主義体制のあり方を政治的に構想してもいたのであった。そして、このような法体制が、議会における多数決という民主的な決定を通して社会主義建設を進めていくことが可能であるという自らの「政治的理想」を、説いていたのである。

しかし、問題なのは、(b)の系列にだけ属する筈のそのような「政治的理想」に関わる議論が、(a)の系列に属する議論にまで影響を及ぼして、そこに浸透していっている例がいくつか見られたということである。つまり、もはや峻別された二つの領域だとは言えなくなるような事態が、「政治的理想」と「法学的認識」の間に生じつつあったのである。以下、この点を見ておこう。

8.『純粋法学』（第一版）の第四章は「法律学の二元論とその克服」というタイトルをもっているが、そこでは、まず「客観的法 das objektive Recht と主観的法 das subjektive Recht の二元論の自然法的起源」が論ぜられている（*RRL*, SS.39ff.）。ここでは、その議論を踏まえた上で、「二一　権利と権利主体の概念のイデオロギー的意味」において、次のような議論が展開されていることに焦点を当てて見ていきたい。

それは、「権利と権利主体」についての「概念規定」は、全体として「自己矛盾にみちたもの」だが、それは、次のような「イデオロギー的機能」をもっているという議論――具体的には、「権利、即ち私的所有権」という概念は、「法に対して超越的な範疇」であり、「法律秩序の内容の形成に対して越えることのできない制限を設ける制度だという観念を維持する」、という機能をもっているという議論――である。このような概念は、ケルゼンによれば、「法律秩序」というものが「人の意志 Willkür によって創造された秩序」――つまり実定法的法秩序――であって「自然に基づく秩序ではない」と理解され、そのことを前提に、特に「民主主義的な手続き」を通して「法秩序の創造」が行われている

場合には、重大な意味を帯びてくることになる（*RRL*, SS.43-44）。

ここでケルゼンが言おうとしているのは、このような「自然法的起源」の「権利」規定は、民主主義的な議会での実定法の制定を通して権利の創設や廃絶を行う――例えば、私的所有権を廃絶し、社会主義的な秩序を建設し、社会主義的平等権を実現する――可能性を予め封じておこうとするイデオロギー的機能を有している、ということである。このようなケルゼンのイデオロギー批判的議論は、それ自体、明らかにケルゼンのイデオロギー的立場・「政治的理想」の観点から行われている。そしてそれが、「純粋法学的認識」に浸透して行った結果だ、と見ることができる。

このようなケルゼンの議論は決して偶然に行われたものではない。そのことは、この前後の議論が、上の議論展開と密接に関わっていることからも明らかである。この点は、ここでは立ち入らないが、一読すれば明らかになるはずである。

9. ケルゼンの政治的理想が「純粋法学的認識」に浸透して行った結果だと見ることのできる議論をもう一つ挙げておこう。『純粋法学』の中では、「法」を「任意の目的を追求するための社会技術的手段」だと規定する議論が行われている。「法に固有な方法によって、即ち社会に有害と考えられる人の行動（違法な行為―今井）にその人が害悪と見なすような強制行為（法的制裁―今井）を結合することによって、いかなる任意の社会的目的でも追求することができる」という議論である（*RRL*, SS.28-29）。

ここでケルゼンは、この「任意の社会目的」が具体的に何であるかを問題にしない。この目的は「政治的倫理的価値」に関わるものであって、「強制機構」としての法には帰属しないからである。この議論は、「政治的理想」と「法的認識」の関係は、「目的」と「手段」の関係だとされた上で、「目的」は「政治的理想」の問題、「手段」は法＝強制機構とそれを認識する法学の問題として、振り分けられることによって可能となっている。

そして、このような「目的」と「手段」の関係を通して、「強制秩序という社会的技術」――つまり実定法――と「それによって維持される（あるいは追求される―今井）社会状態」――つまり実践的目的としての「政治的理想」状態――の間に「内的関連」があるということが洞察可能となる、とケルゼンは言う。この洞察は、『純粋法学』において強調されている洞察である。しかも、ケルゼンは、そこに敢えてこう付け加えている。「それが搾取的階級支配の性質を有するか否かは、純粋法学の立場からは無関係なことである」（*RRL*, SS.32-33. 強調は今井による）。この議論は、「強制秩序という社会的技術」――つまり実定法――は、「搾取的階級支配」の「維持」を目的とすることもある――しかしそれの廃棄を目的とすることもある――ということを、事実上、含意している（それの廃棄を目的とすることもあるということについては、あとの『一般国家学』に対する言及を参照されたい）。

このように言うことによって、ケルゼンは、実は政治的主張と純粋法学的認識との間に「内的関連」があることを、はっきりと意識しているのである。ここでは、『純粋法学』の純粋性は純粋性の向こう側に半分身を預けている、といわれてもやむを得ないのではないであろうか。

10. こうして、先ほどの議論――つまり、「客観的法と主観的法の二元論」は、民主主義的な議会の法制定を通して私的所有権を廃絶し、社会主義的な秩序を法的に制定するという可能性を、予め封じておこうとするイデオロギー的機能を有している、という議論――は、この「社会的技術としての法」がもつ事実上の可能性についての議論を裏返したものに他ならない、ということが明らかとなる。つまり、民主主義的な議会の法制定を通して私的所有権を廃絶し、社会主義的な秩序を法的に制定した場合、強制的秩序としての法は、この秩序の擁護のために機能し、社会主義の実現を促進することになる。その上で、ただ法としては、要件と効果との条件的関係だけに徹していればいい、ということに

なるわけである。しかし、このような議論は、明らかに社会主義者としてのケルゼンの「政治的理想」の次元の議論が「純粋法学」に浸透している、ということを意味していると言ってよいであろう。

11. ケルゼンは、政治的には、ラートブルフと同じく、社会民主党の右派の線に近い立場に立っていた。そして、議会での多数派形成を通じて、穏健で漸進的な社会主義化を押し進めていくべきだと考えていた。このケルゼンの社会主義論は、ケルゼン自身の、平等論を中心とする正義問題についての考え方と直接に関係していた。ケルゼンは、そのことを、法の目的の問題として考えている。その上で、法と法学は手段だけにしか関わらないのだ、と言っているのである。

12. このような議論は、『一般国家学』に明確に現れている。例えば次の文章を見よう。

「人は理論的には客観主義的国家観の立場に立ち、かつ政治的には民主制や国家目的の規定に賛成することができ、また、民主主義的要求と社会をできるだけ国家化しようとする傾向とを結びつけることもできる」。例えば、国家社会主義 Staatssozialismus* は、「平等という社会主義的理想をば、全生産の国家か、生産物の消費、分配の調整によって達成しようと努める……」。この「国家主義的社会主義は、国家を肯定してそれを、その理想を実現するのに最も適した社会技術的手段と見る。それゆえに、それは、無政府主義的社会主義とも対立する」(*Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, S.32)。

＊ この国家的社会主義の言葉は、無政府主義的傾向をもつマルクス主義には批判的で、ヘーゲル国家哲学の影響を強く帯びたラッサール主義的な社会主義構想を意味する言葉である。この立場がケルゼンの『政治的理想』と直結していることが、

ここで示唆されているわけである。これについては、Vgl. Hans Kelsen, *Marx oder Lassalle?*

ここでは、私が以上で述べてきたことがきわめて明瞭な形で表現されている。

13. 先に私は、以下のような意味のことを言った。ケルゼンの方法的純粋性は、「認識」次元に属するものである。しかし、「政治的理想」は、認識の次元にではなく、実践の次元に属するものであるといわねばならない。そして、この二つの次元は、認識の次元の同居させることは方法的に不当ではあるが、ケルゼンという具体的な人間に属し、そこにおいて結合することには、問題はない。

しかし、これまでの議論を見た時、実は、ケルゼンにおける「純粋法学」と「政治的理想」との関係は、ケルゼンの方法的原理が容認しうる以上に密接なものになってしまっているといわねばならないのではないだろうか。上の『純粋法学』（第一版）の議論を見ても、『一般国家学』の議論を見ても、そこでは、法学的認識の次元にケルゼンの政治的思考に属する要素が浸透してきていることは明らかだからである。無論、その要素は、法学的議論として提示されるときは、一方ではイデオロギー批判だとされ、他方では政治的意味が可能な限り脱色されてはいる。だが、浸透の跡は隠しようもないのである。

14. このように考えると、「真理の理念」に関わる「認識」次元に属する「純粋法学」と「意欲と行為」の領域に関わる「正義の理想」とは、認識の次元に同居させてはならないが、ケルゼンという具体的な人間において結合することには問題はない、とする議論自体の正当性が問題となってくる。この「認識」は、政治的理想との関係において重要な意味を持

つものであって、それなくしては空疎な「知るに値しない」認識だとされる余地があるからである。しかもそのことが自らの法認識についても妥当しうることを、ケルゼン自身が承認していたのではないか、と思われるからである。

ところで、ケルゼンの方法思想がマックス・ヴェーバーのそれに大きな影響を受けたものであったということは、前提としていいことのようである。*だとすれば、ヴェーバーの議論を使って、むしろ一定の政治的理想という「価値観点」が法学者としてのケルゼンの法認識の「超越論的な前提」として働き、それがケルゼンにとっての「知るに値するもの」とそれについての認識の内容を規定していたと言いうるのではないか。そして、そのような事情は、更に歴史的な存在として二〇世紀初頭に生きていたヴェーバーという人物の方法論的な思考を、またケルゼンの価値意識と認識との関係を規定していたのだと言いうるのではないか、という問題が生じてくる。この意味では、私は、ケルゼンの「方法的純粋性」というものを、歴史化して捉え返すことが必要だと考えている。ここで、この点に今度は少し異なった観点から触れてみたい。

＊　ケルゼンは、『国法学の主要問題』の序文において、自らの立場をヴェーバーの用語を用いて、次のように説明している個所がある。「私の立場をマックス・ヴェーバーの用語を用いて表現するとすれば、本書の認識目的の独自性は、法規範の純粋に形式的な考察様式を超出しないところにある。蓋し私の考えでは、法学の形式論理的考察様式の本質はこの限定にあるからである」（*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, Vorrede S.IX）。しかし、ここでは立ち入ることはできないが、ヴェーバーの方法論のケルゼンへの影響は、この点にはとどまらない。

15. 例えば、ヘーゲルは、自らの「論理学」について、それは「天地創造以前の神の思想」を記述するものだという意味のことを述べている。このヘーゲルの議論を純粋に内在的に理解するためには、われわれは、論理的にも、形而上

学的にも、ヘーゲルの思想の圏内に入り込んでしまうほかはない。その場合のヘーゲルの理解は、ヘーゲル主義的な枠組の中でのヘーゲル理解に閉じ込められたものになるであろう。ヘーゲルの立場を承認しない人には、しかしその議論は、その宗派の人にだけ通用する呪文のようなものでしかないであろう。

しかし、われわれは、ヘーゲルのこのような「論理学」――それはヘーゲル哲学の方法的原理を示すものでもある――を「歴史化」して理解することができる。そのとき、われわれは、「天地創造以前の神の思想」を記述するとされるような超歴史的で形而上学的なヘーゲルの論理学に対して、それの歴史的意味を問い、それが現代の状況に対してもつ意味や限界について論ずることができる。この場合、ヘーゲルの論理学は、ヘーゲル哲学の方法的原理を承認しない人に対しても開かれたものとなりうる。そのようなヘーゲル理解の試みに対して、ヘーゲルの方法上の立言を無視するものとして反批判することは、議論をあくまでもヘーゲル主義の枠組みの中にとどめようとするならともかく、そうでない限りは重要な意味を持ちえないであろう。

同様のことは、ケルゼンの方法的純粋性についてもいいうる。われわれは、欧米の法を継受しながら近代法を整備してきた東アジアの法圏の中にあって、現在、「継受法以後の法と法文化の形成」という課題の前に立っている。この観点からケルゼンを見るときには、ケルゼンの方法的純粋性とそれに従う「純粋法学」を歴史化し、その問題状況の中でそれを相対化しなければならない。そして、その理論と方法の妥当性の限界を明確に自覚しておかねばならない――この点で、私は、ケルゼンの理論と方法の妥当の限界は、民主主義的な議会立法の正当性の限界とほぼ一致しうる、と見なしている――。ここでは、この点にはこれ以上立ち入ることはできないが、ハイエクのケルゼン批判*は、この点についてはかなり核心をついた批判となっているのではないか、と考えている。

＊ Cf. Friedrich A. Hayek, *Law Legislation and Liberty*, Vol. 1, 1973

ともあれ、このような思考的手続きを経ることによって、ケルゼンの観点は、問題状況の中での問題解決の試みとして現れ、矢張りそのようなものとして理解されたエールリッヒの観点と比較可能なものとなるのである。

私は、現代東アジアの法と法文化の形成途上において、この方向性を見定めるための基本的視座を、このような手順を踏んで確認していくことにしたい。私の過去のケルゼン研究をここに持ち出したのも、私のそのような作業のために前提としてである。

16. ともあれ、以上のように考えるならば、ケルゼンの純粋法学と政治思想との間には、内在的関係を見出すことができる。ケルゼンのイデオロギー批判についても、同じことが言える。これが当時の私の基本的なアイデアであった。そして、この観点は、現在でも基本的に正当であったと言える、と考えている。それは、その後、エールリッヒやハイエクの議論がこの枠組みの中で適合的に理解可能となったことによっても示されていると私は考えている。本稿の枠組みもその延長上で可能となったものである。

17. このようなケルゼンの議論は、既に述べたように、第一次大戦後に本格的に展開されたものであるが、このようなケルゼンの法学理論は、それ以前の一九一〇年代に基礎づけが行われていたものであった。そして、エールリッヒとの論争は、この時期――一九一五年～一九一六年――に行われたものであった。民主主義論や社会主義論との関連は未だ生じていなかったが、この時期に、ケルゼンの方法的立場は、基本的には固まっていた。このように考えておいて間

違いないであろう。

第二章　エールリッヒ

18. ところで、エールリッヒの方は、自由法論の代表的論者の一人であり、歴史法学の考え方を、現代的なものに作り替えた上で、継承しようとする人であった。つまり、民族精神論と慣習法論の関係を法社会学において展開し直して、社会関係の中での人々の日々の行動の蓄積の内にこそ、法の源泉、つまり法源がある、と理解しようと考えていた。そしてその法源は、同時に、人々の「生ける法」についての意識の源泉でもある、と考えていた。*

＊　このエールリッヒの議論については、*Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913および *Die juristische Logik*, 1918が参照されるべきであることは言うまでもない。

19. エールリッヒによれば、この社会関係の中で生きて働いている「生ける法」が現実の法に転化するのは、この社会関係の中で紛争が生じた場合であり、この紛争処理を通して、「生ける法」は現実の法に転化されていく。その意味で、法形成は――一切の媒介的な次元の問題を省略して結論だけを言うことにすれば*――、裁判における紛争解決を通しての判決を軸とした法曹法を通して形成される、と考えた。

＊　このエールリッヒの法形成論におけるさまざまな媒介的な次元の問題については、別の機会をまって論じたい、と考えている。

20. この法曹法をやがて国家が承認していくというのが法形成の現実の過程である、とエールリッヒはいう。この議論は、ローマ法とイギリス法というエールリッヒの専門分野から得られた比較法的な知見に、強く影響されている。彼の自由法論も、勿論、この観点と無縁ではない。そして、彼の『法社会学』と『法的論理』は、このような意味での法形成論を学問的に集大成するという意味をもつものであった――因みに、エールリッヒのケルゼンとの論争は、ケルゼンのこの『法社会学』に対する全く批判的・否定的な書評*に端を発するものであった――。

* Hans Kelsen, "Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd.39*, 1915

21. ところで、エールリッヒによれば、制定法実証主義は、このような法形成の本来的なあり方を原理的に否定するものである。そして、絶対主義的な国家権力が、裁判所を官僚機構の中に組み込み、その裁判所は、その国家権力が恣意的な法制定権力として振る舞うことを肯定し、それに追随するものであった。

エールリッヒ法学は、この点に焦点をおいて見ると、権力国家の立法政策に反対する下からの社会的法形成論を法学的に正当視する議論であった、と理解することができる。つまり、エールリッヒ法学は、上からの権力的法制定とそれに迎合する制定法実証主義を批判し、下からの法形成を司法過程を通して行うという可能性を重要視するものだったのである。

そして、エールリッヒは、このような法形成の正当性を、①「生ける法」と②それを発見するシステムとしての、政治的権力から独立性をもった司法制度、そして③判例の集積の中で司法がもっている自己調整能力の貫徹による法の内的整合性の漸次的実現に求めた。ここには、例えばケルゼンに体現された民主主義的な正当性とは全く意味を異にした法の正当性観念がひそめられている。

＊　私は、ハイエクの法理論は、このようなエールリッヒの議論を、市場論に即して展開しなおしたような性格をもっている、と考えている。しかもここには、そのような意味での外面的な類似性があるだけではない。そこには、内面的な思想史的関係も貫いている、と考えている。しかし、それについては、ここで論及することはできない。いずれ別の機会をまちたい。

第三章　ケルゼンとエールリッヒ

22. 以上を踏まえて言えば、ケルゼンとエールリッヒは、反「権力的国家」的な法形成の二つのヴァージョンだ、*ということができる。

(i)ケルゼンは、民主的議会における立法という形で法形成を考え、それ以外のすべての法形成を、反民主主義的なものとして否定する。この意味で、ケルゼンの法学的立場は、「民主主義的制定法実証主義」と規定することが可能であろう――。

(ii)エールリッヒは、上からの権力国家的な法制定に対抗する下からの、司法過程を通しての法形成を、本来的な法形成と見る――本来的な法形成とは、①「生ける法」と②それを発見するシステムとしての独立性をもった司法制度、そして③判例の集積の中で司法がもっている自己調整能力を通しての法の継続的形成として法形成が行われる、というほどの意味である。これを私が「本来的な」と呼んだのは、エールリッヒは、例えばローマ私法は基本的にこのような法形成の道を辿ったし、英国法もそうであったと見て、この観点こそ、本来のあるべき、正当な法形成の方法である、と考えているからである。これが、「(権力国家的)制定法実証主義」的な法形成の思想に徹底的に批判的なものであることは明らかであろう。*

＊　この二つの類型は、ハイエクによってはやや違った形を取って表現されている。つまり、ハイエクは、(i)の類型の中に、非自由主義的なまた反自由主義的な法観のすべてを投入して、「構成主義的合理主義 constructivistic rationalism」の法観という形で構成している。そして、(ii)の類型を、市場中心主義的な、「自生的法秩序 spontaneous order」に立脚する「発展的合理主義 evolutionary rationalism」の法観としている。私は、このハイエクに対する批判をここで展開するつもりはない。ただ、現在から未来にかけての東アジアにおける法形成という観点を念頭において言えば、ハイエクは、このような新自由主義的なきわめての強いイデオロギー的観点から、議会民主主義的な法制定がもつ意味を、原理的に否定している。このハイエクの否定は、類型としてシャープだという意味では理論的な面白さはあるとしても、現実の理解としては、柔軟性を失ったもので、極端にすぎるというべきであろう。少なくともアジアに視点を限って言えば、(i)の類型を強いイデオロギー性をもった構成を行ったことによって、東アジアにおける議会民主主義的な法形成の意味が原理的に否定されてしまい、いささかバランスを失した非現実的なものになってしまったことは、否めない。ハイエクの議論が、この(ii)の要素がもつ意味をクローズ・アップさせたことについては、私は、一定の評価を行ってよいと考えてはいるが。

拙稿「正義論と価値相対主義」では、私は、ケルゼンとハイエクとの間での立場決定を明確には行わなかったが、問題の所在については、かなり明確にして置いたつもりである。ご参照頂ければ幸いである。

23. ケルゼンとエールリッヒの論争は、細部にわたるものであり、また相互に誤解し合っているところが少なくなく、はなはだ理解しにくいものである。しかし、問題のポイントは、二人がこのように全く異なった法形成論を考えているというところにある。論争における混乱もここから生じている。私は、今回の改訳を通して、この見通しにあらためて自信を持った。

このケルゼンとエールリッヒの論争は、方法論を軸に展開されており、主として二元論者のケルゼンが「Sollen としての法」理解におけるエールリッヒの曖昧さを批判し、エールリッヒはほとんどの場面で防戦に回るという構造をもっている。この論争自体は、わかりにくくあまり面白いものではない。だが、その方法論的な議論の背後には、このよう

な《議会主義的民主主義的な制定法実証主義――正確には、やがてそのような議論に発展していく可能性をもっていた議論――》と、《下からの法形成を司法的法形成論という回路を通して行おうとするという意味での非国家的な法形成論》という対立があったのである。

この議論は、一九二〇年以前に行われたものであるから、前項で述べた法形成論上の対立は、無論、表面に現れてはいない。しかし、以上のような問題連関を念頭に置いておけば、なぜ、この二人の論争があのように、噛み合わないものになったのかがシャープに理解できるはずである。そして、この時代の法形成をめぐる法理論的問題状況が、そのことを通して明らかになってくるはずである。

第4章　「裁判を通しての法形成」論（現代型訴訟論）の展開とエールリッヒ法理論

24. ところで、ケルゼンとエールリッヒの論争を、第一次大戦後のケルゼンの理論展開にまで踏み込んで以上のように理解してよいとすれば、この論争が日本でリアルな意味をもってきたのは、一九六〇年代末以降の四大公害訴訟をはじめとする被害者の裁判闘争とそれを支持する市民運動の展開の中で、《裁判を通しての法形成》という問題が議論されはじめた時であった、といえるであろう。そして、そこには、その論争の東アジアにとっての意味が予示されているということもできるであろう。

25. それまでの日本では、ケルゼン型の法理解が中心であって、議会における法制定という観念を中心とした法の民主的正統性論が支配的であった。つまり、民主的な立法手続きを通して制定された法だけが正当な法である。その手続

きを介さない法は、民主的正当性を持たない、非正当的な法である、と考えられることが多かった。だが、《裁判を通しての法形成》という問題が議論されはじめた時から、《下からの法形成を司法的法形成論という回路を通して行おうとするという意味での――議会民主主義を介さない――非国家的な法形成論》とでもいうべき、もう一つの法形成論のモティーフが大きな力をもってきたのである。そして、そこには、明らかにエールリッヒ型の法形成論の現代的ヴァージョンとでも言える性格があった。

26. ところで、このような議論は、現在の中国にも影響を及ぼして、「影響性訴訟」という言葉を用いて問題にされている。このことは、日本では、鈴木賢教授の著書において紹介されているところであるが、*仮にこのようなコンテクストが十分に理解されているなら、そこでの問題は、きわめて重要な含意をもつことになるのではないか、と思われる。

＊ 高見沢磨・鈴木賢『中国にとって法とは何か』（岩波書店二〇一〇）の鈴木の執筆部分を参照。

27. ところで、このような問題は、その後の日本においては、ＡＤＲをめぐる議論にまで展開していくなど、多様な展開を見せているようである。そして、ＡＤＲまで含めた広い意味での紛争解決過程が、いわば「生ける法」に支えられた広い意味での社会的ルールを析出させていき、より合理的な社会関係を形成しまたそれを規律する規範形成過程として、重要な意味をもつことが注目されてきている。*

＊ この点については、さしあたり、井上匡子「ＡＤＲの現代的意義と市民社会――社会構想のＡＤＲ論」、名和田是彦編著『社

会国家・中間団体・市民権』（法政大学出版局二〇〇七）所収、同「社会法与国家法的関係――関于在国家法的相対化之中的習慣与法的諸問題」、赫然他編『東北亜比較法研究新視点』（社会科学文献出版社二〇〇九）所収を参照されたい。

28. 巨視的な目で見たとき、ここで何が生じたのか。このことには、既に事実上触れているが念のために、あらためて言っておけば、ケルゼン的な《議会主義的民主主義的な制定法実証主義》からエールリッヒ的な《下からの法形成を司法的法形成論という回路を通して行おうとする法形成論》への視点の転換だ、ということができるであろう。

29. その背後には更に巨視的な問題がある、といえなくもない。それは、民主的議会立法を含めた広い意味での国家主義的法形成論から、社会的法形成論への転回という問題である。このように考えたとき、われわれはあらためてエールリッヒの問題提起に突き当たる。本来的な法形成は、社会と社会に属する司法過程の中で行われるものであって、絶対的権力が法をも掌握した場合に、法制定と司法の権威が国家に簒奪される。ここに「国家的法観」が成立する。この「法の国家への簒奪」を社会の側から克服することに「社会法学」の課題がある、という問題提起である。

30. 日本の近代化は、法的に言えば、絶対的権力が法形成と司法とをともに掌握し、欧米から習得した法を国家が上から制定し推進するという過程から始まった。それ以後、日本では、約一〇〇年は、このような法のあり方に原理的な疑問を突きつけないできた。このような法継受を軸とした法形成と行う国では、上からの国家的法形成が必ず中心を占める。このような法文化のあり方は、基本的には、日本・中国・韓国・台湾等の東アジアに共通に見られる事態だ、と言っていい。又この地域では、議会的立法もこの枠組で理解されることが多かった。

しかし、裁判を通しての法形成というパラダイムが常識となることに並行して、このような法観は、漸次後退する。これが、本稿の観点から見たときの《裁判を通しての法形成》論の重要性がある。

31. 《裁判を通しての法形成》という問題領域に火をつけたのは田中成明であるが*、彼はまた、日本のその後の司法改革にも、積極的にコミットしていった人でもあった。そして、法哲学の同業者としての私が理解する限り、その司法改革へのコミットメントには、このような日本の国家主義的・官僚主義的な法文化の革新と法曹文化の比重の増大という志向性があった。言ってみれば、私が述べてきたエールリッヒ的な法文化の現代的実現を目指すという志向に支えられたコミットメントである。

＊ この田中の問題提起については、田中成明『裁判をめぐる法と政治』（有斐閣一九七九）を参照されたい。

32. このような事情は、継受法以後の法形成を問題にしようとする現代の東アジア的問題状況にとっては、根幹に関わる意味をもっているのではないだろうか。

あとがき：本稿は、二〇一一年五月一六日に台湾の国立政治大学で開催された『政大法哲学与社会哲学論壇Ⅷ』において行った私の報告（「現代東アジアから見たケルゼン―エールリッヒ論争」）を書きあらためたものである。当日の議論は、第一章のケルゼンの方法的純粋性と政治思想の関係の問題に集中した。本稿で、第一章が不均衡に大きなものに

なったのは、そのときの議論を想起しながら、そのときに割愛した議論を復活させ、また時間の関係上不十分な対応しかできなかった当日の質問や反論に対する私の責めを果たしたい、と思ったからである。このような機会を私に確保して下さった江玉林・政治大学教授に心からお礼を申し上げたい。報告当日の議論に積極的に参加してくださった台湾大学の顔厥安教授をはじめとする方々、また、通訳をしていただいた上に、適切な助言も頂いた日本・北海道大学の鈴木賢教授には、あらためてお礼を申し上げたい。と同時に、これが、生産的な批判を誘発して、私がまだ書き足りないところ、また考え足りないところを更に補足する機会となること、そのようなことを通して国際的な議論が拡がっていく足がかりになることを、願っている。

論　説

損害賠償法における素因の位置（一）

永下泰之

目　次

序章　素因減責論の課題
第一節　問題の所在
第二節　外国法との比較

第三節　本稿の目的・構成
第一章　わが国の判例・学説の到達点
第一節　はじめに
第二節　被害者の素因の類型とその意義
第三節　判例の状況
第一款　判例の展開
第二款　いわゆる「あるがまま判決」における素因原則不考慮論
第三款　最高裁の判決理論
第四節　学説の状況
第一款　素因原則考慮説
第二款　素因原則不考慮説
第五節　小括
第二章　ドイツ法における素因不考慮命題の意義
第三章　被害者の特別な精神的脆弱性
第四章　ドイツ法における素因の考慮場面
第五章　素因減責論再考

序章　素因減責論の課題

第一節　問題の所在

（以上、本号）

一　不法行為の成立要件が充足された場合には、民法七〇九条により、加害者は、被害者に対して、権利侵害ないし法益侵害によって生じた損害を賠償しなければならない。ここでは、加害者の過失の認定、加害行為と損害との因果関係の認定及び賠償範囲の確定の問題と並んで、被害者に対して賠償されるべき損害をどのように金銭的に評価するかという問題がある。さらに、損害の金銭的評価に関しては、権利侵害ないし法益侵害によって被害者に生じた損害をすべて加害者に負担させてよいかという損害額の減免に関する問題がある。後者の問題につき、わが国では、不法行為に基づく損害の発生・拡大につき被害者に「過失」がある場合、民法七二二条二項において、損害の発生に際し「被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる」と規定し、明文によって過失相殺制度を置いている。

過失相殺がなされるのは、不法行為制度の社会的意義ないし機能に鑑み、なかんずく被害者と加害者との間の公平を図るという見地から、被害者の過失を考慮して、この者が被った損害の額から合理的な減額を行った額こそが賠償されるべき損害である、と考えられるからである(1)。このように過失相殺制度は、伝統的な相当因果関係説の悉無律的適用による結果の不衡平を回避するため(2)、被害者と加害者との間の公平に基づき、被害者の過失の程度に応じて減額することによって、当事者間での責任調整の機能を果たしている。

ところで、この公平の理念は、過失レベルでの斟酌をさらに超えて、被害者が不法行為以前から有していた身体的・精神的な脆弱性という「素因」（前者は体質的素因、後者は心因的要因と称されることが多い。）が競合して一個の損害を発生させる、いわゆる素因競合事例において、被害者の素因の斟酌、すなわち賠償額の減額を正当化する根拠として主張されるに至ったのは周知のことである。素因競合事例に関しては、既に昭和四〇年代初めから下級裁において裁判例が増加してきたのだが(3)、最高裁判所は、心因的要因に関して、昭和六三年四月二一日判決（鞭打症事例(4)）において、

民法七二二条二項を類推適用し、損害賠償額を減額したのを初めとして、体質的素因の競合に関して、平成四年六月二五日判決[5]において、「疾患（事故以前の一酸化炭素中毒による脳内損傷）」の競合の場合にも、前記昭和六三年判決と同様の判断に立って賠償額の減額を認める判断を下した。以上の二つの最高裁判決により、心因的要因、体質的素因ともに斟酌されうることが明らかにされたのであるが、その基本的枠組みは、以下のようなものである。第一に、本来、被害者に帰責性が認められない「素因」が損害の発生・拡大に寄与した場合であっても、それに相当する部分を被害者の賠償額から減額すること、第二に、被害者と加害者との間で損害を公平に分担させることが損害賠償法の理念に合致するということが減額を肯定する根拠とされていること、第三に、その理論構成を民法七二二条二項の類推適用に求めていることである。

以上の基本的枠組みは、その後の最高裁判例においても維持されている。ただし、前記平成四年判決は、体質的素因のうち「疾患」に限っての斟酌を認めたものであり、体質的素因一般について斟酌し得るかという問題は残されていた。この問題に対して、最高裁は、平成八年一〇月二九日同日付の二判決において体質的素因に関する判断を下した。一つは、頸椎後靭帯骨化症事件判決[6]と呼ばれるものであり、同判決では、被害者の「疾患」が競合する場合には、ほぼ無制限に斟酌しうるものとされた。もう一つは、首長事件判決[7]と呼ばれるものであり、同判決では、体質的素因を「疾患」と「身体的特徴」とに区分し、後者については原則として斟酌を認めない旨を宣言した。以上の経緯を経てわが国では素因斟酌準則が判例法理として形成されるに至り、現在、実務において広く通用している。

判例法理の展開にあわせて学説においても、被害者の素因の斟酌を基礎づけるため様々な理論構成が試みられた。例えば、野村教授の割合的因果関係論による素因の寄与割合に応じた減責[8]や、倉田判事（当時）の確率的心証論による斟酌[9]などが主張されていたところ、中野教授が過失相殺の類推適用による素因斟酌理論を主張した[10]。最高裁が過失相殺

類推適用構成を採用したこともあり、同構成は、以後、素因原則考慮説の通例となった。そして近時では、橋本教授により、領域原則から過失相殺の類推適用構成の精密な理論化が図られている。[11]

他方で、上述の素因原則考慮説に対して、原則として素因は考慮すべきでないとする素因原則不考慮説も有力に主張されている。素因原則不考慮説が素因の斟酌を否定する理由は、大要次のとおりである。すなわち、不法行為の場合、被害者は加害者に対し何らの義務もあらかじめ負担しているものではないし、病的素因の損害発生への寄与も、自ら選択したわけではなく、むしろ違法な加害行為によって強制されたものであり、また病的素因が損害発生に寄与することを回避すべき義務を違法な加害者に対してまで負うものではないから、素因の寄与した損害部分を被害者の責任領域内のものということはできない。この見解によると、被害者に損害を負担させることは、むしろ正義と公平の理念に反する、[12]ということになろう。この見解は、窪田教授による比較法的検討[13]や前田教授[14]による「公平な損害の分担」理念の分析を通じて、学説においては優位に立つに至った。

二　現在のところ、実務上、わが国では素因原則考慮説が支配的である。これに対し比較法的にはむしろ、被害者の素因を斟酌しない立場が支配的であり、ドイツ・イギリス・アメリカでは、原則として被害者の素因を考慮しないという立場が一貫してとられている。[15]また、フランスにおいても、かつては破毀院民事第二部において被害者の素因を考慮して減責を認めていた時期があったが、現在では再び素因を考慮しないという立場に復帰したと言われている。[16]こうした状況を踏まえると、わが国の判例及び素因原則考慮説の見解は、この問題に関してむしろ特異な立場にあると言うことができる。[17]

このような諸外国の理論状況と比較すると、なぜわが国では被害者の素因を減責事由とすることが一般的に支持されるに至ったのかという疑問が生じよう。わが国の判例及び素因原則考慮説が主張の根拠として挙げているのは加害者・

被害者間での「損害の公平な分担」という理念である。これは一見すると、至極当然で反論の余地のないもののようにもみえる。しかし、判例及び素因原則考慮説は、「損害の公平な分担」ということを強調するが、「公平」の実質的考慮についていかなるものであるのか、その内容について何も示してはおらず[18]、ともすれば、本来加害者が負担すべき損害まで被害者に負担させることになりかねないという疑念が払拭できない。また、現在の損害賠償法の理念が「損害の公平な分担」にあるとしても、被害者に帰責性ないし非難可能性のない素因まで考慮することによって、加害者の保護を図る必要があるのだろうか。過失相殺制度は、被害者に何らかの「不注意」といった帰責的要素がある場合に、それを加害者へと転嫁することは不均衡であるとの考えから、損害賠償額を減額することで当事者間の公平を図ろうとするものであるはずである。しかし、素因原則考慮説や判例は、被害者の帰責性を考慮することなく減責を認めているように思われる。このような状況は、むしろ公平に反すると言わざるを得ない[19]。

以上の状況に鑑みると、被害者の素因を加害者の賠償責任ないし賠償範囲・賠償額算定においてどのように考慮するか（あるいは考慮しないか）という問題（論者により位置付けは一様ではないが、本稿では素因減責論と呼ぶことにする）につき、今一度検討する必要があると言えよう。

第二節　外国法との比較

一　素因競合の問題に関して、諸外国においては、原則として被害者の素因を考慮しないという立場が一貫して採られていることは既に述べたとおりである。そこで、素因不考慮の立場を一貫してとりつづける英米及びドイツの立場につき、ここで若干触れておきたい。

英米法における被害者の素因の取り扱いは、いわゆる「エッグ・シェル・スカル・ルール（Egg-shell skull rule）」または「不法行為者はその被害者をあるがままの状態で引き受ける（A tortfeasor takes his victim as he finds him）」という命題により明確に示されている。この命題によると、素因による損害の発生・拡大のリスクは、加害者が負担することになる。この命題は、イギリスにおいて、Egg-shell skull case（卵の殻のように薄い頭蓋骨事件）として有名な一九〇一年の国王座部（Kings Bench）の判決[20]が打ち出したものである。この判決以降、被害者の素因による損害の発生・拡大のリスクを加害者が負担するという原則は、上述の「不法行為者はその被害者をあるがままの状態で引き受ける」という形で命題化され、現在まで一貫して維持されている[21]。

ドイツ法においても、英米法と同様に、被害者の素因を考慮しないとの原則が存在する。ドイツ法では、「虚弱な者に対して加害をなした者は、健康な者に加害をなした場合と同様に扱われることを主張し得ない（Wer unerlaubt gegen einen gesundheitlich geschwächten Menschen handelt, hat kein Recht, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden Menschen verletzt habe）」という命題で表される（以下、これを素因不考慮命題と称す[22]。）。この命題に関してドイツ法では、かなり早い時期から学説・判例ともに、ほぼ結論の一致をみている。

二　以上が素因の取り扱いに関する諸外国の代表的な法命題であるが、本稿ではドイツ法を考察対象とする。ドイツ法の素因不考慮命題については、既に先行研究[23]があり、わが国の学説上でも支持の多い見解であるが、その見解は裁判例において受容されることがない[24]。それは、ドイツ法の素因不考慮命題がわが国の素因減責論に対する有効な批判足りえてないからであると考えられる。素因競合事例では、加害行為と被害者の素因とが相まって発生した、密接不可分な「一個」の損害が問題となるところ、わが国の素因減責論は、「素因に因る」損害についても一旦加害者への帰責を肯定した上で、観念的には「加害行為に因る」損害と「素因に因る」損害とに分類できることから、因果関係を分割する、あ

るいは、賠償額算定において改めて素因のリスクを加害者と被害者との間で配分する。これに対して、ドイツ法の素因不考慮命題は、「素因に因る」損害を加害者へ帰責することを目的とする（そして、それに限定された）法理であり、その射程は賠償額算定のレベルには及んでいないと解される。つまり、加害者への帰責後の素因のリスク配分を焦点とするわが国の素因減責論と素因に因る損害の帰責を焦点とするドイツの素因不考慮命題とは問題がズレているのである。そうであるならば、まず、素因不考慮命題の意義及び射程が解明されなければならない。

むろん、素因不考慮命題が確立しているドイツ法においても、実質的に素因を考慮する場合も承認されている。ドイツ法では、従来から、心因的要因の一種である賠償神経症（ドイツでは Rentenneurose あるいは Begehrensneurose と称される。）のケースでは賠償額が制限ないし否定されていたことはよく知られている[25]。また、「素因事例（Anlagefall）」として、仮定的因果関係において素因を考慮することが認められていたところ[26]、一九九七年に至り、心因的要因が寄与した場合につき、素因の将来的展開を逸失利益の算定において考慮し、さらに、逸失利益の割合的認定をも承認する判例が出されている[27]。本判決は、比較的新しいものであり、従来の先行研究では参照されていないが[28]、わが国の素因減責論とは法律構成は異なるものの、心因的要因の寄与に応じた割合的認定という点に共通点が見られる。よって、本判決と素因不考慮命題との関係の検討を要する。

また、素因競合事例について、素因不考慮命題によって原則として被害者の素因を考慮しないとしているドイツ法においても、わが国の民法七二二条の過失相殺の規定に対応するドイツ民法二五四条の共働過責の規定が適用される可能性が指摘されている点が挙げられる[29]。したがって、原則素因不考慮の立場をとるドイツ法において、いかにして加害者の減責が図られているのかを考察することで、わが国の議論にも有益な示唆が得られると考える。また、ドイツ民法二五四条にはわが国にはない特徴を有する。それは、損害軽減義務の法理である[30]。同法理については、被害者は期待され

うる限り損害が不必要に拡大しないよう寄与しなければならず、被害者が損害軽減義務に違反する場合、加害者は回避しえたはずの損害の一部を賠償する必要がない、と説明される[31]。損害軽減義務はわが国でも既に紹介されているが[32]、法理としては定着しておらず、裁判例においても明瞭に認められたものはほとんど見受けられない[33]。しかし、結論的に述べるならば、損害軽減義務の観点から素因競合事例を検討すると、素因それ自体を考慮する必要はないと言える。つまり、素因を有する被害者は、素因を有しているのであればそれが不法行為によって発現あるいは拡大しないよう注意しなければならない、または、一旦不法行為により損害を受けたのであれば、素因によって損害がそれ以上拡大しないよう最小限に抑えるべきであると考えることができる。こうした評価によると、素因を有する者は、そのあるがままにおいて期待されうる限りのことを要請されるにすぎず、却って一般的な「健康な者」との比較において素因を考慮すべきではないといえよう。素因を有する者には、素因を有する者として何が期待されうるのかを判断することによって、具体的被害者と具体的加害者との「公平」が実現されることになると考えられるからである。

第三節　本稿の目的・構成

以上の問題状況を背景として、本稿は、わが国における素因減責論の再構成を目的とする。本稿は、その前提として、わが国における素因斟酌に関する従来の議論状況を確認する（第一章）。判例・学説の検討を通じて、素因原則考慮説及び素因原則不考慮説の基本的理論構成の問題点を明らかにしたい。

上記の作業を経た上で、ドイツ法における素因不考慮命題の意義及び射程を考察する（第二章）。その際には、素因不考慮命題を支える法思想の解明を試み、かつ、素因不考慮命題の限界を追求する。なお、ドイツ法では、心因的要因

の競合事例において、定期金ノイローゼの問題が特殊な問題として存在する。したがって、心因的要因に関する素因不考慮命題の妥当性を定期金ノイローゼの問題に合わせて検討する（第三章）。

以上の検討により、ドイツ法における素因不考慮命題の原則的立場を確認した上で、ドイツ法において素因が考慮される場合について考察を転じる（第四章）。具体的には、逸失利益算定の場面における素因の将来的展開の考慮及び、素因競合事例におけるドイツ民法二五四条の共働過責の適用可能性を検討する。その際には、素因を考慮する際の法的思考及び法律構成につき、素因不考慮命題との関係からの解明を試みる。

最後に、ドイツ法を総括し、そこからわが国の素因減責論を再考するための示唆を得る（第五章）。そして、そこで得られた知見をもとに、わが国の素因減責論を再考し、責任範囲の限定という視角からの再構成を試みる。

なお、本研究は、素因減責論の新たなフレーム・ワークの構築を志向するものである。そのため、素因を考慮する際の具体的考慮要素の検討及び抽出は、本研究の対象からは除外する[34]。

第一章　わが国の判例・学説の到達点

第一節　はじめに

一　いわゆる「素因競合」とは、被害者の既往症や体質的素因あるいは何らかの心因的要因が加害行為と競合して一個の損害を発生・拡大させている場合をいう。この場合、体質的素因ないし心因的要因の寄与度に応じた割合的解決を図るべきであるとの考え方が判例・学説に定着していることは上述のとおりである。

割合的解決のための理論構成は、大別して、因果関係のレベルで素因の寄与度に応じて因果関係を割合的に認定する立場と、損害賠償額算定の場面において素因の寄与度に応じた賠償額の減額を認める立場がある。どちらの立場も被害者の素因を原則として考慮し、量的処理を図ろうとする点では共通している。最高裁は、過失相殺に関する民法七二二条二項の規定の類推適用により問題を解決すべきものとする立場を宣言し、現在ではこれが確立した判例理論となっており、また、実務では素因を考慮した割合的解決が既に定着し、問題は解決したかのように見える。しかし、その一方で、割合的解決に対しては、従来から、被害者の素因は原則として考慮すべきではないとする批判的な見解があり、この見解はむしろ現在では学説上有力である。

二　素因を考慮するか否かの対立は、両者の公平観の相違に由来する。前者は、加害者は事故に対する寄与度の限りで責任を負うべきであり、素因の寄与した限度で賠償額が減額される結果その分については被害者自身が負担することになるが、そのような損害の分担こそが公平の理念に適していると主張する[35]。これに対し後者は、西垣弁護士の言葉を借りるならば、「不法行為の場合、被害者は加害者に対し、何らかの義務も予め負担しているものでもないし、病的素因が損害発生に寄与することを回避すべき義務を違法な加害行為に対してまで負うものではないから、素因の寄与した損害部分を被害者の責任領域内のものということはできない。……被害者の心因的要素が寄与している場合と、素因が損害発生に結びついたのは、不法行為による外力の非日常性の故でなく、日常的な外力であってその発生が考えられた場合以外は考慮すべきではな[36]」く、むしろ素因によって発生・拡大した損害は加害者が負担するのが公平であるという。こうした公平観の相違が、素因減責論における見解の対立の出発点であり、また最大の焦点であろう。

そこで、本章では、素因減責論の抱える問題点を明らかにするためにも、判例・学説が各々どのような公平観を基礎としているのかにも留意しつつ、わが国の議論状況について整理したい。

第二節　被害者の素因の類型とその意義

判例・学説を考察する前提として、被害者の素因と称されるものの類型とその意義を確認しておこう。被害者の素因は、病理学的意味における素因と法的意味におけるそれとは異なる概念ではあるが、法的概念として厳密な定義があるわけではない[37]。一般的には、被害者自身の属性のうち心身ともに「健康」という基準からずれる部分[38]とか、あるいは被害者の「個性」を意味すると説明される[39]。ただし、ただ一口に「素因」といっても、特異体質や精神病などの素質、高血圧や結核などの既往症・持病、加齢による器質変化や機能障害その他の身体的条件、損害の発生ないし拡大に作用する精神的要素など、その態様には様々なものが存在する。従来より、「素因」は（一）体質的素因と（二）心因的要因とに分類されるのが通例である。

一　体質的素因

体質的素因とは、一定の病的反応を生じさせる原因となる素質であり、①特異体質、②既往症ないし持病、③経年性の器質的変化等が含まれる[40]。

①特異体質、②既往症ないし持病は、「病的素因」と表現されることもある。この「病的素因」とは、過去の病気または先天的・体質的な障害などにより、通常人に比して加害行為の影響を受け易い状態のことである。加害行為とともに被害者の病的素因が競合して損害の発生・拡大に寄与した場合、加害者の責任を定めるにあたりこれら病的素因をどのように考慮するのか、という問題が生じるが[41]、わが国の裁判所は、原則として病的素因を損害賠償額の減額事由とするという立場をとっている。

③経年性の器質的変化とは、加齢的要因（老人性の素因）とも言い換えることができる。これは身体的な変化であるという点では病的素因（①②）と同様であるが、誰でも年をとれば多かれ少なかれ生じる状態であるという点で、通常の病的素因と異なる[42]。したがって、加齢的要因をどこまで減額事由としてよいかについては見解が分かれる可能性があるが、裁判所の扱いとしては、老人性の素因も減額事由として考慮するものが多いようである[43]。

二　心因的要因

損害の発生・拡大に寄与する心因的要因は、賠償神経症とそれ以外のケースの二つに分けられる。

賠償神経症とは、「賠償に対する願望や賠償が受けられないことの不満を原因とする心因反応」であるとされている[44]。賠償神経症の問題は、交通事故を契機として生ずるむち打ち症（むち打ち損傷）のケースを中心に論じられている[45]。むち打ち症のケースの多くは、外形的・他覚的所見はほとんどないのに心因的・自覚的愁訴が強いため治療も長期にわたり、かつ、鞭打症の後遺障害と目されるものの愁訴も心因的要因に基づくものである。これが、賠償神経症と呼ばれる心因的要因の一種である。

賠償神経症の場合以外において、被害者の性格や痛み・苦痛に対する過剰な反応等も心因的要因とみなされる。これらの要因が損害の発生・拡大に寄与している場合についても、わが国の裁判所はこれを減額事由として考慮するのが原則である[46]。

これら心因的要因が競合しているとされる事例では、治ろうとする「自発性の減退」が認められることが多く、被害者の態度に一定の否定的評価を与えることも可能であると思われる。ただ、被害者に対する非難可能性が認められないのに、被害者の性格の悪さをことさらに指摘するとか、あるいは「三ヶ月で通常は治癒する」という前提に立って、そ

れ以上に治療が長期化する場合のすべてを心因的要因の影響があるとすることや、他見的所見がないのに症状が改善しないからといって、それを直ちに心因的要因の影響と結論づけてしまうことが、しばしば裁判所の判断中に見受けられるが、このような態度は極力避けなければならないであろう。(47)

第三節　判例の状況

それでは次に、被害者の素因が競合する場合の処理及び法的構成、その傾向につき、わが国の判例の立場を概観してみよう。

第一款　判例の展開

一　損害の発生または拡大につき被害者の素因が競合する場合、今日のわが国の裁判所では、被害者の素因が寄与する限度で加害者の賠償責任を減じる裁判例が増加している。その法律構成、理論的根拠などについてはなお争いがあるが、このような寄与度による減責を肯定する方向でほぼ一致しているといってよいであろう。

実務がこの問題について最初にとりあげたのは、大判大正二年一二月八日新聞九一八号二八頁である。本件事案は、原告の夫が乗車していた汽車が衝突し、それが原因となって、以前から罹っていた心臓肥大症、血管硬化症、脳軟化症が進行して夫が精神異常となったため、原告が事故の責任者に対して損害賠償を請求したというものである。大審院は、損害発生に至った「素因」が被害者自身の心臓肥大症・血管硬化症・脳軟化症にあったとしても、その損害は事故によっ

て生じたもので加害者の不法行為が直接の原因となっているとして、因果関係を認めた。本判決は、相当因果関係説に依拠して事故と「素因」との間の相当因果関係を認めている。

その後、不法行為にも民法四一六条が類推適用されるという立場が判例上確立したことにより[48]、被害者の素因競合に関する問題も相当因果関係＝民法四一六条によって処理されるようになる。例えば、大判昭和二一年一〇月九日判例総覧民事編一巻一七頁がある。本件事案は、汽車の衝突で被害者が肺結核の既往症を再発させたというものであるが、大審院は、この損害を「通常損害」と見て、予見可能性の有無を問題とすることなく、治療費、逸失利益の賠償を認めている。こうして裁判所では、被害者の素因の取り扱いにつき、相当因果関係＝民法四一六条を前提として、被害者の素因が損害賠償の範囲に関する一般論において通常生じうる損害か否か、通常損害でなく特別損害であれば予見可能性の有無が問題とされ、予見可能ならば通常損害と同様に全損害が賠償されるが、そうでなければ相当因果関係がなく賠償されないという処理が行われることになったのである[49]。

そのような状況の下、昭和四〇年代初め頃より、下級裁判例の中には被害者の素因が競合する事案において割合的解決を図るものが現れ、これが徐々に支配的な傾向となっていった。

二　相当因果関係によって素因を考慮する裁判例では、当初、被害者の損害は被害者の素因という特別事情により生じたものであるとして、損害を一定期間に制限することにより実質的な賠償額の減額が試みられていたところ[50]、因果関係を割合的に認定するものが現れる。一つは、因果関係を確率的心証により割合的認定をするものである。すなわち、裁判官の心証に応じて因果関係の有無を段階的に認め、それを賠償額に反映させるのであり、その根拠を「損害の公平な分担の精神」に求めている[51]。

もう一つは、事実的因果関係を割合的に認定するものである。例えば、事故の起因力を三分の一と評価して賠償額か

らその分を減額するなど[52]、事実的な因果関係を「寄与度」という形で割合的に把握し、それを賠償額に反映させるのである。

三　以上の例は、法律構成こそ異なるが、因果関係に応じて責任を分配するという点に共通点があるところ、他方で、損害賠償額の算定場面に応じて素因の寄与度に応じた賠償額の減額を図る例も見られた。一つは、損害の金銭評価の段階で、発生した損害に対する素因の寄与度を観念し、それに応じて割合的に賠償額を減額するものである[53]。上述の事実的因果関係を割合的に認定するものでは、素因の寄与度は事実的なものとして捉えられているのに対し、本構成での寄与度は賠償額算定において一定の法的評価が含まれている。また、損害賠償の負担の調整を図るために、寄与度概念によらず、公平の理念・信義則により賠償額を割合的に減額する構成も見られた[54]。

上述の寄与度に応じた割合的減額の例や公平の理念・信義則による割合的減額の例は、明確な法律構成を示すことなく賠償額算定において素因を考慮し賠償額を割合的に減額するものであったが、被害者の素因を被害者の「過失」に類するものと評価し、過失相殺の規定を類推適用するものが現れる[55]。過失相殺類推適用構成は昭和五〇年代以降の実務の大勢を占める[56]。なお、過失相殺類推適用構成では、被害者の素因による影響そのものを斟酌したとは評価しがたい例も見受けられる。例えば、心因的要因のほか、「周囲の過度の庇護」、「人間関係のもつれ」、「注意固着や暗示作用」、「適切な精神医学的治療を受けなかったこと」などを総合評価して、過失相殺が類推適用されている例があるが[57]、「適切な精神医学的治療を受けなかったこと」は被害者の「過失」と評価しうる事情であり、本来の過失相殺が適用されうる場面であったとも解される。また、長期の入院治療を必要とした理由が、身体の安静を保つためであるとともに、心因性に基づく自律神経失調症に対する対処療法のためであるとして、過失相殺を類推し、一括して処理する例も見られる[58]。当該判決については、過失相殺の類推適用による一括的な割合的処理ではなく、逸失利益算定の問題として処理するこ

ともできたのではないかと思われるところであるが、逸失利益を六割の限度に減額すると同時に慰謝料算定においても被害者の心因的要因を斟酌するもの[59]も見受けられることからすると、裁判所は、過失相殺の類推適用により、あらゆる事情を総合的・包括的に評価する傾向にあったと考えられる。

四　こうした下級裁判例の状況を受け、最高裁判所としての初めての判断が昭和六三年になってようやく下される。最高裁は、具体的な損害賠償額を定めるにつき損害の拡大に被害者の「心因的要因」が寄与しているときは過失相殺に関する民法七二二条二項の規定の類推適用によりその事情を斟酌することができる旨を判示した。続いて最高裁は、平成四年に、被害者の「疾患」の競合による損害の発生について、全部の賠償が公平を失するときには過失相殺の規定の類推による減額ができると判示した。この二判決により、最高裁としては過失相殺規定の類推適用の構成を採用することが明らかにされたのである。これら二判決を含め、最高裁の判断については、項目を改めて検討する（本節第三款）。

第二款　いわゆる「あるがまま判決」における素因原則不考慮論

最高裁は、被害者の「素因」について、過失相殺規定の類推適用により賠償額を減額することができるということを表明したわけであるが、その一方で、下級裁では素因原則不考慮の立場に立つ裁判例も見受けられた。いわゆる「あるがまま判決」と呼ばれるものがそれである。

東京地判平成元年九月七日判時一三四二号八三頁では、東京地裁は、Xが精神的打撃を受け易い類型の人間であることを認めたが、「不法行為の被害者がいわゆる賠償神経症であるためその賠償請求を認めないことがかえって当該被害者の救済となる場合又は損害の拡大が被害者の精神的・心理的状態に基因するためそのすべてを加害者に負担させるの

が公平の観念に照らして著しく不当と認められるような場合（最高裁判所昭和六三年四月二一日第一小法廷判決・民集四二巻四号二四三頁はこのような場合の事案についての判例と解すべきである。）には、当該賠償請求を棄却し又はその一部を減額すべきと解するのは格別、『加害者は被害者のあるがままを受け入れなければならない。』のが不法行為法の基本原則であり、肉体的にも精神的にも個別性の強い存在である人間を基準化して、当該不法行為と損害との間の相当因果関係の存否等を判断することは、この原則に反するから許されないと解すべきところ、Xが右のいずれかの場合に当たるとすべき事実関係はこれを認めるに足りる証拠はなく、また、Xの前示程度の精神的・心理的状態を損害賠償額を定めるに当たって斟酌するのは公平の観念に照らして相当ではない」とし、素因を理由とする減責を認めない立場を表明した。

本判決において東京地裁は、昭和六三年判決を維持しているが、あくまで具体的事案においては、個人差を当然に想定すべきであり、これまでの裁判例のように個人差そのものを考慮して減額事由とすることはむしろ「公平」に反するとの見解を打ち出している。これは、比較法的にも支持されうる見解である。[60] しかし、この東京地裁平成元年判決が示した「あるがまま論」は、その後一部の下級裁判例によって踏襲されたが、散発的なものにとどまった。[61] そして、平成八年一〇月二九日、最高裁が頚椎後靭帯骨化症の事案[62]において、当該「素因」が「疾患」にあたる場合にはほぼ無制限に斟酌できる旨を判示した。これによって、「あるがまま論」は判例においてはほぼ否定されたものと考えられる。

第三款　最高裁の判決理論

今日の最高裁は、損害の発生または拡大につき、被害者の素因が競合する場合に、民法七二二条二項の過失相殺の規

定の類推適用という法律構成によって斟酌、すなわち賠償額を減額しうるとの立場を示し、これが確立した判例法理となっている。それでは以下、最高裁の判決理論を概観しよう。

一　過失相殺類推適用説の採用

（一）心因的要因の斟酌

最高裁が被害者の素因の問題を最初にとりあげたのは、被害者の心因的要因の寄与による損害の拡大に関してであった。

最判昭和六三年四月二一日民集四六巻四号二四三頁(63)

【事案】昭和四四年三月二〇日、Y_1運転の加害車両が、X（五二歳の主婦）が同乗しXの夫が運転している被害車両に追突した。追突の衝撃は軽度だったが、人体に感じ得るものであった。Xは、同月二二日にA病院に赴き、事故当初は何の異常もなかったが暫くして気分が悪くなり頭、頸に痛みがあり吐き気がする等と訴えたところ、外傷性頭頸部症候群として約五〇日の安静加療を要するとの診断で入院を勧められ、即日入院し治療を受けた。同年八月頃から頑固な頭痛、頸部強直等の症状が続き、昭和四五年頃には頸部強直、左半身のしびれ、頭痛等の症状が固定した。Xは、昭和四六年一二月一五日頃に退院するまで継続してマッサージ等の物理療法を受け、退院後もA病院の医師の往診を受けながら自宅療養を続けた。昭和四九年一〇月当時もXは頭痛、頸部痛、肩部痛等を訴えており、その後昭和五二年七月五日B総合病院で頭部外傷後遺症、頸部変形症と診断され、同日B病院に入院、理学的療法等を受けた。Xは、昭和五四年一月三〇日、B病院を退院し、即日C病院に入院し、頸椎症候群、大後頭神経痛と診断され理学的療法等を受け、同年七月三一日退院後もD病院に通院した。以上のような事実関係の下で、XがY_1に対し民法七〇九条に基づいて、加害車

両保有者Y_2に対し自賠法三条に基づいて、治療費等の損害賠償を請求したのが本件である。

第一審判決[64]は、Xの受傷は通常なら遅くとも二、三ヶ月以内に治癒するはずのものであり、その後の症状はXの特異な性格、初診医のした非常識な診断、加害者の態度、事故前の損害賠償請求の経験等の心因的な要素が加わって二次的に引き起こされた外傷性神経症であると認めたうえで、神経症に基づく症状であるからといって直ちに因果関係を否定すべきでないとして、事故後三年までに発生した損害のうち六割の限度で相当因果関係を肯定し、その限度でYらの賠償責任を認めた。Xより控訴。

原審判決[65]も一審とほぼ同様の事実認定を行ったうえで、公平の理念に照らし、過失相殺の規定の類推により事故後三年までに発生した損害のうち四割の限度でYらの賠償責任を認めた。これに対しXより上告。上告理由でXは、原審が「割合的認定」の理論を採用し過失相殺の規定の類推適用をしたのは違法である、などと主張した。

【判旨】最高裁は、「身体に対する加害行為と発生した損害との間に相当因果関係がある場合において、その損害がその加害行為のみによって通常発生する程度、範囲を超えるものであって、かつ、その損害の拡大についてXの心因的要因が寄与しているときは、損害を公平に分担させるという損害賠償法の理念に照らし、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、その損害の拡大に寄与したXの右事情を斟酌することができるものと解するのが相当である」とした上で、「原審の確定した事実関係のもとにおいては・・・退院後自宅療養を開始したのち約三か月を経過した日、すなわち事故後三年を経過した昭和四七年三月二〇日までに、右各症状に起因して生じた損害については、本件事故との間に相当因果関係があるものというべきであるが、その後生じた分については、本件事故との間に相当因果関係があるものとはいえない。また、右事実関係のもとにおいては、Xの訴えている右症状のうちにはXの特異な性格に起因する症状も多く、初診医の診断についてもXの言動に誘発された一面があり、

更にXの回復への自発的意欲の欠如等があいまって、適切さを欠く治療を継続させた結果、症状の悪化とその固定化を招いたと考えられ、このような事情のもとでは、本件事故による受傷及びそれに起因して三年間にわたってXに生じた損害を全部Yらに負担させることは公平の理念に照らし相当ではない、すなわち、右損害は、本件事故のみによって通常発生する程度、範囲を超えているものということができ、かつ、その損害の拡大についてXの心因的要因が寄与していることが明らかである」として、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して六割の減額をした。

この昭和六三年判決は、被害者の心因的要因が損害の拡大に寄与している場合において、被害者の心因的要因が減額事由になることを示したわが国最初の最高裁判決である。そして、その賠償額の減額の際には、過失相殺規定の類推適用という構成を採用したのである。しかし、本判決の射程については慎重に判断しなければならない。つまり、本判決は、被害者の「心因的要因」が寄与している場合に、過失相殺に関する民法七二二条二項の規定を類推適用してその事情を斟酌することができると判示したのみであり、身体的素因一般について言及されていなかった。そのため、本判決が身体的素因に対しても同様に及ぶかにつき争いが残されたのである[66]。また、「Xの回復への自発的意欲の欠如等があいまって、適切さを欠く治療を継続させた」というのであれば、被害者自身の心因的要因に基づくのではあるが、むしろ、被害者自身の意思的行動、すなわち不作為が損害の拡大に寄与したと評価することもできたという点においても、昭和六三年判決は理論的問題を孕んでいた[67]。

（二）体質的素因の斟酌

昭和六三年判決が心因的要因に関する判断であったため、体質的素因にまでその射程が及ぶか否かについては、争いがあったことは上述の通りであるが、高裁レベルでは、心因的要因に限られず、体質的素因についても斟酌をすべきであるとするものが多く現れていた[68]。そのような状況の中、最判平成四年六月二五日が体質的素因もまた賠償額の算定に

おいて斟酌されうることを判示した。

最判平成四年六月二五日民集四六巻四号四〇〇頁[69]

【事案】Aは、本件交通事故の約一か月前に自動車内で仮眠中、一酸化炭素中毒に罹患したが、これによる精神症状は一旦潜在化ないし消失して正常な生活を送っていたところ、停車中の自動車に乗車中、Y運転の自動車に追突され、頭部外傷および精神障害を負い、症状の回復しないまま三年程経って入院中の病院で死亡した。そこでX（Aの妻）が、Yに対して、Aの死亡を理由とする損害賠償並びに慰謝料を請求したのが本件である。

第一審判決[70]は、頭部の打撲症は被害者Aの神経症状の発現並びに死亡に対して直接の原因をなしているとして事故とAの死亡との因果関係を肯定すると共に、一酸化炭素中毒もAの死亡に相当程度寄与していると認めて、過失相殺の法理の類推による損害減額事由として考慮し、全損害額の四〇％を減額した。Yらが控訴し、Xらも附帯控訴。

原審判決[71]も、第一審をほぼ踏襲して因果関係の競合を認め、一酸化炭素中毒の寄与の割合を五〇％と認定した。これに対してXらが上告。Aの一酸化炭素中毒の寄与を理由に損害額の五〇％を減額したことなどを違法だと主張した。

【判旨】最高裁は、「被害者に対する加害行為と被害者の罹患していた疾患とがともに原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるにあたり、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、被害者の当該疾患をしんしゃくすることができるものと解するのが相当である。けだし、このような場合においてもなお、被害者に生じた損害の全部を加害者に賠償させるのは、損害の公平な分担を図る損害賠償法の理念に反するものといわなければならないからである」と判示した。

昭和六三年判決は、損害の拡大に被害者の心因的要因が寄与している場合の事案に関して、過失相殺の規定の類推適

用により被害者の事情を斟酌することができるとしたものであったが、この平成四年判決によって、昭和六三年判決の適用範囲がさらに体質的素因に関する「疾患」にも及ぶことが明らかにされたのである。[72][73]

平成四年判決は、損害の発生・拡大に被害者の「疾患」が寄与した場合の先例と解されるところ、その射程については、本判決の事案の特殊性から一般的に体質的素因を斟酌し得ると判示したとは解されないとの評価もあるが、[74]「疾患」に限らず、体質的素因一般に及ぶと解するのが一般的であった。ただし、本判決において、最高裁は、「疾患」という言葉を用いているが、具体的に「疾患」とはどのようなものであるのかについては明らかにしなかった。そこで、事案によっては体質的素因が競合していても減責を否定する余地は残されており、平成四年判決には、極めて不確定な要素が多かったともいえる。

二　平成八年一〇月二九日同日付最高裁二判決の意義

昭和六三年判決と平成四年判決により、最高裁が素因原則考慮説に立つことが明らかにされたわけであるが、平成四年判決のいう「疾患」概念の不明瞭性ゆえに、具体的要件や適用範囲などに不明確な部分が残されたのは上述の通りである。平成八年一〇月二九日同日付の二つの最高裁判決はこれに答える形となっている。一つは、頚椎後靭帯骨化症の事案であり、もう一つは、いわゆる「首長事件」と呼ばれる事案である。

（一）頚椎後靭帯骨化症事件判決

最判平成八年一〇月二九日交民二九巻五号一二七二頁[75]

【事案】事故前から頚椎後靭帯の骨化が進行し、神経症状を起こしやすい状態であったYが、信号待ちで停車中追突され、事故による衝撃を受け頸部運動制限、頸部痛などの症状が発現し、神経傷害後遺症が残った、というものであり、

Xから債務不存在確認の訴えが提起された。これに対してYが損害賠償請求の反訴を提起。

第一審判決[76]は、頚椎後靭帯骨化症という身体的素因の寄与を理由とする減責を否定し、椎間板の変成所見など、ある程度の加齢変化も見られるが、これも斟酌すべきではないとした。ただし、心因的要因の寄与を理由に二〇％減額した。Yが控訴。

原審判決[77]も、Yが事故前から頚椎後靭帯骨化症に罹患しており、これが療養の長期化や後遺障害の程度に大きく寄与していることは明白であるとしながらも、「本件事故前、Yは、頚椎後靭帯骨化症に伴う症状は何ら発現しておらず健康な日々を送っていたのであること、頚椎後靭帯骨化症は、発症の原因も判らないいわゆる難病の一種ではあるが、近年、特に本邦においては決して稀ではない疾患であり（証拠略）Yが右疾患に罹患するについて何ら責められるべき点はないこと、本件事故によりXがYの頸部に与えた衝撃は決して軽いものではなく、Yに右素因がなくとも、相当程度の傷害を与えていた可能性が高いと推測されること、腰痛症や老化からくる頚椎の変成等何らかの損害拡大の素因を有しながら社会生活を営んでいるものは多数存在していること等に鑑みると、一審反訴Yが頚椎後靭帯骨化症の素因を有していたがために拡大した損害について、これを加害者であるXらに負担させても、公平の理念に照らして不当であるとは認め難い」として減責を否定した。Xらが上告。

【判旨】「被害者に対する加害行為と加害行為以前から存在した被害者の疾患とが共に原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法七二二条二項の規定を類推適用して、被害者の疾患を斟酌することができることは、当裁判所の判例（最高裁昭和六三年（オ）第一〇九四号平成四年六月二五日第一小法廷判決・民集四六巻四号四〇〇頁）とするところである。そしてこのことは、加害行為前に疾患に伴う症状が発現していたかどうか、疾患が難

病であるかどうか、疾患に罹患するにつき被害者の責めに帰すべき事由があるかどうか、加害行為により被害者が被った衝撃の強弱、損害拡大の素因を有しながら社会生活を営んでいる者の多寡等の事情によって左右されるものではないというべきである。」

本判決は、被害者の「疾患」が競合する場合には、ほぼ無制限に斟酌することができること明らかにし、従来、素因原則不考慮説が例外的に減責を認めるにつき必要としてきたほとんどすべての事情を、減責するにつき不必要とした。すなわち、事故前に疾患に伴う症状が発現している必要はなく、疾患が難病であっても、疾患に罹患するについて被害者に帰責事由がなくても、事故による衝撃の程度が強くても、減責するための支障とはならない。これによって、最高裁が素因原則考慮説に立つことがより明らかとなった。本判決の判旨に従うならば、本件原審判決が挙げた考慮要素を対象外とすることになるため、他に疾患の寄与の斟酌を限定しうる余地は狭いのであるから、本判決は実際には疾患が損害の発生ないし拡大に寄与していると認められる限りは、原則としてこれを斟酌しなければならない旨を宣言しているものと評価することができよう(78)。

ただし、最高裁は、本判決において、体質的素因のうち「疾患」にのみ言及していることから、被害者側の一般的素因についても本判決の射程が及ぶか否かは明確ではないところ、本判決の射程は、次のいわゆる首長事件判決が出されたことにより、明確なものとなる。首長事件判決において最高裁は、体質的素因を「疾患」と「身体的特徴」に区分して、素因を斟酌する場合に一定の限定を付しているからである。

（二）首長事件判決

最判平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二四七四頁(79)

【事案】Y_1運転のY_2所有自動車が、X運転の自動車に衝突し、その際にXは、事故により頭部を運転席シートに強く

打ちつけ、翌日頚椎捻挫と診断された。その後もXには、頸部、後頭部疼痛頭の症状が残り、さらに、矯正視力の低下等の症状がみられ、これは後頸部外傷性症候群によるものと診断された。

第一審判決[80]は、Xの身体的特徴（平均的体格に比して首が長く多少の頚椎の不安定症がある）に本件事故による損傷が加わって、これらの症状を発生、悪化ないし拡大させたとして、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、四割を減額した。X及びYら双方が控訴。

原審判決[81]は、前記上告人の体質的素因に加え、症状の悪化ないし拡大につき心因的要素が存するとして、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、四割を減額した。Xが上告。破棄差戻し。

【判旨】「被害者が平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとしても、それが疾患に当たらない場合には、特段の事情の存しない限り、被害者の右身体的特徴を損害賠償の額を定めるに当たり斟酌することはできないと解すべきである。けだし、人の体格ないし体質は、すべての人が均一同質なものということはできないものであり、極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような場合は格別、その程度に至らない身体的特徴は、個々人の個体差の範囲内として当然にその存在が予定されているものというべきだからである。……Xの身体的特徴は首が長くこれに伴う多少の頚椎不安定症があるということだけであり、これが疾患に当たらないことはもちろん、このような身体的特徴を有する者が一般的に負傷しやすいものとして慎重な行動を要請されているといった事情は認められないから、前記特段の事情が存するということはできず、右身体的特徴と本件事故による加害行為とが競合してXの右傷害が発生し、又は右身体的特徴が被害者の損害の拡大に寄与していたとしても、これを損害賠償の額を定めるに当たり斟酌するのは相当ではない[82]。」

本判決は、体質的素因を「疾患」と「身体的特徴」とに分類し、後者については原則として減責を認めない旨を宣言し、平成四年判決にしぼりをかけている。最高裁はその理由として、「人の体格ないし体質は、すべての人が均一同質なものということはできないのであり、極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような場合は格別、その程度に至らない身体的特徴は、個々人の個体差の範囲として当然にその存在が予定されている」からであるとする。

以上のような理由からすると、最高裁は、斟酌しうる体質的素因を「疾患」に限定することにより、平成四年判決の提示した素因斟酌準則の射程をかなり狭く画定したものと評価することができる(83)。もっとも、「疾患」と「身体的特徴」の区別は相対的なものに過ぎず、結局「平均的な体格ないし通常の体質と異なる」程度の問題に帰着するといえそうである(84)。本判決で最高裁は、特段の事情として「極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような場合」を挙げているところからすると、「身体的特徴」であっても個体差の範囲から逸脱するものであれば斟酌しうることになり、「疾患」と「身体的特徴」との区別は、個体差の範囲内か否かとして相対化される。

また、そもそも、「疾患」と「身体的特徴」とで区別したところで、なぜ後者であれば斟酌しないのかという問題は残される。というのも、その理由として、本判決は、「個々人の個体差の範囲として当然にその存在が予定されているものとすべきだからである」とするが、他方で、平均値から著しくかけ離れ、日常生活で通常人より慎重な行動が求められるなど特段の事情があれば、身体的特徴でも斟酌されうるとの例外を認めているところからすると、結局、「損害を公平に分担させるという損害賠償法の理念」に依らざるを得ず、本判決は素因斟酌の一般的準則を述べたものとは言

えないとの評価も成り立ちうるからである。[85]

また、本判決の特殊性に鑑みて、そもそも本判決では素因の存在あるいはその寄与が認められないとして、事実認定レベルで解決すべきであったとの指摘もなされている。[86] この指摘は、素因競合事例における事実認定及びその立証の問題に関わるものであり、重要である。とはいえ、次のように本判決を評価するならば、本判決の提示した「疾患」と「身体的特徴」との区別は、一般的準則として成り立ちうると考えられる。すなわち、事実認定において、体質的素因が存在すること及び当該素因が損害の発生・拡大への寄与は、多かれ少なかれ認められるような場合には、一旦責任を成立させた上で、減額事由とし得るか否かの判断は保護範囲ないし賠償額算定のレベルにおいて規範的に評価すべきであり、その際の指標を「疾患」か「身体的特徴」であるかとしたものであると。

なお、本判決が示した準則と平成四年判決との整合性については、原則として最高裁は素因を斟酌しうるという立場であり、本判決の準則を体質的素因について斟酌することができない例外を宣言したものであるとみるか、むしろ平成四年判決が「加害者に損害の全部を賠償させることが公平に失する」場合に限定された例外的なものと位置づけられるか、評価の分かれるところである。[87]

それでは、特段の事情にある「通常人に比べてより慎重な行動をとる」ことが要請されることについてはどうであろうか。この要請は、身体的特徴であっても個人差の範囲を超える場合には斟酌されうることを示したものであるが、個人差の範囲を超える場合に限っての例外を示したものとはいえないだろう。本判決の論理からすると、個人差の範囲内の身体的特徴から発生・拡大した損害は、加害者に帰責されることになるが、その上で過失相殺をする余地はある。つまり、個人差の範囲内の身体的特徴を有する者であっても、「通常人に比べてより慎重な行動をとる」ことが要請される場合はありうるのであり、この場合には、七二二条二項の類推適用ではなく、七二二条二項を適用することにな

ろう。(88)

三　最高裁判例による素因斟酌準則

以上の最高裁判決を整理すると次の通りである。

第一に、心因的要因が損害の発生・拡大に寄与している場合、「その損害が加害行為によって通常発生する程度、範囲を超えるものであって、かつ、その損害の拡大について被害者の心因的要因が寄与している」ときには、過失相殺の規定の類推適用により賠償額を減額しうる。

第二に、被害者の体質的素因のうち「疾患」が損害の発生・拡大に寄与している場合には、「被害者に対する加害行為と被害者の罹患していた疾患とがともに原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失する」ときには、同様に過失相殺の規定が類推適用される。その場合、疾患に伴う症状が事故前に発現していなくても、疾患が難病であっても、罹患について被害者に帰責事由がなくても、事故の衝撃が強くても、減責のための支障にはならない。

第三に、被害者の体質的素因のうち「身体的特徴」が損害の発生・拡大に寄与している場合には、特段の事情がない限り、減責は認められない。特段の事情とは、「通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴」を有していることである。

四　電通過労死事件の意義－人的関係性による個人差の範囲の拡大

（一）電通過労死事件の事案と判旨

心因的要因及び体質的素因に係る最高裁判例による準則は、以上の通りであるが、いずれの事案も交通事故事例であっ

たところ、そのような類型的事案を基にした準則は、人的関係が緊密な雇用関係事例にも妥当するかについては、疑問の余地があったところである。[89] そのような中、最高裁は平成一二年に雇用関係にある被用者の素因の取り扱いにつき、判断を下した。なお、本件電通過労死事件は、①過重労働と自殺との因果関係、②素因斟酌の可否、③被害者側の過失の斟酌の可否が争点となっているが、本稿では②素因斟酌の可否に限っての考察とする。

最判平成一二年三月二四日民集五四巻三号一一五五頁[90]

【事案】Aは、大学卒業後、大手広告代理店Yに勤務していたが、入社当初から長期間にわたる残業を行うことが常態化していたにもかかわらず、Yでは残業について自己申告制であったため、Aの実際の残業時間は、申告によりYに把握されていたよりも相当長時間であった。Aの上司Bらもこのような状態を把握していたにもかかわらず、休暇をとらせるなど適切な対応ととらなかった。その後、Aはうつ状態に陥り、衝動的、突発的に自殺するに至ったためAの両親らであるXらがYに対して損害賠償を求めた。

第一審判決[91]は、民法七一五条に基づく損害賠償責任を認めたが（素因斟酌についてはYが主張していなかった。）、原審判決[92]は、民法七一五条に基づきYの損害賠償責任を認めるとともに、Aの真面目で正義感が強く、完璧主義的な性格が結果的に自分の仕事を増やし、また時間配分を不適切にした面は否定しえないこと、Aが実際の残業時間よりも少なく申告していたことが上司によるAの勤務状況の把握を困難にし、またAは過労を上司に訴えて勤務状況を改善させる途がなかったとはいえないこと、Aは一定の範囲で労働時間の配分・使用方法が委ねられていたところ、Aは時間の適切な使用方法を誤って深夜労働を続けた面もあること、またうつ病罹患前・直後には、Aには病院に行くなり会社を休む等の合理的行動をとることも期待しえたこと、XらもAの勤務状況・生活状況をほぼ把握しながらこれを改善するための適切な措置をとっていないこと等を理由として、民法七二二条二項を類推適用して損害賠償額を三割減額したため、

双方から上告がなされた。

これに対して最高裁は、「労働者が労働日に長時間にわたり業務に従事する状況が継続するなどして、疲労や心理的負担等が過度に蓄積すると、労働者の心身の健康を損なう危険のあることは、周知のところである。……使用者は、その雇用する労働者に従事させる業務を定めてこれを管理するに際し、業務の遂行に伴う疲労や心理的負担等が過度に蓄積して労働者の心身の健康を損なうことがないように注意する義務を負うと解するのが相当であり、使用者に代わって労働者に対し業務上の指揮監督を行う権限を有する者は、使用者の右注意義務の内容に従って、その権限を行使すべきである」として、BらがAの長時間労働や健康状態の悪化を認識しながらその負担を軽減させるための措置をとらなかったとしてYの民法七一五条に基づく損害賠償責任を認め、その上で、素因斟酌の可否については、素因斟酌が可能であるとの一般論を述べた上で、次のように述べ、素因を斟酌することを否定した。

【判旨】「企業等に雇用される労働者の性格が多様のものであることはいうまでもないところ、ある業務に従事する特定の労働者の性格が同種の業務に従事する労働者の個性の多様さとして通常想定される範囲を外れるものでない限り、その性格及びこれに基づく業務遂行の態様等が業務の過重負担に起因して当該労働者に生じた損害の発生又は拡大に寄与したとしても、そのような事態は使用者として予想すべきものということができる。しかも、使用者又はこれに代わって労働者に対し業務上の指揮監督を行う者は、各労働者がその従事すべき業務に適するか否かを判断して、その配置先、遂行すべき業務の内容等を定めるのであり、その際に、各労働者の性格をも考慮することができるのである。したがって、労働者の性格が前記の範囲を外れるものでない場合には、裁判所は、業務の負担が過重であることを原因とする損害賠償請求において使用者の賠償すべき額を決定するに当たり、その性格及びこれに基づく業務遂行の態様等を、心因的要因としてしんしゃくすることはできないというべきである」。

（二）電通過労死事件の意義

本判決の意義は、第一に、雇用関係にある被用者の素因の取り扱いにつき、最高裁として初めて判断したという点にあるのはもちろんのこと、本判決の「ある業務に従事する特定の労働者の性格が同種の業務に従事する労働者の個性の多様さとして通常想定される範囲を外れるものでない限り」との文言からすると、体質的素因の斟酌を否定する「個体差の範囲内」（平成八年判決（首長事件））という準則は、体質的素因のみならず、心因的要因に関しても妥当することを明らかにした点にも意義を有する[93]。したがって、通常予想される個人差の範囲内の素因については減額要素とせず、これを超えるものについては減額要素として斟酌することができることになろう。最高裁としては、素因斟酌に謙抑的な態度を示したと評することができよう[94]。

ところで、最高裁がこれまでに形成してきた素因斟酌の準則は、責任成立要件での判断とは独立して、賠償額算定という法的効果の段階で審査されるべき問題であった。本判決も、素因の取り扱いについては、過失相殺の類推適用が許されるか否かのレベルで説示がなされている。ところが、その説示によれば、素因の斟酌を否定する判断根拠は、実質的に使用者の注意義務に連動していることが伺える。

最高裁が、被用者の素因を否定する理由を、労働者の「性格及びこれに基づく業務遂行の態様等が業務の過重負担に起因して当該労働者に生じた損害の発生又は拡大に寄与したとしても、そのような事態は使用者として予想すべきもの」であるとしたところからすると、この判断は使用者の注意義務そのものを示しているといえよう。労働者の性格等が通常予想可能なものであれば、それを考慮に入れて雇用管理を行うのが使用者としての当然の対応であり[95]、その雇用管理を行う際の注意義務に該当する判断であると理解することができるからである。そして、この注意義務は、安全配慮義務という雇用契約に基づくものであることから、交通事故のような人的関連性の希薄な場合の注意義務に比べて拡張さ

れているものと解される。そうすると、本判決の述べる「通常予想される個人差の範囲内」というのは、使用者の注意義務が及ぶという意味での「通常予想される個人差の範囲内」といえよう。このように理解するならば、本判決が示した素因の斟酌を否定する根拠は、労働者の性格等が使用者として当然に予想しておかなければならない個人差の範囲内にあること、と定位することができる。また、本判決の理解を素因斟酌準則との関係で述べると、雇用関係という人的関係性から、加害者側の注意義務が拡張されることにより、交通事故等の人的関係性が希薄な場合と比べて個人差の範囲が拡大される、と理解することができよう。

なお本判決は、原審の挙げた①残業時間の過少申告、②業務遂行方法等、③病院への受診、休暇の取得等の被用者の健康管理面については、論旨の検討に立ち入るまでもなく原判決を維持しがたいとし、その適法性について判断をしていないため、問題として残された[96]。また、本判決が労災事件であることから、労災保険給付との関係も残された問題となろう[97]。

五　NTT東日本北海道支店事件

（一）NTT東日本北海道支店事件の事案と判旨

NTT東日本北海道支店事件は、上述の電通過労死事件では示されなかった被用者の健康管理の問題、具体的には職場の健康診断に関して判断を下したものである。本判決は、職場の健康診断で被用者に身体的疾患があることが判明したところ、使用者としてはこのような身体的疾患という労働者の特性を配慮することが求められるか及び使用者の安全配慮義務の懈怠以前から存した身体的素因に関して、これを賠償額減額の要素として考慮することができるかが争われた事件である。

最判平成二〇年三月二七日判時二〇〇三号一五五頁[98]

【事案】Yに勤務するAは、職場の定期健康診断で心電図の異常を指摘され精密検査を受けた結果、陳旧性心筋梗塞と診断された。またその際、Aには遺伝子的疾患（家族性高コレステロール血症（ヘテロ型））が認められていた。そこでAは手術を受けるなどしたが病状は改善されず、その後は内服治療を受けることとなった。その後、Aは配置転換されることとなり、約二カ月にわたる宿泊を伴う研修への参加を命じられたが、これによる肉体的、精神的ストレスによりAの病状は自然的経過を超えて増悪し、心筋梗塞などの冠状動脈疾患等を発症し、急性心筋虚血により死亡した。そのためAの遺族XらがYに対して損害賠償を求めた。

第一審判決[99]では、民法七一五条に基づきYの不法行為責任を認めたが、その理由中においてAの遺伝子的疾患等を具体的に認めるに足りる的確な証拠が見当たらない旨を述べており、過失相殺については何ら言及されていない。そのためYは、Aが遺伝子的疾患に罹患していたことを指摘し、過失相殺を類推適用し賠償額を減額すべきである旨主張した。

原審判決[100]は、Yは第一審において過失相殺を主張しない旨釈明しているところ、控訴審において過失相殺の規定の類推適用を主張することは著しく信義に反するものであり、また、第一審の軽視にもつながる。したがって、Yの上記主張は、訴訟上の信義則に反するものとして許されないとして、賠償額の算定にあたり過失相殺の類推適用をしなかった。これに対してYが上告。

最高裁は、第一審判決において認定されたYの使用者責任を前提として、素因斟酌の問題に関して、平成四年判決を引用し労災事故による損害賠償請求の場合においても民法七二二条二項が類推適用されるとの一般論を述べた上で、次のように述べ、家族性高コレステロール血症、冠状動脈障害及び陳旧性心筋梗塞を素因として斟酌すべきであるとの見解を示し、審理を原審に差し戻した。

【判旨】「Aが急性心筋虚血により死亡するに至ったことについては、業務上の過重負担とAが有していた基礎疾患とが共に原因となったものということができるところ、家族性高コレステロール血症（ヘテロ型）により患し、冠状動脈の二枝に障害があり、陳旧性心筋梗塞の合併症を有していたというAの基礎疾患の態様、程度、本件における不法行為の態様等に照らせば、YのAの死亡による損害の全部を賠償させることは、公平を失するものと言わざるを得ない」、「過失相殺については、賠償義務者から過失相殺の主張がなくとも、裁判所は訴訟にあらわれた資料に基づき被害者に過失があると認めるべき場合には、損害賠償の額を定めるに当たり、職権をもってこれをしんしゃくすることができる（最高裁昭和三九年（オ）第四三七号同四一年六月二一日第三小法廷判決・民集二〇巻五号一〇七八頁参照）。このことは、同項の規定を類推適用する場合においても、別異に解すべき理由はない」。したがって、「Yの不法行為を理由とするXらに対する損害賠償の額を定めるに当たり過失相殺に関する規定（民法七二二条二項）の類推適用をしなかった原審の判断には、過失相殺に関する法令の解釈を誤った違法があるというべきである」。

（二）NTT東日本北海道支店事件の意義

本判決は、電通過労死事件と同様に、労働災害における使用者責任が争われた事案において、被用者の疾患を理由として過失相殺を類推適用しうるか争われたところ、平成四年判決を引用し、労災事故事件においても同様に解することができるとして、体質的素因に関する素因斟酌の準則が一般論として妥当することを確認したところに意義を有する。しかしながら、本件で斟酌の対象となった体質的素因は、遺伝子的疾患及びそれに起因する基礎疾患という先天的基礎疾患であり、これを斟酌し得るかについては疑問の余地がないわけではない。また、斟酌の可否に関して、具体的考慮要素を挙げており、その中で「不法行為の態様等」を挙げている点が新たな判断であるといえるが、本判決ではこれがどのようなものであるか明らかにはされていない(101)。

なお、過失相殺を類推適用する場合にも裁判所の職権でこれをなしうることが確認されているが、この点は、本判決が引用する最高裁判例の通り、過失相殺を行うか否かの判断は裁判所の自由裁量に属するものであり[102]、また、過失相殺の主張は実体法上の抗弁権ではなく[103]、賠償義務者からの主張がなくても職権で斟酌できるとされていることから[104]、類推適用する場合でも同様に解されることは当然であると思われる。この点については、弁論主義の観点から問題を提起することもできようが、本稿のテーマから離れるため、検討を控える。

それでは、まずは先天的基礎疾患の斟酌の可否について検討する。先の素因斟酌準則によれば、体質的素因が「疾患」に該当する限りほぼ無制限に斟酌し得ることになり、本判決で先天的疾患が斟酌されたのは、素因斟酌準則に沿う判断であるといえる。しかしながら、電通過労死事件判決でも指摘したように、本判決も両当事者は雇用関係という特殊な人的関係性がある事案であり、この場合には、使用者の注意義務の範囲が素因斟酌の可否について考慮されることになる。本件では、Aは被用者としてYという会社の健康診断を受けており、その際に先天的基礎疾患が発覚している。Yとしても、その結果の報告は受けていた、つまり、YはAの先天的基礎疾患の存在を認識していたにもかかわらず、これを考慮せず宿泊を伴う研修への参加を命じたことからすると、Yには労務管理上の注意義務違反が認められよう。そうすると、このような場合においても、はたしてAの疾患を理由として賠償額を減額すべきであろうか、という疑問が生じる。使用者としては、使用者の疾患を認識していた又は認識しえた場合には、当該疾患を抱える使用者を疾患を増悪させる業務に従事させないよう配慮する義務があると考えられ、この義務を懈怠した使用者の責任は減じるべきではなく[105]、したがって、「疾患」であったとしても斟酌することはできないものと解される。言い換えると、使用者側に被用者の疾患についての認識可能性があるにもかかわらず、これを斟酌し得るとすると、疾患を有する被用者にとっては過重な負担となると言えるのではないだろうか。被用者としては、使用者の業務命令に逆らって自身の身の保全を図る

ということが考えられるが、業務命令に逆らった結果、被用者に不利益が生じる可能性があることに鑑みると、これは被用者に期待されうるか否かと問われれば、現実的には消極的に考えざるを得ないだろう。そうであるならば、むしろ、適正な業務管理の観点から、被用者の疾患のリスクは使用者の負担と解すべきであると考えられる。しかし、本判決では斟酌することができるとの判断が下されている。これをどう理解すべきか。この点を素因斟酌の準則との関係で捉えるならば、平成八年判決（頸椎後靭帯骨化症事件）が述べた「加害行為前に疾患に伴う症状が発現していたかどうか」は斟酌の支障とならないという点が重視されたと解されよう。敷衍するならば、被用者の体質的素因が「疾患」である場合、当該疾患に対する使用者の認識可能性の有無は斟酌の支障とならない、ということができる。

なお、被用者の素因に対する使用者側の認識可能性については、別の観点から問題が提起されよう。すなわち、使用者は、日常的に被用者と接しており被用者の健康状態について豊富な情報を持ちうるとの前提で使用者側の認識可能性について論じられることが多いが[106]、使用者側の被用者に対する配慮義務を過度に強調することにもまた問題がある。使用者側が実施する健康診断の結果や日常業務においての状態という意味では、使用者は情報を有し得るが、他方で、被用者が自らの抱える疾患（身体的・精神的問わず）を秘匿していたり、あるいは、会社のかかえる産業医に被用者が相談ないし診察を受けていたという場合には、使用者側の認識可能性は限られたものとなろう。すなわち、個人情報保護の観点から、使用者側はその被用者から申告されない限り、その健康状態を把握することは困難であり、また、会社の産業医には守秘義務が課されるため、使用者側は被用者の健康状態に関して十分な情報を得ることは期待しえなくなる。ここで使用者側の注意義務（配慮義務）と個人情報保護（守秘義務）が抵触するという問題が生じるのである[107]。困難な問題であるが、ここでは問題を提起するに留め検討を留保する。

次いで、本判決が考慮要素として追加した「不法行為の態様等」について検討したい。これは、これまでの素因斟酌

準則においては考慮要素として挙げられたことはなかったが、明示的に取り上げられてこなかったに過ぎず、事例ごとに不法行為の態様が異なるのは当然であるから、斟酌のための要素が異なりうることを確認したにすぎないといえる。[108] しかしながら、本判決が「不法行為の態様等」を挙げたことにはやはり重要な意義があると考えられる。「不法行為の態様等」が考慮要素となりうるということは、被害者の素因と加害行為の態様等の双方が勘案され、相関的な判断となる。[109] そうすると、不法行為の態様が重大である場合には、被害者側の素因のみを考慮するとした平成八年判決（頸椎後靭帯骨化症事件）とは異なり、当該素因が「疾患」であったとしても斟酌をしないという解釈をすることが可能となる。[110] この意味では、平成八年判決（頸椎後靭帯骨化症事件）が示した準則は修正されると解することができよう。

六　素因斟酌準則の再定位

上述の電通過労死事件判決及びＮＴＴ東日本北海道支店事件判決を踏まえると、素因斟酌準則は次の通り再定位することができる。

第一に、平成八年判決（首長事件判決）が示した「個体差の範囲」という準則は、体質的素因のみならず心因的要因にも同様に妥当する。

第二に、人的関係性に着目すると、加害者の注意義務が拡張することにより「個体差の範囲」が拡大され、その結果、素因を斟酌することは許されなくなる。より一般的に言えば、加害者の注意義務の程度（範囲）により「個体差」の程度が決定される。

第三に、加害者と被害者との間に雇用関係がある場合であっても、被用者の体質的素因が「疾患」である限り、当該疾患に対する使用者の認識可能性の有無は斟酌の支障とならない。

第四に、素因斟酌に当たっては「不法行為の態様等」も考慮要素となり、素因と不法行為の態様等が相関的に判断されることとなる。不法行為の態様等が重大である場合には、素因を斟酌しないことがあり得る。

第四節　学説の状況

裁判例の展開により形成されてきた素因斟酌準則は、以上のとおりであった。学説は、裁判例の展開に影響を受けながら、それを根拠づけるための理論を提示する形で発展してきた。したがって、裁判例と同様に学説の考え方は、大きく二つに分けることができる。すなわち、素因を顧慮して賠償責任を限定する立場と、原則として素因を顧慮すべきでないとする立場である。

第一款　素因原則考慮説

前者の素因原則考慮説は、どのような法的構成で素因を考慮して賠償責任を限定するかについては説が分かれる。いずれの説も、加害者は事故に対する寄与度の限りで責任を負うべきであり、素因の寄与した限度で賠償が減額される結果、その分については被害者自身が負担することになるが、そのような損害の分担こそが公平の理念に適合しているという基本的な考え方においては共通している[111]。素因を考慮して賠償を減額する際の法的構成としては、因果関係レベルで判断するものとして、相当因果関係説、確率的心証論、割合的因果関係論が、また、法的評価レベルの問題とするものとして一般条項援用説、寄与度減額説、過失相殺類推適用説が挙げられる。以下において、各学説の概要を示したい。

一　相当因果関係説

相当因果関係説とは、損害を通常生ずる損害と特別事情によって発生する損害とに区別して、前者のみを損害賠償の範囲に含め、後者については、予見可能性がある場合についてのみ、賠償を認めようとする立場である。その理論構成としては、事故が傷病に寄与した限度において相当因果関係を認めるものが多く[112]、かつて実務の多くはこの説によっていた[113]。

この説に対しては、通常損害と認められるかどうか、あるいは予見可能性があるかどうかにより解決がオール・オア・ナッシングになってしまい、解決の柔軟性に欠けるという批判や、加害者と被害者が損害発生以前に特定の社会関係に立つことの稀な不法行為において、予見可能性の有無により損害賠償の範囲を画定することが可能かどうか、といった疑問が呈されている[114]。また、そもそも加害者にとっては、多くの場合まったく面識のない被害者の素因の存在を予見しえないのは当然であろうし、逆に、何らかの素因を有しない人はいないと考えれば、被害者が何らかの素因を有していたことは予見しえたといえるのであるから、被害者の素因を特別事情とみて予見可能性の有無で判断するのは適切であるとは言い難い[115]。

二　確率的心証論

相当因果関係説には予見可能性基準によって賠償範囲を画定することで解決の柔軟性に欠けるという難点があるため、より柔軟性のある解決策が求められていた。これに対する解の一つとして倉田判事による確率的心証論が挙げられる。確率的心証論は、因果関係の立証において、裁判官の心証の程度に応じて因果関係の有無を段階的に認め、それを損害額に反映させようとするものである[116]。たとえば、不法行為と被害者の素因とが競合した場合につき、因果関係の心

証が七〇％であれば、七〇％の範囲で相当因果関係がある、とする見解である。[117]

この説に対しては、相当因果関係を割合的に認定することは妥当な解決を導く手段であると評価されるもの[118]や五〇％の心証では「認定事実」も決まらないし、[119]心証度という裁判官の内心にあって外部から判断不可能な理由づけによって問題が処理されることを認めると、因果関係論に大きな混乱をもたらすことになり、[120]また、確率的心証論は、裁判における事実認定の機能を不当に軽視し、実践的な妥協的認定に道を開く虞があるとの批判がある。[121]なお、確率的心証論は、加害行為と素因のうちいずれか一方のみによって損害が発生・拡大したことは確かであるが、そのいずれによるかが明らかでない（つまり、病的症状との間の事実的因果関係について確たる心証が得られない）様な場合を対象とするものであるから、[122]素因斟酌の議論とは区別されるべきことに留意する必要がある。[123]

三　割合的因果関係論

確率的心証論が相当因果関係を割合的に認定するものであるのに対し、割合的因果関係論は、「寄与度」というかたちで割合的に把握された事実的因果関係を賠償額に反映させるものである。[124]野村好弘教授は、因果関係概念を“but for test”（「あれなければ、これなし」）[125]ではなく、量的判断を可能ならしめる“substantial factor test”（「重要な要素」基準）として把握すべきであるとし、このように割合的に把握された因果関係（「寄与度」）を、あくまでも事実的因果関係の問題であるとした上で、賠償額に反映させることを主張している。[126]この説によれば、被害者の素因が寄与した場合は、その部分については因果関係が否定されるので、寄与度に応じた賠償の減額がなされることになる。しかも、因果関係が量的割合的に否定されるので、解決はオール・オア・ナッシングではなく、素因の寄与の程度に応じた量的なものとなり、それだけ柔軟な解決が可能である。[127]

しかしながら、寄与度を事実的因果関係の問題としつつ、これを損害の減額事由としてとらえるものであり、因果関係論に混乱をもたらすおそれがある[128]他、被害者の潜在的素因と発現した症状との論理的関係はありえても、事実認定として因果関係の局面で割合的に認定するのはそもそも困難であり[129]、そもそも事実的因果関係というのは、文字どおりの連鎖であって、オール・オア・ナッシングの判断でしかつながっていないのであって割合的判断には親しまない[130]。また、事実としての素因の寄与を捉えるのであるから、加害行為の態様からみて、被害者に素因があってもなお加害者に全額の賠償を命ずることが公平と解されるような場合であっても、事実的な素因の寄与を評価せざるを得ず、この説によっては必ずしも妥当な解決が導かれない。

四　寄与度減責論

相当因果関係説、確率的心証論及び割合的因果関係論が、素因の寄与を因果関係のレベルで把握するのに対して、寄与度減責論は、被害者の素因を実体法の適用問題として取り扱い、損害の金銭評価の段階で寄与度に応じて賠償額の減額を行おうとする説である[131]。

能見教授は次の点を指摘する。すなわち、従来、寄与度と言われてきたものには事実的因果関係としての寄与度（「事実的寄与度」）と法的評価としての寄与度（「評価的寄与度」）の二種類が存在する。前者の寄与度については、事実的因果関係の問題であるから原告が証明しなければならず、証明しえた範囲において当然に被告が責任を負うのに対し、後者の寄与度については、事実的な寄与だけでなく行為者の過失の程度やその他諸般の事情が考慮されるが、当然には減責という効果をもたらすわけでなく、減責するかどうかは損害の金銭的評価のレベルでの裁判官の裁量に委ねられているとする[132]。また、能見教授は、過失の客観化が進み無過失責任に近づいている領域や、因果関係の相当性につき以前

は否定されたが肯定されるに至っている領域（交通事故被害者の自殺の事例が挙げられる）や、事故と損害との因果関係の認定が微妙な領域においては、要件の充足により責任を肯定する一方で損害の金銭的評価のレベルで減責するのが公平にかなっているとも述べている[133]。すなわち、寄与度減責論は、評価的寄与度が微小な行為者に対して、公平の観念から裁量によって賠償責任を一定程度軽減することを不法行為の一般ルールとして主張するのである。その一方で能見教授は、責任保険が完備しているところでは被害者の素因を減額事由とすることを否定するのが適切であるとして、通常は保険が付いている交通事故のような場合には基本的には素因減額をすべきでないとする[134]。

寄与度減責論は、確かに、金銭評価レベルで裁判官の裁量に委ねることにより規範的評価を含めた柔軟な対応が可能となる点において評価されうるものである。しかし、そこにこそ問題がある。なぜなら、素因の寄与度の限りで減責するかの判断は損害の金銭的評価のレベルで裁判官の裁量に委ねられており、金銭的評価のレベルで減責するのが公平にかなうとするが、素因の寄与度を損害の金銭的評価（損害額算定）のレベルで扱うことは、実際の操作（斟酌をなす場面）を説明しているだけで、根拠を説明するものではなく、操作を可能とするためだけに金銭的評価に位置づけるというのであれば、承服しがたい説明となるからである[135]。また、能見教授は、責任保険が完備されているところでは被害者の素因を減額事由とすることを否定するのであるが、素因というリスクを外部に回避するにすぎないため[136]、付保状況によって加害者の責任が異なる結果となることには疑問を覚える。

五　一般条項援用説

寄与度概念を経ず、率直に、公平の理念・信義則に依拠して損害賠償の負担の調整を図ることを目的とする見解があり、一般条項援用説などと称される。この説には、公平の理念・信義則のような一般条項を用いることにより、裁判官

が事案を柔軟に判断することができるという利点がある。しかし、この一般条項を用いるという手法は、学説ではむしろ批判が多く敬遠されたようであり[137]、下級裁においてもこの説を採用するものはあまり見られない。

六　過失相殺類推適用説

（一）基本的立場

素因が競合して発生・拡大した損害についてもそれが賠償範囲に入ることを認め、その上で損害賠償額を算定する際に、被害者の素因の寄与を考慮するもの点で寄与度減責論、一般条項援用説と共通するが、この説は素因の考慮に際して過失相殺の規定を類推適用するものである。過失相殺類推適用説は、中野貞一郎教授が主張したのをはじめ[138]、平井教授[139]や斎藤教授[140]といった論者によって有力に主張されている。この説の特徴は、「金銭的評価の創造的・裁量的性格」から減責のための裁量を裁判官に与え、そのうえで、裁判官の裁量による公平にかなった事案の処理に条文上の後ろ盾を与えるために過失相殺規定が類推される点にある。民法七二二条二項の類推適用による素因競合事例の処理は、二つの最高裁判決[141]を契機に実務において一般的なものとなった。

他方で、後述の素因原則不考慮説の立場からは、被害者の心因的要因はそもそも被害者の責任領域には入らないとの反論がある[142]他、法律構成としても、実体法上減額の根拠として過失相殺しかないことをもって、これを適用するのは理由づけではなく逃げ口上であるとの厳しい批判がある[143]。また、素因を考慮するという基本的価値判断については留保しつつも、過失相殺の準用や類推によると、割合的因果関係がもっている硬直性は克服でき、柔軟な解決が可能になるが[144]、素因競合の考慮の仕方について明確な基準を提示しえないという欠点があるので[145]、素因の減額は、あくまでも過失相殺規定が適用される場合に限定すべきだとの指摘もなされている[146]。

以上のとおり、過失相殺類推適用構成にも厳しい批判が向けられているが、実務は同構成を維持しており、また学説においてもその理論化が進められている。過失相殺類推適用構成の理論構成としては、以下の三つの見解が注目される。

（二）四宮説－危険性関連説

四宮教授は、過失相殺の類推とは言わず、準ずる方法で減責をはかるべしとする。四宮教授は、素因競合による後続侵害の帰責の観点から、第一次侵害の被害者の身体精神に作用する衝迫が被害者にとって「日常的なもの」であるか「特別のもの」であるかの判断により、その判断に際しては、さらなる権利侵害（後続侵害）についての違法性判断ともいうべき利益衡量が必要であるとする。その上で、後続侵害の帰責に関しては、次の二つの要求が対立すると分析する。すなわち、（α）素因競合による後続侵害が被害者の素因に寄因（ママ）する限度では、被害者の危険領域から出たものとして、「所有者」（被害者自身）が負担すべきであるが、（β）他方では、責任事由のある加害者と、みずからの意思によることなくして重い損害を被った被害者とを、比べれば、後者を保護すべきである（完全賠償の精神）とも考えられると。αを貫くと、法秩序が素因ある者をも普通人とまったく同じ原理によって取扱い、また、不法行為者と被害者とを同じはかりにかけて比較することを意味し、βを貫くと、法秩序が素因ある者を特別に不法行為から全面的に保護することを意味することになり、いずれも損害の公正な配分という不法行為の理念に適合しないとする[147]。そこで、αとβとを調整するため、次のような解釈をする。すなわち、社会生活に必然的に伴うような危険については、社会生活を営もうとする限り、素因ある者といえども、みずから負担しなければならず、社会生活を営むに必要最小限度の抵抗力を基準として「一般生活上の危険」を判断すべきであるとする。この基準をクリアし、不法行為者への帰責が認められたとしても、結果の全てを不法行為者に転嫁すべきではないが、しかし、後続侵害が不法行為によって生じたことを顧慮し、単純な寄与の度合いに応じた損害の分割はすべきではなく、寄与の度合いのほかに、不法行為者側の違法性の存在およびその程度

をも考慮に入れて、公正な損害の分担を図るべしとし、形としては、一応不法行為者への帰責を認めたうえで過失相殺に準ずる方法で減責をするのが妥当であるとする。(148)

四宮説を敷衍するならば、次のとおりである。素因保有者であろうと社会生活を営む上での最小限度の抵抗力は要求され、最小限度の抵抗力を下回る場合には「一般生活上の危険」が現実化したものとして、加害者に帰責することができない。加害者に帰責されたとしても、結果の全てを転嫁することは妥当ではない。さりとて、被害者に生じた損害はそもそも加害行為によることに鑑みると、事実上の寄与そのものを損害の分割の基準とすることは許されず、加害行為の違法性の存在とその程度を考慮に入れて、規範的評価として損害の配分を図ることになろう。

（三）橋本説－領域原則説

今日、素因原則考慮説において注目すべきは、橋本教授の見解である。橋本教授は、領域原則（自己の領域内の特別の損害危険に対する保証責任）(149)によって被害者の素因の帰責性を論じる。(150)領域原則によれば、被害者は自己の権利領域内の特別の損害危険から生じた結果に対して保証責任を負うべきところ、素因は被害者の身体内部にあるという意味において、被害者の権利領域に存する。しかも、個人差以上の素因という特別な肉体的・精神的脆弱性は、それが原因となって素因者の法益侵害を生じる特別の危険性をはらんでいる。そして、素因の斟酌が問題となる場合、すなわち、加害者の不法行為と被害者の個人差以上の素因とが競合して被害者の法益侵害が拡大するという事例も、この特別の危険性の実現にほかならない。それゆえ、個人差以上の素因が競合して生じた結果に対して、被害者は、領域原則に基づく保証責任を負うのである。すなわち、素因が個人差の範囲内にある場合は、加害者の危険範囲にあるがゆえに加害者の賠償責任を肯定する一方、個人差以上の素因が競合して生じた結果については、加害者の危険範囲を超過する部分として、加害者の損害賠償責任を過失相殺の類推によって割合的に限定する、と主張するのである。もっとも、橋本教授は

積極的な考慮を主張しているが、無制限に考慮すべきだと主張しているのではない。橋本教授は、あくまで個人差以上という基準を想定しているのであり、個人差の範囲にとどまる場合には、特別の危険が存在せず、領域原則を論じる余地はないと考えているのである。[151]

この領域原則説は、被害者自身の権利領域内での危険は被害者自身が負担すべきであるとする所有者危険負担の原理をその柱とするものであるが、同原理を素因の危険を被害者自身に割り当てる論拠とすることは直ちには正当化されないと思われる。すなわち、素因競合の場面においては、不法行為成立要件をクリアしているのであるから、所有者危険負担の原理では、被害者自身の危険負担を正当化しえない。所有者危険負担の原理と加害者危険負担の原理は、同列に並ぶのではなく、後者の原理が優位に立ったうえで被害者側の事情を考慮しての減額可能性が問題となっているのである。[152] また、素因は被害者自身の権利領域内の特別の危険であるから加害行為の危険性関連が及ばないとするが、これについても、加害行為が素因の顕在化をもたらしたと評価される以上、素因の顕在化と加害行為との間には規範的には危険性関連が及ぶと評価することができるのではないだろうか。[153] また、ドイツで展開された領域説は不可抗力などの責めに帰することができない事由で生じた危険につきその支配領域にあるものが負担すべきだとするもので、本来非難可能性を帰責根拠としてきた過失相殺をこの論理で割り切れるのかという指摘にも頷けるところである。[154]

（四）損害軽減義務の観点から

過失相殺の類推適用を積極的に認める齋藤修教授は、心因性の競合の場合において、「損害軽減義務」の観点からの斟酌を主張する。[155] 齋藤教授は次のように述べる。被害者の性格的な偏りや特異な性格といった主観的事情によって、回復が遅延し損害が拡大した場合には、拡大した部分については帰責相当性がないと評価できることもあるが、被害者の主体的な精神的素因によって損害を拡大させた点に被害者の過失と同等の評価をすることが妥当であり、この理由から、

「過失相殺の規定を類推適用」するのである。斎藤教授は、心因性は、精神的事情であるため被害者の意思活動と努力によって相当程度まで回避できる余地があり、被害者は、信義則上「損害軽減義務」を負い[156]、健康の回復を図るとともに、事故によって生じる損害を最小限に軽減する努力をすべきであるという。その損害軽減義務を怠った結果、症状が悪化し治療が長期化した場合には、具体的事情に応じて、過失相殺により、または過失相殺に準じて損害賠償を減額すべきである、と主張するのである。

この見解は、心因的要因に限ってであるが、後述する素因原則不考慮説における例外的に素因の考慮を肯定する見解（本節第二款二）と非常に類似する見解であり、私見としては妥当な見解であると考える。あえて付言するならば、「適用」とは言わず「類推適用」とする理由が判然としない。率直に過失相殺の「適用」とすべきではないだろうか。

第二款　素因原則不考慮説

以上の素因原則考慮説に対して、被害者の素因は原則として考慮すべきではないとする立場も、学説では有力に主張されている[157]。実務では「あるがまま判決」が定着しなかったこととは対照的である。ここで、素因原則不考慮説の基本的立場を確認するとともに、その例外をなす見解を概観することとしよう。

一　素因原則不考慮説の基本的立場

（一）素因原則不考慮説の主要な論拠

素因原則不考慮説の主要な論拠は、次のとおりである。

第一に、被害者の素因についてのリスクを被害者自身に負担させるとした場合、すなわち素因を斟酌するとした場合、素因を有する者の行動の自由・社会参加の自由が、「何人かの不法行為」を警戒することによって不当に制限されるのではないかとする。[158]

第二に、素因の損害発生・拡大への寄与は被害者が自ら選択したものではなく、むしろ違法な加害行為によって強制されたものであり、事故がなければその素因が寄与することもなかったのであるから、素因の寄与を理由として賠償を減額することは、違法な加害行為と損害の発生・拡大への寄与につき何ら非難されるいわれのない被害者の素因を同一次元で比較するというかえって、公平の観念に合致しない結果をもたらすのではないかという主張である。[159]

第三の論拠は、損害賠償によって回復されるべきは、潜在的素因の存在にもかかわらず営まれてきた通常の生活であるから、素因が存在したとしても通常人と何ら変わらない生活を営んでいた者が事故により自分に責任のない状態で損害を被った場合には、その損害は全て回復されねばならないという考え方である。[160]

第四の論拠は、逸失利益の算定においては具体的な現実の被害者の収入が基礎とされており、また、同じ事故であっても、脆弱な幼児の場合にはより重大な結果が発生することが考えられるが、そこではそうした脆弱な幼児たる被害者を出発点として考えられているのであるから、素因競合の問題についても、「完全に健康な人間」を被害者の基準とするのではなく、具体的な現実の被害者を基準として考えるべきであるとし、こうした考え方は、ドイツ法や英米法における素因不考慮命題に見られるものであり、比較法としても支持されうるとする。[161] なお、この考え方について、窪田教授は、「公平」の意味から分析を加えている。[162] 窪田教授によると、損害賠償法において問題となる公平としては、①具体的加害者と可能的加害者の「公平」、②具体的被害者と可能的被害者の「公平」、③具体的被害者と具体的加害者の「公平」に分類されるところ、これまで過失相殺、とりわけ被害者の素因減責をめぐる議論の中でベースとなっているのは、

①具体的加害者と可能的加害者との公平、つまり他の同様の行為をした加害者との関係で、当該具体的加害者の責任が重くなり過ぎるという点を問題とする公平観である。[163][164] なるほど、こうした公平観によると、被害者がたまたま素因を有していたという事情は、当事者間の公平を図る上で十分考慮の対象となろう。しかし、はたしてこのような公平観は一般的に支持されうるのだろうか。民法七二二条二項の過失相殺制度における公平は、損害の発生・拡大に際し、加害者のみならず被害者にも「過失」があるからこそ、この点について加害者を減責するという法的処理を通じて図られるものであり、あくまでも具体的被害者と具体的加害者との間で実現されるべきものである。[165]

最後に第五の論拠として、責任保険制度との関係が指摘される。責任保険制度が完備している場合には、原則として、被害者の素因を減額事由とすることを否定するのが適切である。なぜならば、被害者の健康状態に差があることは保険制度としても前提とすべきであるからである。[166]

（二）素因原則不考慮説の基本的立場への反論

他方で、以上の基本的立場に対しては、橋本教授より、以下の反論が呈されている。

まず、第一の論拠である、素因を有する者の行動の自由・社会参加の自由については、素因を有する者の行動の自由の確保は重要ではあるが、素因原則不考慮説によっても、他者の不法行為が競合しなかった場合には、素因を有する者は、法益帰属秩序にしたがい、素因によって生じた損害を自ら負担せねばならず、これは行動の自由に対する不当な制約とは見なされない。というのは、法益主体はもともと、損害を他者（不法行為者）に転嫁しうる限りで行動の自由を保証されているにすぎないからである。素因の斟酌によって法益主体の自由が制約されたとしても、それは法益帰属秩序からの当然の帰結であり、[167] なんら「不当な」制約とは言えない。

第二及び第三の論拠については、それ自体としては正当な指摘であるが、帰責事由のある加害者と何ら非難されるい

われのない被害者との対比、完全賠償・原状回復の理念をもってしても、素因の程度・種類を問うことなくすべての結果を加害者が負担すべきであるという結論を導くことはできない。後続侵害の帰責にしても無制限ではなく、一定の帰責限定基準（例えば「危険性関連基準」）が予定されている。[168]

第四の論拠に対しては、被害者の個人的事情という意味では、素因の存否と収入の大小とは区別できないというのは、確かにそうであるが、損害賠償法上、素因の存否と収入の大小を同列に置くべきであるとは、ただちに言えず、再検討を要する。また、比較法的観点についても、被害者の過失の取り扱いをめぐっては、ドイツ法・英米法と日本法とでは相違が見られるところであり、過失相殺制度が比較的広い射程を有する日本法のもとでも素因の斟酌を排除すべきか否かは、比較法的観点のみによっては明らかにはならない。[169]

第五の論拠に対しては、素因原則考慮説の立場であっても、自賠責保険の保険金額の枠内では素因競合による減額を認めるべきではないとして、理解を示す一方、こうした対応は、損害賠償法上の結論が損害填補という観点からみて不当であるのを、損害賠償制度の外部において回避するにすぎないとも指摘する。[170]

橋本教授による以上のような反論は、不法行為法において素因を有する者の保護を図ることに限界があるという点に求められる。すなわち、第一に、不法行為に対しては、法益帰属秩序が先行するため、素因を有する者は、損害を他者に転嫁しえない限り、法益主体として損害を自ら負担せざるをえず、そこではもはや不法行為法によって素因を有する者の保護を実現する余地はない。第二に、不法行為法は、生じた損害を被害者から加害者個人に転嫁する制度にすぎないため、加害者個人に不当な犠牲を強いるような損害転嫁は許容されないところ、素因を有する者の保護を強調するならば、いかなる素因が競合しようとも、素因の持つ特別の損害危険を加害者個人が引き取る結果となってしまう。[171]

二　例外的に素因の考慮を肯定する見解

素因原則不考慮説の基本的立場を貫徹するならば、上述の橋本教授が指摘するように、素因がどのようなものであっても、そして加害行為がどのようなものであっても、素因のリスクを加害者が全て引き受けることになってしまい、加害者にとっては過大な負担となることは論を待つまでもないだろう。かえって、加害者の行動の自由を不当に制約することにもなりかねない。とはいえ、素因原則不考慮説に立つ論者であっても、その基本的立場を貫徹する者は多くは見られない。むしろ、素因原則不考慮説に立ちながら、一定の場合に限って素因の考慮を認める立場が有力であり、その例外性をどのような法律構成で基礎づけるかが問題とされている。

（一）蓋然性の程度に応じた損害の分担

田邨弁護士は、立証の緩和という観点から、日常生活上の外力によっても素因が発現した相当程度の蓋然性が認められれば、素因の寄与を理由とする減額（田邨弁護士は「減殺」という用語を用いる）を許容してもよいと主張する[172]。そして、その根拠を不法行為による身体侵襲の危険度ないし射程範囲に求め、次のような提示をする。第一に、不法行為によって誘発発現された素因の寄与による減額は、原則として、不法行為による直接的な身体侵襲の危険性の射程を逸脱した損害についてのみ考慮するのが相当である。第二に、右の逸脱した損害が、被害者の素因に起因する場合における、その分担割合については、不法行為による異常な外力を除外しても素因が日常的外力等によって早晩損害として容易に発現をみたであろう高度の蓋然性が存在するときは、事故と当該損害との間の条件関係自体が否定されてよい場合であるから、被害者自身が全て負担することとなる。他方で、右の蓋然性がネグリジブル・スモールであって、不法行為による異常な外力さえ加わらなければ生涯に近く素因の発現をみなかったであろう蓋然性の高い場合は、賠償額の減額を認めないとし、中間領域では蓋然性の程度に応じた割合を措定する[173]。このように田邨弁護士は、不法行為の危険性

の射程内の損害と逸脱部分の損害とを区別して、後者についてのみ素因の寄与にかかわる分担割合を示すのが妥当であると主張するのである。比較的、素因斟酌原則肯定説に接近する見解であるといえよう[174]。ただし、「日常的外力による発現の蓋然性の程度」という基準からすると、仮定的因果関係論との理論的区分が明瞭でないように思われる[175]。

（二）過失相殺の「適用」構成

近時有力に主張されているのは、素因の考慮を被害者の「過失」の問題として位置付ける見解である。すなわち、素因に対する被害者の行為統制義務を媒介とした過失相殺の「適用」構成である[176]。

例えば、窪田教授は、被害者が自己の素因について熟知しているにもかかわらず危険な行為に出たような場合には、被害者にも過失もしくは不注意があったとして、過失相殺を「適用」することにより割合的な解決をする可能性を示す[177]。なぜならば、素因を有する者が、一定の危険性の認識を前提として、その危険の実現を回避するということは、合理的に期待されるであろうし、このように期待することは、社会は様々な人によって構成されているという考え方とも矛盾しないからであり、むしろ、このような考え方は、標準的な人を前提とするのではなく、それぞれの具体的な人を前提として考えていこうとするのであるから、被害者の過失の判断もその人が持っている事情に応じて変化してくるということがあり得る[178]。そして、過失判断においては、自己の素因による損害の発生・拡大の回避可能性が決定的因子となり、それは①自己の素因についての認識（認識可能性）、②素因の実現にかかわるような外からの危険（不法行為）の予見可能性、③前二者を前提としての損害の発生・拡大の回避のための具体的措置の実行可能性に分類される[179]。他方で、過失相殺を適用することにより、素因を有する者の社会参加を著しく制限するような状況をもたらすことは避けなくてはならないとする[180]。被害者の社会参加、すなわち、被害者の行動の自由を重視する見解といえよう[181]。

潮見教授も、基本的に窪田説と同様の見解に立つ。潮見教授は、被害者の素因発見・統制義務を媒介させて、その違

反を理由に賠償額の減額を認めることを主張する。すなわち、潮見教授によれば、素因が存在するとの事実そのものは賠償額算定に当たって直接に考慮されるべきではないが、被害者に素因を発見あるいは統制することが期待可能で、かつこれに基づいて自己の行動を適切にコントロールすることが可能であった場合に限って、期待可能な措置を講じなかったという被害者の帰責性を基礎に賠償額の減額を認めるべきである。そしてこの被害者の素因発見・統制義務を損害拡大防止義務の一種と捉え、被害者の過失の対象は素因の発見と統制とし、被害者の過失を拡張して捉える。このように捉えることで、被害者の帰責性を媒介として過失相殺の類推適用構成にも積極的基礎を与えることになるとするが、むしろ、潮見教授は、素因発見・統御義務は被害者の行為義務レベルに位置づけられ得るものであるから、素因斟酌の可否に関する判断は、すべて過失相殺の適用問題として捉えるのが適当であるとする。(182)

吉村教授もまた、上述の窪田説及び潮見説と同様に過失相殺の「適用」構成を支持するものであるが、「適用」される場合についてより具体的に言及している。吉村教授によると過失相殺が「適用」される一定の場合とは、被害者に何らかの「不注意」と見られる事情が存在する場合(183)、すなわち、「自己の体質を認識しつつ適切な処置をしなかった場合」、あるいは「素因の放置や素因を抱えながら当該活動を行うこと」が「不注意」と評価される場合である(184)。したがって、素因競合による減免責は、過失相殺の類推適用ではなく、本来の適用が可能な場合に限られることとなる(185)。なお、心因的要因については、必ずしも被害者自身で支配できるものではないことから、心因的要因が考慮されるのは「被害者の主体的態度がより強く関係している場合」、具体的には「（一）医師の治療を誤らしめた場合、（二）医師が治療の必要を認めていないのに、不適切な治療を継続し、かえって損害を拡大した場合、（三）回復意欲の欠如」といった、被害者の帰責的要素が含まれている場合が挙げられよう(186)。

第五節　小括

一　本章では、素因斟酌に関して、下級裁判例の展開、最高裁の判決理論、そして学説の状況を概観してきた。その中では、まず、素因そのものを減額事由にしてよいのかという問題に始まり、そこから素因斟酌する際の法律構成の問題が主として議論されてきた。ここでわが国における判例及び学説の状況を再度整理したい。

判例の状況としては、昭和四〇年代後半から、被害者側の事情を広く斟酌する形で被害者の素因（体質的素因ないし心因的要因）を斟酌した事例が多く現れてくるようになる。最高裁昭和六三年判決は、心因的要因の斟酌を認めるリーディングケースとなり、素因斟酌は一気に一般化することとなったのである。

学説においては、素因原則考慮説と原則不考慮説が対立している。素因原則考慮説のとる立場は、相当因果関係説、割合的因果関係論、寄与度減責説、過失相殺類推適用説と様々であるが、これらの説に共通しているのは、「損害の公平な分担」、すなわち「公平の理念」である。因果関係の問題と捉えるか法的評価の問題として捉えるかに見解の相違はあるが、（相当因果関係説を除く）いずれの説も被害者と加害者との公平を理由として、素因により発生・拡大した部分の損害について被害者自身の負担とするという結論において、実質的に差異はない。しかし、この「公平の理念」自体不確かなものであるだけでなく、いずれの学説も割合的減額のための法的構成という問題に取り組むにすぎない。

他方、素因原則不考慮説は、被害者に非難可能性がない点や不法行為がなければ素因が発現することはなかったという点あるいは被害者の行動の自由などを強調して、素因を斟酌することに抵抗を示している。しかし、これにしても素因原則考慮説を論破するには至っておらず、基本的価値判断の溝は未だ埋まっていない状況であると言えよう。その溝を意識してか、近時では、素因原則不考慮説においても素因を実質的に考慮する構成として、過失相殺の「適用」構成

が主張されており、注目に値すると思われる。とはいえ、過失相殺の「適用」構成は、被害者の過失を拡張して捉える点に要点があるのだが、そうすると今度は、類推適用構成との違いが不明確なものとなるため、積極的に「適用」構成を採らねばならない理由が求められよう。

また、素因原則考慮説にせよ素因原則不考慮説にせよ、いずれの説にしても、素因を考慮することが「公平」であるか否かという議論にやや固執した観が見られる。しかし、「公平」の内容は明らかにはされていないのが現状であるところ、両説の依拠する公平観自体が相違している。それゆえ、両説の対立は千日手の様相を呈しているものと思われる。

学説の対立があるにせよ、わが国では、素因が減額事由とされ、過失相殺の類推適用等により減額されているのが実情である。しかし、かつての下級裁判例や素因原則不考慮説が指摘するように、被害者側に何らかの過失が必要なのではないだろうか。民法七二二条二項の文言からすると、被害者の損害賠償の額が減額されるのは、被害者に「過失」があったときに限られなければならないはずである。しかしながら、現在の判例理論及び学説の主流である過失相殺類推適用説は、「過失」と評価されえない事情を積極的に考慮しようとする。まさにそのための理論となっているといっても過言ではないであろう。現在の傾向でいうと、被害者に体質的素因ないし心因的要因があると認定されると、被害者が素因を有するに至ったことにつき被害者の側に非難されるべき点がなくとも、斟酌されるべきだとされる。素因の存在自体が減額事由であるとさえ感ぜられるところである。これは、素因を斟酌しないことは損害の公平な分担の理念に反するからだと説明されるが、はたしてそのような考慮が公平であるのかどうかは疑わしい。

二　裁判例において注意しなければならないのは、一口に素因といっても、被害者に帰責性のないものと、「過失」と評価される可能性のあるものとを混在させている点である。裁判例は、この二者を特に区別することなく一律に素因として減額事由としている(187)。前者は現在の学説での主たる議論対象であり、後者についてはとりたてて議論されるわけで

はない。そもそも「過失」と評価できるのであるから、民法七二二条二項の本来的対象であり、素因原則不考慮の立場から限定的に考慮することができる事由として挙げられるくらいである。しかし、ここで被害者の性格等の主観面に注目してみると、被害者の側に非難されるべき事情を見てとることができる。この点について斎藤教授は、心因性の場合における「損害軽減義務」の適用可能性について言及していた[188]。これは、素因斟酌を一定の場合に認める見解に通じる。この見解の挙げる心因性に被害者の帰責的要素が含まれている場合とは、「損害軽減義務」違反と評価しうるのではないだろうか。例えば、最高裁として初めて素因の斟酌を認めた最判昭和六三年四月二一日民集四六巻四号二四三頁では、「回復への自発的意欲の欠如」や「適切さを欠く治療を継続させた」ことも斟酌の要素とされている。これらは、自ら主体的に損害を拡大せしめていると評価することができ、損害軽減義務違反と評価しうるものと考えられる。なぜなら、心因的要因に関しては、被害者の心因性は人身損害の発生または拡大の原因として作用する精神的要素であり、精神的事情であるため被害者の意思活動と努力によって相当程度まで回避できる余地がある[189]、と考えられるからである。このような場合、被害者自らの不作為による不利益もまた、加害者に転嫁することは許されないであろう。加害者に損害を全て負担させることはまさに「公平」に反する結果を導き、妥当ではない。他方、体質的素因を有する被害者は、その体質的素因が症状として発症しないよう努めるべきであると考えられる。したがって、被害者の素因の問題を、被害者の損害拡大の回避可能性という面から評価することが重要であり、その意味で、素因斟酌の問題は、素因による拡大損害という側面から再度検討する必要があると思われる。

（1）我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、一九三七）二〇九頁、加藤一郎『不法行為法〔増補版〕』（有斐閣、一九七四）二四七頁、幾代通＝徳本伸一補訂『不法行為法』（有斐閣、一九九三）三二二頁。過失相殺の意義については、好美清光「交通事故訴訟における過失相殺の問題点」『実務民事訴訟講座三』（日本評論社、一九六九）二二七頁、西原道雄「過失相殺の思想」交通法研究一二号（一九八四）五頁、野村好弘「過失相殺の本質」『交通事故損害賠償の法理と実務』（ぎょうせい、一九八四）三七四頁を参照。

（2）因果関係を巡る議論に関しては、平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一）三六頁以下、同「因果関係論」有泉亨編『損害賠償法講座　一　総論』（日本評論社、一九七九）九七頁が詳しい。

（3）最高裁昭和六三年判決以前の裁判例については、小川竹一「心因的要因競合事例における因果関係の割合的認定の当否」判タ五六七号（一九八五）六二頁以下が詳細な分析を行っている。

（4）最判昭和六三年四月二一日民集四二巻四号二四三頁。

（5）最判平成四年六月二五日民集四六巻四号四〇〇頁。

（6）最判平成八年一〇月二九日交民二九巻五号一二七二頁。

（7）最判平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二四七四頁。

（8）野村好弘「因果関係の本質」『交通事故損害賠償の法理と実務』（ぎょうせい、一九八四）六二頁以下。

（9）倉田卓次「被害者の素因との競合」交通法研究一四号（一九八五）一〇三頁。

（10）中野貞一郎「相当因果関係の蓋然性と損害賠償額」別冊ジュリ（続民事訴訟法判例百選）（一九七二）一六九頁。

（11）橋本佳幸「過失相殺の法理の構造と射程（五・完）―責任無能力者の『過失』と素因の斟酌をめぐって―」法学論叢一三九巻三号（一九九六）二一頁以下。

（12）西垣道夫「『鞭打症』における損害算定上の諸問題」有泉亨編『現代損害賠償法講座　七　損害賠償の範囲と額の算定』（日本評論社、一九七四）三一八頁。

（13）窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、一九九四）三頁以下。

（14）前田陽一「不法行為法における『損害の公平な分担の理念』と素因減額論に関する一考察―被害者の素因の競合に関する最高裁判例を機縁として―」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題（下）』（有斐閣、一九九六）九二三頁以下。

（15）比較法的研究論文としては、窪田・前掲書注（13）三頁以下（ドイツ・イギリス・アメリカ）、能見善久「寄与度減責―被害者の素因の場合を中心として―」加藤一郎＝水本浩編『民法・信託法理論の展開』（弘文堂、一九八六）二三五頁以下（ドイツ）、前田・前掲注（14）九一二頁以下（ドイツ・フランス・スイス）、角田光隆「損害賠償の軽減―被害者の体質的素因―」早稲田大学大学院法研論集五二号（一九九〇）一四一頁以下（ドイツ）、松浦以津子「被害者の心因的『要因』と損害賠償（一）（二）」法経論集一二二号（一九九〇）一頁以下・一二四号（一九九〇）四三頁以下（イギリス）などがある。

（16）能見・前掲注（15）二一六頁。

（17）スイス法は素因の斟酌を極めて制限的であるが肯定している。スイス連邦最高裁判所の判例および学説は、体質的素因については、その競合によって異常に大きな反応が生じたときも相当性を最初から否定せず、賠償義務者が生じさせた原因と最終結果との間に明らかな不均衡が生じ、その結果、賠償義務者に全額を負担させることが不均衡であると思われるときは、債務法四三条と四四条によって減額すべきである、とする（齋藤修「過失相殺の規定の類推適用」佐藤進＝齋藤修編『現代民事法学の理論（上）』（信山社、二〇〇一）二一九、二二〇頁、同「スイス法における損害賠償額の決定（三）」民商法七八巻五号（一九七八）五五頁）。参考としてスイス債務法四三条及び四四条の規定を挙げておく。なお、条文訳に際して、同・民商法七八巻二号（一九七八）二一三頁を参照した。

《スイス債務法》

第四三条第一項：生じた損害について、賠償の種類および額を裁判官が決定するときは、裁判官は諸事情および過責の程度を評価しなければならない。

第四四条第一項：被害者が加害行為を承諾したか、または、被害者が責任を負わなければならない事情が、損害の発生もしくは増大に影響したか、または、賠償義務者の立場を更に加重したときは、裁判官は賠償義務を減免することができる。

第二項：故意または重大な過失によらずに損害を与えた賠償義務者が、賠償の給付のために窮迫状態になるときは、裁判官はこの理由によっても賠償義務を現ずることができる。

（18）前田・前掲注（14）八九三頁以下は、この点について、経緯・背景にさかのぼって検討している。また、損害賠償法上の「公平の理念」については、石橋秀起「賠償責任の割合的軽減と公平の理念（一）・（二・完）」立命館法學二七六号（二〇〇一）五一九頁、二七七号（二〇〇一）八四七頁がドイツ法との比較において詳細に検討している。

(19) これに対して、橋本教授は、帰責性の観点からの指摘自体は正当であるとするが、しかし、帰責事由のある被害者と帰責事由のない被害者との対比では、素因の程度・種類を問うことなくすべての結果を加害者が負担すべきという結論を導くことはできないとして、反論する。橋本・前掲注（11）八頁。

(20) Dulieu v. White & Sons (1901) 2K.B.669.

(21) 窪田・前掲書注（13）七一頁以下。エッグ・シェル・スカル・ルールに関しては、松浦・前掲注（15）が詳しい。

(22) RGZ 155, 37（ＲＧ一九三七年四月二六日判決）.

(23) 窪田・前掲書注（13）三頁以下、能見・前掲注（15）二三五頁以下、前田・前掲注（14）九一二頁以下、角田・前掲注（15）一四一頁以下など。

(24) 例えば、いわゆる「あるがまま判決」（東京地判平成元年九月七日判時一三四二号八二頁）は、素因原則不考慮説に立つ判断を下したが、その控訴審判決（東京高判平成三年二月二七日判時一三六五号九八頁）では原審を変更して素因を斟酌する判断を下している。

(25) *Lange, Herman/Schiemann, Gottfried,* Schadensersatz, 3.Aufl., 2003, §3 X 2d, S. 139f.; BGHZ 20, 137（ＢＧＨ一九五六年二月二九日判決）. ドイツ法における判例の整理は、窪田・前掲書注（13）二三頁以下を参照。

(26) 仮定的因果関係における素因の考慮については、樫見由美子「不法行為における仮定的因果関係と責任の評価（一）、（二）、（三）、（四）、（五）、（六・完）」判時一一二四号（一九八四）一七頁・一一二七号（一九八四）一七頁、一一三四号（一九八五）一二頁、一一五三号（一九八五）一七頁、一一六六号（一九八五）一八頁、一一八四号（一九八六）六頁、谷口聡「ドイツ不法行為法における素因不考慮の原則の再検討―仮定的因果関係の顧慮という視点からの考察―」法学研究論集（明治大学大学院法学研究科）八号（一九九八）一七一頁を参照。

(27) BGHZ 137, 142（ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決）.

(28) なお、当該判決の先行研究としては、塩原真理子「心因的要因が競合して発生した損害の帰責と賠償範囲―最近のドイツ裁判例を素材として―」東海法学四〇号（二〇〇八）一五八頁が挙げられる。

(29) *Oetker, Hartmut,* Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch Bd.2, §§241-432, 5.Aufl., 2007, §254 Rn. 50; *Grüneberg, Christian,* Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.7, 69.Aufl., 2010, §254 Rn. 39; *Looschelders, Dirk,* Die

Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S.315f., 窪田・前掲書注（13）二七頁以下。

（30）英米法においても、同様の法理が存在する。英米法における損害軽減義務は、“Avoidable Consequences Rule”あるいは“Mitigation”の法理と呼ばれる。この法理は、被害者が合理的な注意あるいは支出をすることによって回避または最小限に抑えることができたはずの、過失によって生じた損害に対する賠償金を被害者に与えることを否定する、と説明される。そこでは「比較過失（わが国の過失相殺に対応する）」と区別されて論じられており、比較過失制度が過失分配の原則（fault apportionment）であるのに対し、損害軽減義務は原因分配の原則（causal apportionment）とされている。*See,* Dan B Dobbs, *The Law of Torts,* 2000, at 510.

（31）MünchKomm/*Oetker,* a.a.O. (Fn. 29), §254 Rn. 76.

（32）代表的なものとしては、谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務―Avoidable consequences の理論の示唆―」川島武宜編『損害賠償責任の研究　上』（有斐閣、一九五七）二三五頁、齋藤修「過失相殺・損害軽減義務違反・損益相殺」法教二三一号（一九九九）一六、一七頁、大西邦弘「不法行為法における損害軽減義務―債権法（不法行為法）改正への基礎調査としてのイングランド法研究―」廣島法学三四巻一号（二〇一〇）一七頁が挙げられる。なお、債権法における損害軽減義務については、吉田和夫「債権者の損害避止義務及び損害拡大防止義務について」ジュリ八六六号（一九八六）七八頁、内田貴「強制履行と損害賠償―『損害軽減義務の観点から』―」曹時四二巻一〇号（一九九〇）一頁、齋藤彰「損害軽減義務と損害賠償算定の基準時」私法五五号（一九九三）二〇四頁以下、森田修『契約責任の法的構造（有斐閣、二〇〇六）』一八三頁以下（第四章　英米法における「損害軽減義務」）、吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務　履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会、二〇一〇）等を参照。

（33）裁判例において損害軽減義務法理は、過失相殺の名の下に取り扱われている（平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、一九九二）一五六頁）。例えば、東京地判昭和三八年四月二六日判タ一四五号一五八頁（入院中医師等の指示に従わなかったために患部が悪化した例）、大阪地判昭和四七年一月一三日判タ二七六号三三三頁（初期の安政治療をしなかった例）などが挙げられる。なお、平井教授は、最判昭和六三年四月二一日民集四二巻四号二四三頁は損害発生後に生ずる損害軽減義務違反（損害拡大防止義務違反）として過失相殺が認められるべき事案であったと評する（同一六〇頁）。物損の事例においては、損害軽減義務違反を認めた事例も若干ながら存在する。例えば、大阪地判昭和六二年一月二九日交民二〇巻一

号一五四頁は、交通事故によって損壊した自動車の修理のための代車費用に関して、被害者としても信義則上、損害の拡大を最小限に抑える義務があるとし、また、岡山地判平成二年九月二〇日交民二三巻五号一一八九頁は、事故の被害車の修理中の代車費用に関して、損害が拡大することを抑止する義務があることを考慮している。最近では、最高裁平成二一年一月一九日民集六三巻一号九七頁が、損害軽減義務違反に基づき賠償範囲を制限している。

(34) 素因を考慮する際の具体的考慮要素については、城内明「判例における『損害の公平な分担』概念（一）（二）（三）（四）（五）（六）完」早稲田大学大学院法研論集一一四巻（二〇〇五）二二六頁、一一五巻（二〇〇五）三一八頁、一一六巻（二〇〇五）三四二頁、一一七巻（二〇〇六）二九八頁、一一八巻（二〇〇六）一六八頁、一一九巻（二〇〇六）八五頁、同「不法行為法における『傷つきやすい被害者』―セクシュアル・ハラスメント訴訟の分析―」早稲田法学八四巻三号（二〇〇九）四〇三頁が詳細に分析をする。

(35) 吉村良一・民商法一〇一巻一号（一九八九）一二五頁。

(36) 西垣・前掲注（12）三一八頁。

(37) 「素因」及び「疾患」（最判平成四年六月二五日民集四六巻四号四〇〇頁）について、船橋氏が医師としての立場から、最判平成八年一〇月二九日同日付二判決を題材として言及している。特に「疾患」については、病気は持っているが本人に既往症もなく、自覚症状もなかったり他人からもわからなかったりする場合の「健康な病人」である場合の判断の困難さが指摘されている（船橋忠「素因に関する平成八年一〇月の最高裁二判決を巡る臨床医学的考察」判タ九四七号（一九九七）九一頁）。

(38) 窪田充見「損害賠償法における原因競合の問題」判タ六六八号（一九八八）二三頁。

(39) 北河隆之「素因減責論の新展開」判タ九四三号（一九九七）六七頁。

(40) 板倉豊治「医療過程と裁判」判時七二二号（一九七四）五頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為　中・下巻』（青林書院、一九八五）四五八頁。

(41) 能見・前掲注（15）二二六頁。

(42) 能見・前掲注（15）二二九頁。

(43) 熊本地八代支判昭和四八年一〇月二三日交民六巻五号一六七三頁（老人性脊椎変形症）、浦和地熊谷支判昭和五〇年八月

二〇日交民八巻五号一三七三頁（老化による変形性頸椎症）、東京地八王子支判昭和五〇年九月一七日交民八巻五号一三七三頁（加齢による変形頸頚椎症）、大分地中津支判昭和五一年七月三〇日交民九巻四号一一〇四頁（高齢による脳軟化・全身衰弱）等。

(44) 仙台高判昭和五七年三月一〇日交民一五巻二号三四六頁。

(45) 加藤了「むち打ち損傷に関する諸問題―過剰診療をも含めて」『交通事故―実態と法理』（ジュリ増刊総合特集8号）（有斐閣、一九七七）一五五頁、清水淳「臨床医の立場から見たむち打ち損傷の問題」『交通事故訴訟の理論と展望』（ぎょうせい、一九九三）二七五頁、西垣・前掲注（12）三〇九頁、北河隆之「いわゆる『鞭打ち症』に関する『賠償医学』的アプロウチに対する批判的検討」判タ七一九号（一九九〇）四五頁など。

(46) 小川・前掲注（3）八六頁以下が詳しい。

(47) 長谷川貞之「素因減責論の新展開に見る過失相殺法理の拡張的適用の意義」駿河台法学一一巻二号（一九九八）八六、八七頁。

(48) 大（連）判大正一五年五月二二日民集二四輯一六五八頁（富喜丸事件）。

(49) 判例の整理については、前田陽一・判批・法協一一〇巻八号（一九九三）一二二八頁以下を参照されたい。

(50) 例えば、大阪地判昭和四三年一〇月三一日判タ二二八号一九九頁。

(51) 東京地判昭和四五年六月二九日判時六一五号三八頁は、再発後の症状と事故との因果関係につき七〇パーセントの肯定の心証を持って十分であるとして、相当因果関係を七〇パーセントと認定している。なお、当時、本判決に対しては、賛成意見が多かったようである。例えば、淡路剛久・判批・判評一四八号（判時六二七号）二〇頁以下、沢井裕・法時四三巻八号一二〇頁、中野・前掲注（10）一六八頁など。とくに、中野・前掲注（10）一六九頁は、本判決の検討を通じて過失相殺類推適用説を提唱したことで注目される。なお、柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況（四）－ローゼンベルク＝シュヴァープ『民事訴訟法』一〇改訂版を通して－」ジュリ五〇一号（一九七二）一二二頁注（九）は、本判決に対して批判的である。

(52) 名古屋地判昭和五八年三月三〇日判時一一二二号一〇三頁。

(53) 体質的素因に関して、東京地判昭和四六年八月二八日交民四巻四号一二三八頁（年齢及び職業に由来する体質的素因）、大阪地判昭和四七年三月三〇日判タ二七八号二一八頁（頚椎の老化現象）、心因的要因に関して、函館地判昭和四八年三月

一二日交民六巻二号四三八頁など。

(54) 津地裁四日市支判昭和四九年六月一八日交民七巻三号九一〇頁、札幌地判昭和五一年一二月八日交民九巻六号一六六五頁、広島地判昭和五八年四月二八日交民一六巻二号五九四頁などが挙げられるが、下級裁でもあまり多くは見られない。

(55) 東京地判昭和五九年一月一七日判時一一〇六号八六頁（最判平成四年六月二五日民集四六巻四号四〇〇頁第一審判決）、岡山地判昭和五九年五月二二日交民一七巻三号六六七頁など。なお、過失相殺類推適用構成に類する準用構成を採る例も見られた（神戸地判昭和五五年六月一二日交民一三巻三号七四三頁）。

(56) 小川・前掲注（3）六八頁以下の心因性関連判決一覧表を参照されたい。

(57) 東京地判昭和六〇年五月一〇日判時一二〇二号七九頁。

(58) 大阪地判昭和六〇年八月一六日交民一八巻四号一〇六三頁。

(59) 静岡地沼津支判昭和六三年四月二〇日判タ六七八号一二二頁。

(60) 本判決文中の「加害者は被害者のあるがままを受け入れなければならない」という文言は、比較法的にみて、英米法の素因不考慮原則を参照したものと思われる。英米法の素因不考慮原則については、窪田・前掲書注（13）三〇頁以下、松浦・前掲注（15）、樋口範雄・判批・判評三五八号（判時一二八八号）（一九八八）五八頁が詳しい。

(61) 横浜地判平成二年七月一一日判時一三八一号七六頁。東京高判平成三年二月二七日判時一三六五号九八頁は、原審の「あるがまま判決」を変更し、被害者の特異な疾病等の体質的要因を考慮して頚髄症の発症に対する事故の寄与度を六〇％と認定して、寄与度の限りにおいて賠償額を減額している。

(62) 最判平成八年一〇月二九日交民二九巻五号一二七二頁。

(63) 本判決の判例評釈および本判決を中心とした判例研究としては、窪田充見・判評三五八号（判時一二八八号）（一九八八）四九頁、吉村・前掲注（35）一二一頁、小賀野晶一「むち打ち症に対する法的対応」ひろば四一巻八号（一九八八）五六頁、同「むち打ち症被害者の適正救済と割合的認定」判タ六七四号（一九八八）四四頁、渡辺富雄・判時一二九九号（一九八八）三頁、新美育文・ジュリ臨時増刊九三五号（昭和六三年度重要判例解説）（一九八九）八二頁、能見善久・法教九七号（一九八九年）八二頁、飯塚和之・法教判例セレクト'88年（一九八九）二四頁、松本恒雄・法セ四〇九号（一九八九）一〇〇頁、齋藤修・法時六一巻五号（一九八九）一〇八頁、河村吉晃・判タ七〇六号（一九八六）一〇〇頁、水野謙・北大法学論集

四〇巻四号（一九九〇）一一〇五頁、吉川日出男・札幌学院法学六巻一号（一九九〇）一二九頁、小倉顕・『最高裁判例解説民事編昭和六三年度』（法曹会、一九九一）一七五頁など。

(64) 東京地判昭和五一年一一月一五日交民九巻六号一五五四頁。

(65) 東京高判昭和五八年九月二九日判タ五一五号一四三頁。

(66) 本判決の射程につき、心因的要因以外の一般的素因にも及ぶかについては、学説は心因的要因に限られるとするものが多い。例えば、窪田・前掲注（63）二〇五頁、吉村・前掲注（35）一三三頁、新美・前掲注（63）八三頁、河村・前掲注（63）一〇〇頁、松本・前掲注（63）一〇〇頁、吉川・前掲注（63）一三六頁、小倉・前掲注（63）八六頁など。

(67) 同旨、田口文夫「『素因』の斟酌に関する基礎的考察－交通事故事例を中心に－」専修法学九八号（二〇〇六）六三頁。

(68) 例えば、東京高判平成三年二月二七日判時一三八六号九八頁は、「体質的要因も被害者に存した特異な事情であるという点において、心因的要因と変わりがない」として賠償額を減額しており、また、和歌山地判昭和六三年一二月一九日交民二一巻六号一二八二頁も、頸部椎間板症の既往症について「心因的要因」と区別する根拠はないとして、賠償額を減額している。

(69) 本判決の判例評釈および本判決を中心とした判例研究としては、北川隆之「交通事故と被害者の罹患していた疾患との原因競合」判タ七九七号（一九九二）二二頁、同・ジュリ一〇二四号（平成四年度重要判例解説）八九頁、吉村良一・判評三〇八号（判時一一二三号）（一九九二）二八頁、窪田充見・民商法一〇九巻一号（一九九三）九五頁、同・法学教室判例セレクト'92（法学教室一五〇号別冊付録）（一九九三）二六頁、後藤巻則・法セ四六三号（一九九三）三九頁、前田・前掲注（49）一二二四頁、松村弓彦・ＮＢＬ五一四号（一九九三）六〇頁、本井巽・私法判例リマークス七号（法律時報別冊）（一九九三）五六頁、齋藤修・法時六六巻四号（一九九四）一〇二頁、滝澤孝臣・ジュリ一〇五三号（一九九四）七〇頁、同・曹時四六巻八号（一九九四）一六六七頁、田村洋三・判タ八五二号（一九九四）八六頁、手嶋豊・別冊ジュリ（民法判例百選Ⅱ〔第四版〕）二〇二頁、児玉康夫・別冊ジュリ一五二号（交通事故判例百選〔第四版〕）四八頁などがある。

(70) 東京地判昭和五九年一月一七日民集四六巻四号四〇九頁。

(71) 東京高判昭和六三年四月二五日民集四六巻四号四二八頁。

(72) 長谷川・前掲注（47）九四頁。

(73) もっとも、本判決が賠償額算定にあたり「疾患」を斟酌することができるとしたことについては、学説からは批判が多いところである。例えば、前田・前掲注(49)一一〇頁は、本判決が賠償額減額の根拠を「損害の公平な分担」に求めていることについて、「きわめて簡単でトートロジカルなことしか述べていない」と厳しく批判する。

(74) 浦川道太郎「共同不法行為・過失相殺・被害者の素因・原因競合」法教一六四号三五頁。

(75) 本判決の判例評釈及び本判決を中心とした判例研究としては、高崎尚志「素因に関する平成八年一〇月二九日の最高裁二判決をめぐって」判タ九四七号(一九九七)七八頁、加藤了「一　被害者の体質的要因についての最判(一)　二　被害者の身体的特徴についての最判(二)」判タ九四七号(一九九七)八五頁、船橋・前掲注(37)九一頁、八島宏平「素因に関する平成八年一〇月二九日の最高裁二判決をめぐって」判タ九四七号(一九九七)九三頁、倉科直文・別冊ジュリ一五二号(交通事故判例百選〔第四版〕)(一九九九)五二頁、萩原秀紀・判タ一〇三三号(二〇〇〇)一六九頁など。

(76) 大阪地判平成二年五月一一日自保ジャーナル一一七三号。

(77) 大阪高判平成五年五月二七日自保ジャーナル一一七三号。

(78) 倉科・前掲注(75)五三頁。

(79) 本判決の判例評釈及び本判決を中心とした判例研究としては、古笛恵子・判タ九四七号(一九九七)六五頁、小賀野晶一・判タ九四七号(一九九七)七一頁、藤村和夫・判評四六四号(判時一六〇九号)(一九九七)一九四頁、前田陽一・法教二〇一号(一九九七)一一二頁、窪田充見・ジュリ一一三号(平成八年度重要判例解説)(一九九七)八四頁、同・別冊ジュリ一九六号(民法判例百選Ⅱ〔第六版〕)(二〇〇九)一九〇頁、橋本佳幸・民商法一一七巻一号(一九九七)九一頁、長沢幸男・曹時五〇巻一〇号(一九九八)二五四七頁、浦川道太郎・私法判例リマークス一六号(一九九八〈上〉)(法律時報別冊)(一九九八)六四頁、久保野恵美子・法協一五五巻三号(一九九八)四一〇頁、山田誠一・別冊ジュリ一五二号(交通事故判例百選〔第四版〕)(一九九九)五〇頁、錦織成史・民法の基本判例〔第二版〕(法学教室増刊)(一九九九)一八七頁、塩崎勤・判タ一〇三三号(二〇〇〇)一六五頁、良永和隆・民事研修六〇七号(二〇〇七)八二四頁など。

(80) 宮崎地延岡支判平成三年一月二二日民集五〇巻九号二四九〇頁。

(81) 福岡高判平成四年一二月二五日民集五〇巻九号二四九二頁。

(82) 他方で、最高裁は、心因的要素について、「心因的要素を斟酌すべきか否かはさておき」として、判断を留保している。

（83）橋本・前掲注（79）九一頁。橋本教授は、本判決において最高裁が平成四年判決の射程を「疾患」に限定したことにつき、素因斟酌反対説の有力化が色濃く反映したものと捉えている。

（84）北河・前掲注（39）六七頁。窪田・別冊ジュリ一九六号（前掲注（79））一九〇頁。

（85）古笛・前掲注（79）六八頁以下、小賀野・前掲注（79）七二頁以下など。

（86）この点につき、古笛弁護士は、本判決はそもそも事実として素因が損害の拡大に寄与しているとは認定できないからであり、事実レベルで素因の存在あるいは素因の寄与が認められないとして解決すべきであるとし（古笛・前掲注（79）六九頁）、また、小賀野教授も、本判決では寄与度が十分証明されていないため、そもそも寄与度を認めるべき事案ではなかったとする（小賀野・前掲注（79）七二頁）。

（87）窪田・別冊ジュリ一九六号（前掲注（79））一九一頁。

（88）錦織・前掲注（79）一九一頁。

（89）もっとも、下級裁判例では、法律構成はどうであれ、被害者の素因を理由とする賠償額の減額は広く行われていた。瀬川信久・判批・判タ一〇四六号（二〇〇一）七四頁を参照。

（90）本判決の判例評釈及び本判決を中心とした判例研究としては、八木一洋・曹時五二巻九号（二〇〇〇）二八五八頁、田中清定「『過労自殺』事件に係る最高裁判決について」関東学院大学法学紀要二〇号（二〇〇〇）二一七頁、青野博之・法教二三九号（二〇〇〇）一二四頁、同・私法判例リマークス二三号（二〇〇一〈下〉）（法律時報別冊）（二〇〇一）五四頁、大内伸哉・ひろば五三巻一〇号（二〇〇〇）四三頁、西村健一郎・労働判例七八三号（二〇〇〇）六頁、川人博・労働法律旬報一四七九号（二〇〇〇）六頁、三柴丈典・労働法律旬報一四九二号（二〇〇〇）三四頁、高橋眞・判評五〇二号（判時一七二五号）（二〇〇〇）二二四頁、根本到・法時七三巻四号（二〇〇一）八八頁、笠井修・ＮＢＬ七二〇号（二〇〇一）七八頁、瀬川・前掲注（89）・七四頁、下村正明・判例セレクト'00（法学教室二四六号別冊付録）（二〇〇一）三六四頁、樫見由美子・ジュリ一二〇二号（平成一二年度重要判例解説）（二〇〇一）七一頁、石田剛・法セ五五六号（二〇〇一）一〇八頁、野村好弘ほか「過労死と企業の損害賠償責任（電通過労死自殺事件）」賠償科学三〇号（二〇〇三）一一五頁、小畑史子・民商法一三〇巻二号（二〇〇四）三五八頁、小賀野晶一「過労自殺と因果関係－電通事件裁判例の分析－」賠償科学三四号（二〇〇六）四九頁、木ノ元直樹「過労自殺と安全配慮義務」賠償科学三四号（二〇〇六）六四頁、宮里邦雄

＝高井伸夫＝千種秀夫・労働判例九三五号（二〇〇七）九二頁、金丸義衡「安全配慮義務違反における『素因減額』」香川法学二八巻三・四号（二〇〇九）四〇七頁などを参照。

(91) 東京地判平成八年三月二八日判時一五六一号三頁。

(92) 東京高判平成九年九月二六日判時一六四六号四四頁。

(93) 石田・前掲注（90）一〇八頁。

(94) 樫見・前掲注（90）七一頁。

(95) 田中・前掲注（90）二一七頁は、そうであるならば、過失相殺を類推適用するまでもないことを説くだけで足りたであろうと評する。

(96) 高橋・前掲注（90）二二九頁以下は、この問題につき、安全配慮義務としての健康診断について名古屋地判昭和五六年九月三〇労判三七八号六四頁（住友林業事件）を例として、次のように指摘する。すなわち、使用者の行う健康診断は、専ら労働者の健康管理を目的とするものではなく、適切な物的・人的配置により円滑な業務を進めるための業務管理の一環であり、その意味で健康診断は労働者保護の趣旨を持つことになるが、その範囲は、労務指揮に伴うものである以上、使用者の支配する領域・設備・器具や使用者の労務指揮・監督に伴う危険に関係する範囲に限られることになり、それ以上の労働者の健康管理に対する使用者の関与は、安全配慮義務ではなく、福利厚生活動の面から捉えられるべきであろう、と。また、下村・前掲注（90）三六四頁も、労働者が使用者の指揮命令に反して自己管理を懈怠したなどの事情があって初めて減責処理を妥当としうるのではないかとする。

(97) この点については、野村ほか・前掲注（90）一一五頁以下の伊藤発言が示唆的である。伊藤氏は、本件は労災保険が機能している領域であり、かつ、任意保険によってもカバーされていることに鑑みると、裸の民事責任が機能するのではなく、ファンド（保険）が機能して危険分散が図られている事案であるとみている。そうすると、現代の企業は被害者の精神的危険を前提とし、その危険が発生したときのために保険をかけているのだから、被用者の素因や脆弱性は保険の中での危険分散によって解決されるものであり、そのような現代社会では素因を余り強調する必要はないと考えている。保険による危険分散という視点からの重要な指摘である。ただし、現代社会において保険が、素因の危険を分散する機能を有しているか、またはそのような機能を果たし得るかについては、別途検討を要する。

（98）本判決の判例評釈及び本判決を中心とした判例研究としては、高田淳・法学セミナー六四四号（二〇〇八）一三二頁、仮谷篤子・速報判例解説五号（法学セミナー増刊）（二〇〇九）六五頁、中山布紗・法時八一巻四号（二〇〇九）一一六頁、寺沢知子・民商法一三九巻四・五号（二〇〇九）五五七頁、中澤文彦・季刊労働法二二六号（二〇〇九）二一九頁などを参照。

（99）札幌地判平成一七年三月九日判タ一二一四号二〇五頁。

（100）札幌高判平成一八年七月二〇日労判九二二号五頁。

（101）寺沢・前掲注（98）五六一頁。

（102）最判昭和三四年一一月二六日民集一三巻一五六二頁。

（103）四宮・前掲書注（40）六二三頁。

（104）大判昭和三年八月一日民集七巻六四八頁及び本判決が引用する最判昭和四一年六月二一日民集四二巻四号二四三頁。

（105）高田・前掲注（98）一三二頁。

（106）高田・前掲注（98）一三二頁は、これを前提に使用者の減責に反対する。

（107）個人情報保護及び守秘義務に関わる問題については、日本賠償科学会第五五回研究会（二〇〇九年一二月五日於ホテルプリングス幕張）における大野和人報告（「企業の安全配慮義務に関する一考察」）及び安西愈報告（「労災訴訟と損害賠償に関して～法律家の立場より～」）に示唆を受けた。また、野村ほか・前掲注（90）一二六頁以下でも、産業医の守秘義務に関わる困難さが議論されている。

（108）寺沢・前掲注（98）五五七頁。

（109）相関的な判断といえば、違法性関連ないし危険性関連の量の観点から素因の斟酌を基礎づける橋本説（領域原則説）が想起される（橋本・前掲注（11）二四頁以下。）。本判決の立場は、橋本説に接近するものと思われる。

（110）中澤・前掲注（98）二一九頁。

（111）吉村・前掲注（35）一二五頁。

（112）齋藤修・法時五七号三号（一九八五年）一二六頁、同「過失相殺の規定の類推適用」（前掲注（17））二二七頁。

（113）小川・前掲注（3）六八頁以下の心因性関連判決一覧を参照。

（114）吉村・前掲注（35）一二六頁。

(115) 同旨、倉田・前掲注（9）九六頁、加藤新太郎「因果関係の割合的認定」塩崎勤編『交通損害賠償の諸問題』（判例タイムズ社、一九九九）一二八、一二九頁、田口・前掲注（67）五三頁。

(116) 倉田・前掲注（9）九六頁、同「交通事故訴訟における事実の証明度」『民事交通訴訟の課題』（日本評論社、一九七〇）一六〇頁以下参照。

(117) 東京地判昭和四五年六月二九日判時六一五号三八頁。なお、本件では、被害者は、不法行為後約二年を経過した後に発作（ヒステリー発作の疑い）を起こしており、かつ、当該発作は被害者の素因に由来するものと考えられることから、被害者の損害賠償請求権を可分なものであるとして、因果関係を割合的に認定すべきだとされている。

(118) 中野・前掲注（10）一六九頁。

(119) 中野・前掲注（10）一六九頁。

(120) 平井「因果関係論」（前掲注（2））一一一頁。

(121) 山本矩夫「責任および損害の割合的認定」ジュリ五二六号（一九七三）一二五頁。

(122) 窪田・前掲書注（13）五〇頁。

(123) 確率的心証論と素因減責論との区別に触れるものとして、窪田・前掲書注（13）五〇頁、幾代＝徳本・前掲書注（1）一五七頁注（8）、前田・前掲注（49）一二二八頁、田口・前掲注（67）四七、四八頁など。

(124) 野村・前掲注（8）六二頁以下。

(125) 平井『理論』（前掲書注（2））一三六頁。

(126) 野村・前掲注（8）六三頁。

(127) 吉村・前掲注（35）一二六頁。

(128) 平井「因果関係論」（前掲注（2））一一一頁。

(129) 淡路剛久・交民一六巻索引・解説号三八六頁。

(130) 倉田・前掲注（9）一〇〇頁。

(131) 田邨正義「交通事故訴訟の処理上の問題点」鈴木忠一＝三ケ月章監修『新・実務民事訴訟講座五』（日本評論社、一九八二）四五頁。

(132) 能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察（八・完）」法協一〇二巻一二号（一九八五）二一九八頁以下。
(133) 能見・前掲注（15）二五〇頁。
(134) 能見・前掲注（15）二五一頁。
(135) 窪田・前掲書注（13）六四頁。
(136) 橋本・前掲注（11）八、九頁。
(137) 筆者が調べた限りでは、現在のところ、北川善太郎教授が唯一の支持者である。同『債権各論（民法講要Ⅳ）〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇三）二八八頁では、過失相殺類推適用構成に対して、被害者の素因を被害者の「過失」とするのは類推適用のための法律論であると割り切れるのかと疑問を呈し、むしろ信義則による賠償責任の調整問題とみるべき場合が多いであろうとする。
(138) 中野・前掲注（10）一六九頁。中野教授の主張は、確率的心証論を採用した東京地判昭和四五年六月二九日判時六一五号三八頁における相当因果関係の割合的認定につき、法形式として過失相殺の規定を類推適用するというものであり、これをもって、損害の公平な分担という制度理念に直結することができ、また、素因の斟酌の有無・程度を裁判所の自由裁量にかからせるという点にある。しかし、素因の斟酌を原因相殺（因果減殺）と捉えたとしても、それが直ちに類推を正当化するとは思われず、もっぱら法形式の借用であるとの評価を免れない。
(139) 平井「因果関係論」（前掲注(2)）一一〇頁。なお、平井教授は、法律構成として過失相殺の類推適用を支持するものであり、素因を斟酌することについては否定的である。同『不法行為』（前掲書注（2））一五九、一六〇頁。
(140) 齋藤修「損害賠償と被害者の体質的素因」商大論集三七巻四号（一九八五）二七頁、同「鞭打ち症における損害賠償減額の法理―体質的素因と心因性を中心として―」商大論集四〇巻四＝五号（一九八九）五四七頁など。
(141) 心因的要因の競合につき最判昭和六三年四月二一日民集四二巻四号二四三頁、体質的素因につき最判平成四年六月二五日民集四六巻四号四〇〇頁。
(142) 西垣・前掲注（12）三一七頁。
(143) 倉田・前掲注（9）九四頁。
(144) 齋藤（修）・前掲注（63）一一一頁。

(145) 同旨、吉村良一・判評三〇八号（判時一一二三号）（一九八四）一九四頁、執行秀幸「事故と被害者の素因」法時五七巻八号一三二頁など。

(146) 西垣・前掲注（12）三一七頁、吉村・前掲注（145）一九四頁は、「自己の体質を認識しつつ適切な処置をしなかった場合」、あるいは「素因の放置や素因を抱えながら当該活動を行うこと」が「不注意」と評価される場合であるとする。

(147) 四宮・前掲書注（40）四五七頁。

(148) 四宮・前掲書注（40）四五七、四五八頁。

(149) 領域原則に関しては、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程（四）－責任無能力者の『過失』と素因の斟酌をめぐって－」法学論叢一三七巻六号（一九九五）三六頁以下を参照されたい。

(150) 橋本・前掲注（11）二四頁以下。

(151) 橋本・前掲注（11）三三頁注（66）。

(152) 潮見佳男『不法行為法』（信山社、二〇〇四）三二三頁。

(153) 潮見・前掲書注（152）三二三頁。

(154) 近江幸治『民法講義Ⅵ〔第二版〕』（弘文堂、二〇〇七）一九七頁。

(155) 齋藤（修）「過失相殺の規定の類推適用」（前掲注（17））二三〇頁以下。

(156) 損害軽減義務については、齋藤修「過失相殺法理の現代的課題」林良平編『谷口知平先生追悼論文集三　財産法　補遺』（信山社、一九九三）二七六頁参照。

(157) 西垣・前掲注（12）三〇九頁以下、加藤了「交通訴訟における因果関係－被害者の体質・素因の競合を中心として－」交通法研究五号（一九七六）一四七頁以下、倉田・前掲注（9）九三頁以下、窪田・前掲書注（13）三頁以下、前田・前掲注（14）八九三頁以下など。

(158) 窪田・前掲書注（13）七六頁、吉村・前掲判評（145）三一頁。

(159) この点を指摘するものとして、東京地判昭和五〇年一月一六日交民八巻一号四八頁等。

(160) 窪田充見「過失相殺の基本的考え方」交通法研究三〇号（過失相殺の諸相）（二〇〇二）二七頁以下がこの点における素因原則考慮説の問題点を的確に指摘する。

(161) 窪田・前掲書注（13）七四頁。
(162) 窪田・前掲書注（13）七二頁以下、同・前掲注（160）一八頁以下。
(163) 窪田・前掲注（160）一九頁。
(164) この加害者間の公平を重視する公平感につき、執行秀幸「過失相殺の適用拡大の背景と論理」『二一世紀の民法―小野幸二教授還暦記念論集―』（法学書院、一九九六）一〇七頁は、交通事故事例に限ってではあるが、無過失責任に近い自賠法三条のもとで過失相殺の適用が拡大していったのは何故かという問題提起から、素因競合の問題についても加害者間の公平が重視されていることを指摘する。すなわち、「加害者の立場からすれば、通常の被害者と比較すると、当該被害者に素因があったために損害が拡大しているような場合にも、そのすべてを賠償しなければならないとすれば、公平でないと感じられるであろう。その不公平感は、素因のない通常の被害者に損害を与えた加害者とわが身を比較して生ずるものである。つまり、加害者間の公平の視点からみて素因が考慮されなければ不公平と感ずるのである」（一一〇・一一一頁）。そして、このような加害者間の公平の重視の背景として、第一に過失相殺の定型化を挙げる。すなわち、過失相殺の定型化による裁判の予測しやすさから示談の容易化及び迅速妥当な解決が期待され、そのような要請と保険的発想からの要請から、加害者間の公平が重視されていったといえるとする（一一二頁）。また、加害者の責任が厳格となったこととのバランス上、被害者の過失相殺の要件も緩和すべきとの論理（バランス論）との関係から、交通事故事例における加害者と被害者の立場の互換性故に、過失相殺の適用が拡大され被害者にとって一見不利益のようであっても、公平だと言えるとして、過失相殺の適用の拡大、すなわち、加害者間の公平の重視は正当化されうるとしている（一一七頁）。加害者間の公平が重視されるようになった背景について的確な指摘といえるが、素因競合の事例についても、過失相殺の定型化やバランス論から加害者間の公平を重視することには問題があると思われる。
(165) 窪田・前掲注（160）二一頁。
(166) 能見・前掲注（15）二五一頁、瀬川信久「不法行為における過失相殺の拡張」法教一四五号（一九九二）八五頁。
(167) 橋本・前掲注（11）七、八頁。
(168) 橋本・前掲注（11）八頁。
(169) 橋本・前掲注（11）八頁。

(170) 橋本・前掲注（11）八、九頁。
(171) 橋本・前掲注（11）九頁。
(172) 田邨正義「被害者の体質的素因と割合的認定」『交通事故賠償の理論と実際』（一九八四）一一六頁。
(173) 田邨・前掲注（172）一一八頁以下。
(174) ただし、過失相殺の類推適用構成の適否については言及されていないため、法律構成としてはいかなるものを採るべきかは明らかではない。
(175) この点につき、橋本・前掲注（11）一八頁は、田邨弁護士の準則を高く評価しつつも、「日常的外力による発現の蓋然性」については、必要性が疑わしく、蓋然性がどうであれ、現実に素因が競合した場合には、「身体侵襲の危険性の射程範囲」を逸脱する損害はすべて被害者に負担させて良いとする。
(176) 瀬川・前掲注（166）八五頁は、素因のような意思が作用しない事情にまで過失相殺を拡張すべきでないとする。被害者の素因に対する行為統制という「意思」を重視する見解であると思われる。
(177) 窪田・前掲書注（13）四七頁以下。
(178) 窪田『不法行為法』（有斐閣、二〇〇七）四〇二頁。
(179) この被害者の行動の自由という観点は、ドイツ法並びに英米法における素因不考慮命題を支える基本思想である（窪田・前掲書注（13）八二頁以下参照。）。
(180) 窪田・前掲書注（13）八三頁、同・前掲書注（178）四〇二頁。
(181) 窪田・前掲書注（13）七六頁以下参照。
(182) 潮見・前掲書注（152）三二四頁以下。
(183) 吉村・前掲注（35）一二九頁。
(184) 吉村良一『不法行為法〔第四版〕』（有斐閣、二〇一〇）一八〇頁。同様の指摘をするものとして、西垣・前掲注（12）三一七頁。
(185) 吉村・前掲書注（184）一八〇頁。
(186) 小川・前掲注（3）六五頁以下は、これをもって過失相殺に適合的であるとする。なお、ここで具体例として挙げた被

害者の治療態度の問題については、山田卓生「損害への被害者の関与―特に治療態度について―」佐藤進＝齋藤修編『現代民事法学の理論（下）』（信山社、二〇〇二）二七七頁以下が包括的な研究を行っている。

(187) 中野・前掲注（10）は、むしろ、過失相殺の類推適用というかたちをとることで過失相殺と一括して処理する方向が望ましいと考えているようである。

(188) 齋藤（修）「過失相殺の規定の類推適用」（前掲注（17））二三〇頁以下。

(189) 齋藤（修）「過失相殺の規定の類推適用」（前掲注（17））二三〇頁。

※本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「損害賠償法における素因の位置」（二〇一一年三月二四日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり平成二一－二二年度科学研究費補助金（研究活動スタート支援）（二一八三〇〇〇二）の支援を得た。また、加筆・修正にあたり、平成二三－二五年度科学研究費補助金（若手研究（B））（二三七三〇〇七八）の援助を受けている。

論　説

企業不祥事と取締役の民事責任（五・完）

――法令遵守体制構築義務を中心に――

南　健悟

第一章　日本法における問題点
序文
第一節　取締役の監督義務序論―監督義務の法的根拠と法令遵守体制構築義務
第二節　本稿の検討対象

第三節　法令遵守体制構築義務に関する裁判例の変遷と法制度
第四節　法令遵守体制構築義務をめぐる学説
第五節　本稿の検討対象と従来の裁判例・立法・学説における議論
第六節　考察の順序
第二章　アメリカにおける取締役の法令遵守体制構築義務の歴史的展開
第一節　序論―アメリカにおける取締役の監督義務
第二節　Graham v. Allis-Chalmers 事件判決―法令遵守体制構築義務の否定
第三節　内部統制システム・法令遵守体制に関する議論の展開
第四節　Caremark 事件判決―法令遵守体制構築義務の肯定
第五節　小括
第三章　「誠実性の欠如」の意義―取締役の誠実義務と監督の懈怠
第一節　取締役の信認義務の動揺
第二節　取締役の誠実性（Good Faith）・誠実義務（Duty of Good Faith）
第一款　裁判例の展開
（一）デラウェア州最高裁判所における展開
（二）デラウェア州衡平法裁判所における展開
（三）Disney 事件判決
（四）Stone v. Ritter 事件判決
第三節　取締役の監督義務と忠実義務
第四節　小括
第四章　Caremark 事件判決における審査基準の検討
第一節　検討対象
第二節　Caremark 事件判決における審査基準とその評価

（以上、六一巻三号）

（以上、六一巻四号）

（以上、六一巻五号）

第三節　Caremark 事件判決以後の裁判例
第四節　取締役の責任強化？
第五節　小括
第五章　Red-Flag 対処義務
第一節　Red Flag 対処義務の内容と位置づけ
第一款　Red Flag 対処義務の内容
第二款　Red Flag 対処義務の位置づけ
第二節　Red Flag 対処義務が争われた裁判例
第一款　裁判例
（一）McCall v. Scott 事件判決
（二）In re Abbott Laboratories 事件判決
第二款　裁判例の検討
（一）提訴請求の無益性
（二）Red Flag 対処義務の裁判例における位置づけ
（三）Red Flag の内容
第三節　Red Flag の種類・発見・是正方法
第一款　Red Flag の種類
第二款　Red Flag の発見の過程（情報伝達過程）
第三款　Red Flag の是正方法
第四節　小括
第六章　日本法への示唆と検討
第一節　アメリカ法における議論の総括
第一款　法令遵守体制構築義務

（以上、六一巻六号）

（一）誠実義務へと位置づけたことによる影響
（二）法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係
（三）小括
第二款　Red Flag 対処義務
第二節　日本法への示唆
第一款　法令遵守体制構築義務と取締役の責任
（一）法令遵守体制構築義務は肯定されるべきか
（二）法令遵守体制構築義務違反の責任主体
（三）法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係
（四）法令遵守体制の内容に対する司法審査のあり方
第二款　不正行為対処義務と取締役の責任
第三節　積み残された課題

（以上、本号）

第五章　Red-Flag 対処義務

第一節　Red Flag 対処義務の内容と位置づけ

第一款　Red Flag 対処義務の内容

前章までは、アメリカ法における取締役の法令遵守体制構築義務について論じてきた。次に、本章では、本稿のもう

一つの論点である法令遵守体制構築後、不正行為・違法行為が発覚した場合の取締役の義務について検討を行う。本稿は、法令遵守体制を構築しさえすれば、取締役は監督義務を適切に履行し、ひいては善管注意義務違反・忠実義務違反とならないと考えてよいのか、ということについても視野に入れている。そこで、本章ではアメリカ法において、取締役の監督義務の消極的側面とされる、Red Flag 対処義務について検討を行うことで、日本法においても、同様の問題をどのように考えればよいのか、ということについて示唆を得たい。まず、取締役の Red Flag 対処義務とはどのような義務であるのか、ということから論じることとする。

Red Flag 対処義務とは、取締役が社内において何らかの不正行為等の兆候を発見・認識した際には、そのような不正行為等を是正し、何らかの対処をして、同行為を継続させないようにする義務である[1]。また、Eisenberg の表現によれば「モニタリングシステムもしくは他の方法を通じて得られた懸念材料となる情報に適切に対処しなければならない」義務とされる[2]。この義務自体は、決して目新しい義務ではないし、判例法上、Graham v. Allis-Chalmers 事件判決[3]がそのルーツとされる[4]。同判決では、取締役の監督義務について「取締役らに何らかの不正があるとの疑いを生じさせるようなことが発生するまでは部下の正直さや尊厳を信頼する権利が取締役に与えられているということは明らかである。もし、そのようなことが発生し、それを隠蔽し続けていれば、取締役の責任が発生しうる」と述べている。換言すれば、何らかの不正があるとの疑いを生じさせるようなことが発生し、それを認識しつつ、隠蔽すれば注意義務違反となることを示唆する[5]。

このような考え方は、デラウェア州の判例ではないものの、取締役の監督義務に関する問題でもよく言及される古典的な事案である Francis v. United Jersey Bank 事件判決[6]においても見られる。

「違法行為が発見された場合、取締役は、異議を唱える義務を負い、もし、会社がその行為を是正しない場合には、

退任する義務を有している。ある特定の状況においては、取締役の義務を履行するためには、単に異議を唱えたり、退任したりする以上の行為を要求するかも知れない。ときに、取締役は、弁護士のアドバイスを求めなければならない。あるニュージャージー州の判例は、銀行の契約書の意味について疑念があった場合には、銀行の取締役は弁護士にアドバイスを求めることになると認識している。弁護士の助言を求める義務は、会社の証書を解釈すること以外の分野にも拡張させることができる。現代の会社実務においては、時折、取締役は社外のアドバイスを求めるべきであるということが認識されている。取締役は、ある行為に関して疑念を生じた場合には、会社の顧問弁護士に、その妥当性について法的なアドバイスを求めなければならない。取締役の義務は、社外の弁護士に依頼する以上のことを求めるときもある。取締役は、同僚の取締役による違法行為を抑止するための合理的な手段（時には、これには訴訟をするとの脅しも含まれるだろう）をとる義務を有している（取締役が異議を唱え、退任し、株主による訴訟グループを作り、訴訟すると脅した場合には、その取締役は責任を免除される）。」

また、法令遵守体制構築義務に関する Caremark 事件判決[7]においても、直接この問題を扱ったものではないが[8]、次のように判示されている。

「Caremark 社の取締役が同社の従業員を適切に統制しなかったことにつき注意義務に違反したということを証明するためには、原告は（一）当該取締役が、法令違反が発生しているということを知り、または（二）知るべきであった、ということのいずれかを証明し、(三)当該取締役が、その状況を回避または是正しようと誠実な努力を行わず、かつ(四)そのような懈怠によって、主張されている損失が生じたということの因果関係…を証明しなければならない[9]。」

つまり、少なくとも（一）と（三）の証明は、Red Flag に対処しなかったことについての責任を導く可能性を指摘していた[10]。

したがって、これらの裁判例から考えるに、判例法上、取締役が何らかの違法行為または不正行為等（Red Flag）を認識した場合には、それに対して、取締役には何らかの行動を取るべき義務があるとされ[11]、それが Red Flag 対処義務として位置づけられてきた。

第二款　Red Flag 対処義務の位置づけ

ところで、以上のような取締役の Red Flag に対処する義務は、Caremark 事件判決以前の判例法上、注意義務（duty of care）の一種として認識されてきた。ところが、この義務も、取締役の法令遵守体制構築義務と同様に誠実義務（ないし忠実義務）に内包される義務として位置づけられることになる。その契機となったのも、Caremark 事件判決におけるこの義務に関する表現である。すなわち、同判決において、本件被告取締役らが会社の法令違反を知っていたか、それとも知らなくとも、その監督機能をきちんと履行していたかどうかを判断する際、結論部分において、以下のように述べている。

「この段階における記録から、被告らが、その監督責任の履行において、または意識的に会社による法令違反が発生していることを容認して、誠実性を欠いていたという結論を導くことはできない。[12]」

つまり、本判決を担当した Allen 判事は、Graham v. Allis-Chalmers 事件判決を、Red Flag 対処義務について述べた判決であると限定し、当該義務に違反した場合には、取締役の行為（不作為）が誠実性の欠如を構成するということを明らかにしている。このように、Red Flag 対処義務違反が取締役の誠実性の欠如を構成することによって、デラウェア州一般会社法一〇二条（b）項（七）による取締役の免責が認められないことになる。そして、この Caremark 事件

判決の「誠実性の欠如」の類型が、第三章で概観したDisney事件判決[13]によって、不誠実な行為の第三類型（「故意の義務の放棄、意図的な責任の無視」）として位置づけられている。このように、Caremark事件判決及びその後のDisney事件判決による不誠実な行為の類型化によって、意識的にリスクを無視し、または明らかな危険を無視して行為そることを故意に回避した取締役は誠実性の問題を引き起こすことになる[14]。

そして、学説上、このRed Flag対処義務の位置づけについて、誠実義務を履行するためには、取締役は自らの会社及びその業界における他社について注意を払い、質問を行い、かつその回答を疑わなければならないと述べる見解もあり、誠実義務の問題として扱われている[15]。また、別の論者も、取締役の誠実義務は、積極的に従業員の不正行為の警告サインに対して対応することを求める[16]、と述べ、誠実義務の一つとして位置づけている。次に、このようなRed Flag対処義務について、明確な形で問題となった近時の裁判例を検討し、どのような形で当該義務が争われているのか、ということを考察する[17]。

第二節　Red Flag対処義務が争われた裁判例

第一款　裁判例

（一）McCall v. Scott事件判決[18]

（事実の概要）

本件は、C社に代わって、その会社の現在及び前取締役・役員に対する株主代表訴訟である。C社はテネシー州ナッシュ

ビルに本店と事業拠点を置くデラウェア州の会社で、同社は全米において多くの病院やヘルスケアセンター等を経営する会社である。C社の上級経営陣が、取締役会も認識している中で、不適切に利益を水増しするスキームを採用し、従業員に対して詐欺を行わせるような強いインセンティブを与える経営哲学を継続していた。経営者が一五～二〇％という成長目標を設定し、法令に違反せずに達成することができないほどの成長目標を設定していた。社内における詐欺的な慣行として、以下のようなものがあったとされる。（一）患者の状態を、より深刻な程度を持つ病気として「高く設定」していた。（二）広告費やマーケティング費の補償を求めるように不適切な費用報告を行い、外来患者による利益を水増しさせたり、ある部門から他の部門へと費用を付け替えたり、経営者の報酬を保障するものとして、買収費用を偽るための資本取引をしていた。（三）外科医にメディケアの患者に対してC社を利用するように推薦させるために金銭的インセンティブを与えていた。（四）買収対象会社の経営者に対して報酬を渡し、その会社と外科医との関係を妨害していた。また、被告取締役らのうち数人がインサイダー取引も行っていた。本件で主張されている損害には、株主及び内部告発者による訴訟、のれんの損失、同社の株価の下落が含まれている。なお、本件は株主による提訴請求がなされていないため、提訴請求の無益性が争われている。

（判旨）

「会社の取締役が、義務の無視を通じて会社に損害を生じさせたことについて責任を負うかどうかという問題は、事例ごとに判断される。もし、取締役が無謀にも明らかに信用できない従業員に信頼を置いていたならば、取締役としてその義務を履行することを傲慢に無視していたならば、または意識的にもしくは不注意にも従業員の不正行為の明らかな危険サインを無視したのであれば、法は、当該取締役に対して責任を負わせ得る。

…法が無謀な行為に対しても取締役を保護しているかどうかは、まずもって明確ではない。無謀な行為が認識されているリスクの意識的無視を含む範囲において、それは誠実になされたものではないと主張することができ、かつ新たな立法の下で免責され得ない。

…我々は、具体的な事実から、…C社の取締役の少なくとも五人については重大な責任発生の可能性をもたらすものであるとするのに充分であると認定する。

…原告らは、被告取締役らの不作為はC社経営陣によって採用され、促進されていた組織的な詐欺を示すred flagsを意図的にまたは無謀に無視した結果であると述べる。特に、原告らは、意図的または無謀な無視が、監査報告、継続中の買収手法、C社に対する刑事的民事訴訟（qui tam action）、広範な連邦調査、同社の広告に対するNew York Times社の調査に直面しても、一九九七年七月二六日以前の取締役会では何も行動しなかったということによって推測されうると主張する。

…申立によれば、…取締役会がC社の全米施設で組織的に行われていた不適切な方針や実務を認識し、または無謀にそれを無視していたということが推論できるのに充分な事実が存在している。実際、主張されている不正行為の規模と継続期間が、行動すべき取締役の懈怠が誠実性の欠如を構成するかどうかを判断する際に関係する。」

本判決では、Red Flag対処義務の存在を前提に、取締役としてその義務を履行することを無視した場合には、取締役の責任を課す旨判示した。これは、Graham v. Allis-Chalmers事件判決に依拠したものである。[19] すなわち、本判決は同判決の「会社の取締役が、義務の無視を通じて会社に損害を発生させたことについて責任を負うかどうかという問題は、事例ごとに判断される。もし、取締役が無謀にも明らかに信用できない従業員に信頼を置いていたならば、取締役

としてその義務を履行することを傲慢に無視していたならば、または意識的にもしくは不注意にも従業員の不正行為の明らかな危険サインを無視したのであれば、方は、当該取締役に対して責任を負わせ得る」という部分を引用する。

（二）In re Abbott Laboratories 事件判決[20]

（事実の概要）

本件は、イリノイ州のヘルスケア会社であるA社の取締役らを訴えた事案である。同社は、製薬、診療製品・病院用医療品を製造販売する会社である。同社の製品は、アメリカ食品医薬品局（Food and Drug Administration, FDA）によって厳格に規制され、current Good Manufacturing Practices（cGMP）や Quality System Regulation（QSR）の要求に従って製造されなければならず、これらの規制は、明示的に法遵守を確保するための責任を会社の経営者に負わせていた。そして、FDA は、定期的に、法令遵守を確保しているか製造工場を調査していた。FDA は、A社に対して、一九九三年～一九九九年にかけて、A社の関連施設に対して計一三回の調査を行った。各調査後、FDA は、A社に対して、数回、警告文書を送付した。それには一九九三年四月と五月に cGMP に適合しない試験管内の診療製品に不良品が混じっていたこと、そして、是正されなければ規制権限を発動する旨が含まれていた。一九九四年には、試験管内の診療テストキットが、cGMP に従っていない旨が警告されていた。そして、一九九五年には、FDA とA社の共同により総合的任意法令遵守計画が策定されたが、一九九九年に再度 FDA の地方官が試験管内の診療キットにおける不良品等が発見された旨の警告文書を送付し、当該文書には法令遵守の適切性について判断するための再調査を行う旨記載されていた。その後、警告文書について Bloomberg による報道がなされ、一九九九年九月には cGMP や QSR に従っていなかったことにより、FDA から注意を受けたとのプレスリリースを行った。そして、法令遵守に関することについて FDA と

問題となっている旨、SECに開示フォームを提出した。結局、FDAによる準司法手続により、一億ドルにものぼる課徴金の支払い、診療キット等のアメリカ市場からの引き揚げ等について同意審決に応じることとなった。そのため、A社に対して、多額の損害が生じたとして、株主が同社の取締役らに対して、損害賠償責任を追及した事案である。なお、本判決も、McCall v. Scott事件判決と同様に事前の提訴請求の無益性が争われている。

（判旨）

「（提訴請求の免除の審査について）取締役会議長は、一九九四年と一九九九年の早い段階で二つの警告文書のコピーを受け取っている。地方裁判所は、警告文書の内容を『単なる定型文（boilerplate）』である…と述べたが、六ヶ月以上にもわたる連邦規制違反を継続したことは、軽視できない。取締役のうち数人は、規制に関するコンプライアンスリスクを評価する役割を担っていた監査委員会のメンバーであった。また、取締役らは、SECに『包括的政府規制』に従う信認義務を負い、かつ、…『会社は、（これらの規制に関する）さまざまな主張ないし法的手続に関与している』と述べつつ、政府規制に係るコンプライアンスを認識し、責任を負っていることを認めつつSECのフォームに署名した。…A社…のプレスリリース自体、会社と同様に取締役会が問題と、FDAがA社に対して差し止めを行うという脅威を発動するということを認識していた事実を示す。

…A社の広範な書類の痕跡と当該問題に対する推測された認識を所与の前提とすると、当該事実は、取締役らが法令違反を認識し、その状況を回避又は是正しようとしなかったという状況において、『監督を行う取締役会の継続的かつ組織的な懈怠』が存在し、そのような尋常ではない時間的経過においていかなる行為をもしなかったということが、実質的に会社の損害を生じさせ、それが誠実性の欠如を構成するという合理的な推定を示すものである。

…裁判所においては、『主張されている不正行為の規模と継続期間が、行動すべき取締役の懈怠が誠実性の欠如を構成するかどうかを判断する際に関係する』とされる。A社における違反規模と継続期間は、あまりに大きく、FDAによって課された最高額の制裁金を生じさせた。我々は、明らかに、FDAの批判も世論の注目も、McCall事件判決における約二年間と比較して、取締役に対して、六年間にもわたる問題についていかなる行動をもさせる動機付けを与えていないことについても考えることになる。

取締役の意識的な不作為にもとづく提訴請求について、我々は、原告らは、当該主張がもし真実であるならば、取締役の行動が経営判断原則の保護の範囲外であると合理的に結論づけられるような誠実義務違反の主張を充分行っていると認定できる。…したがって、提訴請求の無益性の原理の下では、本件提訴請求は免除されるべきである。」

本判決も、McCall v. Scott事件判決と同様に、FDAによる制裁や各種報道があったにもかかわらず、被告取締役らが六年間にもわたって違法行為を是正することがなかったという事案であり、Red Flag対処義務が問題となっている。これは、Caremark事件判決[21]やStone v. Ritter事件判決[22]と異なり、取締役らが社内における違法行為を認識しつつ、それを放置した事案である。つまり、Caremark事件判決は社内の違法行為について取締役会が認識していなかった事案であるが、本判決はそのことを取締役会が認識していたという点で区別される[23]。本判決では、A社は適切な手続を行わず、政府規制について従うとして10-Ksを提出し、署名までしていたが、その際に調査等を行っておらず、漫然と形式だけを整えていたことが認定されている。また、監査委員会のメンバーもFDAにより示された警告文書のコピーを受け取っていた。つまり、監査委員会も法令違反を知り、かつ、FDAによる違法行為の是正指導を知っていたということも明白であった[24]。

第二款　裁判例の検討

（一）提訴請求の無益性

ところで、Red Flag 対処義務そのものを検討する前に、以上二つの裁判例においては、直接的に取締役の責任が認められた事案ではないということに留意する必要がある。アメリカの多くの州法では、株主が代表訴訟を提起する場合、取締役会に対し、事前に提訴請求しなければならない[25]。しかし、その一方で、当該提訴請求が無益（futile）である場合には、免除される。そして、連邦裁判所規則二三.一条によれば、株主は当該事件において事前の提訴請求が無益である理由を具体的事実により主張しなければならない[26]。

まず、McCall v. Scott 事件判決では、事前の提訴請求の無益性の判断基準は Rales 基準とされた。これは取締役の監督の懈怠といった不作為類型において用いられる判断基準である。Rales 基準を定立した Rales v. Blasband 事件判決[27]は以下のように定式化する。すなわち、「裁判所は、訴えを提起された時点において、取締役会の多数が適切に提訴請求に対応して独立し、かつ利害関係なく、事前の提訴請求についての経営判断をなすことができたということにつき合理的な疑義が発生する具体的事実が主張されているかどうか」によって判断すべきであり、具体的には「取締役に重大な責任発生の可能性が含まれている具体的な主張があった場合には、取締役の公平無私について合理的な疑義が生じる」とされる。

他方、In re Abbott Laboratories 事件判決では、無益性の判断基準は具体的な経営判断がある場合に、提訴請求の無益性の要件に関する Aronson 基準が用いられた。通常、取締役の Red Flag 対処義務といった監督類型の場合、具体的な経営判断がなされていないため、Aronson 基準は用いられず、前述した Rales 基準が用いられる。しかし、同判決では、

当該事件の具体的事実関係から、具体的な経営判断がなされた事例として位置づけられている。すると、従来、取締役の監督類型（不作為類型）とされていた事案でも、具体的な事実関係から経営判断類型（作為類型）として、位置づけられる可能性が示唆される。Aronson 基準を定立した Aronson v. Lewis 事件判決[28]は以下のように定式化する。すなわち、有効な経営判断の履行がなされているかどうか―経営判断原則による推定[29]が働くかどうか―により提訴請求の無益性が判断され、株主は当該原則を覆すような具体的事実を主張していた場合には、提訴請求は無益であるとされる[30]。In re Abbott Laboratories 事件判決では、この Aronson 基準に則して判断し、提訴請求の無益性を認めた。

以上二つの裁判例はこの事前の提訴請求の無益性が争われた事案であるが、それぞれ用いられている無益性の判断基準が異なっている。ここではその違いに着目し、従来、取締役の監督の懈怠の事案（不作為類型）とされていたものが、事案によっては、何らかの経営判断があった事案（作為類型）となり得る可能性があることを付言しておきたい。

（二）Red Flag 対処義務の裁判例における位置づけ

McCall v. Scott 事件判決では、一般論として、取締役の誠実性の内容について言及しつつ[31]、無謀な行為のうち「認識されているリスクの意識的無視」の場合には、不誠実なものと認定されうるということを明示する。本判決は、その後、所属裁判官全員による法廷での、再弁論を求める申立てがなされているが、それを拒否している。しかし、その際、取締役の注意義務の意図的または無謀な義務違反についてより詳しく言及している[32]。すなわち、「被告らは、自ら注意義務違反に基づく主張についてC社の責任放棄条項の下で責任を負わないことになると主張する。原告らは、取締役の注意義務の主張は、重過失に基づくものではなく、むしろ、無謀かつ意図的な作為または行為に基づくものであり、よって責任放棄条項によって排除されないと主張する。しかしながら、原告らの『無謀または意図的な注意義務違反』

の主張は、容易にデラウェア州の会社法の用語法にはそぐわない。実際、デラウェア州の裁判所は、重過失よりも、有責的な主観的状態という文言で注意義務違反を議論したことはなく、むしろ、意図的または無謀な取締役の不正行為の主張は、忠実義務違反または誠実義務違反として共通して位置づけられている。…デラウェア州法の下では、誠実義務は取締役が会社に対する義務を意識的に無視し、それによって株主に損害を発生させた場合に違反となる。ここで、原告らは、単に取締役らが経営上の義務を『継続的に無視したこと（sustained inattention）』を非難しているだけでなく、むしろ、『C社内における詐欺的な実務を示すred flagsへの意図的な無視』及び『意図的な盲目（willful blindness）』を非難している。したがって、…原告らは認識されているリスクの意識的な無視であり、その行為は、証明されれば、誠実になされたものとはならないと考える。」と述べており、ここでもRed Flag対処義務違反が誠実義務違反に位置づけられていることがわかる。

（三）Red Flagの内容

次に、それぞれの事件におけるRed Flagとは何だったのだろうか。McCall v. Scott事件判決は、特定の出来事がRed Flagといえるかどうか、そして、それによって、さらなる調査が必要とされるということを取締役会に認識させるものであるかどうかに焦点を当てて、原告側の主張の審査を行っている[33]。そして、もし取締役が認識されているリスク（Red Flagに相当するもの）を意識的に無視したのであれば、信認義務違反に基づく責任の可能性が発生し、さらに、そのような行為は誠実になされたものとはいえないから、誠実義務違反を構成し、被告取締役側の免責規定の援用が許されないことになる[34]。それでは、本判決におけるRed Flagとは具体的に何だったのだろうか。

本判決では、このRed Flagとして、（一）監査情報[35]、（二）買収の手法[36]、（三）C社に対する刑事的民事訴訟[37]、（四）

大規模な連邦当局による調査[38]、（五）C社の請求書作成に関する実務に対するNew York Times社の調査[39]が挙げられている。そして、この五点から、提訴請求の無益性との関係上、取締役に重大な責任発生の可能性が含まれている具体的な主張があったとされ、その審査基準を満たし得るものであったとする[40]。加えて、本判決に対しては、①C社における問題は少なくとも三年間も継続していたということ、②ヘルスケア産業というのは、その規制当局が濫用の可能性と重大な詐欺が行われる可能性があることを理解している業界であること、③違反に対する制裁が民事及び刑事双方に渡っていたこと、④報道機関によって注目されていたこと、⑤買収手法の不適切性や請求書発行に関する訴訟が提起されていたことが、Red Flagとして捉えられると考えられている。なお、たとえ、これらの訴訟や報道がなかったとしても、社内における法令違反の継続性といった点が裁判所の判断において重視されたと考えられる[41]。

一方、In re Abott Laboratories事件判決についてはどうか。本判決では、まずFDAによる数回の調査と警告文書の送付がRed Flagとされた。FDAはA社の製品に重大な問題があるということを調査によって指摘し、そのことを警告文書という形で経営陣に対して送付している。にもかかわらず、同社の取締役や上級役員らは特段の対応策を考えることもなく、形式的に従うという形だけの対応をとっていた。他方、重大なRed Flagとして、BloombergやWall Street Journalによる報道も挙げられている。これらの報道に対して、その影響を否定しようとしたプレスリリース自体も、取締役らが本件問題を認識していることを示すものとして扱われている。これらのRed Flagに対して、A社の取締役らは、六年間も漫然と放置を続け、株価下落やFDAからの高額の制裁金の支払いを命じられるなど、会社に対して重大な損害を発生させたことが明らかである。本判決の事実認定等を全体的に見ると、取締役はRed Flagを無視していたと考えることができるであろう[42]。そして、Red Flag対処義務に違反したことは、Caremark基準に照らして、取締役の誠実義務違反を構成することが明らかであり、Aronson基準の下で、被告取締役らによる訴訟却下の申立て

が却下された。本判決によって、「ひどい」と評価される状況または継続的な状況の下で、義務放棄の主張や監督義務違反の主張は、将来、取締役の責任に重要な責任を加える根拠となり得ると指摘されている。(43)

第三節　Red Flag の種類・発見・是正方法

第一款　Red Flag の種類

次に、Red Flag 対処義務について、各論的な検討を行いたい。より具体的には、第一に、どのような徴候が違法行為（不正行為）を示す Red Flag であるのかということ、第二に、Red Flag を発見する過程（情報伝達過程）、第三に、取締役が Red Flag に直面した場合、具体的にどのような行為を行えば、責任を免れるのかということ、この三つについて検討を行うこととする。なお、一般論の検討に当たって、数が少なく一般論の抽出が難しいため、前記裁判例だけではなく、Red Flag 対処義務に関する学説も参照する。

まず、どのような徴候が違法行為（不正行為）を示す Red Flag として認定されうるのか。この問題について、McCall v. Scott 事件判決及び In re Abbott Laboratories 事件判決は、「主張されている不正行為の規模と継続期間が、行動すべき取締役の懈怠が誠実性の欠如を構成するかどうかを判断する際に関係する」と判示する。(44) また、学説上、Red Flag となり得るものとして、その違法行為等の情報が、頻繁に、(45) そして、重大で、それが取締役に直接もたらされている情報等を挙げている。(46) もちろん、Red Flag といっても、どのような徴候が Red Flag になり得るかは事案ごと、会社ごとによって異なってくると考えられる。しかし、少なくとも、その不正行為によって会社に生じる損害額や、(47) その不正行

為がどの程度継続して行われてきたのかという時間的要素は、前記裁判例に照らしても、重要な条件として考えることができる[48]。すなわち、不正行為が McCall v. Scott 事件判決では約二年間、In re Abbott Laboratories 事件判決では約六年間継続し、その不正行為を示す徴候が幾度となく取締役会にもたらされており、それに加え、当該不正行為によって生じた会社の損失額が大きかったという点から、取締役の Red Flag 対処義務が肯定され、それに対する義務違反が認定されたと考えられる。したがって、どのような徴候が Red Flag たり得るかは事案ごとに判断されるが、一般論としては、その徴候が長期にわたって取締役会にもたらされていたにもかかわらず、何も対処しなかったということが、義務違反の重要な要素と考えることができよう。

他方、特定の企業問題についての新聞やその他のメディアによる報道や継続中の公的機関による調査が取締役会の注意を引くものとされ、Red Flag の問題として考えられる[49]。また、重要な産業や広範囲にわたる政府についての報道や会計問題もまた Red Flag として考えられ得る。

第二款　Red Flag の発見の過程（情報伝達過程）

第二に、Red Flag を発見する過程（取締役会への情報伝達過程）についてである。どのような徴候が Red Flag たり得るかという点でも述べたが、Red Flag 対処義務違反を認定するための一つの要素として、その徴候が取締役会にもたらされていることが必要である。Red Flag 対処義務を負うとしても、そもそも Red Flag が取締役会にもたらされていなければ、それに対応することは不可能であるからである。ここで、重要なことは、少なくとも、Caremark 事件判決や Stone v. Ritter 事件判決によって承認された法令遵守体制を含む情報報告システムの設置が欠かせない。その意味

で、取締役の法令遵守体制構築義務が重視される。取締役が当該義務を全く満たしていない場合には[50]、法令遵守体制構築義務違反が認定されるが、ある程度の体制を構築している場合には、Red Flag 対処義務が問題となる。

では、取締役が無視することが許されない Red Flag はどのような形で取締役会にもたらされるのか。Red Flag の現れ方には様々存在する。前記裁判例を分析すると、大きく分けて二つのタイプがあることがわかる。一つは、従業員らの違法行為を示す会社内部の情報である。例えば、McCall v. Scott 事件判決では、監査委員会からの報告がそれに当たるといえよう。また、それ以外にも、内部告発制度による情報取得も挙げられる[51]。そうすると、内部告発によって得られた社内の情報を調査等せず、取締役会（監査委員会[52]）が放置した場合には、Red Flag 対処義務違反となり得る。他方、もう一つが、社外から情報がもたらされる場合である。McCall v. Scott 事件判決では、第三者からの訴訟、連邦当局による調査、そして New York Times による報道が、それである。また、In re Abbott Laboratories 事件判決では、FDA による数度の調査と警告文書、Wall Street Journal による調査・報道が、それである。つまり、取締役会に社内の不正行為の徴候は、単に社内からもたらされるだけではなく、社外からもたらされることもある。そして、社外からもたらされた不正行為の徴候についても放置し続ければ、義務違反の可能性が高まる。この情報伝達過程は、法令遵守体制構築義務の問題ともリンクする。すなわち、Red Flag 対処義務を履行するには、その前提として、違法行為等の情報が取締役会に伝達されなければならないからである。

第三款　Red Flag の是正方法

では、取締役会が Red Flag に直面した場合（違法行為等の情報を取得した場合）、どのような行動をとれば責任を課

せられないか。この問題も事案ごとに一様ではないが、少なくとも、何も行動しないという判断は取締役の不誠実性が認定される。このことは、In re Abbott Laboratories 事件判決で明確にされている。取締役（会）が違法行為等の情報の真偽等について調査を行い、真偽調査後、社内外の弁護士やその他の専門家を交え、取締役会にて善後策を検討し[53]、必要があれば、公表することが求められる。そして、公表しなかったときに、当該違法行為等の情報が表面化したことによって発生するであろう会社の損害を少しでも軽減しようとする策を考慮することが重要である[54][55]。そして、重要な点は、取締役会の対処までの時間である[56]。違法行為等の情報を取得してから、速やかな対応が要求される。

第四節　小括

以上、Red Flag 対処義務について、第一に、Red Flag といえるような違法行為等の徴候がどのようなものであるのか、ということについては、その規模や継続期間が重要な要素として考えられる。第二に、どのような形で取締役らにその Red Flag がもたらされるか、ということについては、社内に限らず、社外からの報道や規制当局による指摘も重視されているということが分かった。第三に、Red Flag に対処する際も、何らの検討もせず、放置することは不誠実な行為であるとされ、取締役の責任が認定されるといえよう。

前章まで検討してきた取締役の法令遵守体制構築義務違反とは対照的に、数は少ないものの、取締役の Red Flag 対処義務違反に係る責任が積極的に課されていることが示唆される。デラウェア州における判例法においては、取締役の監督義務にもとづく責任について、次の二つの場合に責任が生じるとされる。すなわち、取締役がいかなる情報報告システムや統制を全く構築しなかった場合、もしくは、そのようなシステムを構築しても取締役が意識的にその運用を監

視しなかった場合である。したがって、大規模公開会社において、Sarbanes-Oxley 法や証券法、証券取引所法等に従って内部統制を構築している場合、取締役の法令遵守体制構築義務違反に基づく責任は、ほとんど認められないといえよう[57]。したがって、取締役の法令遵守体制構築義務に係る Caremark 事件判決の基準に基づいて、株主による取締役の責任追及は難しいとされている。しかし、一方で、取締役の Red Flag 対処義務に基づく責任に焦点を当てることによって、取締役の規律付けを企図しているとも考えられる。同じ取締役の監督義務が問題となる事案であっても、法令遵守体制構築義務よりも受動的な側面である Red Flag 対処義務が問題となる事案の方が、責任が認定されやすい傾向があるということが指摘できる[58]。

第六章　日本法への示唆と検討

第一節　アメリカ法における議論の総括

第一款　法令遵守体制構築義務

取締役の法令遵守体制構築義務は Caremark 事件判決によって明確化されて以来、現在に至るまで、当該義務の信認義務上の位置づけの問題はあるにせよ、アメリカ法においてもその存在は肯定されてきた。Caremark 事件判決では義務を肯定した上で、当該義務違反となるのは「継続的又は組織的な誠実性の欠如とされるような監督の懈怠の場合」であるとされた。しかし、その後の裁判例で取締役の法令遵守体制構築義務違反に基づく責任が認められた事案は、日本

と同様ほとんど存在しない。そこで、以下では、前章までで検討したアメリカ法における議論から、その理論的背景を考察したい。

（一）誠実義務へと位置づけたことによる影響

では、なぜ、アメリカ法において取締役の法令遵守体制構築義務違反に基づく責任が認められた事案がほとんどないのか。その第一の理由として、法令遵守体制構築義務が誠実義務とリンクしていることが挙げられる。

Caremark 事件判決では、法令遵守体制構築義務違反となる審査基準が「誠実性の欠如」を構成するような継続的または組織的な監督の懈怠の場合とされたため、誠実性の欠如との関係が問題となった。取締役の誠実性は、既に論じたように[59]、様々な形で議論されてきた。そして、一連の Disney 事件判決によって[60]、「不誠実」とされる取締役の態様として、①主観的な不誠実、②相当な注意の欠如―ただし、重過失があったことの主張がなされるだけでは不誠実にはならない、③故意の義務の放棄、意図的な責任の無視と一応定立された。そして、取締役の監督義務違反がある場合は、Stone v. Ritter 事件判決において、特に③と強く関連づけられた。そのため、Stone v. Ritter 事件判決では、取締役の法令遵守体制構築義務違反が認められるのは、（a）取締役がいかなる情報報告システムまたは統制を全く構築しなかった、もしくは（b）そのようなシステムまたは統制を構築したものの意識的にその運用を監視または監督せず、それによって、取締役の注意を必要とするリスクまたは問題が取締役らに伝達されなかった場合とされ、ここには、Guttman v. Jen-Hsun Huang 事件判決[61]における Strine 判事の影響が見られる。そのため、取締役の法令遵守体制構築義務違反が認定される場合は、当該体制が全く存在していなかった場合を除き、意識的に当該体制の運用を怠ったことが主張立証された場合となる。このように、取締役の法令遵守体制構築義務違反に基づく責任が認定されにくい一つの背景として、

取締役の誠実性とリンクすることとなったため、「意識的」、「意図的」または「故意」といった取締役の主観的要件の証明が要求されることになったことが挙げられよう(62)。

（二）法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係

次に、より日本法との関係で重要なのは、法令遵守体制の構築と取締役の裁量についてである。Caremark事件判決では、前述した審査基準に加え「会社において要求される情報報告システムの詳細なレベルは経営判断の問題である」と判示されている。このように述べたAllen判事自身、その点について、以下のようにこの審査基準を採用した理由を述べている。すなわち、「取締役会の経営判断の場合と同様、そのことで、有能な取締役による誠実履行義務を促進するものとしての役割を果たし、その一方で、そのような有能な人物によって取締役会の職務を果たしうることになるから」である(63)。では、このことからアメリカ法においては、法令遵守体制の構築について経営判断原則が適用されると解されているのだろうか。結論から言えば、答えは否である。アメリカ法においては、取締役の法令遵守体制構築義務はあくまで監督義務の問題であって、取締役の不作為による任務懈怠の類型としてほぼ一貫して把握されている。伝統的に、取締役の不作為が問題となる場合について、理論的帰結として、経営判断原則の適用はないとされてきたため、取締役の不作為類型の問題として位置づけられている法令遵守体制の構築についても同様に解されてきたのである。しかし、そうであるならば、なぜ取締役の法令遵守体制構築義務に基づく責任が認められてこなかったのだろうか。これにはもう一つの理論的背景が存在すると思われる。それは、法令遵守体制の構築について経営判断原則は適用されてこなかったが、経営判断原則を支える理論的根拠が法令遵守体制の構築についても妥当する部分があると考えられるからである。確かに、日本において、リスクの高い法令遵守体制を構築すること―不祥事発生の可能性を減らさないような体

制を構築すること―で、ハイリターンの結果が返って来るという図式が成立しないため、法令遵守体制の構築について経営判断原則が適用されないと有力に唱えられてきた[64]。しかしながら、経営判断原則の理論的根拠はそれに限られるものではない。他の理論的根拠についても、同じく法令遵守体制の構築については妥当しないのだろうか。

第一に、Allen 判事が Caremark 事件判決で危惧したように、過度に取締役に責任を課すと、経営者はより慎重になってしまい、結果として有能な人間が取締役として職務を行おうとしたがらなくなるとの根拠は[65]、法令遵守体制の構築についても当てはまるように思われる。Allen 判事が述べた審査基準より取締役にとって厳格な基準を設定すると、有能な取締役候補であればあるほど就任することが躊躇われてしまい、ひいては株主利益が減少してしまうため、そのような事態を防ぎたかったということを表しているといえよう。一方で、何らかの経営判断の場合、リスク回避的な行動が取られることによって株主利益が減少するおそれがあるといえるが、法令遵守体制の場合、会社の法令違反を防止するためのシステムである以上、リスク回避的な行動とは関係ないのではないか、という批判も考えられる。しかし、取締役が自らの責任を回避するために過度に不必要であると思われるほどの法令遵守体制を構築するとなれば、それ自体からは利益が生み出されない以上、株主が得られたであろうパイが減少することになろう。裁判所が高度な水準の体制を要求することになると、結局、そのような事態も充分想定されるために、Allen 判事としては、このような容易に満たし得るようなレベルを設定したものと解される。

第二に、裁判所には経営判断を行う能力がないということが挙げられる[66]。すなわち、裁判所は法律の専門家であり、経営の専門家ではないことから根拠付けられてきた[67]。この根拠を法令遵守体制との関係で検討すると、法令遵守体制の専門家ではない裁判所によってその内容の相当性を判断することができるのだろうか、という疑問が出てくる。そもそも合理的な法令遵守体制（内部統制システム）がどのようなものであるかは、各会社ごとに異なってくる。そのため、

問題となった会社の組織体制全体に対する見識も必要となる。そして、法令遵守体制を含む内部統制システムのレベルは実務や研究によって、逐次変容されていくものであるということからすれば[68]、合理的な内部統制システムの水準は裁判所にとって自明ではない。結局、どのような法令遵守体制であれば、社内における違法行為を防止することができたのか、ということになると、後知恵のリスクは避けられない[69]。既に発生している違法行為を防止するための体制は結果から見れば、比較的容易に判断できるからである。したがって、アメリカ法においては、そのような最低水準として、会計不正の文脈では監査委員会の設置ということを一つの要素として考えているのではないかと思われる[70]。一部の州を除いて任意設置機関ではあるが、監査委員会はニューヨーク証券取引所等の上場規則上、設置が要請され、上場会社であれば既に設置されている体制を最低限の体制として捉えていると考えられる。また、それ以外の違法行為についてはその他のコンプライアンスに関する部署の設置や当該担当役員の選任、従業員教育によって、その水準が満たされると考えられる[71]。

第三に、経営者は企業特殊的人的資本の拠出者であり[72]、その投資を分散することはできないが、一方で、株主代表訴訟を提起する株主は株式の分散投資によって経営リスクから自分自身を保護することができるから、このような訴訟原告による経営者責任の追及は抑制されるべきではないかとの考えがある[73]。この根拠は法令遵守体制構築義務違反に基づく責任についても同様の問題が生じるため、妥当しよう。

第四に、経営の失敗は裁判所が判断するのではなく市場によって判断がなされるべきであって、裁判所による介入は少ない方が望ましいという考え方がある。つまり、不適切な経営判断を行って企業の業績が低下すれば、企業の価値が下落し、その企業の経営者は買収者によって取って代わられることになる。そして、経営判断の妥当性を判断する能力は、裁判所よりも株式市場の方が優れているという発想に由来する[74]。この発想の背景には、裁判所はある事案について「正

しく」判断したいと思うかもしれないが、裁判所には多くの職務に対してより多くの報酬を受け取ることはできないし、機敏な市場の評価によって報酬を受け取ることはないが、他方で、経営者は競争的なプロセスによって選ばれる。また、裁判所は全ての記録を提示された上で事案を判断し、あまりにも短期間のうちに不完全な情報の下で行動する（せざるを得ない）経営者を非難することになる。市場による圧力がかからない裁判所によって経営者を審査するよりも、正直な判断をその審査から保護した方がよい[75]、という考え方がある。この根拠と法令遵守対の構築との関係は、当該法令遵守体制の内容が相当であるのか否かを裁判所が判断するのではなく、株式市場によって判断させることが重要となる。もし、不合理な法令遵守体制を構築しているような場合には、当該企業価値の減少が見込まれ、結局、経営者は買収者によって取って代われることになる。そして、経営者はそのような事態にならないように、相当な法令遵守体制を構築することになろう[76]。

これら経営判断原則を支える理論的根拠と法令遵守体制の構築というものを考えてみると、法令遵守体制の内容については、裁判所による実質的な判断に対して一定の制限をかけるべきであるという議論も充分にあり得るのではないかと考えられる。そもそもアメリカ法において法令遵守体制の構築について経営判断原則の適用がないとされてきたのは、このような理論的根拠が当てはまらないからではなく、専ら取締役の不作為類型の問題として捉えられてきたからという側面が強い。つまり、取締役の監督義務が問題となる事案で、経営判断原則の適用が認められないのは、「何もしない」という不作為が問題とされ、経営判断原則の適用が認められる「判断」がないからである。しかし、取締役の監督義務が問題とされる事例には、そのような「判断」がない場合も含まれるが、その一方で、「取締役会がある情報を得た上で、Xを監視し、Yを監視しない」との「判断」は充分あり得る[77]。また、法令遵守体制の構築についても、どのような体制を構築するのかというのは充分、経営「判断」に値するといえよう[78]。このことは、ALIのコーポレート・ガバナンス

原理においても「一見『不作為』の状況である場合に、取締役が注意深く関連する情報の優先順位をつけ、そのリスクを評価し、特定の反トラスト法遵守プログラム、または、コンピューター・セキュリティー・プログラムを構築しないという判断を実際に行ったとする。その場合には、取締役が誠実に、かつ、利害関係なく行動したとされれば、経営判断原則によってもたらされるセーフ・ハーバーが有効に働く[79]」と述べられている点にも現れている。加えて、法令遵守体制構築義務ではないが、Red Flag 対処義務が問題とされた事案のうち、In re Abbott Laboratories 事件判決において、事前の提訴請求の無益性の基準について、取締役の監督義務が問題となる類型において用いられる Rales 基準を採用せず、何らかの経営判断があった場合に用いられる Aronson 基準が採用されているということも、監督義務の問題と経営判断の問題との境界の不明瞭性を表しているといえる。従来、アメリカ法において取締役の監督義務違反に対する審査基準について、経営判断原則の適用はないもの[80]、取締役の責任をある程度限定してきたことの背景には、経営判断原則を支える理論的根拠が妥当する場面が存在していたからだとも考えられる。

（三）小括

以上のことに鑑みると、Caremark 事件判決から Stone v. Ritter 事件判決へと至る判例の傾向を検討すると、アメリカ法において、取締役の法令遵守体制構築義務は、形式的な義務のように位置づけられ、実際に義務違反となるような事案は、違法行為の存在を知っていたような場合や名目的取締役がその職務を果たしていないような事案でしか見られないということが指摘できる。確かに、Sarbanes-Oxley 法による内部統制条項については、取締役の信認義務とりわけ法令遵守体制構築義務に重大な影響を及ぼすおそれがあるとの指摘がなされていたが[81]、誠実義務の重視という側面を除き、ほとんどその影響は見られず、法令遵守体制の水準が連邦法によって上昇したという事実は認められなかった。

逆に、取締役の誠実性に着目した結果、「故意」といった取締役の主観を主張立証しなければならなくなったということからすれば、責任は認められにくくなったともいえよう。したがって、アメリカ法においては取締役の法令遵守体制構築義務は積極的監督義務として展開し、肯定されてきたものの、判例の変遷を観察していくと、現時点では取締役の信認義務法の分野においては、積極的な意義が見られる義務とはいいにくいと考えられる。これはやはり、Caremark事件判決におけるAllen判事の指摘通り、義務違反とされる可能性が高いほど実質的な義務にすれば、取締役のなり手が減少する結果、ひいては株主利益を害するおそれがあるとの危惧が共通した認識となっているからだと思われる。これは、まさしくアメリカ法において発展してきた経営判断原則の背景と同じであると考えられる。

第二款　Red Flag 対処義務

取締役の法令遵守体制構築義務に積極的な意義が見られない一方で、取締役の責任を認めるために用いられている監督義務がRed Flag対処義務である。取締役の法令遵守体制構築義務違反が認められるような事案はほとんどないものの、従来の判例法によって確立されたもう一つの監督義務であるこの義務は、取締役の責任を認めるための一つの根拠として重視されている。

Red Flag対処義務についても、法令遵守体制構築義務と同様、現在では、誠実義務の文脈で捉えられており、「故意」等の取締役の主観の立証が要求されているはずであるが、法令遵守体制構築義務と異なり、明確に取締役の「故意」や「意識」が立証されていない場合であっても、当該事件の具体的事実から責任が肯定されやすい傾向が見られる。第五章で検討したように、著名な二つの裁判例であるMcCall v. Scott事件判決及びIn re Abbott Laboratories事件判決は、い

ずれも会社内で発生した違法行為等について、長期間にわたり取締役らはそれを認識していたにもかかわらず、積極的にそれを是正しようとしなかった結果、会社に様々な制裁が科されるなど会社に損害や損失が生じたとして、株主から代表訴訟を提起されたものである。これらの裁判例では、取締役らは何らかの違法行為等の徴候、すなわちRed Flagを認識しつつ、積極的にそれを是正・対処しようとしなかった場合には、取締役の誠実性が欠如することになると判示されている。ただ、その取締役の認識についても、直接取締役の主観を立証するのではなく、長期にわたる違法行為の継続等から、それを認識していたと認定されている。すなわち、「時間的な要素」を主張立証することで、不誠実性を証明することを事実上認めているといえよう。なお、誠実性が欠如するということになれば、取締役の責任免除規定を援用することはできない。これらの裁判例と学説を素材にRed Flag対処義務について検討した。より具体的には、どのような徴候がRed Flagとなり得るのか、そして、Red Flagの伝達過程、そして、その是正方法がどのようなものであるべきなのかという点を検討した。

まず、Red Flagとなり得る徴候についてであるが、もちろん、事案ごと、会社ごとによって異なると考えられるが、少なくとも、一般論として、当該違法行為等によって会社に生じるであろう損害の大きさと、その違法行為がどの程度の期間継続していたのか、ということが重要な要素となると考えられる。当然、違法行為によって生じうる会社の損害額が大きくなればなるほど、取締役らはそれに対して対処しなければならないし、また、違法行為が長期にわたって継続していれば、対処しなければならないRed Flagとして認定され、もし、それに対する是正措置が何ら行われていなければ、裁判所は取締役に責任を課す可能性が高い。

次に、そのRed Flagが取締役会にもたらされる過程であるが、裁判例の傾向として、内部監査部門等による社内調査や内部告発はもちろんのこと、当局による指導、マスコミによる調査・報道が挙げられる。この点は、法令遵守体制

の構築についても示唆がある。アメリカ法においては、前述したように、監査委員会の設置でもって情報報告システムの構築があったとみる傾向があるが、それだけではなく内部告発制度の採用ということも一つのメルクマールとなり得ることを付言しておく。

第三に、その Red Flag に取締役会が直面した場合、どのような対処・是正義務を負うのだろうか。この点についても、事案ごとに一様ではないが、少なくとも、違法行為・不正行為の調査、企業内弁護士やその他の専門家を交えつつ取締役会にて善後策を検討し、必要があれば公表することが必要となる。ただし、この場合も経営判断原則が適用される可能性は否定されず、当該対処方法の内容そのものについては裁判所の司法審査が抑制される可能性はある。しかし、少なくとも、何も対処しないという「判断」は、In re Abbott Laboratories 事件判決に照らせば、不誠実な経営判断であるとして認定されるであろう。

以上、アメリカ法における取締役の法令遵守体制構築義務と Red Flag 対処義務について検討してきたが、前者の義務は形式的な義務であるかのような状況が見え、取締役に対する規律付けは、後者の義務によって図られている側面が強いと思われる。すなわち、現在のアメリカ法においては、企業不祥事の発生に伴う取締役の民事責任については、Red Flag 対処義務をより重視した解決策を用いているといえよう。

第二節　日本法への示唆

第一款　法令遵守体制構築義務と取締役の責任

本稿が提示した論点をアメリカ法における検討を通じて、一定の結論を導くこととする。アメリカ法における検討をそのまま日本法に導入した場合、本稿が提示した論点―ここでは法令遵守体制構築義務に関するものに限定する―に対する回答は以下のようになろう。

（一）法令遵守体制構築義務は肯定されるべきか

第一の問題である「法令遵守体制構築義務は肯定されるべきか」という論点については、日米について大差はない。少なくとも、アメリカ法においてはCaremark事件判決によって取締役の情報報告システム構築義務の肯定されて以来、その一つである法令遵守体制構築義務は肯定され、それに対する批判はほとんどないといえよう。この点については、ほとんど問題ないと思われる。

（二）法令遵守体制構築義務違反の責任主体

本稿が中心的に扱う、法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係について論じる前に、そもそも法令遵守体制構築義務違反に基づく責任を負う主体について付言しておく。従来の裁判例では、法令遵守体制構築義務違反に基づき対会社責任（四二三条）、対第三者責任（四二九条）を負う主体について若干の違いが見られた。そこで、アメリカ法における責任主体の問題から日本法への示唆を得ることにより、理論的統一を図ることとしたい。

まずアメリカにおける判例においてはどのように考えられているのか。明示的に法令遵守体制構築義務違反に基づく責任主体について述べたものは見られないが、この点もCaremark事件判決から推測することが可能である。Caremark事件判決では、繰り返しになるが、取締役の情報報告システム（法令遵守体制）の構築義務が明示された事

案であるが、同判決では「継続的又は組織的な取締役会の監督の懈怠」の場合に責任が問われるとされている。このことは、Caremark 事件判決後の裁判例でも同様の判示がなされている。したがって、ここでは法令遵守体制の構築義務違反の責任主体は機関としての取締役会であることが示唆されている。

では、学説上、法令遵守体制構築義務の責任主体はどのように考えられているのか。この問題については、Eisenberg は次のように説く[62]。Eisenberg は、内部統制システム構築の究極的な責任は「取締役会」にあると明示する。そこには二つの理由があると述べる。すなわち、第一に、取締役会と経営者との間の情報の非対称性によって生じる問題、第二に、経営者の機会主義的行動を挙げる。

前者の取締役会と経営者との情報の非対称性によって生じる問題とは、次のようなものである。取締役会はその経営機能と監督機能の両方を果たすためには情報を信頼しなければならない。そして、経営者は取締役会よりも情報を有しているため、そこには情報の非対称性が存在する。そのため、経営者が会社にとって最善の利益となると信じることを取締役会がなし、経営者は自身の地位の維持、昇進を促進するために取締役会が経営者のパフォーマンスを肯定的に見ようとすることを確保するために情報の非対称性を経営者は利用し、その情報の非対称性を利用して、自らの都合の良い情報を取締役会に伝達するおそれが存在する。では、この情報の非対称性によって生じる問題を克服するためにはどうすればよいのか。一つは、情報提供者を疑う姿勢をとるということ、もう一つは、競合的な情報源を創設することである。情報提供者を疑う姿勢をとるという克服方法は情報提供者が特定できる場合には有効であるが、会社組織の場合にはそれは当てはまらない。そのため、後者による克服方法が重要となるが、その競合的な情報取得装置としての内部統制システムが重要であると指摘する。

次に、経営者の機会主義的行動の観点からの根拠は以下のように説明される。すなわち、経営者は短期的な任期で職

務を行い、もし経営者がその地位を維持し、昇進しようとするならば、短期的な利益を追求するインセンティブが働く。そのため、たとえ、会社のポリシー（長期的利益の追求、その他会社の利益を脅かさない方法）や法令に違反するような行為であっても、機会主義的に経営者がその利益を追求する可能性がある。そして、その防止策として内部統制システムが存在する、と。この二点からEisenbergは内部統制システム（法令遵守体制）に関しては、機関としての取締役会が究極的な責任を負う主体となるべきであると指摘する[83]。

では、日本法においても、取締役会が法令遵守体制の構築につき究極的な責任主体となるだろうか。日本法においても、取締役会は経営機能のみならず監督機能を果たしており、その意味ではアメリカ法上の取締役会と類似する。そうであるならば、Eisenbergが述べたような根拠は日本法においても妥当するように思われる[84]。また、会社法は、取締役会設置会社（委員会設置会社も含む）において、法令遵守体制を含む内部統制システムの決定権限を取締役会に委ね、当該システムの決定権を代表取締役等個々の取締役に委ねることを禁止する（三六三条四項六号、四一六条一項一号ホ・同二項・三項）。この点、立案担当官による解説によれば[85]、取締役会で決定すべき内部統制システムはその要綱[86]で充分であり、より詳細な内容は代表取締役又は業務執行取締役に委ねても構わないと説明されている[87]。ただ、前述したEisenbergによる見解と現行法における内部統制システムの決定権限の所在に鑑みれば、究極的な責任主体は機関としての取締役会にあると見てよいと思われる。

（三）法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係

次に、「法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係」という問題である。この点が、本稿がもっとも重要な検討対象として据えた論点である。この論点について、まず一般論として、そのままアメリカ法における議論をそのまま引き

継ぐとすると、デラウェア州の判例法理では、そもそも法令遵守体制構築義務は取締役の監督義務の積極的側面に過ぎず、取締役の監督義務が問題となる局面、すなわち、取締役の不作為が問題となる場面においては、基本的に経営判断原則の適用がないと考えられてきたから、否定的に解される。法令遵守体制構築義務が問題となった事案で明示的に経営判断原則を「適用」した事案はない。

まず、最初の論点として、法令遵守体制を構築しないという積極的な「判断」は経営判断原則による保護を受けられるか、ということが問題となる。この問題については、Caremark 事件判決、Guttman v. Jen-Hsun Huang 事件判決、Stone v. Ritter 事件判決においては「情報報告システムを全く構築していなかった場合」には取締役の誠実性が欠如するということが明確に示されている以上、アメリカ法においては「不誠実な」経営判断として位置づけられよう。そして、不誠実な経営判断となれば、経営判断原則の適用条件である「誠実性」が失われているため、適用要件を欠くことになる。したがって、日本法においても、同様に、法令遵守体制を構築しないという経営判断は、裁量を逸脱した不合理な経営判断とされ、任務懈怠責任が発生するであろう。

次に、アメリカ法における法令遵守体制の水準は、どのように解されているのか。日本法においては、最低限の法令遵守体制については裁量はなく、それを超えてどこまで充実させるかという点についてのみ裁量が働くと指摘されてきた。アメリカ法においては、COSO による内部統制に関する基準の設定、企業不祥事の続発、Sarbanes-Oxley 法の制定があったにもかかわらず、責任が発生する法令遵守体制の水準は低いままである。その意味で、連邦立法等による影響はほとんどなかったといえよう。そして、その水準は、より具体的にいえば、会計不正の文脈では、一部の州[88]を除いて任意設置機関である取締役会の監査委員会の設置が最低限の水準であると考えられている。しかし、取締役会の監査委員会はニューヨーク証券取引所等による上場規則[89]により、上場会社においては事実上必置機関として考えられている

上、様々な規制が監査委員会に対してなされているということに鑑みると、それらの規則を遵守している限り、上場会社にとっては、Caremark 事件判決で述べられた水準を容易に達成することができると思われる(90)。他方、会計不正以外の企業不祥事の場合には、Stone v. Ritter 事件判決のように、コンプライアンスに関する部署の設置、担当役員の選任、従業員教育等により、その水準は満たされると考えられる。そうすると、アメリカ法における最低限の法令遵守体制は、監査委員会の設置またはコンプライアンスに関する部署の設置、従業員教育等の存在であるということができそうである。そして、少なくとも、当該体制について専門家等によって欠陥が指摘されていなければ、裁判所が当該体制の内容から取締役の責任を認めることはほとんどないといえよう。

そこで、このようなアメリカ法における議論を日本法に導入することは可能だろうか。アメリカ法における議論は、当然、アメリカ法が有している背景事情に沿った形で展開されているのであって、日本法にそのまま接続させることができるからは別の考慮を必要とするからである。

第一に、Allen 判事が Caremark 事件判決で述べたような有能な取締役が就任するインセンティブが失われるという点については、アメリカと異なり社内取締役が多く、その取締役の多くは従業員出身であるという日本の経営実態からすれば、有能な人物が取締役になりたがらないという指摘は妥当しないようにも思われる(91)。しかし、他人の違法行為によって高額の賠償責任が課せられる可能性があれば(92)、いくら社内取締役といえども、その就任を躊躇う可能性があり、充分その根拠はあると思われる(93)。

第二に、法令遵守体制の内容について裁判所が審査することが困難であるという点については、以下のような反論ができるであろう。日本法の文脈では金融商品取引法適用の会社については、金商法上の内部統制は、財務報告目的に限定されるという制約はあるものの、内容が比較的明確であり、また、各種の基準やマニュアルが発達している場合が多

く、これらに沿って制度構築がなされているかを裁判所は審査することは可能ではないか[94]、との反論である。しかしながら、金商法適用会社については問題が少ないかもしれないものの、金商法はあくまで財務報告に係る内部統制を対象としていることからすれば、財務報告とは関係しにくい違法行為、例えば、食品偽装等による食品衛生法違反や景品表示法違反といった違法行為等については対象としにくい。また、そもそも会社法しか適用されない会社については基準も設定されているわけではないため、裁判所は問題となっている会社の法令遵守体制の内容を基準なしに判断する必要性に迫られる[95]。確かに、前述したように企業の収益がリスク・テークの裏返しであることからすれば、どの程度のリスクを許容するかは経営戦略の問題ではあるが、冒険的な内部統制システム（法令遵守体制）の構築を奨励する必要はないとの指摘は一般論としては首肯しうるが、実際に、法令遵守体制を構築するという経営判断をするにあたって、コンプライアンス・リスクをどの程度許容するかも経営戦略の問題、すなわち、社内において違法行為発生コストを防止する利益と法令遵守体制の構築コストを比較するという経営戦略すら認められないのか、という反論もあり得る。法令遵守体制を構築しないという場合には経営判断原則によって保護されない（＝取締役会にそのような判断する裁量が与えられていない）としても、法令遵守体制の内容については、それこそ経営戦略の問題であって、裁判所による審査になじみにくいと考えられる。そして、法令遵守体制の設計や監督というのは、基本的な企業の構造や運営に影響を与える中央集権的な監督と分散化された行為との兼ね合い（trade-offs）となる以上、裁判所は実質的な経営判断をせざる得なくなるため[96]、取締役の法令遵守体制に関する判断の合理性審査は特に困難と思われる。また、社内組織自体について、どのような組織体系を構築するのかということは、まさに経営判断、経営戦略の問題であって、それに対して、裁判所が法令遵守体制を含めた組織体系が合理的であるのか否かという点について判断を下すことは、組織論や経営論について裁判所が一定の見解を経営者に押しつける可能性も孕む[97]。

次に、経営者が人的資本拠出者であること、そして、裁判所による審査ではなく株式市場による審査の妥当性については、日米において、差異は見られないと思われる。しかし、ここで一点指摘すべきことは、株式市場による審査の前提として、法令遵守体制の内容がきちんと株式市場に開示されていることが必要である。日本の現行法は、第一に、会社法四三五条二項により事業報告書を作成することになっているが、当該事業報告書には会社法上の内部統制システムに関する決定・決議の内容の概要を含むこととなっており（会社法施行規則一一八条二号）[98]、当該会社の株主には事業報告書が提供される。第二に、有価証券届出書・有価証券報告書の中で「コーポレート・ガバナンスに関する情報」に関する開示が求められているが、その「コーポレート・ガバナンスの状況」として、「提出会社（単体又は連結）の企業統治に関する事項」の記載が求められ、その中で内部統制システムの整備の状況、リスク管理体制の整備の状況が記載事項として例示されている（金商法二四条一項、企業開示内閣府令一五条一項イ）。第三に、金商法上、財務報告に係る内部統制システムについて内部統制報告書を内閣総理大臣に提出しなければならず、それを通じて株式市場に対してその内容が開示される（金商法二四条の四の四第一項）[99]。また他にも、東京証券取引所の適時開示規則により、上場会社に「コーポレートガバナンスに関する報告書」の提出を求め、その中で「内部統制システムに関する基本的な考え方及びその整備状況」が記載事項とされており、当該項目の具体的な記載事項として、①内部統制システムについての基本的な考え方、②内部統制システムの整備状況、③反社会的勢力排除に向けた基本的考え方、反社会的勢力排除に向けた整備状況の記載が求められ、金融商品取引所のホームページ等において公衆縦覧に供されている[100]。以上のような法制度等を充分活かすことが必要である。なお、会社法四三五条二項及び同法施行規則一一八条二号の決定・決議内容については、実務上、何をどこまで記載すればよいかが問題になるとの指摘があり[101]、また、概要ではなく全て記載すべきこととすると、取締役の決定や取締役会の決議においては大綱的なことのみを定めるインセンティブが働き、他方、コ

ストが多くなりすぎるということから、概要記載にとどめたとの趣旨もあるが[102]、Web開示によるコスト削減を併用しつつ、法令遵守体制（内部統制システム）の内容がある程度明確になるような概要が望まれる[103]。

以上、法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係を日本法の文脈においても検討してきたが、日本法においても、取締役の法令遵守体制の構築について、広範な裁量を認めるべきである[104]。取締役の法令遵守体制構築義務が問題となる場合、合理的な法令遵守体制がどのようなものであるのか、を判断することが裁判所にとって難しい上に、違法行為を防止する法令遵守体制を後知恵的に判断する可能性も高く[105]、取締役に萎縮効果をもたらすということを考えれば、日本法においても、アメリカ法のような議論を接続することは可能であると考える。

一方で、アメリカ法においては取締役の法令遵守体制構築義務は誠実義務（忠実義務）へと位置づけられたことにより、当該義務違反が成立する場合は、法令遵守体制を全く構築しなかった場合のほか、法令遵守体制を構築したものの「意識的に」その運用を監視または監督せず、社内の問題等が取締役らに伝達されなかった場合に限定されていた。では、日本法においても、同様に「意識的に」その運用を監視または監督しなかった場合にのみ義務違反を認定すべきかが問題となる。確かに、日本法においても、前述したように、経営判断原則の理論的根拠が法令遵守体制の構築についても妥当し、謙抑的な司法審査が望ましいと考えられる。しかし、「意識的な」運用の懈怠という基準は、誠実義務・誠実性概念の問題と直結している。そもそも取締役の誠実義務の議論はデラウェア州法における取締役の免責規定による保護をいかに排除するのかという議論とリンクし、また、アメリカ法においても取締役の誠実義務論について一定の理論的一致を見ていないこと、そして、取締役の義務について、日本法では法令上、善管注意義務と忠実義務以外に誠実義務を認める余地に乏しいことから、積極的に誠実義務を認めることはできない。

したがって、法令遵守体制の内容に対する司法審査の謙抑性については日本法についても妥当すると考えるが、他方

で、法令遵守体制構築義務違反の認定について、取締役の主観にのみ依存するのは妥当ではないと考える。

（四）法令遵守体制の内容に対する司法審査のあり方

しかし、ここで留保を付しなければならないのは、確かに、日本においても経営判断原則を支える理論的根拠が妥当するとはいっても、従来から、日本法においては、経営判断原則を適用していても、実質的な経営判断内容の審査を行ってきたとされる[106]。また、過度に融和的な日本の取締役会の現実を前提とするならば、裁判所が一定の役割を果たしうる可能性があるから、その点についてある程度の合理性を認める見解[107]もある。そうすると、法令遵守体制の内容について裁判所が積極的に合理性審査を行うことが要求されるのかもしれない。また、取締役の法令遵守体制の構築について広範な裁量が認められるといっても、裁判所は当該体制の内容審査を全くしないとなっては、取締役は形式的な法令遵守体制のみ構築する可能性がある。

この点、アメリカ法においては、繰り返しになるが、取締役の主観（「故意」の認定）でもって、責任を認定しているが、これは誠実性概念とリンクしているのであって、日本法においても同様に解することは難しいように思われる。

では、日本法において法令遵守体制の内容に対する司法審査はどうあるべきか。従来の裁判例においては、法令遵守体制が全く構築されていなかった事案とか[108]、具体的な体制の主張立証がなされていない事案を除くと、次のように指摘できる[109]。

まず大和銀行ニューヨーク支店事件判決では、取締役の任務懈怠を認定するにあたって、「損害を発生させる不正行為を未然に防止する体制」を先に想定した上で、大和銀行における体制とを比較した結果、その体制が存在していないことをもって任務懈怠を認定しているように見える[110]。

他方、ダスキン株主代表訴訟判決では、原告が主張する内部統制システム（法令遵守体制）と実際にダスキン社内において整備されていた体制とを比較検討し、実際の社内体制の水準が、取締役の裁量の範囲内にあったか否かによって判断し、結果的に、原告が主張する内部統制システムであれば問題を防止し得たかもしれないが、実際の社内体制の内容が裁量の範囲内であると認定している[111]。そして、ヤクルト株主代表訴訟判決でも同様の手法が用いられている[112][113]。

したがって、大和銀行ニューヨーク支店事件判決における認定手法は、特定の体制を想定した上で、それが存在しているか否かによって任務懈怠の有無を判断するが、他方で、ダスキン株主代表訴訟判決等における認定手法は、実際に構築されていた体制と原告が主張する体制との乖離が取締役の裁量の範囲内にあるか否かによって、任務懈怠の有無を判断していると考えられる。少なくとも、前者による認定手法は後知恵による責任認定の可能性が高く、取締役に対する萎縮効果が生じやすいと思われる。もし、後知恵による責任認定を回避するには、損害発生の予見可能性および結果回避可能性を検討することになると思われるが、ピン・ポイントに当該損害発生を防止しうる体制を、法令遵守体制を構築する段階で予測し、当該不正行為等を防止することができるかということを考えれば、例えば、以前から同様の不正行為が発生していたというような事情があれば格別、その立証および認定は極めて困難である[114]。そして、後者による認定手法の場合には、何らかの基準がなければ、取締役の裁量の範囲内であるか否か[115]の裁判所による審査は困難となる[116]。

では、裁判所はどのような認定手法を採用したらよいのだろうか。本稿では、アメリカ法における Red Flag 対処義務における議論を法令遵守体制構築義務における議論の参考とすべき、との提案をしたい。

すなわち、日本法においては、法令遵守体制の整備・運用について何らかの欠陥があったとの報告が取締役会にもたらされていたにもかかわらず、それについて是正措置をしなかったという点に法令遵守体制構築義務違反の根拠を見い

だすべきである。これは、アメリカ法における Red Flag 対処義務の観点を法令遵守体制の構築・運用の場面にも導入したものである。しかし、この前提として、法令遵守体制はいったん構築しただけでは不充分であり、定期的な体制の監査と報告が行われていなければならないということが重要である。[117][118] 換言すれば、定期的な監査や報告がなされていなければ、それ自体が義務違反と認定されると考えられるが、内部監査部門等による定期的な体制に対する監査が行われ、疑念を差し挟むべき特段の事情にあたるような体制の欠陥があったとの報告がなされていない場合には、基本的に法令遵守体制構築義務違反との認定を免れると考える。[119] そして、法令遵守体制の欠陥が報告され、取締役会にその情報がもたらされた場合には、当然、どのような是正措置をとるべきかを検討する必要があり、少なくとも、是正措置をとらなかったという場合には義務違反の認定がなされるだろう。

第二款　不正行為対処義務と取締役の責任

以上のように、内部統制システムないし法令遵守体制構築義務の責任認定の困難さやその背後にある思想という点から、当該義務が取締役の民事責任の局面では実質的に機能しにくいという問題が明らかになった。しかしながら、当該義務が機能しにくいからといって、取締役が企業不祥事を促進したり、隠ぺいしたりすることが認められないことは明白である。[120] そこで、その不正行為がどのような形で取締役会にもたらされ、それに対してどのような対処を行ったのか、という点に重点を置いて、取締役の義務違反を認定することが重要であると考えられ、それらを具体化することによって、取締役を規律付けるべきである。そこで、参考に値するのは、アメリカ法における Red Flags 対処義務であると考えられる。そして、日本法においても、この義務を重視することで、取締役に対して一定の規律付けを図っている事案

がある。それは、ダスキン株主代表訴訟判決である。

ダスキン株主代表訴訟判決は、前述したように法令遵守体制構築義務違反は認められなかった。しかし、同判決は違法な食品添加物の混入、不正支払等についての情報が取締役会にもたらされたにもかかわらず、そのまま不正行為を隠ぺいし続けたことに対して「被告らはそのための方策〔信頼喪失の損害を最小限度に止める方策―筆者註〕を取締役会で明示的に議論することもなく、『自ら積極的には公表しない』などというあいまいで、成り行き任せの方針を、手続き的にもあいまいなままに黙示的に事実上承認したのである。それは、到底、『経営判断』というに値しないものというしかない。」と判示している。もちろん、これは Red Flag 対処義務の場合に、不正行為について何らの是正措置をとらないという判断は経営判断原則の適用を受けないというアメリカ法の議論とは異なる意味で用いられていると考えられるが、少なくとも、日本法における議論でもアメリカ法の Red Flag 対処義務の議論が妥当する一つの例であると考えられる。

ダスキン株主代表訴訟判決における Red Flag は、販売中の「大肉まん」に TBHQ が混入した事実と、それを販売し続けたこと、また口止め料として不正な支払がなされたという事実である。そして、それを知った被告代表取締役社長以下、取締役会の構成員である被告取締役らはその事実に対して「TBHQ 混入の『大肉まん』による実際の健康被害は考えられず、商品回収や官庁届出も今となっては不可能であり、他方、公表すれば消費者からの非難は免れず、食品販売事業を営む企業としての信頼を損ねることが明らかであるところから、最高経営顧問の意見も参考にした上で、経営判断として、自ら積極的には公表しないとの方針を決定した」のである。そして、その決定に際して「〔訴外Ａ―筆者註〕からマスコミへの情報が提供された場合にダスキンが受けるおそれのある打撃の重大さや、それへの積極的な対応策の可能性の検討を併せて行っておく必要があったのに、一審被告らは、その必要性を軽視したまま『自ら積極的に

は公表しない』というあいまいな決定で、事態を成り行きに任せることにした」のである。[121] もちろん、いかなる是正措置をとるべきかは経営判断の問題であって、具体的に何をすべきだったのか、[122] ということは一概に指摘することはできないが、少なくとも、「公表した後に予想される社会的な非難の大きさにかんがみ、隠せる限りは隠そうということにしたもので、現に予想されたマスコミ等への漏洩や、その場合に受けるであろうより重大で致命的な損害の可能性や、それを回避し最小限度に止める方策等について」きちんと検討を行うことが重要であったと考えられる。[123] この点、アメリカ法においては、時間的要素も重視されている。すなわち、取締役の任務懈怠の認定において、どれくらいの期間、不祥事に係る情報が取締役会にもたらされ、どの程度長期にわたって当該情報を放置していたかが重要視されている。日本法においても、同様に解することができよう。[124]

確かに、事前の違法行為・不正行為防止に関する体制も重要であろうが、企業が巨大組織であればあるほど、そこで働く従業員や取締役らによる違法行為等を完全にゼロにすることは無理であるから、その違法行為等が発覚した場合には適切に対処することがより重要なことであると考えられる。[125]

第三節　積み残された課題

本稿では、取締役の法令遵守体制構築義務について検討を行ってきた。同時に取締役の Red Flags 是正義務についても、アメリカ法における議論を参照して検討を行ってきた。

本稿の結論は、第一に、取締役が構築すべき法令遵守体制の水準は、アメリカ法の場合、かなり低く、取締役がその職務を放棄しているような場合（たとえば、取締役会を一度も開催しないとかの場合など）に限り、責任が認められ、

機能している監査委員会を設置していた場合（会計不正の類型）やコンプライアンスに関する部署や役員等が存在していることをもって義務違反に問われないことが明らかになった。そして、法令遵守体制の水準と経営判断の問題については、それは、経営判断原則が法令遵守体制構築義務に適用されるか否かという問題ではなく、経営判断原則を支える理論的根拠と類似の場面で、取締役に広範な裁量が認められるという意味であることを明らかにした。ただし、法令遵守体制を構築しないという経営判断については誠実性が欠如する判断として、アメリカ法においては責任が肯定される可能性があることを指摘した。また、日本法においては、経営判断原則を支える根拠の妥当性から、当該義務は取締役の民事責任の局面においては、実質的に機能しにくい義務であるということを明らかにした[126]。他方、アメリカ法及び日本法いずれにおいても、Red Flag が企業内に発見された場合については、取締役会は慎重な検討を行った上、積極的な行動をとることが求められ、このような義務が、取締役の民事責任による規律付けとして機能することを指摘した。

しかしながら、本稿において残された課題としていくつか指摘できると思われる。

第一に、確かに、取締役の法令遵守体制構築義務はさまざまな状況から実質的に機能しにくい義務であると論じたが、法令遵守体制自体は企業にとって今や欠かせないものと言える。前述したように、法令遵守体制構築義務違反が認められなにくいということになると、取締役に対する当該体制の構築のインセンティブが働かなくなるのではないか、という疑問が出てくるだろう。これに対して、いかなる制度でもって規律付けを図るかということについては今後さらに検討していかなければならない問題であると考える[127][128]。

第二に、本稿では主として取締役の民事責任を中心に考察したが、法令遵守体制構築義務や Red Flag 対処義務に関して、監査委員会が重要な役割を担うことがアメリカ法の検討の中で明らかになった。しかしながら、本稿では、具体的に日本法の文脈において法令遵守体制構築義務や Red Flag 対処義務に関して、監査役や監査委員会がどのような役

割を果たすべきかについて検討することができなかった。

第三に、本稿では「法令遵守体制」に限定して取締役の責任論について考察した。しかし、現在では、序章[129]で述べたように、より広く「内部統制システム」一般の問題として検討されることが多い。しかし、近時のアメリカにおける裁判例においては、内部統制システムのうちリスク管理体制については監督義務の問題ではなく、取締役の経営判断の問題として位置づけ、経営判断原則を適用している。内部統制システム一般の問題として、どこまで同じように考察できるか、ということについても今後の検討課題である[130]。

（1）日本におけるこの義務の紹介として、山田純子「取締役の監視義務」森本滋＝川濵昇＝前田雅弘『企業の健全性確保と取締役の責任』（有斐閣、一九九七年）二三〇頁～二三一頁。

（2）メルビン・A・アイゼンバーグ／松尾健一（訳）「アメリカ会社法における注意義務」同志社大学日本会社法制研究センター編『日本会社法制への提言』（商事法務、二〇〇八年）［初出：商事法務一七一二号（二〇〇四年）］一九一頁。実務上においても、会社は、何らかの問題が発生したと信じた場合には、社内で正確に何が発生したのか、そして、なぜ発生したのかを調査すべきであり、会社の誠実性（integrity）を確立し、民事責任や刑事責任を限定するために必要なことであると認識されている。Robert S. Bennett et al., *Internal Investigations and the Defence of Corporations in the Sarbanes-Oxley Era*, 62 Bus. Law. 55 (2006), at 60.

（3）188 A.2d 125 (Del.1963).

（4）Thomas Rivers, *How to Be Good: The Emphasis on Corporate Director's Good Faith in the Post-Enron Era*, 58 Vand. L. Rev. 631 (2005), at 664. なお、デラウェア州の裁判例ではないが、それより以前にも Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (1920) 事件判決が同趣旨の判断を下している。同判決によれば、会社の経営者は少なくとも、社内における違法または疑義のある行為について認識したときには質問・調査義務（duty of inquiry）を負う。しかしながら、この質問・調査義務はどの

ような場合に取締役や役員に課されるかは不明確な部分が多かった。

（5）Graham v. Allis-Chalmers 事件判決に対して、警告サインに対する取締役の「無謀」かつ「意識的」無視と関係していると指摘する論者もいる。Rivers, supra note (4), at 664.

（6）432 A.2d 814 (N.J.1981).

（7）698 A.2d 959 (Del.Ch..1996).

（8）Hillary A. Sale, *Monitoring Caremark's Good Faith, available at http://ssrn.com/abstract=963448* (2007), at 734.

（9）698 A.2d 959, at 970.

（10）See, Regina Burch, *Director Oversight and Monitoring: The Standard of Care and the Standard of Liability Post-Enron*, 6 Wyo. L. Rev. 481 (2006), at 494.

（11）*Ibid.*

（12）698 A.2d 959, at 971.

（13）906 A.2d 27 (Del.2006).

（14）CG Hintmann, *You Gotta Have Faith: Good Faith in the Context of Directorial Fiduciaries Duties and the Future Impact on Corporate Culture*, 49 St. Louis U. L. J. 571 (2005), at 579.

（15）Sale, supra note (8), at 734.

（16）Rivers, supra note (4), at 664.

（17）なお、ここで検討する二つの裁判例はいずれもデラウェア州裁判所で争われたものではない。一般論として、デラウェア州裁判所で Red Flag 対処義務に言及する裁判例もあるが（Ash v. McCall, 2000 Del.Ch.LEXIS 144 (Del.Ch.2000). Saito v. McCall, 2004 Sel.Ch.LEXIS 205 (Del.Ch.2004)）、直接争点となったものではない。そこで、本稿では、より明確に Red Flag 対処義務の履行について争われた連邦裁判所における裁判例を素材とする。

（18）239 F.3d 808 (6th.Cir.2001).

（19）John L. Reed and Matt Neiderman, *"Good Faith" and the Ability of Directors to Assert §102(b)(7) of the Delaware General Corporation Law as a Defence to Claims Alleging Abdication, Lack of Oversight, and Similar Breaches of*

Fiduciary Duty, 29 Del. J. Corp. L. 111 (2004), at 133.

(20) 325 F.3d 795 (7th.Cir.2003). 本判決に関する邦語文献として、伊勢田道仁「会社の法令違反行為を認識しつつ対応策をとらなかった取締役の責任」商事法務一八〇三号（二〇〇七年）二六頁。

(21) 698 A.2d 959 (Del.Ch.1996).

(22) 911 A.2d 362 (Del.2006).

(23) Lawrence Scheinert, *Heuwett-Packers's Spy Games and the "Duty of Caremark": How Consistent Standards Governing a Director's Duty of Care Disregraces a Company*, 18 U. Fla. J. L.&Pub. Poly 447 (2007), at 459.

(24) Sale, supra note (8), at 741.

(25) アメリカ法における事前の提訴請求の目的は、株主代表訴訟は、株主が会社に代位して行う訴訟であることから、会社自身に、提訴または適切な是正措置を講ずる要請をすることにより、取締役や第三者の責任追及の機会を付与するためである。すなわち、取締役らの責任追及をし、会社としての訴権を行使するか否かの決定を行うのは会社の義務であり、会社に再度調査し提訴するなどの機会を付与する意味があるとされる（高橋均『株主代表訴訟の理論と制度改正の課題』（同文館出版、二〇〇八年）一三六頁）。

(26) 事前の提訴請求の無益性の判断基準は各州法に委ねられており、In re Abbott Laboratories 事件判決はイリノイ州法が適用される事案であるが、同州もデラウェア州の判例法に依拠するルールが確立しているため、デラウェア州の基準に則して判断されている（前掲註二〇・伊勢田二七頁）。

(27) 634 A.2d 927 (Del.1993).

(28) 473 A.2d 805 (Del.1984). なお、本判決につき、伊勢田道仁「代表訴訟提起の事前請求が免除される場合と経営判断原則」近藤光男＝志谷匡史編『新アメリカ商事判例研究』（商事法務、二〇〇七年）二二頁以下参照。

(29)「経営判断をなすに当たり、取締役が情報に基づき、誠実に、かつ当該行為が会社の最善の利益に資すると正直に信じて行動した」ということの推定である。

(30) Aronson v. Lewis 事件判決によれば、原告は具体的事実を主張することにより、取締役らの過半数が、利害関係なく、かつ、独立していること、または、当該取引において有効な経営判断の履行がなされていることについて、合理的な疑義を生

じさせなければならない（カーティス・J・ミルハウプト編『米国会社法』（有斐閣、二〇〇九年）一二三頁）。

（31）本判決は、少なくとも、「意図的に会社に損害を生じさせる行為」については不誠実な行為として判断される可能性を示唆する。そして、同時に、意図的な行為のみが不誠実であり、デラウェア州一般会社法一〇二条（b）項（七）の免責規定から排除されるとする主張を否定している点も重要である。John L. Reed and Matt Neiderman, *"Good Faith" and the Ability of Directors to Assert §102(b)(7) of the Delaware General Corporation Law as a Defence to Claims Alleging Abdication, Lack of Oversight, and Similar Breaches of Fiduciary Duty*, 29 Del. J. Corp. L. 111 (2004), at 133.

（32）250 F.3d 997 (6th Cir.2001).

（33）Sale, supra note (8), at 736.

（34）Hintmann, supra note (14), at 589.

（35）C社の監査委員会は同社の内部監査人のプログラム、監査結果、同社の内部統制及び会計慣行の適切性を審査する責務を負っていた。また、監査委員会は、その他の取締役会のメンバーに報告を行うことにもなっていた。同社の返済実務に関する監査人によって提供された情報は、不適切な実務が社内で用いられていたということを示す徴候であった。特に、同報告によれば、政府に提出する報告書と部外秘の報告書との間での不一致を示していた。このように監査委員会による報告書において既に不正行為が明らかにされていたにもかかわらず、取締役会はそれを無視していた。

（36）C社による買収前、被買収会社の取締役はC社の不適切な買収手法に気づいていた。ただ、全ての取締役が不適切な買収手法について気づいていたのではなく、一部の取締役が両当事会社の合意が法令違反であることを認識していたことが暗に示されていた。

（37）本判決の前に、同社は患者の紹介や詐欺的な請求書の作成につき不適切な動機があったかどうかについて争われた刑事的民事訴訟を提起されていた。本判決では、当該状況の下で取締役会が何も行動を起こさずまたは調査を行わないことは誠実になされたものではないとして、この刑事的民事訴訟を重視した。

（38）C社に対して、一連の不正行為を受けて、連邦捜査局（Federal Bureau of Investigation, FBI）等いくつかの連邦当局による調査が入っている。本判決は、連邦調査をRed Flagとして捉え、それに対応したかどうかをもって取締役の責任を判断している。

（39）一九九七年三月二〇日、二一日及び二八日にC社に関するNew York Timesの記事が発行されている。記事によれば、同社の請求書発行に関する問題に対する政府調査について書かれていた。なお、本判決の原審は、この点、これらの記事が出されてから二週間以上何もしなかったことについて合理的であると判断し、取締役会はその調査を認識していたという主張を拒否している。

（40）Sale, supra note (8), at 738.

（41）*Ibid.*

（42）Id at 742.

（43）Reed and Neiderman, supra note (19), at 137. したがって、Red Flagに対してあえて何もしないという判断は、取締役の義務放棄と考えられ、それが究極的には誠実性の欠如ないし誠実義務違反を構成することになる。そして、このことにより、従来、取締役の責任を限定するデラウェア州一般会社法一〇二条（b）項（七）にもとづく免責規定を援用することができなくなったため、責任が認められる可能性が増大した。

（44）See, Rivers, supra note (4), at 664.

（45）Anne Tucker Nees, *Who's the Boss? Unmasking Oversight Liability witin the Corporate Power Puzzle*, 35 Del. J. Corp. L. 199 (2010), at 242-244. は、何度も取締役会にもたらされる情報であれば、Red Flagであると認められ、かつ、取締役の義務違反が意識的になされたと認定されやすいと指摘する。しかし、逆に、頻繁にもたらされていないものであっても、定期報告等からもたらされた場合には、対処すべきRed Flagとなり得るとも指摘する。

（46）See, Burch, supra note (10), at 498; Stephen M. Bainbridge, *Caremark and Enterprise Risk Management*, 34 Iowa J. Corp. L. 967 (2009), at 986.

（47）Nees, supra note (45), at 244. は単に発生損害額によって判断するのではなく、会社の資産から見て、重大であるかどうかで評価すべきであるとする。

（48）See, Sale, supra note (8), at 741. また、Saleは別稿で「実際に、問題の継続期間が長ければ長いほど、裁判所はそれがred flagsの問題であると認定しやすくなる」と指摘している。Hillary A Sale, *Good Faith's Procedure and Substance, In re Caremark International Inc., Derivative Litigation*, in Jonathan Macey ed., The Iconic Cases in Corporate Law

(Thompson West, 2008), at 292.

(49) *Ibid.* また、各種報道や政府当局による調査が Red Flag となり得ると指摘するものとして、Jeffrey T. Dinwoodie, *"Unpatric" Profits: The Risks Companies Face from International Business Activities and the Need for a Heightened Duty of Oversight for Corporate Directors*, 34 U. Dayton L. Rev. 377 (2009), at 400-401.

(50) 一連の Caremark 類型の訴訟から考えれば、少なくとも会計不正のような場合には、監査委員会の設置が重要な要素として挙げられているため、監査委員会やそれに代わるシステムを全く構築していない場合となるだろう。

(51) この点、既に Sarbanes-Oxley 法八〇六条は、（明示的に内部告発制度を構築すべきことまでは規定していないが）内部告発制度を前提に、内部告発を行った従業員の保護に関する規定を置いている。

(52) 従来の法令遵守体制構築義務に係る裁判例を概観すると（第四章第三節第一款参照・六一巻六号一〇七頁以下）、監査委員会の有無、開催頻度等が重要な考慮要素として考えられる。

(53) Sale, supra note (8), at 293.

(54) この点、これら一連の行為に関して、取締役会による何らかの判断がなされた場合、経営判断原則による保護が与えられる可能性はある。

(55) Red Flag への対処の際に、取締役らが新たな法令違反等を起こさないことは言うまでもない。この点、Gross v. Babbio, 2006 WL 3692932 (Del.Ch.2006), The1199 SIU Greater New York Pension Fund v. Dunn, 2006 WL 3616991 (Cal.2006) という、Hewrett-Packard 社に係る一連の株主代表訴訟が興味深い。本事件は、取締役会のメンバーのみが知るはずの情報が Wall Street Journal に漏洩した際に、同社の取締役会議長と CEO が弁護士法人に依頼し、社内調査を行ったものの、情報漏洩者を特定できず、その後も情報の漏洩が発生したため、上記議長の後任が再度調査を行った際に、法令違反行為がなされたものである。当該再調査において、調査対象者の通話記録を傍受したり、ジャーナリストの記録の入手や電子メールの傍受をしたりしていたため、アメリカ司法省、SEC、連邦通信委員会の調査がなされた。そのため、これらの違法な手段を用いたスパイ活動は、多大な費用を同社に支出させ、同社の評判等を下げることとなった。原告株主らは、取締役らが違法活動に関与し、かつ／または、それを監督または統制していなかったことにつき取締役の信認義務に違反したと主張した。被告取締役らが、他の取締役による情報漏洩について、何らの対処も行わなければ、Red Flag 対処義務に違反

する可能性があったが（情報を漏洩した取締役は別にインサイダー取引も行っており、それを是正するためにも被告取締役らは調査活動を行っていた）、一方で、当該違法行為等の情報への対処として、調査活動を行う際に、違法な手法を用いることは同時に責任原因になることを示唆する。したがって、Red Flag への対処の際に、法令違反に該当するような調査や対処を行うのではなく、弁護士などの専門家の意見を交えつつ、慎重な対応が求められる。Scheinert, supra note (23), at 448-453.

(56) Nees, supra note (45), at 241.

(57) Id. at 238, Lyman P.Q.Johnson, *CORPORATE COMPLIANCE SYMPOSIUM: The Audit Committee's Ethical and Legal Responsibilities: The State Law Perspective*, 47 S. Tex. L. Rev. 27 (2005), at 49.

(58) この理論的背景は後述するが、法令遵守体制の内容や水準について、取締役に広範な裁量が認められる一方、違法行為等の情報を得た段階においては、取締役の裁量の幅が狭められるということが挙げられよう。

(59) 第三章・六一巻四号及び同五号参照。

(60) 2005 Del.Ch.LEXIS 113 (Del.Ch.2005), 906 A.2d 27 (Del.2006).

(61) 823 A.2d 492 (Del.Ch.2003).

(62) Eric J. Pan, *A Board's Duty to Monitor*, 54 N.Y.L. Sch. L. Rev. 717 (2009), at 733-734.

(63) それに加え、Allen 判事は、たとえ取締役が責任の脅威がなくとも、明確に示された法的義務に従うはずであるとの取締役の道徳的規範にも依拠する（第四章第二節第二款・六一巻六号一〇四頁参照）。

(64) 野村修也「内部統制への企業の対応と責任」企業会計五八巻五号（二〇〇六年）一〇〇頁。この見解は、経営判断原則の根拠の一つとして、リスクテークが事業経営にとって重要であり（Franklin A. Gevurtz, Corporation Law (West, 2nd ed., 2010), at 301.）、まずい結果が出たときにそれによって制裁が加えられた経営者は、人的資本の拠出者であるため、その資本を分散することができないから、よりリスクの少ないプロジェクトを行う傾向にある（Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, The Economic Structure of Corporate Law (Harvard University Express, 1991), at 91.）。しかし、事業経営にはリスクがつきものであるし、逆にリスクのある事業を行うことが株式会社という制度の役割であり、そのような株式会社の活動を通じて資本主義経済が発展する（伊藤靖史＝大杉謙一＝田中亘＝松井秀征『リーガルクエスト会社法（第

二版）』〔伊藤靖史執筆〕（有斐閣、二〇一一年）二二〇頁）、との根拠が法令遵守体制の構築には妥当しないことを強調する。なお、片木晴彦「経営判断原則」沢野直紀＝高田桂一＝森淳二朗編『企業ビジネスと法的責任』（法律文化社、一九九九年）四二頁、酒巻俊雄＝龍田節『逐条解説会社法第四巻機関１』〔藤原俊雄執筆〕（中央経済社、二〇〇八）二五六頁も参照。

(65) Easterbrook and Fischel, supra note (64), at 94.

(66) *Ibid.* Stephen M. Bainbridge, The New Corporate Governance in Theory and Practice (Oxford University Press, 2008), at 120.

(67) ただし、この根拠に対しては、他の専門的領域についても妥当し、例えば、医療過誤訴訟のような場合に、医療行為に対する専門的知識が欠如していることを理由に、裁判所が当該医療行為の相当性について判断しないわけではないとの批判がなされている（吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之＝近藤光男編『株主代表訴訟大系（新版）』（弘文堂、二〇〇二年）八六頁～八七頁）。また、医療に関わる判断または他の専門家の判断が、受け入れられている臨床試験の科学的適用にまでルーチン化されているという考えは神話に過ぎないとも指摘されている（Gevurtz, supra note (64), at 299.）。しかし一方で、医療行為との違いについては、医療行為は、自然科学的な行為であり、専門的・知識がありさえすれば―裁判所が専門家の鑑定意見等を参考にすれば―、「最適」な行為内容を特定することが相対的に容易であるとの指摘もある（森田果「わが国に経営判断原則は存在していたのか」商事法務一八五八号（二〇〇九年）七頁）。

(68) 始関正光「平成一四年改正商法の解説〔Ⅴ〕」商事法務一六四一号（二〇〇二年）二三頁、前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説」商事法務一六二三号（二〇〇二年）一九頁参照。

(69) See, Bainbridge, supra note (66), at 121.

(70) Guttman v. Jen-Hsun Huang, 823 A.2d 492 (Del.Ch.2003).

(71) Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del.2006).

(72) See, Easterbrook and Fischel, supra note (64), at 99.

(73) 前掲註六七・吉原八六頁。しかし、それに対しては、分散投資をするといっても、経営リスクをゼロにすることはできないし、全ての投資家が分散投資をすることができるわけでもないという批判もある。Gevurtz, supra note (64), at 302.

(74) 前掲註六七・森田一二頁。

(75) Easterbrook and Fischel, supra note (64), at 100.

(76) 当然のことながら、この根拠が妥当するためには法令遵守体制の内容について、きちんと開示されていなければならない。

(77) ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994), §4.01(a), first paragraph, Comment g.

(78) Caremark 事件判決で情報報告システムの詳細なレベルは経営判断の問題であると述べた点がそのことを表していると考えられる。もし、過失（negligence）や重過失（gross negligence）といった客観的基準を監督義務に対する審査基準とするならば、裁判所は体制の構築についての取締役会の判断の内容について審査しなければならなくなり、このことによって、今まで回避されてきた取締役会の経営判断の内容も審査することを意味しよう。Robert T. Miller, *The Board's Duty to Monitor Risk after Citigroup*, 12 U. Pa. J. Bus. L. 1153 (2010), at 1166.

(79) ALI, supra note (77), at §4.01(c), Comment c.

(80) See, William E. Knepper and Dan A. Bailey, Liability of Corporate Officers and Directors (LexisNexis, 8th ed., 2009), §2.05.

(81) 第四章第四節第一款（一）参照・六一巻六号一四二頁。

(82) Melvin A. Eisenberg, *The Board of Directors and Internal Control*, 19 Cardozo L. Rev. 237 (1997), at 244-250.

(83) このような Eisenberg の見解に対しては「理論的整合性、説明の巧拙という点からのみで考えるのではなく、モニタリング・モデルを前提として、取締役会に内部統制についての究極的な責任が置かれるべき積極的理由を見出そうとするものであると評価できる」と評される（笠原武朗「監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任について（三）」法政研究七〇巻二号（二〇〇三年）三七頁。

(84) 前田雅弘「経営管理機構の改革」商事法務一六七一号（二〇〇三年）三二頁も、この Eisenberg の見解を引用しつつ、委員会等設置会社（当時）において、内部統制システムは、執行役の便宜のためだけの制度ではなく、取締役会の監督機能を従事させるための制度でもある。内部統制部門からの報告は、執行役に対してなされるだけでなく、取締役会または監査委員会に対してもなされなければならない。執行役自身の行為をカバーできないような内部統制システムは、不備というべきではなかろうか、と指摘する。

(85) 相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔『論点解説　新・会社法―千問の道標』（商事法務、二〇〇六年）三三五頁。法令遵守体制に限れば、所轄部署としてコンプライアンス部門を設置するとしても、取締役会において、同部門を構成する担当者の人

数や人選等の詳細まで決定する必要はないとされる（森・濱田松本法律事務所編『内部統制―会社法と金融商品取引法』〔浜口厚子執筆〕（中央経済社、二〇〇九年）二八頁）。なお、持永勇一＝吉田良夫『内部統制の理念―金融商品取引法・会社法』（第一法規、二〇〇七年）一四二頁も参照。

(86) 目標の設定、目標達成のために必要な内部組織およびその権限、内部組織間の連絡方法、是正すべき事実が生じた場合の是正方法等に関する重要な事項とされる（前掲註八五・相澤＝葉玉＝郡谷三三五頁）。

(87) 具体的には、取締役会による内部統制システムの基本方針の決定、代表取締役（代表執行役）等業務執行者による内部統制システムの細目決定、運用、見直し、事業報告の作成、株主総会で報告という形がとられる（経営法友会法務ガイドブック等作成委員会編『内部統制システム構築・運用ガイドブック』（商事法務、二〇〇七年）二七頁参照）。

(88) コネチカット州は一〇〇人以上の株主を有する会社に対して、二人以上の取締役からなる監査委員会の設置を義務づけている。Conn.Gen.Stat.§33-753(c)(1).

(89) 現在、NYSEは上場会社に対して、最低三人以上からなる監査委員会を設置することを義務づけている。NYSE Listed Company Manual 303A.06. なお、See, SEC, Notice of Filing of Proposed Rule, Rel. No. 34-13245 (Fed.4, 1977).

(90) Johnson, supra note (57), at 49.

(91) 近藤光男『経営判断と取締役の責任―「経営判断の法則」の適用の検討』（中央経済社、一九九四年）一〇五頁参照。

(92) 大和銀行ニューヨーク支店株主代表訴訟判決（大阪地判平成一二年九月二〇日判例時報一七二一号三頁）における当初の賠償額を想起せよ。

(93) 高額な損害賠償責任の可能性に対しては、取締役等による責任免除に関する定款規定を置いたり（四二六条一項）、社外取締役等とは責任限定契約を締結したりして（四二七条一項）、ある程度その責任額を減少させることができるとの反論もあり得る。しかし、現実問題として、定款変更議案を株主総会に提出した場合に、株主の反発によって総会運営に支障が出るのではないかとの不安もあり、二〇〇八年の段階で定款による責任軽減規定を新設した会社は全体の半数にも満たないとの報告もあり、事実上、取締役の責任軽減制度は機能していないのではないかとの指摘がなされている（渡邊顕編『取締役の善管注意義務のはなし』〔佐藤弘康執筆〕（商事法務、二〇〇八年）一七一頁～一七二頁）。

(94) 大川俊「適正と認められる内部統制システムの判断基準について」明治大学大学院法学研究論集二四号（二〇〇六年）

六〇頁～六一頁参照、青木浩子「会社法と金融商品取引法に基づく内部統制システムの整備」浜田道代＝岩原紳作編『会社法の争点』（有斐閣、二〇〇九年）一五三頁参照。金商法二四条の四の四第二項は、「財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するための体制」について、その内容を内閣府令に委ねており、財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するための体制に関する内閣府令（平成一九年内閣府令第六二号）は、その第一条で「金融商品取引法第二四条の四の四の規定により提出される内部統制報告書の用語、株式及び作成方法は、この府令の定めるところによるものとし、この府令において定めのない事項については、一般に公正妥当と認められる財務報告に係る内部統制の評価の基準に従うものとする。」と定めており、財務報告に係る内部統制に関する様々な評価基準が内部統制府令ガイドラインや内部統制報告制度に関するQ＆A等という形で明確にされている。

(95) 前掲註九四・青木一五三頁。梅村悠「内部統制に関する情報開示制度の意義と正確性の確保」上智法学論集五三巻三号（二〇一〇年）一三九頁～一四〇頁は非財務情報の正確性を担保するためのシステムの構築・評価を義務づけることを提示する。

(96) Jennifer Arlen, *The Story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: Directors' Evolving Duty to Monitor*, Law &Economics Research Paper Series Working Paper No.08-57, *available at http://ssrn.com/abstract=1304272* (2008), at 18, n.93. 笠原武朗「監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任について（四）」法学研究七〇巻三号（二〇〇三年）五六一頁においても「適切な方針・基準・手続を設定することが取締役や役員の義務であるとすると、不適切な方針・基準・手続しか設定しなかったことはそれだけで取締役や役員の義務違反を基礎付けることとなるはずであるが、実は裁判所自身がある方針・基準・手続を不適切なものであると判断することには、裁判所がある取引の実体的内容に関して非難を加える場合と同様の、裁判所の能力的限界を理由とする判断の不安定さ、あるいは謙抑的態度という問題がある」と指摘されている。

(97) この点がまさに問題となったのが、ダスキン株主代表訴訟判決（大阪高判平成一八年六月九日判例タイムズ一九七九号一一五頁）であろう。同判決は、原告株主がカンパニー制度を設けて事務部門の独立性を認める場合にも取締役の監視義務は全社に及ぶのであるから、当該事業部門限りで情報がとどまることがないように、現場からの情報が複数のルートを通って伝達されるように体制作りをする必要があるとの主張に対して、「事業部門の独立性を高めるのは、当該会社が多岐に亘る事業経営をしているため、一定の基準を設けて、その範囲内では当該部門内部で処理が可能なこととして経営効率

の向上を目指すものであるから、情報のすべてを他の部門に伝達することを要求するのはその趣旨に反する。」と述べ、また、不正な口止め料の支払いとの関係についても、「全事業部門を『完全資金独算会社』とし、権限と責任を各事業部門の責任者に委譲する旨の稟議規定の改定を行っており、フードサービス事業グループの場合、三〇〇〇万円以下の案件についてはB〔本件別訴被告取締役―筆者註〕の単独決裁によって、三〇〇〇万円超一億円以下の案件についてはA〔本件別訴被告取締役―筆者註〕及びBの共同決裁によって、原則として一審被告Y_3や取締役会の決裁を要することなく処理することが認められていた。ダスキンのように全く種類の異なる分野にまたがって事業を展開する会社において、事業分野ごとに当該事業を取り巻く環境等様々な考慮要素を的確に把握して総合的に評価し、時機を失することなく経営判断をすることを可能にする、本社部門が全社戦略に専念することを可能にする等の観点から、各事業分野ごとに自律性・独立性の高い組織（事業部、事業部門、カンパニー等）を設け、当該事業部門に権限と責任を委譲することは、会社の組織のあり方として一定の合理性を有する。そして、そのような組織体制を構築する以上、事業部門がその権限の範囲内で支出する場合に、本社部門が常にその支出の必要性、相当性等を審査しなければならないとまではいうことができず、本社部門にどのような内容の経理体制を整備すべきかは、基本的には経営判断の問題であり、会社経営の専門家である取締役に広い裁量が与えられているというべきである。」と判示した。法令遵守体制ないし内部統制システムと密接に関わる組織体系について、どのような内容で構築するかは経営戦略の問題であり、裁判所の審査能力という観点から、広範な裁量が認められなければならないと思われる。法令遵守体制ないし内部統制システムを含めた社内組織について、法や裁判所が一律に定めることは不可能であるし、またそれには経営学の視点も入ってくる可能性がある。裁判所は経営組織論について一定の見解を示す場ではないということはいうまでもない。（日本取締役協会編・井口武雄＝落合誠一監修『経営判断ケースブック―取締役のグッドガバナンスの実践』〔中村直人執筆〕（商事法務、二〇〇八年）一七頁参照）。そして、このような考え方が背後にあるため、アメリカ法においては、極端な場合でしか、法令遵守体制構築義務違反が認められないと考えられる。なお経営学の立場から、内部統制につき、特定の方法を法律で強制することに疑問を投げかけるものとして、吉村典久「日本における内部統制報告制度の導入に関する一考察」和歌山大学経済学会研究年報一四号（二〇一〇年）四四一頁も参照。

（98）本号は、内部統制システムに関する事項について取締役が決定し、または取締役会が決議した場合には、その株式会社が大会社であるか否か、委員会設置会社であるか否かを問わず、その決定または決議の内容の概要を事業報告に記載する

ことを要求している（弥永真生『コンメンタール会社法施行規則・電子公告規則』（商事法務、二〇〇七年）六五九頁）。

(99) ただし、金商法上の内部統制報告制度に対して、日本における内部統制報告書によって、一般投資者は、内部統制の充実に向けた経営者の取り組み内容や、それがどのように具体化したのかを知ることができず、内部統制報告書に記載される情報によって、経営者が高い意識を持って誠実に内部統制やコーポレート・ガバナンスの充実に取り組んだかどうかを判断・評価することは容易ではないとも指摘されている（蟹江章「会計時評　内部統制報告制度はどこへ向かうのか？」企業会計六二巻一号（二〇一〇年）一三二頁～一三三頁）。

(100) これらの内部統制の開示について、前掲註八五・浜口＝児島一〇四頁～一一〇頁参照。

(101) 黒沼悦郎「企業内容の公示・開示」淺木眞一＝小林量＝中東正文＝今井克典編『濱田道代先生還暦記念　検証会社法』（信山社、二〇〇七年）五三一頁。

(102) 前掲註九八・弥永六六〇頁。

(103) その他のものとして、株主総会における情報開示もあり得る。取締役会による内部統制システムの決議内容の概要は、事業報告において記載されているから、定時株主総会における報告事項となり（四三八条三項）、それと同時に会議の目的事項（二九八条一項）にもなるため、株主からその内容について質問される可能性はある（前掲註八五・浜口＝児島一〇九頁～一一〇頁）。法律上は説明義務の範囲として、補足する程度でよいと思われるが、本文で述べた視点からすれば、企業不祥事が頻発する昨今の状況と合わせて、会社としての取り組みの内容を丁寧に説明すべきであるように思われる（前掲註九七書・〔西村賢執筆〕一五七頁参照）。

(104) 法令遵守体制の構築について、経営判断原則が適用されることを詳細に検討したものとして、中村直人『判例に見る会社法の内部統制の水準』（商事法務、二〇一一年）五八頁。また、青竹正一「取締役・執行役の会社に対する責任」岩原紳作＝小松岳志編『会社法施行5年理論と実務の現状と課題』（有斐閣、二〇一一年）二五頁も適用を認める。

(105) 大杉謙一「企業不祥事の前と後」法学教室三六〇号（二〇一〇年）八三頁。

(106) 江頭憲治郎『株式会社法（第三版）』（有斐閣、二〇〇九年）四三五頁。

(107) 宮本航平「取締役の経営判断に関する注意義務違反の責任（二・完）」法学新報一一五巻七／八号（二〇〇九年）九八頁。

(108) そもそも法令遵守体制を全く構築していなかったような事案は比較的容易に義務違反を認定することが可能と思われる。

形式的にすら体制を構築していないこと自体が任務懈怠を構成するといえよう。

(109) 大和銀行ニューヨーク支店事件判決とダスキン株主代表訴訟判決・ヤクルト株主代表訴訟判決等における一般論の部分は大差ない。なお、司法審査の方法につき、前掲註一〇四・中村一三二頁～一三三頁、一五六頁～一五八頁参照。

(110)「店内検査、内部監査担当者による監査、検査部による臨店検査、米州企画室による検査、会計監査人による監査のいずれの場合においても、検査対象であるニューヨーク支店あるいはカストディ係にバンカーズ・トラストから財務省証券の保管残高明細書を入手させ、その保管残高明細書と同支店の帳簿とを照合するという確認方法を採用していたため、甲野が本件無断売却の事実がないように作り替えた保管残高明細書と、同支店の帳簿とを照合する結果となり、本件無断売却および本件訴因…に係る行為を発見、防止することができなかった。したがって、カストディ業務に内在する事務リスクを適切に管理するための、財務省証券の保管残高を確認する仕組みは、整備され、かつ実施されていたものの、その検査方法は、検査対象者に隠ぺいの機会を残すものであった」とする。そして、損害との因果関係について「ニューヨーク支店が保管していた財務省証券の保管残高を確認する適切な検査方法を採用していれば、甲野が訴因…に該当する行為を行うことを未然に防止できた」。

(111) なお、ダスキン株主代表訴訟判決は内部統制システムの限界事例として位置づけることも可能であるとも考えられる（土田義憲『会社法の内部統制システム―取締役による整備と監査役の監査（第二版）』（中央経済社、二〇〇六年）九四頁～九五頁参照）。通常、内部統制システムの限界として「経営者による内部統制の無視」というものが上げられる。事業部長や事業単位責任者などが定められた方針や手続を無視することによって内部統制が有効に機能しない場合があるとされる。本件でも事業部門の最高責任者らが、稟議規定に違反して取締役会に報告せず秘密裏にあえて違法行為を行うという意思決定をしたことが認定されている。このことから、本件は内部統制システムの限界の一例としても位置づけることができると思われる。にもかかわらず、内部統制システムの限界であることを明示している論稿は少なく、逆に、情報が従業員から担当取締役にもたらされていても、それが取締役会に伝わらなかったという事実からそれ自体が内部統制システムの不備と捉える見解もある（伊勢田道仁「大阪地判平成一六年一二月二二日判批」法と政治五七巻一号（二〇〇七年）九二頁）。

(112) 裁量の範囲内にあるか否かを判断するに当たっては、「デリバティブのリスク管理体制の主なチェック項目」、「金融派生商品の管理に関するガイドライン」、他の事業会社において採用されていたリスク管理体制とを比較している。

(113) 加えて、三菱商事株主代表訴訟判決においては、主張立証の方法についてであるが、会社の具体的な体制とその不備と具体的に構築すべき体制との乖離が取締役の裁量の範囲内にあるか否かを主張立証させている。

(114) また、当該体制による結果回避可能性を問題にし、実際に従業員等の不正行為等が行われ、会社に損害が生じた場合には、裁判所は当該不正行為等の発生ひいては損害の発生について予見可能性、結果回避可能性があったか否かによって判断を行うこととなる。この点については、日本システム技術開発事件最高裁判決（最判平成二一年七月九日判例タイムズ一三〇七号一一七頁）も参照。しかし、もしそうであるならば、予見可能な違法行為等が発生しないように適切な監督をすべき義務を措定することになろう。

(115) この点、裁量の範囲内にあるかどうかは、既に存在する内部統制基準や同業他社等の基準によって判断することも考えられる。しかし、たとえ、内部統制基準があったとしても金融商品取引法適用会社ではない場合や同業他社等における法令遵守体制がそのまま問題が生じた会社においても有効であったかの判断は困難であると思われる。ある一定の実務指針（例えば、COSO による基準等）を利用する見解もあるが（前掲註九四・大川六二頁参照；See, Michelle M. Harner, *Ignoring the Writing on the Wall: The Role of Enterprise Risk Management in the Economic Crisis*, 5 J. Bus. & Tech. L. 45 (2010), at 53, 56）、単に実務指針に従っていないことを理由に責任を認めるとすると、当該実務指針を法定の基準と同視しうることとなり妥当とはいえない。

(116) 加えて、この認定手法の場合、因果関係の認定がより難しくなるように思われる。なぜならば、たとえ裁量の範囲内になるような法令遵守体制を構築していたとしても当該不正行為等を防止できたかということを立証することが難しいからである。これに対し、アメリカ法においては、法令遵守体制構築義務違反を忠実義務違反として位置づけ、因果関係概念を必要としないとの見解もあるが（James Griffith Jr., *Director Oversight Liability: Twenty-First Century Standards and Legislative Controls on Liability*, 20 Del. J. Corp. L. 653 (1995), at 684-688）、少なくとも、日本法においてそのような主張を行うことはできないと思われる。これはいわゆる古典的な善管注意義務と忠実義務の峻別論に帰着する問題と思われる。すなわち、善管注意義務と忠実義務を区別し、忠実義務違反類型の場合には善管注意義務違反類型の場合と異なる要件や効果を発生させるという議論の焼き直しである。伝統的には、忠実義務は昭和二五年商法改正によってアメリカ法から忠実義務を日本法に組み入れたという点から、日本法においても取締役の公正な業務執行を担保するために厳格に要求され

る義務として理論上区別して考えるべきであるとされるが（赤堀光子「取締役の忠実義務（四・完）」法学協会雑誌八五巻四号（一九六八年）五三二頁）、判例（最判昭和四五年六月二四日民集二四巻六号六二五頁）・通説は同質のものと考えてきたということと反する。

また、現在、アメリカ法において法令遵守体制構築義務を忠実義務へと位置づけたのは、誠実義務という新たな信認義務の枠組みが登場したためであり、その誠実義務も取締役の免責規定を排除するためという側面が強く、そのような誠実性要件でもって取締役の責任を免除するということにはなっていない日本法においては困難であるように思われる。

そして、法令遵守体制構築義務を忠実義務に位置づけることがたとえ可能であったとしても、日本法上、取締役の会社に対する損害賠償責任は四二三条一項が適用されるため、同条が「その任務を怠ったときは、株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」と規定しており、その要件において因果関係を不要とするのは法文上乖離するため、アメリカ法における主張をそのまま日本法において唱えることは不可能であると考える。

(117) 監査役設置会社においては、当該体制の整備についての取締役の決定・取締役会の決議の内容が相当でないと認めるときは、監査役は、監査報告にその旨及びその理由を記載しなければならないとされる（会社則一一九条一項五号）。また、委員会設置会社においては、監査委員は、取締役会が設ける内部統制部門を通じて監査を行うことから、内部統制システムが適切に構成・運営されているかを監視することが要求される（前掲註一〇六・江頭四八五頁、四八六頁、五一一頁、五一九頁参照、高岸直樹「内部統制システムにおける監査役の職務」日本法学七五巻三号（二〇一〇年）六六頁以下、佐藤丈文「会社法の内部統制システムと実務上の課題」岩原紳作＝小松岳志編『会社法施行５年理論と実務の現状と課題』（有斐閣、二〇一一年）五一頁以下参照、長島・大野・常松法律事務所編『アドバンス新会社法（第三版）』（商事法務、二〇一〇年）三九六頁参照）。

(118) アメリカにおける判例が既に制度として存在している監査委員会を重視しているという点からも一つの示唆が得られると思う。すなわち、改めて法令遵守体制という概念を用いずとも、既に存在している制度を充分に活かすという観点も必要である。日本法においては、代表取締役・業務担当取締役による取締役会への報告義務（三六三条二項）、監査役の調査権限（三八一条一項・二項）、取締役への報告義務（三八二条）といった制度が既に用意されている。これだけでは不充分かもしれないが、ある意味でこれらも法令遵守体制として位置づけることができるのではなかろうか。そうすると、取締

役の法令遵守体制構築義務違反の判断もこれらの取締役会や監査役（会）による監督機能に資する制度が機能していたか否かも重要になると思われる。

(119) 裏を返せば、監査役等により不適切とされた内部統制を放置して、それに起因する不祥事が発生して、会社に損害が発生したときには責任を問われ得る（酒巻俊雄＝龍田節編『逐条解説会社法第四巻機関1』〔川村正幸執筆〕（中央経済社、二〇〇八年）五二二頁。なお、小林秀之＝高橋均編『会社役員の法的責任とコーポレート・ガバナンス』〔亀井洋一執筆〕（同文館出版、二〇一〇年）六八頁も、内部統制システムに欠陥がなかったかどうか、あれば修復されたかなどの検証は必要であるが、内部統制システムの機能状況が業務執行取締役の業務執行報告として行われた場合、他の取締役等は、報告内容が正しいかどうか疑うべき特段の事情がなければ、その報告を事実と判断してよいと述べる。前掲註一〇五・大杉八三頁。

(120) 敵対的企業買収防衛策が有事の場合と、平時の場合とで区分されるように、本稿で論じた内部統制システムないし法令遵守体制の構築を、「平時」の内部統制と位置づけ、経営陣の不正行為認識後の対応を「有事」の内部統制と位置づけられるならば、不正行為対処義務は「有事」における内部統制システム構築義務の一種として考えることができるかもしれない（松嶋隆弘「中小企業にも求められる内部統制の整備　第4回　裁判例にみる内部統制（3）ダスキン事件②」税理二〇〇七年四月号八六頁～八七頁）。しかし、取締役の法的責任を考える上では、一応法令遵守体制構築義務とは区別して考える方が良いと思われる。

(121) 本件高裁判決の口頭弁論において、裁判長からの「（不祥事を）公表しないことによる会社にとってのメリット・デメリットは何か？」という質問に対して、被告である代表取締役社長は「公表しないメリットは世の中からの非難を避けられること、デメリットは無いというふうに判断した」という趣旨の回答をしているが、裁判長から「そのメリットというのは、ずっと隠しおおせられたら、もたらされるものですね」と指摘された（加藤真朗＝坂野真一「最高裁判決二〇〇八―弁護士が語る　ダスキン株主代表訴訟―たった一人の原告、苦難を乗り越えて」法学セミナー六五一号（二〇〇九年）一七頁）。

(122) 本件は、不祥事を公表すべき義務を裁判所が認めたという指摘がなされるが、本判決をそのように読むべきではないだろう（前掲註一一一・伊勢田九五頁、前掲註一〇五・大杉八六頁）。また、債権者その他の利害関係人に対する社会的責任として、本件のような事実の開示を、これを当然のこととして取締役の善管注意義務の中に位置づけるとする見解もあるが（菊田秀雄「会社の不祥事を後に認識した取締役らの公表義務」早稲田法学八四巻一号（二〇〇八年）二三四頁、同旨、

石山卓磨「最近の判例にみる会社役員の経営責任」愛知学院大学論叢法学研究四八巻三号（二〇〇七年）四三頁）、善管注意義務はあくまで会社に対して負うものであって、そこに直接に社会的責任まで含ませることは難しいのではなかろうか（落合誠一「企業法の目的―株主利益最大化原則の検討」『現代の法7・企業と法』（岩波書店、一九九八年）二三頁参照）。

(123) たとえば、考えられる方策として、専門家の助力を得るなどして迅速に情報を入手し、そのうえで、どのような対応をとることがベストであるかについて、慎重な判断を下すとか（日下部真治「製品安全・事故に関わるリスク管理の落とし穴」Business Law Journal 一四号（二〇〇九年）四三頁参照）、会社に対する消費者の不安・不信を招くことを回避し、会社の蒙る損害を最小限に抑制するために、事実を公表しかつ広く人体への無害性を訴え、消費者からのクレーム対応や、賠償に応じるなど、より積極的な行動をとることが求められるであろう（前掲註一一一・伊勢田九五頁）。他にも、自発的公表の必要性が高まっていることや、外部意見の聴取方法について指摘を加えるものとして、竹内朗「ダスキン事件高裁判決で取締役に課された信頼回復義務―大阪高判平成18・6・9にみるクライシスマネジメントのあり方」NBL 八六〇号（二〇〇七年）三七頁。

(124) これは実務的に見ても異論はないと思われる（梅林啓「不祥事公表の要否とタイミング」ビジネス法務二〇一一年九月号一二頁以下、栗原正一「10のケースでみる企業不祥事の初動対応―その評価と対策」同三八頁以下、田中正博『会社を守るクライシス・コミュニケーション』（産業編集センター、二〇一一年）五一頁以下参照）。

(125) 示唆的な発言として「〔会社が―筆者註〕実際に問題を全く起こさないようにすることは、実を言うとかなり難しいのではないかと思います。問題が起こったあとの対処をどうするのかということが、実は重要ではないかと私自身は思っています。」〔「座談会」「特集―会社をめぐる環境変化と法的リスク　内部統制と監査―実務と理論上の諸問題」〔河内隆史発言〕法律時報八〇巻三号（二〇〇八年）一二頁〕。

(126) 前述したように、取締役の法令遵守体制構築義務が問題となる裁判例において、裁判所による当該体制の審査を謙抑的にすべきであるとの主張に対して、取締役に対する規律付けが減少するのではないかとの批判もあり得よう。しかしながら、第一に、本文で論じているように、企業不祥事を完全に除去することは不可能であるという観点に立ちつつ、一度発生してしまった不祥事に対して適切な是正措置をとらせるという形での規律付けが可能であると思われる。第二に、裁判所による法令遵守体制の内容審査によって過大な責任を取締役に負わせることによる萎縮効果等、負の側面も少なくない。

そして、第三に、法令遵守体制の構築も含め、企業不祥事の防止を取締役の責任によって企図することが本当に適切であるのか、ということである。つまり、取締役を規律する仕組みは何も損害賠償責任だけではなく、ガバナンスは法制度だけでなく、市場等も含め全体として考慮すべきであり、全体として適切な水準の規律を与えているかどうかが重要であると思われる（前掲註六四・伊藤二〇三頁）。なお、企業不祥事による取締役に対する規律付けについて、行政処分・社内処分等によるものを例示するものとして、白石賢『企業犯罪・不祥事の法政策―刑事処罰から行政処分・社内処分へ』（成文堂、二〇〇七年）一八四頁。

(127) 逆にこれらの規律付けを法制度が行わず、すべて株式市場に委ねるという選択肢もなくはない（ただし、筆者はそこまで極端な議論が好ましいとは思わない）。ただ、少なくとも、そもそも内部統制システムないし法令遵守体制の構築について、取締役に高度な注意義務を課し、義務違反を認めやすくして、支払うことが不可能なほど高額な損害賠償額を取締役個人に負わせるというある種の「劇薬」に頼らざるを得ないと考えるには現段階においては躊躇を覚える（前掲註六七・森田一一頁参照）。

(128) アメリカ法において法令遵守体制の構築が促進されてきた経緯として、組織に対する連邦量刑ガイドラインの存在があるということも一つのヒントとなるのではないか。日本法においては、どちらかというと、取締役の責任を課すことで法令遵守体制の構築を促進してきた側面がある（例えば、取締役の法令遵守体制構築義務の措定、金商法における内部統制報告書制度）。しかし、アメリカ法においては、それだけではなく、法令遵守体制を構築させることによって取締役の責任の軽減化が図られてきたという側面もある（第二章第三節第六款参照・六一巻四号七一頁参照）。同様の制度を日本法に導入することは、困難かもしれないが、いわゆるアメとムチの使い分けによって、法令遵守体制の構築を促進するという方向性もあるのではないか（直接このことを明示するものではないが、従業員の違法行為があっても法令遵守体制が構築されていれば取締役は免責されるとする免責機能としての法令遵守体制の位置づけにつき、神田秀樹「会社法入門」（岩波書店、二〇〇六年）六二頁参照）。

(129) 第一章第一節・六一巻三号七頁参照。

(130) なお、この点についてアメリカにおける近時の裁判例を紹介・検討したものとして、南健悟「リスク管理と取締役の責任―アメリカにおけるAIG事件とCitigroup事件の比較―」商学討究六一巻一・三号（二〇一〇年）二〇九頁参照。

〔付記〕

本稿は北海道大学審査博士（法学）学位論文〔二〇一〇年三月二五日授与〕「企業不祥事と取締役の民事責任―法令遵守体制構築義務を中心に」に補筆したものである。なお、本稿は、平成二二年度―平成二五年度科学研究費若手研究（B）二二七三〇〇九〇の研究成果の一部である。

論　　説

裁判員制度と刑事司法に対する人々の意識
―― 2011年第２波調査に基づいて

松村　良之、木下麻奈子
太田　勝造、山田　裕子

Ⅰ．はじめに――意識調査の全体像

本稿は、日本学術振興会科学研究費基盤(A)「裁判員制度の受容と望ましい制度運用について――裁判員制度は成功するか？――」（2007－2010年度、研究代表者松村良之）が2010年度に行った第２波全国裁判員制度意識調査のデータの基礎的分析結果を、調査のリサーチデザイン、調査方法、調査票の構成とともに示すものである(1)。

第２波とあるように、筆者らは2007年度に第１波調査を行い、その結果は松村他(2008)、Matsumura et al.(2008)、太田(2010)、木下(2010)、松村(2010)として公表されている。本研究は「第１波」「第２波」と述べられているように、いわゆる前後研究（before-and-after study）であり、今後は、両調査のデータをさまざまな仮説に基づき、多様な技法を用いて分析し、その結果を順次発表する予定である。しかしそのような分析の前提として必ず行うべきことは、データセットを確定し、記述的なデータの基礎的分析結果を示すという作業である。それによって、データセットの信頼性が担保される。また、裁判員制度は、現在もっとも関心を持たれている政治的社会的イッシューであり、裁判員裁判開始から３年弱経過して行われた第２波調査のデータの基礎的分析結果を早急に発表することは、学問的にも実務的にも有意義であろう。

１．調査の企画と意図

調査の企画と意図は、松村他(2008：2301)に述べられているが、それを要約すると、第１に、いかに裁判員制度が市民に浸透し受容されていくかを明らかにすることである。すなわち、本研究では、裁判員制度に対する態度（認知、感情的な評価、行動意図）[(2)]、さらに法や法システムに対する人々の態度や行動性向がどう変化するかについて、一般人を対象に裁判員制度導入前（2007年度実査）と導入後（2010年度実査）の計２回の調査票調査を行い、その変化の有無と内容とを明らかにしようとするものである。第２の意義は、この社会調査が、刑事司法についての人びとの態度を体系的に明らかにする調査票調査であるということである。

２．リサーチデザイン・調査方法

⑴　サンプリング

母集団は全国成人男女の全体（但し70歳以下）[(3)]であり、抽出サンプル数は1,600である。サンプリングの方法は、層化二段抽出ランダムサンプリングであり、抽出地点は100地点、１地点は11名間隔の系統抽出法で、１地点16名が抽出されている。サンプリングの実施は2010年11月22日から2011年１月21日にかけて行われた。なお、設計サンプルの性別、年齢分布、市郡別居住地分布については表－１、２、３を参照されたい。

注意すべきことは、本調査は前後調査（before-and-after study）の第２波調査であるが、第１波調査と同一のサンプルを追いかけたものではなく、別のサンプルであるということである。

表－１　性別

	設計サンプル		有効回収サンプル	
	人	%	人	%
男性	823	51.44	546	49.23
女性	777	48.56	563	50.77
合計	1,600	100.00	1,109	100.00

表－２　年齢分布

	設計サンプル		有効回収サンプル	
	人	%	人	%
20歳代	228	14.25	142	12.80
30歳代	294	18.38	192	17.31
40歳代	356	22.25	252	22.72
50歳代	327	20.44	233	21.01
60歳代	362	22.63	264	23.81
70歳代	33	2.06	26	2.34
合計	1,600	100.00	1,109	100.00

表－３　市郡別居住地分布

	設計サンプル		有効回収サンプル	
	人	%	人	%
20大都市	448	28.00	276	24.89
その他の市	1,008	63.00	724	65.28
町・村	144	9.00	109	9.83
合計	1,600	100.00	1,109	100.00

⑵　実査

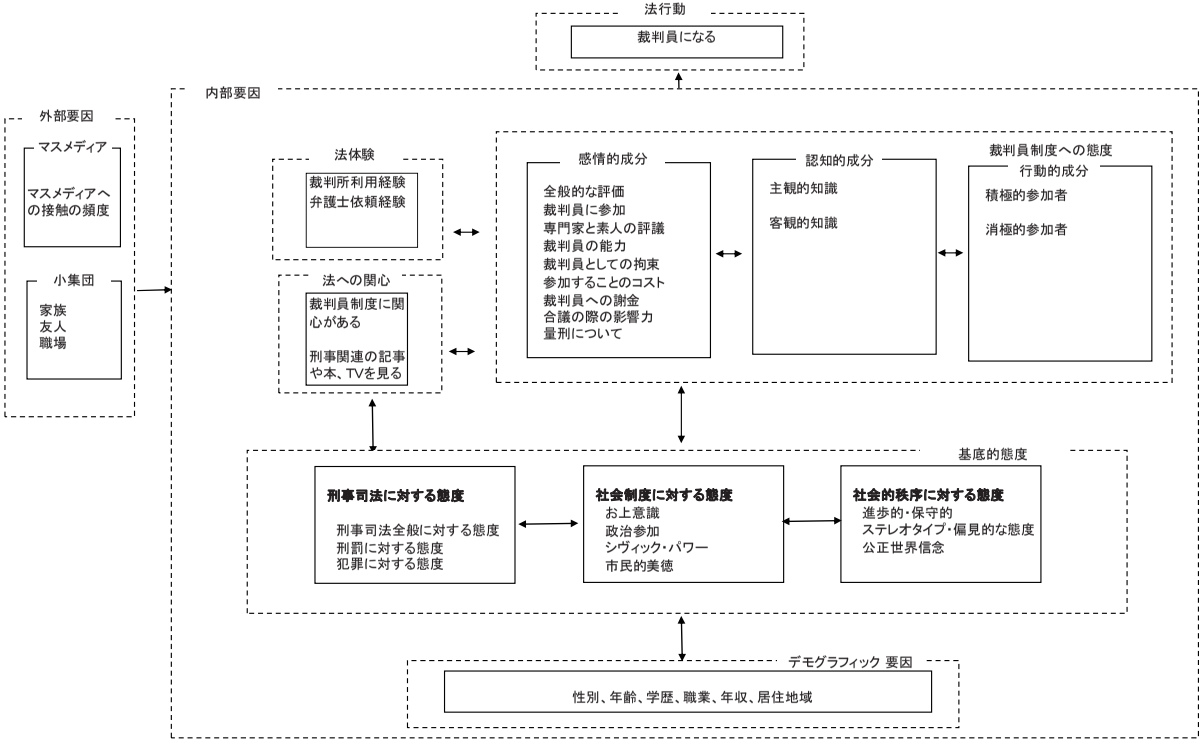
調査方法は第１波調査と同じく、留め置き法で行われた。すなわち、調査員が訪問し、調査票への記入を依頼し、応諾した者に調査票を渡し自己記入をしてもらい、後日調査員が回収するという方法をとった（なお、希望者については郵送による回収も行われた)。留め置き法によった理由は、設問の多くが５段階（一部７段階）の心理測定尺度に答えるという形式であり、調査員の読み上げ式よりも自記式に適した調査票だからである。

実査は2011年２月４日から２月20日にかけて行われた。有効回答数は1,109であり、回収率は69.3％である（ちなみに、第１波調査の回収率は64.4％である)。現時点の社会調査としては極めて高い数値であると評価できると思われる(4)。なお、回収サンプルの年齢、性別、市郡別居住の分布についても表－１、２、３を参照されたい。

⑶ 調査票の構成

この部分については、松村他(2008：2296-2299)のほぼ再掲になるが、繰り返し述べておこう。

この調査で用いたモデルは、人びとの裁判員制度に関する態度の構造を示したものである（図－１）。これは個人の内在変数を中心に捉えた個人モデル（主観モデル）であり、環境的な要因は外在変数として、個人の外側にあると位置づけている。このモデルを構成している要因について、図の上から順に説明する。



図－１　裁判員制度に対する態度の構造モデル

まず図の一番上にあるのが、裁判員になるという法行動である（最終的従属変数）[5]。

次に、裁判員制度への態度であるが、態度理論に基づいて、感情、認知、行動の成分より構成されると考える。このうち裁判員制度への態度の感情的成分は、人びとが裁判員制度をどのように評価しているかという問題である。具体的な例を挙げると、裁判員制度全般に対する態度、裁判員の能力についての態度、裁判員として拘束されることへの態度、裁判員として参加することのコストに対する態度などから構成されている。裁判員制度への態度の認知的成分は、裁判員制度についての客観的な知識と主観的な知識（客観的な知識についての確実性などの知覚）から構成されている。裁判員制度への態度の行動的成分は、裁判員制度へ積極的に参加したいという行動意図があるか（裁判員になった場合のその匿名性にかかわる行動を含む）、あるいは参加したくないという行動意図を持っているか[6]という態度からなる。

裁判員制度への態度に影響を与える要因として、第１に「法体験」と「法への関心」がある。法体験は、裁判所を利用した経験があるか、過去に犯罪に巻き込まれたことがあるか、法律家の知人がいるかなどである。「法への関心」は、刑事事件を扱った小説や映画を読んだり見たりするか否かなどの質問によって測定されるものである。

第２に、裁判員制度への態度を支える基底要因として、「刑事司法に対する態度」、「社会制度に対する態度」、「社会的秩序に対する態度」がある。「刑事司法に対する態度」は、刑事司法全般に対する態度、刑罰に対する態度、犯罪に対する態度、犯罪者に対する態度から構成されている。「社会制度に対する態度」は、シヴィック・パワー、市民的美徳（シヴィック・ヴァーチュ）[7]、「お上意識」、政治参加への態度などの要因から構成されると考えられる。「社会的秩序に対する態度」は、進歩的あるいは保守的な態度を持っているか、ステレオタイプに基づいた偏見的な態度があるか、および公正世界信念（Ｍ．ラーナーによって提唱された、人々の持つ「世界の公正性」についての信念。詳しくは、松村, 2007:130-131参照）などから構成される。

最後に、図の最下部にあるのが「デモグラフィック要因」であり、性別、年齢、学歴、職業、年収、および居住地区などが含まれる。

なお、外在変数として、マス・メディアからの影響、所属する小集団からの影響が想定される。ただし本調査ではマス・メディアからの影響のみを調べた。なお、これらの変数は、内在変数のそれぞれのレヴェルに対して影響を与えるであろうと仮定している。

以上のように、本調査票は大きく分ければ、

(i)　裁判員制度に関する設問（一部要因計画法による設問を含む）、
(ii)　刑事司法制度についての態度（意見、評価など）、
(iii)　上記(i)および(ii)と関連すると思われる一般的な社会的態度を測定する設問、
(iv)　上記(i)および(ii)と関連すると思われる社会経験、日常経験に関する設問、
(v)　デモグラフィック要因、
(vi)　要因計画法を採用した小話（ヴィニエット）形式に基づく設問（いわゆるシナリオ実験。シナリオ実験については第１波調査とは内容が全く異なる）。

からなる。

前段で述べたように、本調査票は要因計画法を取り入れたため、その小話部分が異なる８種類の調査票がある。以下では、それらをＡヴァージョンからＨヴァージョンと呼ぶことにする[(8)]。

Ⅱ．度数分布と基本統計量

以下、各設問の度数分布と基本統計量について調査票の設問の順序に従って説明する。なお、本文と表にあるＱに始まるアルファベットと数字の表記（たとえば、Q5_5）は統計分析ソフトウェアSPSSにおける変数名である（例ではQ5_5は調査票の問５(５)に対応する）。ここでは扱いやすさとわかりやすさという観点から、設問の特定は、原則として、このSPSS上の変数名による。

なお、すでに述べたように大部分の設問は第１波調査と同じである。参考までに、同じ設問に対する第１波調査の結果も掲載し、さらに心理測定尺度（本調査票では、５点尺度もしくは７点尺度からなる）の設問については、平均の差のｔ検定の結果を示してある[(9)(10)]。

１．マスコミ接触など

Q1から Q3B までの４問の設問では、刑事司法を含む情報にどの程度回答者が接触しているかを測定するために、マスコミなどとの接触などを尋ねた。結果は表－４の通りである。なお、Q3B は今回新たに付け加えられた設問である(11)。

表－４　マスコミ接触

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q1　あなたはテレビやラジオ、新聞（インターネット版を含む）のニュースを、見たり、聞いたりする方だと思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　見たり聞いたりする方ではないと思う	20	1.81		
	2　どちらかといえば見たり聞いたりする方ではないと思う	80	7.23		
	3　どちらともいえない	131	11.84		
	4　どちらかといえば見たり聞いたりする方だと思う	502	45.39		
	5　見たり聞いたりする方だと思う	373	33.73		
	合計	1,106	100.00	4.02$^{n.s.}$	0.95
	無回答	3			
参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q1　あなたはテレビやラジオ、新聞（インターネット版を含む）のニュースを、見たり、聞いたりする方だと思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　見たり聞いたりする方ではないと思う	26	2.24		
	2　どちらかといえば見たり聞いたりする方ではないと思う	84	7.25		
	3　どちらともいえない	132	11.39		
	4　どちらかといえば見たり聞いたりする方だと思う	523	45.13		
	5　見たり聞いたりする方だと思う	394	33.99		
	合計	1,159	100.00	4.01	0.97
	無回答	1			
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q2　あなたは、ご自分が、犯罪や刑事裁判をあつかった小説、映画、テレビドラマを読んだり見たりする方だと思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　読んだり見たりする方ではないと思う	127	11.49		
	2　どちらかといえば読んだり見たりする方ではないと思う	222	20.09		
	3　どちらともいえない	313	28.33		
	4　どちらかといえば読んだり見たりする方だと思う	323	29.23		
	5　読んだり見たりする方だと思う	120	10.86		
	合計	1,105	100.00	3.08$^{n.s.}$	1.18
	無回答	4			

表－４　マスコミ接触（続）

参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q2　あなたは、ご自分が、犯罪や刑事裁判をあつかった小説、映画、テレビドラマを読んだり見たりする方だと思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　読んだり見たりする方ではないと思う	133	11.47		
	2　どちらかといえば読んだり見たりする方ではないと思う	229	19.74		
	3　どちらともいえない	324	27.93		
	4　どちらかといえば読んだり見たりする方だと思う	340	29.31		
	5　読んだり見たりする方だと思う	134	11.55		
	合計	1,160	100.00	3.10	1.18
	無回答	0			
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q3　あなたは、ご自分が、インターネット（パソコンや携帯電話などによる）を仕事以外でよく使う方だと思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　使わない方だと思う	308	27.82		
	2　どちらかといえば使わない方だと思う	227	20.51		
	3　どちらともいえない	122	11.02		
	4　どちらかといえば使う方だと思う	255	23.04		
	5　使う方だと思う	195	17.62		
	合計	1107	100.00	2.82**	1.49
	無回答	2			
参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q3　あなたは、ご自分が、インターネット（パソコンや携帯電話などによる）を仕事以外でよく使う方だと思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　使わない方だと思う	446	38.55		
	2　どちらかといえば使わない方だと思う	221	19.10		
	3　どちらともいえない	123	10.63		
	4　どちらかといえば使う方だと思う	225	19.45		
	5　使う方だと思う	142	12.27		
	合計	1,157	100.00	2.48	1.47
	無回答	3			
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q3B　裁判員裁判についてのテレビや新聞などの報道に関心がありますか。(○は１つ)	1　まったく関心がない	51	4.61		
	2　どちらかといえば関心がない	157	14.20		
	3　どちらともいえない	413	37.34		
	4　どちらかといえば関心がある	420	37.97		
	5　関心がある	65	5.88		
	合計	1,106	100.00	3.26	0.93
	無回答	3			

２．体感治安

Q4はいわゆる体感治安について、その変化を尋ねている。結果は表－５の通りである。なお、別途、犯罪の被害経験について尋ねた設問も用意されている（Q7）。それについては、**４．法的経験**を参照されたい。

表－５　体感治安

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q4　あなたやあなたの家族が犯罪にあう危険が増えていると感じますか、減っていると感じますか。(○は１つ)	1　減っていると感じる	19	1.72		
	2　どちらかといえば減っていると感じる	15	1.36		
	3　どちらともいえない	418	37.76		
	4　どちらかといえば増えていると感じる	487	43.99		
	5　増えていると感じる	168	15.18		
	合計	1,107	100.00	3.70**	0.80
	無回答	2			
参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q4　あなたやあなたの家族が犯罪にあう危険が増えていると感じますか、減っていると感じますか。(○は１つ)	1　減っていると感じる	18	1.56		
	2　どちらかといえば減っていると感じる	16	1.39		
	3　どちらともいえない	359	31.11		
	4　どちらかといえば増えていると感じる	511	44.28		
	5　増えていると感じる	250	21.66		
	合計	1,154	100.00	3.83	0.83
	無回答	6			

３. 一般的な社会的態度

Q5の各変数（Q5_1から Q5_13までの質問への回答）は、一般的な社会的態度にかかわるものである。このうち、Q5_1は、社会関係資本(social capital）に関わる一般的信頼を尋ねたものである（山岸, 1998；坂本, 2007：19)。Q5_2と Q5_12は、シヴィック・パワーやシヴィック・コンピテンスを尋ねた質問である（坂本, 2007：19-21)。Q5_3と Q5_4は、個人が社会に対して貢献すべきかといった市民的美徳（シビック・ヴァーチュ）について尋ねたものである（日本文化会議, 1982:162; 坂本, 2007)。Q5_5、Q5_13の２項目は、公正世界信念に由来する設問である（詳しくは松村他,　2006a:1521;2006b:1447参照)。Q5_7は、生活態度や考え方の保守性と柔軟性、寛容性などを尋ねた設問である（詳しくは、松村他, 2006b:1448参照)。Q5_6、Q5_8、Q5_9、Q5_11は、いわゆる「お上意識」を測定しようとした設問群である（詳しくは松村他, 2006b:1448参照。ただし、一部、松村他, 2006b の設問とはワーディングが異なるものがある)。Q5_10は、ステレオタイプに基づいた偏見的な態度に関わる質問である。

各設問の結果については表－６を参照されたい。

表－６　一般的な社会的態度

あなたは次のそれぞれの文章についてどうお思いですか。(1)から(13)のそれぞれについてお答えください。(それぞれ○は１つずつ)

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q5_1　ほとんどの人は信頼できる	1　そう思わない	141	12.77		
	2　どちらかといえばそう思わない	247	22.37		
	3　どちらともいえない	411	37.23		
	4　どちらかといえばそう思う	271	24.55		
	5　そう思う	34	3.08		
	合計	1,104	100.00	2.83[n.s.]	1.04
	無回答	5			
参考：第１波調査					
Q5_1　ほとんどの人は信頼できる	1　そう思わない	171	14.81		
	2　どちらかといえばそう思わない	215	18.61		
	3　どちらともいえない	450	38.96		
	4　どちらかといえばそう思う	284	24.59		
	5　そう思う	35	3.03		
	合計	1,155	100.00	2.82	1.06
	無回答	5			
Q5_2　国の政治がどう変わろうとも、自分の生活には関係がない	1　そう思わない	444	40.07		
	2　どちらかといえばそう思わない	327	29.51		
	3　どちらともいえない	178	16.06		
	4　どちらかといえばそう思う	112	10.11		
	5　そう思う	47	4.24		
	合計	1,108	100.00	2.09[n.s.]	1.16
	無回答	1			
参考：第１波調査					
Q5_2　国の政治がどう変わろうとも、自分の生活には関係がない	1　そう思わない	513	44.30		
	2　どちらかといえばそう思わない	280	24.18		
	3　どちらともいえない	193	16.67		
	4　どちらかといえばそう思う	123	10.62		
	5　そう思う	49	4.23		
	合計	1,158	100.00	2.06	1.19
	無回答	2			
Q5_3　公共の利益のためには、個人の権利が制限されてもやむを得ない	1　そう思わない	280	25.43		
	2　どちらかといえばそう思わない	316	28.70		
	3　どちらともいえない	334	30.34		
	4　どちらかといえばそう思う	139	12.62		
	5　そう思う	32	2.91		
	合計	1,101	100.00	2.39[n.s.]	1.08
	無回答	8			
参考：第１波調査					
Q5_3　公共の利益のためには、個人の権利が制限されてもやむを得ない	1　そう思わない	309	26.85		
	2　どちらかといえばそう思わない	286	24.85		
	3　どちらともいえない	346	30.06		
	4　どちらかといえばそう思う	170	14.77		
	5　そう思う	40	3.48		
	合計	1,151	100.00	2.43	1.14
	無回答	9			

表－６　一般的な社会的態度（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q5_4　私たちは、世のため人のためにつくすべきだ	1　そう思わない	26	2.36		
	2　どちらかといえばそう思わない	79	7.16		
	3　どちらともいえない	413	37.44		
	4　どちらかといえばそう思う	452	40.98		
	5　そう思う	133	12.06		
	合計	1103	100.00	3.53*	0.88
	無回答	6			
参考：第１波調査					
Q5_4　私たちは、世のため人のためにつくすべきだ	1　そう思わない	41	3.56		
	2　どちらかといえばそう思わない	55	4.77		
	3　どちらともいえない	392	34.00		
	4　どちらかといえばそう思う	486	42.15		
	5　そう思う	179	15.52		
	合計	1,153	100.00	3.61	0.93
	無回答	7			
Q5_5　この世の中では努力はいつか報われるようになっている	1　そう思わない	103	9.33		
	2　どちらかといえばそう思わない	199	18.03		
	3　どちらともいえない	382	34.60		
	4　どちらかといえばそう思う	327	29.62		
	5　そう思う	93	8.42		
	合計	1,104	100.00	3.10n.s.	1.09
	無回答	5			
参考：第１波調査					
Q5_5　この世の中では努力はいつか報われるようになっている	1　そう思わない	120	10.41		
	2　どちらかといえばそう思わない	205	17.78		
	3　どちらともいえない	429	37.21		
	4　どちらかといえばそう思う	296	25.67		
	5　そう思う	103	8.93		
	合計	1,153	100.00	3.05	1.10
	無回答	7			
Q5_6　社会にとって重大なことは、専門家に任せるべきだ	1　そう思わない	118	10.68		
	2　どちらかといえばそう思わない	184	16.65		
	3　どちらともいえない	397	35.93		
	4　どちらかといえばそう思う	279	25.25		
	5　そう思う	127	11.49		
	合計	1,105	100.00	3.10n.s.	1.14
	無回答	4			
参考：第１波調査					
Q5_6　社会にとって重大なことは、専門家に任せるべきだ	1　そう思わない	134	11.71		
	2　どちらかといえばそう思わない	193	16.87		
	3　どちらともいえない	411	35.93		
	4　どちらかといえばそう思う	290	25.35		
	5　そう思う	116	10.14		
	合計	1,144	100.00	3.05	1.14
	無回答	16			

表－６　一般的な社会的態度（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q5_7　私は新しい生活スタイルや考え方を受け入れる方だ	1　そう思わない	54	4.90		
	2　どちらかといえばそう思わない	155	14.05		
	3　どちらともいえない	509	46.15		
	4　どちらかといえばそう思う	309	28.01		
	5　そう思う	76	6.89		
	合計	1,103	100.00	3.18†	0.93
	無回答	6			
参考：第１波調査					
Q5_7　私は新しい生活スタイルや考え方を受け入れる方だ	1　そう思わない	63	5.45		
	2　どちらかといえばそう思わない	208	17.98		
	3　どちらともいえない	491	42.44		
	4　どちらかといえばそう思う	333	28.78		
	5　そう思う	62	5.36		
	合計	1,157	100.00	3.11	0.94
	無回答	3			
Q5_8　なにごともお上にまかせるという態度が日本を悪くしてきた	1　そう思わない	33	2.99		
	2　どちらかといえばそう思わない	51	4.63		
	3　どちらともいえない	337	30.58		
	4　どちらかといえばそう思う	402	36.48		
	5　そう思う	279	25.32		
	合計	1,102	100.00	3.76n.s.	0.98
	無回答	7			
参考：第１波調査					
Q5_8　なにごともお上にまかせるという態度が日本を悪くしてきた	1　そう思わない	36	3.12		
	2　どちらかといえばそう思わない	72	6.23		
	3　どちらともいえない	308	26.67		
	4　どちらかといえばそう思う	418	36.19		
	5　そう思う	321	27.79		
	合計	1,155	100.00	3.79	1.02
	無回答	5			
Q5_9　トラブルに巻き込まれても専門家まかせにしてはだめだ	1　そう思わない	75	6.79		
	2　どちらかといえばそう思わない	169	15.29		
	3　どちらともいえない	413	37.38		
	4　どちらかといえばそう思う	302	27.33		
	5　そう思う	146	13.21		
	合計	1,105	100.00	3.25**	1.08
	無回答	4			
参考：第１波調査					
Q5_9　トラブルに巻き込まれても専門家まかせにしてはだめだ	1　そう思わない	71	6.15		
	2　どちらかといえばそう思わない	122	10.56		
	3　どちらともいえない	414	35.84		
	4　どちらかといえばそう思う	355	30.74		
	5　そう思う	193	16.71		
	合計	1,155	100.00	3.41	1.08
	無回答	5			

表－６　一般的な社会的態度（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q5_10　犯罪を犯すような人は、社会の落伍者である	1　そう思わない	92	8.33		
	2　どちらかといえばそう思わない	135	12.23		
	3　どちらともいえない	551	49.91		
	4　どちらかといえばそう思う	217	19.66		
	5　そう思う	109	9.87		
	合計	1,104	100.00	3.11$^{n.s.}$	1.02
	無回答	5			
参考：第１波調査					
Q5_10　犯罪を犯すような人は、社会の落伍者である	1　そう思わない	92	7.97		
	2　どちらかといえばそう思わない	132	11.44		
	3　どちらともいえない	572	49.57		
	4　どちらかといえばそう思う	234	20.28		
	5　そう思う	124	10.75		
	合計	1,154	100.00	3.14	1.02
	無回答	6			
Q5_11　政府は私たち国民を守って当然だ	1　そう思わない	21	1.90		
	2　どちらかといえばそう思わない	45	4.08		
	3　どちらともいえない	202	18.30		
	4　どちらかといえばそう思う	440	39.86		
	5　そう思う	396	35.87		
	合計	1,104	100.00	4.04**	0.94
	無回答	5			
参考：第１波調査					
Q5_11　政府は私たち国民を守って当然だ	1　そう思わない	14	1.21		
	2　どちらかといえばそう思わない	28	2.43		
	3　どちらともいえない	171	14.83		
	4　どちらかといえばそう思う	430	37.29		
	5　そう思う	510	44.23		
	合計	1,153	100.00	4.21	0.87
	無回答	7			
Q5_12　社会がよくなるかどうかは、自分たち次第である	1　そう思わない	47	4.25		
	2　どちらかといえばそう思わない	91	8.23		
	3　どちらともいえない	322	29.11		
	4　どちらかといえばそう思う	424	38.34		
	5　そう思う	222	20.07		
	合計	1,106	100.00	3.62†	1.03
	無回答	3			
参考：第１波調査					
Q5_12　社会がよくなるかどうかは、自分たち次第である	1　そう思わない	52	4.49		
	2　どちらかといえばそう思わない	66	5.70		
	3　どちらともいえない	332	28.69		
	4　どちらかといえばそう思う	436	37.68		
	5　そう思う	271	23.42		
	合計	1,157	100.00	3.70	1.03
	無回答	3			

表－６　一般的な社会的態度（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q5_13　この世の中では､悪いことやまちがったことをしても見逃される人が数多くいる	1　そう思わない	13	1.17		
	2　どちらかといえばそう思わない	48	4.33		
	3　どちらともいえない	208	18.77		
	4　どちらかといえばそう思う	453	40.88		
	5　そう思う	386	34.84		
	合計	1,108	100.00	4.04**	0.90
	無回答	1			
参考：第１波調査					
Q5_13　この世の中では､悪いことやまちがったことをしても見逃される人が数多くいる	1　そう思わない	21	1.81		
	2　どちらかといえばそう思わない	28	2.42		
	3　どちらともいえない	174	15.03		
	4　どちらかといえばそう思う	466	40.24		
	5　そう思う	469	40.50		
	合計	1,158	100.00	4.15	0.89
	無回答	2			

４．法的経験

Q6A から Q8までの設問群では広い意味の法的経験を尋ねている。Q6A は「裁判員名簿に記載された」経験を尋ねた新たな設問である。第１波調査の Q6は、Q6B としてそのまま維持されている(12)。

Q6B、Q6Bno2は裁判所の利用経験である。Q6B は複数回答可の設問である。Q7では犯罪被害経験を尋ねており、刑事司法制度に対する態度と関連あると予測される（なお、**２．体感治安**も参照)。Q8は法曹の知り合いの有無である。

結果は表－７に掲載されている。

表－７　法的経験

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q6A　あなたは「裁判員候補者名簿に記載された」との通知を受けたことがありますか。(○は１つ)	1　はい	18	1.62
	2　いいえ	1034	93.33
	3　わからない	56	5.05
	合計	1,108	100.00
	無回答	1	

表－７　法的経験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q6B　あなたは裁判所を利用したり、裁判所に行ったことがありますか。自分で利用した場合だけでなく、傍聴や付添いや証人として行った場合も含めて答えてください。(○はいくつでも)	1　当事者（原告、被告、申立人、被申立人など）として裁判や調停をした	122	11.04
	2　当事者以外の関係者（証人、付添いなど）として裁判や調停に関与した	50	4.52
	3　当事者や関係者以外として裁判所に行った	76	6.88
	4　裁判所に行ったことはない	820	74.21
	5　覚えていない	37	3.35
	有効回答者数	1,088	
	無回答	21	
参考：第１波調査			
Q6　あなたは裁判所を利用したり、裁判所に行ったことがありますか。自分で利用した場合だけでなく、傍聴や付添いや証人として行った場合も含めて答えてください。(○はいくつでも)	1　当事者（原告、被告、申立人、被申立人など）として裁判や調停をした	145	12.88
	2　当事者以外の関係者（証人、付添いなど）として裁判や調停に関与した	73	6.48
	3　当事者や関係者以外として裁判所に行った	77	6.84
	4　裁判所に行ったことはない	838	74.42
	5　覚えていない	25	2.22
	有効回答者数	1,126	
	無回答	34	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q6Bno2　１または２と答えた方にお聞きします。それはどのような事案でしたか。(○は１つ)	1　民事または家事の事案(民事裁判や調停､家事審判など)	106	65.43
	2　刑事関係の事案（道交法違反も含む）	50	30.86
	3　その他	5	3.09
	4　わからない	1	0.62
	合計	162	100.00
	非該当	942	
	無回答	5	
参考：第１波調査			
Q6no2　１または２と答えた方にお聞きします。それはどのような事案でしたか。(○は１つ)	1　民事または家事の事案(民事裁判や調停､家事審判など)	113	56.22
	2　刑事関係の事案（交通法規違反も含む）	79	39.30
	3　その他	5	2.49
	4　わからない	4	1.99
	合計	201	100.00
	非該当	958	
	無回答	1	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q7　この５年間で、あなたご自身やご家族が犯罪の被害にあったことがありますか（物品やお金を盗まれたりだまし取られたり、痴漢にあったり、ケガをさせられたりしたことなどです)。(○は１つ)	1　ない	897	81.18
	2　ある	195	17.65
	3　覚えていない	13	1.18
	合計	1,105	100.00
	無回答	4	

表－７　法的経験（続）

参考：第１波調査			
質問文	選択肢	度数(人)	%
Q7　この５年間で、あなたご自身やご家族が犯罪の被害にあったことがありますか（物品やお金を盗まれたりだまし取られたり、痴漢にあったり、ケガをさせられたりしたことなどです)。(○は１つ)	1　ない	900	77.85
	2　ある	239	20.67
	3　覚えていない	17	1.47
	合計	1,156	100.00
	無回答	4	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q8　あなたは弁護士または司法書士の知り合いがいらっしゃいますか。(○は１つ)	1　いる	225	20.34
	2　いない	854	77.22
	3　わからない	27	2.44
	合計	1,106	100.00
	無回答	3	
参考：第１波調査			
Q8　あなたは弁護士または司法書士の知り合いがいらっしゃいますか。(○は１つ)	1　いる	228	19.71
	2　いない	899	77.70
	3　わからない	30	2.59
	合計	1,157	100.00
	無回答	3	

５．刑事司法に対する態度（１）

Q9_1から Q9_7までの設問群は、刑事訴訟手続きに対する態度、特に被疑者・被告人の権利保障をどう考えているかを尋ねた設問群である。多くの社会調査では、人々は被疑者・被告人の権利保障について厳しい見方(権利保障が強すぎるとの評価)をしていることが示されているが、ここでの結果は、表－８の通りである。

なお、Q9_7は近年の冤罪事件（たとえば足利事件、2009年６月23日東京高裁再審開始決定）を踏まえて、あらたに追加された設問である。虚偽自白による冤罪事件が大きなニュースになったにもかかわらず、過半数の回答者がそう思う、どちらかといえばそう思うに回答していることは注目に値する。

表－８　刑事司法に対する態度（１）

以下の文章について、あなたご自身のご意見をお聞かせください。以下の(1)から(6)のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q9_1　凶悪な事件の場合には裁判所の逮捕状がなくても、容疑者を逮捕できて当然だ	1　そう思わない	94	8.52		
	2　どちらかといえばそう思わない	82	7.43		
	3　どちらともいえない	225	20.40		
	4　どちらかといえばそう思う	351	31.82		
	5　そう思う	351	31.82		
	合計	1,103	100.00	3.71$^{n.s.}$	1.23
	無回答	6			
参考：第１波調査					
Q9_1　凶悪な事件の場合には裁判所の逮捕状がなくても、容疑者を逮捕できて当然だ	1　そう思わない	122	10.56		
	2　どちらかといえばそう思わない	68	5.89		
	3　どちらともいえない	264	22.86		
	4　どちらかといえばそう思う	350	30.30		
	5　そう思う	351	30.39		
	合計	1,155	100.00	3.64	1.26
	無回答	5			
Q9_2　弁護士は被告人に黙秘を勧めるべきではない	1　そう思わない	47	4.26		
	2　どちらかといえばそう思わない	72	6.52		
	3　どちらともいえない	426	38.59		
	4　どちらかといえばそう思う	292	26.45		
	5　そう思う	267	24.18		
	合計	1,104	100.00	3.60$^{n.s.}$	1.05
	無回答	5			
参考：第１波調査					
Q9_2　弁護士は被告人に黙秘を勧めるべきではない	1　そう思わない	71	6.15		
	2　どちらかといえばそう思わない	61	5.28		
	3　どちらともいえない	390	33.77		
	4　どちらかといえばそう思う	333	28.83		
	5　そう思う	300	25.97		
	合計	1,155	100.00	3.63	1.11
	無回答	5			
Q9_3　警察に逮捕されても有罪と決まったわけではないのだから、それだけで勤務先をクビになるのはおかしい	1　そう思わない	24	2.17		
	2　どちらかといえばそう思わない	34	3.08		
	3　どちらともいえない	202	18.28		
	4　どちらかといえばそう思う	379	34.30		
	5　そう思う	466	42.17		
	合計	1105	100.00	4.11$^{n.s.}$	0.96
	無回答	4			
参考：第１波調査					
Q9_3　警察に逮捕されても有罪と決まったわけではないのだから、それだけで勤務先をクビになるのはおかしい	1　そう思わない	22	1.90		
	2　どちらかといえばそう思わない	36	3.11		
	3　どちらともいえない	246	21.26		
	4　どちらかといえばそう思う	368	31.81		
	5　そう思う	485	41.92		
	合計	1,157	100.00	4.09	0.96
	無回答	3			

表－８　刑事司法に対する態度（１）（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q9_4　捜査で真実を発見するためには、多少無理な取り調べもやむを得ない	1　そう思わない	221	20.02		
	2　どちらかといえばそう思わない	262	23.73		
	3　どちらともいえない	411	37.23		
	4　どちらかといえばそう思う	158	14.31		
	5　そう思う	52	4.71		
	合計	1,104	100.00	2.60[n.s.]	1.10
	無回答	5			
参考：第１波調査					
Q9_4　捜査で真実を発見するためには、多少無理な取り調べもやむを得ない	1　そう思わない	261	22.64		
	2　どちらかといえばそう思わない	240	20.82		
	3　どちらともいえない	426	36.95		
	4　どちらかといえばそう思う	172	14.92		
	5　そう思う	54	4.68		
	合計	1,153	100.00	2.58	1.13
	無回答	7			
Q9_5　凶悪な事件の被告人には弁護士をつけることを許すべきではない	1　そう思わない	320	29.01		
	2　どちらかといえばそう思わない	263	23.84		
	3　どちらともいえない	331	30.01		
	4　どちらかといえばそう思う	118	10.70		
	5　そう思う	71	6.44		
	合計	1,103	100.00	2.42*	1.19
	無回答	6			
参考：第１波調査					
Q9_5　凶悪な事件の被告人には弁護士をつけることを許すべきではない	1　そう思わない	336	29.14		
	2　どちらかといえばそう思わない	223	19.34		
	3　どちらともいえない	342	29.66		
	4　どちらかといえばそう思う	147	12.75		
	5　そう思う	105	9.11		
	合計	1,153	100.00	2.53	1.28
	無回答	7			
Q9_6　凶悪な事件の被告人といえども、刑事裁判においては人権が十分に尊重されなければならない	1　そう思わない	89	8.05		
	2　どちらかといえばそう思わない	171	15.46		
	3　どちらともいえない	348	31.46		
	4　どちらかといえばそう思う	312	28.21		
	5　そう思う	186	16.82		
	合計	1,106	100.00	3.30[n.s.]	1.16
	無回答	3			
参考：第１波調査					
Q9_6　凶悪な事件の被告人といえども、刑事裁判においては人権が十分に尊重されなければならない	1　そう思わない	93	8.06		
	2　どちらかといえばそう思わない	168	14.56		
	3　どちらともいえない	379	32.84		
	4　どちらかといえばそう思う	296	25.65		
	5　そう思う	218	18.89		
	合計	1,154	100.00	3.33	1.17
	無回答	6			

表－８　刑事司法に対する態度（１）（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q9_7　真犯人でないなら、長時間にわたって厳しい取り調べを受けても、自分がやってもいない犯罪を自白することはない	1　そう思わない	157	14.23		
	2　どちらかといえばそう思わない	109	9.88		
	3　どちらともいえない	203	18.40		
	4　どちらかといえばそう思う	159	14.42		
	5　そう思う	475	43.06		
	合計	1,103	100.00	3.62	1.47
	無回答	6			

６．刑罰を科す目的

Q10_1から Q10_7の設問群は、刑罰の目的（特に刑務所に収監する目的）を尋ねた設問である。これらの設問は、直接には松村(2007)で用いた設問を利用している。設問の意味と全体の構造については、松村(2007)を参照されたい。結果は表－９の通りである。

表－９　刑罰を科す目的

あなたは、罰として犯罪者を刑務所に入れることの目的についてどうお考えですか。以下の(1)から(7)のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q10_1　犯罪者を罰することで、罪を犯した分だけその犯罪者に苦痛を与える	1　反対する	30	2.73		
	2　どちらかといえば反対する	46	4.19		
	3　どちらともいえない	299	27.26		
	4　どちらかといえば賛成する	417	38.01		
	5　賛成する	305	27.80		
	合計	1,097	100.00	3.84[n.s.]	0.97
	無回答	12			
参考：第１波調査					
Q10_1　犯罪者を罰することで、罪を犯した分だけその犯罪者に苦痛を与える	1　反対する	122	10.56		
	2　どちらかといえば反対する	68	5.89		
	3　どちらともいえない	264	22.86		
	4　どちらかといえば賛成する	350	30.30		
	5　賛成する	351	30.39		
	合計	1,155	100.00	3.78	1.01
	無回答	5			
Q10_2　犯罪者を罰することで、犯罪を犯せばどうなるかを人々に示して、同じ犯罪が起こることを抑制する	1　反対する	15	1.37		
	2　どちらかといえば反対する	23	2.09		
	3　どちらともいえない	223	20.31		
	4　どちらかといえば賛成する	444	40.44		
	5　賛成する	393	35.79		
	合計	1,098	100.00	4.07[n.s.]	0.87
	無回答	11			

表－９　刑罰を科す目的（続）

参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数（人）	%	平均値	標準偏差
Q10_2　犯罪者を罰することで、犯罪を犯せばどうなるかを人々に示して、同じ犯罪が起こることを抑制する	1　反対する	71	6.15		
	2　どちらかといえば反対する	61	5.28		
	3　どちらともいえない	390	33.77		
	4　どちらかといえば賛成する	333	28.83		
	5　賛成する	300	25.97		
	合計	1,155	100.00	4.10	0.84
	無回答	5			
Q10_3　犯罪者を刑務所に入れて、犯罪者がまっとうな人間になるよう教育する	1　反対する	13	1.18		
	2　どちらかといえば反対する	18	1.64		
	3　どちらともいえない	175	15.92		
	4　どちらかといえば賛成する	409	37.22		
	5　賛成する	484	44.04		
	合計	1,099	100.00	4.21*	0.85
	無回答	10			
参考：第１波調査					
Q10_3　犯罪者を刑務所に入れて、犯罪者がまっとうな人間になるよう教育する	1　反対する	22	1.90		
	2　どちらかといえば反対する	36	3.11		
	3　どちらともいえない	246	21.26		
	4　どちらかといえば賛成する	368	31.81		
	5　賛成する	485	41.92		
	合計	1,157	100.00	4.30	0.83
	無回答	3			
Q10_4　犯罪者を罰することで、被害者に代わって仕返しをする	1　反対する	164	14.95		
	2　どちらかといえば反対する	176	16.04		
	3　どちらともいえない	486	44.30		
	4　どちらかといえば賛成する	168	15.31		
	5　賛成する	103	9.39		
	合計	1,097	100.00	2.88$^{n.s.}$	1.13
	無回答	12			
参考：第１波調査					
Q10_4　犯罪者を罰することで、被害者に代わって仕返しをする	1　反対する	261	22.64		
	2　どちらかといえば反対する	240	20.82		
	3　どちらともいえない	426	36.95		
	4　どちらかといえば賛成する	172	14.92		
	5　賛成する	54	4.68		
	合計	1,153	100.00	2.83	1.15
	無回答	7			
Q10_5　犯罪者に、罪人というレッテルをはることによって、その社会で面目を失わせる	1　反対する	193	17.56		
	2　どちらかといえば反対する	288	26.21		
	3　どちらともいえない	455	41.40		
	4　どちらかといえば賛成する	114	10.37		
	5　賛成する	49	4.46		
	合計	1,099	100.00	2.58$^{n.s.}$	1.04
	無回答	10			

表－９　刑罰を科す目的（続）

参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数（人）	%	平均値	標準偏差
Q10_5　犯罪者に、罪人というレッテルをはることによって、その社会で面目を失わせる	1　反対する	336	29.14		
	2　どちらかといえば反対する	223	19.34		
	3　どちらともいえない	342	29.66		
	4　どちらかといえば賛成する	147	12.75		
	5　賛成する	105	9.11		
	合計	1,153	100.00	2.55	1.02
	無回答	7			
Q10_6　犯罪者を罰することで、社会のルールを人々が再確認する	1　反対する	14	1.28		
	2　どちらかといえば反対する	20	1.82		
	3　どちらともいえない	222	20.22		
	4　どちらかといえば賛成する	472	42.99		
	5　賛成する	370	33.70		
	合計	1,098	100.00	4.06$^{n.s.}$	0.85
	無回答	11			
参考：第１波調査					
Q10_6　犯罪者を罰することで、社会のルールを人々が再確認する	1　反対する	13	1.13		
	2　どちらかといえば反対する	24	2.09		
	3　どちらともいえない	229	19.90		
	4　どちらかといえば賛成する	487	42.31		
	5　賛成する	398	34.58		
	合計	1,151	100.00	4.07	0.85
	無回答	9			
Q10_7　犯罪者を刑務所に入れておいて、犯罪者が犯罪を行えないようにする	1　反対する	24	2.19		
	2　どちらかといえば反対する	49	4.46		
	3　どちらともいえない	330	30.05		
	4　どちらかといえば賛成する	379	34.52		
	5　賛成する	316	28.78		
	合計	1,098	100.00	3.83$^{n.s.}$	0.97
	無回答	11			
参考：第１波調査					
Q10_7　犯罪者を刑務所に入れておいて、犯罪者が犯罪を行えないようにする	1　反対する	36	3.13		
	2　どちらかといえば反対する	61	5.30		
	3　どちらともいえない	340	29.54		
	4　どちらかといえば賛成する	393	34.14		
	5　賛成する	321	27.89		
	合計	1,151	100.00	3.78	1.01
	無回答	9			

７．刑事司法に対する態度（２）

ここでは、**５．刑事司法に対する態度（１）**で述べたQ9に加えて、Q11_1からQ11_7までの７問で、死刑、裁判所、警察、刑事弁護など刑事司法に関するいくつかのことがらを尋ねている。結果については表－10を参照されたい。

表－10　刑事司法に対する態度（2）

あなたは、日本の刑事裁判制度についてどのように思いますか。以下の(1)から(7)のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q11_1　死刑は廃止すべきだ	1　そう思わない	538	48.69		
	2　どちらかといえばそう思わない	214	19.37		
	3　どちらともいえない	261	23.62		
	4　どちらかといえばそう思う	55	4.98		
	5　そう思う	37	3.35		
	合計	1,105	100.00	1.95$^{n.s.}$	1.11
	無回答	4			
参考：第１波調査					
Q11_1　死刑は廃止すべきだ	1　そう思わない	567	49.13		
	2　どちらかといえばそう思わない	212	18.37		
	3　どちらともいえない	259	22.44		
	4　どちらかといえばそう思う	67	5.81		
	5　そう思う	49	4.25		
	合計	1,154	100.00	1.98	1.15
	無回答	6			
Q11_2　犯罪者の人権は尊重されている	1　そう思わない	35	3.18		
	2　どちらかといえばそう思わない	107	9.72		
	3　どちらともいえない	527	47.87		
	4　どちらかといえばそう思う	313	28.43		
	5　そう思う	119	10.81		
	合計	1,101	100.00	3.34**	0.91
	無回答	8			
参考：第１波調査					
Q11_2　犯罪者の人権は尊重されている	1　そう思わない	31	2.69		
	2　どちらかといえばそう思わない	100	8.69		
	3　どちらともいえない	497	43.18		
	4　どちらかといえばそう思う	341	29.63		
	5　そう思う	182	15.81		
	合計	1,151	100.00	3.47	0.95
	無回答	9			
Q11_3　裁判所は犯罪者に甘すぎる	1　そう思わない	41	3.72		
	2　どちらかといえばそう思わない	85	7.71		
	3　どちらともいえない	575	52.18		
	4　どちらかといえばそう思う	260	23.59		
	5　そう思う	141	12.79		
	合計	1,102	100.00	3.34**	0.93
	無回答	7			
参考：第１波調査					
Q11_3　裁判所は犯罪者に甘すぎる	1　そう思わない	46	3.99		
	2　どちらかといえばそう思わない	64	5.55		
	3　どちらともいえない	521	45.19		
	4　どちらかといえばそう思う	301	26.11		
	5　そう思う	221	19.17		
	合計	1,153	100.00	3.51	0.99
	無回答	7			

表－10　刑事司法に対する態度（２）（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q11_4　警察に捕まらない犯罪者が多すぎる	1　そう思わない	9	0.82		
	2　どちらかといえばそう思わない	63	5.71		
	3　どちらともいえない	276	25.02		
	4　どちらかといえばそう思う	428	38.80		
	5　そう思う	327	29.65		
	合計	1,103	100.00	3.91**	0.92
	無回答	6			
参考：第１波調査					
Q11_4　警察に捕まらない犯罪者が多すぎる	1　そう思わない	20	1.73		
	2　どちらかといえばそう思わない	46	3.99		
	3　どちらともいえない	236	20.47		
	4　どちらかといえばそう思う	427	37.03		
	5　そう思う	424	36.77		
	合計	1,153	100.00	4.03	0.94
	無回答	7			
Q11_5　弁護士は、金のために被告人の弁護をしている	1　そう思わない	89	8.11		
	2　どちらかといえばそう思わない	141	12.84		
	3　どちらともいえない	480	43.72		
	4　どちらかといえばそう思う	243	22.13		
	5　そう思う	145	13.21		
	合計	1,098	100.00	3.19†	1.08
	無回答	11			
参考：第１波調査					
Q11_5　弁護士は、金のために被告人の弁護をしている	1　そう思わない	68	5.89		
	2　どちらかといえばそう思わない	147	12.73		
	3　どちらともいえない	503	43.55		
	4　どちらかといえばそう思う	269	23.29		
	5　そう思う	168	14.55		
	合計	1,155	100.00	3.28	1.05
	無回答	5			
Q11_6　死刑は凶悪な犯罪の防止に役立っている	1　そう思わない	93	8.45		
	2　どちらかといえばそう思わない	132	12.00		
	3　どちらともいえない	343	31.18		
	4　どちらかといえばそう思う	287	26.09		
	5　そう思う	245	22.27		
	合計	1,100	100.00	3.42n.s.	1.20
	無回答	9			
参考：第１波調査					
Q11_6　死刑は凶悪な犯罪の防止に役立っている	1　そう思わない	98	8.48		
	2　どちらかといえばそう思わない	117	10.13		
	3　どちらともいえない	361	31.26		
	4　どちらかといえばそう思う	283	24.50		
	5　そう思う	296	25.63		
	合計	1,155	100.00	3.49	1.22
	無回答	5			

表－10　刑事司法に対する態度（2）（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q11_7　被害者の人権は尊重されている	1　そう思わない	253	23.04		
	2　どちらかといえばそう思わない	309	28.14		
	3　どちらともいえない	404	36.79		
	4　どちらかといえばそう思う	99	9.02		
	5　そう思う	33	3.01		
	合計	1,098	100.00	2.41*	1.03
	無回答	11			
参考：第1波調査					
Q11_7　被害者の人権は尊重されている	1　そう思わない	311	27.02		
	2　どちらかといえばそう思わない	347	30.15		
	3　どちらともいえない	361	31.36		
	4　どちらかといえばそう思う	85	7.38		
	5　そう思う	47	4.08		
	合計	1,151	100.00	2.31	1.07
	無回答	9			

8．日本の警察の取り締まりの厳しさ

Q12では、日本の警察の取り締まりの厳しさを尋ねている(13)。結果は表－11を参照されたい。

表－11　警察の取り締まりの厳しさの評価

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q12　日本の警察の犯罪取り締まりは厳しいと思いますか。(○は1つ)	1　厳しくない	86	7.81		
	2　どちらかといえば厳しくない	269	24.43		
	3　どちらともいえない	574	52.13		
	4　どちらかといえば厳しい	160	14.53		
	5　厳しい	12	1.09		
	合計	1,101	100.00	2.77	0.83
	無回答	8			

9．刑事司法に対する態度（3）

Q13では、手続保障の大きな柱の一つである、違法収集証拠の取扱いの問題について独立した設問で尋ねている。結果は表－12の通りである。

表－12　刑事司法に対する態度（３）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q13　警察官に強制されて犯人が自白しました。その自白に基づいて新たな証拠が発見されました。その新証拠が犯罪の立証に必要なものである場合、裁判で用いてもよいと思いますか、用いるべきではないと思いますか。(○は１つ)	1　用いるべきではない	39	3.54		
	2　どちらかといえば用いるべきではない	74	6.72		
	3　どちらともいえない	221	20.05		
	4　どちらかといえば用いてよい	412	37.39		
	5　用いてよい	356	32.30		
	合計	1,102	100.00	3.88$^{n.s.}$	1.05
	無回答	7			
参考：第１波調査					
Q13　警察官に強制されて犯人が自白しました。その自白に基づいて新たな証拠が発見されました。その新証拠が犯罪の立証に必要なものである場合、裁判で用いてもよいと思いますか、用いるべきではないと思いますか。(○は１つ)	1　用いるべきではない	39	3.40		
	2　どちらかといえば用いるべきではない	60	5.23		
	3　どちらともいえない	225	19.60		
	4　どちらかといえば用いてよい	419	36.50		
	5　用いてよい	405	35.28		
	合計	1,148	100.00	3.95	1.03
	無回答	12			

10. 裁判員制度についての知識と関心

Q14、Q14no2、Q14no3の３問は、裁判員制度についての知識と関心を尋ねている。結果は表－13の通りである。なお、第２波の調査は裁判員裁判導入後に行われているので、第１波調査票と設問のワーディングが若干異なる部分がある。

表－13　裁判員制度についての知識と関心

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q14　この調査票を見る前からあなたは「裁判員」という言葉を知っていましたか。(○は１つ)	1　知っていた	1,088	98.28
	2　知らなかった	19	1.72
	合計	1,107	100.00
	無回答	2	

表－13　裁判員制度についての知識と関心（続）

参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%		
Q14　まもなく裁判員による裁判が導入されます。この調査票を見る前からあなたは「裁判員」という言葉を知っていましたか。(○は１つ)	1　知っていた	1,021	88.55		
	2　知らなかった	132	11.45		
	合計	1,153	100.00		
	無回答	7			

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q14no2　裁判員による裁判の概要をご存知ですか。(○は１つ)	1　知らない	158	14.56		
	2　あまり知らない	454	41.84		
	3　ある程度知っている	406	37.42		
	4　知っている	56	5.16		
	5　よく知っている	11	1.01		
	合計	1,085	100.00	2.36**	0.83
	非該当	21			
	無回答	3			
参考：第１波調査					
Q14no2　裁判員による裁判の内容をご存知ですか。(○は１つ)	1　知らない	206	20.26		
	2　あまり知らない	448	44.05		
	3　ある程度知っている	325	31.96		
	4　知っている	36	3.54		
	5　よく知っている	2	0.20		
	合計	1,017	100.00	2.19	0.80
	非該当	139			
	無回答	4			

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q14no3　裁判員による裁判についてもっと知りたいと思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　そう思わない	106	9.78		
	2　どちらかといえばそう思わない	167	15.41		
	3　どちらともいえない	457	42.16		
	4　どちらかといえばそう思う	270	24.91		
	5　そう思う	84	7.75		
	合計	1,084	100.00	3.05**	1.05
	非該当	21			
	無回答	4			
参考：第１波調査					
Q14no3　裁判員による裁判についてもっと知りたいと思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　そう思わない	64	6.32		
	2　どちらかといえばそう思わない	94	9.28		
	3　どちらともいえない	331	32.68		
	4　どちらかといえばそう思う	351	34.65		
	5　そう思う	173	17.08		
	合計	1,013	100.00	3.47	1.08
	非該当	139			
	無回答	8			

11. 裁判員による裁判にふさわしい事件

Q15A_1から Q15A_3までの設問群では、３つのタイプの仮想的事件

について裁判員による裁判にどの程度ふさわしいかを５点尺度で尋ねている。ここでは、Q15A_1からQ15A_3のそれぞれの設問について、調査票によって事件のタイプを操作する、要因計画法によっている。リサーチデザインの詳細な説明は、松村(2010:74-75)にある。ここではリサーチデザインについて簡単に説明するにとどめる。

Q15A_1が操作する要因は、強盗殺人事件か強姦事件と被告人が成人か少年かであり、２要因２水準の要因計画の設計になっている。

Q15A_2が操作する要因は、多額の収賄事件か大規模な選挙違反事件かと被告人が政治家か公務員かであり、同じく２要因２水準の要因計画の設計になっている。

Q15A_3が操作する要因は、公害事件か大規模詐欺事件かと、民事事件（損害賠償）か刑事事件かであり、同じく２要因２水準の要因計画の設計になっている。

確認のために要因計画を表の形にしめす（表－14)。

事件群ごとに分けて、基本統計量と度数分布を示せば、表－15の通りである。

表－14　Q15A（裁判員による裁判にふさわしい事件）の要因計画

ヴァージョン	Q15A_1	Q15A_2	Q15A_3
AB	少年強盗殺人	政治家収賄	公害刑事裁判
CD	少年強姦	政治家選挙違反	大規模詐欺刑事裁判
EF	成人強盗殺人	公務員収賄	公害民事裁判（損害賠償）
GH	成人強姦	公務員選挙違反	大規模詐欺民事裁判(損害賠償)

表－15　裁判員による裁判にふさわしい事件

以下の事件(1)から事件(3)までのそれぞれの事件について、裁判員による裁判にふさわしいと思いますか、ふさわしくないと思いますか。事件(1)から事件(3)のそれぞれについてお答え下さい。(それぞれ○は１つずつ)

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q15A_1　17歳の男性が、金をうばう目的で人を殺した事件（ABヴァージョン）	1　ふさわしくない	34	12.45		
	2　どちらかといえばふさわしくない	45	16.48		
	3　どちらともいえない	85	31.14		
	4　どちらかといえばふさわしい	59	21.61		
	5　ふさわしい	50	18.32		
	合計	273	100.00	3.17$^{n.s.}$	1.26
	無回答	3			

表－15　裁判員による裁判にふさわしい事件（続）

参考：第1波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q15A_1　17歳の男性が、金をうばう目的で人を殺した事件（ABヴァージョン）	1　ふさわしくない	37	11.97		
	2　どちらかといえばふさわしくない	48	15.53		
	3　どちらともいえない	80	25.89		
	4　どちらかといえばふさわしい	68	22.01		
	5　ふさわしい	76	24.60		
	合計	309	100.00	3.32	1.32
	無回答	3			
Q15A_1　17歳の男性が、女性を強姦した事件(CDヴァージョン)	1　ふさわしくない	43	16.41		
	2　どちらかといえばふさわしくない	40	15.27		
	3　どちらともいえない	73	27.86		
	4　どちらかといえばふさわしい	51	19.47		
	5　ふさわしい	55	20.99		
	合計	262	100.00	3.13[n.s.]	1.35
	無回答	5			
参考：第1波調査					
Q15A_1　17歳の男性が、女性を強姦した事件(CDヴァージョン)	1　ふさわしくない	44	16.42		
	2　どちらかといえばふさわしくない	34	12.69		
	3　どちらともいえない	81	30.22		
	4　どちらかといえばふさわしい	60	22.39		
	5　ふさわしい	49	18.28		
	合計	268	100.00	3.13	1.31
	無回答	1			
Q15A_1　25歳の男性が、金をうばう目的で人を殺した事件（EFヴァージョン）	1　ふさわしくない	38	13.82		
	2　どちらかといえばふさわしくない	52	18.91		
	3　どちらともいえない	61	22.18		
	4　どちらかといえばふさわしい	66	24.00		
	5　ふさわしい	58	21.09		
	合計	275	100.00	3.20[n.s.]	1.34
	無回答	3			
参考：第1波調査					
Q15A_1　25歳の男性が、金をうばう目的で人を殺した事件（EFヴァージョン）	1　ふさわしくない	50	17.67		
	2　どちらかといえばふさわしくない	40	14.13		
	3　どちらともいえない	73	25.80		
	4　どちらかといえばふさわしい	60	21.20		
	5　ふさわしい	60	21.20		
	合計	283	100.00	3.14	1.38
	無回答	8			
Q15A_1　25歳の男性が、女性を強姦した事件(GHヴァージョン)	1　ふさわしくない	41	14.44		
	2　どちらかといえばふさわしくない	47	16.55		
	3　どちらともいえない	75	26.41		
	4　どちらかといえばふさわしい	76	26.76		
	5　ふさわしい	45	15.85		
	合計	284	100.00	3.13[n.s.]	1.28
	無回答	4			

表－15　裁判員による裁判にふさわしい事件（続）

参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q15A_1　25歳の男性が、女性を強姦した事件(GH ヴァージョン)	1　ふさわしくない	36	12.72		
	2　どちらかといえばふさわしくない	39	13.78		
	3　どちらともいえない	81	28.62		
	4　どちらかといえばふさわしい	67	23.67		
	5　ふさわしい	60	21.20		
	合計	283	100.00	3.27	1.29
	無回答	5			
Q15A_2　政治家が業者から多額の賄賂をもらった事件（AB ヴァージョン）	1　ふさわしくない	36	13.24		
	2　どちらかといえばふさわしくない	38	13.97		
	3　どちらともいえない	61	22.43		
	4　どちらかといえばふさわしい	58	21.32		
	5　ふさわしい	79	29.04		
	合計	272	100.00	3.39†	1.38
	無回答	4			
参考：第１波調査					
Q15A_2　政治家が業者から多額の賄賂をもらった事件（AB ヴァージョン）	1　ふさわしくない	37	11.97		
	2　どちらかといえばふさわしくない	30	9.71		
	3　どちらともいえない	60	19.42		
	4　どちらかといえばふさわしい	75	24.27		
	5　ふさわしい	107	34.63		
	合計	309	100.00	3.60	1.36
	無回答	3			
Q15A_2　政治家の大規模な選挙違反事件（CD ヴァージョン）	1　ふさわしくない	33	12.60		
	2　どちらかといえばふさわしくない	38	14.50		
	3　どちらともいえない	65	24.81		
	4　どちらかといえばふさわしい	52	19.85		
	5　ふさわしい	74	28.24		
	合計	262	100.00	3.37n.s.	1.36
	無回答	5			
参考：第１波調査					
Q15A_2　政治家の大規模な選挙違反事件（CD ヴァージョン）	1　ふさわしくない	37	13.81		
	2　どちらかといえばふさわしくない	36	13.43		
	3　どちらともいえない	75	27.99		
	4　どちらかといえばふさわしい	52	19.40		
	5　ふさわしい	68	25.37		
	合計	268	100.00	3.29	1.35
	無回答	1			
Q15A_2　公務員が業者から多額の賄賂をもらった事件（EF ヴァージョン）	1　ふさわしくない	31	11.27		
	2　どちらかといえばふさわしくない	35	12.73		
	3　どちらともいえない	68	24.73		
	4　どちらかといえばふさわしい	73	26.55		
	5　ふさわしい	68	24.73		
	合計	275	100.00	3.41n.s.	1.29
	無回答	3			

表－15　裁判員による裁判にふさわしい事件（続）

参考：第1波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q15A_2　公務員が業者から多額の賄賂をもらった事件（EFヴァージョン）	1　ふさわしくない	35	12.37		
	2　どちらかといえばふさわしくない	27	9.54		
	3　どちらともいえない	77	27.21		
	4　どちらかといえばふさわしい	86	30.39		
	5　ふさわしい	58	20.49		
	合計	283	100.00	3.37	1.26
	無回答	8			
Q15A_2　公務員の大規模な選挙違反事件（GHヴァージョン）	1　ふさわしくない	34	12.01		
	2　どちらかといえばふさわしくない	34	12.01		
	3　どちらともいえない	92	32.51		
	4　どちらかといえばふさわしい	69	24.38		
	5　ふさわしい	54	19.08		
	合計	283	100.00	3.27$^{n.s.}$	1.24
	無回答	5			
参考：第1波調査					
Q15A_2　公務員の大規模な選挙違反事件（GHヴァージョン）	1　ふさわしくない	28	9.86		
	2　どちらかといえばふさわしくない	42	14.79		
	3　どちらともいえない	78	27.46		
	4　どちらかといえばふさわしい	56	19.72		
	5　ふさわしい	80	28.17		
	合計	284	100.00	3.42	1.30
	無回答	4			
Q15A_3　大きな被害を起こした公害企業の責任者の刑事裁判（ABヴァージョン）	1　ふさわしくない	32	11.72		
	2　どちらかといえばふさわしくない	39	14.29		
	3　どちらともいえない	80	29.30		
	4　どちらかといえばふさわしい	52	19.05		
	5　ふさわしい	70	25.64		
	合計	273	100.00	3.33$^{n.s.}$	1.31
	無回答	3			
参考：第1波調査					
Q15A_3　大きな被害を起こした公害企業の責任者の刑事裁判（ABヴァージョン）	1　ふさわしくない	37	11.97		
	2　どちらかといえばふさわしくない	43	13.92		
	3　どちらともいえない	70	22.65		
	4　どちらかといえばふさわしい	72	23.30		
	5　ふさわしい	87	28.16		
	合計	309	100.00	3.42	1.35
	無回答	3			
Q15A_3　多額のお金をだまし取った詐欺事件の刑事裁判（CDヴァージョン）	1　ふさわしくない	22	8.40		
	2　どちらかといえばふさわしくない	23	8.78		
	3　どちらともいえない	61	23.28		
	4　どちらかといえばふさわしい	79	30.15		
	5　ふさわしい	77	29.39		
	合計	262	100.00	3.63$^{n.s.}$	1.23
	無回答	5			

表－15　裁判員による裁判にふさわしい事件（続）

参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q15A_3　多額のお金をだまし取った詐欺事件の刑事裁判（CD ヴァージョン）	1　ふさわしくない	27	10.07		
	2　どちらかといえばふさわしくない	22	8.21		
	3　どちらともいえない	83	30.97		
	4　どちらかといえばふさわしい	71	26.49		
	5　ふさわしい	65	24.25		
	合計	268	100.00	3.47	1.23
	無回答	1			
Q15A_3　大きな被害を受けた公害被害者が賠償を求める民事裁判（EF ヴァージョン）	1　ふさわしくない	53	19.27		
	2　どちらかといえばふさわしくない	41	14.91		
	3　どちらともいえない	70	25.45		
	4　どちらかといえばふさわしい	61	22.18		
	5　ふさわしい	50	18.18		
	合計	275	100.00	3.05$^{n.s.}$	1.37
	無回答	3			
参考：第１波調査					
Q15A_3　大きな被害を受けた公害被害者が賠償を求める民事裁判（EF ヴァージョン）	1　ふさわしくない	44	15.55		
	2　どちらかといえばふさわしくない	32	11.31		
	3　どちらともいえない	85	30.04		
	4　どちらかといえばふさわしい	68	24.03		
	5　ふさわしい	54	19.08		
	合計	283	100.00	3.20	1.31
	無回答	8			
Q15A_3　多額のお金をだまし取られた被害者が賠償を求める民事裁判（GH ヴァージョン）	1　ふさわしくない	37	13.07		
	2　どちらかといえばふさわしくない	40	14.13		
	3　どちらともいえない	83	29.33		
	4　どちらかといえばふさわしい	69	24.38		
	5　ふさわしい	54	19.08		
	合計	283	100.00	3.22$^{n.s.}$	1.28
	無回答	5			
参考：第１波調査					
Q15A_3　多額のお金をだまし取られた被害者が賠償を求める民事裁判（GH ヴァージョン）	1　ふさわしくない	36	12.72		
	2　どちらかといえばふさわしくない	40	14.13		
	3　どちらともいえない	86	30.39		
	4　どちらかといえばふさわしい	70	24.73		
	5　ふさわしい	51	18.02		
	合計	283	100.00	3.21	1.26
	無回答	5			

Q15B ではそれぞれの事件について、法律によれば裁判員による裁判に付せられる事件かどうかの知識を尋ねている。ここでも、結果は、事件群ごとに分けて、基本統計量と度数分布を示している（表－16）。

表－16　裁判員制度の対象となっている事件

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q15B　問15A の事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。(○はいくつでも)(AB ヴァージョン)	1　事件(1)	227	85.66
	2　事件(2)	54	20.38
	3　事件(3)	45	16.98
	回答者数	265	
	無回答	11	
参考：第1波調査			
Q15B　問15A の事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。(○はいくつでも)(AB ヴァージョン)	1　事件(1)	195	68.42
	2　事件(2)	117	41.05
	3　事件(3)	116	40.70
	回答者数	285	
	無回答	27	
Q15B　問15A の事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。(○はいくつでも)(CD ヴァージョン)	1　事件(1)	170	69.11
	2　事件(2)	39	15.85
	3　事件(3)	138	56.10
	回答者数	246	
	無回答	21	
参考：第1波調査			
Q15B　問15A の事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。(○はいくつでも)(CD ヴァージョン)	1　事件(1)	149	59.13
	2　事件(2)	96	38.10
	3　事件(3)	144	57.14
	回答者数	252	
	無回答	17	
Q15B　問15A の事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。(○はいくつでも)(EF ヴァージョン)	1　事件(1)	229	87.74
	2　事件(2)	78	29.89
	3　事件(3)	40	15.33
	回答者数	261	
	無回答	17	

表－16　裁判員制度の対象となっている事件（続）

参考：第１波調査			
質問文	選択肢	度数（人）	%
Q15B　問15A の事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。（○はいくつでも）（EF ヴァージョン）	1　事件(1)	184	67.15
	2　事件(2)	115	41.97
	3　事件(3)	102	37.23
	回答者数	274	
	無回答	17	
Q15B　問15A の事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。（○はいくつでも）（GH ヴァージョン）	1　事件(1)	233	84.42
	2　事件(2)	67	24.28
	3　事件(3)	66	23.91
	回答者数	276	
	無回答	12	
参考：第１波調査			
Q15B　問15A の事件(1)から事件(3)のうち、法律で裁判員による裁判の対象とされているものはどれだと思いますか。対象とされているものすべてに○をつけて下さい。（○はいくつでも）（GH ヴァージョン）	1　事件(1)	176	65.67
	2　事件(2)	126	47.01
	3　事件(3)	95	35.45
	回答者数	268	
	無回答	20	

12. 裁判にかかる時間と辞退事由

Q16から Q18までの設問群は、裁判にかかる時間の問題と辞退事由について尋ねている。結果は表－17を参照されたい（なお、Q18は複数選択可能な設問である）。

表－17　裁判にかかる時間と辞退理由

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q16　裁判員は、何日間ぐらい裁判所に行かなければならないものだと思いますか。なお、裁判員による裁判が行われるのは平日のみです。(○は１つ)	1　１日程度	10	0.91
	2　２日程度	22	2.01
	3　３日程度	199	18.14
	4　４日程度	67	6.11
	5　５日程度	230	20.97
	6　10日程度	189	17.23
	7　１ヶ月程度	63	5.74
	8　１ヶ月より長い	30	2.73
	9　わからない	287	26.16
	合計	1,097	100.00
	無回答	12	

参考：第１波調査

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q16　裁判員は、何日間ぐらい裁判所に行かなければならないものだと思いますか。なお、裁判員による裁判が行われるのは平日のみです。(○は１つ)	1　１日程度	48	4.19
	2　２日程度	54	4.71
	3　３日程度	179	15.62
	4　４日程度	42	3.66
	5　５日程度	178	15.53
	6　10日程度	142	12.39
	7　１ヶ月程度	83	7.24
	8　１ヶ月より長い	28	2.44
	9　わからない	392	34.21
	合計	1,146	100.00
	無回答	14	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q17　もしあなたが裁判員になったら、何日間ぐらいなら裁判所に行くことができますか。なお、裁判員による裁判が行われるのは平日のみです。(○は１つ)	0　０日（まったく行くことができない）	182	16.53
	1　１日程度	123	11.17
	2　２日程度	129	11.72
	3　３日程度	177	16.08
	4　４日程度	31	2.82
	5　５日程度	138	12.53
	6　10日程度	75	6.81
	7　１ヶ月程度	12	1.09
	8　１ヶ月より長い	4	0.36
	9　わからない	230	20.89
	合計	1,101	100.00
	無回答	8	

表－17　裁判にかかる時間と辞退理由（続）

参考：第１波調査			
質問文	選択肢	度数(人)	%
Q17　もしあなたが裁判員になったら、何日間ぐらいなら裁判所に行くことができますか。なお、裁判員による裁判が行われるのは平日のみです。(○は１つ)	0　０日（まったく行くことができない）	165	14.36
	1　１日程度	160	13.93
	2　２日程度	126	10.97
	3　３日程度	168	14.62
	4　４日程度	26	2.26
	5　５日程度	115	10.01
	6　10日程度	75	6.53
	7　１ヶ月程度	25	2.18
	8　１ヶ月より長い	9	0.78
	9　わからない	280	24.37
	合計	1,149	100.00
	無回答	11	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q18　裁判員は辞退できると思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　辞退できない	46	4.17
	2　理由があれば辞退できる	886	80.25
	3　自由に辞退できる	75	6.79
	4　わからない	97	8.79
	合計	1,104	100.00
	無回答	5	

参考：第１波調査			
質問文	選択肢	度数(人)	%
Q18　裁判員は辞退できると思いますか、思いませんか。(○は１つ)	1　辞退できない	114	9.90
	2　理由があれば辞退できる	755	65.60
	3　自由に辞退できる	128	11.12
	4　わからない	154	13.38
	合計	1,151	100.00
	無回答	9	

Q18no2　２と答えた方にお聞きします。どのような理由であれば辞退できると思いますか。(○はいくつでも)	1　仕事で忙しい場合	243	27.43
	2　法律にくわしくない場合	72	8.13
	3　高齢者	426	48.08
	4　家族の介護	607	68.51
	5　学生	119	13.43
	6　主婦・主夫	28	3.16
	7　病気やケガ	798	90.07
	8　その他	86	9.71
	9　わからない	12	1.35
	有効回答者数	886	
	非該当	223	

表－17　裁判にかかる時間と辞退理由（続）

参考：第１波調査				
質問文	選択肢	度数(人)	%	
Q18no2　２と答えた方にお聞きします。どのような理由であれば辞退できると思いますか。(○はいくつでも)	1　仕事で忙しい場合	193	25.56	
	2　法律にくわしくない場合	113	14.97	
	3　高齢者	324	42.91	
	4　家族の介護	499	66.09	
	5　学生	109	14.44	
	6　主婦・主夫	24	3.18	
	7　病気やケガ	659	87.28	
	8　その他	85	11.26	
	9　わからない	9	1.19	
	有効回答者数	755		
	非該当	405		

13. 裁判員制度の評価（１）

Q19_1からQ19_13までの13問の設問群では、裁判員による裁判に対する意見、評価、予測（認知）をさまざまな側面から尋ねている。結果は表－18の通りである。

表－18　裁判員制度の評価（１）

裁判員による裁判に対しては、様々な期待と不安が表明されています。あなたは裁判員による裁判（有権者からくじで選ばれた裁判員が裁判官と一緒に行う裁判）について、どのように思いますか。以下の(1)から(13)のそれぞれについてお答えください。(それぞれ○は１つずつ)

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q19_1　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より望ましい	1　そう思わない	108	9.80		
	2　どちらかといえばそう思わない	155	14.07		
	3　どちらともいえない	435	39.47		
	4　どちらかといえばそう思う	279	25.32		
	5　そう思う	125	11.34		
	合計	1,102	100.00	3.14$^{n.s.}$	1.11
	無回答	7			
参考：第１波調査					
Q19_1　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より望ましい	1　そう思わない	128	11.10		
	2　どちらかといえばそう思わない	116	10.06		
	3　どちらともいえない	529	45.88		
	4　どちらかといえばそう思う	260	22.55		
	5　そう思う	120	10.41		
	合計	1,153	100.00	3.11	1.08
	無回答	7			
Q19_2　裁判員による裁判が導入されると裁判がわかりやすいものになる	1　そう思わない	86	7.80		
	2　どちらかといえばそう思わない	111	10.07		
	3　どちらともいえない	390	35.39		
	4　どちらかといえばそう思う	412	37.39		
	5　そう思う	103	9.35		
	合計	1,102	100.00	3.30$^{n.s.}$	1.03
	無回答	7			

表－18　裁判員制度の評価（１）（続）

参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数（人）	%	平均値	標準偏差
Q19_2　裁判員による裁判が導入されると裁判がわかりやすいものになる	1　そう思わない	88	7.63		
	2　どちらかといえばそう思わない	104	9.02		
	3　どちらともいえない	395	34.26		
	4　どちらかといえばそう思う	432	37.47		
	5　そう思う	134	11.62		
	合計	1,153	100.00	3.36	1.05
	無回答	7			
Q19_3　裁判員による裁判はマスコミや世論に影響される	1　そう思わない	43	3.91		
	2　どちらかといえばそう思わない	73	6.64		
	3　どちらともいえない	296	26.91		
	4　どちらかといえばそう思う	509	46.27		
	5　そう思う	179	16.27		
	合計	1,100	100.00	3.64**	0.96
	無回答	9			
参考：第１波調査					
Q19_3　裁判員による裁判はマスコミや世論に影響される	1　そう思わない	39	3.39		
	2　どちらかといえばそう思わない	54	4.69		
	3　どちらともいえない	267	23.20		
	4　どちらかといえばそう思う	524	45.53		
	5　そう思う	267	23.20		
	合計	1,151	100.00	3.80	0.96
	無回答	9			
Q19_4　裁判員による裁判の導入によって、裁判が信頼できないものになる	1　そう思わない	176	15.97		
	2　どちらかといえばそう思わない	313	28.40		
	3　どちらともいえない	475	43.10		
	4　どちらかといえばそう思う	110	9.98		
	5　そう思う	28	2.54		
	合計	1,102	100.00	2.55**	0.96
	無回答	7			
参考：第１波調査					
Q19_4　裁判員による裁判の導入によって、裁判が信頼できないものになる	1　そう思わない	113	9.81		
	2　どちらかといえばそう思わない	224	19.44		
	3　どちらともいえない	603	52.34		
	4　どちらかといえばそう思う	156	13.54		
	5　そう思う	56	4.86		
	合計	1,152	100.00	2.84	0.95
	無回答	8			
Q19_5　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より民主主義の原理にかなっている	1　そう思わない	60	5.45		
	2　どちらかといえばそう思わない	105	9.54		
	3　どちらともいえない	546	49.59		
	4　どちらかといえばそう思う	313	28.43		
	5　そう思う	77	6.99		
	合計	1,101	100.00	3.22†	0.91
	無回答	8			

表－18　裁判員制度の評価（1）（続）

参考：第1波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q19_5　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より民主主義の原理にかなっている	1　そう思わない	68	5.90		
	2　どちらかといえばそう思わない	86	7.47		
	3　どちらともいえない	547	47.48		
	4　どちらかといえばそう思う	350	30.38		
	5　そう思う	101	8.77		
	合計	1,152	100.00	3.29	0.94
	無回答	8			
Q19_6　多くの国民は裁判員の経験をしてみたいと思っている	1　そう思わない	438	39.75		
	2　どちらかといえばそう思わない	364	33.03		
	3　どちらともいえない	265	24.05		
	4　どちらかといえばそう思う	28	2.54		
	5　そう思う	7	0.64		
	合計	1,102	100.00	1.91**	0.89
	無回答	7			
参考：第1波調査					
Q19_6　多くの国民は裁判員の経験をしてみたいと思っている	1　そう思わない	362	31.40		
	2　どちらかといえばそう思わない	355	30.79		
	3　どちらともいえない	367	31.83		
	4　どちらかといえばそう思う	50	4.34		
	5　そう思う	19	1.65		
	合計	1,153	100.00	2.14	0.97
	無回答	7			
Q19_7　理由なく裁判員になることを拒む人には刑罰を科すべきだ	1　そう思わない	727	66.15		
	2　どちらかといえばそう思わない	197	17.93		
	3　どちらともいえない	152	13.83		
	4　どちらかといえばそう思う	14	1.27		
	5　そう思う	9	0.82		
	合計	1,099	100.00	1.53n.s.	0.84
	無回答	10			
参考：第1波調査					
Q19_7　理由なく裁判員になることを拒む人には刑罰を科すべきだ	1　そう思わない	738	64.01		
	2　どちらかといえばそう思わない	202	17.52		
	3　どちらともいえない	185	16.05		
	4　どちらかといえばそう思う	20	1.73		
	5　そう思う	8	0.69		
	合計	1,153	100.00	1.58	0.87
	無回答	7			
Q19_8　裁判員による裁判が導入されると裁判が身近なものになる	1　そう思わない	89	8.07		
	2　どちらかといえばそう思わない	99	8.98		
	3　どちらともいえない	270	24.48		
	4　どちらかといえばそう思う	476	43.16		
	5　そう思う	169	15.32		
	合計	1,103	100.00	3.49†	1.11
	無回答	6			

表－18　裁判員制度の評価（１）（続）

参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数（人）	%	平均値	標準偏差
Q19_8　裁判員による裁判が導入されると裁判が身近なものになる	1　そう思わない	82	7.11		
	2　どちらかといえばそう思わない	78	6.76		
	3　どちらともいえない	293	25.41		
	4　どちらかといえばそう思う	497	43.10		
	5　そう思う	203	17.61		
	合計	1,153	100.00	3.57	1.08
	無回答	7			
Q19_9　裁判員による裁判は、職業裁判官のみによる裁判より、同じような事件でも刑罰の重さがばらつく	1　そう思わない	45	4.08		
	2　どちらかといえばそう思わない	77	6.99		
	3　どちらともいえない	375	34.03		
	4　どちらかといえばそう思う	442	40.11		
	5　そう思う	163	14.79		
	合計	1,102	100.00	3.55**	0.96
	無回答	7			
参考：第１波調査					
Q19_9　裁判員による裁判は、職業裁判官のみによる裁判より、同じような事件でも刑罰の重さがばらつく	1　そう思わない	29	2.51		
	2　どちらかといえばそう思わない	48	4.16		
	3　どちらともいえない	331	28.68		
	4　どちらかといえばそう思う	530	45.93		
	5　そう思う	216	18.72		
	合計	1,154	100.00	3.74	0.90
	無回答	6			
Q19_10　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より人を公正に裁く	1　そう思わない	94	8.54		
	2　どちらかといえばそう思わない	150	13.62		
	3　どちらともいえない	638	57.95		
	4　どちらかといえばそう思う	171	15.53		
	5　そう思う	48	4.36		
	合計	1,101	100.00	2.94n.s.	0.90
	無回答	8			
参考：第１波調査					
Q19_10　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より人を公正に裁く	1　そう思わない	116	10.07		
	2　どちらかといえばそう思わない	148	12.85		
	3　どちらともいえない	662	57.47		
	4　どちらかといえばそう思う	175	15.19		
	5　そう思う	51	4.43		
	合計	1,152	100.00	2.91	0.92
	無回答	8			
Q19_11　裁判員による裁判では真実を発見することができない	1　そう思わない	147	13.36		
	2　どちらかといえばそう思わない	274	24.91		
	3　どちらともいえない	530	48.18		
	4　どちらかといえばそう思う	107	9.73		
	5　そう思う	42	3.82		
	合計	1,100	100.00	2.66**	0.96
	無回答	9			

表－18　裁判員制度の評価（1）（続）

参考：第1波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q19_11　裁判員による裁判では真実を発見することができない	1　そう思わない	114	9.89		
	2　どちらかといえばそう思わない	216	18.73		
	3　どちらともいえない	622	53.95		
	4　どちらかといえばそう思う	146	12.66		
	5　そう思う	55	4.77		
	合計	1,153	100.00	2.84	0.94
	無回答	7			
Q19_12　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より社会の常識を反映する	1　そう思わない	56	5.08		
	2　どちらかといえばそう思わない	78	7.07		
	3　どちらともいえない	468	42.43		
	4　どちらかといえばそう思う	393	35.63		
	5　そう思う	108	9.79		
	合計	1,103	100.00	3.38*	0.94
	無回答	6			
参考：第1波調査					
Q19_12　裁判員による裁判は職業裁判官のみによる裁判より社会の常識を反映する	1　そう思わない	48	4.16		
	2　どちらかといえばそう思わない	61	5.28		
	3　どちらともいえない	485	41.99		
	4　どちらかといえばそう思う	427	36.97		
	5　そう思う	134	11.60		
	合計	1,155	100.00	3.47	0.92
	無回答	5			
Q19_13　裁判員による裁判は弁護士の能力によって結果が左右される	1　そう思わない	56	5.08		
	2　どちらかといえばそう思わない	106	9.62		
	3　どちらともいえない	491	44.56		
	4　どちらかといえばそう思う	329	29.85		
	5　そう思う	120	10.89		
	合計	1,102	100.00	3.32**	0.97
	無回答	7			
参考：第1波調査					
Q19_13　裁判員による裁判は弁護士の能力によって結果が左右される	1　そう思わない	61	5.28		
	2　どちらかといえばそう思わない	73	6.32		
	3　どちらともいえない	467	40.43		
	4　どちらかといえばそう思う	401	34.72		
	5　そう思う	153	13.25		
	合計	1,155	100.00	3.44	0.98
	無回答	5			

14. 裁判員制度の評価（2）

Q20_1から Q20_9までの９問の設問は、裁判員による裁判に対する評価のうち、特に一般人が裁判員になったとき、どういうパターンの行動をするかについての予測と評価を行っている（自己評価ではなく他者についての評価である）。これらの設問は、裁判員制度の支持、不支持と強く結びつくと予想される設問であり、**13. 裁判員制度の評価（1）**と

区別して尋ねる意味がある（表－19参照）。

表－19　裁判員制度の評価（２）

あなたは有権者からくじで選ばれた裁判員はどのように判断しがちだと思いますか。以下の(1)から(9)のそれぞれについてお答えください。（それぞれ○は１つずつ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q20_1　裁判員は、被告人の権利を尊重する	1　そう思わない	80	7.25		
	2　どちらかといえばそう思わない	173	15.68		
	3　どちらともいえない	606	54.94		
	4　どちらかといえばそう思う	196	17.77		
	5　そう思う	48	4.35		
	合計	1,103	100.00	2.96$^{n.s.}$	0.89
	無回答	6			
参考：第１波調査					
Q20_1　裁判員は、被告人の権利を尊重する	1　そう思わない	92	7.99		
	2　どちらかといえばそう思わない	237	20.59		
	3　どちらともいえない	580	50.39		
	4　どちらかといえばそう思う	171	14.86		
	5　そう思う	71	6.17		
	合計	1,151	100.00	2.91	0.96
	無回答	9			
Q20_2　裁判員は裁判官よりも重い刑を科そうとする	1　そう思わない	127	11.51		
	2　どちらかといえばそう思わない	264	23.93		
	3　どちらともいえない	531	48.14		
	4　どちらかといえばそう思う	145	13.15		
	5　そう思う	36	3.26		
	合計	1,103	100.00	2.73**	0.94
	無回答	6			
参考：第１波調査					
Q20_2　裁判員は裁判官よりも重い刑を科そうとする	1　そう思わない	90	7.81		
	2　どちらかといえばそう思わない	145	12.59		
	3　どちらともいえない	599	52.00		
	4　どちらかといえばそう思う	259	22.48		
	5　そう思う	59	5.12		
	合計	1,152	100.00	3.05	0.93
	無回答	8			
Q20_3　裁判員は無実の人を有罪にしがちだ	1　そう思わない	229	20.80		
	2　どちらかといえばそう思わない	280	25.43		
	3　どちらともいえない	507	46.05		
	4　どちらかといえばそう思う	75	6.81		
	5　そう思う	10	0.91		
	合計	1,101	100.00	2.42**	0.92
	無回答	8			

表－19　裁判員制度の評価（2）（続）

参考：第1波調査						
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q20_3　裁判員は無実の人を有罪にしがちだ	1　そう思わない	186	16.19		
	2　どちらかといえばそう思わない	197	17.15		
	3　どちらともいえない	612	53.26		
	4　どちらかといえばそう思う	121	10.53		
	5　そう思う	33	2.87		
	合計	1,149	100.00	2.67	0.96
	無回答	11			
Q20_4　裁判員は感情で判断をしがちだ	1　そう思わない	103	9.34		
	2　どちらかといえばそう思わない	142	12.87		
	3　どちらともいえない	335	30.37		
	4　どちらかといえばそう思う	418	37.90		
	5　そう思う	105	9.52		
	合計	1,103	100.00	3.25**	1.10
	無回答	6			
参考：第1波調査					
Q20_4　裁判員は感情で判断をしがちだ	1　そう思わない	82	7.11		
	2　どちらかといえばそう思わない	93	8.07		
	3　どちらともいえない	291	25.24		
	4　どちらかといえばそう思う	536	46.49		
	5　そう思う	151	13.10		
	合計	1,153	100.00	3.50	1.05
	無回答	7			
Q20_5　裁判員は、被害者の権利を尊重する	1　そう思わない	35	3.18		
	2　どちらかといえばそう思わない	46	4.18		
	3　どちらともいえない	430	39.09		
	4　どちらかといえばそう思う	453	41.18		
	5　そう思う	136	12.36		
	合計	1,100	100.00	3.55†	0.88
	無回答	9			
参考：第1波調査					
Q20_5　裁判員は、被害者の権利を尊重する	1　そう思わない	39	3.38		
	2　どちらかといえばそう思わない	56	4.86		
	3　どちらともいえない	398	34.52		
	4　どちらかといえばそう思う	471	40.85		
	5　そう思う	189	16.39		
	合計	1,153	100.00	3.62	0.93
	無回答	7			
Q20_6　裁判員は死刑判決を出すのをためらう	1　そう思わない	40	3.63		
	2　どちらかといえばそう思わない	62	5.62		
	3　どちらともいえない	226	20.49		
	4　どちらかといえばそう思う	407	36.90		
	5　そう思う	368	33.36		
	合計	1,103	100.00	3.91**	1.04
	無回答	6			

表－19　裁判員制度の評価（２）（続）

参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数（人）	%	平均値	標準偏差
Q20_6　裁判員は死刑判決を出すのをためらう	1　そう思わない	75	6.53		
	2　どちらかといえばそう思わない	81	7.06		
	3　どちらともいえない	354	30.84		
	4　どちらかといえばそう思う	355	30.92		
	5　そう思う	283	24.65		
	合計	1,148	100.00	3.60	1.13
	無回答	12			
Q20_7　裁判員は真犯人を無罪にしがちだ	1　そう思わない	193	17.56		
	2　どちらかといえばそう思わない	274	24.93		
	3　どちらともいえない	550	50.05		
	4　どちらかといえばそう思う	58	5.28		
	5　そう思う	24	2.18		
	合計	1,099	100.00	2.50**	0.92
	無回答	10			
参考：第１波調査					
Q20_7　裁判員は真犯人を無罪にしがちだ	1　そう思わない	174	15.14		
	2　どちらかといえばそう思わない	212	18.45		
	3　どちらともいえない	642	55.87		
	4　どちらかといえばそう思う	96	8.36		
	5　そう思う	25	2.18		
	合計	1,149	100.00	2.64	0.91
	無回答	11			
Q20_8　裁判員は裁判官の言いなりになる	1　そう思わない	158	14.31		
	2　どちらかといえばそう思わない	237	21.47		
	3　どちらともいえない	452	40.94		
	4　どちらかといえばそう思う	216	19.57		
	5　そう思う	41	3.71		
	合計	1,104	100.00	2.77**	1.04
	無回答	5			
参考：第１波調査					
Q20_8　裁判員は裁判官の言いなりになる	1　そう思わない	139	12.06		
	2　どちらかといえばそう思わない	196	17.00		
	3　どちらともいえない	460	39.90		
	4　どちらかといえばそう思う	296	25.67		
	5　そう思う	62	5.38		
	合計	1,153	100.00	2.95	1.06
	無回答	7			
Q20_9　裁判員は、多く発言する人の意見に引きずられる	1　そう思わない	77	6.98		
	2　どちらかといえばそう思わない	121	10.97		
	3　どちらともいえない	366	33.18		
	4　どちらかといえばそう思う	440	39.89		
	5　そう思う	99	8.98		
	合計	1,103	100.00	3.33**	1.02
	無回答	6			

表－19　裁判員制度の評価（2）（続）

参考：第1波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q20_9　裁判員は、多く発言する人の意見に引きずられる	1　そう思わない	71	6.16		
	2　どちらかといえばそう思わない	93	8.07		
	3　どちらともいえない	348	30.18		
	4　どちらかといえばそう思う	475	41.20		
	5　そう思う	166	14.40		
	合計	1,153	100.00	3.50	1.03
	無回答	7			

15. 回答者の裁判員になることの意欲

Q21、Q22A、およびQ22Bの設問群は、回答者が裁判員候補者に選ばれた場合の、裁判員になろうという意欲の有無･程度と、関連事項（裁判員となることの差障り、報酬など）を尋ねている。結果については表－20を参照されたい。

表－20　被調査者の裁判員になることの意欲

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q21　あなたは、裁判員になる呼び出しをうけたとき、差しさわりがなかったら裁判員になると思いますか、思いませんか。(○は1つ)	1　なりたくない	398	36.02		
	2　どちらかといえばなりたくない	293	26.52		
	3　どちらともいえない	141	12.76		
	4　どちらかといえばなろうと思う	166	15.02		
	5　なろうと思う	107	9.68		
	合計	1,105	100.00	2.36$^{n.s.}$	1.35
	無回答	4			
参考：第1波調査					
Q21　あなたは、裁判員になる呼び出しをうけたとき、差しさわりがなかったら裁判員になると思いますか、思いませんか。(○は1つ)	1　なりたくない	413	35.76		
	2　どちらかといえばなりたくない	300	25.97		
	3　どちらともいえない	214	18.53		
	4　どちらかといえばなろうと思う	152	13.16		
	5　なろうと思う	76	6.58		
	合計	1,155	100.00	2.29	1.26
	無回答	5			

表－20　被調査者の裁判員になることの意欲（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q22A　あなたが裁判員として今から１ヶ月後の平日（月～金）の数日間、裁判に参加しなければならない場合、差しさわりとなることがありますか、ありませんか。差しさわりがある場合、それは何ですか。（○はいくつでも）	1　特に差しさわりはない	88	7.94
	2　裁判所に行くまでの移動が大変である	190	17.13
	3　裁判所に数日間行くための日程調整が大変である	676	60.96
	4　金銭上の負担が生じる	264	23.81
	5　心理的に不安である	652	58.79
	6　自分の健康や体調が心配である	167	15.06
	7　家族の健康や体調が心配である	172	15.51
	8　その他	47	4.24
	有効回答者数	1,109	
	非該当	0	
参考：第１波調査			
Q22A　あなたが裁判員として今から１ヶ月後の平日（月～金）の数日間、裁判に参加しなければならない場合、差しさわりとなることがありますか、ありませんか。差しさわりがある場合、それは何ですか。（○はいくつでも）	1　特に差しさわりはない	97	8.42
	2　裁判所に行くまでの移動が大変である	219	19.01
	3　裁判所に数日間行くための日程調整が大変である	734	63.72
	4　金銭上の負担が生じる	311	27.00
	5　心理的に不安である	691	59.98
	6　自分の健康や体調が心配である	171	14.84
	7　家族の健康や体調が心配である	207	17.97
	8　その他	56	4.86
	有効回答者数	1,152	
	非該当	8	

質問文	選択肢	度数(人)	%
Q22B　もしあなたが裁判員になるとしたら、旅費・宿泊費以外に、日当としていくら支払われるべきだと考えますか。（○は１つ）	0　必要ない	75	6.99
	1　2,000円	12	1.12
	2　5,000円	112	10.44
	3　8,000円	108	10.07
	4　10,000円	323	30.10
	5　15,000円	122	11.37
	6　20,000円	173	16.12
	7　30,000円以上	148	13.79
	合計	1,073	100.00
	無回答	36	
参考：第１波調査			
Q22B　もしあなたが裁判員になるとしたら、旅費・宿泊費以外に、日当としていくら支払われるべきだと考えますか。（○は１つ）	0　必要ない	95	8.54
	1　2,000円	28	2.52
	2　5,000円	178	15.99
	3　8,000円	113	10.15
	4　10,000円	353	31.72
	5　15,000円	107	9.61
	6　20,000円	131	11.77
	7　30,000円以上	108	9.70
	合計	1,113	100.00
	無回答	47	

16. 裁判員に選ばれた場合の自己認識

Q23_1からQ23_8までの８問の設問群は、回答者が裁判員に選ばれた場合の自己認識について尋ねている。結果については表－21を参照されたい。

表－21　裁判員に選ばれた場合の自己認識

もしもあなたが裁判員になったとしたら、そのことをどう感じると思いますか。以下の(1)から(8)のそれぞれについてお答えください。(それぞれ○は１つずつ)

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q23A_1　裁判員に選ばれたら、私はそれを誇らしく思う	1　全くそう思わない	345	31.3		
	2　そう思わない	369	33.5		
	3　どちらかといえばそう思わない	185	16.8		
	4　どちらかといえばそう思う	132	12.0		
	5　そう思う	50	4.5		
	6　強くそう思う	21	1.9		
	合計	1,102	100.0	2.31**	1.26
	無回答	7			
参考：第１波調査					
Q23_1　裁判員に選ばれたら、私はそれを誇らしく思う	1　全くそう思わない	314	27.28		
	2　そう思わない	334	29.02		
	3　どちらかといえばそう思わない	255	22.15		
	4　どちらかといえばそう思う	158	13.73		
	5　そう思う	76	6.60		
	6　強くそう思う	14	1.22		
	合計	1,151	100.00	2.47	1.27
	無回答	9			
Q23A_2　私には死刑判決は出せない	1　全くそう思わない	120	10.9		
	2　そう思わない	201	18.3		
	3　どちらかといえばそう思わない	177	16.1		
	4　どちらかといえばそう思う	239	21.7		
	5　そう思う	204	18.5		
	6　強くそう思う	160	14.5		
	合計	1,101	100.0	3.62*	1.58
	無回答	8			
参考：第１波調査					
Q23_2　私には死刑判決は出せない	1　全くそう思わない	107	9.30		
	2　そう思わない	191	16.61		
	3　どちらかといえばそう思わない	180	15.65		
	4　どちらかといえばそう思う	241	20.96		
	5　そう思う	235	20.43		
	6　強くそう思う	196	17.04		
	合計	1,150	100.00	3.78	1.58
	無回答	10			

表－21　裁判員に選ばれた場合の自己認識（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q23A_3　裁判員に選ばれたら、私の人生の貴重な経験になる	1　全くそう思わない	104	9.4		
	2　そう思わない	134	12.2		
	3　どちらかといえばそう思わない	158	14.3		
	4　どちらかといえばそう思う	324	29.4		
	5　そう思う	281	25.5		
	6　強くそう思う	101	9.2		
	合計	1,102	100.0	3.77$^{n.s.}$	1.43
	無回答	7			
参考：第１波調査					
Q23_3　裁判員に選ばれたら、私の人生の貴重な経験になる	1　全くそう思わない	106	9.22		
	2　そう思わない	121	10.52		
	3　どちらかといえばそう思わない	138	12.00		
	4　どちらかといえばそう思う	380	33.04		
	5　そう思う	284	24.70		
	6　強くそう思う	121	10.52		
	合計	1,150	100.00	3.85	1.42
	無回答	10			
Q23A_4　私の関わった裁判の話を他人にしてはいけないのは負担だ	1　全くそう思わない	100	9.1		
	2　そう思わない	211	19.2		
	3　どちらかといえばそう思わない	125	11.4		
	4　どちらかといえばそう思う	260	23.6		
	5　そう思う	247	22.5		
	6　強くそう思う	157	14.3		
	合計	1,100	100.0	3.74**	1.56
	無回答	9			
参考：第１波調査					
Q23_4　私の関わった裁判の話を他人にしてはいけないのは負担だ	1　全くそう思わない	142	12.39		
	2　そう思わない	245	21.38		
	3　どちらかといえばそう思わない	163	14.22		
	4　どちらかといえばそう思う	281	24.52		
	5　そう思う	202	17.63		
	6　強くそう思う	113	9.86		
	合計	1,146	100.00	3.43	1.54
	無回答	14			
Q23A_5　私が裁判員に選ばれたら、有罪となった人から恨まれそうだ	1　全くそう思わない	49	4.5		
	2　そう思わない	148	13.4		
	3　どちらかといえばそう思わない	180	16.3		
	4　どちらかといえばそう思う	358	32.5		
	5　そう思う	257	23.3		
	6　強くそう思う	109	9.9		
	合計	1,101	100.0	3.87$^{n.s.}$	1.31
	無回答	8			

表－21　裁判員に選ばれた場合の自己認識（続）

参考：第1波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q23_5　私が裁判員に選ばれたら、有罪となった人から恨まれそうだ	1　全くそう思わない	41	3.57		
	2　そう思わない	149	12.97		
	3　どちらかといえばそう思わない	184	16.01		
	4　どちらかといえばそう思う	405	35.25		
	5　そう思う	241	20.97		
	6　強くそう思う	129	11.23		
	合計	1,149	100.00	3.91	1.29
	無回答	11			
Q23A_6　私は裁判員に選ばれたら、国民の重要な義務なので仕方がない	1　全くそう思わない	98	8.9		
	2　そう思わない	167	15.2		
	3　どちらかといえばそう思わない	195	17.7		
	4　どちらかといえばそう思う	402	36.5		
	5　そう思う	201	18.2		
	6　強くそう思う	39	3.5		
	合計	1,102	100.0	3.51[n.s.]	1.29
	無回答	7			
参考：第1波調査					
Q23_6　私は裁判員に選ばれたら、国民の重要な義務なので仕方がない	1　全くそう思わない	90	7.87		
	2　そう思わない	140	12.25		
	3　どちらかといえばそう思わない	220	19.25		
	4　どちらかといえばそう思う	446	39.02		
	5　そう思う	213	18.64		
	6　強くそう思う	34	2.97		
	合計	1,143	100.00	3.57	1.23
	無回答	17			
Q23A_7　私は裁判員に選ばれたとしても、人を裁く自信がない	1　全くそう思わない	48	4.4		
	2　そう思わない	135	12.2		
	3　どちらかといえばそう思わない	182	16.5		
	4　どちらかといえばそう思う	317	28.7		
	5　そう思う	222	20.1		
	6　強くそう思う	199	18.0		
	合計	1,103	100.0	4.02[n.s.]	1.40
	無回答	6			
参考：第1波調査					
Q23_7　私は裁判員に選ばれたとしても、人を裁く自信がない	1　全くそう思わない	29	2.52		
	2　そう思わない	118	10.24		
	3　どちらかといえばそう思わない	195	16.93		
	4　どちらかといえばそう思う	348	30.21		
	5　そう思う	274	23.78		
	6　強くそう思う	188	16.32		
	合計	1,152	100.00	4.11	1.30
	無回答	8			

表－21　裁判員に選ばれた場合の自己認識（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q23A_8　社会の注目を浴びた事件だと、私はプレッシャーに耐えられない	1　全くそう思わない	60	5.4		
	2　そう思わない	144	13.1		
	3　どちらかといえばそう思わない	195	17.7		
	4　どちらかといえばそう思う	273	24.8		
	5　そう思う	216	19.6		
	6　強くそう思う	214	19.4		
	合計	1,102	100.0	3.98[n.s.]	1.47
	無回答	7			
参考：第１波調査					
Q23_8　社会の注目を浴びた事件だと、私はプレッシャーに耐えられない	1　全くそう思わない	45	3.91		
	2　そう思わない	147	12.76		
	3　どちらかといえばそう思わない	219	19.01		
	4　どちらかといえばそう思う	328	28.47		
	5　そう思う	217	18.84		
	6　強くそう思う	196	17.01		
	合計	1,152	100.00	3.97	1.39
	無回答	8			

17. 裁判員に選ばれた場合の自己認識（２）

Q23B_1、Q23B_2_1、Q23B_2_2では、裁判員として記者会見を求められた場合の自己認識を特に尋ねている。世間の耳目を集めた事件についての判決後の裁判員に対する記者会見のあり方が関心を呼んでいるので第２波調査で新たに入れられた設問である。結果については表－22を参照されたい。

表－22　裁判員と記者会見

あなたが裁判員になったとして、次の質問にお答えください。

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q23B_1　判決が出た後、記者会見を求められたら応じますか。(○は１つ)	1　応じない	594	53.76		
	2　たぶん応じない	320	28.96		
	3　どちらともいえない	130	11.76		
	4　たぶん応じる	46	4.16		
	5　応じる	15	1.36		
	合計	1,105	100.00	1.70	0.93
	無回答	4			
Q23B_2_1　記者会見に出席することになった場合、撮影することに応じますか。(○は１つ)	1　応じない	743	67.30		
	2　たぶん応じない	254	23.01		
	3　どちらともいえない	75	6.79		
	4　たぶん応じる	23	2.08		
	5　応じる	9	0.82		
	合計	1,104	100.00	1.46	0.78
	無回答	5			

表－22　裁判員と記者会見（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q23B_2_2　記者会見に出席することになった場合、氏名を公表することに応じますか。(○は1つ)	1　応じない	817	73.94		
	2　たぶん応じない	212	19.19		
	3　どちらともいえない	49	4.43		
	4　たぶん応じる	15	1.36		
	5　応じる	12	1.09		
	合計	1,105	100.00	1.36	0.73
	無回答	4			

18. 守秘義務について

裁判員の守秘義務については法律家の間でもまたマスコミにおいてもしばしば取り上げられており、守秘義務を緩和すべきであるという意見も多い。それで、第２波調査では、新しい設問（Q23C）として、評議の守秘義務について尋ねた。結果については表－23を参照されたい。

表－23　裁判員の守秘義務について

あなたが裁判員になったとして、次の質問にお答えください。

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q23C　裁判員になった人は判決後も、評議の内容を人に言うことは現在の法律では禁じられていますが、「評議の内容について自由に話せるようにすべきだ」という意見について賛成ですか、反対ですか。(○は1つ)	1　反対	230	20.83		
	2　どちらかといえば反対	230	20.83		
	3　どちらともいえない	410	37.14		
	4　どちらかといえば賛成	174	15.76		
	5　賛成	60	5.43		
	合計	1,104	100.00	2.64	1.14
	無回答	5			

19. 回答者自身の、裁判員による裁判の選好

Q24は、回答者自身が身に覚えのない犯罪で刑事被告人にされたという仮想的な場合の、職業裁判官による裁判を選好するか、裁判員による裁判を選好するかを尋ねている。この点は、国民が裁判員制度を支持するかどうかにとって決定的に重要な点であると思われる（表－24参照）。

表－24　被調査者自身の裁判員による裁判の選好

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q24　あなたが身に覚えのない犯罪を犯したとして、裁判にかけられたとします。もし選べるとしたらあなたは裁判員による裁判と職業裁判官のみの裁判のどちらを選びますか。(○は１つ)	1　裁判員による裁判	63	5.70		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	168	15.19		
	3　どちらともいえない	528	47.74		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	224	20.25		
	5　職業裁判官のみの裁判	123	11.12		
	合計	1,106	100.00	3.16**	1.00
	無回答	3			
参考：第１波調査					
Q24　あなたが身に覚えのない犯罪を犯したとして、裁判にかけられたとします。もし選べるとしたらあなたは裁判員による裁判と職業裁判官のみの裁判のどちらを選びますか。(○は１つ)	1　裁判員による裁判	39	3.39		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	111	9.66		
	3　どちらともいえない	599	52.13		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	257	22.37		
	5　職業裁判官のみの裁判	143	12.45		
	合計	1,149	100.00	3.31	0.93
	無回答	11			

20. 政治参加と他の社会活動への参加

Q25_1から Q25_3、Q26の設問群では裁判員制度への参加の積極性と関係すると予測される変数として、政治参加と他の社会活動への参加を取り上げた。これらはシヴィック・パワーに関わる質問である（表－25参照）。

表－25　政治参加と他の社会活動への参加

あなたは日頃、次のような活動を行っていますか。以下の(1)から(3)のそれぞれについてお答えください。(それぞれ○は１つずつ)

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q25_1　自治会や町内会などの活動	1　参加していない	436	39.56		
	2　参加することもある	224	20.33		
	3　時々参加している	190	17.24		
	4　参加している	222	20.15		
	5　熱心に参加している	30	2.72		
	合計	1,102	100.00	2.26n.s.	1.25
	無回答	7			

表－25　政治参加と他の社会活動への参加（続）

参考：第1波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q25_1　自治会や町内会などの活動	1　参加していない	424	36.74		
	2　参加することもある	240	20.80		
	3　時々参加している	219	18.98		
	4　参加している	232	20.10		
	5　熱心に参加している	39	3.38		
	合計	1,154	100.00	2.33	1.25
	無回答	6			
Q25_2　ボランティア活動	1　参加していない	743	67.61		
	2　参加することもある	153	13.92		
	3　時々参加している	118	10.74		
	4　参加している	67	6.10		
	5　熱心に参加している	18	1.64		
	合計	1,099	100.00	1.60[n.s.]	1.01
	無回答	10			
参考：第1波調査					
Q25_2　ボランティア活動	1　参加していない	755	65.77		
	2　参加することもある	205	17.86		
	3　時々参加している	97	8.45		
	4　参加している	67	5.84		
	5　熱心に参加している	24	2.09		
	合計	1,148	100.00	1.61	1.01
	無回答	12			
Q25_3　NGO や NPO の活動	1　参加していない	992	90.84		
	2　参加することもある	58	5.31		
	3　時々参加している	19	1.74		
	4　参加している	15	1.37		
	5　熱心に参加している	8	0.73		
	合計	1,092	100.00	1.16[n.s.]	0.58
	無回答	17			
参考：第1波調査					
Q25_3　NGO や NPO の活動	1　参加していない	1,053	92.29		
	2　参加することもある	49	4.29		
	3　時々参加している	22	1.93		
	4　参加している	12	1.05		
	5　熱心に参加している	5	0.44		
	合計	1,141	100.00	1.13	0.52
	無回答	19			

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q26　あなたは選挙（国や都道府県、市町村など）の投票に行っていますか。(○は1つ)	1　めったに行かない	64	5.79		
	2　時々行く	60	5.42		
	3　行ったり行かなかったり	144	13.02		
	4　どちらかといえば行く	195	17.63		
	5　ほぼ必ず行く	643	58.14		
	合計	1,106	100.00	4.17[n.s.]	1.19
	無回答	3			

表－25　政治参加と他の社会活動への参加（続）

参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Q26　あなたは選挙（国や都道府県、市町村など）の投票に行っていますか。(○は１つ)	1　めったに行かない	84	7.27		
	2　時々行く	52	4.50		
	3　行ったり行かなかったり	129	11.17		
	4　どちらかといえば行く	204	17.66		
	5　ほぼ必ず行く	686	59.39		
	合計	1,155	100.00	4.17	1.23
	無回答	5			

21. シナリオ実験

問27は、裁判員による裁判のプロセスを小話で示したいわゆるシナリオ実験である。シナリオの事例は、第１波調査と同じく現住建造物放火事件であるが、第１波との共通点はそれだけであって、問題関心、シナリオの構成、操作された要因は全く異なる(14)。

小話の中で操作された要因は、１つはどういうタイプの鑑定か（４水準）であり、公判の進行の各段階で、裁判の公正さ、鑑定内容の信用性などを評価してもらった(Q27_1から Q27_11)(15)。もうひとつの要因は、評議の段階で初めて現れる、評議の多数決の程度（有罪とする者が圧倒的多数かぎりぎり過半数か。すなわち２水準である）であり、評議の結果が回答者に示され、有罪の条件はどうあるべきかなどが尋ねられている（Q27_13、Q27_14、Q27_15)。

なお、小話は付録に掲載してある(16)。付録で設問が挿入されている位置も確認することができる。

問27で操作した要因計画を表で示すと、表－26のようになる。それぞれの実験条件についての統計量、度数分布は表－27の通りである。

表－26　問27の要因計画

ヴァージョン	鑑定	多数決
A	統制群（弁護側の私鑑定）	圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）
B	統制群（弁護側の私鑑定）	ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）
C	裁判所が命じた正式鑑定のケース	圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）
D	裁判所が命じた正式鑑定のケース	ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）
E	鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）	圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）
F	鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）	ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）
G	党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）	圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）
H	党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）	ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）

表－27　シナリオ実験

		度数(人)	%
実験計画	A：統制群（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	142	12.80
	B：統制群（弁護側の私鑑定）/ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	134	12.08
	C：裁判所が命じた正式鑑定のケース/圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	127	11.45
	D：裁判所が命じた正式鑑定のケース/ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	140	12.62
	E：鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	141	12.71
	F：鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定)/ぎりぎり多数(5名有罪、4名無罪）	137	12.35
	G：党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	141	12.71
	H：党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定)/ぎりぎり多数(5名有罪、4名無罪）	147	13.26
	合計	1,109	100.00

以下の文章は、裁判員による裁判が行われた、ある放火事件についてです。文章を読んで質問にお答えください。

Q27new_1　心理学者 Q 教授は誰に依頼されて鑑定を行ったのですか。(○は 1 つ)

質問文	選択肢	度数(人)	%
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　裁判所	5	3.60
	2　検察側	2	1.44
	3　弁護側	120	86.33
	4　わからない	12	8.63
	合計	139	100.00
	無回答	3	
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定)/ぎりぎり多数(5名有罪、4名無罪）	1　裁判所	4	3.01
	2　検察側	6	4.51
	3　弁護側	115	86.47
	4　わからない	8	6.02
	合計	133	100.00
	無回答	1	
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース/圧倒的多数(8名有罪、1名無罪）	1　裁判所	70	55.56
	2　検察側	3	2.38
	3　弁護側	40	31.75
	4　わからない	13	10.32
	合計	126	100.00
	無回答	1	

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　裁判所	77	55.00
	2　検察側	5	3.57
	3　弁護側	45	32.14
	4　わからない	13	9.29
	合計	140	100.00
	無回答		
E ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　裁判所	1	0.71
	2　検察側	4	2.84
	3　弁護側	120	85.11
	4　わからない	16	11.35
	合計	141	100.00
	無回答		
F ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　裁判所	1	0.74
	2　検察側	3	2.21
	3　弁護側	122	89.71
	4　わからない	10	7.35
	合計	136	100.00
	無回答	1	
G ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　裁判所	1	0.71
	2　検察側	2	1.43
	3　弁護側	124	88.57
	4　わからない	13	9.29
	合計	140	100.00
	無回答	1	
H ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　裁判所	1	0.68
	2　検察側	3	2.04
	3　弁護側	132	89.80
	4　わからない	11	7.48
	合計	147	100.00
	無回答		

Q27new_2　裁判員は、被告人が有罪か無罪かを決めるのですか。（○は１つ）

質問文	選択肢	度数(人)	%
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　はい	81	58.27
	2　いいえ	33	23.74
	3　わからない	25	17.99
	合計	139	100.00
	無回答	3	
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　はい	73	54.89
	2　いいえ	34	25.56
	3　わからない	26	19.55
	合計	133	100.00
	無回答	1	

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数(8名有罪、1名無罪)	1　はい	63	50.00
	2　いいえ	40	31.75
	3　わからない	23	18.25
	合計	126	100.00
	無回答	1	
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　はい	80	57.14
	2　いいえ	36	25.71
	3　わからない	24	17.14
	合計	140	100.00
	無回答	0	
E ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　はい	76	53.90
	2　いいえ	41	29.08
	3　わからない	24	17.02
	合計	141	100.00
	無回答	0	
F ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数(5名有罪、4名無罪)	1　はい	78	57.35
	2　いいえ	41	30.15
	3　わからない	17	12.50
	合計	136	100.00
	無回答	1	
G ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数(8名有罪、1名無罪)	1　はい	81	57.45
	2　いいえ	37	26.24
	3　わからない	23	16.31
	合計	141	100.00
	無回答	0	
H ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　はい	97	65.99
	2　いいえ	29	19.73
	3　わからない	21	14.29
	合計	147	100.00
	無回答		

Q27new_3　裁判員は、被告人が有罪か無罪かを決めるのですか。(○は１つ)

質問文	選択肢	度数(人)	%
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　はい	96	69.06
	2　いいえ	19	13.67
	3　わからない	24	17.27
	合計	139	100.00
	無回答	3	
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数(5名有罪、4名無罪)	1　はい	89	66.92
	2　いいえ	20	15.04
	3　わからない	24	18.05
	合計	133	100.00
	無回答	1	

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　はい	74	58.73
	2　いいえ	26	20.63
	3　わからない	26	20.63
	合計	126	100.00
	無回答	1	
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　はい	100	71.43
	2　いいえ	17	12.14
	3　わからない	23	16.43
	合計	140	100.00
	無回答	0	
E ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　はい	88	62.41
	2　いいえ	24	17.02
	3　わからない	29	20.57
	合計	141	100.00
	無回答		
F ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　はい	99	72.79
	2　いいえ	21	15.44
	3　わからない	16	11.76
	合計	136	100.00
	無回答	1	
G ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　はい	95	67.38
	2　いいえ	23	16.31
	3　わからない	23	16.31
	合計	141	100.00
	無回答	0	
H ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　はい	106	72.11
	2　いいえ	20	13.61
	3　わからない	21	14.29
	合計	147	100.00
	無回答	0	

Q27new_4　これまでのところで、裁判員にとってこの裁判が分かりやすく進んでいると思いますか。（○は１つ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　分かりにくい	8	5.76		
	2　どちらかといえば分かりにくい	27	19.42		
	3　どちらともいえない	49	35.25		
	4　どちらかといえば分かりやすい	46	33.09		
	5　分かりやすい	9	6.47		
	合計	139	100.00	3.15	1.00
	無回答	3			

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　分かりにくい	12	9.02		
	2　どちらかといえば分かりにくい	19	14.29		
	3　どちらともいえない	47	35.34		
	4　どちらかといえば分かりやすい	46	34.59		
	5　分かりやすい	9	6.77		
	合計	133	100.00	3.16	1.05
	無回答	1			
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　分かりにくい	7	5.56		
	2　どちらかといえば分かりにくい	26	20.63		
	3　どちらともいえない	41	32.54		
	4　どちらかといえば分かりやすい	41	32.54		
	5　分かりやすい	11	8.73		
	合計	126	100.00	3.18	1.04
	無回答	1			
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　分かりにくい	8	5.71		
	2　どちらかといえば分かりにくい	22	15.71		
	3　どちらともいえない	43	30.71		
	4　どちらかといえば分かりやすい	55	39.29		
	5　分かりやすい	12	8.57		
	合計	140	100.00	3.29	1.02
	無回答	0			
E ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　分かりにくい	8	5.67		
	2　どちらかといえば分かりにくい	27	19.15		
	3　どちらともいえない	55	39.01		
	4　どちらかといえば分かりやすい	44	31.21		
	5　分かりやすい	7	4.96		
	合計	141	100.00	3.11	0.96
	無回答	0			
F ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　分かりにくい	9	6.67		
	2　どちらかといえば分かりにくい	22	16.30		
	3　どちらともいえない	42	31.11		
	4　どちらかといえば分かりやすい	57	42.22		
	5　分かりやすい	5	3.70		
	合計	135	100.00	3.20	0.98
	無回答	2			
G ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　分かりにくい	11	8.03		
	2　どちらかといえば分かりにくい	28	20.44		
	3　どちらともいえない	38	27.74		
	4　どちらかといえば分かりやすい	44	32.12		
	5　分かりやすい	16	11.68		
	合計	137	100.00	3.19	1.14
	無回答	4			

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
H ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　分かりにくい	7	4.8		
	2　どちらかといえば分かりにくい	30	20.4		
	3　どちらともいえない	48	32.7		
	4　どちらかといえば分かりやすい	55	37.4		
	5　分かりやすい	7	4.8		
	合計	147	100.0	3.17	0.97
	無回答	0			

Q27new_5　あなたはこれまでのところで、この裁判は公正に進んでいると思いますか。（○は１つ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　公正に進んでいない	4	2.90		
	2　どちらかといえば公正に進んでいない	20	14.49		
	3　どちらともいえない	58	42.03		
	4　どちらかといえば公正に進んでいる	47	34.06		
	5　公正に進んでいる	9	6.52		
	合計	138	100.00	3.27	0.89
	無回答	4			
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　公正に進んでいない	6	4.55		
	2　どちらかといえば公正に進んでいない	14	10.61		
	3　どちらともいえない	61	46.21		
	4　どちらかといえば公正に進んでいる	42	31.82		
	5　公正に進んでいる	9	6.82		
	合計	132	100.00	3.26	0.91
	無回答	2			
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　公正に進んでいない	5	3.97		
	2　どちらかといえば公正に進んでいない	23	18.25		
	3　どちらともいえない	43	34.13		
	4　どちらかといえば公正に進んでいる	48	38.10		
	5　公正に進んでいる	7	5.56		
	合計	126	100.00	3.23	0.95
	無回答	1			
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　公正に進んでいない	8	5.71		
	2　どちらかといえば公正に進んでいない	32	22.86		
	3　どちらともいえない	49	35.00		
	4　どちらかといえば公正に進んでいる	42	30.00		
	5　公正に進んでいる	9	6.43		
	合計	140	100.00	3.09	1.01
	無回答	0			

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Eヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　公正に進んでいない	5	3.55		
	2　どちらかといえば公正に進んでいない	26	18.44		
	3　どちらともいえない	63	44.68		
	4　どちらかといえば公正に進んでいる	41	29.08		
	5　公正に進んでいる	6	4.26		
	合計	141	100.00	3.12	0.88
	無回答	0			
Fヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ぎりぎり多数(5名有罪、4名無罪)	1　公正に進んでいない	9	6.67		
	2　どちらかといえば公正に進んでいない	19	14.07		
	3　どちらともいえない	55	40.74		
	4　どちらかといえば公正に進んでいる	45	33.33		
	5　公正に進んでいる	7	5.19		
	合計	135	100.00	3.16	0.96
	無回答	2			
Gヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数(8名有罪、1名無罪)	1　公正に進んでいない	7	5.15		
	2　どちらかといえば公正に進んでいない	23	16.91		
	3　どちらともいえない	47	34.56		
	4　どちらかといえば公正に進んでいる	47	34.56		
	5　公正に進んでいる	12	8.82		
	合計	136	100.00	3.25	1.01
	無回答	5			
Hヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　公正に進んでいない	8	5.44		
	2　どちらかといえば公正に進んでいない	24	16.33		
	3　どちらともいえない	60	40.82		
	4　どちらかといえば公正に進んでいる	47	31.97		
	5　公正に進んでいる	8	5.44		
	合計	147	100.00	3.16	0.95
	無回答				

表－27　シナリオ実験（続）

Q27new_6　あなたは、被告人Ａの主張と検察側の主張とでは、どちらの方がもっともらしいと思いますか。（○は１つ）

質問文	選択肢	度数（人）	%	平均値	標準偏差
Ａヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　被告人Ａの主張の方がもっともらしい	1	0.72		
	2　どちらかといえば被告人Ａの主張の方がもっともらしい	10	7.19		
	3　どちらともいえない	79	56.83		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	45	32.37		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	4	2.88		
	合計	139	100.00	3.29	0.68
	無回答	3			
Ｂヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　被告人Ａの主張の方がもっともらしい	3	2.26		
	2　どちらかといえば被告人Ａの主張の方がもっともらしい	6	4.51		
	3　どちらともいえない	89	66.92		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	30	22.56		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	5	3.76		
	合計	133	100.00	3.21	0.69
	無回答	1			
Ｃヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　被告人Ａの主張の方がもっともらしい	0	0.00		
	2　どちらかといえば被告人Ａの主張の方がもっともらしい	15	11.90		
	3　どちらともいえない	84	66.67		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	24	19.05		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	3	2.38		
	合計	126	100.00	3.12	0.63
	無回答	1			
Ｄヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　被告人Ａの主張の方がもっともらしい	2	1.43		
	2　どちらかといえば被告人Ａの主張の方がもっともらしい	18	12.86		
	3　どちらともいえない	80	57.14		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	37	26.43		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	3	2.14		
	合計	140	100.00	3.15	0.72
	無回答	0			

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Eヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　被告人Aの主張の方がもっともらしい	1	0.71		
	2　どちらかといえば被告人Aの主張の方がもっともらしい	12	8.51		
	3　どちらともいえない	79	56.03		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	47	33.33		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	2	1.42		
	合計	141	100.00	3.26	0.66
	無回答	0			
Fヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　被告人Aの主張の方がもっともらしい	1	0.75		
	2　どちらかといえば被告人Aの主張の方がもっともらしい	16	11.94		
	3　どちらともいえない	72	53.73		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	41	30.60		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	4	2.99		
	合計	134	100.00	3.23	0.73
	無回答	3			
Gヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　被告人Aの主張の方がもっともらしい	1	0.74		
	2　どちらかといえば被告人Aの主張の方がもっともらしい	13	9.56		
	3　どちらともいえない	66	48.53		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	49	36.03		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	7	5.15		
	合計	136	100.00	3.35	0.76
	無回答	5			
Hヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　被告人Aの主張の方がもっともらしい	0	0.00		
	2　どちらかといえば被告人Aの主張の方がもっともらしい	13	8.90		
	3　どちらともいえない	82	56.16		
	4　どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	45	30.82		
	5　検察側の主張の方がもっともらしい	6	4.11		
	合計	146	100.00	3.30	0.69
	無回答	1			

表－27　シナリオ実験（続）

Q27new_7　心理学者 Q 教授の鑑定内容は信用できると思いますか。（○は１つ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　信用できない	1	0.71		
	2　どちらかといえば信用できない	25	17.86		
	3　どちらともいえない	87	62.14		
	4　どちらかといえば信用できる	26	18.57		
	5　信用できる	1	0.71		
	合計	140	100.00	3.01	0.65
	無回答	2			
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　信用できない	3	2.27		
	2　どちらかといえば信用できない	16	12.12		
	3　どちらともいえない	79	59.85		
	4　どちらかといえば信用できる	30	22.73		
	5　信用できる	4	3.03		
	合計	132	100.00	3.12	0.74
	無回答	2			
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　信用できない	4	3.17		
	2　どちらかといえば信用できない	18	14.29		
	3　どちらともいえない	76	60.32		
	4　どちらかといえば信用できる	23	18.25		
	5　信用できる	5	3.97		
	合計	126	100.00	3.06	0.78
	無回答	1			
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　信用できない	4	2.86		
	2　どちらかといえば信用できない	20	14.29		
	3　どちらともいえない	72	51.43		
	4　どちらかといえば信用できる	41	29.29		
	5　信用できる	3	2.14		
	合計	140	100.00	3.14	0.79
	無回答	0			
E ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　信用できない	1	0.72		
	2　どちらかといえば信用できない	19	13.67		
	3　どちらともいえない	80	57.55		
	4　どちらかといえば信用できる	35	25.18		
	5　信用できる	4	2.88		
	合計	139	100.00	3.16	0.72
	無回答	2			
F ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　信用できない	3	2.22		
	2　どちらかといえば信用できない	18	13.33		
	3　どちらともいえない	85	62.96		
	4　どちらかといえば信用できる	28	20.74		
	5　信用できる	1	0.74		
	合計	135	100.00	3.04	0.68
	無回答	2			

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
G ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数(8名有罪、1名無罪)	1　信用できない	5	3.62		
	2　どちらかといえば信用できない	33	23.91		
	3　どちらともいえない	75	54.35		
	4　どちらかといえば信用できる	23	16.67		
	5　信用できる	2	1.45		
	合計	138	100.00	2.88	0.77
	無回答	3			
H ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　信用できない	4	2.74		
	2　どちらかといえば信用できない	33	22.60		
	3　どちらともいえない	86	58.90		
	4　どちらかといえば信用できる	22	15.07		
	5　信用できる	1	0.68		
	合計	146	100.00	2.88	0.71
	無回答	1			

Q27new_8　心理学者 Q 教授は信用できる人物だと思いますか。(○は 1 つ)

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　信用できない人物である	1	0.71		
	2　どちらかといえば信用できない人物である	7	5.00		
	3　どちらともいえない	106	75.71		
	4　どちらかといえば信用できる人物である	25	17.86		
	5　信用できる人物である	1	0.71		
	合計	140	100.00	3.13	0.52
	無回答	2			
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　信用できない人物である	2	1.53		
	2　どちらかといえば信用できない人物である	7	5.34		
	3　どちらともいえない	92	70.23		
	4　どちらかといえば信用できる人物である	27	20.61		
	5　信用できる人物である	3	2.29		
	合計	131	100.00	3.17	0.62
	無回答	3			
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数(8名有罪、1名無罪)	1　信用できない人物である	3	2.38		
	2　どちらかといえば信用できない人物である	9	7.14		
	3　どちらともいえない	86	68.25		
	4　どちらかといえば信用できる人物である	25	19.84		
	5　信用できる人物である	3	2.38		
	合計	126	100.00	3.13	0.67
	無回答	1			

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Dヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース／ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　信用できない人物である	1	0.72		
	2　どちらかといえば信用できない人物である	11	7.91		
	3　どちらともいえない	86	61.87		
	4　どちらかといえば信用できる人物である	36	25.90		
	5　信用できる人物である	5	3.60		
	合計	139	100.00	3.24	0.68
	無回答	1			
Eヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）／圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　信用できない人物である	1	0.71		
	2　どちらかといえば信用できない人物である	13	9.22		
	3　どちらともいえない	84	59.57		
	4　どちらかといえば信用できる人物である	39	27.66		
	5　信用できる人物である	4	2.84		
	合計	141	100.00	3.23	0.68
	無回答	0			
Fヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）／ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　信用できない人物である	2	1.48		
	2　どちらかといえば信用できない人物である	17	12.59		
	3　どちらともいえない	86	63.70		
	4　どちらかといえば信用できる人物である	27	20.00		
	5　信用できる人物である	3	2.22		
	合計	135	100.00	3.09	0.69
	無回答	2			
Gヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）／圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　信用できない人物である	3	2.17		
	2　どちらかといえば信用できない人物である	26	18.84		
	3　どちらともいえない	83	60.14		
	4　どちらかといえば信用できる人物である	23	16.67		
	5　信用できる人物である	3	2.17		
	合計	138	100.00	2.98	0.73
	無回答	3			
Hヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）／ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　信用できない人物である	2	1.37		
	2　どちらかといえば信用できない人物である	25	17.12		
	3　どちらともいえない	97	66.44		
	4　どちらかといえば信用できる人物である	22	15.07		
	5　信用できる人物である	0	0.00		
	合計	146	100.00	2.95	0.61
	無回答	1			

表－27　シナリオ実験（続）

Q27new_9　心理学者 Q 教授はどの程度中立的な人物だと感じられますか。（○は 1 つ）

質問文	選択肢	度数（人）	%	平均値	標準偏差
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（8 名有罪、1 名無罪）	1　弁護側に強く味方している	3	2.21		
	2　弁護側に味方している	18	13.24		
	3　弁護側にやや味方している	51	37.50		
	4　どちらかといえば中立的である	60	44.12		
	5　検察側にやや味方している	4	2.94		
	6　検察側に味方している	0	0.00		
	7　検察側に強く味方している	0	0.00		
	合計	136	100.00	3.32	0.82
	無回答	6			
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（5 名有罪、4 名無罪）	1　弁護側に強く味方している	4	3.15		
	2　弁護側に味方している	15	11.81		
	3　弁護側にやや味方している	36	28.35		
	4　どちらかといえば中立的である	67	52.76		
	5　検察側にやや味方している	5	3.94		
	6　検察側に味方している	0	0.00		
	7　検察側に強く味方している	0	0.00		
	合計	127	100.00	3.43	0.87
	無回答	7			
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数（8 名有罪、1 名無罪）	1　弁護側に強く味方している	4	3.23		
	2　弁護側に味方している	12	9.68		
	3　弁護側にやや味方している	44	35.48		
	4　どちらかといえば中立的である	60	48.39		
	5　検察側にやや味方している	4	3.23		
	6　検察側に味方している	0	0.00		
	7　検察側に強く味方している	0	0.00		
	合計	124	100.00	3.39	0.83
	無回答	3			
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（5 名有罪、4 名無罪）	1　弁護側に強く味方している	1	0.71		
	2　弁護側に味方している	13	9.29		
	3　弁護側にやや味方している	41	29.29		
	4　どちらかといえば中立的である	79	56.43		
	5　検察側にやや味方している	5	3.57		
	6　検察側に味方している	1	0.71		
	7　検察側に強く味方している	0	0.00		
	合計	140	100.00	3.55	0.77
	無回答	0			
E ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（8 名有罪、1 名無罪）	1　弁護側に強く味方している	3	2.14		
	2　弁護側に味方している	16	11.43		
	3　弁護側にやや味方している	51	36.43		
	4　どちらかといえば中立的である	66	47.14		
	5　検察側にやや味方している	4	2.86		
	6　検察側に味方している	0	0.00		
	7　検察側に強く味方している	0	0.00		
	合計	140	100.00	3.37	0.81
	無回答	1			

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Fヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ぎりぎり多数(5名有罪、4名無罪)	1 弁護側に強く味方している	3	2.33		
	2 弁護側に味方している	21	16.28		
	3 弁護側にやや味方している	48	37.21		
	4 どちらかといえば中立的である	51	39.53		
	5 検察側にやや味方している	5	3.88		
	6 検察側に味方している	1	0.78		
	7 検察側に強く味方している	0	0.00		
	合計	129	100.00	3.29	0.89
	無回答	8			
Gヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数(8名有罪、1名無罪)	1 弁護側に強く味方している	11	8.09		
	2 弁護側に味方している	27	19.85		
	3 弁護側にやや味方している	61	44.85		
	4 どちらかといえば中立的である	32	23.53		
	5 検察側にやや味方している	4	2.94		
	6 検察側に味方している	0	0.00		
	7 検察側に強く味方している	1	0.74		
	合計	136	100.00	2.96	1.00
	無回答	5			
Hヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1 弁護側に強く味方している	11	7.59		
	2 弁護側に味方している	21	14.48		
	3 弁護側にやや味方している	71	48.97		
	4 どちらかといえば中立的である	35	24.14		
	5 検察側にやや味方している	5	3.45		
	6 検察側に味方している	2	1.38		
	7 検察側に強く味方している	0	0.00		
	合計	145	100.00	3.06	0.98
	無回答	2			
Q27new_10　この事件で心理学者Q教授の鑑定は必要だったと思いますか。(○は1つ)					
質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1 必要なかった	9	6.43		
	2 どちらかといえば必要なかった	35	25.00		
	3 どちらともいえない	46	32.86		
	4 どちらかといえば必要だった	44	31.43		
	5 必要だった	6	4.29		
	合計	140	100.00	3.02	1.00
	無回答	2			
Bヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ぎりぎり多数(5名有罪、4名無罪)	1 必要なかった	8	6.02		
	2 どちらかといえば必要なかった	15	11.28		
	3 どちらともいえない	63	47.37		
	4 どちらかといえば必要だった	29	21.80		
	5 必要だった	18	13.53		
	合計	133	100.00	3.26	1.03
	無回答	1			

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数(8名有罪、1名無罪)	1　必要なかった	9	7.14		
	2　どちらかといえば必要なかった	24	19.05		
	3　どちらともいえない	43	34.13		
	4　どちらかといえば必要だった	39	30.95		
	5　必要だった	11	8.73		
	合計	126	100.00	3.15	1.06
	無回答	1			
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　必要なかった	6	4.29		
	2　どちらかといえば必要なかった	25	17.86		
	3　どちらともいえない	49	35.00		
	4　どちらかといえば必要だった	49	35.00		
	5　必要だった	11	7.86		
	合計	140	100.00	3.24	0.98
	無回答	0			
E ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　必要なかった	4	2.84		
	2　どちらかといえば必要なかった	19	13.48		
	3　どちらともいえない	59	41.84		
	4　どちらかといえば必要だった	49	34.75		
	5　必要だった	10	7.09		
	合計	141	100.00	3.30	0.89
	無回答	0			
F ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数(5名有罪、4名無罪)	1　必要なかった	5	3.70		
	2　どちらかといえば必要なかった	24	17.78		
	3　どちらともいえない	48	35.56		
	4　どちらかといえば必要だった	45	33.33		
	5　必要だった	13	9.63		
	合計	135	100.00	3.27	0.99
	無回答	2			
G ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数(8名有罪、1名無罪)	1　必要なかった	10	7.30		
	2　どちらかといえば必要なかった	34	24.80		
	3　どちらともいえない	45	32.80		
	4　どちらかといえば必要だった	35	25.50		
	5　必要だった	13	9.50		
	合計	137	100.00	3.05	1.09
	無回答	4			
H ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　必要なかった	10	6.85		
	2　どちらかといえば必要なかった	25	17.12		
	3　どちらともいえない	64	43.84		
	4　どちらかといえば必要だった	37	25.34		
	5　必要だった	10	6.85		
	合計	146	100.00	3.08	0.99
	無回答	1			

表－27　シナリオ実験（続）

Q27new_11　あなたなら、A を有罪としますか、無罪としますか。（○は１つ）

質問文	選択肢	度数(人)	%
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　有罪	37	27.01
	2　無罪	8	5.84
	3　わからない	92	67.15
	合計	137	100.00
	無回答	5	
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　有罪	22	16.67
	2　無罪	15	11.36
	3　わからない	95	71.97
	合計	132	100.00
	無回答	2	
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　有罪	37	29.13
	2　無罪	13	10.24
	3　わからない	77	60.63
	合計	127	100.00
	無回答		
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　有罪	35	25.00
	2　無罪	17	12.14
	3　わからない	88	62.86
	合計	140	100.00
	無回答	0	
E ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　有罪	37	26.24
	2　無罪	7	4.96
	3　わからない	97	68.79
	合計	141	100.00
	無回答	0	
F ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　有罪	39	28.68
	2　無罪	17	12.50
	3　わからない	80	58.82
	合計	136	100.00
	無回答	1	
G ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　有罪	45	32.85
	2　無罪	12	8.76
	3　わからない	80	58.39
	合計	137	100.00
	無回答	4	
H ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　有罪	40	27.40
	2　無罪	11	7.53
	3　わからない	95	65.07
	合計	146	100.00
	無回答	1	

表－27　シナリオ実験（続）

Q27new_12　裁判員としてあなたは、この事件では何年の刑が適当だと思いますか。（○は１つ）

質問文	選択肢	度数（人）	%
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　５年より軽い	8	5.93
	2　５年	12	8.89
	3　６年	9	6.67
	4　７年	11	8.15
	5　８年	18	13.33
	6　９年	3	2.22
	7　10年	45	33.33
	8　10年より重い	18	13.33
	9　その他	11	8.15
	合計	135	100.00
	無回答	7	
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　５年より軽い	8	6.20
	2　５年	21	16.28
	3　６年	9	6.98
	4　７年	15	11.63
	5　８年	17	13.18
	6　９年	0	0.00
	7　10年	41	31.78
	8　10年より重い	8	6.20
	9　その他	10	7.75
	合計	129	100.00
	無回答	5	
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　５年より軽い	7	5.79
	2　５年	11	9.09
	3　６年	3	2.48
	4　７年	10	8.26
	5　８年	19	15.70
	6　９年	7	5.79
	7　10年	44	36.36
	8　10年より重い	12	9.92
	9　その他	8	6.61
	合計	121	100.00
	無回答	6	
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　５年より軽い	15	11.54
	2　５年	17	13.08
	3　６年	6	4.62
	4　７年	14	10.77
	5　８年	22	16.92
	6　９年	0	0.00
	7　10年	40	30.77
	8　10年より重い	8	6.15
	9　その他	8	6.15
	合計	130	100.00
	無回答	10	

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%
Ｅヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）／圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　５年より軽い	4	3.01
	2　５年	19	14.29
	3　６年	3	2.26
	4　７年	9	6.77
	5　８年	14	10.53
	6　９年	6	4.51
	7　10年	56	42.11
	8　10年より重い	14	10.53
	9　その他	8	6.02
	合計	133	100.00
	無回答	8	
Ｆヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）／ぎりぎり多数(５名有罪、４名無罪)	1　５年より軽い	13	9.77
	2　５年	19	14.29
	3　６年	7	5.26
	4　７年	10	7.52
	5　８年	22	16.54
	6　９年	0	0.00
	7　10年	38	28.57
	8　10年より重い	11	8.27
	9　その他	13	9.77
	合計	133	100.00
	無回答	4	
Ｇヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）／圧倒的多数(８名有罪、１名無罪)	1　５年より軽い	12	8.96
	2　５年	18	13.43
	3　６年	7	5.22
	4　７年	6	4.48
	5　８年	19	14.18
	6　９年	5	3.73
	7　10年	49	36.57
	8　10年より重い	14	10.45
	9　その他	4	2.99
	合計	134	100.00
	無回答	7	
Ｈヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）／ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　５年より軽い	13	9.22
	2　５年	19	13.48
	3　６年	2	1.42
	4　７年	13	9.22
	5　８年	22	15.60
	6　９年	0	0.00
	7　10年	45	31.91
	8　10年より重い	16	11.35
	9　その他	11	7.80
	合計	141	100.00
	無回答	6	

表－27　シナリオ実験（続）

Q27new_13　このような多数決のやり方について、あなたはどう思いますか。もっとも好ましいと思うものを1つ選んでください。（○は１つ）

質問文	選択肢	度数(人)	%
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　単純過半数	2	1.45
	2　現在のままでよい	61	44.20
	3　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で有罪の意見が過半数を占めること	49	35.51
	4　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が有罪の意見であること	13	9.42
	5　全員が有罪の意見である場合のみ	13	9.42
	合計	138	100.00
	無回答	4	
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　単純過半数	3	2.31
	2　現在のままでよい	58	44.62
	3　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で有罪の意見が過半数を占めること	53	40.77
	4　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が有罪の意見であること	9	6.92
	5　全員が有罪の意見である場合のみ	7	5.38
	合計	130	100.00
	無回答	4	
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　単純過半数	6	4.80
	2　現在のままでよい	61	48.80
	3　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で有罪の意見が過半数を占めること	44	35.20
	4　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が有罪の意見であること	7	5.60
	5　全員が有罪の意見である場合のみ	7	5.60
	合計	125	100.00
	無回答	2	
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　単純過半数	8	5.88
	2　現在のままでよい	53	38.97
	3　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で有罪の意見が過半数を占めること	52	38.24
	4　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が有罪の意見であること	10	7.35
	5　全員が有罪の意見である場合のみ	13	9.56
	合計	136	100.00
	無回答	4	

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%
E ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　単純過半数	2	1.44
	2　現在のままでよい	53	38.13
	3　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で有罪の意見が過半数を占めること	55	39.57
	4　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が有罪の意見であること	10	7.19
	5　全員が有罪の意見である場合のみ	19	13.67
	合計	139	100.00
	無回答	2	
F ヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　単純過半数	5	3.79
	2　現在のままでよい	50	37.88
	3　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で有罪の意見が過半数を占めること	60	45.45
	4　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が有罪の意見であること	8	6.06
	5　全員が有罪の意見である場合のみ	9	6.82
	合計	132	100.00
	無回答	5	
G ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　単純過半数	3	2.21
	2　現在のままでよい	71	52.21
	3　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で有罪の意見が過半数を占めること	43	31.62
	4　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が有罪の意見であること	7	5.15
	5　全員が有罪の意見である場合のみ	12	8.82
	合計	136	100.00
	無回答	5	
H ヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　単純過半数	3	2.05
	2　現在のままでよい	68	46.58
	3　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で有罪の意見が過半数を占めること	52	35.62
	4　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が有罪の意見であること	11	7.53
	5　全員が有罪の意見である場合のみ	12	8.22
	合計	146	100.00
	無回答	1	

表－27　シナリオ実験（続）

Q27new_14 「死刑を言い渡すためには多数決では不十分である」という意見についてあなたはどう思いますか。あなたの意見に最も近いものを１つ選んでください。（○は１つ）

質問文	選択肢	度数（人）	%
A ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　現在のままでよい	41	29.71
	2　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で死刑の意見が過半数を占めること	34	24.64
	3　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が死刑の意見であること	18	13.04
	4　全員が死刑の意見である場合のみ	41	29.71
	5　その他	4	2.90
	合計	138	100.00
	無回答	4	
B ヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/ ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　現在のままでよい	43	33.08
	2　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で死刑の意見が過半数を占めること	36	27.69
	3　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が死刑の意見であること	24	18.46
	4　全員が死刑の意見である場合のみ	26	20.00
	5　その他	1	0.77
	合計	130	100.00
	無回答	4	
C ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / 圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　現在のままでよい	42	34.15
	2　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で死刑の意見が過半数を占めること	39	31.71
	3　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が死刑の意見であること	13	10.57
	4　全員が死刑の意見である場合のみ	26	21.14
	5　その他	3	2.44
	合計	123	100.00
	無回答	4	
D ヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース / ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　現在のままでよい	43	31.39
	2　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で死刑の意見が過半数を占めること	42	30.66
	3　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が死刑の意見であること	21	15.33
	4　全員が死刑の意見である場合のみ	29	21.17
	5　その他	2	1.46
	合計	137	100.00
	無回答	3	

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%
Ｅヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　現在のままでよい	36	25.90
	2　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で死刑の意見が過半数を占めること	39	28.06
	3　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が死刑の意見であること	19	13.67
	4　全員が死刑の意見である場合のみ	40	28.78
	5　その他	5	3.60
	合計	139	100.00
	無回答	2	
Ｆヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　現在のままでよい	29	22.48
	2　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で死刑の意見が過半数を占めること	37	28.68
	3　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が死刑の意見であること	32	24.81
	4　全員が死刑の意見である場合のみ	27	20.93
	5　その他	4	3.10
	合計	129	100.00
	無回答	8	
Ｇヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（８名有罪、１名無罪）	1　現在のままでよい	47	34.31
	2　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で死刑の意見が過半数を占めること	35	25.55
	3　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が死刑の意見であること	24	17.52
	4　全員が死刑の意見である場合のみ	29	21.17
	5　その他	2	1.46
	合計	137	100.00
	無回答	4	
Ｈヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）/ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　現在のままでよい	49	33.56
	2　職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で死刑の意見が過半数を占めること	45	30.82
	3　職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が死刑の意見であること	21	14.38
	4　全員が死刑の意見である場合のみ	28	19.18
	5　その他	3	2.05
	合計	146	100.00
	無回答	1	

表－27　シナリオ実験（続）

Q27new_15　あなたは被告人Aと同じような立場におかれたとしたら、裁判員による裁判と職業裁判官のみの裁判のどちらがよいと思いますか。（○は１つ）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Aヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　裁判員による裁判	3	2.17		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	17	12.32		
	3　どちらともいえない	75	54.35		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	30	21.74		
	5　職業裁判官のみの裁判	13	9.42		
	合計	138	100.00	3.24	0.87
	無回答	4			
Bヴァージョン 統制群（弁護側の私鑑定)/ぎりぎり多数(5名有罪、4名無罪）	1　裁判員による裁判	4	3.05		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	15	11.45		
	3　どちらともいえない	76	58.02		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	19	14.50		
	5　職業裁判官のみの裁判	17	12.98		
	合計	131	100.00	3.23	0.93
	無回答	3			
Cヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース/圧倒的多数(8名有罪､1名無罪)	1　裁判員による裁判	5	4.00		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	22	17.60		
	3　どちらともいえない	61	48.80		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	21	16.80		
	5　職業裁判官のみの裁判	16	12.80		
	合計	125	100.00	3.17	1.00
	無回答	2			
Dヴァージョン 裁判所が命じた正式鑑定のケース/ぎりぎり多数（5名有罪、4名無罪）	1　裁判員による裁判	10	7.19		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	17	12.23		
	3　どちらともいえない	70	50.36		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	33	23.74		
	5　職業裁判官のみの裁判	9	6.47		
	合計	139	100.00	3.10	0.95
	無回答	1			
Eヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）/圧倒的多数（8名有罪、1名無罪）	1　裁判員による裁判	6	4.26		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	23	16.31		
	3　どちらともいえない	77	54.61		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	22	15.60		
	5　職業裁判官のみの裁判	13	9.22		
	合計	141	100.00	3.09	0.93
	無回答	0			

表－27　シナリオ実験（続）

質問文	選択肢	度数(人)	%	平均値	標準偏差
Ｆヴァージョン 鑑定という言葉を使わないケース（弁護側の私鑑定）／ぎりぎり多数(５名有罪、４名無罪)	1　裁判員による裁判	9	6.67		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	14	10.37		
	3　どちらともいえない	69	51.11		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	30	22.22		
	5　職業裁判官のみの裁判	13	9.63		
	合計	135	100.00	3.18	0.98
	無回答	2			
Ｇヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）／圧倒的多数(８名有罪、１名無罪)	1　裁判員による裁判	8	5.76		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	20	14.39		
	3　どちらともいえない	66	47.48		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	33	23.74		
	5　職業裁判官のみの裁判	12	8.63		
	合計	139	100.00	3.15	0.97
	無回答	2			
Ｈヴァージョン 党派性が尋問で問題とされたケース（弁護側の私鑑定）／ぎりぎり多数（５名有罪、４名無罪）	1　裁判員による裁判	4	2.74		
	2　どちらかといえば裁判員による裁判	26	17.81		
	3　どちらともいえない	84	57.53		
	4　どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	22	15.07		
	5　職業裁判官のみの裁判	10	6.85		
	合計	146	100.00	3.05	0.85
	無回答	1			

22. デモグラフィック要因

調査票では、問27の次に、性別、生年月、収入、学歴、職業を尋ねている。そのうち、性別、生年月については、表－１，２に計画サンプルと比較する形で示した。収入、学歴、職業については、表－28を参照されたい。

表－28　デモグラフィック要因

質問文	選択肢	度数	%
Ｆ３　あなたの世帯の１年間の世帯収入（税込み）は次のうちどれにあたりますか。（○は１つ）	1　300万円未満	277	24.98
	2　300万円以上、500万円未満	366	33.00
	3　500万円以上、700万円未満	203	18.30
	4　700万円以上、1000万円未満	118	10.64
	5　1000万円以上	90	8.12
	小計	1,054	95.04
	無回答	55	4.96
	合計	1,109	100.00

表－28　デモグラフィック要因（続）

参考：第１波調査			
質問文	選択肢	度数	%
Ｆ３　あなたの世帯の１年間の世帯収入（税込み）は次のうちどれにあたりますか。（○は１つ）	1　300万円未満	284	24.48
	2　300万円以上、500万円未満	344	29.66
	3　500万円以上、700万円未満	216	18.62
	4　700万円以上、1000万円未満	142	12.24
	5　1000万円以上	91	7.84
	小計	1,077	92.84
	無回答	83	7.16
	合計	1,160	100.00

質問文	選択肢	度数	%
Ｆ４　あなたが最後に卒業された学校は、次のどれにあたりますか。（○は１つ）	1　小学校・中学校（旧制小学校を含む）	141	12.71
	2　高等学校（旧制中学校・師範学校・高等女学校を含む）	527	47.52
	3　短期大学・高等専門学校（旧制高校・高等師範学校を含む）	203	18.30
	4　大学・大学院（旧制大学を含む）	209	18.85
	5　その他	17	1.53
	小計	1,097	98.92
	無回答	12	1.08
	合計	1,109	100.00
参考：第１波調査			
Ｆ４　あなたが最後に卒業された学校は、次のどれにあたりますか。（○は１つ）	1　小学校・中学校（旧制小学校を含む）	160	13.79
	2　高等学校（旧制中学校・師範学校・高等女学校を含む）	567	48.88
	3　短期大学・高等専門学校（旧制高校・高等師範学校を含む）	208	17.93
	4　大学・大学院（旧制大学を含む）	213	18.36
	5　その他	1	0.09
	小計	1,149	99.05
	無回答	11	0.95
	合計	1,160	100.00
Ｆ５　あなたの現在のお仕事は以下のどれにあたりますか。（○は１つ）	1　経営者・役員	49	4.42
	2　常時雇用の一般従業員	392	35.35
	3　臨時雇用・パート・アルバイト	191	17.22
	4　派遣社員	17	1.53
	5　自営業主・自由業者	91	8.21
	6　家族従事者	17	1.53
	7　内職	0	0.00
	8　学生	31	2.80
	9　専業主婦	172	15.51
	10　無職	111	10.01
	11　その他	23	2.07
	小計	1,094	98.65
	無回答	15	1.35
	合計	1,109	100.00

表－28　デモグラフィック要因（続）

参考：第１波調査			
質問文	選択肢	度数	%
F５　あなたの現在のお仕事は以下のどれにあたりますか。（○は１つ）	1　経営者・役員	51	4.40
	2　常時雇用の一般従業員	385	33.19
	3　臨時雇用・パート・アルバイト	208	17.93
	4　派遣社員	21	1.81
	5　自営業主・自由業者	102	8.79
	6　家族従事者	38	3.28
	7　内職	11	0.95
	8　学生	20	1.72
	9　専業主婦	185	15.95
	10　無職	112	9.66
	11　その他	10	0.86
	小計	1,143	98.53
	無回答	17	1.47
	合計	1,160	100.00

23. 裁判員による裁判への賛否

本調査票の一番最後の設問として、第１波調査と同じく、裁判員による裁判の導入に対する賛否を５段階の尺度で尋ねた（変数名はLAYJUDGEとなっている）。結果は表－29の通りである。

表－29　裁判員による裁判への賛否

質問文	選択肢	度数（人）	%	平均値	標準偏差
LAYJUDGE　一般論としては、裁判員による裁判が導入されることに賛成ですか、反対ですか。（○は１つ）	1　反対	123	11.12		
	2　どちらかといえば反対	234	21.16		
	3　どちらともいえない	359	32.46		
	4　どちらかといえば賛成	283	25.59		
	5　賛成	107	9.67		
	合計	1,106	100.00	3.02*	1.14
	無回答	3			
参考：第１波調査					
質問文	選択肢	度数（人）	%	平均値	標準偏差
LAYJUDGE　一般論としては、裁判員による裁判が導入されることに賛成ですか、反対ですか。（○は１つ）	1　反対	141	12.20		
	2　どちらかといえば反対	238	20.59		
	3　どちらともいえない	422	36.51		
	4　どちらかといえば賛成	280	24.22		
	5　賛成	75	6.49		
	合計	1,156	100.00	2.92	1.09
	無回答	4			

注

(1) なお、この調査は部分的には、日本学術振興会科学研究費基盤(A)「刑事法学と心理学――刑事裁判心理学の構築に向けて」（2007－2010年度、研究代表

者白取祐司）によっている。

(2) 社会心理学の態度理論では、態度は感情的成分、認知的成分、行動的成分によって構成される。行動的成分は、通常、行動への意図（行動意図）を尋ねることによって測定される。なお、態度理論については、Rosenberg & Hovland (1960) 参照。

(3) 正確には昭和15年３月１日から平成３年１月31日までに生まれた者である。

(4) 現代日本社会において、社会調査を実行することの困難については、松村他(2008:2299)参照。回収率に関しての、留め置き法と面接法の比較については、松村他（2008:2235(注) 4 ）参照。

(5) この調査では、実際に裁判員になったことがあるかどうかは尋ねていない。それは、裁判員経験者の出現頻度は著しく低く、回答者の特定につながる虞がありうるからである。なお、調査票の中で「裁判員候補者名簿に記載されたとの通知を受けたかどうか」については尋ねている。

(6) 第２波調査では、裁判員となった場合のその匿名性に関わる行動意図（記者会見など）についての設問が加えられている。

(7) シヴィック・パワー、市民的美徳については、松村他(2008:68(注) 5 , 6)参照。

(8) 調査票は８種類あるが、ＡからＨのヴァージョンのどれが配付されるかは、あらかじめサンプリング名簿で順番に割り当てられていた。いうまでもなく回答者は自己が回答した調査票以外に、それと異なるヴァージョンの調査票が存在することは知らされていない。

(9) 第２波調査の表の平均値に添え字として示してある。なお、**1％有意、*5％有意、†10％有意傾向、n.s. 有意差なし（いずれも両側検定）である。

(10) 松村他(2008)に掲載の表には、校正の過程でのミスのため、表中の数値にいくつかの誤りが存在したので、今回訂正した数値を記入した。読者に深くお詫びをする。

(11) 問３のように、第２波調査で新たな設問が付け加えられた場合、第２波調査では問番号の継続性を維持するために、旧問３が問３Ａに、付け加えられた設問は問３Ｂになっている。SPSS 上の変数の取り扱いでは、問３（第１波）、問３Ａ（第２波）は同一の設問なので、いずれも Q3という変数が割り当てられているが、読者にとっての見やすさのために、本稿の表の中では、調査票に合わせて、単に Q3と Q3B となっている。

同種の事例が調査票にいくつか存在するが、すべて同様の取り扱いによった。

(12) Q6Bno2については、選択肢２のカッコ内は、第１波調査では「交通法規違反も含む」となっていたが、第２波調査では「道交法違反も含む」と修正した。

(13) Q12は、第１波調査票では、責任主義についての設問であった。第２波調査票では、責任主義についての設問を削除するとともに、第１波調査票と第２波調査票で設問番号を一致させるために、Q12は別立ての個別の質問となって

いる。

(14) 要因計画法の実験群の中には実務上は考えにくいものも存在する（たとえば、本シナリオのような事件で裁判所が正式鑑定——刑事訴訟法165条——を命じること）。しかしそれは、リサーチデザインの必要上設定されたシナリオである。

要因計画法の部分については、白取祐司（編）『裁判員時代の心理鑑定』（仮題）日本評論社（近刊）所収の１論文として松村が発表予定である。

(15) なお、操作チェック（manipulation check）のための設問も置かれている。

(16) 実際に用いられた調査票のサイズは A4である。本付録では縮小されて印刷されている。

《引用文献》

木下麻奈子（2010）「人々の裁判員裁判への態度——裁判員になることを規定する要因の構造——」『法社会学』72:117-134

松村良之（2007）「応報か行動コントロールか——刑罰動機をめぐって」菊田幸一他（編）『社会の中の刑事司法と犯罪者』日本評論社 :125-138

（2010）「人々の裁判員制度と刑事司法への態度——その評価を中心にして——」『法社会学』72:70-87

松村良之他（2006a）「現代日本人の法意識研究の理論モデルとリサーチデザイン」『北大法学論集』57(3):1477-1532

——（2006b）「現代日本人の法意識の全体像：2005年調査結果の概要」『北大法学論集』57(3):1401-1476

——（2008）「裁判員制度と刑事司法に対する人々の意識」『北大法学論集』59(4):2302-2228

Matsumura, Y. et al. (2008) Japanese Attitudes Toward the Lay Judge System and Criminal Justice, *Chiba Journal of Law and Politics*, 23:204-284

日本文化会議編（1982）『現代日本人の法意識』第一法規

Rosenberg, M. & Hovland C. (1960) Cognitive, Affective, and Behavioural Components of Attitudes, Hovland C. & Rosenberg M. (eds.) *Attitude Organization and Change; An Analysis of Consistency Among Attitude Components*, Yale University Press: 1-14.

坂本治也（2007）「ソーシャル・キャピタルは民主主義を機能させるのか？：日本の地方政府と市民社会の計量分析」『政策科学・国際関係論集』9:1-52

太田勝造（2010）「裁判員裁判の実証的研究：要因計画による制度運用への示唆」『法社会学』72:88-116

山岸俊男（1998）『信頼の構造——こころと社会の進化ゲーム』東京大学出版会

付録　問27のシナリオと設問（Aヴァージョン）

問 27　以下の文章は、裁判員による裁判が行われた、ある放火事件についてです。文章を読んで質問にお答えください。

Aは、B氏の住居に放火した疑いで刑事裁判の被告人になっています。 Aは、火事のあった日から４日後に逮捕され、検察によって起訴されて、有権者からくじで選ばれた６名の裁判員と３名の職業裁判官が審理判断をする裁判員による裁判が行われることになりました。

裁判員を加えての審理が始まる前に、審理での争点、証拠を整理するために、職業裁判官のみと、検察側、被告弁護側による公判前整理手続が行われました。検察側は、近所の人の目撃証言を柱に有罪を立証しようとし、被告弁護側は人ちがいであると主張しています。

それで、被告弁護側は近所の人の目撃証言をつきくずすために、証言について研究している心理学者Q教授に鑑定を依頼しました。Q教授は、弁護側の依頼を受け、鑑定を行いその結果について弁護側に鑑定書を提出しました。

(1)　心理学者Q教授は誰に依頼されて鑑定を行ったのですか。（○は１つ）

1　裁判所
2　検察側
3　弁護側
4　わからない

いよいよ裁判員による裁判が始まりました。

裁判の審理が始まる前に、裁判員６名に対して裁判長から次のような説明がありました。

「被告人が、人が住居に使用している建造物に火を放ち、それによって火事が発生した場合、現住建造物等放火罪となります。これから始まる裁判では、検察側が証拠や証人によってこのことを立証しようと努力しますし、被告人Aとその弁護人は証拠や証人によってこのことを否定しようとします。

皆さんの役目は、被告人が火を放ったという検察官の主張が、常識に照らして判断し、まちがいないといえるかどうかを判断していただくことです。有罪の場合には、さらに刑の重さを決めなくてはなりません。」

(2)　裁判員は、被告人が有罪か無罪かを決めるのですか。（○は１つ）

1　はい　　2　いいえ　　3　わからない

(3)　裁判員は、被告人が有罪の場合の刑の重さを決めるのですか。（○は１つ）

1　はい　　2　いいえ　　3　わからない

この刑事裁判で検察側は次のように主張しています。
「被告人Ａは、普段から憎しみを持っているＢの住宅に火をつけてやろうと考えた。被告人Ａは、１２月２０日の夕方５時２０分頃、灯油で湿らせた新聞紙を用いて、Ｂの住宅の台所口に火を放った。その結果、Ｂの住宅を全焼させた。よって被告人Ａは、現住建造物等放火の罪にあてはまる。」

弁護側は次のように主張しています。
「被告人はその日は体調が悪く１日中家にいて外出していない。被告人は犯人ではない。」

法廷では証人Ｋさんと証人Ｌさんによる次のような証言がありました。
近所に住むＫさんは、「その日５時過ぎに、大きなバッグを抱えてＢ氏宅の前にいる被告人Ａを見ました。よく知っている人ですから見まちがえることはありません。」と証言しました。
同じく、近所に住むＬさんは、「その日５時１０分頃に、Ｂ氏宅の玄関のわきにいる被告人Ａを見ました。見知った人ですからまちがえることはありません。」と証言しました。
これに対し、被告人Ａは、それは完全な人ちがいで自分ではない、と主張しています。

(4)　あなたはこれまでのところで、有権者からくじで選ばれた裁判員にとってこの裁判が分かりやすく進んでいると思いますか、思いませんか。（○は１つ）

1	2	3	4	5
分かりにくい	どちらかといえば分かりにくい	どちらともいえない	どちらかといえば分かりやすい	分かりやすい

弁護側は、Ｋさん、Ｌさんの証言をつきくずすために鑑定を依頼していた、心理学者Ｑ教授の鑑定書を法廷に証拠として提出しました。その内容は「犯行時の日照気象条件では、Ｋさん、ＬさんがＡを目撃したという位置から、犯人を目撃したとした場合、人ちがいの可能性が高い」というものです。鑑定人Ｑ教授は証人として出廷し、「良心に従って真実のみを述べる」ことを宣誓した上で、自分自身の鑑定にまちがいがないことを証言しました。

証拠調べがおわり、検察側は「被告人の犯行は明らかである。被告人に１０年の刑を求める」と主張し、弁護側は「目撃証言は信用できない。被告人は無罪である」と主張しました。

この事件についてあなたが裁判員になったつもりで答えてください。

(5)　あなたはこれまでのところで、この裁判は公正に進んでいると思いますか、思いませんか。（○は１つ）

1	2	3	4	5
公正に進んでいない	どちらかといえば公正に進んでいない	どちらともいえない	どちらかといえば公正に進んでいる	公正に進んでいる

(6)　あなたは、被告人Ａの主張と検察側の主張とでは、どちらの方がもっともらしいと思いますか。（○は１つ）

1	2	3	4	5
被告人Ａの主張の方がもっともらしい	どちらかといえば被告人Ａの主張の方がもっともらしい	どちらともいえない	どちらかといえば検察側の主張の方がもっともらしい	検察側の主張の方がもっともらしい

(7)　心理学者Q教授の鑑定(かんてい)内容は信用できると思いますか、思いませんか。（○は１つ）

信用できない　どちらかといえば信用できない　どちらともいえない　どちらかといえば信用できる　信用できる
1 ―― 2 ―― 3 ―― 4 ―― 5

(8)　心理学者Q教授は信頼できる人物だと思いますか、思いませんか。（○は１つ）

信用できない人物である　どちらかといえば信用できない人物である　どちらともいえない　どちらかといえば信用できる人物である　信用できる人物である
1 ―― 2 ―― 3 ―― 4 ―― 5

(9)　心理学者Q教授はどの程度中立的な人物だと感じられますか。（○は１つ）

弁護側に強く味方している　弁護側に味方している　弁護側にやや味方している　どちらかといえば中立的である　検察側にやや味方している　検察側に味方している　検察側に強く味方している
1 ― 2 ― 3 ― 4 ― 5 ― 6 ― 7

(10)　この事件で心理学者Q教授の鑑定(かんてい)は必要だったと思いますか、思いませんか。（○は１つ）

必要なかった　どちらかといえば必要なかった　どちらともいえない　どちらかといえば必要だった　必要だった
1 ―― 2 ―― 3 ―― 4 ―― 5

(11)　あなたなら、Aを有罪としますか、無罪としますか。（○は１つ）

1　有罪　　2　無罪　　3　わからない

いよいよ裁判員６名と職業裁判官３名による話し合いで、被告人Aが現住建造物放火罪で有罪か無罪か、そしてもし有罪なら被告人Aに科す刑の重さを決める評議(ひょうぎ)の段階になりました。
有罪とするためには、法律では、職業裁判官３名、裁判員６名の合計９名の過半数５名が有罪の結論で、その５名の中に少なくとも職業裁判官１名が入っていなければなりません。

評議(ひょうぎ)では、職業裁判官は３名全員が有罪、裁判員は６名中５名が有罪、１名が無罪を主張し、結論は有罪でした。

(12)　被告人が有罪となったので、刑の重さを決めなければいけません。検察官は１０年を求刑しています。裁判員としてあなたは、この事件では何年の刑が適当だと思いますか。（○は１つ）

5年より軽い　5年　6年　7年　8年　9年　10年　10年より重い　その他
1 ― 2 ― 3 ― 4 ― 5 ― 6 ― 7 ― 8　　9（具体的に：　　）

(13) 現在の法律では、有罪とするための条件は、**「職業裁判官３名、裁判員６名の合計９名の過半数５名が有罪の結論で、その５名の中に少なくとも職業裁判官１名が入っていなければならない」**というものです。

このような多数決のやり方について、あなたはどう思いますか。以下の中から、もっとも好ましいと思うものを１つ選んでください。（**○は１つ**）

1 単純過半数（職業裁判官の中に有罪とする人がいなくてもよい）
2 現在のままでよい（過半数が有罪の意見で、さらにその中に職業裁判官が含まれている）
3 職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で有罪の意見が過半数を占めること
（職業裁判官は３名中２名以上、さらに、裁判員は６名中４名以上が有罪の意見であることが必要）
4 職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が有罪の意見であること
5 全員が有罪の意見である場合のみ

---

(14) 次に刑の重さの決め方について伺います。法律では刑の重さも、有罪・無罪の判断と同様です。これに対して、**「死刑を言い渡すためには多数決では不十分である」**という意見があります。このような意見についてあなたはどう思いますか。あなたの意見に最も近いものを１つ選んでください。（**○は１つ**）

1 現在のままでよい（過半数が有罪の意見で、さらにその中に職業裁判官が含まれている）
2 職業裁判官も裁判員もそれぞれの中で死刑の意見が過半数を占めること
（職業裁判官は３名中２名以上、さらに、裁判員は６名中４名以上が死刑の意見であることが必要）
3 職業裁判官と裁判員の合計９名中、８名以上が死刑の意見であること
4 全員が死刑の意見である場合のみ
5 その他（具体的に　　）

---

(15) あなたは被告人Ａと同じような立場におかれたとしたら、裁判員による裁判と職業裁判官のみの裁判のどちらがよいと思いますか。（**○は１つ**）

裁判員による裁判	どちらかといえば裁判員による裁判	どちらともいえない	どちらかといえば職業裁判官のみの裁判	職業裁判官のみの裁判
1	2	3	4	5

論　　説

現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス（1）

―― 司法解釈と指導性案例を中心に ――

徐　　行

目　次

序章
（一）問題意識および課題
（二）本稿の構成
（三）先行研究の整理
（四）本稿の意義
第１章　概念と用語の整理
第１節　法の解釈に関して
１　司法解釈、立法解釈と行政解釈
２　司法解釈、司法解釈性文書と司法文書
第２節　案例に関連する用語
１　学説上の判例法、判例制度と先例制度
２　案例と指導性案例
第３節　司法による法形成の担い手
１　司法による法形成にかかわる最高人民法院の各部門
２　司法による法形成における裁判官の役割
第２章　司法による法形成の発展史
第１節　司法解釈の発展史
第２節　案例の発展史　（以上、本号）
第３章　司法解釈による法形成の仕組
第４章　案例を取り巻く現状
第５章　司法による法形成の制度転換を目指す改革の試み

終章

序　章

（一）問題意識および課題

従来、中国では制定法に不備があるなら、法治を実現できないという考え方が根強く存在しているため、立法による法の形成がずっと注目されてきた。しかし、実際のところ、立法権を持つ全国人民代表大会の会期はおよそ年に２週間程度という短い期間であり、その閉会中に代わって立法権を行使する同常務委員会も２ヶ月に１回という低い頻度でしか会議を開かないため、法の不備をすべて立法機関の働きによって解消することは不可能である。したがって、多くの場合は、司法機関が立法機関に代わって法の補完を行わなければならない。その結果、司法による法形成が立法よりも積極的に行われるようになった。

ところが、中国では、裁判官が制定法に対して解釈を行うことは許されないと解されていて[1]、判決に先例としての効力も認められていない。現状から見て、司法による法形成は主に「司法解釈」を筆頭とする通達文書を経由して行われている。特に司法解釈は最高司法機関である最高人民法院と最高人民検察院によって発せられ、下級人民法院および検察院に対して拘束力を持っている。また、その圧倒的な量と規定の細かさにより、裁判の場ではもっとも重要な役割を果たしている法源だと言われている[2]。つまり、司法による法形成は個々の裁判官が具体的な事案を解決するために下した法的判断を通じて行われるのではなく、最高司法機関（特に最高人民法院）による抽象的なルール形成活動を通じて行われてきたのである。

それに比べて、英米法国家における司法による法形成はまさに現場の裁判官の具体的な裁判活動を通じて行われているし、大陸法の国々にお

[1] 劉青峰『審判解釈引論』（法律出版社、2004年）29頁。

[2] 木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門（第４版）』（有斐閣、2006年）99頁参照。

いても、裁判官が下した判決に先例としての事実上の拘束力が認められ、法源としてその役割を果たしている実例が多数見られる。中国の近隣である日本や台湾も例外ではない。こうしてみると、中国における司法による法形成は西洋諸国のそれとは明らかに異なっているように見える。しかしながら、先例拘束性が認められていないとしても、中国における裁判例［案例］（［　］は中国語の原文を表す。以下同じ）は裁判に何ら影響も及ぼさないわけではない。案例は裁判における参照の対象とされていて、「案例は広義の司法解釈に含まれる」[3]と主張し、その法形成における意義を強調する論者もいる。

そこで、現代中国の司法は一体どんな方法と形式で法形成を行っているのか、という大きな疑問が浮び上る。したがって、司法による法形成の実態を解明することが本稿の第１の課題となる。具体的には、司法解釈の形成過程や役割はもちろんのこと、従来見落とされがちの「案例」の役割をも究明し、中国では、西洋諸国の判例と似たような役割を果たしている裁判例が本当に存在しないのかという疑問に答えを提示したい。

そして、司法による法形成の現状を踏まえて、それに関する議論や改革を見てみると、新たな疑問が浮上する。中国の法学界においては、20数年前から司法解釈の問題点が注目されるようになり、その全体の見直しと改革が論じられてきた。司法による法形成がもっぱら司法解釈を通じて行われていることも問題視されて、「判例制度」の導入に関する議論が活発になり、数百篇に及ぶ関連論文がその必要性や意義、具体的な制度設計などを論じてきた。これらの議論は必ずしも明確な現状認識に基づいて行われているわけではないが、少なくとも一部の学者は裁判における法解釈のあり方、ないし司法による法形成のあり方を変えようとする目的をもって議論を展開してきた。

このような議論の流れの背後には、いかにして「法治」を実現できるかという問題に関する考え方の変化が見られると思われる。つまり、従来の司法解釈による法形成は司法機関によって行われているとは言え、立法と同じく能動的な法創造であり、「準立法」とも言えるものである。

---

[3] 紀誠『最高人民法院司法解釈·一個初歩的考察』（中国政法大学出版社、2007年）６頁。

その根底にあるのは、「法治」を実現するためには、立法活動を強化して法律をもっと具体的かつ細かく規定すべきだという考え方である。それに対して、判例制度の導入に関する議論に見られるように、近年では、個々の裁判官に法解釈の権限を与え、訴訟の現場で形成されたルール（法規範）を汲み上げることで、司法の法形成機能を強化し、「法治」を実現しようという考え方が現われた。

これらの議論と時期を同じくして、最高人民法院が独自に推進してきた司法改革[4]においても、司法解釈に関する改革や案例指導制度の導入など、学界の議論と連動しているような動きが見られる。特に2010年11月26日に公布された最高法院「案例指導業務に関する規定」（以下「案例指導規定」と略す）は、案例指導制度を正式に確立したため、判例制度の導入に関する議論に一応の終止符が打たれたと評する学者もいる[5]。しかし、これらの動きは一部の学者が期待していたような司法のあり方や役割に関する見直しで、従来の考え方を改めた結果なのか、それとも従来と同じ原理や考え方に基づいて、ただ司法による法形成の外観を変えただけなのか、といった疑問が当然浮かんでくるだろう。

そこで、司法による法形成に関する改革に焦点を当てて、転換期［社会転型期］の中国において、法解釈のあり方や最高人民法院による法形成のやり方にいかなる変化が生じているのか（あるいは生じていないのか）を明らかにし、その背後にある制度的・観念的要因を比較法の視点から解明することが本稿の第２の課題となる。

（二）本稿の構成

以上の課題を解明するために、本稿は以下の順で考察を進めていく。

---

[4] ここの「司法改革」は最高人民法院が「人民法院五カ年改革綱要」（［人民法院五年改革綱要］1999年10月20日公布）、「人民法院第二次五カ年改革綱要」（［人民法院第二個五年改革綱要］2005年10月26日公布）、および「人民法院第三次五カ年改革綱要」（［人民法院第二個五年改革綱要］2009年３月17日公布）に基づき、法院の内部で自主的に行ってきた実験的な改革を指す。司法全体のあり方に関する改革ではないため、「法院改革」と言った方が正確かもしれないが、中国ではそれが「司法改革」と呼称されているため、本稿も同様な表現を使う。

[5] 張志銘「対中国建立案例指導制度的基本認識」法制資訊2011年１期86頁参照。

第１章では基本概念と用語の整理を行う。混同しやすい概念や用語を整理することで、以降の論述の便を図る。

第２章では司法解釈と案例のそれぞれの発展史を見て、現在の制度が形成された経緯を究明し、制度の背後にある理念や思惑を探る糸口を見つけたい。第３章では従来の枠組みである司法解釈によるルール形成の仕組を解明する。司法解釈の法的根拠や手続規定を概観し、具体例を通じてその役割と問題点を検討する。第４章では案例の実際の役割に焦点を当てて、訴訟の現場で行われているルール形成の実態を明らかにし、西洋諸国のような判例による法形成がなお確立されていない要因を探る。以上の３章をもって、課題１の解明に充てる。

第５章では司法による法形成のあり方に関する改革の議論と各地・各級人民法院によって行われてきた改革の試みを検討する。比較法の視点も取り入れて、司法による法形成のモデルチェンジの転換点に差し掛かっている中国は、西洋諸国からいかなる経験を取り入れようとしているのかを分析し、改革が目指している目標と現在の到達点を明らかにする。それをもって課題２の解明に充てる。

（三）先行研究の整理

以上の課題に取り組む本稿にとっての先行研究は、司法解釈と案例の現状ないし改革に関するものである。両者のどちらかを研究対象とするものもあれば、両者を総合的に考察するものもある。以下では分けて検討する。

司法解釈に関する先行研究

日本における中国の司法解釈に関する研究は、主に個々の司法解釈の条文の翻訳とその評価をめぐって展開されている[6]。特定の法分野におけ

[6] 森川伸吾＝森脇章「中国契約法についての司法解釈（１）の制定」国際商事法務28巻２号（2000年）207 ～ 213頁、粟津光世「会社解散・清算に関する中国最高人民法院の司法解釈」国際商事法務36巻８号（2008年）1058 ～ 1063頁など、『国際商事法務』に断続的に掲載されている具体的な司法解釈に関する解説はその代表的な例である。

る司法解釈による法形成作用を対象とする研究もあるが[7]、司法解釈に関する制度面の研究やその背後にある理念に対する分析を行った先行研究は少ない[8]。その中、司法解釈の制度の紹介にとどまらず、その役割をも掘り下げて分析したのは、田中信行の「現代中国法の構造と機能」である[9]。

その中身を見てみると、田中は、国家によって制定された法を「国法」と呼び、党によって制定された規則や命令を「党法」と呼ぶ（52頁）。両者の関係については「内容的にみれば、党法は国法を包含し、明らかにこれに優位しているということができる。とはいえ形式的にみれば、党法は党機関と党員を拘束するものではあっても、非党機関と非党員は拘束することができない分だけ、国法より機能の面で劣っているともいえる。……それゆえ、党法と国法を峻別したうえで、なおかつ党法の優位性を確保するためには、本来は国法の外にある党法を、国法に内在化させることにより、国法として機能させなければならないという問題が生じてくる」（65 ～ 66頁）、そして、「党法と国法のこうした矛盾する関係を調整し、両者の間に存在する乖離を埋め合わせる役割を果たしているのが、じつは主として80年代以降の司法解釈である」（66頁）とする。

また、田中は司法解釈の非公開性やその法的効力について検討し、司法解釈は「いわば日陰ものの扱いを受けていたのである。……このような差別的な扱いがなされているのは、……党の決定や司法解釈には部分的に実定法との否定しがたい乖離、矛盾が存在するからにほかならない。これらの乖離や矛盾にさいして、実定法が優先的に適用されるのであれば、そのこと自身の問題はともかく、法秩序としては一元的な形式上の

---

[7] 王晨「司法解釈から見た中国財産法の進化――契約法・物権法の現在を中心に」ジュリスト No.1406（2010年９月１日号）36 ～ 44頁。

[8] 司法解釈制度を紹介した論文として、劉風景「中国最高裁判所の司法解釈について」愛知大学国際問題研究所紀要 No.129（2007年）139 ～ 161頁、拙稿「現代中国における司法による法形成の現状と改革――日本との比較の視点から」北大法政ジャーナル（旧称：北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル）No.14（2007年）35 ～ 73頁、および拙稿「現代中国における司法解釈と案例」社会体制と法11号（2010年）33 ～ 39頁参照。

[9] 社会科学研究47巻６号（1996年）37 ～ 101頁所収。

合理性を確保しうるわけだが、形式的には法の範囲から排除されている党の決定や、法秩序の統一性を破壊する可能性をもつ司法解釈に、かえって実質的な効力の優越性を認めなければならないという点こそ、ここでの問題の本質的な構造が示されているといえよう」(95～96頁)。つまり、党法は形式的に法の範囲に属する司法解釈（非公開ではあるが）を経由して、国法に対する優越性を確保しているというわけである。

その後、田中は『現代中国法』[10]の中で、中国における司法解釈は「あたかも法律の実施細則のような存在のように見えるが、内容的には法の不足を補充したり、ときには法を改正したりしているものもあり、法解釈という枠にはとらわれない役割を果たしている。……司法解釈が広範な役割を果たしている理由の一つは、法制度の全般的不備は解消されつつあるものの、急速な市場経済化のなかで求められているより高いレベルでの法制度の整備に立法が十分対応し切れていないことにある」(36頁）としつつも、なお「国法に一致しない党規（党の政策を含む）の存在こそが、司法解釈に過剰な役割を発揮させている主要な源泉にほかならない。……司法解釈は党規と国法の両方の部分をともに反映し、両者のあいだの矛盾を調整しているという意味において、まさに中国法の今日的特徴を示す核心的部分を構成する存在と言うべきなのかもしれない」(37頁)、と主張している。つまり、党規と国法の矛盾を解消するのは司法解釈の主な役割であり、党規を国法に反映させる需要がその存在原因である。

筆者もこのような分析はかつての司法解釈の役割を解明するのに有効な枠組みを提供したと考えている。そして、司法解釈も最終的には中国共産党の統治の道具だと帰結するのは十分可能であろう。しかしながら、田中の論述には以下のような不足が存在していると思われる。①田中は中国で「司法解釈」と呼ばれている司法文書に限定して、以上のような分析を行ったが、今の中国における「司法解釈」は立法としての性格が際立っていて、むしろ立法が対応し切れていない法制度の整備に用いられる場合がほとんどである。つまり、狭義の司法解釈はもはや「国法」

[10] 小口彦太＝田中信行『現代中国法』（成文堂、2004年）33～38頁。教科書であるため、司法解釈に関する論述は簡潔で注記も少ない。

そのものとなっている。それを分析するのに、なお党規と国法の対立構造を持ち出すのはいささか不適切だと思われる。また、1997年に、最高人民法院「司法解釈業務に関する若干規定」［関於司法解釈工作的若干規定］[11]が公布されて以降、司法解釈は公開しなければならないとされていて、しかも「法律と同等の効力」を有すると規定された。しかし、田中は1996年の「現代中国法の構造と機能」の中で「司法解釈の公開性が確保されるようになれば、それがはねかえって司法解釈そのものの在り方に大きな影響を及ぼさずにおかないことは、いうまでもなく明らかなことであろう」（97頁）と主張したにもかかわらず、2004年の『現代中国法』のなかで、その「大きな影響」を反映しなかったことについても疑問を感じる。

②田中の論述は党規と国法の矛盾を解消する具体的な仕組みを説明できていないと思われる。つまり、党規はいかなる方法で司法解釈に反映され、国法に取って代って、法規範としての役割を果たしているのか、その制度的保証は何であるのかは解明されていない。

不足点①に関しては、筆者は司法解釈性文書（通達文書の一種）を含む「広義」の司法解釈や案例の役割を分析するのに、田中の枠組みの有効性がまだ完全に失われたわけではないと考えているため、本稿の課題1の解明において、それをある程度反映したいと思う。また、不足点②は特に本稿の問題関心ではないが、案例による法形成の未確立の原因にはそれと関連する制度的なものも含まれていると考えられるため、両者を併せて検討する。

案例に関する先行研究

日本では、中国の案例に関する研究がほとんど行われていない。個々の裁判例を分析し評釈する研究はありますが[12]、管見の限り、案例の形

[11] 最高人民法院「司法解釈業務に関する若干規定」は後述する最高人民法院「司法解釈業務に関する規定」の前規定であり、後者の施行とともに失効している。

[12] 国際商事法務25巻3号（1997年）から連載されている「中国案例百選」はその代表例である。また、新しい企画として、比較法学43巻3号から連載を始めた「中国裁判事例研究」も注目に値する。

成過程とその役割に関する先行研究はない。ただし、最高人民法院による改革の動きに注目し、案例指導制度の現状、問題点とその可能性を検討したものとして、2010年の但見亮の「『案例指導』の現状と機能――『中国裁判事例研究』の始にあたり」が挙げられる[13]。

但見論文は学界における議論や各地の法院による案例指導制度に関する実験的な試みの紹介にとどまらず、現状を踏まえてその問題点と可能性を指摘した点で、示唆に富むものである。ただし、但見論文が公表された後、最高法院が「案例指導規定」という規範的文書〔規範性文件〕を公布したため、論文の中で指摘された「懸念すべき疑問」のいくつかが解決された[14]。また、総じて見ると、但見論文は中国において「かねてから強く批判されている」司法行政が「『案例指導』推進の重要な手段とすら考えられているのではないかと疑わせる面が見られる」(22頁)ことや、「『案例指導』を推進する際に、これが『法官造法』ではないこと、つまり司法が立法の領域を侵害するものではないことが強く主張されていたのに、もう一方では『法官造法』というべき事態が容認ひいては推進すらされている」(26頁)ことなどを鋭く指摘したが、最終的には、「そこにどのような『指導性』が認められ、『拘束力』が与えられるのか。……その合法性および論理性の疑義は解消されるのだろうか」(32頁)といった疑問を残したままである。本稿第５章は「案例指導規定」の解釈と指導性案例の実際の運用状況を踏まえて、これらの疑問に答えを提示したい。

司法解釈と案例を総合的に考察する先行研究

案例に関する先行研究と同様に、司法解釈と案例を総合的に考察した先行研究もほとんど存在しないが、2007年に粟津光世は「中国における「司法解釈」と「案例指導制度」の展開――司法解釈の判例化か、判例の司法解釈化か――」[15]の中で、両者を関連付けて議論を展開し、「現代

[13] 比較法学43巻３号（2010年）１～32頁所収。
[14] 懸念すべき問題について、但見亮「『案例指導』の現状と機能――『中国裁判事例研究』の始にあたり」比較法学43巻３号（2010年）10～19頁参照。
[15] 産大法学40巻３・４号（2007年）124～155頁所収。

中国の法規範の一面」（124頁）を検討した。

栗津は論文の中で、司法解釈の歴史と制度を紹介し、そして「中国における判例の位置と展開」について、「“判例”の用語はモデル性の高いケースを指し、わが国のリーデングケースの用語に相当するが、“案例”はそれに至らない単なる事件、案件を指す用語とされている」（144頁）とし、「私見として現行の中国では、英米法のような判例法や判例制度を採らないが、単なる案例を参考にさせるのではなく、案例指導制により成文法を補う意味での事実上の拘束力を持たせるという方向だと思える」（144頁）と主張し、さらに司法解釈との関係について、「これは新しい形式での司法解釈である」（154頁）とし、「案例または判例を司法解釈化する途を進むと考える」（155頁）と主張した。

栗津論文が司法解釈と案例を関連付けて法規範の次元で考察しようとする姿勢は共感できるが、いろいろな問題点があると思われる。①やはり案例の形成過程や役割に関する実証的な研究が欠けている。栗津は将来に対する展望として、案例指導制度を分析したが、現状に対する認識がなければ、縦の軸で法規範のあり方の変化を描くことは不可能だと思われる。②栗津論文は法規範の一面を概観するのを課題としているためかもしれないが、司法解釈や案例の役割およびその背後の各要因を検討していない。本稿の課題を解明できれば、これらの問題点も解決できると思われる。

（四）本稿の意義

以上の先行研究の検討を考慮して、本稿は以下の点で学界に貢献できるのではないかと考えている。

①日本では中国における司法による法形成の現状を明らかにした先行研究は存在しない。特に中国における案例の位置づけと役割に関する研究が欠落していて、司法解釈や案例に関する個別的な考察ではその全体像を描けない。本稿は実証的な研究で訴訟と裁判規範の形成との相互関係を明らかにすることで、裁判の場における法とは何であるのかを解明することができると考えられる。

②本稿は中国におけるいわゆる司法改革で、いかなる変革が生じているのか（あるいは生じていないのか）を考察することで、その背後にあ

る法解釈と法創造のあり方に影響を与えている諸要素とその相互作用を解明したい。本稿は先行研究で明らかにされていない制度的・観念的要因およびその相互関係の解明をもって、いわば司法による法形成の裏の全体像を示すことで、先行研究を一歩進めることができると考えられる。

第1章　概念と用語の整理

本章では、論述の便を図るため、混同しやすい基本概念と用語の整理を行う。特に、一部の用語に関しては、日本語に訳すと、中国語原文の意味を十分に伝えることができないため、本稿では中国語原文をそのまま使用する。誤解と混乱を避けるため、こういった専門用語をはっきりと定義することも、本章の任務である。以下では、（1）法の解釈に関連する三つの制度、および司法解釈、司法解釈性文書と司法文書の定義、（2）案例と指導性案例の概念、案例に類似する判例や先例などの用語の定義、そして（3）司法による法形成の担い手を概観する。

第1節　法の解釈に関して

先述のように、中国の裁判官は、裁判において、日本の裁判官のように制定法を解釈することが許されていないと解されている。実態はどうであれ、法的には法の有権解釈を行う権限はそれぞれ司法機関、立法機関と行政機関に与えられている。本節では、まず（1）法を解釈する権限を有する三つの機関にそれぞれ対応している司法解釈、立法解釈と行政解釈を概観する。そして、（2）司法解釈に焦点を当てて、厳格な意味での司法解釈とその他の司法解釈性文書を比較する。

1　司法解釈、立法解釈と行政解釈

司法解釈、立法解釈と行政解釈は学説上の概念であり、法律上はそれぞれ1981年に公布された全国人民代表大会常務委員会「法律解釈活動の強化に関する決議」（以下「1981年解釈決議」と略す）の2条、1条と4条前半、3条と4条後半に対応している。司法解釈は最高司法機関である最高法院と最高検察院が、立法解釈は各級人大常務委員会が、行政解釈は国務院と各級主管部門が行う解釈である。

具体的に見てみると、司法解釈に関して、決議2条は「最高人民法院は人民法院の裁判における法律、法令の具体的な適用に関する問題に対して解釈を行う。最高人民検察院は人民検察院の検察における法律、法令の具体的な適用に関する問題に対して解釈を行う。最高人民法院の解釈と最高人民検察院の解釈の間に原則的な食い違いがある場合、それを

全国人民代表大会常務委員会に報告し、その解釈あるいは決定を伺うべきである」と規定している。実際には最高法院と最高検察院が合同で解釈を行うこともある[1]。特に裁判活動と検察活動の両方に関連する法の具体的な適用に関する問題が現れた場合には、この現象がよく見られる。また、両最高司法機関の解釈の間に原則的な食い違いがある場合、全人大常務委員会に報告し、その判断を伺わなければならないというのは、後述の立法解釈を求めなければならないということを意味する。

立法解釈に関しては、決議１条と４条前半は、それぞれ「法律、法令の条文の限界を明確にすることや補充的な規則を設けることは、全国人民代表大会常務委員会の解釈または法令によって規定される」（１条）、「地方性法規の条文の限界を明確にすることや補充的な規則を設けることは、法規を制定した省、自治区、直轄市の人民代表大会常務委員会によって解釈または規定される」（４条前半）と規定している。つまり、法律の条文の限界を明確にすることや内容を補充する必要がある場合は、全人大常務委員会が、地方性法規の条文の限界を明確にすることや内容を補充する必要がある場合は、省レベルの人大の常務委員会が解釈を行う。

ここで注意すべきなのは、以上の説明は広義の立法解釈に基づくものである。すなわち、立法解釈に対する広義の理解は、全人大と地方人大を含む各級の人民代表大会を全部立法機関として捉えて、各人大の常務委員会による法律と地方性法規に関する解釈をすべて立法解釈と見なしている。それに対して、狭義の理解は、立法解釈を全人大常務委員会による法の解釈に限定している[2]。つまり、決議４条前半は狭義の立法解釈に含まれない。

---

[1] そのほか、司法解釈を出す権限のない行政機関が最高司法機関と一緒に司法解釈を出す場合もある。学界ではそれが問題視されている。姜濤「我国刑法司法解釈体制的審視与重構」内蒙古社会科学26巻６期（2005年）34頁以下、鄭顕華＝肖徳芳＝李照彬「司法解釈権拡大化的表現及成因」宜賓学院学報2006年１期１頁以下、張玖利「論我国司法解釈権的帰属」山東社会科学2002年１期138頁以下参照。具体的な検討は第３章第２節で行う。

[2] 張志銘「中国的法律解釈体制」梁治平『法律解釈問題』（法律出版社、1998年）185頁参照。

そして、狭義の立法解釈について言えば、決議1条のほかに、立法法（2003年3月15日採択、同年7月1日施行）の規定も重要な法的根拠となる[3]。同法42条の規定によると、「法律解釈権は全国人民代表大会常務委員会に属す」[4]（1項）。それを行使する事由は同条の2項に規定されている。すなわち、①「法律の規定について、具体的な意味をさらに明確にする必要があるとき」（2項1号）、②「法律制定後に生じた新たな状況について、法律を適用する根拠を明確にする必要があるとき」（同項2号）である。立法法の規定は必ずしも決議の規定と整合的に解釈できるとは限らないが、決議1条における「法律の条文の限界を明確にすること」と「条文に補充的な規則を設けること」を、それぞれ立法法42条2項1号、2号の規定と対応して理解することは可能だと思われる。また、狭義の立法解釈の効力は法によって規定されている。立法法47条によると、「全国人民代表大会常務委員会の法律解釈は法律と同等の効力を有する」。

行政解釈に関しては、「決議」の3条と4条後半の規定によると、「裁判と検察の業務に属さないその他の法律、法令をいかに具体的に適用すべきかに関する問題については、国務院と主管部門が解釈を行う」（3条）、そして、「地方性法規の具体的な適用に関する問題については、省、自治区、直轄市の人民政府の主管部門が解釈を行う」（4条後半）。つまり、国務院と中央主管部門は裁判と検察の活動に属さない法の具体的な適用に関する問題について、地方人民政府の主管部門は地方性法規の具体的な適用に関する問題について、解釈を行う[5]。

なお、「決議」は法律、法令と地方性法規の解釈に関する事項を規定

[3] また、憲法67条4号も「法律の解釈」を全国人民代表大会常務委員会の職権の一つとして規定している。

[4] 立法法の条文の訳文は坂口一成「現代中国における「司法」の構造（2）：厳打：なぜ刑事裁判が道具となるのか」北大法学論集57巻3号（2006年）176頁を参考にした。

[5]「広義の立法解釈」以上に立法解釈の範囲を拡大して理解しようとすると、行政解釈と一部重複する場合もある。その場合、国務院や中央主管部門が制定した行政法規と行政規則に対する解釈も立法解釈と見なされる。孫笑侠・夏立安主編『法理学導論』（高等教育出版社、2004年）267～268頁参照。

しているだけであって、国務院による行政規則[6]の解釈は、国務院辦公庁「行政法規解釈権限と手続問題に関する通知」(1993年３月３日)によって規定されている。すなわち、「行政法規の条文自身の限界をさらに明確にすることや補充的な規則を設けることに関する問題については、国務院が解釈を行う」(１条前段)。「行政活動における行政法規の具体的な適用に関する問題については、現行のやり方に従って、なお行政主管部門が解釈の責任を負う」(２条前段)。

司法解釈、立法解釈と行政解釈の三者を比較してみると、まず、解釈の権限を有する主体から見ると、司法解釈は立法解釈および行政解釈と異なる。司法解釈を行う権限は最高司法機関に限られるが、広義の立法解釈と行政解釈の権限は中央の人大常務委員会と政府機関だけでなく、省レベルの人大常務委員会と政府機関にも与えられている[7]。そして、三者の効力について言えば、先述のように、決議２条の規定によると、全人大常務委員会による立法解釈は司法解釈の上位に位置する。また、立法法79条１項の規定によると、「法律の効力は行政法規、地方性法規と行政規則に優先する」ため、法律と同等の効力を有する狭義の立法解釈は当然ながら、法律と法令の解釈にすぎない司法解釈と行政解釈に優先して適用される。一般的には、立法解釈は終局的な解釈であり、全人大常務委員会は中国における終局的な法解釈権者であると理解されている[8]。

２　司法解釈、司法解釈性文書と司法文書

司法解釈と混同しやすい用語として、司法解釈性文書［文件］と司法文書がある。司法解釈の範囲は明確に規定されているが、司法解釈性文書と司法文書に関する規定がないため、その範囲を正確に確定するのは

---

[6] 行政規則は国務院所属の部や委員会などが憲法と法律に基づいて当該部門の権限内で制定するものである（憲法89条１号、立法法56条１項)。その制定手続は行政法規制定手続条例（2001年11月16日公布、2002年１月１日施行）によって規定されている。

[7] 小口彦太＝田中信行『現代中国法』（成文堂、2004年）35頁参照。

[8] 董皞『司法解釈論』（中国政法大学出版社、1999年）264頁参照。

困難である。そこで、筆者は本稿において、司法に関連する内容を有し、司法機関が独自で、またはその他の機関と共同で出した文書のことを、司法文書と呼称する。この意味においては、司法解釈も、司法解釈性文書も、司法文書に属す。

そして、最高人民法院「司法解釈業務に関する規定」（法発［2007］12号、2007年３月９日発布、同年４月１日施行）（以下「最高法院司法解釈規定」と略す）と最高人民検察院「司法解釈業務に関する規定」（高検発研字［2006］４号、2006年４月18日採択、同年５月10日施行）（以下「最高検察院司法解釈規定」と略す）によると、最高法院と最高検察院が一定の手続を踏んで制定し、裁判委員会と検察委員会によって採択され、「最高人民法院公報」と「最高人民検察院公報」、およびその他の全国的なメディアで公表したものだけが司法解釈である。この二つの規定は旧規定[9]に続き、司法解釈の手続上の適正性と公開性を改善しつつ、その範囲を厳格に限定している。具体的には、最高法院が公布した司法文書の中に、「法釈［○○○○年］××号」という文書番号の付いたものだけが司法解釈である[10]。しかしながら、1997年以前の司法解釈を文書番号だけで識別することは不可能である。したがって、本稿では1985年に最高法院公報が出版され、司法解釈が掲載されるようになるまでの司法文書のうち、最高人民法院研究室編『最高人民法院司法解釈全集（1，2，3巻）』に掲載されたものを司法解釈とする。1985年から1997年までの司法文書については、最高法院公報に掲載されているものを司法解釈とする。

ところが、厳格な意味での「司法解釈」は、最高司法機関が出した司法文書のごく一部にすぎない。例えば、「最高法院司法解釈規定」の文

[9] 両規定に対応する旧規定は、それぞれ最高人民法院「司法解釈業務に関する若干規定」（法発［1997］15号）と最高人民検察院「司法解釈業務暫定規定」（高検発研字［1996］７号）である。

[10] 最高法院公報に司法解釈を公布する専門のコラムがあるが、そこに出てくる司法解釈にはすべてこのような文書番号が付いている。また、毎年の全国人民代表大会の会期中に、最高法院の院長によって行われる「活動報告」で公表されている司法解釈の数も、当該年度において「法釈［○○○○年］××号」という文書番号が付与された司法文書の数と一致している。

書番号は「法発［2007年］12号」であり、厳密に言うと、司法解釈に属さない。しかし、司法解釈の効力まで規定しているこの司法文書は司法解釈と同質なものであることは誰も否定できないと思う。中国の一部の学者はこれらの司法文書を司法解釈性文書と呼称し、司法解釈に相当するものとして研究している[11]。そこで問題となるのは、司法解釈性文書の定義である。「最高院司法解釈規定」６条の規定によると、司法解釈は以下の４種類を含む。①「解釈」は特定の法律・事件類型・問題に関する法適用につき解釈を示すもの、②「規定」は立法の精神にもとづき、一般的に規則、意見を制定するもの、③「批復」は高級法院、軍事法院からの問い合わせに対する回答、④「決定」は司法解釈の改正と廃止を規定するものである。本稿は内容からみてこの４種類に属し、かつ厳格な意味での「司法解釈」に属さない司法文書を司法解釈性文書とする。そこで、これらの司法解釈性文書は司法解釈とどう違うのかが問題となる。

具体的な検討は第３章第３節に置くが、ここでひとつ注意すべき点は、下級人民法院も司法解釈性文書を作成していることである。「1981年解釈決議」の規定によると、下級法院には法を解釈する権限がないため、これらの司法文書は当然司法解釈ではない。したがって、司法解釈と同等の効力を持っているわけではない。しかし、これらの下級法院による司法解釈性文書は何ら法律上の根拠もないにもかかわらず[12]、司法解釈（あるいは最高法院の司法解釈性文書）と衝突しない限り、事実上一定

[11] 曹士兵「最高人民法院裁判、司法解釈的法律地位」中国法学2006年３期175頁以下参照。

[12] 1987年３月31日に発効した「各級地方人民法院が司法解釈性文書を制定すべきではないことに関する批復」において、最高法院は下級法院が司法解釈性文書を作成することを事実上禁止したが、現状から見ると、この司法解釈にはもはや実効性がないと言わざるを得ない。また、最高法院が2010年12月28日に公布した「上級人民法院と下級人民法院との裁判業務関係を規範化することに関する若干意見」９条第１項によると、高級法院は「裁判業務文書」という司法文書を制定することで、下級法院の裁判業務を指導することができる。解釈によっては、高級法院による司法解釈性文書の制定が解禁されたと考えることも可能である。

の拘束力をもっている。その形式も司法解釈と類似しているため、両者が混同されやすい。下級法院による司法解釈性文書は最高法院のそれらとは少し異なるが、司法による法形成のひとつのファクターであるため、第３章で最高法院の司法解釈性文書と合わせて検討する。

第２節　案例に関連する用語

もともと中国ではいかなる裁判例にも拘束力がなく[13]、そのため、最高法院の裁判例も「判例」ではなく「案例」と呼ばれてきた。ところが、学説上「判例制度」の導入が主張されるようになってから、案例に定義上・概念上近い用語として、判例や先例なども中国で使われるようになった。本節では、まず（1）判例制度の導入に関する議論でよく使われている「判例法」、「判例制度」と「先例制度」の意味を概観する。そして、（2）案例と最近使われるようになった指導性案例を比較し、その定義を明確にする。

1　学説上の判例法、判例制度と先例制度

ここで明らかにしなければならないのは本論で使う「判例制度」という用語の定義である。中国では判例について議論がなされるとき、最初に参照されたのは英米法系の判例法である。それを念頭に議論が展開されたため、「判例法」という用語が使われてきた[14]。その後、議論が進むにつれ、「判例制度」や「先例制度」[15]などの用語も現れて、「判例法」と並存して議論で使われるようになった。

ここで注意しなければならないのは、同じ「判例制度」という用語を

---

[13] 木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門（第５版）』（有斐閣、2009年）102頁参照。

[14] 例えば、曹培「借鑑判例法、推進改革中的法制建設」武樹臣（主編）『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）24頁以下。論文自体は1987年に書かれたものである。

[15] 先例制度という用語を提出したのは北京大学の教授、張騏である。張氏は中国法の文脈において、先例制度は「判例法」や「判例」よりも受け入れやすいと主張している。張騏「建立中国先例制度的意義与路径：兼答『“判例法”質疑』――一個比較法的視角」法制与社会発展2004年６期98頁以下参照。

使っている論者でも、想定している制度の内容は必ずしも一致しているわけではない、ということである[16]。判例制度の導入にはどんな意味があるのか、司法解釈との間にどのような関係があるのかについての見解はそれぞれ異なるし、外国の経験を参照する場合に想定している対象国にもばらつきが見られる。「判例法」や「先例制度」の中身をも検討の対象に入れると、さらなる混乱が生じる。これらの用語の混乱は通説的な用語法が確立されていないための結果であって、議論そのものの混乱の表れでもある。

このような混乱を回避するためには、これらの用語にとらわれないよう、議論の便宜上、拘束力のある過去の裁判例を「判例」と称するならば、判例の内容、形式、効力、形成方式などを規定した制度体系を中国法の文脈で「判例制度」と称する方がいいと、筆者は考えている。また、これらの用語の中、今もっともよく使われているのは「判例制度」である。現在でも「判例制度」に代わって「判例法」という言葉を使う論者はいるが、ここでいう「判例法」も判例の中から形成された法という通常の意味と違って、まさに一種の法制度を指している。「先例制度」などの用語も同様である。区別があるのはその中身であって、用語そのものではないと思われる。したがって、本稿ではあえてこれらの用語を統一して、日本の学者には馴染みのない「判例制度の導入」という表現を使って、中国における論争を整理したい。具体的な検討は第５章第１節に譲る。

２　案例と指導性案例

案例の意味は単純そうに見えるが、異なる文脈で使われると、異なる意味になることもある。通常の意味では、中国における案例とは一般の裁判例を指す。先述のように、それは日本における判例とは異なり、先例としての拘束力もなければ、事実上の法源性も否定されていると解されている。しかし、同じ裁判例でも、公表された案例とそうでないものの影響力は異なるし、同じく公表された案例でも、最高人民法院公報に

[16] 武樹臣「対十年間大陸法学界関於借鑑判例制度之検討的回顧与評説」武樹臣（主編）『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）367頁以下参照。

掲載された案例と地方の法院が出版した案例集に載っているものとは、裁判実務において異なる評価を得るのであろう。そういう差異を念頭に、中国における案例を二種類に分ける学者がいる[17]。ひとつは、研究者や実務家が研究を行うとき、司法機関から収集した典型的で難解な司法実例である。これらの案例に対する分析は、法理論の充実や法律の解釈に役立つという。もうひとつは、権威のある司法機関、特に最高司法機関が公布した案例である。これらの案例は事実上各級司法機関に対して一定の影響を与えているという。つまり、両者の根本的な差異は法的影響力の有無とされる。

以上のような二分法はとても精確的なものとは言い難いが、それでも、分析の便宜上、中国における裁判例を一般の案例と指導性案例との二種類に分けることは有用だと思われる。指導性案例という用語は案例指導制度に伴って現れた新しい表現である。そして、案例指導制度そのものが初めて正式に提起されたのは「人民法院第二次五ヵ年改革綱要」の中である。しかしながら、最高法院「案例指導規定」1条の規定によると、指導性案例は最高法院によって公布されるとされているため、解釈によっては、「案例指導規定」が公布される前に最高法院が公布した案例も、指導性案例として認められる可能性がある。そうなると、指導性案例の歴史は、最高法院が最初に公報で案例を公布した年である1985年に遡ることができる。

また、「案例指導規定」が公布されるまでの最高法院の公式見解によると、最高法院が公表した案例のほか、各高級法院が公表した案例も指導性案例である[18]。「案例指導規定」にもとづいて新たに公布された案例がまだないことを考慮して、本稿では、最高法院と各高級法院が自分の名義、またはその各部門の名義で編纂・公表したすべての案例を指導性案例とする。すなわち、①『最高人民法院公報』、②『人民法院案例選』、

[17] 劉樹徳＝喩海松『規則如何提煉――中国刑事案例指導制度的実践』（法律出版社、2006年）序3頁参照。

[18] 肖揚「人民法院10年司法改革取得12項突破性進展」http://news.xinhuanet.com/newscenter/2007-11/23/content_7134427.htm（最終訪問日、2011年7月5日）参照。

『中国審判案例要覧』、『人民法院報』、『人民司法』、『刑事審判参考』、『民事審判指導与参考』といった最高法院の各部門が自分の名義で編纂した案例集や新聞、機関誌、裁判指導参考類の書籍など、③『上海法院案例精選』や『北京法院指導案例』など各高級法院が編纂した案例集、④『中国案例指導』（最高法院と最高検察院の合同編纂）に掲載されているすべての案例が本稿における指導性案例である。

本稿はそれ以外のすべての案例をただの案例と称するため、最高法院の裁判官が編集に参加したその他の案例集[19]や「法制日報」[20]のような全国的な法律専門紙に掲載されている案例も指導性案例から除外される。なお、「案例指導規定」がすでに施行されたのにも関わらず、学界では指導性案例に含まれる案例の範囲について、いまだに活発的に議論が行われていることを指摘しておきたい。そういう意味でも、指導性案例の範囲を精確に確定することは難しいのである。これらの議論の具体的な内容については、第５章第１節で検討する。また、実務における制度導入の試みを見てみると、「先例判決制度」や「判例指導制度」、「示範性案例制度」などの制度名が示した通り、各地の法院は必ずしも統一的な理念や目的に基づいて改革の試みを行っているわけではない。実務界でもまだ案例指導制度や指導性案例に関する統一的な見解が形成されていないことが窺える。具体的な検討は第５章第３節に譲る。

第３節　司法による法形成の担い手

中国における司法による法形成は主に司法解釈を通じて行われている以上、一番重要な担い手は最高法院（最高検察院）となる。同時に、一部の司法解釈とすべての案例の形成は個々の裁判官からスタートしていることもまた事実である。そこで、本節では、（１）司法解釈と案例の形成にかかわる最高法院の各部門を概観し、（２）裁判官が司法解釈と案例の形成に参加するための制度を説明する。

---

[19] 代表的な例として、法律出版社が出版した「法院指導案例与裁判根拠シリーズ」［法院指導案例与審判依拠系列］などの案例集がある。

[20] 法制日報は中央政法委員会の機関紙であり、全国的な影響力を持つ法律専門紙でもある。

1　司法による法形成にかかわる最高人民法院の各部門

司法解釈の形成にかかわる最高法院の各部門の中、作成過程における立案、組織、調整、審査などの作業を担当しているのは研究室である。そして、実際の起草作業を担当しているのは最高法院の各裁判業務部門であって、最終的に司法解釈の審議・採択を行うのは裁判委員会である[21]。

案例の形成に関しては、『最高人民法院公報』における案例の編集は辦公庁が、『人民法院案例選』の編纂は中国応用法学研究所が、『中国審判案例要覧』の編纂は国家法官学院が、『人民司法』における案例の編集は人民司法雑誌社が、『人民法院報』における案例の編集は人民法院報社（新聞社）が行っている。各裁判業務部門が自ら編集作業を行う裁判指導参考類の出版物については、表1.1の通りである。

表1.1　最高人民法院の各裁判業務部門に対応する裁判指導参考類の出版物

最高人民法院・裁判業務部門	案例を掲載する出版物
立案第一廷・第二廷	『立案工作指導』
刑事裁判第一廷から第五廷	『刑事審判参考』
民事裁判第一廷	『民事審判指導与参考』
民事裁判第二廷	『民商事審判指導』
民事裁判第三廷	『知識産権審判指導与参考』
民事裁判第四廷	『涉外商事海事審判指導』
行政裁判廷	『行政審判指導』
裁判監督廷	『審判監督指導』
執行業務辦公室	『強制執行指導与参考』

最高法院の各裁判業務部門は各自の業務範囲に対応する司法解釈を起草し、案例を編纂する。例えば、民事裁判第三廷は知的財産権に関する裁判業務を担当しているため、知財に関する司法解釈の起草作業と『知識産権審判指導与参考』における案例の編纂を担当する。また、知財に

[21]「最高法院司法解釈規定」４条、８条、16条によって規定されている。これらの規定の具体的な検討は第３章第１節に譲る。

関する司法解釈性文書やその他の司法文書の作成、知財事件に関する問い合わせに対する回答を行うのも民事裁判第三廷の業務である。

研究室は実際の裁判を行わないため、そういう意味では裁判業務部門に属さない。しかしながら、その業務範囲が多岐にわたっていて、司法による法形成の中心的な役割を果たしていると言える。具体的には、最高法院のホームページに掲載されている研究室の役割のうち、法の形成、特に司法解釈、司法解釈性文書、案例の形成に関わるものとして、以下のものが挙げられる。①司法解釈の作成業務、②下級法院および関連するその他の部門からの法の具体的な適用問題に関する問い合わせに対する回答、③総合的な文書・報告の起草。②に関しては、各裁判業務部門の業務にかかわる問い合わせに対する回答は必ずしも研究室を経由するわけではないが[22]、少なくとも司法解釈となる回答は研究室の審査を経なければならない[23]。③に関しては、司法解釈に属さない「最高法院司法解釈規定」を起草したのは研究室であることから[24]、司法解釈性文書やその他の司法文書もここでいう「総合的な文書」に含まれると思われる。

裁判委員会は各級法院に設置され、民主集中制を実施するとされる。その任務は「裁判の経験を総括し、重大または難解な事件およびその他の裁判業務に関する問題を討論することである」(法院組織法10条１項)。

---

[22] 例えば、下級法院からの問い合わせに対する回答で、研究室を経由しなかったと思われる例として、最高人民法院民事裁判第三廷「検索報告の提出が実用新案権侵害の訴訟提起の要件であるかどうかに関する問い合わせに対する回答」([2001] 民三函字第２号、2001年11月13日公布) がある。また、関連部門からの問い合わせに対する回答で、同じく研究室を経由しなかったと思われる例として、最高人民法院知識財産権廷（民事裁判第三廷の前身――筆者)「国務院法制辦公室秘書行政司 [1999] 107号函に対する回答意見」([2000] 法知字第１号、2000年12月21日公布) がある。

[23] 司法解釈のほかに、下級法院からの問い合わせに対して、研究室が自ら回答する例もある。最高人民法院研究室「新しい人身損害賠償の裁判基準が期間満了前の自動車第三者責任保険契約に適用すべきかどうかの問題に対する回答」(法研 [2004] 81号、2004年６月４日公布) がそれにあたる。

[24] 呉兆祥「『関於司法解釈工作的規定』的理解与適用」人民司法・応用2007年５期30頁参照。

司法による法形成に関して、最高法院の裁判委員会が果たすべき役割は最高法院「裁判委員会業務規則」（1993年８月20日採択、1998年12月29日改正）に規定されている[25]。すなわち、院長または副院長が審議に付すよう提出した司法解釈の草案を討論・採択すること（２条３号）である。改正される前は、最高法院公報に掲載する司法解釈と案例を討論・決定すること（改正前の２条４号）も裁判委員会の任務とされていた。公報に掲載されている案例は裁判委員会の審議を経ていたからこそ、指導性案例におけるもっとも権威的な地位を確立したと言われている[26]。

２　司法による法形成における裁判官の役割

裁判官には法を解釈する権限がないと一般的に理解されている[27]。司法の領域において、法を解釈する権限を持つのは最高司法機関だけである。裁判官は法の解釈さえも許されていないなら、新しいルールを形成することなど原理的に不可能なことになる。

しかしながら、一般の裁判官でも司法解釈の制定を提案することができるし[28]、法院内の問い合わせ制度を利用して、裁判における法の具体的な適用に関する問題を提出すれば、結果として司法解釈の形で問い合わせに対する回答が出されることもある。そこで、法院内の問い合わせ制度を説明しておく必要がある[29]。

問い合わせ［請示］制度というのは、「下級法院が事件の審理の過程において、その実体処理または手続問題に関して、口頭または書面の形

---

[25] 最高法院の裁判委員会のその他の役割に関して、牛振宇「正視与反思：最高法院審判委員会制度研究」左衛民等著『最高法院研究』（法律出版社、2004年）274頁以下参照。

[26] 周道鸞「中国案例制度的歴史発展」法律適用2004年５期７頁参照。

[27] 鄧修明「論我国司法解釈模式的重塑」社会科学研究2007年１期87～88頁参照、論文の作者は四川省高級人民法院の副院長である。

[28]「最高法院司法解釈規定」10条１項は、「一般市民」にも司法解釈の制定を提案する権限を与えている。具体的な検討は第３章第１節に譲る。

[29] 問い合わせ制度を詳しく説明した日本語文献として、坂口一成『現代中国刑事裁判論裁判をめぐる政治と法』（北海道大学出版会、2009年）282～286頁参照。

式で上級法院に問い合わせて、上級法院が回答を行う制度」[30]である。これは法に定められた制度ではなく、建国後の司法における慣習を内部規定で定着させたものである。制度の枠組みは以下の通りである。

まず、問い合わせの相手について、最高法院経済裁判廷「問題についての問い合わせに関する注意事項」（法経［1990］147号、1990年10月29日採択）[31]は各級法院の１級上の法院と規定している。これを繰り返すことで、最終的には高級法院が最高法院を相手に問い合わせを行うことになる（いわゆる［逐級請示］である）。

そして、問い合わせの形式について、最高法院「事件の問い合わせを送付する際に注意すべき問題に関する通知」（1986年３月24日公布）は「正式な問い合わせ報告を作成し、詳細な事案報告と一件記録を添付しなければならない」と規定している。つまり、問い合わせは書面によって行わなければならないとされている。しかしながら、実務では、電話または訪問によって問い合わせが行われることもよくあると言われている[32]。

さらに、問い合わせの内容について、最高法院「事件の問い合わせを送付する際に注意すべき問題に関する補充通知」（1990年８月16日公布）は以下のように規定している。すなわち、問い合わせを行える事件は、数少ない重大・困難な事件と、政策・法律の規定が明らかでない、または罪の認定と法適用が難しい事件に限られる。また、事件の事実と証拠を明らかにする責任を負うのは問い合わせを提出する法院である。つまり、事実認定は問い合わせの対象ではない。

「最高法院司法解釈規定」に規定されている４種類の司法解釈の中、高級法院、軍事法院からの問い合わせに対する回答として出される「批復」は、まさに問い合わせ制度を経由して形成されるものである。ただ

---

[30] 万毅「歴史、現状与走向：案件請示制度研究――以最高法院為中心的考察」左衛民等著『最高法院研究』（法律出版社、2004年）355頁。

[31] 当該司法解釈性文書は、最高法院辦公庁「問題解答業務改善に関する通知」（［64］法研字第75号、1964年９月11日）と最高法院辦公庁「問題についての問い合わせに関する通知」（［73］法辦字第004号、1973年11月７日）における同旨の規定を再確認したものである。

[32] 万毅・前掲注（30）357 ～ 358頁参照。

し、問い合わせ制度を通じて司法解釈の形成に関与できるとはいうものの、裁判官はただ問題を提出するだけであって、その回答を司法解釈にするかどうかを決定するのはあくまで最高法院の裁判委員会である。

指導性案例の形成においては、裁判官はただ判決を下すのではなく、実際に案例集に対する投稿を業務の一環として行うことが多い。『上海法院案例精選』の編集の流れを見てみると[33]、まず、上海市高級法院の各業務部門が指導性案例の基本的な書式を決定し、分類して募集要項とともに上海市の各法院に下達する。そして、各法院の裁判官が自薦の形で投稿を行う。そこで要求されているのは「すべての人が参加し、すべての人が自薦するという活動の雰囲気を形成する」[34]ことである。その後、各法院が投稿された案例から優秀なものを選出して、高級法院に報告し、高級法院がさらに優秀な案例を選定する。選定された案例は投稿した裁判官本人によって、書式通りに修正され、高級法院研究室の最終審議を経て公表される。

案例集に掲載されるまで、所属法院、高級法院、高級法院研究室による計3回の審査を受けなければならないが、指導性案例の形成に裁判官が積極的に参加することを推進しようとする意図が見て取れる。吉林省と四川省の高級法院は裁判官に投稿のインセンティブを与えるために、案例集に掲載された案例の投稿者を奨励する制度まで導入した[35]。裁判官が投稿によって指導性案例の形成に関与する体制が形成されつつあると言えよう。

---

[33] 上海市高級人民法院研究室「規範与示範並重、多級網絡互動――上海法院構建案例指導制度的実践与思考」沈徳咏主編『中国特色案例指導制度研究』（人民法院出版社、2009年）67～68頁参照。

[34] 上海市高級人民法院研究室・前掲注（33）63頁。

[35] 吉林省高級人民法院・劉岩「指導性案例的推選与発布程序研究――从吉林省案例工作実践展開的思考」沈徳咏主編『中国特色案例指導制度研究』（人民法院出版社、2009年）107頁、天津市高級人民法院・李少平「構建案例指導制度之実践与思考――以四川法院為例」同書89～90頁参照。

第２章　司法による法形成の発展史

本章では、それぞれ司法解釈の発展史と案例（指導性案例）の発展史を概観する。関連する制度の形成の経緯から、いかなる理念や思惑に突き動かされて、現在の司法解釈と案例が形作られたかを明らかにする。なお、両者が辿ってきた歴史こそ異なるが、ともに最高司法機関による能動的な制度形成活動を通じて推進されてきた点から、共通性を見出すことは可能である。以下では、この点を踏まえて、具体的な検討を行う。

第１節　司法解釈の発展史

最高人民法院は「中華人民共和国中央人民政府組織法」（1949年９月27日公布・施行）[1]の実施とともに成立したが、正式的に活動し始めたのは1949年11月１日のことだと言われている[2]。そして、同11月３日には、現在公表されている司法解釈の中でもっとも古いものである「北京市・天津市の法院は今後の事件の判決において、どの法院に上訴が提起されたのかを明記すべきことに関する命令」（法秘字第14号）が公布された[3]。時期的には、この最初の司法解釈は中国建国直後の三大立法といわれている婚姻法（1950年４月13日）、土地改革法（1950年６月28日）、労働組合法（同日）よりも施行が早かったのである。また、これは司法解釈の最初の法的根拠となる全人大常務委員会「法律解釈の問題に関する決議」（1955年６月23日採択）[4]が施行される前に、最高法院がすでに司

[1] 中央人民政府組織法５条後段は、「最高人民法院と最高人民検察署を組織し、それぞれ国家の最高裁判機関、および最高検察機関とする」と規定した。また、同法の26条と27条は最高人民法院の役割と基本構成を規定した。

[2] 馬守敏「法院沿革見証風雨歴程」人民法院報2009年９月27日５面参照。

[3]『中華人民共和国最高人民法院司法解釈全集（第１巻）』（人民法院出版社、1994年）に掲載された最高法院による最初の司法解釈はそれであるが、文書番号から推測すると、それ以前には少なくとも同種類の司法文書が13件もあった。その中に司法解釈の性格を持つ司法文書はほかにもあったかもしれないが、公表されていない限り、それを確認するすべがない。

[4] 決議２条によると、「裁判過程における法律と法令の具体的な適用問題に関しては、最高人民法院裁判委員会が解釈を行う」。なお、同決議は解釈決議の公布とともに失効した。

法解釈活動を行っていた証拠でもある。

最高法院が建国直後という早い時期から積極的に司法解釈活動を行ってきたのはそれなりの理由があった。1949年２月22日に、中国共産党中央が「国民党の六法全書を廃棄し、解放区の司法原則を確定することに関する指示」という文書を公布し、国民党政府の法律・法令をすべて廃止した。その結果、中華人民共和国の立法作業はほとんどゼロからのスタートとなり、法体系の確立も長い道のりを辿った。その際、立法の空白を埋めて、裁判の根拠となったのはまさに司法解釈である。その後、立法作業が進むにつれて、司法解釈活動の重心も立法の空白を埋めることから、法律の内容の具体化と立法の不足を補うことへと移動した。

司法解釈の発展史を具体的に見てみると、いくつかの時期に分けることができる。その分け方に関しては諸説があるが、統一した基準がないため、通説は形成されていない。特に影響力のある説は最高法院の研究室主任を務めた周道鸞によるもので、建国から1993年６月までの最高法院の司法解釈活動を４つの時期に分けている[5]。

①1949年10月１日から社会主義改造が完了する1956年までは第１段階である。この時期の法院が裁判において適用していたのは法律というより、むしろ政策である。法整備があまり進んでいなかったため、この時期の司法解釈のほとんどは法律解釈ではなく、政策解釈である。②1957年から文化大革命が発生する1966年までは第２段階である。政治の左傾化が進み、立法作業が停滞したこの時期において、最高法院の司法解釈活動もかなり控えめになった。③1966年５月から1976年までの文化大革命の時期はすなわち第３段階である。法院自体が機能しなくなったため、司法解釈活動も大きく挫折し、ほとんど停滞状態に陥った。④1977年以降、特に1978年の中国共産党11期３中全会以降は第４段階である。立法作業が一気に進み、法体系の基本的な枠組みが形成されたため、司法解釈活動もそれに合わせてかなり活発になった。また、内容や形式、制定

[5] 周道鸞「論新中国的司法解釈工作」法律適用1994年５期７～９頁参照。また、周道鸞「新中国司法解釈工作的回顧与完善司法解釈工作的思考（代序）」『中華人民共和国最高人民法院司法解釈全集（第１巻）』（人民法院出版社、1994年）代序４～７頁も同旨。

手続などの面で、司法解釈の改革が進められて、大きく発展を遂げた。

以上の時期区分は基本的に中華人民共和国の発展の各歴史段階に対応しているが、司法解釈の内容や形式などの側面から区分の根拠をはっきりと示していないのがその欠点である。それに対して、中国における最初の司法解釈研究の専門書の作者である董皞は司法解釈の制定主体、手続と内容の三つの基準から、司法解釈の発展史を分析した[6]。

①司法解釈の制定主体からみると、その歴史は３つの時期に分けられる。1949年から1955年「法律解釈の問題に関する決議」が採択されるまでは制定主体が不明の時期である。1955年の決議の施行から、1981年解釈決議が採択されるまでは単一制定主体（最高法院）の時期である。1981年解釈決議が施行されてから現在に至るまでは二元制定主体（最高法院と最高検察院）の時期である。

②司法解釈の制定手続からみると、その歴史は３つの時期に分けられる。1949年から1955年までは主体が不明で、かつ手続が規範化されていない時期である。1955年から1997年最高法院「司法解釈業務に関する若干規定」が公布されるまでは主体が明確であるが、手続が規範化されていない時期である。1997年以降は手続の規範化が進められた時期である。

③司法解釈の内容からみても、その歴史は３つの時期に分けられる。1949年から1954年第１期人民代表大会が開かれるまでは政策解釈を「主」とし、法形成を「補」とする時期である。1954年から1978年中国共産党11期３中全会が開かれるまでは法形成を「主」とし、政策解釈を「補」とする時期である。1978年以降は法解釈と法創造が並行する時期である。

周道鸞と董皞の区分法を合わせて、司法解釈の発展史を分析してみると、その歴史に大きな転換点が２つあることが分かる。１つ目は何回も強調された1978年の中国共産党11期３中全会である。１つ目の転換点の前後では、立法作業の進み具合に天と地の差があるため、司法解釈の内容もそれに対応するかのようにまったく異なっていた。そういう意味では、1978年の中共11期３中全会の開催というよりも、むしろ後の法体系の整備へのきっかけとなった刑法と刑事訴訟法（両者とも1979年７月１

[6] 董皞『司法解釈論』（中国政法大学出版社、1999年）136 ～ 145頁参照。

日採択）の制定[7]を１つ目の転換点として評価すべきである。２つ目は1997年の最高法院「司法解釈業務に関する若干規定」の公布である。「司法解釈業務に関する若干規定」が採択されて以降、司法解釈が完全に公開され、所定の手続にしたがって制定されるようになった。形式の面で一気に改革が進んだという意味で、この規定の公布が大きな転換点となった。この２つの転換点を境に司法解釈の歴史を３つの時期に分けることができると考えられる。

①1949年建国から1979年７月までは、立法作業の遅れの影響で、司法解釈の法解釈としての性格が極めて弱く、政策解釈と法形成の性格が極めて強い時期である。また、この時期の司法解釈はほとんど内部文書として扱われていて、公表されていなかった。形式的にも統一されておらず、制定手続も不明確であった。

政策解釈の代表例は執行延期２年付死刑制度を導入した一連の司法解釈である。毛沢東は1951年５月８日に執行延期２年付死刑について、以下のような指示を出している。すなわち、「…およそ死刑に処すべき者は、人を殺害した者、大衆のうらみを買うその他の重大な罪、たとえば多くの婦人を強姦した者、あるいは多くの財産を略奪した者、および国家の利益にもっとも重大な損害をあたえた者にたいしてのみ刑を執行することとし、そのほかはすべて死刑、ただし執行延期二年という判決をくだし、延期期間に労働を科して、その態度をみるという政策をとる」[8]、と。

この指示が出された後、最高法院はすぐ一連の司法解釈を公布して、当該政策を解釈し、その具体的な適用を下級法院に指示した。「『死刑に処し、執行延期二年という判決を下し、労働を科し、その態度をみる』という政策を正確に執行することに関する通告」（法研字第６号、1951年10月19日）や「執行延期二年付死刑に処する方法は一般の刑事事件に試行できるかどうかに関する返信」（法督字第24号、1951年12月25日）、「執行延期二年付死刑に処された犯人の減刑などの問題に関する批復」（法研字第927号、1957年１月14日）などがそれである。中国独特の執行

[7] 木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門（第５版）』（有斐閣、2009年）45頁参照。

[8]『毛沢東選集（第五巻）』（外文出版社、1977年）61頁。

延期２年付死刑制度はまさに指導者の指示＝党の政策から生まれて、司法解釈によって定着されたと言えよう。

それに対して、この時期における法解釈の性格をもつ司法解釈の数が限られている。解釈の対象となる法がほとんど整備されていなかったのが大きな原因の一つであるが、解釈の対象があるにもかかわらず、法を解釈しようとしない現象も見られる。婚姻法は建国直後に成立したが、婚姻問題に関する司法解釈はほとんど下級法院による問い合わせに対する回答であり、その内容もほとんど婚姻法の規定を解釈するものではない[9]。考えられる原因は２つある。まず、婚姻法に関する問題の包括的な回答はすでに中央人民政府法制委員会によって出されたのである[10]。そして、裁判官の質が低かったため、具体的な問題に関する問い合わせを一々答えるしかなかったと考えられる。例えば、「県公安部隊の隊員の婚姻問題は現役の革命軍人の婚姻問題として処理すべきかどうかの問題に関する返信」（法編字第1313号、1951年４月29日）によると、（当時の）察哈尔省法院は、婚約の取り消しにおける県公安部隊の隊員を現役の革命軍人として取り扱うべきかどうかについて、最高法院に問い合わせたところ、現役の革命軍人として処理すべきだという指示が出された。しかしながら、1951年12月20日（原文のママ）に人民革命軍事委員会の批准を受けた「各級人民公安機関、各地人民警察と人民公安部隊を編成することに関する通知」によれば、県公安部隊の隊員が人民解放軍公安部隊のメンバーであり、現役の革命軍人であることは明白である。このようなことに関しても、殊更に最高法院に問い合わせしなければならないところを見れば、裁判官の質の低さが窺えよう。

そして、法的には最高法院にしか司法解釈を制定する権限がないとされているが、実際に司法解釈を出している主体は多様である。1981年法

[9] 婚姻法の規定に関する解釈と考えられる数少ない司法解釈として、「婚姻法19条の解釈意見に対する回答」（法編字第5456号、1951年５月25日）や「婚姻法25条の規定に関する生活費の問題に対する意見」（法編字第6264号、1951年６月25日）、「婚姻法18条の規定の適用に関する回答」（法辦字第3051号、1952年７月19日）などが挙げられる。

[10] 中央人民政府法制委員会「婚姻法実施の若干問題に関する解答」（1950年６月26日）と「婚姻問題に関する若干の解答」（1953年３月19日）がそれである。

律解釈決議の施行の前にすでに最高検察院が単独で、または最高法院やその他の部門と合同で司法解釈を出す例がたくさんあったし、他の政府機関が最高法院と合同で司法解釈を作成する例も多数見られる[11]。最高法院以外に司法解釈の作成に参加した権限を持たない部門が中国共産党中央、全国人大、国務院など33の部門に及ぶという統計もある[12]。

また、この時期に出された司法解釈の数の経年変化は極めて激しいのである。政治情勢の不安定がその原因だと言えよう。特に文化大革命の11年間（1966年～1976年）は59件の司法解釈しか制定されなかった。文化大革命以前の年間平均50件の水準[13]と比べてみれば、政治問題による影響の大きさが窺える。

②1979年７月以降から1997年６月までの間に、法体系の整備が進むのにつれて、司法解釈は政策解釈としての機能が弱まり、法解釈あるいは法解釈の外観をかたどった法形成の機能が強まって、内容面で大きな変化が現れた。

この時期の司法解釈は政策解釈からの脱却を始めたが、その過程は漸進的である。1987年の６期人大５次会議における最高法院活動報告の中で、鄭天翔院長は「…民法通則、経済契約法、渉外経済契約法などの法律に依拠して、できる限り司法解釈を作成する」と述べて、初めて法律に依拠して司法解釈を作成するという表現を使った。逆に言うと、民法通則（1986年４月12日採択、1987年１月１日施行）が制定されるまで、最高法院はかならずしも法律に依拠して司法解釈を制定していたわけではなかった。その証拠に、1984年８月30日に公布・施行された最高法院「民事政策法律の執行を貫徹することに関する若干問題の意見」（[1984]法辦字第112号）という司法解釈は離婚、離婚後の財産分与、相続など、９種類の問題に関する81か条の処理意見をまとめたが、先に各種の問題

[11] 刑法の司法解釈に限られるが、司法解釈の制定主体の混乱状況を示した論文として、陳志軍「中国刑法司法解釈体制演進過程之検視与反思」雲南大学学報法学版2006年１期93頁以下参照。

[12] 謝宝紅「走向正義――中国司法解釈的実践路径」最高人民法院編『人民法院改革開放三十年論文集』（人民法院出版社、2008年）500頁参照。

[13] 紀誠『最高人民法院司法解釈・一個初歩的考察』（中国政法大学出版社、2007年）17頁の統計による。

に関する政策を示し、続いて具体的な処理意見を箇条書きの形式で規定するという体裁採用している。また、その前書きには「我々は憲法と関連政策・法律規定の精神に従い、…以下の意見を提出する」と書いてある。政策に対する解釈という性格がまだ完全に払しょくされていないことは明らかである。

司法解釈は内容の面で政策解釈から法解釈へと転換すると同時に、手続の面でも一定の変化を見せた。まず、1985年に「最高人民法院公報」の創刊とともに、司法解釈が定期的に公表されるようになった。それ以前は「人民司法」でごく一部のものが公表されたほか、残りの司法解釈は全部内部発行の文書として公開されていなかったと言われている[14]。また、1990年に中国検察出版社が『新中国司法解釈大全』（梁国慶主編）を出版し、人民法院出版社も1994年に『最高人民法院司法解釈全集』（第１巻、最高人民法院研究室編）を出版するなど、司法解釈の全集が出版されるようになり、建国から内部文書として扱われてきた司法解釈の一部も確認できるようになった[15]。なお、この時期に最高法院公報に掲載された司法解釈の一部は内部文書として下達された同名のものと異なることもあり、公開の不十分さが指摘されている[16]。

そして、司法解釈が裁判文書において引用できるようになったこともこの時期の特に注目すべき変化の一つである。司法解釈の引用を明示的に許可した最初の司法文書は最高法院「全国経済裁判活動座談会紀要」（法発［1993］８号、1993年５月６日）である。当該紀要の第３項目は、「…最高人民法院による法律の具体的な適用に関する司法解釈は、各級人民法院が遵守して執行しなければならないし、法律文書において引用することもできる」と規定した。この紀要はまだ司法解釈の引用を経済裁判活動に限定しているが、裁判文書における司法解釈の引用を可能に

[14] 謝宝紅・前掲注（12）502頁参照。

[15] 掲載されている文書番号が連続じゃないことを見れば分かるように、すべての司法解釈が公表されているわけではなく、「とうてい網羅的とはいえない」と言われている。鈴木賢「中国司法における案件処理の『秘密兵器』」東方1992年３月号34頁参照。

[16] 紀誠・前掲注（13）23頁参照。

した点で大きな意味を持つ。それまで、最高法院がわざわざ「法律文書の作成において、法律規範性文書をいかにして引用すべきかに関する批復」（法研復［1986］31号、1986年10月28日）という司法解釈で法律文書における司法解釈の引用を否定したことと比べれば、これは大きな前進である。その後、1994年７月８日の最高法院裁判委員会第668回会議は、「今後司法解釈を適用して判決を下した事案については、判決書と裁定書において、適用した司法解釈を引用しなければならない」と決定した。司法解釈はついに「案件処理の『秘密兵器』」[17]から公開される正式な裁判の根拠へと変わったのである。

なお、制定主体の面では最高検察院も法的に承認された司法解釈の制定者となったが、両最高司法機関がほかの部門と合同で司法解釈を出す例がまだたくさんあるため、前の時期と比べて、本質的な違いがないと言うべきだろう[18]。そして、文書番号の混乱や制定手続の不明確などの問題も残っており、この時期は司法解釈の規範化への過渡期だと言えよう。

③1997年以降、司法解釈に関する初の手続規定の導入によって、内容面だけではなく、制定手続などの形式面においても、司法解釈の改革がさらに深化した。

最高法院が1997年６月に公布した「解釈業務に関する若干規定」（法発［1997］15号）は、最高法院による司法解釈の効力とその制定手続を明文で規定した最初の司法解釈性文書である[19]。手続規定の導入によって、建国から48年間混乱が続いた司法解釈の文書番号が「法釈［XXXX］○○号」に統一された。また、それ以降の司法解釈は完全に公開される

[17] 鈴木賢・前掲注（15）32頁。

[18] 公安部は1984年11月８日に、「最高人民法院、最高人民検察院による二つの司法解釈文書を印刷･公布することに関する通知」（［1984］公研字100号）を発し、1981年の法律解釈決議に従って、司法解釈に関わる問題については、今後最高法院と最高検察院に従うこととし、公安部はこれ以上司法解釈を印刷・公布しないと規定したが、実際のところ、合同公布の現象が消えたわけではなく、ただ数が減っただけである。周道鸞・前掲注（５）９頁参照。

[19] 最高検察院は、最高法院よりも早く、1996年12月に「司法解釈業務暫定規定」を公布した。

ようになり、引用できる裁判規範として定着したのである[20]。

内容からみると、政策解釈の痕跡がほとんど消えた。「この段階（1998年以降）の司法解釈はもはや完全に立法化へと方向転換した」と言われているように、司法解釈の法形成の側面がいっそう際立つようになった。しかしながら、司法解釈の中で、政策を反映する要素が完全に消えたわけではない。例えば、最高法院「未成年者刑事事件の審理における法律の具体的な適用の若干問題に関する解釈」（法釈［2006］１号、2006年１月11日公布、同１月23日施行）には「…『教育を主とし、懲罰を補とする』原則を貫徹するため…」が当該解釈の制定理由として書かれている。この原則は「未成年者保護法」（1991年９月４日公布、1992年１月１日施行、2006年12月29日改正）54条（改正前の38条）に規定されたもので、その根底にあるのは「懲罰と寛大を結合する」という刑事政策である[21]。この司法解釈はまさに当該刑事政策を反映しているのである[22]。

最近の流れとして、2005年10月26日に公布された「人民法院第二次五カ年改革綱要」（法発［2005］18号）14条が「最高人民法院の司法解釈の制定手続を改革・改善し、司法解釈の質をいっそう高める」ことを目標として掲げたことを受けて、最高法院は2007年に「最高法院司法解釈規定」を公布した。そして、2009年３月17日に公布された「人民法院第三次五カ年改革綱要」（法発［2009］14号）の二の（一）の10によると、「最高人民法院の司法解釈業務に関して、関連部門との協力体制および人大への報告・登録［備案］制度を改善し、司法解釈の統一と権威を保障する」ことが改革の目標として掲げられた。司法解釈に関する改革はまだ完成しているわけではないが、その重心は制定手続と質の改善から実効

[20]「この規定は一定の程度において法体系における司法解釈の地位を高めた。それから、司法解釈は事実上我国の重要な裁判根拠の一つとなった」と評されている。謝宝紅・前掲注（12）503頁参照。

[21] 梁根林「当代中国少年犯罪的刑事政策総評」南京大学法律評論2009年２期112 ～ 113頁参照。

[22] 当該司法解釈６条は「教育を主とし、懲罰を補とする」という原則を貫徹するあまり、刑法を実質的に修正したと批判する学者がいる。褚玉竜＝梁亜維「司法解釈無権修改法律――評最高法［2006］１号司法解釈第６条」人大研究2006年４期36 ～ 38頁参照。

性の確保へと移動したと思われる。

第２節　案例の発展史

案例の発展史は司法解釈のそれと違って、あまり注目されていない。それには幾つかの要因があると考えられる。まず、最高法院が1985年から公報で案例を公表するようになるまで、ごく稀に司法解釈の形で下達されるケースを除けば、案例は中国司法の表舞台に立つことがなかったのである。また、2004年の最高法院による「人民法院第二次五カ年改革綱要」が打ち出されるまで、案例の役割は裁判の「参考」に供することに限定されていた。中国は大陸法国家であり、案例には英米法国家の判例のような拘束力がない、とよく言われているように[23]、司法解釈と比べたら、案例の立場は先天的に弱いのである。そして、学界も実務界もこういった事情の影響で、従来から案例を軽視する傾向がある。

それでも、建国から、現在に至るまで、案例は中国司法において、一定の役割を果たしてきたことは事実であり、その歴史を３つの時期に分けることができると考えられる[24]。

①1949年から1985年最高人民法院公報で案例が公表されるようになるまでは第１の時期である。この時期において、案例は主に裁判の経験をまとめる作業に供する材料として、その役割を果たしてきた。建国初期から、案例の収集、整理と研究によって、裁判の経験がまとめられて、法院の裁判業務の規範化を図る活動が展開されてきた。

例えば、1955年、当時の最高法院院長である董必武の指示のもとで、刑事事件における罪名、刑の種類、量刑の幅を統一するために、最高法

[23] 沈宗霊『法理学与比較法学論集（上冊）』（北京大学出版社＝広東高等教育出版社、2000年）445頁、徐景和『中国判例制度研究』（中国検察出版社、2006年）69 ～ 70頁、劉樹徳＝喩海松『規則如何提煉――中国刑事案例指導制度的実践』（法律出版社、2006年）序３頁、人民法院報社課題組「関於案例指導制度的調研報告」最高人民法院研究室編『審判前沿問題研究――最高人民法院重点調研課題報告集』（人民法院出版社、2007年）462 ～ 463頁参照。

[24] 以下の記述については、周道鸞「中国案例制度的歴史発展」法律適用2004年５期２～７頁を参照した。時期の区分は筆者によるものである。また、筆者が知る限り、これは現代中国の案例の歴史を専門的に紹介した唯一の論文である。

院は全国各地から19,200件の刑事事件の案例を収集し、その中から5,500件の代表的な案例を選出して研究の基礎材料とし、さらにそれに基づいて、９種類の罪、92種類の罪名、10種類の刑をまとめた。この作業は刑法典の制定にいい材料を提供しただけではなく、刑事裁判業務のレベルの向上にも貴重な経験を提供したとされる。

その上、1962年２月に毛沢東は法制を無視することによる混乱を収拾するために、以下のような指示を出した。「刑法は必要であるし、民法も必要である。今は無法無天であり、法制がなければ駄目である。刑法と民法を作らなければならない。法律を制定するだけではだめで、案例も編纂しなければならない」[25]、と。この指示を受けて、最高法院は12月に「人民法院の活動における若干問題に関する規定」を公布し、「裁判活動の経験をまとめて、案例の形式を活用して裁判活動を指導する」ことを打ち出した。

当該規定によると、以下の要件で案例を選出しなければならない。①代表的な案例であること。つまり、各種の事件における各種の状況に対応する典型的な案例でなければならない。②判決が正しい案例であること。場合によっては、特に教育的な意義を有する誤判も含まれる。③判決書に事件の事実が明確に書かれており、判決理由が十分に示されていて、論点が的確であり、範例としての効果がある案例であること。また、案例の選定の手続も同規定に示されていた。すなわち、案例を選定する業務は最高法院と高級法院によって行われるが、中級法院と基層法院も積極的に材料と意見を提出しなければならない。高級法院が案例を選出するときは、繰り返して研究し、裁判委員会の議論を経て選定し、下級法院の参考に供するとともに、最高法院に報告・登録しなければならない。最高法院は全国的に有意義で典型的な案例を選出し、中央政法グループの批准を経て、最高法院裁判委員会決議の形式で、各級法院に下達して、比照と援用に供する[26]。しかしながら、当該規定に従って、案例を選出して下達した例があるかどうかは不明である。その後の1966年に文化大革命が起こったことを考えると、たとえ内部文書として下達された

[25] 劉樹徳「析判例在両大法系中的地位和作用」人民法院報2003年８月11日 B4面。
[26] 劉樹徳・前掲注（25）参照。

案例があったとしても、その数は限られていると思われる。

そして、文化大革命以降、最高法院が直接に案例を選んで、内部資料として下達するようになった。これらの内部資料を直接入手することはできなかったが[27]、その存在を証明する証拠として、毎年の最高法院院長による「活動報告」がある[28]。

例えば、1979年の５期人大２次会議における江華院長の報告によると、冤罪や誤判などの問題を解決するために、「（我々は）会議を開くことや出版物を出すこと、案例を下達することなどによって、この活動の展開を推進している」。また、1982年の５期人大５次会議における江華院長の報告では、「最高人民法院と一部の高級人民法院は、一部の政策の執行と法律の適用の面で比較的に優れている経済犯罪に関する典型的な案例を選出・編纂し、下達して下級人民法院の事件処理の参考に供した」と述べられている。1984年の６期人大２次会議における鄭天翔院長の報告によると、各級法院の刑事裁判活動を監督するために、「（我々は）一部の刑事案例を選出・編纂して、各地の法院が罪と刑を正しく見定めるのに、一定の効果を発揮した」。

以上の例を見れば分かるように、一定の目的を達成するために、特定の範囲内で案例を選択し、下級法院に下達するのは、文革以降から1980年代前半までの案例の運用の特徴である。また、選ばれた案例が刑事事件に集中しているのも特徴の一つである。推測できる理由は２つほどあると思われる。まず、刑法と刑事訴訟法はともに1979年に公布・施行さ

---

[27] 最高法院による内部文書として下達された案例集の例として、全部で34件の刑事事件の案例を収録した、1984年５月24日と12月22日に下達された『刑事犯罪案例選編（一）』（(84) 法辦字第70号）と『刑事犯罪案例選編（二）』（(84) 法辦字第129号）が挙げられるが、筆者未見である。周道鸞・前掲注（24）４～５頁参照。

[28] ５期人大２次会議以前は断続的に最高人民法院の活動報告が行われてきたが、５期人大２次会議以降は毎年の全国人大の会期中に最高法院の院長による前年度の活動報告が行われるようになった。報告の題名は「最高人民法院活動報告」［最高人民法院工作報告］である。1980年～ 2009年の活動報告は中国中央人民政府のホームページで確認できる。http://www.gov.cn/test/2008-03/21/content_925627.htm（最終訪問日、2011年７月５日）。

れたが、民法の基本法にあたる民法通則は1986年に公布・施行されたものである。すでに施行された法律に関する案例が優先的に公表されたのではないかと考えられる。そして、文革以降の1980年代初頭においては、犯罪に打撃を加えて、社会秩序を維持することが政府の最重要課題であったため、司法もそこに重心を置いたと考えられる[29]。ともかく、広範囲にわたる各法分野から案例を選出・編纂して、下級法院に下達して裁判活動の参考に供するやり方は、まだ確立されていなかったと言えよう。

②1985年から2004年に「人民法院第二次五カ年改革綱要」が打ち出されるまでは第２の時期である。この時期になると、案例は「最高人民法院公報」に正式的に掲載されるようになったため、少しずつ重視されるようになった。判例制度の導入に関する代表的な研究者である武樹臣は以下のように述べている。「1986年以降……最高人民法院が典型的な案例を公布し続けるという方法で全国の裁判活動を指導しているだけではなく、最高人民法院ないし各級法院はともに典型的で、難しい案例の研究と総括作業を重視している。それを内容とする書物と著作は出版されるようになっただけではなく、法学界においても広く歓迎されている。それと同時に、全国の各種法学雑誌もより案例に関する研究を重視し、それに関する文章を発表するようになった」[30]、と。

この時期の最高法院の活動報告から、公表・下達される案例の範囲は各法分野に及ぶようになったことが読み取れる。例えば、1988年の７期人大１次会議における鄭天翔院長の報告によると、「五年間で、最高人民法院は293件の案例を正式的に公布した。（これらの案例は）主に重大で複雑な刑事事件の量刑の基準を統一し、新たに現れた刑事事件における罪の確定と量刑の問題に範例を提供し、改革開放において新たに現れた民事・経済事件の審理に範例を提供した」[31]。また、指導性案例という

[29] 董皞『中国判例解釈構建之路』（中国政法大学出版社、2009年）53頁参照（譚煒傑）。

[30] 武樹臣「判例意識的覚醒与判例機制的誕生」武樹臣主編『判例制度研究（上）』（人民法院出版社、2004年）序６～７頁。

[31] 1985年の公布開始から1988年４月１日に活動報告が行われるまで、最高人民

表現はまだ出ていないが、案例の「指導作用」といった表現はすでに現れていた。1991年の７期人大４次会議における任建新院長の報告では、「また、『最高人民法院公報』で典型的な案例を公布し、案例の指導作用を発揮させた」と述べられている。公報による案例の公表が年に一度の活動報告に挙げられていることから、案例の重要性の向上が窺われる。ただし、「指導」という表現が再び案例と関連して現れたのは2004年のことである[32]。

また、この時期には司法解釈の形で案例が下達された例も２件ある。最高法院「軍人婚姻破壊罪に関する四つの案例を下達する通知」（法研発（1985)16号、1985年７月18日）と最高法院・最高検察院・衛生部・公安部「安息香酸ナトリウムカフェイン類覚せい剤販売罪の案例の下達に関する通知」（[86] 衛薬字第４号、1986年３月５日）がそれである。これらの案例は司法解釈と同等の効力を持つという点で、一般の案例とも指導性案例とも異なるが、それ以降、司法解釈の形で公布された案例がない。

そして、中国における代表的な案例集はほとんどこの時期に創刊したのである。その中、最高人民法院中国応用法学研究所が編纂する『人民法院案例選』は1992年に創刊したものである。同年に創刊したものとして、[中国高級法官培訓中心]と中国人民大学法学院が共同で編纂する『中国審判案例要覧』がある。その他、最高法院の各業務廷が編纂する裁判業務参考類の書籍もこの時期に創刊し、案例を掲載している。代表的なのは1999年に創刊した最高法院刑一廷と刑二廷による『刑事審判参考』や2000年に創刊した最高法院民一廷による『民事審判指導与参考』などである。これらの案例集や案例を掲載する最高法院の出版物によって公表された案例の数は公報のそれを大きく上回っているが、「最高人民法院裁判委員会の議論や最高人民法院の指導者の審査を経ていないため、

法院公報で公表された案例の数は293件に及ばない。この数字には、1985年以前に内部文書として下達された案例も含まれていると推測する。

[32] そもそも1991年以降、活動報告の中で案例が触れられたのは2004年までに１回しかなかった。1998年の９期人大１次会議における任建新院長の報告で使われた案例の役割に関する表現は「参考」である。

最高人民法院の観点を完全に代表するものでもなければ、最高人民法院が一定の手続を経て最高人民法院公報で発布した案例を代替できるものでもない。その権威性も『公報』で公布された案例と同列に論じてはいけない」[33]。しかしながら、最終的にはこれらの案例は公報の案例と一緒に指導性案例を構成する可能性がある。それについては、第５章で改めて検討する。

③2004年、最高人民法院が「人民法院第二次五カ年改革綱要」を公布した以降は第三の時期である。第二次五カ年改革綱要は初めて「案例指導制度」を打ち出したのである。それ以前にも、1962年の「人民法院の活動における若干問題に関する規定」や1991年の最高法院活動報告などにおいて、裁判における案例の「指導作用」について触れられることがあったが、一つの制度を形成して案例の指導作用を保障しようとするのはこれが初めてである。

当該綱要13条によると、最高法院は「案例指導制度を創設して発展させ、指導性案例の法律適用基準を統一する作用、下級法院の裁判に対する指導作用、法学理論を発展させ豊かにする作用を重視する。最高人民法院は案例指導制度に関する規範的文書を制定し、指導性案例の編纂基準、編纂手続、公布方式、指導規則などを規定する」のを目標としている。

本来なら、第二次五カ年改革綱要は2004年から2008年までの最高法院による改革の目標を定めているため、案例指導制度の創設（規範的文書の制定と公布）は少なくとも2008年までに実現されると考えていた。しかしながら、実際に「案例指導規定」が公布されたのは2010年のことである。当初の計画よりすこし遅れたが、それでも綱要13条後段の目標が一応達成されたと評価できる。

案例指導制度が打ち出されたことは学界と実務界に大きな影響を与えた。具体的な制度はまだ未完成であるため、それに関する議論の余地が大きい。学界では2004年以降、案例指導制度の創設方法やあるべき形態、指導性案例の効力や役割などに関する議論が極めて活発になった。案例指導制度に関する専門書も出版されている。

[33] 周道鸞・前掲注（24）７頁。

実務界においては、ただの議論にとどまらない。多くの高級法院による案例集は2004年以降に創刊されたものである。例えば、北京市高級人民法院による『北京法院案例指導』は2006年に創刊され（最初は内部発行であった）、年1冊のペースで出版・発行されている。『四川省高級人民法院案例指導』、浙江省高級人民法院による『案例指導』と『遼寧省高級人民法院案例指導』はそれぞれ2005年、2007年と2009年に創刊した。また、2005年には、最高法院と最高検察院が共同で『中国案例指導』という案例集を創刊し、2007年まで、毎年民事1巻、刑事·行政1巻のペースで、計6冊の案例集を出版した[34]。これらの案例集は最高法院が公布した案例とともに本稿でいう指導性案例を構成する。この時期における「案例指導規定」の制定と大量の指導性案例の公布をどう評価すべきかの問題は本稿の課題2と深く関連するため、第5章で改めて検討する。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス――司法解釈と指導性案例を中心に――」（2010年6月30日学位授与）を加除・修正したものである。本稿に先行して公表した拙稿「現代中国における司法解釈と案例」（社会体制と法11号33 ～ 48頁）は、博士論文の作成中に得られた知見も取り入れているため、本稿と一部重複する内容を有する。なお、加除・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。

[34] 当該案例集は案例指導制度の創設を念頭に創刊された最重要案例集だと思われたが、2007年以降は出版されていない。具体的な状況については、後述（第5章第3節）する。

論　　説

子どもの自己決定と憲法（3）

―― 米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較 ――

宋　　峻　杰

目　次

序　研究動機及び内容の構成
　第一節　問題意識
　第二節　成長発達権の概念からのアプローチ
第Ⅰ部　家族
第一章　アメリカ合衆国
　第一節　「子ども」・「家族」・「国家」の過去と現在
　　第一項　ピューリタニズムからの出発
　　第二項　現代のアメリカの家族像への接近
　　第三項　合衆国憲法と家族の接点
　第二節　性的結合行為と子ども
　　第一項　論点の概要
　　第二項　性交・結婚
　　第三項　離婚
　　第四項　同性婚・事実婚　　（以上、61巻1号）
　第三節　社会的身分と子ども
　　第一項　論点の概要
　　第二項　婚外子
　　第三項　生殖補助医療の進展
　　第四項　出自の情報へのアクセス
　第四節　医療行為と子ども
　　第一項　論点の概要
　　第二項　中絶に関する同意及び通知

第三項　輸血措置
第五節　家庭内暴力と子ども
第一項　論点の概要
第二項　子どもの虐待を規制する法的枠組み
第三項　公権力による介入―司法府の姿勢
第六節　小括
第二章　台湾
第一節　台湾における家族像への接近
第一項　明・清から日本までの政権交替の間に（以上、62巻3号）
第二項　台湾の家族法における「家（チアー）」制度
第一目　『民律草案』による改革
第二目　一九八五年の家族法改正から現在まで
一、司法行政部による一回目の改正
二、立法院による改正
第二節　性的結合行為と子ども
第一項　論点の概要
第二項　結婚
第一目　一九八九年大法官釈字第二四二号解釈
第二目　一九九四年大法官釈字第三六二号解釈
第三目　二〇〇二年大法官釈字第五五二号解釈
第四目　小括
第三項　婚姻の解消と子ども
第一目　一九九四年大法官釈字第三六五号解釈
第二目　一九九六年二回目の家族法改正以降
一、法務部から提示される三段階の改正作業
二、二〇〇七年まで改正された関連する条文
三、一九九六年以降子どもの監護に係る最高裁判決
第三目　子どもの「氏」をめぐる争い
一、一九九六年大法官釈字第三九九号解釈
(一)、主文及び理由
(二)、検討
二、立法院における議論
第四目　小括
第四項　中絶へのアクセス
第一目　中絶に対する法的対応
第二目　『優生保護法』をめぐる改正の動き
第三目　二〇〇一年九〇年度台上字第四六八号最高裁判決

第三節　社会的身分と子ども
第一項　論点の概要
第二項　養子
第一目　一九八五年以前の大法官解釈
第二目　一九八五年の法改正
第三目　二〇〇〇年大法官釈字第五〇二号解釈
第四目　二〇〇七年の法改正
第三項　婚外子
第一目　一九八五年以前の『中華民国民法』と婚外子
第二目　二〇〇〇年までの法改正
第三目　二〇〇四年大法官釈字第五八七号解釈
第四目　二〇〇七年の法改正
第四項　生殖補助医療との関わり
第一目　学術的議論
第二目　『人工生殖法』と「人工生殖子」
一、その概観
二、立法院に於ける議論
第四節　家庭内暴力と子ども
第一項　論点の概要
第二項　「家（チア）」制度に於ける尊属の懲戒権
第三項　一九八一年大法官釈字第一七一号解釈
第一目　主文及び理由
第二目　姚瑞光大法官による反対意見
第四項　法律の整備
第一目　その概観
第二目　『家庭内暴力防止法』と子ども
一、その立法過程
二、二〇〇三年の大法官釈字第五五九号解釈
三、二〇〇三年から動き始めた法改正の流れ
四、『家庭内暴力防止法』に於ける子どもの位置づけ
第五項　いくつかの判決
第五節　小括
第三章　日本
第一節　家族像の推移
第一項　一八九八年に『明治民法』が施行される前後
第一目　『明治民法』が制定される前の家族像　（以上、本号）
第二節　性的結合行為と子ども

第三節　社会的身分と子ども
第四節　医療行為・家庭内暴力と子ども
第五節　小括
第四章　第Ⅰ部の考察を経て
第Ⅱ部　教育
第五章　アメリカ合衆国
第一節　教育に関する形態の変遷と子ども
第二節　教育制度における子どもと親の位置づけ
第三節　学校管理と子どもの自律
第四節　教育をめぐる連邦政府の働き
第五節　小括
第六章　台湾
第一節　教育に関する法的枠組み
第二節　教育に対する権利意識の発生
第三節　教育制度における子どもと親の位置づけ
第四節　教育行政と子ども
第五節　小括
第七章　日本
第一節　教育に関する法的構図の再編
第二節　子どもの自己決定を支える憲法・教育法的論点
第三節　小括
第八章　第Ⅱ部の考察を経て
結びに代えて　ライフサイクルにおける子どもの自己決定

第二項　台湾の家族法における「家（チアー）」制度

台湾で施行されている『中華民国民法』の「親族・相続」両編[1]の制定を巡る歴史は、中国の初の憲法典の制定に着手しようとする時期と同じく清朝政府の末期までに遡れる[2]。すなわち、同民法の前身とされ、欧

[1] 林秀雄「台湾の家族法」黒木三郎監修『世界の家族法』（敬文堂・1991年）235頁。
[2] 宮澤俊義・田中二郎『中華民國憲法草案』（中華民國法制研究会・1935年）1頁。劉得寛「中華民国（台湾）の民法親属（族）相続編の改正について」『法学第五十巻第五号』（東北大学法学会・1987年）222頁。陳棋炎・黃宗樂・郭振恭『民法親屬新論 修訂七版』（三民書局・2008年）36頁。

米の民法典を礎にした家族制度の枠組みを定める『民律草案』はこの時期に提出された[3]。ただ、一九一一年に中華民国という新政権の誕生に伴い、同草案も制定法として実施されることがなかった[4]。後に、立法院（「国会」に相当）の法制委員会内に民法起草委員会が組成され、中央執行委員会政治会議の立法原則に則って、三〇年に民法の「親族・相続」両編を制定し、三一年に発効・施行するに至った[5]。

かくして、以下では欧米法からの影響を一定の程度まで受けられているように見える中華民国の家族法と当時中国の「家（チアー）」制度との折衝を解明しながら、台湾における家族像へ接近することを試みる。

第一目　『民律草案』による改革

前記のように『民律草案』は正式に施行されなかったが、「〔…〕新しき民法典の未だ發布せられざる（までに）、支那の各級審判廳が、裁判上に採用する條理の根據とするところは、概ね同草案に在るのである」[6]と言われている[7]。

そして、同草案は、当時中国の家族制度に次のような変革を与えた。まずは、家長権の空洞化である。例えば、家族に対する懲戒権や婚姻及び分家に関する同意権は全て家長から父親に移した[8]との変化が見られている。次は古来の律令によって禁じられた家族の私有財産を持つことを撤廃し、財産関係において個人主義や別産主義が取られ、家産制度を崩壊させた変革[9]である。そして、妻にも殆ど夫と同様に平等なる離婚

[3] 南満州鐵道株式会社庶務部調査課『支那における家族制度』（1928年）71頁。
[4] 林・前掲論文注（１）235頁。
[5] 林・前掲論文注（１）235頁。陳・前掲論文注（２）36 ～ 37頁。なお、この民法の規定の中身はドイツ、スイスや日本の立法例を参照して定められたものであり、台湾の状況を主眼において制定されることではないとの指摘がある。施慧玲『家庭、法律、福利國家―現代親屬身分法論文集』（元照出版･2001年）６頁。
[6] 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（３）71頁。
[7] 林・前掲論文注（１）235頁。
[8] 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（３）72 ～ 73頁。
[9] 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（３）73 ～ 74頁。

請求権が与えられる故、同草案は女性の地位の向上という改革の封切となった。続いては婚姻の当事者主義の採用[10]である。これを以て、「〔…〕家族制度の根幹としての親子關係の重視を見限って、夫婦關係を重要視するに傾いたものと謂はざるを得ない」と認識され、「〔…〕大家族制度を否定して、近代的な小家族制度に、轉移すること」[11]をも意味すると言われる。最後は、「〔…〕支那家族制度の古き傳統に對する一大反逆であり、それをして近代的の小家族の形式へ推移せしめとする劃期的飛躍と觀るべきものである」[12]と評される分家への容認である。

かような中国の家族制度に大いなる変革をもたらした同草案の精神を受け継いだ民法が台湾に継受された結果、台湾の家族制度にもインパクトが及ぶこととなったのである。

第二目　一九八五年の家族法改正から現在まで

中国国民党の政権が台湾に移転してきた後、社会全体の発展に伴い、家族法の規定内容について、「〔…〕社会の実際需要とかなりのギャップが存在している」といった問題も次第に意識され、一九七四年から当時政府の司法行政部の主導によって、家族法の改正作業が始まり、八五年に改正民法「親族・相続」二編が公布・施行された[13]。

後に、中国国民党政権の「党国体制」の崩壊に従い[14]、社会における台湾ナショナリズム[15]の台頭からの影響も受け、立法院の内部には従来の中国国民党政権によって敷かれた法体制に対し、再検討や改正を模索する動きがより活発となっていた。

一、司法行政部による一回目の改正

---

[10] 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）74頁。
[11] 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）75頁。
[12] 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（3）75～76頁。
[13] 劉・前掲論文注（2）222頁。
[14] 伊藤潔『台湾』（中央新書・2005年）227頁。丸川哲史『台湾ナショナリズム　東アジア近代のアポリア』（講談社・2010年）152～153頁。
[15] 本多周爾『台湾―メディア・政治・アイデンティティ』（春風社・2010年）98～118頁。

一九八五年に行われた家族法改正[16]の趣旨は、「〔…〕１固有の倫理観念の維持、２男女平等の原則の貫徹、３夫婦財産制の合理化、４未成年者、（婚外子）および養子の権益の保護」[17]にある。

まずは「固有の倫理観念の維持」に関し、子どもの氏は原則として父の氏に従うと定められた旧民法一〇五九条の問題が取り上げられていた[18]。司法行政部による改正案では、「〔…〕『子は父の氏に従う。贅夫の子は母の氏に従う。ただし、別に両親間の約定があれば、その約定に従う。』というようになっていた」が、立法院では「〔…〕両親の協議で子の氏を約定することは、わが祖先の伝統的家族制度を破壊し、かつ、わが民族の未来を混乱、萎縮させる虞れがある」というような意見が目立って、最終的には、「〔…〕『子は父の氏に従う。ただし母に兄弟がない場合は、その子を母の氏に従わしめるとの約定があれば、その約定に従う。』〔…〕」[19]という文言に落ち着くことになった。その外、近親婚に対する制限[20]や、「孝道」という伝統的価値観を法文化した民法一〇八四条も制定された。これを以て、「固有の倫理観念の維持」という目標が一定の程度までここで達成されたと言えよう。

次は「男女平等の原則の貫徹」と「夫婦財産制の合理化」についてであるが、後者の改正は前者の理念を最も反映したという評価がある[21]。そして、夫婦の一方が亡くなり、再婚した場合による姻族関係の変動や、妻が夫の尊属を虐待する場合、夫による一方的な離婚請求を直ちに認められてきた離婚原因も男女平等の原則に基づき、改正が行われた[22]。しかし、前記の子どもの氏問題を巡る改正に対し、「〔…〕男女平等の原則に反し、違憲である」との指摘がある。また、子どもの監護について父性主義を擁護する旧民法一〇五一条や第一〇五五条もここで改正されな

---

[16] 劉・前掲論文注（２）222 ～ 223頁。

[17] 黄宗楽「台湾における親族法の改正について（１）」『戸籍時報　No.331』（日本加除出版・1985年）21頁。劉・前掲論文注（２）256頁。

[18] 劉・前掲論文注（２）241頁。

[19] 劉・前掲論文注（２）242頁。

[20] 劉・前掲論文注（２）227頁。

[21] 劉・前掲論文注（２）233 ～ 238頁。

[22] 劉・前掲論文注（２）224頁。黄・前掲論文注（17）26 ～ 27頁。

かった[23]ため、「男女平等の原則」が徹底的に実現されなかったとの評価もできよう[24]。

四つ目の趣旨として、「子の利益」の原則の再確認が挙げられる[25]。その中、「子の利益」の原則に従い、養子に対する法的保護を与えたことが最も重要な成果だと言えよう。台湾の旧慣では、養子縁組を「射利ノ目的ヲ以テ為スモノ」[26]だとされ[27]、かような事情に対応するように、今回の改正では養子縁組を結ぶことができる親族の範囲を明確にする第一〇七三条の一の規定を新設する他、当該縁組の成立か否かに関し、裁判所による審査の仕組みを定める約一〇カ条の新しい規定も設けられた[28]。かくして、今回の改正を通じ、特定される社会的身分を持つ子どもの権益の保護が図られた[29]と思われる。

この度の改正を概観してみると、『民律草案』が制定されて以来、中国本土における家族制度の洋化に対し、漢民族の伝統[30]を守らなければ

---

[23] この2つの条文について、「〔…〕子の監護は原則として夫が当たるとする規定は、〔…〕子の利益と必要をも無視しているというべきである」という指摘があった。林・前掲論文注（1）241頁。黄宗楽「台湾における親族法の改正について（2）」『戸籍時報　No.332』（日本加除出版・1985年）19頁。

[24] 劉・前掲論文注（2）233～238頁。黄・前掲論文注（17）24～26頁。中野正俊・黄子能「資料　中華民国民法（六）」『亜細亜法学　第29巻第2号』（1994年）239～240頁。

[25] 黄・前掲論文注（17）28頁。

[26] 黄・前掲論文注（17）31頁。臨時臺灣舊慣調査會『臨時臺灣舊慣調査會第一部調査第三回報告書　臺灣私法　第二巻下』（1911年）458頁。

[27] 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）458頁。

[28] 黄宗楽「台湾における親族法の改正について（3・完）」『戸籍時報　No.334』（日本加除出版・1986年）14～25；31頁。

[29] 例えば、婚外子本人に生みの父に対する認知請求権を与えることや婚外子のために生みの母か法定代理人に認知請求権の行使が5年から7年に延長したことなどの変更があった。黄・前掲論文注（17）28～29頁。

[30] なお、このような家族制度に関する倫理的部分を制定法によって規定することを避けるべきだという見解がある。黄・前掲論文注（17）33頁。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）227頁。陳棋炎「關於修改民法親屬、繼承兩編之管見」『國立臺灣大學法學論叢　第四卷第二期』（1975年）28～33頁。

ならないという動きが台湾での場を借りて顕在化したのではないかと思われる。

二、立法院による改正

台湾における「党国体制」の崩壊や台湾ナショナリズムの台頭等は一九九〇年代の出来事であり、この時期から民法の「親族・相続」両編は九六年、九八年、九九年、〇〇年、〇二年、及び〇七年の間に前後併せて六回も改正された。〇八年の現時点においても、立法院では同編に対する部分的な改正案が提出され続けている[31]。

それぞれの改正で変更した条文の数は脚注[32]にまとめた通りであるが、九六年「離婚の際における子どもの保護」[33]、九八年「結婚の要件と効力」、九九年「婚外子」、〇〇年「子どもに対する法定監護人」、〇二年「夫婦財産制」及び〇七年「養子縁組」、それぞれの関連条文が改正された。そして、立法院における論議の進行からも分かるように、これらの改正の動きは一連のものとして捉えなければならない[34]。また、時

[31] 08年３月14日に、立法院の第７期第１会期第４回会議の席で、立法委員の陳節如も含めて23名の立法委員によって家族法の改正案を提出した。立法院公報第97巻第７期院会記録（2008年）１頁。

[32]

類別／年代	改正	増設	削除
1996	3	4	1
1998	3	0	4
1999	1	0	0
2000	1	0	0
2002	19	8	21
2007	23	12	1

林紀東・鄭玉波・蔡墩銘・古登美・邱聰智・蘇永欽編『新編六法參照法令判解全書』（五南圖書出版・2007年）貳―266頁。立法院公報第96巻第38期院会記録（2007年）170 ～ 180頁。

[33] 林秀雄「第一〇回アジア家族法三か国会議報告　婚姻の解消と子どもの保護（中華民国）『戸籍時報　No.470』（日本加除出版・1997年）11 ～ 12頁。

[34] 前掲立法院公報注（32）180頁。立法院公報第84巻第12期院会記録（1995年）140頁。立法院公報第85巻第60期院会記録（1996年）16頁。立法院公報第96巻

間の流れに伴い、社会の変遷を常に新しい要素が加えられて予想もつかない程の変相を遂げている故に、立法院における家族法の改正は常に新・旧問題の衝突・折衷の中で進行している。

かような頻繁なる変動から示される台湾の家族像にはいくつかの特徴が抽出することができると考えられる。まずは民法一〇八四条の維持である。「家（チアー）」制度の礎であり、中国の伝統的価値観を最も代表する「孝道」が民法を通じて台湾人の私生活における行動様式に影響を大きく与え続けてきた現実は殆ど問題視されていない[35]。中国の立法例では前例がある[36]とは言え、現に台湾では特定の宗教を奨励し、制限することができないと宣言した憲法解釈[37]が存在する以上、特定の価値観が一国の法律に定められるのは議論を要する所であろう。

そして、家族法においては「家（チアー）」制度に関する名残りが尽きない所である。民法の第六章は「家（チアー）」と名付けられて、一連の規定が設けられている。比較法的にはその独特性[38]を持つ一方、例えば「家（チアー）」制度の基礎となる家産制度が既に個人の財産私有化によって破綻させられることから考えると当該規定の存在について疑問を感じる[39]。

また、台湾の家族制度には「親族会議」を依然に存続させていることである。「親族会議」の歴史は中国の「周」政権まで遡られるらしい[40]。それが必要とされる理由としては「家（チアー）」制度におけるそれぞれ独立する

第８期委員会記録（2007年）１～７頁。

35 むしろ、親と子どもの間における権利や義務の分配形式を巡る議論の中で当該規定に基づき、積極的に子どもが親に対する義務も存在すると論じる側面がある。雷文玫「以『子女最佳利益』之名：離婚後父母對未成年子女權利義務行使與負擔之研究」『國立臺灣大學法學論叢　第二十八卷第三期』(1999年)252頁。

36 高橋勇治『中華民國憲法　外国憲法の研究５』（有斐閣・1948年）63～64頁。

37 1999年大法官釈字第490号解釈。林（紀）ほか・前掲書注（32）附―51～52頁。理律法律事務所『理律聲請釋憲全覽：人權篇（一）』（三民書局・2004年）305頁。『大法官會議解釋彙編』（三民書局・2007年）418～420頁。

38 陳ほか・前掲書注（２）493～494頁。

39 陳ほか・前掲書注（２）493；502～503頁。

40 陳ほか・前掲書注（２）519～520頁。臨時臺灣舊慣調查會・前掲書注（26）228～229頁。

「家長権」、「尊長権」及び「夫権」の濫用を防ぐという重要な目的があると言われている[41]。ところが、現代に至って、「家長権」や「夫権」の排除は男女平等の原則を中心として行われた家族法の諸改正を通じて概ね定着し、家族に対する裁判所の監督責任も多数の判例によって確認されている[42]。他方、現代社会において「親族会議」の召集が難しくなっている[43]と見られ、なおかつ民法の規定に基づき、「親族会議」の決定を覆すことも可能となり[44]、機能面から考えても低下しつつあると思われるが、しかし現在に至っても廃止されていない。

かように、現行民法から提示される台湾の家族像にはやはり漢民族の精神的風土への思考回帰が強く反映されているのではないかと考える。そうだとすると、憲法秩序と基本的人権の保障[45]を目的とする台湾の違憲審査制[46]において、家族法において子どもの存在が如何に捉えられるのかという問題を注意深く考察する必要があろう。かような問題意識を抱きながら、本章で列挙される各節の項目に従い、検討へと進みたい。

第二節　性的結合行為と子ども

台湾の旧慣では一般の婚姻関係と異なる婚姻の形式がいくつかあった[47]。その中で、特に未成年の子どもを対象とした変則的な「養媳」と「養

---

41 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）230 ～ 231頁。

42 台北地方裁判所89年度保険字第134号判決。最高裁89年度台上字第1081号判決などである。

43 陳ほか・前掲書注（２）520頁。

44 陳ほか・前掲書注（２）532頁。

45 李仁淼「台湾における違憲審査制の近時動向―日本憲法裁判の経験を通じて、台湾司法院の位置づけを考える」『札幌学院法学　第21巻第１号』（2004年）166頁。

46 中華民国憲法78条及び、第79条の規定や『司法院組織法』の改正により、台湾の違憲審査制はドイツ型違憲審査制に近いと言う。本章で扱う予定の憲法と家族法の接点に関する諸問題は主に司法院の大法官会議から出された各解釈を依拠し検討を進める。李・前掲論文注(45)166頁。賀德芬「司法審查制度之研究」『國立臺灣大學法學論叢 第六卷第一期』（1976年）125頁。

47 臨時臺灣舊慣調查會・前掲書注（26）388頁。

婿」の慣習がある[48]。そのような婚姻の締結も大人によって行われてきた[49]。

かように、子どもの性的結合の対象は極めて早い段階において「尊長」とされる大人の一方的な意思によって決められていたという歴史が台湾に存在した。

第一項　論点の概要

周知のように、『中華民国憲法』では直接「家族」に言及する条文がない。しかしながら、司法院の大法官解釈や学説において憲法と「家族」との関連性を説くものが少なくはない[50]。そこで、頻繁に依拠されるのは憲法七条、第二二条、第一五六条及び二〇〇〇年に改めて公布した改正追加条文（Amendment）一〇条六項の「国家は婦人の人格的尊厳を尊び、人身的安全を保障し、性的差別を無くし、両性の実質的平等の社会的地位を促進する」[51]、などの規定である。

一方、前述したように八五年に初めて家族法の改正が行われて以来、台湾における家族法の二大原則は「男女の平等」及び「子どもの（最善の）利益」だと言われている[52]。それに従って構築されている家族法の枠組みの中における子どもの位置づけについて検討したい。

第二項　結婚

「結婚」という人民の私的事項と憲法の連関性に言及した大法官会議

---

[48] 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）388 ～ 425頁。

[49] なお、「〔…〕婚姻に父母の主婚を絶對要件と為す結果、父母が子の婚姻を強制することは、普通一般の慣例である」、とも報じられている。南満州鐵道株式会社庶務部調査課·前掲書注（3）145頁。臨時臺灣舊慣調査會·前掲書注(26) 418 ～ 420頁；425 ～ 426頁。

[50] 陳ほか・前掲書注（2）39頁。施・前掲書注（5）19頁。

[51] この条文は92年に行われた2回目の憲法改正によって憲法改正追加条文18条4項の規定として初めて憲法典に持ち込んだ。97年に条文は第10条6項に移したが、文言自体は92年以来、変更されていない。

[52] 張貽琮「從我國民法親屬編檢視男女平等原則」『司法官45期法學研究報告合輯（第二輯）』（2006年）809頁。

の解釈としては、釈字第二四二号解釈、釈字第三六二号解釈と、釈字第五五二号解釈がある。この項目での検討は、まずその三つの大法官解釈の概要を整理することから始まる。

第一目　一九八九年大法官釈字第二四二号解釈

本件解釈の申立人Xは一九四〇年に中国の福建省でAと結婚し夫婦になったが、後に中国と台湾の政治的変動によって、Aが中国に取り残され、Xは台湾に留まることになった。二人は音信不通になったため、お互いに婚姻関係の存在に対する認識も曖昧になっていた。六〇年にXは台湾でBと結婚し、二度目の婚姻関係を成立させ、約三〇年間も維持していた。ところが、八〇年代に入り台湾と中国の交流が再開されることになった。そこで、AがXの再婚を知り、八五年に改正された旧民法九九二条の規定に基づき、XとBの結婚の取消しを求めて台湾の裁判所に提訴した。争いは最高裁判所まで続いたが、いずれの判決もAの勝訴を決めたため、本件解釈の申請に至った[53]。

本件解釈は、まず旧民法九八五条及び第九九二条規定は「一夫一妻制」の合憲性を確認した後、「〔…〕国家自体が重大な変動に遭遇し、夫婦が離れ離れになり、音信不通の下で生じる重婚の場合、通常に禁止される重婚とは異なる要素が含まれている。従って、前記の旧民法九九二条の規定を適用し、現在の婚姻関係が取り消される場合、既存の家庭生活や人倫的秩序には著しい影響を与えて、反って社会秩序を妨害することにもなる。かくして、本件事案の後婚の婚姻関係を取り消すことが「憲法二二条に〔…〕反する」[54]と説示した[55]。

かような多数意見に対し、劉鐵錚大法官による補足意見[56]は「身分の安定性を破壊すること」、「憲法二二条によって人民は残虐で異常な刑罰

[53]『司法院大法官』ホームページ（2008年５月10日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=242&showtype= 相關附件〉。
[54] 前掲書注（37）119頁。
[55] 前掲書注（37）119頁。
[56] 李念祖『案例憲法（一）―憲法原理與基本人權概論』（三民書局・2002年）376頁（注13）。

から保護される権利を有すること」及び、「憲法一五六条と第二二条の規定によって人民の婚姻権及び婚姻に基づく構築される家庭の倫理的関係は保障されるべきだ」いうこと等の三つの理由を取り上げ、本件に争われた旧民法九九二条の規定は違憲だと主張する。ここで、本稿としては同氏による三つ目の主張に注目したい。すなわち、同氏はここで憲法に基づき人民の婚姻権及び婚姻に基づく構築される家庭の倫理的関係は保障されるべきだと言い、「公共の利益」、「法による支配」及び「必要性」という憲法二三条からの制限に服すると説きながら、「必要性」の原則につき、制定法が特定の目的に基づき人民の自由及び権利を制限しようとする手段が合理性と明確性が要求されることを明言した。当該手段の運用により、人民に課される損害や負担が何れも最小限に止まらなければならない、と示した所が重要だと考えられる[57]。

一方、陳瑞堂大法官による反対意見もある。同反対意見は申立人の請求を酌量し、本件事案の真の争点は旧民法九九二条が本件に適用されることについては「適用違憲」となるかどうかの問題にあると見る[58]。そして、「立法者は重婚によって従来の公序良俗が破壊される恐れから社会を保護する法的利益と個人の身分的行為の安定性を保護する利益と衡量した末、前者の法益を優先させる故、後者の法益を犠牲し、各利害関係人に時間的無制限の取消を求める権限を与えた。その目的は当然後婚が出来る限り取り消されることにある」、という認識を示した[59]。

第二目　一九九四年大法官釈字第三六二号解釈

A（夫）とB（妻）は結婚後、子どもの養育問題をめぐり、夫婦の繋がりは日々悪化していった。その結果、一九八五年にBがAの同意を得ずに子どもをアメリカまで連れて行き、夫婦は事実上の別居となった。三年後の八八年にAはBが夫婦の同居義務に違反し、悪意の遺棄に当たると主張し高雄地方裁判所に離婚請求を申し立てた。同年の五月に裁

[57]『司法院大法官』ホームページ（2008年５月10日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=242&showtype= 意見書〉。
[58] 前掲注（57）。
[59] 前掲注（57）。

判所はＡからの離婚請求を容認した判決を下した。六月にＡとＢの離婚は判決の公示に伴い市役所にも登録された。その一カ月後、Ａは本件解釈の申立人であるＸと結婚した。そこで、ＢはＡと別居してもＡに正しい住所などを告知していたので悪意の遺棄には当たらないと主張し、前記の離婚確定判決の無効を求めて訴訟を行った。訴訟の結果はＢの勝訴となった。更に、ＢもＡとＸの婚姻無効の確認訴訟を提起し、九二年に最高裁の判決により、ＡとＸの婚姻を無効としたのである。そこで、Ｘは民法九八八条に定められた同法第九八五条の重婚の禁止に当たる婚姻を全て無効とする規定が違憲にはならないのかと大法官会議に対し憲法解釈を求めた[60]。

本件解釈の主文は「〔…〕前婚は既に裁判所の判決を受け、婚姻関係の消滅に至った場合、善意の第三者は当該確定判決を信頼し、その判決と係わる当事者の一方と婚姻を結んだ後、例え前婚の離婚判決は何らかの事情により変更されて後婚を重婚の窮地に追い込まれても、信義則に基づいて後婚の効力が依然に維持されなければならない」と述べ、民法九八八条二項の規定は、「〔…〕前述した事情を配慮することがなく、憲法によって保障される人民の結婚の自由に反し、改正も含まれる検討を要する」、と説示した[61]。そして、理由では、「〔…〕婚姻関係を自由に結ぶことができる年齢に達し、結婚しようとする相手がいない人には結婚の自由を有し、他人から同人に対し結婚を求める自由も有することは憲法二二条によって保障されなければならない」、と示し、「〔…〕善意で過失がない第三者は前婚と係わる離婚の確定判決を信用し、当該当事者の一方と結婚する場合、信義則に基づいて、後婚の法的効力は依然に維持されなければならない。さもなければ、憲法によって保障される人民（特に婦女）の結婚の自由が不当に侵害される虞に晒されることになる」と説いた[62]。

---

[60]『司法院大法官』ホームページ（2008年４月28日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=362&showtype= 相關附件〉。

[61] 前掲書注（37）219頁。

[62] 前掲書注（37）219 ～ 220頁。

なお、本件解釈に対し、李鐘聲大法官は反対意見の中で、例え多数意見が憲法二二条により人民の結婚の自由及び権利を認めようとするならば、同法七条の平等権の規定に従って後婚の配偶者に当該自由及び権利を保障するだけではなく、前婚の配偶者にも当然同様の自由及び権利を保障するべきだと主張した[63]。

第三目　二〇〇二年大法官釈字第五五二号解釈

本件解釈の申立人は、一九七四年にA（夫）と結婚し三人の子どもを扶養している。しかし、Aは仕事が順調であったため不倫の道を歩み始め、八三年に申立人との離婚を自分の一方的な意思によって図っていた。旧民法一〇五〇条には「協議離婚は書面でこれを行い、二人以上の証人が署名しかつ戸政機関に離婚の登記をしなければならない」と定められていたため、Aはまず申立人に対し申立人の父親が既に二人の離婚を認めていると偽り、同人の筆跡を真似て離婚届にサインをした。申立人はそれを信じ、やむを得なく離婚届けに自分のサインもしてしまった。後に、二人目の証人も申立人に本意を尋ねずに一方的にAによって捏造された事実を信じて届け書に署名した。このように、不法な手続を経て、申立人とAの離婚は戸籍法的に成立した。そして、Aは当該離婚が成立した時点から九〇年までBと同棲生活を送り、九一年にAとBは戸政機関に赴き、結婚登記の手続を行った。

ところが、申立人は九〇年の時点から前記の協議離婚には不法な部分があるのではないかとの疑いを抱き、九三年に当該協議離婚の無効及び自分の婚姻関係の確認訴訟を提起した。訴訟は最高裁まで争ったが、何れの判決の結果も申立人の勝訴であった。しかしながら、戸籍の実務上は、申立人にはAの配偶者であるという身分が復活したが、戸政機関は申立人によるAとBの婚姻関係を取り消す要請を拒絶した。そのため、AとBによる後婚の婚姻関係が依然として継続していることから、Aは戸籍上明らかに重婚状態であり続けている。これにより、申立人は仕方なく再び裁判所に赴きAとBの婚姻関係不存在の確認訴訟を提

[63]『司法院大法官』ホームページ（2008年4月28日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=362&showtype= 意見書〉。

起した。ところが、この訴訟をめぐり、申立人は一審判決を勝ち取っただけで、控訴審と上告審はいずれも敗訴となった。そこで、申立人は敗訴となった判決により憲法二二条及び第七条によって保障される自分の婚姻の自由が侵害されたと主張し、大法官会議に対し、憲法解釈を求めた[64]。

本件事案は前記の第三六二号解釈と共通点を持つ故、大法官会議は本件解釈を以て次のように第三六二号解釈の補足を行った。まず主文では、大法官会議は「〔…〕婚姻に関する身分の変動は当事者だけではなく公共の利益とも関わっている（故）、〔…〕前婚の消滅を信用する後婚の当事者に対する信義則の適用をより厳しく検証しなければならない」、と論じ、第三六二号解釈が示したように重婚に当たる後婚の当事者の一方が善意で過失がないと判断すればいいのではなく、当事者の両方とも善意で過失がない場合に限り、後婚の効力を認めるべきだと説示した[65]。続いて、理由の部分においては、「一夫一妻制をとる婚姻制度は配偶者となる両方の人格的倫理関係を維持させるものである（故）、〔…〕男女平等の原則や社会秩序の維持などの要請に従い、憲法もそれを保障しなければならない」という認識を示し、民法九八八条二項は当該趣旨に従い制定されたものだと認める。そして、例え婚姻の自由は憲法二二条によって保障されても、民法に規定された一夫一妻制の法律婚に服する、と言う[66]。

本件解釈に対し、四人の大法官が補足意見を示した外、二人の大法官は反対意見を述べているが、本稿の趣旨に照らし、次のように同補足意見や反対意見の中で注目すべきだと考える箇所のみを取り上げる。

まずは、王澤鑑大法官による補足意見である。同氏は本件解釈で言及された信義則の働きについて「〔…〕（当該制度に対する侵害から）合理的賠償が受けられ、子女の利益も保護されるように働くべきであり、重婚に当たる婚姻関係の例外を作ったり、公共の利益、社会の倫理的秩序

[64]『司法院大法官』ホームページ（2008年５月12日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=552&showtype= 相關附件〉。
[65] 前掲書注（37）536頁。
[66] 前掲書注（37）536 ～ 537頁。

や家庭制度を害したりするために働くべきではない」[67]、と指摘する。そして、憲法二二条が人民の婚姻の自由を保障する意味は、「婚姻を結ぶ自由」、「婚姻の相方を選択する自由」及び「離婚の自由」などの婚姻に関する全ての私的自治が保障されることだと解すべきだということもここで主張されている[68]。

次の蘇俊雄大法官による補足意見ではドイツの『ボン基本法』六条の規定を参照しながら、「婚姻の自由が主観的防御権」であるという概念を主張し、前記の第三六二号解釈によって憲法二二条の規定から婚姻の自由が保障されることも肯認した。但し、同氏は婚姻の自由の中身について、それは結婚をするかしないか、及び結婚の相手を選択する自由であり、婚姻の自由が保障されることは全ての権利の基礎となる「人格的自律」の価値観の実現だと認識し、婚姻の自由が私法的レベルで論じられることは不十分だとし、婚姻の自由の核心となる「人格的自律権」が憲法的レベルで論じられることこそ国家の政治機関による恣意の侵害から保障されうる、と提言した[69]。かような認識に立ち、同氏は例え未成年の子どもや婦女のような弱い立場にある人民に対し、政府が憲法一五六条及び改正追加条文一〇条の規定に基づき彼（彼女）らの私的事項に介入することは福祉国家の理念に合致し、合憲だと主張しても、事案の内容によって当事者両方が実質的に対等な立場にあれば、当事者の自己決定を尊重しなければならないと述べている[70]。

他方、前記の第二四二号解釈を支持する立場にあった劉鐵錚大法官は本件解釈の結論から重婚に当たる後婚の婚姻関係の効力を認めるために、よりハードルの高い条件が要求されることになったっことに抗して、反対意見に回った[71]。

---

[67] 『司法院大法官』ホームページ（2008年５月12日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/ 抄本552.doc〉。

[68] 前掲注（64）。

[69] 前掲注（64）。

[70] 前掲注（64）。

[71] 前掲注（64）。

第四目　小括

「〔…〕子弟の婚姻に就いて、其の決定の全權を握るものは、當事者でなくて却って家長である。家長は、〔…〕婚姻當事者の意思を無視して、自己が適當と認める配偶者を選定することが出來る」[72]、という歴史的背景を持つ台湾では前記の三つの大法官解釈により、十分かどうかは別途に議論を要するところだと思われるが、「結婚の自由」が現行の中華民国憲法によって保障されることがほぼ確実となっている[73]。

現行民法では、子どもの結婚に関してはいくつかの規定が設けられている[74]が、本稿との関係で「未成年の結婚については、法定代理人の同意を得なければならない」と定めている第九八一条の規定だけに着目し、前記の大法官解釈と併せて簡単な考察を行う。

同条の合法性について、「〔…〕未成年者が十分な社会的経験がないため軽率な結婚を防ぐため、法定代理人に『同意』の表示を通じて意見を表明することができるようにする規定であり、〔…〕父権主義に基づいて子女の意向を拘束することではないので、婚姻が両性の合意に基づくという原則に違反しない」[75]、と理解されている[76]。しかしながら、前記の釈字第五五二号解釈の王澤鑑大法官の補足意見で示された所謂結婚の自由の内容には結婚するかどうか、及び結婚する相手などを選択する自由が含まれている故、子どもの成長ぶりや法定年齢への接近などの要素を

---

[72] 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（３）84頁。

[73] 但し、個人は年齢や性別と関係なく憲法22条によって「人格の発達に関する一般的自由」が保障されているという主張が見られる。そして、論者により大法官釈字第554号解釈を以て、当該自由の中では個人の自主的決定により如何なる者との性交渉を行う自由も含まれていると説かれている。また、大法官会議は釈字第552号解釈まで「婚姻の自由」について精力的に論じられてきたが、同自由とは何か、同自由から保障される内容・範囲をどこまで認識すべきであろうか等の疑問が残されているとの指摘がある。李惠宗『憲法要義　二版』（元照出版･2004年）320頁。吳庚『憲法的解釋與適用』（三民書局･2004年）312頁。

[74] 笠原俊宏・徐瑞静「『中華民国民法親族編及び相続編』の邦訳（１）」『戸籍時報　No.618』（日本加除出版・2007年）32 ～ 33頁。

[75] 陳ほか・前掲書注（２）100 ～ 101頁。

[76] 陳ほか・前掲書注（２）101頁。

併せて配慮することにより、子どもの意思を尊重する幅も変わっていくことになろう。また、前記の大法官釈字第五五四号解釈の主文には、「〔…〕如何なる者と性交渉をする自由が個人の人格とは密接で不可分であり、個人の自主的決定に任せるべきであるが、憲法二二条でも示されるように、当該自由は社会の秩序と公共の利益に違反しない制限的条件に服す〔…〕」[77]、と記されている故、一律に親の同意を絶対的要件として定める同条につき、再検討する必要があろう[78]。

第三項　婚姻の解消と子ども

婚姻の解消を「離婚」[79]という言葉として理解することもできる[80]。民法における夫婦の離婚の仕組みについては、一九八五年から[81]破綻主義の導入などの改正が行われてきた[82]。かような離婚法と子どもとの接点を見ると、一つは民法一〇四九条の但書がある。すなわち、子どもが法

---

[77] 林（紀）ほか・前掲書注（32）附―68頁。

[78] 03年の台湾高等裁判所の判決（91年度保険上字第54号）によれば、心身共に成熟の段階に近づく16歳の子ども（訴外）は自分の意思によって同意の表示を行うことができ、民法981条の規定は法定代理人が自分の意思に基づいて同意を表明し得ると意味しており、子どもの意思まで代わって同意を与えることではないと説示した。『法源法律網』ホームページ（2008年５月14日）〈http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=91%2c%e4%bf%9d%e9%9a%aa%e4%b8%8a%2c54%2c20030227%2c2&courtFullName=TPHV&jyear=91&jcase=%e4%bf%9d%e9%9a%aa%e4%b8%8a&jno=54&jdate=920227&jcheck=2&switchfrom=1&issimple=-1〉。

[79] 南満州鐵道株式会社庶務部調査課・前掲書注（３）182 ～ 183頁。黄宗樂「第九回アジア家族法三か国会議報告　台湾における家族法の変遷と課題（中華民国）（上）」『戸籍時報　No.462』（日本加除出版・1996年）６頁。

[80] なお、「臺湾ノ〔…〕下流社會ニ至テハ七出義絶ノ何タルヤヲ知ラサル者多ク假令之ヲ犯スモ必シモ離婚ヲ為スコトナキト共ニ夫ニシテ離婚セントスルトキハ必シモ七出義絶ノ原因アルヲ要セス夫權ヲ濫用シテ強制離婚ヲ為スコトヲ少カラス」、という特徴があったようである。臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）378頁。

[81] 劉・前掲論文注（２）239 ～ 240頁。

[82] 陳ほか・前掲書注（２）215頁。黄・前掲論文注（79）10 ～ 11頁。

定年齢にまた達していない時期に結婚し、何等かの事情により協議離婚の道を選択したい場合、自らの意思表示に加えて、結婚と同じく法定代理人（両親）の同意を得なければならないとされる[83]。もう一つは夫婦が離婚する場合、子どもの所属や親権の行使が如何に変動するかという問題がある。

そして、九四年に大法官会議は釈字第三六五号を下し、九六年の家族法改正を触発するように見えた。以下では同解釈や法改正の詳細を整理するが、子どもの監護に関する裁判例や、漢民族の伝統の名残でもある子どもの「氏」の問題も取り上げ、台湾における親の離婚と子どもとの接点をより明確にしたい。

第一目　一九九四年大法官釈字第三六五号解釈

本件解釈の申立人に当たる者は、三つのグループに分けられる。一つ目は、謝啓大を含む一四七名の立法委員（「国会議員」に相当）らである。二つ目は最高裁が一九九四年に下した八三年度台上字第四三八号判決の上告人Ｘである。三つ目は、同じく最高裁によって下された八九年の七八年度台上字第八一七号判決の上告人Ｙである。この三者はいずれも子どもに対する権利義務の行使や負担について原則的に父親を負うことを定めた旧民法一〇八九条[84]について憲法解釈を求めたのである[85]。

本件解釈は大法官会議全員一致の結果によって下された。まず主文の所では、大法官会議が、「（旧）民法一〇八九条は〔…〕憲法七条に定められた法律の前に男女は平等である主旨に違反する。また憲法改正追加条文九条五項に示された性別に基づく差別の排除にも反し、同条の改正を検討すべき」だとして、二年間を経過したら、同規定の法的効力を失うことを宣言した[86]。そして、理由において、同会議は憲法が性別に基づく差別を容認しうるのは特定な場合に限ってしかできないと述べ、

---

[83] 陳ほか・前掲書注（２）204頁。

[84] 中野ほか・前掲論文注（24）250頁。

[85]『司法院大法官』ホームページ（2008年５月15日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=365&showtype= 相關附件〉。

[86] 前掲書注（37）222頁。

「〔…〕（昨今）教育が普及され、男女を問わずに教育を受ける機会が保障されることにより、女性の社会進出は大幅に認められていて、その生き様も男性とは凡そ差別がない。従って、〔…〕（旧民法一〇八九条により）子どもに対する親権者の指定が強制的に女性を不利な立場に陥らせることが男女平等の原則と相反し、現在の家庭生活の中で実際に女性の役割の分担ぶりにも相応しくない」[87]と説示した[88]。

第二目　一九九六年二回目の家族法改正以降

前記の大法官解釈に対応した旧民法一〇八九条の改正に限らず、長い年月をかけて行われてきた法改正の流れ[89]では、親の「離婚」における子どもの位置づけが多少変動してきたことが窺われる。その中身について検証を試みる。

一、法務部から提示される三段階の改正作業

一九九五年三月に召集された立法院の本会議において、当時国民党に在籍していた立法委員の葛雨琴は釈字第三六五号解釈の結論を以て、家族法の全面的改正を行うべきだと主張した。これに対し、当時法務部部長である馬英九は「〔…〕親族法の修正に関し、我々は三段階を分けて進む予定でございます。〔…〕離婚に関する別居制度の導入や夫婦の共同財産制度も検討しております。〔…〕（第三六五号解釈の指示に従い）民法一〇八九条の改正について、我々は両親の意見がお互いに一致しない場合、まず至近の尊属によって解決策を図ると考えております。尊属がそれをしないか、することができないのであれば、裁判所に上って、子どもの最善の利益に従い、判断することになります。」[90]、と語った。このように当時の法務部は、三段階の形で家族法の改正を図る姿勢を示した[91]。

---

[87] 前掲書注（37）222 ～ 223頁。

[88] 林・前掲論文注（33）14頁（注41）。前掲書注（37）223頁。

[89] 黄・前掲論文注（79）８頁。

[90] 前掲立法院公報注（34）108 ～ 110頁。

[91] 当時の野党である民進党は家族法の全面的改正を図ろうとしていた。立法

そして、同年六月に、馬英九は立法院の司法委員会の席において、法務部による三段階の作業を主に二つの原則に基づいて行うことを述べた。一つは、男女の平等であり、もう一つは子どもの最善の利益を図ることである[92]。この二つの方向について立法院の中でも異議がないため、法改正の動きは凡そ法務部の提案に従って進められることになった[93]。

但し、この三段階の改正作業の具体的内容や時間表は如何なるものであったのかは曖昧である。論者により、九六年の改正を第一段階の改正だと理解する見解もある[94]が、当時の立法院の議事録を見る限り、少なくとも立法院の内部ではかような認識を持っていなかったように思われる[95]。

二、二〇〇七年まで改正された関連する条文

二〇〇七年までいくつかの改正を経た台湾の離婚法において、子どもに関わる条文の変遷[96]としてはまず九六年に、協議離婚を経た夫婦について、子どもの監護責任を一律に夫に着せることを定めた旧民法一〇五一条が削除されたことが挙げられる。そして、第一〇五五条は改正され、夫婦が離婚した場合、未成年の子どもに対する権利義務の行使又は負担を協議によって決定することになった外、子どもの監護を巡って争いがある際に子どもの利益を十分に配慮することができるように、公の機関や民間の福祉法人による介入を積極的に認める文言も盛り込まれた。更に、監護権者が子どもに対する保護や教養の義務を果たさない場合、子ども自身も含め、前記の各関係主体の請求により裁判所に提訴し、義務確認訴訟などを行うことができるようにもなった。また、裁判所の判断によって子どもとの面接交渉の詳細を決める趣旨の規定もこの条文に定

院公報第84巻第18期院会記録（1995年）22 ～ 25頁。

92 立法院公報第84巻第36期委員会記録（1995年）420 ～ 421頁。

93 立法院公報第84巻第56期委員会記録（1995年）319 ～ 327頁。

94 林・前掲論文注（33）11 ～ 12頁。

95 立法院公報第85巻第36期委員会記録（1996年）11頁。

96 中野ほか・前掲論文注（74）229 ～ 260頁。笠原ほか・前掲論文注（74）29 ～ 39頁。笠原俊宏・徐瑞静「『中華民国民法親族編及び相続編』の邦訳（２）」『戸籍時報　No.620』（日本加除出版・2007年）16 ～ 31頁。

められた[97]。

前記の第一〇五五条の改正に伴い、新たに第一〇五五条の一及び第一〇五五条の二という二つの規定が設けられた。特に、前者において裁判所も子どもの最善の利益の実現を担保する最後の番人にして、子どもの監護権者の決定に臨んで、子どもの意思や人格的発展に資する要素なども含め、いくつかの要件を考慮しなければならないと定められている。

〇七年に、子どもの氏は原則的に父親の氏に従うことを定めた旧民法一〇五九条は改正され、子どもの氏は両親の協議に任せると明示された。そして、両親が離婚した場合、子どもの氏が同人に不利な影響を与えてしまうことが認められる場合、両親の片方や子ども自身はかような氏を変更する宣告請求を裁判所に申し立てることができるようになる規定もこの条文に盛り込まれた。

三、一九九六年以降子どもの監護に係る最高裁判決

一九九八年二月に出された八七年度台上字第八三号判決において、最高裁は児童福祉事務の主務官庁から提出された報告に沿い、子どもの利益を配慮する上で[98]夫からの暴力を受けた妻に子どもの監護権を与えた。その理由については、「〔…〕（長男 A）が心身共に未熟の段階にあり、この時期の子どもが母親に依存する欲求が他の人より高いと認める。そしてこの時期（二歳余）の子どもの学習的諸能力の発達にとって母性が必要不可欠であり、男性よりも適切な保護が与えられることを想定しうる」[99]、と説示した[100]。

一方、同年八月に下された最高裁の八七年度台上字第一七四八号判決の中では、民法一〇五五条の一の規定を厳格に適用する姿勢が示されて

---

[97] 陳ほか・前掲書注（2）252 ～ 253頁。

[98] しかし、ここで引用されたのは民法1055条の1ではなく、当時（1998年）の児童福祉法41条である。同条によれば、主務官庁は家庭内暴力の調査に当たり、司法や教育機関などの協力を要請しうる。内政部兒童局『兒童及少年權益實用六法』（2002年）353頁。

[99] 最高法院『最高法院民事裁判書彙編　第三一期』（最高法院·1998年）646頁。

[100] なお、最高裁は親子の繋がりが祖父母と孫のような繋がりによって取り替えられるものではないことも言及している。最高法院·前掲書注（99）646頁。

いる。本件の上告人Ｘ（妻）と被上告人Ｙ（夫）の間に家庭内暴力を生じる状況までには至らなかったが、口論が頻発しているという事実が確認されている。そして、夫婦は結婚した四年後から二年間別居状態が続き、四歳の子どもＡはその間に被上告人の下で祖母と生活している。その後、夫婦が裁判離婚を申立てる際、上告人Ｘは子どもＡの監護権も併せて要請した。

本件の控訴審では、子どもＡの意思を酌量しながら、上告人の敗訴を決めたが、最高裁は民法一〇五五条の一に列挙されている諸事情を改めて確認し、子どもの監護権の判定は子どもの最善の利益に従わなければならないことを説示した。かように、控訴審の子どもＡに対する夫の扶養事情だけを酌量し、妻の要請を安易に棄却したことは不合理だと判断し、上告人の請求を認めた。しかしながら、民法一〇五五条の一に列挙される諸事情がどれ程詳細に相互衡量をしなければならないかという問題について最高裁から明示的な答えを示していなかった[101]。

他方、同年の一一月に下された八七年度台上字第二六〇〇号判決では、民法一〇五五条の一に列挙される諸事情について、最高裁が最も注意しなければならないのは父母の年齢、職業、品行、健康状態、経済的能力及び生活状況（第三号の規定）だと明言された。そして、控訴審を棄却し、一歳余りの子どもの監護権を、裁判の経過に伴い徐々に精神病を患ってしまった母親から父親に渡すことを決めた[102]。

第三目　子どもの「氏」をめぐる争い

台湾や中国の「家（チアー）」制度において、「氏」は男統血族を示すといったような重要な意味を持つ[103]。かような伝統を受け継ぐ旧民法一〇五九条については、「〔…〕もちろん、憲法上の『男女平等』の原則に違反して

---

[101] 最高法院『最高法院民事裁判書彙編　第三三期』（最高法院・1999年）406～410頁。

[102] 最高法院『最高法院民事裁判書彙編　第三四期』（最高法院・1999年）361～364頁。

[103] 劉・前掲論文注（２）242頁。臨時臺灣舊慣調査會『臨時臺灣舊慣調査會第一部調査第三回報告書　臺灣私法　第二巻上』（1911年）349頁。

いる」[104]、との指摘がある。後に同条の改正を巡っていくつかの折衝[105]が見られ、少しながら改正されたが、全面的な改正が行われたのは二〇〇七年のことである。

確かに、八五年から〇七年までの立法院における議論を見れば、旧民法一〇五九条の不合理性が決して無視されていなかったことが分かる。その間の九六年に大法官会議は釈字第三九九号解釈を下し、人民の姓名自体は憲法二二条に保障される人民の人格権の一内容となることを明言した。それによって、同条の違憲性も再び浮彫りになってきたのだった。

一、一九九六年大法官釈字第三九九号解釈

本件解釈の申立人Xは、子どもA（一〇歳）の名前の変更を二度に亘って在籍している市町村の区役所に対し要請した。二回目の申請は拒否されたために、Xは行政裁判所に提訴した。しかしながら、行政裁判所の判決も区役所の主張を支持したため、Xは大法官会議に対し、本件事案と係わる『姓名条例』六条の合憲性審査を要請した。

また、Xが区役所に対し二回目の変更を申請した背景には、Xが子どもAに新たに付けられた名前の読み方が人体のある部分と似ており、滑稽な意味に捉えられてしまい、本人も学校でそのような滑稽な読み方で同級生からいじめられた事実が判明したため、再び別の名前に変更しようとした経緯がある[106]。

（一）、主文及び理由

大法官会議はまず主文において、「姓名権は人格権の一内容である。個人の名前は人格の表れとも関わっており、如何なる名前を決めることは人民の自由であり、憲法二二条によって保障されなければならない」と明言した。そして、『姓名条例』に基づいて人民は特定の場合において名前の変更を申請することが認められ、文字の読み方によって当該姓

---

[104] 劉・前掲論文注（2）241頁。

[105] 黄・前掲論文注（17）27頁。

[106] 『司法院大法官』ホームページ（2008年5月18日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=399&showtype= 相關附件〉。

名が表記される本人に対し「低俗で汚らわしい」イメージが与えられてしまうことは前記の特定の場合に当たると解されている[107]。

そして、理由において大法官会議は前述した『姓名条例』に書かれた「特定の場合」という文言から設定される内容が極めて不明確だと説示し、「〔…〕（主務官庁が）各事案に係る具体的事実を重視しなければならない」と述べた。その上、「〔…〕名前は低俗で汚らわしいものに当たるかどうかの判断が姓名権を享有する各当事者自身の認識に深く係っている故、〔…〕主務官庁がその個々人による意思の表明を尊重しなければならない」[108]、とも示した。

（二）、検討

本件解釈は憲法二二条によって「人格権」が保障されると宣言したが、「人格権」は飽く迄も民法に対する解釈によって形成された権利の概念[109]である故、憲法、民法並びに「人格権」の間に如何なる繋がりを持つかという問題について解決されていないと考えられる。その上、「人格権が憲法よりも下位にある権利であり、人間的尊厳は〔…〕憲法二二条によって保障されれば、『社会秩序や公共的利益に反しない』条件に服しなければならないが、その保障する範囲は人格権より幅広いことが自明である」[110]、という「人格権」及び「人間的尊厳」の相異を指摘する見解に如何に応答するかという問題についても本件解釈から明白な手掛りが示されていないとも考えている。

他方、大法官会議による解釈には「人格的尊厳」や「人間的尊厳」という言葉が散見されており[111]、その二つの概念は台湾の憲法学において果たして同一視することができるのかという問題が生じる。さらに、本件解釈に対し、「〔…〕大法官（会議）が本件解釈において名前は低俗で

---

107 前掲書注（37）274 ～ 275頁。

108 前掲書注（37）275頁。

109 李（念）・前掲書注（56）263 ～ 264頁（注８）。王澤鑑「人格權、慰撫金與法院造法」『民法學說與判例研究 第八冊』（三民書局・2000年）101頁。

110 吳・前掲書注（73）305 ～ 306頁。

111 李（念）・前掲書注（56）264 ～ 265頁（注９）。

汚らわしいものであるかどうかの判断が姓名権を享有する個人の主観的価値観に係わるものであることを述べたのは、〔…〕果たしてその背後には個々人が平等的に人格的尊厳を享有する認識があったかどうか。また、人格的尊厳というものが客観的基準であるか、或いは個人の主観的価値観によって定義されるものだと認識されるべきであろうか。更に言えば、名前を決める自由が如何なる理由で基本的人権だと認識され、憲法によって保障しなければならないのか」[112]などの疑問が投げかけられている[113]。

二、立法院における議論

前記のように旧民法一〇五九条は二〇〇七年に学界から指摘されてきた違憲論に従い、全面的に改正された。それまでの議論を見ると、例えば九四年に立法委員の李必賢は同条の改正案を提出し、外国の立法例を参照しながら、「〔…〕子どもの氏を如何に決めることは、一族の氏の伝承を考慮する外､子どもの人格に対する尊重も配慮すべきであります」、と主張していることがある[114]。

一方、〇五年までに立法委員から提出された幾つかの同条に係わる改正案は殆ど男女平等原則の実現を図る内容であった[115]。九五年と九九年に政府が提出した家族法改正案でも旧民法一〇五九条の改正が求められた。その中、子どもの「氏」に関する改正については九九年の政府草案は九五年のものを丸写ししたものであったが、いずれも前記の立法委員らの視点と大差がなく、同じく男女平等の原則の徹底と両親の選択権の尊重に基づき、同条を改正する必要性が強調されていた。但し、個々の改正条文に対する説明においては、「〔…〕子女の氏は子女の人格権の一部となる。子女が満七歳以上の場合、〔…〕（氏の変更には）子女の意思

---

[112] 李（念）・前掲書注（56）265頁。

[113] なお、本件解釈によって挙げられた名前を決める自由は苗字（氏）を決める自由も含まれているのかの問題も取り上げられている。李(念)・前掲書注(56)266 ～ 267頁。

[114] 劉・前掲論文注（２）242頁。立法院公報第83巻第46期院会記録(1994年)87頁。

[115] 前掲立法院公報注（34）26；139；141頁。前掲立法院公報注（91）22頁。

を尊重し、本人による同意を得なければならない」ことが明示されている[116]。

〇六年になり、立法委員の黄淑英による改正案ではおおよその理由が上記の政府案と異ならないが、『子どもの権利条約』一二条の規定も取り上げられているのは興味深い所である[117]。

第四目　小括

実際、上記の旧民法一〇五九条の改正も含まれる家族法の一連の動きの中で、「男女平等の原則」が憲法七条と直接に関連して積極的に言及される外、憲法論の展開が殆ど見られていなかった。そして、釈字第三九九号解釈が下されても子どもの姓名権などの問題について立法院の場で議論された形跡も殆ど見当たらなかった[118]。また、「氏」の問題について子どもの主体性について最も配慮したように見える黄氏改正案の所論を見ても、そこで引用されたのは憲法の人権論ではなく、国際法の条約論であった。かような諸事実から考えると、当該時点において子どもも基本的人権の享有主体だという認識は女性ほど強調されてこなかったと思われる。

第四項　中絶へのアクセス

漢民族の伝統において、子どもを産むことには、「不孝有三、無後為大」[119]、と評価される。他方、刑法典に当たる律令の中には、「婦人犯罪」[120]

116　立法院議案関係文書院總第1150号政府提案第5342号（1995年10月14日）政19～22。立法院議案関係文書院總第1150号政府提案第6631号（1999年９月21日）政97～99。

117　前掲立法院公報注（34）２～３；６；27頁。

118　なお、子どもに母親の氏に付けさせることは習俗的違和感が大きいことが民間団体の世論調査によって明かされた記事がある。『YAHOO！奇摩』ホームページ（2008年５月12日）〈http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/080512/2/yzlt.html〉。

119　臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（103）１頁。

120　臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（103）19頁。

の規定があり、胎児の保護が図られる[121]側面もあった。更に、「男尊女卑」や「多子多孫」等の言葉を示すような精神的風土の働きにより、漢民族の女性が自らの意思によって中絶を行うこと自体が容易くはないと思われる[122]。

第一目　中絶に対する法的対応

『中華民国刑法』には、「堕胎罪」の章が設けられ、妊婦の堕胎を禁じているが、一九八四年に制定され、翌年から施行した『優生保護法』（以下、「保護法」）によって、妊娠は二四週間以内であれば、中絶が認められることになった[123]。しかし、それは限定される場合のみに行えることであり、法定代理人や配偶者による同意の要件も設けられている[124]。

前者の法定代理人による同意の要件について、保護法九条の規定を厳格に解釈することによって、父母両方か監護人（監護人は独身であれば監護人一人の同意、監護人は夫婦であれば、両方の同意）の同意とも得なければならないことになる。これに関して、例えば両親が離婚していた場合、子どもは中絶手術を受けるために、既に長年の間連絡を取っていない片方の親に手術を受けさせる同意を求めることが果たして容易かという疑問がある[125]。

もっとも、保護法が制定された当初の立法者意思を探ってみると、かような未成年者の妊娠を解決しようという意識があったらしい[126]。とは

---

[121] 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（103）19頁。

[122] 劉・前掲論文注（2）242頁。

[123] 蔡墩銘「墮胎與人工流產」『月旦法學雜誌 1995年3月號』（1995年）55頁。

[124] 立法院公報第82巻第58期院会記録（1993年）35頁。

[125] また、かの有名な中絶ピルである RU486が衛生署（「厚生労働省」に相当）によって認可を与えられた01年以前、親に自分の妊娠を知らせたくないために未成年の妊婦はネット通販を通じてピルを入手し、結局、使用方法が分からないため大量出血になり緊急入院したケースが報じられている。『YAHOO！奇摩』ホームページ（2008年5月21日）〈http://www.drkao.com/library/9/chap2append7-14.htm〉。立法院議案関係文書院總第1140号委員提案第3568号（2001年4月21日）委10。

[126] 前掲注（125）。

言え、前記の両親による同意要件からもたらされる結果について、民間のNGOは反って子どもの妊婦に危険な中絶の方法を選択させてしまうことになると警鐘を鳴らす[127]。なお、この問題を憲法学のレベルまで引き上げて考えると、憲法一五六条や憲法改正追加条文一〇条六項の規定は重要な働きを果たせると考えられる一方、九五年釈字第三七二号解釈の主文の冒頭に「人格的尊厳の保護及び人身的安全の確保がわが国の憲法が人民の自由及び権利を保障する基本的理念」[128]、であると説示されていることが重要であると思われる[129]。

第二目　『優生保護法』をめぐる改正の動き

保護法が一九八五年に施行されたが、九九年にいくつかの条文が改正された[130]。その改正を求める動きは前記の第九条の規定を問題視することから始まったと思われる。要するに、九三年に立法委員の葉菊蘭は同条の始めでは、「妊婦が〔…〕自己の意思に従い、人工妊娠中絶を受けることができる」、と明記されているため、女性が自分の体を自主的にコントロールする権利も認められるはずだという理解を示しつつ、結婚した妊婦は中絶を受けようとする場合、配偶者（夫）の同意を得なければならないという同条二項の規定が不合理だと解して、当該条項の改正案を提出したのが発端である[131]。しかし、同改正案は成立することはなく、九九年の改正も前記の問題に答えるものではなく微々たるものに止

---

[127] 『台湾女人健康網』ホームページ（2008年５月16日）〈http://www.twh.org.tw/11/02.asp〉。

[128] 前掲書注（37）230頁。

[129] なお、中絶を行うかどうかの選択が女性の個人的選択であり私的事情だと認識すれば、「プライバシーの権利」によって保障されることもありうる。その「プライバシーの権利」の憲法的根拠について、釈字第293号解釈と第443号解釈を照らし、「中華民国憲法10条（住所の自由）と第15条（財産権）の規定から引き出されるのだろう。もしそれができないのであれば、憲法22条によっても憲法的根拠が与えられよう」、との主張がある。吳・前掲書注（73）307頁。

[130] 立法院公報第88巻第52期院会記録（1999年）163 ～ 164頁。立法院公報第88巻第13期院会記録（1999年）250頁。

[131] 前掲立法院公報注（124）34 ～ 35頁。

まった。

〇〇年から婦人の権利を擁護する民間の NGO は父権主義の産物だと認識されるあらゆる法律の改正を求め始めている[132]。かような社会での動きに応えるように、〇二年から保護法の改正案は次々と立法院で提出されていた。その中、同年に出された立法委員の江綺雯による「優生保護法一部改正案」では未婚の未成年者である妊婦に係る両親による同意の要件、又は結婚した成年の妊婦については配偶者による同意の要件が依然として同改正案に残されている一方、胎児の生命権は民法七条の規定によって保障されているとの認識が示されている[133]。そして、子どもの意思が如何に中絶へのアクセスの手続きの中で反映されるかという問題も配慮されてきている。すなわち、〇六年五月の立法委員の黄淑英による「生育保護法改正案」の第一一条一項には、「一八歳未満の未婚の妊婦は〔…〕人工妊娠中絶手術を受ける場合、法定代理人と共に（第一二条に定められる機関による）告知を受けなければならない。その後、法定代理人の同意を得なければならない」[134]、と定められ、未成年の妊婦と法定代理人の間に第三者（中絶手術に関する情報の提供機関）が介入し得るとされる。それにより各関係者が子どもの中絶の問題に向き合い、対話を展開することができる環境が整えられるではないかと考えられる。

同年の一一月に政府案も出されたが、胎児の生命権や女性の身体に関する自律権の見地から人工妊娠中絶手術を再定義すべきだということが示されていた。一八歳未満の未婚の妊婦には法定代理人による同意が依然として課されるが、法定代理人の親権や監護権が剥奪されたり同意権を行使したりすることができない場合、妊婦の最善の利益に従い、戸籍所在地の社会福祉事業を司る主務官庁によって同意権を行使することができるとの但書が追加された等の新たな対応が見られる。但し、政府案では前記の黄氏による提案と同様に女性の「身体的自律権」の保障が説

---

[132] 前掲注（127）。

[133] 立法院議案関係文書院總第1140号委員提案第4408号（2002年10月16日）委79～委89。

[134] 立法院議案関係文書院總第1140号委員提案第6921号（2006年５月３日）委79～委90。

かれていても、如何なる法的根拠も明示していなかった[135]。最後に出された〇八年の立法委員の楊麗環による「優生保護法九条改正案」においては、家族や個人の事情により男児を望む故に女性の胎児を中絶したいと判断される場合は、保護法の適用から除外すべきだという要請が注目に値する[136]。

かくして、保護法の法改正を巡る動きが活発と伺えるが、〇六年の時点においては前記の各改正案はいずれも成立することができなかった。〇八年二月に行政院は再び同じ内容の政府改正案を立法院に送付した[137]。

第三目　二〇〇一年九〇年度台上字第四六八号最高裁判決

本件は新光病院（被上告人 Y1）で健診をする際、妊娠だと知らせてから、同病院で出産することを決めた夫 X1と妻 X2（上告人）によるものである。X らは Y1の所へ赴き、羊水検査を行ったが、Y1に勤める産婦人科の部長（被上告人 Z1）は、X らの検査結果を行政院衛生署が認可した分析センターに送らず、Y1に勤めていた羊水検査の分析の経験がまだ浅い研修医（被上告人 Z2）に任せていた。X らは、被上告人 Z2の報告を読んで、胎児が健常であり順調に出産することができると信じたが、後に出生したのは多重的障害を持っている子どもであった。そこで、X らは、被上告人 Y1に対し医療契約の善良的管理人による注意義務の怠慢、被上告人 Z1と Z2に対し不正な分析結果によって自分達の「中絶自由権」及び「生育決定権」が侵害されたことをそれぞれ主張し損害賠償を求めた[138]。

---

[135] 立法院議案関係文書院總第1140号政府提案第10692号（2006年11月１日）政１～政10。立法院議案関係文書院總第1140号政府提案第11169号（2008年２月27日）政1141 ～政1150。

[136] 立法院議案関係文書院總第1140号政府提案第7989号（2008年４月19日）委485 ～委488。

[137] 前掲注（135）政1141 ～政1150。

[138]『法源法律網』ホームページ（2008年５月21日）〈http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=90%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c468%2c20010322&courtFullName=TPSV&jyear=90&jcase=%e5%8f%b0%e4%b8%8a&jno=468&jdate

控訴審において、X らの請求を斥けながら、「〔…〕胎児は人格を持つ一生命体であり、妊婦本人が胎児を母体から排出させるかどうかの選択が生命の価値、人間的尊厳とも関わっている故、妊婦にとって『自己決定権』を語る余地がない。（保護法）九条の規定は〔…〕一定の条件に合致する人工妊娠中絶手術の合法性を認め、刑法の違法性阻却事由にはなるが、それを以て憲法が婦女の『堕胎自由権』や『生育決定権』を保障する主張が理論的飛躍である」[139]、と説示した。

かような控訴審の判断に対し、最高裁は破棄自判にして、「〔…〕（保護法）一一条二項〔…〕（により）医師に（検査に関する）異常の結果を妊婦に通知する義務、及び中絶手術が必要だと判断される場合妊婦に同手術の受け入れを勧告する義務両方とも課されている。よって、妊婦には中絶を選択するかしないかの権利が付与されるような解釈する余地が生じるのではないか。〔…〕更に、病院やその関係者の過失によって優生保護法一一条二項の適用する期限が過ぎてしまい、最終的に障害を持つ子どもを出生させた結末に繋がる場合、婦女の自身の意思に従い、人工妊娠中絶手術の執行を決定する権利に侵害した評価には値するかどうかの判断を要しよう」[140]、という。但し、ここでは女性に保障される中絶への選択権に係る憲法的根拠が示されていなかった[141]。

第三節　社会的身分と子ども

漢民族の家族における親子関係は、大きく「自然の血統による親子」と「法律の擬制による親子」と分けられている。前者の中について、母

=900322&jcheck=&switchfrom=1&issimple=-1〉。

[139] 前掲注（138）。

[140] 前掲注（138）。

[141] 本判決では最高裁が反問的な形で身体に関する女性が享有すべきである自己決定権の保障を認め、控訴審の判断を斥けたが、当該権利が保障される根拠を『優生保護法』だけに求めるのは違和感を覚える。女性が自分の意思に従い、中絶を行うことを決定する権利が当該個人の身体や人格にも係わる重要な権利であれば、憲法的根拠を明示すべきであろう。張桐鋭「憲法訴訟與基本權保障」許志雄・蔡茂寅・周志宏主編『現代憲法的理論與現實：李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集』（元照出版・2007年）776頁。

親の身分により、「〔…〕嫡子、庶子、姦生子及婢生子」[142]などの区別があったが、後者については、「養親子」と「擬制的親子」に分けられていた。その「擬制的親子」を巡って台湾では異なる様相があると言われている[143]。

但し、一九三〇年には民法が制定され、「自然の血統による親子」の類には「嫡出子」と「婚外子」、「法律の擬制による親子」の類に関して「養子」の身分しか認められないことになり、恩義名分による区別の中で「継親子」と「嫡母庶子」の関係は姻族としてしか認めないとした[144]。そして、四五年以降、同法は台湾でも施行されたため、台湾の旧慣も法的には消滅することになった。

一方、八五年に台湾で初めて生殖補助医療によって「試験管ベービー」と呼ばれる子どもが出生した事例が報じられる[145]。しかしながら、生殖補助医療に関する政府の対応は、〇七年に『人工生殖法』が制定されるまでは八六年の『行政院衛生署人工生殖技術管理委員会設置規則』、『人工生殖技術倫理指導要領』という行政命令、及び九四年の『人工生殖補助技術管理規定』という倫理的規定だけを頼りにして行われてきた[146]。

第一項　論点の概要

一九八五年に一回目の法改正では、「婚外子」や「養子」を含む子どもの福祉の向上が一つの重点だと言われ、「養子」と係わる従来の悪習を改めるために、裁判所の介入を多く認める箇所が散見される[147]。〇七

---

142 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）442頁。

143「擬制的親子」について、中国では「乳母と乳子」や「慈母と慈子」というカテゴリーがあったが、台湾の旧慣では全然観念されていなかったという指摘がある一方、事実上慈母の役割を果たしている例があったとの見解もある。徐美貞『親屬法』（五南圖書･2008年）10頁。臨時臺灣舊慣調查會･前掲書注（26）443 ～ 444頁。

144 陳ほか・前掲書注（２）265頁。徐・前掲書注（143）87頁。

145 陳ほか･前掲書注（２）317頁。立法院公報第96巻第20期院会記録（2007年）131頁。

146 前掲立法院公報注（145）131頁。

147 黄・前掲論文注（17）31頁。

年になり再び「婚外子」と「養子」に関する家族法の規定の多くが改正された。以下ではその動きを追いながら、大法官会議の解釈も整理し、「婚外子」や「養子」とされる子どもの位置づけについて検討する。また、「人工生殖子」に関しては、前述した〇七年の『人工生殖法』が制定されるまでの経緯を整理する一方、いくつかの判例も紹介し、台湾における生殖補助医療と子どもの法的様相を解明したい。

第二項　養子

養子の存在意義は「養家」と「生家」両側の立場から見ることができる。まず前者から見ると、養子は「繼嗣ノ為ニスルモノ」や、「妻妾ノ情ヲ満足セシムルカ為ニスルモノ」等と言われる。そして、後者から見ると、養子とは「生家ト養家ノ情誼ヨリ來ルモノ」や、「子女多キニ苦ミ或ハ貧窮自贍スル能ハサルカ為ニスルモノ」等とされる[148]。また、「養子」とされる子どもの中には、「過房子」、「螟蛉子」と「養女」の区別があった[149]。養子縁組の成立は「養家」と「生家」の合意が唯一の要件だとされていた[150]。

第一目　一九八五年以前の大法官解釈

台湾における養子を巡る様々な旧慣と民法の間に生ずるズレについて、一九八五年までに大法官会議は釈字第一二号[151]、第二八号[152]、第三二号[153]、第三四号[154]、第五八号[155]、第七〇号[156]、第八七号[157]及び第九一号[158]解

148 臨時臺灣舊慣調查會・前掲書注（26）457 ～ 459頁。
149 臨時臺灣舊慣調查會・前掲書注（26）460頁。
150 臨時臺灣舊慣調查會・前掲書注（26）461 ～ 462頁。
151 前掲書注(37) 3 ～ 4 頁。『司法院大法官』ホームページ(2008年５月24日)〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=12&showtype=相關附件〉。
152 前掲書注（37） 7 ～ 8 頁。
153 前掲書注（37） 9 頁。
154 前掲書注（37） 9 頁。
155 前掲書注（37）14頁。
156 前掲書注（37）16頁。

釈を下し、旧慣を是正したり、追認したりしていた。中でも、表向きは養子縁組を結ぶ口実を作りながらも実際には人身売買を行う悪習[159]に対し、大法官会議は釈字第八七号解釈において初判断を示したため、その概要を紹介する。

当該悪習の存在が認識されていた上、同解釈は養子縁組を結ぶ実質的要件が満たされていない場合、当該縁組は取消されるか或いは無効とされるのかという問題について判断をしたのである。同解釈はまず主文において、「養子縁組を結ぶ際、養親となる者は養子とされる者より二〇歳以上でなければならない要件を充たさず、民法一〇七三条に違反する場合、裁判所への提訴によって取消すことができるが、無効だとすることはできない」[160]と説示した。そして、理由において、「〔…〕結婚及び養子縁組の行為が共に身分関係の変更と係わるものである故、違法たる結婚を取消すことを認める法規制は違法たる養子縁組を取消そうとする状況にも適用する余地がある」、と示したが、「〔…〕養親となる側が不法的な意図を以て縁組を結ぶ場合、民法七二条の適用によって解決策を図りうる」とし、申立人が養親の不法行為を防ぐために求める司法院解字第三一二〇号五項解釈の変更は認められなかった[161]。

かような多数意見に対し、史尚寛を含む六名の大法官は反対意見を提示した。とりわけ、「養親となる者が例え不法的意図を以て養子縁組を結ぶ場合、民法七二条によって対応できること」と述べた多数意見に対する反論に注目したい。同意見はこの点に関し、養親となる者は営利やその他の不法的意図を抱いて養子縁組を行っても当該時点では必ず当該意図が判明されうるわけではなく、そのような事実の立証も難しいと批判している。すなわち、「養女」とされる幼児の多くは数年か一〇数年間に亘って養親の下で生活してから、初めの時から養親は子どもを営利的で不法たる商売をさせようとする目的の存否を確認するため、養子縁

[157] 前掲書注（37）21頁。
[158] 前掲書注（37）23頁。
[159] 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）468 ～ 470頁。
[160] 前掲書注（37）21頁。
[161] 前掲書注（37）21頁。

組を結んだ当時まで遡って契約を協議する当事者両方に人身売買の意思の有無を証明させるのは至難の業だと同意見は述べている。よって、反対意見は違法に行われる養子縁組を防ぐためには、民法一〇七三条で定められる年齢の制限に違反する全ての養子縁組を直ちに無効にすべきだと主張する[162]。

第二目　一九八五年の法改正

一九八五年に行われた改正において、養子と最も関係するのは旧民法一〇七九条及び第一〇八〇条の改正だと思われる。

改正された旧民法一〇七九条には、書面を以て養子縁組を行う規定が残された[163]が、「養子となる者が七歳未満で且つ法定代理人がいない場合、この限りでない」という但書が付け加えられていた。そして、新たに設けられた規定の中では、裁判所による許可制度が導入され、「養子として養子縁組する者に不利な事実が認められる場合」等の事情が確認された場合には、裁判所が許可を与えてはならないという法による制限も加えられている。その外、「養子縁組の無効」や「養子縁組の取消し請求権及びその除斥期間」等の規定もそれぞれ民法一〇七九条の一と民法一〇七九条の二の形として定められている[164]。その第一〇七九条の一が新設されたことに伴い、大法官釈字第八七号解釈の適用が否定されることになったと言われる[165]。すなわち、養親と養子の間には二〇歳の隔たりがなければ、養子縁組を結ぶことができなくなり、無効だと見做される。

他方、「養子縁組の離縁」を規定する旧民法一〇八〇条の文言はそれぞれ残された[166]が、「養子が七歳未満であるときは、その離縁は、養親と養子の離縁後にその法定代理人となるべき者によって行うことにす

---

[162] 『司法院大法官』ホームページ（2008年５月24日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=87&showtype= 意見書〉。

[163] 中野ほか・前掲論文注（24）248頁。黄・前掲論文注（28）22頁。

[164] 中野ほか・前掲論文注（24）248 ～ 249頁。黄・前掲論文注（28）22 ～ 23頁。

[165] 黄・前掲論文注（17）30頁。

[166] 中野ほか・前掲論文注（24）249頁。黄・前掲論文注（28）23頁。

る」等の新たな規定が設けられた[167]。なお、従来養子の相続分が嫡出子の二分の一とされる旧民法一一四二条二項の規定は、今回の改正に伴い削除された。これは、「〔…〕養子を擬制血族と認め、養子は養親の一親等の直系卑属にあたるとしているので、第一順位の相続人に属することは疑いない」[168]という見解が具現化されたものとして評することができるかどうかの問題もあるが、少なくともこの改正により、実質的には養子の相続分は嫡出子と平等となった[169]。

しかし、養子法をめぐる改正の動きはこれだけで止まったわけではない。九八年に行政院と司法院が共同して提出した家族法改正案の中で、「養子の利益の保護」と「公権力の介入」をワンセットとし、養子法の改正が再び唱えられている[170]。九九年の同じく行政院と司法院による共同提案の中でも「子どものため」にある養子縁組の制度を実現させようと訴えながら、改正を要請している[171]。

ところが、その二つの提案は何れ成立しなかった。そして、時は〇六年になり、家族法の改正を要請する政府提案の中で、『子どもの権利条約』[172]に言及し、養子法の改正をめぐる動きが再燃することになった[173]。そして、養子法に関する二回目の改正はついに〇七年五月の立法院の本会議の中で成立した。その流れについて、次の項目で概観するが、その前に、大法官会議が〇〇年に養子縁組に係わる年齢的制限について判断を下している故、まずそれを紹介する。

第三目　二〇〇〇年大法官釈字第五〇二号解釈

本件解釈で争われたのは、民法一〇七三条に定められている養親と養

---

[167] 中野ほか・前掲論文注（24）249頁。黄・前掲論文注（28）23頁。

[168] 劉・前掲論文注（２）246頁。

[169] 劉・前掲論文注（２）244頁。黄・前掲論文注（17）31頁。

[170] 立法院議案関係文書院總第1150号政府提案第6333号（1998年12月５日）報39。

[171] 前掲注（116）報91。

[172] 施慧玲『家庭法律社會學論文集』（元照出版・2004年）305頁。

[173] 立法院議案関係文書院總第1150号政府提案第10523号（2006年５月10日）政69。

子の間に設けられている二〇歳の年の差の合憲性である。多数意見はまず主文で、同条の合憲性を確認した後、「〔…〕養親と養子の間にどれ程の年齢的隔たりを要求するのは立法裁量に属することにしても、家族の安定性や養子の権利への配慮を欠いてはならない。〔…〕夫婦による共同縁組或は夫婦の一方が他方の子と養子縁組を結びたい場合、実際の社会的生活の様相に照らし、例外的規定を設けても差し支えない」[174]と説示した。

続いて、理由では、「〔…〕現行の養子縁組の制度が養子の利益を保護することが主な目的だとされている」ことを確認し、「〔…〕夫婦による共同縁組や他方の配偶者の子女と縁組を結びたい場合、（同条）の規定に違反することを理由とし、養子縁組を強制的に無効だとするのであれば、反って養子とされる子どもの利益を損うことになりかねない」[175]、と述べている。

本件解釈の申立人は、申請書の中で人を養子として迎えることは憲法二二条によって保障される人民の自由権だと主張した。しかしながら、大法官会議はそれを斥け、曖昧な言葉で「実際の社会的生活に合致する」法律の改正を一方的に立法機関に要請する姿勢を打ち出すだけに終始した[176]。本件解釈の以前に大法官会議は釈字第三六二号[177]や第三七二号解釈[178]において、家庭の内部でも個人の尊厳が憲法に保障されることを宣言していたため、家族法の分野でも憲法の見地からの検証が行われるようになった。本件解釈はその積極的姿勢を損なう結果になりかねないと考えられる。

第四目　二〇〇七年の法改正

二〇〇七年一月四日に開かれた立法院司法委員会での議論を見ると、

---

174 前掲書注（37）444 ～ 445頁。

175 前掲書注（37）445頁。

176『司法院大法官』ホームページ（2008年 4 月24日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=502&showtype= 相關附件〉。

177 前掲書注（37）219 ～ 220頁。

178 前掲書注（37）230 ～ 231頁。

今回の法改正では行政院と司法院による〇六年の共同提案（以下、「共同提案」）の中の多数の条文がそのまま認められていたことがわかる[179]。それはともかく、この度改正された旧民法一〇七三条には、夫婦による共同縁組を結ぶ場合、片方は養子となる者より二〇歳以上長じているのであれば、相手方の配偶者は養子より一六歳以上長じるだけであっても、縁組が認められるものと定められている。そして、新たに設けられた民法一〇七六条の一の規定によると、子どもの縁組に対し、実親が子どもに対して自分の養育の義務を全うしない、或は子どもに危害を加える場合、同人による同意がなくても裁判所によって子どもの縁組を成立させることができる[180]と定められており、注目に値する。

また、養子縁組の終了について、新たに設けられた民法一〇八〇条の一、同条の二及び同条の三の規定に注意する必要もある。例えば、第一〇八〇条の一では養親が死亡した後、養子が裁判所に縁組の終了を請求し得る場合があるとされる一方、裁判所が特定の場合に限って、当該請求を斥けることができるともされている。そして、養子が七歳以上の未成年者であれば、縁組の終了を請求することには法定代理人の同意を得ねばならない要件も課されている。

第三項　婚外子

旧慣では「婚外子」を指す言葉は色々ある[181]。そして、「〔…〕父ハ其母又ハ母ノ後夫ノ甘諾ヲ得ルトキハ容易ニ之ヲ認知シ取養スルコトヲ得ヘシ」、と言われ、「〔…〕父カ其母ト婚姻シ或ハ其子ノミヲ取テ現在ノ妻又ハ妾ニ子養セシメタルトキハ其子ハ嫡子又ハ庶子ト同一ノ身分ヲ得ルモノト為ス」[182]、と認識されていた。また、認知された婚外子はその家の家産の相続について、婚内子と平等に相続権を持つ[183]、とされてきた

---

[179] 前掲注（173）政69 ～ 72。立法院公報第96巻第14期委員会記録（2007年）289 ～ 314頁。

[180]『法源法律網』ホームページ（2008年５月22日）〈http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDOC01.asp?lsid=FL001351&lno=1076-1〉。

[181] 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）445 ～ 446頁。

[182] 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）450 ～ 451頁。

[183] 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）565頁。

らしい。

第一目　一九八五年以前の『中華民国民法』と婚外子

『民法』では、婚外子の「準正」、「認知」及び「認知に関する遡及効の承認」との規定が設けられている。「準正」については、「血統的に親子関係の存在」及び「両親が法的に有効な婚姻を締結しなければならない」という二つの要件が課されている[184]が、学説においては、「血縁上の父による認知の是非」[185]や、「親の結婚が無効だとされた場合、準正の効果の存在不存在」を巡る見解の違いがある。実務的には両親の結婚が、重婚か近親婚の制限に触れれば、両親の結婚が無効になるため、子どもは「準正」によって嫡出性を取得することができなくなるという理解を支持するように見える（一九四一年最高裁上字第四五四号判決）[186]。但し、婚姻が取り消されても、「準正」の法的効果には影響がないとされている[187]。

他方、「認知」の制度については「任意認知」と「強制認知」がある。前者は民法一〇六五条に定められており[188]、戸籍上の登記は必要とされず、父親から認知の意思表明にも条件付きや除斥期間を設けられていない。但し、如何なる形の意思表示を「認知」として認めるべきかという問題がある[189]。例えば、一九三四年の院字第一一二五号解釈によると、婚外子が血縁上の父の下で養育を受けるという事実があれば、認知の効力が発生する、と言う[190]。そして、後者の「強制認知」について八五年

---

184 陳ほか・前掲書注（2）290頁。高鳳仙『親屬法：理論與實務』（五南圖書・2008年）302 ～ 303頁。

185 陳ほか・前掲書注（2）290頁。高・前掲書注（184）303頁。

186 陳ほか・前掲書注（2）290頁。高・前掲書注（184）303頁。『司法院法學資料檢索系統』ホームページホームページ（2011年6月14日）〈http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm〉

187 陳ほか・前掲書注（2）290頁。高・前掲書注（184）303頁。

188 陳ほか・前掲書注（2）292頁。高・前掲書注（184）306頁。

189 高・前掲書注（184）306 ～ 307頁。

190 陳ほか・前掲書注（2）292 ～ 293頁。高・前掲書注（184）307 ～ 308頁。『司法院法學資料檢索系統』ホームページ（2008年6月14日）〈http://jirs.judicial.

に法改正が行われた前の旧民法一〇六七条によると、「強制認知」が認められる理由は限定されており、婚外子自身も血縁上の父に対する認知請求権を持つことができなかった。

第二目　二〇〇〇年までの法改正

婚外子に関する法制度の改正は、二〇〇〇年までに三回行われた。八五年に婚外子や養子等の子どもの福祉を増進させるという政策的主導[191]に基づき、旧民法一〇六七条が改正され、血縁上の父に強制認知を請求する権利が婚外子にも与えられることになった[192]。

九六年に行われた二回目の法改正により、民法一〇六九条の一（以下、「本条」）が新設され、未成年の婚外子を認知した場合、同人に対する権利義務の行使又は負担については民法一〇五五条、第一〇五五条の一及び第一〇五五条の二の規定が準用される。本条は一補足的な規定だと解されるが、今までは婚外子が認知された後、親が当該未成年の子どもに対する権利や義務を如何に負うかという問題があった[193]ため、この規定の追加は「子どもの利益の保護」に資するものだと考えられている[194]。また、本条の成立は同じく九六年に行われた前記の三カ条に対する改正及び、新設という流れを踏まえた上でのことだと見られている[195]。すなわち、その三カ条は離婚に際して裁判所による介入を積極的に要請するものであり、監護権の所属は「子どもの最善の利益」に基づき判断すべきだという義務を裁判所に課するものでもある。それ故、婚外子の場合にも本条の新設によって「子どもの最善の利益」への熟慮という法全体の原理原則が持ち込まれたことになる[196]。

---

gov.tw/Index.htm〉。

[191] 黄・前掲論文注（17）21頁。

[192] 黄・前掲論文注（17）28 ～ 29頁。中野ほか・前掲論文注（24）247頁。

[193] 立法院議案関係文書院總第1150号政府提案第5207号（1995年５月３日）報10 ～ 11。

[194] 前掲注（193）報３。

[195] 前掲立法院公報注（92）426頁。

[196] 1999年の改正は『刑法』と連動して、「強制的性交渉」等の文言を統一的に改めることとして、旧民法1067条を改正しただけに止まっていた。前掲立法院

第三目　二〇〇四年大法官釈字第五八七号解釈

本件解釈の申請は、事案Aと事案Bの当事者によって行われた。まず前者における大法官解釈の申請人は、一歳余りの子どもX1である。X1の母親であるY1は、X1を受胎する一年前から既に生育能力が低い配偶者のZ1とは別居していた。そこで、Y1はZ1と別居している一年の間に第三者と性交渉を持ち受胎した結果X1をもうけた。ところが、Y1とZ1の離婚はX1の出生した年と同じ年に行われたため、旧民法一〇六二条の規定に基づき戸籍機関はX1をZ1の婚内子として推定した。従って、X1がZ1との親子関係不存在の確認訴訟を提起した。しかし、最高裁は旧民法一〇六三条の規定に依拠し、X1の請求を斥けた。そのため、X1はこの最高裁判決によって自分の憲法二二条から保障される「自分の血縁上の父を確認する裁判を受ける権利」が侵害されたことを主張し、大法官会議に対し同判決の違憲審査を求めたのである。

他方、後者における申請人は、二人の女児の血縁上の父X2である。X2は一度離婚したY2と結婚して二人の女児に恵まれたが、旧民法一〇六三条の規定によって、Y2の前夫であるZ2の子女だと推定された。この事情を知ったX2は二人の女児にDNAの検査を受けさせ、自分との血の繋がりを証明した後、X2は二人の女児とY2を相手取り裁判所に対し親子関係存在の確認訴訟を提起した。しかしながら、最高裁はやはり同条の規定に基づきX2の請求を斥けた。従って、X2も大法官会議に対し、最高裁の判決が憲法一六条（裁判を受ける権利）、第二二条及び第二三条を侵害したかどうかの判断を求めた[197]。

大法官会議はまず主文において、「（子ども）が自身の血統の出自を知り、真の親子関係を確認することは（子ども）が享有する人格権の一内容となり、憲法によって保障しなければならない」、と説示した。そして、旧民法一〇六三条の規定自体の合憲性を確認しながら、「〔…〕（子ども）

公報注（130）230頁。

[197]『司法院大法官』ホームページ（2008年4月24日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=587&showtype= 相關附件〉。吳煜宗「子女自我否認婚生性之權利—釋字第五八七號解釋的挑戰」『月旦法學雜誌（No.119）』（2005年4月）213～214頁。

自身が当該請求権の享有を認めていないことや除斥期間も定められていなかったことから考えれば、（子ども）が有する訴訟を起こす権利には不当な制限が課されることになる」、と示した[198]。

続いて、理由において大法官会議は、子どもの権利条約七条一項の規定を取り上げ、「〔…〕子どもには自分の出自を知る権利が保障されている。当該権利は父子関係の真実を確認することに資するものだと認め、（子ども）の人格権の一内容ともなる故、〔…〕憲法二二条によって保障しなければならない」、と説きながら、「〔…〕自分の出自を知り、真の身分を取得することは（子ども）本人の人格的利益と深く係わることであり、例え夫婦両方揃えて嫡出否認の訴を提起しないかしたくないことにして、除斥期間を不意か故意によって見過ごせば、（子ども）の本当の出自を確定する機会がなくなり、（子ども）にも真の身分を取得することができなくなる。かような状況は本人の人格的権益の保障には資しない」、と説示した。しかし、本件における子どもの血縁上の父に嫡出否認の訴を提起する権利が、「〔…〕容認されるのであれば、他人の婚姻と係わるプライバシーに介入し、提訴人自身も当該不法行為の正当性を主張しなければならない故、社会通念に照らして考えれば、到底容認し難い」という消極的な姿勢を見せ、それを如何に改めるのは全て立法府による裁量に任せるべきだと述べている[199]。

第四目　二〇〇七年の法改正

この年に行われた家族法改正は主に養子法に集中している。しかしながら、政府側からの説明においても認めたように、前記の釈字第五八七号解釈の判断を受けて、今回の改正では子どもの嫡出否認等も含まれ、婚外子に係る法的枠組みにもメスが入れられている[200]。その結果、婚外子の「氏」の定め方を規定する民法一〇五九条の一が新設されたことを始め、「子どもの受胎期間」や「強制認知」等に係る旧民法一〇六二条、

198 前掲書注（37）628 ～ 629頁。吳（煜）・前掲論文注（197）214頁。
199 前掲書注（37）629 ～ 630頁。吳（煜）・前掲論文注（197）214 ～ 215頁。
200 前掲注（173）政69。

第一〇六三条、第一〇六七条及び、第一〇七〇条も改正された[201]。

ところが、政府から出された公式的記録を見ると、今回の法改正の雛形は九五年に政府が出された「民法親族編及び其の施行法の一部改正草案」の中で示されていたことが窺える。例えば、前記の釈字第五八七号解釈で争われた旧民法一〇六三条の改正は既に当該草案の中で提示されていたのである。つまり、子どもの嫡出性の推定について夫婦の一方が子どもが婚内子ではないことを証明することができるとき、否認の訴えを提起することができることや、かような嫡出性の否認の訴えは、子どもの出生を知ってから六年以内にしなければならないことなどが記されていた[202]。仮にこの改正案が九六年の二回目の法改正で成立することになれば、〇四年の大法官解釈を待たなくても事案Aが救済される可能性があろう。

そして、旧民法一〇六七条の改正について、八五年の法改正を行う際に、政府側から既に同条の改正が訴えられた。すなわち、「〔…〕、（婚外子）の利益を保護するために、『その生父が死亡したときは、生父の相続人に対し認知を請求することができる』」と定められるべきだというのである。しかし、立法院における審議では人倫に悖ることや、第三者による詐欺行為を助長してしまうこと等[203]の反発的な意見が強く、同改正案が成立することがなかった。にもかかわらず、政府側が九五年の政府草案に再び同条の改正を盛り込み、婚外子に対して血縁上の父やその相続人を相手取り認知を求める権利を与える姿勢を示した[204]。これに対しては立法院からの反対意見は殆ど見られず、法改正がそのまま成立した。

第四項　生殖補助医療との関わり

---

[201] 中野ほか・前掲論文注(24)246～247頁。前掲立法院公報注(32)115～117頁。笠原ら・前掲論文注（96）19～20頁。

[202] 前掲注（116・第5342号）政24～25。前掲注（116・第6631号）政101～102。

[203] 黄・前掲論文注（17）28～29頁。莊惠萍『臺灣非婚生子女法律地位之變遷』（國立台灣大學法律學研究所碩士論文・2005年）78～79頁。

[204] 前掲注（116・第5342号）政25～27。前掲注（116・第6631号）政102～103。

生殖補助医療に係る生命科学の領域において、「〔…〕台湾における進展は先進国とされる国々とはそれ程大差がない」[205]という見解がある。しかしながら、制定法の整備が極めて怠慢だと指摘されている[206]。

第一目　学術的議論

台湾における「人工生殖子」をめぐる議論は、その者の嫡出性認定を民法上如何に取り扱う問題が焦点となっている[207]。夫の精子による人工授精（AIH）の場合は民法一〇六一条に基づき、同夫婦の婚内子として認められなければならないと理解されているが、死後生殖による子どもの嫡出性の認定を巡る問題がある[208]。他方、夫以外の第三者の精子による人工授精（AID）の場合は、民法一〇六三条一項の規定とセットにして夫婦両方による同意の要件の成立の有無を分けて考えるべきだという見解が示されている。中では夫婦の同意の有無を前提にして、「人工生殖子」に対して嫡出否認の訴を行えるかどうかの問題がある[209]。

一方、独身の女性と「人工生殖子」の関係について民法一〇六五条二項の規定に照らし、子どもが当該女性の嫡出子として認められることに疑いはないという見解がある。そして、女性が精子を提供する男性との間に事実婚の関係が存在するのであれば、結婚を通じて子どもは嫡出性の推定を受けることができることや、準正によって男性の婚内子として認められることが言われる一方、結婚が成立していない場合は、男性と子どもとの間に認知などの問題は生じないと解されている[210]。

また、近年において政府が「代理出産」の生殖補助医療（IVF）を条件付きで容認する動きがある[211]ことを受け、学界では「〔…〕妻と第三

---

[205] 薛瑞元「『代理孕母』所生子女的身分認定」『月旦法學雜誌 第38期』（1998年）67頁。

[206] 薛・前掲論文注（205）67頁。

[207] 陳ほか・前掲書注（２）311頁（注20）。

[208] 陳ほか・前掲書注（２）312～313頁。

[209] 陳ほか・前掲書注（２）314～315頁。

[210] 陳ほか・前掲書注（２）315頁。

[211] 陳ほか・前掲書注（２）319頁。薛・前掲論文注（205）65頁。立法院公報第94巻第54期委員会記録（2005年）64頁。

者の女性とでは誰が子どもの法律に認められる母親であろうか。〔…〕。優生学の配慮に基づいて人工による中絶をする場合、決定権を持つのは誰であろうか」[212]などの問題が提起されている[213]。

一方、釈字第五五四号解釈には性交渉行為と憲法の関わりが示されている。すなわち、同解釈において大法官会議は憲法二二条による制限に服する条件の下で人民の性交渉の自由が保障されると宣言した[214]。これを機に、憲法が人民の「プライバシーの権利」を保障する具体的内容においては、「〔…〕結婚や生育の有無」[215]が含まれるとの主張も見られている。

「プライバシーの権利」については一九九二年の釈字第二九三号解釈[216]以来、大法官会議は度々言及してきた。その中、〇四年の釈字第五八五号解釈において大法官会議は初めて憲法二二条に基づき人民の「プライバシーの権利」を保障すると宣言し、それによって「〔…〕人間の尊厳や個人の主体性及び人格の完全なる発達を配慮しなければならないこと、且つ個人の私生活全般と個人の情報を無断に侵害されないようにしなければならないこと」[217]を明らかにした[218]。翌年に出された釈字第六〇三号解釈では大法官会議が「プライバシーの権利」をより積極的に捉えたように見える[219]が、従来の大法官解釈の姿勢と合致し、個人情報の保護や管理と係る問題のみにおいて「プライバシーの権利」が強く意識されている疑惑を拭えない。〇七年の釈字第六三一号解釈において、大法官会議は警察が無断で人民の通信を傍受してはならないと説示し、憲

---

212 陳ほか・前掲書注（２）318 ～ 319頁。
213 薛・前掲論文注（205）72 ～ 73頁。
214 李（惠）・前掲書注（73）327頁。
215 李（惠）・前掲書注（73）328頁。
216 その外、2002年の釈字第535号解釈もある。前掲書注（37）161 ～ 162；501 ～ 504頁。『司法院大法官』ホームページ（2008年６月10日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=293&showtype=意見書〉。
217 前掲書注（37）612 ～ 626頁。
218 前掲書注（37）624 ～ 625頁。
219 前掲書注（37）676 ～ 677頁。

法一二条に定められる「通信の秘密」を「プライバシーの権利」の具現として捉えた[220]。そして、人間の尊厳に対する尊重からプライバシーの権利が保障されるという論理もここで再確認されている[221]。かくして、「プライバシーの権利」の法的根拠は憲法二二条に求められるだけではなく、憲法一二条の上位概念としても位置づけられ得ることが示された。但し、ここでも従来の大法官会議が示してきた理解から逸脱していないと思われる。

かような「プライバシーの権利」に対する大法官会議の理解から考えると、同権利の礎になるのは「人間の尊厳」である以上、前記の学術的主張を支持する余地も出て来ることになろう[222]。なお、近年において少子化の現象を意識しながら、憲法学では「積極的生育権」論が唱えられている[223]。しかし、当該見解において所謂「積極的生育権」は「〔…〕国家からの不当な介入を排除し、自ら生育を行うか行わないかの自由であり、消極的自由権の自己決定権として認められている」[224]と説かれる一方、権利主体が「生殖年齢に達する男女」と設定されることに加えて、避妊や中絶など「生殖」という性的事項について、結婚した夫婦による合意が重要だと強く主張されている故[225]、性的自由を個人権として捉え、生殖補助医療に自由にアクセスし得るとの考えとは親和的ではないように見える。

第二目　『人工生殖法』と「人工生殖子」

二〇〇五年九月、死後生殖を巡る事案が起きて、社会全体に大きな衝

---

[220] 『司法院大法官』ホームページ（2008年６月10日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01_printpage.asp?expno=631〉。

[221] 前掲注（220）。

[222] 李震山『多元寛容與人權保障―以憲法未列舉權之保障為中心』（元照出版・2007年）175頁。

[223] 簡玉聰「二十一世紀少子化時代之新人權論―建構積極生育權試論」許志雄・蔡茂寅・周志宏編『現代憲法的理論與現實―李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集』（元照出版・2007年）613 ～ 641頁。

[224] 簡・前掲論文注（223）629頁。

[225] 簡・前掲論文注（223）628 ～ 629頁。

撃を与えた[226]。この事件を受けて、「生殖補助医療」に関する制定法の制定も急がれることになり、〇七年に『人工生殖法』（以下、「同法」）が制定・実施されることに至った。

一、その概観

同法の草案において、当時の行政院衛生署の署長である侯勝茂は、「〔…〕現に我が国の倫理観、道徳観及び社会的慣習に基づいて、人工生殖法の対象を不妊症が患われている夫婦の方々に限定するのが妥当でございます」[227]、と述べ、前記の大事件から提起された死後生殖の問題については同法によって救済されないと明言した。かような政府の姿勢は、当時の立法委員の多数によって支持されていた[228]。その背景には、「子どもの人格権」に対する配慮が窺われる[229]。つまり、死後生殖も含む「生殖補助医療」全般は「子どもの人格権」を侵害する恐れがあるものとして、当時の立法院の中で広く認識されていたのである[230]。

こうして、〇七年三月に制定された同法は「生殖補助医療」を「不妊症の治療方法」の一つとして位置づけ、結婚した夫婦しか同法の適用が受けられないことを定め、極めて限定的な条件の下で「人工生殖子」の出生を認めた[231]。そして、第二三、二四、二五条により、婚姻関係が維持される間に夫婦による AIH や AID、或いはその技術による受胎は当該婚姻関係が存在する間に行われたもののみ、出生した子どもを当該夫婦の婚内子として認められることにした。また、「人工生殖子」である子どもは自分の出生情報を知る権利がいくつかの制限に服する上、第二

---

[226]『台灣女人健康網』ホームページ（2008年５月６日）〈http://www.twh.org.tw/11/01.asp〉。前掲立法院公報注（211）65 ～ 67頁。

[227] 前掲立法院公報注（211）64頁。

[228] 前掲立法院公報注(211)76 ～ 85頁(特に立法委員の盧天麟の発言に要注目)。

[229] 前掲立法院公報注（211）77頁。

[230] 前掲立法院公報注（211）87 ～ 88頁（立法委員の朱俊曉による書面意見に注目)。

[231]『全國法規資料庫』ホームページ（2008年６月12日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/NewsDetail.asp?no=1L0070024&FL=〉。

九条の規定により保障される[232]。

二、立法院に於ける議論

同法の制定のために、二〇〇六年四月から三回に亘って立法院の司法委員会が行われた。その一回目の会議における立法委員の吳育昇による発言に同法に対する基本的認識が凡そ言い尽くされたと思われる。すなわち、「〔…（同法の制定によって）婚姻関係を持たない男女は（同法）の適用から排除（することに加えて）〔…〕、（将来生まれてきた子どもの人格権を考えて）人工生殖の手段を利用したい男女に対し〔…〕法律による社会的規範に服従せよということを（同法によって）宣言します。これは当人の人権に対しては何らの侵害にもならないです」[233]、ということである[234]。

そして、政府草案では「人工生殖子」の出自を知る権利に関して何らの規定も設けられていない問題が一部の立法委員によって提示されていた。その中には、「〔…〕（同法の意図から考えると）人工生殖子の親は施術される夫婦であり、血縁上の父ではない故、例え子どもが血縁上の父を見つけても如何なる法的権利義務関係も発生しません」[235]、或いは外国でそのような子どもの権利が認められても、台湾で認められなければならないことではない意見等が見られる[236]。よって、この点を巡る議論については当初から立法委員は当該権利の保障に消極的だったと言える。

他方、政府草案二四条では、卵子の提供者に「人工生殖子」を認知する請求権を与えること[237]になるが、「血縁上の親による認知」を認めるべきかという問題も議論されていた。そこで、精子の提供者に「人工生殖子」を認知する権利を与えていないことから、当該条文の規定は男女

---

[232]『全國法規資料庫』ホームページ（2008年６月12日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/NewsDetail.asp?no=1L0070025&FL=〉。

[233] 立法院公報第95巻第21期委員会記録（2006年）364頁。

[234] 但し、草案の中では実際に同居の事実があり結婚していない男女にも生殖補助医療の利用を認めるものがある。前掲立法院公報注（233）364 ～ 365頁。

[235] 前掲立法院公報注（233）375 ～ 376頁。

[236] 立法院公報第95巻第29期委員会記録（2006年）59頁。

[237] 前掲立法院公報注（236）51 ～ 52頁。

差別だという指摘[238]や、夫が不倫の相手と組んで妻を欺瞞することを避けるため、当該規定を削除すべきだという批判が立法委員の間になされたことを受け、最終的に同条が削除され、別途の条文を新設し、「分娩＝母」ルールを条文化することになった[239]。

第四節　家庭内暴力と子ども

台湾では家庭の内部に生じる子どもに対する暴力的な行為が無視されてきた傾向がある[240]。そして、子どもの行為に主に注意や懲戒を施す者は「両親」、「母親」、「父親」、「祖父母」、及び「他の親族」の順だとされ、かような者に暴力に近い行為に振るわれる子どもが約三％いるという調査がある[241]。

第一項　論点の概要

親か後見人は子どもをよりスムーズに社会の規範に馴染ませるため、当人のあらゆる行為について規制を課し、注意する権限を持つべきだという社会通念が存在するとともに、民法一〇八五条に定められる両親の懲戒権、また二〇〇三年に新たに制定された『児童及び少年福祉法』の中で、両親の子どもに対する監督、養育及び保護の責任が強調されている[242]。

本節ではまず前記の民法一〇八五条に規定されている「懲戒権」の文化的背景を探る。そして、親が子どもに対する権利の濫用について、直接に判断していないが傍論として見解を示している大法官会議の釈字第一七一号解釈を整理する一方、暴力に振るわれるか何らかの虐待に遭う子どもを如何なる制定法によって保護するかについても概観する。最後に、親の懲戒権の限界について実務的に裁判所が如何なる条件が設定さ

---

238 前掲立法院公報注（236）52 ～ 53頁。

239 前掲立法院公報注（236）53 ～ 54頁。

240 余漢儀『兒童虐待―現象檢視與問題反思（增訂版）』（巨流圖書・2000年）107 ～ 109頁。

241 鄭瑞隆『兒童虐待與少年偏差：問題與防治』（心理出版・2006年）54頁。

242 余・前掲書注（240）109頁。鄭・前掲書注（241）10頁。

れ、判断されてきたのかを検討してみたい。

第二項　「家（チアー）」制度に於ける尊属の懲戒権

旧来の「家（チアー）」制度での尊属が持つ「尊長權」には卑属に対する「教令ノ權」が含まれる[243]。戦前の中国において「家（チアー）」制度がまだ弱体化されていない前、その「教令ノ權」は制定法によっても支持されてきた[244]。かような「教令ノ權」に対する認識は「〔…〕台湾の旧慣モ亦之ニ異ル所ナシ」[245]、と言われている。現に台湾で執行されている民法一〇八五条には「父母は必要な範囲内において子女を懲戒することができる」、とも定められている[246]。

他方、旧慣では「尊長權」が、①尊属や卑属の死亡、②尊属や卑属からの別居、③「尊長權」の濫用という条件の下で消滅と見做されていた[247]。また、慣習法上「公益ノ保護」を名目として「尊長權」の違法阻却性を否定して卑属の地位を保護しようとする律令もいくつか作られた[248]。

かように、「尊長権」は絶対的なものと認識されてきたわけではないが、その権利の存在を後ろから支えるのは「孝道」という価値観で表される精神的風土だと言われている[249]。それは民法一〇八四条によって受け継がれていると見ることもできよう。なお、現在では「尊長権」は両親に帰属することになった上、旧慣と同様に他の尊属や親族会議によってその権利の濫用を防ぐ規定も設けられている（旧民法一〇九〇条）が、近年の台湾社会において親族会議の機能の衰退に伴い、殆ど発揮されない[250]だけではなく、〇七年に当該制度も事実上無くなってしまったのである。

---

243 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）218頁。
244 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）219頁。
245 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）220頁。
246 余・前掲書注（240）43 ～ 44頁。
247 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）224 ～ 228頁。
248 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）227頁。
249 臨時臺灣舊慣調査會・前掲書注（26）227 ～ 228頁。
250 陳ほか・前掲書注（２）420頁。

第三項　一九八一年大法官釈字第一七一号解釈

本件解釈は旧民法一〇九〇条についてなされたものであるが、子どもに対する親権の濫用の問題も言及されている。

第一目　主文及び理由

本件解釈の主文では、「民法一〇九〇条〔…〕に言う『その至近の尊属』の『その』とは、両親のことを指す」[251]と示されながら、理由において、「〔…〕両親が子どもに対する権利を濫用し、是正を要する場合、法律に基づいてその一次的な役割が親族会議に任じられている。〔…〕なお、（子どもに対して両親が当該権利を濫用する）ような場合が生じれば、子どもの権益を保護する目的に基づいて他の法律（例えば児童福祉法）の適用も配慮しなければならない」[252]と論じられた。

第二目　姚瑞光大法官による反対意見

かような多数意見に対し、姚瑞光大法官の反対意見はまず多数意見の最後に示された「なお書き」の部分は最高裁からの諮問にとって蛇足だと批判する[253]。そして、多数意見は大法官会議の内部からの一九二五年に公布した第二次民律草案一二五条を参照し、当時の立法者意思に基づき、旧民法一〇九〇条に書かれた「その」とは子女のことを指すべきだという意見に配慮し、「なお書き」を入れることにしたのであれば、同氏は元来の主文を変更し、司法院の院字第一三九八号の解釈を変更させるような解釈をなすべきだと、主張している[254]。

最後に、同氏は多数意見に同調しながらも、「是正制度」に関する条文は民法以外に存在しないことを指摘し、再び「なお書き」の無意味さを強調する。すなわち、多数意見の言うような「両親の至近の尊属」が行う「是正制度」自体は旧民法一〇九〇条の規定を除き、『児童福祉法』

---

[251] 前掲書注（37）62頁。

[252] 前掲書注（37）62 ～ 63頁。

[253]『司法院大法官』ホームページ（2008年５月24日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=171&showtype= 意見書〉。

[254] 前掲注（253）。

や他の法律においてはどこでも「是正制度」を補充し、或は例外的規定が設けられていないため、『民法』以外の法律を配慮しても、当該制度は子どもの権益保護に資することにはならないと示した[255]。

第四項　法律の整備

「家庭内暴力と子ども」を考えるに当たって、子どもに対する虐待の行為とは避けられえないテーマである[256]。学界では制定法を以て子どもの虐待問題を解決する方向を疑問視をする者もいる[257]が、本項目では台湾の現行法が前記の問題に対し、如何なる対策を打ち出しているのかを明らかにし、関連する大法官会議の動きも考察する。

第一目　その概観

子どもの虐待問題に対応する行政的システムとして、内政部（「総務省」に相当）に設けられる「児童局」が挙げられる外、一九九八年に『家庭内暴力防止法』の制定・施行に伴い、「家庭内暴力の防止及び性的侵害の防止に関する委員会」（なお、〇七年の法改正により、同委員会が同法の主務官庁から付属官庁となり、主務官庁は内政部に移すことになった[258]）、及び各県市の「社会局」も当該業務を取り扱っている[259]。

他方、子どもの保護を眼目として制定された法律はない[260]。そして、子どもの虐待というテーマに絞り込んで見れば、民法にとってそれは想定外の事態だから、実際に対応を取られる規定が少ないと言われてきたが、八九年に至って制定された『少年福祉法』の第九条により、初めて両親からの虐待を受ける要件の下で公権力が家族に介入し、子どもを保

---

255 前掲注（253）。

256 余・前掲書注（240）38；118頁。

257 余・前掲書注（240）260 ～ 264頁。

258 『全國法規資料庫』ホームページ（2008年６月23日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/Query4B.asp?Lcode=D0050071&LCC=2&LCNO=1〉。

259 なお、家庭内の暴力から子どもを保護しようと考える流れは台湾がアメリカ合衆国と同様に、民間での活動から政府の対応を引っ張ってくることが指摘されている。余・前掲書注（240）38；150頁。鄭・前掲書注（241）43頁。

260 鄭・前掲書注（241）43頁。

護することができるようになった。その後、九三年に改正された『児童福祉法』によって通報制度や子どもの監護権の変更などの条文も設けられて、暴力や虐待に遭われた子どもに対する保護が一層図られた[261]。しかし、「虐待」の定義についてこの時点では依然として明確に定義されていなかった[262]。かような状況は〇三年の『児童及び少年福祉法』まで続いている。とはいえ、同法に基づいて子どもに対する肉体的虐待やネグレクト、そして子どもの成長に適切ではないと考えられる場所、活動に対し、公権力による積極的な対応ができるようになったため、「〔…〕台湾の現状と合致する」[263]法的措置が取られていると評されている[264]。

第二目　『家庭内暴力防止法』と子ども

『家庭内暴力防止法』（以下、「DV 法」）は一九九八年に成立して以降、〇三年に大法官会議が下した釈字第五五九号を受け、最も実効性が期待される「保護令」の制度など〇七年に全面的改正が行われた。

一、その立法過程

DV 法の草案は一九九七年に初めて立法委員の潘維剛によって提出された[265]。同氏が立法院の「司法、内政及び辺境地区、並びに教育三つの委員会連合会議」の席で起草理由を説明する際、DV 法の重点が家庭に於ける女性の保護にあることを述べていた[266]。具体的内容として、被害者に対する「保護令」の許可制度の導入や、「家庭内暴力罪」という犯罪の新設等の項目が取り上げられている[267]。

「虐待」の認定について、当時の司法院民事庁長官である廖宏明の説

261　余・前掲書注（240）240頁。

262　余・前掲書注（240）40頁。

263　余・前掲書注（240）42頁。

264　立法院議案関係文書院總第932号委員提案第7815号之 1 （2008年 4 月19日）討27 ～討32。

265　『立法院國會圖書館』ホームページ（2008年 6 月22日）〈http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/ttsweb?@39:266662294:3:1:1@@749367298〉。

266　立法院公報第86巻第39期委員会記録（1997年）299 ～ 301頁。

267　前掲立法院公報注（266）302頁。

明は、身体や生命への侵害或は精神的迫害の結果にもたらせる行為であれば、虐待として認められ得ることを述べた[268]。従って、DV 法で想定される「虐待」の範囲は幅が広いと言えよう。また、連合会議に参加する委員の中で子どもに対する虐待のケースも DV 法の守備範囲に属すると考えた者が少なくなく、家庭裁判所の設置をめぐる議論もここで見られた[269]。

他方、DV 法は一旦婦女や子どもに対する家庭内暴力を発見した場合、前述したように裁判所から「保護令」の発行が可能だとされている故、中国の伝統的価値観から同制度の導入を反対する意見も見られた[270]。但し、DV 法の目的は家族の再結合に重点を置き[271]、「家族を構成する成員全員」[272]の安全を最優先だと認識され、前記の見解はすぐさまに反論された[273]。

二、二〇〇三年の大法官釈字第五五九号解釈

本件解釈は旧 DV 法の中で非金銭給付型の保護令の申請について詳しく定められておらず、憲法二三条に違反する虞を生じた故、高雄地方

---

[268] 前掲立法院公報注（266）304頁。

[269] 前掲立法院公報注（266）308 ～ 309頁。

[270] 前掲立法院公報注（266）316 ～ 317頁。

[271] 例えば、同法 1 条の中で「家族の円満」という言葉があった。しかし、07年の改正によって、この言葉は取り除かれて、DV 法が被害者に対する保護を主な目的とされている。『全國法規資料庫』ホームページ（2008年 6 月23日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/Query4B.asp?Lcode=D0050071&LCC=2&LCNO=1〉。

[272] なお、この「家族を構成する成員全員」の範囲について委員の間には議論を呼んでいた。政府側は家庭内暴力となるのは同棲の段階でも想像することができる認識を示す故、成年男女による一時的同棲関係をより実質的な結婚状態に近い事実婚の当事者に限定しようという提案をした。この提案は立法委員の賛成も得ている故、そのまま法文化された。立法院公報第86巻第40期委員会記録（1997年）12 ～ 13頁。

[273] 前掲立法院公報注（266）317 ～ 319頁。立法院公報第89巻第63期院会記録（2000年）87 ～ 88頁。

裁判所から大法官会議の判断を申し込んだ[274]。

大法官会議はまず主文において、法治国家の原則を説示し、係争する非金銭給付型の保護令制度について、DV 法五二条を以て一括に同法の主務官庁にその手続や方法を規定する権限を与えたことは違憲ではないとしつつ、「〔…〕保護令の制度自体が個人の人身的自由を制限し、財産も徴収される効果を持つ以上、〔…〕法律或は明確に主務官庁に委任する命令によってなされなければならない」と示し、DV 法の法改正を促した[275]。そして、理由において大法官会議は DV 法に定められている民事保護令は家庭内暴力を阻止し､家族の成員を保護する目的に基づいて、申請や職権によって発行されるものだと解されるべきだと言い、非金銭給付型の保護令の執行について DV 法には明記されていない欠陥を再び指摘しながら、立法者は「〔…〕執行機関が行政代執行法や強制執行法に則り、命令の遂行を明記すること或は、委任される機関に対し、作為や不作為の義務の執行について如何に（DV 法）に基づき、細部の規定を設けること」[276]等を明示すべきだと説示した。

三、二〇〇三年から動き始めた法改正の流れ

前述した大法官解釈を受けて、立法院の中では DV 法の改正に対する関心も高まることになった[277]。二〇〇五年に DV 法の改正についてより多くの意見を汲み取るために、民間団体の代表や大学教授も数人を招いて公聴会を開いたのである。

当該公聴会の先頭において、政府側の代表は「〔…〕（DV 法）のモデルとなるのはアメリカで施行されている家庭内暴力に関する統一法典」[278]だと明言し、政府による改正案では DV 法の目的を被害者の保護

---

[274]『司法院大法官』ホームページ（2008年 6 月23日）〈http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=559&showtype= 相關附件〉。

[275] 前掲書注（37）548 ～ 549頁。

[276] 前掲書注（37）549 ～ 550頁。

[277] 釈字第559号解釈を出した後、DV 法の改正を求める改正案はすぐに立法院で提出された。04年に行政院も初の DV 法草案を出したのであるが、前記の改正案と同様にこの年の会期には成立することができなかった。

[278] 立法院公報第95巻第 2 期委員会記録（2005年）181頁。

に一点集中すること、子どもをめぐる奪い合いの状況が生ずる場合警察が直ちに公権力を以て子どもを取り戻すことができること、及び悪戯な通報に対し、罰則が科されること等が盛り込まれたことを述べていた[279]。

そして、民間団体の推薦を受ける参考人らの中では、裁判所の中に「家庭内暴力に関する相談窓口」を設置すべきであることや、調停前置主義の排除の重要性が唱えられる意見が見られた[280]。後者について、従来の「一家団欒」を極めて重視する伝統的価値観において家庭内部の争いが常に「和」を求め、個人の感情や被害を無視しやすい側面を強調するため、調停前置主義によって被害者は本当の救済が得られないと強く主張する見解がある[281]。但し、ここではやはりDV法の当初の立法者意思が尊重され、大人対子どもの暴力的構造を解決しようという論点が取り上げられなかった[282]。

なお、〇三年から動き出し始めていたDV法の改正は、一旦頓挫することになったが、改正を求める気運は中断されずに、〇五年から〇七年までの審議を経て、前記の公聴会の議論も汲みながら、いくつかの調整が行われた改正案は〇七年三月に三読会を経て、〇八年からDV改正法が施行されることになった。

四、『家庭内暴力防止法』に於ける子どもの位置づけ

改正DV法はその第一条に「家庭内暴力行為の防止及び被害者の権利利益の保護」[283]という目的を掲げている。そして、第三条の、「本法でいう家族成員とは以下の者とその子女のことを指す」という文言から、子どもも同法による保護の下に置かれていると理解することができるかもしれないが、里親に保護される子どもは如何に理解すべきであろうかと

---

279 前掲立法院公報注（278）182 ～ 184頁。

280 前掲立法院公報注（278）185 ～ 186頁。

281 前掲立法院公報注（266）300頁。前掲立法院公報注（278）186 ～ 187頁。

282 前掲立法院公報注（278）198頁。

283『全國法規資料庫』ホームページ（2008年６月23日）〈http://law.moj.gov.tw/Scripts/newsdetail.asp?no=1D0050071〉。

いう問題がある。また、第四四条に関し、養護施設に預けられている子どもはDVを受けた場合、裁判所の判断によって他の施設や里親の下に移すことが可能であるかどうかという問題も存在すると考えられる。にもかかわらず、子どもに関する疑問をめぐる議論が立法院では殆ど触れていなかった[284]。

一方、改正DV法一四条により、家庭内暴力の事実が確認された家族に対して、裁判所は、被害者（両親の一方及びその子ども）の権利利益の保護に基づいて、親と子どもとの面接交渉が如何なる形で行われるかということを決める権限が与えられた。本稿の立場から考えれば、面接交渉の主体はあくまでも子どもである故、子どもの意思は如何なる方法で反映されるのかが同改正法の中で一切明示されていなかった点に疑問を感じる[285]。なお、面接交渉の進行中に定められた事項を守っていない場合、改正DV法二五条によれば、「〔…〕執行機関或は権利人が〔…〕裁判所に対し保護令の変更を請求することができる」としているが、「権利人」とは子どもも含まれているかどうかの問題については立法院における議論を見る限り不明である。

第五項　いくつかの判決

一九九九年に出された最高裁の台上字第一七五三号判決において、子どもの身体の自由を拘束した上、暴力まで振るった被告Xへの量刑は子どもが暴力に振るわれる事実だけ考慮されることが不十分だと見て、上訴してきた検察官の主張に対し、同裁判所は「〔…〕被告が故意に基づいて自分の子どもを縄で束縛し、殴打を加え、死に至らしめる行為は懲戒権を逸脱するが、同人に対する傷害行為によってだけ量刑すべきである」[286]、と説示し、検察官の主張を理由がないとみなして上訴を棄却し

[284] 立法院公報第95巻第14期委員会記録（2006年）7～9頁。立法院公報第96巻第10期院会記録（2007年）593～594頁。

[285] なお、保護令の執行について内政部警察署刑事警察局の代表である彭智偉は「〔…〕保護令は家事保護令であるから、我々は執行する際に当事者の意思を尊重します」、という発言をなさっていた。立法院公報第95巻第24期委員会記録（2006年）410頁。

[286]『法源法律網』ホームページ（2008年6月25日）〈http://fyjud.lawbank.com.

た。ここでは親による子どもへの暴力は一般の傷害事件と大差がないという裁判所側の意識を窺えよう。

○○年三月に下された台北地方裁判所の易字第三○○一号判決は、民法一○八五条に定められる両親の懲戒権を次のように判断している。すなわち、「〔…〕両親が教育を目的としないこと、或は必要な限度を超えて子女に体罰や殴打などの暴行を加える場合、〔…〕刑法二一条一項の適用はなく違法阻却事由の成立も認めない。そして、民法は両親に子女に対する懲戒権を認めるのは子女の保護や教育をより順調に施すことができるようにする目的にあり、子女を両親の財産として見做し、恣意的に懲戒を行うことを認めるわけではない。従って、『必要な限度』とは当人に対する保護や教育の目的の範囲内において認められるのであり、子女の家庭環境、性別、年齢、健康的状況、性格及び逸脱行為の軽重を総合的に考量し判断すべきである」[287]、と説示したのである。但し、本件の控訴審では被告が罪を犯した動機には家族の崩壊、子女の教育問題にあると解して、被告の犯罪後の態度も配慮され、一審判決を破棄し、被告に対する執行猶予を認めた[288]。

前記の事案と殆ど同じ時期に高等裁判所台南支部から下された上易字第三三四号判決の中でも両親の懲戒権について判断されている。すなわち、「〔…〕（懲戒権が含まれている）親権の行使は必要な範囲内に行わなければならない。それを超える懲戒行為は親権の濫用だと認められる。〔…〕控訴人Xが顔の左部分と右の太ももには多数の殴り傷があり、同

---

tw/Print.aspx?jrecno=88%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c1753%2c19990408&courtFullName=TPSM&jyear=88&jcase=%e5%8f%b0%e4%b8%8a&jno=1753&jdate=880408&jcheck=&switchfrom=1&issimple=-1〉。

[287]『法源法律網』ホームページ（2008年６月25日）〈http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=88%2c%e6%98%93%2c3001%2c20000316&courtFullName=TPDM&jyear=88&jcase=%e6%98%93&jno=3001&jdate=890316&jcheck=&switchfrom=1&issimple=-1〉。

[288]『法源法律網』ホームページ（2008年６月25日）〈http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=89%2c%e4%b8%8a%e6%98%93%2c1485%2c20000612&courtFullName=TPHM&jyear=89&jcase=%e4%b8%8a%e6%98%93&jno=1485&jdate=890612&jcheck=&switchfrom=1&issimple=-1〉。

人に対する教育の効果を上げることはできず、逆効果を招く虞もないとは言えない」[289]、と示した。しかしながら、本判決は子どもの体には多数の古傷があることを認めても被控訴人による子どもの虐待の可能性については言及をしなかった。

なお、同年四月に同じ高等裁判所台南支部によって下された上易字第四五八号判決は離婚の後、監護権を持たない父親にも子どもに対する懲戒権が依然として有することを認めた。そして、民法一〇八五条に定められる両親の懲戒権について同裁判所も必要性を強調しつつ、「〔…〕子女の生命、身体や健康に危害を加わる手段で懲戒権を行使することを認めない」[290]、と述べている。

第五節　小括

今まで台湾における家族法の分野からいくつか子どもと関連するトピックを拾って憲法学の視点から試みに検討した。しかしながら、議論をより詰めて行わなければならない部分が決して少なくはない。

第一、釈字第五〇二号解釈が下された七年後、旧民法一〇七三条の改正がようやく実現されたが、共同提案や各立法委員による提案の内容を見ると、いずれも養子縁組の両当事者の間に一定の年齢的隔たりが必要だとされ、当該解釈から示された疑問点は二〇〇七年の改正では注目されていなかったように思われる。他方、司法委員会の席では養育を行う事実の認定を巡る議論が提起されていた[291]。つまり、養育の事実によって養子縁組の成立も認められるべきだという見解である。それに対し、当時の法務部次長である朱楠は今回の改正において夫婦一方の養子との

[289]『法源法律網』ホームページ（2008年６月25日）〈http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=89%2c%e4%b8%8a%e6%98%93%2c334%2c20000322&courtFullName=TNHM&jyear=89&jcase=%e4%b8%8a%e6%98%93&jno=334&jdate=890322&jcheck=&switchfrom=1&issimple=-1〉。

[290]『法源法律網』ホームページ（2008年６月25日）〈http://fyjud.lawbank.com.tw/Print.aspx?jrecno=89%2c%e4%b8%8a%e6%98%93%2c458%2c20000412&courtFullName=TNHM&jyear=89&jcase=%e4%b8%8a%e6%98%93&jno=458&jdate=890412&jcheck=&switchfrom=1&issimple=-1〉。

[291] 前掲立法院公報注（179）298頁。

年齢差を一六歳に引き下げることにしたが、これから再び改正を行う可能性を示唆した[292]。そして、養子縁組に対する両親による同意の要件は、本当に子どもの保護に資するものであるのかという問題がある。共同提案の説明においては、あくまでも親の子どもに対する権利義務の行使に支障をもたらさないために両親による同意の要件が課されるのだという民法一〇七六条の一の規定の必要性を示されている[293]。『子どもの権利条約』を尊重すると宣言したにも関わらず、ここで子どもの意思を無視することは問題であろう。

第二、婚外子と係る旧民法一〇六三条の改正について九五年の時点に同条の改正案に対し、立法府による正面からの対応が見られなかったが、〇四年の釈字第五八七号解釈の影響を受け、初めて気が付き改正に踏み切ったことには違和感を覚える。また、同解釈は血縁上の父には嫡出否認の訴を行う権利を認めないとした。〇七年の法改正では政府もこの大法官解釈を以て、婚姻の安定性を保護するために、血縁上の父にはそのような権利を与えないことに固執する[294]。これには大法官解釈を求める事案Ｂの当事者の問題を見放すことに等しいのではなかろうかとの疑問を覚える。

第三、DV 法が果たして子どもを暴力的環境から解放する効果を持つかどうかについて更なる検証が必要だと思われる。また、判例からは両親の懲戒権が如何なる要件を以て「必要な限度」が超えられたかどうかを慎重に判断する姿勢が窺われるが、子どもへの暴力や虐待は子どもの人権保障に照らし、より正面から取り扱うべきだと思われる。

第三章　日本

日本における「家族」と「法」の連関について、「〔…〕法は、家族生活を通じて市民がその人格を発展させるための外部条件の整備を行うこと」[295]に存在する、と指摘される。そして、子どもの視点に立ち、「家族

[292] 前掲立法院公報注（32）170頁。前掲立法院公報注（179）300頁。
[293] 前掲立法院公報注（32）175頁。前掲注（173）政83。
[294] 前掲立法院公報注（179）294頁。
[295] 渡辺洋三・甲斐道太郎・広渡清吾・小森田秋夫編『日本社会と法』（岩波新

が国家による干渉からの『緩衝材』としての位置づけを与えられてき」て、「義務教育制度、少年司法、あるいは児童福祉システムなど、子どもの保護のため〔…〕『緩衝材』としての家族の位置づけが重視されなければならない」[296]、ということも説かれている。しかしながら、このような機能が期待されている日本の家族は、やはり「〔…〕親子関係をふくめて、ある種の機能不全を起こしている」[297]、との指摘がなされている。以上のような見解や指摘を一つの手掛りとして本章では検討を進めて行きたい。

なお、例えば日本の大多数の人口を占めている「大和民族」が北海道では古くからの住人ではなかった[298]と指摘されるように、日本もアメリカ合衆国や台湾と同様に、一に帰する家族的なイメージがないと考えられるが、ここでも前の二章と同様の姿勢で人種的に日本の多数派となる大和民族の家族像を中心に考察する。

第一節　家族像の推移

明治時代から施行されてきた『民法』においては、「〔…〕親族編の冒頭で親族を六親等内の血族、配偶者と三親等内の姻族と定義してい」るが、「そこには家族の定義はない」と言われている。そして、戦前の「家」制度を意識しながら、「戦後、『家』は廃止され、家族法は、両性の本質的平等と個人の尊厳を原理として、全面的に改正された。『家』につながるおそれのある『家族』に関する規定は排除された」[299]、との見解があるように、少なくとも戦後の日本における「家族」のイメージは変化が起きていることを確認することが出来よう[300]。それでは、かような変化

書・1994年）57頁。

[296] 渡辺ら・前掲書注（295）133頁。

[297] 渡辺ら・前掲書注（295）133頁。

[298] 本多勝一『先住民族アイヌの現在』（朝日新聞社・1993年）10頁。

[299] 石井美智子「家産の保護から個人の保護へ」『AREA Mook　家族学のみかた』（1998年・朝日新聞社）27頁。

[300] なお、「家族制度」という用語は、戦後日本の法学教育においてもっぱら個人を重視しない封建的「イエ」の倫理やこれらを法律で加担した家父長的家族制度を指すようである。しかし、「家族制度」を広義的に捉え、「〔…〕家族生

において子どもの位置づけは如何に変動してきたのか。

第一項　一八九八年に『明治民法』が施行される前後

周知のように、戦前の『明治民法』は、「家族制度」を保護していた。この「家族制度」とは、「〔…〕『家父長制』と『家』制度がむすびついたものであるから、〔…〕、家父長制『家』制度」[301]であったと定義することができるらしい。他方において、日本での「〔…〕『家族制度』とよばれるものは、決して一様のものではない」[302]、との指摘があり、『明治民法』によって保障されている「家族制度」は、「〔…〕武士階級的家族制度の一部であ」って「家族制度」の教説も「〔…〕きまって、儒教的家族倫理が説かれてきた」[303]と言われている[304]。

ところで、かの著名なる「民法典論争」を通じて知られるように、事実上廃棄されたもう一つの民法典が存在していた[305]。当該法典に対し法学界から批判もなされていた[306]。にもかかわらず、一八九八年に『明治民法』が制定された。それでは、その両法典に想定される家族制度（家族像）に違いはあるのか。以下で考察を行いたい。

第一目　『明治民法』が制定される前の家族像

幕藩制封建体制の崩壊に伴い、登場してきた明治維新の時代的新局面

活の秩序に関する社会的客観的な規準ということであって、その内容は、それぞれの時代や場所によって異るもの」だという見解がおり、「『家』の制度が廃止されても、家族生活の秩序に関する価値的規準や法的規範が、全面的に否定されているわけではないから、個人の尊厳と男女の〔…〕平等に立脚して制定された新しい家族法も、広い意味での家族制度であることに変りはない」との認識が述べられている。山崎賢一「憲法と家族制度」『法學會誌』（明治大学法学会・1963年）24頁。

[301] 渡辺洋三『日本社会と家族』（労働旬報社・1994年）21頁。

[302] 川島武宜『日本社会の家族的構成』（岩波書店・2000年）３頁。

[303] 川島・前掲書注（302）４頁。

[304] 福尾猛市郎『日本家族制度史概説』（吉川弘文館・1972年）202頁。

[305] 後藤平吉『家族と法』（ミネルヴァ書房・1970年）26 ～ 27頁。

[306] 星野通『明治民法編纂史研究』（ダイヤモンド社・1943年）128頁。

において「四民平等」という原則が唱えられ、「〔…〕共同生活を営む血縁家族集団は家であって、その戸主は家族を統率し扶養すべきであり、家産を所有する」とされた。これが一般的な日本の家族像である。一八七一年に『戸籍法』が公布されて、七二年に「壬申戸籍」の編纂を以て、国民全員の私的情報が国家機関によって掌握されることになった[307]。

江戸時代には、庶民の家で嫡女（長女・家女）が入夫や婿養子を迎えたとしても、自らか入夫や婿養子は家長となる可能性があるが、九三年に公布した内務省の指令によれば、「〔…〕女ばかりの家では、女戸主を認めるけれども、夫を迎えれば、その入夫が戸主となる」とされ、男性中心主義を明確に打ち出されている[308]。そして、本家から分離し独立する「分家」について、「〔…〕主の長男以外について行われるもので、単独相続を原則とするものの、かなり自由に許されており、また家族をかかえた寡婦や無夫の女子の分家も認められていた」と言われる。親子関係について、凡そ古代以来江戸時代に至って継承されてきた規範と法制は維持されていた。例えば、教育の場面において、『幼学綱要』では「孝道」を核とする親子の道が重視され、『新律綱領』では、子孫が祖父母・父母を殴れば死刑を処することも設けられていた[309]。

そして、子どもの中では「実子」と「養子」に分けられていた。「実子」の中に「公生の子」と「私生の子」が区別され、「公生の子」には更に「嫡出の子」と「庶子」に分けてそれぞれ認識されていた[310]。養子に関しては、もっぱら「家」の相続を目的にして認められるのは、「〔…〕旧時代における上流社会の制度の継承」だと言われる。かくして戸主以外の家族が養子をとることは許されないという原則が確立されて、「成年養子」や「他姓養子」がいずれも認められていた[311]。

婚姻に至って、「〔…〕喪に居て嫁娶すれば杖一百などという古めかしい規定もあるが、〔…〕華士族と平民の通婚を許したほか、（七三年五月）

---

307 福尾・前掲書注（304）198 ～ 203頁。
308 福尾・前掲書注（304）203頁。
309 福尾・前掲書注（304）204 ～ 205頁。
310 福尾・前掲書注（304）205頁。
311 福尾・前掲書注（304）205 ～ 206頁。

の太政官布告で、妻の離婚請求権を認め、協議離婚制を採用するなどの進歩的政令もみられる」と言われ、「〔…〕法的な夫婦関係は当事者の戸長への届出で戸籍に登載されてはじめて成立するもの」とされている。他方、婚姻に関する年齢制限は古代の戸令によれば、男一五歳、女一三歳との定めは「有名無実」であり、明治政府も幼い子どもになるべく結婚させないように勧告するだけであった。なお、女性が「妾」として男性の「家」に入ることは公然に認められたことがある。七三年五月に頒布された正院指令では、「〔…〕妾のまま夫の戸籍に入れることとし、また古代以来禁じていた妾を本妻に改めることも認める」ことになったが、一夫一妻制の良俗を主張し、妾を公然に認められることは女性への差別にも当たるとの批判があった。その影響を受けたかどうかは不明だが、八二年に実施された『刑法』では妾の身分が抹消され「〔…〕すでに入籍済の者はそのまま存置するが、新たな登載をやめることにした」と言われる[312]。

かような明治前半期の家族制度の特徴について、「〔…〕自由平等・人権尊重等の理念を取り入れた施策を展開させ」ながら、「〔…〕家族制度の構造と精神は日本古来のあり方を昇華させ」るものであったと語られている一方、「〔…〕家尊重の保守的傾向は、明治初頭の数年間を除いて年々強くなっている」[313]、との指摘がある。

［付記］

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2009年３月25日授与）に加筆・修正したものである。加筆・修正の際には、黒澤修一郎氏（北海道大学大学院法学研究科助教）にご協力いただいた。記して謝意を表したい。

[312] 福尾・前掲書注（304）206 ～ 207頁。
[313] 福尾・前掲書注（304）208 ～ 209頁。

論　　説

国籍の役割と国民の範囲―アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて（2）

坂　東　雄　介

目　次

序
　第１章　本稿の視座

第１部：移民規制と絶対的権限の法理
　第２章　「絶対的権限の法理」の生成とその背景―19世紀末の移民法の検討　（以上、62巻２号）
　第３章　「合衆国市民」の範囲―帰化事例を中心に
　　１．帰化と人種
　　１．１．法制度の変遷―帰化法と人種要件
　　１．２．帰化と人種をめぐる判例の展開
　　１．２．１．解釈手法の問題―科学的知見と一般常識の並存
　　１．２．２．中期の判決：1909-1923年－科学的知見か一般常識か
　　１．２．３．Ozawa 判決と Thind 判決―２つの最高裁判決
　　１．３．帰化と人種をめぐる判例が持つ意味
　　１．３．１．Ozawa 判決と Thind 判決が示したこと
　　１．３．２．偏見と差別意識

　　２．帰化と人種への補足としての女性
　　２．１．合衆国建国当初― Shanks v. Dupont
　　２．１．１．Shanks v. Dupont, 28 U.S.242 (1830)
　　２．１．２．Shanks 判決の検討
　　２．２．方向転換―婚姻による忠誠の移転

２．２．１．1855年法の制定
２．２．２．1855年法のもう一つの意図
２．３．1907年法３条の影響―合衆国市民権の喪失によって生じる不利益
２．４．1922年法
２．４．１．条文の内容
２．４．２．合衆国市民権の再開に関する人種上の制約について
２．５．性差別的要件の撤廃と現代

３．出生地主義と人種― Wong Kim Ark 判決の持つインパクト

４．帰化と思想信条の自由
４．１．制定法の変遷
４．２．判例の検討
４．２．１．United States v.Schwimmer
４．２．２．Schneiderman v.United States
４．２．３．Giroud v.United States
４．３．思想の選別と帰化資格の設定
４．３．１．合衆国市民の範囲と寛容
４．３．２．Schneiderman 判決の意義―合衆国の寛容さ
４．４．小括

５．本章が示したこと　（以上、本号）

第４章　絶対的権限の法理の理論的背景
第５章　絶対的権限の法理の修正―20世紀後半の判例の展開とZadvydas v. Davis 判決が有する理論的意味

第２部：合衆国市民と異質な他者―インディアン、植民地住民、黒人
第６章　インディアン、島嶼住民への絶対的権限の法理の拡張―異質な他者との接触と合衆国市民の自己理解
第７章　拡張した「絶対的権限の法理」に基づく異質な他者への対応と、20世紀前半の合衆国社会の自己理解
第８章　「異質な他者」であり続けるインディアン部族と島嶼住民―20世紀後半の展開

第３部：合衆国市民権の価値と役割―Warren Court 再検討
　第９章　二級化した合衆国市民の存在―南北戦争以後の憲法修正と政府の取組み
　第10章　Warren Court の論理―合衆国市民権を基礎とした権利保障の対価としての排除

第４部 日本における国籍理論と残された課題
　第11章　国籍の役割と国民の範囲
　第12章　残された課題

第３章　「合衆国市民」の範囲―帰化事例を中心に―

前章では、移民問題を中心に生成し、展開を遂げてきた絶対的権限の法理について検討した。本章は、前章からの問題関心の一環として、帰化事例（主に、人種要件と憲法忠誠要件）を中心に検討することにより、合衆国市民の範囲に関する理解を明らかにすることを目的とする。

周知のように、合衆国憲法の第14修正では、出生地主義を規定している。そのため、合衆国市民として相応しくない人々、人種を合衆国市民から排除しようとしても、彼らが合衆国に入国してしまえば、原則として、彼らの子孫は出生により合衆国市民となる。このように、出入国管理には、合衆国市民の範囲を間接的に統制する役割がある。

他方、後天的な合衆国市民権の取得である帰化は、「特権[1]」と捉えられている。帰化は、出生による合衆国市民権の取得とは異なり、合衆国市民権の取得を一義的に確定する憲法上のルールが存在せず、以下に見るように、連邦議会は、合衆国市民として相応しい人々に対してのみ、選抜して合衆国市民権取得資格を認める法律を制定し、裁判所も、第２章で扱った移民に関する諸事例と同様に、絶対的権限の法理に依拠しながら、連邦議会の制定法を承認してきた[2]。

---

[1] United States v. Macintosh, 283 U.S.605, 615 (1931).

[2] この点については、第４章及び Note, *Constitutional Limitations on the Power of Congress to Confer Citizenship by Naturalization,* 50 Iowa Law Review 1093

そのため、帰化は、合衆国市民の範囲を直接的に規定するために、出入国規制と比べ、それと同等か、場合によってはそれ以上に、「合衆国市民とは誰か」という問いに対する生々しい応答が含まれている。

上記の理由から、合衆国市民の範囲がどのように捉えられてきたのかを明らかにするためには、帰化事例は適切な素材を提供していると考えられる。

１．帰化と人種

以下では、まず、１．１において、合衆国における帰化と人種に関する法律の変遷について整理する。次に、１．２では、帰化と人種をめぐる判決を検討し、１．３では、帰化と人種に関する判決が意味することを明らかにする。

１．１．法制度の変遷―帰化法と人種要件

⑴合衆国憲法は、制定当初、合衆国市民権の取得方法に関して、明示的には規定されていなかったが、連邦議会に対し、統一的な帰化に関する規則を定める権限を授権していた（第１編第８節４項）。連邦議会は、合衆国憲法制定直後の1790年に、この権限に基づき、帰化法を制定した。この帰化法は、帰化資格について、合衆国内に２年以上居住することなどのほかに、「自由な白人であること（being a free white person）[3]」を帰化のために必要な要件として挙げていた。このように、帰化法は、合衆国憲法制定当初から、人種による制限が課せられていた。以下に見るように、紆余曲折を経て、規定そのものは変遷を遂げたが、人種による帰化の制限自体は、最終的には1952年まで継続していた。

合衆国憲法制定当初、市民権取得に関する連邦法において、上記のような人種差別的な規定が設けられたが、このような規定は、当時の各邦の規定と比較しても、それほど違和感がある規定ではない。

例えば、帰化資格者について、ペンシルヴァニア邦憲法（1776年制定）では「自由な居留者（free denizen）」、ヴァーモント邦憲法（1776年制定）

(1965) を参照。

[3] Act of March 26, 1790, ch.3, §1, 1.Stat.103.

では、「自由な市民（a free citizen）と推定される」者と規定されていた。邦憲法ではなく、邦法によって帰化資格者を規定する場合も存在していた。例えば、1779年に制定されたメアリーランド邦の帰化法では、帰化の際、キリスト教を信仰していることを宣言することが必要だった。ヴァージニア邦法（1779年制定）では、領土内で生まれたすべての白人に対して市民権を認めていた。サウス・カロライナ邦法（1784年制定）、ジョージア邦法（1785年制定）においても同様に、「自由な白人（free white persons）」だけが市民権を取得できた[4]。

このような状況の中で制定された帰化に関する最初の連邦法では、白人要件が設定されていたのは自明であった。合衆国市民とは、「同じ祖先より生まれ、同じ言葉を語り、同じ宗教を信じ、同じ政治原理を奉じ、その風俗習慣においてきわめて似ている一つの国民[5]」だからである。合衆国建設期の「若い共和国の人口は、黒人、インディアン、白人によって構成されていた。第一の集団は帰化資格を持たず、第三の集団は受け入れられていた[6]」。

⑵帰化に関する白人要件は、南北戦争終了後の1870年に改正されるまで、特に問題視されることはなかった。1870年の改正法では、「アフリカ出身の外国人（aliens of African nativity）」と「アフリカ系の人々（persons of African descent）」が帰化できるようになった[7]。この改正は、南北戦争が終結し、合衆国憲法に修正が加えられ、黒人は合衆国憲法上の市民ではないと判示したDred Scott判決[8]が否定されるようになったことにより、白人要件に対する批判が高まったことを契機としている[9]。

---

[4] 上記の整理は、Kettner, *The Development of American Citizenship, 1608-1870* 214-216 (1978) に基づく。

[5] アレグザンダ・ハミルトン＝ジョン・ジェイ＝ジェイムズ・マディソン（著）/ 斎藤眞＝武則忠見（訳）『ザ フェデラリスト』（福村出版社・1991年）８頁。

[6] Charles Gordon, *The Racial Barrier to American Citizenship*, 93 University of Pennsylvania Law Review 237, 241 (1945). 以下 Gordon (1945) と略する。

[7] Act of July, 14, 1870, ch.254, §7, 16 Stat.254, 256.

[8] Scott v. Sandford, 19 Howard (60 U.S). 393 (1857).

[9] Ian Haney López, *White by Law* 31-32 (Rev. and updated 10th anniversary ed., 2006). なお、以下では López (2006) と略する。

しかし、1870年改正の目的は、あくまで「白黒の二分法[10]」に基づいて合衆国人民を捉え、黒人を帰化の対象者として認めることである。したがって、アジア系移民は帰化の対象から除外されていた[11]。

実際、1870年改正の際、人種要件を撤廃する案が提出されていたが、この提案は拒否されている。それは、第一に、「黒人は『アメリカ生まれで、キリスト教徒、しかもアメリカ国旗を愛する人々』であるが、中国人は異教徒で、『共和主義体制にそりが合わない退廃的な奴隷人種』であり、文化的に危険[12]」であること、第二に、スト破りを行う中国人は「自由労働に敵対する[13]」存在であること、第三に、「多くの議員が『４億の人民を抱える中華帝国』という数的脅威を唱え始めたこと[14]」を理由とする。

⑶この時代は、アジア系、特に中国人系移民に対する反感が高まっていた時期であった（この点については、第２章及び第４章参照）。例えば、19世紀後半には、資本家に従順な賃金奴隷として扱われていた中国人労働者に対する白人労働者の敵対意識や、キリスト教徒ではない中国人に対する偏見に基づいて、中国人排斥運動が展開されていた[15]。

当初、合衆国は、中国からの移民を制限していたわけではない。1868年に合衆国が中国と締結したバーリンゲーム条約では、「アメリカ合衆国と中華帝国は、誠実に、人が故郷と忠誠を変更する権利を、生来的か

---

[10] *Id.* at 32.

[11] なお、先住民族も帰化対象者から外れていた。先住民族の合衆国市民権取得の問題については、第６，７章を参照。

[12] 貴堂嘉之「〈アメリカ人〉の境界と「帰化不能外国人」 再建期の国民化と中国人問題」油井大三郎＝遠藤泰生（編）『浸透するアメリカ、拒まれるアメリカ』（東京大学出版会・2003年）64頁。

[13] 同・65頁。

[14] 同・65頁。

[15] 貴堂嘉之「未完の革命と「アメリカ人」の境界―南北戦争の戦後50年論―」川島正樹（編）『アメリカニズムと「人種」』（名古屋大学出版会・2005年）125-133頁、貴堂嘉之「〈アメリカ人〉の境界と「帰化不能外国人」 再建期の国民化と中国人問題」油井大三郎＝遠藤泰生（編）『浸透するアメリカ、拒まれるアメリカ』（東京大学出版会・2003年）65-66頁。

つ奪うことができないものとして承認する。また、両国民が、好奇心、貿易、永住を目的として、両国を、自由に移動する相互の利益も承認する[16]」と規定していた。しかし、中国人に対する反感を背景として、1880年には、条約が改定され、合衆国による中国人の移民規制が認められるようになる[17]。

そして、1882年には、中国からの移民を規制することを目的とした法律が制定される。この法律では、「以後、あらゆる州裁判所、連邦裁判所は、中国人に対して市民権を認めることができない。そして、この法律と矛盾するすべての法律は無効である[18]」と規定していた。この法律について、合衆国最高裁判所は、特に異論を述べることなく、合憲と判断している[19]。

⑷結局、中国人など、黒人以外の非白人は、帰化による合衆国市民権取得の対象者とはならなかった。帰化と人種の関係が再び問い直されるのは、1940年代であった。

1940年代に帰化と人種の関係が再考されるのは、二つの要因がある。第一の要因は、当時の敵国であったドイツも同様に、帰化の際に人種制限を設けていたことである。当時のドイツは、アーリア人にのみドイツ国籍を認めていたが、ドイツの国籍法に対して、「人種差別に関する特筆すべき事例[20]」という批判が投げかけられていた。また、移民帰化局内部でも、合衆国が敵国と同様の規定を設けることは許容されるべきではないという見解が提出されていた[21]。第二の要因は、同盟国への配慮である。当時の帰化法では、日本人や中国人のほか、フィリピン人やインド人なども帰化の対象から外れていた。そのため、「多くのアジアの

---

[16] Treaty with China of July, 1868, Article Ⅴ, 16 Stat.739, 740.

[17] Treaty of November 17, 1880, Article Ⅰ, 22 Stat.826.

[18] Act of May 6, 1882, ch.126, §14, 22 Stat.58, 61.

[19] Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S.698, 716 (1893).

[20] James Wilford Garner, *Recent German Nationality Legislation,* 30 American Journal of International Law 96, 99 (1936).

[21] Milton R. Konvitz, *The Aliens and the Asiatic in American Law* 80-81 (1946). 同様の見解として、Gordon (1945), *supra* at 257がある。

同盟国国民の帰化を禁止するという偽善行為に対する批判[22]」が高まっていた。

このような批判を受けて、まず、連邦議会は1940年に国籍法を改正し、帰化資格者として、従来の白人、アフリカ系に加えて、「西半球に先住している人種の血統を有する者」を追加した[23]。これにより、インディアン、エスキモー、アリュート人の帰化が可能となった[24]。

1943年には、中国人にも帰化資格を認めるように改正される[25]。これは、当時、日本が、合衆国、中国との共通の敵であったことによって、同胞意識が形成されたことに基づいて、中国人の排斥を定める諸法律を廃止する動きが高まったことによる[26]。

1946年には、フィリピン人、インド人にも帰化資格が認められるようになった[27]。Gordon は、1945年に公表された論文[28]において、合衆国の保護下にあるフィリピン出身者に対して帰化を認めていない当時の法制度を批判している。Gordon は、日本がフィリピンを侵攻した際、多くのフィリピン人が日本の支配に対して抵抗したことを評価した上で、「既に、多くのフィリピン人が我々の軍隊、商船員に従事している。他のフィリピン人は、さまざまな職業に就き、我々の生活の豊かさに対して、重要な貢献をしている。このような人々のうち、合衆国市民権となることを希望する者は、少なくとも、他の人々と完全に対等な条件で、帰化を申請できることを認めるべきである[29]」と指摘していた。

インド人の帰化も同様の理由に基づく。例えば、Franklin D. Roosevelt 大統領は、1945年に、インドが、人的、物質的にも合衆国の

---

[22] López (2006), *supra* at 32.

[23] Nationality Act of 1940, ch.876, §303, 54 Stat.1137, 1140 (1940).

[24] Hiram L. Fong, *Immigration and Naturalization Laws: Today's Need for Naturalization Law Reform,* 5 International Migration Review 406, 410 (1971).

[25] Act of December 17, 1943, ch.344, §3, 57 Stat.600, 601.

[26] Charles Gordon, *Our Wall of Exclusion Against China,* 3 Lawyers Guild Review 7 (1943).

[27] Act of July 2, 1946, ch.534, §1, 60 Stat.416.

[28] Gordon (1945), *supra* at 237.

[29] *Id.* at 252.

第二次世界大戦の遂行に貢献していることを承認した上で、「インド系に対する差別を定める現行法制度は、不快な気分を与える[30]」と認め、法改正の必要性を説いていた。

1950年には、グアムにおいて出生したグアム人に対して合衆国市民権が認められると同時に、グアム人の帰化も認められるようになった[31]。この法律に関する委員会において、内務長官は、次のように述べた。

> 「50年間、連邦議会による法制定もなく、第二次世界大戦時の日本の占領期間を除いて、グアム住民、グアム人の生活及び関連事項は、大統領が海軍省に対して発した排他的支配及び管理に関する1898年12月４日行政命令によって委ねられていた。グアム人は、連邦政府に対し、合衆国市民権、権利章典、統治組織立法、市民的行政を、繰り返し要求してきた。…（法案は、）アメリカの理想に対するグアム人による貢献を、詳細かつ大胆に証明した人々に対し、権利と特権を与える。今日、彼ら以上に、アメリカ国旗の下で、忠誠を示し、かつ愛国的な者はいない。第二次世界大戦によって、我々は、グアム国民が政治的に無視されていたことを自覚した[32]」。

連邦議会は、このような理由に基づいて、グアム人に対する合衆国市民権の取得を容認した。ただし、州昇格までは、グアム人が望むところではなかった[33]。

最終的に帰化に対する人種上の明示的制約が消滅するのは、1952年であった[34]。当時、帰化資格が認められていなかった人々のうち、「日本人が人数の上では最大の集団を構成していた。合衆国とハワイには、約８万8000人の人種を理由として帰化が認められない外国人が居住してい

---

[30] House Report.No.854, *in* United States Code Congressional Service Laws of 79th Congress Second Session, at 1254.

[31] Organic Act of Guam, ch.512, §4, 64 Stat.383, 383-384 (1950).

[32] Senate Report.No.2109, *in* United States Code Congressional Service 81st Congress-Second Session 1950 vol.2, at 2842.

[33] *Id.* at 2844.

[34] Immigration and Nationality Act, ch.477, §311, 66 Stat.163, 239 (1952).

た。そのうち、約８万5000人が日本人であった[35]」。人種要件の撤廃により、「日系、韓国系、インドネシア系などが、他の資格を持つ外国人と同様に、入国、帰化が認められるようになった。明らかに、この法案は、我々の国際関係、特に極東における国際関係に対して、良い影響を与えるだろう[36]」。このような指摘からもわかるように、人種要件の撤廃は、日系移民を念頭に置いている[37]。

１．２．帰化と人種をめぐる判例の展開

以下では、帰化と人種をめぐる判決の展開を、初期、中期、後期に分けて紹介し、検討を加える[38]。

１．２．１．解釈手法の問題―科学的知見と一般常識の並存

人種と帰化に関する最初の判決は、In re Ah Yup[39]と言われている[40]。この判決では、中国生まれの中華帝国国民である Ah Yup が、帰化の対象者たる「白人」に該当するかどうかが争点となった。原告が「白人」かどうかを判断する前に、白人の意味を確定しなければならない。裁判所は、「白人」の意味について、次のように述べた。

「この国におけるこの言葉（「白人」という文言を指す―引用者注）

---

[35] House Report No.1365, *in* U.S.Code Congressional and Administrative News vol.2, at 1735 (1952).

[36] *Id.* at 1679.

[37] Note, *Immigration and Nationality,* 66 Harvard Law Review 642, 707 (1953). なお、日系移民団体が帰化法の改正に影響を与えていたことを示す文献として、森田幸夫「マッカラン＝ウォルター移民帰化法案（1952年）と在米日系人」同志社アメリカ研究６号51頁（1970年）。

[38] なお、帰化と人種をめぐる諸判決について網羅的に分析した文献として、以下で主に参照した López (2006) 以外に、George W. Gold, *The Racial Prerequisite in the Natulalization Law,* 15 Boston University Law Review 462 (1935) がある。これは、出身地ごとに、帰化申請者をめぐる訴訟を紹介している。

[39] 1 F.Cas.223 (1878).

[40] López (2006), *supra* at 35.

が、少なくとも、共通の一般言語においてよく定着した意味を獲得していることは明白である。そして、この言葉は、その意味においてよく用いられるため、共通言語と同様に、この国における学識においても同一の意味を獲得している。合衆国のどこでも通常に使われているように、通常人ならば、「白人」という言葉を用いる当事者がコーカソイド（the Caucasian race）の人々を指していると理解するはずである[41]」。

判決は「白人」の意味を「コーカソイド」と解釈した。そして、原告はモンゴロイドに属するため、帰化資格が認められないと判断した。上記の判断からわかるように、判決は、「白人」かどうかを判断する際の解釈基準として、「一般常識[42]」に依拠している。ただし、判決は、「白人」を「コーカソイド」と解釈すると判断した後に、人類学者の見解[43]と、連邦議会の制定過程[44]にも言及しているため、「科学的知見」、「連邦議会の意図」も解釈の際に用いていると指摘できる[45]。なお、In re Hong Yen Chang[46]では、In re Ah Yup を先例として依拠しながら、中国人はモンゴロイドであるため、帰化の対象に含まれないと判示している。

Ian Haney López の調査によれば、1878年から1909年まで、帰化と人種が争われた事例が合計で12件ある[47]。そのうち、帰化が認められたのは、In re Rodriguez[48]の１件に過ぎない。この判決では、アステカ族や他のメキシコ先住民とも血縁関係を持たない「純粋なメキシコ人」と認定された原告が帰化できるかどうかについて争われた。判決は帰化を容認したが、それは、当時合衆国が締結していた条約に依拠して判断した

[41] *Ah Yup,* 1 F.Cas.223, 223 (1878).
[42] López (2006), *supra* at 45.
[43] *Ah Yup,* 1 F.Cas.223, 223-224 (1878).
[44] *Id.* at 224-225.
[45] López (2006), *supra* at 45.
[46] 84 Cal.163, 164 (1890).
[47] López (2006), *supra* at 163-164, table 1.
[48] 81 F.337 (1897).

に過ぎない[49]。むしろ、判決は、「もし厳格な人類学上の科学的分類を採用したならば、彼は、おそらく白人には分類されないだろう[50]」とまで述べている。

このように、「1878年から1909年までは、一般常識と科学的知見は、帰化を否定するための一貫した正当化根拠を提供しているという点において、同一の方向性へと突き進んでいた[51]」。

この意味において、初期の帰化事例に関する典型的な判決は、In re Saito[52]である。これは、日本国民である原告が帰化を求めた事例である。この判決では、まず、次のように述べる。

> 「法律の文言は、もしその文言が技術的意味において用いられていることが示されていないならば、通常の意味に従って理解されるべきである。共通の、一般的観点から、古代、そして現代も、人種は、肌の色の違いによって区別されてきている。肌の色は、白色、黒色、黄色、茶色に分類されている[53]」。

判決は、「共通の、一般的観点」に依拠しながら、論理を展開しつつ、さらに、次のように述べる。

> 「そして、これは、科学的観点からも真実である。民俗学者及び人類学者は、自ら提唱する人間の区分を、知的特徴、道徳的特徴ではなく、むしろ、身体的特徴の相違に依拠している。そのため、肌の色、頭蓋骨の構造、体毛の構造や配色、顔の輪郭などの点に関する相違が、様々な類型へと分けるための特徴となる。しかし、このような特徴のうち、肌の色は、人種を区分するためにはもっとも重要な類型である。そして、この見解は、科学者が採用した分類の基

[49] *Id.* at 353-354.
[50] *Id.* at 349.
[51] López (2006), *supra* at 45-46.
[52] 62 F.126 (1894).
[53] *Id.* at 127.

礎中の基礎になっている[54]」。

続いて、判決は、数名の学者の見解を引用しながら、制定法の文言を、当時の人類学の知見に従って解釈した。最終的に、原告は日本人であるから、モンゴロイドに属し、白人ではない以上、請求は認められないと結論を下した。

上記のように、判決は、「白人」かどうかを解釈する際に、一般常識と科学的知見に依拠している。このように、両者が一致して人種的区分を正当化しているという意味において、In re Saito は、「典型的な初期の判決[55]」と評価されている。

1．2．2．中期の判決：1909－1923年―科学的知見か一般常識か。

上記のように、合衆国の判例では、中国出身者や日本出身者はモンゴロイドであり、白人ではないため、帰化に含まれないことは、ほとんど異論がないまま確定した。では、ヨーロッパとアジアの中間である西アジア出身者は帰化の対象者に含まれるのか。この問題を巡って、裁判所内部では、激しい対立が引き起こされた。

西アジア出身者の帰化に関する事例としては、In re Halladjian[56]がある。この判決では、ヨーロッパ人とアジア人の中間であるアルメニア人の帰化を認めた。さらに、白人要件について、中国人、日本人は排除されるが、シリア人、トルコ人の帰化も許容されることも示唆した。

シリア人を白人として認めた判決としては、In re Najour[57]、In re Mundarri[58]、In re Ellis[59]、Dow v. United States[60]がある。逆に、白人であ

[54] *Id.*
[55] López (2006), *supra* at 47.
[56] 174 F.834 (1909).
[57] 174 F.735 (1909).
[58] 176 F.465 (1910).
[59] 179 F.1002 (1910).
[60] 226 F.145 (1915).

ることを否定した判決としては、Ex parte Shahid[61]、Ex parte Dow[62]、In re Dow[63]がある。

インド人を白人として認めた判決としては、United States v. Dolla[64]、United States v. Balsara[65]、In re Akhay Kumar Mozumdar[66]、In re Mohan Singh[67]、In re Bhagat Singh Thind[68]がある。逆に、インド人の白人性を否定した判決としては、In re Balsara[69]、In re Sadar Bhagwab Singh[70]、United States v. Bhagat Singh Thind[71]がある。

これらの判決には、初期の判決とは異なり、科学的知見と一般常識の両方を根拠とした判決は存在しない。この中で、科学的知見に基づいているのは、６件であり、原告は全員白人と判断されている。他方、一般常識に依拠した判断は７件あり、In re Ellis を除いて、すべて白人要件を満たさないと判断されている。このような判例の傾向は、「帰化法において、1909年以後、科学的知見と一般常識が、人種をめぐる問題について、直接的かつ継続的な対立を繰り広げていた―両者は、法理としても、結論においても、相互排他的であった[72]」ことを示している。

両者の対立のきっかけとなった判決は、In re Najour[73]である。この判決では、シリア人をコーカソイドに属するため、帰化が認められると判示した。このとき、判決を執筆した Newman 裁判官は、当時の人類学者の権威である A.H.Keane が執筆した「The World's People」に依

---

[61] 205 F.812 (1913).
[62] 211 F.486 (1914).
[63] 213 F.355 (1914).
[64] 177 F.101 (1910).
[65] 180 F.694 (1910).
[66] 207 F.115 (1913).
[67] 257 F.209 (1919).
[68] 268 F.683 (1920).
[69] 171 F.294 (1909). ただし、原告が高位に属する紳士であることを理由に、帰化を認めている。
[70] 246 F.496 (1917).
[71] 261 U.S.204 (1923).
[72] López (2006), *supra* at 48.
[73] 174 F.735 (1909).

拠しながら「白人（white）」と「コーカソイド（the Caucasian）」を等しいものとして扱い、結論を下した。

逆に、In re Najour とは異なるアプローチを採用した代表的判決としては、Ex parte Shahid[74]がある。判決は、白人とコーカソイドは異なる概念であると述べ、原告であるシリア人の帰化を拒否した。「白人」の意味について、判決は、「コーカサス人種を意味するのではなく、…一般に用いられている用語に従う[75]」と判示し、一般常識に依拠することを明らかにした。判決によれば、「コーカソイド」という用語は、1781年に登場するが、主に1830年から1860年にかけて普及したものであり、白人要件が設定された1790年には普及していなかったと理解するべきであるから、「白人」とは、白人要件が設けられた1790年当時の状況に従って、ヨーロッパ人、またはヨーロッパ系を指すと解すべきである。

さらに、Ex parte Shahid を執筆した Smith 裁判官は、In re Dow[76]において、コーカソイドとは、本来、コーカサス地方から出土した頭蓋骨とドイツ人の頭蓋骨が似ていることを根拠に、ヨーロッパ人の起源がコーカサス地方にあることを主張するものであったことを指摘し、この意味では、現代において、「コーカソイド」には、非ヨーロッパ人も含まれると述べる[77]。それゆえ、コーカソイドという人類学的知見を用いて解釈することを「不条理[78]」と評価している[79]。

このような解釈方法を用いた場合、実際上の争点は、浅黒い肌のシリア住民が帰化資格を有しているかどうかに集約される。したがって、問題関心は、誰が白人であり、帰化できるのかを決定する際における肌の色の重要性に再び向けられることになる[80]。「白人」要件をコーカソイドと解した場合、「白人」の範囲が拡大し、「白色人種の一部を構成すると

---

[74] 205 F.812 (1913).

[75] *Id.* at 814. なお、Ex parte Dow, 211 F.486, 489 (1914) においても、同様に、「一般に白人として知られている人々」と解されている。

[76] 213 F.355 (1914).

[77] *Id.* at 358-259.

[78] *Id.* at 359.

[79] López (2006), *supra* at 53-54.

[80] *Id.* at 53.

は位置づけられていない人々を含む[81]」ようになってしまうという批判に耐えなければならない。この問題については、合衆国最高裁判所の見解を待つ必要があった。この点については、次に検討する。

１．２．３．Ozawa 判決と Thind 判決―２つの最高裁判決

帰化と人種の関係をめぐる問題について、合衆国最高裁判所は、Ozawa v. United States[82]と United States v. Thind[83]の二つの判決を下した。

Ozawa 判決では、日本国民は帰化資格を有するかどうかが争われた。法廷意見によれば、「肌の色による判断だけを用いることは」、「人種が曖昧なまま重なり合う帰結[84]」を招く。「『白人』という用語を、『コーカサス人種』と同義と判断することは、問題を単純化」するが、実際上の区別は明確ではなく、結局のところ、帰化資格について、「多かれ少なかれ議論の余地が残る領域[85]」を残してしまう。しかし、Ozawa は、コーカソイドではないため、明らかに帰化資格から外れている。それゆえ、Ozawa の帰化は認められない。

Thind 判決では、高位のカーストに属する純血のインド人が帰化資格を有するかどうかが争われた。Thind は、アジア出身の移民であったが、これまでの移民と異なる点は、人類学上、Thind が、モンゴロイドではなく、コーカサスに属すると位置づけられていたことである。法廷意見は、「ブロンドのスカンジナヴィア人と、褐色のヒンドゥー人は、おぼろげな古代においては共通の祖先を有していたことは真実かもしれないが、平均人ならば、今日では両者の間に紛れのない深い相違が存在していると完全に理解している[86]」と述べた。本判決は、「平均人」の理解に基づき、インド人は、同じコーカサスであっても、帰化対象に含まないと判示した。

---

[81] *Ex parte Dow,* 211 F.at 488.
[82] 260 U.S.178 (1922).
[83] 261 U.S.204 (1923).
[84] *Ozawa,* 260 U.S.at 197.
[85] *Id.* at 198.
[86] *Thind,* 261 U.S.at 209.

ところで、Thind 判決は、当該法律が「一般的理解を目的として、一般的言語で、科学的知識を持たない人々によって制定された[87]」と指摘した上で、次のように述べている。

> 「今、我々は、次のように判示した。『自由な白人』という用語は、一般言語上の用語であり、一般人の理解と一致するように、そして、その言葉が一般的に理解されている限りにおいて『コーカソイド』という用語とも同義として、解釈されるべきである。この用語が、そのように理解され、用いられているため、人類学者の考察がどのようなものであっても、この用語には、被上訴人が属する人々の母体を含まない。ヒンドゥー人集団は、固有の身体的特徴があるため、合衆国において一般に白人として認識されている多様な人々とは容易に区別される。これは、よく知られた考察、見解である[88]」。

このような判断を展開した Thind 判決は、「コーカソイド」という用語が果たす役割が終了し、人種を判定する基準として科学的知見を用いる意味を消失させたと評価されている[89]。科学的知見の代わりに、法廷意見は、一般常識に依拠する程度が高まっている[90]。

1．3．帰化と人種をめぐる判例が持つ意味

1．3．1．Ozawa 判決と Thind 判決が示したこと

両判決は、一見すると矛盾しているように映る。Ozawa 判決は、科学的知見に基づいて判決を下しているのに対し、Thind 判決は、明らかに一般常識に依拠することを強調している。両判決は、時期も近接しており、判決を下す裁判官も同一である。では、両判決をどのように解釈

---

[87] *Id.* at 210.

[88] *Id.* at 214-215.

[89] López (2006), *supra* at 64.

[90] なお、Thind 判決後、合衆国政府側は、帰化によって取得した合衆国市民権を剥奪しようとした。これに対し、既判事項であることを理由に、合衆国市民権の剥奪を認めなかった判決として、United States v. Sakharam Ganesh Pandit, 15 F.2d 285 (9th Cir.1926) がある。López (2006), *supra* at 64 footnote 41.

すれば、整合性が保たれるのか。

この点について、López は、「一般人が抱いている人種的嫌悪感[91]」が反映していると指摘する。すなわち、「まさに、人種的偏見によって、合衆国最高裁判所は、人種の科学的定義を拒否しようとした[92]」。Ozawa 判決は、科学と一般的偏見が「白人」から特定の人種を排除することを目的として相互に機能するときは、科学的知見を採用することを示し、他方、Thind 判決は、科学的知見が特定の人種を排除する目的のために機能しないときは科学的知見を採用しないことを明らかにした。これらの判断は、合衆国最高裁判所が、「社会的に想定された人種と、人種的ヒエラルヒー[93]」にコミットしていること、「人種とは、身体的差異に関する事項ではなく、人々が身体的差異だと思っている事項[94]」を示している。

したがって、帰化が認められるかにとって重要な点は、単なる肌の着色具合ではなく、「人種を意味する皮膚に対する社会的理解[95]」である。「自然的要因であるにもかかわらず、人種は、完全に社会的なものである。人種は、単に、社会と法がそれであると宣言したものに過ぎない[96]」。

よって、社会的理解次第では、「白人」の意味も変わることがありうる。Thind 判決自身も、次のように判示し、「白人」概念の変遷を認めている。

> 「日常的発話に用いられる用語―それは、立法者（帰化法立法者―筆者）が用いている―は、立法者が白人だと認めた人々の類型のみを含むと解されている。当時の移民は、専らイギリス諸島と北部ヨーロッパからであった。その地域は、アメリカ人およびアメリカ人の先祖の出身地であった。アメリカ人が、アメリカ市民権という特権を『自由な白人である外国人』に対して拡張しようとする場合、

---

91 López (2006), *supra* at 66.
92 *Id.*
93 *Id.*
94 *Id.* at 72.
95 *Id.* at 73.
96 *Id.*

その対象は、上記のような移民―彼らと同じ骨を有し、同じ血肉を有する―と、彼らが積極的に同族だと思う人々である。年月が経過することにより、東欧、南欧、地中海出身の移民が登場した。その中には、スラヴ民族、黒い目を持ち、浅黒い肌のアルプス人系、地中海系の人もいる。そして、このような人々は、既に合衆国内にいる人々と間違いなく同種の人々であり、容易に融合すると解されていた。このような人々の子孫、そして、同じ出身の他の移民こそが、1790年法の帰化テストを再制定した本件規定が制定されたときの合衆国における白人を構成している[97]」。

もちろん、「白人」であり、帰化資格を有していたとしても、東欧、南欧系移民は、人種的差別の対象であった。例えば、「新参のイタリア人、ハンガリー人、ポーランド人労働者を、賃金と労働条件の改善努力を台無しにする卑しい奴隷的な階級である[98]」とする非難である。このような南欧、東欧系移民に対する差別意識は、今日ではほとんど克服されているが、現代において差別意識が克服していること自体が、一般常識に基づく「白人」概念が、「不確定であり、非常に文脈に依存し、変化し易い[99]」ものであることを、逆説的に示している。

1．3．2．偏見と差別意識

以上では、帰化と人種をめぐる判例の展開を概観してきた。裁判官が「時代遅れの人種理論」、「明白な人種差別主義[100]」にコミットし、帰化規制を正当化としていた点は、およそ今日では受け入れられないだろう。明白な人種差別主義が既に前面に出されているため、「人類学に関する詳細な議論、弁護士からの援助請求、帰化を『白人』に限定すると何度も繰り返す連邦議会の意図に関する詳細な検討」などの「努力は、中国

---

97 *Thind,* 261 U.S.at 213-214.

98 ジョン・ハイアム（著）/ 斎藤眞＝阿部齊＝古矢旬（訳）『自由の女神のもとへ　移民とエスニシティ』（平凡社・1994年）66頁。

99 López (2006), *supra* at 75.

100 *Id.* at 38.

人が白人かどうかをめぐる議論において、不必要かつ、ばかげたものかもしれない。答えは明白である[101]」。

中国人を中心としたアジア系移民に対する露骨な人種差別主義は、裁判官自身も、強く表明している。例えば、合衆国市民権を取得する意図を誠実に宣言した外国人を除いて、外国人に対して土地を賃貸することを禁止したワシントン州法が第14修正および日米間において締結した条約に反すると主張し、暫定的差止命令を求めた Terrace v. Thompson[102] において、次のように判示した。

> 「黄色、褐色という人種による肌の色は、東洋の独裁政治を示す顕著な特徴である、あるいは、元々の帰化法が制定された当時における顕著な特徴である。これは、次のことを示している。このような独裁体制国の臣民は、自らの文明に対して、凝り固まった、そして、根深い誇りを有している。彼らの文明は、個々人を、国家の具現者たる主権者の個人的権限の下位に置くことにより、独裁者の福祉のために機能する。このような独裁国家の臣民は、合衆国という共和政体の繁栄を続けていくためには、不適切かつ不適合である。したがって、彼らの合衆国市民権は否定される[103]」。

本件において、裁判所は、暫定的差止命令を否定した。本件は、帰化資格が直接争われた事例ではないが、独裁国家の臣民は共和制を採用している合衆国には馴染まないという判示は、「肌の色という文脈だけではなく、文化的、知性的な文脈においても合衆国市民権にとって不適合であるとして、帰化申請者の人格を傷つける[104]」人種的反感を表明している。

中には、白人と黒人に帰化資格を限定する法制度に対して異議を唱えた事例も存在している。例えば、ビルマ人の帰化資格について争われた

---

[101] *Id.* at 39.

[102] 274 F.841 (1921).

[103] *Id.* at 849.

[104] López (2006), *supra* at 40.

Matter of San C.Po[105]において、判決は、大学で薬学を勉強しているPoを、「教育を受けた男性[106]」として位置づけ、「もし障害がなければ、裁判所には、請求を認め、合衆国市民権を付与する十分な満足を与える権限が与えられるかもしれない[107]」と述べる。この判決は、帰化資格に関する事項は連邦議会に排他的に委ねられると述べ、原告は白人にも、黒人にも該当しないと判示し、最終的には原告の請求を認めなかったが、上記の判断には、アジア系のビルマ人であるPoにとって、有利な事項を考慮しようとする姿勢が看取される。

しかし、本件は、人種差別自体を否定したわけではない。例えば、裁判所は、「未開の状態からわずか５年しか離れていないコンゴ出身の黒人は合衆国に帰化できるが、より知性を持つ同類―合衆国内で生まれたインディアンと、中国人を除く黄色人種―は、特権を否定される[108]」と判示している。

また、白人とインディアンの混血児（カナダ出身者）の帰化資格について争われたIn re Camille[109]では、黒人の帰化資格を認めた1870年法について、連邦議会は、「中間的、より適切な有資格者である北米先住民族、黄色人種に対して合衆国市民権という恩恵を与えない一方で、相対的に野蛮で異質な『暗黒大陸』出身の住民[110]」に対して合衆国市民権を付与する選択肢を採用したと判示している。

シリア出身者の帰化資格について争われたEx parte Shahid[111]においても、裁判所は、「高度な教育を受けた、教養を有する日本人、中国人、マレー人、シャム人は、ギニア海岸出身の野蛮人よりも、有益かつ望ましい合衆国市民となると推定される。しかし、裁判所は、このような推論を、正当化する権限を有さない[112]」と判示している。

---

[105] 7 Misc.471;28 N.Y.S.383 (1894).
[106] *Id.* at 471.
[107] *Id.*
[108] *Id.* at 472.
[109] 6 F.256 (1880).
[110] *Id.* at 258.
[111] 205 F.812 (1913).
[112] *Id.* at 815.

結局、上記の三判決で見たように、裁判所は、野蛮な「黒人に対して合衆国市民権を認めるのに対し、アジア人には認めないことに対する矛盾[113]」を表明しているに過ぎず、人種階級自体を否定しているわけではない。

帰化資格における人種は、合衆国軍隊に所属していた外国人であっても、障害となる。父親がイギリス系、母親が日本人と中国人の混血であり、合衆国の海軍に入隊し、その活躍により、勲章を取得した者の帰化資格が争われたIn re Knight[114]では、帰化によって、連邦議会が設定する「政治的地位[115]」を取得することを理由として、どのような人種に帰化資格を拡張するのかは、連邦議会に委ねていること、本件では連邦議会が示した帰化が認められない人種要件に該当することを指摘し、原告の帰化資格を否定する。

In re Buntaro Kumagai[116]においても、裁判所は、教育を受け、軍隊に所属していた日本国民の帰化資格を否定した。

この二つの判決は、軍隊に入り、合衆国に貢献した者であっても、人種を理由として帰化資格を否定されることを示している[117]。

2．帰化と人種への補足としての女性

前節では、帰化と人種の関係を取り上げ、裁判所が、絶対的権限の法理の下、合衆国市民の多数派にとって望ましくない人々を帰化不能な外国人と位置づける連邦議会の判断を追認してきたことを示した。

本節では、帰化と人種に関する問題の補足として、人種と帰化の関係の延長線上にあって、「少数派の中の少数派[118]」として位置づけられる女性の問題を取り上げる。以下に示すように、女性の場合は、人種の問題

---

[113] López (2006), *supra* at 40.

[114] 171 F.299 (1909).

[115] *Id.* at 300.

[116] 163 F.922 (1908).

[117] なお、帰化を遡及的に取り消すことを容認する判決もあるが、この点については、ここでは詳しくは触れない。

[118] ロナルド・タカキ（著）/ 富田虎男（監訳）『多文化社会アメリカの歴史―別の鏡に映して』（明石書店・1995年）362頁。

に加えて、夫の地位に従属するという考え方の影響もある。

2．1．合衆国建国当初― Shanks v. Dupont

帰化の際に白人要件は存在していたものの、女性が夫の地位に従属する、というわけではなかった。まずはこの点について示した Shanks 判決を取り上げ、検討を加える。

2．1．1．Shanks v. Dupont, 28 U.S.242 (1830)

1781年にイギリス人の男性と婚姻し、翌年にイギリスに渡った Ann Shanks の土地所有について争われた事案である。原告は、Ann Shanks が婚姻によって外国人となった結果として土地所有ができないと主張していたため、Shanks が英国臣民となったかどうかが争点となった。以下のような判断を下している。

> 「まず、イギリスによる捕獲及び所有は、捉えられた住民の忠誠を変更するものではない。捕獲された住民は、イギリスが占有している期間は征服者に対して忠誠を誓っている。しかし、それは一時的な忠誠であって、以前の忠誠を消滅させるものではなく、単に中断させるに過ぎない。イギリスによる占有は、サウス・カロライナ州に対する忠誠を消滅させるものでも、彼らを外国人にするものでもない。…本件において、Shanks との婚姻は、そのような効果を生じさせるものではない。なぜならば、外国人との婚姻は、…妻が負う本来的な忠誠を解体させるものではないからである。外国人との婚姻によって、彼女の市民的権利は変わりうるかもしれない。しかし、政治的権利や特権には影響を及ぼさない。人は、ある行為を行った場合、政府の同意がない限り、本来有する忠誠を取り上げられ、外国人となることはない。これは、一般原理である。そうでなければ、女性の外国人は、婚姻という事実によって合衆国市民となり、彼女の夫の財産に関する寡産婦[119]となってしまう[120]」（傍線引

[119] 寡産婦（downer）とは、「イングランドにおいて、婚姻により妻が夫の不動産に対して取得した権利。この権利により妻は夫の死後、夫が死亡当時占有

用者）。

ただし、本判決は、Ann Shanks が夫とともにイギリスに渡ったことを理由として、忠誠が事実上消滅し、死亡時点（1802年）において英国臣民であったと結論を下している。本判決では、Shanks が英国臣民であることを認めたが、結論として、「合衆国領内に土地を有する英国臣民…は、個別の不動産権及び権原にしたがって、土地を保持し続ける」と定めたイギリスとの条約[121]を根拠に、原告の主張を否定している。

２．１．２．Shanks 判決の検討

まず、Shanks 判決は、イギリスから継受したコモンローに由来する「不変の忠誠（indelible nationality）」という考え方に依拠している[122]点を指摘できる。「不変の忠誠」の根拠は、判決中にも触れているように、寡産婦権を外国人が行使することへの警戒である[123]。

Shanks 判決は、合衆国建国初期は、女性である合衆国市民が、外国人と婚姻したとしても、合衆国市民たる妻が本来有する忠誠の消滅を意味しなかったことを示している。

していた全不動産の三分の一を生涯用益することができた」。田中英夫（編集代表）『英米法辞典』（東京大学出版会・1991年）277頁。

[120] 28 U.S.242, 246 (1830).

[121] Treaty of Amity Commerce and Navigation, Article IX, 1 Malloy 590, 597 (1794).

[122] Nancy F.Cott, *Marriage and Women's Citizenship in the United States, 1830-1934,* 103 The American Historical Review 1440, 1455 (1998)

[123]「不変の忠誠」という発想は、1867年法の制定（Act of July 27, 1868, ch.249, §1, 15 Stat.223, 223.）によって否定される。この法律では、「合衆国市民権を離脱する権利は、すべての人が有する生来的な権利」と認め、Shanks 判決が依拠する「不変の忠誠」という発想から脱却した。

改正理由について、Kettner は、以下のように説明している。南北戦争は、州が連邦から脱退しようとした戦争であるが、南北戦争の結末は、連邦は州が脱退する権利を認めないというものであった。しかし、脱退する権利を認めなかった場合、いつまでも不満を抱えたまま合衆国市民であり続けることになる。州が脱退して外国となる権利を否定する代償として、個人が合衆国市民権を離脱する権利を認めた（Kettner, *supra* at 343-345）。

Shanks 判決は、妻が合衆国市民権を放棄したことを認めているが、それは、妻が夫に従って英国に渡った事実に着目しているためであり、英国人との夫と婚姻した事実それ自体は、妻の市民権の変動を及ぼすものではない。

したがって、Shanks 判決の論理では、「夫が合衆国市民であって妻が外国人」という組み合わせもありうる[124]。

２．２．方向転換―婚姻による忠誠の移転

２．２．１．1855年法の制定

⑴ところが、Shanks 判決の発想は、1855年法[125]の制定によって、変容を迫られる。1855年法の制定理由として、1844年にイギリスにおいて同様の法律が制定された点が挙げられる。後述する Requignot 判決でも、フランス法（1804年制定）とイギリス法（1844年制定）に簡潔に言及している[126]

1855年法第２条は、「この法律制定以後は、現行法の下で合法的に帰化する資格を有する外国人女性であって、合衆国市民と結婚した者は、合衆国市民であるとみなされる」（傍線引用者）と定めた[127]。

第２条は、外国人と婚姻した合衆国市民女性であっても、婚姻を理由として合衆国市民権の喪失することを否定した Shanks 判決とは明らか

---

[124] Letti Volpp, *Divesting Citizenship:On Asian American History and the Loss of Citizenship Through Marriage,* 53 UCLA Law Review 405, 419 (2005)

[125] Act of February 10, 1855, ch.71, 10 Stat.604.

[126] 概要については、館田晶子「フランスにおける国籍制度と国民概念―その歴史的考察―（3）」北大法学論集57巻1533頁（2006年）、柳井健一『イギリス近代国籍法史研究 憲法学・国民国家・帝国』（日本評論社・2004年）223-224頁を参照。

[127] なお、1855年法１条は、「この法律制定まで、そして制定以後、合衆国の管轄の外で出生した者のうち、その父親が出生の時点で合衆国市民である者は、この法律によって、合衆国市民とみなされる。ただし、合衆国市民権は、その父親が一度も合衆国内に居住したことがない場合は、継受されない。」と定めている。この規定も、合衆国市民権を子どもに継がせる能力を持つのは男性のみであるという立場を示している。

に異なる発想に立脚している。

1855年法２条の趣旨説明については、Requignot v. Detroit[128]におけるBrown 裁判官―後に合衆国最高裁判所の裁判官に就任している―の判示が正鵠を射た指摘をしている。

Requignot 判決によれば、「夫が、家族の長として、少なくとも市民権に関しては、政治的に代表していると位置づけられるべきであって、妻と未成年者は、夫と同じ主権に忠誠を誓うという考え方を促す[129]」ものである。

さらに、Requignot 判決では、同様の立場の法律として、1802年法４条[130]（帰化した者に未成年の子どもがいた場合、子どもも同時に帰化を認める）と1804年法２条[131]（帰化宣言をしたが帰化が認められていない状態で死亡した夫の妻、未成年者の子どもに合衆国市民権の付与を認める）を挙げ、1855年法は、このような法律の考え方を強化するものと述べている[132]。

⑵ Requignot 判決において示されたように、1855年法は、婚姻という行為によって、妻の政治的地位は夫に従うべきであり、無能力者たる女性は夫の地位に従属し、夫と同一の国籍を取得するという発想に立脚している[133]。

これは、当時の発想とも調和している。Cott によれば、当時は、「自己統治能力を有する男性に内在する完全な市民権[134]」という発想の下、「アメリカ人民の共通思慮に合致する自由な男性（freedman）の性質には、家族、妻、子ども、家庭を持つ権利が含まれる[135]」と捉えられていた。この場合、女性は婚姻によって、夫に財産を全て渡す代わりに、夫は、「妻を支え、守り、代表することで報いる。：婚姻は同意に基づく相互的

---

[128] 16 F.211 (1883).

[129] *Id.* at 216.

[130] Act of April 14, 1802, ch.28, §4, 2 Stat.153, 155.

[131] Act of March 26, 1804, ch.47, §2, 2 Stat.292, 293.

[132] *Requignot,* 16 F. at 216.

[133] Cott (1998), *supra* at 1456, Volpp, *supra* at 452.

[134] Cott (1998), *supra* at 1457.

[135] *Id.*

取引である[136]」。

この見解は、「共和国の母」イデオロギーの観点からも裏打ちされる。合衆国憲法起草時を含む、合衆国の建国期の政治指導者の女性に対する合衆国市民権観について、Sara M. Evans は、次のように説明している。

> 「女性の市民権に関する問題は、家庭そのものに政治的意味合いをもたせることによって解決された。その結果、共和国の母という思想とイメージが生まれた。息子が道徳的で正直な市民になるように教育することは愛国者の義務であるとされた。その思想は母親に国家とのつながりを与え、ある程度、国家の将来に影響を及ぼす力を与えた。従来の慣習法で女性は夫や父親の庇護下にあったが、共和国の市民を育て上げるという責任は女性の法的な身分をはるかに超える政治的な役割だった。今や、女性は男性と異なった市民としての役割とアイデンティティをもつようになった。彼女が果たす役割は国家の繁栄のために欠かせなかった。女性が公の場から除外されていることもそこでは問題にされなかった。しかも、それは革命の指導者を悩ませていた一つの問題を解決した。どのように未来の市民の徳を確実なものにすればよいかという問題だった。公徳心、つまり、個人の利益を公共の福祉のために犠牲にすることは、個人の私的な徳に依存していると彼らは理解し、女性にこの美徳を育む責任を与えたのだった[137]」。

このような発想の下、女性が公共空間へ参加すること、例えば、選挙権の制限[138]、陪審への参加の制約[139]などが正当化された[140]。

---

[136] *Id.* at 1453.

[137] サラ・M・エヴァンズ（著）/ 小檜山ルイ＝竹俣初美＝矢口祐人＝宇野知佐子（訳）『アメリカ女性の歴史 自由のために生まれて〔第２版〕』（明石書店・2005年）101頁。なお、引用に際し、訳語を改めた箇所がある。

[138] Minor v. Happersett, 88 U.S.162 (1875), France v. Connor, 161 U.S.65, 69 (1896).

[139] Strauder v. West Virginia, 100 U.S.303 (1880).

[140] このような発想に対して、女性を解放せよという見解（例えば、久保田き

２．２．２．1855年法のもう一つの意図

上記では、1855年法が持つ女性の役割論について言及したが、1855年法第２条にはもう一つの意図があった。それは、「現行法の下で合法的に帰化する資格を有する外国人女性」に現れている。前述のように、1855年当時の合衆国では帰化の際に白人要件が課せられていた。

この規定は、中国人がアメリカの政体に侵入してくることを防ぐ目的で設けられた[141]。しかし、中国人女性が合衆国市民男性の妻となることよりも、中国人男性と結婚する合衆国市民女性に対する脅威の方が大きい[142]。なぜならば、当時の合衆国に滞在していた中国人のうち、女性は圧倒的に少ないからである。例えば、1854年に合衆国への入国が許可された中国国内で生まれた者は、12427人であるが、そのうち女性はわずか673人に過ぎない。1855年では、中国国内生まれに対する入国許可の合計3526人のうち、女性はわずか２人に過ぎない[143]。

結局、1855年法は、合衆国市民権を有する男性の妻として、白人の外国人女性のみを歓迎するという理念を有していたが、実際上の影響はそれほど大きくなかった。むしろ、実際の入国者数が少ないにもかかわらず、解決しなければならない問題であると認識していた点に注目するべきである。

その後、1870年法[144]によって、黒人も帰化資格が認められ、1870年改正以後は合衆国市民と婚姻した黒人の外国人女性も1855年法上の合衆国市民権取得資格を持つことになる。ただし、帰化法では、人種要件は消滅していない。アジア系は依然として帰化資格を持たない。

ぬ子「セネカ・フォールズに於ける婦人の所信の宣言（1848年）」アメリカ学会(編)『原典アメリカ史 第３巻』（岩波書店・1953年）315頁）も登場していたが、19世紀を通じて、「共和国の母」イデオロギーは女性の政治的意識を規定していた。

141 Cott (1998), *supra* at 1459.

142 *Id.*

143 William J. Bromwell, *History of Immigraiton to the United States* 168, 172 (reprinted ed., 1856).

144 Act of July 14, 1870, ch.254, §7, 16 Stat.254, 256.「アフリカ出身者、アフリカ人の子孫」も帰化の対象となる。

しかし、1855年法の対象から外れた問題は、外国人男性と結婚した合衆国市民女性の地位である[145]。この問題については、1907年法が扱う。

２．３．1907年法３条の影響―合衆国市民権の喪失によって生じる不利益

⑴1907年法３条[146]は、次のように定めていた。

> 「外国人男性と結婚したアメリカ人女性は、彼女の夫の国籍に従う。婚姻関係の終了時に海外に居住していたとき、合衆国領事に１年以内に合衆国市民として登録する、あるいは、合衆国に帰国して居住し始める場合は、合衆国市民権を再開する。婚姻関係終了時に合衆国内に居住していたときは、居住を継続することによって合衆国市民権を再開する」。

1907年法３条によれば、外国人男性と結婚した合衆国市民女性は、合衆国内に居住していたとしても、合衆国市民権を喪失する。

これは、外国人男性が、合衆国内に足場を作ることだけを目的として、合衆国市民女性と結婚する行為を防ぐことを目的として制定された条文である。合衆国市民権を奪うことによって、裕福な、かつ異人種の外国人男性と結婚する合衆国市民女性に対する見せしめとしての意図を有していた[147]。

⑵外国人との婚姻を理由として合衆国市民権を奪う1907年法は、大きな衝撃を有していた。もっとも、立法制定時には、以下に生じる問題はそれほど自覚されていたわけではなかったと指摘されている。

第一に、かつては合衆国市民であった女性も合衆国市民権を喪失することによって、外国人となった結果、入国拒否や退去強制の対象となる

---

[145] なお、この時期には、同化政策の一環として、「合衆国市民と婚姻し、インディアン部族の構成員である全てのインディアン女性は、その婚姻によって、合衆国市民となる」と定めた1888年法（Act of August 9, 1888, ch.818, §2, 25 Stat.392, 392.）も制定されている。この問題については、第２部で取り上げる。

[146] Act of March 2, 1907, ch.2534, §3, 34 Stat.1228, 1228-1229.

[147] Rogers M. Smith, *Civic Ideals Conflicting Visions of Citizenship in U.S.History* 456-457 (1997)

場合も考えられる[148]。

第二に、婚姻によって外国人となってしまったことで、財産権の所有にも制約が生じる。当時、市民的権利（civil rights）は市民（citizen）の権利であるという発想の下、コモンロー上、あるいは、各州法上の制約にも服さなければならなくなってしまう[149]。

第三に、かつては合衆国市民であった女性は、合衆国市民権を喪失することによって、選挙権も失う場合も生じる（当時、すべての州で女性選挙権が認められていたわけではないが、女性に選挙権を認めていた州もある）[150]。

⑶上記のように、1907年法は、合衆国市民女性に対して深刻な影響を与えていた。この規定の1907年法の合憲性について争われた事案が、Mackenzie v. Hare[151]である。

この事件の原告は、合衆国内で出生し、合衆国市民権を取得していた女性であるが、イギリス人男性と結婚したことによって、1907年法の効力により、合衆国市民権を喪失した。その結果として、選挙人名簿に登録することができなかった者である。本件は、1907年法の合憲性が争点となった。

全員一致の法廷意見は、合衆国市民権が「実際上の価値」を有し、それを保持し続けたい原告に「共感」するが、あくまでそれは「個人的な事情」であると述べる。

その上で、「統治者として、合衆国は、主権のすべての属性を授かっている。主権には国籍事項も含まれ、合衆国は、特に他国との関係や通商に関する権限を持つ。判例上、このような権限に対する制約は長らく認められていない」と典型的な絶対的権限の法理の思考に依拠する。結果として、法廷意見は、「外国人との婚姻は合衆国市民権の放棄」であるという連邦議会の判断を承認した[152]。

---

148 Volpp, *supra* at 427

149 *Id.* at 427-428.

150 *Id.* at 428.

151 239 U.S.299 (1915).

152 *Id.* at 311-312.

ここでも、裁判所は、連邦議会の判断を過剰に尊重することによって、連邦議会自身が判断する自己にとって望ましい人々／望ましくない人々の区分を是認している。

なお、1907年法の規定にあるように、一定の要件を満たす場合、合衆国市民権の再開が認められる（婚姻関係の終了（離婚、夫の死去）の１年以内）。明文上の規定ではないが、合衆国市民権を再開するためには、帰化法上の人種要件も課せられていた。この問題については、1922年法にも同様の問題が生じるため、そこで扱う。

２．４．1922年法

２．４．１．条文の内容

1922年法７条は、「1907年法第３条を廃止する。ただし、この廃止は、同法の下で喪失した合衆国市民権を回復させるものでも、同法の下で取得した合衆国市民権を喪失させるものでもない[153]」と定め、1907年法の廃止を宣言する。ただし、合衆国市民権の取得制限について、男女の不均衡が消滅したわけではない。1907年法３条の代わりとして、1922年法３条では、次のように規定していた。

> 「合衆国市民女性は、婚姻を理由として合衆国市民であることをやめることは、この法律成立後はない。…ただし、合衆国市民権取得資格を有さない外国人と婚姻した合衆国市民女性は、合衆国市民権を喪失する。
>
> もし婚姻終了時に彼女が合衆国市民であった場合、彼女はその居住地に関係なく、合衆国市民権を保持し続ける。もし婚姻継続中に彼女の夫の母国に２年以上継続して居住していた場合、あるいは、５年以上継続して合衆国外にいた場合、彼女は1907年法２条の下での帰化した合衆国市民と同じ地位にあると推定される[154]」。[155]

---

[153] Act of September 22, 1922, ch.411, §7, 42 Stat.1021, 1022.

[154] *Id.* §3 at 1022.

[155] 1907年法２条「帰化した合衆国市民が出身国に２年以上居住していた場合、あるいは、５年以上合衆国外に居住していた場合、その事実によって、合衆国

改正理由として、1907年法の下で生じた不利益に対して連邦議会が自覚した点もあるが、当時、女性解放をスローガンに、女性の地位向上に取り組む政治団体（National Woman's Party ― NWP）によるロビイング活動の影響[156]も大きい。例えば、Mackenzie 判決も、このような女性解放団体の女性参政権拡大運動の一環と言われている[157]。上記の事情から、民主党も共和党も1907年法を改正する必要性を認識していた。

もっとも、1907年法であっても合衆国市民権の得喪について男性と女性の不均衡自体が解消したわけではない。例えば、３条後半の居住地の制約では、外国人である夫と結婚した女性は、合衆国市民権を喪失しないためには合衆国に居住する必要がある点や、「夫が合衆国市民権取得資格を持たない場合、女性は、その婚姻が継続している間は、帰化できない[158]」と定めた５条である。例えば、５条の規定では、白人の外国人女性であっても、合衆国市民権の取得資格を持たない男性（当時の規定ではアジア系）と婚姻している場合は帰化できないことになる。

２．４．２．合衆国市民権の再開に関する人種上の制約について

⑴1922年法によってひとまずは終了したかに見えたが、アジア出身の外国人と婚姻したアジア系合衆国市民は、市民権の再開が認められない。彼らは、1907年法・1922年法でも救済の対象とはならなかった。

このような背景には、当時の反アジア系移民感情が存在している（内容については、本章前述ほか第２章も参照）。また、当時の帰化規定について、裁判所は、前述の Thind 判決に代表されるように、アジア人に対する人種的偏見を露骨に表明し、合憲と判断していた。

市民権を喪失し、一般的な住所は、上記の期間の居住地と推定される」。なお、十分な証拠を提示した場合、この推定は覆される。

156 Historical Overview of the National Woman's Party, *in* The Library of Congress/American Memory Women of Protest: Photographs from the Records of the National Woman's Party.

157 *Id.* 他には、NWP 運動の成果として、例えば、合衆国憲法第19修正１項「合衆国または州は、合衆国市民の投票権を、その性を理由として奪いまたは制限してはならない」（1919年６月４日発議、1920年８月18日成立）に結実している。

158 Act of September 22, 1922, ch.411, §5, 42 Stat.1021, 1022.

合衆国市民権の再開に関する人種上の制約を示した事例は、Ex parte Ng Fung Sing[159]である。これは、中国系の元合衆国市民女性であって、他国民と婚姻し、合衆国外に居住していた女性が、合衆国市民権の再開する権利を主張し、合衆国への入国許可を求めた事案である。判決は、次のように述べ、原告の主張を一蹴する。

> 「1924年移民法は、出身国がどこであっても―合衆国領も含まれる―中国人の子孫の入国を認めていない。原告が合衆国内で生まれたとしても、…彼女は、現在市民権を有する国で生まれたとみなされる。排除されるべき人種であること、排除される人種の国民であることによって、彼女は合衆国市民権の取得資格を持たず、現行法上、入国が認められない[160]」。

Ng Fung Sing 判決によれば、原告は「合衆国市民権取得資格を持たない外国人は、合衆国への入国が認められない」と定めた1924年移民法13条(c)[161]により、合衆国内に入国できない。したがって、原告は、海外に居住せざるを得ないことになり、合衆国市民権の再開ができない[162]。

(2) Ex parte Ng Fung Sing 判決では、原告が合衆国内に居住できないことを理由に合衆国市民権の再開が結果として認められなかったが、仮に原告が合衆国内に居住していた場合であっても同様の問題が生じる。なぜならば、合衆国市民権の再開は、簡潔な帰化手続と理解されていたため、帰化法上の制約に服するからである[163]。

1922年法がアジア出身の外国人、アジア系合衆国市民に与えた衝撃は大きい。例えば、幼少時にハワイ―当時のハワイはアジアからの移民を

---

159 6 F2d 670 (1925).

160 Ex parte Ng Fung Sing, 6 F2d at 671.

161 Immigration Act of 1924, ch.190, § 13 (c), 43 Stat.153, 162 (1924).

162 1924年移民法の下では、合衆国市民権取得資格を持たない外国人は、合衆国市民男性の妻であっても合衆国に入国できない（Chang Chan v. Nagle, 268 U.S.346 (1925).）。

163 Cott (1998), *supra* at 1466.

大量に受け入れていた―に移住してきたアジア出身の外国人男性と、ハワイ先住民女性が結婚した場合、ハワイ先住民族女性は、一度もハワイから出たことがないのに合衆国市民権を喪失する[164]。

２．５．性差別的要件の撤廃と現代

⑴その後は、NWP に代表される女性団体によるロビイング活動の結果として、1930年代には1922年法の規定が徐々に緩和されていく（詳細は脚注を参照[165]）。また、1940年代には、上述したように、大日本帝国が

---

[164] Volpp, *supra* at 441-442.

[165] ①1930年法（Act of July 3, 1930, ch.835, §1, 46 Stat.854, 854.）

1922年法３条後半が定める国外居住による合衆国市民権の喪失規定を削除した。

②1931年法（Act of March 3, 1931, ch.442, §4 (a), 46 Stat.1511, 1511-1512.）

この改正によって、1922年法３条は、以下のように改正された。

「(a) 合衆国市民女性は、本改正以後は婚姻を理由として合衆国市民権を喪失しない。ただし、外国人の帰化に関する管轄権を有する裁判所にて合衆国市民権を放棄することを正式に宣言する場合を除く。」

「(b) 本改正が成立する以前に、外国人、または合衆国市民権取得資格を持たない外国人との婚姻後に海外に居住することによって合衆国市民権を喪失した女性は、もし彼女が積極的行為によって他国の国籍を取得していなければ」帰化資格を有する。

この改正では、合衆国市民女性は、合衆国市民権取得資格を持たない外国人男性と婚姻したとしても、合衆国市民権を喪失しない。1931年改正によって1922年法が定めていた人種による制約が廃止された。

③1934年法（Act of May 24, 1934, ch.344§4, 48 Stat.797, 797.）

「この法律以後、合衆国市民と婚姻した外国人、あるいは配偶者が帰化した外国人は、婚姻または配偶者の帰化を理由として合衆国市民権を取得することはない」。

1922年法２条を上記のように改正し、女性にのみ課せられていた要件を外した。通常よりも簡易な条件で帰化することを認めている点については1922年法と変わらない。

④1936年法（Act of June 25, 1936, ch.801, 49 Stat.1917.）

「合衆国内で出生した合衆国市民の女性であって、1922年９月22日以前に、外国人との婚姻によって合衆国市民権を喪失した者が、外国人との婚姻関係

大東亜共栄圏構想の下、日中戦争・太平洋戦争を展開していたことへの対抗として、人種要件も撤廃されていく。

1952年に制定され、現行法でもある移民国籍法311条[166]は、「合衆国に帰化する権利は、人種、性別、婚姻を理由として否定されない」と規定し、人種や性別、婚姻に基づく帰化の制約は完全に消滅した。

ただし、20世紀中盤に、性差別を解消すべきであるという見解が、判例の中では一般的であったとは言えない[167]。また、同法では、同性愛者や重婚者については考慮の対象から外れている[168]。

⑵上記の規定に関して、近年の動向として興味深いのは、2001年に連邦議会に提出された「女性市民権回復法」案[169]である。

これは、カリフォルニア州選出の Anna G. Eshoo 下院議員が主導した。この法案は、1907年年法から1922年年法までの期間に、外国人との婚姻によって合衆国市民権を喪失した女性の合衆国市民権の回復を実現する内容を規定している。

を終了した場合」、当該元合衆国市民は、特定の機関（帰化に関する管轄権を持つ裁判所、大使館、公使館、領事館）において忠誠宣言を行うことによって、合衆国市民権を再開する。

1936年法によって、1907年から1922年の間に婚姻によって合衆国市民権を喪失した女性は、外国人との婚姻関係が終了した場合（例えば離婚や夫の死去）、申請によって市民権が再開することが可能となった。

⑤1940年法（Act of July 12, 1940, ch.509, 54 Stat.715.）

1936年法の要件が緩和される。「終了」だけではなく、「婚姻以後合衆国内に継続して居住している場合」も、合衆国市民権の再開が可能となった。

166 Immigration and Nationality Act, ch.477, §311, 66 Stat.163, 239 (1952), 8 U.S.C.A.§1422.

167 例えば、Goesaert v. Cleary, 335 U.S.464 (1948) では、男性オーナーの妻か娘でない限り、女性がバーメイドに従事することを禁止した州法を合憲と判断した。この判決では、飲料が提供される場所に勤務するバーメイドが、男性オーナーの妻か娘であるならば、「道徳的、社会的問題」が生じにくいことを根拠としている。この判決では、男性は、夫または父親として、母親、娘の貞操を管理する発想に立脚している。

168 Volpp, *supra* at 481.

169 H.R.875, 107 Cong. (1st Sess.2001).

ただし、この法案は1922年法以降も外国人との婚姻による合衆国市民権の離脱は生じていたことを見逃している。また、この法案の対象となる者のほとんどが死亡していると推測されているため、対象は狭い。さらに、Eshoo 議員自身も、この法案の成立に向けて特に積極的な行動を起こしているわけではない。

結局、法案を提出したという行為に象徴的な意味はあるかもしれないが、アメリカ合衆国社会の中で、この法案がどれほどまで理解されているのか疑問が残ると評価されている[170]。むしろ、この法案が救済法案として遅きに失した感があること、1922年以降の実態を見逃していたことも考慮するならば、連邦議会が特定のカテゴリに属する女性を望ましくないと判断して市民権を喪失させていたことが、合衆国内で忘れ去られていた歴史であることを示している。

3．出生地主義と人種― Wong Kim Ark 判決の持つインパクト

以上、帰化と人種をめぐる諸判決を概観してきた。今まで見てきたように、帰化申請者に対する偏見及び差別意識が判決に反映していたことがわかる。

このような時代状況であったからこそ、中国人に対しても第14修正が定める出生地主義が及ぶと判示した United States v. Wong Kim Ark[171] の重要性が際立つ。Wong Kim Ark 判決は、帰化事例ではないが、判決の重要性に鑑み、ここで言及することにする。

⑴ Wong Kim Ark 判決の争点は、合衆国に永続的ドミサイルを有し、外交とは無関係の労働者であった両親の下、サンフランシスコで出生し

---

[170] Volpp, *supra* at 448-449.

[171] 169 U.S.649 (1898). なお、Wong Kim Ark 判決は、以下のような事案である。Wong Kim Ark は、1873年に、中華帝国臣民の両親の下、サンフランシスコで生まれた。両親は、Wong Kim Ark が出生した時点では、合衆国に永続的ドミサイルを有し、外交施設とは無関係の労働者であった。Wong Kim Ark は、その後、一旦、中国に向けて旅立ち、合衆国へ帰国した。そのとき、Wong Kim Ark は合衆国市民ではないと判断され、合衆国へ入国が認められなかった。そこで、Wong Kim Ark は、合衆国市民である以上は、合衆国へ入国する資格があると主張した事例である。

た Wong Kim Ark が、出生地主義を定めた第14修正第１節（「合衆国内で誕生しまたは合衆国に帰化し、合衆国の権限に服する者は、合衆国の市民であり、かつその居住する州の市民である」）の効力によって、合衆国市民権を取得したのかどうか、であった。

法廷意見は、インディアン、外国軍による占領、外国要人、外交代表を除いて、領域内で生まれた子どもは、親が外国人であろうとも、子の出生の時点で、合衆国市民権を取得するという出生地主義の原則が及ぶと判示し、Wong Kim Ark が合衆国市民であることを認めた。

Wong Kim Ark 判決以外にも、出生による合衆国市民権の取得が争われた事例としては、黒人は合衆国の構成員ではないと判示し、第14修正の出生地主義を定める契機となった Dred Scott 判決[172]、「使節や領事の子ども、及び合衆国内で生まれた外国要人の市民または臣民」は、「合衆国の権限に服する者」ではないため、第14修正の効力が及ばないと判示した the Slaughter House Cases[173]、同じくインディアン部族には及ばないと判示した Elk v. Wilkins[174]がある。

国家の代表であり、外交特権を享受する者に「合衆国の権限」が及ばないことは、国際法上[175]も認められた原則である[176]。また、外国軍隊が合衆国を占領している時点において、合衆国の権限が及ばないことも、十分に理解できる。インディアン部族も、かつては外国に匹敵する独立した地位が認められていたこと[177]を考慮に入れれば、合衆国の権限が及

---

[172] Scott v. Sandford, 19 Howard (60 U.S). 393 (1857).

[173] 83 U.S.36, 73 (1873).

[174] 112 U.S.94, 99-103 (1884).

[175] 例えば、国籍法抵触条約第12条では、「ある国の国籍をその国の領域における出生を理由として付与する法令の規定は、当該出生国で外交上の免除を享有する者の子には、当然には適用されない」、外交関係に関するウィーン条約の「国籍の取得に関する選択議定書」第２条では、「接受国の国民でない使節団の構成員及びそれらの者の家族の構成員でその所帯に属するものは、接受国の法律の適用のみによっては同国の国籍を取得するものではない」と規定している。

[176] 山本草二『国際法〔新版補訂〕』（有斐閣・2002年）504頁、575-576頁。

[177] 例えば、Cherokee Nation v. Georgia, 30 U.S.1, 17 (1831)、Worcester v. Georgia, 31 U.S.515, 561 (1832) を参照。詳細については第６章。

ばないと解することにも十分な根拠がある[178]。

⑵では、このような判決に比べて、Wong Kim Ark 判決は、どのような特徴、意味を有しているのか。

第一に、Wong Kim Ark 判決は、出生地主義が及ぶ範囲を限定する見解を否定した意味を持つ。当時の訟務長官であった Holmes Conrad ―連邦政府の権限を拡張した再建期立法に反対する南部人でもある―は、合衆国市民権に文化的、社会的境界を設定し、中国人を共同体の一部として認めないと主張した[179]。そして、Conrad は、中国人は、インディアンと同様に、文化的、社会的忠誠の観点から、外国権力に服従しているため、出生地主義の効力が及ばないと考えていた[180]。Wong Kim Ark 判決は、このような見解の適切性を判断するための、テスト・ケースである。

もちろん、このような見解の背景には、上述したような反中国人感情がある。訟務長官の見解を否定した Wong Kim Ark 判決は、反中国人感情に支えられた、第14修正の妥当範囲を限定する見解を否定する意味を持つ。

第二に、Wong Kim Ark 判決は、出生地主義が、コモンロー上の原則であることを改めて確認した。本件は、直接的には第14修正の解釈をめぐる判決であるが、Gray 裁判官による法廷意見は、外国人の親から生まれた子であっても、領域内で出生しているならば、市民権を取得することが、大英帝国の植民地であったとき以来の伝統であり、合衆国建国期からの原則として、判例上も確立していたことを例証した[181]。これ

---

[178] この点については、Earl M. Maltz, *The Fourteenth Amendment and Native American Citizenship,* 17 Constitutional Commentary 555 (2000).

[179] Lucy E. Salyer, *Wong Kim Ark: The Contest Over Birthright Citizenship,* in David A. Martin & Peter H. Schuck ed., *Immigration Stories* 71 (2005)

[180] *Id.* at 71-72. 同様に、出生地主義に対する批判を熱心に展開していた論者として、George D. Collins, *Citizenship by Birth,* 29 American Law Review 385 (1895)、そして、Collins の見解に対する同時代の論者による批判として、Henry C. Ide, *Citizenship by Birth-Another View,* 30 American Law Review 241 (1896) を挙げることができる。

[181] *Wong Kim Ark,* 169 U.S.at 655-666. Wong Kim Ark 判決は、人種的劣位を

により、出生地主義が、歴史的な正当性を有していることが示された。

第三に、Wong Kim Ark 判決は、第14修正の起草者の意図を再確認し、それに正当性を与えた意味を持つ。第14修正起草時に、Cowan 議員は、「カリフォルニアに居住している中国人移民の子どもは、合衆国市民なのか[182]」、「モンゴル人種の移民の流入によって蹂躙されている[183]」「カリフォルニア人民は、自らを守る権限があるのか[184]」という疑問を提出している。

これに対して、カリフォルニア州選出の Conness 議員は、カリフォルニア州内で生まれた子どもは、両親が中国人であっても、合衆国市民であるとする立場に賛成した上で[185]、「モンゴル系の両親の下で生まれた子どもは、合衆国憲法によって、市民的権利を享受し、法の下では、他者と等しい保護を有する[186]」と述べた。

Wong Kim Ark 判決は、このような起草時の議論も、推論の根拠として用いている[187]。これにより、Wong Kim Ark 判決は、歴史的な正当性だけではなく、起草者意思の観点からも、中国人に対して出生地主義の効果によって合衆国市民権を付与する正当性を与えた。

⑶では、Wong Kim Ark 判決は、後の合衆国において、どのような影響を与えたのか。

第一に、Wong Kim Ark 判決は、象徴的な重要性を有するものの、実際の影響力は、限定されている[188]。なぜならば、親である中国人移民は、当時制定された、中国排斥を目的とする一連の法律―そして、これらの法律は、前章で検討したように絶対的権限の法理の下、合憲と判断され

理由として黒人を合衆国市民から排除した Dred Scott 判決であっても、出生地主義を否定していない点を挙げる（*Id.* at 662）。

[182] Cong. Globe, 39 th., Cong., 1st Sess.2890 (1866).

[183] *Id.* at 2891.

[184] *Id.*

[185] *Id.*

[186] *Id.* at 2892.

[187] *Wong Kim Ark,* 169 U.S.at 698-699.

[188] Earl M. Maltz, *The Fourteenth Amendment and the Law of the Constitution* 84 (2003).

ている―により、既に、合衆国から退去強制、若しくは入国拒否によって、排除されていたからである。

第二に、Wong Kim Ark 判決により、移民の第一世代は合衆国市民権を取得できないが、第二世代以降は、人種に関係なく、合衆国市民権を取得できることが確定した。この判決は、子どもが合衆国市民権を取得し、その利益を享受できるにも関わらず、両親が子どもならば享受しうる利益から除外されていることを正当化することができないという批判を高める契機にもなった[189]。

もっとも、Wong Kim Ark 判決によって、すべてが解決したわけではない。Cong Lum v. Rice[190]では、「分離すれども平等」法理を示した Plessy v. Ferguson[191]に依拠しながら、合衆国で生まれた中国系合衆国市民を白人学校に通わせないことを正当化した。また、1941年以後、連邦政府は、日系合衆国市民に対して、敵性人種であることを理由として、太平洋岸の軍事地域から、自発的退去を促す事件が生じた[192]。このように、第14修正が定める出生地主義によって合衆国市民権を取得した者であっても、その出自、肌の色を理由に、合衆国内において劣位にある地位しか与えられなかった（なお、第７章参照）。

しかし、人種的偏見を背景に、合衆国内で出生した中国人に対して第14修正による出生地主義は及ばないという合衆国政府側の見解を否定し、出生地主義を確立した Wong Kim Ark 判決は、帰化に対する人種的制約が当然視されていた時代に、いかにインパクトが大きい判決であったかを証明している。

---

189 Gordon (1945), *supra* at 251.

190 Cong Lum v. Rice, 275 U.S.78 (1927).

191 163 U.S.537 (1896). これは、鉄道において、黒人専用の車両と白人専用の車両を分離すること定めたルイジアナ州法について争われた事例である。法廷意見は、人種を理由とする施設の分離自体は、分離後の施設が平等ならば第14修正に反しないと判示し、合憲判断を下した。

192 M.L. ベネディクト（著）/ 常本照樹（訳）『アメリカ憲法史』（北海道大学図書刊行会・1994年）171-172頁、進藤久美子「日系人強制退去」アメリカ学会（編）『原典アメリカ史 第６巻』（岩波書店・1981年）75頁。後に、自発的退去ではなく、刑事罰が伴う強制退去に変更されている。

⑷その後、20世紀の合衆国では、不法滞在外国人の増加、及びその子らが出生地主義の効力によって合衆国市民権を取得する事態が深刻化した。このような事情を背景として、第14修正の解釈を変更する見解が登場した。

Peter H. Schuck と Rogers M. Smith は、1985年に出版した共著において、合衆国市民権は、個人と合衆国政府の双方の合意によって与えられると示した[193]。そして、合衆国内で生まれた不法滞在外国人と非移民の子どもに対して、合衆国政府は同意を与えていないため、出生地主義の効力が及ばないと主張した[194]。Schuck と Smith の見解に従うならば、出生地主義の効力が及ぶ対象は、合衆国市民と、合法的に居住する外国人の子どもに限定されることになる[195]。

しかし、このような見解は、全く受け入れられていない。Gerald L. Neuman によれば、起草者たちも、合衆国内で生まれたすべての人に対して合衆国市民権を与えると判断していたため、Schuck と Smith が提示した第14修正上の文言である「権限」に関する解釈は正当化されない[196]。更に、Neuman は、次のように述べる。

> 「私は、ヨーロッパ系の両親であり、その入国が州の貧民法に違反する者、州の犯罪による入国拒否の対象となる者、州の検疫法に違反する者の子どもであり、合衆国内で生まれた者が、同様の理由によって、合衆国市民ではないと判断された事例を、第14修正の制定以前、以後も、見たことがない。同じく、私は、強制的連邦登録制度が実施されていた短期間に、登録を怠った外国人の子どもであり、合衆国内で生まれた者が、合衆国市民権を否定される事例を見たことがない。このような事例の欠如は、歴史的に考慮すると、不

[193] Peter H. Schuck & Rogers M. Smith, *Citizenship Without Consent* 85-86 (1985).
[194] *Id.* at 118.
[195] *Id.* at 116.
[196] Gerald L. Neuman, *Strangers to the Constitution:immigrants, borders, and fundamental law* 172-175 (1996).

法滞在の両親の子どもは、合衆国の『権限に服する』者であり、合衆国市民であるという結論の妥当性を、切り下げるものではなく、強化するものである[197]」。

このように、むしろ、合衆国では、「出生地主義は不利益も含むが、法文書によって、非常に重要な原理として、正当化されている[198]」と受け止められている[199]。これは、Wong Kim Ark 判決によって確立した出生地主義が、現在においても、合衆国における重要なコミットメントであり、容易には廃止できないことを示している[200]。

４．帰化と思想信条の自由

上記では、人種と合衆国市民の範囲の問題を取り上げた。人種と並んで、合衆国市民の範囲の基準設定にとって重要な指標として注目すべきは、思想である。「合衆国市民権の取得は神聖な事項である[201]」という発想の下、合衆国の基本理念に敵対的な思想を有する（と想定される）外国人に対しても帰化規制が展開されていた。以下では、視点を変え、帰化要件のうち、合衆国憲法に対する忠誠を要求する規定に着目する。これは、一種の思想、信条を理由とする帰化規制である。この規定は、戦後の日本の国籍法の改正時に影響を及ぼしている[202]。

４．１．制定法の変遷

---

[197] *Id.* at 178.

[198] *Id.* at 166.

[199] なお、この点に関する整理としては、高佐智美『アメリカにおける市民権―歴史に揺らぐ「国籍」概念―』（勁草書房・2003年）324-326頁も参照。

[200] Salyer, *supra* at 79.

[201] Chaunt v. United States, 364 U.S.350, 352 (1960).

[202] 日本の国籍法５条では、帰化要件を１号から６号まで定めている。１～５号までは改正前にも存在していたが、６号は新設された要件である。したがって、正確に言えば、５条６号は、1940年に制定された Nationality Act of 1940, §305, 54 Stat.1137, 1141 (1940) の影響を受けている。この点については、平賀健太『国籍法 下巻』（帝國判例法規出版社・1951年）307頁を参照。

憲法に対する忠誠を帰化資格の一つとして位置づけることは、最初の帰化法制定時から定められていた。既に見た1790年帰化法では、帰化資格として、白人要件と並んで、「合衆国憲法を支持する[203]」ことを定めていた。

合衆国最初の帰化法は、制定から５年後の1795年に改正される。これは、フランス革命により、ヨーロッパからアメリカへの避難者が増大し、移民規制及び帰化規制を強化する意識が高まったことを理由とする[204]。1795年法においても、合衆国に居住している期間が２年から５年へ延長した以外にも、出身国への忠誠を放棄すること、及び、「良き道徳心を持ち、合衆国憲法の原理に対して愛着を抱き、合衆国の良き秩序と幸福を好む者として振る舞っている[205]」外国人を帰化の対象としている。

憲法忠誠要件の趣旨及び目的については、以下のように説明される。

> 「合衆国憲法原理に対する愛着とは、純粋に、合衆国に行き渡っている基本的な政治的習慣と政治的姿勢を受容すること、そして、それに由来する法律を遵守しようとする意欲を意味する。制定法の要件の目的は、一般に、共同体に基本原理と合致する人々のみを合衆国市民として認めることである。…したがって、制定法は、我々の社会と運命を共にし、我々の社会の運命を、自らのものとする外国人側の意思を求める[206]」。

このような趣旨説明から理解できるように、憲法忠誠要件は、合衆国において成立している秩序を維持するため、合衆国と実際に対立している、または合衆国の基本原理と敵対的な、国家及び組織の構成員を排除することが目的である。したがって、憲法忠誠要件の趣旨・目的は、合

---

[203] Act of March 26, 1790, ch.3, 1 Stat.103.

[204] Kettner, *supra* at 240.

[205] Act of January 29, 1795, ch.20, §1, 1 Stat 414.

[206] Petition of Sittler, 197 F. Supp.278, 280 (1961). 憲法忠誠要件に関する詳細な趣旨説明については、Baumgartner v. United States, 322 U.S.665, 673-674 (1944) も参照。

衆国と現実に対立する組織の構成員に対する帰化資格を否定する法律とも共通性が高い。

一例として、敵性外国人に対する帰化の拒否を挙げることができる。第２章で述べたように、XYZ 事件を契機として、対フランス関係が悪化した際、フェデラリスト派の強硬な態度を背景に、連邦議会は、外国人、特にフランスから来た急進派及び反英的アイルランド人のアメリカ合衆国内における政治活動の規制及び反政府的な活動を制限する目的で、外国人に対する規制を強化する一連の法律を1798年に制定した[207]。その一つとして、敵性外国人に対する帰化の制限が設けられる[208] [209]。この規定には、リパブリカン派は激しく抵抗していた。

この法律は、1800年の大統領選挙において Jefferson が勝利したこと、フェデラリスト派が敗北し、リパブリカン派が政権を担ったことを契機として、1802年に廃止される。しかし、1802年に定められた帰化法[210]は、「1795年に制定された一般的要件に回帰した[211]」と評価されているように、居住要件が短くなった以外は、合衆国憲法に対する忠誠要件、敵性外国人に対する帰化制限も継続する。

この1802年法が、「19世紀におけるこの問題に関する立法の、最後の

---

[207] M.L. ベネディクト（著）/ 常本照樹（訳）『アメリカ憲法史』（北海道大学図書刊行会・1994年）47-50頁、紀平英作（編）『アメリカ史』（山川出版社・1999年）93-95頁［明石紀雄執筆］。

[208] Act of June 18, 1798, ch.54, §1, 1 Stat.566, 567. 例えば、この時期には、「敵意を持つと疑われる者を取り締まり、排除する」ことを目的として、帰化要件の厳格化（例えば、居住要件の延長）が主張されている。この点については、No.108. Revision of the Naturalization Act, and Prescribing Regulations Respecting Aliens, *in* American State Papers, House of Representative, 5th Congress, 2nd Session, Miscellaneous:Volume 1, at 180を参照。

[209] 他に制定された外国人規制の法律として、大統領に対し、特定の外国人に対する退去強制命令を出す権限を授権する法律（Act of June 25, 1798, ch.58, 1 Stat.570）と、敵性外国人に対する処遇を定める法律（Act of July 6, 1798, ch.66, 1 Stat.577）がある。

[210] Act of April 14, 1802, ch.28, 2 Stat.153.

[211] Kettner, *supra* at 245-246.

重要な一本[212]」となった。既に検討したように、南北戦争を契機として、1870年には、黒人に対しても帰化資格を拡大する改正を行ったが、それに関連する改正を除いては、細かい改正しかない。

再び帰化資格が問題化したのが、1906年の改正である。1906年法では、合衆国憲法を支持、擁護することという従来の要件に加えて、無政府主義者、及び組織的政府の破壊を指導する組織の構成員又は関係者を帰化の対象から明示的に除外した[213]。これは、合衆国内における無政府主義への脅威に対する応答である。合衆国内の動向としては、1901年にMcKinley 大統領が無政府主義者に暗殺される事件が生じていた。無政府主義者に対する帰化資格の否定は、1940年改正においても継続する[214]。

1950年には、1940年法を改正し、従来の規定に加え、共産主義者、全体主義者を帰化の対象から除外する[215]。1952年には、従前の規定を集約した法律が制定される。1952年法においても、「合衆国憲法の原理に愛着を抱いている[216]」ことが、帰化要件の一つとして規定されている。

現行法においても、憲法忠誠要件[217]とともに、合衆国政府に敵対する者、全体主義者に対する帰化の禁止[218]は維持されている。そして、以下に見るように、実際の事例では、両要件が扱う範囲は重なっている。

では、実際に、憲法忠誠要件は、帰化資格をめぐる判例の中で、どのような役割を果たしてきたのか。以下では、実際の判決を検討する。

４．２．判例の検討

---

[212] *Id.* at 246.

[213] Act of June 29, 1906, ch.3592, §§4, 7, 34 Stat.596, 597-598, 598-599.

[214] Nationality Act of 1940, ch.876, §305, 54 Stat.1137, 1141. なお、出入国管理については、同様の規定は既に存在していた。Act of February 5, 1917, ch.29, 39 Stat.874及び Act of October 16, 1918, ch.186, 40 Stat.1012を参照。

[215] Internal Security Act of 1950, ch.1024, §25, 64 Stat 987, 1013 (1950).

[216] Immigration and Nationality Act, ch.477, §316 (a), 66 Stat.163, 242 (1952).

[217] 8 U.S.C.A.§1427.

[218] 8 U.S.C.A.§1424.

合衆国では、上記の規定の下、共産党関係者[219]、ナチス関係者[220]、特定の宗教を信仰する者―特定の宗教的信念の下、合衆国市民に課せられる義務（例えば兵役など）に服することを拒否する者も含まれる―[221]などの帰化資格が争われていた。裁判所は、憲法忠誠要件を求める条文の合憲性は前提としつつも、具体的な事例への適用に際し、判断が分かれている。もちろん、それぞれの事案の差異が結論に影響を及ぼしているが、問題となっている団体との関係の密接さが結論を左右している。密接さ―とある判決の文言を借用するならば「共産党への汚染（tainted with Communist）[222]」―を判断する要素としては、関連団体への加入していたのか、加入していなくても、支持活動を行っていたのか、また、加入もしくは支持活動の時期や期間などが考慮要素となっている。

以下では、上記の一般的傾向ではなく、個別の重要判決の内容を検討する。

４．２．１．United States v. Schwimmer

⑴第一に取り上げる事例は、United States v. Schwimmer[223]である。これは、Schwimmer が帰化申請をした際に、「もし必要ならば、合衆国を守るために徴兵に応じるか？」という問に対して、「私は、個人的には軍隊に加入しません」と答えたこと[224]を理由として、帰化が拒否された事例である。当時、Schwimmer は、「平和主義者、反戦家として国際的に名が通っていたので、彼女の申請は、最初から政治的意思表示と

---

[219] In the matter of Pruna, 286 F. Supp.861 (1968), Grzymala-Siedlecki v. United States, 285 F.2d 836 (1961).

[220] Baumgartner v. United States, 322 U.S.665 (1944), Knauer v. United States, 328 U.S.654 (1946), In re Kullman, 87 F. Supp.1001 (1949), Petition of Sittler, 197 F. Supp.278 (1961).

[221] In re Pisciattano, 308 U.S.818 (1970), In the Matter of Williams, 474 F. Supp.384 (1979), Petition for Naturalization of Kassas, 788 F. Supp.993 (1992).

[222] Chaunt v. United States, 364 U.S.350, 355 (1960).

[223] United States v. Schwimmer, 279 U.S.644 (1929).

[224] *Id.* at 647.

して扱われた[225]」。

Butler 裁判官の法廷意見は、次のように判断する。

「外国人は連邦議会が定めた統一的な規則に従って帰化することにより、合衆国市民と対等の立場を取得する。外国人は、合衆国市民となる当然の権利を有していないが、制定法の要件に従ってのみ帰化しうる。帰化によって与えられる特権には非常に重要な価値があるため、帰化要件・手続きを定める法律は統治体制を選好し、支持するという重要な目的に合致するように解釈されなければならない。望まれない外国人、様々な理由により基準に到達しない外国人が帰化することを防ぐためには、法律は、申請者に対し、要件を満たしていることを十分な証拠によって示すことを要求している[226]」。

「必要が生じた場合、敵から我々の統治体制を防衛するために軍役につくことは市民の義務である。これは、合衆国憲法の基本原理である。共同防衛（common defence）は、人民が信託し、合衆国憲法を制定した目的の一つである。…合衆国市民に対する政府の義務には、合衆国市民が負う相互的な義務も含まれ、必要に応じて軍役に報いなければならない[227]」。

「ナショナリズムなき者は、ネーション又は政府への親愛を示す結びつきに縛られない。そのような者は、帰化申請をする外国人に要求される合衆国憲法の基本原理に対する愛着、献身が欠如しているとして、責任を追うべきである[228]」。

法廷意見は、上記のように判断し、Schwimmer の主張を否定してい

[225] リンダ・カーバー(著)/宮地ひとみ(訳)「憲法は〈女らしさ〉を保証しない―市民としてのアメリカ女性―」同志社アメリカ研究35号40頁（1999年)。
[226] Schwimmer, 279 U.S.at 649.
[227] *Id.* at 650.
[228] *Id.* at 652.

る。この判示から読み取れるように、合衆国市民として負担すべき特定の義務（この場合は兵役）を神聖視し、その義務の履行を拒否する者への非難が判決の思考に現れている。

⑵このような法廷意見の思考とは対照的に、Holmes 裁判官は、「我々に賛同する人々にとっての思想の自由ではなく、我々が憎む人々に対しても思想の自由[229]」を合衆国憲法は基本原理として承認していると述べ、自らの平和主義的理念に基づいて従軍を拒否した者であっても帰化を認めた。

Schwimmer 判決と同様に、宗教上の理由から兵役を拒否した者に対する帰化資格が争われた United States v. Macintosh[230]においても、Hughes 長官の反対意見は、原告の主張を否定することは、「合衆国市民、合衆国市民権申請者は、神に対する忠誠を世俗権力に対する忠誠よりも劣ったものであるとみなさなければならない[231]」ことであって、合衆国が宗教的信念に基づく兵役拒否者に対して義務を免除してきた合衆国の「幸せな伝統[232]」を連邦議会は尊重し、世俗権力と神との対立を回避する必要がある、と述べる。

４．２．２．Schneiderman v. United States

第二に取り上げる事例は、Schneiderman v. United States[233]である。これは、1927年に帰化し、帰化以前に、及び帰化後も、共産党（前身の労働者党も含む）の一員として活動していた Schneiderman の帰化資格が争われた。Schneiderman は、途中から、構成員を教導し、組織を統括する地位に就くようになった。合衆国政府側は、1906年法に照らし、Schneiderman を、合衆国憲法原理に反対する組織の一員として判断し、違法に取得した合衆国市民権であると主張し、Schneiderman の帰化を

---

[229] United States v. Schwimmer, 279 U.S.644, 655 (1929).

[230] United States v. Macintosh, 283 U.S.605 (1931). なお、同日に下された United States v. Bland, 283 U.S.636 (1931) においても、同様の判断が下されている。

[231] *Id.* at 634.

[232] *Id.*

[233] 320 U.S.118 (1943).

取り消した。これに対し、Schneiderman が、帰化の有効性を主張した。

法廷意見は、Schneiderman の帰化の有効性を認めた。法廷意見は、合衆国市民権を奪われた場合に生じる損失が大きいことを理由に、合衆国市民権が奪われる場合は、明確に定められた基準によって判断されなければならないと判示した[234]。その上で、法廷意見は、上述した Holmes 反対意見や Hughs 長官の反対意見の立場に賛成する[235]。

法廷意見は、共産党に関連する文書などを検証し、共産党に関する原理を信奉することは、必ずしも合衆国憲法に対して愛着を抱いていないという証拠とはならないと結論を下した。法廷意見は、憲法起草者たちは、年月が経過することにより、合衆国憲法に対して「政治的拘束具[236]」を設定していなかったこと、憲法修正を定めた第５編及び思想の自由を保障する第一修正を考慮に入れると、急激な変化を主張する人々であっても、必ずしも合衆国憲法に対して愛着を抱いていないとは限らないことを指摘した[237]。

上記に述べたように、Schneiderman 判決は、Schwimmer 判決において示された反対意見が反映されている。この点を踏まえて、Schneiderman 判決の重要性を再確認する見解については、後に言及する。

４．２．３．Giroud v. United States

第三の事例は、Giroud v. United States[238]である。これは、the Seventh Day Adventist と呼ばれるキリスト教の一宗派の会員である者が帰化申請をした際、自らの信仰上の理由により、徴兵されたとしても武装して戦うことを拒否した場合（Giroud 自身は、例えば、医療などの非武装業務に就くこと自体は拒否していない）の帰化資格が争われた。

法廷意見は、Schneiderman 判決と同様に、Schwimmer 判決におけ

---

[234] *Id.* at 122-123.

[235] *Schneiderman,* 320 U.S.at , 135, 138, 144.

[236] *Id.* at 137.

[237] *Id.* at 137-138.

[238] 328 U.S.61 (1946).

る Holmes 反対意見や、宗教上の理由から兵役を拒否した者に対する帰化資格を認めた Macintosh 判決における Hughes 長官の反対意見を先例として引用しながら、兵役の拒否した外国人に対して合衆国市民権を認めないという一般的ルールの存在を否定する[239]。そして、法廷意見によれば、合衆国への貢献は、武装して戦闘することに限定されるわけではなく、Giroud は、自らの信仰を理由に、貢献の手段は限定されてしまうが、従軍を拒否したことが、「必ずしも我々の制度に対する背信の兆候や、愛着の欠如を示すわけではない[240]」。

さらに、法廷意見は、Schwimmer 判決における Holmes 反対意見に加えて、「思想の自由―それには宗教思想の自由も含む―は、自由な人間の社会における基礎である[241]」と判示した United States v. Ballard ―なお、Ballard 判決の判示自体は、West Virginia Board of Education v. Barnette[242]に依拠している―を引用しながら、個人の信仰の自由の重要性を強調した[243]。法廷意見は、上記の観点から、Giroud の帰化資格を認めた。

Giroud 判決では、Schneiderman 判決が用いた根拠（Holmes 裁判官、Hughes 長官）に加えて、Ballard 判決（間接的には Barnette 判決も含む）が、判断の考慮要素になっている。

４．３．思想の選別と帰化資格の設定

４．３．１．合衆国市民の範囲と寛容

かつて、Charles A. Beard は、20世紀中ごろに出版された著書において、次のように述べた。

「もちろん、帰化した市民は、自分の好きなことを信ずることが

---

239 *Giroud,* 328 U.S.at 63-64.

240 *Id.* 64.

241 322 U.S.78, 86 (1944).

242 319 U.S.624 (1943). Barnette 判決では、公立学校において国旗に対する敬礼を定めた州法は、第１修正、第14修正に違反すると判示した。

243 *Giroud,* 328 U.S.at 68-69.

できます。しかし帰化市民はその言動に注意しなければなりません。もし帰化後あまり日がたたないうちに、戦時において、良心的反戦論者であるとか、あるいは革命的共産主義者であるとかを、自分で公言するようなことをすると、起訴されて、市民権を失うようになるかもしれないと思います。もちろん、市民権を失うかどうかは、すべて検事、判事、陪審員の意見によることだし、また相当その時々の民衆感情の状態によると思います。もし一般公衆の感情が激して来ていると、こういったような帰化市民は、上告審で最高裁判所がその人を救わない限り、窮地に立たされて、市民権を失うことになるのではないかと思います[244]」。

帰化市民が、「ただ検事や、判事や、陪審員や、興奮した市民たちの、気まぐれやご機嫌を考えなければならないと言うんだったら、私たちは病院や工場なんかにいても、おっかなびっくりの状態にいなければならないでしょうね[245]」。

Beard は、このような立場から、「我々に賛同する人々にとっての思想の自由ではなく、我々が憎む思想[246]」の自由をも合衆国憲法は基本原理として承認していると判示した Schwimmer 判決における Holmes 反対意見に対する支持を表明している[247]。

上述した判決のうち、合衆国市民への帰化を認めた事例に共通していることは、このような、Schwimmer 判決における Holmes 反対意見へのコミットメントである。このような裁判例は、思想の自由へのコミットメントを前提としつつ、要件を限定的に解釈している。

寛容を説くことによって、思想を理由とする帰化規制が及ぶ範囲を限定する見解に対して、以下の指摘がある。

合衆国内で生まれ育った合衆国市民の中にも、帰化資格を拒否された

---

[244] チャールズ・A・ビーァド(著)/松本重治(訳)『アメリカ共和国 アメリカ憲法の基本的精神をめぐって』(みすず書房・1988年) 185-186頁。

[245] 同・186頁。

[246] United States v. Schwimmer, 279 U.S.644, 655 (1929).

[247] ビーァド・前掲185頁。

外国人と同様に、合衆国憲法に対する愛着を抱いていないと判断される可能性がある者が存在するかもしれない。しかし、「我々は、合衆国市民権という特権をどのような外国人に授けるのか、用心深く選択することができる[248]」。「皮肉なことに、我々の同胞によって、アメリカに対する空前の侮辱が行われている時代において、多くの帰化市民は、出生による合衆国市民よりも良い市民となる。彼らは、アメリカ式生活と合衆国市民権という特権を、以前の祖国と比較しうる。そして、彼らは、我々が問題を抱えているにもかかわらず、合衆国市民権の価値がどこにも負けないものであることを理解している[249]」。

生来的な合衆国市民の中にも、合衆国市民として相応しくない者がいるかもしれない。帰化によって合衆国市民権を付与するときには、既存の合衆国市民が比較の対象となる。他方、無制限に帰化を許容すると、既存の合衆国市民が形成してきた秩序が維持できなくなる可能性もある。合衆国と実際に敵対していた国家の国民又は組織の構成員であった者や、合衆国市民に課せられる義務又は責任を遵守しない者に対してさえも合衆国市民権を取得する資格を認めた諸判決は、上記の批判に耐え続けなければならない。この意味において、憲法忠誠要件と帰化資格に関する事例は、合衆国市民の範囲を示すと同時に、合衆国の寛容さを直接的に示す事例といえる。

４．３．２．Schneiderman 判決の意義―合衆国の寛容さ

David Fontana は、帰化資格の判断に関して合衆国の寛容さを示した事例として、憲法のケースブックなどにも取り上げられない Schneiderman 判決を、再評価しようとする。Fontana によれば、Schneiderman 判決は、移民政策において合衆国憲法が機能してきた歴史― Fontana の用語では、「移民憲法（immigration Constitution）[250]」と

---

[248] In re Matz, 296 F. Supp.927, 930 (1969). これは、エホバの証人を信仰している者の帰化資格を否定した事例である。

[249] *Id.* footnote 9.

[250] David Fontana, *A Case for the Twenty-First Century Constitutional Canon: Schneiderman v. United States,* 35 Connecticut Law Review 35, 62 (2002).

呼ばれる―の点について、重要な役割を果たしている。

第一に、共産党員の帰化を認めたSchneiderman判決は、合衆国市民にとって一種の市民宗教（civil religion）[251]として位置づけられている合衆国憲法が構成する（constitute）「我々」の範囲を詳細に検討するために、重要な事例である[252]。

第二に、Schneiderman判決は、市民的自由が侵害されやすい戦時に下された点に着目すべきである[253]。これは、戦時における市民的自由に対する制限を認めたKorematsu v. United States[254]や、Hirabayashi v. United States[255]、Ex parte Quirin[256]、Ex parte McCardle[257]とは対照的である。Schneiderman判決は、潜在的に合衆国市民権を剥奪される脅威にある多くの合衆国市民を保護するという「巨大かつ直接的な実際上の影響[258]」を有していた[259]。

第三に、Schneiderman判決は、政治部門に対する司法の自律性を示している。原告の市民権が無効であると主張されていた当初、ソヴィエトは、合衆国にとって、潜在的な敵であった。これに対し、法廷意見は、共産主義者であっても合衆国市民であると宣言する。Schneiderman判決と同様に、ナチスを支持することを宣言したドイツ出身の合衆国市民が合衆国憲法に忠誠を誓っていないと判断され、帰化を無効と判断されたBaumgartner判決においても、法廷意見は、Schneiderman判決に

---

[251] 合衆国憲法を市民宗教として位置づけるということは、合衆国憲法が、合衆国社会において、強いコンセンサスの対象であり、ときには憲法典が聖典として崇拝の対象である現象を指す。このような指摘として、Sanford Levinson, *Constitutional Faith* 9 (1988)。この点について扱った邦語文献として、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社・2001年）261-262頁。

[252] Fontana, *supra* at 62-63.

[253] *Id.* at 65-66.

[254] 323 U.S.214 (1944).

[255] 320 U.S.81 (1943).

[256] 317 U.S.1 (1942).

[257] 74 U.S.506 (1869).

[258] Fontana, *supra* at 68.

[259] *Id.* at 70.

依拠しながら、合衆国市民権の取得を有効と判断した。このような事例は、司法が政治と距離を置いていたことを示している。

4．4．小括

以上、帰化要件のうち、憲法忠誠要件に注目し、思想を理由とする帰化資格の制限に関する立法、及び判例を紹介し、検討を加えた。上記に見たように、合衆国市民の範囲をどのように設定するのかという問題に関して、裁判所は、思想は重要な要素と位置づけているが、思想という指標によって、望ましい合衆国市民／望ましくない合衆国市民を選別することによる危険性を認識している。

なお、憲法忠誠要件については、今後は、テロリズムに関連する者の帰化が議論の中心になるだろう[260]。

5．本章が示したこと

本章の問題関心は、前章と同じく、合衆国市民の範囲がどのように設定されてきたのか、である。前章では、主に出入国管理について検討したが、本章では、人種要件と憲法忠誠要件をめぐる帰化事例を検討した。

帰化は出入国管理よりも、合衆国市民の範囲を直接にコントロールする。そのため、帰化事例は、誰が「我々」なのかという問いに対して、人種的嫌悪感や特定の思想に対する敵対意識など、生々しい応答を示している。本章で示したように、基準を設定する連邦議会だけではなく、裁判所も、人種意識を展開し、連邦議会の判断を是認している。

なお、国家の構成員の範囲を直接的に設定する帰化事例については、忠誠宣言の内容の適切さをめぐる見解の相違や、二重国籍に関する見解の対立など、他にも論争的な問題が存在するが、本章では検討しない。

---

[260] 一例として、United States v. Hovsepian, 359 F.3d.1144 (2004) を挙げることができる。

資　　料

台湾における罪刑法定主義の理念と現実
―― その「感覚」をめぐる日本、そして中国との比較

坂　口　一　成

1　はじめに

罪刑法定主義とは、「法律がなければ犯罪はなく、法律がなければ刑罰はない」という標語で示されるように、一定の行為を犯罪とし、これに刑罰を科すためには、事前に成文の法律で明確に規定しておかなければならないという人権保障の原則をいう(1)。その淵源は古くイギリスのマグナカルタ（1215年）に求められ、その後アメリカ諸州の権利宣言、フランス人権宣言で謳われ、各国で採用されるようになり、また世界人権宣言11条２項（1948年）や市民的及び政治的権利に関する国際規約（1966年）15条でも承認されている。このいわゆる西洋近代刑法が生み出した原則は、今日においては、世界の刑法の大原則になっているといっても過言ではない。

日本の刑法もこの原則を認める。すなわち、日本では刑法典自体にそれを明

注）本文中の（　）および引用文中の〔　〕は筆者による補足である。［　］、傍点および下線は筆者による。［　］は中国語を示し、原則として初出時にのみ付した。台湾の法令、裁判例、立法理由・決議等の公文書については立法院「法律系統」（http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw）、司法院「法学資料検索系統」（http://jirs.judicial.gov.tw/）、法務部「主管法規查詢系統」（http://mojlaw.moj.gov.tw/LawQuery.aspx）等による。また、カッコ内の条数は原則として刑法を指す。事件に登場する人名等はアルファベットに代えた。

(1)　大谷實『刑法講義総論（新版第３版）』（成文堂、2009年）50頁参照。

文で定める規定はないが、憲法31条等がそれを定めていると解されている。

とはいえ、憲法・法律に罪刑法定主義の規定があるからといって、実際の裁判において罪刑法定主義が遵守されているとは限らない。すなわち日本では、これまでの大審院および最高裁判例の中には、（罪刑法定主義が固く禁じる）類推解釈であると批判されているものがないわけではない(2)。そして、こうした日本の問題状況について平野龍一は、「罪刑法定主義は、現在では、当然の原則とされている。正面からこれを否定する者はいない。しかし、わが国には罪刑法定主義を唱えながら、個々の規定の解釈にあたっては必ずしもこれに忠実でない者も、ないではない。少なくとも、わが国とドイツとを比べると、罪刑法定主義の感覚に、若干のちがいがあるように思われる。わが国の方が、その感覚がいくらか鈍いように思われるのである」(3) と指摘する。

他方で、東アジアにおいて日本と同様に西洋近代法を継受し、また民主化を成し遂げた中華民国（以下、主に「台湾」と呼ぶ）はどうであろうか。この点については、林山田（元台湾大学教授。肩書は当時のもの。以下同じ）の「罪刑法定原則は冒頭に全編の趣旨を示すように本法〔刑法〕１条に規定され、しかも刑法の類推適用の禁止の主張もすでに刑法学説上何ら争いのない原則となっているが、刑事司法実務においては、なお刑法条文を類推適用する実例が現れている」(4) という指摘が参考になる。結局、罪刑法定主義の「感覚」について、日台両国は（程度の差はあるかも知れないが）同じく問題なしとはいえない、と評価されている状況にあることになる。

その日本の背景について、金澤文雄は「罪刑法定主義は、刑法学においては

(2) 例えば、公文書のコピーも公文書にあたるとした最判昭和51年４月30日刑集30巻３号453頁、自動車登録ファイルを公正証書の原本と認めた最決昭和58年11月24日刑集37巻９号1538頁、テレホンカードを有価証券とした最判平成３年４月５日刑集45巻４号171頁などがある（内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』（日本評論社、2008年）83頁参照）。

(3) 平野龍一「コピーの偽造──罪刑法定主義の感覚──」『犯罪論の諸問題（下）各論』（有斐閣、1982年）409頁〔初出：警察研究49巻２号（1978年）〕。

(4) 林山田『刑法通論（上冊）（増訂10版）』（元照出版、2008年）81頁。なお、伝統中国法においても罪刑法定主義があったとする議論もあるが、少なくともそれは個人主義と自由主義を基礎に置くものではない（同上69頁。また、滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、1984年）77頁参照）。

今日の日本とドイツとでほとんど異なるところはないが、実務ではかなり異なっており、日本ではかなり不徹底なものとなっている。それは日本の文化的伝統とりわけ法意識のしからしめるところではないかと考えられる。……日本人の法意識の中では、法と衡平の対立は意識されておらず、そしてつねに具体的に妥当な結果、すなわち衡平による解決が強く求められている。個別的正義（Einzelfallgerechtigkeit）こそが法の真の実現として求められている。法律の文字通りの適用は杓子定規的・硬直的運用として非難され、逆に、人情に即した柔軟な解釈・適用が賞賛されるのである」[5]と指摘する。つまり、日本では刑法学においてそれは受容されているのに対し、実務においてそれが「かなり不徹底なものとなっている」のは、上のような日本的法文化・意識によるものである、というのである。

だが、それは本当に「日本的」な特質なのだろうか。現在、台湾も日本と同じ課題を抱えている（ようである）ことから、台湾との比較において、この点を検討することが可能と考えられる。

また、社会主義の看板を掲げる中華人民共和国（以下、「中国」と呼ぶ）においても似たような問題状況がある。すなわち、そこでは1997年の刑法典改正で、類推許容規定（旧79条）が削除され、３条に罪刑法定主義的規定が設けられたが、なお（やはり）それが定着したとはいえない状況にある[6]。同じく華人社会である両国は、社会主義と資本主義という相異なる社会体制を経験してきたが、今日、罪刑法定主義の見地から実務が問題視されている、という点では共通の課題を抱えている（もちろんそれぞれが直面している問題状況は異なるし、またその違いの中身も検討すべき問題である）。こうした両国の比較研究は、中国法・台湾法研究に新たな視座をもたらし、両国の法や法的思考様式などを相対化する一助となり、両国の比較法研究を新たな地平に導いてくれよう。

さらに日本も加えた比較研究は、より広い視座から日・中・台３国を相対化

---

[5] 金澤文雄「日本刑法における罪刑法定主義の限界」広島法学12巻３号（1989年）３、６頁。

[6] 例えば拙稿「裁判実務から見る中国の罪刑法定主義――1997年改正刑法典の下で――」比較法研究64号（2003年）170頁以下、小口彦太「中国の罪刑法定原則についての一、二の考察」早稲田法学82巻３号（2007年）１頁以下参照。

することにつながるであろう。そしてその遠景には、東アジアにおける西洋近代法の受容や法の近代化の有り様という大問題もそびえ立っている。

本稿は以上の遠景を念頭に置きつつ、その前提となる作業、すなわち、台湾の罪刑法定主義の現在地、特にその実務における「感覚」を、日本、そして中国との比較において位置づけることを課題とする。ここで本稿が台湾にクローズアップするのは、日本国内の先行研究の状況による。すなわち、日本については当然に蓄積は豊富であり、また中国についても一定程度の蓄積がある。それに対して、台湾に着目した先行研究は存在しない。しかし先述のように、台湾法研究は日本法や中国法の相対化のための重要な視座ないしは軸を提供してくれる。そこで本稿は、台湾にクローズアップしてその空白を埋めるとともに、日本と中国に関する先行研究を参照し、日本・台湾・中国の実務における罪刑法定主義の「感覚」ないしは受容の程度をマッピングしたい。

具体的には次の順で論を進める。まず、台湾における罪刑法定主義に関する立法および学説を整理する（２）。

次に、台湾の最高裁判所（[最高法院]。以下、「最高裁」と略す）の裁判例を検討する。その際の視点は２つある。１つは台湾内在的な視点であり、台湾において類推解釈ないしはそれに悖ると批判されている裁判例を検討する（３）。もう１つは日台比較である。ここでは、罪刑法定主義に関連して日本で問題とされている論点についての日台の裁判例を比較検討する（４）。これらの作業を通じて、台湾の裁判官（特に最高裁判事）の思考様式・価値判断の特質を析出し、日台の実務における罪刑法定主義の「感覚」を比較する。

最後に、中国の裁判例を検討し、その現在地を明らかにした上で（５）、それぞれの実務における罪刑法定主義の「感覚」の現在地を示す（６）。

なお、後述（２．１参照）のように、台湾の現行刑法である中華民国刑法は1935年に中国大陸で制定された。その後、日本が第２次世界大戦に敗れ、下関条約により清から日本に割譲された台湾の主権は中華民国に帰属した。そしてそれに伴い中華民国刑法が台湾で施行された。こうした歴史的事情から、本来ならば、中華民国刑法が中国大陸で施行されていた時期（さらにはそれ以前）、および日本統治下の台湾[(7)]も──少なくとも前史として──考察の対象とすべ

[(7)] 日本統治下の台湾では、1896年（明治29年）の「台湾ニ於ケル犯罪処断ノ件」（律令第４号）が「台湾ニ於ケル犯罪ハ帝国刑法ニ依リ之ヲ処断ス但其条項中

きかもしれない。しかし、現時点ではその準備が十分に整っていない。そこで本稿ではさしあたり、台湾の主権が中華民国に帰属してからの、とりわけ民主化を成し遂げた90年代以降の時期を考察対象とする。

2　罪刑法定主義をめぐる立法および学説

ここではまず、中国初の西洋近代型刑法である大清新刑律から、今日の中華民国刑法に至るまでの、刑法典における罪刑法定主義に関する規定を整理する（2．1）。次に、現行刑法下の台湾の学界における罪刑法定主義をめぐる学説を整理する（2．2）。

2．1　法規定の変遷

現行中華民国刑法の直接的系譜は、清朝末期の1911年１月（宣統２年12月）に公布された大清新刑律に遡ることができる[8]。この大清新刑律は、中国史上初の西洋近代型刑法であり、具体的には「日本の旧刑法を範とし」[9]、罪刑法定

台湾住民ニ適用シ難キモノハ別ニ定ムル所ニ依ル」とした（なお、「帝国刑法」は旧刑法を指す。同法２条は罪刑法定主義を定めていた。また大日本帝国憲法23条も罪刑法定主義を定めていた。なお、帝国憲法の効力が台湾に及ぶかに関する議論について後藤武秀『台湾法の歴史と思想』（法律文化社、2009年）36～37頁参照）。その後、1908年（明治41年）の台湾刑事令（律令第９号）は、「刑事ニ関スル事項ハ刑法〔現行刑法を指す〕、刑法施行法及ビ刑事訴訟法ニ依ル」（１条）とした。なお、当初、匪徒刑罰令（明治31年律令第24号）７条が遡及処罰を容認し、罪刑法定主義に悖る立法がなされた（後藤・同上書59頁参照）が、その後、罪刑法定主義は「少なくとも形式的には次第に台湾の日本統治当局に遵守されるようになり、また一般の台湾人もそれを大まかに知るようになった」。そして「統治される台湾人は『法律がなければ、官府は処罰することはできない』と認識」（王泰升『台湾日治時期的法律改革』（聯経、1999年）279、280～281頁）するに至ったという。なお、以上の律令については、外務省条約局編『外地法制誌（第４巻）（律令総覧）』（文生書院、1990年復刻）166～168頁参照。

[8] 靳宗立「両岸刑法総則基本原理規定之比較」台湾刑事法学会主編『両岸刑法総則制度之比較』（社団法人台湾刑事法学会、2010年）15頁参照。

[9] 蔡墩銘「中華民国刑法と日本刑法の関係」ジュリスト999号（1992年）108頁。このほか、林山田・前掲注（４）107～110頁参照。なお、周知のとおり、日

主義を採用した。すなわち、それまで認められていた比附援引を廃止し、犯罪の成立には法律に正条があることを要求し（10条）、また（被告人に不利な）遡及処罰の禁止を定めた（１条）。だが、1911年10月に辛亥革命が勃発し、翌年２月12日に宣統帝が退位し、清朝が倒れたため、結局、大清新刑律は施行されることはなかった。

	罪刑法定主義	犯罪後の法律による刑の変更（遡及処罰の禁止）
暫行新刑律	10条　法律に正条がないものは、どのような行為であるかを問わずに、罪としない。	１条　この律はおよそ犯罪が頒行以降のときは、これを適用する。 その頒行以前に裁判が確定していないものも同様とする。ただし、頒行以前の法律が罪としないものは、この限りでない。
28年法	１条　行為時の法律に刑罰を科すと明文がないときは、その行為は罪としない。	２条　犯罪時の法律と裁判時の法律に変更があったときは、裁判時の法律により処断する。ただし、犯罪時の法律の刑がより軽いときはより軽い刑を適用する。
35年法	１条　行為の処罰は、行為時の法律に明文規定のあるものに、限る。	２条　行為後の法律に変更があったときは、裁判時の法律を適用する。ただし、裁判前の法律が行為者に有利であるときは、行為者に最も有利な法律を適用する。 保安処分は、裁判時の法律を適用する。 処罰の裁判が確定した後、執行していない、または執行を終えていない場合に、法律に変更があり、その行為を処罰しないときは、その刑の執行を免ずる。
現行法（2005年改正）	１条　行為の処罰は、行為時の法律に明文規定のあるものに限る。人身の自由を拘束する保安処分も、同様とする。	２条　行為後の法律に変更があったときは、行為時の法律を適用する。ただし、行為後の法律が行為者に有利であるときは、行為者に最も有利な法律を適用する。 人身の自由を拘束しない保安処分は裁判時の法律を適用する。 処罰または保安処分の裁判が確定した後、執行していない、または執行を終えていない場合に、法律に変更があり、その行為を処罰せず、または保安処分を科さないときは、その刑または保安処分の執行を免ずる。

そして、清に代わり中国の正統政権となった中華民国は、1912年１月１日に成立したばかりで直ちに法律を十全に整備することは不可能であった。そこで、

本の岡田朝太郎がその起草に参加した。

同年３月11日公布の「臨時大総統令」（同年３月10日大総統押印）により、民国の国体に抵触しない部分について、大清新刑律を暫定的に援用することとした[10]。これが中華民国暫行新刑律であり、上の両条も援用された[11]（条文は表参照。以下も同じ）。

その後、1928年に中華民国刑法が公布・施行された。同法は１条に罪刑法定主義を定め、また２条に犯罪後の法律によって刑が変更された場合により軽い刑を科すべきことを定めた。

同法は1935年に全面改正された。これが現行法典である。そして先述（１参照）のとおり、1945年の日本の敗戦に伴い、台湾にこの法律が適用されるようになった。本法も１条に罪刑法定主義を定め、２条に刑の変更があった場合に行為者に最も有利な法律を適用すべきことを定めた。

その後、2005年に総則条文の３分の２にも及ぶ大改正[12]がなされた。両条の改正について、旧２条１項が刑の変更があった場合には原則として裁判時法によることとしていたのを、原則として行為時法によることに改めた点が関心を引くかもしれない[13]。しかし、実際には両者の結論に違いはなく、「最終的な適用結果は、行為者に最も有利な『より軽い』原則であ〔る〕」[14]。

２．２　学説の整理

２．１で見たように、中華民国の刑法においては、一貫して罪刑法定主義の

---

[10] 同令は「現在民国ノ法律未ダ議定頒布ヲ経ザルニ付、従前施行シタル法律及新刑律ニシテ、民国国体ニ抵触シタル各条ハ効力ヲ失フベキヲ除クノ外、余ハ均シク暫ク援用シ以テ導守ニ資ス。此ニ令ス」と定める。邦訳は山室信一「『満州国』の法と政治――序説」人文學報68号（1991年）148頁参照。

[11] 「刪除新刑律與国体牴触各章条」（1912年４月30日）参照。また、条文については黄源盛纂輯『晩清民国刑法史料輯注（上）』（元照出版、2010年）367、375頁参照。

[12] 張麗卿『刑法総則理論與運用（第３版）』（五南図書出版、2007年）６頁。

[13] 改正理由は１条と平仄を合わせるためである。

[14] 蔡碧玉「二〇〇五年新刑法修正綜覧」台湾刑事法学会主編『刑法総則修正重点之理論與実務』（元照出版、2006年）16頁。なお、保安処分に関する規定については、本稿の考察対象外となるため割愛するが、１条後段を設けた理由が「〔その〕性質上自由刑の色彩を濃厚に帯び、また罪刑法定主義から派生する不遡及原則の適用があるべき」とされた点にあることを特筆しておく。

原則が認められてきた。それでは、それは具体的にどのように理解されてきたのか。以下では、台湾の主権が中華民国に帰属してからの学説状況を概観する。まず、罪刑法定主義の派生原則としてどのようなことが考えられてきたのかを見る。次に罪刑法主義が禁止する類推解釈とは何か、それと拡張解釈とをどのように区別すべきと考えられてきたのかを見る。

２．２．１　派生原則

1950年代から70年代にかけての台湾の学界では、罪刑法定主義の派生原則として――日本の伝統的な捉え方と同様に――①慣習刑法の排斥、②遡及処罰の禁止（なお、被告人に最も有利な法律を適用すべきことは、35年法２条１項但書が定める）、③類推禁止および④絶対的不定期刑の禁止という４点が挙げられていた(15)。

そして1980年代以降は、罪刑法定主義の本来的な派生原則として、明確性の原則が挙げられるようになっている(16)。３名の論者の説明を例に挙げよう。まず、劉幸義（中興大学教授）は①慣習法の排斥、②罪刑の明確性、③類推適用の禁止および④遡及禁止を挙げる(17)。次に、林山田は①刑罰権の内容と範囲は最高の民意代表たる国会が法定手続に則り、刑事法律を制定しなければならないこと、②慣習法を判決の根拠としてはならないこと、③罪刑の規定は極力明確でなければならないこと（構成要件の明確性および絶対的不定期刑の禁止を

(15) 例えば周冶平「罪刑法定主義的思想基礎及其蛻変」刑事法雑誌２巻１期（1958年）25 ～ 26頁、梁恒昌「論罪刑法定主義思想史上與現行法上之意義」法学叢刊12巻２期（1967年）２頁、韓忠謨『刑法原理（最新増訂版）』（韓聯甲、1971年、2002年再版）63 ～ 65頁参照。なお、最近のものとして、蔡墩銘『刑法総論（修訂８版）』（三民書局、2009年）19 ～ 20頁がある。

(16) 王泰升（台湾大学教授）はドイツ刑法学説の影響を指摘する（同『台湾法律史概論（第３版）』（元照出版、2009年）246頁参照。なお、ドイツの学説について斉藤誠二「刑法の基本概念の周辺――いわゆる『前期旧派』と『後期旧派』・罪刑法定主義の周辺――」司法研究所紀要10巻（1998年）22 ～ 23頁参照）。例えば黄栄堅（台湾大学教授）は「罪刑法定主義の意義についていえば、構成要件の明確性は罪刑法定主義の基本的条件といえる」（同『基礎刑法学（第３版）（上）』（元照出版、2006年）147頁）とする。

(17) 劉幸義「罪刑法定原則的理論與実務批判（上）」刑事法雑誌38巻５期（1994年）41頁以下、同（下）刑事法雑誌38巻６期（1994年）13頁以下。

含む法律効果の明確性)、④類推適用の禁止および⑤遡及禁止を挙げる[18]。最後に、林鈺雄（台湾大学副教授）は①類推適用の禁止、②慣習法の禁止、③遡及禁止および④明確性の要求（絶対的不定期刑の禁止を含む）の４つの派生原則を挙げる[19]。

なお、これらは被告人の人権・自由保障原理としての罪刑法定主義という観点に立脚し、いずれの論者も被告人に有利な類推解釈を許容する[20]。また、これらにおいては､絶対的不定期刑の禁止が独立した派生原則とされていないが、そのことは絶対的不定期刑の許容を意味するのではなく、それは明確性の原則の一内容とされている。

以上のような罪刑法定主義理解が、現在の多数説のように見受けられる[21]。なお、さらに実体的デュー・プロセス論に基づき、罪刑の均衡や刑罰法規の内容の適正を挙げる論者もいる[22]。

２.２.２　類推解釈と拡張解釈

それでは罪刑法定主義により禁止される類推解釈とは何か｡例えば黄栄堅は、「現存の事実が三段論法の小前提に該当しないが、ある点が三段論法における小前提の事実と『類似』することから、比較対照して処理し、同じ法律効果を

---

[18] 林山田・前掲注（４）74 ～ 87頁。

[19] 林鈺雄『新刑法総則（第２版)』（元照出版、2009年）40 ～ 45頁。

[20] ただし、「わが国の学界において、圧倒的多数が罪刑法定主義の思想に賛同しており、刑法の法源の厳格な制限を主張し、類推適用に否定的態度を採っている。しかしながら、その見解を細かく見れば、完全に許容しないか、あるいは有利な類推を許容するかでなお区別することができる」（徐育安『刑法上類推禁止之生與死』（自費出版、1998年）６頁）といわれるように、一律に類推解釈を禁止する論者もいる。例えば韓忠謨・前掲注（15）67頁、楊建華「罪刑法定主義在立法上之比較與検討」法鼎８期（1980年）69頁など参照。

[21] 以上のほか、例えば、黄栄堅・前掲注（16）129 ～ 162頁、張麗卿・前掲注（12）41 ～ 42、49頁参照。なお、黄栄堅は①法律の変更の効力の不遡及、②明確性の原則（絶対的不定期刑の禁止を含む）および③類推適用の禁止という３つの派生原則を挙げる点でユニークである。ただし、①で「法律」であることを強調しており､結局は他の論者と大きな違いがあるわけではないと解される。

[22] 陳子平『刑法総論（第２版)』（元照出版、2008年）59 ～ 61頁参照。その根拠は適正手続を定める憲法８条に求められる。

得ることを意味する」[23] とする。

そして、台湾でも一般に拡張解釈は許されるが、類推解釈は許されないとされていることから、両者の違いが特に問題となる[24]。この点について、多数説[25] はいわゆる「言葉の可能な意味」の範囲内にあるか否かによるとする[26]。つまり、「言葉の可能な意味」の範囲内にあれば、拡張解釈であり、それを超えるような場合は類推解釈であるとする。

さらに、国民の予測可能性の保障という視点を持ち込む論者も少なくない。この場合は次の２パターンに大別できる。１つは、「言葉の可能な意味」の範囲内にあるか否かを判断する基準として、一般人ないしは平均的国民を設定する説である[27]。もう１つは、「言葉の可能な意味」基準とは別に、「国民の予測可能な範囲」といった基準を設定し、二元的に構成する説である[28]。ただし、この場合でも両基準を満たす必要があるため、（前者が後者よりも狭い場合は別論として）両説の理論構成の違いは結論を左右するものではないと思われる。

とはいえ、そもそも実際に類推解釈と拡張解釈とを区別できるか、という問題は──日本と同様に[29] ──台湾でも認識されている。そのため、例えば黄栄堅は「実証的意義からいえば、類推解釈と拡張解釈の境界は明瞭ではなく

---

[23] 黄栄堅・前掲注（16）160頁。

[24] なお、類推は解釈ではない、とする論者もいる（例えば林山田･前掲注（４）156 ～ 157頁参照）が、本稿ではこの点には立ち入らず、引用を除き、「類推解釈」を用いる。

[25] 徐育安・前掲注（20）７頁参照。

[26] 例えば林山田･前掲注（４）156 ～ 157頁、黄栄堅･前掲注（16）161頁、林鈺雄･前掲注（19）47頁など参照。なお少数説として、例えば韓忠謨は、「前者〔類推解釈〕が用いるのは論理的推論であり、立法の本旨に拘束されないが、後者〔拡張解釈〕は法律の本来の精神に基づき、その意味を明らかにする。こうして前者は法律解釈の範囲を大きく超えるが、後者はそうではない」（同･前掲注（15）67頁）とする（徐育安・前掲注（20）７～９頁参照）。

[27] 黄朝義「罪刑法定原則與刑法之解釈」林山田ほか『刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）』（元照出版、2001年）147頁、甘添貴・謝庭晃『捷徑刑法総論（修訂２版）』（瑞興図書、2006年）23頁参照。

[28] 陳子平・前掲注（22）55頁参照。なお、劉文仕「刑法上類推禁止原則的当代思考（一）」司法週刊902期３面（1998年11月４日）参照。

[29] 例えば大谷實・前掲注（１）65 ～ 66頁参照。

……法律の文言自体の包摂範囲の境界が本当に明瞭で何ら疑問がない場合を除き禁止しがた〔い〕」[30] とする。

3　裁判例の検討１――内在的視点から

前章で明らかにしたように、台湾では罪刑法定主義が刑法に規定され、また学説上も支持されている。それでは実際はどうであろうか。この点について、林山田は――冒頭で一部引用したように――「罪刑法定原則は冒頭に全編の趣旨を示すように本法１条に規定され、しかも刑法の類推適用の禁止の主張もすでに刑法学説上何ら争いのない原則となっているが､刑事司法実務においては､なお刑法条文を類推適用する実例が現れている。司法者は現行法でははっきりと捕捉できない行為については、理の当然として無罪の判決をし、立法者に法改正を促し、対応させるようにすべきである。しかし実際には、司法者はこれに反し、逆に刑法条項を類推適用し、類推適用禁止の原則をあたかも学理上の主張にすぎないかのようにしており、罪刑法定原則をひどく破壊している」[31] と指摘する。

この――どこかで聞いたことのあるような――指摘からうかがえるように、台湾においても罪刑法定主義の理念と現実との間にはギャップがあるようである。そこで以下では、台湾の学説により類推解釈、ないしは罪刑法定主義に悖る解釈と批判されている1990年代以降の最高裁裁判例の内、そのギャップが大きく、またクリアに示されていると考えられる1995年台上字5648号判決[32] お

---

[30] 黄栄堅・前掲注（16）161頁。

[31] 林山田・前掲注（４）81頁。

[32] ［八十四年度台上字第五六四八判決］。台湾の公文書（裁判書を含む）では中華民国歴（民国元年は1912年）が用いられるが、本稿では分かりやすくするために、原則として西暦で示す。また､「台上字」は最高裁に上訴（台湾では控訴･上告を区別しない）された事件であることを意味する（台湾に移る以前は「上字」）。

なお、台湾の「判例」は日本とは異なり、最高裁の裁判について、同長官・廷長・裁判官からなる刑（民）事廷会議または民・刑事廷総会議が決議した後に､司法院に届出［備査］がなされたものを意味する（裁判所組織法57条１項）。この決議は廷長・裁判官の３分の２以上が出席し、出席者の過半数で決する。またその過程で文言の修正も可能である（「最高裁判所判例選編および変更実施要点」（1990年６月12日）第５点参照）。判例には法的拘束力はないが、事実

よび2001年台上字4054号判決を素材として、この点を検討する。

なお、台湾において罪刑法定主義の見地から問題とされる解釈として挙げられる最高裁判例はさほど多くはなく、量的には例外的存在といえる[33]。だが、刑法が想定していなかったような例外的なハードケースにおいて、「言葉の可能な意味」の範囲や国民の予測可能性の見地から、文言に包摂できないときに果断に無罪を言い渡せるか否かこそが、罪刑法定主義の試金石であると考える（もちろん、罪刑法定主義の理念と現実のギャップを考える上で、問題のある裁判例が全体においてどれだけを占めるのかも重要である）。

3．1　1995年台上字5648号判決

本判決は、他人のキャッシュカードにより金融機関の現金自動支払機［自動付款機］[34]（以下、「CD 機」と呼ぶ）から偽って現金の支払いを受ける［冒領］

上の拘束力があるとされる（林山田・前掲注（4）164頁。判例違反は第３審に上訴しうる法令違反の判決（刑事訴訟法378条）である。陳新民『憲法導論（修訂６版）』（新学林、2008年）290 ～ 291頁参照）。また判例を変更する際にも同じ手続を履践しなければならない（裁判所組織法57条２項）。この場合は「判決」ではなく「判例」と記す。

[33] 1990年代以降の最高裁判例に限定すれば、本稿で検討する両判決以外に、例えばクレジットカードの偽造行為について私文書偽造罪（210条）の成立を肯定した2001年台上字4350号判決、2001年台上字4621号判決および2001年台上字6018号判決（林山田・前掲注（4）82 ～ 83頁は「それ自体は財産権を表示する文書証明ではない」としてクレジットカードの文書性を否定する。なお、こうした行為については2001年６月１日に201条の１が新設され、立法的に解決された）、行為時の商標法６条によれば、商標の使用とは有体物上の商品の標示に限られるにもかかわらず、ディスク実行後に初めてパソコン画面に商標マークが映し出される不正コピーのゲームディスクの販売行為に、商標盗用商品販売罪（旧商標法63条違反の罪）の成立を認めた2003年台上字2293号判決（黄栄堅「論偽造文書之行使行為―評九十二年度台上字第二二九三号等判決―」台湾本土法学雑誌54期（2004年）67 ～ 68頁参照）がある。

[34] なお、［付款］は現金を支払う、という意味であるが、［自動付款機］は現金自動支払機（いわゆる CD 機）のみに限定されているわけではなく、現金自動預払機（いわゆる ATM 機）をも含みうる。しかし、本件事実の法的評価において両者を区別する実益はないため、本稿では、さしあたり「現金自動支払機」と訳しておく。

行為について、CD 機に詐術を用いて現金を交付させたとして、詐欺取財罪（339条１項。以下、単に「詐欺罪」と記す）の成立を認めた。本件の論点は、詐欺罪の成立には詐術を用いて錯誤に陥らせることが必要であるが、機械にそれが可能か、である。なお、本件のような行為の処罰については、1997年10月８日の改正で339条の２[35]が設けられたことにより、すでに立法的な解決がなされている。

> 339条１項
> 　自己または第三者の不法な所有とすることを意図して、詐術により人に本人または第三者の物を交付させた者は、５年以下の有期懲役、拘役に処し、または1000万元以下の罰金を科し、もしくは併科する。

【事案の概要】

原審の認定した事実によると、被告人Ｘは自己の不法な所有とすることを意図して、概括的な犯意に基づき、Ａ宅の裏庭に侵入し（鉄門は閉められていなかった）、その同居人Ｂ所有のオートバイを窃取し、Ｂがバイクの荷物箱に入れていたキャッシュカードおよび郵便局の預金通帳を取り、同日、当該キャッシュカードを用いて、乙郵便局でＢの貯金新台湾ドル（以下同じ）６万元を窃取［盗領］する等した。

検察官は刑法321条１項１号（加重窃盗罪）[36]を罰条［法条］[37]として公訴を

---

[35] 同条規定は以下のとおりである。

「自己または第三者の不法な所有とすることを意図して、不正な方法で現金自動支払設備から他人の物を取得した者は、３年以下の有期懲役、拘役または１万元以下の罰金に処する。

前項の方法により財産上不法の利益を得、または第三者に得させた者も、同様とする」。

[36] 同号規定は以下のとおりである（2011年１月10日改正前のもの）。

「窃盗罪を犯し、左に掲げる事実のいずれかがあった者は、６月以上、５年以下の有期懲役に処する。

（１）夜間に住宅もしくは人の居住する建築物、艦船に侵入し、またはその中に隠れてこれを犯した者」。

[37] 起訴状には「犯した罰条」を記載しなければならない（刑事訴訟法264条２

提起した。

原々審は被告人に無罪を言い渡した。原審は原々審判決を破棄し、起訴罰条を変更し、「320条１項およびその他の関係法律」[38]により連続窃盗罪の成立を認めた（検察官上訴）。

【判旨】（破棄差戻し）

最高裁は、調査不尽および「刑法上の詐欺取財罪と窃盗罪は、同じく自己または第三者の不法の所有とすることを意図して、他人の財物を取得するが、詐欺取財罪は詐術を用いて人に物を交付させることを要件とし、窃盗罪は平和的な手段で、他人の意思に反して、勝手に他人の所持する物を持ち去ることをいい、両者は異なる。他人のキャッシュカードにより金融機関のCD機から偽って現金の支払いを受ける［冒領款項］行為は、当該CD機が当該金融機関の現金支払業務担当者の代替であり、それに用いた詐術は、自然人に対してなされたものと同視すべきであり、これを錯誤に陥らせ金員を交付させた場合は、自ずから窃盗罪ではなく詐欺取財罪が成立すると解すべきである」とした上で、通常窃盗罪（320条１項）の成立を認めた原審判決を「明らかな誤解であり、法令適用不当の違法がある」として破棄し、原審に差し戻した。

【コメント】

本稿の関心から、検討のポイントは最高裁がXの「他人のキャッシュカードにより金融機関のCD機から偽って現金の支払いを受ける行為」に詐欺罪（339条１項）の成立を肯定した点である[39]。

項２号）。ただし裁判所が拘束されるのは「犯罪事実」であるため、罰条の記載は「起訴の絶対的必要条件ではな〔い〕」（1975年台非字142号判例、林鈺雄『刑事訴訟法（下冊・各論編）（第５版）』（元照出版、2007年）113頁参照。なお、「非」は非常上訴（日本の非常上告に相当）を意味する）。また、裁判所は「犯罪事実」の範囲内で罰条を変更することができる（同300条）。

[38] ここでいう「その他の関係法律」には、連続犯を定める旧56条（「連続する数個の行為により同一の罪名を犯した者は、１罪として論ずる。ただし、その刑の２分の１を加重することができる」。2005年削除）が含まれると考えられる。

[39] なお詐欺罪ではなく、日本のように窃盗罪が成立するという見解もある（東京高判昭和55年３月３日判時975号132頁は「被告人の欺罔により被害者〔金融機関〕の誤信による現金の交付があったものではなく、被告人が、カードを利用して、同支払機の管理者の意思に反し、同人不知の間に、その支配を排除し

というのも、まず、「刑法339条１項の詐欺罪の成立は、自己または第三者の不法な所有とすることを意図して、詐術により人に所有物を交付させることを要件とし、いわゆる詐欺により人に交付させるというには、必ず被詐欺者が詐術により錯誤に陥らなければならず、もしその用いた方法が詐欺と認めることができず、しかも交付者が錯誤に陥っていなければ、本罪を構成しない」（1957年台上字260号判例要旨）。つまり、詐欺罪が成立するには、行為者の詐欺行為（詐術）により他人に錯誤を生じさせ、その結果、被詐欺者が本人または第三者の財産を処分するという因果経過を辿らなければならない(40)。しかし、本件Xの行為客体は「人」ではなく、CD機という「機械」であり、そもそも「機械」が錯誤に陥るのか、「詐術により人に所有物を交付させた」といえるのか、という点に疑問が生じるからである。

この点について裁判所サイドでは、本判決以前から本件のような行為に詐欺罪の成立を肯定する見解が主流をなしていた。具体的には次の２件の文書からそのことをうかがうことができる。

１つは「最高裁判所1992年度第11回刑事廷会議決議」(41)である。同決議は「他人のキャッシュカードによりCD機から偽って現金の支払いを受けた者は、当該CD機が当該機構の現金支払業務担当者の代替であるため、それに用いた詐術は、自然人に対してなされたものと同視すべきであり、自ずから刑法上の詐欺罪が成立すると解すべきである」とする。

て、同支払機の現金を自己の支配下に移したものであ〔る〕」として、金融機関を被害者とする窃盗罪の成立を認める。それは端的に、機械は錯誤に陥らないため、詐欺罪の成立を認めることができないからである。西田典之『刑法各論（第５版）』（弘文堂、2010年）188頁参照）。例えば1988年５月に基隆地方裁判所検察署で開催された「法律座談会」における多数説（「法務部（78）法検（二）字第0441号」参照。ただし、同文書において法務部検察司は詐欺罪成立説が妥当であるとした）、黄栄堅『刑法問題与利益思考』（元照出版、1995年）84頁参照。

(40) 林山田『刑法各罪論（上冊）（第５版２修）』（元照出版、2006年）448頁参照。

(41) こうした「決議」に法的拘束力はない。とはいえ、「最高裁の刑事各廷は法令上の見解を統一するために、長官が刑事廷会議または刑事廷総会議を召集し、争いのある法律問題について、検討した後に決議をすることができる。こうした決議が形成する実務解釈は、各級裁判所の判決にまた相当程度の影響力を及ぼす」（林山田・前掲注（４）165頁。なお、最高裁判所処務規程32条参照）といわれている。

もう１つは1994（民国83）年に出された「司法院（83）庁刑一字第 07568号」である。そこでは「拾得した金融機関のカードをCD機に挿入して偽って預金の支払いを受けた。また特製の金属片〔硬貨を模したものと考えられる〕で電話をかけ、電動玩具で遊び、不法な利益を得た」等の行為に対する罰条について、司法院刑事庁第１科および台湾高裁の見解が示されている。論点はこれら以外にもあり、説は３つに分かれたが、本判決に関係する前段の論点については、詐欺罪成立説と窃盗罪成立説に見解が分かれた。

司法院刑事庁第１科は上記決議を引用しつつ、「CD機等の自動設備はいずれも設置者の意思または手足の延長であり、その不正使用はすでに当該機械所有者の意思活動に影響を及ぼし、かつ比較法的観点から見ても、外国の立法例の多くはこの種の犯罪を詐欺罪の章に規定しており、わが国の刑法改正草案もこれを参考にし、詐欺罪の章に339条の１を増設し、CD機または料金収受設備から他人の財物また財産上の不法な利益を不法に取得する行為を処罰し、もって社会の現況の実際的ニーズに応じようとしている。まして、窃盗行為とするならば、わが国刑法には窃盗利得罪の規定がないため、金属片により電話をかける等の類似の行為については、処罰の根拠がなくなる」とする説を採り、詐欺罪の成立を認めるべきとした。そして、台湾高裁もこれに同調した。

以上のように、裁判所サイドにおいては、①CD機を「設置者の意思または手足の延長」とし、機械を自然人と同視する見解（以下、「延長理論」と呼ぶ）、②外国の立法例、③刑法改正草案の立場、および④窃盗罪が成立するとすれば、金属片により電話をかける等の利益窃盗行為の処罰根拠がなくなる（詐欺利得罪（339条２項）に擬律できなくなる）ことを根拠に、本件のような行為に詐欺罪が成立することを正当化しようとしている。

なお、ここで注意したいのは④である。これは、本文書においては上記決議とは異なり、「特製の金属片で電話をかけ、電動玩具で遊び、不法な利益を得た」行為に対する罰条という問題が明示的に設定されているために出た論拠と考えられる。とはいえ、この点は本件のような行為に対して、詐欺罪の成立を否定して窃盗罪の成立を認める立場に立てば、当然に生じうる問題である。ここに、本判決をはじめとして裁判所サイドが窃盗罪説ではなく、詐欺罪説にこだわる実益があると考えられる。

そして、本判決は①延長理論に立脚した点（判旨傍点部参照）で、以上の見解と軌を一にするものであると考えられる。

しかし、こうした見解に対しては、学界からの鋭い批判がある。例えば林山田は、詐欺行為はなく、しかも人を錯誤に陥らせていないため、同罪は成立しないとし、「これは刑法を類推適用して下した判決である」とする(42)。

また、張麗卿（東海大学（台湾）教授）は本判決ではないが、上記決議を引用・踏襲した2000年台上字852号判決(43) に対して、「詐術は対象者の認知に対する影響である。換言すると、人でなければ誤った認知を生じえず、如何なる機械設備であろうとも、認知能力はない。銀行がCD機を特定の場所に設置した後、CD機は特定の指令に基づき現金を出すか、あるいは拒絶するかの反応しかできない。指令が正しければ、事前に設定したとおりの動作が現れる。指令が正しくなければ、反応するはずがない。CD機についていえば、プログラム言語の指令に完全に依拠し、一定のプログラムについて処理する。そのため、丙等が全ての預金を引き出す権利があるか否かを、CD機は全く判断することができないため、いわゆる欺罔されて錯誤が生じたという事情は全く生じていない」(44) とする。

さらに黄栄堅は上述の1994年の司法院文書についてであるが、「この法律見解はすでに罪刑法定主義をないものと見ていると考える。外国の立法例および当時のわが国の刑法改正草案が刑法339条の１を追加する目的が、こうしたいわゆる機械に対する詐欺行為に刑罰を科す根拠をあるようにするためである以上、新法発効前は、刑罰規定のない状態であり、罪刑法定主義によれば結論は無罪のはずであり、それを『処罰の根拠がなくなる』ことを怖れて、構成要件に該当しない行為を構成要件に該当すると解釈することではない。もちろん実務の見解がこの問題について恣意を働かせる余地があったのは、主に一般人が詐欺罪の構成要件の『錯誤に陥る』という概念について元々精確な認識がなかっ

(42) 林山田・前掲注（４）82頁。

(43) 同判決は他人から強取したキャッシュカードおよび同人から強いて聞き出した暗証番号を用いてCD機から現金を引き出した所為について、上記決議を引用し、「当該CD機は当該機構の現金支払業務担当者の代替であるため、それに用いた詐術は、自然人に対してなされたものと同視し、刑法上の詐欺罪が成立すると解すべきである」とした。ただし、結論としては、この点について調査不尽の違法がある等として、原判決を破棄して、台湾高裁に差し戻した。

(44) 張麗卿『新刑法探索（第３版）』（元照出版、2008年）410頁。また同書355～356頁も参照。

たため、いわゆる『意思または手足の延長』の説明により伝統的な詐欺罪のボーダーをあいまいにすることができたのであり、しかも最終的に罪刑法定主義に根本から反することになった」[45]と批判する（そして後述のように、この批判は本判決にも妥当すると考えられる）。

以上の批判は、要するには「機械は錯誤に陥らない」はずにもかかわらず、延長理論を持ち出して「詐術により機械が錯誤に陥った」とするのは不当である、ということといえよう。この立場に立てば、本件においてXは「詐術により人に……交付させた」とはいえない、ということになろう。

こうした理解は、上の引用において黄栄堅が援用するように、立法者においても見出すことができる。

なお、黄栄堅が援用するのは339条の１である。同条は「自己または第三者の不法な所有とすることを意図して、不正な方法で料金収受設備から他人の物を取得した者」（１項）および「前項の方法で財産上不法な利益を得、または第三者に得させた者」（２項）を処罰する。その立法理由は、「不正な方法でこうした設備〔「現金自動支払または料金収受設備」を指す〕から他人の物を得、または財産上不法の利益を得れば、業者の権利・利益を損なうばかりか、社会秩序を壊乱するため、処罰する必要性がある」というものであった。

しかし、現行法下で本件のような行為に適用されるべきは339条の２である。実は草案段階では本条は339条の１に含まれていたが、採択間際になり、前者の情状が重いことから、法定刑に軽重の差をつけるために、別の条文とされたという経緯がある[46]。そしてその立法理由においても、「コンピューターまたはその関連設備を利用して詐欺罪を犯すことは、よく見られるコンピューター犯罪の形態であり、社会の発展のニーズに適応するために、日本の現行刑法246条の２の立法例を参酌して処罰のための専門の規定を追加する」とある。

いずれにせよ、立法者意思としては、機械に対する「詐欺」行為を処罰するために、339条の１を起草し、最終的には339条の１と同条の２を規定したのである。つまり、1997年改正以前においては、立法者意思としても、機械に対する「詐欺」行為に対する処罰は、「法の欠缺」であったといえよう[47]。

---

[45] 黄栄堅・前掲注（16）129頁。
[46] 林山田・前掲注（40）471頁。
[47] 張麗卿・前掲注（44）411頁参照。

結局、機械に対する「詐欺」行為に339条の成立を肯定した本判決およびそれ以前の裁判所サイドの見解は、（台湾刑法のコンテクストにおける）類推解釈の禁止、ないしは罪刑法定主義の見地から正当化することが困難な解釈といえよう。にもかかわらず本判決がわざわざ延長理論を持ち出して詐欺罪を適用したのは、黄栄堅が指摘するように「『処罰の根拠がなくなる』ことを怖れ〔た〕」から、つまり窃盗罪では利益窃盗を捕捉できなくなる場面を怖れてのことだと考えられる。

３．２　2001年台上字4054号判決

県議会選挙に当選した者は、就任宣誓後に同議会の議長および副議長を投票により選出する。そしてその議長・副議長選（以下、単に「議長選」と呼ぶ）についての贈収賄行為は、刑法143条１項（投票収賄罪）および144条（投票贈賄罪）により処罰される。

> 143条１項
> 　投票権のある者が、賄賂またはその他の不正な利益を要求約束し［要求期約］、または収受し、その投票権の不行使または一定の行使に応じたときは、３年以下の有期懲役に処し、5000元以下の罰金を併科することができる。
> 144条
> 　投票権のある者に対して、賄賂またはその他の不正な利益を申し込み約束し［行求期約］、または交付し、それと投票権の不行使または一定の行使を約した者は、５年以下の有期懲役に処し、7000元以下の罰金を併科することができる。

本判決は、議長選に関連して贈収賄行為（要求・申込みがすでにこれに当たる点に留意されたい）がなされた時点で、その贈賄の対象または収賄の主体が県･市議会議員に当選していなくとも、事後に選挙結果が公表され、それが県･市議会議員に当選し投票権を取得したときには、刑法143・144条所定の「投票権のある者」の要件に該当するとした。ここでの問題は、こうした解釈が「言葉の可能な意味」の範囲内にあるのかである。

【事実の概要】

原審の認定事実はおおむね以下のとおりである。

1994年１月29日、上訴人（被告人）X_1ないし X_9および同Ｙの10名は選挙を経て金門県第１期県議会議員に当選するとともに、即時に、同年３月１日の就任宣誓後の同県第１期議長選の選挙権を取得した。

２月初頭、X_1はそれぞれ X_2ないし X_4との共同の犯意の連絡に基づき、当選者Ａに票を買うように求めたが、その同意を得られなかった。

２月４日午前、X_1は X_2ないし X_4とともに、当選者Ｂに１票400万元で買うように求めたが、その同意を得られなかった。X_5ないし X_8が X_1等のグループに参加した。

同日、X_2が当選者Ｃに電話で、議長については１票500万元で、副議長については1票200万元で票を買うように求めたが、返事はなかった。

２月６日午後、X_1が電話でＡを招き、８名で話合い、X_1が代表して発言し、議長については１票300万元、副議長については１票200万元の価格を付けた者がいることを暗示し、Ａに票を買うように求めたが、再び拒絶された。X_9が X_1等のグループに参加した。また、X_1は当選者Ｙが議長職を狙っていることを知った。

２月上旬の旧正月前後、X_1は直接Ｙに、自身がＹとペアとなって副議長選に立候補することを条件に、Ｙが１票につき100万元の現金で他の８名の票を買うことを提案したところ、Ｙが同意した。

２月17・18日前後、X_1経営の旅館において、X_2、X_4、X_5、X_7ないし X_9の6名にそれぞれ100万元ずつ手交した。その場にいなかった、X_3と X_6については、X_7と X_8が代わりに受け取った後、それぞれに手交した。

３月１日、議長選に際して、X_1等10名は事前の取決めに従い、X_8が議長として自らに１票を投じ、X_2および X_7は副議長としてＣに票を投じて粉飾したほか、その余は議長と副議長としてそれぞれＹと X_1に票を投じ、両名が当選した。

【判旨】（破棄差戻し）

本判決が判示した原判決の問題は多岐にわたる[48]。ここでは本稿の関心に即

[48] なお、このほかにも、原判決がＹの９個の贈賄行為について観念的競合を認めた点や X_1ないし X_9の各人の間（X_1と他の各人の間を除く）に共同正犯を認定しなかった点、その理由不備などが摘示された。

して、X_1ないしX_9に投票収賄罪（143条）が、またYに投票贈賄罪（144条）が成立するか否かに焦点を合わせる。本判決は次のように判示して、これらを肯定した（以下、直接引用）。

刑法143・144条の投票贈収賄の処罰規定の趣旨は、選挙への金銭の介入を防止し、もって選挙の公平と純潔を守ることにある。近年、選挙の風紀が悪化し、候補者は当選を求め、競って前倒しで選挙に関する贈収賄を行い、特に県・市議会の議長選は、議長・副議長候補者がそれぞれ県・市議選よりも前に、立候補しようとする者にあらかじめ選挙経費を賄賂として送り、または支援するとともに、その者が当選した後に同人を議長・副議長に選ぶよう投票すると約束することはよく見られることである。こうした前倒しの選挙に関する贈収賄は、選挙の風紀をひどく悪化させ、刑法の関係規定により規律することが強く求められる。狭隘な字義の解釈になお拘泥し、刑法143・144条にいわゆる「投票権のある者」を一律に贈収賄時に現実に「投票権のある者」の資格のある者に限らなければならないとし、そのうちの贈収賄当時に投票権を取得しておらず、事後的に投票権を取得した者を排除すれば、かかる前倒しの選挙に関する贈収賄行為について、法律は制約・処罰することができなくなり、これは選挙に関する贈収賄者に前もってそれを行うことにより脱法するように奨励することと何ら異なるところはなく、明らかに立法本意ではない。そして、上述の議長選の賄賂の状況においては、その前倒しで選挙に関する贈収賄をした双方が、贈収賄当時に、ともに贈賄の対象または収賄の主体が将来県・市議会議員に当選し投票権を取得した場合に、贈賄者（あるいは特定の者）を議長･副議長にするために投票することにより、双方の約束の条件が達成され、その犯罪行為が完成すると予見「予期」される。故に贈収賄時に議員に当選しておらず、現実の「投票権のある者」に当たらなくとも、これが選挙に関する贈収賄の実施に着手し、後日県・市議会議員に当選して投票権を取得したときに、犯罪構成要件は成就し、現実の「投票権のある者」となる。これが当初の選挙に関する贈収賄者の予見およびその犯意の範囲内にあれば、その犯罪行為の内容の一部であり、その選挙に関する贈収賄が先か、当選が後かはその犯罪の成立に消長を来すものではない。したがって、県・市議会議長選において、贈収賄時に、その贈賄の対象または収賄の主体が県・市議会議員に当選していなくとも、事後に選挙結果が公

表され、それが県・市議会議員に当選し投票権を取得したときは、刑法143・144条所定の「投票権のある者」の要件に該当する。本件原判決が、議長選の賄賂については、選挙人たる県・市議会議員の選挙結果が公表され当選し、はじめて刑法143・144条所定の「投票権のある者」となるとし、選挙結果が公表された後になされた贈収賄行為だけに犯罪が成立すると考えた点は、見解が相違する。

【コメント】

本件の主たる論点は、143・144条所定の「投票権のある者」の範囲である。つまり、どの時点で「投票権のある」と認められるかが問題となっている。

この問題の背景には、両条の「投票権のある者」を厳格に解釈すれば、選挙に関する賄賂の実態から見て、その処罰範囲が狭きに失するという考えがある。本件のように、県・市議選に立候補し、議員に当選した後に、議長選に投票する場合を例にすると、現実は次のような経過を辿る。すなわち、（A）議員選への実質的な立候補の意思表示・活動→（B）議員選挙の公告→（C）候補者名簿の公告→（D）選挙結果の公表→（E）当選者名簿の公告→（F）当選した議員が宣誓して就任→（G）議員が議長・副議長を互選、と。そして問題は「一言で言えば、選挙実務における贈収賄の時点は（A）時点、またはより早期であるが、処罰規定は（F）時点から始まるようである点にある」[49]。

つまり、厳格に解釈すれば、県議会議長選について、同議員立候補者は、当選後の就任宣誓の後に「投票権のある者」となり、したがって、そこから143・144条の処罰範囲に含まれることになるが、実際には、それ以前の段階で贈収賄が行われているのである。そこで両条の「投票権のある者」をより広く解釈して、そのギャップを埋める必要が生じる。かといって、「投票権のある者」という文言の枠をどこまでも拡張できるわけでもない。その限界をどこで線引きするか。

この点について、従来の最高裁は、市民代表会[50]の主席・副主席選挙にお

[49] 林鈺雄「二〇〇一年刑事類実務見解回顧」『刑法與刑訴之交錯適用』（元照出版、2008年）440頁〔初出：台湾本土法学38期（2002年）附冊92頁以下〕。

[50] これは県轄市（行政区画上、県の下に置かれる市）に置かれる自治機関である（「台湾省各県市地方自治実施綱要」（1950年公布、その後、数次の改正を

ける賄賂をめぐる1985年台上字666号判決および1986年台上字467号判決において、ともに（F）時点では遅すぎるため、（E）時点から「投票権のある者」となるとした。その理由づけとして、前者は「就任宣誓をすれば、直ちに代表会主席を選ぶことになり（台湾省各県郷鎮県轄市民代表会組織規程10条２項参照）、事実上、選挙に関する贈収賄活動を行うことができず、刑法上投票収賄罪および投票贈賄罪が成立する余地はなくなる」ことを挙げた。また後者は、上述のように就任宣誓直後に投票が行われるため、「代表会主席の選挙は選挙機関が市民代表当選者名簿を公告した後に始まることになり、実際にもそのように行われている。もし代表会主席を選挙する各市民代表の権限が、必ず宣誓した後でなければ取得できないとし、宣誓前はなお投票権のある者ではないとすれば、賄賂の収受・約束・交付のいずれもが罪とならず、どうして選挙の風紀を正すという立法の本旨を遂げることができるというのか。自ずから市民代表は当選公告の日から代表会主席の選挙権を取得し、就任宣誓はその職務執行の形式要件にすぎないと解すべきである」と判示した。

これに対して本判決は、従来の最高裁判決よりもさらに早期の「選挙結果の公表」（D）により「投票権のある者」となるとした原判決を否定した。それは「狭隘な字義の解釈になお拘泥し」ていては、早い段階から行われる贈収賄行為を制約・処罰できなくなり、立法本意に悖るからである。そして、贈収賄行為の実施(51)時に、収賄の主体または贈賄の客体が現実の「投票権のある者」でなくとも、その後当選して現実の「投票権のある者」となった場合に、行為者がそのことを予見していたときには、収賄の主体または贈賄の客体は143・144条の「投票権のある者」の要件を充足し、両罪が成立するとした（判旨傍点部参照）(52)。結局、「行為者がその後に投票権を取得しさえすれば該当するこ

経て、1985年に改正された後、1999年に廃止）３節参照。なお、地方制度法（1999年１月25日公布。その後、数次の改正を経て、現行法は2010年１月18日に一部改正されたもの）44～46・33・34条・３条２項など参照。同法では地方立法機関とされる）。

(51) 台湾刑法においても「[実行]の着手」が未遂犯の成否の分水嶺となる（25条１項）が、本判決は[実施]の着手と表現しており、これと区別している。なお、両罪の未遂は不可罰である（同条２項）。

(52) なお、事後的に「投票権のある者」となった場合に構成要件該当性を認めることができる理由は必ずしも明らかではない。「投票権を取得したときに、

とになり、行為（贈収賄）の時点は『問わない』といってよかろう！」[53] ということになる。問題は、かかる解釈が「言葉の可能な意味」の範囲内にあるか否かである。

ところで、本判決の立場は、実は最高裁刑事廷の多数意見でもある。というのは、本判決の作成日と同じ７月３日[54] に、本判決の争点である「県・市議会議長選をめぐる賄賂について、選挙人たる県・市議会議員は結局いつ刑法143・144条にいわゆる『投票権のある者』となるのか？」をテーマとする「最高裁判所2001年度第６回刑事廷会議決議」が出された。両者の関係について、林山田は「刑事廷会議の決議が出てから、最高裁判所刑事第７廷〔本件の裁判

犯罪構成要件は成就し、現実の『投票権のある者』となる。これが……〔そ〕の予見およびその犯意の範囲内にあれば、その犯罪行為の内容の一部であ〔る〕」（判旨傍点部参照）とあることから、本判決は、贈収賄時の故意の範囲内であれば、投票権を取得して「投票権のある者」となることが両罪の「犯罪行為の内容の一部」をなす、としたものと読める。そうすると、両罪の実行行為は贈収賄行為と「投票権のある者」となる当選行為の２つからなる、ということになりそうである（これは、「證人カ（一）法律ニ從ヒ宣誓シタルコト及（二）故意ニ虚僞ノ陳述ヲ爲シタルコトノ二要素併存スルヲ以テ足ル宣誓カ陳述ノ前ニ在ルト其後ニ在ルトニ因リテ本罪ノ構成ニ影響ヲ及ホスコトナク」として、事後宣誓の証人が169条（偽証罪）の「法律により宣誓した証人」に当たるとした大判明治45年７月23日刑録18輯1100頁を彷彿させる解釈である。また、団藤重光『刑法綱要各論（第３版）』（創文堂、1990年）98頁参照。ただし、これに対しては、文理に反するとする批判も有力である（例えば大塚仁『刑法概説（各論）（第３版増補版）』（有斐閣、2005年）607 ～ 608頁、前田雅英『刑法各論講義（第４版）』（東京大学出版会、2007年）548頁参照）。

ただし、投票贈賄罪にこの論理は妥当しない。それは端的に、行為客体が事後に投票権を取得する行為は、贈賄者の「犯罪行為の内容の一部」とはなりえないからである。この点で本罪は投票収賄罪とは異なる。そうすると、少なくとも投票贈賄罪については別の理由が必要となるが、その点は明らかではない。また本判決は両者を統一的に説明しようとしていると読める。したがって、本判決が上の「読み」まで踏み込んだと解するのは、深読みしすぎの嫌いがある。

[53] 林鈺雄・前掲注（49）442頁。

[54] 林鈺雄・前掲注（49）442頁は本判決作成日を７月４日とするが、それは書記官が「右正本は原本と異ならないことを証明する」とした日付であり、判決原本作成日は判決書上、裁判官の署名の上にある７月３日であると目される。

官はこれに所属する〕は直ちに上述の決議を採用した判決〔本判決〕を出した」[55]と指摘する。つまり、本判決は同決議を受けたものなのである[56]。

実際、上の本判決の引用部分は、原判決に対する判断の部分を除き、同決議の結論となった説と読点の有無しか違いがない。これは単なる偶然ではない。というのも、この議題を提案したのは、刑事第７廷だったからである。つまり、本判決は最高裁刑事廷会議においてコンセンサスを得た上で、出されたものと推測される。わざわざそのような手順を踏んだのは、本判決と罪刑法定主義との緊張関係を懸念したからであろう。そこで以下、同決議を検討し、最高裁でどのような議論がなされたのかを明らかにする。

まず、そこでは「投票権のある者」になる時点について甲、乙、丙、丁、戊、己、庚の７説が示された。各説の主張および理由づけは以下のとおりである（カッコ内のＡ～Ｆは先の選挙の経過の各時点を示す）。

甲説は就任宣誓時（F）とする。その理由については、「県・市議会議員はたとえ当選したとしても、宣誓前は就任していないと見るべきであり、自ずから県・市議会議員の職権を行使することはできない。またすなわち県・市議会の議長・副議長を選挙する権限もない」ことを挙げる。

乙説は以下の２点の理由を挙げて、当選者名簿公告時(E)とする。すなわち、①就任宣誓後直ちに議長選が行われるため、甲説だと遅すぎ、「選挙への金銭の介入を防止し、もって選挙の公平と純潔を守る」という立法趣旨に合わない。②「公職人員選挙罷免法〔以下は当時の規定による。また「選挙法」と略す〕43条１項６号によると、『当選者名簿は投票日の後の７日以内に公告しなければならない』。この公告は選挙機関の当選者の当選資格に対する確認である。当選者名簿が公告されてから、当選者はようやく当選者の資格を正式に確定的に取得する。これ以前においては、投票結果の公表は候補者が当選したか否かを判断する参考の根拠にすぎない」。

丙説は選挙結果公表時（D）とする。その理由は次の２点である。①乙説①と同じである。②選挙法65条１項前段によると、「県・市議会議員の立候補者が当選したか否かはその得票数を基準とし、開票が終了し、選挙結果が公表されれば、当選したか否かはすでに確定している。当選者名簿の公告は、選挙機

[55] 林山田『刑法各罪論（下冊）（第５版２修）』（元照出版、2006年）170頁。
[56] 林鈺雄・前掲注（49）442頁も同旨。

関がその選挙事務を完成させる行政的手続にすぎず、当選者がその得票数がより多いことに基づき当選する資格には決して影響しない。社会の一般的状況を眺めると、選挙結果が公表されれば、当選者はすぐさま当選所感を発表し、投票に対する感謝の活動に移り、有権者もお祝いに駆けつける。他方、政党および県・市議長選に立候補しようとする者はまた指名および選挙活動に入り、当選名簿の正式な公告を待たない。公衆の認識によれば、みな県・市議会議員当選者は選挙結果公表時に当選をしていることに疑問を持たない」。

丁説は候補者名簿公告時（C）とする。その理由は以下のとおりである。すなわち、多くの者が我先に買収しようとするため、上の両説では投票贈収賄罪を適用する機会はほぼない。「各県･市議会議員の当選者は『選挙委員会が各県･市議会議員候補者名簿を公告した日より』、当該県・市議長選の『投票権のある者』となると解釈すれば、県・市議選活動開始後になされた選挙に関する贈収賄関連行為を刑法規定により処罰できるだけではなく、さらにその定義が明確であるため、実務上の認定にも疑義がなく、選挙に関する贈収賄の防遏に顕著な助けとなる」。

戊説は議員選挙公告時（B）とする。というのも、丁説だとそれ以前の賄賂行為について「なお刑法の規定により処罰できず、刑法の選挙に関する贈収賄を抑制し、選挙の風紀を正すという機能をなお発揮させることができない」ため、さらに前倒ししなければならないからである（議員選挙広告日は選挙法43条１項１号に明定されている）。

己説は県・市議会議員に「立候補する資格があり、かつ立候補の意思表示または活動を行い、客観的にその者が県・市議会議長・副議長の選挙人となるであろうと予見できる者」とする（A に近い）。その理由は以下のとおりである。すなわち、「投票権のある者」には広狭両義がある。狭義のそれは「法により現実に投票権を取得した者を指す」。具体的には議員に当選したと公告された者である（E）。広義のそれは、「それ〔狭義〕に加えていまだ現実に投票権を取得していないが、その身分、資格および言動などの具体的徴表により、客観的にその者が選挙人となるであろうと予見できる者をいう」。そして、「狭隘な表面的な字義の解釈に拘泥し」、議員当選の公告があり、現実に議長選の投票権を取得しなければ「投票権のある者」と認めないのであれば「刑法の選挙に関する贈収賄を処罰する規定は空文と化し……それはわが国の民主政治の発展に極めて不利な影響をもたらすことになる」。

庚説の主張および理由づけは本判決と同じである。つまり、事後に投票権を取得すれば行為時点におけるその有無は問わない。

なお、庚説については次の３つの意見が付されている。それは罪刑法定主義の明確性原則および類推解釈禁止の原則への違背の疑念に対する見解を示す「庚説の立論検討意見」、同説の結論の具体的妥当性を論じる「庚説に対する補充意見」、および改めて類推解釈ではないと論じる「庚説の再補充意見」である。以下では本稿の関心に即して、庚説が類推解釈ではないとする議論を見る。

まず、庚説の立論検討意見では、「庚説によると、『投票権のある者』は投票日までに投票権を取得すると予見されるあらゆる者を含むと解釈されるが、これは刑法の類推解釈の禁止原則に反しないか否か」という疑問に対して、次のような見解が示される。すなわち、拡張解釈と類推解釈との区別は「文義の可能」な範囲内にあるか否かによる。そして「『文義の可能』な範囲内については、実務上常に拡張解釈前と拡張解釈後の内包が同じか否かで判断して〔いる〕。……同じ内包の用語については……『内包が変わらなければ、外延も変わらない』原則により、それはなお『文義の可能』な範囲内にあると解すべきである。……上述の各説がそれぞれ解釈した用語と原文の『投票権のある者』は、いずれも先に挙げた２つの共同メルクマール〔「人」と「投票権のある」〕の内包にほかならず、思うに上の説明によると、いずれも『投票権のある者』の文義の予測可能な範囲を超えておらず、正当な論理解釈といいうる」とし、「拡張解釈の一種というべきである」とする。

また、庚説の再補充意見は次のように説く。今日「罪刑法定主義の内容にも変化があり、厳格なものから緩やかになっている。特に構成要件の解釈において、形式的な言語または文字上の字義の範囲に拘泥せず、立法目的の実質を重視していくことが趨勢となりつつある。もちろん、このことは文理解釈の放棄を意味せず、時空的環境の相違により、文義については伝統的な言語学上または文字学上の字義によって解釈するのではなく、『可能な文義』を解釈の限界とし、これは一般人民の法感情を基礎とし、立法の目的を重視し、文義を解釈し、一般人民が受け容れるとともに認識できるようにする」。そして両罪の「立法目的は選挙の公正および純潔の確保にあり、また憲法132条を最高の根拠とする」。したがって、以上の本解釈は「自ずから『可能な文義』の限界に符合し、一般人民の法感情と合致し、しかも一般人民が受け容れるとともに認知でき、罪刑法定主義に違背するおそれはない」、と。

そして、同決議では最も早い時期から処罰を認める庚説が採用されるとともに、同説が罪刑法定主義に反しないことについての主張が積極的に示された。

だが、林鈺雄は同決議に対して、以下のように論じ、「法政策的考慮が罪刑法定原則を凌駕した」という根本的な批判を浴びせる。すなわち、その「主な立論は『選挙に関する贈収賄を禁圧し、選挙の風紀を正す』という法政策的観点である」。しかし、「もしなお刑法の帝王条項である罪刑法定原則(刑法１条！)を遵守したいとすれば、処罰の間隙は新たな立法により解決するほかない」。しかも、他の収賄罪の規定ぶりからも、「投票権のある者」は行為時に投票権がなければならない。すなわち、公務員が職務上の行為または職務に違背する行為について賄賂またはその他の不正な利益を要求・約束・収受した場合は、121・122条の公務員収賄罪が成立する。本罪も身分犯であり、行為主体は「行為当時」に公務員の身分が必要である。投票収賄罪についてのみ例外を設ける道理は全くない。さらに、「収賄した後に身分を取得する」場合について、刑法は特別に準収賄罪（123条）を規定する。同条は「公務員または仲裁人になっていないときに、あらかじめ職務上の行為について、賄賂またはその他の不正な利益を要求約束し、または収受し、公務員または仲裁人になった後に履行した者は、公務員または仲裁人が賄賂またはその他の不正な利益を要求約束し、または収受したとして論ずる」と定める。このように、本件のような投票収賄行為に143条を適用しようとするならば、「立法手段により補うほかないというべきである」[57]、と。

また林山田も、同決議に対して、「こうした目的的解釈により形成された拡張解釈の結果は、もとより現下の問題を解決することができるが、〔罪〕刑法定原則下の類推適用禁止の原則と抵触し、議論の余地がある」[58] とする。

---

[57] 林鈺雄・前掲注（49）443 ～ 444頁。黄仲夫編著『刑法精義（修訂25版)』（元照出版、2009年）403頁も同旨。

[58] 林山田・前掲注(55) 169 ～ 170頁。なお、同決議（および本判決）は事実の「類似性」を根拠としているわけではないため、厳密には「類推」の論理とはいえないと思われるが、それが罪刑法定主義の見地から許容されない解釈であることに変わりはない。むしろ、処罰の必要性の類似性・同等性を根拠に、実行行為時に身分のない身分犯の成立を――事後的に身分を取得した場合に成立するとしたとはいえ――肯定したことは、いわゆる身分犯における「身分と実行行為同時存在の原則」（庭山英雄「偽証罪の宣誓行為に関する一考察」一橋研究

以上の同決議に対する批判は、そのまま本判決にも妥当する。その背景には「賄賂がなければ選挙にならない」［無賄不成選］といわれるほどの深刻な選挙の腐敗があるのだが、むしろそうであるからこそ、林鈺雄の「法政策的考慮が罪刑法定原則を凌駕した」とする批判がより説得力を増すように思われる。

３．３　小括

以上のように、台湾にも罪刑法定主義の見地から問題とされる裁判例は存在する。そして、そうした裁判例における法解釈の特徴として、次の点を指摘することができよう。それは、本稿で検討した２件の最高裁判決および関連する司法院文書・最高裁決議から、台湾では（も）、条文の枠よりも、法益保護や処罰の必要性、「立法本意」・「立法趣旨」などに重きを置き、その結果、刑法条文を罪刑法定主義の見地から許容されないと批判されるまでに柔軟に解釈していることである。

まず、1995年台上字5648号判決では、錯誤に陥らないはずの機械＝CD 機から、他人のキャッシュカードを不正に利用して現金を引き出す行為に窃盗罪ではなく、「錯誤に陥る」ことを要件とする詐欺罪の成立を認めた。そしてその背後には、当該行為に窃盗罪の成立を認めてしまうと他の行為について処罰の間隙が生じてしまうという懸念があったと考えられる。

また2001年台上字4054号判決は、刑法143・144条の趣旨を「選挙への金銭の介入を防止し、もって選挙の公平と純潔を守ること」に求めた上で、近年の選挙の風紀の悪化を憂い、賄賂の前倒しが「選挙の風紀をひどく悪化させ、刑法の関係規定により規律することが強く求められる」とし、「狭隘な字義の解釈に」拘泥してはならない、と説く。ここでは法益保護が前面に押し出され、文言による制約が軽視されている観すらある。しかし文言による制約も立法の趣旨のはずである。刑法は準収賄罪（123条。日本の事前収賄罪に相当する）を設けており、現に公務員であるときの収賄（121・122条）と公務員になる前の収賄とを区別している。そうすると、本判決のように実行行為時に現に投票権がない者までをも「投票権のある者」とするのは、121条ないし123条に示された刑法の趣旨と齟齬を来すことになろう。

結局、こうした判断の根底にあるのは、法益保護や処罰の必要性により文言

12号（1965年）５頁）に反する点で、問題はより深刻であると考えられる。

による制約を緩めていこうとする（より抽象的に言えば、形式的価値よりも実質的価値を重視する）考え方である。そしてここには、いわゆる「日本」的法文化・意識に似た思考様式を見出すことができよう。

4　裁判例の検討2――日本との比較から

それでは、日本と台湾の実務における罪刑法定主義の「感覚」に、どれほどの違いがあるのだろうか。1995年台上字5648号判決と同様の事案について、欺罔行為がない（機械は錯誤に陥らない）ことを理由に窃盗罪の成立を認める日本の実務[59]を想起すると、台湾は日本よりも柔軟に刑法を解釈していると思われるかもしれない。しかし事はそう単純ではなく、この1例だけでは甲乙付けがたい[60]。というのも、以下に見るように、日台ともに同程度に柔軟に解釈している例、また日本の方が台湾よりも柔軟に解釈している例があるからである。以下では、日本で罪刑法定主義の見地から問題とされている論点が、台湾の実務でどのように取り扱われているのか、という視点からそのことを検討する。

4．1　日台同程度に解釈が柔軟な事例――コピーの文書性

ここでは、文書偽造罪に関連して、いわゆるコピーの文書性を取り上げる。平野龍一が日本の罪刑法定主義の「感覚」がドイツよりも「いくらか鈍いように思われる」と論じた際の主な論拠がこれである[61]。

問題は次のようなものである。まず、学説上、「文書偽造罪にいう文書であるためには、一般に、①（物体の上に固定された）人の意思・観念の表示の存在、②（意思・観念の主体である）作成名義人の認識可能性がその要件となると考えられている」。そして、同罪は「文書の証拠性を害する『証拠犯罪』……として把握され……いかに精巧なコピーであるにせよ、それ自体を原本ないし本物として作る（たとえば、カラー・コピー機を使って偽一万円札を作るような場合を想定されたい）のではなく、あくまでもコピーとして作る以上、それはコピーされた原本が存在するということを機械的に示すものにほかなら

[59] 前掲注（39）参照。
[60] なお、2001年台上字4054号判決については、前掲注（52）・（58）参照。
[61] さらに電気の財物性の問題も指摘する。

ず、その作成名義人はコピー自体の作成者であり、しかも誰が作成したものであるか不明である以上（コピーの作成者が記載されている場合は別論である）、文書性の要件を欠きそもそも文書には当たらない」[62]。

しかし、最判昭和51年４月30日刑集30巻３号453頁は、供託官Ａ「作成名義の真正な供託金受領証から切り取つた供託官の記名印及び公印押捺部分を、虚偽の供託事実を記入した供託書用紙の下方に接続させてこれを電子複写機で複写」した所為に、「公文書の写真コピーの性質〔「写ではあるが、複写した者の意識が介在する余地のない、機械的に正確な複写版であ〔る〕」〕とその社会的機能に照らすときは、右コピーは、文書本来の性質上写真コピーが原本と同様の機能と信用性を有しえない場合を除き、公文書偽造罪の客体たりうるものであつて、この場合においては、原本と同一の意識内容を保有する原本作成名義人作成名義の公文書と解すべきであ〔る〕」として、有印公文書偽造罪の成立を認めた[63]。

こうした同判決について、平野は「最高裁判所の判決に現われた事案も、原本自体を偽造又は変造したのではない場合であった。そこで『処罰の必要』を感じて、コピーの偽造も文書偽造だとしたのであろうが、しかしこれは、『処罰の必要』にまどわされて、『罪刑法定主義の精神』を忘れたものというほかはない」[64] と指摘したのであった。

台湾刑法でもコピーの文書性は問題となりうる[65]。例えば林山田は文書偽造罪の客体である文書[66] の要件として、①有体物であること、②観念の内容が

---

[62] 以上について、山口厚『問題探求刑法各論』（有斐閣、1999年）241～243頁参照。

[63] なお、このほか広島高岡山支判平成８年５月22日高刑集49巻２号246頁参照。

[64] 平野・前掲注（３）413頁。

[65] ただし、議論はそれほど活発ではないように見受けられる。なお、後掲注(80)参照。

[66]「公文書とは、公務員が職務上作成した文書をいう」（10条３項）。また偽造・変造は有形偽造・有形変造を指す。両者の違いについて、1939年上字2278号判例は、「刑法上にいわゆる文書の変造とは、作成権限のない者が、他人の作成した真正文書を改造し、その内容を変更することをいい、作成権者の署名押印のある白地文書を他の用途に用いれば、それには元々文書の内容が存在しないため、その真実の内容に変更を加えたのではなく、自ずから文書の偽造行為に当たり、変造として論じることはできない」（要旨）とする。このほか、準文

あること、③文字または符号により記述された観念または意思の表示であること、④観念または意思の表示者が明示されており、または認識できなければならないこと、の４点を挙げる。そしてコピー等が「文書の品質を有し、刑法上の文書と認定できるか否かについては、その作成手続により判断する。……〔コピー等〕はいずれも原本の複製品であり、本来的には文書の品質を有していないが、公務機関が公印を押捺する、あるいは裁判所公証処がそれが原本と異ならないことを公証し、かつその上に公証印を押捺すれば、自ずから文書とみなすことができる」[67] とする。これによれば、コピーは原則として文書ではないことになる。

だが、台湾の最高裁も日本の最高裁と同様に――例外はあったが――コピーの文書性を肯定する。これに関する主な最高裁判例・判決は３件ある。順に見ていこう。

> 210条
> 私文書を偽造し、変造し、公衆または他人に損害を発生しうる者は、５年以下の有期懲役に処する。
> 211条
> 公文書を偽造し、変造し、公衆または他人に損害を発生しうる者は、１年以上、７年以下の有期懲役に処する。
> 216条
> 211条ないし215条の文書を行使した者は、文書を偽造し、変造し、または不実の事項を記載し、もしくは不実の事項を記載させたの規定により処断する。

（１）1981年台上字1107号判例（上訴棄却）

原判決が認定した主な事実は次のとおりである。上訴人（被告人）ＸはＡの妻Ｂと情を通じ、ＢがＣを出生したところ、自己の子と考え、養子にするために、Ａを繰り返し脅迫した。ＡはＸを脅迫罪等で告訴した。Ｘは警察の取調べを受けた後、罪から逃れ、また将来Ｃを養子とするために、ＡがＣをＸの養子とする旨のＡの署名・押印（Ａが以前Ｘ宅に忘れた本人の印鑑を使用）のある約定書を偽造した。そして、Ｘは取調べの際に（養子の件がＡの

書を定める220条参照。

[67] 以上について林山田・前掲注（55）416 ～ 420頁。

意思でもあることを示すために）そのコピーを検察官に提示（行使）した。

本判決は、このように私文書を偽造した後に、そのコピーをコピーとして行使した場合には、「コピー行使の作用は原本と同じであり、私文書を偽造した後、そのコピーを行使すれば、偽造という低度の行為は高度の行使行為に吸収され、偽造私文書行使罪として論ずるべきである」とし、偽造文書のコピーの行使に偽造私文書行使罪の成立を認めた(68)。

（2）1983年台上字2859号判決（破棄差戻し）

原判決が認定した主な事実は次のとおりである。上訴人（被告人）X_1は建物増築のための建築・使用許可書の申請手続の際に、既存の使用許可書の構造種類欄の「レンガ造 RC 補強」の文字を白紙で覆い、その上に「RC 構造」の印を押捺し、構造種類を変造した後に、当該許可書をコピーし、当該コピーの上に「本図と正本が一致することを確認した」および「X_2確認印」を押捺し、それが業務上作成する建築許可書申請書の構造種類欄を「RC 構造」とする不実の記載をした。その後、情を知る上訴人（被告人）X_2が審査・署名した後、政府に公文書不実記載をさせて、それに基づき建築許可書を発給させた。なお、両被告人が問われたのは、公文書変造罪・同行使罪（211・216条）であった。

本判決は次のように判示し、コピーの文書性を明確に否定した上で、変造公文書行使罪の成立を否定した。すなわち、「建物使用許可書上の構造種類欄の『レンガ造 RC 補強』の文字を白紙で覆い、『RC 構造』の文字に改めたことは、もとより変造行為に当たるが、それにより作成したコピーは、建物使用許可書ではない。まことにコピーは手写、描画と決して異なるところはなく、第三者が原本と相違しないことを証明した場合には当該第三者が作成した文書となるほか、コピー、手写本は決して独立した文書ではなく、さらには原本と同じ効力があるとはいいがたく、上訴人が当該コピーにより建築許可証を申請したとしても、自ずから変造の文書を行使したに当たらない」(69)。

---

(68) なお、「コピーを示すことを、原本行使の一態様と認めることは、可能である」（平野・前掲注（3）412頁）が、少なくとも本判決はそこまで明示していない。

(69) なお判旨の傍点部は、本件コピーに付された X_2名義のいわゆる認証文言（事実部分の傍点部）は、第三者のそれではない（情を知る共犯者のものである）ため、認証文言名義人の文書とはならず、なおコピーである、という趣旨と解

（3）1984年台上字3885判例（上訴棄却）

原判決が認定した主な事実は次のとおりである。上訴人（被告人）X はA社が同人に交付したB社（イギリス）製水銀灯 Z_1 の輸入証明書のコピーに記載されている製品名を、「Z_1」から「Z_2」に改めた。また当該コピーには、A社が同社および責任者の印を押捺し、数量等の事項および原本に相違ない旨が注記されていたが、両印影および注記を消去し、もって変造した。X の委託を受けたCは、それを用いて輸入証明書の再発行を申請し、税関に Z_2 を輸入した旨を証明する輸入証明書を再発行させた。

本判決は次のように判示し、上記の所為に公文書変造罪の成立を肯定した(70)。すなわち、「当裁判所の最新の見解によれば、コピーは原本と同じ効果があり、原本をコピーした後、原本の一部の内容を改ざんしてから再びコピーすることは、作成権限のない者がその原本を改ざんし、別個にその意思を表示するものを作成することと異なら〔ない〕」。なお、本判例の要旨は若干これと異なり、「コピーは原本と同じ効果がありえ〔可〕、原本をコピーした後、コピーの一部の内容を改ざんしてから再びコピーすることは、作成権限のない者がその原本を改ざんし、別個にその意思を表示するものを作成することと異なら〔ない〕」とされている（下線部は変更点）。「原本」を「コピー」に改めたのは、実際の改ざんの客体は原本ではなくコピーだったため、誤解を防ぐためであろう。以下、判例要旨に即して論を進める。

さて、本判例は結局、公文書の「①原本をコピーした後、②コピーの一部の内容を改ざんしてから③再びコピーすること」（丸数字は坂口）が公文書変造罪に当たると判示したことになる。そこで、上の判旨を本件各行為に当てはめてみる。まず、①はA社が輸入証明書をコピーしたことを指す(71)。次に②は、輸入証明書のコピーの製品名を変更し、認証文言を削除したことを指す。最後

される。また、変造の態様について、原本の変更箇所を「白紙で覆い」変更していることから、原本自体に変更は加えられていないのかもしれない。

(70) なお、公文書変造罪と同行使罪については（1）判例と同様に、「それが公文書を変造し、公務員に不実の記載をさせた後、さらに行使すれば、変造および公務員に不実の記載をさせる低度の行為は、それぞれの行使という高度の行為に吸収され、各文書の行使罪として論ずるべき」とした。

(71) 日本であれば、A社（およびその責任者）が認証文言を付与していることから、当該コピーはA社を作成名義人とする私文書となると解される。

に、③については明示されていない。「もって変造した」がこれを指すのかもしれない。いずれにせよ、ここで重要な点は、X は原本たる公文書を直接変造していない、ということである。にもかかわらず、公文書偽造罪でも、また私文書変造罪でもなく、公文書変造罪が成立するというのである。そしてその論理的前提は、公文書のコピーは（効果は同じであるから）公文書である、ということになろう(72)。

（4）まとめ

以上のように、台湾の判例は偽造私文書のコピーの提示に偽造私文書偽造罪が、また公文書のコピーの改ざんに公文書変造罪が成立するとしており、日本と同様に、コピーの文書性を肯定しているといえよう。

そして、その論拠は「コピーは原本と同じ効果があ〔る〕」という、「社会的機能」の同一性である。その後の最高裁判決では、この点がより明確に示されている。例えば、2002年台上字7543号判決は、A 検察署 B 検事署名押印の白地捜索状［捜索票］(73) を入手し、そのカラーコピーを 4 部作成した所為について、「文書の影印本または複印本は、手写やタイプライターと異なり、まさに原本の内容の再現であり、しかもその形式、外観、すなわち一画一画は寸分の違いがなく、吾人の社会生活において自ずから原本に代替することができ、原本と同じ社会的機能と信用性（信憑性）をもつと考えられているため、一般的状況においてはいずれも適用でき、原本作成者の直接の意思表示の内容とみなし、原本作成者の作成した文書となり、自ずから文書偽造罪の客体となりえないわけがなく、故にもし原本を影（複）印した後、原本の部分にかかる内容を

(72) なお、本判決は先に引用した判示部分の直前で、X が「当裁判所1983年台上字2859号刑事判決を引用して論拠とするが、当該判決の法律上の見解を考えるに、本件とは状況を異にするため、採用でき〔ない〕」と判示する。両者の射程を測る上で、何を指して「状況を異にする」と判断したのかは重要であるが、本判決は何も語っておらず、また学説の議論も管見には及ばない。本件では認証文言を削除したことから、原本として行使したのかもしれない。そうであれば、行使部分については「状況を異にする」といえよう（（2）判決も変造行為は認める）。

(73) 2001年の刑事訴訟法改正以前において、捜査段階での捜索状の発付権限は検察官にあった（旧128条 3 項）。なお、本件行為は1994年になされたものである。

改ざんし、再度コピーすれば、それは作成権限のない者が原本を改ざんし、別の意思表示をすることと異なるところはない」と判示した(74)。

このように、文書とコピーの「社会的機能」の同一性ないしは近似性から、コピーの文書性を肯定する点は、日台同じである(75)。

4.2 日本の解釈がより柔軟な事例——業務上過失致死傷罪における「業務」概念

周知のとおり日本では、2007年に自動車運転過失致死傷罪（211条２項）が設けられるまで、自動車運転中の過失により人を負傷・死亡させる事故を惹起した場合(76)は、仕事とは一切関係がなくとも「業務」上のものとして(77)、業務上過失致死傷罪が適用されていた。それは判例が「業務」を「本来人が社会生活上の地位に基き反覆継続して行う行為であつて……かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを必要とするけれども、行為者の目的がこれによつて収入を得るにあるとその他の欲望を充たすにあるとは問わない」(78)と理解するからである。こうした「業務」理解について、松宮孝明は「およそなんらかの『仕事』と関係のない行為を『業務』というのは、どう考えても類推であろう」(79)と批判する。

台湾でも刑法に「業務に従事する者が、業務上の過失により」人を死亡させ、

(74) このほか、2006年台上字2295号判決参照。

(75) なお、文書の改ざんコピーを作成した場合、日本では「たとえ、その改ざんが、公文書の原本自体になされたのであれば、未だ文書の変造の範ちゆうに属するとみられる程度にとどまつているとしても、原本とは別個の文書を作り出すのであるから、文書の変造ではなく、文書の偽造に当たる」とされる（最決昭和61年６月27日刑集40巻４号340頁）。

(76) なお、「無免許運転中の死傷事故等は、重過失致死傷罪として処理されるのが通例である」（松宮孝明『刑法各論講義（補訂版）』（成文堂、2006年）55頁）とされていた。

(77) 東京高判昭和35年12月12日高刑集13巻９号648頁参照。

(78) 最判昭和33年４月18日刑集12巻６号1090頁参照。なお、西田・前掲注（39）63頁は、自動車運転過失致死傷罪が設けられたことにより、「自動車運転は『業務』に限定されないことが明確となったが、反面で、従来の業務性概念も修正を迫られよう」と指摘する。

(79) 松宮孝明『刑法各論講義（第２版）』（成文堂、2008年）54頁。

または傷害した罪が規定されている（業務上過失致死罪（276条２項）、業務上過失致傷罪（284条２項）参照）。しかし、例えば1957年台上字13号判例が「刑法276条２項の業務上過失致死罪は、行為者の過失が業務上の行為に基づき発生した場合に限る。上訴人〔被告人〕X は運転手助手であり、運転手業務を担っておらず、それが偶々運転手の病気のため、代わりに運転したことにより、誤って人をひき殺したとしても、自ずから通常過失による致死であり、業務上過失責任を負わ〔ない〕」としたように、そこでの「業務」は日本よりも厳格に解されている(80)。

４．３　小括

以上のように、日本で罪刑法定主義の見地から問題とされている論点については、一方で日台ともに同程度に柔軟に解釈している場合があり、また他方では日本の方が台湾よりも柔軟に解釈している場合もある。３で検討した裁判例も併せて考えると、日本と台湾の実務における解釈のどちらがより柔軟か、あるいは彼我の罪刑法定主義の「感覚」については、顕著な隔たりがあるとはいえないであろう。

５　裁判例の検討３――中国の場合

以上のように、実務における罪刑法定主義の「感覚」については、日台両国ともに問題なしとはいえない状況にある。とはいえ、それでも刑法の解釈は必

(80)　筆者は2010年３月１日に林鈺雄副教授からご教示いただく機会を得た。その際に林副教授は、台湾でも日本と同様に「罪刑法定主義を正面から否定する者はいないが、具体的な条文の解釈においては、罪刑法定主義に反する場合がある」、「平野龍一教授は文書偽造罪におけるいわゆるコピーの文書性の論点を素材として議論したが、台湾でもコピーの文書性が肯定されている。ただ、この点はまだ軽微なものであるといえよう。例えば業務上過失致死罪における『業務』概念は広すぎる。例えばトラックドライバーが休日に子供を車に乗せて遊びに行くときに事故を起こした場合も『業務』とされる。このほか、広く『業務』に関する事柄で乗車して事故を起こして死傷の結果を惹起した場合も、業務上過失致死傷罪が成立する」と述べた。そして筆者が（本文で述べたように）日本の「業務」概念がさらに広く、「仕事」とは関係がないにもかかわらず「業務」となりうることを説明すると、驚きを隠さなかった。

ず条文の「言葉の可能な意味」の範囲内でなければならないと考えられている点を看過してはならない。このことは本稿で検討した日台の裁判例が、少なくとも形式論理的には結論が「言葉の可能な意味」の範囲内に収まるように「解釈」していることから、十分に読み取れると思われる。

日本の読者諸氏は罪刑法定主義を規定しているのだから当たり前のことだと思われるかも知れない。それはそのとおりである。だが、中国を想起した場合には、それは必ずしも当たり前のことではない(81)。

もっとも、中国の現行刑法３条は「法律に犯罪行為であると明文規定しているものは、法律により犯罪を認定し刑罰を科す。法律に犯罪行為であると明文規定していないものは、犯罪を認定し刑罰を科すことはできない」と規定する。同条は［罪刑法定原則］を定めたものと理解されており(82)、学説の説くそれは、一般に日本・台湾で理解されている罪刑法定主義と大きな違いはない(83)。そして学説上、「言葉の可能な意味」を完全に超えれば拡張解釈ではなく、３条の禁止する類推解釈であると説かれる(84)。したがって、ここでも、解釈は必ず条文の「言葉の可能な意味」の範囲内でなされなければならないことになる。

だが、ここでも理念と現実のギャップが存在する。それはいかほどのものか。従来、中国の学説において、罪刑法定主義の見地から問題とされてきた裁判例・司法解釈は少なくはないが、ここでは、その中でもとりわけ問題が深刻と思われる事例を、１件だけ取り上げることにする。それは、外観上炭疽菌に似た、

(81) 例えば拙稿・前掲注（６）170頁以下、拙著『現代中国刑事裁判論――裁判をめぐる政治と法』（北海道大学出版会、2009年）341 ～ 348頁参照。

(82) ただし、前段に関しては議論がある。例えば何秉松（中国政法大学教授）は、前段が「積極的罪刑法定原則」を、後段が「消極的罪刑法定原則」を定めたものとする（何秉松主編『刑法教程（根据1997年刑法修訂）』（中国法制出版社、1998年）36 ～ 43頁〔同〕参照）。これに対して、張明楷（清華大学教授）は罪刑法定主義を定めるのは後段であり、前段は法益保護主義を定めたものとする（同「司法上的犯罪化与非犯罪化」法学家2008年４期72頁参照）。このほか、小口・前掲注（６）２～７頁参照。

(83) 高銘暄・馬克昌主編『刑法学（第２版）』（中国法制出版社、2007年）21頁〔高〕参照。また、拙稿「中国刑法における罪刑法定主義の命運――近代法の拒絶と受容――（２・完）」北大法学論集52巻４号（2001年）228 ～ 229頁参照。

(84) 例えば趙秉志主編『刑法新教程』（中国人民大学出版社、2001年）43頁〔同〕参照。

白色の食品乾燥剤の粉末をそれぞれ政府指導者および報道機関の個人宛に郵送した行為が危険方法公共安全危害罪（114条。刑法修正条項（３）（2001年12月29日）による改正前の旧規定を指す。以下同じ）に該当するとした、2001年12月18日の上海市第２中級人民裁判所の判決[85]である（１審・発効）。

> 114条
> 放火、出水、爆破、毒物混入またはその他の危険な方法で、工場、鉱山、油田、港湾、河川、水源、倉庫、住宅、森林、農場、脱穀場、牧場、重要なパイプライン、公共建築物またはその他の公私の財産を破壊し、公共の安全に危害を及ぼし、なお重大な結果を惹起しなかった者は、３年以上10年以下の有期懲役に処する。

【事実の概要】

認定事実は以下のとおりである。「2001年10月、被告人Ｘは報道を通じて、炭疽菌が白い粉末状の病原菌であり、外国でそれが同封された郵便物に接触した人が死亡する事件が起きたことを知り、社会の大衆が類似の郵便物を受け取れば恐怖に陥ると考えた。同月18日、Ｘは家にあった粉末状の食品乾燥剤をそれぞれ封筒２通に入れ、受取人に『上海市政府』および『東方路2000号』（上海東方電視台）と記した後……上海市政府の指導者Ａと上海東方電視台報道センターのＢに郵送した。

同年10月19・22日に、上海市人民政府信訪辦公室……職員Ｃ等、および東方電視台のＢは上述の白色の粉末が同封された当該郵便物を開披した後、極度のストレスに襲われるとともに、周囲の人々は恐怖に陥った。関連部門が大量の措置を講じた後、ようやくこれらの者の恐怖感が徐々に拭われた」。

公訴人は、被告人Ｘが「偽の炭疽菌を郵便物に入れて郵送する方法を用いて、テロの雰囲気を醸成し、大衆心理を恐怖に陥れ、公共の安全に危害を及ぼそうと謀った所為は、危険方法公共安全危害罪を構成する」と主張した。

「被告人Ｘは起訴状記載の事実に異議を唱えなかった。

弁護人は起訴状記載の事実および罪名に異議を唱えなかった。Ｘが郵送したのは偽の炭疽菌であり、その行為は重大な結果を惹起するには至っていないと

[85] 華東刑事司法評論３巻（2003年）272頁以下参照。

考えた。またXは郵便物に白色粉末を入れてBに送った事実を自主的に供述しており、処罰をより軽くするよう建議した」。

【判旨】

「当裁判所は、被告人Xが政府、報道メディアに偽の炭疽菌を同封した郵便物を送った行為は、テロの雰囲気を醸成する目的を達成し、大衆心理を恐怖に陥れ、公共の安全に危害を及ぼし、その行為は危険方法公共安全危害罪に該当し、公訴機関が訴追した罪名は成立すると考える。……テロ犯罪活動を懲らしめ、また防止し、国家の安全、社会公共の安全および市民の人身、財産の安全を保証し、社会秩序を守るために、刑法114条……の規定により、次のように判決する。

一、被告人Xを危険方法公共安全危害罪により、有期懲役4年に処する〔以下省略〕」。

【コメント】

本判決に対する最大の批判は、炭疽菌ではない白色の食品乾燥剤の粉末を、「上海市政府の指導者Aと上海東方電視台報道センターのB」に郵送した行為が、危険方法公共安全危害罪にいう、「その他の危険な方法により……公共の安全に危害を及ぼし〔た〕」に当たるとされた点である。以下、この点を敷衍しよう。

まず、刑法114条の通説的理解によると、本罪は「公共の安全」に対する危険犯であり、これは「不特定多数人の生命、健康または重大な公私の財産の安全」[86]を指すとされる。そして「その他の危険な方法」とは、「放火、出水、爆破、毒物混入の危険性に相当し、公共の安全に危害を及ぼしうる方法を指す。……およそ危険性が相当せず、公共の安全に危害を及ぼすに足りない行為は、いずれも刑法所定の『その他の危険な方法』には当たらない」[87]とされる。

そして、本判決に対する批判も、こうした理解に拠っている。本判決に対して、最も詳細かつ包括的な批判を展開している游偉（華東政法学院教授）・謝

[86] 肖揚主編『中国新刑法学』（中国人民公安大学出版社、1997年）319頁、高銘暄主編『新編中国刑法学（上冊）』（中国人民大学出版社、1998年）510頁〔趙炳寿〕。趙秉志主編『新刑法教程』（中国人民大学出版社、1997年）434頁〔張旭〕も同旨。

[87] 肖揚・前掲注（86）326頁。

錫美（上海教育科学研究院研究員）は、次のようにその問題を鋭敏に切り出す。すなわち、「彼が郵送した郵便物にははっきりと上海市政府某指導者および東方路2000号上海東方電視台のＢと明記されており、その行為の対象は特定人の範囲内に限定されており、不特定多数人の生命、健康の安全を危うくし、または公私の財産の安全を損なう現実的可能性は存在しない。しかも、一般人の認識からいっても、偽の炭疽菌を入れた郵便物を郵送する方法を用いても、放火、出水、爆破などと同じ、あるいはそれらに相当する危険性がないばかりか、食品乾燥剤は無毒無害の物質であるため、その行為はまた公共の安全に危害を惹起する現実的可能性を欠く。……〔Ｘの行為は〕放火、出水、爆破などの危険な方法を用いる行為とは全く同列に論ずることはできない」[88]、と。つまり、Ｘの行為の「危険」は特定人にしか及びえず、よってそれが侵害するのは「公共の安全」ではなく、しかも、その行為にはそもそも「公共の安全」に対する危険が認められず、「その他の危険な方法により公共の安全に危害を及ぼした」とはいえない、というのである[89]。

---

[88] 游偉・謝錫美「“罪刑法定”原則如何堅守――全国首例投寄虚假炭疽恐吓郵件案定性研究」華東刑事司法評論３巻（2003年）270頁。さらに著者は、「彼は主観的に、自己の行為が不特定多数人の生命や健康の安全に危害を、または公私の財産に大損害を及ぼしえないことを知っていた」ことから、故意が認められないと論じる（同上）。

[89] このほか、労東燕（清華大学副教授）は「Ｘが郵送した対象も同罪が明文で列挙する犯罪対象と基本的な同質性を欠く」（同『罪刑法定本土化的法治叙事』（北京大学出版社、2010年）25頁）とし、同条所定の「工場……その他の公私の財産」の破壊の要件に該当しないことを指摘する。また周少華（西北政法学院学報編集）も同旨と解される（同「罪刑法定在刑事司法中的命運――由一則案例引出的法律思考」法学研究2003年２期86 ～ 87頁参照）。ただし、そもそも同条の解釈として、学説は例えば「およそ放火、出水、爆破、毒物混入の危険性に相当する危険な方法、例えば通電フェンスの勝手な設置、車を運転し人の群れに突っ込むなどの危険な方法で公共の安全に危害を及ぼす行為であれば、本罪を構成しうる」（趙秉志・前掲注（86）451 ～ 452頁〔張旭〕）と説き、それらを例示列挙として扱っているようである。とはいえ、起草当局はこれらの行為客体の侵害が同罪成立のためには不可欠であるとする（全国人大常委会法制工作委員会刑法室編著『中華人民共和国刑法釈義』（法律出版社、1997年）127 ～ 128頁参照。なお、刑法修正条項（３）１条により同条が改正され、「工

また、游偉・謝錫美は「それはせいぜい社会管理秩序に危害を及ぼす違法行為にすぎない」としつつも、行為時の各則６章「社会の管理秩序を妨害する罪」には本件行為に適用しうる罰条はないとする(90)。なお、ここでわざわざ「行為時」というのは、本判決の11日後の2001年12月29日に刑法修正条項（３）が採択され、各則６章に291条の１が新設されたことによる。すなわち、同条は「偽の爆発性、有毒有害性、放射性、伝染病病原体などの物質を投げ放ち、または爆破の脅威、生物化学の脅威、放射能の脅威などのテロ情報をねつ造し、もしくはねつ造されたテロ情報であることを知って故意に伝播し、社会秩序を著しく壊乱した者は、５年以下の有期懲役、拘役または管制に処する。重大な結果を惹起した者は、５年以上の有期懲役に処する」と定める。そして、同条はまさにＸの行為に合致する規定である。このことは、Ｘの行為が「公共の安全」を危殆化するものではなく、「社会の管理秩序を妨害する」ものであり、侵害した［犯罪客体］（保護法益に相当する）が異なること(91)を、また同条新設を要したことから、行為時にはＸの行為に対する罰条が存在していなかったことを意味している(92)と考えられる。実際、同条の立法理由として「こうした行為〔同条所定の行為〕は伝染病の伝播を実際には惹起しえず、公共の安全に危害を及ぼす面の犯罪には当たらず、公共安全危害罪の規定を適用しがたく、当時の刑法にはまた相応の規定を欠いていた」(93)ことが挙げられている。

結局、本判決は、「公共の安全」に危害を及ぼしうるような「危険な方法」でもなく、また実際に「公共の安全」を危殆化しえない、「社会の管理秩序を妨害する」Ｘの行為を、「公共の安全に危害を及ぼし、その行為は危険方法公共安全危害罪に該当〔する〕」としたことになる。そしてこうした本判決に対して、陳興良（北京大学教授）は「偽の炭疽菌を郵送する行為は客観的に公共の安全に危害を及ぼす性質を全く有しておらず、それと炭疽菌郵送行為との性質は全く異なり、類似関係すら存在せず、類推適用と呼ぶことすら十分に遠慮

場……その他の公私の財産を破壊し」という文言は削除された）。

(90) 游偉他・前掲注（88）270 ～ 272頁参照。

(91) 游偉他・前掲注（88）271 ～ 272頁参照。

(92) 周少華・前掲注（89）100頁参照。

(93) 全国人大常委会法制工作委員会刑法室編『《中華人民共和国刑法》条文説明、立法理由及相関規定』（北京大学出版社、2009年）604頁。

したものである。その後の立法の補充規定もこのことを物語っている」[94] と鋭く批判する。

それではなぜ裁判所はこうした法適用を行ったのか。まず指摘できるのは、本件のような問題について、最高人民裁判所がその立場をすでに明確に示していたことである。すなわち、本判決に先立ち、最高人民裁判所・最高人民検察院・警察省［公安部］「法によりテロ犯罪活動に厳しく打撃を加えることに関する通知」（2001年11月２日）４条３号は、「偽の炭疽、コレラなどの伝染病病原菌、ウイルスまたはその他の危険品を散布し、郵送し、投げ放ち、テロの風説を作出し、流布し、脅迫の郵便物、物品を郵送し、脅迫の電話を掛け、脅迫のビラを散布し、テロのスローガンを貼付し、またはその他の脅迫行為を実施した者は、次に掲げる状況によりそれぞれ処理する。……（３）テロの雰囲気を醸成し、大衆心理を恐怖に陥れ、公共の安全に危害を及ぼしたものは、刑法114条の規定により刑事責任を追及する」と定めていた[95]。本判決はこの通知を引用していないが、判文と同３号の文言が酷似することから、事実上、これに依拠したものと推測される。

とはいえ、だからといって、本判決が中国の実定法秩序において正当化されるわけではないと考えられる。まず、そもそも刑事立法権は全国人民代表大会および同常務委員会にしかない（憲法62条３号・67条３号参照）。最高裁ができるのは、せいぜい裁判活動における法律の具体的運用の問題に関する解釈（「法律解釈活動強化に関する決議」（1981年６月10日採択）２条、人民裁判所組織法〔当時〕33条参照）である。この場合、最高裁は「司法解釈」を制定し、それは「法律効力を有する」とされるが、本通知は形式的に司法解釈ではない（最高裁「司法解釈業務に関する若干の規定」（1997年７月１日施行）[96] ２・４・

[94] 陳興良『罪刑法定主義』（中国法制出版社、2010年）28頁。

[95] 筆者未見。引用は、張華「金某編造虚假恐怖信息案」人民司法2002年７期68頁による。なお、張波「論投放虚假危険物質罪――以案例分析為視角」北京航空航天大学学報（社会科学版）2005年１期（CNKI）62頁によれば、同号にはさらに「人員の重大な死傷、財産の大損失などの特に重大な結果を惹起し、公共の安全に危害を及ぼしたものは、刑法115条１項の規定により刑事責任を追及する」とする後段がある。

[96] なお、現行規定は最高裁「司法解釈業務に関する規定」（2007年４月１日施行）である。

９条参照)。また、筆者が知る限り本通知は――台湾の最高裁の決議や司法院文書（３参照）とは異なり――条文形式で規範を定めるだけで、何ら解釈・理由を示さない。たとえそれらを示していたとしても、本判決には表れていない(そもそも、一般人は本通知の全容には容易にアクセスできない)。結局、本判決が実際には本通知に依拠していたとしても、Ｘの行為が刑法114条に犯罪であると規定されているかは、なお未解決のままである(97)。

以上のことから、最高裁は法的性格が不明確な「通知」により、「類推適用と呼ぶことすら十分に遠慮したもの」と批判される法適用を指示し、１審裁判所はその指示に従い結論だけを示したことになる。しかし結局のところ、なぜそうした法適用が正当化されるのか、つまりＸの行為が「法律に犯罪行為であると明文規定している」かについての解釈･理由は、(特に本件のようなハードケースにおいては必要不可欠と解されるが）どこにも示されていない。このことは、刑法条文の「言葉の可能な意味」の範囲を超えたとしても「犯罪」を認定し、刑罰を科すことができる（少なくともそうした場合がある）と考えられていることの裏返しであると考えられる。

刑法３条があるにもかかわらず、なぜそうなるのか。この問いを解くヒントは、次の２点の指摘にある。１つは、周少華の「社会の大衆の通常の是非観念によれば、筆者の以上の〔本判決が類推解釈であるとする〕見解は非難されるであろう。何といっても、Ｘが偽の炭疽菌を郵送した行為は当然に社会秩序に危害を及ぼし、一定の社会危害性がある。しかも、９・11事件の余韻が全く冷めやらぬ状況下でこのようなことをしでかし、意図的にテロの雰囲気を醸成したのであり、……安全は全てを圧倒する最も重要なことであり、『関連部門』も当然に格別重視し、『重く速く』処罰しなければ、民憤を鎮めることはできない、平穏を保つことができないと考えるであろう」(98) とするものである。もう１つは、労東燕の「Ｘの『不幸』は、彼が偽の炭疽菌を郵送した行為自体に

(97) この点は台湾と対照的である。すなわち、台湾の決議等では条文の解釈をめぐり、各説の理由が示された上で、どの説を採るかが示されており、また、その後の判決においても、決議等の結論に同調するとしても、そこでは改めて解釈・理由が説かれる。

(98) 周少華･前掲注(89)93頁。このほか､于志剛「罪刑法定原則認識発展中的博弈」法学2010年１期20頁参照。

はなく、彼が郵送の対象を選び間違ったこと――上海市政府と東方電視台、さらには郵送の時期を誤ったことである。……〔９・11事件後１ヶ月あまり、しかも APEC 会議が上海で開催されていたため〕安全と安定が全てを圧倒する政治的任務となっている状況で、X の命運はすでに決まっており、いわゆる『法に明文規定なければ罪としない』の罪刑法定の要求がなぜそれと対抗できるのか（あるいは対抗しようとするのか）」[99] とするものである。

つまり、刑法理論上のタームを用いれば、それは社会危害性があったからであり、その実体は何かと問われれば、安全・安定・平穏確保、「民憤」鎮静、さらには宛先の選定が現体制に対して極めて挑発的であったこと、といった政治的な配慮である。そのためには、刑法３条の存在にもかかわらず、刑法の規定を踏み越えることができるのである。結局、こうした場合には、刑法条文の「言葉の可能な意味」の範囲を超えたとしても「犯罪」を認定し、刑罰を科すことができるし、さらには、むしろそうすべきである（「安全と安定が全てを圧倒する政治的任務」である）[100] と考えられていることになる。

６　むすび

本稿の検討を通じて、台湾にも罪刑法定主義の理念と現実との間にギャップがあることを確認できた。そして、日本・台湾・中国の罪刑法定主義の現在地は次のように整理することができる。まず、日本と台湾については、顕著な隔たりはないと考えられる（４．３参照）。そして両国では、刑法条文の「言葉の可能な意味」の範囲内でしか犯罪の成立を正当化できないという前提が共有されている。したがって、少なくとも形式論理的には行為を刑法条文の「言葉の可能な意味」の範囲内に包摂させなければならないとされる。そして、これを

---

[99] 労東燕・前掲注（89）25頁。なお、周少華も「X が賢明ではなかったところは、第１に『９・11事件』発生後の国際的天候、大衆心理および APEC 会議を上海で開催していたという種々の情勢に目を向けなかったこと、第２に『報道機関』にわざわざ累を及ぼすべきではなかったこと、何より第３に、身の程知らずも甚だしく『関係部門』を脅迫しようと企てるべきではなかったことである」（同・前掲注（89）93頁）とする。

[100] その背景について、拙著・前掲注（81）6.2、6.4、7.2、7.3参照。また、陳興良「罪刑法定司法化研究」法律科学2005年４期40頁、張明楷『刑法学（第3版）』（法律出版社、2007年）55頁など参照。

全うするために、処罰の必要があると考えられる場合には、柔軟な解釈が駆使される。

他方、中国では社会危害性ないしは政治的な配慮から刑法（３条を含めて）を踏み越えることができる（さらにはそうすべき場合もある）とされている。そうである以上、「包摂」に腐心する必要性はなくなる。結局、中国においては必要があれば文言による制約を――緩めるのではなく――乗り越えることができることになる。この――そもそも「罪刑法定」の論理と正面衝突する――点で、日本および台湾と中国との間に明確な一線を引くことができる。このことは、中国法の拠って立つ前提が、日本法および台湾法のそれとは質的に異なることを意味しよう（後述参照）。

また、台湾の罪刑法定主義の理念と現実との間にギャップを生み出す要因としては、法益保護や処罰の必要性により文言による制約を緩めていこうとする、日本に類似する思考様式があることを確認することもできたと考えられる（３.３参照）。そうすると、いわゆる日本的法文化・意識は、実は、日本にユニークなものではなく、同時に台湾的でもあるといえそうである。

さらに、そうした法文化・意識的特徴は、中国においてより濃厚に見られる（５参照）。だとすると、欧米諸国との比較から語られるいわゆる日本的法文化・意識は、近隣諸国や他地域の国との比較を通じて、真に日本的かを検証する必要があることになろう[101]。その際、隣国である西洋近代法を継受した台湾法、およびそれを峻拒したことにより「日本などでは西洋法の影響で後背ないし深層に退いた感覚が、前面・表層にも大手を振って居座ったと考えられる。以上のように考えれば、中華人民共和国の法文化は北東アジア圏法文化の生ける化石ともいえる」[102]と評される中国法は、日本法を立体的に位置づけるための重要な引照基準となるであろう。

また、中国法研究内在的な関心からは、中国法がなぜ「生ける化石」であり

---

[101] この点に関連して、鈴木賢『現代中国相続法の原理――伝統の克服と継承――』（成文堂、1992年）９～10頁参照。

[102] 鈴木賢「北東アジア法文化圏――中華人民共和国を中心として――」比較法研究60号（1998年）47頁。なお、中国法は日本法・台湾法と拠って立つ前提を異にするとはいえ、少なくともこの意味で日本法・台湾法との比較の有意義な軸となりえよう。

続けえたのか、あるいは先ほどの表現を用いれば、「中国法の拠って立つ前提が、日本法および台湾法のそれとは質的に異なる」のはなぜか、という疑問が生じる。「政治は、法の衣をまとい、法の段階構造の中で法の論理を使って自らを正当化しなければならず、その正当化が受け入れられうるものかどうかが中立的な裁判所により判断される。これが法の支配の基本構造である」[103]とすれば、それは畢竟、中国法がこれを受容していないことに帰因する相違となろう[104]。だとすると、なぜこれを受容していない（あるいは拒絶している）のか、また現行憲法の定める「法律による国家統治」［依法治国］および「社会主義法治国家」（５条１項）とは一体何か、が問題となる。そこには伝統法文化や社会主義法理論の影響が考えられることから、この問題は従来論じられてきた両者の共鳴[105]の一局面であると考えられる。そして、この問題については、同じ

---

[103] 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第２版）』（有斐閣、2010年）366頁。

[104] この点に関連して、米倉明は「今、中国で資本主義的な法律を取り入れて行こうとしていますけれども、表向きはできるでしょうが、肝心要の法的形式論理がなかったら、作っても何にもなりはしない」（同「『三つの法学士』――『リーガルマインド考』――」『法学・法学教育（民法研究第８巻）』（新青出版、2000年）195頁〔初出：北海学園大学法学部三十周年記念論文集『転換期の法学・政治学』（第一法規出版、1996年）〕）と論じる。

[105] 例えば、滋賀秀三「法制史の立場から見た現代中国の刑事立法――断想的所見――」『中国法制史論集（法典と刑罰）』（創文社、2003年）347頁以下〔初出：『法学協会百周年記念論文集（第１巻）』（有斐閣、1983年）〕、鈴木・前掲注（101）304、312頁、拙稿・前掲注（83）262、264頁、同・前掲注（６）174 ～ 176頁参照。後２者は罪刑法定主義を直接の対象とする。

＊筆者は財団法人交流協会の「2009年度日台研究支援事業」の助成を受け、2010年１月６日から３月６日まで国立台湾大学法律学院に滞在し研究を遂行した。本稿は、その成果として財団法人交流協会に提出したものに、その後の研究の進展および理解の深化を踏まえた上で、日本法との比較を充実させ（特に４）、また中国の事例研究を組み込む（５）など、大幅な加筆修正を加えたものである。なお、５は科研費（若手研究（B）、21730001）の成果の一部である。

台湾滞在中、筆者の受入教員である李茂生教授および同学院の蔡明誠院長、王兆鵬副院長には、研究・生活の両面においてご配慮・ご支援いただいた。黄栄堅教授（台湾大学）、黄朝義教授（東呉大学）、林鈺雄副教授（台湾大学）には本研究、ひいては台湾刑事法に関して多くのことをご教示いただいた。李玉璽助理教授（国立虎尾科技大学）には台湾の最高裁判例・決議などの読み方を

く華人社会である台湾法を引照基準に加えることにより、より深く切り込むことができるのではないか、と考えられる。

そして、以上の問題を解きほぐすためには、個別具体的な事例や議論の考察を深め、それぞれの異同をより明確化・精緻化していく必要がある。これらは今後の課題であり、本稿はその試みの端緒にすぎない。

ご教示いただいた。また、体制転換と法研究会（北海道大学）では本研究について報告の機会をいただくとともに、参加者各位から多くのことをご教示いただいた。最後に、鈴木賢教授（北海道大学）には李茂生教授を筆頭に多くの台湾の法学者をご紹介いただくとともに、本稿の公表に際してご尽力・ご助言いただいた。ここに記して以上の方々に謝意を表したい。

執筆者紹介（掲載順）

今井弘道　浙江大学光華法学院特聘教授・北海道大学名誉教授

松村良之　千葉大学法経学部教授・北海道大学名誉教授

木下麻奈子　同志社大学法学部教授

太田勝造　東京大学大学院法学政治学研究科教授

山田裕子　北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター協力研究員

永下泰之　北海道大学大学院法学研究科助教

南健悟　小樽商科大学商学部企業法学科准教授

徐行　北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教

宋峻杰　北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教

坂東雄介　札幌学院大学法学部特任講師

坂口一成　兵庫教育大学大学院学校教育研究科准教授

平成23年12月２日　印　刷
平成23年12月９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 November 2011 No. 4

CONTENTS

ARTICLES

Kelsen and Ehrlich
—— from the perspective of the contemporary East-Asian Law ——
····· Hiromichi IMAI 1
Japanese Attitudes Toward the Lay Judge System and
Criminal Justice Based on the Second Survey in 2011
····· Yoshiyuki MATSUMURA et al. 464[1]
Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten für eigene Schadensanlage (1)
····· Yasuyuki NAGASHITA 25
Corporate Scandal and Civil Liability of Director (5):
Director's Duty to Establish Compliance System.
····· Kengo MINAMI 101
The dynamics between litigation and judicial norms in China (1)
: An analysis focused on Judicial-interpretations and Guiding Cases
····· XU Xing 378[87]
On Children's Self-determination Under the Constitution (3)
—— A Study of the theory of Children's Rights in the
United States, Taiwan and Japan ——
····· SUNG Chun-chieh 336[129]
On Nationality: The Meaning, Function and Range from Comparative
Perspective Between Japan and United States of America (2)
····· Yusuke BANDO 268[197]

MATERIALS

The ideal and reality of the Principle of Legality in the Criminal Law
of Taiwan : A comparison with Japan and China about the 'sense' of it
····· Kazushige SAKAGUCHI 214[251]

[ ]…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