HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第63巻　第4号　全1冊
Citation	北大法学論集, 63(4)
Issue Date	2012-11-18
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/50936
Type	journal
File Information	lawreview_vol63no4.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 63 巻　第 4 号

論　説

自白排除法則の研究（９）……関　口　和　徳　1

法・社会規範とその遵守に関する〈法と文学〉による考察
——夏目漱石『門』と「理性と正義」の劇場——
……林　田　清　明　332[1]

税理士制度と納税環境整備（１）
——税理士法33条の２の機能——……川　股　修　二　294[39]

人に帰属しない利益の侵害と民事責任（３・完）
——純粋環境損害と損害の属人的性格をめぐる
フランス法の議論からの示唆——……小野寺　倫　子　238[95]

民事詐欺の違法性と責任（２）……岩　本　尚　禧　174[159]

紹　介

〈北大刑事法研究会報告〉
2012年中国刑事訴訟法の改正について……倪　　潤　130[203]

判 例 研 究

民事判例研究……稲　垣　美穂子　73

社会保障判例研究……川久保　　寛　112[221]

2012(平成24)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄兒（経済法）
五十嵐清（比較法）
石川武（法史学）
伊藤大一（行政学）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
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）
中村研一（国際政治）
長井長信（刑法）
畠山武道（行政法）
林鴻潤（商法）

教授

稗貫俊文（経済法）
深瀬忠一（憲法）
福永有利（民事訴訟法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松村良之（法社会学）
山畠正男（民法）
吉田克己（民法）
會澤恒（比較法）
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）＊
岸本太樹（行政法）＊
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
白取祐司（刑事訴訟法）
城下裕二（刑法）
新堂明子（民法）
鈴木一人（国際政治経済学）
鈴木賢（比較法）
曽野裕夫（民法）
井口護（現代政治分析）

准教授

池田悠（労働法）
米屋佳史（民事実務）
松阿彌隆（民事実務）
舛田雅彦（法実務基礎）
中村研一（国際政治）
高見進（民事訴訟法）
岸田洋輔（刑事実務）
大野雅祥（刑事実務）
薄木宏一（法実務基礎）
亘理格（行政法）＊

特任教授

吉田邦彦（民法）
山本哲生（商法）○
山下竜一（行政法）○
山崎幹根（行政学）＊
山口二郎（行政学）＊
宮脇淳（行政学）＊
松本太郎（比較政治経済学）
町村泰貴（民事訴訟法）
眞壁仁（日本政治思想史）＊
藤原正則（民法）○
林田清明（法社会学）
長谷川晃（法哲学）
常本照樹（憲法）
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）
中川寛子（アジア政治論）○
根本尚徳（民法）＊
堀口健夫（国際法）＊
水野浩二（法史学）
緑大輔（刑事訴訟法）
三宅新（商法）
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

石神圭子（アメリカ政治史）
稲垣美穂子（民事訴訟法）
王旭（商法）
小嶋崇弘（知的財産法）
徐行（比較法）
鄭明政（憲法）
朴鍾碩（国際政治）
舜（法制度論）
川村力（商法）
櫛橋明香（民法）
辻康夫（政治学）＊
田口正樹（法史学）
村善之（知的財産法）

雑誌編集委員　○　印
＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　説

自白排除法則の研究（九）

関口和徳

目　次

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

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

（以上、五九巻二号）

（以上、五九巻三号）

（以上、五九巻五号）

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

（以上、六〇巻一号）

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

（以上、六〇巻六号）

（以上、六二巻一号）

五　不当に長い抑留・拘禁
六　利益の約束
七　偽計
八　防御権の侵害
（A）黙秘権の不告知
（B）弁護人選任権の侵害
（C）接見交通権の侵害
九　違法な身体拘束
一〇　別件逮捕・勾留
一一　まとめ
第三節　小括
第四章　自白排除法則の整序
終　章　結語

（以上、六二巻三号）

（以上、六二巻五号）

（以上、本号）

一〇　別件逮捕・勾留

別件逮捕・勾留とは[1]、周知のように法令上の概念ではなく、「いまだ証拠の揃っていない甲事件（本件）について被告人を取調べる目的で、証拠の揃っている乙事件（別件）の逮捕・勾留に名を借り、その身柄の拘束を利用して、本件について逮捕・勾留して取調べるのと同様な効果を得ることをねらいとした[2]」捜査方法のもつ脱法的・濫用的な側面に着目した批判的概念である[3]。序章でも述べたように、日本の刑事裁判実務には自白重視の傾向が深く根をおろして

いる。[4] 別件逮捕・勾留という捜査手法は、まさにこのような自白重視の傾向の産物なのである。[5]

かつての最高裁判例においては、別件逮捕・勾留という捜査手法については必ずしも十分に自覚されてはいなかった。[6][7] しかし、その後の下級審判例のめざましい発展を経て、前出【40】において別件逮捕・勾留の問題が正面から取り上げられ、[8] 別件逮捕・勾留とはどのような捜査手法のことをいうのかについて定義付けがなされるとともに、そのような捜査が違法となる場合のありうることが示されるに至った。[9]

ところで、別件逮捕・勾留が違法とされる場合、そこで得られた自白の証拠能力が問題となることはもちろんであるが、多くの場合、捜査機関は別件逮捕・勾留中に得られた本件自白を疎明資料として本件について逮捕・勾留を請求し、その逮捕・勾留を利用してさらに取調べを行ってより詳細な自白を得ようとするため、[10] 別件逮捕・勾留中の自白だけでなく、別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留中に得られた自白についてもその証拠能力が問題となる。

別件逮捕・勾留中に得られた自白やそれに引き続く本件逮捕・勾留中に得られた自白の証拠能力を判断するに際しては、別件逮捕・勾留という捜査手法自体が包含する種々の問題点について十分に留意する必要がある。すなわち、別件逮捕・勾留は、逮捕・勾留の目的[11]に反するだけでなく、[12] そもそも別件に名を借りてはいるが実質的には本件についての身体拘束である点で脱法的意味合いが強く令状主義とも抵触するものであり、それ自体極めて問題をはらんだ捜査手法である。[13] また、別件逮捕・勾留は自白の獲得を目的に行われるものであるから、[14] 別件逮捕・勾留中の取調べはしばしば厳しく、また追及的なものとなりがちであるが、これは憲法三八条一項が保障する自己負罪拒否特権（黙秘権）にも抵触するとものいうべきである。[15]

このように、別件逮捕・勾留には種々の問題点が含まれているのであるから、[16] 別件逮捕・勾留を事前に防止することができればそれが一番のぞましい。[17] しかし、別件での逮捕の可否は別件の嫌疑に関する資料のみを基に判断される（刑

訴規則一四二条以下）ことになるため本命である本件の存在は容易に明らかとならないし[18]、別件それ自体に着目すれば犯罪の嫌疑やそれを裏付ける証拠は存在するなど逮捕・勾留の形式的要件を一応はみたしていることなどから、令状審査を通しての裁判官による事前審査は機能しにくい側面がある[19]。そこで、別件逮捕・勾留に対しては、事後的な抑制が強く求められることになる。そのような事後的抑制方法としては種々の方法がありうるが[20]、（後の本件逮捕勾留は許されない）、別件逮捕・勾留の目的が自白の獲得に向けられている以上、その「成果」である自白の証拠能力を否定することによる事後的抑制が特に強く要請される[21]。自白の排除こそが、まさに違法な別件逮捕・勾留に対する「もっとも効果的な抑制方法」[22]なのである。

それでは、別件逮捕・勾留が違法とされる場合、そこで得られた自白や別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留中に得られた自白の証拠能力はどのように判断されるべきであろうか[23]。この点、虚偽排除説や人権擁護説にたてば、別件逮捕・勾留やそれに引き続く本件逮捕・勾留が違法であったとしても、そのことのみを根拠に自白の証拠能力が否定されることはなく、別件逮捕・勾留やそれに引き続く本件逮捕・勾留の間になされた取調べが虚偽のおそれを誘発するものであったか否か、ないしは黙秘権をはじめとする被疑者の人権を侵害するようなものであったか否かが具体的に検討されることになる。これに対し、違法排除説にたてば、別件逮捕・勾留やそれに引き続く本件逮捕・勾留が違法と評価されれば、その違法性を根拠にその間に得られた自白の証拠能力は任意になされたものか否かにかかわらず否定されることになる[24]。

以下では、違法な別件逮捕・勾留中に得られた自白の証拠能力および違法な別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留中に得られた自白の証拠能力について判断した判例を分析する。

【195】東京地判昭四二（一九六七）・四・一二下刑集九巻四号四一〇頁（東十条事件）

「本件においては、当初被告人に対し、本件強盗強姦・強盗殺人事件について逮捕できる程度の確実な具体的証拠の収集ができなかつたので、捜査当局は、まず、詐欺事件について逮捕令状を求めて身柄を拘束し、その逮捕、勾留の期間のほとんど大部分を本件の取調に流用して被告人から本件につき自供を得、これに基づいて本件の逮捕令状、勾留状の発付を得たもので、しかも、当初より専ら本件捜査に利用する目的のもとに、前記認定のような単なるつけの未払にすぎないとも思われるような無銭飲食詐欺事実を探し出して来て逮捕、勾留するという意図をも明白に認めることできるのであつて、いわば不当な見込捜査であり、いわゆる違法な別件逮捕、勾留に該当するものというべきである。当裁判所は、捜査当局たる司法警察員が右違法な逮捕、勾留を利用し、前記のとおり、六〇数時間の長時間にわたり、本件につき被告人を取り調べたこと、被告人の当公判廷における供述その他本件にあらわれた証拠によれば、その取調の方法にも妥当でないものがあつた疑があつたことを理由として、昭和四一年一〇月一五日の第一〇回公判において、同年二月一八日から同年三月七日までの間に作成された被告人の司法警察員に対する供述調書九通及び司法警察員作成の捜査報告書添付の被告人作成の上申書一通につき、すべて、被告人の供述の任意性につき疑があるとして却下したのである。しかし、被告人の検察官に対する供述調書三通……及び裁判官に対する勾留質問調書については、警察における取調期間中又は取調終了後間もなく作成されたものであるけれども、被告人自ら、検察官からは取調時間、取調方法などにつき無理な取調はなされなかつた、と述べているし、当裁判所の取り調べたすべての証拠に徴しても、検察官、裁判官に対する各供述（自白）は、強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白のいずれにも該当するとは認められない」。

本判決[25]は、捜査が違法な別件逮捕・勾留にあたることを認定し、その間に得られた自白の証拠能力を否定した最初の判例である[26]。本判決は、別件逮捕・勾留を違法と判断するとともに[27]、その間に得られた自白については、「任意にされ

たものでない疑のある自白」としてその証拠能力を否定したものである。本判決は、別件逮捕・勾留の違法性を強調していることから、違法排除説にたつ判例であるようにもみえる。たしかに、本判決は別件逮捕・勾留の違法性を強調してはいるが、その間になされた取調べ方法の問題性についても指摘し、これらの点を総合して別件逮捕・勾留中の自白の証拠能力を否定する結論を導いていることには注意を要する[28]。また、別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕後に得られた検察官調書については、被告人が無理な取調べをされていないと述べていることを理由に証拠能力を肯定し、勾留質問調書についても特に理由を示さずにその証拠能力を肯定している。これらの点に鑑みると、本判決は違法排除説にたつ判例とは解し難いように思われる。そうすると結局、本判決は、別件逮捕・勾留の違法性が自白の任意性に影響を及ぼすことを示したにとどまり[29]、任意性説の域を出ない判例と解するのが妥当であろう[30][31]。

【196】金沢地七尾支判昭四四（一九六九）・六・三刑月一巻六号六五七頁（蛸島事件）

事案は、レコード四枚の窃盗と住居侵入の被疑事実（別件）で逮捕・勾留し、その間に殺人・死体遺棄事件（本件）について取り調べて自白を得たというものである。本判決は、まず別件逮捕・勾留という捜査手法自体について、見込み捜査の典型であり刑訴法の精神に悖るものである、「令状主義の原則を定める憲法三三条並びに国民に拘禁に関する基本的人権の保障を定める憲法三四条に違反する」などと指弾した上で、次のように判示した。

本件捜査の経過にてらすと、本件「第一次逮捕・勾留は、捜査当局が専ら本件殺人・死体遺棄事件について被告人を取調べ、被告人から証拠資料（自白）を得ることを意図して行つたものと認めざるを得ないのであつて、これが前述した違法かつ不当な別件逮捕・勾留に該当することは明らかである」。

「右に述べた如き別件逮捕・勾留中に収集された自白の証拠能力について検討するに、右自白は前述の如く憲法の規定する令状主義並びに国民の基本的人権の保障に違背する手続の下に得られたものであるところ、実体的真実の発

見のみを強調すれば右手続的瑕疵は当該自白の証拠能力それ自体に影響を及ぼすものではなく、自白収集過程における瑕疵違法については違法行為者に対し刑事訴追、懲戒あるいは損害賠償を求める等別途の救済方法によるべきものであると解することになろうが、憲法それ自体が三一条において適正手続の保障を規定し、刑事訴訟法がその第一条において実体的真実の発見は公正な手続に従つて遂行されるべき旨を宣明し、刑事司法による正義の実現と共に刑事司法における正義の実現を期する現行法制度の下にあつては、右の如き見解はこれを到底是認し得ないものと言うべきであつて、憲法三三条及び三四条の規定を実質的に保障し、刑事司法の理想を堅持せんがためには、憲法の右各規定に違背する重大な瑕疵を有する手続において収集された自白については、証拠収集の利益は適正手続の要請の前に一歩退りぞけられ、その証拠能力を否定されるべき」である。

「別件逮捕・勾留中に得られた本件殺人・死体遺棄事件についての自白に証拠能力を認め得ない以上、これを証拠資料とした本件逮捕・勾留は違法かつ無効であると言うべきであつて、結局、被告人は憲法三三条に規定する令状によることなく逮捕され、かつ、憲法三四条の規定に違反して勾留されたことに帰するから、かかる違法な手続の下に得られた被告人の自白に証拠能力を認め得ないことも、蓋し当然と言わなければならない」。

「以上によつて、第一次逮捕・勾留中に作成された本件殺人・死体遺棄事件についての被告人の司法警察員に対する供述調書（昭和四〇年九月六日付、同月七日付のもの。）及びこれらを証拠資料とした第二次逮捕・勾留（その延長期間を含む。）中に作成された被告人の司法警察員に対する供述調書一一通、被告人の司法警察員に対する供述を録取した録音テープ一巻、被告人の検察官に対する供述調書一一通、被告人の裁判官に対する陳述調書（同月一一日付のもの。）は、いずれも憲法三三条・三四条の規定に違背する重大な瑕疵を有する手続において収集された自白であつて証拠能力を有さないものと言わなければならない。（裁判官に対する陳述調書は、勾留質問の際、裁判官に対

してなされた自白を記載したものであるが、実質的に見て第一次逮捕による身柄拘束中になされたものと認むべきものであるから、その証拠能力を別異に解すべき理由はないものと考える。）」。

本判決は[32]、別件逮捕・勾留が実質的に本件についての逮捕・勾留になっている点に着目し、それを「脱法行為」と捉え[33]、別件逮捕・勾留による身体拘束それ自体について違法と判断したものである。その上で、別件逮捕・勾留中に得られた自白については、自白が任意になされたものであるか否かを一切考慮することなく[34]、憲法三一条、三三条、三四条および刑訴法一条を挙げてその証拠能力を否定している。また、違法な別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留については、本件逮捕・勾留が証拠能力を認めえない別件逮捕・勾留中の自白をもとになされたものであるとして、「本件逮捕・勾留は違法かつ無効である」とした上で、その間に得られた自白については、憲法三三条、三四条に違反する手続によって得られたものであるとして、「毒樹の果実論」的な思考に基づき[35]、その証拠能力を否定している。このように本判決は、違法排除説的思考にたち自白の証拠能力を否定した判例であることはたしかである[36]。ただ、本判決は、憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項には触れることなく、憲法三一条、三三条、三四条および刑訴法一条を挙げて自白の証拠能力を否定していることから、自白法則の解釈として違法排除説にたつものではなく、違法集収集証拠排除法則を自白に適用した判例とみるのが妥当であろう。

【197】東京地判昭四五（一九七〇）・二・二六刑月二巻二号一三七頁（東京ベッド事件）

住居侵入の現行犯で逮捕した被告人を追及して約三年半前の窃盗事件について自白を得たうえで勾留請求し、その勾留期間を連続放火事件（本件）の取調べに充てて自白を得たという事案について、軽微な別件で身体拘束をしてその期間をより重い本件の取調べに充てる捜査方法は「不当な見込み捜査であつて、逮捕の理由となつた犯罪を明示する令状を保障した憲法三三条、抑留・拘禁に関する保障を定めた同法三四条の各規定をかいくぐるものであり、また憲法およ

び刑事訴訟法において認められた捜査権行使の方法手段の範囲を逸脱するものとして許されない」、「憲法三一条……および刑事訴訟法一条……は、実体的真実発見の追求は公正な手続という軌道に従つて遂行されるべきことを明示している」、「そして、憲法および刑事訴訟法が、合法的な国家権力―犯罪捜査のための強制権限―の発動のために令状等について詳細かつ厳格な規定を設け、その方途を十分に用意していることから考えても、それ以外の手段方法によって得られた証拠が利用されるというようなことは、法の全く予想していないことである」とした上で、次のように判示した。

「本件の第一次逮捕に引き続く勾留による身柄拘束は、憲法三三条、三四条の規定そのものの要請に違背するような違法、不当な捜査権の行使に該当［し］……、この第一次勾留による身柄拘束期間中に獲得された証拠であるところの被告人の各自白調書は、真実発見のための手段として用いることは許されない」。

「つぎに、第二次逮捕・勾留（起訴後の勾留も含めて）―第二次の逮捕・勾留は、前記のとおり第一次の違法な別件勾留のもとにおいて獲得された自白に基づいて得られたものである―による身柄拘束期間中に作成された各自白調書についてみても、その実質は、第一次の別件勾留中になされた自白の繰り返し、ないしはそれをふえんしたものにすぎないと認められ、また、第二次の逮捕・勾留は、形式的には、第一次の逮捕・勾留とは別個の手続によってなされているけれども、実質的にはこれと不可分一体の関係にあり、両者あいまって、一つの捜査手段を構成しているものというべきで、その全体が違法、不当な捜査権の行使―全体として憲法三三条、三四条の各規定の要請に違背するような重大な瑕疵を有する捜査手続―であるとしなければならない。したがって、第二次逮捕・勾留による身柄拘束期間中に獲得された各自白調書もまた適法な証拠としての能力―真実発見の手段としての資格―を欠如する」。

本判決[37]は、憲法三三条、三四条の趣旨にてらして別件逮捕・勾留を違法と断じた上で、そのような別件勾留中に得られた自白について違法収集証拠としてその証拠能力を否定している。また、別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留

については、別件勾留中に得られた違法収集自白を基になされたものであるとした上で、本件逮捕・勾留は別件逮捕・勾留と「不可分一体の関係にあり」、別件逮捕・勾留とともに全体として憲法三三条、三四条に違反する捜査と断じ、その間に得られた自白の証拠能力を否定している。本判決も、【196】と同様に、手続の違法性を根拠に自白の証拠能力を否定する立場に立つことは明らかである。また、本件逮捕・勾留中の自白の証拠能力の判断手法をみると、これについても【196】と同様に、「毒樹の果実論」的な理論を採用していることが窺える[38]。このようにみてくると、本判決の判示はほぼ【196】と重なっているといえるが、【196】とは異なる点もみられる。それは、【196】においては取調べ時点における被告人の心理状態についてほとんど言及されていないのに対し、取調べの時点における被告人の心身に関する事実が詳細に認定されている点である。ただ、そこで認定された事実は、手続の違法と自白との間の因果関係の有無を判断する要素ではなく、捜査の違法性を増強する要素として位置づけられているにすぎない[39]。したがって、本判決は、任意になされたものか否かにかかわらず手続の違法性のみを根拠に自白の証拠能力が否定される場合のありうることを肯定する立場にたつものであることは明らかである[40]。もっとも、本判決が、自白の証拠能力を否定する際に直接的な根拠条文として掲げているのは憲法三三条、三四条であり（総則的な規定として、憲法三一条、刑訴法一条にも言及している）、憲法三八条二項、刑訴法三一九条一項（自白法則）の解釈として違法排除説にたつものではない。本判決は、【196】と同様に違法収集証拠排除法則を自白に適用した判例と解される。

【198】大阪地判昭四六（一九七一）・五・一五刑月三巻五号六六一頁（六甲山事件）

「被告人は、前記認定のとおり、D信用金庫、A信用金庫に対する詐欺の嫌疑で昭和四〇年一一月一日に逮捕され、勾留状の執行により、同月二日より同月一一日まで住吉署に勾留され、その間同月一日より同月六日までは、詐欺事件について取調を受け、同月七日以降同月一一日まで、強盗殺人事件について取調を受けたのである。ところで、住

吉署に捜査本部を設置した大阪府警察本部捜査第一課K班は、元々強力犯の捜査を担当しており、当初からHの失踪事件につき捜査をしていたのであり、詐欺を被疑事実として被告人を逮捕勾留するにあたつては、その身柄拘束状態を利用して、捜査が難航しているHの強盗殺人事件等について被告人を取調べる意図を有していたことは明らかであるから、……本件第一次逮捕勾留はいわゆる別件逮捕勾留に該当するものと解するのが相当である」。

「捜査本部の警察官によつて行われた、別件の詐欺を基礎事実とする第一次逮捕勾留期間中における強盗殺人等についての被告人の取調は、一面ではその目的手段方法に照しあまりに捜査の便宜、必要性の要請に傾斜しすぎたものであり、他面被告人にとつて何ら利益になる点がなく、憲法三三条が明言する令状主義に著しく違反するから、本件取調の認容限度を逸脱した違法な見込捜査であると断ぜざるをえない」。

「捜査本部の警察官は、第一次逮捕勾留期間中、昭和四〇年一一月一日より同月六日までは詐欺につき被告人を取調べたが、同月七日に至り突如として強盗殺人容疑で被告人を取調べようとしたため、被告人は佐々木哲蔵弁護士を弁護人として選任したい旨申し出たところ、捜査本部の警察官は、同弁護士が大阪弁護士会に所属していることを熟知しており、かつ被告人の右申出の趣旨を十分理解しながら、同弁護士あるいは大阪弁護士会に対し、右申出について何らの通知もしなかつたのであつて、右警察官の行為が、刑事訴訟法七八条、二〇七条、二〇九条に違反することは明らかである。

そして、第一次逮捕勾留中における強盗殺人事件の取調は前述のとおり別件逮捕勾留期間中の取調であつて、被告人は、第一次逮捕勾留に際して、詐欺事件について犯罪事実の要旨及び弁護人選任権の告知を受けていたにすぎず、同年一一月七日に捜査本部の警察官から『今後Hの殺人容疑で取調べる。』と告げられるまでは、強盗殺人事件についての防禦の準備は全くできていなかつたものと考えられ、しかも、右強盗殺人事件は第一次逮捕勾留の基礎となつ

た詐欺事件とは比較にならない重大事件であり、強盗殺人容疑の取調に切り替えられたのが第一次逮捕勾留により被告人が六日間も身柄を拘束された後であることを併せ考慮すれば、取調が詐欺から強盗殺人に切り替えられた右一一月七日以後の段階における被告人の防禦権（特に弁護人依頼権）は前記憲法、刑事訴訟法の各規定の趣旨に照らし特に強く保障されることが要請されていたものというべきであつて、前記のとおり被告人から佐々木弁護人選任の申出があつたにもかかわらず、同弁護士あるいは大阪弁護士会に全く通知することなく行われた一一月七日より一一月一一日までの強盗殺人事件の取調は被告人の弁護人依頼権ひいては防禦権を著しく侵害してなされたものといわざるをえない」。

「自己に不利益な供述を強要されない権利を侵害して得られた自白であるか（従つて刑事訴訟法三一九条一項にいう任意性に疑いのある自白かどうか）の判断にあたつては、その基本規定である憲法三一条の適正手続の保障の精神が十分に考慮されるべきところ、本件第一次勾留中に作成された被告人の司法警察員に対する昭和四〇年一一月一一日付供述調書は、前説示のとおり被疑者の憲法三八条一項の権利を実質的に補完する機能を営んでいる逮捕勾留についての令状主義及び弁護人依頼権の保障に違反して得られた自白を内容とするものであって、このような経緯で作成された右供述調書は、刑訴法三一九条一項にいう『任意にされたものでない疑のある自白』に該当し、同条項及び憲法三八条二項により……証拠能力を欠くものと解するのが相当である」。

「第一次勾留中に作成された被告人の司法警察員に対する昭和四〇年一一月一一日付の前掲供述調書は、前に説示したとおり公判における証拠として許容されないのみならず、すべて司法審査の判断資料としての許容性を欠如するものと解すべきところ、本件第二次逮捕状請求書の添付資料（刑事訴訟規則一四三条）としては右供述調書以外に被告人とHの死との間に結びつきがあると疑わせる資料が添付されていたと認めるに足る証拠はないから、結局被告人

には刑事訴訟法一九九条一項にいう罪を犯したと疑うに足りる相当な理由がなかつたにも拘らず、担当警察官において逮捕状発付の判断資料として許容されない右供述調書に基づいて第二次逮捕状の発付を得てこれを執行し、その身柄拘束中に警察官が被告人を取調べて前記二通の被告人の司法警察員に対する供述調書を作成したのであるから、右各供述調書はいずれも不法拘禁中に作成されたものであり、そのうえ右自白は第一次勾留中に作成された自白調書を基礎にして同一犯罪事実につき継続して取調べられた結果得られたもので、これを不可分的に一体として評価すべきであり、従つて第一次逮捕勾留中になされた本件取調の瑕疵は第二次逮捕中に作成された自白調書にも及ぶものと解すべきであり、更に右第二次逮捕に引続いてなされた第二次勾留についても、勾留状請求書の添付資料（刑事訴訟法一四八条）中、被告人とHの死との結びつきを疑わせる資料は、いずれも勾留状発付の判断資料としての許容性を欠く第一次勾留、第二次逮捕中に作成された合計三通の供述調書だけであつたと推認されるから、第二次勾留もまた刑事訴訟法六〇条、二〇七条にいう罪を犯したと疑うに足る相当な理由がないのに拘らず勾留状の発付を得、被告人を取調べて前記の司法警察員に対する供述調書四通及び検察官に対する供述調書一通を作成したのであるから、右各供述調書はいずれも不法拘禁中に作成されたものであるうえ、右自白も第一次勾留、第二次逮捕中に作成された自白調書を基礎にして同一犯罪事実につき継続して取調べられた結果得られたもので、前同様不可分的に一体として評価すべきであつて、第一次逮捕勾留中になされた本件取調の瑕疵は右第二次勾留中に作成された自白調書にも及ぶものと解すべきであるから、第二次逮捕勾留中に得られた前記の被告人の司法警察員に対する供述調書六通並びに検察官に対する供述調書一通もまた公判における証拠能力を欠くものと解するのが相当である」。

本判決[41]は、別件逮捕・勾留中に行われた取調べを違法であるとし[42]、そこで得られた自白について、刑訴法三一九条一項にいう『任意にされたものでない疑のある自白』に当たるとして同条項及び憲法三八条二項を根拠にその証拠能力を

否定したものである。本判決は、別件逮捕・勾留中の取調べの違法を理由に直截に自白の証拠能力を否定せず、任意性の観点から証拠能力を否定したものである。[43] また、「自己に不利益な供述を強要されない権利を侵害して得られた自白であるか（従つて刑事訴訟法三一九条一項にいう任意性に疑いのある自白かどうか）の判断にあたつては……」という表現からも明らかなように、本判決は、黙秘権侵害による自白と不任意自白とをパラレルに捉えていることがみて取れる。これらの点に着目すれば、本判決は、基本的に人権擁護説に基軸を置く判例と解される。[44] ただ、本判決は、黙秘権侵害の有無を問題にしてはいるものの、自白をした時点における被告人の心理状態には踏み込んでおらず、取調べにおける黙秘権侵害の事実も具体的に挙げているわけではない。また、当該自白が黙秘権侵害の自白に当たるか否かを判断する際には「その基本規定である憲法三一条の適正手続の保障の精神が十分に考慮されるべき」として、適正手続の観点を全面に押し出している。さらに、別件逮捕・勾留中の取調べにみられる令状主義違反、防御権侵害を強調し、それらと自白との間の因果関係を重視する色彩も窺える。[45] これらの点に鑑みると、本判決の依拠する人権擁護説は単なる人権擁護説ではなく、[46] その実体はかなり違法排除説に近接したものであるとみることもできよう。[47][48]

このような本判決の違法排除説との親和性は、別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留中に得られた自白の判断方法によりはっきりとみて取ることができる。本判決は、本件逮捕について、「すべて司法審査の判断資料としての許容性を欠如するものと解すべき」別件逮捕・勾留中に得られた自白を基になされたものであるとした上で、本件逮捕中に得られた自白を「不法拘禁中に作成されたもの」とした上、「第一次勾留中に作成された自白調書を基礎にして同一犯罪事実につき継続して取調べられた結果得られたもので、これを不可分的に一体として評価すべきであり、従つて第一次逮捕勾留中になされた本件取調の瑕疵は第二次逮捕中に作成された自白調書にも及ぶものと解すべき」として証拠能力を否定し、本件逮捕に引き続く本件勾留中に得られた自白についても同様の論理でその証拠能力を否定している。[49] こ

のような判断方法はまさに違法排除説のそれであり、また違法排除説を前提にした「毒樹の果実論」と軌を一にする論理だからである(50)。

【199】福岡地小倉支判昭四六（一九七一）・六・一六刑月三巻六号七八三頁（曲川事件）

「当裁判所は、一般的に言つて、捜査官においてはじめから別件についての取調の意図がなく、専ら本来の目的とする事件（本件という）の捜査の必要上被疑者の身柄拘束状態を利用する目的または意図をもつて殊更に名を別件に籍りて逮捕状を請求、執行したものであることが取調状況等から客観的に認められるような場合は、かかる捜査方法は、憲法及び刑事訴訟法に定める令状主義に反し違法というべく、これによつて得られた本件についての自供調書は、本来厳格な手続規制により正義の実現を企図すべき刑事訴訟手続において事実認定の用に供し得ないもの、すなわち証拠能力を欠くものとして排除さるべきものと考える。そして右のことは、捜査官が形式的或いは名目的に別件についての取調を併せ行つたとしても、その一事によって左右されるものではない」。「右の見解に立つて考えると、被告人両名に対する各別件逮捕は、該逮捕に至るまでの……経緯、各別件の内容・性質（概して、比較的軽微な事案といい得よう）、逮捕後の取調状況……等に照らし、別件につき強制捜査に踏み切るべき緊急の必要性が存しないのに捜査官が専ら本件殺人及び詐欺未遂被疑事件についての自供を獲得するためにしたものであ［り］……、右各別件逮捕中に作成された本件についての被告人Ｎの司法警察員に対する……各供述調書、被告人Ｋの司法警察員に対する……各供述調書はいずれも証拠能力を欠く」。

「しかしながら、進んで別件逮捕（勾留）による取調の後、引き続き本件についても逮捕（勾留）手続がとられた場合、本件逮捕後の自供をも……排除すべきか否かは、事案によって結論を異にすべき」で、「結局は、この問題については、証拠能力の有無を必ずしも一義的に断定することはできず、諸般の情況を勘案して決するほかないが、一応の指標と

しては、別件逮捕（勾留）が捜査官の主観において終始専ら本件の取調に利用することを目的または意図し、客観的にも捜査の全段階を通じて本件の取調ことに自供の獲得に全力を挙げこれに捜査の大半が費され、全体として一連の強制捜査権濫用の状態（捜査が甚だしく信義誠実を欠く状態と言つてもよいであろう。）が認められる場合には、自供調書の証拠能力を排除すべく、またこれをもつて足りる」。「右指標にそつて、その具体的かつ客観的基準を定立するならば、（一）別件逮捕（勾留）による身柄拘束が相当期間にわたるものか否か、およびその間本件逮捕状の請求及び発付もなされなかつたのか否か、（二）別件逮捕中の本件取調の程度が詳細にわたり、大綱において自供を獲得しおおせてしまつたものとみられるか否か、（三）被疑者と事件（本件）との結びつきが客観的に薄弱であり、したがつて自供に対する依存度が高く、いわゆる見込捜査の色彩が強いか否か、殊に身柄拘束前の捜査が犯人の割出しに難航していたか否か、さらに（四）……逮捕（勾留）中の取調べで、強制・偽計・利益誘導等の著しく不当な取調方法が用いられたか否か、（五）本件逮捕（勾留）状請求の資料として別件逮捕（勾留）中の自供が極めて重要なものとして挙げられていたか否か、および（六）別件に強制捜査の必要性がなかつたか否か、とくに被疑者との結びつきが少なく、あるいは軽微な事案であつたか否か等を考慮し、これらの全部または多くが積極的に認められる場合は、本件逮捕後の自供調書もまた別件逮捕勾留の違法の影響を免れず、証拠能力を有しないものと解するのが相当である」。

これを本件についてみると、（一）別件逮捕勾留期間は五日間であり、（二）「供述調書の通数も……本件逮捕後のものが圧倒的に多」く、内容的にも本件逮捕後の供述のほうが詳細かつ具体的であり、（三）本事案の取調べを待つまでもなく本件についてNらに「十分な嫌疑のかかること社会通念経験則に徴し自明の理であるというべく、この点多数容疑者のうちからさしたる根拠もなくさしあたり一、二の者を身柄拘束して追及するというような意味でのいわゆる見込捜査とは性質を異にするものがあ［り］」、（四）「拘束後の本件の取調方法自体に強制その他著しく不当な手

段が用いられたと認めるべき証拠はな［く］」、（五）本件逮捕状請求の審査にあたり別件逮捕・勾留中の自供が重要な資料となったとは一概には断じ難く、（六）「別件が被告人らに関係のない或は客観的に不確実な事実を想定して捜査を開始したものとは到底認められないし、また別件の被害金額はいずれも相当多額にのぼり、犯罪発生期もさして過去に遡るものではなくかつまたいわゆる知能犯として内容が若干込み入つた関係にあり、その他犯罪の手段方法ならびに態様などからすると、直ちに不問に付しうるほど軽微な案件とは做しがたいものと考えられる」。

「これら一切の状況からみて、……別件逮捕（勾留）の違法性は本件逮捕後の自供にまで影響を及ぼすものではなく、したがつてその後の自供は証拠能力を否定されないものと判断する」。

本判決は[51]、まず一般論として、捜査官が当初より別件について取り調べる意図がなく、専ら本件での捜査のために別件での身体拘束を利用する目的・意図で殊更に別件で身体拘束をなした場合には、そのような捜査方法は「憲法及び刑事訴訟法に定める令状主義に反し違法」であり、これによって得られた自白の証拠能力は否定されるべき、との立場を示した。その上で、本事案の別件逮捕・勾留がそのような違法に当たるとして、その間に得られた自白の証拠能力を否定している。このように、本判決は、別件逮捕・勾留中の自白について、手続の違法性のみを理由に、任意性を一切検討することなくその証拠能力を否定していることから、違法排除説的思考にたつ判例と解される[52]。

ただ、【196】、【197】、【198】がいずれも別件逮捕・勾留と本件逮捕・勾留との不可分一体性を強調し、「毒樹の果実論」的な思考で本件逮捕・勾留中の自白の証拠能力をも否定したのに対し、本判決は、別件逮捕・勾留と本件逮捕・勾留諸との関連性は諸事情の総合評価によって判断されるべきとの立場にたち[53]、諸事情の総合評価を踏まえ、別件逮捕・勾留の違法性が本件逮捕後の自白にまでは影響を及ぼしていないとして、本件逮捕後の自白の証拠能力についてはこれを肯定している。本件逮捕・勾留の基となった資料には別件逮捕・勾留中に得られた自白以外に客観的証拠も存在したこと

から見込み捜査の色彩は【196】、【197】、【198】と比べれば希薄であり[54][55]、また別件逮捕・勾留の違法性も承継されず毒樹の果実とはならないということであろう[56]。このように見込み捜査の色彩の程度すなわち捜査手続の違法性の程度[57]、ないしは別件逮捕・勾留の違法性の承継の有無が自白の証拠能力の判断を分けたということであるならば、本判決は【196】、【197】、【198】と同様に、本件逮捕・勾留中の自白についても違法排除説的思考にたってその証拠能力を判断したものと解することができよう[58]。

【200】旭川地決昭四八（一九七三）・二・三刑月五巻二号一六六頁（忠別川事件）

「本件の捜査方法は、Mに対する殺人未遂事件での身柄拘束状態を利用して、いまだ適法に令状の発付を求めて身柄を拘束するにいたるだけの資料を収集し得ていないT殺害事件について、実質的に右事件について令状が発付されているのと同様な被告人の取調べを行ない、その自白を得ようとしたものと言わざるを得ず、右のような態様での被告人に対する取調べは違法、不当なものであり、それ故右勾留期間中に作成された被告人の司法警察員に対する……各供述調書はいずれも違法に収集された証拠であつて証拠能力を欠く」。

「被告人がT殺害事件について逮捕、勾留された後に作成された各供述調書等の証拠能力について考えると、右T殺害事件についての被告人の逮捕、勾留は専ら前記のように収集過程に違法があるため司法審査の資料として用いることが許されない被告人の司法警察員に対する前記各供述調書を被告人の犯罪の嫌疑を疎明するための資料として用いることによつてなされたものと認められるから、右の逮捕、勾留はいずれも違法な身柄の拘束にあたるものであり、しかも、後記の各供述調書等は、その間にMに対する殺人未遂被疑事件での勾留中に作成された前記各供述調書に基づきこれを利用して、あるいはその影響下においてなされた陳述について作成されたものと認められるから、被告人の司法警察員および検察官に対する……各弁解録取書、裁判官に対する……被疑者陳述録取調書、司法警察員に対す

る……各供述調書ならびに検察官に対する……各供述調書もまた、いずれも証拠能力を欠く」。

本決定は[59]、別件逮捕・勾留を利用して本件について「令状は発付されているのと同様な」取調べが行われたとして、別件逮捕・勾留中の取調べを違法と判断し、その違法性を根拠に、そこで得られた自白の証拠能力を否定している。また、別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留については、違法収集証拠である別件逮捕・勾留中に得られた自白を基になされたものであることを根拠に、本件逮捕・勾留自体を「違法な身柄の拘束にあたる」と判断し、その間に得られた自白の証拠能力を否定している。本決定については、違法排除説にたつ判例であるとの見方がある[60]。本決定が、自白が任意になされたものであるか否かにかかわらず、手続の違法性を根拠に自白の証拠能力を否定する立場にたつ判例であることはたしかであるが、たんに手続の違法性を挙げるのみで、根拠条文をはっきりと掲げていないため、自白法則の解釈として違法排除説にたつ趣旨なのかについては分明ではない。

【201】東京地決昭四九（一九七四）・一二・九刑月六巻一二号一二七〇頁（都立富士高校放火事件一審）

「第一次逮捕勾留の基礎となつた窃盗の事実は、現職の警察官の制服、受令機などを含む時価約四万円相当のものを窃取したというもので、それ自体必ずしも軽微なものとはいえないばかりでなく、もしも過激派学生等にこれら賍品が悪用されることになれば、憂慮すべき事態にいたるとして、警察当局において、その当時から相当重視していた事案であること、被告人が当時単身アパート住まいをしていて逃亡のおそれも一応肯定されること、同種余罪多数もあつて起訴相当事案と考えられたこと、逮捕勾留期間中、右窃盗関係の捜査は現に行なわれており、右各事実は、結局いずれも起訴されるに至つていること等の事実に照らすと、本件における第一次逮捕勾留が、……そもそも別件による身柄拘束の根拠それ自体を欠くようなものであつたとは認められない。しかしながら、捜査当局の、第一次逮捕勾留中における被告人に対する取調べの実状は、……その取調時間の大部分は、未だ適法な令状発付のない放火につ

いての取調べにあてられていること、取調べにあたつて、放火について取調受忍義務のないことを告知した事実はなく（のみならず、黙秘権や弁護人選任権を告知した事実もうかがわれない。）、痔疾による苦痛を訴えていた被告人に対し、連日長時間にわたる取調べを受けるのやむなきに至らせたこと等を考えると、右取調べは、その実質において、……任意捜査としての取調べというを得ず、強制捜査としての取調べであつたと認められるところ、捜査当局においては、当初から窃盗についての身柄拘束状態を利用して放火につき右のような取調べを行なう意図であつたことも前認定のとおりであるから、右取調べは、結局、……違法なものというべきであり、窃盗による逮捕勾留中に作成された被告人の供述調書（一一月二〇日付、二一日付、二三日付のもの各一通、二二日付のもの二通）の証拠能力は、……消極に解するほかない」。

「放火による逮捕勾留中に作成された各供述調書の証拠能力について」は、放火による逮捕勾留後も、「その取調べの主体は、依然として、それ以前に被告人から詳細な自白調書をとつていた警察官（Y警部補）であり、Kとの関係の公表にからむ心理的圧迫や自己の健康状態の悪化に伴う気力の喪失もあつて、被告人が同警部補に対しすでにした自白を撤回するようなことは、容易に行なわれ難い状況であつたこと……、とくに、一二月一日以前においては、被告人の病状は、悪化の一途をたどつており、被告人の気力はとみに衰えていたと見られること等の事実に照らし、少なくとも、勾留執行停止のあつた一二月一日以前の時期における被告人に対する取調べは、その取調べの主体が警察官であるか検察官であるかに拘らず、それ以前の別件逮捕勾留中における取調べの違法を引きつぐというべきであり、また、勾留執行停止期間が満了した同月一五日以降の取調べも、その主体が前記Y警部補である限り、同様であるといわなければならない。右に述べた理由により、一一月二四日以降におけるY警部補に対する供述調書のすべて（同月二四日付、二五日付、二六日付、二八日付、一二月一日付、一七日付、二二日付のもの各一通、一六日付、一九日

付のもの各二通、二〇日付、二一日付のもの各四通）および検察官に対する供述調書中一一月三〇日付のものは、いずれもその証拠能力を欠く……（なお、右各供述調書については、任意性にも疑問がある。）」。

「しかしながら、被告人が健康を回復した後における検察官に対する供述調書は、これと同一に論ずることができない。被告人の肛門周囲膿瘍の手術の結果は良好で、勾留執行停止期間が満了した一二月一五日以降は、被告人は健康を回復していたと見られるところ、右一五日間に及ぶ勾留執行停止期間は、被告人の極度に混乱した心理状態ないし気力の回復にも好影響があつたはずであること、K検察官の取調べの方法自体には、格別非難されるべき点はなく、被告人が同検察官に対して従前の供述を変更することが、客観的に見て著しく困難な状況にあつたとまでは認められないこと等の諸点に照らし、一二月一五日以降における検察官の取調べについては、……別件逮捕勾留中の取調べの違法をしや断するに足りる特段の事情ありというを妨げず、したがつて、被告人の検察官に対する一二月二二日付、二五日付（各一通）、二六日（二通）の各供述調書は、その証拠能力があると認めるのが相当である（また、右各供述調書については、その任意性を疑わせる事情も認められない。）。」

本決定は[61]、別件逮捕・勾留中に得られた自白については、別件逮捕・勾留中の取調べが違法であったことを理由に、自白が任意になされたものであるか否かを問わずに、その証拠能力を否定している。この点に着目すれば、本決定は違法排除説に親和的な判例と解することも不可能ではない[62]。

しかし、別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留中に得られた自白について、本決定は、別件逮捕・勾留中の取調べを担当したY警部補に対するすべての供述調書と検察官に対する供述調書のうち一一月三〇日付のものについては、自白撤回の困難性や、当時の被告人の健康状態などを指摘してその証拠能力を否定する一方で、被告人が健康を回復した一二月一五日以降の検察官に対する供述調書については、検察官の取調べ方法自体に非難されるべき点がなく、「従

前の供述を変更することが、客観的に見て著しく困難な状況にあつたとまでは認められない」として、別件逮捕・勾留中の取調べの違法を遮断する「特段の事情」の存在を認め、その証拠能力を肯定している。括弧書きにおける「また、右各供述調書については、その任意性を疑わせる事情も認められない」との記述からは、違法を遮断する「特段の事情」の有無についての判断は、任意性判断とは離れた手続自体の違法に関するものであるようだが、実質的に本決定が違法を遮断する「特段の事情」の有無の判断において考慮しているのは、判示をみるかぎりもっぱら供述の自由に関する要素であるように思われる。

本決定は、自白の証拠能力の判断枠組みとしては自白の証拠能力を手続の違法性と自白の任意性の両面から判断すべきとの立場にたつようだが（ただ、折衷説にたっているのか、それとも、競合説にたっているのかについては、判然としない）、実質においては任意性説の域を出るものではないものと解される。

【202】東京地判昭五一（一九七六）・二・二〇判時八一七号一二六頁

「一般に、甲被疑事実についての逮捕、勾留期間中に、同事実についての強制捜査と併行して乙被疑事実についての捜査を行なうことは、それが任意捜査として行なわれ強制にわたるものでない限り、これを違法ということはできないが、さらに乙被疑事実に対する強制捜査が許されるかどうか、許されるとしてもそれは乙被疑事実が甲被疑事実とどのような法律上、事実上の関係にある場合であり、またその許される範囲と限度は如何等については、人権保障のため司法的抑制を貫き不当な強制捜査を排除しようとする令状主義の建前や、勾留の効力の及ぶ範囲を勾留状の基礎となつた被疑事実を規準にして劃し右司法的抑制を徹底しようとする勾留における事件単位の原則の見地等から、各具体的な場合毎にその実情に即して慎重に判断すべき……［である］。

ところで、……本件捜査の具体的経緯と状況のもとにおいては、被告人が前記傷害被疑事実による勾留状に基づき

強制捜査受忍義務、即ち刑事訴訟法一九八条一項但書による出頭および取調べ受忍義務を負う範囲が、右被疑事実に関するO父子に対する暴行、傷害行為それ自体のほか、右暴行、傷害行為をなすに至つた動機、経緯等右に付随する事情にまで及び得ることは当然肯認されるとしても、前記令状主義の建前や勾留における事件単位の原則の見地からすれば、その遡及には自ら一定の範囲と限度が存するものというべきである。殊に、前記勾留期間延長請求書の記載や、その段階における関係証拠資料の状況からみて明らかなように、未だ兇器準備集合被疑事実をもつて被告人を逮捕、勾留するに足りるだけの疎明資料を欠く状況のもとにありながら、いかにそれが悪質重要な公安関係事件に連がるものと目され、かつ社会的事実として時間的に連続する関係があるからといつても、右の範囲と限度を超えて、右付随事情の名のもとに、右傷害被疑事実それ自体とは時間、場所や罪種、罪質を異にし別個独立の罪を構成する兇器準備集合被疑事実についてまで、あたかも同被疑事実に基づく勾留状が発せられたと同様の状態のもとに被告人をおいて、被告人に対し出頭および取調べ受忍義務を強制することは許されないものというべきである。

そして前記……の諸状況を総合すれば、被告人の検察官および司法警察員に対する各供述調書は、少くとも兇器準備集合被疑事実に関する部分については、被告人があたかも右被疑事実についても勾留されたと同様の状態下で取調べを受けた結果作成されたもの、即ち令状主義を潜脱した違法な強制捜査のもとに作成された違法な証拠であり、結局その証拠能力を否定されるべき……［である］」。

本判決(63)は、判示から明らかなように、別件逮捕・勾留中に得られた本件自白について、それが任意になされたものであるか否かを一切問うことなく、「令状主義を潜脱した違法な強制捜査のもとに作成された違法な証拠」であることを理由にその証拠能力を否定している。本判決は、違法排除説的思考で自白の証拠能力を否定した判例と解される(64)。

【203】佐賀地唐津支判昭五一（一九七六）・三・二二判時八一三号一四頁

「捜査官は、日本刀の不法所持罪については逮捕の必要性がないか、又は逮捕翌日には必要性がなくなったのに、同罪の逮捕による身柄拘束状態を違法に継続し、これを利用して、専ら、いまだ逮捕状を得るだけの資料のない……殺人、死体遺棄事件につき被告人を取調べたものであり、その他の点の考察をまつまでもなく右取調べは違法である」。

「右取調べの違法性の程度はこの種別件逮捕による取調べの類型の中でも最も大きなものであって、他の事情を考慮するまでもなく、右自白に基づいて作成された被告人の司法警察員に対する昭和四八年二月二四日付供述調書は証拠能力がないと断定せざるを得ない」。

「前記違法収集にかかる自白調書を疎明資料として殺人、死体遺棄罪につき逮捕状、続いて勾留状を得て身柄拘束を継続し、右身柄拘束期間中に被告人の司法警察員に対する……各供述調書、検察官に対する……各供述調書、検察官作成の実況見分調書、裁判所書記官作成の被疑者陳述録取調書の被告人供述部分、押収してある録音テープ五巻の各証拠を収集したものであるところ、かかる違法な別件逮捕に引続く本件逮捕、勾留は違法な身柄拘束であり、その間に収集した被告人の供述調書等は原則として証拠能力を有しないといわなければならない。

尤も、右本件の逮捕、勾留が違法な別件逮捕によって得た証拠がなくても認められた場合、あるいは本件逮捕、勾留中に得た被告人の供述調書等が、実質的にみて違法な別件逮捕によって得た証拠に基づかず、又はその影響が排除された状況の下で作成されたと認めうる特段の事情の存する場合には、別件逮捕中に作成される証拠の違法を引継かず、証拠能力を認めうることがあると解すべきである。

これを本件についてみるに、前記認定によれば、殺人、死体遺棄罪による逮捕およびこれに続く勾留は、前記違法収集証拠である被告人の司法警察員に対する昭和四八年二月二四日付供述調書の存在によって初めて認められたものであり、右逮捕、勾留中に得た前記各証拠が右供述調書の違法を引継がない特段の事情は認めることができず、かえっ

て右供述調書に基づき、これを利用して、あるいはその影響下に作成されたものであると解されるから、いずれも証拠能力を有しないといわなければならない」。

本判決は、別件逮捕・勾留中の取調べを違法と断じた上で、そこで得られた自白について、取調べの違法の重大性のみを根拠にその証拠能力を否定している。この点に着目すれば、本判決は、違法排除説に親和的な判例と解しうる(65)。

ただ、本判決は、違法な別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留中の自白については、①「実質的にみて違法な別件逮捕によって得た証拠に基づか」ない場合、または、②違法な別件逮捕の「影響が排除された状況の下で作成されたと認めうる特段の事情の存する場合」には、その証拠能力が許容されうるとしている。①の点については、毒樹の果実論における「独立源の法理」に近い考え方を示したものといいうる。しかし、②の点については、そこにいう「影響」の理解次第では、すなわちそこにいう「影響」に被疑者の心理に対する影響も含まれるとするならば、違法な別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留中の自白の証拠能力は自白が任意にされたものか否かによって左右されることになり、自白の証拠能力の有無についての帰結は任意性説のそれと重なる場合もでてこよう。

【204】福岡高判昭五二（一九七七）・五・三〇判時八六一号一二五頁

「［日本刀不法所持による］別件逮捕は、本件の取調べに利用する意図のもとになされ、これを覆うために日本刀の本件成傷器としての極めて稀薄な可能性を過大評価して表面上の理由にかかげたものと推断されても止むを得ないものというべく、従つて、別件逮捕は必要性の点でその実質的要件を欠いた違法のそしりを免れず、このような違法な逮捕による身体の拘束下において、これを利用して本件についての取調べをすることは、別件について取調べることとともに違法なものといわざるを得ない」。

「以上のとおりで、本件自白調書は違法な逮捕下における違法な取調べによつて得られたものとなるので、その証

拠能力を刑事訴訟法三一九条とも関連させて検討するに、同条の適用が問題となる場面の殆んどは、適法な拘禁下における違法又は不当な取調べ方法自体にかかわるものであると考えられ、現行法上、極めて厳格な規制のもとに逮捕、勾留が許され、これにかなつた身体拘束下に適法な取調方法により得られた自白が証拠能力を認められていることからみれば、その場合は身体の拘束自体がもたらす固有の苦痛が被拘禁者の自白に及ぼす影響については、不当な長期拘禁の場合を除き、任意性の判断としては捨象されているものと解せられる。

このような観点から、身体の自由という最も基本的な人権について、憲法三三条が定めた令状主義を直截に受けとめ、違法な逮捕や勾留による人権の侵害に対する刑事訴訟手続外における救済の現実が法制度のもとでは極めて迂遠であり且つ実効を帰し難い現実面に思いを致すとき、また令状主義を徹底せんがため刑事訴訟法及び同規則が身体の拘束に関して極めて厳格な規則をもつて臨んでいる法意に照らせば、憲法が保障しようとする理念をより実質的に運用実践の面において反映させ、効果あらしめるためには、違法な逮捕という手段によつて得られた自白は、その直接的取調べの方法如何を問わず、その証拠能力を否定することによつて、司法的審査の資料とすることを排斥することが最も端的且つ実効的な方法であると考える。特に別件逮捕が違法な場合、その間に得られた本件に関する自白は、それが任意捜査としての諸要件を備えた取調べによることが明らかにされない限り、令状主義を潜脱するものとして、証拠能力を否定されるのが至当であると考えられ、その限りにおいて真実発見の要請も捜査の利益も適正手続の要請に一歩を譲る結果となつても止むを得ないものと考えられる。

叙上の理に照らせば、本件自白調書の証拠能力は否定すべきものであるから、原判決がこれと同旨の判断をしたことは正当であ［る］」。

「本件逮捕状請求及びこれに対する裁判官の認容の根拠となつた資料の中で最も主要なものは、本件自白調書であ

り、その余の資料はすべてこれに依拠することによりはじめて、M殺害の事実と被告人とを結びつけうるものであると認められるので、本件逮捕及び勾留の実質的要件、ことに本件逮捕勾留の理由の存在は専ら本件自白調書に依存しているといわざるを得ない。従つて本件自白調書の証拠能力が否定される限り、それはもはや本件逮捕、勾留の実質的要件の存否を審査する資料となり得ず、これを除いた他の資料のみをもつてはいまだ被告人を本件について逮捕、勾留する理由づけとはなし得ないので、本件逮捕、勾留もまた違法といわねばならない。従つて、本件逮捕後における自白調書等は違法な逮捕、勾留中の取調べによるものとして、本件自白調書における同様の理由により、証拠能力を否定されることになる」。

本判決は[66]、別件逮捕による身体拘束を違法と断じるとともに、そのような違法な身体拘束を利用した取調べについても違法と断じている。その上で、違法な別件逮捕中に得られた自白について、身体拘束に対する憲法の保障を実効あらしめるには、「違法な逮捕という手段によつて得られた自白は、その直接的取調べの方法如何を問わず、その証拠能力を否定することによつて、司法的審査の資料とすることを排斥することが最も端的且つ実効的な方法である」として、自白が任意になされたものであるか否かを一切問うことなく、その証拠能力を否定している[67]。また、本件逮捕・勾留中に得られた自白についても、それが任意になされたものであるか否かを問うことなく、本件逮捕・勾留がもっぱら別件逮捕・勾留に得られた自白に基づいてなされたものであることを理由にその証拠能力を否定している。本判決は、極めて明確に違法排除説的思考で自白の証拠能力を否定した判例である[68]。

【205】神戸地判昭五二（一九七七）・七・一刑集三七巻六号八五五頁（神戸ホステス宅放火事件）

「住居侵入罪による被告人の逮捕は、捜査機関において、本件たる放火事件につき未だ逮捕状を得るだけの資料がないため、すでに五ケ月以上も経過した軽微な住居無断立入りの事案を、ことさらに刑事事件として取り上げ、本件

放火事件の取調べの便宜を図つたことは明らかである。

このように、未だ逮捕状を得るだけの資料がない本件（重大犯罪）を取調べる目的で、ことさらに別件（軽微な事件）の逮捕を利用する関係を別件逮捕と呼ぶが、別件自体に逮捕の理由と必要性がある場合は格別……、本事案の如く、別件自体につき逮捕の理由及び必要性が認められず、専ら本件についての取調べを企図しながら、この意図を秘して逮捕状の発付を得た場合には、たとい逮捕状が発付されても、結局令状によらない逮捕とみるべきであり、かような逮捕は憲法に保障する令状主義を潜脱するものとして、他の要素を考えるまでもなく、違法な別件逮捕に該るというべきである。

そして、かかる違法な別件逮捕中に本件を取調べることは、本件についても令状主義が潜脱されたことになるから違法であり、かような取調べにより作成された供述調書は、違法な身柄拘束下において、しかも、捜査機関が積極的にそれを意図しかつ利用して採取したものであるから、適正手続に違背して収集された証拠即ち違法収集証拠として、証拠能力を有しないものと解するのが相当である。

以上の次第であるから、右五月一日付供述調書は、任意性の有無を判断するまでもなく、証拠能力がない」。

「被告人は、別件の住居侵入罪につき、昭和四八年五月二日午後零時二〇分に一旦釈放されたが、兵庫署から一歩も外へ出ないうちに、同日午後一時四〇分本件放火罪により再び逮捕され、同月四日勾留、同月一二日勾留延長がなされたことは前述のとおりであるが、右逮捕勾留の適否及びその間に作成された供述調書の証拠能力を検討するに、前記捜査の概要のとおり、本件の逮捕勾留の各請求の際に、違法収集証拠たる前記五月一日付供述調書が疎明資料として提出されているところ、右供述調書を除けば、本件放火事件につき被告人を逮捕勾留するだけの疎明資料が存しなかつたことは明らかである。……

このように、違法な別件逮捕中に作成された自供調書を除けば、本件につき逮捕勾留が認められないような場合には、たとい令状の発付があつても、これに基づく本件の逮捕勾留は依然として違法な身柄拘束というべく、従つて、捜査官がかかる違法な身柄拘束状態を利用して作成した供述調書は、前同様に違法収集証拠として証拠能力を否定するのが相当である」。

本判決は、別件逮捕・勾留中に得られた自白について、「適正手続に違背して収集された証拠即ち違法収集証拠」であるとして、しかも「任意性の有無を判断するまでもなく」と明言して、その証拠能力を否定している。また、本件逮捕・勾留中に得られた自白についても、本件逮捕・勾留を「違法な別件逮捕中に作成された自供調書」に基づいてなされた違法な身体拘束とした上で、「違法収集証拠」としてその証拠能力を否定している。本判決は、違法排除説に親和的な立場から自白の証拠能力を否定した判例ではあるが、「任意性の有無を判断するまでもなく」との表現からは、本判決が、手続の違法性と自白の任意性とを区別し、自白の証拠能力を判断する際には手続の違法性だけでなく自白の任意性についても検討する必要があるとの立場にたっていることが窺える。本判決は、折衷説もしくは競合説にたつ判例と解するのが妥当であろう。

【206】津地四日市支決昭五三（一九七八）・三・一〇判時八九五号四三頁（四日市青果商殺し事件）

別件（五〇万円の小切手一通の騙取）逮捕・勾留中の自白と、別件逮捕・勾留中の自白を疎明資料としてなされた本件（強盗殺人）逮捕・勾留中に得られた自白の証拠能力が問題となった事案である。本決定は、まず、別件逮捕・勾留中およびそれに引き続く本件逮捕・勾留中の自白の証拠能力についての基本的な考え方を次のように示した。

「甲被疑事実について逮捕、勾留中の被疑者を、乙被疑事実について取調べることは、被疑者に出頭拒否および退去の各自由が実質的に確保されている場合（以下このような状態での取調べを任意取調べという。）においては勿論、

かかる自由を奪う場合（以下このような状態での取調べを強制取調べという。）であっても、両被疑事実の間に一定の法律上、事実上の関係があり、かつ取調が一定の範囲、限度内にとどまる場合には、必ずしも法が一律にこれを禁ずるものとは解せられないが、乙被疑事実についての取調べが、右各許容される場合にあたるか否かは、刑事司法による正義の実現が、刑事司法における正義の実現と不即不離の関係にあることから要請される適正手続の保障原理の下で、人権保障を貫き、不当な強制捜査を排除するため、厳格な司法的抑制を要求する令状主義の建前や、右抑制を徹底するために、勾留の及ぶ範囲をその基礎となった被疑事実を基準に画そうとする事件単位の原則の見地から、個個具体的な場合毎に、その実情に即して慎重に判断すべきである」。「そして、仮りに、右許容限度を越えた取調べがなされた場合には、刑事司法による正義の実現を、刑事司法における正義の実現と共に危うくするものとして、当該甲被疑事実による逮捕、勾留中に録取された自白調書の証拠能力を否定されるものというべきであり、さらに、乙被疑事実による逮捕、勾留中に録取された自白調書についても、少くとも実質的には前後の身柄拘束を一個と見ることができ、当該被疑事実による逮捕が右のとおり証拠能力を否定されるべき自白調書を被疑者と犯人とを結びつける唯一もしくはこれに準ずる重要な疎明資料としてなされたものである場合には、右同様の理により、証拠能力を否定される」。

本判決は、上記の判示部分をみる限り違法排除説的思考にたつ判例であるかのようにもみえるが、本判決が違法排除説的思考にたつ判例なのかについては検討の余地がある。なぜなら本判決は、上記の判示部分の具体的適用の局面においては、自白が任意にされたものか否かという観点を相当重視していることが窺えるからである。

すなわち、本判決は、上記判示に続けて、「別件および余罪とは、日時、場所、罪種、罪質を全く異にする本件について……、あたかも逮捕状、勾留状が発布されたと同様に被告人に対して強制取調べに及ぶことは許されない」とした

上で、別件勾留中の客観的取調べ状況（捜査官が本件と被告人とを結びつける客観的証拠がないのに当初より被告人が本件の犯人であるとの強い予断を抱いていたこと、「被告人に対すると同様に、本件の容疑で取調べをなす目的で、A、Bをも見込み逮捕し、前者については厳しい追求がなされ、違法な自白の強要がなされていること」、「連日朝から晩まで長時間の取調べが行われ」、その取調べの大半は本件に対するものであったこと、取調べ場所として、「通常の取調室ではなく、他の用途を持つ、外界に接する窓のない陰気な印象を免れ難い一二畳敷の和室」も使用され、そこで有形力の行使を伴う厳しい追及がなされたこと、「微熱と捲怠感により医師の治療を受け、感冒および疲労と診断されているほか、それまでの間にも不眠や食欲不振を訴えていたことがあること」、被告人は、身体障害により畳の上に座ると苦痛が伴うのに、捜査員は、敢えて取調べ場所として和室を選び、被告人から苦痛が訴えられても特段の配慮をなした形跡がないこと等）のほか、被告人の主観面に関する事実（「被告人は当初本件について否認していたところ、同月一六日に至って一時期自白をなしたが、その内容は明らかに真実と合致しないもので、本部捜査員による追及を受けて、再び否認に転じていること」、自白の内容には証拠に裏付けられたいわゆる秘密の放棄とみられる部分が存しないこと）を認定し、これらの諸点を踏まえて、次のように述べて別件勾留中の自白の証拠能力を否定した。

「この間に作成された第一、第二調書は、自白の動機・犯行の動機、企図から本件犯行に至るまでの間の心の動き、本件犯行に対する悔悟の念等について、犯人であればこそ供述できると思われるような第三者に訴える内容を持つ供述部分が存せず、また動機として述べるところが、他の証拠と矛盾するのを初めとして、供述内容の全般に亘り、多くの不自然、不合理な点が存するほか第一調書については、自白時に被告人の態度に特段の変化がなく、また重要な供述部分たるべき本件の臓金に関するものが、むしろ取調べ官から真実に反し虚偽と断定された同年六月一六日の自白と類似しており、この二つの調書の相互間において、犯人であれば記憶違いをなすことはあり得ないと考えられる

第一現場における犯行直前の兇器の準備の状況から第二現場における犯行の状況に至るまで、大きな供述の変遷が認められ、また、前記のとおり、本件犯行の大筋については、第三調書以下の本件各書証と一致しているものの、その細部に亘って対比すれば、殆んど大部分に亘って大小の供述変遷を遂げていること等の諸点を指摘することができ、これらの諸点および後記三につきさらに付加して指摘する諸点を彼此勘案すれば、この間に作成された各自白調書につき自白の強要に基くものとして、自白の任意性についてすら疑いを挟まざるを得ないことは明らかであり、ましてこの間の取調べが任意取調べにとどまらないことは余りにも明白である」。「以上のとおりであるから、別件勾留中に録取された第一、第二各調書は、いずれも違法な強制取調べにより収集された証拠として証拠能力が否定されると解するのが相当である」。

このように、たしかに本判決は一般論にあたる部分では別件逮捕・勾留中の取調べの違法性のみを根拠に自白の証拠能力が否定されることを認め、また、一般論の具体的な適用における結論部分も「違法な強制取調べにより収集された証拠として証拠能力が否定される」として違法排除説に親和的な表現をしてはいるが、取調べの違法性の有無に関する具体的判断の局面においては、供述の内容に踏み込んでその真実性に関する点を詳細に検討しており、その意味できわめて虚偽排除説的な色彩がみて取れるのである。

また、別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留中に得られた自白については、別件勾留と本件逮捕・勾留との関連性、本件逮捕・勾留中の客観的な取調べ状況、本件逮捕・勾留中に得られた自白内容を検討した上で、次のように判示している。

「この期間に本部捜査員らにより作成された本件各書証については、前同様に自白の強要に基づくものとして、自白の任意性についてすら疑いを挟まざるを得ないのであり、なおこの期間に作成された検察官に対する弁解録取書、

各検面調書および勾留尋問調書についても、前記詳述した具体的事実に照らせば、右捜査員らによる右違法な取調べの影響を遮断できるに足りる事情が存しなかったと見るべきことは言うまでもないから、やはり自白の任意性についてすら疑いを挟まざるを得ず、さらに本件逮捕勾留と別件逮捕勾留とは実質的には一個の身柄拘束と見ることができ、また前者は、後者により録取された第一調書を被告人と犯人とを結びつける唯一の疎明資料としてなされたものである……ことは明らかである」。「以上のとおりであるから、本件逮捕勾留中に作成された本件各書証もまた、いずれも違法収集証拠として証拠能力が否定されると解するのが相当である」。

このように本判決は、本件逮捕・勾留中の自白についても違法収集証拠として証拠能力が否定されるとしてはいるが、その違法性の有無の判断においては、本件逮捕・勾留中の自白内容から捜査官による不当な取調べの影響が窺え、任意性に疑いが存在していることが重要な地位を占めているのである。

このようにみてくると、本判決は、自白の証拠能力の判断枠組みとしては違法排除説に親和的といえるが、必ずしも違法排除説的思考を徹底するものではなく、任意性説の要素を色濃く残した判例とみるのが妥当であろう(69)。

【207】神戸地決昭五六（一九八一）・三・一〇判時一〇一六号一三八頁（神戸まつり事件一審）

「被告人甲野の第一次、第二次各逮捕勾留中の、及び被告人乙山の逮捕勾留中のN記者殺害事件についての取調はいずれも違法であり、右違法は憲法三三条、三四条に違背する重大なものであるから、これによつて獲得された被告人両名の右事件に関する供述は、憲法三一条、刑事訴訟法一条の趣旨にてらし、これを事案解明のための資料として用いることは許されないというべきである。また被告人乙山の観護措置中に作成された右殺人事件についての供述調書二通は、右殺人の被疑事実に対する自白をその内容とするが、右供述は同被告人が逮捕勾留中の違法な取調によつてなした供述が大きく影響していることは明らかであるから、右供述調書二通もまた証拠として用いることは許され

ないと解すべきである」。

本決定は[70]、第一次（別件）逮捕・勾留中とそれに引き続く第二次（本件）逮捕・勾留中に行われた取調べを違法と断じ、その違法が憲法三三条、三四条に反する「重大なもの」であることを根拠に、その間に得られた自白の証拠能力を否定したものである。その際、自白が任意にされたものか否かを一切考慮していないことから、本決定は違法排除説に親和的な判例といえる。もっとも、本決定は、乙山の観護措置中に得られた自白については、別件逮捕・勾留中とそれに引き続く本件逮捕・勾留中の「違法な取調によつてなした供述が大きく影響している」として、その証拠能力を否定している。「供述が大きく影響している」との表現からは、自白の証拠能力を判断する上では、手続の違法性とは別に自白が任意にされたか否かについても問題となりうるという立場にたっていることが窺える。

このようにみてくると、本決定は折衷説もしくは競合説にたつ判例ということになるが、本決定が出された時点においては、最高裁においてすでに違法収集証拠排除法則が確立しており、また、本決定が違法収集証拠排除法則を初めて採用した最判昭五三（一九七八）・九・七刑集三二巻六号一六七二頁と同様に憲法三一条、刑訴法一条を挙げていることからすると、競合説にたつ判例と解するのが妥当といえようか。

【208】大阪高判昭五九（一九八四）・四・一九高刑集三七巻一号九八頁（神戸まつり事件控訴審）

「（一）捜査官が、被告人Tに対する第一次逮捕・勾留期間、被告人Fに対する逮捕・勾留期間中に、被告人両名を本件殺人の事実について取り調べて作成した各供述調書、すなわち、別表（一）番号一ないし一三、別表（二）番号一ないし八の各供述調書は、……その取調べに存する違法性が令状主義の潜脱という重大なものであつて、司法の廉潔性の保持及び将来における同様の違法な取調方法の抑制という見地から、違法収集証拠としてその証拠能力は否定されるべきである。

（二）被告人Tに関する別表（一）番号一四、一五の各供述調書は、同被告人に対する第二次勾留期間中に、捜査官が本件殺人の事実について同被告人を取り調べて作成したもの、同被告人に関する別表（一）番号一六ないし一八の各供述調書は、同被告人に対する家庭裁判所の観護措置決定が、同裁判所の検察官送致決定に伴つて勾留とみなされた期間内に、捜査官が本件殺人の事実について同被告人を取り調べて作成したものであり、被告人Fに関する別表（二）番号九、一〇の各供述調書は、同被告人が家庭裁判所の観護措置を受けている間に、捜査官が少年鑑別所に赴き本件殺人の事実について同被告人を取り調べて作成したものであるが、いずれも、被告人Tの第一次逮捕・勾留及び被告人Fの逮捕・勾留中に同被告人らを本件殺人の事実について取り調べて各供述調書（第一次証拠）を作成した捜査官ないしこれと一体と認められる捜査機関が同様の捜査目的で同一事実につき同被告人らを取り調べて作成した供述調書（第二次証拠）である。そして第一次証拠が、前記のように憲法及び刑事訴訟法の保障する令状主義を実質的に潜脱して被告人両名を取り調べた結果得られたという重大な違法性を帯びるものである以上、右のような捜査機関が、第一次証拠の収集時から実質上継続して身柄を拘束されている被告人両名を取り調べて作成したこのような第二次証拠も、特段の事情のない限り、第一次証拠と同様の違法性を承継するものと解するのが、司法の廉潔性の保持と将来における違法捜査の抑制という目的にも合致し、正当であると考えられ、本件では右各供述調書を証拠として許容すべき特段の事情も認められないので、第二次証拠である右各供述調書の証拠能力も、すべて否定すべきものと解する」。

本判決は[71]、第一次（別件）逮捕・勾留中の自白について、それが任意になされたものか否かを一切問うことなく、その証拠能力を否定している。また、第二次（本件）勾留中の自白については、違法収集証拠である第一次逮捕・勾留中の自白との関係で「第二次証拠」に当たるとして、違法性の承継を理由にその証拠能力を否定している。本判決は、違

法排除説的思考を徹底した判例といえる。もっとも、本判決の判示をみる限り、本判決が、違法排除説にたつのか、それとも違法収集証拠排除法則を適用したものなのかについては判然としない。ただ、少なくとも、将来の違法な取調べ抑制など、違法排除の理由として本判決の説くところは、前出・最判昭五三（一九七八）・九・七と同内容であり、この点に着目すれば、本判決は前出・最判昭五三（一九七八）・九・七を踏襲したものと解することも可能であろう(72)。このような理解が正しければ、本判決は競合説にたつ判例ということになる。

【209】旭川地決昭五九（一九八四）・八・二七判時一一七一号一四八頁（旭川日通営業所長殺し事件）

「被告人を当該被告事件以外の被疑事件について取調べることは刑事訴訟法一九八条一項の規定に照らして許されるところであるが、その被疑事件につき逮捕、勾留されていない以上、その取調べは任意捜査であり、被告人が取調べを受けるかどうかはあくまでも任意であり、取調べ開始後も何時でもこれを拒むことができることになる。したがって、当該被告事件について逮捕又は勾留されている場合でも、右被疑事件の取調べは、取調べ時間、方法等の点において身柄不拘束（在宅）の被疑者を取調べる場合に準ずるよう配慮しなければならない」。

「被告人の司法警察員に対する昭和五七年九月一四日付供述調書の証拠能力について判断するに、同月一一日から一三日までの三日間にわたる取調べは、すでに身柄を拘束されて以来二五日を経過し、心身ともに疲労している被告人に対し、被告人と本件殺人事件とを結びつける資料がなく、本件殺人事件についての令状を得ることができないのに、本件殺人事件についての取調べを開始し、警察官二名が在室した状態で連日深夜に及ぶ長時間にわたる取調べを行ない、その間、厳しい追及、説得等を継続し、さらに右の取調べにおいては、被告人に対し、不動の姿勢を強い、頭を小突くあるいは胸をたたく等の暴行を加えた疑いが極めて強いのであって、右の取調べは身柄不拘束の被疑者と同じ立場にある被告人に対するものとしては、許容された限界を越えた違法なものといわなければならず、その違法

の程度は相当重大であって、このような違法な取調べによって得られた前記司法警察員に対する供述調書は、憲法三一条、三八条一項、二項の趣旨に照らし、証拠能力を欠くものといわざるを得ない。加えて右の取調べ方法は、被告人に対し自白を強要するに等しいものであるといわざるを得ず、同月一四日の自白は任意性に疑いがあるものであり、右自白を録取した前記司法警察員に対する供述調書は、この点においても証拠能力を欠くものである」。

「本件殺人事件についての被告人の逮捕、勾留は、前記のとおりその作成過程に違法があるため司法審査の資料として用いることが許されない被告人の前記九月一四日付の司法警察員に対する供述調書が被告人の犯罪の嫌疑を疎明するための唯一の資料として用いられることによってなされたものと認められるから、右の逮捕、勾留はいずれも違法な身柄の拘束にあたるものである。

ところで、憲法三一条、三八条一項、二項の趣旨に照らすとき、かかる違法な逮捕、勾留状態中における取調べによって得られた供述及びこれを録取した供述調書、その供述を基にして収集された証拠は、その収集過程に違法があるものとして、証拠能力がないものと解するのが相当である。

したがって、本件殺人事件による逮捕、勾留中に作成された別表（一）記載番号二ないし二四の各供述調書及び本件各実況見分調書等はいずれも証拠能力を欠くものというべきである」。

本決定は、まず、別件逮捕・勾留中の本件取調べについて在宅被疑者に対する取調べに準じて行うべきとの基準を示した上で、長時間にわたる厳しい追及や、暴行が加えられた疑いが認められる別件逮捕・勾留中の本件取調べは、「許容された限界を越えた違法なもの」で、「違法の程度は相当重大であ［る］」として、そのような取調べによって得られた自白について「憲法三一条、三八条一項、二項の趣旨に照らし、証拠能力を欠く」とするのみならず、任意性についても明確にこれを否定している。また、別件逮捕・勾留に引き続く本件逮捕・勾留の自白については、別件逮捕・勾留

中の違法な取調べによって得られた自白に基づいて行われていることから本件逮捕・勾留自体が違法になるとし、その間に得られた自白についても本件逮捕・勾留の違法性を理由にその証拠能力を否定している。

本決定が自白の証拠能力を否定する際に挙げる根拠規定は、憲法三一条、三八条一項、三八条二項である。憲法三八条二項から違法排除の結論を導いていることから、本決定が自白法則に違法排除説の趣旨を含めて解釈していることが窺える。また、本決定は、その判示からも明らかなように、違法排除の可否と区別する形で自白の任意性についても検討しているが、これは、手続の違法性か自白の任意性のいずれかの観点から問題が認められる場合には自白の証拠能力は否定されるとの立場を示したものとも解される。

このようにみてくると、本決定は、折衷説に親和的な判例といえようか。

【210】福岡高判昭六一（一九八六）・四・二八刑月一八巻四号二九四頁（鹿児島夫婦殺し事件差戻控訴審）

本件と全く関連性のない軽微な別件で昭和四四年四月一二日に逮捕・勾留し、その逮捕・勾留期間に加えて別件で起訴後の勾留期間をも利用して本件について取り調べて自白を得て、同年七月四日に本件逮捕に至ったという事案につき、次のように判示した。

「別件逮捕・勾留中の被告人に対する本件の殺人事実についての取調は、いまだ逮捕状及び勾留の各請求をなしうるだけの資料の揃っていない重大事犯である本件の殺人事実について被告人を取り調べる目的で、本件の捜査中資料も揃ってきた関連性の全くない軽い事犯である別件の詐欺等の事実について逮捕状及び勾留状の発付を受け、別件逮捕・勾留は、その理由及び必要性が一応認められ、その事実について取調がなされて昭和四四年四月二四日起訴されているけれども、それ以後は別件の公判審理のための勾留であり、勾留の理由及び必要性が高いとはいえない事案であるのにその勾留を利用し、被告人が別件逮捕で引致されるやその日から本件の取調に入り、別件の起訴前から本件

の殺人事実の取調を主とし別件を従とする取調を行ない、別件起訴後同年五月一〇日ころまでは別件同種余罪の取調を若干なしたものの殆んどを本件の取調にあて、同月中旬以降は専ら本件の取調をなし、その取調状況は平均して朝から晩一〇時ころまで、四月中は二週間位休日もなく連続し、五月以降は大体において月曜日から土曜日まで連続してといえる八〇日余りの期間にわたる長時間、長期間、連続的なもので、そのうち四月後半ころは約一〇日間にわたり警察署長官舎等の畳の間で座らせて、勾留事実関係よりすれば逃走の虞もないのに片手錠を施したまま取り調べ、別件逮捕から一か月経過してもいまだ本件の逮捕状及び勾留の各請求をなしうる証拠の収集がなく、同年五月中旬以降は被告人の犯行であることをうかがわしめるような客観的新証拠の収集がなく、六月中旬に至つてもいまだ本件の逮捕状及び勾留の各請求をなしうる証拠を収集しえず、被告人はかかる任意の取調といいがたい取調を受忍する義務のないことを知らず致し方なく取調を受け、同年六月ころからは相当重い身体的・精神的疲労状態をあらわしているなかで、本件の殺人事実について逮捕・勾留して取り調べると同様の取調を、捜査において許容される逮捕・勾留の期間的制限を実質的に大きく超過して行ないつつ、被告人の供述（自白）を追求したものであるということができ、被告人に対する本件の殺人事実に関する取調の具体的状況に照らし、原審判決が有罪認定の証拠として掲げる被告人の司法警察員に対する各供述調書（左記の七通と後記の六通計一三通）のうち別件逮捕・勾留中（しかも別件逮捕から二か月以後）に作成された昭和四四年六月一二日付、二三日付、二四日付、七月二日付（二通）、三日付（二通）計七通……の供述調書が作成されたときの取調は、任意捜査の限度を超え違法であるにとどまらず、憲法及び刑事訴訟法の保障する令状主義を実質的に潜脱するものであり、……かかる取調のもとで作成された右被告人の供述調書七通は司法の廉潔性の保持及び将来における同様の違法な取調の抑制という見地から違法収集証拠としてその証拠能力は否定されるべきである」。

「次に本件の（Kに対する）殺人事実についての逮捕・勾留中に作成され、原判決が有罪認定の証拠として掲げる被告人の司法警察員に対する各供述調書に該当する昭和四四年七月四日付、一〇日付、一六日付、一九日付、二五日付各調書及び被告人の検察官に対する（同月二四日付）供述調書以上合計六通……は、前記証拠能力がないとされる被告人の司法警察員に対する同月二日付（二通）三日付（二通）各供述（自白）調書等を資料として逮捕状の発付を受け、別件の勾留状が失効するや間髪を入れずに逮捕し、更に勾留状の発付を受けた本件の逮捕・勾留中に右各供述（自白）調書に基づいて、それと社会事実的に同一性を有する事実内容の詳細具体化を順次連続して追求した捜査官の取調によつて作成されたものであることが明らかであることにかんがみると、本件逮捕・勾留中に作成された右被告人の供述調書六通も前記別件逮捕・勾留中の取調の重大な違法性を承継具有する取調のもとで作成されたものと認められるので、前記……供述調書七通と同じく違法収集証拠としてその証拠能力は否定されるべきである」。

本判決[73]は、別件逮捕・勾留中の自白について、それが任意になされたものであるか否かについて一切問うことなく、違法収集証拠であることを理由にその証拠能力を否定している。また、本件逮捕・勾留中の自白についても、「別件逮捕・勾留中の取調の重大な違法性を承継具有する取調のもとで作成された」「違法収集証拠」であるとして、「毒樹の果実論」的な思考でその証拠能力を否定している[74]。

本判決は、別件逮捕・勾留の違法性の程度について「憲法及び刑事訴訟法の保障する令状主義を実質的に潜脱する」重大なものあることと、「将来における同様の違法な取調の抑制という見地」からの排除相当性を考慮していることに鑑みると、前出・最判昭五三（一九七八）・九・七で採用された違法収集証拠排除法則を自白に適用した判例といえよう。

【211】浦和地判平二（一九九〇）・一〇・一二判時一三七六号二四頁（三郷アパート放火事件）

逮捕・勾留中の被疑者に対するいわゆる「取調べ受忍義務」は、逮捕・勾留の理由となっている被疑事実のみに及ぶ、

として余罪取調べの限界基準を示した上で、次のように判示した。

「本件において、被告人の取調べにあたった吉川警察署の警察官及び浦和地方検察庁のS検事は、余罪取調べに関する……限界を全く意に介することなく、別件逮捕・勾留中においても、本件たる放火の事実について、別件の不法残留に関する取調べの場合と同様、被告人に取調べ受忍義務があることを当然の前提として取調べを行ったことが明らかであって、当然のことながら、被告人に対し、前記のような意味において、本件たる放火の事実については取調べを受ける義務がない旨告知したことはなく、被告人自身も、かかる義務がないということを知る由もなかったと認められる（のみならず、右取調べの方法は、犯行を否認する被告人に対し、目撃者がいるといって自白を迫り、被告人が一旦マッチを投げて放火したと供述するや、その方法では火事にならないから他の方法だろうと執拗に供述を迫るなど、取調べ受忍義務がある場合として考えてみても、明らかに、妥当を欠くものであったと認められる。）。従って、本件第一次逮捕・勾留中になされた本件放火に関する取調べは、明らかに許される余罪取調べの限界を逸脱した違法なものであり、これによって作成された被告人の自白調書は、証拠能力を欠き、また、その後の第二次逮捕・勾留は、右証拠能力のない自白調書を資料として請求された逮捕状・勾留状に基づく身柄拘束であって、違法であり、従ってまた、その間に作成された自白調書も証拠能力を欠くと解すべきである」。

本判決(75)は、別件・逮捕勾留中の自白について、それが任意にされたものか否かを問うことなく、取調べの違法性を理由に直截にその証拠能力を否定している。また本件逮捕・勾留中の自白については、別件逮捕・勾留中に得られた自白を資料としてなされたことを理由に本件逮捕・勾留自体を違法と断じた上で、そのような違法な身体拘束中に得られたことを理由に、こちらも任意になされたものか否かを一切問わずにその証拠能力を否定している。

ただ、本判決は、自白の証拠能力を手続の違法性いかんにのみかからしめているわけではない。本決定は、別件逮捕・

勾留と自白の証拠能力の検討に先立ち、本事案の取調べ方法に関する問題点（法律に疎い外国人の被疑者に対する黙秘権などの権利告知が被疑者が理解しうる程度に十分でなかったこと、被疑者が病中であったこと、不当な取調べがなされたこと等）を詳細に検討し、「被告人の自白調書中少なくとも九月一八日以降のものは、捜査官による虚偽自白を誘発し易い著しく不当な方法によって獲得されたものとして、その任意性がないというべきことは、右八、六に指摘したとおりであるが、前記六記載の取調べ方法の問題点及び同七記載の被告人の健康状態とこれに対する配慮不足の点をも考慮すると、一八日以降のものに止まらず、それ以前に作成されたものについても、任意性に疑いがあるものとして、その証拠能力を否定すべきである」として、自白の任意性を否定している。

本判決は基本的に任意性説にたつ判例と解されるが[76]、被疑者の心理状態について具体的に検討せずに、取調べの問題性を任意性の否定に直接に結び付けている点で、違法排除説への近接を窺うこともできる判例といえよう[77]。

【212】福岡地判平一二（二〇〇〇）・六・二九判タ一〇八五号三〇八頁

「当裁判所は、ひとまず被告人の自白には弁護人が主張するような任意性を疑わせる事情はないとの判断に達したことから、弁護人の違法収集証拠の主張に対する最終的な判断は判決中で行うこととした上で、第八回公判期日において、被告人の前掲各供述調書のうち一通……を必要性なしとして却下し、残りの二一通……につき証拠採用決定をしてこれらを取り調べた」と、本事案の経緯を述べた上で、別件逮捕・勾留中の自白およびそれに引き続く本件・逮捕勾留中の自白について次のように判示した。

「捜査官は、第一次逮捕・勾留に引き続き、起訴後勾留中も、殺人事件について取調受認義務があることを当然の前提として被告人の取調べを行ったものと評価すべきであり、その取調べは、もはや任意捜査の限度を超え、実質的な強制捜査として行われたものであるとともに、令状主義を実質的に潜脱したものといわざるを得ない。したがって、

起訴後勾留中に行われた殺人事件の取調べは、前記の余罪取調べの適否に関するいずれの見解によっても、許される余罪取調べの限界を逸脱した違法なものというべきである」。

「第一次逮捕・勾留中及び起訴後勾留中の殺人事件に関する被告人の取調べは、いずれも許された余罪捜査の限界を超えた違法なものであって、その違法性の程度は重大であり、違法捜査抑制の見地からしても、このような取調べにより得られた供述調書は、憲法三一条、三八条一項、二項の趣旨に照らし、証拠能力を欠くものといわなければならない。なお、本件捜査官には、取調べの違法の認識がなかったという可能性が高いが、本件における違法の重大性と明白性、弁護士による異議の存在等に照らすと、違法の認識の欠如は右結論を左右するものではない。

そうすると、第二次逮捕・勾留は、右証拠能力を欠く被告人の供述調書を重要な疎明資料として請求された逮捕状・勾留状に基づく身柄拘束であったという点において違法であり、また、これまでに認定した起訴後勾留中の被告人の取調状況等に照らせば、同年三月八日から始まった第二次逮捕・勾留が、実質的には、すでに覚せい剤事件の起訴日である二月一七日から始まっていたと評価し得るのであって、これは、事件単位の原則の下、厳格な身柄拘束期間を定めた刑事訴訟法の趣旨が没却され、結果として令状主義が潜脱されたという点においてもやはり違法であり、第二次逮捕・勾留は、結局、二重の意味において違法である。したがって、その間に作成された被告人の供述調書も証拠能力を欠くものといわざるを得ない。さらに、被告人が殺人事件による勾留中に実施された実況見分の調書二通……は、違法な身柄拘束の状態を利用して作成されたものであるから、証拠能力を有しないと考える」。

本判決[78]は、第一次逮捕・勾留中の取調べの違法の重大性を理由にその間に得られた自白の証拠能力を否定するとともに、第一次逮捕・勾留に引き続く第二次逮捕・勾留については、証拠能力を認めえない第一次逮捕・勾留中に得られた自白を基になされた違法な身体拘束であるとして、その間に得られた自白の証拠能力についてもこれを否定している。

本事案では自白の任意性が認められるとして、第八回公判期日において自白が証拠採用されていることからも明らかなように、本判決は、自白の任意性の問題とは明確に区別する形で自白の収集手続の違法性について検討し、手続が違法であることを理由に、その間に得られた自白の証拠能力を否定したものである。なお、本判決は、自白の証拠能力を否定する根拠条文として、憲法三一条に加えて、憲法三八条一項、二項を挙げている。ここから、本判決が自白法則に任意性説と違法排除説の趣旨をともに読み込んでいることが窺える。本判決は、折衷説的な立場にたつ判例といえようか。

【213】東京地決平一二（二〇〇〇）・一一・一三判タ一〇六七号二八三頁

本事案はやや複雑な事案であるが、取調べの経過を整理すると次のようになる。中国国籍の被告人は平成一一（一九九九）年七月八日、旅券不携帯の事実（別件①）で逮捕・勾留された。後に検察官は、旅券不携帯の事実については処分保留のまま被告人を釈放したが、偽造有印公文書行使の事実（別件②）で被告人を逮捕・勾留し、同事実で被告人を起訴した。この起訴から二一日目に、検察官は、強盗致傷の事実（本件）で被告人を逮捕・勾留し、九月二〇日に同事実で起訴した。被告人が最初に逮捕された七月八日から九月二〇日までの間、本件についての取調べが行われた。

本決定は、まず、本事案においては「被告人の自白の任意性に疑いを生じさせるような取調べの状況はなかった」として自白の任意性についてはこれを肯定した。続いて、別件逮捕・勾留の適否の検討に進み、事実関係を詳細に検討し、「旅券不携帯事件及び偽造公文書行使事件による被告人の逮捕勾留にはそれぞれ理由及び必要性が認められ、また、旅券不携帯事件の勾留期間の延長についても延長すべきやむを得ない事由の存在を否定できないから、右の諸点に関する限り、旅券不携帯事件及び偽造公文書事件による逮捕勾留に違法はない」とした。その上で、「捜査のあり方等からの検討」に進み、まず、旅券不携帯事件による逮捕（七月八日）から勾留期間延長（同月一九日勾留満期）までの取調べ状況を検討し、この間の取調べについては、「被告人に対する××事件の取調べは、あくまで旅券不携帯事件及び不法入国事

件の取調べに付随し、これと並行して行われている程度にとどまっていたものといえるから、その間の××事件の取調べに違法があるとはいえない」としたものの、①旅券不携帯事件による勾留期間延長（七月二〇日）から偽造公文書行使事件による逮捕（同月二九日）までの取調べ、②偽造公文書行使事件による逮捕（七月二九日）から同事件による起訴（八月九日）までの取調べ及び③偽造公文書行使事件による起訴（八月九日）から××事件による逮捕（八月三〇日）までの取調べについてはその違法性を肯定し、その間に得られた自白の証拠能力を否定した。その一方で、④××事件による逮捕（八月三〇日）から起訴（九月二〇日）までの取調べについては違法性を否定し、その間に得られた自白の証拠能力を肯定した。

本決定の判示は次のようなものである。

①旅券不携帯事件による勾留期間延長（七月二〇日）から偽造公文書行使事件による逮捕（同月二九日）までの取調べによって得られた自白の証拠能力

「(三)ア　……旅券不携帯事件による勾留期間の延長後は、被告人に対して……ほぼ連日、相当長時間に及ぶ取調べが続けられており、しかも、その大半が××事件の取調べに費やされていたのに対し、不法入国事件に関しては、被告人を若干取り調べた点を除けば、捜査本部が積極的に捜査を行った形跡がなく、同月二四日までに、不法入国による立件が絶望的となるような状況に陥っていたこと、さらに、被告人は、××事件について、頑強に否認を続けて、自白した後も、取調べに抵抗を続けていたことがうかがわれるのである。

イ　そして、旅券不携帯事件による勾留期間延長から偽造公文書行使事件による逮捕までの間の右のような捜査のあり方からすると、右期間中における××事件の取調べは、旅券不携帯事件による逮捕勾留期間中に許された限度を大きく超えているのに対し、本来主眼となるべき旅券不携帯事件ないし不法入国事件の捜査は、ほとんど行われない

状況にあったというべきであるから、右勾留期間延長後は、旅券不携帯事件による勾留としての実体を失い、実質上、××事件を取り調べるための身柄拘束となったとみるほかはない。したがって、その間の身柄拘束は、令状によらない違法な身柄拘束となったものであり、その間の被告人に対する取調べも、違法な身柄拘束状態を利用して行われたものとして違法というべきである。

ウ　この点、検察官は××事件について、被告人の日本における生活痕跡等を示すという意味で旅　券不携帯事件と密接に関連する事実であり、同事件の逮捕勾留期間中にも広く取り調べることができる旨主張するが、同事件は、旅券不携帯事件との関連性があるとはいえず、不法入国事件とも、不法入国後の生活状況として関係するにすぎないものであって、関連性は希薄というほかないから、検察官の右主張はその前提を欠くものである。

エ　そして、前記イで指摘した旅券不携帯事件による勾留期間延長から偽造公文書行使事件による逮捕までの間の被告人取調べの違法は、憲法及び刑訴法の所期する令状主義の精神を没却するような重大なものであり、かつ、右取調べの結果得られた供述調書を証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からも相当でないと認められる以上、右期間中に得られた被告人の供述調書、すなわち、七月二四日付け（乙七）及び同月二七日付け（乙八）各警察官調書並びにその間に被告人を同事件に関し現場に引き当たりをして得られた同月二九日付け捜査報告書（甲五〇）の証拠能力はすべて否定されるべきものと解するのが相当である」。

②偽造公文書行使事件による逮捕（七月二九日）から同事件による起訴（八月九日）までの取調べによって得られた自白の証拠能力

「右期間中の××事件についての取調べは、偽造公文書行使事件の取調べに付随し、これと並行して行われている程度にとどまるといえるから、その間の××事件の取調べ自体に違法があるとはいえない」。

「しかしながら、右警察官調書が得られた八月六日の取調べは、前判示のように違法と解される身柄拘束（以下「本件違法勾留」という。）が終了してから八日間を経た後のものとはいえ、……本件違法勾留期間中と同じT警部補が行ったものであり、その内容も、被告人が右期間中から××事件の共犯者として供述していたF''の人定に関するものであるから、右警察官調書における被告人の供述は、本件違法勾留期間中における違法な取調べの影響下にあり、それまでに得られた被告人の同事件に関する自白と一体をなすものとして、その違法を承継するものと解するほかはない。したがって、右警察官調書（乙九）も、本件違法勾留期間中に得られた二通の各警察官調書（乙七、八）と同様の趣旨において、その証拠能力を欠くものと解するのが相当である」。

③偽造公文書行使事件による起訴（八月九日）から××事件による逮捕（八月三〇日）までの取調べによって得られた自白の証拠能力

「取調べは、被告人が任意に応じていたものということができ、しかも、偽造公文書行使事件の審理を何ら阻害するようなものではなかったから、それ自体に違法のないことは明らかである」が、「前記警察官調書（乙一〇）が作成されたのは、本件違法勾留が終了してから一四日間を経た八月一二日であり、しかも、前認定のとおり、同月一〇日には、××事件の共犯者とされるF''が逮捕されたとはいえ、右警察官調書が得られた取調べは、本件違法勾留期間中と同じT警部補が行ったものであり、その内容も、事件当日に同事件の現場に最寄りの千駄木駅の改札口でビデオテープに録画された人物から被告人並びに同事件の共犯者とされるF''及びGを特定するなどしたものであるから、右警察官調書における被告人の供述もまた、本件違法勾留期間中における違法な取調べの影響下にあり、それまでに得られた被告人の同事件に関する自白と一体をなすものとして、その違法を承継するものと解されるのである。したがって、右警察官調書（乙一〇）も、本件違法勾留期間中に得られた二通の各警察官調書（乙七、八）と同様の趣旨にお

いて、その証拠能力を欠くものと解するのが相当である」。

「もっとも、……八月一二日に、××事件の犯行現場に残されていた指紋の一つがF"の指紋と一致することが確認され（甲四六）、さらに、同月一九日には、甲野から、F"が犯人の一人であることは間違いないと思う旨（甲二七）の、Sからも、F"は犯人の一人に似ている旨（甲三四）の各供述が得られ、F"自身も、同月二五日には、被告人及びGと共に××事件を敢行した旨自供するに至り、同日付けで警察官調書二通（甲五三、五四）が作成されるなど、被告人の同事件への関与については、被告人の自白から独立した客観証拠が順次収集され、固められていっており、同月一九日以降の取調べは、このような客観証拠を参照し援用しながら行われたことがうかがわれるのであって、右取調べについては本件違法勾留期間中の違法な取調べの影響が次第に薄らぎ希薄化していったものとみられる」。

④××事件による逮捕（八月三〇日）から起訴（九月二〇日）までの取調べによって得られた自白の証拠能力

「（一）××事件の逮捕状請求及び勾留請求の際には、被告人の同事件への関与を裏付けるべき疎明資料として、被告人の前掲警察官調書四通（乙七ないし一〇）に加え、……各客観証拠［甲四六、二七、五三、五四］が提出されたことがうかがわれるところ、このうち被告人の警察官調書四通はいずれも、……証拠能力を欠くものではあるが、これらから独立した右各客観証拠によっても、被告人の同事件への関与を十分裏付けることができる上、同事件の事案の重大性、証拠の収集状況、被告人の供述状況等に照らすと、逮捕勾留の理由及び必要性も十分認められる以上、同事件による逮捕勾留は、本件違法勾留の影響の点を除けば、何ら違法はないというべきである。

（二）そこで、本件違法勾留の違法ないしその期間中の取調べの違法が××事件による逮捕勾留ないしその間の取調べの適否に及ぼす影響について検討することとする。

ア　まず、××事件による逮捕勾留期間中の取調べに対する本件違法勾留期間中の取調べの影響についてみるに、

……被告人と同事件との結び付きを裏付ける客観証拠が順次収集され固められていったことに伴い、その影響が次第に薄らぎ希薄化していったものと認められる。したがって、同事件による逮捕勾留期間中に得られた被告人の供述は、前掲各警察官調書（乙七ないし一〇）と一体をなすものとまでは認められず、その違法を承継するとしても、その程度は証拠能力を否定すべきほどの重大なものとはいえないのである。

イ　次に、本件違法勾留により、実質上は、既に被告人が××事件について相当期間勾留されていることの影響についてみるに、本件全証拠を子細に検討しても、旅券不携帯事件による逮捕勾留が、専ら××事件を取り調べる目的で、旅券不携帯事件の勾留に名を借りその身柄拘束を利用して、××事件につき勾留して取り調べるのと同様の効果を狙ったもの、すなわち、積極的に令状主義を潜脱しようとしたものとまでは認められない。しかも、Ｉ検事は、旅券不携帯事件の勾留期間中、被告人の自白が概括的なものにとどまり、共犯者の身柄が確保されていないことなどから、直ちに××事件で逮捕しない方針を固めていた旨証言している上、……「被告人の××事件への関与について、被告人の自白から独立した客観証拠が順次収集され、固められつつあったという」捜査の進展状況をも合わせ考慮すると、同事件による逮捕は、前掲客観証拠が順次収集され固められていったことが決め手となったとうかがわれるのである。さらに、本件違法勾留終了から同事件による逮捕までに一か月余りの期間が経過していること、右アでもみたとおり、本件違法勾留期間中の取調べの影響は、偽造公文書行使事件の起訴後に次第に薄らぎ希薄化していったものと認められることも考慮すると、××事件による逮捕勾留については、逮捕勾留の蒸し返しに当たるとまではいえないということができる。

（三）　したがって、××事件による逮捕勾留及びその期間中の取調べに違法があるとはいえないほか、他にその間の取調べに違法があることをうかがわせる状況も存在しない以上、その間に得られた被告人の供述調書はすべて証拠

能力を有するものと解するのが相当である」。

本決定は[79]、自白の任意性についてはこれを肯定した上で、別件逮捕・勾留の違法性とそれに引き続く本件逮捕・勾留の違法性とその間の取調べの違法性の検討に進み、①旅券不携帯事件による勾留期間延長（七月二〇日）から偽造公文書行使事件による逮捕（同月二九日）までの身体拘束についてはこれを「令状によらない違法な身柄拘束」と断じ、その間に行われた取調べについては「違法な身柄拘束状態を利用して行われたものとして違法というべき」とした。その上で、取調べの違法が「憲法及び刑訴法の所期する令状主義の精神を没却するような重大なものであり、かつ、右取調べの結果得られた供述調書を証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からも相当でないと認められる」として、そこで得られたすべての供述の証拠能力が否定している。また、②偽造公文書行使事件による逮捕（七月二九日）から同事件による起訴（八月九日）までの取調べによって得られた自白及び③偽造公文書行使事件による起訴（八月九日）から××事件による逮捕（八月三〇日）までの取調べによって得られた自白については、「本件違法勾留期間中における違法な取調べの影響下にあり、それまでに得られた被告人の同事件に関する自白と一体をなすものとして、その違法を承継する」として、毒樹の果実論的な思考でその証拠能力が否定している。しかし、④××事件による逮捕（八月三〇日）から起訴（九月二〇日）までの取調べによって得られた自白については、××事件による逮捕時点においては客観証拠が順次収集されていたことなどから違法な取調べの「影響が次第に薄らぎ希薄化していったものと認められ」、「前掲各警察官調書（乙七ないし一〇）と一体をなすものとまでは認められず、その違法を承継するとしても、その程度は証拠能力を否定すべきほどの重大なものとはいえない」として、その証拠能力を肯定している。

このように、本決定は自白の任意性の問題と手続の違法性の問題とを区別し、自白の証拠能力を判断する際には、その両方について検討すべきとの立場にたっていることがみて取れる。もっとも、本決定は自白を違法収集証拠として排

除するに際し具体的な根拠条文を示していないことから、折衷説にたつものなのか、それとも競合説にたつものなのかについては、判然としない。ただ、本判決が①において自白の証拠能力を否定する理由として述べたところは、前出・最判昭五三（一九七八）・九・七によって示された証拠排除の基準と同内容であることに鑑みると、どちらかといえば競合説に親和的な判例と解されようか。

【214】佐賀地判平一六（二〇〇四）・九・一六判時一九四七号三頁（北方事件一審）

「被告人は、逮捕以来一か月以上もの期間、取調官又は留置係の警察官以外の者との接触がない状態にあって、余罪についても取調べを受忍しなければならないと誤解していたため一〇時間又はそれを超える長時間の追及的な、時には威圧的な取調べを、長期間連続して受ける過程において、一一月二日には昼食も夕食もとることなく一三時間以上にわたって取調室に滞留させられた上、取調べの終了時期について見通しも立たなかったことから、心身共に疲労を重ね、このような状態から抜け出すためには取調官の話に供述を合わせるしかないと心理的に追いつめられた挙げ句に本件殺人について自白をした可能性は否定できない……。

さらに、被告人は、一一月二日の取調べまでは、本件殺人に関与していたことをほのめかす供述をしながらも、本件殺人を否認し、特にA殺害に直接結びつく事実について全く供述していなかったところ、同日の取調べを経た翌三日の取調べにおいて、それまでの弁解を翻し、一月二五日夜にaセンターの駐車場に立ち寄った旨の供述をするに至っているが、そのような供述経過にかんがみると、一一月二日の取調べ以降においては、被告人が供述するように、取調官の意向に沿わなければ、食事をとれなくなる、取調べがいつまでも終わらないかもしれないという心理的な規制が働いたものと強く推認される。

しかも、上記のような取調べの結果得られた自白は、秘密の暴露が見当たらず、自ら体験した者でなければ供述し

得ないような臨場感には乏しい平板な内容のものであるばかりか、捜査当局において把握していない事実関係についてはあいまいな点が見られる一方、取調官からの誘導によるものである可能性が否定できない部分が散見されることからすると、本件取調べにおいては取調官から相当の誘導がなされたものと合理的に推認できる。

そうすると、本件上申書等における被告人の自白……は、取調官の強制又は誘導により形成された可能性が認められるところ、前述した一一月二日の取調べの影響の重大性にかんがみれば、少なくとも同日以降の取調べにおいて作成された上申書等については、任意性に疑いがある……。そして、一旦、任意性に疑いのある自白がなされ、それ以降の取調べにおいて、それまでの取調べの影響を遮断する措置がとられない限り、基本的には従前の取調べの影響が残存し、任意性に疑いのある状況が継続するものと解されるから、一一月一一日に被告人が本件殺人について自白して以降、取調時間が短縮され、取調官が二人になったという事情があっても、その後の供述も任意性に疑いがある……。

他方、移監後の佐賀少年刑務所における取調べ状況は、……大町警察署での取調べ状況とは相当異なっており、被告人が置かれていた状況も変化していることに加え、被告人自身が自分の気持ちを上申書（乙八〇、八一）に書いたと述べていることからすると、同上申書については任意性を肯定し得る」。

本判決は[80]、別件による起訴後の被告人勾留の期間を使って本件について取調べを行った事案である。本判決は、取調べの違法性については踏み込まずに、取調べが被疑者の心理に及ぼした影響を検討し、任意性の観点から自白の証拠能力を判断したものである。また、取調官に対する迎合の存在の可能性を検討するとともに、自白の内容に踏み込み秘密の暴露の有無や臨場感の有無などについても検討していることに照らすと、本判決は虚偽排除説に重点を置く判例と解される。

【215】福岡高判平一九（二〇〇七）・三・一九高検速報（平一九）号四四八頁（北方事件控訴審判決）

「本件取調べは、本件とはまったく関係のない事件で起訴され、引き続きG警察署に起訴後勾留されていた被告人に対し、A事件との関係でもさほど嫌疑が濃厚とまでは言い難く、B事件及びC事件では嫌疑が薄いというほかないような状況のもと、当初から遮二無二自白を獲得する目的でなされたものであり、その取調べの当初には、取調受忍義務のないことを知らなかった被告人に対し、あたかも取調受忍義務があるかのような内容の告知をした上で、本件取調べを開始している。そして、その後行われた実際の取調状況は、原決定が……詳細に認定するとおりであって、取調官らは、被告人が別件で起訴された後である一〇月二六日から一一月一八日までの間連続して（令状に基づく起訴前の勾留期間をも超過した二四日間）取調べを続け、殊に被告人が自白した一一月一一日までの一七日間は、一〇月二八日を除いて、一日の取調べ時間が一〇時間を超え、最長が一〇月二七日の約一五時間二一分、平均して約一二時間三五分にも及んでいるだけでなく、うち九日間については、翌日の午前二時三五分まで行われた一一月一〇日の取調べを筆頭に、午前零時を過ぎた深夜に及ぶ取調べをしている。また、その間の取調べが、少なくとも、被告人に対し自白を迫る威迫的なものであったと認められることは、前記のとおりである。

本件が極めて重大かつ悪質事案であり、被告人を取り調べる必要性も一応肯定されるとしても、以上の事実関係に照らせば、本件取調べは、本来は取調受忍義務のない任意の取調べの限界を超えて、実質的に取調受忍義務を課したに等しいものというほかなく、そのような取調べがなされた背景には、別件勾留中の被告人に対し、取調受忍義務を前提とした取調べをすることが許されるとの捜査当局の誤った理解があったといわざるを得ず、そのような捜査当局の誤解は、備忘録（甲四六四）中の一一月二八日欄に、S少年刑務所移送後の被告人に対する取調べに当たって、参事官から、取調官らに『逮捕したという気持ちで取調べ』る旨の指示があった旨の発言が記載されていることからも

うかがわれる。

しかも、上記のとおり、本件取調べが当初から自白獲得を目的としたものであって、実際にも連日深夜まで長時間に及ぶ取調べを実施し、爾後本件取調べの状況に関する捜査報告書の改ざんをも行うに至っては、将来における違法捜査抑止の観点からしても、本件上申書等に証拠能力を認めることはできず、これらを証拠から排除する必要がある。

以上のとおり、本件取調べは、令状主義を甚だしく潜脱する違法性の高い取調べであり、その間に収集された本件上申書等の証拠は、捜査官側の目的に照らしても、将来における違法捜査抑止の観点からして、証拠から排除すべきものというほかなく、これと結論において同旨の原決定に誤りはない。また、上記の諸事実に加え、後記のとおりの一一月二日の取調状況等を併せ考慮すると、本件上申書等のうち、少なくとも同日以降に作成されたものについては、任意性にも疑いがあるというべきであるし、原決定が……詳細に認定・判示するとおり、本件上申書等は、本件殺人を犯した犯人でなければ供述し得ないような内容が含まれず、迫真性にも乏しいもので、その信用性にも疑問があり、任意性を裏付けるほどの信用性がないことも明らかである。

したがって、本件取調べの間に作成された本件上申書等及びこれらを前提とした本件実況見分調書に証拠能力は認められないから、本件上申書等及び本件実況見分調書についての検察官の証拠調請求をいずれも却下し、これらに対する検察官の異議申立てを棄却した原審の訴訟手続に所論の法令違反はない」。

本判決[81]は、本件取調べについて「令状主義を甚だしく潜脱する違法性の高い取調べ」とした上で、そのような取り調べによって得られた本件上申書等について、「将来における違法捜査抑止の観点からして、証拠から排除すべき」としてその証拠能力を否定したものである。ただ、本判決は、本件上申書等の証拠能力について、その収集過程の違法性の観点のみならず任意性の観点からも検討し、「任意性にも疑いがある」と述べている。ここから明らかなように、本判

決は、違法排除と不任意自白排除とを区別する立場にたつものである。ただ、本判決は根拠条文を明確に示していないため、折衷説にたつのか、それとも競合説にたつのかについては、判然としない。ただ、本判決で述べられている違法排除の根拠は、前出・最判昭五三（一九七八）・九・七と同内容であることから、どちらかというと競合説に親和的といえようか。

なお、本判決は、本件上申書等の任意性判断については、その内容に踏み込み、秘密の暴露の有無や迫真性の程度について検討し、「その信用性にも疑問があり、任意性を裏付けるほどの信用性がないことも明らか」とするなど、かなり虚偽排除説の色彩が強いことがみて取れる。

一一　まとめ

（一）以上本節では、自白の証拠能力について判断がなされた判例を事案ごとに整理[82]し、それらがどのように自白の証拠能力を判断してきたのかについての分析を試みた。判例の中には、自白の証拠能力と信用性とを明確に区別しないものや自白の内容に踏み込み虚偽のおそれの有無を具体的に検討したもの[83]や、被疑者の供述の自由が侵害されていたか否かを具体的に検討したものが多いことがみて取れる[84]。

また、手続の違法の問題と、そのような手続によって得られた自白の証拠能力の問題とを明確に切り離し、手続に違法が存在することを認定しながら、自白の証拠能力についてはこれを肯定する判例も多くみられる[85]。特に、不当に長い抑留拘禁後の自白に関する一連の最高裁判例[86]や、違法な身体拘束中の自白に関する一連の最高裁判例[87]には、このような傾向を顕著にみて取ることができる。

（二）しかし下級審判例の中には、捜査手続における違法を認定してそのことを理由に端的に自白の証拠能力を否定したものも存在している[88]し、また、自白が任意にされたものか否かを問題にしつつも、実際の証拠能力判断の局面においては、虚偽自白のおそれや供述の自由の侵害の有無について必ずしも具体的に検討することなく、手続の違法の有無に重点を置いて自白の証拠能力を判断したものと解しうる判例も決して少なくはない[89]。さらに、違法な身体拘束や別件逮捕・勾留に関する判例をみると、そこでは、違法な手続の中で得られた自白について、自白が任意になされたものか否かを一切問うことなく、手続の違法性を理由にその証拠能力を否定する方向性が明確に打ち出されていることが見て取れる[90]。加えて、前出・最判昭五三（一九七八）・九・七によって違法収集証拠排除法則が採用されたことをうけ、同法則の自白への適用を前提に、自白の任意性の問題と手続の違法の問題とを意識的に区別し、自白が「任意になされたものない疑のある」ものであるとはいえないことを認めつつも、違法収集証拠排除法則を適用することで自白の証拠能力を否定できるか否かを検討するものも現れている[91][92]。

このようにみてくると、下級審判例においては、違法な手続によって得られた自白の証拠能力を否定する方向性が大きな流れとなって現れていることはたしかである[93]。

（三）最高裁に目を転じると、手続の違法性のみを理由に端的に自白の証拠能力を否定した判例はみられない。しかし、手錠を施したままの取調べによって得られた自白の証拠能力を判断した【31】や、糧食の差し入れが禁止される中での取調べによって得られた自白の証拠能力を判断した【56】のように、自白の任意性を問題にしつつも、実際の任意性判断においては、自白がなされた際の外形的状況を重視した判断を行うことを指向したとも解しうる判例が存在している。また、不起訴の約束による自白の証拠能力を否定した【117】や、偽計による自白の証拠能力を否定した【135】など、違法排除説に親和的とも解しうる判例も存在している。さらに、【185】においては団藤重光裁判官により明確に違法排除

説を打ち出した補足意見が付されており、ここからは最高裁の中に息づく違法収集自白排除の機運の一端を窺うことができる。そして、このような機運は、前出・最判昭五三（一九七八）・九・七によって、物証についてではあるものの違法収集証拠排除法則が採用されたことによって一層高まったものとも思われ、現に、後に詳しく取り上げる最判昭五八（一九八三）・七・一二刑集三七巻六号七九一頁のように、違法収集証拠排除法が自白にも適用されることを前提としているとも解しうる判例も現われるに至っているのである。

（四）とはいえ、判例の流れの全体を眺めると、判例において、収集手続の違法性のみを理由に自白を排除する方向性が固まっているとまでいい難いように思われる。先にもみたように、任意性説の観点から一元的に自白の証拠能力を判断する判例、すなわち、虚偽のおそれや供述の自由の侵害等が具体的に認められないかぎり自白の証拠能力を認める立場にたつ判例は決して少数ではないし、このような判例が最近になっても現れているからである(94)。

また、違法排除説にたつと解しうる判例においても、自白の任意性の観点が軽視されているわけではない。手続の違法性の根拠を供述の自由の侵害や虚偽自白を誘発するような具体的な強制の存在に求める、すなわち違法排除説と任意性説とを「表裏一体」の関係でとらえられているように見受けられる判例もみられる(95)し、先にみたように自白の任意性の問題と信用性の問題とをパラレルに捉えているのではないかと思われる判例も少なくはない(96)。

したがって、従来の判例実務については、判例は自白が得られたときの一切の事情を総合的に評価している(97)、自白の証拠能力が問題となる類型に応じて自白排除の根拠をそれぞれ使い分けている(98)、といった評価が妥当しよう。

このようにみてくると、判例はまさにモザイクの様相を呈しているといえ、判例の中に統一的な自白排除法則、すなわち自白の証拠能力を判断するための統一的な理論を見出すことは困難といわざるをえない。また、自白法則（憲法三八条二項、刑訴法三一九条一項）によって証拠能力が否定される不任意自白がどのような自白のことをいうのかについて

いてもいまだ明示されるに至っているとはいい難い。

（五）しかし、このように判例実務において統一的な自白排除法則が確立していない現状には多くの問題が残されているというべきである。たしかに、捜査の態様や自白が得られる過程、自白の証拠能力を争う主張は多種多様でありであり、裁判所はそれらに即応した判断を迫られることになる。この点、「総合説」を検討した際にも指摘したように[99]、事案の態様に応じて一切の事情を総合的に考慮し、自白排除の根拠を使い分ける方法には、事案の個性に応じた柔軟な問題解決をなしうるメリットが認められる。しかしこのようなメリットの一方で、統一的な自白排除法則の欠如は、自白の証拠能力の判断が過度にケース・バイ・ケースに傾く虞を生じさせることになりかねない。そしてこのことは、実際に自白の証拠能力の判断に直面する裁判官に対しては証拠能力判断の指針を示すことができず、また、捜査官が従うべき取調べの限界基準も形成しえないことを意味する[100]。

さらに深刻な問題は、統一的な自白排除法則の欠如が、手続の違法の問題と自白の任意性の問題とを相対化させ、両者の区別を曖昧なものとしかねない危険を生むことである。先述にみたように、手続の違法を肯定しつつも手続の違法が被疑者の心理に影響を及ぼしておらず自白の任意性が肯定できるとしてその証拠能力を肯定したり、その反対に、【68】、【72】などに象徴されるように被疑者の心理に一定の圧迫が加えられたことを認定しつつも、全体として手続が違法ではないとして、そのような圧迫を軽視する判例の存在は、それを如実に物語っている。

このように統一的な自白排除法則の欠如は、手続の違法の問題と自白の任意性の問題双方の矮小化に繋がりかねない。判例実務の喫緊の課題は、本来別個のものであるはずの手続の違法性の問題と自白の任意性の問題とを明確に区別し、その両者に光を当てることが可能な統一的な自白排除法則を確立することなのである。

第三節　小括

本章では、自白排除法則に関する従来の学説、判例の検討を通して、そこに横たわる問題点を明らかにすることを試みた。従来の学説、判例の問題は、手続の違法の問題と自白の任意性の問題を区別して両者に光を当てることのできる統一的な自白排除法則を欠如している点にある。そして、統一的な自白排除法則の欠如は、手続の違法の問題と自白の任意性の問題の双方を矮小化する危険を生み出している。そこで、このような危険を克服することができるような新たな自白の証拠能力の判断枠組みが必要とされているのである。

この点、最高裁によって違法収集証拠排除法則が採用されたことをうけて展開されるようになった、自白の証拠能力を判断する際には違法収集証拠排除法則と自白法則の両方を適用して判断すべきとするいわゆる競合説は、本章の検討で明らかとなった問題点を克服することができる大きな可能性を秘めているように思われる。次章では、この競合説について検討するとともに、自白排除法則の整序を試みることとする。

（未完）

（1）別件逮捕・勾留に関する諸問題については、鴨良弼「別件逮捕をめぐる法律問題」『判例評論』七一号（一九六四年）一頁、天野憲治他「座談会・別件逮捕の実証的研究」『法律時報』四二巻一二号（一九七〇年）一六頁、島田正雄他「報告・別件逮捕の実態と問題点」『法律時報』四二巻一二号（一九七〇年）三八頁以下、苅部侯雄＝伊藤實「別件逮捕（勾留）の違法性」『法律のひろば』二三巻三号（一九七〇年）一〇頁、松本時夫「別件逮捕をめぐる理論と現実―問題の提起」同一四頁、柏木千秋「別件逮捕の諸問題」植松博士還暦祝賀『刑法と科学　法律編』（有斐閣、一九七一年）六六九頁、飯田忠雄「別件逮捕の許容性の限界（一）-（四）」『神戸学院法学』三巻二＝三号（一九七二年）一頁、三巻四号（一九七三年）一頁、四

巻一号（一九七三年）一頁、四巻二＝三号（一九七四年）一頁、熊谷弘『別件逮捕の研究―理論と判例』（立花書房、一九七二年）、高田卓爾「別件逮捕」熊谷弘他編『捜査法大系Ⅰ』（日本評論社、一九七二年）一九三頁、伊達秋雄「いわゆる『逮捕・勾留の蒸し返し』の違法性について」『ジュリスト』二七九号（一九六三年）四一頁、庭山英雄「別件逮捕勾留」『ジュリスト』五〇〇号（一九七二年）四二八頁、小林充「別件逮捕に関する裁判例の動向」『警察学論集』三二巻一号（一九七八年）三九頁、渥美東洋『捜査の原理』（有斐閣、一九七九年）一五九頁、岡部泰昌「別件逮捕・別件勾留」『刑事訴訟法の争点』（一九七九年）六四頁、日野正晴「余罪取調べと別件逮捕・勾留」鴨良弼先生古稀祝賀『刑事裁判の理論』（日本評論社、一九七九年）一九一頁、田宮裕『刑事訴訟法入門［三訂版］』（有信堂、一九八二年）七一頁、小田中聰樹『刑事訴訟と人権の理論』（成文堂、一九八三年）一一八頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（成文堂、一九八八年）六七頁、中谷雄二郎＝横畠裕介＝武村二三夫「別件逮捕・勾留」三井誠他編『刑事手続（上）』（筑摩書房、一九八八年）一九九頁、田宮裕＝多田辰也『セミナー刑事手続法』（啓正社、一九九〇年）、梶木壽「別件逮捕・勾留中の取調べ」河上和雄編『刑事裁判実務大系一一犯罪捜査』（青林書院、一九九一年）五二一頁、河上和雄「余罪取調べの限界」『刑事訴訟法の争点［新版］』（一九九一年）六四頁、後藤昭「余罪取調べ」井戸田侃編集代表『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社、一九九一年）五〇七頁、安冨潔『演習講座捜査手続法』（立花書房、一九九四年）一三一頁、高田卓爾＝鈴木茂嗣編『新・判例コンメンタール刑事訴訟法三』（三省堂、一九九五年）八二頁〔川崎英明執筆〕、新関雅夫ほか『増補令状基本問題（上）』（一粒社、一九九六年）二一一頁〔小林充執筆〕、田宮裕『日本の刑事訴追』（有斐閣、一九九八年）三八一頁、川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』（東京大学出版会、一九九八年）、平良木登規男「別件逮捕・勾留」『警察学論集』五三巻五号（二〇〇〇年）一八七頁、後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店、二〇〇一年）六九頁、甲斐行夫＝高野隆＝中谷雄二郎「別件逮捕・勾留」三井誠他編『新刑事手続Ⅰ』（悠々社、二〇〇二年）二八七頁、高田昭正＝川出敏裕＝神山啓史「論争・刑事訴訟法　別件逮捕・勾留」『法学セミナー』五七五号（二〇〇二年）一〇八頁、同「論争・刑事訴訟法　対談・別件逮捕・勾留」同五七六号（二〇〇二年）一〇二頁、原田國男「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」『刑事訴訟法の争点［第三版］』（二〇〇二年）六〇頁、川出敏裕「別件逮捕・勾留の意味と問題点」『現代刑事法』四六号（二〇〇三年）三九頁、酒巻匡「供述証拠の収集・保全（三）」『法学教室』二九〇号（二〇〇四年）七七頁、木谷明『刑事裁判の心［新版］事実認定適正化の方策』（法律文化社、二〇〇四年）六三頁、一四四頁、小

林充「別件逮捕・勾留中の本件取調べ」『研修』六八三号（二〇〇五年）三頁、緑大輔「逮捕・勾留と取調べ―別件逮捕・勾留をめぐって」『法学セミナー』六七二号（二〇一〇年）一一〇頁以下、河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法［第二版］第四巻』（青林書院、二〇一二年）四一一頁以下〔渡辺咲子執筆〕等参照。

別件逮捕・勾留（及びそれに引き続く本件逮捕・勾留）中の自白の証拠能力に関する諸問題については、新関雅夫「他事件による勾留中の自白」熊谷弘他編『証拠法大系Ⅱ』（日本評論社、一九七〇年）一七〇頁、庭山英雄「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力」『法律時報』四二巻一二号（一九七〇年）一二頁、松尾浩也『刑事訴訟の原理』（東京大学出版会、一九七四年）一八八頁、村上保之助「別件逮捕勾留中の自白」『判例タイムズ』三九七号（一九七九年）四〇頁、河上和雄『自白』（立花書房、一九八二年）一七〇頁以下、伊藤栄樹他『注釈刑事訴訟法［新版］第五巻』（立花書房、一九九八年）二三〇頁〔植村立郎執筆〕、三井誠「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力（一）-（四）」『法学教室』二五三号七六頁、同二五四号六〇頁、同二五五号六八頁（以上、二〇〇一年）、同二五六号（二〇〇二年）八九頁等参照。

（2）前出・最決昭五二（一九七七）・八・九刑集三一巻五号八二一頁（狭山事件）（【40】）。

（3）白取祐司『刑事訴訟法［第七版］』（日本評論社、二〇一二年）一八〇頁。

（4）本稿序章第一節（拙稿「自白排除法則の研究（一）」『北大法学論集』五九巻二号［二〇〇八年］一七二頁以下参照）。

（5）三井・前掲注（1）「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力（三）」七〇頁参照。なお、この点に関する、松本・前掲注（1）論文一七頁以下の叙述は示唆に富む。

（6）前出・最大判昭三〇（一九五五）・四・六刑集九巻四号六六三頁（帝銀事件）（【93】）。また、【93】の判旨を踏襲・引用し、起訴後の勾留について、「検察官が或る事件について起訴勾留の手続をとつた後、右勾留中の被告人を他の事件の被疑者として取調べたとしても、検察官において初めからその事件の取調に利用する目的または意図をもつて、ことさらに或る事件を起訴し、かつ不当に勾留を請求したものと認められない場合には、右取調をもつて、直ちに自白を強制、不利益な供述を強要したものということができないことは、当裁判所大法廷の判例とするところであり（前示昭和二六年（れ）第二五一八号事件の判決［三〇年四月六日大法廷判決刑集九巻四号六六二頁］）、本件取調が右のような不当なものでなかつたことはもちろん、記録を調べても、被告人らの自白の任意性に疑をはさむべき証跡は、何ら存しない」としたものもある（前出・最判昭三五・三・四刑集一四巻三号二八八頁【96】）。

（7）もっとも、【93】については、その判旨を反対解釈すれば、「検察官においてはじめから乙事件の取調に利用する目的又は意図をもって、ことさら甲事件を起訴し、かつ不当に勾留を請求したと認められる場合は、逆の結論になるようにも解される」との指摘もある（臼井滋夫『刑事訴訟法』〔信山社、一九九二年〕七八頁）。この点につき、後藤・前掲注（1）論文五一七頁も参照。

（8）河上他編・前掲注（1）書四一二頁〔渡辺咲子執筆〕。

（9）一般的には、【40】の判示には「専ら証拠の整っていない本件の取調べの目的で、証拠の揃った別件の逮捕・勾留に名を借りてその身柄拘束を利用した場合には違法とされる余地がある」との趣旨が込められていると解されているが（渥美・前掲注（1）書一六一頁、川出敏裕「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」『刑事訴訟法判例百選〔第六版〕』〔一九九二年〕三五頁、高田＝鈴木編・前掲注（1）書八三頁〔川崎英明執筆〕、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』〔有斐閣、一九九六年〕九七頁、酒巻匡「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」『刑事訴訟法判例百選〔第七版〕』〔一九九八年〕四一頁以下、三井・前掲注（1）「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力（一）」七七頁、酒巻匡「捜査手続（四）供述証拠の収集・保全」『法学教室』三六〇号〔二〇一〇年〕六四頁等）、このような理解に疑問を呈する見解もある（新矢悦二「判解」『最高裁判所判例解説　刑事編昭和五十二年度』〔法曹会、一九八一年〕二六八頁、佐々木史朗「別件逮捕」別冊判例タイムズ九号『警察関係基本判例解説一〇〇』〔一九八五年〕一五九頁、新関ほか・前掲注（1）書二一六頁〔小林充執筆〕、原田・前掲注（1）論文六〇頁等）。

（10）松尾・前掲注（1）書二〇四頁参照。

（11）逮捕・勾留は逃亡や罪証隠滅防止の手段であり取調べの手段ではない。平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）九四頁、鴨・前掲注（1）論文一三三頁、高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』（青林書院新社、一九八四年）三五四頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、一九九六年）一三六頁、白取・前掲注（3）書一六三頁等参照。なお、緑・前掲注（1）論文一一三頁以下も参照。

（12）高田・前掲注（11）書三五四頁等参照。

（13）鴨良弼『刑事訴訟における技術と倫理』（日本評論社、一九六四年）七七頁、小田中・前掲注（1）書一二二頁以下。

（14）別件逮捕・勾留が行われる背景事情として、身体拘束中の被疑者のいわゆる「取調べ受忍義務」（刑訴法一九八条一項但書）の存在がある（中谷＝横畠＝武村・前掲注（1）論文二一八頁〔武村二三夫執筆部分〕、甲斐＝高野＝中谷・前掲注（1）

論文二九四頁〔高野隆執筆部分〕参照）。

（15）なお、後藤・前掲注（1）書八八頁も参照。

（16）別件逮捕・勾留については、憲法研究者の中からも憲法三三条、三八条等の趣旨にてらしその違憲性が指摘されている（芦部信喜編『憲法Ⅲ人権（二）』〔有斐閣、一九八一年〕一三三頁以下〔杉原泰雄執筆〕、辻村みよ子『憲法〔第四版〕』〔日本評論社、二〇一二年〕二七二頁、初宿正典『憲法二－基本権〔第三版〕』（成文堂、二〇一一年）三九六頁等）。

（17）別件逮捕・勾留の事前抑制の可能性を探求する研究として、川原誠「別件逮捕・勾留の事前抑制試論」青年法律家協会裁判官部会編『刑事実務の研究』（日本評論社、一九七一年）一六一頁。

（18）松尾浩也『刑事訴訟法（上）〔新版〕』〔弘文堂、一九九九年〕一一一頁。もっとも、勾留段階になれば勾留質問での被疑者の供述から本命事件の存在をうかがい知ることができるのでやや事情は異なってくるとはいいうるが（同右参照）、これについても自ずと限界がある。

（19）田宮・前掲注（1）『入門刑事訴訟法〔三訂版〕』七九頁参照。令状審査による事前審査の困難性については、酒巻・前掲注（1）論文八四頁も参照。

（20）白取祐司『論文講義刑事訴訟法』（早稲田経営出版、一九九〇年）七〇頁参照。なお、別件逮捕・勾留が実質的に本件取調べのための逮捕・勾留であったことが判明した場合、それに引き続く本件逮捕・勾留を許さないとした判例として、大津地決昭三五（一九六〇）・一二・一七判時二五四号三三頁参照。

（21）田宮・前掲注（1）『日本の刑事訴追』三八六頁以下参照。なお、原田・前掲注（1）論文六一頁も参照。

（22）岡部泰昌「別件逮捕」『判例タイムズ』二九六号六〇頁、甲斐＝高野＝中谷・前掲注（1）論文三〇七頁〔高野執筆部分〕。

（23）河上ほか編・前掲注（1）『大コンメンタール刑事訴訟法〔第二版〕第四巻』四二一頁〔渡辺咲子執筆〕参照。

（24）天野他・前掲注（1）座談会三五頁〔小田中聰樹発言〕、田宮・前掲注（9）書三五〇頁以下、光藤景皎『口述刑事訴訟法（中）〔補訂版〕』（成文堂、二〇〇五年）一七九頁、白取・前掲注（3）書一七六頁。

（25）谷口正孝「別件逮捕勾留中になされた自白の証拠能力を否定した事例」『ジュリスト』三七五号（一九六七年）八二頁、島田他・前掲注（1）報告五二頁〔大崎康博執筆〕参照。

（26）渥美・前掲注（1）書一六一頁、田宮裕編著『刑事訴訟法Ⅰ』（有斐閣、一九七五年）二七三頁〔田宮裕執筆〕。

（27）本判決について、【93】の判示を反対解釈して別件逮捕・勾留の違法性を判断したものと評するものもある（足立昌勝「別件逮捕・勾留」別冊判例タイムズ七号『刑事訴訟法の理論と実務』〔一九八〇年〕二七九頁）。

（28）新関・前掲注（1）論文二五頁参照。

（29）山中孝茂「違法拘禁中の自白」『判例タイムズ』三九七号（一九七九年）三六頁参照。

（30）庭山・前掲注（1）「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力」一二頁以下。なお、天野他・前掲注（1）座談会三五頁〔大崎康博発言〕も参照。

（31）谷口・前掲注（25）論文八二頁は、本判決について虚偽排除説から人権擁護説に転換したものと評する。なお、庭山・前掲注（1）「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力」一三頁注一も参照。

（32）島田他・前掲注（1）報告五〇頁〔豊田誠執筆〕、熊谷・前掲注（1）書八一頁、松尾・前掲注（1）書一八八頁参照。

（33）酒巻・前掲注（1）論文八三頁。

（34）庭山・前掲注（1）「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力」一三頁。

（35）光藤景皎『刑事訴訟行為論』（有斐閣、一九七四年）三六四頁以下参照。小林・前掲注（1）「別件逮捕・勾留に関する諸問題」二九頁注五。

（36）松尾・前掲注（1）書一九八頁、河上・前掲注（1）書七六頁等参照。

（37）島田他・前掲注（1）報告五五頁〔天野憲治執筆〕、熊谷・前掲注（1）書九九頁、松本一郎「別件逮捕―東京ベッド事件」『刑事訴訟法判例百選〔第三版〕』（一九七六年）四四頁、石川才顕「別件逮捕勾留中の自白の証拠能力」『昭和四五年度重要判例解説』（一九七一年）一六六頁参照。なお、光藤景皎『刑事訴訟行為論』（有斐閣、一九七四年）三六五頁も参照。

（38）庭山・前掲注（1）「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力」一三頁、小林・前掲注（1）「別件逮捕勾留に関する諸問題」二七頁以下、二九頁注五参照。

（39）庭山・前掲注（1）「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力」一三頁参照。

（40）庭山・前掲注（1）「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力」一三頁、田宮編著・前掲注（26）書二八〇頁〔田宮裕執筆〕、田宮・前掲注（9）書三五一頁、内田博文「別件逮捕と余罪の取調べ―神戸みなとまつり事件」『昭和五六年度重要判例解説』（一九八二年）一八八頁。

(41) 岡部泰昌「判批」『判例タイムズ』二七五号（一九七二年）九〇頁、熊谷・前掲注（1）書一二二頁、上野裕久「別件逮捕・勾留と令状主義」『法学セミナー』二六八号（一九七七年）九五頁参照。なお、高田・前掲注（1）論文一五頁、庭山・前掲注（1）「別件逮捕勾留」四二九頁も参照。

(42) 河上・前掲注（1）書一七五頁。

(43) 河上・同右。

(44) 谷口敬一「弁護権侵害による自白」『判例タイムズ』三九七号（一九七九年）三一頁。

(45) ただ、この点については、本判決が検察官に対する弁解録取書の証拠能力を肯定していることもあり、なお検討の余地も残されている（この点につき村上・前掲注（1）論文四三頁参照。）

(46) 田宮編著・前掲注（26）書二七五頁〔田宮裕執筆〕。

(47) 岡部・前掲注（1）論文六七頁。

(48) もっとも、人権擁護説にたつことで、別件逮捕・勾留中の取調べの違法が任意性判断の一要素に解消されてしまいかねないという問題点は残されることになる。甲斐＝高野＝中谷・前掲注（1）論文三〇九頁〔高野執筆部分〕参照。

(49) 村上・前掲注（1）論文四四頁も参照。

(50) 光藤・前掲注（37）書三六六頁、小林・前掲注（1）「別件逮捕勾留に関する諸問題」二七頁、二九頁注五、岡部・前掲注（1）論文六七頁。

(51) 庭山・前掲注（1）論文「別件逮捕勾留」四三〇頁、熊谷・前掲注（1）書一三五頁参照。

(52) 田宮編著・前掲注（26）書二七九頁〔田宮裕執筆〕。

(53) 熊谷・前掲注（1）書一四四頁以下参照。

(54) 熊谷・前掲注（1）書一四五頁、新関他・前掲注（1）書二二六頁〔小林充執筆〕参照。

(55) 専ら別件逮捕・勾留中に得られた自白のみに基づいて本件逮捕が行われたような場合には、別件逮捕・勾留と本件逮捕との不可分一体性は肯定されることになろう。松尾・前掲注（1）書一〇四頁参照。

(56) この点につき、松尾・前掲注（1）書二〇四頁、光藤・前掲注（37）書三六六頁も参照。

(57) 村上・前掲注（1）論文四四頁参照。

（58）田宮博士は、本判決について、理論としては【197】や【198】と同様の立場にたつものであり、「事案のちがいが結論を分けた」と評された（田宮編著・前掲注（26）書二八〇頁〔田宮裕執筆〕）。

（59）久岡康成「判批」『判例タイムズ』二九九号（一九七三年）一〇〇頁、中村憲「別件逮捕・勾留中の取調の許容限度―憲法的視点から」『法律のひろば』三〇巻五号（一九七七年）二二頁参照。

（60）久岡・前掲注（59）論文一〇三頁、田宮編著・前掲注（26）書二七九頁〔田宮裕執筆〕、内田・前掲注（40）論文一八八頁等。

（61）中村・前掲注（59）論文参照。

（62）村上・前掲注（1）論文四三頁は、本決定は違法排除説に立つものとしている。

（63）泉幸伸「余罪取調べと取調べ受忍義務」別冊判例タイムズ一二号『警察実務判例解説〔取調べ・証拠篇〕』（一九九二年）九頁参照。

（64）内田・前掲注（40）論文一八八頁。

（65）本判決について違法排除説にたつとするものとして、河上・前掲注（1）書七六頁。

（66）石川才顕「別件逮捕・勾留」『刑事訴訟法判例百選〔第四版〕』（一九八一年）二六頁。

（67）河上・前掲注（1）書一七七頁参照。

（68）河上・前掲注（1）書七六頁。なお、石川・前掲注（66）論文二九頁も参照。

（69）村上・前掲注（1）論文四三頁は、本決定について違法排除説の立場を明らかにしたものとする。

（70）内田・前掲注（40）論文一八六頁、伴義聖「判批」『研修』四〇二号（一九八一年）五三頁参照。

（71）河上和雄「別件逮捕、勾留は違法か」『判例タイムズ』五三四号（一九八四年）五七頁、石川才顕「別件逮捕・勾留と余罪取調べ―神戸まつり事件」『刑事訴訟法判例百選〔第五版〕』（一九八六年）三六頁参照。なお。木谷・前掲注（1）書七一頁も参照。

（72）河上・前掲注（71）論文六一頁参照。

（73）金井清吉「判批」『自由と正義』三九巻八号（一九八八年）五八頁、川出敏裕「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」『刑事訴訟法判例百選〔第六版〕』（一九九二年）三四頁、小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決五〇選（下）〔補訂版〕』（立花書房、二〇〇七年）二七九―二八九〔波床昌則執筆〕参照。

(74) 安冨・前掲注（1）書一四四頁も参照。
(75) 稲田伸夫「判批」『捜査研究』四七六号（一九九一年）三九頁、酒巻匡「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」『刑事訴訟法判例百選［第七版］』（一九九八年）四〇頁、出田孝一「黙秘権・弁護人選任権の不告知と自白の任意性」大阪刑事実務研究会『刑事証拠法の諸問題（上）』（判例タイムズ社、二〇〇一年）二六九頁、田口守一＝寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』（成文堂、二〇〇四年）四九頁〔洲見光男執筆〕、長沼範良「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」『刑事訴訟法判例百選［第九版］』（二〇一一年）三八参照。なお、木谷・前掲注（1）書六五頁以下も参照。
(76) 本判決の自白の証拠能力の判断方法に関する基本的立場につき、木谷・前掲注（1）五九頁以下参照。
(77) 稲田・前掲注（75）論文四七頁。なお、出田・前掲注（76）論文二八〇頁。
(78) 春日勉「判批」『九大法学』八五号（二〇〇三年）一八七頁参照。
(79) 水谷規男「判批」『法学セミナー』五六六号（二〇〇二年）一一六頁、三井・前掲注（1）論文「法教二五六号」九一頁、津村政孝「余罪取調べの限度と別件勾留」『平成一三年度重要判例解説』（二〇〇二年）一八七頁、佐藤隆之「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」『刑事訴訟法判例百選［第八版］』（二〇〇五年）四〇頁、長沼範良＝佐藤博史「対話で学ぶ刑訴法判例（三）別件逮捕・勾留と余罪取調べ」『法学教室』三一〇号（二〇〇六年）七四頁、亀井源太郎「別件逮捕・勾留管見」『法学会雑誌［首都大学東京・東京都立大学］』四八巻二号（二〇〇七年）二三七頁、木谷明『刑事事実認定の理想と現実』（法律文化社、二〇〇九年）九五頁参照。
(80) 関正晴「判批」『日本法学』七三巻四号（二〇〇八年）一五七三頁、永住幸輝「自白の任意性評価における遮断措置について―北方事件を素材に」『九大法学』一〇〇号（二〇一〇年）一七〇頁参照。
(81) 豊崎七絵「判批」『法学セミナー』五二巻一〇号（二〇〇七年）一一五頁、大倉英士「刑事弁護レポート」『季刊刑事弁護』五二号（二〇〇七年）八五頁、中島宏「判例レビュー」同一四〇頁、金山薫「判批」『刑事法ジャーナル』一五号（二〇〇九年）一〇一頁、永住・前掲注（80）論文一七〇頁参照。
(82) もっとも、自白の証拠能力が問題となるケースは千差万別であり、様々な問題が複合的に絡み合っているものも少なくない。その意味で、ここでの整理は必ずしも十分なものというわけではない。
(83) 【4】、【7】、【8】、【9】、【10】、【19】、【24】、【43】、【45】、【51】、【57】、【59】、【70】、【78】、【79】、【81】、【100】、【120】、

【129】、【132】、【133】、【134】、【145】、【152】、【153】、【155】、【167】、【168】等。

（84）判例の多数はこのような立場にたっているものと解される。

（85）【79】、【80】、【81】、【83】、【84】。

（86）【179】、【180】、【181】。

（87）ただし、これらはいずれも違法収集証拠排除法則が判例上確立する前の判例である点には注意を要する。

（88）【73】、【158】、【163】、【182】、【189】、【193】等。

（89）【22】、【32】、【35】、【37】、【42】、【44】、【55】、【58】、【64】、【106】、【107】、【160】、【187】、【190】等。

（90）特に、別件逮捕・勾留中の自白については、別件逮捕・勾留ないしはその間の取調べの違法性を根拠に、その間に得られた自白の証拠能力を否定する方向性が確立しているといってよい。なお、村上・前掲注（1）論文四三頁以下、後藤・前掲注（1）書七九頁参照。

（91）【184】、【192】、【213】。

（92）いずれの判例も、ロザール事件判決（千葉地判平一一［一九九九］・九・八判時一七一三号一四三頁、東京高判平一四［二〇〇二］・九・四判時一八〇八号一四四頁。いずれも次章で詳しく取り上げる）のように、自白法則と違法収集証拠排除法則との関係について明確に述べたものではない。しかし、判例実務における競合説の萌芽をみて取ることができる重要な判例といえる。

（93）もっとも、問題は違法な手続によって得られた自白の証拠能力をその違法性を理由に否定するとしても、違法排除の根拠をどこに求めるのかである。この点については必ずしも明らかとはなっておらず、突き詰めた検討が必要である。

（94）【14】は、典型例である。

（95）虚偽排除、人権擁護、違法排除のいずれの立場にたったとしても、「実際上の適用においてはさして結論の差を導くものではない」という指摘（谷口正孝＝太田幸夫「自白の証拠能力」『判例タイムズ』二五六号［一九七一年］頁）は、判例実務の実際を浮き彫りにする指摘といえよう。なお、守屋克彦『自白の分析と評価』（勁草書房、一九八八年）一三四頁、司法研修所編『自白の信用性』（法曹会、一九九一年）九頁〔田崎文夫執筆〕も参照。

（96）香城敏麿『刑事訴訟法の構造』（信山社、二〇〇五年）五二頁参照。

(97) 大野恒太郎＝庭山正一郎＝佐藤文哉「自白」三井誠他編『刑事手続(下)』(筑摩書房、一九八八年)八三三頁〔佐藤執筆部分〕参照。

(98) 田宮博士は、「違法排除説は、捜査手続きの適正化一般には効用を発揮したが、自白法則としては、任意性原則の活性化の動きはまだ鈍く、……いわば両極分解的事態に遭遇している」といわれたが(田宮・前掲注(9)書三五二頁)、このような事態は現在もなお継続しているものと解される。

(99) 本章第一節七(拙稿「自白排除法則の研究(五)」『北大法学論集』六〇巻六号〔二〇一〇年〕一二九頁以下)

(100) アメリカ連邦最高裁がミランダ判決において自白の証拠能力判断のための画一的法則の定立をめざしたのは、第五修正の実効的な保障の確立とともに、自白の証拠能力の判断に当たる下級審裁判官へ明確な指針を提示することが念等に置かれていたことを今一度想起すべきであろう。

〔付記〕

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

論　　説

法・社会規範とその遵守に関する〈法と文学〉による考察

―― 夏目漱石『門』と「理性と正義」の劇場 ――

林　田　清　明

法律を案山子同様の物にしてはならない。いつまでも同じ格好のまゝで樹(た)てゝおくと、悪い鳥どもが、終(しまひ)には慣れて、怖がらないで、それを止まり木にしてしまふ。

―― W. シェイクスピア『尺には尺を』第二幕第一場
（坪内逍遙訳）

目　　次

はじめに
1．法・社会規範とスティグマ
　A．スティグマ（烙印）、法の影
　B．夫婦・男女をめぐる規範群
2．理性と正義の劇場としての法
　A．理性と正義の劇場
　B．法と法解釈の暴力性
3．掟の基礎
　A．門の前で
　B．掟の神秘的基礎
おわりに

はじめに

本稿は、第一に、法規範はじめ社会規範がなぜ遵守されるのかを検討する。これは法や社会規範の本質に関する課題であるが、人々が規範の下でどのように行動するかの解明なしには法・社会規範を理解することはできない。第二に、そのために、ここでは夏目漱石の作品『門』を取り上げて検討するが、それは社会のルールとしての掟が人々にどのような影響を与えているかを当事者のナラティヴに近いところで分析することができるからである。

第三に、本稿が用いる〈法と文学〉研究は、規範の分析において有益な方法たり得るか、また、法の理解に寄与しうるかを考察する。それは、この方法が、従来の法学よりも、広い視点から法・社会規範はじめ、これらが前提とする社会そのものという、大きな物語にも検討を加えることができるからである。

1．法・社会規範とスティグマ

A．スティグマ（烙印）、法の影

法とは論理的な思考に基づいており、判決に至る方法は科学的である。そこには人間の理性が働いているのであり、社会の発展とともに法もまた進展している。大方は、法や法律をこのように見たり、信じたりしているのではなかろうか。夏目漱石の作品『門』の主人公である夫婦は、過去のある行為のゆえにつぎのような生活を余儀なくされている。

> 曝露（ばくろ）の日がまともに彼らの眉間（みけん）を射たとき、彼らはすでに徳義的に痙攣（けいれん）の苦痛を乗り切っていた。彼らは蒼白（あおじろ）い額を素直に前に出して、そこに燄（ほのお）に似た烙印（やきいん）を受けた。そうして無形の鎖で繋（つな）がれたまま、手を携（たずさ）えてどこまでも、いっしょに歩調を共にしなければならない事を見出した。彼らは親を棄（す）てた。親類を棄てた。友達を棄てた。大きく云えば一般の社会を棄てた。もしくはそれらから棄てられた。学校からは無論棄てられた。ただ表向だけはこちらから退学した事になって、形式の上に人間らしい迹（あと）を留（とど）めた。

これが宗助と御米の過去であった。　　（『門』十四）[1]

主人公の宗助・お米夫婦が、世間から排除され、暗い影を落とした一生を送る姿が描かれている。何がそうさせているのか。

これまで漱石作品が法的観点から取り上げられることはごく少なかったであろう。げんに、勝本正晃は、「私の見る所では彼［＝夏目漱石・引用者注］の作品の中で、法律的に見て特に意義のあるものは皆無と云っていゝ」とまで断定しているし、漱石とその作品を指して「何から何まで法律ずくめな世の中に、かくまで法律に無関心な心境が存在し得ると云ふのは面白いではないか」とも言っている[2]。今日から見れば、これは〈法と文学〉研究が登場する以前の読み方であるのでやはり限界はある。

さて、宗助夫婦の烙印（スティグマ）を押された生活と精神に至った原因が法規範の存在にあり、批評において『門』という作品の政治性をつとに指摘したのはつぎである。

> この刑法の規定が、文學の主題を、大きく制約しただろうことは論をまたない。美とモラルと自我確立の次元において漱石が問題にしようとしていたことを、権力が制限した。漱石は作中にただの一行もこの法律には触れていない。だが〈家〉の桎梏を脱して代助が自からの心情に従おうとするときのほとんど大仰すぎる狂乱ぶり、

[1] 夏目漱石『門』（明治43･1910年「朝日新聞」連載。翌年、春陽堂刊行。以下、作品の引用はことわりない限り『門』による。

[2] 勝本正晃「法律から見た漱石の一面」同･法学挿話２頁（1931、日本評論社）。勝本博士（1895－1993）は、民法や著作権法を専門とし、東北帝国大学などの教授を務めた。また、勝本正晃「文芸と法律」（國立書院、1948）では、夏目漱石に三度言及があり、法律との関係で二度触れている。一つは、『道草』で、質草である銀時計の所有をめぐる法律関係で、他は、『吾輩は猫である』である。これは今日の〈法と文学〉研究から見れば「文芸作品の中の法」という形態に属するが、〈法と文学〉研究ではもう少し違った読み方がこれからも生まれてこよう。たとえば、プライバシーの側面から、林田清明「私的空間という装置と法―日本プライバシー前史」北大法学論集57巻５号2247頁（2007）や、本稿もまた法や社会の問題に関係している。

あるいは「門」の宗助夫婦が、親を棄て、親類を棄て、友達を棄て、社会を棄てて日當りの悪い崖下に住み、御米のかつての夫、安井が近くまでやって來るときの夫婦の恐れにも、この法律の影がさしている。単に人間關係のこじれを恐れるときの恐れではない。[3]

「この刑法の規定」と高橋和巳が指摘するのは刑法138条の姦通罪（1947年削除）である。上の引用が指摘するように、作者「漱石は作中にただの一行もこの法律には触れていない」ことが、かえって法規範の中に「隠された不可視のもの、……掟を掟たらしめているもの」[4]があるように思われて示唆的である。若い夫婦の心や精神にスティグマを押し、法律が暗鬱な影をもたらしている。その意味では、法・法規範が人生や生活のメタファー（隠喩）になっていると見ることができる[5]。

N. ホーソーンの『緋文字』では、群衆が詰めかけている広場に据えられた処刑台に立たされたヒロイン、ヘスター・プリンはその不貞・姦通ゆえに裁かれ、晒される。胸には姦通を意味する「A」の緋文字が縫い付けられて、文字通り烙印を押されている。しかし、『門』の場合には裁判手続はまだ開始されてはいないけれども、何時発動されるとも限らないがゆえに、法規範がさらに重い影と不安を増している。宗助・お米夫婦は、広い意味ではスケープゴート（生け贄）といえるかも知れない。

まず、主人公夫婦は、将来の長い生活に渡って「無形の鎖で繋がれ」て、またその内面において「烙印」を押し続けるであろう法規範や道徳規範などの社会規範、いいかえるなら掟になお従おうとするのはなぜか。彼らが「社会を棄てた」としても、実際的には社会の中にいて従うより仕方がないのであろうが、そのように余儀なくさせているものとは何

[3] 高橋和巳「漱石における政治」明治文学全集（第１巻付録）月報12号７頁（昭和41年１月、筑摩書房）。

[4] J. デリダ・カフカ論 『掟の門前』をめぐって27頁（三浦信孝訳、1986、朝日出版社）〔以下、デリダ・カフカ論として引用〕。

[5] Nancy Cook, Shakespeare Comes to the Law School Classroom, 68 Denver L. Rev. 387 (1991).

か[6]。そして、これらの規範が人々の行動や内面にどのような影響を与えているかを検討することは法の本質を考察する上でも重要である[7]。なお、規範とは一定の行動が命じられ、また許可され、授権される行為の意味としておいていいだろう[8]。一般に、掟・規範とは、ただそれだけの理由で遵守することが要求されるのである。つぎに、法規範やルールをその内部の構成要素とする社会とはどのようなものであり、私たちに自由や幸福をもたらすのかである。『門』では、法は社会が持っている基本的な価値を体現するものであることが暗示され、これに違反する者には批判的なまなざしを投げかけて、社会の秩序を保とうとするものであるかのようである。社会の掟が人間の生にどのような影響を与えているかは、法や諸規範を前提とする社会が人々に自由や幸福をもたらすものであるかにも関わっているのである。

B．夫婦・男女をめぐる規範群

『門』では、主人公である野中宗助は、大学時代の親友であった安井の妻である御米と結婚した。このことから、友人を裏切った罪の意識に悩み、安井の出現に怯え、社会から逃れるようにひっそりと暮らす夫婦の日常や内面が描かれている。『門』が書かれたのは1909（明治43）年３月であるが、すでに1898（明治31）年に民法が施行されており、戸主を中心とする家父長的な家制度が採用され、妻を無能力者とするなどの規定があった。また、1907（明治41）年には刑法が施行されている。公式には一夫一婦制が正式な婚姻形態であり、これを正常とする制度が動き出したといえる。『門』の舞台もほぼ同年代であると言ってよい[9]。

また、『門』で想定される罪は前述のように姦通罪であるが、この罪は明治13年の旧刑法353条として規定されたが、明治41年施行の刑法183

[6] 一例を挙げると、トニ・モリソン『青い眼がほしい』（大社淑子訳、1994、早川書房、原作は1970年）は、法よりも広範で、強力な社会規範が存在することを描いている。

[7] E. ポズナー・法と社会規範17頁（太田勝造監訳、2002、木鐸社）。

[8] 井上茂・法規範の分析278頁（1967、有斐閣）。

[9] 英国のキッチナー将軍の来日（1909・明治42年11月）や伊藤博文暗殺（同年10月）などの話題が作中にある。

条に引き継がれた[10]。姦通罪は、夫のある妻と、その姦通の相手方である男性の双方に対し成立する。また、姦通罪は夫を告訴権者とする親告罪であった。告訴権者である夫が姦通を容認していた場合は、告訴は無効とされ罰せられないものと規定されている[11]。夫の告訴には、姦婦との婚姻を解消していること、または離婚の訴を提起した後であることが前提とされている。また、むろん内縁の夫のある婦女が他の男性と私通しても姦通罪は成立しないとされた。とくに妻にのみ適用があり男女平等ではないなど比較法的に見ても特異な立法であったと指摘されている[12]。さらに、この法条には旧民法第768条が関連しており、姦夫姦婦の婚姻を禁じていた[13]。当時の刑法や家族法には、男系家長による家族の支配や維持、また血統の重視など当時の支配層の家族観や価値観を反映した、ないしは特権化した規定が存在したといえる。とくにイエ制度を規定していた戦前の家族法に関しては「武士のつくった民法」という評もある[14]。姦通や男女関係をめぐるこのような法規範群の背後もしくは周辺には、さらにモラルや道徳などの社会規範群が存在しているのであ

---

[10] なお刑法183条は昭和22年法124号により削除された。刑法（明治40年法律第45号）第183条は「有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ處ス其相姦シタル者亦同シ　　前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但本夫姦通ヲ縱容シタルトキハ告訴ノ效ナシ」と規定していた。また、戦後の廃止の経緯や状況については、團藤重光「姦通論」同・刑法の近代的展開（1948、弘文堂書房）、奥平康弘「女と男の関係と国家権力―姦通罪考―」法学セミナー346号８頁（1983）、井田恵子「「姦通罪」に想う」時の法令1182号２頁（1983）など参照。

[11] 瀧川幸辰・刑法讀本138頁（1932、大畑書店）、小野清一郎・全訂刑法講義525頁（1945、有斐閣）など。戦前に、この罪がどれほど適用されたかは興味があるが、自己や家の名誉それに私生活が裁判で暴露・公表されることになるためあまり用いられなかったのではないかと推測される。また、後述（後注41とその本文参照）の復讐との関係では、この罪のルーツは姦通相手と妻とを殺害する権利を認めた、いわゆる女敵討であろう。

[12] 最近の研究として、林弘正「明治四十年刑法第百八十三条についての一考察」清和法学研究６巻１号57頁（1999）。

[13] 旧民法第768条「姦通ニ因リテ離婚又ハ刑ノ宣告ヲ受ケタ者ハ相姦者ト婚姻ヲ為スコトヲ得ス」。

[14] 川島武宜・日本社会の家族的構成９頁（1948、日本評論社）。

る。とくに当時の婚姻についてはつぎの指摘が重要であろう。

> 明治四〇年頃では、男女が相思相愛で新しい家庭を作り上げるという自由恋愛を基礎にした婚姻が行われる時代はいまだ訪れておらず、妻が夫の先祖伝来の家の嫁として迎えられるという婚姻から、夫自身があらたに築きあげた家庭の嫁として迎えられる婚姻習俗に変化した……。
>
> 妻が夫へ従属する状態は変らず、伝統的な「いえ」の規制が緩和され、従来の婚姻習俗に多少の変化がみられるというのがこの頃の都市を中心にした婚姻とみて差し支えない。しかし、農村を中心にして多くの男女は伝統的な「いえ」と「いえ」との婚姻によって結ばれ、また、「いえ」のために、相思相愛の男女が婚姻することができない状態に陥り、みずからの意思を貫き通すことができず、そのために痛ましい事件が生ずることも依然として多かった。[15]

たとえば、とくに戦前においては、当時の民法・家族編では、子は結婚するにあたり「父母ノ同意ヲ得ル」（旧772条）とされていたが、実際には慣行として親が子の結婚を親の単独の意思で決めていたとされ、まだしも形の上では法律の方が“先行”していた[16]。この時期の社会は、表向きは自由や愛情など個人の意思の尊重した方が良いとは思っていたが、実際には新しい考えや倫理観を実現するような「社会的な、あるい

---

[15] 有地亨・近代日本の家族観明治篇196頁（1977、弘文堂）。

[16] 夏目漱石の『こゝろ』などにも、それに近い状況が描き出されている。主人公の「私」が奥さんに「お嬢さんを私に下さい」と申し出たとき、軍人の未亡人である奥さんは、「宜(よ)ござんす、差し上げましょう」と即座に返事する。さすがに私も「親類はとにかく、当人にはあらかじめ話して承諾を得(う)るのが順序らしいと私が注意した時、奥さんは「大丈夫です。本人が不承知の所へ、私があの子をやるはずがありませんから」といいました。」（『こゝろ』「四十五」）とある。その頃の川柳「貸間あり賄附娘附」という状況があるのかも知れないが（唐澤富太郎・学生の歴史99頁（1955、創文社））、親の意思・意向は本人の意思という実態を示したものといえようか。なお、川島、前注14、87-90頁参照。

は心理的な秩序が成立していなかった」のである[17]。

『門』においては、姦通罪は安井の告訴を受けて適用あるべき事案だったのだろうか。夏目漱石の『それから』では、主人公の代助は三千代を愛していたにもかかわらず、親友の平岡に打ち明けられると、友情や一種の義侠心から両人を結婚させるために立ち振る舞う[18]。しかし、代助は３年後に再会すると、三千代への思いを断ち切れず、かえって三千代に愛を打ち明け、平岡に三千代を譲るように懇願する。この過程での他人の妻に対する主人公の不徳義が問題とされた。これに引き続く作品である『門』では、京都の大学時代の友人の安井は、お米を妹であると宗助に紹介している[19]が、宗助は本当にそうだろうかといぶかしがっている。かりに安井の「妻」であったとしても、当時婚姻の届けはあまりなされていなかったという事情からすれば、それは事実婚とも考えられるのであり、法律上の婚姻とはいえないものであったかもしれない[20]。また、宗助がどのようにお米と婚姻するに至ったかは詳らかにされていない。ただ『門』に関する評では、姦通もしくはそれに準じる過ちがあったとするのがほとんどである[21]。作品では「世間は容赦なく彼らに徳義上の罪を背負(しょわ)した。」（「十四」）とされている。姦通罪が適用される典型的な事件であったかやや疑問は残るが、それに近い道徳上非難される過ちがあったと見るべきかも知れない。

この背徳の夫婦が日々、精神的に呵まれている規範の元凶が男女に関する当時のモラルにあるのか、当時の刑法183条にあるのか、あるいはその両方にあるのかは分からない。この問題は法と道徳との関係として論じられる問題でもある。不貞や姦通に関するモラルや法などの一群の社会規範が、先の刑法183条をはじめ、当時も存在したし、今日でも一定程度は残っており、維持されている。法と道徳は、前者が行為という

---

[17] 伊藤整・改訂文学入門74頁（1986、光文社）。

[18] 1909（明治42）年６月発表。

[19]「安井は御米を紹介する時、「これは僕の妹だ」という言葉を用いた。」（『門』十四）とある。

[20] 小野、前注11、528頁。

[21] たとえば、「宗助とお米とは姦通によって出来上つた夫婦である」とするのは、谷崎潤一郎「『門』を評す」同全集20巻３頁（1968、中央公論社）。

外的面に関して後者が内面に関するものなどとして区別されるとするのが一般的だが、法規範は道徳の最低限を定めるものであるとかあるいは道徳が法規範を推し進めるものであるとかの考え方もある[22]。ここでは法と道徳の関係についての議論は措くが、私たちは、当時も今も、道徳規範や法規範も含めた種々の社会の掟・ルールを外れては生きてゆくことはできないと心の底では思っているのである。

ところで、刑法138条の姦通罪は戦後削除されており、現在では存在しないために、この規範を素材として論じても現在には当てはまらないのではないかという指摘もあろう。しかし、姦通罪はなくなったとはいっても、まだそれを取り巻く道徳あるいは法規範は一定程度存在するし、また一般的に社会規範や法規範が私たちにもたらす影響と、その背後にある法や社会への視点の分析は依然として必要である。また、姦通罪は復讐との系譜的な関連が強い規範であった。このため法は復讐に由来するという見解もある[23]。法や裁判システムは、社会の要請に応じて、復讐を合理化し、復讐の連鎖を断ち切り、復讐の感情を癒す効果的な手段でもある[24]。復讐が、人間の本性的な感情に根ざしたものであるとすれば、今後とも形や程度、手段を変えて残ってゆかざるを得ないものと思われる。

---

[22] 古くからのテーマであり、一般には峻別されるが、異なった見方もある。つぎを参照、H.L.A. ハート・法の概念202頁以下（矢崎光圀監訳、1976、みすず書房）、G. ラートブルフ・法哲学158頁（田中耕太郎訳、1961、東京大学出版会）、R. ドゥオーキン・権利論（木下毅＝小林公＝野坂泰司訳、2003、木鐸社）、同・原理の問題（森村進＝鳥澤円訳、2012、岩波書店）、井上茂「法による道徳の強制」同・法哲学研究３巻（1972、有斐閣）。矢崎光圀・法哲学（2000、青林書院）、加藤新平・法哲学概論（1976、有斐閣）、深田三徳・法実証主義論争―司法的裁量論批判（1983、法律文化社）、長谷川晃・解釈と法思考32頁以下（1996）など。

[23] Oliver Wendell Holmes Jr., The Common Law 2-25 (1881); René Girard, Violence and the Sacred 24 (translated by Patrick Gregory) (1977)（復讐の観念も人類の正義の原理も同じとする）．また、法と復讐（文学）との関係については、R. ポズナー・正義の経済学８章（馬場 孝一＝國武 輝久監訳、1991、木鐸社）、R. ポズナー・法と文学上巻（坂本真樹＝神馬幸一訳、2011、木鐸社）97頁以下、林田、前注２、2256-2259頁など参照。

[24] Girard, Id. at 22.

また、ここでは姦通罪やそれを支えている、ないしは関連している社会規範の当否や問題点を論じているのではない。むしろ、なぜ宗助夫婦は自分たちに幸福をもたらすとは言い難い、このような規範・掟に耐えて生きてゆかねばならないのかである。それは社会の掟に違反したから当然であるし、やむを得ないと割り切ってよいかも知れないが、何が遵守へと向かわせ、どのように人々の内面をコントロールしているかを検討したい。第二に、そのために法の神話や法に対する大きな物語があり、それらが掟への信奉を作り出しているのではないか。なぜ私たちが法・社会規範を守るのかについてはまだ解明されていない問題がある。

2．理性と正義の劇場としての法

A．理性と正義の劇場

「社会あるところに法あり」という法諺が意味するように、社会生活を営む上では一定の秩序や決まりが必要であると見られている。近代社会においては、法はその社会秩序を正しく維持するための行為の基準として、種々のルールを体系として持っている。すなわち、法は、社会生活において、私たちが遵守すべき規範やルールの総体である。そして、これらの決まりや規範に従って行動し、生活することが近代社会の基本的な条件の一つである。仮に遵守されない場合には、法に基づく罰や制裁を受けたり、不利に扱われるし、反対に遵守すれば、法的な保護を受ける。このように、法の遵守は近代的人間の行為の基準となり、またこれを守ることが市民や人間としての責務の一つとなっている。

近代社会は、理性や真実あるいは科学といったものに信念を持っており、それらに基づいて社会や人間の発展や進歩があると考えてきた。法もまた、理性・真理や科学性それに客観性というものを確固たる基礎としてきた。法が理性的なものに基づき合理的な規律であることは、法律家にとっては疑い得ない前提である。たとえば、ドイツの法学者ヴィントシャイドは、「あらゆる実定法の究極の根源は国民の理性である」[25]という。憲法や実定法の諸規定は、私たちが行動したり、生活をしていく

[25] Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts ss15, S.39-40, 1891.

上で依拠すべき行為基準を定めている規範であり、それに基づいて振る舞うことが市民として求められる重要な条件である。したがって「法とは人間の行動を規則の支配に服せしめる企て」である[26]。また、私たちの行為はその理性的な意思に基づくものであり、かつまた、明確な目的に従った結果に他ならないとみなされるのである[27]。

さらに、社会的コントロールの道具としての法が、社会にもたらすのは、社会的安定と正義である[28]。法を遵守すること、また裁判所の判断を尊重する（受け入れる）ことによって、自己が居る社会全体が合理的に運営され、個々人の人間的本質をうまく調和させてくれるだろうという期待や前提がある。

法は理性的で合理的なものと考えられるにつれて、法は作られたものにすぎないが、いつの間にか正か不正か、また真理の基準となって運用されるようになった。かくして、法律がいつも正しいものであるかのようになっている。そこでは、私たちは法や掟に従うより他はないと思い、また、従わない者は法によって制裁や排除、無視されてもやむを得ないと考えるまでになっている。そういった法を遵守しないような人間、あるいは、F. カフカの『審判』における主人公 K. や A. カミュの『異邦人』の主人公ムルソーのように、法の前で自分を主張しない、もしくは主張できないような人間は、この社会に協調しない人間とみなされる。そして、彼（女）らはいわばこの社会の失格者あるいはアウトサイダー（異邦人）として排除されても止むを得ないと信じられて、人々はかような人間を白眼視するようになる。

法に対するこのような見方や信頼は、つぎのことからも生まれる。社会の基本的なルールを提供する法が、不滅の真理や正義を含むものである、つまり、法は理性に基づいて定立・運用（適用）され、市民がそれを遵守することによって、正義や平等などが実現されるのであるという信念がある。社会は法律によって支配・規律されており、いわば私たち

---

[26] L. Fuller, The Morality of Law 96 (1964). L.L. フラー・法と道徳162頁（稲垣良典訳、1968）。

[27] Peter Goodrich, Reading the Law 209 (1986).

[28] 伊藤正己＝加藤一郎編・現代法学入門21頁以下（第３版、1992、有斐閣）。

市民は「理性と正義の劇場」を見せられて、その中にいる存在であるとされるのである[29]。

しかし、私たちは本当に「理性と正義の劇場」の中にいるといえるのか。それはどのように理性的であり、また正義や自由が演じられているか。また、それはフィクションにすぎず、一種の「法の神話」とでも呼ぶべきものの一つではないのだろうか。

違反に対する制裁などがあるのは当然であって、それが問題となるならば、法律は何のために存在するのかという反論があろう。社会生活を送っていく上で、守るべきものを現したのが法規範であるのだから、それを守らなかったり違反したりする者に刑罰をはじめとする法的制裁が科されてどこが悪いのか、と。

『門』でテーマとされているこのような刑法規範や社会規範が絶対的に正しく、また真理であるといえるだろうか。これらの規範が普遍的な価値とされるものや原理を体現したものとも言えないであろう。たとえば、前述のように「武士のつくったわが民法」[30]と言われたのは、当時民法の制定に携わった人々の階層の意図や価値それに理念を反映したものあるという指摘であろう。また同様に、刑法典といえども、当時の支配階層の価値観や好みを色濃く反映したものであることも想像に難くない。また、法・法律といえども時代や人々の意識の変化を受けて変わることがあり、それを固定的なものとして捉えるべきではなかろう。姦通罪は、現に男性には適用がないが、女性についてのみ適用されたし、戦後削除されている。今日の価値観から見ると差別規定に他ならなかった。したがって、『門』は姦通もしくはその周辺の規範に抵触したがために、罪の意識に呵まれる生涯を送ることを余儀なくされる人々の生活や内面の陰影を描いているが、当時の価値や正義あるいは時代的な制約を考えざるを得ないし、それは『門』が置かれた政治性を問うことにもなろう。

---

[29] Goodrich の“theatre of justice and truth”からヒントを得たものである。Maria Aristodemou, Law and Literature 142 (2000), cited as Peter Goodrich, Introduction: Psychoanalysis and Law, in Peter Goodrich ed., Law and the Unconcious: A Legendre Reader (1977) at 32.

[30] 川島、前注14、９頁。

つぎに、人を殺すなかれなど、法は行為を命じる規範でもあり、人間の行為を直接的に規律する面が強調されるが、他方では法規範は私たちの内面や精神もコントロールしているといえないだろうか。それは刑罰によることもあれば、愛情や忠誠といったものを通じても、内面つまり精神的に規制・規律しているのである。

> 彼らが毎日同じ判を同じ胸に押して、長の月日を倦(う)まず渡って来たのは、彼らが始から一般の社会に興味を失っていたためではなかった。社会の方で彼らを二人ぎりに切りつめて、その二人に冷かな背(そびら)を向けた結果にほかならなかった。外に向って生長する余地を見出し得なかった二人は、内に向って深く延び始めたのである。彼らの生活は広さを失なうと同時に、深さを増して来た。(「十四」)

このように、法が作った家族という枠組みの中で、夫婦や親子の愛情という形で法とくに身分・家族秩序を守らせようとしているし、あるいは年齢や地位の上の者や権威ある者への忠誠・忠節を尽くさせることによって、さらには熱意を持って遵守させようとしている。これらは直接的な権力による威圧や影響のためではない。

『門』の夫婦は、『緋文字』の主人公ヘスターのように、群衆の前で裁かれてはいないし、また胸にＡの文字を縫い付けられてはいないけれども、心・精神の中に「烙印」を押されており、また彼らが違反した掟の前に繰り返し、繰り返し日常的に「出頭」させられているのである[31]。

さらに、近代において、規範とくに法規範は、社会における行為の基準となり、また、自己や他者を見る目や評価をする基準として正常であることや普遍的であることを意味するようになった。そして人々の身体や精神もことごとく管理され、見えない権力への自発的な服従を余儀なくされるのである[32]。『門』における宗助・お米夫婦は過去の過ちを背負い、罪の意識を背負って生きて行かなくてはならない。それは道徳的ないし社会規範群の上に当時の刑法183条が存在するからであるが、これ

---

[31] デリダ・カフカ論76頁、前注４。

[32] 桜井哲夫・フーコー　知と権力264-265頁（2003、講談社）。

らの掟は、先の引用が示すように、社会との隔絶を強いられることによって、夫婦の生き方や内面にも影響を与えている。そして、彼らやその内面は、有無を言わさず暴力的に支配・規律されていると言えないだろうか。すなわち、宗助・お米夫婦は、社会が定立した規範に強制的に従わされているのであって、その他の余地はなく、もし従わないならば処罰や制裁、不利益や不作為、法的な無視などを甘受しなければならないのである。

上の３つの観点からは、法が理性的なものであることを私たちに信じ（信憑）させ、また、法の中に合法化された暴力性が潜んでいることを隠蔽しようとしているのではないか。

B．法と法解釈の暴力性

『門』の主人公夫婦は「徳義上の罪を背負（しょわ）」（「十四」）されて生きていかなければならないのだが、罪を犯したがゆえにそこから来る制裁を受けて当然であることも分かる。この意味では、それを描く小説は「社会規範を内面化する強力な装置である」といえる。しかし、読み進んで行くにつれて感情移入が起こり、主人公たちに同情的にもなる。そこでつぎのような問が生じる。第一に、自分たちに忠実であろうとしたために押された社会的な烙印（スティグマ）は正しいか。つまり『門』は背徳な人間と社会それに掟はどうあるべきなのかという疑念も生じさせている。いいかえるとこれは作者漱石のテーマが何であるかにも通じるものがある。また、この面は「物語は社会に対する批判の仕方も教える」ことがあるということにもなるだろう[33]。

第二に、前述のように、法が理性に基づいて自由や正義を実現するものとして語られるのはなぜか。法は「理性と正義の劇場」であるかのように装われているにすぎず、そう信憑しているにすぎないのではないか。

（1）法の暴力性

法が暴力もしくは権力によって定立されていることは明らかであろ

[33] いずれの引用も、J. カラー・文学理論138頁（荒木映子＝富山太佳夫訳、2003、岩波書店）。

う。わが国でも明治新政府が旧江戸幕府に取って代わって政権を樹立した。その下に各法典を制定し、ことに死刑にしたり、拘束や行為の自由を制限したりと刑罰を想起すればこのことは容易に想像もつく。今日の法の定義でも、権力をバックボーンにしていると説かれている。たとえば「法規範とは政治的に組織された社会の、その成員によって一般的に承認され、かつ究極においては物理的強制力にささえられた支配機構によって定立されまたは直接に強行される規範である」[34]。J. デリダによれば、法の定立作用はそれを正当化しうるものがないし、また、これを批判することも難しい[35]。そして「この暴力は、法／権利が自分自身を定立するために、自分を承認しない者をすべて暴力的だ（ここで言う暴力的とはアウトローの意味である）と布告する」のである[36]。このように、反対する者は排除され、抹消されることになるのである[37]。そして、法の暴力的定立がなされた以降は、社会のメンバー全員の合意の下で〔法が〕定立されたというイデオロギーが創出されるのである[38]。

では、そのような近代法が普遍的で妥当かというと必ずしもそうではない。「デリダは、われわれが法や権利と言うときのその法ないしは権利の主体が、「肉食的供犠の能力のある成人男性の白人ヨーロッパ人」を意味した時代があったし、今もそれは終わっていないとする。こうしてデリダは、普遍的とされる法／権利の概念が何ら普遍的ではないことを暴くのである。」[39]このように、法といえども一時代の産物であり、一つの大きな物語に過ぎないのである。

---

[34] 碧海純一・新版法哲学概論75頁（弘文堂、1964）、五十嵐清・法学入門（第三版、2005、悠々社）。同様に、「法は実力によって作られ（た）」とするのは、伊藤＝加藤編、前注28、23頁。

[35] J. デリダ・法の力125頁（堅田研一訳、1999、法政大学出版局）〔以下、デリダ・法の力として引用〕。デリダと法に関しては、堅田研一「脱構築と法律学―合法性の暴力と正義」愛知学院大学論叢［法学研究］44巻４号79頁（2003）、長谷川晃＝角田猛之編ブリッジブック法哲学222頁以下（住吉雅美筆）参照。

[36] デリダ、同104頁。

[37] デリダ、同167頁、堅田研一「脱構築と正義―訳者解説」、前注35、207頁。

[38] デリダ、同167頁以下、また堅田、同頁。

[39] 堅田、前注37、214頁。

国家の中心的な機能として、あるいは法の主要な目的としても、社会秩序の維持や社会的安定を保つことがいわれる。社会学者のマックス・ウェーバーによれば、国家は「正当化された暴力」を独占しているという[40]。

また、復讐と刑法とが同じ根（ルーツ）を持っていることはつとに指摘されるところである。穂積陳重博士は「刑法は復讐の進化したるものである」と言われる[41]。近代にいたって公訴権を国家が独占しているのである[42]。復讐は矯正的正義のカテゴリーに含められるが、この正義論をとる見解からすれば、民法・取引法の規定などもこれに含まれることになる[43]。近代法では厳正な手続きや適用のための要件が定められているが、全部ではないにしろ、法が復讐の体系であることに変わりはない。

（2）法解釈の暴力性

法に暴力が潜んでいることは、たとえば刑事事件などで、死刑や懲役・禁固などの刑罰はまさしく（合法的）暴力（公権力の行使）によるものであるということは、比較的分かり易いであろう[44]。けれども、法の暴力性は、そのような刑罰のみに止まるわけではない。裁判官は、通例は条文や先例などの法テクストの処理に追われているので、刑事事件などの場合を除けば、判決として書いているテクストは理性や正義の行使であり、ましてや暴力などとは考えていないであろう。法が権力や暴力に

---

[40] M. ウェーバー・職業としての政治10-11頁（西島芳二訳、1959、角川文庫）。

[41] 穂積陳重・復讐と法律274頁（1982、岩波文庫。原書は1931年刊）〔原文傍点・略〕。なお、「復讐の念は、現今文明の社会においては、固より賤しむべきもの嫌うべきものと看做（みな）しており」（同頁）ますが、と断っている。なお、ヘーゲル・法の哲学 §§101-103（302-306頁）、§220（452-453頁）（藤野渉＝赤澤正俊訳、1967、中央公論社）。

[42] 福沢諭吉『学問ノスヽメ』第六篇「国法ノ貴キヲ論ス」（1872・明治５年）。

[43] Ernest J. Weinrib, The Idea of Private Law (1995), Jules L. Coleman, Tort Law and the Demands of Corrective Justice, 67 Indiana Law Journal 349 (1992).

[44] ヘーゲルによれば、第一の強制である犯罪は、つぎに来る強制つまり刑罰によって止揚され、法を回復するという。法の哲学 §§93-99、293-298頁、前注41。

よって定立・維持されていることは明らかだが、それは物理的な暴力にのみに止まるのではない。R. カバー教授は、「法解釈とは一つの暴力行為である」といい、これを認識して解釈することは重要だという。

> 法解釈は苦痛と死の領域で起こる。これは、いくつかの意味において真実である。すなわち裁判官は、あるテクストについての自分の理解を表現する。その結果、誰かが、その自由や、財産を、また自分の子どもを、あげくには自分の生命さえも失う。法における解釈は、また、既に起こった、あるいはこれから起きようとする暴力に対する正当化を行うのである。解釈者たちがその仕事を終えたとき、彼らはしばしば、暴力のこれらの組織化された、社会的実践によって引き裂かれた生活を持つ被害者たちを置き忘れている。法解釈も、あるいはそれがもたらす暴力も、それぞれが別個では、適切には理解されないであろう。[45]

ただ、法に暴力がある、また法解釈は暴力行為の一つである、といっても、実際的な解釈の上ではあまり問題として意識されないだろう。そんなことはないとか、たしかにそうなのだからとか言われるだけですまされよう。けれども、まず、カバーが指摘したように、法解釈においても解釈という名の下にそのような力・権力（暴力）を行使していることを考慮しておくこと自体にも意義がある。刑事事件の判決にのみ暴力の行使があるわけではない。民法やその他の事件にも必然的に伴うものである[46]。今日でも、たとえば、一票の格差が問題となる議員定数訴訟では、

---

[45] Robert Cover, Violence and the Word, 96 Yale L. J. 1601 (1986). カバーはイエール大学ロー・スクール教授（1943–1986）。この論文は「法、言語、暴力」に関する分野の先駆けとなった。

[46] シェイクスピアの有名な『ベニスの商人』について、その法解釈をめぐる暴力の問題が論じられている。ポーシャ姫（裁判官）による判決の後で「秩序の暴力性はシャイロックに代表させられ、彼が排除されたとき、暴力も世界から消えたのである」とする論（柴田正樹「ベニスの商人」における秩序と暴力」高知大学学術研究報告38巻（人文科学その１）121頁（1989）、引用は128頁）もあるが、社会すなわち裁判所側の暴力性がなお支配していると見るべきであろう。

一票の不平等のために選挙権の正当な行使を保障されない人々がいる。また、国旗･国歌に関する訴訟では、職務命令を出されることによって、それに従うことを強制される人々がいる[47]。民法900条は、嫡出ではない子の相続分は、嫡出子の半分であることを規定して、婚外子を相続において平等に扱っていない[48]。さらに、子の引渡訴訟では、人身保護法などの解釈として、子の最善の利益という正当化の下に、生理学的な親子が引き割かれる事例もある[49]。夫婦同氏（姓）原則をとる民法750条の規定は一見中立的に見えるが、とくに実際に姓を変える女性の側に苦痛や不利益を強いることが多いなど挙げればきりがない。

裁判官や法解釈に従事する者は、もっぱら当該の条文や先例・判例といったテクストを基に事件や紛争の答えを導き出す作業に追われている。また、判決を出しても、社会的・経済的弱者や訴訟の当事者の利益を守ったとか、ある者の自由が侵害もしくは制限されるのを阻止したとか、正義を実現するとかのために法解釈をしたという認識にすぎないであろう。

つぎに、判決や法的結論は、条文や先例などの法学テクストの解釈から出てきているのではなく、テクストの外に存在するものによって出てきているのである。法的判断者や解釈者の価値観や選択によって行使されているのである。そのためには、別の見方や物語があることを明らかに理解しておく必要があろう。

(3) まなざし

『門』の宗助やA. カミュの『異邦人』の主人公ムルソーも、自分に忠実に生きていこうと、あるいは真実であろうと生きようとしたことは

---

[47] 最判平成24. 1 .16裁判所時報1547号３頁、最判平24. 1 .16裁判所時報1547号10頁、最判平23. 6 .21判時2123号35頁、最判平23. 6 .14判タ1354号75頁、最判平23. 6 . 6 判時2123号18頁、最判平23. 5 .30判タ1354号51頁など。

[48] 同条４号の規定。最高裁はこの規定を合憲であるとしてきた。最〔大〕決平７. 7 . 5 民集49巻７号1789頁。「誰かを罰する道具として罪のない別の人を扱ってはいけないという重大な道徳的規範を破っていることになる」との指摘もある。ポズナー、前注７、124頁。なお、わが国でも最近では見直しの動きもある。

[49] 最判昭和49. 2 .26家月26巻６号22頁など。

同じであろう[50]。しかし、宗助は、ムルソーの場合とはおよそ異なっている。ムルソーは、自分とは相容れない法や法システムを無視した。宗助は無視することもできず、そのままその中にいるのである。法規範や掟は沈黙している。宗助夫婦や彼らを知る者たちが掟を意識しているのである。また、作者は法規範自体については何も語っていない。

『それから』においても、主人公の父親は事情を知らされて、子である主人公・代助と義絶するし、兄もまた弟の代助を叱咤する[51]。『門』の宗助らは友人だった安井の出現に怯えなければならない夫婦であったし、お米もまた流産や死産という不幸や、易者の芳しくない因果話などに心を痛めざるを得なかった[52]。宗助は社会的な評判を落とし、それがために親族や知り合い、そして世間一般との連帯も気まずいものになっている。評判を落とすことは、社会的に非難され、その外的な強制力として規範の遵守を促す。このようにして、世間からのこの夫婦を見るまなざしが存在している。その視線には、正や不正といった判断が含まれざるを得ないし、そうでなくとも二人とは距離を置き、沈黙に晒すことで批判や排除を待っているふうでもある。

> 「宗さんはどうもすっかり変っちまいましたね」と叔母が叔父に話す事があった。すると叔父は、
> 「そうよなあ。やっぱり、ああ云う事があると、永くまで後へ響くものだからな」と答えて、因果は恐ろしいと云う風をする。叔母は重ねて、
> 「本当に、怖いもんですね。元はあんな寝入った子じゃなかったが――どうもはしゃぎ過ぎるくらい活溌でしたからね。それが二三

[50]『門』とほぼ同じテーマである、先行作品の『それから』では、主人公・代助は平岡に対して「矛盾かも知れない。然し夫は世間の掟と定めてある夫婦関係と、自然の事実として成り上がつた夫婦関係とが一致しなかつたと云ふ矛盾なのだから仕方がない。僕は世間の掟として、三千代さんの夫たる君に詫まる。然し僕の行為其物に対しては矛盾も何も犯してゐない積だ」(同「十六」)という。

[51]『それから』(「十七」)。

[52] なお、夏目漱石『こゝろ』においても、「子供はできっこない」「天罰だからさ」と「先生」に語らせている(同「八」)。

年見ないうちに、まるで別の人みたように老(ふ)けちまって。今じゃあなたより御爺(おじい)さん御爺さんしていますよ」と云う。　（「四」）

一般の人々は不徳義あるいは反社会的な振る舞いをした者と関わるのを回避するというシグナル行動を取る。自分はそのような行動には賛成ではないという態度を他の人々や社会に対して示すのである。『門』の場合も、上の引用が示唆するように、世間のまなざしが、後述するカフカの『掟の前』の門番であり、「裁判官」に他ならないのである。法廷や法の前に立たずとも、いわば世間や社会による監視があり、本人は社会に対して軛を背負い、繰り返し反省することを余儀なくされることによって、生活や行動はむろん精神や内面をも支配されることになる[53]。

二人の間には諦(あきら)めとか、忍耐とか云うものが断えず動いていたが、未来とか希望と云うものの影はほとんど射さないように見えた。彼らは余り多く過去を語らなかった。時としては申し合わせたように、それを回避する風さえあった。御米が時として、

「そのうちにはまたきっと好い事があってよ。そうそう悪い事ばかり続くものじゃないから」と夫(おっと)を慰さめるように云う事があった。すると、宗助にはそれが、真心(まごころ)ある妻(さい)の口を藉(か)りて、自分を翻弄(ほんろう)する運命の毒舌のごとくに感ぜられた。宗助はそう云う場合には何にも答えずにただ苦笑するだけであった。御米がそれでも気がつかずに、なにか云い続けると、

「我々は、そんな好い事を予期する権利のない人間じゃないか」と思い切って投げ出してしまう。細君はようやく気がついて口を噤(つぐ)

[53] なお、小宮豊隆「解説」夏目漱石『漱石全集第９巻　門』（1956、岩波書店）204頁に、「言わば烙印（やきいん）を打たれて、社会の外（そと）に追い出された二人は…」とか「かうして彼等は、社会の外に住むことの寒さと侘びしさとに堪へて来た」とあるのは、社会やコミュニティから異端視され批判的なまなざしで見られていることを言っていると思われる。「社会の外」がまったくの社会の外つまり完全なアウトサイダーを意味しているのではない。彼らは、自分たち夫婦を縛っている法や社会の規範の中にまだ居て、生活しているのである。

んでしまう。そうして二人が黙って向き合っていると、いつの間にか、自分達は自分達の拵(こしら)えた、過去という暗い大きな窖(あな)の中に落ちている。（「四」）

過去に犯した過ちから罪を逃れることのできない夫婦は、世間から隔離され、抑圧される日常生活を送らざるを得ない。彼らは社会の規範のために暗鬱に覆われた生から逃れることはできない。宗助夫婦は訴えられているわけではないが、たえずこれら掟の前に呼び出され、出頭させられているのである。そして、暗黙裡に社会の規範・掟に従うことを求められるのである。人々を無意識のうちに捉えて支配する規範・掟が存在し、そこには人を規律して止まない権力の構造が内在されていると見ることができよう。

その構造として、遵守すべしという無条件の義務づけが、ここには存在していると言うべきではなかろうか。掟は、自分が社会に存在しているという事実やいわゆる類的本質によって、自己の意思の外から、無条件に従うべきものとして条件付けられ、また社会からは当然視される存在である。そして、社会において個人はその理性に基づく意思が当該の規範や掟を自発的に自己の内面に取り入れて、以降これを遵守するというように、掟を内在化することになる。ここに至って、掟は規範として妥当性を獲得し、現実的なものとなるのである。このように、掟を遵守するように促すものや力が実質的には強制的であるにも関わらず、現実的には当人の意思にかかる「自由」として立ち現れる[54]のはパラドックスである。

これまでいわばミクロ的視点から検討したが、つぎに個人と掟・社会というマクロ的視点から検討する。掟を信奉するには社会に対する何らかの期待やそうすることに利益があるからと思われる。理性と正義の劇場たる社会において、私たちは主体（subject）とされるが、掟の前に従属させられる（subjected）存在ではないのか。そして、宗助夫婦の状況は別の局面では私たちが置かれるものかもしれない。掟は私たちの

[54] 川島、前注14、125-126頁参照。ただし、同箇所は家族における「孝」意識の文脈である。

救いとなり、また社会は私たちの自由や欲望を満たしうるかである。

3．掟の基礎

A．門の前で

『門』では、刑法138条に抵触することが想定されているので、法律によって宗助夫婦が法的に救済されることは考えにくい。ひるがえって、そもそも法は社会の紛争や事件を解決するとは言うが、法による解決や救済は現実にはどのように存在しているのだろうか。

周知のように禅による問答や境地に到達することによって、救いが得られるものと一時は期待したが、結局、宗助は思わしい魂の救済を宗教から得ることはできなかった。とすれば、今一度、宗助は、自分たちが社会から排除されている現実と直面しなければならない。この点で「（漱石は）男女の問題を政治の規定から文学の中に取り戻し、男女間の裏切りにともなう罪の意識を、法の罰から、精神的な、宗教的な罪の側にとり戻そうとしたのではなかったか。」[55]という指摘があるが、これは、逆説的ではあるが、今一度法の在り方を問い直す契機も持っているのである。

法はどのような意味において救いとなることができるか。このような問自体、通常は法の内部にあってはあまり出されないものであり、むしろ法の外側にあるものからの指摘によって浮かび上がる問題でもある。法の対象となる、法の「門」を入って来たところから、法の処理が始まるからである。

漱石の『門』は裁判を扱った小説ではないために、法や裁判がどのようなものであるかについては描かれてはいない。それには沈黙している。おそらく作者のねらいは法や裁判による裁きや制裁を越えたところの、人間の生を描くことにあるように思われるので、法・法廷が個人の自由を伸張したり、あるいは社会の正義を実現したりするものとしては考えられていないであろう[56]。作品の年代が異なるので安易な比較はできな

[55] 高橋、前注３、８頁。

[56] なお、救済という面で、すでに西欧流の訴訟によって黒白を付けるような

いが、A. カミュの『異邦人』の主人公ムルソーは裁判や法それ自体に背を向けているし、F. カフカの『審判』や『法の前』ではそれらが正義を実現するものとしては描かれていない。むしろ、それらが個人にとって桎梏となり、不条理な結果や状況をもたらすものとして描き出されている。

「……裁判所は君に何も求めはしない。君が来れば迎え、行くなら去らせるまでだ」[57]掟とは、ここでは一般には法とその規範が念頭に置かれるのだが、デリダは「道徳律、法律の法、政治の掟さらには自然の法則等々のうちからいかなる種類の掟なのかが明らかではない」として、むしろ「掟そのもの、掟を掟たらしめているもの」を指すものとしている[58]。が、掟の前にやってきても、なかなかその中へ入らせてもらえない。許可されないのではなく、後に見るように引き延ばされているのである[59]。

> 掟（おきて）の前に一人の門番が立っていた。この門番のところへ一人の田舎（いなか）の男がやってきて、掟の中へ入れてくれと願った。しかし門番は、今ははいることを許せない、と言った。男は考えていたが、それでは後（あと）でならはいっていいのか、ときいた。『それはできる』と、門番は言った、『だが今はだめだ』……[60]

形式上は来る者拒まずだが、制度的に中立を装った無視や法律や法的手続・訴訟についての高い専門的知識や形式的で煩瑣な手続などのためになかなかアクセスできない。そこには、制度の持つ権威もまた存在する。

やり方では心の平安は得られないとし、日本的に心を平安にする方法とが挙げられている（『吾輩は猫である』（「八」）。

[57] F. カフカ『審判』302頁（原田義人訳、1971、新潮文庫）。

[58] いずれの引用も、デリダ・カフカ論27頁、前注４。

[59] デリダ・同36頁。

[60] カフカ『審判』、前注57、290-291頁。

……『いったい、いまさら何を知りたいんだ』と、門番はきいた、『お前はよく飽きもしないな』『誰でもみな掟を求めているのに』と、男は言った、『私のほか誰も入れてくれと求める者がいなかったというようなことに、どうしてなったのですか？』門番は、男がすでに臨終にあるのを知り、薄らいでゆく聴力に届くように、大声でわめいた。『ここではほかの誰もが入れてもらえなかったのさ。なぜなら、この入口はただお前のためときまっていたからだ。どれ、わしも出かけよう。そして門をしめよう』[61]

ほぼ一生かけて掟の中へ入らせてもらおうとするが、その願いは門を叩いても開かれず、虚しく届かない。理性的で合理的なしかけ（システム）のはずなのに、何のために、そんな理不尽なことが起こるのか。デリダは言う、「男は自分の終わり（fin）には辿り着くが、自分の目的（fin）には到達しない。」[62]法や裁判手続という知識の鍵を取り上げ、自らは入らず、入ろうとする人々を妨げている[63]。訴訟や法を使うことには、高い障壁があり、たくさんの時間と費用とが費やされなければならないことを象徴しているようである。

法を使うことになる一般の人々は、法律ジャーゴン（専門用語）に手をこまねいて、理解してもいないのに分かりましたと答えざるを得ない面もある。あるいは、自分の裁判であるはずなのに、自分の知らないところで事が運んでいるというような、A. カミュの『異邦人』状況が示すように、専門家たちによって法は独占されている[64]。また、現代では専門的な知識が社会のシステムを構成しているといってよいだろう。専門的な知識がなければ、意見を述べたり、反論したりすることすらできない。裁判においても事実が争われるにしても、当事者の力関係とくに大きな社会的な力・権力を持った者や組織が主張するものの方が、あた

[61] 同、292頁。
[62] デリダ・カフカ論72頁、前注４。
[63] ルカ伝第11章第52節。
[64] F. ローデル・禍いなるかな、法律家よ！７、９頁（清水英夫＝西迪雄訳、1964、岩波書店）。

かも真実であるように聞こえ、それに突き動かされて裁判官もそれが正しいあるいは“真実”として認定することがある。今日の裁判手続は当事者の主張立証するものに依存しているとは言われるが、法的正義が、当事者の組織や金銭それに伴う名声や社会的影響力・権力などという司法手続の外にあるものによって決められているのではと気づかされることもまた多い[65]。このように、知ろうとしても知に阻まれる。そこにフーコーが言うように、知と権力が結びついていると考えられる。知は権力と化して、他をコントロールするのである[66]。

知はシステム化され、組織となり、その中にいる人々によって、同じメンバーであった社会の成員の、秩序を乱す行為や逸脱を監視することになるのである。法は社会や正義の名において私たちの生に介入する。法を無視する者は、それが形成する社会から排除される。かくして、法に対するもう一つの視線を私たちが必要とするとき、伝統的な見方に対抗する新たな知を獲得する必要がある。〈法と文学〉はこのような新たな見方や理論を提供することができると言えよう。

宗助は、この不安や苦悩に満ちた日常の世界を脱却して心の平安のある理想的な世界へと至ることによってしか、自分たち夫婦の生を生かしてゆく可能性はないと考えているようだ。生きていく上では苦悩や心配がなくなるのは、幸福が増えることを意味するから、人はなるべく幸福に生きたいと願うものであろう。考えられる救済には、世俗的救済と精神的救済があるが、前者の一つが法的救済であろうし、後者には宗教的救済が含まれよう。

---

[65] たとえば公害訴訟における科学論争と呼ばれる現象のもう一つの面がそうであろう。文献は多いが、阿部泰隆「原発訴訟をめぐる法律上の論点」ジュリスト668号16頁(1978)など。裁判所も詳しくない専門的な事柄・事象については、組織や社会的地位のある者・側の主張に傾きがちとなることがある。一例として「原発とメディア139　司法（19）「追認」への警告」朝日新聞2012年４月26日夕刊はじめ同連載記事参照。

[66]「権力は至る所にある。……至る所から生じるからである。」「権力の関係は他の形の関係（経済的プロセス、知識の関係、性的関係）に対して外在的な位置にあるものではなく、それらに内在するものだということ」M. フーコー『性の歴史Ⅰ　知への意志』120・121頁（渡辺守章訳、1986、新潮社）。

宗助にとっては、法的救済をはじめとする世俗的救済には格別救いとなる方法や道は見あたらない。むしろ、法的救済からは遠ざけられているし、排除すらされている。そこで、精神的な救済を求めるのであった。現在置かれた状況よりも苦しみを減ずることによって、より安んじて日々を送ることができるために、宗助は鎌倉の禅寺の門を敲く。

> 自分は門を開けて貰いに来た。けれども門番は扉の向側にいて、敲いてもついに顔さえ出してくれなかった。ただ、
>
> 「敲いても駄目だ。独りで開けて入れ」と云う声が聞えただけであった。彼はどうしたらこの門の閂を開ける事ができるかを考えた。……（中略）……彼自身は長く門外に佇立むべき運命をもって生れて来たものらしかった。……（中略）……前には堅固な扉がいつまでも展望を遮ぎっていた。彼は門を通る人ではなかった。また門を通らないで済む人でもなかった。要するに、彼は門の下に立ち竦んで、日の暮れるのを待つべき不幸な人であった。（「二十一」）

宗教も広い意味では、復讐の連鎖を断ち切ったり、また復讐の念や感情を癒したりする方法の一つと見ることができる[67]。たとえば、宗教的な儀式や祈りや教え・諭しによって復讐の感情を別の回路に転換することができる。それは多分に曖昧ではあるが、復讐を予防したり、またすでに受けた暴力などを癒したりする方法である。復讐される側の宗助にしてみれば、禅寺の門を敲くことは、自分の精神的な救いや過去の行為を正当化する観念を求めることでもある。復讐する側にいる安井が、同じような宗教の儀式や覚りの意味を理解しているとすれば、安井からの復讐を防いだり、あるいはそれを慰撫し軽減してくれる方法であるとも言える。

心の平安を得るための修行や悟りの境地を得るのも容易ではない。そうならば、残された贖罪の共同体の内部では、互いの救いや慰安となるものがあるのだろうか。つぎのように指摘されることがある。『門』は、宗助とお米夫婦の仲むつまじい生活や夫婦愛を描いているという見方で

[67] Girard, supra note 23, at 23.

ある[68]。

> 彼らは自然が彼らの前にもたらした恐るべき復讐の下に戦(おのの)きながら跪(ひざま)ずいた。同時にこの復讐を受けるために得た互の幸福に対して、愛の神に一弁の香を焚く事を忘れなかった。彼らは鞭(むちう)たれつつ死に赴くものであった。ただその鞭の先に、すべてを癒(い)やす甘い蜜の着いている事を覚(さと)ったのである。　　（「十四」）

このゆえに、「実際、漱石は他のどの作品に於いても、これほどしみじみとした夫婦の愛情を描いたことはなかった。宗助とお米の平凡な日常の描写のかげから、作家の幸福な視線がのぞかれる。そのような視線に、ぼくらは魅せられるのだ。」という評もなされている[69]。たしかに、理想的な夫婦愛を描いたものであるかもしれないし、また主人公夫婦たちもそれを目指そうとしたのかも知れない。それは今ある苦痛と不安に満ちた日常よりも、もっと安らぐことのできる二人だけの世界を見つけ出したとも言え、そこはまた一種の陶酔とも言えるだろう。だが、その幸福も一時的なものに過ぎないと目ざめ、やがて以前の日常が蘇って来る。完全で満足の行く日常は望み得ないことに気づくであろう。夫婦だけの愛情の高みから贖罪を余儀なくさせる世間・現実へと落ち、それを絶えず繰り返して往き来する生は、「シーシュポスの神話」のようでさえある[70]。

B．掟の神秘的基礎[71]

前述のように、理性は合理的な規律を作り、何が正常であるか否かの基準・規範（ノルム）をもたらして、私たちはそれに従うべきものとされている。そこで、まず、なぜ私たちは法や社会規範などの掟を信奉す

---

[68] 谷崎、前注21、７頁。

[69] 江藤淳・江藤淳著作集１・漱石論71頁（1967、講談社）。

[70] A. カミュ『シーシュポスの神話』（清水徹訳、1969、新潮文庫）。

[71] この表現はJ. デリダ・法の力、前注35、26頁以下の（掟の）「権威の神秘的基礎」によるものである。

るかについて検討する。掟の基礎はどこにあるのか。つぎに、法は人に正義や自由を約束するが、それは社会と矛盾しないのか。掟が前提としている社会と私たちは“和解”できるのか。

（1）私たちは、法が設定する「理性と正義の劇場」の中にいて、理性に基づいた正義や自由が演じられるのを見ている。私たちは、そこが私たちの生にとって望ましいものだと言われてきた。私たちは法システムが人間の目的を社会において実現するために存在すると考えてきたのである。その際、何が善で、悪であるか、また実現しようとする欲望や自由とその限界などについて規律することになるが、そこには何が他に優先するかなどの特権化が含まれているのである[72]。

そうであるとすれば、そこでは本当に理性と自由とが演じられているのか。それは法の「茶番劇」ではないのか[73]。また法や社会は本当にこれらを約束できているのか、かりにそうでない場合、そうであるもしくは実現でき（あるいは、少なくとも今はその過程にあ）ると私たちを信じ込ませてきたものは何か、さらに、法とその前提となる社会は私たちを幸福にするものかなどが問われている。いわば近代法が持ってきた法の神話を今一度問い直す必要があると言えるだろう。

これらの問題に関心を向けさせるのは、いわば外的な視点をもった〈法と文学〉の力であるといえよう。ないわけではないだろうが、このような問いかけは、一般に現状を維持することに腐心する法の内部からは出てきにくい。

第一に、法が暴力であることを覆い隠すことは法に対する信頼や信憑を増すことにつながりうる。なぜ人は法をはじめとする社会規範（もしくは掟）に従うのか。モンテーニュのつぎの言葉は有名である。

「さて法律が信奉されているのは、それらが正しいからではなくて、それらが法律であるからだ。これが法律の権威の不可思議な基礎で、ほ

[72] J. M. Balkin, Deconstructive Practice and Legal Theory, 96 Yale L. J. 743, 762 (1987).

[73] ローデル、前注64、199頁は「法は“万人のための平等な正義”を象徴するものだという法の広言の茶番劇」という。

かに基礎はないのである。」[74]デリダも、「人が掟に従うのは、それが正義に叶うからではなくて、権威を持つからである。……人が掟を信奉すること、これこそが掟の唯一の基礎である。」という[75]。法を遵守するのは、法を持つ権威（その背後には権力や暴力が存する）からであり、普遍的な正義が存在するためではない。また、信奉することに法の基礎があることは、法が宗教などと同じ基礎を持っているに過ぎないことを意味する。

第二に、法が真実を明らかにすることに関わっていると考えられることも法への信頼や信憑を増幅させることになろう。近代において、真理は存在するものと考えられてきた。近代においては、理性や真実ということが強調されてきたが、「真理は、解釈の産物であり、事実は、ディスクールによって構築されたものであり、客観性とは、眉唾物ものの解釈がいつしか大手をふってまかりとおるようになったものであ(る)」[76]。そして、法律もこの真理の発見や探求と何らかの関係があり、それらに寄与したり、あるいは真実の原理に基礎を置いたりしていると考えられてきた面もある。しかし、真理も一つの解釈に過ぎないとすれば、法律も普遍の「真実」とは関係がないと言うことになる。

そうならば、さらにつぎの問が出てこよう。存在しないものをあたかも（真理や真実が）存在するように信じてきたわけであるが、それはなぜか。社会において、お互いに「真実」が存在するものと、いわば作り出して、これに納得して信じてきたということであろうが、なぜこのようなものを私たちは必要としているかが問われなければならないだろう。

ただ、注意しなければならないのは、『門』が法規範や道徳規範そのものの是非を問うて、問題としている訳ではない点である。むしろ、これらの規範を前提にして、人間の心理や行動を描写しているのである。おそらく作者の漱石にも、姦通とそれを取り巻く規範群の当否を問題にしたかったわけではないだろう。

これらの規範をひとまず承認した上で、その影響を描写したのである。

---

[74] モンテーニュ・随想録第３巻414頁（関根秀雄訳、1960、白水社）。

[75] デリダ・カフカ論27・28頁、前注４。

[76] T. イーグルトン・新版文学とは何か353頁（大橋洋一訳、1997、岩波書店）。

したがって、作者漱石は法規範や道徳規範そのものに批判的な視線を投げかけているのではない。むろん、法や裁判が秩序や規制はともかく人々に自由をもたらすものなどとは描かれていない。ましてや、カフカの『審判』のような、法や裁判制度そのものに対する批判的あるいは懐疑的な姿勢はないように思われる。むしろ、これらの規範に対する時代的な評価と制約を作者自身も持っており、それを反映したものといえるだろう。

『門』における宗助とお米も、あくまでも法規範の中にいて、苦悶して、なお生きて行こうとしている人たちである。作者漱石は、宗助夫婦が法規範やその背後にある権力によって自発的に服従してゆく主体へと導かれてゆくこと[77]を明らかにしようとしたかどうかは分からないが、この点は、作者や明治というわが国の近代化のプロセスにおける主体の問題として分析の視野を広げることになるのではなかろうか。

とすれば、今日の私たちはみな宗助やお米夫婦ではないのか。『門』の状況以外でも今日、社会や法秩序が正当と認めず、法的に保護せず、排除することは、私たちの周りにたくさんある。たとえば、公害病の認定、輸血をめぐる意思決定、国歌、一票の格差、保護される取引の第三者と認められないなど、誰でも広い意味でのアウトローとなり、排除・無視される可能性はたえず、また十分にある。

これに対して、社会が不法・違法であるとして、正当と認めない者や事柄にあえて目を向けたり、配慮したりする必要はないという意見もあろう。しかし、法は当該の社会がどうあるべきかについての一定の理解や物語の上に成り立っており[78]、いわば社会の隠喩ともいえる。人々が変化してゆくのと同じように社会もまた変化してゆくので、現在の支配的見解や物語がそのまま将来を固定することは保守的あるいは桎梏とならざるを得ない。したがって、現在とは異なる社会や文化がありうることを示すことは理論の役割であるといえる。ここでは、問題となっている法や社会規範を否定しているのではない。とくに〈法と文学〉は、当該の社会がこれらの掟を肯定し、特権化する中で見過されてきた人間の

[77] 桜井、前注32、273頁。

[78] 宮沢節生・法過程のリアリティ 64-65頁（1994、信山社）、棚瀬孝雄「法の解釈と法言説」棚瀬孝雄編著・言説分析15頁（2001、ミネルヴァ書房）など。

可能性を再び浮かび上がらせる機能を持っている。

(2) 生のアンチノミーと正当化

社会およびそのルールとしての法・社会規範は、人々の自由や幸福を保障するために存在すると考えられる。人がその自由やエゴ（欲望）を実現するとき、これらのルールそしてその背後にある社会は人々の自由や幸福・正義を本当に保障するのであろうか[79]。その時、とくに法はどの位置にあり、どのような役割を担っているのか。

近代社会において自己主張や自己の欲求の実現を図ることは、自分以外の第三者や社会にも大なり小なり影響を与えたり、また利害対立などを招くものである。資源が限られたものであればあるほど、その影響は大きい。個人の内面や、自由な意思に基づいて行為すべきかが主たる関心事となっているのである。その結果のために生じる、友人への裏切りや迷惑を掛けることは、どのように正当化できるのか、あるいはできないのか。その点で、社会との関わりは見えるが、法や法規範の影響はどのようなものか、あるいは無視できるものなのか。むろん、そもそもが明らかに不法な行為だったりする場合は別である。

かつて安井とお米も彼らの各々の自由や欲求の追求において婚姻した。そこへ､安井の友人である宗助が旧知であるお米と結婚したいとし、御米もまた自由な意思でそれに同意するのである[80]。作者の漱石は､『それから』『門』さらに『こゝろ』において、自由と自由との衝突の調整を結局は道徳の側に立つことを主人公らに表明させたのであるが、つぎの点を問題にしたかったのであろうか。「自己意識は……行為を他の人たちおよび自己自身にとって善であると主張することができる。……そのような行為を他の人たちにとって善であると主張するのはいつわりないし偽善であり、……悪のこの最後の最も難解な形式によって、悪が善に、善が悪に転倒され、意識はおのれをこのような力であると知り、そのためにおのれを絶対的であると知る。――これは、道徳の立場におけ

[79] ヘーゲル･法の哲学189頁、前注41は､「法の地盤」である自由な意志という。
[80] この明治後期の婚姻もとくに都市部においても今日のように“自由”であった訳ではないことは、有地、前注15、196頁。

る主観性の最高の先端である。」[81]すなわち、自己を善となす悪である。個人に自由と他者のそれ、ひいては社会との衝突や矛盾が発生しているのであるから、それが道徳や良心のレベルで解決できるものか、さらに別の解決の方法や新しいルールが打ち立てられるのか、さらには、法をはじめとする諸規範に頼らなければならなくなるのか。その意味では、掟・ルールは一般的なルールとして背後に存在するにすぎない。個人は自己が考える善の基準から、既存の一般的な諸ルールを踏まえて、行動することになる。そこには、J-P. サルトルの「人間は自由の刑に処せられている」[82]という指摘が当てはまろう。

『それから』の代助と平岡のつぎのやり取りは、代助と三千代の行為が正当化できるのかを迫っていると考えられる。この状況は、『門』における、宗助･お米と、これに対する安井との関係でも、同じである[83]。

> 「法律や社会の制裁は僕には何にもならない」と平岡は又云つた。
> 「すると君は当事者丈のうちで、名誉を回復する手段があるかと聞くんだね」
> 「左様さ」
> 「三千代さんの心機を一転して、君を元よりも倍以上に愛させる様にして、其上僕を蛇蝎の様に悪ませさへすれば幾分か償にはなる」
> 「夫が君の手際で出来るかい」

---

[81] ヘーゲル・法の哲学、前注41、348-349頁。ただし、傍点略。

[82] J-P. サルトル「実存主義とは何か」サルトル全集13巻32頁（伊吹武彦訳、1955、人文書院）。

[83] たとえば、猪野謙二「『それから』の思想と方法」岩波講座文学の創造と鑑賞１（1953）、のち明治文学全集55巻403頁以下（1971）所収、412頁は、「『それから』につづく、『門』における宗助のわびしい贖罪の姿――世間の良識にそむいたかれを責める罪の意識と罰への恐れを経て、『彼岸過迄』『行人』『こゝろ』『道草』『明暗』と、かれの主題はもっぱら、人間意識の内部における暗側面にその真実をさぐり、主我的個人主義的な欲求をただちに人間本来のエゴイズムの悪として、その悪や孤独の摘出と実験小説風な追求にすべてを賭ける、いわば一種の道徳小説のかたちで展開されてゆく」と見る。

「出来ない」と代助は云ひ切つた。

（『それから』「十六の八」）

『門』の安井の立場にある平岡は、法的なものまた社会的な制裁という世俗的な救済を問題にしているのではないというのである。代助と三千代ないしは『門』の宗助とお米の行為に、自分と三千代との関係以上のもの、つまり平岡が新たな二人の関係のために譲ってもよいといえるような理由があるかと問いかけているのである。

宗助夫婦は法的にも社会的にも自分たちの不徳義な行為が宥（ゆる）されないことによって罪を意識し、自己に絶望している。その罪の因となった過去の過ち以来それは現在まで、そして未来までも継続するものであるから、罪の中に止まっていると言ってよい。宗助らの絶望がどのようなものであるかは分からないが、できれば「他人と同じようである方がずっと楽でずっと安全だというような気持ち」[84]が欲しいのかも知れない。

人間は社会的な存在であるから、自分と社会との関係について、また社会について考えてみることには意義があると誰しも一応は思っているであろう。しかし、自分にとって社会がどのような存在であり、意味を持っているかについて考えることは滅多にない。罪を意識し、また絶望の中にある人間はそれを考える機会を持つといえるかも知れない。今度は、そうすることが自分にとって意味があるからである。

姦通罪も使われず、民事の賠償となる夫（妻）たるの権利の侵害[85]に対する訴訟も提起されていないこの段階では、法や法ルールは、個人の内部では潜在化しており、いわば一般的ルールとして背後から包囲している。そこには表面的には法規範の影は見えない。中心にあるのは、代助と三千代の（不徳義な）行為を、とりわけ平岡に対する関係で、道徳的に、あるいは宗教的に、はたまたその他のものであるにせよ、どのよ

---

[84] キェルケゴール･死に至る病54頁（齋藤信治訳、1957、岩波文庫）。しかし、これは「自分の自己を「他人」から騙（かた）り取られ（た）」姿である。

[85] 大判明36.10. 1 刑録 9 輯1425頁、大判昭 2 . 5 .17新聞2692号 6 頁、最判昭54. 3 .30民集33巻 2 号303頁など。この民事の賠償もまた復讐・刑罰の進化したものと考えられる。穂積、前注41、参照。

うに正当化できるのかであろう。

社会においては、私たちの自由は他者との関係で実現されなければならない。他者は、私たちの自由に必要であるが、他者の自由とは相容れない。また、私たちに自由が実現されるためには、社会や国家による強制力が必要であるが、それとは相容れない[86]。そこには、人間と社会との根源的な矛盾ないしはアンチノミー（二律背反）が存在する。自分が欲するままに行為したことによって、他人や第三者（社会）に与えた影響を考慮して、正当化できるのか。自己の欲望を抑制しないで追求することは、モラル的には悪ではないのか。（ヘーゲルの「自己を善とする悪」の問題ともいえよう）。近代における個人は、自己の自由とその行使による他者の自由との衝突や対立といったアンチノミーにたえず逢着しているのである。私たちは社会と“和解”できるのか。

漱石自身の「則天去私」や『こゝろ』の「明治の精神」に基づいてエゴや自由を調整したり、また社会との融和を図ることは早晩破綻することは目に見えている[87]。当事者のすべてや社会のメンバーの全員が満足できるような行為などがあればよいが、それは全員一致が認められる場合をいうのであろう。しかし、それはきわめて稀にしか成立しないと言える。そこで、ある行為が一方では幸福や利益をもたらすと同時に、他方では、他者には迷惑や不利益を招来することが、たいていの場合には起こりうると考えられる。この場合に、かりに前者の幸福や利益が、後者の迷惑や不利益といった悪を上回っていると推定できれば、かような行為もまた社会的にはまだ容認できるという考え方や原則が成立する必要がある。伊藤整によれば「白樺派のものの考え方の、夏目漱石や森鷗外と違うところは、他人と力を合わせて作り出すところの社会の善を考えはじめた、ということである」という[88]。これは、個人とその自由とを尊重し、調整しようとする考え方といえるが、当時の社会や発展しつつあった資本主義経済や市場での考え方を背景にしているものでもあろ

[86] D. Kennedy, The Structure of Blackstone's Commentaries, 28 Buffalo L. Rev. 205, 211-13 (1979).

[87] 伊藤、前注17、147-150頁。

[88] 同、154頁。

う。明治期に形成されつつある近代社会は、このような考え方を持ちはじめていたといえる。現実の取引や市場から出てくる、かような新しい倫理を、『門』が書かれた時代は迎えつつあったのではないか。そして、武者小路実篤の『友情』（1919・大正８）では、そのような価値観が前提されているといえるかもしれない。

作者漱石個人もこのような倫理が登場して来つつあることを認識していたのではないかと思われる。しかし、彼は、『こゝろ』で示したように「明治の精神」（『こゝろ』「五十六」）といい、また個人としてはいわゆる「則天去私」に見られる自己抑制という当時の伝統的倫理の側に立ったのである[89]。

おわりに

以上までの検討から、つぎのことがいえよう。第一に、大きな物語としての法は誰かが定立したものであり、それ自体フィクションに他ならない。にもかかわらず、法の定立と運用には暴力と権力が存在するが、定立された以降は、社会の合意があったかのように法は作られていく。なかでも、法は理性に基づく制度であり、私たちの自由や社会に正義を実現するものであるというふうに喧伝されて、合法的とされる暴力性や権力性を覆い隠している。私たちは法をそのようなものとして信憑する。法を遵守することは、社会における人間としての責務であり、作られたものであるにもかかわらず、いつかそれは人々の正常の基準（ノルム）として作用することになる。そうなると、法は私たちの行為の外的な限界付けのみならず、私たちの内的、精神的な面をも構造化するのである。さらに、逸脱や不法な行為に対しては、社会や周囲からのまなざしがあり、そこには批判的あるいは否定的な視線が含まれ、掟の遵守を促すものがある。法をめぐる知と権力の問題もあり、人々が法システムと対抗するのは容易ならざるものがある。このように、法の遵守には様々な位相の力が働いているのである。

---

[89] 江藤淳「明治の一知識人」同・決定版夏目漱石239頁（1979、新潮文庫）。また、猪野謙二「漱石における自我の自覚と崩壊」世界36（1953年12月）号23頁。

第二に、『門』が描かれた明治後期の社会は、「理性と正義の劇場」を標榜するような社会にはまだなりえておらず、反政府勢力の排除や人々の支配それに社会の統制が色濃く支配していたであろう。やっと近代社会が登場しはじめた時期であるし、社会に暮らしていく以上、社会の掟に従う他はなく、その意味では社会に何らかの期待を持ちはじめていた時代ではなかったか。人々はおずおずと自由を行使しはじめるが、その早々に自由どうしの衝突が生まれてきた。法やそのルールは、宗助お米夫婦がそうであったように、人びとが実際の生活を送っていく上での現実的な理由を構成している。その意味では、法や社会規範は社会の隠喩として、人々の日常や内面を浮かび上がらせている。他面で、多くの人々にとってある法規範が抑圧的ないし不自由なものと感じられる場合には、人々の生に形式や基準を与えている法をはじめとする諸規範（とそれを取り巻く道徳や宗教などの社会規範）は、人間の心に葛藤を生じさせ、矛盾を引き起こし、場合によっては社会のルールとしての普遍性を失うこともありえる。

第三に、『門』は表向き法を明確には取り扱っていない文学作品であるが、法的な観点から考察することで社会規範や法規範をより深く理解することが可能となる。小説や文学作品は、法規範やその他の掟によって、社会の周辺や外へと追いやられた人々の矛盾や窮地を暴き出す物語を描き出すこともできる。文学は、法学インサイダーには欠けている、あるいは内部では無視されてきた人間への理解や洞察を提供することができる[90]。すなわち、〈法と文学〉は、これまでの法学的分析においてしばしば見失われた人間の条件についての洞察をもたらすのである。また、この研究方法は、法に関する新しい理論の可能性をもたらすことが出来、さらに踏み込んで考察するための視点（パースペクティヴ）を与えてくれるからである。これによって、法学のより洗練されたパフォーマンスに寄与できるのである。

[90]「かかる文学理論（が）……少なくとも法律解釈論にとり参考になることが多いことは確かだと考える」とするのは、来栖三郎「文学における虚構と真実」同・法とフィクション213頁（1999、東京大学出版会）。

【付記】　本稿の概要は、日本近代文学会2012春季大会（５月26日　於、二松學舍大学）において「特集　〈法〉と〈文学〉」の中で「〈法と文学〉の可能性と方法」として報告された。シンポジウムの詳細は同学会・会報116号４頁以下（2012. ４）参照。この機会を提供された日本近代文学会ならびに「特集　〈法〉と〈文学〉」を企画された瀧田浩教授（二松學舍大学）はじめシンポジウム参加者には御礼申し上げます。

論　　説

税理士制度と納税環境整備（1）

―― 税理士法 33 条の 2 の機能 ――

川　股　修　二

目　　次

はじめに

第１章　税理士制度の問題点
　第１節　税理士法第１条の沿革
　第２節　税理士の責任
　　第１款　税理士の置かれている現状と苦境
　　　第１項　税理士と納税者の関係における状況
　　　第２項　税理士と納税者と国の関係における状況
　　第２款　まとめ　　（以下　本号掲載）
　第３節　税理士制度の内部構造の問題
　第４節　まとめ

第２章　諸外国の税理士制度、他の専門家制度
第３章　納税環境整備
第４章　税理士法33条の２（書面添付制度）の役割
結びに代えて

はじめに

本論文は、わが国の税理士を取り巻く以下の「病理」の原因を解明し、その解決策を探るものである。すなわち、わが国の税理士は、しばしば納税者から『脱税』の幇助を要求されており、これに対して毅然とした態度で臨むことができず、納税者に適正な納税義務の履行を指導することもできない状況にある。なかんずく、職業専門家のなかで、およそ税理士のみが、「法律家」として社会的に認知されず、かえって下請けのような存在に甘んじている。このような状況を前に個々の税理士の自覚や職業倫理に訴えることは容易いが、おそらく問題の解決にはならない。むしろ、税理士法を中心とする法制度、および、「業」としての税理士が置かれた社会経済的な環境、の両側面から、問題構造を明らかにする必要があろう。

以上のような問題意識に立ち、本論文は、まず第１章において、税理士の置かれた「苦境」を、多数の具体的事例を通じて明らかにした上で、現在の税理士制度の構造的な問題を描出する。税理士は、税理士法の第１条により、独立した公正な立場で申告納税義務の適正な実現を図るという公益的な使命を負う。他方で、税理士は、関与先から報酬を得て「業」を成り立たせている役務提供業であり、「業」である以上は提供先（納税者）に満足を与えなければならない、という、相反する要請に直面している。本来、こうした緊張関係を止揚し、（専門家としての）公益的側面と（業としての）私益に関わる現実とを高いレベルで調和させるための下支えを提供するのが、法制度の役割であるが、現在の日本の税理士制度は、そのような機能を十分に果たしていない。以上の現状分析を踏まえつつ、比較を通じて解決への示唆を得るために、第２章は、①外国法との比較、および、②日本法における他の法律関連専門家制度との比較、を行う。まず、前半の外国法比較では、先進国のなかで税理士制度を有する外国法として、盤石な税理士制度を持つドイツ法と、歴史的な背景から税理士制度がわが国と酷似しながらも、近年とみに発展しつつある韓国法を検討する。次いで、後半の他の専門家制度との比較において、税理士制度と共通する問題構造を抽出し、税理士が専門家の自立性を高め、依頼者からの信頼を獲得するために必要な法制度の処方を得

ることを試みる。以上の比較分析を通じて本論文の主題である日本の税理士制度を相対化した上で、第３章は、税理士を取り巻く病理の問題構造に対応した法制度改革の指針を示す。まず、理念のレベルでは、近時盛んに議論されている「納税環境整備」に欠けているものを示した上で、税理士が様々な圧力に抗して公益的使命に忠実に行動することを可能にするために必要な制度的基盤としての「真の納税環境整備」という概念を立てる。本来、公務員は公益実現のために中立的な立場を旨とするが、課税の局面では、金銭を巡って国と私人の利益が正面から相反する関係に立つために、「公益」と「国庫の利益」の区別が曖昧化することが避けられない。ここに、国からも納税者からも等しく距離をとり、適正な納税義務の履行をチェックする専門家集団としての「税理士」が必要とされることを述べる。最後に、第４章は、第３章における「真の納税環境整備」の理念を現実化するための具体的な手段としての税理士法33条の２のポテンシャルを論証する。すなわち、税理士法33条の２は、古くから存在するが、実際には効果を封じ込められた「死文」と化していた。しかし、近時の税理士法改正が、税理士法33条の２に新たな息吹を吹き込んだと解する余地がある。とりわけ、第３章で論じた三位一体の納税環境整備にかかる税理士法33条の２の効果及び機能を詳細に論じることで、具体的・実践的な法解釈のレベルでも、本論文は独自の貢献を企図するものである。

以上の検討を通じて、本論文は、専門家と依頼者、そして、行政庁のあるべき関係を呈するとともに、税理士が納税者又は、国家から、期待される税理士制度の確立に向けて、税理士法上の税理士の権利規定である税理士法33条の２がその役割を果たすという可能性を論じるものである。

第１章　税理士制度の問題点

税理士制度の問題点には、二つの側面がある。そのひとつは外部から強く影響を受ける職業会計人である税理士が置かれている現状や苦境を起因とするものである。また、他のひとつは、税理士制度そのものが内部構造として抱えるものである。前者については、税理士に対する民事

責任、とりわけ、裁判例や損害賠償責任事例を具体的に検討することにより、税理士の置かれている現状を分析することができる。そして、この文脈でいう、損害賠償請求事件における専門家について求められる注意義務の具体的な内容は、当該専門職の種類、その業務に対する一般的な期待水準、当該依頼契約の内容とその締結に至る経緯、依頼者の社会的地位や知識の程度等を総合的に勘案して決定すべきことになる。それゆえ、税理士制度を考えるときに、税理士業務の特性とは何か、また、税理士の権利や義務の状況はどうか、などが特に検討される必要がある[1]。

他方、後者の内部的問題は、税理士法上の実体法としての問題と、専門家制度の制度論としての問題に分けることができる。税理士実体法上の問題点は、国家と専門家としての税理士の基本的な信頼関係の欠如を起因とする法制度上の税理士に対する規制である。また、専門家制度の維持にかかわる問題は、専門家としての税理士の資質や権限付与に関するものがあげられる。

そこで、本章では、まず、税理士の基本的性格を整理するために税理士法第１条「税理士の使命」の規定の沿革を辿ることにする。その後、外部要因による裁判例や税理士損害賠償責任事故例から税理士の取り巻かれている苦境を考察する。そして、税理士制度自体の内部的問題点を検討することにする。

第１節　税理士法第１条の沿革[2]

税理士制度は、「租税」という国家財政の根幹をなす重要な制度に関与する職業集団を維持し、ときには、規律する制度である。そのため、税理士は、その特徴ゆえに、国家による干渉を受けやすく、また、納税者の財産権に直接作用するため、しばしば、納税者をして、法令を逸脱することに加担させられる結果となるなど外的な環境に影響される。そ

[1] 鎌田薫「第６章　わが国における専門家責任の実情」商事法務研究会・専門家責任研究会編『専門家の民事責任』1994年、71頁以下。（別冊 NBL28号）。
[2] 日本税理士連合会『税理士制度沿革史』昭和44年発行初版、及び昭和62年発行増補改訂版が参考になる。

こで、税理士制度の変遷を、自然発生的に誕生した税務代理業者（税理士）が、シャウプ勧告を経て、税理士法の使命のもとで、自治的な税理士制度を確立しようとする姿として、概観する。そして、最近の国際化や経済変化にともない税理士の職域が進化してきていることを確認する。これらは、沿革を遡ることで、税理士制度の中核である税理士の使命論がいかに発展したのかを探り、今日の税理士の基本的な性格を確認するためである。

税理士という職業は、明治以前の古くから自然発生的に存在していた。その税理士業が法制度として確立したのは、1942年の「税務代理士法」（昭和17年法律46号）であった[3]が、ここでは同法成立に至る前史を振り返っておくことが有益である。

税務代理士法制定以前は、たび重なる戦争（日清・日露）で次々と増税が行われるような時代が続いた。そのような時代の要請から、元税務吏員であった者等が納税者から税務相談等の依頼を受けることが増加し、これを独立した業とする職業が新たに誕生したのである。その後、業者のなかには、納税者に対して不当な報酬を請求する者も出てきたので、規制を目的として、1912年（明治45年）に大阪府が「大阪税務代弁者取扱規則」（明治45年府令45号）を制定した。この規則により、納税者と税務代理業者との関係に一応の規制がなされたが、引き続き、無知な商工業者に対する税務代理業者の不正、不当な行為は根絶されなかっ

[3]（村山達雄・主税局長の後、自民党衆議院議員）税務代理士法のときはよく知っているけれども、昔は、税務代弁者取締規則というのがあって関西で一番問題にして、警察の取り締まりの対象であった。それはひどい、本来、税務署と納税者の間に立ってやるのが、取り締まりの対象というのはひどいというわけで、（昭和）15年の改正が済んで16年にそれを国の法律にしてくれという立法化運動が起きて、それをぼくは一生懸命になってやった。池田（後の総理大臣池田勇人）さんが、「村山、おまえ何やってんだ」、「税務代理士法というのを作っています」といったら、池田さんが「おまえも物好きだな、一文にもならん仕事をそんなに興味があるのか」と言われたことをいまだに覚えている。昭和16年にその法案を出したら、衆議院は通ったけれども、貴族院でひっかかった。翌年また同じやつを持っていったら、今度は貴族院も通してくれた。平田敬一郎＝忠佐市＝泉美之松『昭和税制の回顧と展望』下巻228 ～ 229頁。

た[4]。そのため、昭和８年に税務代理人の試験制度及び登録制度の採用等の進歩的法制の色彩を帯びた「税務代理人法制定に関する建議案」が議員提出されたが、その成立をみなかった。他方、京都府が制定した「京都税務代弁者取扱規則」（1936年、昭和11年府令13号）ですらも、その性格は、税理士という職業の重要性を認めてその保護をはかろうとしたものではなかった。その内容は、取締りを中心とするもので、たとえば、事務所所在地の所轄警察署長に許可を得て、開業することやその規則の第４条に、税務代弁者の許可の取消を受けた後、三年を経過しない者、他人に名義を貸し、または、貸すおそれのある者、租税のほ脱を謀り、または、不正行為をなすおそれのある者、所得調査委員の職にある者、その他不適当と認める者等を税務代弁者として許可しないこと等を規定するものであった。このように、この時代の税務代弁者は、税務の専門家というよりも、警察が取り締まるべき対象として規制すべき職種であったのである。すなわち、悪徳コンサルタントである。

昭和17年、帝国議会に日華事変以後６回目の11億円の多額にのぼる大増税案が提出された。その結果、納税者の税負担はますます増加する一方、企業経営上税務に関する知識は相当に重要な地位を占めるようになってきた。また、当時の税制は、従来のものとは、その内容を変え複

[4] 金井正夫外一名の国会議員は、第64回帝国議会衆議院において、「税務代理人法案」を提案し、その理由として、「凡そ税務の事たる、洵に国家財政の枢軸を成して居るのであります。然るに之を本邦の実情に照らしてみまするに、一般納税者の税務知識が甚だ幼稚でありまするが故に、納税者の委任を受けて税務手続の代理を業とする者が、近時夥しく増加するに至ったのであります。其結果或は其中に不正不当の要求を納税者に勧めたり、或は司税者に対する紛争を激成したり、又は減損、更訂、其他の関係に於て納税者から不当な報酬を収受するに至り、甚しきに至っては、此報酬に関して訴訟を提起するような者が続出致しまして、今日納税者を苦しめる者が少なくないのであります。働く是等一般納税者の被害を除去致しますると共に、税務に関する紛争を少からしめ、且つ税務行政の円滑と公正を期したい為からして、此税務代理人法案を制定してその資格を定め、是が取締を厳重に致す必要ありと認めまして本案を提案した次第です」と述べた。この発言で、この時代の税務代理業者と納税者の関係が明確になる。日本税理士連合会『税理士制度沿革史』昭和44年発行初版、26 ～ 27頁。

雑なものとなったため、税務に関してはとくに専門的知識と経験を必要とするようになってきた。このような情勢に即応するため税務会計に関する知識経験に基づいて税務に関し、納税者の代理を行ない、または納税者の相談に応ずる等を業とする、いわゆる、税務代理業者の全国的な法整備が急務となった。そして、「税務代理士法」が誕生したのである。もっとも、この税務代理士法における税務代理士の資格付与は、大蔵大臣の許可制になっていた。とりわけ、税務代理士の義務規定が多いにもかかわらず、税務代理士の権限規定は皆無に近く、税務代理士および税務代理士会に対する官僚統制がきわめて強いことが窺える法制度であった。このように、税務代理士法は、税務代理士に対する取締り立法としての性格[5]の強いものであったことは否定しえない。この時代は、税理

[5] 昭和17年の帝国議会に税務代理士法案を提案したのであるが、当時の大蔵大臣賀屋興宣氏は、貴族院において、その理由説明を次のように述べている。

「（前略）申上げる迄もなく租税は国家財政上極めて重要な地位を占めて居るのでありまして、其の運営の適否が、直ちに国政の全般並に国民の利害に重大なる影響を与へるのであります。而して社会経済情勢は愈々複雑多岐に亘りまして、之に伴う税務行政の運行及国民の経済生活も亦複雑且困難となって参ったのであります。殊に戦時下に於きまする財政需要の増加に伴ひまして、相次いで増税を行ひ、更に今回相当程度の増税の措置を行ふことと致したのでありまするが、此の傾向は今後も一段と加重せらるる方向にあると考えられるのであります。（中略）新たに税務代理士法を制定し、税務代理士の制度を設け、其の素質の向上を図りますると共に、是等の者に対する取締りの徹底を期し、之に依り戦時に於ける税務行政の円滑なる運用に資せむとするのであります。即ち本法案に於きましては、税務代理士の素質の向上を図り、其の業務の公正を期する為、税務代理士の資格を限定し、一定の資格を有する者が主務大臣の許可を受けた場合に限り、税務代理士たることを得ることと致しまして、同時に税務代理士にのみ限りまして、所得税、法人税、其の他の租税に関し、他人の委嘱に依り税務官庁に提出すべき書類を作成し、審査の請求等に付代理をなし、又は其の相談に応ずることを業と為し得ることと致したのであります。其の他税務代理士会を組織せしめ、自治的に品位の保持、税務代理業の改善進歩を図らしめ、又是等の者が受くべき報酬に付きましても取締りを為すこととし、而して是等の者が国税の逋脱に付指示を為し、相談に応じ、不当の報酬を受けた場合等に於きましては、許可の取消又は業務の停止の処分を為す外特に罰則を適用することと致したのであります。」

士が賦課課税制度のもと税務官庁が税額を確定する場合の一翼を担うということであり、税務行政の円滑化という名の下で、税務官庁の補助的機構に組み込まれていた[6]。それゆえ、税務代理士法に税理士の使命は規定されていない。

昭和22年には、申告納税制度が導入され、加えて、昭和25年のシャウプ税制は、適正な記帳を基礎にした所得課税を促進するため、所得税、法人税につき青色申告制度を導入した。一方、納税者の租税負担も戦前に比べて相当に増大し、税制はさらに複雑化した。こうした背景を受けて、昭和26年に議員立法の形で新たに「税理士法」（昭和26年法律237号）が制定された。

この税理士法制定の一つの契機を与えた昭和24年のシャウプ勧告は、税理士のあるべき姿についてどのように考えていたであろうか。勧告は「納税者の代理」という表題のもとで、税理士の重要性を認識し、税理士が納税者の代理をつとめ、法律に従って行動する税務官吏を助け、納税者が税務官吏に対抗しようとするときの援助者としてあるべき姿を想定していた。しかし、他方において、国税庁の税務代理士の監督は厳重におこなわなければならないと提言している[7]。昭和26年の「税理士法」

---

[6] 松沢智『税理士の職務と責任（第３版）』中央経済社、1996年、30頁。

[7]「現在純所得の客観的補足が不十分で、これに伴い税務署と納税者との交渉が重要性を増してきた結果は、主として、納税者の代理としての税務専門家というよりもむしろ上手な取引者」である、「この『取引者』という語は、『買収』収賄およびこれに類似するものを意味する婉曲な語句である。」と説明して、税務代理士の現状を指摘し、さらに、税務代理士の担うべき役割を「もし、単にえこひいきまたは寛大を得るために交渉するのではなくて、納税者の代理を立派につとめ、税務官吏をして法律に従って行動することを助ける積極的で見聞の広い職業群が存在すれば適正な税務行政はより容易に生まれるであろう」として、さらに「適正な税務行政を行うためには、納税者が税務官吏に対抗するのに税務官吏と同じ程度の精通度をもってしようとすれば、かかる専門家の一団の援助を得ることが必要である」と述べている。しかし、他方、「税務代理士の活動の監督は厳重に行われなければならない。多分納税者を査察していると思われる国税庁における特別な査察官の一団は税務代理士の誠実を査察するために活用せらるべきである。税務代理士に関する苦情は遅滞なく、かつ、十分に調査されなければならない」として行政の監督の必要性も指摘している。

の成立は、シャウプ勧告による税理士のあるべき姿を実現すべく、税理士に倫理を求めることを意識した。そして、その第１条で「税理士の職責」と題し「税理士は、中正な立場において、納税義務者の信頼にこたえ、租税に関する法令に規定された納税義務を適正に実現し、納税に関する道義を高めるように努力しなければならない。」と規定した。ここに、税理士のあるべき姿が規定された。そもそも、この時代の税理士の職責とは、どのようなものであったのであろうか。そこで、この時代の税理士使命を明らかにするため検討を試みることにする。

まず、第１条は、税理士が法令に規定された納税義務を適正に実現すること、そして、税理士が納税に関する道義（人のふみ行うべき正しい道）を高めるように努力しなければならないことを定めている。すなわち、第１義的には、租税正義を実現することがもとめられる。ここで、この「中正な立場」という文言はいかなる意味を持つのかということが重要である。これにつき、この時代の当該文言の主たる解釈として、納税者の税法上の権利擁護こそが税理士の使命であるという立場がある。その立場からは、納税義務を適正に実現するためには、当然に「中立な立場」が要求されるのであり、そうであるならば、この「中正な立場」という文言は必要ないという主張が展開される[8]。また、それを裏付けるように立法者においても、納税者の権利擁護を期待する見解がみられていた[9]。他方で、シャウプ勧告は、税理士のあるべき姿として、「中正な

社団法人 神戸都市問題研究所地方行財制度資料刊行会編「シャープ使節団日本税制報告書 附録巻第４編Ｅ節附帯問題第４巻 納税者の代理」『戦後地方行財政資料 別巻１シャープ使節団日本税制報告書』勁草書房、1983年、287頁以下。

[8] 中川一郎「税理士法改正問題の批判」税法学156号、２頁、では、「中立な立場」という字句は必要がないとしている。

[9] 昭和26年３月31日の衆議院大蔵委員会で、当時の平田大蔵省主税局長は、「今回新しく税理士法が通って新しい姿で再スタートをはかるということになれば、お話のような方向に税務官庁に対し十分徹底させたいと思う。同時に私は税理士各位が実力を養い、税務官署に対してむしろ堂々たる態度で正しい納税者の利益、権利を擁護するという意味において大いに活躍を願う、むしろそれによって税務行政自体が改善されるというところまで活躍が期待されるような方向に行くのが理想ではないか。ことに申告納税制度の下においてはどうして

立場」とは、委嘱者の立場と全く重複するような立場ではなく、専門家として見識のある判断を加える立場であり、税理士が「納税者の代理をつとめ、法律に従って行動する税務官吏を助ける」という公共的な立場を明らかにするとしている[10]。また、同時に、シャウプ勧告は、納税義務者に対する税理士の役割を「納税者が税務官吏に対抗しようとするときの援助者である」と説いている。以上のように、税理士の使命は、納税者の権利擁護の立場か、公共的な立場か、について明確な解釈がされていなかったといえる。

この税理士の使命が納税者の権利擁護か公共的な立場か論争は、その後も引き継がれていった。その間、昭和31年と36年に軽微な税理士法改正が行われた。そして、いよいよ、税理士法の抜本的な改正に向けて、日本税理士会連合会は、昭和36年に税理法改正意見書を国税庁、大蔵省に提出し、法令改正を要する事項について税理士会と関係官庁の間で意見調整を行った。そして、政府は、昭和26年に税理士法が施行されて以来の税理士制度の運営につき、税理士のあり方その他税理士制度の全般について根本的な検討を加えなければならない時期であるが、その結論を得るには充分な議論が必要であるとの問題意識を持つに至り、昭和37年に税制調査会に対して「今後におけるわが国の社会、経済の進展に即応する基本的な租税制度のあり方」について諮問し、その中で「現行の税理士制度の改善策」についても検討を要請した。これを受けて、税制調査会の税理士制度特別部会は、昭和38年12月６日「税理士制度に関する答申」をとりまとめた。この答申を踏まえた改正案は、税理士の地位向上及び業務運営の適正化を図ること、税理士業務の定義を整備し改善

もこのような民間機関が相当発達して納税者が遠慮なく相談し、それからまた税理士の各位は､法律に従って正しく納税者を指導し､そして税理士業務をやっていただいてそれによって本当に法律に基づく公正な運用と税務官吏のややもすると起こす独善的な弊害を、チェックする機関といたしましても私は今後大いに活躍を期待したい。そういう意味において新しい税理士法案というものはそういう方向に税理士の資質を向上し、地位をあげるということについて相当有効な役割を果たすものではないか、かように考えておる。運用方針にしても今申し上げたような方向へ持って行きたいと考えておる。」と述べている。

[10]「税理士制度特別部会の審議結果」税法学155号、36頁。

すること、税理士となる資格について改善し合理化を図ることを主眼としたものであった。とりわけ、注目されるのは、税理士業務の地位向上又は拡充として、納税者からの税務相談に際して表明された税理士の専門的意見を尊重して、納税者の信頼に応えるため、申告書に対する税理士の審査証明の制度を新設されたこと、および、税理士は、附随業務として、会計業務を行うことができる旨の規定を新設されたことである。また、税理士会の自治権の尊重として、税理士の報酬は、国税庁長官がこれを定めるという当時の制度を改め､税理士会が自主的に定めること、さらに、職業専門家としての確立を目的として、税理士となる資格の付与について改善を図ることであった[11]。しかし、この改正案は、その内容について、関係諸団体とりわけ税理士会との調整がつかず、意見が食

[11] 税理士試験に関し、現行の試験制度は、本試験一本で、しかも科目別に合格を判定する方法で運営されているため、実施上難点が多く、かつ、暗記力のテストにかたより過ぎて試験問題がいたずらに難しくなり、反面、実務応用能力を十分に発揮できない欠陥があって、職業専門家としての資格判定制度として問題があることにかんがみ、他の立法例にもならって、所要の改善を図る。すなわち、受験資格を制限している現行制度を廃止して、広く一般に門戸を開放することとしたうえ、一般教養を試すための予備試験と、税理士となるのに必要な専門的知識及び応用能力を試すための本試験とに分け、この場合本試験は、実務応用能力の判定に重きをおくため、まず、基礎的な素養の判定を短答式試験によって行った後、実務応用問題についての試験（試験場に税法書を備え付けて行う。）を行うこととし、なお、合格者の決定方法は、総合点主義によることとする。なお、一部科目合格者等に対する既得権を十分尊重するとともに、試験制度改正の受験者に与える影響を緩和するため所要の経過的措置を講ずることとする。

税務職員に対する税理士資格の付与については、試験免除に関する現行の特例等を整理適正化するとともに、他の職業専門家に関する立法例にもならって専門的経験を重視することとして、所要の改正を行う。すなわち、①勤続10年ないし15年の者に対する現行の試験免除の特例及び勤続20年以上（地方税にあっては25年以上）の者に対する現行の特別税理士試験の特例を廃止するとともに、②永年勤続者（勤続20年以上（地方税にあっては25年以上））で、かつ、５年以上管理職にあった者に対しては、税理士試験審査会の簿記を主とする口頭試問を経て､税理士の資格を付与することとする。(日本税理士会連合会編『新税理士法要説（６訂版)』税務経理協会、1999年、29 ～ 30頁。)

い違い廃案[12]という結果となった。その後、税理士制度の改正の実現を

[12] 昭和39年案は、当初、対象税目が原則として全税目に及び職域の拡大に繋がるとか、付随業務として会計業務を法定するなど税理士にとって有利であると一般的には考えられていたが、税理士の使命をめぐる日税連内部の議論が深まるにつれて、税理士制度は納税者の権利擁護の制度として確立すべきだという認識が高まり、終盤には改正案に反対する運動が展開されるようになった。法案では、国税通則法について、実質課税の原則、一般的な記帳義務規定、資料提出義務違反に対する過怠税の創設、質問検査権についての統合的規定、無申告脱税犯に関す規定の創設などをめぐって、学界や業者団体、さらには労働組合まで巻き込んだ反対運動が巻き起った。そのほかにも、科目別合格試験が司法試験や会計士試験のように一発合格制度に変更されるという「改正」が含まれているということで、全国数万人に及ぶ受験生が反対運動に立ち上がり、税理士の反対運動と相まって与党議員の中にも反対論が生まれた結果、税理士法は廃案となった。（関本秀治「税理士制度の沿革と税理士の使命」税経新報2008年10月、559号23頁以下）。

また、この改正法案が廃案となったのは税理士会内部における反対意見の存在が大きな理由と考えられているが、その辺の事情について、衆議院大蔵委員会（昭和39年５月27日）において、大蔵省当局は質問に対し、次のように答弁している。「税理士法の改正につきましては、御承知のとおり昭和36年の税理士法の改正の際におきまして、国会におきましてすみやかに税理士制度全般につきまして根本的な検討をとげて改正案を提出するようにという附帯決議があったわけでございます。その後この問題につきましては税制と関連の深い点がございますので、税制調査会におきまして検討をすることにいたしました。税制調査会に税理士制度特別部会というのを設けまして、そこで検討いたしたのでございます。お話のように税理士制度を改正するということになりますと、その業会であります税理士会、それから関連業会でございますところの公認会計士協会あるいは計理士会、こういったいろいろの関連業会がございますので、私どもといたしましては、特に関連の深い税理士会につきましては、いろいろの改正要望意見がございますので、それをできるだけ取り入れるという考え方のもとに、税理士制度特別部会には税理士連合会の会長、副会長２人のうちの１人を特別部会に委員として御参加願いまして、また特別部会の開催のつど、税理士会の役員の方にお集まり願いまして、審議の状況を詳しく御説明を申し上げまして、税理士会との間にそごのないようにつとめるようにいたしたのでございます。税制調査会の答申がまとまる段階におきましては、税理士会としてではございませんが、その委員として最終的意見の表明を留保したいという点が一、二ございましたけれども、おおむねの点につきましては特別部会の方

みるまでに、約15年もの歳月を費やすこととなった。

ここで、注目されるのは、この「税理士制度に関する答申」において、税理士の「中正な立場」とは、「委嘱者の立場とまったく重複するような形においてではなく、税務会計専門家として見識ある判断を加えるという形」と解している点である。このような見解は、税理士の使命につき、納税者の権利擁護という色彩より、税理士の公共的な立場を明らかにするためのものという色彩が強く理解されるようなってきた証しといえる[13]。もっとも、納税者の権利擁護に重心を置く立場は、依然として、

の一致の御意見によりまして答申がまとまったのでございます。ただその後におきまして税理士連合会の中にもいろいろのいきさつがあったことと思うのでございますけれども、税理士制度の改正につきましていろいろ御意見があるやに拝察いたしたのでございますが、その意見につきましては、大きく分けまして一つは税務職員のうち、経験年数が20年以上の者につきまして税理士になる制度、この点についての意見と、それから試験科目についての意見といった点にしぼられてまいりまして、最終的には、試験科目の点につきましては、簿記及び財務諸表論を選択科目とすることについてはそれでいいということになりました。結局税務職員のうち、経験年数が20年以上の者につきまして税理士になる資格を与える場合に、短答式の試験をやるのかあるいは口頭試問をするのかというだけの点にしぼられたのでございます。その点につきまして税理士会の御意見はあったのでございますが、答申にもございますように、アメリカの制度あるいは西ドイツの制度などをも参考にいたしまして、今回の改正案におきましては、税務職員で経験年数20年以上、そして管理職的地位に５年以上の者につきましては、試験委員会におきまして口頭試問を行なうことによって税理士の資格を与えるという制度にいたしまして、ここに提案をいたしたような次第でございます。当初答申案がまとまる段階におきまして、またその後答申案がまとまる段階におきましては、今回の改正につきまして税理士会のほうからさほど強い反対はなかったのでございます。その後のいろいろの税理士会の事情が加わりまして反対といったような点が出ておりますが、その反対の最終的な点は、いま申し上げました点にしぼられておるわけでございます。」

[13] 政府は、昭和37年に税制調査会に対して「今後におけるわが国の社会、経済の進展に即応する基本的な租税制度のあり方」について諮問し、その中で「現行の税理士制度の改善策」についても検討を要請した。これを受けて、税制調査会の税理士制度特別部会は、昭和38年４月25日から12月２日までの間において前後17回にわたり会合を開き慎重な審議を重ねた。税制調査会の税理士制度

主張されていた。

1964年（昭和39）法案の廃案後、税理士業界ではあるべき税理士法への研究が行われるようになり、日本税理士会連合会に税理士制度調査会が設置された。このような税理士業界における研究を積み上げて、1972年４月に日税連の「税理士法改正に関する基本要綱」がとりまとめられた。これは､「税理士の使命」として､つぎのごとく規定した「税理士は、納税者の権利を擁護し、法律に定められた納税義務の適正な実現をはかることを使命とする。税理士は、前項の使命にもとづき、誠実にその職務を行ない、納税者の信頼にこたえるとともに、租税制度の改善に努力しなければならない。」。この税理士の使命は、弁護士法１条の弁護士の使命に類似している。それは、当時の税理士法１条の「中正論」を、税理士の専門家としての立場を認めつつも、税理士をしていわゆる税務会計専門家とし、かつ、税務行政の補助機関ないしは税務の代書人としてとらえようとする政府の見解と、それに対する反作用としてやや過激な納税者の権利擁護論を中心に据えることで税理士の使命を成文化しようとした税理士側との意思が顕著に表れた結果と思われる。ここで、その使命を納税者の権利擁護とする見解は、民間の職業専門家としての税理士の登場が必要とされる場合について、その多くは問題が自明でないために評価が分かれる場合であるとする。つまり、税務上、明確に損金であり、また、益金であると判断できない場合であり、そして、その問題が損金であるか益金であるか評価が分かれるといういわば限界状況の場合では、税理士が納税者の法的権利を擁護するために判断をする使命があると説明される。そうすると、税理士のあるべき本質論的使命は、単なるいわゆる税務会計専門家としての立場はなく、まさしく納税者の代理人として納税者の法的権利を擁護すべき税法専門家としてのそれでなくてはならず、その意味では「税金の弁護士」（タックス･アトーニー）としてのそれでなければならないという主張[14]が展開される。しかしながら、税務行政の分野における税理士という特質から、税理士が、税法

特別部会の「税理士制度に関する答申」（昭和38年12月６日）における見解。日本税理士会連合会編『新税理士法要説（６訂版）』税務経理協会､1999年､27頁。

[14] 北野弘久『税理士制度の研究』税務経理協会、1995年、66頁。

の解釈問題であろうと租税要件事実の認定問題であろうと、中正ないしは公正な立場にたって問題に対処すべきであることは自明であり、その問題があまりにも自明であって疑問がない場合には、税務当局が判断しようと税理士が判断しようと同じ結論になる。実際のところ、問題が自明ではなくて評価が分かれるといういわば限界状況は、それほど多く表れることがないといえる。また、納税者の権利を擁護するという文言は、直感的に税理士の「公器」としての役割を否定するようにも捉えられる。それゆえ、弁護士の使命論と同様な文脈における税理士の使命論を受け容れるには、いささかの躊躇を感じるところである。さらに、この基本要綱の「税理士の使命」は、当時の複雑な状況下で、突如として、日税連で凍結されたのである[15]。なお、その凍結の経緯は、税理士の使命論

[15] 39年改正とすぐ後に述べる55年改正の内容が、ほぼ同一であるところをみると、大蔵省の一般消費税構想の浮上と税理法改正の動きは、政治的な配慮が大きく影響しているとする説がある。（関本秀治「税理士制度の沿革と税理士の使命」税経新報、2008年10月、559号。）

要約すると、政府税調は、昭和52年（1977年）の中期答申で初めてEC型付加価値税としての一般消費税の導入を提言した。しかし、総選挙で時の大平内閣は一般消費税導入を政策にかかげて大敗した。当初から、大蔵省では、一般消費税という新しい税制を導入するためには、税理士法を改正して全面的に協力させることが必要だと考えていた。選挙での敗北を受け、一般消費税の方は、いったん姿を消したが、税理士法改正は予定どおり進捗した。大蔵省は、39年改正案を廃案に追い込まれたあと、税理士業界内では税理士制度に対する全会的な討論を深め、政府提案ではなく、議員提案による法改正を実現しようと政治家に対する働きかけも強めたことも踏まえ、税理士業界の反対を封じるために、税理士業界の要望に沿った改正であるという体裁をとることになった。その全会的な討論の集大成が昭和47年（1972年）日税連が最終的に確定した「税理士法改正に関する基本要綱」（以下「基本要綱」）である。そこでは、税理士の使命を「納税者の権利擁護」におくことを高らかに謳っており、それを制度的に保障するものとして税理士の自主権の確立を掲げている。ところが、この基本要綱は、大蔵省によって変質させられてしまった日税連の執行部によって事実上、廃棄された。この日税連執行部の変質は、税理士会の選挙への大蔵省の権力的な介入によって達成された。当時の大阪合同税理士会の会長選挙にあたって、大蔵省の権力的な介入があった。たとえば、反対派の税理士の関与先に対して権力的な調査を強行し、大蔵省が推す候補者への投票を要求すること

として、多くの議論を経た結果としてそうなったのか、何らかの政治的な要素が介入したのかは明らかでない。しかしながら、現在においても、税理士法改正の都度に、「納税者の権利を擁護する」という字句を税理士の使命の条文に挿入すべきであるとの主張が続けられている[16]。この問題につき「従来から、税理士の使命に関し、税理士は納税者の権利を擁護することを使命とする旨明記するかどうかの問題があるが、そもそも“納税者の権利”とは、法律技術的にみて、その具体的内容が必ずしも明確でなく、またこの点については、納税者にとっては自己の納税義務が適正に実現されれば何ら不利益を受けたことにはならないことを考えれば、あえて、このような規定を設けるまでもなく、『納税義務の適正な実現』で十分といえよう。」とする見解がある[17]。

その後の1980年（昭和55年）の改正[18]では、「税理士は、税務に関す

等である。その結果、まず大阪合同税理士会をおさえ、やがて日税連会長に据えることに成功した。55年改正法は、大蔵省が推した日税連山本会長、四元専務理事等によって、国税当局と密接な連携の下に推進された。自民党や社会党の有力議員に対する違法な政治献金も、国税当局の指示と諒解の下で行われたのではないかという疑惑も浮上した（これを裏付ける意味で、北野弘久『税理士制度の研究』牛島税理士訴訟、208頁において昭和54年12月７日付毎日新聞社夕刊一面トップで「日税連、献金を強制徴収、ワイロの性格濃厚」との記述がある）。このような政治的な背景で55年改正法は、成立した。

[16] 長谷川博「納税者権利憲章の制定」税理、2011年３月号、39頁、税理士法「改正」問題特別委員会「日税連の『税理士法改正タタキ台』に対する意見書（案）」税経新報、2010年２月、575号25頁～27頁。

[17] 日本税理士会連合会編『新税理士法（３訂版）』税務経理協会、2008年、51～52頁。

[18] 55年改正の主な改正点は次のとおりである。①対象税目を原則として全税目とする（つまり、一般消費税、付加価値税などが導入されたときは、自動的に業務範囲にはいる。）②懲戒権者を国税庁長官から大蔵大臣（現財務大臣）に移す。ただし、税理士に対する一般的な監督権（報告聴取、質問検査等）は国税庁長官にある（税理士法55条）。③懲戒処分の効力発生を、処分の確定時から処分時に改める。④納税者に対する助言義務の創設。⑤使用人に対する監督義務の創設。⑥会則中に納税者の「経済的理由により無償又は著しく低い報酬で行う税理士業務に関する規定」を設ける。（税理士法49条の２）、会則を守る義務（税理士法39条）によってこれを税理士に義務付ける。（いわいる税務

る専門家として、独立した公正な立場において、申告納税制度の理念にそって、納税義務者の信頼にこたえ、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図ることを使命とする」と改正された。しかしながら、税理士の使命論に関する論争が決着したわけではない。この昭和55年改正の税理士の使命、すなわち、現行の税理士の使命の意義については、次章以降で述べる。さらに、2001年（平成13年）の改正は、その間の経済取引の急速な国際化、電子化および情報化の進展に伴い、税理士に対する納税者等の要請が複雑化、多様化してきている経済社会の変化に即応していく必要から、概ね20年ぶりの改正となった。近時の規制緩和の要請も踏まえつつ、納税者利便の向上に資するとともに信頼される税理士制度の確立を目指す観点から、税理士法人制度の創設、補佐人制度の創設[19]、意見聴取制度の拡充[20]、などの所要の見直しを行った。とりわけ、補佐人制度の創設は、税理士を単なる行政庁の最終救済機関である不服審判所の納税者の代理人という立場から、司法制度の枠組みの行政訴訟での納税者の代理人という立場に大きく飛躍させた。このような、税理士業務の大きな変化のなかでも昭和55年に改正された「税理士の使命」は、維持されている。

援助義務）⑦税務職員に対する資格付与の条件を勤続20年から23年に延長するなどである。

[19] 税理士は、租税に関する事項について、裁判所の許可を要することなく、弁護士である訴訟代理人とともに補佐人として裁判所に出頭し、陳述をすることができることとされた。税理士法人も、その税理士法人の社員又は使用人である税理士に補佐人として陳述させる事務の委託を受けることができるが、その場合、当該税理士法人は、委託者にその補佐人となる税理士を選任させなければならないこととされた。

[20] 従来の更正前の意見聴取制度に加え、計算事項等を記載した書面（税理士法33条の２に規定する書面）が付されている申告書を提出した者について、あらかじめ日時場所を通知して帳簿書類を調査する場合には、その通知前に、税務代理権限証書（税理士法30条）を提出している税理士又は税理士法人に対し、添付された書面に記載された事項に関し意見を述べる機会を与えなければならないこととされた。なお、この税務代理権限証書について様式が新たに定められるとともに、計算事項等を記載した書面について所要の見直しが行われた。

第２節　税理士の責任

第１款　税理士の置かれている現状と苦境

近時、税理士に対する損害賠償にかかる訴訟は増加している。その大きな原因は、経済環境の変化にともない複雑化する租税法や納税者の権利意識の高揚とされる。さらに、これらの原因以外にも、税理士のプロフェッションとしての技量や意識の欠乏と職業倫理観の欠落もその原因となっている。これらのことが、税理士の業務が民事における実体法の義務違反もなく、税理士倫理規定に違反しているのでもないとしても、税理士自らがその役割を明確に認識していない結果、依頼者に失望をもたらし、広く世間の反感を買うような事態が起こっている。そして、それが、依頼者との信頼関係を破壊し、訴訟の増加に結びついている。また、他方において、税理士を取り巻く状況や納税環境整備の未整備に起因することも少なからず存在するといえる。

税理士は、税務に関する専門家として、依頼者の信頼に応え、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図るために、誠実に税務相談、税務書類の作成、税務申告の代行等の職務を行う義務がある。そして、税理士は、日頃から研鑽を図り、税務に関する法令及び実務に精通し、右職務を遂行しなければならない。それゆえ、依頼者から税務に関して指導、助言を求められ、税務書類の作成、税務申告の代行等を委任された場合、法令等の解釈、適用を正しく行って指導、助言をし、書類作成や申告手続に過誤がないようにしなければならない。その限りにおいて、税理士は、専門家としての高度な契約上の注意義務を負うことになる。そして、注意義務違反による債務不履行が存在するかどうかは、契約の具体的中身、つまり、税理士と依頼者の個別の契約内容から判断されるべきであるといえる。もっとも、近時の専門家責任論においては、税理士の契約上の責任（高度な注意義務責任）と専門家の特色とされる「忠実（誠実）義務」の違反による責任論[21]が展開されている。

[21] 忠実義務違反は、依頼者から信頼されて裁量権の行使を委ねられた専門家が、依頼者の利益という観点からみて、適切とはいえない裁量権の行使をした

このような忠実義務が税理士業務において、馴染むかと否かという問題につき、「税務行政の分野で、税理士がその業務において、依頼者に最良な選択肢が存在するという裁量という要素を考慮する余地は少ない」とする見解がある[22]。確かに、納税者の納税義務は、法律の定める課税要件の充足によって当然に成立する。その意味では、納税者の自己決定権を考慮しなければならないケースは少ないといえる。そして、多くのケースでは、税理士が判断しょうと、課税庁が判断しようと同じ結果になる。つまり、医師と患者の関係のように延命措置を選択するような場面もなければ、弁護士と依頼者の関係のような訴訟追行の継続を選択する場面もない、言い換えれば、税理士の自由な裁量が許されているのではない。それゆえ、税理士業務の注意義務は、一般に専門家の高度な注意義務の内容にほとんどのものが包含されるのである。そうであるならば、忠実義務をして注意義務範囲を拡張する特段の必要はないのではないか思われる。また、本節で取上げる税理士責任につき、民事上の注意義務違反と税理士法上の義務違反による責任が必ずしも明確に区分されていないと思われる。たとえば、税理士法41条の３（助言義務）は、税理士という職業に関する規定であり、その違反による制裁は税理士法に規定されているのである。それゆえ、民事上の注意義務違反と税理士法上の義務違反は、同じ舞台で評価されるものではないと思われる。

ことを責任の根拠とする。忠実義務は、専門家に委ねられている裁量的判断が依頼者利益のために適切になされたか否かの問題であり、忠実義務違反は、注意義務とは異なる信認的な義務の違反である。忠実義務違反の中には、①利益相反行為（患者の治療において、医師が自己の研究上の利益を優先させた場合）、②不誠実な行為（単純ミスなどのように、専門家に期待される誠実さを裏切ったり、裁量権の不適切行使により、依頼者の自己決定権を侵害したりした場合）、③情報開示・説明義務違反行為（複数の治療法が考えられる場合に、患者に理解できるよう説明しなかった場合）、が含まれる。しかしながら、税理士の責任を論じる場合において裁量という要素を考慮する余地はまずありえない、としている。（田中治「税理士業務における不完全履行責任」日税研論集39号、1997年、105頁。）

[22] 田中治「税理士業務における不完全履行責任」日税研論集39号、1997年、109頁。

第１項　税理士と納税者の関係における状況

税理士は、依頼者からの損害賠償請求に関する責任を担保するために、税理士職業損害賠償責任保険（以下、税賠保険という）に加入している。この税賠保険の2010年度における損害賠償請求に対する支払い件数は、211件であり、その金額は、約９億６千４百万円にも及ぶ[23]。しかし、これらは、損害賠償請求事件の一部であり、現実には、税賠保険の適用を受けないものも多い。そして、多くの損害賠償請求事件は、税理士の単純な業務過誤によるものから、想定の範囲を超過するような責任に対する賠償請求も散見される。このようなことから、判例の分析は、税理士を取巻く状況を如実に炙り出し、税理士の苦境を透写するために有益である。そこで、本項では、近時の損害賠償請求事件の判例および税賠保険の支払い事例から問題を抱える事案を抽出し、依頼者から求められる税理士の責任について考察する。ここで、取上げる判例は、とりわけ、税理士の責任の射程が広く、税理士の立場からは、承服しがたいものもが多くある。つまり、それは、端的に、税理士の置かれている厳しい状況や苦境を表している。

１.「納税者の要請と税理士の責任」（東京地裁平成21年10月26日判決[24]判例タイムズ1340号199頁）

本件は、本件は、不動産賃貸業をしている原告Ｘが、税理士である被告Ｙに対して、平成11年度から平成17年度までの所得税の確定申告にかかる青色申告決算書及び確定申告書の作成を委任したところ、Ｙが税理士としての職務上の注意義務を怠り、Ｘから提出された資料の内容を精査、確認しないまま漫然と確定申告書等を作成し、Ｘにこれらを提出さ

[23] 2011年度版「税理士職業賠償責任保険事故例」株式会社日税連保険サービス、２頁以下。

[24] 税理士の事務処理の過誤についての判決としては、このほかに東京地裁判決平成10年９月18日判例タイムズ1002号202頁（相続申告につき２億円の借入金債務を念頭に置かなかった結果、より有利な遺産分割の案が提示しなかったことに過失があるとして、税理士に対する損害賠償請求を容認した事例）がある。この判決は、認定された事実によると被告である税理士の注意義務違反が強く認められた結果となっている。また、判決の内容も支持できる。

せて確定申告させた結果、不動産収入の申告漏れ及び経費計上の誤り等があったため、Xは修正申告した上、加算税、延滞税等を課せられ、合計402万3,300円の支払を余儀なくされたとして、Yに対し、委任契約の債務不履行に基づく損害賠償として、前記加算税等相当額及びこれに対する請求の日の翌日から支払済みまで民法所定の年５分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である[25]。

[25] 東京地裁は、「Yは、税理士として、独立した公正な立場において、申告納税制度の理念に沿って、納税義務者の信頼に応え、納税義務の適正な実現を図ることを使命とする専門職であり（税理士法…１条参照）、税理士業務を行うに当たっては、依頼者が、課税標準等の計算の基礎となるべき事実の全部又は一部を隠ぺいし、若しくは仮装している事実等があることを知ったときには、直ちにその是正をするよう助言する（法41条の３）などの義務を負う。したがって、Yは、上記法の趣旨に照らして、本件委任契約に基づき、Xに対し、税務の専門家として、税務に関する法令、実務に関する専門知識に基づいて、Xからの委任の趣旨に沿うよう、適切な助言や指導を行って、確定申告書等の作成事務を行うべき義務を負う。」とした上で、「Xには、平成11年度から平成17年度までの各年度において礼金等について相当額の収入が存在したにもかかわらず、K（筆者注：Xの子）がN（筆者注：Yの従業員税理士であるYの甥）に提出した平成11年度の賃料収入に関する資料には礼金収入が１件のみ記載され、平成12年度から平成17年度までの本件各内訳明細書には、礼金等の収入が全く記載されていなかったこと、…Nは、Kから提出された本件各資料に記載された数額等につき、特に精査したり、X等に確認することなく、そのまま転記して本件各確定申告書等を作成したため、本件各確定申告書等には、礼金等の収入が計上されず、また、本件借入利息等を含む本件不動産賃貸業に関係しない支出が必要経費として計上されたことが認められる。以上の本件各資料の内容及び本件各確定申告書等の記載に照らせば、税務に関する専門知識を有するYにおいて、本件各確定申告書等の記載と本件各資料の記載を照合して、本件各確定申告書等の根拠となっている本件各資料の内容を精査すれば、礼金等の収入の有無や必要経費の内容や金額などについて、疑問をもち、Xに対し、これらについて説明を求め、追加資料の提出を促すことは容易であったというべきである。」とした。また、「Yは、Nが作成した本件各確定申告書等の税理士欄に記名又は記名・押印したが、その際、Yが、本件各確定申告書等の根拠となっている本件各資料の内容を精査して、礼金等の収入の有無や必要経費の項目などについて、Xに説明を求めたり、追加資料の提出を促した形跡は一切窺えない。以上のYの対応は、従業員であるNをして、Xから提出された本件

Ｙの主張に対して、判決で対応している最も注目すべき部分を以下のように分析する。すなわち、判決は、「Ｙは、更新料は免除される場合が多く、Ｘから提出された各資料にその記載がなければ、免除されたものと解するのが当然であると主張する。しかし、本件不動産のような賃貸物件の賃貸業者が更新料を免除する場合が多いとは直ちにいえないのであって、Ｘに対し、更新料の免除の有無を確認することなく、免除したものと解するのが当然であるとのＹの前記主張は採用することができない。」とする。また、Ｙが、Ｋに対し、礼金等の有無の確認などを求めたにもかかわらずＫがこれに応じなかった旨の主張した点について、この主張を裏付ける的確な証拠はないとした。そして、仮に７年間に亘って、一度も上記要請に応じなかったのであれば、「税理士としての職責を担うＹとしては、もはや、適切な業務が遂行できないとして、本件委任契約を解除するなどの手段を講じるのが自然である」などとしてＹのこの点の主張に係る事実は認められないとした。もっとも、裁判所の税理士としてのあるべき立場を教示し、納税者と委任関係に関する判示は、当然に理解できる。確かに、税理士は、委任契約を解除するという毅然として態度で納税者に臨むべきである。しかしながら、委任契約を解除することのみでは、問題の解決にはならない。実際のところ、税理士は、納税者の不正な行為に対して適正な納税義務の履行をするように助言を

各資料を精査、確認することなく、そのまま転記して不正確な内容の本件各確定申告書等を作成させ、自らもの内容の正確性を精査、確認せず、漫然と記名又は記名・押印したという他はなく、…本件委任契約を受任した税務の専門家として、Ｘからの委任の趣旨に沿うよう、Ｘに対し、適切な助言や指導を行って確定申告書等を作成すべき義務を怠ったと認められる。」とする。したがって、「Ｙは、本件各確定申告書等の作成にあたり、Ｘの所得を適正に申告するために必要な資料の精査や事実確認等を怠っており、本件委任契約に基づき、税理士として果たすべき職務上の注意義務に違反したと認められる。そして、ＸがＹに対し、本件各確定申告書等の作成を依頼するに当たり、礼金等の収入を記載しない資料や本件不動産賃貸業の必要経費とはいえない領収書等を提供したとしても、Ｙの税理士という職責に鑑みると、上記の事情は、直ちにＹの債務不履行責任の有無や程度を左右するようなものとはいえないというべきである。」と判示した。

して、納税倫理を啓蒙することによって、納税姿勢の是正を求めるよう継続して努力をしている。しかし、納税者側で真実を明かさず隠ぺいすることも多い。それゆえ、それを原因として、委任契約の解除まで至らないのが現実的な関与形態（委任関係）なのである。そもそも、この事件の問題の核心は、従前から税理士に対して「正しい納税姿勢」を示さないXが、税理士を「上手く利用」し、税務調査における責任を税理士に転嫁してきたことにあると思われる。それは、次の事実関係から窺い知ることができる。すなわち、Yに対し「Xの計算どおり申告してほしい旨の要望を」があったため、やむを得ず、Yが受けたが、「Xから提出された本件各資料には、礼金等の収入の記載がなく、領収書にはほとんど使途が記載されておらず、必要経費に当たるか否か判別できなかったため、Xの計算を採用せざるを得なかった」という事実である。ところが、裁判所は、Xが礼金等の収入の有無や支出の使途を明らかにせず、Xの計算どおりに申告して欲しい旨を要望したという点、あるいは、税理士には、不動産賃貸の仲介業者に対して契約内容を確認する権限がないから、やむを得ずXの計算どおりの金額を採用した点などのYの主張については、「Yは、納税義務の適正な実現を図るために、独立した公正な立場において、職務を遂行すべき職責を担う税理士であり、依頼者から何らかの要望を受けた場合には、必要な範囲で、税理士としての専門知識や技能に基づいて、依頼者の信頼に応えるべく、その要望内容が適切か否かについて、調査、確認すべきであり、仮に、不適切な要望である場合には、その要望を漫然と受入れることなく、これを改めるよう、助言・指導すべき義務を負うと解される。」というのである。この点に関し、Yは、Xが故意に仮装隠ぺいした事実について、税理士としての職務権限をもって調査することは不可能である旨主張したが、「Xが重加算税の賦課決定に対する不服申立てをしないまま、本件加算税等を支払ったことをもって、XがYに対し、殊更に仮装隠ぺいを行う意思をもって本件各資料を提出したとは認められず、他にXが故意に仮装隠ぺいしたと認めるに足りる証拠はないので、Yの上記主張は理由がない。」と排斥している。通常の税理士業務でも、本判例に類似したケースが相当に潜在的な常態として存在するといえる。また、この事案では、Xの子であるKが実質的な申告において多くの情報を把握していると予想さ

れ、Ｙの甥であるＮが税理士であることを考慮すると、税理士側の証拠立証に不備があったのではないかと思われる。そもそも、税理士の実務においては、納税者からの情報収集には限界がある。それは、税理士には、税理士法による課税庁の有する質問検査権ごとき権利がないからである。したがって、税理士は、依頼者との信頼関係を基盤とした、依頼者からの正確な情報提供を期待するより方法はないのである。本件の場合も、おそらく、一年に一度の確定申告時期に数万円程度の報酬を得て申告業務を行なうことを受任していたのであろう。なぜなら、青色申告決算書の作成を依頼者の責任において作成させていた事実があるからである。税務の現場では、適正な納税義務を履行しようとしない納税者が、税理士を欺きつつ、税理士が申告の作成に関与（税理士の自署押印）することを、課税庁に対して、適正な申告書であること表現するという一種の保険的機能として、うまく利用する行為が横行している。このように、納税者が税理士を楯に使うことに関しても、税理士の責任が厳しく問われることは承服できない。それゆえ、納税者の責任についても、相当に厳しく明確に問われなければならないのである。

２.「配偶者の相続税額軽減に関する説明義務等」（東京地裁平成15年９月８日判決[26]判例タイムズ1147号223頁）

本件は、税理士であるＹの説明義務違反及び任務懈怠によってＸの母が支払うべき相続税の算出に配偶者の税額軽減を適用できず、加えて、その延納が許可されなかったなどとして、母の遺産を相続したＸがＹ（税理士）の債務不履行により被った損害賠償を求めた請求が棄却された事例である。

税理士に対する損害賠償請求訴訟は、裁判所が税理士に対して厳しい判断を下す傾向にある。とりわけ、訴訟は資産税に関するもの、例えば、本件のような相続税や買換え特例を適用する譲渡所得税に関するものが多い。これは、納税額が多額であること、また、申告が一度きりの単発

[26] 類似する判例として、神戸地裁平成10年12月９日判決判例時報1685号77頁がある。評釈として、林仲宣、法律のひろば53巻４号72 ～ 75頁、2000年４月、酒井克彦、税務弘報53巻６号97 ～ 102頁、2005年６月。

であることなど、税理士と依頼者の信頼関係の構築が脆弱であることが原因である。たとえば、顧問税理士を務めている企業経営者からの直接の依頼の場合は、委任関係が長期間にわたり、深い信頼関係が醸成されているので、混乱は少ないといえる。しかし、経営者自身が被相続人の場合であっても、税理士がその相続人と面識がないとき、日ごろからあまり交流がない場合は、混乱が生じやすいといえる。しかも、近時の納税者の権利意識の向上と法律専門家の市場競争の激化から、訴訟を提起しやすい状況が散見されている。これらの諸要因の相乗効果が依頼者の税理士に対する不信に拍車をかけ、すべてのことが税理士の責任に帰すという主張を依頼者にもたらす結果となっている。本件もまさしく典型的な事案である[27]。

[27] 本件の事実概要は、次のとおりである。平成３年に、資産分割につき争いが生じている相続事件を担当する弁護士（被告税理士の従兄）からの紹介で、相続人の代表であるＸから相続申告の依頼を受けた税理士Ｙは、相続人間の遺産分割協議が整わないため､未分割状態で相続税の申告書を税務署に提出した。その提出にあたり、依頼者に対して、遺産未分割の場合は、配偶者控除等が適用されず多い相続税を支払うことになるが、分割協議が成立することで、配偶者控除等の適用を受けることができること、その後、そのための更正の請求をすることで税金還付が受けられる旨を説明した。本来、遺産分割協議に相当期間（３年以上）を要するときは、遺産が未分割であることについてやむを得ない理由がある旨の承認申請書を税務署長に提出する必要がある。しかし、当然のことながら、この時点では、分割協議にどれ程の時間が必要であるか不明であるため、当該承認申請書が提出されていない。また、一度に税金の全額を納付することが困難になる可能性から、税理士Ｙは、延納申請書を提出し、担保提供に関して後日、依頼者から連絡をする旨で税務署員の了解を得ていた。平成４年ごろ、従兄である弁護士が依頼者によって解任されたことから、税理士Ｙと依頼者の連絡は途絶え、分割協議に関する進捗情報は入手できない状態となった。おそらく、税理士Ｙも、この時点で、黙示の委任契約の解除が成立していると理解していたと思われる。それから、10年以上経過した平成12年に至り、依頼者らの遺産分割審判が確定した。その確定を受けて、更正の請求を別の税理士に依頼したところ、承認申請書が未提出であるため、更正の請求はできないと説明された。平成13年に、依頼者は、税理士Ｙのもとを訪れ、更正の請求を依頼してきた。税理士Ｙも、再度、税務署と交渉したが、更正の請求は認められなかった。その結果、依頼者は提訴に及んだ。

判決は、「次に、問題になるのは、原告が配偶者税軽減に関し申告期限後３年経過時の手続について説明していないことが被告の債務不履行に当たるかという点である。これを本件についてみるに、前記認定事実によれば、①被告は、従兄の弁護士の紹介で原告から相続税申告手続を受任したこと、②被告は、第１相続の相続税申告に当たり、原告に対し、Ｆの遺産分割が未了であったため、Ｇについて配偶者税軽減の届出ができないので、遺産分割完了後に、更正の申告をすると説明したが、遺産分割が相続税申告期限から３年以内に完了すれば税務署長の承認は不要であり、税務署長の承認が得られる期間が満了するのは、相続税の申告日から数えても３年以上も先のことであること、③被告は、Ｃ弁護士が原告の遺産分割事件を受任している間は原告から遺産分割の進捗状況の報告を受けていたが、Ｃ弁護士解任後の平成４年10月以降は原告から遺産分割の進捗状況の報告を受けなくなったことが認められる。以上の事実によれば、被告が、平成３年の相続税申告の段階で、原告らの遺産分割が、申告時から３年経過しても終わらないという事態を想定し、原告に対し、その手続を説明しなければならないというのはいささか被告に酷であって、被告がそのような義務までを負っていたと解することは困難であるというべきである。」とした。

また、「原告は、被告が配偶者税軽減について税務署長に対し承認申請書を提出していないことをもって、被告の債務不履行と主張している。しかし、前記認定事実によれば、原告は、平成４年10月ころ、被告に原告を紹介したＣ弁護士を解任し、同弁護士の解任後は被告に遺産分割の進捗状況について報告をしなかったことが認められ、そうだとすると、被告は原告らの遺産分割事件が相続税申告から３年以上経過してもなお決着していないことを知り得なかったというべきであり、被告の承認申請書不提出をもって被告の債務不履行ということはできない」と判断した。さらに、「原告は、被告が延納手続について担保提供が必要なことを説明していないと主張する。しかし、前記認定事実によれば、①被告は原告に対し延納申請書の控えを交付しているところ、同控えには担保記載欄があり、担保が必要なことが明記されていること、②原告はその後自ら尾張瀬戸税務署に担保提供書を持参していること、③原告は延納申請が却下されても、本訴提起に至るまでの約10年間、被告の延納手続

を問題にしていなかったことが認められ、これらの認定事実に照らすと、被告は、原告に対し、延納手続に担保が必要であることを説明していたと認めるのが相当である。」として延納申請に関する債務不履行を否認した。

本件判決のみから判断することにやや問題があるとしても、事実関係からは、平成４年の被告税理士の従兄のＣ弁護士解任（当然、税理士も解任されたと黙示に理解していた。）され、10年以上経過した平成12年に至り、依頼者らの遺産分割審判が確定したことをもって、更正の請求を別の税理士に依頼したところ、承認申請書が未提出であるため、更正の請求はできないと説明されたこと、それに起因して、依頼者が平成13年に再び税理士Ｙのもとを訪れ、更正の請求を依頼してきた事実が伺える。これにつき、たとえ、依頼者に対して更正の請求が実現できなかったとしても、その後の税理士の対応は真摯であったといえる。したがって、税理士Ｙの業務に関しては、慎重に履行され、十分に注意義務を果たしていると考えられる。この状況からは、おそらく、他の税理士でも同じような結果になったであろう。つまり、本件税理士の業務履行は、通常行うべき相続税の申告手続と何ら逸脱していないということである。そうであれば、なぜ、依頼者が提訴に及んだのであろうか。判決から読みとれるほかに特別の事情がないとするならば、依頼者の主張は、まさに、依頼者のやり場のない感情が税理士に向かったとも想像し得るのである。

３.「納税者がすでに買換特例を受けていた事実を示さない状況で、税理士が十分な調査を怠り、買換特例の適用が可能と誤って教示した。そのため、譲渡所得の取得費に誤りが生じたとして、損害賠償請求が認められた事例」（京都地裁平成７年４月28日判決 TAINS　Z999－0008）

依頼者は、税理士の高度な専門知識の活用を期待して業務履行を要求することがある。その場合には、税理士は、依頼者との間で最大限の節税を遂行することを目的とする契約を交わす必要がある。その結果、税理士は、依頼者の要求に応えて、誠実に節税計画を実行する義務があるといえる。それゆえ、選択肢のある節税効果のある税法を採用するとい

う依頼者の選択意思の確認や節税効果を生むための税法の適用については、税理士が実行し得る可能な範囲で確認をしなければならない。

本判例は、節税計画の実行することを期待された契約において、税理士が、税法の適用に関する事前確認を怠ったため、節税効果を得る機会を失ったとして、その損害賠償を請求された事件である。

争点は、税理士が関与する前に行われた特例適用譲渡にかかる課税情報をどこまで採取すべきであるかということである。この点につき、税理士側の反論として、税理士が依頼者に対して、過去に特例適用譲渡があったか否かを質問し、譲渡がない旨の回答を得ていること、また、過去申告書の納税者控えの提出を求めたところ、依頼者からは、その申告書の提出がなかったことなどの理由を示している。それにより、税理士は、適正に情報採取の義務は履行したと主張している。この主張に対し、判決は、税理士が「依頼者から事情を聴取する際には、特に問題となりそうな点に言及し、事実関係を把握できない場合には、課税庁で当該疑問点を指摘し、調査を尽くさねばならない」としたうえで、「税理士は、依頼者からの事情聴取で生じた疑問点については、課税庁に出向いて、過年度の申告書類の閲覧を求め、税務職員に閲覧を拒否されたならば、少なくとも、疑問点を特定して質問をし、回答を求めなければならない」と判示している[28]。しかしながら、この判決は、税理士法による税理士の権利（たとえば、閲覧に関する権利）制度に関する理解が乏しいといえる。なぜなら、税理士が課税庁に対しこのような閲覧を請求したとしても、現実には、課税庁側の守秘義務を理由に退けられる例も多いからである。さらに、その場合でも、課税庁は、その拒否の理由を税理士に明示する義務はない。つまり、税理士制度において申告書の閲覧制度が設けられていないのである。そうであるならば、判決のいう注意義務違反の射程内容が、手続的権利として保障されているとはいえない申告書類の閲覧を税理士が怠ることまで拡張することになる。これは、酷な責任を税理士に負わすことになるといえる。

[28] この判決は、税理士の調査義務の内容につき、税理士に対して、その依頼者の過年度の申告書に対する閲覧を許している（行政サービス）という大阪国税局の回答文書を基礎に判断している。

また、この判決を含む多くの判決は「ところで、税理士は、税務に関する専門家として、依頼者の信頼に応え、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図るために、誠実に税務相談、税務書類の作成、税務申告の代行等の職務を行う義務がある（税理士法１条、２条参照)。そして、税理士は、日頃から研鑽を図り、税務に関する法令及び実務に精通し、右職務を遂行しなければならない。したがつて、依頼者から税務に関して指導、助言を求められたり、税務書類の作成、税務申告の代行等を委任された場合､法令等の解釈､適用を正しく行つて指導、助言をし、書類作成や申告手続に過誤がないようにしなければならない。」と税理士法を引用して税理士の委任契約上の注意義務を判示している[29]。しかし、依頼者に対する委任契約上の注意義務違反と税理士法上の注意義務違反はどのように関係するのか釈然としない[30]。これらの義務の遂行や違反の評価は、税理士と依頼者の個別の契約内容、そのものから評価されるべきであり、注意義務違反による債務不履行が存在するかどうかは､契約の具体的中身によって判断されるべきである。他方、税理士法の規定は、税理士という職業に関する規定であり、違反による制裁は税理士法により解決するものである。仮に、民法の委任義務のなかに税理士法上の義務が包含されるとしても、その義務が履行できるような制度的な担保が必要であり、そのような制度がなければ、義務を負うこともない。

なお、この控訴審である大阪高裁平成８年11月29日判決 TKC 文献番号28020219、TAINS　Z999-0012では、税理士が過去に特例適用譲渡がない旨の回答を依頼者から得ていること、また、依頼者からの過去申告書等の情報提供がなかったことを認定し、情報採取の義務履行が適正であるとした。その結果、依頼者においても、適正な情報提供を怠ったこ

[29] 神戸地裁平成５年11月24日判決判例時報1509号114頁、大阪高裁平成８年11月29日判決税理士界1109号６頁、大阪高裁平成10年３月13日判決判例時報1654号54頁。

[30] 田中治教授は、弁護士の誠実義務論争における少数説に立ち、税理士の使命を定める税理士法１条が善管注意義務とは独立した責任の根拠になり得るという問題につき消極的に解されるべきと説かれる。田中治「税理士業務における不完全履行責任」日税研論集39号、1997年、111頁。

とに対する責任の配分を認定する判断がなされた。控訴審では、税理士の責任が限定されたものの、税理士に対する過大な責任が課される一方で、納税環境整備のなかで税務情報に対する手続的権利の整備が遅れている状況が存在する。これらは、税理士の責任の強化とそれを担保する税理士制度の構築という均衡をどのように実現すべきであるかという問題として捉えられる。

４.「税理士には、相続税修正申告書の事務処理にあたり委任者へ延納許可申請の助言・指導義務があるとした事例」（横浜地裁平成６年７月15日判決判例タイムズ904号145頁、東京高裁平成７年６月19日判決判例時報1540号48頁）

本件は、税理士の委任契約上の債務不履行の有無が争われた事件である。Ｘら（長女・越部、五男・益次郎、六男・良次郎）は、税理士であるＹに対し、Ｘらの相続税修正申告に関する手続を委任したところ、Ｙが修正申告書を提出したのみで、当該相続税の納期限までに又は納付すべき日になすべきであった相続税延納許可申請を怠った[31]。そのため、相続税を一括納付することができないＸらは、これを延滞せざるを得ないこととなり、この延滞税額と延納許可を受けていれば負担することとなったであろう利子税額との差額相当の財産上の損害及び精神的苦痛を被ったと主張して、債務不履行に基づく損害賠償として、金員総額2,044万円の支払を求めたものである。これに対し、Ｙは、相続税修正申告の事務は委任されたが、延納許可申請手続事務の委任は受けていないとして争った。また、Ｙは、その妻・みどりが上記相続人のうちの長女・越部の娘と友人であったため、Ｘらの委任を受けたが、報酬を取らなかったものである。

[31] 本件では、９人の相続人（代襲相続人を含む）を有する被相続人Ａが遺言でその１人Ｂ（二女・西村）に全財産を相続させるとし、当初、Ｂは訴外Ｐ税理士に委託してそのとおりに申告し、延納許可を得ていた。しかし、その後、他の相続人Ｘらの希望により、改めて遺産分割協議が行われた結果、同協議が決着したので、Ｘらは、その内容に沿って相続税の修正申告書（法的には、期限後申告書）を提出することとした。そして、その際、延納許可申請書を税務署に提出していなかった。

争点は、税理士が相続税修正申告の事務を委任された場合に、その委任の範囲には延納許可申請手続事務も含まれていたかどうか。また、YはXらに対して延納許可申請手続をなさしめるべき注意義務があったかどうかである。この点につき、第1審判決は、税理士の業務は、税理士の独占業務として法規制を加える目的から、その範囲が法文上明確に規定されており、その権限の範囲を具体的に明らかにするため、その権限を証する書面である委任状を税務署に提出することを要する。したがって、具体的な委任契約が如何なる範囲の業務を目的として締結されたかどうかの判断は、委任状表示の委任事項の記載及び委任に至る経緯等から、当事者の意思を合理的に解釈してこれを決すべきであるとした上、本件において、関係者間で相続税の延納許可申請に関する話題が出たことはなかったのであり、遺産分割協議を担当した弁護士から税理士への依頼も「修正申告書のコピーを利用させてもらいたい。(税額計算のため、単なる『メモ』として作成したもの)」というものであって、これらと委任状の記載事項とを併せ考えると、XらとY税理士との間に締結された委任契約は、委任状に明記のとおり、「相続税修正申告、税務調査の立会、説明及びこれらに付随する一切の税理士業務」であり、相続税の延納許可申請手続をすることを含まないことが明らかであるとした。つまり、延納許可申請は、相続税修正申告に付随する税理士業務ではないと判示した。さらに、判決は、税務代理を依頼されたY税理士としては、Xらの相続税納税義務が適正に実現されるように配慮する義務があると言うべきであるが、Yの受任した事務は限定された事務であって、Xらに相続税の延納許可申請手続をさせるべき注意義務まで負うものではなく、かかる助言をしないことが委任の本旨に従った債務の履行がなかったものということはできないとして、Xらの主張を退けた。また、判決の事実認定では、税理士報酬が無償であった事実も指摘され、本件判決は、報酬が無償であることから委任された業務の範囲を狭く捉えている[32]。

これに対して東京高裁は、申告に際して税理士が行う納付についての

[32] 岡正晶「最近における税理士賠償責任事例の類型について」税経通信、1996年12月号、94頁。

助言､指導は､税理士第２条に基づく付随的業務であると判断した上で、委任契約に含まれていないが、延納許可申請手続をするか否かについてＸらの意思を確認する義務があるとして、その債務不履行についての税理士の助言・指導義務違反を認め、損害賠償を支払うように命じた。また、損害額の算定については、Ｘらは、相続した土地を売却して、相続税を納付することを予定していたのであるから、相続した土地を売却するについて相当と認められる期間の損害が相当因果関係にあるものとして認めるのが相当であり、Ｘらが納付手続について税理士に質問し、延納許可申請をするかどうかについて相談しなかったことは、Ｘらにも過失があったと認められるから、過失相殺として３割を差し引くのが相当であると判示したのである。

上記のような事実概要及び判決からは、税理士の任務懈怠による債務不履行が存在するともいえる。しかしながら、判決の事実関係を詳しくみると、税理士が依頼者に上手に利用され、慎重さに欠けた安易な業務履行が、最終的に、税理士自身に損害賠償の責めを負わせることになった背景が浮き彫りになる[33]。

[33] 判決において事実として認定されたところでは、被告Ｙは、好意により原告の相談を受けた友人としての行動が窺知できる。すなわち､「被告の妻みどりは、原告越部の娘瑛子と友人であったところ、同原告宅を訪れた際、同原告から遺産分割の問題で揉めているとの話を聞き及んだ。みどりは､被告に対し、原告越部から自分が依頼している弁護士との意思疎通がうまくいかないので、手助けをしてもらいたいと言われた旨話した。被告は、事情によっては原告の娘の友人の夫として何かできることがあれば、手伝ってもよいと考え、平成三年四月一七日にみどりとともに原告越部宅を訪れた。当日は、原告越部から金銭的な相談を受けていた住友銀行飯田橋支店の小川支店長も同席していた。被告は、原告越部に対し、どういう状況で困っているのか等の状況を尋ねるとともに、同原告から①吉田税理士が川越税務署長に対して提出した西村光子の相続税申告書の写し、②当時までに纏まっていた遺産分割協議の案を記載した書面及び③右の分割の案を前提とした場合の相続税などの賦課から納付に至るシミュレーションを記載した書面（吉田税理士作成）を資料として見せられた。原告越部は、被告に対し、相続税を支払うために相続財産のうちの東京都大田区田園調布の土地を売る予定で不動産業者に依頼しており、話しはいくつも来ているが、遺産分割協議が成立しないと売ることもできないので、早く遺産分

前述のとおり、本件では、被告税理士が債務不履行による損害賠償責任を負うことになった。本件は、決して、例外的なケースではない。実際、税務の現場では、頻繁に依頼者自身の利益のみの実現のために、税理士を上手く利用し、依頼者に不都合や不利益があれば、税理士を法廷に引きずり出して、その損害を埋めさせようとすることが起こっている。このような苦境を税理士は、どのように克服すべきであろうか。

割の協議を成立させたいと説明した。被告は、原告越部から分割協議案のどこに問題点があるかの説明を受けて、手伝うことができる旨答えたが、吉田税理士がいる限り自分が税理士としての仕事を受けることはないと言った。」また「被告は、同年四月二七日原告越部の依頼により、同原告、原告良次郎及び西村光子とともに若井弁護士の法律事務所に赴いた。同事務所には、吉田税理士事務所の仙頭税理士も同席していた。被告は、若井弁護士及び仙頭税理士に対し、遺産分割協議を速やかに成立させられるように素人である原告らと若井弁護士との意思疎通を円滑にするための補助的役割を頼まれた旨、その会議に同席する理由を説明した。なお、被告は、仙頭税理士に対しては、相続税に関することは吉田税理士が関与しているので、自分は税理士としてこの場に来たのではない旨説明した。若井弁護士及び仙頭税理士は、右の説明を聞いて異論を差し挟むことはなかった。」さらに「被告は、同年六月八日にも若井法律事務所を訪れた。若井弁護士は、遺産分割協議が、原告越部が土地を取得する代わりに代償金を支払うとの方向で纏まる見込みであり、その前提として中澤博次郎が立ち退くことになるところ、原告越部から委任を受けた弁護士としては、同原告が代償金及び立退料を調達して円滑に支払われる確実な保証が必要であったことから、できるだけ早く同原告の資金繰りを考慮した上で、代償金の支払を確実に履行するとの確約を取りたいという強い希望を持っており、被告に対し、同原告からその確約を取ってもらいたいと依頼した。一方、原告越部は、早くしてもらわないと土地が売れなくなるという危惧を抱いており、若井弁護士と原告越部の意思疎通は円滑でないことが窺われた。若井弁護士は、被告に対して、前記住友銀行飯田橋支店の小川支店長と話し合って早くやってもらいたい、そうすれば自分の方は遺産分割協議を早めると依頼した。被告は、小川支店長と相談を重ねたが、相続人の一人が土地に抵当権を設定することに同意しなかったことから、住友銀行はその資金を融資できないということになった。原告越部は、手を尽くして売却先を探していたが、なかなか見つからなかった。被告も信託銀行の不動産部を紹介したりして尽力していた。

５.「所得税の居住用資産に係る譲渡所得の申告相談において、特別控除または買換特例のいずれを適用しても税金はかからないと回答した。その後、所得税ではなく、国民健康保険料の負担について、買換特例を適用した方が納税者に有利になることが判明したことから、損害が生じた。その損害にかかる保険金が支払われた事件」（税理士損害賠償事例・保険金支払い事例）

この事例は、税理士に求められる注意義務の射程は、膨大な税法および関連法規の細部までに及ぶのであろうかという問題を投げかけている。税理士は、租税に関する専門的な知識を有する職業人であるから、すべての租税に関する正確な知識を必要とされるといえる。一方で、一般論としては、税理士は、多数にのぼる通達についても十分に通じていることが求められる。しかし、実態を重視し、実務において要求される相当程度の知識量を考慮すると、「当面、法令の規定を前提とした注意義務に限定するのが妥当であるように考えられる（通達については税理士試験の範囲からも除かれているはずである）」とする見解もある[34]。

したがって、税理士が、譲渡所得の計算や申告の段階で、国民健康保険税（料）の負担との関係を意識し、検討しておく必要があるかどうかは、報酬の有無及び多寡等により総合的に判断されるべきである。それゆえ、税理士に対する依頼が無償である限りは、譲渡所得税の申告に際して賦課徴収であるところの国民健康保険税(料)の負担を検討しなかったとしても、それは注意義務違反とはいえず、また、それが有償の場合であっても、依頼者が問題を特定して質問をするなどの特定の場合を除き、注意義務違反とはいえないとする主張がある[35]。そうすると、この事例による譲渡所得の申告相談が無償で受任されたものであれば、その求められる注意義務は、相当程度軽減されるとの見解[36]も頷けるところである。

税理士業務は無償独占であり、他の専門家は、有償による業務独占で

[34] 品川芳宣「本件判批」TKC 税研情報５巻７号14頁、1996年。

[35] 同趣旨、岡正晶「最近における税理士賠償責任事例の類型について」税経通信51巻15号94頁。

[36] 田中治「税理士業務における不完全履行責任」日税研論集39号、1997年、116頁。

ある。この税理士業務の無償独占が許される理由として、税理士の使命の重要性にかんがみ、当該業務が強い公共性を有する性格であることがあげられる[37]。しかし、この点をもって、税理士に要求される注意義務の範囲、程度を検討するときに、報酬の有無という要素を注意義務の範囲､程度の広狭深浅を関係がないと排除するべきではないと思われる[38]。

第２項　税理士と納税者と国の関係における状況

税理士と納税者の信頼関係の厚薄がもっとも試されるのが国家権力の発動たる「国税局や税務署の職員が行う税務調査」の場面である。しばしば、この税務調査が任意調査の範囲を逸脱し、税理士と納税者の信頼関係を破壊することがある。一般に、税理士は納税者に対して常に納税倫理の向上や法令遵守を目的として啓蒙活動をしている。しかし、納税者が税務吏員の裁量権のもとにおける質問検査権の行使がおよそ法令遵守とは直感的に思えないとき国家に疑問を感じ、そして、これらの行為を税理士が是正できないとき､税理士に失望する。その結果､納税者は、

---

[37] 日本税理士会連合会『税理士法逐条解説（６訂版)』2010年、349頁。また、税理士に無償独占権が与えられているのは、それだけ税理士の社会公共性（国家財政を支えるという点において）が高い証しであるとともに、税理士の職域防衛の理論的根拠となっているという意見。他方、無償独占権は、課税庁が税理士を徴税機構に組み込むためであり、それがために税理士はいっそう税務行政に協力させられることになる。無償独占権を放棄することが、税理士や税理士会が課税庁から独立することにつながってゆくとの意見もある。

[38] この点に関し、東京地裁判決平成８年３月26日（判例時報1576号77頁）は、変額保険の勧誘に関し、税理士が相続税対策のコンサルティングをして、相続税納税資金対策に係る報酬として10万円を受け取っていた事件で、報酬の収受を事実認定して、生命保険会社、税理士の損害賠償責任を肯定した。他方、東京地裁判決平成11年３月30日（判例時報1700号50頁）は、報酬なしで変額保険を勧誘した税理士に対して、保険金額が多額であることを考慮して、説明義務違反を理由とする損害賠償を容認した。このように、報酬の多寡と義務違反が強く結びつけられていないと考えられ、総合的に判断されている。しかし、田中治教授は、無報酬か極めて低い報酬によるときは、責任を軽減すべきであると説かれる。田中治「税理士業務における不完全履行責任」日税研論集39号、1997年、116頁。

国家および税理士に対する強い不信感を持つに至り、納税者の納税倫理は低下することになる。とりわけ、国家が納税者および税理士に対して税務調査の日時および場所を通知することなく、突然に、納税者の事務所等に税務吏員が臨場し調査を行う、いわゆる、「無通知調査」は、税理士と納税者と国の間に極度の緊張関係を強いることになる。なぜなら、納税者は税理士を税務に関する代理人として「税務権限証書」を授与しているため、自らが税務吏員と直接対応しなければならない場面を想定していないからである。その結果、納税者からは、これらの行為認容が納税者に対して税理士が果たすべき役割を履行していないと捉えられることになる。さらに、税理士も課税庁に無通知調査（不意打ち）の違法性を明確に主張できないことから、納税者の税理士に対する期待感を損なうことになる。

この「無通知調査」は先進国において日本にしか存在しない前近代的な慣習である。そして、この慣習は、税務業界からの強い批判にもかかわらず、課税庁は是正しようとしないのである。その背景には、そもそも、日本人の納税倫理観がおよそ先進国のそれとは認めがたいとする国家の考え方が存在するのか、あるいは、少数の悪徳な納税者に対する税務調査手法として必須であるのかは定かではない。そして、この無通知調査も含め、従前から税務調査のトラブルが後を絶たない状況である。最近の事例を検証すると、圧倒的に課税庁の強権的な調査手法に係る事例が多いが、その一方で、納税者や税務代理人の対応に基因する事例も少なくない。ここでは、無通知調査が実行されたことにより、納税者および税理士が損害を被り、国に対して賠償を求めた事件を取り上げることにする。

税務調査は各税法に規定する質問検査を根拠としている。その条文は、「調査について必要があるとき、…質問し、又はその帳簿書類その他の物件を検査することが出来る」とのみを規定し、具体的な手続規定が存在しない。さらに、この規定中の「必要があるとき」という必要性の解釈は、課税庁の裁量に委ねられているのである。もっとも、令状に基づく査察部の調査以外は全て任意調査であり、質問検査権を根拠として行われる税務調査が任意調査である以上、「納税者の理解と協力を得て行うものである。（税務運営方針、昭和51年、調査方法の改善の項）」のは

当然のことである[39]。それゆえ、質問検査権の行使にあたっては一定の限界があることは明白である。しかしながら、昭和49年に国税庁が発遣した「税務調査の法律的知識」や平成17年に東京国税局法人課税課が発行した「税務調査の法律的知識」（以下「新法律的知識」という）の研修資料や昭和51年の国税庁長官が訓示した「税務運営方針」、平成９年の「今後の税務行政運営について」、さらに平成11年の「現況調査法」等の内部資料（もちろん、法令ではない。）をもとにして税務調査が行われているのが実態である[40]。このように、租税法律主義の下での納税者に対する適正手続保証という視点からは、租税法の実体法に税務調査に関する手続規定を詳細に創設する必要があるといえる。

１．北村事件（京都地裁平成７年３月27日判決・税資208号954頁、大阪高裁平成10年３月19日判決税務訴訟資料231号109頁）

本件は、税務調査における国税調査官の個々の行為が違法であるとして、国に対して損害賠償請求をした事件である。裁判所は、国税調査官の個々の行為の違法性を具体的に指摘し、国の損害賠償責任を認めた。また、この事件は、質問検査権の内容及び税務調査のありかたを考えるものとして意義がある。さらに、この事件を契機として課税庁側が現況調査のあり方を見直す結果となった。それゆえ、本件は、当事者の事実に関する主張と裁判の事実認定が重要である。

（1）事案の概要[41]

---

[39] 調査に応じない場合に罰則規定があるので間接強制といわれている。

[40] たとえば、平成17年に東京国税局法人課税課が発行した「税務調査の法律的知識」は、内部資料であるため通常は入手できないが、情報公開請求をして東京税財政研究センターにて冊子として販売している。また、中村芳昭『税務行政の改革』勁草書房、2002年に資料編として収録されている。

[41] 少し長くなるが、事実に関する当事者の争点及主張を記載する。

（イ）争点

国税調査官らが、本件調査で行った行為は、権限を濫用ないし逸脱した違法行為であるか否かが争点である。

（ロ）納税者（Ｘら）の主張

納税者Ｘ1、その妻Ｘ2及び母Ｘ3は、京都市および大津市（唐崎）の

ａ．所得税法234条に定める質問検査権の行使として行われる税務調査はいうまでもなく任意調査であるから、調査に応ずるかどうかは被調査者である納税者の自由な意思に委ねられなければならない。また、税務調査は被調査者の営む事業や生活に支障を及ぼし、納税者の利益を損ねる性質のものであるから、税務調査を行う職員は、被調査者の事業や生活に対する具体的な配慮を十分に払いつつ質問検査を行うべきものであって、そうしてなされた質問検査のみが適法な任意調査としての権限行使として許容されるべきものである。また、国税庁編税務運営方針によれば、「税務調査は公益的必要性と納税者の私的利益の保護との衡量において社会通念上相当と認められる範囲で、納税者の理解と協力を得て行うものであることに照らし、一般の調査においては、事前通知の励行に務め、また、現況調査は必要最小限度にとどめ、反面調査は客観的に見てやむを得ないと認められる場合に限って行うこととする。なお、納税者との接触に当たっては、納税者に当局の考え方を的確に伝達し、無用の心理的負担を掛けないようにするため、納税者に送付する文書の形式、文章等をできるだけ平易、親切なものとする」と定めているのも、同様の趣旨から出たものであることは明白である。

ｂ．しかるに、Ｎらの本年３月30日における行為は、Ｘ1が不在であるのに予め計画的にその店舗に臨場して共同して行われ、いずれも、Ｘ1らの家族らの意に反するまま、あたかも強制調査のように誤信せしめて行ったものである。特に、京都店２階に侵入した行為は、住居侵入罪に該当する犯罪行為であり、重大な違法行為であることは明白である。さらに、Ｘ3らのダンスの引き出しを掻き回し、あまつさえ、同女の下着等も掻き回した行為、Ｘ2が拒むのを無視して、同女の私物であるバックの中を開けて中身を調べた行為、訴外Ｚに対する同様の行為などは明白な違法行為である。犯罪捜査であっても、令状なしには居住部分への侵入や私物の検査は許容されるものではなく、いわんや任意調査たる質問検査権の行使の場合には、かかる行為はその権限に属しない違法行為であることは明白である。レジの金銭等の調査行為も、店主が留守であるので改めて別の日にして欲しいとの家人の求めを無視して、何の承諾も得ずに行うことが、国税調査官の権限を濫用ないし逸脱した違法行為であることは明白である。身分証明書の呈示を求められたＷが所得税法236条に反してこれを呈示しなかったのも、かかる行為の違法性の認識ゆえになしえなかったものといわざるをえない。

（ハ）国（Ｙ）の主張

２か所で、衣料品小売業を営んでいた。平成４年３月30日、大阪国税局

---

a．X1が不在であるのに計画的に店舗に臨場して調査を行ったこと、X1本人が当日不在であったことは、職員らがＸｌの店舗に臨場して初めて判明したことであるから、Ｘｌらの主張はその前提において既に失当であり、また、税務調査における質問検査権の行使については、税務職員の合理的な裁量に委ねられているのである。すなわち、質問検査の範囲、程度、時期、場所等実定法上特段の定めのない実施の細目については、質問検査の必要性、相手方の私的利益との衡量において社会通念上相当な限度にとどまる限り、これを権限ある収税官吏の合理的な選択に委ねたものと解するのが相当である。よって、この点に関して何ら違法は存しない。

b．X1らの意に反するまま、強制調査のように誤信せしめて調査を行ったこと　本件税務調査が強制調査のように装って実施されたことはなく、また、右税務調査が「X1らや家族の意に反するまま」進められたこともないから、職員らの行為及び発言に何ら違法な点はない。

c．京都店２階に侵入したこと、Ｎらが訴外甲子に事業の概要や帳簿書類などについて質問している際に、X3が突然、２階に上がって行ったため、Ｆもこれに従い２階に上がったのであり、また、Ｎ、Ｔ、Ｒ及びＫも、訴外甲子とともに２階に上がったのであるから、決して「侵入」したということにはならない。すなわち、訴外甲子らは当初、２階には帳簿は一切置いていないとＮらに申し立てておきながら、実際には同所に売上メモや仕入れ関係の納品書などを保管しており、さらに、右売上メモ等をX3が隠匿しようとしたのであるから、これらの事情にかんがみ、Ｎらは、質問に対する､訴外甲子らの答弁が正しいものであるかどうかを確認するために、２階の居室内において検査を実施する必要があった。したがって、Ｎらの行為は適正な質問検査権の範囲内のものであり、その行使に何ら違法はない。

d．X3らのダンスの引出し及び同女の下着等を掻き回したこと、X1らは、ＮらがX3の下着等を掻き回す行為をしたとしているが、そのような事実は全くない。また、X3らのダンスの引出しの中の検査を行った行為は、Ｎらの質問に対して、訴外甲子らの答弁が正しいかどうかを確認するため及びX3の不自然な行動に係る隠匿物等を把握するため必要があったのであり、さらに、右行為は訴外甲子らの同意に基づいて実施されたものであるから、何ら違法な点はない。

e．家族らの承諾も得ずにレジの金銭等を調査したこと、Ｔはレジの金銭の調査はしていない。そして、京都店においてレジの金銭等を調査したのはＫであり、同人は若い従業員の立会いの下に、右従業員の同意を得てレジ

資料調査課に勤務する国税調査官であるＮ、Ｆ、Ｔ、Ｈ及びＳ、並びに下京税務署に勤務する国税調査官であるＲ、ＫおよびＷの８名は、Ｘ1の税務調査のため京都店、唐崎店に臨場した。なお、国税調査官らは、臨場に際して、Ｘ1らに対して事前の連絡はしていなかった。京都店においては、Ｘ1の長姉甲子は、Ｘ１は大阪に仕入れに出かけて不在であり、日を改めて来て欲しい旨を要請したが、Ｎは更に税務調査に応じて欲しいとの説得を続けた。Ｎらは、甲子が強く否定したにもかかわらず、同店２階にあるＸ3及び甲子の住居部分に上がり、ベッドの下のＸ3らの下着の入った引出しに手を入れて掻き回した等の行為があった。また、１階では、承諾を得ないままレジの金銭を調査し、レジの机の引出しを持って２階へ上がり、その中の帳簿等の調査を行った。唐崎店においては、Ｘ2が応対し出直して欲しい旨要請したが、Ｈらは分かる範囲でよいから調査に協力するよう求めた。その後、レジ付近をＸ2の承諾なしに点検等を始めた。また、パート従業員のバッグを強引に取り上げ、その在中物を調査する等の行為があった。これに対し、Ｘ1らは、国税調査官らの質問検査権の行使が違法であると主張し、国Ｙに対して総額200万円の損害賠償を求めた事案である。

の金銭等の調査を実施したのであるから、Ｘ1の主張は、全く的外れなものであり失当である。また、唐崎店においては、ＨらはＸ2の同意に基づいてレジの調査を実施したのであるから、「何の承諾も得ずに」調査したというＸ１らの主張は明らかに事実と反するものであり、Ｈらの行為に何ら違法な点はない。

ｆ．身分証明書の提示を求められた訴外Ｗがこれを提示しなかったこと、Ｗは、Ｘ2の身分証明書の提示の要求に対して適正に提示しているのであるから、Ｘ1の主張は明らかに失当である。

ｇ．その後の違法行為について、Ｘ１らは、Ｎ、Ｈらが、仕入れに向かうＸ1を追跡した行為が違法な行為であると主張するが、右行為は、本件調査の後、税務職員らが何度もＸ1に対し調査協力及び帳簿提示要求を行ったにもかかわらず、Ｘ1が本件調査の抗議に終始し、結果として全くこれに応じなかったため、やむを得ず仕入れ先を把握するために取った行為であり、違法ではない。

（2）裁判所の判断[42]

---

[42]（イ）質問検査権の意義

所得税の終局的な賦課徴収に至る過程においては、更正、決定の場合のみでなく、申請、申告等に対する許否の処分のほか、税務署その他の税務官署による一定の処分のなされるべきことが法令上規定され、そのための事実認定と判断が要求される事項があり、これらの事項については、それらの認定判断に必要な範囲内で職権による調査が行われることは法の当然許容するところと解すべきものであるところ、所得税法234条１項の規定は、国税庁、国税局又は税務署の調査権限を有する職員において、当該調査の目的、調査すべき事項、申請、申告の体裁内容、帳簿等の記入保存状況、相手方の事業の形態等諸般の具体的事情にかんがみ、客観的な必要があると判断される場合には、前記職権調査の一方法として、同条１項各号規定の者に対し質問し、又はその事業に関する帳簿、書類その他当該調査事項に関連性を有する物件の検査を行う権限を認めた趣旨である〔最高裁判所第三小法廷昭和48年７月10日決定（刑集27巻７号1205頁）〕。

ところで、税務職員による質問検査権の行使は、当該職員の質問に対して答弁をせず若しくは偽りの答弁をし、又は検査を拒み、妨げ若しくは忌避したことに対して１年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処せられる（所法242八）という制裁の下に、相手方は質問検査を受忍することを間接的心理的に強制されているものであって、相手方において質問検査に応じる義務があることを前提とするものではあるが、相手方においてあえて質問検査を受忍しない場合にはそれ以上直接的物理的に強制し得ないという意味において、国税犯則取締法の規定に基づき裁判所が行う臨検、捜索又は差押、あるいは裁判所の許可を得て収税官吏が行う臨検、捜索又は差押等の強制捜査とは異なり、任意調査の一種である。

（ロ）質問検査権行使の要件に関する判断

ａ．税務職員の有する質問検査権は、所得税の適正、公平な賦課徴収を図るという公益上の目的を実現するための制度、手続として認められたものであるから､所得税法234条１項に規定する「調査について必要があるとき」とは、権限のある税務職員において、具体的事情にかんがみて客観的な必要があると判断する場合をいうものであり、確定申告後に行われる所得税に関する調査については、確定申告に係る課税標準又は税額等が過少である等の疑いが認められる場合に限られず、広く申告の適否、すなわち申告の真実性、正確性を調査するために必要がある場合を含むものと解すべきである。

ｂ．質問検査権の範囲、程度、時期、場所等実定法上特段の定めのない実施

①本件行為の違法性について

イ．国税調査官らの行為のうち、事前連絡なしに京都店に臨場した点に違法は認められず、税務調査に応じて欲しいとの説得を続け、さらに、調査のため２階へ上がらせて欲しい旨再三にわたって説得を試みた行為は、いずれも質問検査権の行使それ自体ではなく、質問検査に応じるように説得するための行為であるところ、質問検査は任意調査であるところから調査の相手方の積極的協力が得られない場合、調査の必要性及び質問検査に対する相手方の受忍義務などを説明して説得に努

の細目については、質問検査の必要があり、かつ、これと相手方の私的利益との衡量において社会通念上相当な限度にとどまる限り、権限ある税務職員の合理的な選択に委ねられているものと解すべく、実施の日時場所の事前通知、調査の理由及び必要性の個別的、具体的な告知のごときも、質問検査を行う上の法律上一律の要件とされているものではない〔前掲昭和48年最高裁決定〕。

c．所得税法234条１項１号における税務職員の質問検査の相手方は、納税者本人のみでなく、その業務に従事する家族、従業員等をも含むものと解すべきである。質問検査権行使の相手方を同条項の文言どおり厳格に解し、納税義務者本人に限定すると、場合により業務の実態の正確な把握ができなくなるおそれが生じ、納税義務者本人が不在の場合には質問検査権の行使が全くできなくなるなど、質問検査の実効性が失われる結果を招来することになる上、そのように解しても、別段納税義務者本人に不利益を課すことになるものではない。なお、所得税法244条１項の罰則の規定も、このような解釈を前提とするものと解される。

e．税務職員による質問検査権の行使は任意調査の一種であると解すべきであるから、その行使に際しては相手方の承諾を要するものであるところ、その承諾は必ずしも明示の承諾に限られるものではなく、場合によっては黙示の承諾も許されるものと解するのが相当である。ただし、質問検査権行使の相手方が、納税義務者本人ではなく、納税義務者本人の業務に従事する家族、従業員等である場合には、質問検査権の行使が納税義務者本人の承諾が得られないことを回避する手段、目的でなされることのないよう特別の配慮をすることが望ましく、したがって、納税義務者本人の事前の承諾が得られていない場合における納税義務者本人の業務に従事する家族、従業員等による黙示の承諾の有無については、その具体的状況を勘案した上で、慎重に判断する必要がある。

めることは調査担当者の当然の職務行為であり、説得行為が時間をかけた粘り強いものになることも許容されるところであり、各行為は、いずれも社会通念上相当の範囲内にある適法な行為であると認められるのが相当である。

ロ．ＦがＸ3ないし訴外甲子から２階へ上がることの承諾を得ていないことは明らかであるところ京都店の店舗部分とは区分された居住部分である２階へ上がる行為自体は、質問検査に応じるよう説得を続けるための立入りであって質問検査権の行使そのものとはいえないとしても、居住者の拒絶の意思に反して居住部分に立ち入ることが許されないことが明らかであるから、Ｎ及びＦがＸ3又は訴外甲子に承諾を得ないで２階へ上がった行為は、社会通念上の相当性を逸脱した違法な行為であると解すべきである。また、国税調査官らの行為のうち、Ｋが京都店のレジの金銭調査を行った行為については、質問検査権の行使に該当するものであるところ、丙は、京都店の単なるパート従業員にすぎないうえ、Ｋから現金を数えるようにとの指示が、命令口調であったため、進んで調査に応じたものでなかったのであるから、Ｘ3及び訴外甲子の承諾に基づかない質問検査権の行使であると認めるのが相当である。

ハ．国税調査官らの行為のうち、国税調査官らが事前通知なしに唐崎店に臨場した点に違法は認められないが、Ｈらが、Ｘ2の見守る中、レジを置いた机の引出し、レジ付近の屑入れ及びレジの横の陳列籠の上に置いてあった大学ノートの検査を行った行為は、同店にいなかった営業主のＸ1の承諾はもとより、そこにいたＸ2の承諾を得ないでなされた質問検査権の行使として違法なものというべきである。

ニ．Ｘ2がレジの点検キーを押してＨの調査を可能にした行為は、Ｈらからの心理的圧迫感がかなり除かれた状態のもとで、ある程度時間をかけて考慮した後に行われたことが窺われ、Ｘ2がＨらの強制、圧迫に屈して承諾をしたとはいえないから、Ｈの調査の部分は、Ｘ2の任意の承諾に基づく質問検査権の行使として適法であるということができる。

ホ．国税調査官らの行為のうち、Ｗが訴外Ｚのバッグを点検した行為は、Ｗが訴外Ｚに対して同女の所持していたバッグの検査を要求し、それ

を訴外Ｚが繰り返し拒否したのを押し切って、Ｗは半ば強引にバッグを取って中を開け、在中物を調べたというものであって、その行為の態様だけみても、訴外Ｚの承諾のないままに行われたものと認められるものであるうえ、女性のバッグの内容物、特に手帳の中身などは、一般に他者には知られたくないもので、プライバシー保護の要請が特に強いものであるから、Ｗの行為は、社会通念上の相当性を欠くものであり、違法な質問検査権の行使の行為であると解される。

ヘ．これに対し、ＨがＸ2のバックの中を検査した行為は、訴外Ｚのバッグの場合と異なってＨがＸ2から強引に取り上げたといったこともなく、また、ＨがＸ2のプライバシーの保護もそれなりに配慮したといえるから、Ｘ2のバッグに対する検査は、Ｘ2の任意の承諾に基づく質問検査権の行使として適法の範囲内にとどまっているということができる。

ト．国税調査官らによる臨場回数が多数回に及んだことについては、被告側からみれば、納税義務者であるＸ１本人に直接面会するため、帳簿書類の提示を求めるため、多額の資産形成の経緯の説明を求めるため、青色申告承認の取消しの説明のため、青色申告承認の取消しの手続に当たっての帳簿等の提示できない正当事由の有無の確認のため、新しく交替した税務調査担当者による帳簿書類の提示の説得のため、修正申告に応じる意思の有無の確認のため等、その必要性及び理由があることが認められるものであり、これらをもって違法とすることはできない。以上によれば、被告は、国家賠償法１条１項に基づき、国税調査官らの違法行為によってＸ1に対し50万円及びＸ3に対し30万円の被った損害を賠償すべき義務があり、Ｘ2の請求は失当として棄却するのが相当である。

この事件は、現況確認調査に対する調査対象者の承諾はいわゆる「明示の承諾」が必要であるということを明らかにした。そもそも、国家権力の発動である税務調査、つまり、質問検査権の行使は、慎重な適正手続の下で実施されなければならない。そのように解するならば、少なくとも、税務調査において「黙示の承諾」という文脈が存在するはずはないということになる。もっとも、国税庁は北村事件の敗訴を受けて「現

況調査における留意事項について」（指示）を発遣している[43]ことからみると、税務体系における事務指針は、「黙示の承諾」を認めていたのかという疑問をもつ。いずれにしろ、手続規定の法令化は、早急に実施されるべきである。

２．本坊事件（神戸地裁平成16年２月26日判決税務訴訟資料第254号65頁、大阪高裁平成17年３月29日判決税務訴訟資料第255号97頁）

本坊事件は、裁判所においても不必要とされた上述の無通知調査の行為が税理士と納税者の信頼関係を完膚なきまでに破壊した事件である。事件の争点は、税務調査にあたり、臨場する前提において、事前通知を欠如したことは違法か、また、税務吏員において、税務代理権の侵害という違法行為ないし違法事由があったか、さらに、この税務調査を原因として、契約関係の破壊の有無があったかということである。しかし、その争いの本質は、「税務代理権限を有する税理士がいるにも関わらず、また、さほどの必要もないのに、営業時間に税務調査を行いたい旨の通知することなしに、税務調査を強行した。そのことが原因で、納税者と税理士の信頼関係を破壊された。したがって、課税庁は税理士に対して謝罪せよ。」という税理士に対して、税務署が「謝罪しない。」とした事件である。

（1）事案の要旨

本件は、Ｂ及びＡ（本件両会社）との間で税務代理に関する委任契約を締結していた税理士である控訴人が、宇土税務署員によるＢに対する税務調査及び熊本西税務署員によるＡに対する税務調査（本件調査）に際し、担当の本件税務署員らの種々の違法な職務行為によって、上記委任契約に基づく税務代理権を侵害され、これによって控訴人の信用と誇りを著しく傷つけられ、更に本件調査により本件両会社に圧力がかけられた結果、本件両会社から上記委任契約を解除されたとして、同契約に

[43] 平成17年６月発行、東京国税局課税第二部法人課税課「調査における法律的知識」、いわゆる、「新法律的知識」のコラム欄で、「明確に拒否しなかったので承諾したものと同じ」という考え方は誤りであるとしている。

基づく３年間の顧問料540万円の70％である378万円及び信用毀損による非財産的損害として300万円の合計678万円並びにこれに対する訴状送達の日の翌日から支払済みまで民法所定年５分の割合による遅延損害金について、国家賠償法１条１項に基づいて請求した事案である。原審は、本件税務署員らが控訴人に対して違法行為を行ったとは認められないとして、控訴人の請求を全面的に棄却したので、これを不服として控訴人が控訴した。

（2）裁判所の事実認定[44]および裁判所の判断

[44] 事実の認定について
弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。
２．(2) Aについて、法人税の逋脱等について特別な疑惑を抱いていたわけではなかったが、10年以上税務調査を実施していなかったので、税務調査に入ることとした。(3) Bについて、法人税の逋脱等について格別の問題点を把握していたわけではないが、約６年間調査を行っていなかったため、税務調査に入ることとした。
３．(5) 乙会長は、事前の連絡なく来たことをH上席に確認したが、在りのままを見たいため事前に通知を行わなかったとH上席が回答した。丙上席らは、正式な調査は後日控訴人が立ち会える日程を決めて行うこととし、今日のところは現状確認だけでもD社長が承諾してくれないかと、更にD社長の調査協力を要求した。
５．平成10年４月22日、以下のような出来事があった。(1) 控訴人との合意に基づき、丙、丁、戊各上席及びC調査官は、帳簿調査のため、再びAを訪れた。丙上席らが案内された会議室には、乙会長、D社長、控訴人、控訴人の事務員１名の４名が待機していたほかは、ビデオカメラやテープレコーダーの準備がされていた。なお、上記会議室の壁際に段ボールに詰められた帳簿等が置かれていたが、帳簿等が取り出されたことはなく、丙上席らは、帳簿自体は現認しておらず、帳簿の提示及び提示の申し出もされることはなかった。
９．平成10年６月10日、H上席は、再度、Bの調査の件で乙会長に電話し、調査協力を要請したが、乙会長は、控訴人に全て任せてあるので控訴人に従う、損害賠償についても一緒に戦っていく、税務署は文書で控訴人に回答すべきだと答えるのみで、H上席が文書による回答はできない旨返答しても、対応は変わらなかった。また、H上席は、Bを訪れ、乙会長に対し、

裁判所の判断のなかで重要なものとして、以下のことが示されている。

同年２月３日に税理士は関係ない旨の発言をしていないなどと述べたが、乙会長は、当該発言はあった旨反論した。

10. 平成10年７月８日、控訴人は、宇土税務署長に対し、書面による回答がないどころか、N統括から社長を説得するようにとの見当違いの電話を受けたとして、重ねて、控訴人を無視して調査を求めた行為が税務代理権の侵害にあたること、同年５月13日に調査が行われなかったこと、H上席が乙会長に直接電話する行為が税務代理権を侵害するものであること等を抗議する内容証明郵便を送付した。

16. 平成10年９月７日、E統括は、書面で回答できないことは既に控訴人に伝えていると述べた上、再度、乙会長に対し、控訴人が調査に応じるように協力を求めた。すると、乙会長はE統括に対し、控訴人に直接連絡すべきであると返答した。そこでE統括は乙会長に対し、調査依頼は法人の代表者に対してするものであり、本来は代理人にするものではない、代理人が調査を承諾しても代表者が拒否すれば調査はできない、代理人の職務は代表者に対してなされた調査の申入れに対して、代表者にかわって回答し得る点にある、このままでは反面調査や銀行調査を行わざるを得ない等と重ねて控訴人を説得するよう依頼した。

20. 平成10年12月18日、E統括が乙会長に電話したところ、乙会長は、控訴人に電話で協力を要請したものの、控訴人が調査を了解しないと言っていたとE統括らに告げ、控訴人はE統括らがAを訪れている件も代理権侵害になると言っている、控訴人は振り上げた手の下ろし場所がないのではないか、何か丸くおさまる方法はないか、と申し入れた。

21. 平成11年１月13日、E統括、F上席及びG調査官は、Aを訪れ、乙会長と面談したところ、乙会長は、自分もできる限り努力するから、税務署としても文書による回答を検討できないか、正式な回答でなくとも、玉虫色の回答でもよい、また、署としてでなくとも統括官としてでもよいから、文書での回答について検討できないか、とE統括らに申し入れた。E統括は、いかなる形でも書面での回答はできない旨答え、帳簿等の調査ができなければ、青色申告承認の取消しや、消費税については課税仕入れが認められないということになると告げて、控訴人に対し調査協力を依頼するよう再度要請した。乙会長は、３月末には、控訴人に会って協力を依頼すると回答するのみであった。

25. 平成11年７月２日、宇土税務署長及び熊本西税務署長は、B及びAに対し、同年６月から実施された反面調査等の結果に基づき、青色申告承認の取消処分、消費税仕入れ税額控除否認の更正処分、消費税の過少申告加算

①臨場に当たり事前通知を欠如したことは違法かについて

当該質問検査ついては、質問検査の必要があり、かつ、これと相手方の私的利益との衡量において社会通念上相当な限度にとどまる限り、権限ある税務職員の合理的な選択に委ねられているとしつつも、「しかしながら、実定法上特段の定めのない実施の細目について、上記のような範囲において税務職員の裁量権があるというものの、質問検査の必要性においても、私的利益との較量における社会通念上の相当性においても、実際の調査の場面において、その判断を一義的にすることは容易ではなく、税務職員と調査対象者との間でトラブルとなることも少なくなく、行きすぎた調査によって納税者の権利が侵害される事態も見られるところである。このようなトラブルを回避し、納税者の権利が不当に侵害されることを防止するためには、税務行政における適正かつ具体的な手続規定を定めること等とともに、税務の専門家であり、税務代理・代行権を有する税理士が調査に立ち会ったり、調査対象者に適切な助言･指導･援助を与えることは重要である。」と述べた。また、税務調査は、任意の調査であって、「原則として、納税者に事前通知をするものとした上で、『業種・業態、資料情報及び過去の調査状況等からみて、帳簿書類等による申告内容等の適否の確認が困難であると想定されることから、事前通知を行わない調査（無予告調査）により在りのままの事業実態等を確認しなければ、申告内容等に係る事実の把握が困難であると想定される場合』等については、事前通知を行わないものとしている。また、東京国税局長は、『現況調査における留意事項等について（指示）』を発出し、大阪国税局は、『現況調査の手引』を作成し、安易に現況調査を行うことを戒め、事前通知の励行を求め、事前通知を行わないで調査する場合

税の賦課決定処分等を行い、結果としてＢに対しては本税５万2900円、Ａに対しては、本税及び加算税として合計6533万円余りの納付義務を課した。

26. 控訴人は、Ａを倒産の危機に追い込んだことに責任の一端を感じ、納付を命じられた税金の一部でも負担したい旨を会社側に申し入れたところ、乙会長はこれを辞退したが、Ｄ社長は、一部ではなく全額を持ってくるのが当然であると控訴人に申し入れた。控訴人は、Ｄ社長との交渉の結果、Ｂの土地を1500万円で買うことにしたが、同年８月21日、Ａ及びＢは、それぞれ、控訴人との税務代理の各委任契約を解除するに至った。

は、その必要性について十分に検討を行い、調査は、『明示の承諾』を得て行い、税理士が関与している場合は、調査対象者に確認し、税理士に連絡させるなど所要の措置を講じることなどを定めている」とし「これらの諸規定が定める事項は、税務調査について、法が求める一般的要件ではなく、これらに違反したからといって、直ちにその調査が違法となるというものではないが、適正・妥当な課税のための調査の実施と、税務調査における納税者の権利保護との調整の観点から定められたものであるから、十分に尊重されて然るべきであって、著しく逸脱する場合は、違法性を帯びる場合もあるというべきである。」と判断した。

②控訴人は、本件調査が必要であったとしても、事前通知を怠ったことは違法か

「確かに、調査の必要性がある場合であっても、事務運営指針等が示すように、原則として、事前に調査対象者に対し通知することが税務行政上望ましいとされており、前述のように、これらの定めは、納税者の権利保護の観点から重要であるから、みだりに無予告調査を行うべきではない（とりわけ、事前通知がない場合は、税理士に委任していても、その立会いができない状態で、知識・経験のない調査対象者が専門家の援助を得られないままに税務職員と対峙しなければならない場合が生じやすい。）」また、「本件の場合は、先に判断したように、本件両会社は、これまで優良企業との評価を得ていた上、具体的な問題点を把握した上での調査ではないから、あえて無予告で調査をしなければならないほどの必要性があったかは、かなり疑問というべきである。しかし、…本件両会社は相当長期間にわたって税務調査を受けていなかったのであるから、両会社の過去数年の申告額について、課税庁が「在りのままの実態」を調査するために、今回は無予告で調査を実施しようと判断したことは格別不合理なこととまではいえず、先に認定したとおり、現場に臨場した直後には、控訴人と電話で連絡され、控訴人及び調査対象者の反対で実際には調査は行われていないことも考慮すれば、無予告であったことのみを捉えて、これを違法と判断するのは相当でない。」とした。しかし、「…確かに営業所等への税務職員の突然の臨場は、出入りする取引先や関係者がいた場合、あらぬ憶測をされ信用に傷が付くような事態も想定されるし、業務に支障が生じることも予想される。本件においても、本

件税務署員らが臨場したことにより、本件各会社側が予想外の事態に対処する必要に迫られ、既に工事現場に出かけていたＤ社長を急遽帰社させるなどの対応を取らざるを得なかったことが認められ、本件両会社の日常業務の円滑な遂行になにがしかの支障ないし悪影響が生じた可能性は否定できない」とした。

③税務代理権を無視する言動があったか

裁判所は、本件税務署員らが、控訴人の同意が得られなくとも、調査対象者である本件両会社の理解・協力が得られれば、税務調査を実施することができるとの考えで、実質的には、税務調査には、税理士は関係がないという趣旨の言動に及んだとしても不自然ではないと認定して、「ところで、税理士が調査対象者から税務調査を含めて委任を受けている場合は、その間に債権・債務関係が生じており、税理士は、必要がある場合は委任者のために税務調査に立ち会い、委任の趣旨に応じた対応をする義務があり、その履行によって報酬を請求できることにもなり、委任者も受任者である税理士に対し、そのような義務の履行を求める権利があるというべきであって、第三者たる税務職員において、この権利を侵害することは、その方法・態様等のいかんによっては、債権侵害として違法となることもないとはいえない。そして、受任者である税理士の明確な拒絶にもかかわらず、調査対象者に直接承諾を求めることは、その限りにおいて、委任契約を部分解除することを要求することにもなるのであって、任意の説得の限度を超えれば、違法となることもあり得るというべきである。」と判示した。

裁判所は、最後に結論として「税理士は、税務に関する専門家として、独立かつ公正な立場において、申告納税制度の理念にそって、納税義務者の信頼にこたえ、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図ることを使命とする職業人であり（税理士法１条）、そのような見地からすると、税理士は、税務代理に関する委任契約を締結した納税義務者が課税庁の質問検査権を行使されるに当たり、納税義務の適正な実現に資するべく、その現場に立ち会い、検査の対象となっている納税義務者のすべき主張・陳述について代理・代行することができることは当然であり、望ましいことでもある。そして、そのような立場に自覚的な税理士であるほど、課税庁が税理士の立会いなしにする質問検査権の

行使に警戒的になることは容易に想定されるとともに、本件における控訴人もそのような立場から本件税務署員らに対応したものと認められ、その心情には理解できるものがある。そして、既に説示したとおり、本件の無予告調査の正当性には相当の疑問があることなどからすれば、本件における控訴人の対応には全く理由がないとはいえないが、本件税務署員らに違法行為･違法事由があったとまでは認め難いことからすれば、結局、控訴人の本訴請求は排斥するほかはない。以上によれば、控訴人の請求は理由がないから、これを棄却した原判決は相当であり、本件控訴には理由がない。よって、本件控訴を棄却することとして、主文のとおり判決する。」と判決を下した。

本件は、税務吏員の実働部隊が税務調査にかかる質問検査権の行使につき､どのような意識を持っているかを如実にあらわした事件といえる。裁判所の事実認定からも垣間見えるように、税務体系における事務運営指針は法令ではないため、それに従わない場合であっても、法令違反と問われることはないといえる。その限りの意味においては､税務吏員は､脱線し易い状況にあるという事実は存在すると思われる[45]。また、国税

[45] その他の事例

事例１　○○局　Ｂ署　法人課税特別調査部門（パチンコ店）

無予告により社長自宅、事業所、取引銀行に総勢12名がいっせいに調査に着手。当日顧問税理士は、出張だったため、対応できたのは30分以上経過してからではあったが、無予告現況調査に抗議するとともに、顧問税理士が代理権限を行使できない客観的条件があるので即時調査を中止するよう要請し、後日改めて調査を受けることした。しかし、それまでの間に事業概況と役員の業務内容について聴取されていた。また、翌日社長はじめ関係者から現況調査の実態について事情聴取したところ､12人のうち身分証明書を提示したのは３名のみ、社長や他の役員のいないところで従業員数名に質問をしていること、まだ廃棄処分をしていない前日のホールの全てのゴミ箱の中身を、役員や従業員の了解を得ることなく持ち帰ったことが判明した。後日の実地調査において、上記三項目について事実確認を行いその事実を認めさせた上で､「明示の承諾」を得ていない違法な調査であり､「窃盗罪」にも該当するため、署長の謝罪と調査中止を求めた。その後、三度の折衝の結果帳簿調査等は一切行わず、役員の病気期間中の報酬の一部否認で調査は終結した。（解説）この事例は無予告現況調査を行う基準が不明確、税務代理権の侵害、身分証明書の不提示、質問検査

庁は、経済社会の高度化、国際化、IT 化等による複雑化や納税者数の

の対象者の範囲の逸脱､「明示の承諾」違反､窃盗罪等の諸問題が内在している。当局の見解（平成17年に東京国税局法人課税課が発行した「税務調査の法律的知識」）は、「質問検査を行う場合、時、場所、方法について、税法上特にそれを制約する規定が設けられていないことから、その方法等が明らかに不当とならない限り、税務当局の裁量に任されているものであり、特段の制約はない」としている。しかし、事務運営指針（H13.３.27）には「税務調査に際しては、原則として、納税者に対して調査日時をあらかじめ通知する」としており、事前通知を行うことが適当でない場合について、イ．ありのままの事業実態等を確認が必要な場合、ロ．調査忌避・妨害、あるいは、帳簿書類等の破棄隠蔽が予想される場合と列挙している。しかし、ありのままの事業実態が確認できない事業・業種とは具体的にどのようなものかは明らかにされていない。また、調査忌避等を行う事業者であるか否かの判断基準も明らかにされていない。大多数の税務調査が事前通知を受けているのに対し、一部の納税者が、明確な基準が無いにもかかわらず、無予告調査を受けている事実は、納税者間の公平を欠いている。また、仮に、申告内容に疑義があり、調査忌避や妨害等が予想されることが明らかなのであれば、任意調査ではなく、令状に基づく強制調査によるべきである。さらに、質問検査の対象者についての当局の見解（新法律的知識）は「法人税法の法人に質問という規定は、原則的には法人の代表者に対して質問すべきものと考えるが、法人の業務の執行は、担当部課等を定めて分掌させたり、特別な事項について代理人を定めて代理させることが通常であることから、代表者のほかに、代理人、使用人その他の従業者が質問の対象と成りえる」としている。しかし、一方で「従業員等へ質問する場合は、調査を円滑に進めるため、あらかじめ代表者の了解を得た上、代表者から協力するよう指示してもらう」としている。

事例２　○○局　S税務署　特別調査官事案（歯科医）

事前通知により開業４年で初めて調査をうけた。初回の実地調査では納税者本人、及び経理担当者に対しほとんど質問も、帳簿等の検査も行わず４年分の帳簿を持ち帰った。その後納税者の承諾を得ることなく一方的にカード決済されたデパート、旅行代理店等の反面調査が行われ、さらに事業に関係のない妻名義のカード決済分についても反面調査が行われた。以後の実地調査においては、収入金額についての検査質問は一切なく、特別調査官は反面調査の実施を伏せたまま､「旅行は誰と行ったか」と質問、本人は「従業員と慰安旅行」と回答したところ､「嘘を言って隠そうとした」のは仮装隠蔽に該当し、重加算税対象であるとし、青色申告の取消をチラつかせ「申述書」の提出を強要された。さらに上記を口実に経費の各科目について自己否認を強要され、自己否認

増大、そして、小さな政府論による税務職員の不足等により、税務調査件数が大幅に減少し、課税の公平が維持できないとして、平成15年に従来の国税庁の使命である「指導・相談・調査・広報」の四つの柱を「調査・徴収」に変更した[46]。そして、平成15年以降、調査事務の確保を至上命題にした事務運営を行っている。そのため、内部事務の一元化や調査体制の変更等の様々な試行と事務のアウトソーシング化を推し進め、

分の大部分を重加対象とされた。また、何ら根拠を示さず接待交際費のうち自己否認した以外の1/2相当分と車両に係る減価償却費、駐車場代を否認。専従者給与についても妻の業務内容について一切の質問もなく、従業員の最も高い給与（25万円）を超える月額25万円は過大報酬であるとして否認してきた。その結果４年分で3,000円万円超（税額で1,800万円）の修正申告を慫慂され、応じなければ更正すると脅かされた。（解説）当局の見解（新法律的知識）においては「反面調査は適正・公平な課税を実現するために必要な情報を収集することを目的として、権限がある税務職員が調査のために必要と認めた場合に、質問検査権に基づいて行うものであり、納税者本人の了解を必要とするものではない。」としている。しかし、税務運営方針（昭和51年４月）は「反面調査は客観的に見てやむを得ないと認められる場合に限って行うこととする」とその基本方針を述べ、さらに具体的事務運営指針（平成12年７月個人課税事務提要、13年７月法人課税事務提要）では「取引先等の反面調査を実施しなければ適正な課税標準を把握することができない場合」とその要件を定めている。更に、調査事務の概要（東京局平成18年７月）では、「反面調査は、調査対象者に対する調査だけでは課税標準の的確な補足が十分出来ない場合、又は課税標準の補充に関して疑問点や不合理点があってそれが明らかに出来ないと認められる場合に、その実態を確認するために行う裏づけ調査を言うのであるから、調査対象者の申告所得金額の真実性を疑うに足りる合理的根拠もないまま、只単に取引があるという理由のみで実施するようなことがあってはならない」と明確に記している。従って反面調査は課税庁の裁量でいつでも出来るものではなく、明らかにやむを得ない事情がある場合に限られる。また、「やむを得ない場合」とは、明確な規定はないが、納税者本人が調査を忌避している場合や帳簿書類等が無いか、提示を拒否している場合がこれに当たる。反面調査を行う場合「やむを得ない事情」を納税者に説明し了解を得ることは当然である。（本川國雄「税務調査の現状と調査事例」税経新人会、平成20年11月19日城北ブロック例会報告の抜粋を参考にして、筆者の経験をもとに修正し、作成したものである。）

[46] 本川國雄「税務調査の現状と調査事例」税経新報、2009年３月、564号、３頁。

平成21年に機構改革を行い、平成22年度から実施している[47]。また、国家公務員法の改正により、新人事制度が導入された。この制度は、平成19年７月６日から２年以内に現行の勤務評定に代わり新たな人事評価（成績主義の人事考課制度）を実施した[48]。この人事評価制度が納税者との関係において、適正手続の保証に影響を与える可能性がある。

第２款　まとめ

上述のように、税理士が依頼者との関係において、専門家であるがゆえに専門家責任を追及された判例は、税理士の置かれている厳しい状況や苦境を表していた。そして、一部の判例は、民法の善管注意義務の規定に加えて税理士法上の諸規定を税理士の責任の実定法上の根拠としていると思われる。しかしながら、税理士の責任は、個別の契約内容、契約の締結状況等で個別に確定されるべきものであるといえる。

また、税務行政の分野における特殊性[49]からは、まず、課税庁や税理士及び納税者において、原則として裁量権が許されず、さらに、税務には、極めて高い公共性が存在するということが挙げられる。それゆえ、委任契約上の責任において、いわゆる、前述した「誠実義務」が存在するという余地は少ない。いいかえれば、税理士が、納税者の自己決定権

[47] 内部事務の一元化、相談事務の廃止、事務系統の横断的広域的事務の遂行を挙げ、特に内部一元化では平成21年７月から全国一斉に実施された。平成20年10月24日から署・局の相談室は廃止、同年11月４日から税務署における税務相談は電話相談集中センターに回され、個別相談は実名・予約制になり、税理士の相談は原則受付けないことになった。このように、内部事務や相談事務等の納税者へのサービス業務をから効率化して、調査事務日数の確保が最重点となっている。

[48] 国税庁は平成20年９月16日から３ヶ月間「リハーサル試行」を実施した。評価内容は「能力評価」と「業績評価」で構成され、職員は業務目標を設定し、業務を遂行し、自己申告をする。それをもとに上司は５段階評定（S.A.B.C.D）し、評価の悪いC.Dについては、期末に面談により評価結果が通知される。その結果評価が悪いというだけで、昇給停止・降格・賃金カットされる。

[49] 第３節、第２款参照。

を考慮することは少ないということである。つまり、納税者の納税義務は、法律の定める課税要件の充足によって当然に成立するため、課税庁の判断と税理士の判断が同じ結論になる。たとえば、医師と患者の関係のように延命措置を選択するような場面はない。それゆえ、いわゆる「誠実義務」が、税理士法１条などを根拠にする民事上の責任や、委任契約上の責任に加重されることは存在しないと思われる。さらに、税理士はその業務の公共性から税理士業務に関して無償独占を認められている。その結果、著しく低廉な価格で税理士業務を引き受けざるを得ないこともある。そのような背景から税理士に要求される注意義務の範囲、程度を検討するときに、報酬の有無という要素を注意義務の範囲、程度に影響することを殊更に排除する必要はないと思われる。いいかえれば、税理士業務もビジネスである以上、コストを管理しなければならない。つまり、低廉な価格の業務は、それなりの業務水準ということになる。

さらに、税理士は納税者に対して常に納税倫理の向上や法令遵守を目指し啓蒙活動をしている。しかし、納税者が税務吏員の質問検査権の行使が手続的裁量権のもとにおよそ法令遵守とは直感的に思えないとき、そして、それを税理士が課税庁に対して是正できないとき、納税者は税理士に失望する。また、いわゆる、「無通知調査」は、納税者自らが税務吏員と直接対応しなければならない状況を誘発し、税理士が税務調査において代理人として果たすべき役割を履行できないことから、納税者の税理士に対する期待感を損なうことになる。その結果、納税者は、税理士に対する強い不信感を持つに至り、納税者の納税倫理の低下につながるといってよい。

これらの悪循環を納税環境整備は好循環に転換する役割を担う必要があるといえる。

論　　説

人に帰属しない利益の侵害と民事責任（3・完）

―― 純粋環境損害と損害の属人的性格をめぐる フランス法の議論からの示唆 ――

小野寺　倫　子

目　　次

はじめに

第１章　集団的損害と損害の属人的性格に関するフランス法の検討
　はじめに
　第１節　損害の属人性と集団的損害に関する民事責任法の学説
　第２節　民事訴訟法の学説　（以上、62巻６号）
　第３節　判例の検討
　第１章のまとめ

第２章　損害の属人性の再定位
　はじめに
　第１節　損害の属人性の再定位の必要性
　第２節　純粋環境損害の実体法上の性格
　第３節　純粋環境損害の手続法上の性格
　第２章のまとめ　（以上、63巻１号）

第３章　純粋環境損害の民事救済と日本法
　はじめに
　第１節　環境侵害の民事救済に関する日本法の状況（１）―実体法
　　はじめに
　　１　私法上の環境権構成
　　２　秩序違反構成

３　環境損害概念・団体訴訟からのアプローチ
第１節のまとめ

第２節　環境侵害の民事救済に関する日本法の状況（２）―手続法
はじめに
１　当事者適格の観点から
２　訴えの利益の観点から
３　紛争解決過程における団体の役割という観点から
第２節のまとめ

第３節　日本法とフランス法の比較検討
はじめに
１　実体法の次元において
２　手続法の次元において
３　日本とフランスの法状況を分けたもの
第３節のまとめ

第３章のまとめ

おわりに　（以上、本号）

第３章　日本における純粋環境損害の民事救済の可能性

はじめに

環境侵害から生じる損害については、二つの場合を分けて考えなければならない。一つは、環境に対する侵害が特定の法主体に対して損害を生じさせる場合である（たとえば、公害、生活（近隣）妨害）。二つ目は、環境侵害の影響が環境自体にとどまり、特定の法主体に帰属する利益には損害を及ぼしていない場合である[1]。日本においては、民法の領域では純粋環境損害はまだ一般的な概念ではないが[2]、環境損害に関する上記２

[1] 本稿冒頭「はじめに」（北法62巻６号（2012）1833［42］頁）を参照。
[2] 民法の領域における純粋環境損害に対する言及は、フランス法の紹介の場面

類型のうち、後者に関して展開されている議論は、本稿の検討に関わる[3]。

フランス法と同様に、日本法においても、民法は、伝統的には、人（自然人ないし法人）に帰属する利益の保護を目的とすることを前提としてきた。したがって、人に帰属しない利益の侵害を民事責任の枠組みの中で扱うことは、伝統的な考え方に立つならば、出発点において矛盾を抱えている。しかしながら、民法の学説は、深刻な公害の経験を経て、特定の人に損害が発生する以前の段階で環境侵害に対処するために、環境利益の侵害について民事救済の可能性を探ってきている。また、民事訴訟法の学説においても、はやくから、環境侵害のような個人に帰属しない利益に関する民事訴訟の可能性に関して、訴えの利益や当事者適格の観点から議論が行われてきている。

しかしながら、日本においては、フランス法とは異なり、実体法の次元でも手続法の次元でも上記の学説の試みは裁判所の肯認するところとはなっていない。このような違いは何を原因とするのか。本章においては、まず、実体法（第１節）と手続法（第２節）の各領域において、日本法が環境侵害の民事救済にどのように取り組んできたのかについて、今日までの議論状況を整理・概観する。次いで、日本法とフランス法の状況を比較し、彼我の差異の理由を探り、フランス法の議論の中から日

に限られるようである。ただし、生態損害あるいは環境被害ないし環境損害という表現が純粋環境損害に相当するものを表して用いられていることがある（吉村良一『公害･環境私法の発展と今日的課題』法律文化社（2002）60頁以下、88頁以下、大塚直「環境損害に対する責任」ジュリ1372号（2009）42頁以下、淡路剛久「権利の普遍化･制度改革のための公害環境訴訟」淡路剛久ほか編『公害環境訴訟の新たな展開―権利救済から政策形成へ』日本評論社（2012）44頁など）。なお、最近は一般的な環境損害の賠償に関する研究においても純粋環境損害の概念が用いられはじめている（大塚直「環境法における費用負担と原子力損害賠償」新世代法政策学研究15号（2012）（以下「原子力」）117頁））。

[3] なお大塚･前掲注（２）「原子力」117頁は、原子力損害の賠償範囲に関して、純粋環境損害と合理的な回復措置・対応措置費用とを区別するが、後者については、フランスでは純粋環境損害の金銭評価に関して原状回復費用の償還という考え方があり（拙稿「フランス民事責任法における環境自体に生じた損害（純粋環境損害）の救済手段について」早誌60巻２号227頁）、この観点からは、純粋環境損害の問題として扱うこともできるのではないかと思われる。

本法の抱える問題の解決の手がかりを見出すことを目指す（第３節）。

第１節　環境侵害の民事救済に関する日本法の状況（１）―実体法

はじめに

日本の環境法の生成過程において大きな役割を果たしたのは、民事訴訟を通じた公害被害者の救済であった。もっとも、人々に甚大な影響を及ぼす公害の経験を経て、現在まで、公法、特に行政法の領域で環境保護法制の整備が進められてきている。今日、環境法の中心は、これら環境保護に関する行政法が担っているといってよい。確かに、実際に被害が発生してからの事後的救済よりも、被害の発生を防止することが望ましいことは疑いがない。事後的救済についても、訴訟という時間と費用のかかる制度を介在することなく行政的な手法で被害の回復をはかる方が効率の点で優れている。また、特定の個人に帰属しないという環境の性質は、私法にはなじみにくい。したがって、環境法の担い手が私法から公法へと移っていくことは必然の流れであるということもできよう。

しかしながら、民法の学説においては、現在においても環境侵害の場面で私法上の救済手段の必要性が完全に失われたわけではないとの主張も根強い。環境侵害の救済における私法の役割については、近時学説の議論が盛んになりつつある[4]。しかし、この論点は本稿の議論の前提をなすものであるが、本稿は、この問題の解決を直接の目的とするものではない。したがって、以下では、本稿における検討に先立ち、冒頭「はじめに」（北法62巻６号1833［42］-1832［43］頁）で挙げた諸理由により、

[4] 文献は多数あるが、たとえば、藤岡康宏『損害賠償法の構造』成文堂（2002）414頁以下、宮沢俊昭「集合的・公共的利益に対する私法上の権利の法的構成についての一考察（１）」近畿54巻３号（2006）104頁以下、吉村良一『環境法の現代的課題　公私協働の視点から』有斐閣（2011）41頁以下、吉田克己編著『環境秩序と公私協働』北海道大学出版会（2011）などを参照。景観利益に関するものではあるが、公私協働論の前提となっている公私二元論を批判するものとして中村哲也「民法上の法形成と民主主義的国家形態」民法研究６号（2010）41頁以下、公共的利益について民法が関与すること自体に対する行政法研究者からの批判として阿部泰隆「景観権は私法的（司法的）に形成されるか（上）（下）」自治研究81巻２号（2005）３頁以下、81巻３号（2005）３頁以下などもある。

環境の保護について一定の範囲で民事上の救済が要請されることを前提に、第１章、第２章で見たフランスの議論と関連する日本法の議論の分析を進める。

さて、日本においては、人の生命・身体・財産に直接的な影響を及ぼす以前の段階における環境侵害の民事救済に関する議論は、以下で見るように私法上の環境権の提唱を出発点としている[5]。もっとも、初期の私法上の環境権の主張は、理念として優れたものを内包しつつも、法律構成としては不十分な点を多く有し、そのままの形で学説・判例に受容されることはなかった。しかし、その後、学説は、あるいは環境権の内容を法的に深化･再構成することによって､あるいは権利以外の構成によって､環境権の主張の意図した内容を実現する可能性を探求してきている。

詳細は、本章第３節で検討することになるが、ここで、第１章第２章で分析の対象としたフランス法との対比において、この問題に関する日本の民法上の議論の特徴を大まかに示しておく。

まず、日本では、環境侵害の民事救済に関する議論が、差止めという侵害の効果と密接に関連しているということである。このことは、日本の民法においては不法行為の効果が原則として金銭賠償に限定され、しかも差止めについて一般的な規定がないことに関わると考えられる。フランスでは、純粋環境損害の問題が主に民事責任の成立要件である損害の問題として議論されてきており、民事責任の効果よりも成立の場面が議論の中心となっているのとは対照的である[6][7]。

---

[5] この問題については、所有理論からのアプローチも存する（たとえば吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』有斐閣（2000）421頁以下）が、本章では、第１章第２章におけるフランス法の検討との対応の見地から、検討対象を不法行為及び差止め（広義の不法行為）に関する議論に限定する。

[6] フランス法においては、（環境侵害に関する裁判実務の実情はともかくとして､）少なくとも理論的には、金銭賠償以外に現物賠償として、多様な救済手段が認められる可能性がある（V.G. Viney et P.Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, 3^{e}éd., LGDJ, 2010, n^{os}27 et s., P.Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, 8^{e}éd., Dalloz, 2010, p.143.）。これに対し、この問題に関する日本の議論は､不法行為に基づく損害賠償を排除するものではないとしても、主に差止めを中心に展開されている感がある。もっとも、体系書・教科書等の

第２に、日本の学説においては、人に影響の及ばない段階にある環境

叙述においては、一方において不法行為における被侵害利益に関して環境権・環境利益（広義の環境損害―人の生命・身体・財産に影響を及ぼしうる環境侵害に関わる―の問題を含む）をとりあげるものもあり、他方で、差止めの根拠の一つとして後に見ることになる私法上の環境権説や（環境）秩序違反説が紹介されることもある。たとえば、前者の例として、四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為　中巻・下巻）』青林書院（1985）329-330頁（ただし、差止めの根拠に関する学説の一つ（権利構成説の一類型）として環境権の紹介がある（480頁））、加藤雅信『新民法体系Ⅴ　事務管理・不当利得・不法行為［第２版］』有斐閣（2006）214頁以下（特に216頁以下。差止めに関する記述においては、注で被侵害利益に関して環境権について言及した箇所の参照が指示されている（298頁）。）、内田貴『民法Ⅱ債権各論［第２版］』東京大学出版会（2007）344頁以下（特に346頁）、窪田充見『不法行為法』有斐閣（2007）143頁以下、後者として、沢井裕『テキストブック　事務管理・不当利得・不法行為［第３版］』有斐閣（2001）124頁、吉村良一『不法行為法〔第４版〕』有斐閣（2010）120頁以下、藤岡康宏ほか『民法Ⅳ債権各論〔第３版〕』有斐閣（2005）341頁〔藤岡執筆〕など（なお、差止めを扱わない森島昭夫『不法行為法講義』有斐閣（1987）は、被侵害利益についても環境権・環境利益に触れない）。不法行為の被侵害利益と生活妨害の差止めの双方において、環境利益及び環境権論等を扱うものとして、潮見佳男『不法行為法』信山社（1999）53頁以下（特に56頁以下）及び483頁以下（特に485頁以下）、第２版である同『不法行為法Ⅰ』信山社（2009）234頁以下も不法行為における権利・利益侵害に関して、環境権や環境利益に関わる諸問題に言及している（不法行為制度の目的に関する同書37頁以下も参照。なお、同書は差止めに関する部分を含まない））。これは、公害の経験から損害発生の前の段階での侵害の差止めの必要性が強調されること、フランスとは損害概念のとらえ方が異なり人に影響の及ぶ以前の環境侵害自体を損害として把握する発想には立たないこと、および本文中でも述べたように、民法典に差止めに関する規定を欠き学説にゆだねられる部分が多いことなどを理由としていると考えられる。このように、純粋環境損害に関しては日本とフランスの議論の体系的な対応関係が複雑であるが、そのこと自体を比較の一視点ととらえることも可能ではないかと考える。もっとも、差止めの一般的な議論を検討の対象とすることは、本稿の本来の目的を越え、また第１章第２章におけるフランス法の検討とバランスを欠く。そのため、以下本稿においては、人に帰属しない利益の一類型としての「環境」の侵害に関する日本法の民法学説の整理・分析を行うにとどめる。

[7] フランスにおいても、環境への権利構成の主張は、金銭賠償の回避を強調す

侵害に関する議論と、環境侵害を介した人身・財産上の損害が未発生にある段階での当該侵害の差止めに関する議論とが接着している場合が多いことを指摘しなければならない。このことは、フランスの議論では近隣妨害と純粋環境損害とが区別されて扱われている[8]のとは異なっている。

最後に、フランス法では、環境犯罪について一定の環境保護団体等に民事訴権を付与する特別法が存在する。そのため、このような集団的な訴訟制度を所与の前提として純粋環境損害の賠償に関する議論が行われている。それに対し、日本法はそのような制度を有していない。

これらの違いは、この問題について日本法とフランス法を比較する場合にいくつもの困難を生じさせうる。しかし、人に影響が及ぶ以前の段階で環境侵害に対処しなければならないという点において、両国の議論は目的を同じくしている。また、特定の人について排他的な帰属ないし支配を観念しがたい環境を、伝統的に個人の権利・利益の保護を目的としてきた民法の枠組みの中でどのように位置づけ、その保護を可能とすべきか、という理論上の問題意識も共通である。したがって、この問題に関する両国の法状況を単純にパラレルな関係にあるものとして扱うことはできないとしても、相互比較は可能であるし、そこから一定の示唆を得ることもまた可能であると考えられる。

以下では、人に影響の及ぶ以前の環境侵害の民事救済に関する民法（実体法）の学説の状況を整理することにしよう。まず、この問題に関して最初に登場したアプローチである私法上の環境権の確立に関する主張とその展開をみる（１）。次いで、伝統的な権利概念と環境の性格とが適合しないことを指摘し、環境に関する秩序違反のサンクションとして構成する一連の見解を検討する（２）。最後に、環境利益あるいは環境訴訟等の新たな視点からこの問題にアプローチを試みている最近の学説を

る（第２章を参照）。しかし、積極的に差止めの効果を導くのではなく、救済手段としての金銭賠償を裁判官の選択肢から排除することを目指している点で、日本法とは異なる。

[8] V.G.Viney et P.Jourdain, *Les conditions de la responsabirité,* 3eéd., LGDJ, 2006, no269-2 et nos938 et s.

紹介する（３）。

１　私法上の環境権

環境侵害に対する私法上の対処の方法としてまず主張されたのは、環境について権利（環境権）の成立を承認しようとする見解である[9]。環境権については、民法の領域だけではなく憲法・行政法の領域においても議論が展開されているが、本稿は環境権論の一般的考察を目的とはしていないため、ここでは分析の対象を私法上の環境権に限定する。また私法上の環境権は、必ずしも人に影響のない段階にある環境侵害のみに関わるものではないが、本稿の問題関心に鑑み、以下では人に影響のない段階にある環境侵害に関わる議論を検討の中心に置く。個別的利益性の強い環境享受、いわゆる個別的環境権などについては扱わない。

（１）大阪弁護士会環境研究会による「環境権」の提唱

日本における環境権の議論は、大阪弁護士会環境研究会（以下、環境権研究会と表記）の提言を嚆矢とする。環境権研究会によると、環境権は、まずもって、「良き環境を享受し、かつこれを支配しうる権利」として定義される（排他性を備えた支配権としての「環境権」）。すなわち、人の生活に不可欠な環境は、「不動産の所有権などとは無関係に、すべての人間に平等に分配されるべきである」。法律的表現によるならば、「環境は万人の共有に属し、共有者の同意を欠く環境の排他・独占的な利用は、それ自体違法」であり、「かかる違法な行為によって、環境が汚染

[9] 私法上の環境権に関する議論全体を俯瞰するためには、和田真一「環境権論」古賀哲夫・山本隆司編『現代不法行為法学の分析』有信堂（1997）197頁以下、吉村良一「公害環境問題の歴史から学ぶもの」大塚直・北村喜宣編『環境法学の挑戦―淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念―』日本評論社（2002）37頁以下、同・前掲注（２）342頁以下、中山充「環境権論の意義と今後の展開」前掲・大塚・北村編『環境法学の挑戦―淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念―』45頁以下、同『環境共同利用権―環境権の一形態―』（以下『環境共同利用権』）成文堂（2006）53頁以下、大塚直「環境権（２）」法教294号（2005）111頁以下、淡路剛久「環境権と環境政策」植田＝森田編『環境政策の基礎』岩波書店（2003）41頁以下などを参照。

され、あるいは汚染されようとしている時には、その環境を共有する地域住民は、具体的な被害が発生しているか否かを問わないで、直ちに」その行為を差止めることができなければならない。この権利が環境権であり、これは「憲法二五条・一三条に根拠をもつ一種の基本的人権でもある」[10]。このように、環境研究会は、私法のみならず、公法の領域においても環境権の機能を説くのであるが、以下では、私法上の環境権に焦点を絞って、その意義と効果及びこの見解に対する学説の批判の各視点からこの見解についてみていく。

環境権研究会は、環境破壊行為の差止め、特に人の健康に具体的な影響が及ぶ以前の段階における侵害の差止めを環境権確立の主眼としている[11]。

ここで環境権の客体としては、大気・水・日照・静穏・土壌のような自然環境に加え、景観、文化的遺産、さらに社会的環境も含まれるとされる[12]。これに対し、環境権の主体については、環境研究会としてはおおむね自然人に限定する見解をとっているとみられるが[13]、同研究会内部には、法人、権利能力なき社団にも環境権が認められるべきだという見解をとる論者も存在する[14]。実際にある環境侵害行為について環境権に基づき差止め等の請求を行うことができる者の範囲については、「地域住民」あるいは「そこに生活する者」[15]と理解されているとみられる。

---

[10] 大阪弁護士会環境権研究会『環境権』日本評論社（1973）22-23頁［川村俊雄執筆］。なおこの見解は同書の刊行以前に仁藤一・池尾隆良「『環境権』の法理」法時43巻３号（1971）154頁以下、仁藤一「環境権の提唱」ジュリ492号（1971）228頁以下などにおいて提唱されていた。

[11] ただし、論文として公表には至らなかったものの、損害賠償の可能性についても研究されたようである。たとえば、汚染者が、環境財の無償利用によって取得した利益の吐き出しとしての損害賠償を環境破壊によって生命・身体に損害を被った者に対し加算する可能性が示唆されている（大阪弁護士会環境権研究会・前掲注（10）259頁〔久保井一匡発言〕）。

[12] 大阪弁護士会環境権研究会・前掲注（10）22頁、23頁〔川村執筆〕。

[13] 大阪弁護士会環境権研究会・前掲注（10）85頁〔真鍋正一執筆〕、161頁〔滝井繁男執筆〕。

[14] 仁藤・前掲注（10）230頁。

[15] たとえば、大阪弁護士会環境権研究会・前掲注（10）109頁、161頁〔滝井執筆〕。

環境権研究会は、民法は差止めについて規定をもたないが、環境侵害を権利侵害と構成することによって差止めの基礎とすることができると考えた。もっとも同研究会の主張は、私法上の環境権の確立によって、単に環境損害の差止めを基礎づけるということだけを目的としていたのではなく、当時の通説であった受忍限度論に対抗可能な理論の構築を企図していた。

初期の私法上の環境権論によって批判された受忍限度論とは、不法行為の成立要件について民法709条の権利侵害を違法性と読みかえる見解を前提として、この加害行為の違法性の判断を被害者･加害者双方の種々の事情を総合的に考慮した上で、共同生活上の受忍限度の範囲を基準として判断するものであり、判例･多数説はこの立場に立つといわれる[16]。たとえば、自己の所有地の中でばい煙を発生させること自体は自由であるが、これが所有地の境界を越えて他人に被害を与えた場合は、所有権ないし営業権の範囲を越え、原則として違法である。しかし、発生した被害が共同生活上相互に受忍しなければならない限度を下回る範囲においては、例外的に違法性が阻却されるなどと説明される[17]。環境法研究会の提唱する環境権説がこのような受忍限度論を批判したのは、受忍限度論が、環境侵害の場合においても、一定の範囲で利益衡量の余地を認めていたからである[18]。

同書250頁以下〔久保井発言〕によると、これは「同一大気圏の住人」である。

[16] たとえば、大塚直『環境法第３版』有斐閣（2010）666頁の説明を参照。

[17] 加藤一郎編『公害法の生成と展開』岩波書店（1968）27-28頁〔加藤執筆〕。それによると、このような受忍限度論は、いわゆる信玄公旗掛松事件において大審院が示した権利濫用論（権利の行使において他人の権利を侵害したとしても、その侵害が社会生活の必要上認容しなければならない範囲においては、不法行為は成立しないという考え方）よりも、被害者の保護に資するとされる。権利濫用論では、違法性の立証責任が被害者に課されるが受忍限度論では、加害者が自己の行為が受忍限度の範囲内にとどまることの立証をしなければならないからである。同書387頁以下〔野村好弘執筆〕も参照。

[18] 受忍限度論に対する大阪弁護士会の批判を積極的に評価する見解として、たとえば、甲斐道太郎「民法学のあゆみ」法時45巻５号（1973）166-167頁（大阪弁護士会環境権研究会「環境権確立のための提言」ジュリ479号及び同「環境権と私的救済」ジュリ506号に対する書評）がある。これによると、環境権

以上のような環境権研究会による私法上の環境権の主張に対しては、理念的にはともかく、法律構成に関してはいくつかの点について学説から批判がなされている。

たとえば、行政法研究者からは、「裁判特に民事訴訟が抽象的な環境権の審理に適するかどうか」という疑問が提起された[19]。この批判は、立法・行政の領域における指導理念としての環境権の意義を認めつつも、環境権に基づく民事訴訟を容認することは、裁判所の政治的中立性を害する恐れがあるとして、私権としての環境権確立に対し懐疑的態度をとるものである[20]。また、差止めあるいは妨害排除は、被請求者の自由を制約するものであり、これを正当化するだけの「客観的かつ明確な法的根拠が必要」である。したがって、差止め等は、「契約または法律上の権利あるいは少なくとも国民的合意に基づく限定的な法益」に関する請求でなければならず、単なる「地域の環境が悪化する懸念」では足りないとする[21]。

また、民法研究者からは、特に新受忍限度論の論者から、たとえば次の諸点について批判がなされた。まず、差止めとの関係においては、①環境権説は公害の差止めと環境保全のための差止めを区別していない。後者については、環境権を認めるかどうかとは別の問題である（住民訴訟の観点から論じるべきである）。[22]②差止めの判断基準について、環境

論においても利益衡量自体は否定されていないが、これは受忍限度論のような「無原則な裸の利益衡量」ではなく「広義の利益衡量」である。そして、この見解は、環境侵害の場面では、受忍限度論のような「市民法的な相対的な価値判断」ではなく「有限の自然環境との関係における絶対的な価値判断」であるとして、受忍限度論の現状に対する妥協的性格を批判する（同・167頁）。

[19] 原田尚彦『環境権と裁判』弘文堂（1977）10頁。

[20] 原田・前掲注（19）21-22頁。なぜなら「環境保全と産業開発は、ともに重要な社会的価値」であって、原告住民と被告企業との相対的解決にはなじまず、裁判所の判断すべき事柄を越え、地域全体から見た「政治政策的次元に属する問題」として民主的な決定にゆだねられるべき問題だからである（同・11-12頁）。

[21] 原田・前掲注（19）10頁。

[22] 原田尚彦・野村好弘・淡路剛久「公害訴訟と環境権」ジュリ492号（1971）〔野村・淡路執筆〕240-241頁、244-246頁。

権説は利益衡量を排除すべきことを主張しているが、他方で一定の利益衡量を前提としているとみられる節もあり、利益衡量の排斥によって環境権説の特色とすることはできない[23]。

損害賠償との関係では、①環境権論は、受忍限度論は現実に被害が存在する場合にも加害行為の態様に不法性が欠ける場合には違法性がないとする点で加害者側に有利に機能すると批判する。しかし、判例における受忍限度論の機能は、騒音・日照妨害のように生命・身体・財産への侵害として現れない被害において、精神的苦痛の有無（「損害の発生」）の判断に用いられるにすぎず、その意味は限定的である。また、いかなる軽微な被害についても侵害の違法性を肯定し、賠償を認めるべきという環境権の主張は現実的ではない[24]。②環境権の論者は、過失について、違法性とは別個に予見可能性存否を判断すべきとしているけれども、予見可能性の内容としては、環境汚染という事実の認識または認識の可能性で十分であるというのであり、これでは大程の場合に故意ないし少なくとも過失が成立することになり、過失要件に独自の意味はなくなる[25]。③環境権説は、因果関係の問題について論じていない[26]、などと指摘している。結局のところ、「従来の私法理論は、個人的被害が生じた場合を中心に組み立てられているのであって、一般的環境破壊の段階で企業の責任を追及していくには無力である」が、この問題は環境権概念によって解決するわけではないという[27]。

より一般的に、環境権説は、原告の個別的利益とは理解することが困難な環境利益を私権に私権性を認めようとしているという指摘がある[28]。この問題は、後述の秩序違反構成による環境利益の保護という考え方へとつながることになる。

---

[23] 原田・野村・淡路・前掲注（22）〔野村・淡路執筆〕241頁。
[24] 原田・野村・淡路・前掲注（22）〔野村・淡路執筆〕243頁。
[25] 原田・野村・淡路・前掲注（22）〔野村・淡路執筆〕244頁。
[26] 原田・野村・淡路・前掲注（22）〔野村・淡路執筆〕244頁。
[27] 原田・野村・淡路・前掲注（22）〔野村・淡路執筆〕244頁。
[28] たとえば、大塚・前掲注（16）682頁。

（２）学説における環境権説の発展

上述の初期の環境権説とこれに対する批判を参照して、環境権の考え方は、学説において深化の過程をたどった[29] [30]。そのような深化は環境権を実体的な側面から精緻化するものと適正な手続きという新たな観点からとらえなおすものとに大別できる。以下、代表的な見解を見ていく。

①環境共同利用権説

実体的な観点からの研究として現在における環境権説の一つの到達点として、環境共同利用権説を挙げることができる（中山充説）。

この見解は、環境保全の重要性とそれについてもっぱら国会と行政庁にゆだねることの問題を指摘し、各人が裁判を通じて、環境利益の保障を実現するための手段として、環境権の確立の必要性を確認する。しかし、この見解によると、大阪弁護士会環境研究会をはじめとする従来の環境権の考え方には、次のような問題点があるという。

一つは、環境権と人格権や所有権との関係である。この見解は、環境権と人格権や所有権との密接な関係を認めつつも、個人的な権利によっては保護されない環境利益の保護に環境権のもっとも積極的意義を見いだす。そして、この意義を確保するためには、環境権を人格権や所有権

[29] 私法上の環境権の確立に積極的な立場をとる学説としては、後に詳述する見解のほか、たとえば、谷口知平「環境法と環境権」民商78巻臨時増刊（１）（1978）369-370頁（環境に関する諸立法の統一的な理念目標である「良好な人間環境の保全」を実現するために環境権の確立を説く。具体的な権利の内容は権利者の範囲の詳細については、判例法理によって形成されるべきであるとする。しかし、上記のように環境権は、環境に関する諸立法（「客観的な環境法」）の「主観的表現」であって、「環境法の変動に従い、環境権の具体的内容や範囲も変わる」ものであるという）、甲斐・前掲注（18）、篠塚昭次「『環境権』否定判決への疑問―『受忍限度論』の公害性」法時46巻５号（1974）22頁以下、沢井裕『公害差止の法理』日本評論社（1976）29頁以下など。

[30] 環境権研究会以後の環境権説の修正ないし発展については、注（９）にあげた諸論文のほか、大塚直「環境訴訟と差止の法理―差止に関する環境共同利用権説・集団利益訴訟論・環境秩序説をめぐって」能見ほか編『民法学における法と政策』有斐閣（2007）707頁以下を参照。

等から明確に区別する必要があるとする[31]。環境は、商品交換の対象になりえないか、あるいはすべきではないものであって、本来個人による排他的支配を認めることができないか、あるいは認めるべきでないという性質を有する。しかし、各々の住民に正当に認められている「利用」とその利用の維持・保護のために存在している一定の規律に着目するならば、環境について住民は、「他の多数の人々と共同で一定の利益を享受できる」「利用利益」を有しているといえる。この利益は、法的な保護の対象と考えることができる。この利益は、環境権によってその範囲を確定される、という[32]。

この見解は、一方においては、所有権との混同を避けるために、「環境共有の法理」を環境権の前提とすることを批判し、他方においては、人が環境とのかかわりあいにおいて示す能動的側面を強調し、環境の「享受」あるいは「享有」という表現の不適切さを指摘する。このような意義において、民事上の環境権を「環境共同利用権」と呼び、その内容を「他の多数の人々による同一の利用と共存できる内容をもって、かつ共存できる方法で、各個人が特定の環境を利用することができる権利」と定義する[33]。

環境共同利用権の内容は、権利の客体、主体、権利行使と妨害に対する効果の観点から次のように説明される。

まず、権利の客体、つまり環境について、この見解は、環境には、社会的環境と自然的環境とがあることを確認した上で、環境共同利用権の客体を後者の自然的環境に限定する。その理由は、上記両環境の間に対立関係が生じる可能性があること（その場合、憲法の価値序列に従って自然的環境が優先されるべきこと）、社会的環境の人為性（自然的環境との性質の相違）そして環境権を明確なものとして構成する必要性である[34]。

自然的環境は、具体的には大気、水、地盤という環境要素から構成さ

---

[31] 中山・前掲注（９）『環境共同利用権』104頁。
[32] 中山・前掲注（９）『環境共同利用権』104頁-105頁。
[33] 中山・前掲注（９）『環境共同利用権』110頁-111頁。
[34] 中山・前掲注（９）『環境共同利用権』113頁-114頁。

れる。これらの要素は、所有権の対象たる土地の構成要素となりうるが、ほかの土地にも流動しうるものであり、また他の土地上の環境要素と密接な相互の関連性を有する。このような環境要素の性質と人の行動とがあいまって、環境要素の利用は多数の人々による強度の共同性を示すことになる。この意味で、環境の価値は、その環境を利用する人々の「人格的利益の総和と対応」するものであるけれども、「個々の人格的利益からは独立」したものとして客観的性格を示すとされる[35]。

環境は、このように、共同の利用の対象となるものであって、所有権のような「排他性」を有しない。そのため、物権の対象のような厳密な特定を必要とするものではないが、物の直接的な利用権能という側面においては物権と共通し、その意味で支配権の一種である。そのため、権利の具体的内容、権利者の範囲の確定が必要である[36]。

環境共同利用権の主体は、すべての自然人とされる。もっとも、個々の自然人を主体とすることが環境の管理・保護にとって不十分または不適切である場合には、例外的に環境の管理・保護を目的とする団体にもその目的の範囲内で環境利用権の主体性が認められる[37]。なおこの見解は、各個人が、自らの環境利用について個々に権利を有すると考えるため、ある環境侵害について権利侵害を主張できるのは、自らの環境の直接的利用を妨害されまたは妨害されるおそれのある者に限られる[38]。

最後に、環境利用権の行使は、環境の利用であり、これに即して環境の管理・保存行為をすることも可能である。その利用が妨害されあるいは妨害されるおそれがある場合には、環境共同利用権の侵害に基づき、妨害の除去または予防を目的とする差止め・原状回復を加害者に対して請求することが認められる。損害賠償については、帰属主体は地方公共団体等とされる[39]。

---

[35] 中山・前掲注（９）『環境共同利用権』115-116頁。
[36] 中山・前掲注（９）『環境共同利用権』105頁。
[37] 中山・前掲注（９）『環境共同利用権』121頁。
[38] 中山・前掲注（９）『環境共同利用権』105頁。
[39] 中山・前掲注（９）『環境共同利用権』133頁、138頁。

②環境権の手続的アプローチ

よい環境の享受・利用そのものという実体的な側面からのみならず、環境に関わる手続きの適切な実施という視点から環境権を構成する見解も登場している。環境に対して影響を及ぼす行為について、環境侵害自体ではなく、環境に関わる手続きの不適切さに基づいて差止めというサンクションを与えることによって、間接的に環境の保護・保全を促進しようとする考え方である（淡路剛久説）[40]。

この見解は、環境権について否定的な態度をとっている従来の裁判例から、以下の要素を抽出する。まず、裁判所において環境権に基づく救済を主張するためには、原告が自己の法益の侵害（ないし侵害のおそれ）について主張・立証しなければならない。この自己の利益の侵害という要件は、「裁判所を利用する要件（資格）」である[41]。また、いわゆる嫌悪施設に関する裁判例からは、差止めを認容するか否かの判断において、アセスメント等の手続きの適切さが重視されていることが判明する。これらの要素を考慮すると、環境権は、手続的な側面から、次のように再構成することができる[42]。

すなわち、環境権の主体（＝裁判所を利用する資格を有する者）は、権利の客体（＝環境）について何らかの「法的に保護されるべき利益」

---

[40] 淡路剛久『環境権の法理と裁判』有斐閣（1980）40頁以下、同「権利生成のための法解釈学―環境権訴訟を例として―」曹時50巻６号（1998）19-20頁、同・前掲注（９）62頁以下、その他同「私の研究史断章―川島法学・連帯債務・不法行為・公害環境法―」吉田邦彦編『民法学の羅針盤』信山社（2011）119頁以下など。もっとも淡路説は元来実体的な側面と手続的な側面の両面から私法上の環境権へのアプローチを試みる見解であった（上記『環境権の法理と裁判』41頁を参照）。しかし、現在では、後者の手続的アプローチが淡路説として紹介されることが多い（吉村・前掲注（２）345頁、大塚・前掲注（９）112頁）。また、主張者自身も、その後の論文等においてその主張の独自性を手続的アプローチに見出している（淡路・前掲注（９）62頁など）ため、ここでも淡路説を環境権の手続的アプローチに関する学説として取り上げる。

[41] そのうえで、裁判所利用資格としての環境権（入浜権、日照権等の個別的環境権）は、広くとらえられるべきであるとする（淡路・前掲注（９）62頁）。

[42] 淡路・前掲注（９）62頁。

を有する者である[43]。原告の法益の保護とかかわりのなく手続きの違法性一般を争うこと、または手続きの違法を根拠としての差止めは、従来の民事訴訟法においては､解釈論の範囲をこえるからである[44]。そして、ここで法的に保護される利益とは、端的には、環境権の主体と侵害されている環境（環境権の客体）との間の「関わり」であるとされる。例としては、問題とされている環境の保全を目的として設立され、活動している自然保護団体（法人ないし権利能力なき社団として民事訴訟法29条に基づき訴えを提起できる団体）が挙げられる。ある団体について環境権の客体となりうる環境の範囲は、定款や実際の活動を基準に決定される。このような環境権の主体としての資格は、上述の意味における「法的に保護されるべき利益」の存在という要件を満たせば個人にも認めることができるが、まず、環境保護団体にこのような環境権を付与し、その後個人へと主体の範囲を拡張することが現実的であるという[45]。

そして、環境権の手続的アプローチによると、環境に対して影響を及ぼす可能性のある行為について差止めを認めることができるかどうかは、実体的な環境破壊の程度ではなく、環境保全手続きの適正さに基づいて決定される[46]。

③環境利用権説・環境権の手続的アプローチの統合

近時は、以上で見たような学説における環境権の発展を統合し、環境権を「環境秩序の形成維持に参加する権利」と「環境秩序を適正に、他のアクターの享受と共存できるようなやり方で享受しうる権利」という二つの側面を持つ権利として構成すべきであると主張する見解もある。公法上の手段の補完あるいは市民生活の基盤としての環境という観点から、その公共的性格にもかかわらず、環境利益に対して住民の権利を構成することが可能かつ必要であるとする（吉村良一説）[47]。

---

[43] 淡路・前掲注（９）63頁。
[44] 淡路・前掲注（９）63-64頁。
[45] 淡路・前掲注（９）63頁。
[46] 淡路・前掲注（９）63-64頁。
[47] 吉村・前掲注（４）有斐閣114-116頁。なお、論者の環境損害の賠償に関す

なお、この見解は、差止めに関する基本的立場として「権利侵害の場合は、その侵害に保護を与えるべきとの価値判断が権利概念の中に内在されていることから、原則として直ちに（侵害行為の態様等の相関的判断を待つことなく）」、権利侵害に当たらない侵害行為については、「侵害行為の態様等を考慮して」差止めが認められるという「権利論を内在的に組み込んだ違法侵害説」を採用する[48]。その上で、差止めの根拠となる権利・利益については絶対的な保護が要求される権利から「侵害行為の態様等との総合的な衡量」によって差止めによる保護の要否が検討される弱い利益まで広くとらえる[49]。

以上の考え方に立脚したうえで、環境利益に関して民事訴訟における差止請求権の主体は差止めの根拠とされる権利・利益と一定の関係を有する者であるとする。ただし、この「関係」は、特定の個人への排他的帰属関係には限定されず、「より緩やかに、利用、享受、関与で足りる」。したがって、排他的帰属を観念できない公共的性格を有する環境利益の侵害についても上記のような一定の「関係性」を有する主体に差止請求権が認められる可能性がある。そして、このような関係性は、私人（個人）だけではなく、団体にも認められる場合があるとされる[50]。

（３）環境権説に対する判例の態度

判例は、私法上の環境権に対し、消極的な態度をとっていると評価されている。特にその中核的主張である個別的主体に対する具体的な損害

る見解については、後述本節３を参照。

[48] 吉村・前掲注（４）227-228頁。同書は、権利侵害の差止めの場合もそれ以外の利益の侵害の差止めの場合もその基礎は違法性であり、その点で差止め法的構成ないし根拠に関するいわゆる秩序説（秩序違反に基づく差止め、後述本節２）あるいは制度説と基本的な発想を同じくすることを認めつつも、なお権利論を維持することに一定の意義を認めている（同書228頁。177頁-178頁も参照）。

[49] 吉村・前掲注（４）228頁。なお、この見解は、権利と利益の間に流動性を認め、権利・利益それぞれの内部においても、保護の必要性の強弱が異なるものが存在することを認める（同書・同頁）。

[50] 吉村・前掲注（４）116、229頁。

発生以前における侵害行為の差止めは判例によって今日まで認容されていないといわれる[51]。ただし、訴えの利益、原告の当事者適格に関しては、環境権に基づく差止請求の訴えを適法とした下級審裁判例がある[52]。

---

[51] 大塚・前掲注（28）682頁。なお、原田・淡路・野村・前掲注（22）242頁〔野村・淡路執筆〕は、環境権説が実質的に環境権を認めた判決と評価する吉田町し尿処理センター事件（広島地裁昭和46年５月20日判決、判時693号27頁、判タ289号147頁）は、生活妨害（健康被害）に関する差止めの事案であって水質汚染・大気汚染そのものを問題としているわけではなく、環境権に関わる事案ではないと評価する。

[52] たとえば、伊達火力発電所建設差止訴訟第一審判決（札幌地裁昭和55年10月14日判決、判時988号37頁）は、以下のように判示して環境権に基づく訴えの適法性を肯定した。すなわち「民事訴訟の対象となりうる請求は、単なる生活利益の主張では足りず、なんらかの法律的に当否の判定できる特定の個別的、具体的権利関係に基づくものとしての生活利益の主張でなければならないが、しかし、それ以上進んで、右権利関係が実在することまでも必要とするというものではない。果たして現に存在するか否かは、訴訟の本案の審理において判断されるべきことに属する。ところで、本件主位的請求は、本件発電所の建設の差止なる給付を求めるものであるが、そもそも給付訴訟においては、給付の内容自体が不能若しく法秩序に反する場合であればともかく、そうではない以上、給付の内容が何らかの法律的当否の判定に適する権利の主張であれば足り、審判の対象としての資格を有する者というべきである。そして、これを基礎づけるところの権利の存否については、本案審理の問題として扱うのが相当である。本件主位的請求のうち環境権に基づく部分は、建設差止請求が求める給付の内容であって、環境権の存否は、これを基礎づけ特定しようとするものにすぎず、その存否の判断をとおして解決するに適するものということができるから、請求の資格を備えているものと」いうことができるというのである。また、本件では、発電所の建設予定地（伊達市長和地区）から離れた札幌市に在住する原告についても原告適格が肯定されている。このほか、東北電力女川原発訴訟第１審判決（仙台地裁平成６年１月31日判決、判時1482号３頁）は、原子力発電所から20km 以内に居住する住民からの原子力施設の運転・建設の差止請求訴訟において、「原告らが主張する環境権が実定法上の明文の根拠がないことは被告の指摘するとおりであるものの、権利の主体となる権利者の範囲、権利の対象となる環境の範囲、権利の内容は、具体的・個別的な事案に即して考えるならば、必ずしも不明確であるとは即断し得ず、環境権に基づく本件請求については、民訴法上、請求権として民事裁判の審査対象としての適格性を有

１のまとめ

人に影響が発生する以前の段階にある環境侵害への私法上の対処手段として、まず主張されたのが、これまで見てきた私法上の環境権論である。大阪弁護士会環境法研究会によって提唱された環境共有の法理を基礎とする環境権の主張は、前提となっている環境共有という考え方が理念としてはともかく民法理論としては問題点を有すること、利益衡量を一切拒絶する硬直さなどが原因となって一般的に受け入れられるには至らなかった。しかし、人に影響が発生する段階以前の環境侵害について、環境について私法上の「権利」の成立を認めることによって対処するという基本的な発想については、その後一定の学説に受継がれ、発展を遂げてきた。

環境侵害の救済について権利構成をとることには、以下のような意義があると考えられる。一つは、権利侵害を根拠として、民法上に規定をもたない差止めという効果を導くことである（差止めの根拠に関する「権利説」の一類型としての「環境権説」[53]）。もう一つは、特定の法主体（侵害の対象となっている環境の下で生活している住民など）に環境権の帰属を認めることによって、誰が訴訟において訴えの利益を有するかという手続法の次元の問題を克服することである。現在のところ、環境権の考え方は、後者の訴訟主体に関する点では、実務上ある程度の意義を認められているとはいえ、人に影響を及ぼす以前の段階にある環境侵害の差止めの基礎としては、判例上受け入れられる理論となっていない。

しかし、人類の生存基盤である環境への侵害に対するサンクションの必要性、つまり環境権の主張の基礎をなしている理念の正当性は疑うべくもない。そこで、人に帰属しないの環境について、個人に対する帰属を基本的な性格とする「権利」を設定したことに環境権説の問題性を見

しないとはいえないから、本件訴えは適法であるというべきである」とした（ただし、実体法上の問題としては、本件原子力施設の通常運転から放出される放射線量は極めて少なく、事故発生の恐れも認められないとして、人格権または環境権に基づく差止請求は認められないとした）。

[53] 沢井・前掲注（29）２頁、藤岡ほか・前掲注（６）341頁〔藤岡執筆〕、吉村・前掲注（６）118頁以下などを参照。

出し、権利とは異なる論理構成に基づいて、当初環境権説が意図した目的を達成しようとする見解が現れている。次に見る秩序違反構成という考え方である。

２　秩序違反構成

以上の環境権構成に対し、環境侵害を環境の利用、保全あるいは享受に関する秩序に対する違反と評価し、この違反に対するサンクション、反作用として民事救済が可能であるとする一連の見解がある[54] [55]。以下では、まずこの考え方に立つ論者の見解を個別に検討した上でこの立場の特徴の抽出を試みる。

（１）原島重義説

この見解は、環境権論の主張の中に環境利用秩序の維持・回復という視点を見いだす。もっとも以下で説明するように、環境の性格と権利の性質とは不適合性であると指摘する（「権利論の限界」）。しかし、そこから直ちに環境権の主張のすべてを否定するのではなく、権利論における環境権論の意義を示し、環境権論者の主張を実質的に実現するための理論として権利侵害とは異なる法律構成（秩序違反構成）を提示する[56]。

同説によると、環境権の主張は、権利論との関係において、二つの意

[54] 秩序違反に対するサンクションという考え方は、環境侵害の場面のほかに競争法の領域も議論の対象としてきた。ただし、以下では、本稿の問題関心にかんがみ、環境侵害に関する議論のみを検討の対象とする。

[55] 差止め一般に関する研究であるが、競争秩序違反や環境秩序違反への対処を一つの出発点とするものとして、根本尚徳『差止請求権の理論』有斐閣（2011）２頁以下がある。秩序違反と差止め一般の関係については、藤岡康宏『法の国際化と民法』信山社（2012）137頁以下を参照。

[56] 原島重義『市民法の理論』創文社（2011）446頁以下。ただし、原島説は、環境権説の一類型として分類される場合がある。たとえば、和田・前掲注（９）201-202頁（「古典的権利を超えた……すなわち、……一個人に帰属するのではない権利」）、福永有利『民事訴訟当事者論』有斐閣（2004）228頁を参照。「環境権は、環境破壊によって直接被害を受けた、もしくは受けるおそれのある市民が、差止・賠償請求することによって、環境利用秩序の回復を促す実体私法上の権利」であるとして原島説を引用する、沢井・前掲注（29）23頁も参照。

義を有する。一つ目は、環境権論による、受忍限度論（特に違法段階論）に対する批判である[57]。二つ目は、環境権論が、権利論の限界をこえた問題を包含している点である[58]。

これらのうち、本稿の問題意識と関わるのは、特に上記二つ目の意義である。この見解によると、環境権論が権利論の限界をこえるのは、環境が「法人や自然人に帰属」せず、「私的所有の対象に」はならない、つまり「社会共用資産」であることに関係する。しかしながら、このような性質を備えた「環境を利用するにはおのずからルールがあり、秩序がある」。したがって、「環境破壊によって直接被害を受けた、もしくは受けるおそれのある市民が差止請求・損害賠償請求をすることによって、環境利用秩序の回復を促すことは、実体私法上の請求権として当然に認められなければならない」、という[59]。

それゆえ、まず、環境利用秩序違反の場合においては、「市民個々の請求の法的な意味は、市民個々具体的な私的利益に対する侵害の排除及び損害の回復をこえている」。したがって、環境破壊が存在する以上、生命・健康のような「権利（以上のもの）の侵害に至らないとしても、請求は認容される」のである[60]。

次に、「市民個々の『被侵害利益』が仮に小さいものであったとしても、そこに環境破壊の実態がある限り、個々の『被侵害利益』はいわゆる『利益衡量』になじまない」ものといわなければならない[61]。

さらに、環境という「経済的効率や効用によってはかれないもの」の回復に関わる市民の請求においては、損害賠償請求以上に差止請求が重要となる。「市民の請求の法的な意味は、訴訟原告の利益だけでなく、

---

[57] 原島・前掲注（56）517頁。

[58] 原島・前掲注（56）517頁。

[59] 原島・前掲注（56）519頁-520頁。同書535頁、541頁も参照。この観点からは、いわゆる環境共有の法理は正確性を欠くことになる。法律上の意味において共有は、「私的所有の一形態であり、分割によって単独所有へ移行する」ものだからである。したがって、環境権が支配権としての排他性を有することをもって差止めの根拠とすることは概念の混乱であるという（同書・534頁）。

[60] 原島・前掲注（56）519-520頁。

[61] 原島・前掲注（56）520頁。

当該地域の住民全体の利益の量的な総和に尽きるものでもない」。環境破壊の排除は、個々の被害者の被害を金銭によって回復することとは性質を異にし、金銭的な回復によってはカヴァーできないものである[62]。

この見解は、環境が誰にも帰属しないということを繰り返し強調する。環境は誰にも帰属しないのであるから、したがって、帰属あるいは支配権は、環境侵害を阻止する理由とならない。しかしながら、環境の保全・利用に関しては、すべての者に共通のルールが存在し、このルールに対する違反は、環境の保全あるいは利用に関する秩序違反として排除される。このルール違反の排除とそれによるルールの回復に関するイニシアティヴは、当該違反によって被害を受ける者に与えられることになる[63]。

（2）広中敏雄説

広中説は、まず前提として、環境は、「共同享受の対象とされるべきであるという社会意識が、社会構成員の間に生成」することによって、環境利益の享受を土地所有権との関係において把握する伝統的な考え方は見直しを迫られることになると指摘する。そして、上記のような社会的意識によって不当とされる行為について考える場合には、二つの純粋型を区別する必要がある。一つ目は、人間の生命・身体（健康）に害を及ぼす環境悪化行為である。もう一つは、人間の生命・身体（健康）の侵害には至らない、他人の生活に不快な影響を及ぼす環境悪化行為である[64]。

本稿が扱う問題にかかわるのは、後者の人間の生命・身体（健康）の侵害に至らない段階にある環境悪化行為である。広中説によると、これ

---

[62] 原島・前掲注（56）520頁。

[63] 原島・前掲注（56）535頁、541頁。以上のことを所有権との関係においていうならば、いわゆる環境権論の趣旨は「土地所有権は『土地の上下に及ぶ』（民法207条）としても環境支配権能を含まず、ただ環境を利用できるだけで、それも環境利用秩序に従う、という条件の下でのみ許される。環境破壊はこの利用秩序違反のゆえに違法であり、秩序の回復、すなわち利用秩序違反行為の差止めは被害を受けることによりもっともそれを望むはずの住民のイニシアテイブに委ねられる」ということになる（原島・前掲注（56）66-67頁）。

[64] 広中俊雄『新版　民法綱要　第１巻　総論』創文社（2006）14-15頁。

については、一定の程度までは、被侵害者に受忍が期待されるが、その限度を超える場合には、「生活利益秩序」に反する不当な他人の利益の侵害と評価される。この生活利益秩序違反を構成する行為は、「生活妨害」を構成する。この生活妨害には、日照・通風・採光の妨害のような近隣的な生活妨害の他、大気、水の汚染など，あるいは風俗汚染のような社会環境に関わる類型も含まれる[65]。

この見解によると、生活利益秩序の意義は次のように説明される。すなわち、生命や身体の安全に関わる生活環境は「根幹秩序」たる「人格秩序」から要請されるものであり、そこでは「人格的利益の帰属が侵害されないことの中に『帰属』が観念される」のに対し[66]、上記生活妨害においては、帰属は問題とならない。「生活利益秩序」は「人格秩序」から要請される健康な生活に付加的に享受しうる利益であるという点で、「人格秩序」に対する「外郭秩序」を構成し、そこでは、利益の「享受」が問題とされることになる[67]。

以上の見解に基づいて生活妨害の効果についてみると、帰属が問題とされない生活利益秩序の侵害の場合には、帰属の確保の手段としての差止請求権は成立しない。しかし、「他人の享受すべき生活利益を『生活利益秩序』に反して」侵害しまたは侵害するおそれのある者は、その生活妨害の停止または避止を要請される場合がある。私法の領域では、生活利益秩序に反して生活利益を侵害されないし侵害されるおそれを有する者には、当該「生活妨害の停止または予防のための差止請求権」が認められる[68]。また、生活利益の享受の侵害が故意または過失に基づく場合には、侵害者は、妨害によって損害を受けた者に対し不法行為責任を負う[69]。

---

[65] 広中・前掲注（64）19-20頁。
[66] 広中・前掲注（64）15頁以下。
[67] 広中・前掲注（64）19頁。
[68] 広中・前掲注（64）20-21頁。さらに、国によっては、裁量的な差止命令による保護の可能性があり、また行政権によって妨害排除の措置が取られる可能性もあるという（同書・21頁）。
[69] 広中・前掲注（64）21頁。

（3）吉田克己説

この見解も、環境侵害を二つの場合に区別する。一つは、「環境悪化が、生命・身体など、『人格権』としての法的保護の対象になるような人格的利益の侵害の原因になる場合」であり、もう一つは、「生活環境を悪化させてはいるが、右のような人格権侵害にまでは至っていない場合」である。この区分は、「質的な違いが次第に質の転化に結び付く」のであって、明確な境界を有するものではないが、法的な扱いにおいて両者は区別される必要がある。すなわち、前者は、本来的に民法において救済が図られるべきである。これに対し後者は、「本来的には公法的規制の問題とも考えられる」が「一定の私的利益の侵害があること」もたしかであり、その点で民法学の対象となる可能性も存する[70]。以上を基礎として、上記広中説を参照しつつ[71]、論者は以下のようにこの問題の解決の道筋を示す。

生活利益秩序の維持についての責任は、第一義的には公共団体が負うものであるが、市民もこの領域において一定の役割を担うことができる。その理由は、消極的には、公共団体が期待される役割を果たさない場合には、環境利益の利益擁護・環境保全について市民がイニシァティブを発揮することが要請されるからである。積極的な観点からは、「生活環境形成における市民の主体性・自律性」を重視するという意味において、民事訴訟によって市民が環境に関わることが正当化される[72]。

以上の前提のもとに、生活利益秩序に対する違反は、民事の領域で一定のサンクションの対象とされる。生活利益秩序違反の効果としては、まず、不法行為に基づく損害賠償請求権が考えられる。民法709条に基づく損害賠償請求は、権利侵害の場合に限定されていないので、生活利益秩序違反が、権利侵害でないことは、損害賠償請求権成立にとって障

[70] 吉田克己『現代市民社会と民法学』日本評論社（1999）243頁。「外郭秩序の領域では、公共的利益」と「私的・個別的利益とが」「オーバーラップし、二重性を帯び」る（同書246頁）。

[71] ただし、吉田・前掲注（70）で参照されているのは、広中・前掲注（64）の初版（1989年刊）である。

[72] 吉田・前掲注（70）245-246頁。

害とはならない[73]。しかし、この見解によると、生活利益秩序違反に関しては、以下の２点に注意しなければならないとされる。

一つは、「違法性判断の仕方が『権利侵害』の場合とはことなってくる」ということである。つまり、権利侵害は、原則としてただちに違法と判断されるのに対し、権利に至らない法的利益侵害については、「侵害行為の態様も含めた総合的判断が違法性評価のために必要」である。この意味において、相関関係理論やこれを継承した受忍限度論は、権利に至らない利益の保護という新たな問題に対処するのに適合的な思考様式として評価できることになる[74]。

二つ目は、生活利益秩序違反においては、差額説的な損害の把握が適合しないということである。したがって、生活利益秩序違反の場合には、そこで何を損害として想定し、どのように金銭評価するのかが課題となり、この問題は、単なる私的利益ではなく公共的利益の擁護が訴訟の目的とされる場合には、より大きくなるという[75]。

生活利益秩序違反について考えられるもう一つの効果は差止めである。もっとも、生活利益秩序違反は、権利侵害を構成しないことから、伝統的な考え方によるとこの場合には差止めが認められないことになる。しかしながら、秩序の維持という観点からは、秩序違反の効果としてより積極的な評価を受けるのは、損害賠償ではなく差止めである。したがって、権利侵害ではなく、「『秩序』違反に対するサンクション」としての差止めが認められなければならない[76]。

このような秩序違反のサンクションとしての差止めに関しては、原告適格の限定が課題となる。ところで、生活利益秩序は、公共的性格とともに個別の市民による環境利益の享受を可能とするという性格も有する。つまり個別の市民による環境利益の享受という観点からは、特定の

---

[73] 吉田・前掲注（70）247頁。

[74] 吉田・前掲注（70）247頁。272-273頁も参照。

[75] 吉田・前掲注（70）247-248頁。この点については、競争法の領域に関するものであるが、同「民法学と公私の再構成」早稲田大学比較法研究所編『比較と歴史のなかの日本法学―比較法学への日本からの発信―』成文堂（2008）422-427頁も参照。

[76] 吉田・前掲注（70）248頁、184頁、274頁。

環境から「利益を割り当てられる市民の範囲は無限定的ではない」。したがって民事訴訟における環境破壊行為の停止に関する原告適格が認められる主体（「公共的利益の実現に関与すべき市民」）は、侵害されている利益から利益を享受している（すなわち「環境利益を割り当てられている」）市民に限定されるべきである[77]。

以上は、『近代市民社会と民法学』において提唱された吉田説のいわばプロトタイプである。しかし、この見解については、提唱後にも新たな展開がみられる。いくつかの点をあげておく。まず、当初は、生活利益秩序という広中説の用語がそのまま用いられていたが、最近の論稿では、端的に環境秩序という表現も用いられている。この表現は、生活利益秩序の中の特に環境の領域を指すものとされているが、そこで環境は自然環境のほか社会環境をも含むものとして、広くとらえられている[78]。

次に、この見解の出発点においては、主として参照されていたのは広中説（広中理論）であった。しかし、別の箇所では秩序違反構成の提唱者として原島説に対する言及もみられる。そこでは、原島説が人格を他の権利から区別し、権利よりも高次のものとして位置づけている点が特に指摘されている[79]。

また、後の論稿においては、秩序の維持という機能的な優位のみならず、被侵害利益の公共的性格という観点からも、侵害のサンクションとして差止めの重要性が強調されるようになることである。たしかに、公共性を有する利益の侵害の場面においても、損害賠償は侵害行為の抑止機能を果たしうる。しかし、個人に私的に帰属するものである点で、損害賠償は、被侵害利益の公共的性格を失わせるものである。したがって、公共的性格を有する利益が侵害された場合においは、救済手段として差止めが要請されることになるという[80]。

---

[77] 吉田・前掲注（70）249頁。なお、この場合には、秩序違反の是正であるという点を強調して、原告適格に限定のない客観訴訟として構成することも論理的には可能であるが、それは行き過ぎであるという。

[78] 吉田編著・前掲注（４）67頁〔吉田執筆〕。

[79] 吉田編著・前掲注（４）77-78頁〔吉田執筆〕。

[80] 吉田克己「現代不法行為法学の課題―被侵害利益の公共化をめぐって」法科35号（2005）146-147頁。同・前掲注（75）426-427頁も参照。

２のまとめ

上記各見解に共通の要素は、①環境が誰にも帰属しないことを議論の出発点としていること、②①の帰結として、侵害行為を排除する根拠として、帰属・支配権の侵害という構成をとることはできない。したがって環境に関して形成された秩序（ルール）に対する違反が、当該行為を排斥（サンクション）する根拠とされる。③秩序違反の効果としては、差止めが重視されているが、故意または過失のある場合には、不法行為に基づく損害賠償も認められるとしていることである。

秩序違反構成に立つ見解は、環境を人に帰属しないものと規定し、そのような性質をもつ環境を権利の限界を超えるものとして権利論（古典的権利論）の外で扱おうとする点が特徴的である[81]。しかし、秩序違反構成（特に、広中説）においては、念頭に置かれている「環境」が、人の環境として捉えられており、フランスの議論との関係でいえば、純粋環境損害よりも近隣妨害に近い性格をもっていると考えられることには留意が必要である[82]。このことは、環境に関する秩序違反について排除の請求権をもつ主体は、当該違反の被害者あるいは違反によって利益侵害を侵害されまたは侵害されるおそれのある者とされていることにも表れているのではなかろうか（この点は、原島説、吉田説も同様）。さらに、秩序違反構成の論者は、秩序違反に基づく損害賠償の可能性を認めている。環境自体への侵害が問題となる場合には、実際に損害が発生してもその損害は特定の人に直接的な影響は及ぼさないことが定義上前提とされているのであるから、被害者は誰か、損害賠償の帰属主体は誰かということが問題になるのであるが、秩序違反構成説の主張者がこの点をどのように考えるのかは、明確にされていない（もっとも、原島説は、秩序違反における損害賠償と差止めの意義の違いに触れ、吉田説は、秩序違反においては、損害概念の変容が生じる可能性を指摘している）。

さて、秩序違反構成については、秩序違反がなぜ差止めや損害賠償と

---

[81] ただし、広中説・吉田説では、伝統的な権利論が妥当する領域についても「秩序」という言葉が用いられており、その点で原島説とは異なる。この点に関しては、吉田説と原島説の違いを分析する吉村・前掲注（４）224頁-225頁を参照。

[82] 大塚・前掲注（９）112頁注５）を参照。

いう効果を発生させるのか、という素朴な疑問が生じうる[83]。侵害ないし違反に対し差止めや損害賠償という効果を発生させるものとして秩序概念が措定されている、ということであろうか。しかし、少なくとも損害賠償については、不法行為の枠組みの中でとらえているのではないかと考えられる。ただし、上述のように、環境に関する秩序違反構成が念頭に置いている場面には損害が未発生ないしきわめて軽微な段階の生活妨害の事案が含まれている可能性もある。もしそうだとすると、その場面では、損害が生じたときにはすでに通常の生命・身体・財産あるいは精神的利益侵害による不法行為を問題にすればよく、秩序違反独自の問題を考える必要はないとも考えられる[84]。

3　環境損害概念あるいは団体訴訟制度からのアプローチ

近時は、環境法の領域における環境損害概念あるいは団体訴訟制度[85]

---

[83] この点を含め、秩序違反構成説にが有する問題点の分析として、大塚・前掲注（30）718頁以下を参照。

[84] 第２章でみたフランス民事責任法における客観的損害構成は、発想において秩序違反構成説と類似しているが、そこでは、人に帰属しない利益の侵害の場合について、法律、慣習法その他の規範に合致する利益の侵害を法的に保護される（正統な）利益の侵害、すなわち客観的「損害」と構成することによって、「損害」の存在というフランス民法典1382条の成立要件を充足させることが目指されていた。

[85] 団体訴訟制度及びそこで追求される利益については、近時、消費者法の領域においても実体法上の議論が盛んになりつつある。たとえば、森田修「差止請求と民法―団体訴訟の実体法的構成」総合開発機構・高橋宏志共編『差止請求権の基本構造』商事法務研究会（2001）111頁以下（消費者団体訴訟制度の立法前の文献。なお、118頁以下においては、不当条項の差止請求権について、環境権に考え方が参照されている。ただし、結論としては、差止めの根拠を私権に求めることに対して消極的である（同書・120頁））、大村敦志「実体法から見た消費者団体訴訟制度」ジュリ1320号（2006）52頁以下、後藤巻則「消費者団体と損害賠償請求―二段階構造型消費者団体訴訟への視点―」早法84巻３号（2009）35頁以下、鹿野菜穂子「集団的消費者被害の救済制度と民事実体法上の問題点」現代消費者法８号（2010）16頁以下、池田清治「消費者団体の団体訴権―その背景と位置づけ」吉田克己編著『競争秩序と公私協働』北海道大学出版会（2011）233頁以下、特集「集団的消費者利益の実現と実体法の役割」

などを参照して、新たな視点から人に影響が及ぶ以前の段階にある環境侵害の民事救済に関する議論が展開され始めている。たとえば、アメリカのスーパーファンド法、環境損害の賠償に関するEU指令、ドイツ・フランスの環境団体訴訟制度さらにフランスにおける純粋環境損害や集団的利益に関する議論などを発想源として参照しつつ、環境損害概念あるいは団体訴訟という観点からこの問題にアプローチする見解である。

大塚直説

この見解は、まず前提として、不法行為の成立要件に関し、709条の「権利」と「法律上保護される利益」を区別し[86]、また民法に規定をもたない差止めについて、権利侵害は権利に基づき、権利以外の利益侵害の場合には不法行為に基づき差止めが認められるという考え方（「複合構造説」）に立つ[87]。さらに、環境訴訟については、公害・生活妨害分野の環境訴訟と環境利益分野の環境訴訟とを分けて考える。このうち本稿の主題とかかわりがあるのは、後者の環境利益に関わる環境訴訟である。

この見解のよると、環境利益は、３つの特殊性を有するとされる。まず、「環境利益は公益でもある」。次に環境利益は、「（感覚に基づくとか、不快感に類似するなどの意味で）主観的利益にすぎないととらえられる恐れがある」。最後に「民事訴訟の対象となりにくいものが含まれているおそれがある」、という[88]。

そして、以上の特殊性を踏まえた上で、環境利益は、良好な環境の享受や入浜利益あるいは森林浴に関する利益などの「環境関連の公私複合

現代消費者法12号（2011）４頁以下、国際シンポジュウムの記録であり、訴訟法の議論も含むが、特集「消費者法における規制とエンフォースメントの多元性（１）」新世代法政策学研究15号（2012）123頁以下などを参照。

[86] さらに、後者の利益は、要求される違法性の程度に応じて「第１種利益」と「第２種利益」とに区別されるとする。大塚直「公害・環境、医療分野における権利利益侵害要件」（以下「権利利益侵害要件」）NBL936号（2010）41-43頁。同「民法709条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判タ1186号（2005）21頁を参照。

[87] 大塚直「公害・環境分野での民事差止訴訟と団体訴訟」森島昭夫・塩野宏編『加藤一郎先生追悼論文集　変動する日本社会と法』626頁。

[88] 大塚・前掲注（85）「権利利益侵害要件」45-46頁。

利益」と「環境自体に対する客観的侵害」あるいは「汚染による一般環境への侵害」に対応する利益としての「純粋環境利益」から構成されるとする。前者は、名称からも明らかなように公益としての側面と私益としての側面を併せ持つ利益である。これに対し後者の純粋環境利益は公益として性質決定される[89]。

もっとも、論者は、このような公益としての純粋環境利益についても、解釈論の枠内において、利益の享受、関連性（たとえば、景観利益に関する「近隣住民の（相互）『関連性』」）、あるいは関与（たとえば、訴訟以前から侵害された環境について「実質的な活動」を行ってきた環境保護団体の「関与」）に基づいて、個別的利益の設定を行うことができるとする。ただし、このような「享受」「（相互）関連性」ないし「関与」に基づき個別的利益を設定できる範囲をこえる純粋環境利益について司法が扱うとするならば、それは「いわゆる客観訴訟となってしまい、裁判所法三条一項にいう『事件性』がなく（憲法七六条の『司法』の概念にも含まれず）、通常の民事訴訟法の対象とはならない」。しかし、立法によるならば「公益に対する団体訴訟等」は可能であり、「環境保護を推進するためには、団体訴訟等に関する特別法の制定を検討すべき」であるとする[90]。

吉村良一説

論者は、本節１（２）③で紹介したように、環境侵害の差止めについては、侵害の対象となっている権利・利益との関係性を基礎として私人ないし団体を請求主体とする。これに対し、環境損害（狭義の環境損害（純粋環境損害に相当する））の賠償については、EU や諸外国における環境損害概念あるいは団体訴訟制度から着想を得て次のような枠組みを提示している。

---

[89] 大塚・前掲注（85）「権利利益侵害要件」46頁-47頁、同「環境訴訟における保護法益の主観性と公共性･序説」法時86巻11号（2010）（以下「主観性と公共性」）121頁。

[90] 大塚・前掲注（88）「主観性と公共性」122頁。同・前掲注（85）「権利利益侵害要件」46-47頁。

狭義の環境損害においては、被侵害利益が個人に帰属せず公的性格を呈する。その点で環境損害の賠償において公的な救済・回復制度が重要であることは確かである。しかし、環境損害の回復においては、市民・環境保護団体がイニシァティヴを発揮することのできる仕組みも必要である[91]。また、この見解は、環境損害においては、汚染が発生してしまった場合の回復が重要であり、事前の差止め、損害発生後の原状回復が救済手段として優先されるべきとしても、金銭賠償の方法にも一定の補完的役割を認める[92]。

私法の枠組みの中で環境損害の救済をはかるための考え方の一つは、市民・住民の環境に関する利益を広くとらえ、狭義の環境損害についても市民・住民自身の利益に生じた損害と構成することである。例としては、土地の価値の中に不動産価格としては把握できない環境上の価値（土地上の生態系や良好な景観等）を含めてとらえる可能性が示唆されている[93]。

もう一つは、汚染者に対する直接的な賠償請求訴権を認める形での環境団体訴訟制度の導入の可能性である。このような団体訴訟においては、「環境保護団体は当該環境損害の救済についていかなる利益を持」つのか、またその場合に環境保護団体は「いかなる資格で訴訟を起こしうるか」が理論的に問題となる[94]。

すでに日本において立法が存在する消費者団体訴訟の場合には、団体訴訟において保護の対象となる利益は公益と私益の中間的な性質を持つ利益として集団としての消費者の利益であるという見解が主張されているが、論者によると、この考え方は、環境損害そのまま応用できない部分があるという。なぜなら、環境利益においては、「その利益を享受する人間集団」を観念しがたい動植物や生態系に関する利益が問題となる場合があるからである。しかしながら、環境利益は、公益としての性格が強いとしてもそれのみに純化されるものではなく、そこでは個別利益（私益）、集団的利益、一般利益（公益）の交錯がみられる。狭義の環境

[91] 吉村・前掲注（４）26頁-27頁。
[92] 吉村・前掲注（４）31頁。
[93] 吉村・前掲注（４）27頁-28頁。
[94] 吉村・前掲注（４）28頁-27頁。

損害が問題となる場面でも、問題となっている利益は公益であると「同時に私益ないし集団的利益としての性質をも有することがありうる」のであり、したがって、この点をとらえれば、「当該利益に密接にかかわる保護団体が自らの集団的利益としてその救済を主張し、そのことを通じて公益が実現されるという道筋を肯定すること」も可能ではないかというのである[95]。

第１節のまとめ

本節においては、人に影響を及ぼす以前の段階における環境侵害に対する私法上の救済に関する日本法の議論について検討を行った。フランス法との比較を行う前提として、繰り返しをおそれず日本法の特徴を指摘するならば、まず、それは何よりも、公害の経験を契機として、実際に人の生命・身体に損害が生じる前に環境侵害を差止めるための理論として出発したことである。また、特にフランス法との比較においては、日本法では、民法上不法行為の効果が原則として金銭賠償に限定されているため、環境侵害に関する民法の議論が、差止めという効果との関係で展開されたこと、また集団的な訴訟制度を有していないということである。このことは、本節において検討した民法の学説に対し次のような影響を及ぼしたと考えられる。

ここで指摘しなければならないのは、人に影響を及ぼす以前の段階にある環境侵害といっても、日本の学説が主に念頭に置いているのは、まだ損害が発生していないとしても、被害の発生がある程度差迫ったあるいは何らかの人への影響はあるが、生命・身体・財産への侵害と評価するには至らない軽微な影響にとどまっている状況なのではないかと考えられる点である。なぜなら、環境権はもとより、環境が人に帰属しないことを議論の出発点におく秩序違反構成の見解においても、環境侵害について訴訟の原告となれるものは、住民、被害者とされているからである[96]。このことは、日本法が環境訴訟制度を有していないこととも関係

[95] 吉村・前掲注（４）28-30頁。

[96] たとえば、環境利益では、消費者の利益にくらべ利益の対象が限定されているという指摘（原田大樹「集団的消費者利益の実現と行政法の役割―不法行為

があるであろう。しかしそれだけではなく、日本法の学説が問題としているのは、ひとたび発生すれば、人に被害を生じさせる行為・活動を被害発生前に差止めることであることも、そこに反映されているのではないか。これに対し、フランス法における純粋環境損害は、実際に発生してもなお人には直接的な影響がない。

さらに初期の環境権論者が、利益衡量を排除しようとしていたことも、暗にこのことを示しているのではないか。環境侵害について、人に影響が及ぶ以前のごく早い段階で民事救済を認めようとすれば、閾値の設定という問題は避けられない[97]。自然にいかなる影響を及ぼさないということは、原始的生活を前提としても考えられないからである。利益衡量の排除は、損害の発生がある程度差迫った事態を暗黙の前提としているからこそ成り立ちうるのではないか。

以上でみてきたように、確かに日本法においても、1970年代以来、人に影響のない段階にある環境侵害について民事訴訟で対処することが目指されてきた。しかしながら結局のところ、最近主張されている一部の見解を除き、日本においては、この問題の主眼は、生態系等の環境それ自体の保護ではなかったのではなかろうか。むしろそこでは、生活妨害の事前（未然）防止を主たる目的として環境侵害の差止めに関する議論が展開されてきたのではないかと推察される。この問題が主として差止めとの関連において論じられてきたことにも、環境侵害において環境自体における損害の発生を観念する発想の不在（ないし未発生の生活妨害と純粋環境損害の混交）があらわれているのではなかろうか。

もっとも、日本においても、最近は、環境損害（利益）あるいは団体訴訟という観点から人に影響を及ぼさない段階にある環境侵害の民事救

法との役割分担を中心として―」現代消費者法12号（2011）25頁、丸山絵美子「契約の内容規制と消費者の利益・公正な市場の実現」現代消費者法12号（2011）36頁）には、日本において環境利益を当該環境の下で暮らす住民の利益と考えることが今日の学説における一般的理解であることが反映されているのではないかと考えられる。

[97] V.P,Jourdain, «Le dommage écologique et sa réparation», *in Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, (dir.) G.Viney et B.Dubuisson, LGDJ, 2006, n°11.

済に直接的・明示的にアプローチする見解があることも確認された（団体訴訟という観点については環境権の手続的アプローチも参照）。しかし、次章において検討するように、民事責任法の学説においては、比較的早い段階からこのような視点が存在していたのである。

第２節　環境侵害の民事救済に関する日本法の状況（２）―手続法

はじめに

フランス法の検討において明らかになったように、実体法上帰属主体を観念できない利益については、訴訟の場面において、誰がそのような利益の訴訟上の担い手となれるのかが問題となる。先にみたフランス法と同様に、日本法においても、この誰が環境のような特定の人に帰属しない利益の訴訟上の担い手（訴訟当事者）になれるかという問題については、既に議論の蓄積がある。

民事訴訟法の学説は、主にアメリカのクラス・アクション制度及び大陸法諸国の団体訴訟制度の参照を通じて、環境利益あるいは競争・消費者利益の侵害の場面を念頭において個人に還元することの難しい利益に関わる現代型訴訟の問題を論じてきた[98]。もっとも、これらの民事訴訟法の領域における研究は、解釈論として実際の裁判で採用されるものとはなっておらず、立法論としてみても、日本においては、今日まで環境侵害に対処することを目的とした特別の訴訟制度は制定されていない[99]。したがって、本節における分析においても検討の対象は主に学説

[98] 以下で個別に検討する見解の他、たとえば、上原敏夫『団体訴訟・クラスアクションの研究』商事法務研究会（2001）、宗田貴行『団体訴訟の新展開』慶應義塾大学出版会（2006）など。議論状況の概観のためには、高田裕成「訴えの利益・当事者適格―集団的利益をめぐる訴訟に焦点をあてた覚書き」ジュリ971号（1991）213頁以下を参照。

[99] ただし、消費者法の領域では、2006年に適格消費者団体による差止請求制度（消費者契約法12条以下）が導入された。文献は多数にわたるが、たとえば、高田昌宏「差止請求訴訟の基本構造―団体訴訟のための理論構成を中心に―」総合研究開発機構・高橋宏志共編『差止請求権の基本構造』商事法務研究会（2001）133頁以下、三木浩一「消費者団体訴訟の立法的課題―手続法の観点から」NBL790号（2004）44頁以下（以上は立法以前の研究）、特集「消費者団体

の主張に限定される。以下では、まず、環境利益を具体的な素材として個人の権利・利益とは理解しがたい利益の侵害における当事者（原告）適格の問題を論じている諸学説を検討する（１）。次に、同様の問題を訴えの利益という視点から検討する見解を見る（２）。最後に、紛争解決過程における団体の役割という観点からの分析を参照する（３）[100]。

１　当事者適格の観点から

原告適格とは、「訴訟物たる権利関係について、本案判決を求め、又は求められる訴訟手続き上の地位」をいうとされる[101]。「訴権の行使は、訴訟物たる権利を実体法上処分するのと類似の効果をもつ」ため、原則として「訴訟物たる権利関係の主体に当事者適格」が認められる[102]。しかし、環境や消費者に関する利益のような拡散的利益、すなわち「不特定多数人によって共同で享受されている利益については、それが法律上の利益であるかどうかという本案に属する問題と同時に、いかなる者がそれについて訴訟追行権を認められるかの当事者適格に関する訴訟要件の問題」が生じる[103]。後者の手続的な問題に答えるための理論として主

訴訟制度の創設」ジュリ1320号（2006）２頁以下、特集「集団的消費者被害の救済制度の構築にむけて」現代消費者法８号（2010）４頁以下所収の諸論稿、三木浩一「集団的被害救済制度の展望」新世代法政策学研究11号（2011）239頁以下などがある。

[100] なお、民事訴訟法の学説における現代型訴訟に関する議論は、判決効の問題等にも及ぶものではあるが、本稿の直接的な目的は、人に帰属しない環境利益と損害の属人性の関係の分析にあること（第１章第２章で検討したフランス法の議論との兼合い）から、ここでは、訴えの担い手に関する議論に検討の対象を限定する。

[101] 伊藤眞『民事訴訟法［第４版］』有斐閣（2011）180頁。なお、原告適格が認められることは「本案を求めるための訴訟追行権が正当化されることを意味するから、当事者適格は、訴訟追行権とも呼ばれる」（同書・同頁）。上田徹一郎『民事訴訟法［第７版］』法学書院（2011）226頁、高橋宏志『重点講義　民事訴訟法　上［第２版］』有斐閣（2011）235頁も参照。

[102] 伊藤・前掲注（100）181頁。

[103] 伊藤・前掲注（100）189頁。上田・前掲注（100）239-241頁、高橋・前掲注（100）288頁以下も参照。

張されたのが、紛争管理権説をはじめとする諸説である。以下では、代表的な見解について、各論者の主張を見ていくことにする。

紛争管理権説（伊藤眞説）

環境侵害に関する訴訟の原告適格を一定の法主体に認めるための理論として主張されている見解として、いわゆる紛争管理権説がある[104]。

（１）紛争管理権説（旧説）

提唱者によると、紛争管理権とは、「環境利益など多数の市民によって共同で享受されている利益が訴訟上で主張されるときに、その訴訟を追行させるについて最も適切な者を当事者として選びだす」ことを目的とする。この場合には、「利益の一体性が強く、個人の権利や利益に分解しにくい」ので、「当該利益についての管理権や法律上の利害関係という伝統的な基準によっては、適切な当事者を選び出すことが期待でき」ないからである。したがって、この場合には、「当該利益をめぐる紛争の解決に最も適した者は誰か」という基準によって訴訟の遂行者を選ばなければならない。この場合の基準として、紛争の対象となっている利益について「訴訟提起前に重要な解決行動を行った者に紛争管理権の発生を認め、この者が当該利益の主体であるかどうかにかかわりなく当事者適格を与える」という考え方をとるのが紛争管理権説（旧説）である[105]。なお、この見解は、その後判例によって採用を否定された[106]。

---

[104] 伊藤眞『民事訴訟の当事者』弘文堂（1978）90頁以下、同「米国における当事者適格理論発展の一側面―『紛争管理権』の比較法的研究（一）（二・完）」民商81巻６号（1980）１頁以下、82巻１号（1980）１頁以下、同「ドイツ連邦共和国における環境保護と団体訴訟―『紛争管理権』の比較法的研究・その二―（一）（二・完）」民商83巻２号（1980）１頁以下、83巻３号15頁以下、同「紛争管理権再論―環境訴訟への受容を目指して―」新堂幸司（編集代表）『紛争処理と正義　竜嵜喜助先生還暦記念』有斐閣出版サービス（1988）203頁（以下、「再論」）。

[105] 伊藤・前掲注（103）「再論」207-208頁。

[106] 最高裁昭和60年12月20日判決（豊前火力発電所事件、判時1181号77頁、判タ586号64頁、金判739号43頁）

事案：被上告人（被告・九州電力）は、豊前市の一部海域を埋め立てて豊前

（２）紛争管理権説（新説）

火力発電所を建設し、操業していた。これに対し、上告人ら（原告・一般の市民）は、まず、（１）上記埋立工事による豊前海の汚濁、海底の生態系改変、貝類死滅等の被害、赤潮（２）埋立自体による海水浴場、潮干狩・散策の場、水鳥の採餌場の喪失（３）火力発電所の操業による複合大気汚染発生を理由とする健康被害、農作物への被害、ノリの生育妨害、学術上価値の高い植物の成長阻害、温排水による海の生態系の混乱、重油による豊前海の汚染・油臭魚発生等各種公害について、すでに発生し、ないし発生が予測されていると主張した。そして、上告人らは、上記被上告人の行為によってその環境権を侵害されたとして、被上告人に対し上記火力発電所の操業停止と埋立区域を埋立前の水面の状態に原状回復することを請求した。第一審福岡地裁小倉支部昭和54年８月31日判決（判時937号19頁、判タ395号45頁）は、私法上の具体的権利として環境権を認める実定法上の根拠が存在しないこと、環境権は、権利の対象となる環境の範囲が漠然とし、その侵害の概念も不明確で、権利者の範囲も限定しがたく差止めの法的根拠しうるような権利性を承認できないことを指摘し、本件訴えを審判の対象としての資格を欠くものとして不適法却下した。原告の控訴に対し、原審福岡高裁昭和56年３月31日判決（判時999号33頁、判タ441号67頁）は、控訴を棄却した。第一審原告らは、これを不服として上告。

判旨：上告棄却。「上告人らは、憲法一三条、二五条に基づき、健康で快適な生活を維持するのに足る良好な環境を享受し支配する権利、即ち環境権を有する。上告人らは、漁業者でも農業者でもないが、前記の漁業被害、農業被害は、直ちに上告人らの生活環境に悪影響を与えるから、これらに言及する必要があり、また、今後豊前平野に流入してくる人々のためにも現在の環境を守り抜く必要がある。そして、上告人らは、上告人らそれぞれの私的権利、私的利益を追求しているのではなく、豊前平野、豊前海の地域の環境保持を目的とし、地域の代表として本訴の提起、追行をしているものである。よって、上告人らは、被上告人に対し、環境権に基づき前期の操業差止及び原状回復を求める」。「しかしながら、上告人らの本件訴訟追行は、法律の規定により第三者が当然に訴訟追行権を有する法定訴訟担当の場合に該当しないのみならず、記録上右土地の地域の住民本人らからの授権があったことが認められない以上、かかる授権によって訴訟追行権を取得する任意的訴訟担当の場合にも該当しないのであるから、自己の固有の請求権によらずに所論のような地域住民の代表として、本件差止等請求訴訟を追行しうる資格に欠けるものというべきである。なお、講学上、訴訟提起前の紛争の過程で相手方と交渉を行い、紛争原因の除去につき持続的に重要な役割を果たしている第三者は、訴訟物たる権利関係についての法的利益や管理処分権を有しない場合にも、いわゆる紛争管理権を取得し、

以上でみた紛争管理権説（旧説）は、後に、学説からの批判にこたえる形で新たな展開を遂げることになる。学説による紛争管理権説に対する批判とは、本案として審理の対象となる権利・利益の帰属主体との関係を離れて当事者適格や判決効の主観的範囲の問題を処理することができるのか、紛争管理権の発生の要件が不明確である、紛争解決行動をとった主体が複数競合した場合の問題などであるとされる。同説は、行政処分そのものの効力を争う行政訴訟法上の抗告訴訟とは異なり、民事訴訟においては、紛争管理権と実体法上の権利との関係を明らかにすることが不可欠であるとして学説の批判を入れた[107]。そして、環境権に基づく訴訟を例として次のように説く。

まず、実体法の次元において、環境権の性質を明らかにしなければならない。環境権は、環境侵害を単に個人的利益の侵害とみるのではなく地域住民全体の広がりの中でとらえるところにその意義がある。これを裏付けているのが環境共有という考え方である。しかし、ここで「環境権の対象となる環境利益」と「環境侵害に対する差止請求権」とを分けて考える必要がある。環境利益の共有を前提としても、理論的には、環境侵害に対する差止請求権について、これを個々人が請求できる考え方と当該環境を共有している地域住民が共同で行使しなければならないという考え方が成り立ちうる。もっとも、現在において実際の訴訟で用いるためには、環境権を個人の権利として構成しなければならないと考え

当事者適格を有するに至るとの見解がみられるが、そもそも法律の規定ないし当事者からの授権なくして右第三者が訴訟追行権を取得するとする根拠に乏しく、かかる見解は、採用の限りでない。また、上告人らの主張、裁判所の釈明命令に対する上告人らの応答その他本件訴訟の経過に照らし、上告人らが他になんらかの自己固有の差止請求権に基づいて本件訴訟を追行し、当該権利主張に基づき当事者適格を有するものと解すべき余地もなく、結局上告人らは、本件差止等請求訴訟につき当事者適格を欠くというに帰着し、上告人らの本件訴えは、不適法として却下すべきものとするほかない」。評釈は多数にわたるが、紛争管理権説の提唱者による最近の評釈として、特に伊藤眞「判批」淡路他編『環境法判例百選〔第２版〕』有斐閣（2011）22頁以下を参照。

[107] 伊藤・前掲注（103）「再論」209-211頁。また、井上治憲「判批」民商95巻２号298-290頁は紛争管理権説に対する批判を整理している。

られる。そして「地域環境自体は、個々人の利益に分解することはできないが、それを享受する個人の立場からいえば、享受の対象となる利益の範囲は、その者の生活のあり方などによって差異が生じると考えるのが自然である」。それゆえ、「個人の環境権の対象は、従来からそのものが享受してきた個別的な環境利益であると解される。個人の環境権を訴訟上に投影すれば、住民個々人が差止訴訟の当事者適格を認められる」。「その者に対する判決は、それが勝訴判決であれ、敗訴判決であれ、他の住民には及ばない」[108]。

以上のように実体法上環境権を個人の権利として構成するのであれば、手続きの次元において特別の考慮は必要ないとも考えられる。しかし、個人の権利として構成された環境権は、個々のレベルでは小さく、開発利益と利益衡量された場合に常に差止請求が否定されるおそれがある。

この問題の実効的な解決方法として考えられるのは、個人の環境権の量的集積である。環境権の集積の方法としては、多数の住民が共同原告となる方法と多数の住民の環境権ないしそれに基づく差止請求権を主張するための原告適格を誰かに認める方法とが考えられる。前述の紛争管理権説（旧説）は後者の方法として原告適格を認める根拠の一つである。しかし、上述のように紛争管理権説（旧説）には批判が多い。

そこで、この考え方を判例・学説に受け入れられるようにするために、任意的訴訟担当の制度を活用することが考えられる[109]。本来の権利者とは無関係な第三者が訴訟の担当者となることができる点および訴訟追行に関する授権が訴訟ごとに行われる必要がない点で、任意的訴訟担当は、環境訴訟において選定当事者制度（旧民事訴訟法47条（現行法30条））よりも利用可能性が高いといえるからである[110]。

任意的訴訟担当とは、「本来の権利主体に代わって、その者から権利

---

[108] 伊藤・前掲注（103）「再論」215-217頁。

[109] 伊藤・前掲注（103）「再論」217-219頁。同「民事紛争の解決と民事訴訟法理論の役割」河野正憲＝伊藤眞＝高橋宏志編『井上治典先生追悼論文集　民事紛争と手続理論の現在』法律文化社（2008）13-15頁も参照。

[110] 伊藤・前掲注（103）「再論」221-222頁。

追行の授権をうけた第三者に当事者適格を認めること」をいう。弁護士代理禁止の原則・訴訟信託禁止の原則の潜脱のおそれがあるため任意的訴訟担当の可否については議論のあるところであるが、判例（最高裁昭和45年11月11日判決）・通説は合理的な必要のある場合にはこれを認めている[111]。

この見解の主張者によると、最高裁昭和45年判決の趣旨を一般化すると、「訴訟提起前から権利の主体と密接な関係をもち、しかもその権利実現に担当者が正当な利益を持っている場合には、任意的訴訟担当が許される」ということになる[112]。そして、学説においては、この判例の考え方をもとに、任意的訴訟担当には当事者のための訴訟担当と権利主体のための訴訟担当とがあるとした上で、後者の権利主体のための訴訟担当の成立要件として「実体法上の権利について担当者に包括的な管理権が授与されていること」及び「その管理権に基づいて現実に管理行為をなし、訴訟物たる権利関係について権利主体と同程度の知識を有するに権利関係に関与していなければならない」ことを挙げる有力説が主張されている[113]。

紛争管理権説（新説）は、この権利主体のための任意的訴訟担当の要件に関する有力学説の考え方を紛争管理権の内容と結びつけることを試みる。すなわち、環境訴訟においては、ある地域の環境保全活動（開発

---

[111] 伊藤・前掲注（103）「再論」221頁。なお、最高裁昭和45年11月11日判決（民集24巻12号1854頁）は、「いわゆる任意的訴訟信託については、民訴法上は、同法47条（筆者注：現行法30条）が一定の要件と形式のものに選定当事者の制度を設けこれを許容しているのであるから、通常はこの手続きによるべきものではあるが、同条は、任意的な訴訟信託が許容される原則的な場合を示すにとどまり、同条の手続きによる以外には、任意的訴訟信託は許されないと解すべきではない。すなわち、任意的訴訟信託は、民訴法が訴訟代理人を原則として弁護士に限り、また、信託法11条が訴訟行為をなさしめることを主たる目的とする信託を禁止している趣旨に照らし、一般的に無制限にこれを許容することはできないが、当該訴訟信託がこのような制限を回避、潜脱するおそれがなく、かつ、これを認める合理的必要がある場合には許容するに妨げないと解すべきである」とする。

[112] 伊藤・前掲注（103）「再論」222頁。

[113] 伊藤・前掲注（103）「再論」222頁。

事業者等や行政庁の交渉）に従事している環境保護団体は、紛争管理権を認められると同時に任意的訴訟担当の要件も充足する。また、このような団体は、「地域住民の環境権に関する現実の管理行為や権利関係についての知識」という要件も充足するであろう。もっとも、任意的訴訟担当では、権利主体からの授権という要件が充足される必要があるが、これは、環境保護団体等が規約等において地域住民から環境権保全に関する包括的授権を受けあるいは訴えの提起に際して個別的に授権を受けることによって充足されるという[114]。

以上の紛争管理権説に対しては、いくつかの学説が、その基本的発想に一定の評価をしつつも、なお問題点を指摘し、それを克服するための新たな理論の提示を試みている。

まず、訴訟提起の段階における当事者適格については、基本的には紛争管理権説の見解を支持するが、その後の訴訟の発展に従い、当事者適格を動態的にとらえる必要があるという見解がある。

井上治憲説

この見解は、現代型紛争の特徴として、「当事者間の自主的交渉のルート」が定まっていないために、交渉の行詰りの打開策として「訴訟という定められたルールが妥当する場」が利用される傾向にあることを挙げる。この意味で、環境紛争をはじめとする現代型紛争では、紛争の解決において訴訟手続きと訴訟外の交渉とは相補･相乗的に機能し、また「相手方と対等な立場で主張・立証などの手続を展開するという、手続そのもの」が重要とされる。そのため、伝統的な「本案判決という結果のみを念頭においた当事者理論」に一定の修正が要請される。つまり現代型紛争の当事者については、「具体的な紛争過程及び手続過程の中で特定の事項または争点について主張・立証などの手続行為をなしうるのは誰かという観点が重要」となる。この観点からは、「訴訟追行の資格は、手続の開始から終了に至るまで固定的に不変のものとしてとらえられるべきではなく、動態的な手続経過およびそこで争われる事項に対応して

[114] 伊藤・前掲注（103）「再論」222-223頁。

弾力的に考えられなければならない」（「手続経過に応じて動態的にとらえられ、主張・立証過程を中心とした手続そのものをより重視した、争点ごとの流動的な適格論」）とされる[115]。

段階的当事者適格論（川嶋四郎説）

特に差止訴訟を対象とする主張であるが、この見解も基本的に井上説と同様の発想に立つ。すなわち、公害・環境訴訟のような大規模な差止訴訟における当事者適格に関して、紛争管理権説（旧説）を再評価しつつも、同説は、「紛争管理権者のみの訴訟追行で判決まで得られるとした点に、この種の紛争実体からみて問題点が存する」と指摘し、その克服を試みる[116]。

この見解は、提訴の段階においては、紛争管理権説（旧説）にいう「紛争管理権者」に対し、差止請求訴訟の当事者適格及び本案について弁論を行う資格を認める。しかし、この基準によって提訴段階で当事者適格を認められた者は、「『確認判決（権利侵害判決）[117]』の基準時までに……少なくとも被告との関係で実体的または手続的な権利・利益の侵害を主張できる者を、たとえば共同原告として参加させる責任を負担する」。「確認判決」後の段階において「既存の当事者が、仮に救済原案の提出能力の点で不十分な場合には、多様な具体的救済内容案を主張できる利益主体を、たとえば共同原告として参加させる責任を負担する」[118]。

---

[115] 井上治憲『多数当事者訴訟の法理』弘文堂（1981）342-346頁。ただし、論者自身が具体例として設定している事案は、大阪国際空港事件をベースとした騒音に関する事例、電力料金値上げに関する消費者訴訟である（同書344-345頁）。

[116] 川嶋四郎『差止救済過程の近未来展望』日本評論社（2006）137頁。

[117] 前提として、川嶋説は、公共的差止訴訟を「救済方法が審理過程を通じて徐々に段階的に具体化できる手続」とするために、「二段階裁判手続理論」を提唱する。これによると、訴訟の第１段階においてまず「原因判決的な『権利侵害判決』（確認判決）を一部判決（民訴243条２項）として言い渡し」、続いて第２段階において、これを基礎として「両当事者の主体的関与の下で『救済形成判決』（給付判決）を、残部判決として言い渡すべき」とされる（川嶋・前掲注（116）121-124頁）。

[118] 川嶋・前掲注（116）143-144頁。

主張者によると、訴訟の提起は、被告の応訴義務（負担）を発生させ、「確認請求・差止請求の当否を判断するフォーラム」を設定するものであり、この段階においては、当事者適格の正当化には紛争管理権で足りる。しかし、「確認判決までの段階」では、受忍限度論における判断ファクターに関する争点の顕在化・議論の真摯化のため、確認請求を正当化できる実体的あるいは手続的利益の帰属主体が当事者となる必要がある。そして「『差止判決』の基準時までの段階では、具体的救済内容案を正当化するだけの利益[119]の帰属主体の当事者化が必要となる」という[120]。

段階的当事者適格論の主眼は、環境訴訟（大規模差止訴訟）の場において、裁判所に「失われたタウン・ミーティングの機会を回復できる公的に整序されたフォーラム」としての機能を期待することにある。環境訴訟の背後にある開発行為等におけるプロセス的不透明性は、本来タウン・ミーティングの場で処理されることが期待されるものである点を重視し、訴訟手続きに反映させようとするのである[121]。

さらに、紛争管理権説の発想を評価しつつも、法律構成としては、民事訴訟法改正によって新設された選定当事者の拡張によるべきであるという主張がある。

小林秀之説

この見解は、充実した訴訟追行や紛争実体の反映を期待できる点で紛争管理権説を評価する。しかし、「『紛争管理権』は法的概念ではなく事実的概念であるために、必ずしも範囲が明確でなく」、当該紛争について複数の団体が活動している場合には紛争管理権の所在の判断が難し

[119] ここでいう利益には、実体法上の権利・利益の他手続的利益、事実上の利益も含まれ、それらとの関係において「利益主体が訴訟上具体的救済内容案を提案できる資格（『救済提案資格としての当事者適格』）を、考えるべき」という（川嶋・前掲注（116）144-145頁）。

[120] 川嶋・前掲注（116）144頁。

[121] 川嶋・前掲注（116）145-146頁。

い。したがって、環境紛争の当事者は誰かという問題は、紛争管理権ではなく、クラス・アクション的な発想に基づき、選定当事者の拡張（民訴30条３項）によって解決すべきであるとする。この見解によると、環境紛争の原告となろうとする者は、地域住民全体に訴訟提起を通知し、これに対する賛成の通知を得ることで賛成住民の代表として選定されたものとされるという。この構成は「利害を有し直接影響を受ける地域住民の手続保障や代表資格の正統性という観点」において、紛争管理権説よりも優れるとする[122]。

２　訴えの利益の観点から

訴えの利益とは、「審判対象である特定の請求が本案判決による争訟の処理に適するかどうかの判断基準」であるとされ、その存否は、個々の請求について「当該請求が、法律上の争訟であって一般的に本案判決による争訟の処理に適し（権利保護の資格）、かつ当該請求につき具体的に、本案判決を求める現実の必要性ないし利益（権利保護の利益）が」あるか否かによって判断される[123]。民事訴訟の学説の中には、いわゆる現代型紛争における拡散的利益に関する手続法上の問題について、訴えの利益の観点から検討する見解がある。

谷口安平説

この見解によると、集団訴訟は講学上以下のように定義される。すなわち、集団訴訟とは、「原告側の共同訴訟であ」って、「一定の共通の利害関係のもとに、連帯関係にある」多数の原告によって行われる訴訟並びに立場を同じくする多数者の集団に背後から支援を受けて行われる複数の（ただし多数である必要はない）原告による訴訟（「集団またはそ

[122] 小林秀之『プロブレム・メソッド　新民事訴訟法［補訂版］』判例タイムズ社(1999)105-106頁。同『ケースで学ぶ民事訴訟法［第２版］』日本評論社(2008)71-72、77-79頁も参照。

[123] 上田・前掲注（100）211-212頁。伊藤・前掲注（100）167-168頁、高橋・前掲注（100）338-339頁も参照。

の構成員の権利・利益が追求される場合の訴訟」）である[124]。

さらに、この見解は、集団訴訟の中でも、特に訴えの利益が存在するというためには、なんらかの形で利害関係人が集団的に関与していることが要求される訴訟を「本質的集団訴訟」と呼ぶ。訴えの利益は、「訴訟の対象たる利益そのものの法的保護適性にかかわる」のであるが、本質的集団的訴訟においては、「集団的に主張されることによってはじめて訴えの利益が備わり、果たしてその主張が実体的に是認されるべきものか否かの判断を受ける資格が生じる」のである。つまり、「問題となる利益自体が、集団的に実現されてはじめて意味をもつものである場合には、その訴訟上の主張も、集団的になされなければ、訴えの利益が認められない」のである[125]。

さらに、このような集団訴訟という考え方は、「集団的な利益主張を通じて、実体法を形成し、修正する作用を営む可能性」を有する。すなわち、集団的な訴えの利益は、新しい利益が「法的サンクションを受けることによって法的利益となり、権利として認識される」ための一過程となりうる（集団訴訟の「実体法理論へのインパクト」）。「立法によるサンクションとは異なり、裁判によるサンクションは事例ごとの個別的なものであり、ある具体的問題について裁判所による実体判断を受ける機会を持つことによって、はじめてその可能性が生まれる。ある原告の主張する利益について、とりあえず中味を見てみようというのが訴えの利益の作用であり、その結果その利益が本案判決によってサンクションを与えられるに至ると、その利益が法的利益として、法的世界のカタログに加えられることになる」からである[126]（「集団訴訟を通じて集団的な実体法の可能性が生まれる[127]」）。

これに対しては、「この見解によれば、ある種の請求権は、たとえそ

---

[124] 谷口安平「集団訴訟の諸問題」新堂幸司（編集代表）『講座　民事訴訟法②訴訟の提起』弘文堂（1984）157頁以下。

[125] 谷口・前掲注（123）174-175頁。

[126] 谷口・前掲注（123）176-177頁。

[127] 谷口･前掲注(123)181頁。訴えの利益と権利の生成過程の関係については、同･「権利概念の生成と訴えの利益」新堂幸司編『講座　民事訴訟法②訴訟の提起』弘文堂（1984）163頁以下を参照。

れが個人に帰属することを認められたとしてもなお、その個人が個別に訴訟上行使することは許されないことになる」。「これは、いわば権利の個人主義的把握に対する異議申立てであり、あたかもその外延の明らかでない集団に『法人格』を与えたのと同様な効果を導くとともに、その種の法人にのみ帰属する実体権を構想する試みであ」り、「個人に問題を換言（ママ）すれば権利を構成しえないような利益に関しても、集団として構成することによりそれが可能となるという意味で、裁判所の窓口を拡げることになる」。けれども「なぜ個々人の権利が想定できないのか―個人の権利行使が制限されることになるのか―という点については議論の余地があ」るという指摘が存する[128]。

福永有利説（集団利益訴訟説）

この見解は、環境保護や消費者保護に関する訴訟などの現代型訴訟において、「多数人による、それもときには、不特定の多数人による集団の固有の利益というものを訴訟によって保護・実現することの必要性と許容性を承認」し、伝統的に認められてきた「個別利益訴訟」とは異なる新たな訴訟類型（「集団利益訴訟」）の確立をはかるものである[129]。

主張者は、集団的紛争の解決のための理論として、上記紛争管理権説には、次のような疑問が生じるとする。すなわち、「元来当事者適格は特定の請求につきその存否が決定されるものであるのに、紛争管理権論ではどのような請求を前提としてその理論を立てているのか明確でない。訴訟物たる権利関係が特定され、その権利関係の主体と紛争管理権者との関係が明らかにされない限り、その当否を論じること」はできないという[130]。さらに、先に見た谷口説及びそれに対する学説の疑問を踏まえ、環境紛争（環境権訴訟）を例として、以下のように集団的利益訴訟という新たな訴訟類型を構想する。

この見解は、前提として、環境権を「集団構成員の個人的利益との結

[128] 高田・前掲注（98）214-215頁。
[129] 福永・前掲注（56）220頁。同書210頁以下も参照。
[130] 福永・前掲注（56）224頁。

びつきがより稀薄な、集団的権利ないし利益」であると理解する[131]。その上で、まず、「広範囲にわたって住む多数の住人が環境権を有すると考えられるような場合には、その多人数による集団の利益というものは公の利益（公益）に他ならず、私的利益の保護・実現を目的とする民事訴訟の対象たりえないのではないか」とも考えられるが、このような類型においては、純然たる公益でも私益でもない「市民によって構成される集団の固有の（私的な）利益（集団利益）」を観念できるとする[132]。ただし、集団利益は「集団構成員の個人的利益の集合物」ではなく、「集団が固有に有している利益であ」る。この利益は、「通常は差止請求権などである」が、「不正な行為を止めさせるために要した費用の賠償請求権のような」損害賠償請求権である可能性も存する。そして「集団的利益の擁護を直接目的とする集団的利益訴訟と、その集団の構成員が自己の個人的利益についてなす訴訟とは、その訴訟物を異にする」[133]。

このような集団的利益訴訟については、立法による団体訴訟制度の導入が望ましいとしつつも、上記環境権の考え方に基づき、あるいはドイツの学説を参照して、特別の法律の存在を要求することなくこのような訴訟を承認する可能性を示唆する[134]。

訴えの利益について集団（的）利益という考え方を導入する見解に対しては、個人による訴訟手続の利用が阻害され、結果的に少数者の利益が司法の場に届かなくなるおそれがあるとの批判がある[135]。また、本来

---

131 福永・前掲注（56）229頁。ここで環境権は、第１節でみた環境権研究会による環境権説を参照し、さらに環境共同利用権説や秩序違反構成（原島説）をも加味したものとして構想されている。

132 福永･前掲注（56）230頁。これは「公益の保護を目的とする民事訴訟」（「公益訴訟」）とは区別される（233頁）。この点については､小島武司「『公共訴訟』の理論」民訴23号（1977）１頁以下も参照。

133 福永・前掲注（56）232頁。

134 福永・前掲注（56）234-235頁。

135 川嶋・前掲注（116）141頁。さらに、この見解は、「利益の拡散性」を強調することは環境紛争において利益の希薄化を意味する恐れがあると指摘する（同書・132頁注５））。この点については、大塚・前掲注（30）714頁も参照。

集団的利益を問題とすべき場面は、個別的な被害を想定することが難しい場合（自然破壊など）であるのにもかかわらず、訴えの集団的利益の論者は、議論に際して騒音や大気汚染のような私益に関わる問題を念頭においているとの指摘も存する[136]。

3　紛争解決過程における団体の役割という観点から

以上でみた当事者適格からの分析や訴えの利益からの分析と排他的な関係に立つものではないと考えられるが、団体というものが紛争解決過程において個人とは異なる機能を果たしうることを指摘し、消費者紛争や環境紛争のような現代型紛争の解決においてそのような団体特有の機能に期待する見解がある。

高橋宏志説

この見解は、権利義務は個々の団体ないし個人に分解して帰属させられるものであり、それらの権利義務を相互に無関係に扱われるというのが民事訴訟法の原則であるが、現代社会においては、このような紛争の相対的解決になじまない紛争類型が存すると指摘する。「多数者に深く関係し」「集団的に把握される」紛争である[137]。このような紛争類型は、大きく公害紛争（被害者多数・損害多額の場合の損害賠償請求）、消費者紛争（被害者多数・損害少額の場合の損害賠償請求）、環境紛争（内容不明確な生成中の権利に関する作為・不作為（差止め）請求）に分けて考えることができる[138]。

その上で、この見解は、空港の夜間使用の差止めや町名変更撤回紛争[139]などを例にとって環境紛争の特徴とこの場合における民事訴訟法上

136　大塚・前掲注（30）714頁。

137　高橋宏志「紛争解決過程における団体」『岩波講座　基本法学２―団体』岩波書店（1983）294頁以下。

138　高橋・前掲注（136）298頁以下、299頁以下、302頁以下。

139　町名変更に関する訴訟を環境訴訟の例とすることには疑問があるが、特定の個人に帰属しない利益が紛争の対象となっている点で、環境訴訟と共通する性格を有しているとみることは可能かもしれない。個人に対する利益の帰属を観念しにくい点では、空港の夜間使用の差止めよりも純粋環境損害と共通性の

の問題点を次のように指摘する。まず、このような紛争は、通常、一部の住民が反対を表明し、それら住民が組織化されて行政庁や企業との交渉を行い（この過程で外部の支援組織が参加する場合もある）、裁判外で解決できなかった場合に訴訟に至るという過程をたどる。訴訟は、地元住民による共同訴訟、または住民団体または外部団体が原告となって行われると考えられる。そしてこのような紛争では、まず訴えの利益の次元でその紛争について裁判所で争えるかどうかが問題となり、これが肯定されると次いで原告に当事者適格が認められるかどうかが問題となる。この問題について、この見解は、地元住民個人の共同訴訟が認められることはもちろん、既成の恒常的団体（町内会、環境保護団体）や当該紛争を契機に組織された団体も訴訟の追行主体となることができるという。そのような団体については、当事者適格以前の問題として、財政基盤の脆弱さ、法人格の欠如など当事者能力が認められるかどうかも問題となりうる。しかし、たとえ、訴訟の過程で原告たる団体が消滅するような事態になったとしても、それ自体一つの紛争の解決とみることができる。また、訴訟費用の負担については、現状において訴訟費用はあまり取立てられていないことに加え、理論的には担保の規定（旧民事訴訟法107条（現行法75条）等）の準用を考えることができる。さらに、消滅と提訴が繰り返される場合には、後訴で当事者能力を慎重に認定すれば足りる。したがって、そのような団体についても訴訟を行わせて差支えないという[140]。

第２節のまとめ

民事訴訟法の学説においては、環境紛争は、消費者紛争等とならぶ現代型訴訟の一つの典型として、伝統的な民事訴訟の枠組みを超える問題として扱われてきた。民事訴訟において争われる利益は、上でみてきたように伝統的には、その内容や利益帰属主体が明確な利益であり、一般的にはその根拠を法律の規定に求めることができるとされる。これに対し、環境に関する利益については、民法上その利益の内容や帰属主体に

大きい紛争類型であるともいえる。

[140] 高橋・前掲注（136）302-304頁。

ついて不明確性が指摘される。

このような利益をめぐる訴訟については、まず、当事者（当事者適格）の観点から、紛争管理権説が主張された。個人の利益に分解することが困難な環境利益に関する訴訟では、伝統的な当該利益の管理権や法律上の利害関係という基準では適切な当事者を選ぶことができない。したがって、ここでは、環境紛争の実態に即した当事者の基準が要請される。そこでこの見解は、訴訟以前の段階から紛争の解決に関与してきた者に対し、紛争管理権に基づく当事者適格を付与すべきであると主張する。もっとも、紛争管理権説は、訴訟物たる権利・利益の主体以外に当事者適格を付与すること自体の是非や、敗訴判決の効力に関して学説の批判を受け、また最高裁によって採用を否定された。

しかし、その後も一部の論者によって、紛争管理権論の理念を承継しつつ、現代型紛争について学説や実務に受け入れられる理論の構築が目指された。たとえば、基本的には紛争管理権説の考え方を生かしつつも①法律構成としては、任意的訴訟担当によるべきとする見解②訴訟提起の段階では、訴訟前から紛争の解決に関与してきた者（紛争管理権者）に当事者適格を認めるが、紛争管理権者「だけ」では、本案判決については当事者適格を認めることができないので、訴訟の進展に伴い、訴訟の各段階において紛争の解決に関与させるべき者を当事者として加える必要があるという見解③民事訴訟法の改正によって導入された選定当事者制度の拡張を活用すべきという見解が主張されている。

また、訴えの利益の観点からは、利害関係者が多数にわたる事柄に関する紛争（たとえば環境訴訟）では、訴えの利益が認められるためには、集団的に主張される必要があるという見解がある。このような事件類型においては、個別的な主張では訴えの利益が認められず、集団的に訴えられることによってはじめて当該訴訟に訴えの利益が備わるとされる。

さらに、紛争解決における団体の役割という視点から、環境紛争で問題とされる利益は、個別的な利益というより集団的な性格をもつことを強調し、このような集団的利益については団体に当事者適格を認めるべきであるという主張もみられる。

以上の民事訴訟法の学説、特に紛争管理権説や集団的な訴えの利益の考え方は、アメリカのクラス・アクションや大陸法国の団体訴訟制度の

研究を背後にもつ。今日環境紛争よりもむしろ消費者団体訴訟制度との関連で盛んに論じられている現代型紛争も、多くが各国のクラス・アクションないし団体訴訟制度の研究を通じて展開されきている。この点で、①環境侵害の民事救済の場面で、個人を請求の主体と考える傾向にある民法の学説（環境権の手続的アプローチや近時の団体訴訟アプローチを除く）とは異なる。また②私法上の環境権説（特に初期の環境権説）を除き民法の議論の進展はほとんど民事訴訟法の議論に反映されていない（もしくは環境権説に吸収される形で扱われている）。このように、民事訴訟法の議論は、日本の民法の学説よりも外国法の影響を強く受けているのである。しかし、③個別的な利益に還元できない環境利益と生活妨害型ないし個別的な環境利益の問題とがあまり明確に分けて理解されておらず、環境紛争という大きな枠組みの中で論じられる傾向にあることは、民法の学説と共通する。

第３節　日本法とフランス法の比較検討

はじめに

本稿では、これまで、人に影響が発生する以前の段階にある環境それ自体の侵害に対し、私法の枠組みの中で救済をはかることが可能か、という問題について、フランス法と日本法の議論状況を実体法と手続法の両面から分析・検討してきた。以下本節では、以上の分析・検討の結果を踏まえて、両国の議論の比較を試みる。

日本法とフランス法を比較する前提として、すでに上で述べてきたことと重複する部分もあるが、若干の事項を確認しておきたい。まず、一つ目は、日本とフランスでは損害のとらえ方が異なるということである。フランスにおいては、民事責任の成立要件としての損害は、侵害された利益であるとされる[141]。

二つ目は、上記のように、フランスにおいては、民事責任の効果として現物賠償が認められるため、日本法のような「差止めという効果を導

[141] 拙稿「フランス民事責任法における純粋環境損害（préjudice écologique pur）の概念について」松久三四彦ほか編『民法学における古典と革新　藤岡康宏先生古稀記念論文集』成文堂（2011）463-464頁を参照。

くため」の議論は行っていないということである。金銭賠償という効果を排除するための議論として主観的権利に基づく純粋環境損害の救済を主張する見解があるが（第２章第２節３）、これは発想としては日本法とは逆の方向を向いている。また、損害発生以前の段階については、急速審理（レフェレ、民事訴訟法典809条）の問題とされる[142]。

以上の違いから、日本法とフランス法を比較する際、この問題に関する従来の日本法における一般的な議論の枠組み、すなわち環境侵害と差止めという視点からの検討は難しい。したがって、以下の比較は、人に帰属しない利益の侵害の民法（私法）における位置づけの探求という範囲に限定されざるを得ない。

１　実体法の次元において

まず、議論の前提として環境侵害の民事救済に関しては、実体法の次元において、純粋環境損害の問題と生活（近隣）妨害の未然防止（損害未発生の段階での差止め）の問題を理論的に区別する必要がある。前者は、究極的には人に対する損害の発生の未然防止を企図するものではあるが、直接的には環境そのものに対する侵害をサンクションすることを目的としている。これに対し、後者では、個別的な人に対する利益侵害が直接の目的である。にもかかわらず、後者において環境が人に帰属しないことを強調することは、個人の権利・利益の保護の後退を意味しかねない。事実としては、両者は重なりうるが、理論的には区別して考えるべきである。この点は、日本法の内部にもすでに指摘のあることではあるけれども、純粋環境損害の賠償と近隣妨害を別の枠組みにおいてとらえているフランス法は、日本法に対し一定の示唆を示すものといえよう[143]。

---

[142] 環境侵害の場合における訴権付与に関する環境法典の規定は、訴権行使を民事訴権の場面に限定しているけれども、学説のなかには、これを民事訴訟法典809条の場合にも拡張すべきであるという主張がある。また、下級審ではあるが、訴権を授与された環境保護団体に（新）民事訴訟法典809条に基づく訴えを認めた裁判例も存する（拙稿・前掲注（３）232-233頁）。

[143] 大塚・前掲注（87）651頁を参照。

次に、人に対する帰属を離れて、ある利益の侵害が民法の枠組みで保護されるかどうかが問題である。これこそが本稿の検討の中核的課題である。第２章でみたように、フランスでは、純粋環境損害の民事責任法（実体法）上の性格について、実体法上の概念としての集団的損害ととらえる見解、人に対する影響からは独立の利益侵害として客観的損害という範疇を定立し、純粋環境損害をこれに含める見解があった。また、純粋環境損害の救済は、伝統的に法主体の属人的損害の賠償を目的としてきた民事責任法の枠内では無理であるとして、私法上の「環境への権利」の確立を主張し、権利侵害そのものの効果として純粋環境損害の救済を図ろうとする見解も存在する。

これに対し、日本法においては、環境侵害に対する私法上の対処は、主に人に影響を及ぼす損害の発生以前の段階での差止めを導くことを目指して、まず権利（主観的権利）構成によって試みられた。これは、深刻な公害の経験という事実と、民法が不法行為の効果が原則として金銭賠償に限定し、また差止めの一般的規定を持たないことを背景としていると考えられる。

しかし、環境権論は、誰にも帰属しない環境と、個人に排他的に帰属することを本質とする権利とを結びつける点で理論構成として問題があるとして、環境侵害については、権利侵害ではなく秩序違反に対するサンクションに基づく救済の道を開くべきであるという見解も登場した。

フランスの環境への権利構成と日本における環境権論とは、環境について主観的権利に基づく救済（特に差止め）を可能としようとする点、および個人に環境に関する権利の帰属を認めることによって、環境侵害について訴訟上の担い手となれる者は誰かという問題の回避が導かれる点で共通する。また、環境の性質と権利概念とが親和的でないと批判されている点で同じである。

これに対し、秩序違反構成は、法秩序の統一の見地から法に合致する利益に対する侵害を客観的損害ととらえるフランスの発想と類似性を有する。もっとも、フランスの学説は、この考え方の正当性をフランス民事責任法およびそこにおける損害概念の客観化傾向に求めており、その背後にはフランス法における損害（侵害された利益）概念の柔軟さがある。また、フランスにおいては、差止めの問題を民事責任法と別に考え

る必要性が日本法ほど大きくない。文脈を異にする日本法にこの議論をそのままあてはめることができるかどうかについては、さらに検討を要する。しかし、この発想は、日本法の議論に一つの新たな視座を与えうるのではないかと考えられる。

なお、フランスの環境訴訟制度や純粋環境損害を集団的損害と理解する学説は、近時日本においても参照されはじめている。しかしみてきたように、前提となっているフランスにおける集団的損害概念については、特に実体法上の集団的損害と手続上の集団的利益の関係、あるいは、職業組合によって擁護される職業の利益に源を発している集団的利益・損害と純粋環境損害の共通点と差異などにつき、なお一層の慎重な検討を要するように思われる。

2　手続法の次元において

手続法の次元では、実体法の次元以上に、環境（団体）訴訟制度、そしてそこで形成された集団的損害（利益）という概念の存否が両国の法状況に決定的な影響を与えたと考えられる。たとえ限定的なものであったとしても、フランスでは、1976年以来環境保護団体は、一定の要件の下で環境侵害の場合に裁判所において訴権を行使することが法律上認められていた。確かに、長い間裁判所は、環境に対する侵害そのものについて賠償を認めることに消極的であったといわれる。そして、例外的な一部の判例においても、環境保護団体自体の一種の精神的（無形）損害の名目等でわずかな金銭賠償が認められていたにすぎない。しかしながら、学説は、それらの判例に純粋環境損害の賠償という意義を与えた。そして、学説において純粋環境損害の賠償に関する議論が積み重ねられ、やがて裁判所もこのような損害の賠償に好意的な態度を示すようになってきたのである。この学説と裁判所判断の相互的な発展の出発点には、団体訴訟に関する立法と集団的利益・集団的損害という概念の存在がある。

これに対し日本においては、環境侵害に関する特別な訴訟制度が存在せず、このような相互的な発展が妨げられたと考えられる。外国法を参照した現代型紛争に関する研究も、解釈論としては個別的利益に関する訴訟を念頭においている現在の日本法を前提とせざるをえず、結局のと

ころ、それらの試みは試みにとどまったまま、現在に至っている。環境紛争とは対照的に、団体訴訟立法が実現した消費者法の領域で集団的利益の救済に関する議論が急速に展開されてきていることにかんがみれば、この意味はおのずと明らかになるであろう。

このように、手続法の次元における日本法とフランス法との比較からは、個人に帰属しない利益について既存の個別的利益を基礎とする訴訟制度の枠内で解釈のみによって人に帰属しない利益の侵害の問題を解決することの限界が明らかになるように思われる。

３　日本とフランスの法状況を分けたもの

フランスにおいて非営利社団による集団的利益に関する訴えは、従来特別な訴権付与に関する立法によって例外的に認められるものとされてきたが、近年、法律上の訴権付与の要件を満たさない非営利社団による環境団体訴訟が認容されてきているといわれる（第１章第１節１（２））。立法による訴権付与の場合に該当しないとしても実質的に訴権付与の条件を満たしている場合に訴権の受理性が肯定されるようになってきているものと考えられる。

環境訴訟に一定の立法の関与が望ましいこと否定できない。環境訴訟立法の存否が日本とフランスの法状況を分けた要因であることは明らかである。しかし、このような訴訟が、特別法による訴権付与の存在を絶対的要請とするのかどうかは、上記フランスの場合のように当該訴訟類型の社会への定着によって時代とともに変化する可能性も存在する。

それでもなおここでは、フランスにおいて、純粋環境損害に関する議論を推進してきたのは、環境団体訴訟制度の存在であることを強調しなければならない。環境は、特定の人に帰属しない。したがって、その侵害の結果である純粋環境損害も属人性を有しない。ならば、このような利益の侵害が民事責任を発生させるのか。誰が環境利益について訴訟の担い手になれるか。環境侵害において賠償とは何を意味するのか。フランスにおいては、団体訴訟制度がそのモデルの一つを提示し、単に手続法の問題のみならず民事責任法の学説の発展にも寄与していると考えられる。

近時のフランスの学説が主張するように、確かに人に帰属しない利益

の担い手の問題は、理論的には当然に集団的な訴訟（団体訴訟）制度と結び付けられるものではない（第２章第３節を参照）。しかし、集団的な訴訟モデルに関する立法は、人に帰属しない利益に関する訴訟の一つのモデルを提示しうる。それは、この問題について一つの解決をもたらすものであるのと同時に、この問題に関する解釈論のさらなる発展の手がかりをももたらすものであるともいえるのである。

第３節のまとめ

本節における日本法とフランス法の比較からは、人に影響を及ぼすに至らない環境侵害の民事救済について、日本法とフランス法の大きな違いは、日本法が、環境権という個別的かつ実体法的な概念から出発したのに対し、フランス法は、環境保護団体等への「集団的利益侵害」を理由とする民事訴権付与という集団的かつ手続法的な観点から思考を展開していることにあることがわかる。この違いは、両国の法状況に、いくつかの重大な差異を生じさせている。

１　実体法の次元において

日本法においては、（差止めの根拠を中心とする）実体法上の問題と手続的な問題を同時に解決しうる環境権説が、多くの批判や判例実務に受け入れられないという現実にもかかわらず、根強く主張され続けている。たしかに、日本においても、環境侵害を環境に関わる秩序に対する侵害として把握しようとする見解は、環境が個人に帰属しないことを強調している。しかし、そこでもなお、秩序違反構成の主張者は、当該環境の下で暮らす住民とされ、実体法の内部で実体法の問題のみならず手続の問題まで解決がはかられる傾向が強くみられる。

これに対し、フランスでは、純粋環境損害は、純粋環境損害と伝統的な集団的利益ないし集団的損害（職業組合によって擁護される職業の利益を典型とする）の差異にもかかわらず、団体訴訟制度を前提として、集団的利益侵害＝集団的損害として理解されることが一般的である。環境侵害を主観的権利侵害と構成する立場もあるが権利概念と環境の性格の不適合が指摘されており、その支持者は多くない。さらに、近時の学説は、環境保護団体等の団体訴権の主体と侵害された利益としての環境

との関係が「帰属」関係ではないことを正面から認めている（客観的損害構成）。このような考え方によると、純粋環境損害の賠償という問題は、実体法の枠内だけで解決することは不可能となる。したがって、誰のものでもない環境について、誰が訴訟の担い手となれるかは、手続法の問題として解決されなければならない。しかしながら、環境が誰のものでもない、という事実を端的に法律構成に反映させるものとして、近時のフランス法の議論は、基本的に正当なものといえるであろう。

２　手続法の次元において

個人の利益を問題とすることが難しい、環境紛争や消費者紛争など現代型訴訟における訴訟の担い手については、既に日本法にも一定の議論の積み重ねがある。第１章でみたように、集団的損害ないし集団的利益という概念が実体法と手続法の両方であいまいなまま用いられてきたフランス法と比べ、日本の民事訴訟法の学説は、むしろ自覚的にこの問題について論じてきたといえる。もっとも、立法において団体訴訟制度が創設されているフランスとは異なり、日本においては、個別的利益を念頭において構築された伝統的な民事訴訟法の枠内で解釈によってこの問題に対処せざるをえなかったため、議論は学説の範囲内にとどまり、実務に影響を及ぼすには至っていない。このことは、環境紛争と並ぶ代表的な現代型紛争である消費者紛争の領域では、結局この問題の解決が立法によってはかられた点にも表れている。さらに、フランスにおける環境団体訴訟制度とその実践が実体法も含めた学説の議論の発展に果たした寄与を見るならば、環境紛争の領域において、手続法の次元においては一定の立法の関与が要請されることが強く示唆される。

３　団体訴訟制度の意義と可能性

しかし、フランス法の議論は、日本法にさらなる示唆をあたえるように思われる。すなわち、フランスにおいては、純粋環境損害の賠償を目的として集団的な訴訟制度が構築・立法されたのではない。伝統的に集団的利益に関する訴訟（団体訴訟）が盛んに利用されてきたフランス法の土壌において、環境保護団体にも団体訴権が付与されという事実が先行した。その後実際に環境保護団体による訴訟提起が行われ、学説はそ

の中に環境自体に生じた損害の賠償が認められたと評価できるのではないかとみられる事件を発見し、純粋環境損害に関する議論を積み重ねてきたのである。また、純粋環境損害に限らず、個人に帰属を観念しがたい集団的利益であって、伝統的には、訴訟において私的主体が争うためには団体訴訟立法が必要であるとされた事案についても、そのような利益に関する訴訟の積み重ねを経て、立法の枠を超えて訴えが認められる領域が拡張してきた。このような状況のなかで、現在は、第２章第３節でみたように、人に帰属しない利益の侵害（＝客観的損害）については、本来の帰属主体がない以上、訴えの主体は理論上当然に非営利社団等に限定されるわけではなく、場合によっては、個人や公法人によっても担われうるという学説の主張がなされるに至っている。このことは、団体訴訟制度のような集団的な訴訟制度に関する立法が、人に帰属しない利益の侵害に関する訴訟の一つのモデルを提示することによって、やがて「特別な」制度以上の機能を担いうる可能性を示している。

第３章のまとめ

１　実体法の次元における日本法の議論

上記のように、日本においては、まず公害に至る以前の段階における環境侵害の差止めの根拠として私法上の環境権が提唱された。初期の段階において、環境権は、良き環境を享受・支配する権利とされ、また環境は万人の共有に属するという環境共有の法理を基礎としていた。しかし、この環境共有という考え方については、民法における「共有」の概念と異なるという批判がなされ、また、環境権自体についても利益衡量を認めない硬直性や権利の帰属範囲の不明確性などについて批判を受けた。

もっとも、環境権の主張の背後にある理念自体は、比較的に広く受け入れられたといってよい。学説は、一方では、環境侵害を権利に対する侵害として構成し、権利侵害に対するサンクションとして民事救済を図るために、環境権理論の深化を目指した。この立場においては、環境共同利用権説や環境権の手続的アプローチが提示され、これら両説の統合も試みられている。他方では、個人に帰属するという権利の性格と環境という個人への帰属を観念しがたい性格を有する利益との不適合さを指

摘し、権利ではなく、環境に対する秩序の侵害を理由とする民事救済の可能性が主張された。もっとも、両者は、環境に対する侵害が個人に及ぶ以前の段階で、当該環境のもとにある住民に当該侵害に対するサンクション発動のイニシァティヴを与えようとする点では共通する。

さらに、ごく最近になって、諸外国における損害概念や団体訴訟制度を参照し、日本においても、解釈及び団体訴訟立法によって純粋環境損害に相当する損害の賠償をはかろうとする見解が現れはじめてきている。

２　手続法の次元における日本法の議論

第２章で見た最近フランスの学説が主張しているように、人に帰属しない利益の侵害に関しては、実体法と手続法の両面から民事訴訟において保護するための障害とその克服の方策を検討する必要がある。このこと自体は、日本でも既に自覚されている。日本の民事訴訟法の学説は、はやくから、アメリカのクラス・アクションや大陸法国における団体訴訟制度に着目して、現代的紛争類型のための訴訟制度の問題にとり組んできており、その中には環境訴訟も含まれる。

しかし、日本では、現実には、環境団体訴訟制度が存在しないことから、民事訴訟法の学説は、既存の制度の枠内でこの問題に対処しようとし、主に当事者適格や訴えの利益の観点から解釈論を展開してきた。ただし、それらは学説の議論の領域にとどまっている。消費者法の領域では、集団的な訴訟制度について立法によって解決が図られたのは周知のとおりであるが、環境法の領域では特別な訴訟制度は現在まで未整備のままである。

３　日本法とフランス法の比較

繰り返し強調してきたように、フランスでは、純粋環境損害のような人に帰属しない利益の侵害に関する議論の起点には、団体訴訟制度の存在がある。環境は、誰にも帰属しない。ならば、誰が環境利益について訴訟の担い手になれるか。環境侵害において賠償とは何を意味するのか。フランスにおいては、団体訴訟制度がそのモデルの一つを提示し、単に手続の問題のみならず民事責任法の学説の発展にも寄与していると考えられる。

これとは対照的に、日本においては、人に帰属しない環境利益の民事救済に関する議論が、ほぼ40年にわたる積み重ねにもかかわらず、実務上受け入れられることがないばかりでなく、学説においても通説的見解を形成することがないままである。その原因となったのは、それらの議論が解釈論の枠組みにとどまりがちであったこと、さらに実体法と手続法の間の議論の相互参照が不十分なままであったことなのではないか。この点で、立法、裁判、学説（民法、民事訴訟法）の協働ないし相互作用において純粋環境損害の賠償に関する議論を深化してきたフランス法の状況は、法理論そのものを超えて日本法に示唆を与えるものであるように思われる[144]。

おわりに

本稿では、人、つまり法主体に対して帰属を観念できない利益の侵害と民事責任の関係について、純粋環境損害に関するフランス法の議論を参考に検討してきた。ともに少なくとも1970年代から環境利益の民事救済に関する議論を続けてきた日本とフランスの法状況を分けたものは何か。背景にある社会事情も民事責任法・民事訴訟法の枠組みも異なる二つの国を比較することは難しいけれども、以上の検討から、その理由の一端は明らかになったように思われる。

それは、集団的利益ないし集団的損害という概念と集団的な訴訟（団体訴訟）制度の存在である。それらは、フランスでは元来、職業組合による職業の利益の擁護から生まれ、発展してきた概念・制度である。純粋環境損害においては、特定の集団の利益とみることのできない、より一般的な利益に対する侵害が問題とされ、その意味では、伝統的な集団的利益に関する理論がそのまま妥当しない部分も存する。しかしながら、

[144] 立法・学説・裁判所の相互的な作用による規範の生成について指摘するものとして、環境に関する諸原則についての論稿であるが、v.M.Boutonnet «La force normative des principes environnementaux, entre droit de l' environnenement et théorie générale du droit», *in Force normative Naissance d' un concept*, C.Thibierge et alii, LGDJ, 2009, pp.479 et s.

純粋環境損害に関する民事責任法の学説の議論の推進力となったのが、集団的利益侵害を理由とする環境団体訴訟であったことは間違いない。

もっとも、フランスにおいても、学説において純粋環境損害の賠償に関する理論的な検討が活発に行われるようになってから日は浅い。「被害者自身」である「個人たる法主体」が民事訴訟における当事者であり、民事責任法上の損害の帰属主体であるという民事責任訴訟の伝統的な枠組みを超え、さらに伝統的な団体訴訟における集団的利益の擁護とも異なる、人に対する帰属を観念できない利益の救済は、環境侵害だけではなく、消費者法・競争法等の領域にも関わる現代の特にも先進諸国における共通の課題である。この点については、日本においても、フランスにおいても、今後の議論の進展が期待される。

以上において、本稿の検討を終える。なお残された課題は多いが、民法（実体法）の範囲において、問題の所在をいくつか指摘するにとどめる。まず、一つの問題は、環境への侵害の「効果」についてである。本稿において検討したフランスにおける純粋環境損害の議論は、日本法においては、不法行為ないし差止めの保護法益の問題である。このような保護法益としての「環境」に対する侵害のサンクションとしては、損害賠償、差止め（既発生の侵害の停止・未発生の侵害の予防措置）、原状回復が考えられる。損害賠償の場合には、損害の金銭評価や賠償金の帰属の問題が発生する。差止めについては、差止めの一般的な理論構成の問題に、人に帰属しない利益の差止めの特殊性が及ぼす影響を考える必要がある。民法は、不法行為の効果として一般的に原状回復を認めていないが、環境侵害の場面では、原状回復が第一義的に要請される。もっとも、金銭賠償の原則の下でも、原状回復費用の償還による事実上の原状回復の効果を導くことができないか、今後検討する余地はあるように思われる。

また、本稿は、植物相・動物相、水、大気などエコロジカルな意味における環境の侵害を純粋環境損害の具体例として念頭に置きつつも、特に「環境」について定義することはせずに、環境利益の担い手（主体）及び環境と環境利益の担い手の間の関係性に関する問題を扱った。しかし、侵害の客体、すなわち「環境」の民法における意義と位置づけについても明らかにする必要があるであろう。

純粋環境損害の私法上の救済に関しては、以上の他にもなお多くの課題があるが、それらについては、また別の機会に考察を試みることにしたい。

［付記］

校正の段階で、日本消費者法学会第４回大会シンポジュウム「集団的消費者利益の実現と実体法の役割」消費者法４号（2012）４頁以下に接した。直接的には消費者法の領域の問題を扱うものであるが、特定の人への帰属を観念しがたい利益の侵害に関する示唆的な文献である。なお、本稿第３章第１節「２秩序違反構成」において取上げた吉田説は、その新たな展開として上記シンポジュウムでのコメントにおいて、「管理」概念に基づき社会全体に帰属し、個人への帰属を観念しがたい損失についても、消費者団体に損害賠償請求権を認めていく可能性を示唆している（同誌43頁以下）。本文における検討と合わせて参照されたい。

本稿は、平成24年度学術研究助成基金助成金（若手研究（B）：課題番号23730079）の助成を受けた研究成果の一部である。

［訂正］

本稿北法62巻６号及び23巻１号掲載部分につき、下記下線部の通り訂正いたします。

北法62巻６号掲載部分

1833［42］頁脚注２行目

誤：有斐閣（2011）→正：有斐閣（2011）６頁

1831［44］頁本文９行目

誤：蓄積ある→正：蓄積がある

同頁脚注最終行

誤：３・４号→正：３・４号（2006）

1825［50］頁、注下から７行目

誤：「……一般歴……」→正：「……一般利益……」

1807［68］頁本文11行目

誤：一つ扱われ→正：一つとして扱われ

1799［76］頁上から９行目
誤：踏まえて再度ヴィネイ……正：踏まえてヴィネイ……
1781［94］頁脚注下から４行目
誤：note 15→正：note16、誤：supra note →正：supra note 24

23巻１号掲載部分
193［102］頁本文上から７行目
誤：追考→正：追求

論　　説

民事詐欺の違法性と責任（2）

岩　本　尚　禧

目　次

序論
　第１節　本稿の課題
　第２節　本稿の構成　（以上、63巻３号）
第１部　ドイツ法
　第１章　詐欺の前史
　　第１節　ローマ法と自然法
　　　第１款　ローマ法における詐欺
　　　　第１項　dolus の意義
　　　　第２項　dolus の効果
　　　第２款　自然法における詐欺
　　　　第１項　自由意思の主意と主知
　　　　第２項　ドイツ自然法学説　（以上、本号）
　　第２節　19世紀の詐欺論
　第２章　詐欺の違法性と責任
　　第１節　転回する自由意思の要保護性
　　第２節　保護の範囲と限界
第２部　日本法
　第１章　民事詐欺論の展開
　　第１節　日本民法と自然法
　　第２節　意思決定自由の要保護性
　第２章　民事詐欺の違法性と責任
　　第１節　比較法の帰結の考察－裁判例を素材として－
　　第２節　民事詐欺の違法性と責任
結論

第1部　ドイツ法

第1章　詐欺の前史

第1節　ローマ法と自然法

第1款　ローマ法における詐欺

第1項　dolus の意義

（1）狭義の dolus ー詐欺ー

① actio doli の起源

ある論者によれば、旧約聖書における最初の犯罪は（カインの）兄弟殺ではなく、最初の虚言であり、これが世界に悪を出現させ、そして原初の虚言者および虚言の父が万悪の創始者であった[1]、という[2]。

もっとも、古代の人々は、必ずしも嘘を非難すべき事柄として考えていたわけではなかった[3]。各個人の存在が法によって保証されていなかった原始社会においては、狡猾であることは自己防衛にとって不可欠であり[4]、腕力を持たざる者は策略に頼る他なかったからである[5]。そして、この策略（List）という言葉の意味内容に相当する語が dolus であった[6]。嘘が必ずしも非難されるべき事柄として考えられていなかった時代にお

---

[1] Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten, Zweiter Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, 1797 (Neudruck 1959), hgg. von Karl Vorländer, S. 280. なお、同書の部分訳として、カント（白井成允＝小倉貞秀 訳）『道徳哲学』（1954年）が存在する。

[2] Rudolph von Jhering, Der Zweck im Recht, 2. Bd., 4. Aufl., 1905, S. 477によれば、旧約聖書の創世記は嘘から始まる物語として理解されている。

[3] Andreas Wacke, Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List, ZRG (Rom. Abt.) 94 (1977), S. 221.

[4] Wacke, a.a.O. (Fn. 3), S. 222 ff.

[5] Jhering, a.a.O. (Fn. 2), S. 479.

[6] Ludwig Mitteis, Römisches Privatrecht, 1. Bd., 1908 (Neudruck 1994), S. 316 .; Ulrich von Lübtow, Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung, in Entwicklungsten- denzen im Wirtschafts - und Unternehmensrecht Festschrift für Horst Bartholomeyczik, 1973, S. 263.

いては、dolus も非難さるべき価値判断を含まず、本来的には中性的意味内容を有する概念であった[7]。

ところが、次第に誠実性が顧慮され始めた。これはギリシャ哲学におけるストア派の影響も考えられる[8]。例えば、ストア派から影響を受けたキケロ（Marcus Tullius Cicero, 前106-43）は、詐欺の事例として次のような事案を紹介している。

> 両替商のピューティウス（Pythius）は、別荘の購入を検討していたローマの騎士カーニウス（Canius）を自身の別荘へ招待し、その際に予め地元の漁師達に同別荘の前で漁を行うよう依頼し、さらに近辺に魚が集まる水源が存在するかの如く装い、これを信じたカーニウスは同別荘を購入した。もちろん、そのような水源は存在せず、カーニウスが再び同別荘に出向いた時には、漁師達も見当たらなかった[9]。

キケロは次のように続ける。「カーニウスは腹が煮えくり返った。しかし、どうすることができたろう。そのことはまだ私の同僚にして友人であるガーイウス・アクイーリウスが dolus malus[10]に関する方式書を

---

[7] Lübtow, a.a.O. (Fn. 6), S. 263.

[8] Wacke, a.a.O. (Fn. 3), S. 221 ff. ストア派はギリシャ哲学の一派であり、ストア派における永遠・不変の法則によれば、自然界において自然必然の法則としてあらわれ、人間社会においては人倫的法則としてあらわれ、後者の人倫的法則によって善と正を為すことを命ぜられ、悪と不正を避けることが命ぜられる（三島淑臣『法思想史』（1990年）97-118頁）。

[9] その事例について、Cicero, de officiis, wiht an english translation by Walter Miller, 1913 (reprinted 1951), pp. 326を参照。なお、Cicero, de officiis の邦訳として、高橋宏幸（訳）『キケロー選集９』（1999年）309頁以下が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

[10] dolus に付された malus という形容詞は「悪い、有害な、邪悪な、悪人」という意味である（柴田光蔵『法律ラテン語辞典』（1985年）216頁を参照）。既に指摘したように、dolus は本来的に悪い意味を持つ概念ではなかったから、この意味における dolus と区別するために、malus という形容詞が付された（D. 4, 3, 1, 3.: Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen

提案していなかった[11]。この方式書の中で、dolus malus とは何か、という問いに彼は、見せかけと実際の行為とが異なる場合、と答えていた。これは実に見事な答えで、ものの定義をよく心得た人物にふさわしい。それゆえ、ピューティウスも含めて行為と見せかけが違う人間はすべて嘘つきで邪で性悪である」[12]。

② dolus 解釈の変遷[13]

キケロを含め、ギリシャの精神文化に接したローマの法律家は、法知識の体系的構成に関心を抱き始め、その対象として dolus も含まれていたのであり、その過程において dolus の定義は様々な変容を受けた[14]。例

---

accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur. なお、ローマ法のラテン語の訳出に際して、Carl Eduard Otto=Bruno Schilling=Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das CORPUS JURIS CIVILIS を参照した（以下も同様）。

[11] なお、dolus に基づく訴権たる actio doli はアクイーリウスによって紀元前66年に創設された。春木一郎「Actio doli ニ付テ（一）」法学協会雑誌36巻５号（1918年）１頁および８頁、原田慶吉『ローマ法（改訂版）』（1975年）232頁；Mitteis, a.a.O. (Fn. 6), S. 318 ff.; Paul Jörs - Wolfgang Kunkel, Römisches Privatrecht, 3. Aufl., 1949, S. 174. u. S. 260.; Alan Watson, Studies in Roman Private Law, 1991, p. 313.; Max Kaser - Rolf Knütel, Römisches Privatrecht, 17. Aufl., 2003, S. 77.

[12] 高橋・前掲注９・311頁。ただし、同邦訳書は、dolus malus の語に対して、「悪質な詐術」という訳語を用いている。

[13] 確かに dolus に malus の形容詞が付されたが、しかし法的問題として取り上げられる dolus が dolus malus であるから、次第に dolus の一語が dolus malus を意味するようになった（Wacke, a.a.O. (Fn. 3), S. 227）。本稿においても dolus malus を単に「dolus」と表記することがある。

[14] Helmut Coing, Zur Geschichte des Privatrechtsystems, 1962, S. 18. 浜上則雄「法律行為論の『ローマ・ゲルマン法系』的性格」阪大法学65号（1968年）92頁も参照。

例えば、セルウィウスは、アクイーリウスの定義に対して、「他人を欺くための何等かの奸計（machinationem quandam alterius decipiendi causa）」を付け加えた（D. 4, 3, 1, 2.: Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur.）。さらに Alfred Pernice, Labeo, 2. Bd., 1. Abteilung, 1865, S. 208 f. も参照。

えば、ラベオ（Marcus Antistius Labeo, 50.B.C.?-A.D.20）は dolus malus の意味内容について、次のように考えていた。

> D. 4, 3, 1, 2.：しかし、ラベオは（それに対して次のように述べる）、真実を隠匿することによって自己または他人の財産を維持し保護する行動に出る如く、虚構は存在しなくても、誰かある者が騙されることは有り得るし、dolo malo は存在しなくても、何か異なる事が行われ、何か異なる事が虚構されることは有り得る。それゆえ彼は、自ら次のように概念を規定する。dolum malus とは、他人を籠絡し、欺罔し、眩惑せしめるために用いられる全ての狡猾、欺瞞、奸計である[15]。

ラベオによれば、積極的に相手方を欺かなくても、他人を不法な手段で不利な立場へ陥れる事態も、dolus malus として理解される[16]。ラベオにとって真実歪曲の手段たる simulatio は不要であって[17]、あらゆる悪意に基づく反良俗的行為（jede arglistige unsittliche Veranstaltung）が dolus malus を意味した[18]。

ラベオの定義は当時の有力な見解として理解されていた[19]。確かにラ

いずれにしても、アクイーリウスとセルウィウスの定義によれば、dolus malus は、事実の真相に反する観察を他人に生ぜしめる目的で、ある事柄を表示し、当該表示と異なる事柄を実行する謀計のことを意味する（春木一郎「Actio doli ニ付テ（二）」法学協会雑誌36巻６号（1918年）47頁以下）。このように、悪意訴権の射程は狭かった（Watson, supra (11), p. 313）。

[15] Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumbeniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam.

[16] 船田享二『ローマ法 第三巻』（1970年）458頁；Max Kaser, Das Römische Privatrech I, 2. Aufl., 1971, S. 628.

[17] Pernice, a.a.O. (Fn. 14), S. 209.

[18] Pernice, a.a.O. (Fn. 14), S. 209. 民法826条の起源を actio de dolo に求める見解も存在する（Max Kaser, Römische Rechtsgeschichte, 1965, S. 146）。

[19] ウルピアーヌスも、承認していた。D. 4, 3, 1, 2.: Labeonis definitio vera est

ベオは dolus の意味を拡大しているが、しかし狡猾（calliditas）、欺瞞（fallacia）、奸計（machinatio）という特定の行為態様は必要であって、この意味において dolus は詐欺であった。

（２）広義の dolus －故意－

①主観的要件の意味

確かに dolus は詐欺の意味を持つ概念であった。しかし、dolus は主観的要件（現代の意味における意図や故意に相当する内容）の意味を持つ概念としても理解されていた。例えば、キケロは、トゥッリウス弁論（トゥッリウスの奴隷を自身の奴隷に襲わせたファビウスに対して、トゥッリウスが損害の賠償を求めた事案において、キケロがトゥッリウスの弁護人として、審理員に対して展開した弁論）[20]において、dolus について次のように述べていた[21]。「dolum malum は個々に存在するのみならず（それでも私にとっては十分なのであるが）、そして、その行為の全体に存在するのみならず、一連となって所与の全部に存在する、と私は主張するのである。彼等は、マールクス・トゥッリウスの奴隷の所へ出向くことに決める。彼等は、それを dolo malo で行う。彼等は、武器を取る。彼等は、それを dolo malo で行う。彼等は、待ち伏せし悪事を為すに適切な時を選ぶ。彼等は、それを dolo malo で行う。彼等は、暴力でもって建物に侵入する。暴力を用いる際に dolus が含まれる。彼等は人を殺害し、その建物を破壊する。dolo malo なくして、人が殺害されることはなく、意図的に他人に損害が加えられることはない。かくし

（ラベオの定義は正しい）。Fritz Schulz, Classical Roman Law, 1951 (reprinted 1961), p. 606も参照。

[20] この弁論は前72-71年に行われた。その詳細について、富山單治「民事ニ關スル Cicero ノ辯論（一）」京都法学会雑誌４巻５号（1909年）70頁以下、柴田光蔵「ローマ法における損害訴訟の一考察－キケロー Marcus Tullius Cicero の『トゥッリウス弁護論 pro Tullio』をめぐって－」法学論叢92巻４・５・６号（1972年）176頁以下を参照。

[21] 原文は Albertvs Cvrtis Clark, M. Tvlli Ciceronis Orationes, 1911 (reprinted 1968) を参照した。訳出に際して、Manfred Fuhrmann, Marcus Tullius Cicero sämtliche Reden, 1. Bd., 1970, S. 225を参照した。

て、個々が全て、その一つ一つに dolos malus が付着している性質のものなのである。そこへきて、あなた方は、その事件が概して、その犯罪が全体として dolo malo なくして実行された、と判断なされるのか？」。

少なくとも、この文脈において語られている dolus が詐欺を意味していないことは明らかである。dolus は主観的要件の意味も併せ持つ概念であったのである[22]。

②故意の意味

主観的要件を意味する dolus は、ローマ法においても見出される。例えば、次の法源が挙げられる。

D. 47, 8, 2.：法務官は次のように述べる。誰かある者が召集された者たちによって dolo malo に損害を加えられるにせよ、誰かある者の財産が略奪されるにせよ、申し立てられたなら、私は再び、そうしたことを為したとして申し立てられた者を、その場合に訴え得る可能性がある時から１年以内なら４倍額の決定を下し、１年後なら１倍額の決定を下す・・・[23]。

D. 47, 8, 2, 2.：告示が示しているように、略奪する者だけではなく、

[22] この意味の dolus は、既に共和政時代（前510年頃－後27年）の王法（Leges Regiae）においても見出される。例えば、王法の一つヌマ王の法（lex Numae Pompilii regis）によれば、「自由人を dolo sciens により死に至らしめた場合、犯人は殺人犯たるべし」(Moritz Voigt, Über Die Leges Regiae, 1. Band, 1876, S. 609を参照。訳に関して、岩田健次「ローマ法における殺人罪」関西大学法学論集16巻４・５・６合併号（1967年）572頁を参照した)。dolo sciens は専ら認識され意欲された行動(bewußte und gewollte Handeln)を意味していた(Kaser, a.a.O. (Fn. 16), S. 628)。なお、王法に関しては、岩田健次「王法」久保田正幡先生還暦記念出版準備会（編）『西洋法制史料選Ⅰ古代』（1981年）３頁以下を参照。

[23] Praetor ait: Si cui dolo malo hominibuscoatis damni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum , qui id fecisse dicetur, iudicium dabo… .

損害を引き起こし、財産を略奪する目的を意図しつつ、武装した者を招集する者も dolo malo に行動しているのである[24]。

これら法源において語られている dolus は、詐欺ではなく、違法な侵害意図を意味している[25]。この意味における dolus は、違法な結果へ直接に向けられた意思として特徴づけられるのであって[26]、現在の用語例に従えば、いわゆる意図（Absicht）に相当し[27]、現在の刑法学における故意（Vorsatz）の起源でもある[28]。要するに、dolus は狭い意味において

---

[24] ‘Dolo’ autem ‘malo facere’ potest (quod edictum ait) non tantum is qui rapit, sed et qui praecedente consilio ad hoc ipsum homines colligit armatos, ut damnum det bonave rapiat.

[25] この点については、Pernice, a.a.O. (Fn. 14), S. 153を参照。さらに、王法を引用する法源も存在する。

D. 48, 8, 1 pr.：刺殺および毒殺に関するコルネーリウス法によって、人を殺めた者は全て責を負う。dolo malo によって火災を生ぜしめた者、人を刺殺するために、または窃盗を犯すために、武器を携えて徘徊した者、官吏および首長として公的手続において、無実の者が訴追され、有罪判決を受けるような虚偽の告訴を人に為さしめた者も、責を負う。

刺殺および毒殺に関するコルネーリウス法（Lege Cornelia de sicariis et veneficis）は、前81年に制定された王法である。頭格（caput）は法的身分を意味し（原田・前掲注11・46頁以下、河上正二『歴史の中の民法 オッコー・ベーレンツ教授「ローマ法史講義案」を基礎に』（2002年）126頁を参照）、capitalis という形容詞は、刑罰が死刑・自由の喪失・市民権の喪失というローマ市民の頭格に関係する場合に用いられる（柴田光蔵『ローマ裁判制度研究』（1968年）122頁の注１を参照）。

[26] Beschütz, Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre, 1. Teil., 1907 (Neudruck 1977), S. 48.

[27] Friedrich Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930 (Neudruck 1973), S. 107. なお、意図は故意の一形態であり、この点について、後述117頁を参照。

[28] Beschütz, a.a.O. (Fn. 26), S. 48を参照。「故意はローマ法のドールスの承継者であつて、それは常に有責行爲の特殊のものについて使用せられた言葉、即ち常に法律上非難せられる行爲に附著する言葉である」（瀧川幸辰『犯罪論序説』（1938年）167頁）。

詐欺であり、広い意味において故意であったのである[29]。

古代ローマの法律家のみならず、現代の法律家も詐欺を故意と離れ難く結び付いた概念として承認するし、このことは日本民法96条１項の詐欺においても同様である。こうした詐欺と故意の関係が約2000年に亘り維持され、今なお疑われていないことは（その是非は別としても）驚異であって、このことは現代の法体系とローマの時代において認められる法律効果の相違に鑑みれば尚更であり、同時に現代の法体系における詐欺取消制度の問題性を示唆している。そこで引き続き、ローマ法における詐欺の法律効果について概観する。

第２項　dolus の効果

（１）損害賠償と原状回復

①損害賠償－贖宥金－

ローマ法においては、民事訴訟であれ、刑事訴訟であれ、その目的は加害者の処罰であり、両者の相違は処罰の方法の差異に過ぎなかった[30]。確かに、dolus に基づく訴権である actio doli は不法行為に基づく訴権（actio ex delicto）であり[31]、その効果は贖罪金（Buße）という一種の損

---

[29] Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2. Hälfte, 1918, S. 481. なお、刑事詐欺の起源は stellionatus であり、これが後にドイツ語の Betrug へ翻訳された。この点について、Friedrich Schaffstein, Das Delikt des Stellionatus in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin. Eine Studie zur Entstehungsgeschichte des Betrugstatbestandes, in: Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburstag, hgg. von Okko Behrends-Malte Dießelhorst-Hermann Lange-Detlef Liebs-Joseph Georg Wolf-Christian Wollschläger, 1978, S. 292を参照。もっとも、stellionatus は多義的な概念であったから、stellionatus として処罰される行為と単なる民事上の請求権を基礎づける行為の限界を認識することは難しく、actio doli の対象となる行為と stellionatus の区別も必ずしも明確ではなかった。この点について、Gustav Geib, Ueber die Gränze zwischen civilrechtlichem und criminellem Betruge, Archiv des Criminalrechts, N.F. Bd. 21 (1840), S. 99.

[30] 原田・前掲注11・219頁。

[31] Mitteis, a.a.O. (Fn. 6), S. 318 ff.; Jörs - Kunkel, a.a.O. (Fn. 11), S. 160. その他に

害賠償であった。しかし、この損害賠償は、現代の意味における損害賠償と同義ではなく、罰金（poena）という側面を有していた[32]。ローマ法における不法行為訴権の目的は「基本的に以前の状態への復帰ではなく、有責性への罰と被害者への償いである。現代刑法の罰金刑と異なり、罰金は国家に帰属するのではなく、被害者に帰属する。したがって、罰金は公的刑罰なのではなく、私的刑罰なのである」[33]。

私的刑罰（Privatstrafe）の機能を備える actio doli の贖罪金は、その効果においても現在の損害賠償と比べて、特殊な点が見られる。例えば、actio doli は不名誉訴権（actio famosa）であり[34]、破廉恥（infamia）の制裁を生ぜしめた[35]。

破廉恥はローマ市民の政治的権利（例えば、顕職や投票権）を奪う効果を有し[36]、その濫用を防ぐためにも、actio doli には補充性が認められていた。すなわち、他の救済手段と actio doli が競合する場合は前者が優先し、競合的に actio doli を主張することはできなかった[37]。このことは次の法源から明らかである。

D. 4, 3, 1, 4.：法務官は、この対象に鑑みて他の訴権が許されなくな

原田慶吉『日本民法典の史的素描』（1981年）52頁および春木一郎「Actio doli ニ付テ（三・完）」法学協会雑誌36巻７号（1918年）34頁も参照。

[32] 春木・前掲注31・34頁、ハインリヒ・ミッタイス（世良晃志郎 訳）『ドイツ私法概説』（1994年）256頁。

[33] Jörs - Kunkel, a.a.O. (Fn. 11), S. 169. 確かに被害者は罰金を取得するのであるから、経済的に見れば損害賠償の作用を果たしているが、しかし、これは第二次的な効果に過ぎない（原田・前掲注11・338頁を参照）。

[34] Kaser - Knütel, a.a.O. (Fn. 11), S. 77. Pernice, a.a.O. (Fn. 14), S. 224 ff. および原田・前掲注11・59頁以下も参照

[35] Andreas Wacke, Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?, ZRG (Rom. Abt.) 88 (1971), S. 114も参照。

[36] Friedrich Karl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 2. Bd., 1840, S. 201 ff. なお、同書の邦訳としてサヴィニー（小橋一郎 訳）『現代ローマ法体系 第２巻』（1996年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

[37] Jörs - Kunkel, a.a.O. (Fn. 11), S. 260.; Pernice, a.a.O. (Fn. 14), S. 204 および原田・前掲注11・232頁も参照。

る場合である、と述べる。正当にも法務官は他の訴権が許されない場合に初めて、この訴権を約束するのであり、なぜなら、求め得る市民法または法務官法の訴権が依然として存在するなら、不名誉訴権は法務官によって簡単に認められてはならなかったからである・・・[38]。

ところで、ローマ法においては法律行為の概念は存在せず、無効あるいは取消しという抽象的概念も存在していなかった[39]。それゆえ、例えば現代の日本民法と異なり、dolus を理由とする意思表示の取消しという法律効果も認められていなかった。もっとも、それに類似する効果は存在していた。すなわち、原状回復（in integrum restitutio）である。

②原状回復

原状回復は判決によって以前の法的状態（a legal status quo ante）の回復を意味し[40]、その原因の一つとして dolus が挙げられる。すなわち、dolus を理由とする原状回復（in integrum restitutio propter dolum）である。ウルピアーヌスは原状回復という表題（De in integrum restitutionibus）において、次のように指摘している。

D. 4, 1, 1.：こうした表題の効用は紹介するまでもなく、自明のことである。つまり、かかる表題のもとで法務官は多様な方法で、陥り騙された人々を救済するのであり、そうした人々は畏怖あるいは策略によって、または年齢もしくは自失の故に不利益を被ることがある[41]。

---

[38] Ait praetor:'si de his rebus alia non erit'. merito praetor ita demun hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri:...

[39] Ulrich von Lübtow, Der Ediktstitel „Quod metus causa gestum erit", 1932, S. 73.

[40] Schulz, supra (19), S. 68.

[41] Utilitas huius tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetate sive absentia inciderunt in captionem.

さらにパウルス（Paulus）は、dolus が原状回復の原因である点について、次のように述べている。

Sent. 1, 7, 2.：法務官は次の事例において原状回復を認める。すなわち、ある行為が強迫および dolum によって為さしめられた場合、民事上の地位の変化が存在した場合、正当な錯誤が為された場合、および年齢の必要的不在または無能力の場合である[42]。

ところで、actio doli の補充性が認められ、ゆえに原状回復が actio doli に優先するなら、dolus を理由とする主たる救済手段は、actio doli ではなく[43]、むしろ dolus を理由とする原状回復であるはずである。ところが、例えば次の法源からも分かるように、actio doli と dolus を理由とする原状回復の区別は必ずしも厳密ではなかった。

D. 4, 3, 18. pr.：この訴が提起される場合でも、返還は裁判官の裁定に委ねられ、返還が行われなければ、その目的物の価値の賠償を命じる判決が下される[44]。

---

[42] 本文の訳文は、S. P. Scott, Coppvs Jvris Civilis The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo: Translated from the original Latin, edited, and compared with all accessible systems of jurisprudence ancient and modern, 1973, p. 262の英文を訳出した。ラテン語の原文は次のとおり。Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per metum, dolum, et status permutationem, et iustum errorem, et absentiam necessariam, et infirmitatem aetatis gesta esse discuntur. なお、この一節は、Ludovicus Arndts, Iulii Paulli receptarum sententiarum ad filium libri quinque, S. 13から引用した。この Paulus の見解については、Wacke, a.a.O. (Fn. 35), S. 106 ff. も参照。

[43] D. 4, 3, 1, 6.：・・・ラベオは、誰かある者が以前の状態への原状回復を求め得るなら、その者には当該訴権が与えられない、という見解である・・・。

[44] Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est.

要するに actio doli も結果的に原状回復と同様の結果を導くから[45]、actio doli は dolus を理由とする原状回復に代わる機能を果たし得た[46]。このように、actio doli と dolus を理由とする原状回復の区別は厳密ではなく、次第にローマ人は両者を峻別しなくなり[47]、さらに actio doli の補充性も顧慮することなく、dolus によって成立した取引に原状回復を適用するようになった[48]。actio doli に付随した破廉恥の制裁も、帝政期における市民身分の政治的権利の後退に伴い、その重要性が失われていった[49]。

こうして一方で dolus を巡る効果の相違は薄れていったが、しかし他方で詐欺の意味の dolus については非難可能性の要素が強められた。ここにはキリスト教の影響が認められ、この点について引き続き検討する。

（2）キリスト教の影響

① dolus の非難可能性

既に指摘したように、本来的に中性的な概念であった dolus は、ギリシャ哲学の影響を受け、その意味を変じ始めた。そして、dolus が非難の要素を含む概念として扱われ始めた要因として、キリスト教の影響も挙げられるであろう[50]。

キリスト教は古代後期におけるヨーロッパ法思想の重要な要素であっ

---

[45] Wacke, a.a.O. (Fn. 35), S. 111を参照。

[46] この点について、Max Kaser, Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus, ZRG (Rom. Abt.) 94 (1977), S. 143 mit Fußn 154も参照。

[47] あるいは、in integrum restitutio propter dolum の一般条項的性質（この点について Wacke, a.a.O. (Fn. 35), S. 126を参照）も影響しているかもしれない。このことは、例えば次の法源からも理解される。D. 4, 1, 7, 1.：・・・加えて、救済手段を補足し得ない場合に初めて登場することになるような破廉恥訴権を与えるよりも、理性のみならず衡平もが求めるように、法的紛争を再び以前の状態に置くことが善良なる法務官にとって相応しいことなのである。

[48] Kaser, a.a.O. (Fn. 46), S. 154を参照。

[49] この点について、サヴィニー・前掲注36・179頁を参照。

[50] Lübtow, a.a.O. (Fn. 6), S. 265.

た[51]。確かに初期のキリスト教はローマ政府から厳しい迫害を受けたものの、ローマ政府は次第に宥和的な態度を見せ始め、コンスタンティヌス帝（Constantine, 在位306-337）によってキリスト教は初めて容認され、そしてキリスト教はテオドシウス帝（Theodosius, 在位375-395）によって国教化された[52]。

キリスト教が公認され、とりわけ後古典期の編纂者は行為者のキリスト教的心情を重視した[53]。例えば、以下の法源は、後古典期の編纂者によって改竄（interpolatio）[54]された可能性が指摘されており[55]、dolus の非難可能性の要素が見て取れる（なお、以下の法源に登場するクインタス（Quintus）という法律家の素性は不明である[56]）。

> D. 4, 3, 7, 7.：また、ラベオは、汝が余の拘束された奴隷を、その奴隷が逃げ得るよう、その桎梏を解いたなら、余は de dolo actio を許されるであろうか、と問う。クインタスは次のように自説を述べる。そのことを汝が同情から行ったのではないなら、汝は事実訴権を提起されてしまう。汝が同情に基づいて行ったのであれば、汝は当該事件

---

[51] この点について、フランツ・ヴィーアッカー（鈴木禄弥 訳）『近世私法史』（1994年）18頁。

[52] Gibbon's Decline and Fall of the Roman Empire, abridged and illustrated (editor: Rosemary Williams), 1979, pp. 111, 119, 190. なお、同書の邦訳書として、エドワード・ギボン（吉村忠典＝後藤篤子 訳）『図説 ローマ帝国衰亡史』（2004年）が存在する。

[53] Lübtow, a.a.O. (Fn. 6), S. 265.

[54] 法典編纂の過程において原文に加除修正が加えられることをインテルポラチオ（interpolatio）と呼ぶ。インテルポラチオについて、例えば、田中周友『世界法史概説』（1978年）149頁以下を参照。なお、インテルポラチオ一般の問題として「行き過ぎたインテルポラチオ狩り」も問題視されており、この点については小菅芳太郎「最近のインテルポラチオ研究」法制史研究９（1958年）227頁以下も参照。

[55] Lübtow, a.a.O. (Fn. 6), S. 265.

[56] この点について、Ulrich von Lübtow, Untersuchungen zur lex Aquilia, 1971, S. 191 mit Fußn. 59を参照。

に対する訴に抗うことが許されるはずである[57]。

クインタスは、同情心を理由として訴から免れ得ることを認める。すなわち、誰かある者が拘束された奴隷を気の毒に思い、これを逃がしたとしても、actio doli あるいは窃盗訴権（actio furti）は提起され得ない。つまり、この者の気高く勇敢な動機によって dolus malus が排除され得ることが認められた反面として、dolus malus を基礎づける動機は卑劣でなければならなくなったのである[58]。こうして、dolus は非難さるべき付随的意味内容を常に包含するようになった[59]。

②原状回復の理論

dolus の効果、とりわけ原状回復に関しても、キリスト教ないし教会法の影響が見られる。そこで、ローマ法から教会法へ至る原状回復の理論の変遷を確認する。

６世紀の中頃に完成したローマ法大全は蛮族の侵入あるいは部族法の影響を受け、次第に衰退し始め、その衰滅の危機を脱する方法としてローマ法の再生という意味における再発見が必要であった[60]。こうしたロー

---

[57] Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.

[58] Lübtow, a.a.O. (Fn. 6), S. 265.

[59] Mitteis, a.a.O. (Fn. 6), S. 316. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 2. Bd., 2. Aufl., 1916, S. 720も参照。故意の意味における dolus も同様であり、非難されるべき者の心情を含んでいた（Alexander Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1. Bd., 1895, S. 74）。船田・前掲注16・458頁によると、dolus は「不法行為について自分の行為の違法性を認識する意味にも用いられた」という。Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, 1961 (Nachdruck 1899), S. 86も参照。

[60] この点について、Rudolph Sohm, Fränkisches Recht und römisches Recht. Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte, ZRG (Ger. Abt.) 1 (1880), S. 7 ff. を参照。なお、同論文の邦訳として、ゾーム（久保正幡・世良晃志郎 訳）『フランク法とローマ法－ドイツ法史への序論－』（1942年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する（93-96頁も参照）。さらに、Paul Vinogradoff, Roman Law in Mediaeval Europe, 1909, p. 5-6 and pp. 14も参照。なお、同書の邦訳と

マ法再生の事業は、いわゆる注釈学派（Glossatoren）によって実現され、そして注釈学派はスコラ学（Scholastik）から発展した思考方法や分析手法に基づいてローマ法の再生を果たした[61]。ローマ帝国から公認されていたキリスト教は教会裁判所を発展させ[62]、これに伴い教会によって世界の全体を把握されるべき必要と要求も高まり始め、その手段を与えた学問がスコラ学であった[63]。

もっとも、数百年前のローマ法を直ちに転用することはできず、実用的法規として妥当させる前提として、ローマ法を中世の法へ同化ないし翻訳する事業が求められ、かかる作業が遂行された際の重要な要因として、解釈学派（Commentatoren）[64]と中世の教会が挙げられるのであ

してヴィノグラドフ（矢田一男・小堀憲助・真田芳徳 訳）『中世ヨーロッパにおけるローマ法』（1974年）が存在する。加えて、ミッタイス＝リーベリッヒ（世良晃志郎 訳）『ドイツ法制史概説（改訂版）』（1971年）165頁以下、Mary Fulbrook, A Concise History of Germany, 2nd ed., 2004, p. 10（なお、同書の邦訳として、メアリー・フルブロック（高田有現・高野淳 訳）『ドイツの歴史』（2005年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する）も参照。

[61] この点について、ゾーム・前掲注60・96頁、河上・前掲注25・39頁を参照。

[62] この点について、Thomas John Feeney, Restitutio in integrum an historical synopsis and commentary, 1941, p. 13を参照。

[63] Hans Schlosser, Grundzüge der Neuern Privatrechtsgeschichte, 3. Aufl., 1979, S. 11. なお、同書の邦訳として、ハンス・シュロッサー（大木雅夫 訳）『近世私法史要論』（1993年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

[64] 解釈学派が詐欺論に及ぼした影響として、原因を与える悪意（dolus causam dans）と偶然に生じる悪意（dolus incidens）の区別も挙げられる（Sprenger, Ueber dolus causam dans und incidens, AcP 88 (1898), S. 361.; Wacke, a.a.O. (Fn. 3), S. 237 f.; G. C. J. J. Van Den Bergh, The life and work of Gerard Noodt (1647-1725), 1988, p. 245）。原因を与える悪意は、詐欺なかりせば被欺罔者が契約を締結していなかった類の詐欺を意味し、つまり動機に影響を与える詐欺を意味する。これに対して、偶然に生じる悪意は、詐欺が存在しなくても、契約は締結されていたが、しかし当該条件では締結されず、他の条件において締結されていた類の詐欺を意味し、つまり契約の特定の事項（たとえば反対給付の内容など）にのみ影響を及ぼす詐欺を意味する（Wacke, a.a.O. (Fn. 3), S. 238）。この区別は、一部の例外を除いて、以降の学説および判例によって受け入れられ、原因を与える悪意の事案においては契約の解消という救済手段が与

る[65]。

中世の教会は前述のスコラ学的方法に基づいて法の体系化を進め、1140年頃に教会法[66]の教師グラティアーヌス（Gratianus, 1179年以前に没）によって教令集が編纂された[67]。原状回復（restitutio in integrum）という救済手段は、当初は教会法の救済手段として取り入れられていなかった。グラティアーヌスの教令集においても原状回復は法として扱われていたわけではなかったが[68]、しかし例えばボローニャにおいて教会法を学んだ法学者フグッチオ（Huguccio de Pisa, 1140-1210）[69]はグラティアーヌス教令集の注釈として、次のように述べる。「暴力、威迫、相手方による詐欺、または何らかの欺罔によって自己の物を奪われたなら、その者は回復されなければならない」[70]。

フグッチオが原状回復について注釈を加えた経緯は必ずしも明確ではないが、しかし当時から原状回復は原則（canon redintegranda=rule of restitution）として理解され[71]、そして次第に原状回復は教会法における確立した救済手段として理解されるようになった。原状回復という救済手段は、教皇アレクサンデル３世（Alexander III., 1159-1181）[72]によって教会法へ導入された。アレクサンデル３世が原状回復を教会法の救済

えられ、これに対して偶然に生じる悪意の事案においては救済手段として損害賠償に限られた（Sprenger, a.a.O., S. 360）。この点は後述する。

[65] ゾーム・前掲注60・97-98頁。

[66] グラティアーヌス以前の教会法について、M・D・ノウルズ他著（橋口倫介監修）『キリスト教史 第４巻 中世キリスト教の発展』（1981年）256頁の注２。

[67] シュロッサー・前掲注63・20頁。

[68] その理由は、必ずしも明確ではない。この点について、Feeney, supra (62), p. 19-20を参照。

[69] フグッチオについて、Gerhard Köbler, Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, 1997, S. 243も参照。

[70] このフグッチオの注釈について、Harold J. Berman, Law and Revolution The Formation of the Western Legal Tradition, 1983, p. 241から引用した。

[71] Berman, supra (70), p. 241.

[72] アレクサンデル3世は、教皇の地位に就くまで、ボローニャにおいて法を教授していた。この点について、Feeney, supra (62), p. 24およびKöbler, a.a.O. (Fn. 69), S. 14も参照。

手段として取り入れた意図は、教会それ自体を当該救済手段の主体として含めることであった[73]。しかし、もちろん、この原状回復という救済手段は、教会のみならず、未成年者も享受し得たのであり、そして成年者も享受し得たのであった[74]。

教会法は、その後も数世紀に亘り歴代の教皇によって集成化され[75]、16世紀に教会法大全（Corpus iuris canonici）という総称が公式に付せられた[76]。もっとも、教会法は、集成の過程においても、教育の過程においても、ローマ法の影響を強く受けていたのであり、つまり教会法は中世的意味におけるローマ法の現代的継承発展であった[77]。こうして、詐欺を理由とする原状回復は世俗の法原理としても後世へ伝えられ、例えばドマ（Jean Domat, 1625-1696）は主著『自然秩序における私法』（Les

---

[73] この点について、Feeney, supra (62), p. 22を参照。教会財産の譲渡は紛争の対象たり得た。この点について、supra, pp. 23を参照。

[74] この点について、Feeney, supra (62), pp. 29-30を参照。なお、ローマ法において、in integrum restitutio propter dolum を求め得る主体は、原則として未成年者に限られていた。例えば、次の法源を参照。

D. 4, 3, 7 pr.：正当にもポンポニウス（Pomponius）は、その文言を次のように理解している。すなわち、他の訴権が認められるべきではない場合、つまり、その事案が当該事案に関与する者にとって他の方法では救済されることにならない場合である。加えて、かかる見解は、25歳に達しない者が奴隷の掲示によって欺かれ、その奴隷を自分の個別の財産と共に売却し、その奴隷を買主が自由解放した場合、ユリアヌス（Julianus）が第4巻において、被解放自由人に対する悪意の訴権が認められ得る、と書き記したことと矛盾しないように思われる。けだし、このことを、我々は、その買主には悪意がないのであるから、その買主は売買契約に基づいて訴追され得ず、または、つまり詐欺が売却を誘引せしめた点に存したなら、売買それ自体が無に帰する、というように理解するからである。

[75] ローソン（小堀憲助＝真田芳憲＝長内了 訳）『英米法とヨーロッパ大陸法』（1980年）35頁。

[76] そして、教会法は、20世紀の初頭までローマ教会の法規集として拘束力を有した。この点について、シュロッサー・前掲注63・22頁。

[77] ヘルムート・コーイング（河上倫逸 訳）「2 ヨーロッパにおけるローマ＝カノン法の継受」（上山安敏 監訳）『ヨーロッパ法文化の流れ』（1983年）28頁。シュロッサー・前掲注63・23頁も参照。

lois civiles dans leur ordre naturel）において、詐欺を理由として未成年者および成年者が原状回復の救済手段を受け得る旨を説いている[78]（なお、ドマは、restitution と rescission が実質的に同じ内容を有し、常に厳密に区別されているわけではない旨を指摘する[79]。この両概念は19世紀のドイツの裁判例においても用いられ、やはり厳密に区別されていない）。このように、ローマ法は教会を通じて中世の法として再生されたのであった。

以上のローマ法の概観から、現代の詐欺取消制度の骨格が既にローマ法において形成されていたことが窺われる。詐欺と故意の関係は現在においても一般に承認されているし、後述するように原状回復は取消権へ姿を変えて、実体法化される。しかし、言うまでもなく、ローマ法が生きた時代と現代は、人々を取り巻く社会状況や生活環境が全く異なる。取引対象物の選択肢ないし品質の程度幅が現代に比べて極めて限定的であったであろう古代・中世の時代においては、取引相手方の故意なしに欺かれること自体が例外的であったのかもしれない。しかし、価値観が多様化した現代においては取引の目的物に関する情報は当事者の判断を容易に左右し、一方当事者の何気ない言動によって他方当事者の判断が狂わされる事態が起こり得る。こうした相違を前提として、それでもなお2000年前から変わらぬ詐欺概念に依拠した96条１項の現在の解釈は正しいのであろうか。かかる疑問を再確認するためにも、あえてローマ法を概観した次第である。

もっとも、詐欺概念の変遷はローマ法の時代に終結したわけではなく、その後も幾多の変容を経たのであり、とりわけ自然法学説の影響が重要である。この点について、引き続き確認する。

第２款　自然法における詐欺

第１項　自由意思の主意と主知

---

[78] 本稿は英訳版（The Civil Law in its natural order, translated from the French by William Strahan, ed., from the second London edtion by Luther s. Cushing, 1. vol., pp. 929-953）を参照した。

[79] Domat, supra (78), p. 929-930.

（1）自由意思学説と宗教改革

①自由意思学説

ローマ法における dolus の概念や actio doli あるいは dolus を理由とする原状回復（in integrum restitutio propter dolum）は、いわば詐欺の要件および効果に関する問題である。詐欺概念と故意が密接不可分の関係として理解されている点、欺罔者の非難すべき要因が強調される点、あるいは効果として原状回復という取消権に近い内容が認められる点等に鑑みれば、現在の詐欺取消制度の骨格は既に形成されていたように思える。

それに対して、当時の詐欺の理解と現在の詐欺取消制度における最も異なる点は、その規範目的の理解である。少なくとも、古代から中世初期における詐欺の概念は、意思決定自由の保護という発想と結び付いていたわけではなかった。

もっとも、自由意思論それ自体は、キリスト教の神学として既に論じられていた。キリスト教の浸透に伴い、人間それ自体が自由であり、精神の自由が人間の固有の本性であることが意識され始めていた[80]。例えば、アウグスティヌス（Aurelius Augustinus, 354-430）によれば[81]、意思の自由な選択（libero voluntatis arbitrio）[82]を為し得る我々は悪も行い

---

[80] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, in: Hegel Sämtliche Werke, 11. Bd., 3. Aufl., 1949, hgg. von Hermann Glockner, S. 45. なお、同書の邦訳として、例えばヘーゲル（長谷川宏 訳）『歴史哲学講義（上）（下）』（2000年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

[81] 聖アウグスチヌス（今泉三良・井沢彌男 訳）『自由意志論』（1973年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

[82]「libero voluntatis arbitrio」は自由意思として訳されることが少なくないものの、「liberum arbitrium（選択の自由）」という言葉も存在し、「libertas voluntatis（自由意思）」という言葉を用いる論者も存在するので、本稿においては「libero voluntatis arbitrio」を「意思の自由な選択」と訳した。もっとも、こうした差異は自由意思に関する議論の実質を変じるわけではない。すなわち、「意志に反対して哲学者たちが提起してきた議論は、意志の能力の実在に反対したり、意志の内に含まれている人間の自由という概念に反対したり、また、自由意志に固有の偶然性、すなわち、定義からすればしないままにしておくこ

得るのであるが、しかし神が人間に意思の自由な選択（liberum voluntatis arbitrium）を与えた理由は、むしろ善を欲し、これを正しく行うことができるようにするためである[83]、という。

アウグスティヌスの理解によれば、キリスト者が共有する自由は、一方で神の恩寵であり、他方で善にも悪にも追従し得る意思の自由でもあり、神は人間に意思の選択を与え、人間に罪から解放される自由を与えているのである[84]。

もっとも、この時代における自由は精神の内面的領域たる宗教において発現しているに過ぎず[85]、少なくとも詐欺と自由意思は未だ関連性を有していなかった。しかし、自由意思論それ自体は展開され続け、例えばアンセルムス（Anselm of Canterbury, 1033-1109）、アクィナス（Thomas Aquinas, 1225-1274）、オリーヴィ（Petrus Johannis Olivi, 1247/48-1298）、スコトゥス（Duns Scotus, 1266-1308）、オッカム（William Ockham, 1280?-1349）等が後世に及ぼした影響は小さくない。自由意思の理解は論者によって一様ではなく、知性ないし理性を重視する主知主義の立場（例えばアクィナス）や意思を重視する主意主義の立場（例えばオリーヴィ・スコトゥス・オッカムの三者は主意主義）が存在する[86]。

ともできる行為の偶然性に反対したりするものであった。こうした反論を今一度考えなおしてみると、はっきりしてくることがある。そうした反論は、伝統的にリベルム・アルビトゥリウム（liberum arbitrium）として知られてきた二つかそれ以上の望ましい目的や行動様式についての選択の自由に対する反論というよりも、未来のための器官としての、また、新たなことを始める力としての意志に向けられた反論なのである」（Hannah Arendt, The life of the mind; Willing, vol. 2, 1978, pp. 28-29. なお、同書の邦訳としてハンナ・アーレント（佐藤和夫 訳）『精神の生活 下 第二部 意志』（1994年）が存在し、本注の引用は同邦訳書の35頁を引用した。以下でも、同邦訳書を引用する）。

[83] アウグスチヌス・前掲注81・69–74頁。

[84] この点について、Vernon J. Bourke, Will In Western Thought An Historico-Critical Survey, 1964, p. 82を参照。

[85] ヘーゲル・前掲注80・40頁。

[86] 主知主義の論者として考えられているトマス・アクィナスに関して、「トマスにとって－トマス主義者であることを自認する人々よりも実際にははるかにトマスの継承者の数は多いのだが、そのほとんどすべての人にとって－普遍が

確かに、自由意思を巡る当時の諸見解は本来的に神学的問題である。しかし、意思決定自由の観点から詐欺を捉える本稿においては、意思を重視するか、それとも意思に優先する何か（例えば、理性や知性、あるいは意思に対する表示、個人に対する社会、契約正義）を認めるか、という点は重要な意味を持つ。例えばドイツにおいては伝統的に主意主義に連なる意思が重視され、現在の詐欺取消制度においても意思決定自由の保護が規範目的として理解され、その反面として欺罔者の主観的要件は相対的に意義が減じられ、次第に過失へ接近しているのに対して（この点は後述する）、例えば主知主義的傾向が窺われるサヴィニーは自由意思に対する侵害よりも欺罔行為の反良俗性ないし違法性を重視するし（この点は後述する）、アクィナスの自然法に依拠するボワソナードも詐欺の問題に関して自由意思の侵害を考えず（この点は後述する）、さらに意思よりも表示あるいは社会的観点を重視する我妻栄、そして意思よりも理性あるいは契約正義を強調する星野英一も、詐欺の問題に関して、被欺罔者の意思決定自由より、欺罔者の悪質性を重視するのである（この点は後述する）。

ところで、中世の後期からヨーロッパは物々交換経済から貨幣経済および信用取引経済へ移行し始め、中世末期のカトリック教義も社会層の精神を反映し[87]、例えば教会は贖宥状を取引し[88]、贖宥状は1343年に教皇

個よりも『高貴であり高度である』のは当然のことであって、個別科学としての哲学の試金石であるが、このことが要請されていることの証拠は、全体が部分の合計よりもつねに大きい、という古くからのアリストテレス的明言しかなかった」（アーレント・前掲注82・145頁）。つまり、アクィナスの理解から詐欺の問題を眺めるなら、意思決定自由の主体たる表意者個人よりも、その個人を取り巻く社会の観点が重視され、結果として表意者の法益の観点は希薄化し、解釈の重点は欺罔者の態様に向けられることになる。本文で挙げた主意主義の論者については、Bourke, supra (84), p. 89を参照。

[87] この点について、Erich Fromm, Escape from Freedom, 1965 (paperbacks edition 1994), p. 73を参照。なお、同書の邦訳として、エーリッヒ・フロム（日高六郎 訳）『自由からの逃走（115版）』が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

[88] O・W・ハイック（加来周一 訳）『キリスト教思想史 古代教会より宗教改革まで』（1969年）372-373頁を参照。

クレメンス６世（Clemens VI, 在位1342–1352）によって方式化された[89]。そして、贖宥（いわゆる免罪符）[90]を買う習慣は当時の自由意思論と関係があり、「免罪符を買う習慣は、中世後期にますます重要な役割を演じ、・・・（中略）・・・その習慣は、人間の意志と人間の努力の効用がますます強調されてきたことと関連していた」[91]。

ところが、贖宥は次第に濫用され[92]、後の宗教改革を引き起こす一因を成した[93]。教会は世俗と深い関係を持ち始め[94]、このことが聖職者あるいは修道者の間に金銭的利害関係を生み出し、教会が堕落する一因を与えたのである[95]。

②宗教改革

教会の堕落は宗教改革を生み出し[96]、宗教改革は1517年に修道僧のル

---

[89] フロム・前掲注87・115頁の注（29）を参照。

[90] 贖宥の起源と訳語の問題について、高里良恭「贖宥（免罪符）とルターの95ヵ条」東北学院大学論集（歴史学･地理学）１号（1970年）３頁以下を参照。

[91] フロム・前掲注87・79–80頁。

[92] 例えば、チョーサー（桝井迪夫 訳）『完訳 カンタベリー物語（中）』301頁以下（1995年）の「免罪符売りの話」において、次のように語られている。「わたしは免罪符売りになってから、このような策略で毎年百マルクも儲けました。・・・（中略）・・・わたしの意図はただ儲けることであって、罪を矯正することでは決してありませんから。・・・（中略）・・・わたしの外題は今も昔も、『すべての悪の根は金銭を愛することにあり』なんです」。

[93] Peter Blickle, Die Reformation im Reich 3. Aufl., 2000, S. 44. なお、同書の邦訳として、ペーター・ブリックレ（田中真造＝増本浩子 訳）『ドイツの宗教改革』（1991年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

[94] 1495年の帝室裁判所条例によって効力が認められた普通法は教会法も含み、教会は日常生活に深く立ち入ることが可能であった（Richard Schröder-Eberhard Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl., 1922, S. 870；ミッタイス＝リーベリッヒ・前掲注60・447頁を参照）。このことも教会に対する批判を高めた（ブリックレ・前掲注93・54–56頁）。

[95] ノウルズ・前掲注66・520頁。

[96] John Bagnell Bury, A History of Freedom of Thought, 1913 (reprint 2006), pp. 28-29. なお、同書の邦訳としてビュァリ（森島恒雄 訳）『思想の自由の歴史』（1970年）67頁以下が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。ヘーゲル・

ター（Martin Luther, 1483-1546）によって本格的に引き起こされた[97]。ルターの批判は修道院生活や司教の世俗支配[98]、さらに贖宥の売買も含めた教会の金銭的搾取にも及んだ[99]。

既に指摘したように、贖宥の売買は自由意思論とも無関係ではなく、そして宗教改革の影響は自由意思論にも見出される。確かにルターは人間の自由意思それ自体を否定するわけではなく[100]、前述したオッカムの支持者たるビール（Gabriel Biel, 1430-1490）の著作を通じてルターはオッカムの影響も受けていた[101]。しかし、ルターによれば、自由意思は神に対して意味を成さず、むしろ人間は神の意思に隷属する存在に過ぎない、という[102]。

前掲注80・308頁も参照。

[97] ブリックレ・前掲注93・60頁。

[98] ヘーゲル・前掲注80・316頁、ビュァリ・前掲注96・67頁を参照。

[99] 例えば、ルター（成瀬治 訳）「キリスト教界の改善についてドイツ国民のキリスト教貴族に与う」松田智雄（編）『ルター 世界の名著23（第６版）』（1999年。原書は1520年）147頁以下を参照。

[100] この点について、ティリッヒ（大木英夫・清水正 訳）『キリスト教思想史［I］古代から宗教改革まで』（1997年）364-365頁を参照。

[101] この点について、Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 2. Aufl., 1955, S. 91を参照。「ドイツにおいては、チュービンゲン大学の教授ガブリエル・ビール（1495年没）であり、彼は西ヨーロッパのどの国においてよりオッカム主義を永続的なものとした。ビールの弟子ヨハン・ナティンはエルフルト大学でマルティン・ルターを教えた」（ハイック・前掲注88・382頁）。さらに、ヘルマン・テュヒレ他著（上智大学中世思想研究所 編訳／監修）『キリスト教史５ 信仰分裂の時代（新装版）』（1991年）177頁の注３も参照。

[102] いわゆる奴隷意思説である。「自由意志は、キリストを知らないうちは、つまり、彼を信じないうちは、何ら善きものを欲したり努力したりすることができず、むしろ必然的に、かの知られざる罪に仕えているのであ」り、「神は私の救いを私の意思決定の外にとり出し、神ご自身の意思決定のうちに受け入れたまい、私のわざや努力によってでなく、おんみずからの恩恵と憐憫によって、私を救うことを約束したもうているから、私は安泰であり確実なのである」（ルター（山内宣 訳）「奴隷的意志」松田智雄（編）『ルター 世界の名著23（第６版）』（1999年。原書は1525年）250頁および253頁）。フロム・前掲注87・84頁、テュヒレ・前掲注101・80頁も参照。

ルターによって指導された改革は次第に支持を受け、例えば1525年にドイツ騎士団長アルプレヒト（Albrecht von Brandenburg-Ansbach, 1490-1568）が、そして1528年にブランデンブルク辺境伯ヨアヒム２世ヘクトル（Joachim II. Hektor, 1505-1571）も改宗した[103]。

ローマ教会の保護者たる神聖ローマ帝国の皇帝[104]は宗教改革の抑制に乗り出すも、むしろ対立は深まり、皇帝の施策[105]に対する抗議（プロテスト）を展開した改革派は伝統的なカトリックに対してプロテスタントと呼ばれ[106]、さらに勢力を増したのであった[107]。

これに対して、カトリック側も16世紀の中葉から反宗教改革の運動を活発化させた。かかる活動の重要な担い手として、ロヨラ（Ignatius de Loyola, 1491-1556）によって1540年に創設されたイエズス会が挙げられる[108]。イエズス会によれば、確かに恩寵は神の一方的意思によって与えられるが、しかし神と人間の関係において人間の努力と自発的意思を容れる余地が存在し、自己の意思ないし努力によって神の恩寵に与り得る[109]、という。すなわち、イエズス会派の理解はプロテスタントと正反

---

103 フリーデンタール（笠利尚＝徳善義和＝三浦義和 訳）『マルティン・ルターの生涯』455頁（1973年）、エルトン（越智武臣 訳）『宗教改革の時代』（1973年）40頁。なお、アルプレヒトもヨアヒム２世ヘクトルもホーエンツォレルン家の出身者であり、この意味については後述する。

104 ブリックレ・前掲注93・258頁。

105 例えば、皇帝カール５世（Karl V, 1519-1556）は、1529年の帝国議会において革新を防止し、ローマ教会の祭儀の挙行を可能ならしめる決議を下した（ブリックレ・前掲注93・270頁以下）。

106 フリーデンタール・前掲注103・455頁、ブリックレ・前掲注93・271頁。

107 プロテスタントからカルヴァン（Jean Calvin, 1509-1564）を祖として新しい分派が生まれ、やはりカルヴァンも教会の権威に対して否定的であり、そして自由意思に対しても否定的であった。バートランド・ラッセル（市井三郎 訳）『西洋哲学史 ３』（1973年）518頁、ビュァリ・前掲注96・68頁を参照。Henry Kamen, The Rise of Toleration, 1967, p. 96. なお、同書の邦訳として、ヘンリー・カメン（成瀬治 訳）『寛容思想の系譜』（1970年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

108 エルトン・前掲注103・146頁。

109 エルトン・前掲注103・146頁および150頁。

対であり、人間の自由意思を信じたのである[110]。

もっとも、宗教的対立の背景は神学の相違に止まらず、むしろ世俗権力が宗教改革に関心を寄せた理由は個人的な野心に基づく権力の確立であって、宗教改革によって教会財産の収奪と司教権の獲得を正当化し得たからでもある[111]。こうして、事態は軍事的対立に及び、いわゆる30年戦争（1614-1648）が勃発したのであった[112]。

もちろん、この戦争それ自体が自由意思論を進展させたわけではない。その後の自由意思論の展開は戦争を逃れたデカルトにおいて見られる。引き続き、このことがドイツの学者へ影響を与えた経緯を辿る。

（2）神学と法学の分離

①デカルト主義

ドイツにおけるルター派の影響に対して[113]、フランスにおいては強力なカトリックの勢力が存在していたのであって[114]、さらにイエズス会によるカトリック改革も着実に遂行されていた[115]。高等教育にも力を注いでいたフランスのイエズス会においては、主意主義に依拠した自由意思論を展開したスアレス（Francesco Suarez, 1548-1617）が重要であり[116]、とりわけスアレスの哲学がイエズス会派の学校において学んだデ

---

[110] ラッセル・前掲注107・519頁。「フランシスコ神学の半ペラギウス主義に関連したさらに自由な学派は、イエズス会によって力を得、やがて優勢となった」（ハイック・前掲注88・614頁）。

[111] エルトン・前掲注103・185頁、ブリックレ・前掲注93・23頁および174頁。

[112] カメン・前掲注107・207頁、フリッツ・ハルトゥング（成瀬治＝坂井栄八郎 訳）『ドイツ国制史』（1980年）42頁以下、ブリックレ・前掲注93・288頁以下を参照。

[113] エルトン・前掲注103・174頁以下。

[114] カメン・前掲注107・192頁。もっとも、カルヴァンの祖国はフランスであって、フランスにおいても少なからずプロテスタントの影響が及んだ。エルトン・前掲注103・175頁。

[115] テュヒレ・前掲注101・344頁も参照。

[116] スアレスによれば、手段を選択する点においても、結果を意図する点においても、人間の意思は完全に自由であり、意思は自由の能力を意味する、という（この点について、Bourke, supra (84), p. 88を参照）。スアレスと主意主義について、阿南成一「スアレスの『法律』概念－トマスとの相違を中心として－」（1965年）

カルト（René Descartes, 1596-1650）にも影響を与えた点は注目される[117]。

周知の如く、デカルト哲学の特徴は合理主義であり[118]、この特徴はデカルトが展開する自由意思論にも表れている。30年戦争を避け、移住先のオランダにおいて自己の哲学を発展せしめたデカルトは[119]、その方法

43頁以下、稲垣良典「自然法における理性と意志－スアレス自然法理論の再検討－」阿南成一・水波朗・稲垣良典（編）『自然法の復権』（1989年）21頁以下も参照。

[117] Bourke, supra (84), p. 88.

[118] デカルトの合理主義は、パスカル（Blaise Pascal, 1623-1662）の次のような批判からも窺われる。「私はデカルトを許すことができない。彼はその全哲学のなかで、できれば神なしに済ませたいと思った。だが、彼は世界に運動を与えるために、神に最初のひと弾きをさせないわけにはいかなかった。それがすめば、もはや彼は神を必要としない」（伊吹武彦＝渡辺一夫＝前田陽一（監）『パスカル全集 第３巻』（1959年）68頁）。なお、パスカルは、当時のイエズス会における自由意思論に対しても異端の評価を下している（例えば伊吹武彦＝渡辺一夫＝前田陽一（監）『パスカル全集 第２巻』（1959年）に収められているプロヴァンシアルおよび恩寵文書を参照）。

[119] Heinrich Heine, Zur Geschichte der Religion und Philosophie in Deutschland, 1834 (Neudruck 1997), hgg. von Jürgen Ferner, S. 50-51. なお、同書の邦訳として、ハイネ（伊東勉 訳）『ドイツ古典哲学の本質』（1978年）92頁が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

当時のオランダは宗教的寛容が実施されていた稀な国であった。これは、以下のような政治的事情に由来する。1540年代以降のネーデルランド（今日のオランダとベルギーに相当する国）においても、フランスと同様に、カルヴァン派は強力な少数派を形成した（カメン・前掲注107・193頁）。当時のネーデルランドの領主は、プロテスタントの迫害がネーデルランドにおける通商貿易の利益を損う点に鑑みて、プロテスタントの寛容を考えたのである（前掲・193頁以下）。さらに、この寛容政策は、その他の政治的事情にも起因していた。すなわち、当時のネーデルランドはスペインの支配に服し、その支配者はカール５世の子フェリーペ２世（Felipe II, 1556-1598）であって、一方でフェリーペ２世は父と同様にカトリック教会の守護および帝国における信仰の一致を意識し（テュヒレ・前掲注101・172頁）、他方で当時のネーデルランドの領主はプロテスタントの迫害によってスペイン統治者の主導権が拡大することを危惧した（カメン・前掲注107・194頁）。両者の対立は数十年に亘り続き、今日

的懐疑から哲学の第一原理（cogito ergo sum；我思う、故に、我在り）を導き出し[120]、そして自由意思の問題について次のように理解する。「わたしは、自分を重視する正しい理由となりうるものを、わたしたちのうちにただ一つしか認めない。すなわち、わたしたちの自由意志の行使、わたしたちの意志に対して持つ支配である」[121]。確かに私は常に誤謬に曝されているのであるが[122]、しかし問題は誤謬の原因であり、「私の誤謬はどこから生じるのであろうか？ すなわちそれは、意志は知性よりもより広範囲に広がるので、私が意志を知性と同じ範囲内に限らないで、私が理解していないものにまで押し及ぼすという、ただこの一つのことからである」[123]。「我々は疑わしいものに同意を拒み、かようにして誤りを避ける自由意志をもつ」[124]。

以上の如く、デカルトが自由意思を重視し[125]、さらに「意志は知性よりもより広範囲に広がる」という指摘から知性より意思を重視している

のベルギーに相当する領域をスペインとカトリック教会が保持し（テュヒレ・前掲注101・348頁も参照）、これに対してプロテスタントが占める他の領域は1581年にオランダとして独立（宣言）したのであった（前掲・226頁。ヘーゲル・前掲注80・343頁も参照）。こうしてオランダは、思想の自由を認め、著述と出版が自由に行われた当時における唯一の国となり、初期啓蒙期の理神論的・汎神論的な思想家、さらに無神論的思想家の避難所であった（ラッセル・前掲注107・552頁、カメン・前掲注107・303頁、ヴィーアッカー・前掲注51・323頁）。

[120] この第一原理について、デカルト（谷川多佳子 訳）『方法序説』（1997年。原書は1637年）46頁、同（桂寿一 訳）『哲学原理』（1964年。原書は1644年）38頁を参照。

[121] ルネ・デカルト（谷川多佳子 訳）『情念論』（2008年。原書は1649年）133頁。

[122] ルネ・デカルト（山田弘明 訳）『省察』（2006年。原書は1641年）86頁。

[123] デカルト・前掲注122・92頁以下。

[124] デカルト・前掲注120の『哲学原理』・38頁。

[125] さらに、デカルトは次のようにも述べる。「ひとり意志つまり自由意志だけは、それ以上大きなものの観念が考えられないほど大きいものであることを、私において経験している。したがって、私が神のある像と似姿を担っていると理解しているのは、主として意志を根拠としてである」（デカルト・前掲注122・90頁）。そして、「人間が自由に、即ち意志によって行為することは、その最高の完全性であり、これによって賞賛或いは非難に値するものとなる」（デカルト・前掲注120の『哲学原理』・59頁）。

点からも、デカルトの意思自由は主意主義的伝統に連なることが窺われる[126]。デカルトが後世に及ぼした影響は大きく、それはドイツにおけるプーフェンドルフ（Samuel Pufendorf, 1632-1694）にも反映されている。この点について引き続き検討する。

②合理的自然法

デカルトに由来する合理主義は世俗的な自然法論の動力であった[127]。ドイツは、近世の合理的自然法を開拓する前提として、デカルト主義に触れなければならなかった[128]。そして、デカルトの影響は、デカルト主義者のヴァイゲル（Erhard Weigel, 1625-1699）を介してプーフェンドルフ（Samuel Pufendorf, 1632-1694）に及んだ[129]。

まず、プーフェンドルフはルター派の神学から決別し[130]、自然法を神の崇拝方法に関する問題から切り離した[131]。これによって法は神学から

---

[126] Bourke, supra (84), p. 88-89. デカルトを主意主義者に数える立場として、アーレント・前掲注82・32頁も参照。

[127] Welzel, a.a.O. (Fn. 101), S. 110.

[128] Hans Thieme, Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl., 1954, S. 23.

[129] ヴィーアッカー・前掲注51・370頁。プーフェンドルフに与えた影響としては、宗教戦争も無視できない。30年戦争（1614–1648）は一方の宗派が完全に勝利し得ないことを知らしめ、根本的な事柄に関して自ら思索する自由を増大させた（ラッセル・前掲注107・519頁）。そして、このことが、30年戦争末期の印象を直接に受けたプーフェンドルフにも多かれ少なかれ影響を与えた（この点について、ミヒャエル・シュトライス編（佐々木有司・柳原正治 訳）『17・18世紀の国家思想家たち－帝国公（国）法論・政治学・自然法論－』（1995年）284頁、桜井徹「第11章 ザームエル・プーフェンドルフ」勝田有恒＝山内進（編）『近世・近代ヨーロッパの法学者たち－グラーティアヌスからカール・シュミットまで』（2008年）180頁を参照）。

[130] プーフェンドルフによれば、自然法は決して神学教義と矛盾するわけではないのであるが、しかし理性によっては探求され得ない神学教義も存在し、この点において自然法は神学教義から距離を置いているのである、という。Samuel von Pufendorf, De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo, translated by Frank Gardner Moore (reprinted 1964), p. viii を参照。

[131] この点について、Welzel, a.a.O. (Fn. 101), S. 109 u. 145 ff. を参照。

分離し[132]、プーフェンドルフによって包括的な自然法の体系が展開された[133]。プーフェンドルフによれば、人の活動が全て人の行為として理解されるのではなく、知性（intellectus）と意思（voluntas）に基づく行為が人の行為として理解されるのであって、知性と意思は人間の特別な性質として認められる精神的能力であり、そして意思の能力が自由（libertas）を意味し、意思が人の自由な行動を可能ならしめ、ゆえに自由は自由な決断をも含み、したがって意思が自由に形成されることが重要である[134]、という。

プーフェンドルフの自由の概念は法の基本原理として出現し[135]、自由は意思活動の最高原理として位置づけられた[136]。

---

[132] ヴィーアッカー・前掲注51・302頁。

[133] Welzel, a.a.O. (Fn. 101), S. 110.

[134] Samuel von Pufendorf, De jure naturae et gentium libri octo, translated by C. H. Oldfather and W. A. Oldfather (reprinted 1934), p. 53.; ders., De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo, translated by Frank Gardner Moore (reprinted 1964), p. 4-5.; ders., Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, 1994, hgg. von Klaus Luig, S. 25-29.

[135] Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, 1. Bd., 1985, S. 73. もちろん、プーフェンドルフは信仰を捨てたわけではない。彼は依然としてプロテスタントであったが、しかし自由意思を認めるプーフェンドルフがプロテスタントにおける予定説に依拠していないことも明白である（「予定説は大きなプロテスタントの教会によってもその信仰の内へ採り入れられたが、結果としてはその教会の大部分によって再び放棄されたり、あるいは可能であった限り別に解釈されてしまったりしたのであるが、なぜなら理性は予定説を自由や行為の帰責についての学説と、したがって全ての道徳と一致しないと思うからである」（カント（小倉志祥 訳）「学部の争い」カント全集・第13巻『歴史哲学論集』（1988年）351頁）。プーフェンドルフがイエズス会のスアレスおよびスアレスに連なるデカルトの影響を受けているなら、むしろプーフェンドルフの自由意思はカトリック（の側）における自由意思説に近い（半澤孝麿「自由意志論思想史上のカント」未来502号（2008年）28頁も参照）。

[136] この点について、Franz Lubbers, Die Geschichte der Zurechnungsfähigkeit, 1938, S. 33も参照。意思概念が神学から法学へ導入される過程においてプーフェンドルフが果たした役割について、筏津安恕『義務の体系のもとでの私法の一般理論の誕生』（2010年）も参照。筏津によれば、「主意主義は、スアレスの道

問題は、自由意思（libertas voluntatis）と詐欺の関係である。プーフェンドルフによれば、欺罔者が意図的な決定（destinatione animi）に基づいて、取引に際して目的物の性質や価格に関して dolus が介在した場合、当該契約は不完全である[137]、という。

もっとも、詐欺が契約の効力に影響を与える点は指摘されているが、しかし詐欺と被欺罔者の自由意思（違法根拠の自由意思）の関係は必ずしも明確ではない。むしろ、プーフェンドルフの詐欺論において語られている意図的な決定（destinatione animi）は欺罔者の（自由）意思に相当するのであって[138]、責任根拠の自由意思に相当する。

こうした自由意思に基づく責任の概念はプーフェンドルフから始まる、と言われている[139]。プーフェンドルフによれば、自由な原因たる人の意思に依拠した行為は意思の行為（actio voluntatis[140]; voluntary action）として理解され、これが帰責（imputatio; imputation）に関して考慮される[141]、という。合理主義から連なる個人主義的傾向は人間行為の内実へ目を向けさせ、このことが自由と帰責を結び付けたのである[142]。

徳神学に由来し、デカルト哲学をへて、プーフェンドルフへと継承されていた」（前掲・176頁）。

[137] Samuel von Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, 1994, hgg. von Klaus Luig, S. 73 u. 91 f.

[138]「destinatione animi」を Samuel Pufendorf, Gesammelte Werke, 2. Bd., De officio, hgg. von Gerald Hartung, 1997, S. 155は「freywillig」と訳し、Pufendorf, supra (130), p. 52は「voluntarily」と訳す。

[139] Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, 169 f.; 小野清一郎「責任能力の人間学的解明（一）」ジュリスト367号（1967年）93頁を参照。

[140] Pufendorf, a.a.O. (Fn. 138), S. 115は「voluntariæ」を「freywillige」と訳している。

[141] Pufendorf, supra (134), p. 66.

[142] この点について、Lubbers, a.a.O. (Fn. 136), S. 33およびハインリッヒ・ロンメン（阿南成一 訳）『自然法の歴史と理論』（1956年）94頁を参照。なお、自由意思と責任を結び付ける理解はプロイセン一般ラント法および帝国刑法典へ引き継がれた。しかも、ドイツ民法典の能力規定は帝国刑法典の責任規定を模範として編纂されたのであり、この点は後述する。

確かにプーフェンドルフによって包括的な自然法体系へ導かれ、これがドイツにおいて自然法思想[143]を伸展せしめた契機であった[144]。ただし、その前提として、宗教的寛容に基づく思想の自由が必要であった[145]。こうした宗教的寛容はプロイセンにおいて果たされ、かように展開されたドイツ哲学は詐欺論にも影響を与え、ついに詐欺と被欺罔者の自由意思が結び付けられる。引き続き、その間のプロイセンにおける法状況について概観する。

第2項　ドイツ自然法学説

（1）ドイツ哲学

①プロイセンの状況

まず、プロイセンの歴史と位置的特徴を確認する。かつてバルト海沿岸の地域に、プロイセンと呼ばれる非キリスト教徒の小民族が定住していた[146]。この地を1226年から侵略・征服したドイツ騎士修道会は、この地に修道会国家を建設した[147]。既に確認したように1525年の当時のドイ

---

[143] 自然法ないし自然法思想の捉え方は様々に在り得る。例えば、「一方では《ヨーロッパ精神史》のうえに自然法がまさに普遍的性格をもって形成される。他方ではそれが特定の精神的風土に定着し、土着化される。プロイセン普通国法、ALR は《プロイセン的自然法》である、とみるのもその一つであろう」（矢崎光圀「近世ドイツの自然法思想」尾高朝雄（編）『法哲學講座 第三巻』（1956年）75頁の注（三））。

[144] Andreas B. Schwarez, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, ZRG (Rom. Abt.) 42 (1921), S. 584.; Welzel, a.a.O. (Fn. 101), S. 110.

[145] ハイネ・前掲注119・72頁。

[146] Sebastian Haffner, Preußen ohne Legende, 3. Auf., 1979, hgg. von Henri Nannen, S. 40. なお、同書の邦訳として、セバスチャン・ハフナー（魚住昌良＝川口由紀子 訳）『プロイセンの歴史』（2000年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

[147] ハフナー・前掲注146・21頁を参照。1226年の当時の騎士団長ザルツァ（Hermann von Salza, 1179?-1239）は、当時の神聖ローマ帝国皇帝フリードリヒ２世から、プロイセンがドイツ騎士修道会へ与えられ、かつ同総長に帝国諸侯と同等の地位が与えられる旨の内容の勅書を得ていた。この点について、ミッタイス＝リーベリッヒ・前掲注60・250頁。

ツ騎士団長たるアルプレヒトは宗教改革に乗じてプロテスタントへ改宗し[148]、そして彼は修道会国家を世俗化することによって初代プロイセン公の地位に就いた[149]。

アルプレヒトはホーエンツォレルン家の一員であり、ホーエンツォレルン家はブランデンブルクをも領地として統治していた[150]。この時からプロイセンとブランデンブルクが同一族によって結び付けられる可能性が生まれ、このことは後のプロイセンにおける自然法の展開にも影響を与えた。まずアルプレヒトの死去に伴い、ブランデンブルクの選帝侯ジギスムント（Johann Sigismund, 1572-1619）がプロイセンを獲得し[151]、さらにジギスムントによって宗教的寛容が認められた。既に確認したように、ブランデンブルク辺境伯ヨアヒム2世ヘクトルは1528年にルター派へ改宗していたのであるが[152]、しかしジギスムントは1613年にルター派からカルヴァン派へ改宗したものの[153]、当時のブランデンブルクおよびプロイセンにおいてはルター派が多数を占めていたから[154]、ジギスム

148　この点について前述25頁を参照。

149　Otto Hintze, Die Hohenzollern und ihr Werk, 1916, S. 11. ただし、修道会国家は隣国のポーランドと争い、その結果として西プロイセンはポーランド領へ帰し、確かに東プロイセンは修道会国家に帰属していたものの、しかしポーランドの宗主権に服していたのであって、アルプレヒトのプロイセン公国も依然としてポーランドの宗主権に服していた（ミッタイス＝リーベリッヒ・前掲注60・252頁の注９、ハフナー・前掲注146・24–25頁）。

150　その経緯も含めて、ハフナー・前掲注146・27–28頁。ホーエンツォレルン家それ自体はプロイセン地方の出身ではなく、南ドイツの一族であった（ハフナー・前掲注146・13頁）。

151　Hintze, a.a.O. (Fn. 149), S. 164. ハフナー・前掲注146・26–28頁も参照。ただし、プロイセン領域は依然としてポーランドの宗主権に服していた（ハフナー・前掲注146・33頁）。

152　前述25頁を参照。

153　その理由について、Hintze, a.a.O. (Fn. 149), S. 161およびカメン・前掲注107・139頁も参照。

154　しかも、ジギスムントの妻アンナ（Kurfürstin Anna）もルター信仰を固持していた。彼女はプロイセンの皇女であったのであり、彼女の生活と信仰について、Hintze, a.a.O. (Fn. 149), S. 157 f. を参照。

ントは自身の最高の領主特権たる信仰の強制を放棄し[155]、さらに1615年にルター派に対して礼拝の自由を保障し[156]、こうしてプロイセンでは当時としては例外的に宗教的寛容が促進されたのである[157]。

その後の30年戦争を経験したホーエンツォレルン家は軍備の増強に努め[158]、フリードリヒ３世[159]（フリードリヒ大王の祖父）によって1701年にプロイセン王の称号が獲得され[160]、こうして宗教的寛容を肯定するプロイセンが国家として成立し、かかる宗教的寛容に基づく思想の自由がドイツ哲学を生み出す重要な契機を与えた[161]。

さらに、ドイツ哲学にとっては、プロイセンにおいて宗教的自由を実現したフリードリヒ大王（Friedrich der Große, 1740-1786）の即位も重要であった[162]。例えば、フリードリヒ大王の先代王によって国外退去を

---

[155] Hintze, a.a.O. (Fn. 149), S. 164 f. ハフナー・前掲注146・83-84頁も参照。

[156] カメン・前掲注107・139頁。

[157] もっとも、このことが当時の人々に必ずしも肯定的に受け入れられたわけではない。すなわち、確かに「このようにしてブランデンブルク＝プロイセンは、異なる宗派の共存が可能にして不可避の最初の国となった」のであるが、しかし「人びとにとっては不信仰でしかない他の宗教を、自分たちの隣人に許すように国家から要求されたということは、彼らのもっとも崇高で神聖な感情を傷つけた」からである（ハフナー・前掲注146・84頁）。カメン・前掲注107・143頁および253頁も参照（なお、同頁における、ジギスムントが1613年に「ルター主義者」になった、という記載は誤訳であろう。ジギスムントは「カルヴァン主義者 Calvinist」になった。Henry Kamen, The Rise of Toleration, 1967, p. 192を参照）。

[158] ハルトゥング・前掲注112・137頁。

[159] 1660年にプロイセンをポーランドから解放した大選帝侯フリードリヒ・ヴィルヘルム（ジギスムントの孫）の子（ハフナー・前掲注146・34頁）。

[160] プロイセンの名が選択された理由（ブランデンブルクの名が選択されなかった理由）は、プロイセンは帝国の一部ではなかったからである（帝国領内の領主は王の称号を得ることができなかったから）である。ハフナー・前掲注146・39頁以下、フルブロック・前掲注60・110頁以下を参照。

[161] ハイネ・前掲注119・72頁。

[162] かつて宗教的寛容は人々にとって必ずしも肯定的に受け入れられたわけではなかったが、しかし「状況が変わったのは、ようやく十八世紀の後半、キリスト教が力を失い、啓蒙主義が国民の最下層にいたるまで浸透した時であった。

命じられていたヴォルフ（Christian Wolff, 1679-1754）が[163]、ヴォルフの著書から哲学を学んだフリードリヒ大王によって再び呼び戻されたのである[164]。

②啓蒙哲学

デカルトの著作を読み、プーフェンドルフの自然法思想にも親しんだヴォルフは、ドイツの思想界を50年以上に亘り支配し、ドイツ哲学の発展に寄与した[165]。ヴォルフによれば[166]、人間の行為は他人の意思に服さず、自己の意思に従い行為することが自由であり、自分の意思に反して自分の物が奪われることは損害を意味し、何人も損害を加えてはならず、このことは故意であれ過失であれ（dolo vel culpa）変わらないのであって、ゆえに故意による詐欺（vorsätzlicher Betrug; fraus consilii）であろうと、故意に非ざる詐欺（unvorsetzlicher Betrug; fraus eventus）で

時代精神のこの風向きの変化に対して、プロイセンはその宗派的寛容によって、最善の準備ができていた。プロイセンは啓蒙主義の模範的な国となった。そして自ら自由思想家だったフリードリヒ大王ほどに、この新しい精神の体現者として人びとに信頼され、人びとを感嘆させた人はいない」（ハフナー・前掲注146・84-85頁）。ビュァリ・前掲注96・112頁も参照。

163 国外退去の理由について、ビュァリ・前掲注96・164頁、ディルタイ（村岡哲 訳）『フリードリヒ大王とドイツ啓蒙主義』（1975年）53頁、G・クラインハイヤー＝J・シュレーダー（小林孝輔 監訳）『ドイツ法学者辞典』（1983年）324頁以下を参照。

164 ディルタイ・前掲注163・52-53頁、カッシーラー（中埜肇 訳）『自由と形式－ドイツ精神史研究－』271頁（1985年）、クラインハイヤー＝シュレーダー・前掲注163・325頁。

165 ハイネ・前掲注119・72頁および130頁、クラインハイヤー＝シュレーダー・前掲注163・323頁。

166 ヴォルフの見解は、Christian Wolff, Grundsätze des Natur-und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden, 1754 (Neudruck 1980) から訳出した。なお、以下の訳文に引用されたラテン語は、Christian Wolff, Gesammelete Werke, 1. Abt. Lateinische Schriften, 26. Bd., INSTITUTIONES JURIS NATURAE ET GENTIUM, 1750 (Neudruck 1969), hgg. von Marcel Thomann を参照した。

あろうと、許されない[167]、という。

ヴォルフにとって、詐欺は他人に悟られることなく損害を与える行為を意味する[168]。そして、その損害と意思が関連づけられ、過失の詐欺も許さない旨が指摘されているのであって、この点は注目される。ただし、ヴォルフにとっては体系的論証こそが重要であり、正当なる成果は必ずしも重要ではなかった[169]。詐欺論に関しても、詐欺の概念それ自体から過失の詐欺が導き出されているわけではなく、「過失の損害は許されない」という前提から、過失の詐欺が語られているに過ぎない。確かにヴォルフの哲学は少なくとも当時のドイツ語圏において大きな影響力を有したが、しかし他方において当時の哲学および自然法論が秘めた独断的という欠点も認識され始めていた[170]。

こうして、ヴォルフ哲学から良くも悪くも直接に間接に影響を受けた哲学が形成され、これはドイツ啓蒙思潮という名称において総括されている[171]。この時代を代表する哲学者カント（Immanuel Kant, 1724-1804）[172]は、啓蒙について次のように述べる。「啓蒙とは、人間が自分の未成年状態から抜けでることである」[173]。「ところでこのような啓蒙を成

---

167 Wolff, a.a.O. (Fn. 166), S. 47-48 u. 166-178.

168 Wolff, a.a.O. (Fn. 166), S. 178.

169 Franz Beyerle, Der andere Zugang zum Naturrecht, Deutsche Rechtswissenschaft, 1. Bd., 1936, S. 15.

170 このこととカントの理解について、シュトライス・前掲注129・550-551頁を参照。

171 シュヴェーグラー（谷川徹三＝松村一人 訳）『西洋哲学史 下巻』（1958年）111頁。

172 例えば、カントは、道徳形而上学と実践の関係におけるヴォフル哲学について、次のように述べる。「ヴォルフのその部門は、それがまさに一般実践哲学であるという理由から、ある特殊な種類の意志、つまりいかなる経験的動因ももたずにまったくアプリオリな諸原理によって規定され、そこでひとが純粋意志とよびうるような意志を考察しないで、意欲一般と、この一般的意味での意欲に帰属するあらゆる行為と条件とを考察したのである」（カント（宇都宮芳明 訳）『道徳形而上学の基礎づけ（新装版）』（2004年。原著は1785年）19頁）。

173 カント（篠田英雄 訳）『啓蒙とは何か 他四篇』（1974年。原書は1784年）7頁。

就するに必要なものは、実に自由にほかならない」[174]。

周知の如く、カントは当時の自然法論者の中においても、とりわけ個人の自由を重視した[175]。このことは、自由な意思の理解においても見られる。すなわち、カントによれば、人間の意思は自由な選択（arbitrium liberum）であり、人間には自ら自分自身を規定する能力が具わっているのであって[176]、我々自身の意思が尊敬の本来の対象である[177]、というのである。

一見してカントにおいても自由意思が重視されているのであるが、しかしカントの用語法は必ずしも統一されておらず[178]、その終局的な確定は困難である[179]。そもそもカント哲学を仔細に分析することは本稿の能力を超えるし、本稿の目的でもない。本稿において確認したい点は、カント哲学が彼の信奉者をして自由の行使と意思を同一視する理解へ向かわせた、という点である[180]。

---

[174] カント・前掲注173・10頁。

[175] この点について、ロンメン・前掲注142・100頁も参照。

[176] カント（篠田英雄 訳）『純粋理性批判 中』（1961年。原書は1781年）207-208頁。

[177] カント・前掲注172・159頁。

[178] 意思の概念について、新田孝彦『カントと自由の問題』（1993年）222頁を参照。さらに理性と知性の関係について、ショーペンハウアー（茅野良男 訳）「意志と表象としての世界 正編（III）」（1975年）46頁以下を参照。知性という訳語に関して、「Vernunft と Verstand、『理性』と『知性』（『悟性』というのは誤訳だと思う。カントはドイツ語の Verstand をラテン語の intellectus の訳語に使ったのであり、Verstand は verstehen、現代の訳で言えば『理解する』というものの名詞形だが、ドイツ語の das Verstehen に含意されているものを持っていない）」（Hannah Arendt, The life of the mind; Thinking, vol. 1, 1971, pp. 13-14. なお、同書の邦訳としてハンナ・アーレント（佐藤和夫 訳）『精神の生活 上 第一部 思考』（1994年）が存在し、本注の引用は同邦訳書の17頁を引用した）。

[179] なお、カントの主意主義を示唆する見解として、パウルゼン（伊達保美・丸山岩吉 訳）「イマヌエル・カント」『世界大思想全集 57』（1932年）302頁、ヴィンデルバント（清水清 訳）『哲学概論』（1960年）141頁。

[180]「カントの自由概念は様々な解釈の余地を残しているし、しかもカントにおける『意思』について一義的な意味を打ち立てることは不可能である、というのが事の実際である。せいぜい、カントが何人かの彼の信奉者をして自由の行

（2）プロイセン一般ラント法

①成立経緯

カントの影響を受けた当時の論者は少なくないであろうが[181]、しかし本稿において特に注目されるべき法学者として、カール・ゴットリープ・スワレツ（Carl Gottlieb Svarez, 1746-1798）が挙げられる[182]。なぜならスワレツがプロイセン一般ラント法の編纂者であったからであり、続いてスワレツの理解を概観する。

スワレツによれば、人は理性（Vernunft）や意思の自由（Freiheit des Willens）等の能力を有し、理性を通じて自己の行為および当該行為の結果を熟考することができ、意思の自由を通じて理性的な動因に従って自己の行為を決定するのであり、こうした能力は人が至福

為と意思を同一視せしめるよう刺激した、というのが最も無難な結論である」（Bourke, supra (84), p. 91）。

[181] カントの自由意思論を受け継いだ論者として、例えばヨハン・ゴットリープ・フィヒテ（Johann Gottlieb Fichte, 1762-1814）、さらにフィヒテと親交を結んでいたゴットリープ・フーフェラント（Gottlieb Hufeland, 1760-1817）が挙げられる。カントとフィヒテについて、Bourke, supra (84), p. 91を参照。カントとフーフェラントについて、Thomas Karst, Der Einfluß von Carl Gottlieb Svarez auf die preußische Gesetzgebung, ZRG (Rom. Abt.) 120 (2003), S. 181; Michael Rohls, Kantisches Naturrecht und historisches Zivilrecht, 2001を参照。フィヒテとフーフェラントについて、シュヴェーグラー・前掲注171・208頁を参照。

例えば、フーフェンラントは、譲渡し得ない財の一種として意思の自由を挙げ（Gottlieb Hufeland, Lehrsatze des Naturrechtes und der damit verbundenen Wissenschaften zu Vorlesungen, 2. Aufl., 1795 (Neudruck 2007), S. 78, § 150）、さらに詐欺を次のように定義する。「詐欺（dolus）とは、ある人の決断を決定づけるため、不正確な表象を故意に引き起こすことである」（Hufeland, a.a.O., S. 145, § 302）。被欺罔者の決断の観点から詐欺が説明されている点が注目される。

なお、このフーフェラントの後任としてサヴィニーがランズフート大学へ招聘されている。サヴィニーもカント哲学の影響を受けているが、しかし周知の如く彼は自然法思想を支持しない。この点は後述する。

[182] Karst, a.a.O. (Fn. 181), S. 181は、フーフェラント以外に、カントによって定理にまで高められた自由の原理を普遍的基本原理として法論へ持ち込んだ人物としてスワレツを挙げている。

（Glückseligkeit）を求めんと欲する衝動から導かれる自然的権利として害されてはならないのであって、すなわち「人は意思の自由を主張する権利を有し、盲目的衝動あるいは外部的な強制によって規定されることなく、知性（Verstand）の認識によってのみ自己の決定および行為を規定される権利を有しているのである」[183]、という。

以上の如く、スワレツはカントと同様に自由を尊重し、スワレツにおけるカントの影響が窺われる[184]。

次いで問題は、詐欺と自由意思の関係である。スワレツによれば、誰かある者が知りつつ故意に他人を有害な錯誤へ導く行為は全て詐欺であり[185]、「本質的錯誤または詐欺が起きた場合、意思の自由および確実性の欠如を理由として、契約は効力を生じない」[186]、というのである。

こうして、スワレツによって、詐欺の問題と意思の自由が結び付けられた。そして、スワレツによれば、意思の自由は権利であった。それゆえ、この意味において詐欺と関連する自由意思を違法根拠の自由意思として理解する可能性は十分に存する。もっとも、確かに当時においては未だ現代的意味における違法論が存在せず、その侵害を違法として捉える理解が確立していたわけでもなく、それゆえスワレツにおいて語られた自由意思を違法根拠の自由意思として評価することは差し控えなければならないであろう。加えて、スワレツが明確に主意主義の立場であるかどうか、という点も疑問が残る。

しかし、とりわけローマ法の dolus においては加害者の主観的態度の観点からのみ把握されていた詐欺の問題が、スワレツによって被害者の観点から把握されたことは確実な変化である。さらに、ローマ法の dolus と異なり、詐欺それ自体を権利侵害として把握する解釈の余地が生まれたことも明白である[187]。

---

[183] Carl Gottlieb Svarez, Vorträge über Recht und Staat, 1791-1792, hgg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer, 1960, S. 258-259 u. 454-455.

[184] この点について、Karst, a.a.O. (Fn. 181), S. 181を参照。

[185] Svarez, a.a.O. (Fn. 183), S. 277.

[186] Svarez, a.a.O. (Fn. 183), S. 276.

[187] カントも、1797年に出版された『道徳の形而上学』において、次のように述べている。「虚言は（語の倫理的意味においては）故意の不真実一般であって、

そして、このことは、法典編纂者たるスワレツの理解として、プロイセン一般ラント法の規定においても反映された。そこで、プロイセン一般ラント法における民事詐欺に関連する諸規定を確認する。

②関連条文

詐欺および詐欺に関連し得るプロイセン一般ラント法の諸規定として、以下の条文が挙げられる。

序章83条：人の一般的権利は、他人の権利を侵害することなく、自身の福祉を追求し促進し得る自然的自由に基づく[188]。

１編４章４条:意思表示は、自由でなければならず、本心（ernstlich）かつ確実でなければならず、あるいは信頼できなければならない[189]。

１編４章85条：むしろ、詐欺（Betrug）によって引き起こされた意思表示は全て、被詐欺者を拘束しない[190]。

１編５章349条：誰かある者をして契約の成立へ導かせる詐欺は全て、それから再び離脱することを被欺罔者に認める[191]。

自由は権利の基礎であり（序章83条）、意思表示の有効要件として自由が求められ（１編４章４条）、そして詐欺に基づく意思表示は被欺罔

その非難を説く前提として、他人に損害が生じている必要はない。というのも、虚言は他人の権利の侵害であろうからである」（Kant, a.a.O. (Fn. 1), S. 278 f.）。

[188] Die allgemeinen Rechte des Menschen gründen sich auf die natürliche Freiheit, sein eigenes Wohl, ohne Kränkung der Rechte eines Andern, suchen und befördern zu können.

[189] Die Willenserklärung muß frei, ernstlich und gewiß, oder zuverlässig sein.

[190] Vielmehr ist jede durch Betrug veranlasste Willesnerklärung für den Betrogenen unverbindlich.

[191] Jeder Betrug, wodurch Jemand zur Errichtung eines Contracts verleitet worden, berechtigt den Betrogenen, davon wieder abzugehen.

者を拘束しない（１編４章85条）。すなわち、詐欺という事象に関しては被欺罔者の自由な意思の表出が妨げられた点が重要であって、被欺罔者は自己の意思自由が制約されないことを求めることができるのである[192]。現行ドイツ民法典における詐欺取消制度の目的も意思決定自由の保護として理解されており、こうした理解はプロイセン一般ラント法に由来しているのである（この点を裏付ける説明は後述する）。ただし、スワレツの見解を検討した際に確認したように、プロイセン一般ラント法の詐欺制度を違法根拠の自由意思の観点から捉え得るか否か、は引き続き検討を要する問題である[193]。

こうした自由意思の性質の問題に加えて、さらに詐欺の効力に関しても、プロイセン一般ラント法の規定内容は必ずしも明確ではない。一方で「拘束しない」という表現が用いられ（１編４章85条）、他方で「離脱を認める」という表現も用いられているが（１編５章349条）、しかし「取り消す」[194]という文言は詐欺の関連において見当たらないのである。これに対して、強迫は次のように規定されている。

> １編４章31条：誰かある者が身体的暴力によって為さしめられた意思の表出は、拘束力を有さない[195]。

---

[192] この点について、Wilhelm Bornemann, Von Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere, nach preußischem Rechte, 2. Aufl., 1833, S. 122 f. も参照。さらに同頁によれば、既に被欺罔者は害されているから、詐欺者は被欺罔者の損害を企図している必要はない、という。

[193] 責任根拠の自由意思がプロイセン一般ラント法において認められている根拠として、例えば次のような刑事規定が挙げられる。

> ２編20章16条：自由に行為することができない者に犯罪は生じず、ゆえに刑罰も生じない（Wer frey zu handeln unvermögend ist, bey dem findet kein Verbrechen, also auch keine Strafe statt.）。

責任根拠の自由意思に関しては、フリードリヒ大王の影響も指摘されており、この点について例えば佐伯千仞「フリードリヒ大王と刑法（１）」法学論叢40巻４号（1939年）527頁以下も参照。

[194] 現行ドイツ民法典においても用いられている「取り消す（anfechten）」という表現の由来は気に掛かる点であるが、しかし解明することができなかった。

[195] Aeußerungen des Willens, wozu jemand durch physische Gewalt genöthigt

１編４章33条:生命、健康、自由および名誉に対する危険な強迫も、それに基づいて生じる全ての意思表出について、効力を生ぜしめない[196]。

１編４章45条：通常ならば法的に存続する意思表示を、受けた強制を理由として取り消し（anfechten）たい者は、裁判官に対して申し立てることができる時から直ちに、遅くとも当該時点から８日以内に裁判上にて通告しなければならない[197]。

確かに強迫に関して意思表示の取消可能性が認められるのに対して、同様の規定は詐欺に関して見当たらない[198]。こうした詐欺と強迫の相違

---

worden, haben keine verbindliche Kraft.

[196] Auch gefährliche Bedrohungen des Lebesns, der Gesundheit, der Freyheit und Ehre, machen jede darauf erfolgende Willensäußerung unkräftig.

[197] Wer eine sonst rechtsbeständige Willenserklärung wegen erlittenen Zwanges anfechten will, muß dieses, sobald als er einen Richter hat antreten können, spätestens aber binnen Acht Tagen nach diesem Zeitpunkte gerichtlich anzeigen.

[198] Manfred Harder, Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen, AcP 173 (1973), S. 213および本田純一「近世ドイツ立法史における形成権の基礎」一橋論叢74巻２号（1975年）77頁の注（22）によれば、プロイセン一般ラント法１編４章92条において詐欺を理由とする意思表示の取消可能性が認められている、という。

しかし、同条は次のように規定する。

１編４章92条：かかる理由（91条）に基づいて、通常ならば法的に存続する自身の意思表示を取り消さんと欲する者は、その旨を、その意思表示を為してから８日以内に、46条に従い裁判上にて通知しなければならない。

そして、「かかる理由（91条）」を示す前条は次のように規定されている。

１編４章91条：他人を騙す意図がなくても、酩酊によって、または激情の惹起によって、もはや自身の行為および当該行為の結果を正しく判断できない状況に当該他人を置く者は、そうした状態で為された表示から権利を得ることはできない。

つまり、１編４章91条および同92条は詐欺を定めた規定ではない（この点について、Bornemann, a.a.O. (Fn. 192), S. 110も参照）。

は見られるものの、いずれにせよ意思表示のみによって効力が生じる取消可能性が未だ認められていなかった点は、詐欺も強迫も同様である[198-a]。これは現行民法典の詐欺取消制度と異なる点であり、なお確認を要する。

以上の自然法学説の検討を通じて、詐欺の解釈が欺罔者自身の態度から被欺罔者の意思決定自由という被侵害権利へ移り変わった経緯を確認した。ここにローマ法的詐欺解釈と自然法学説的詐欺解釈の相違が見られる。そして、後述するように、現行ドイツ民法の詐欺取消制度の規範目的は被欺罔者の意思決定自由の保護として理解されているのであり、ここに自然法学説の影響が見出されるのである。詐欺の解釈の重点を被欺罔者に置く立場は、「欺罔者の故意」という要件に必ずしも固執しない理解と親和的であり、このことは後述するように、現行ドイツ民法の詐欺取消制度における故意要件が契約締結上の過失法理を通じて緩和され、あるいは故意概念それ自体の拡大を通じて緩和されている解釈の背景として理解することができるであろう。こうした背景の有無は、ドイツ法と日本法における解釈の相違を確認するためにも重要であり、自然法学説を検討した所以である。

ただし、未だ不明な点も残されている。まず、自由意思と違法性の関係である。現行ドイツ民法典における詐欺取消制度の規範目的が意思決定自由の保護であるなら、その侵害は法にとって望むべからざる事態であり、違法を意味するはずである。しかし、意思決定自由の侵害を違法性の根拠として捉える解釈は、少なくとも18世紀の段階において見られない。詐欺取消制度における違法性の根拠は規範目的の理解に関連するし、その反面として詐欺取消制度において問われる責任は何か、という問題を考察する手掛かりでもある。この問題は19世紀の議論を通じて進展せられるのであって、次節において引き続き検討する。

次に残された問題は、法律効果である。現行ドイツ民法の詐欺取消制度は意思表示による意思表示の取消可能性を認めるが、しかしプロイセ

198-a　つまり、意思表示の効力に関する法律効果は裁判所において主張されなければならなかった。この点について、Ulrike Köbler, Werden, Wandel und Wesen des deutschen Privatrechtswortschatzes, 2010, S. 124も参照。

ン一般ラント法においては認められていなかった。これも19世紀の議論を通じて進展が見られる問題であるから、次節において引き続き検討する。

（未完）

紹　　介

〈北大刑事法研究会報告〉

2012年中国刑事訴訟法の改正について

倪　　潤

目　次

一、はじめに
二、改正の背景
　１、改正の必要
　２、近年の司法改革の推進
三、改正の主な内容
　１、取調べの可視化
　２、弁護制度の強化
　３、違法収集証拠の排除
　４、量刑手続導入の保守
　５、その他
四、おわりに

一、はじめに

2012年３月14日、中国第11期全国人民代表大会第５回全体会議において、「中国刑事訴訟法改正案」が採択され、2013年１月１日に施行される。これは1979年刑事訴訟法に対する1996年３月の全面改正に引き続き、第２回目の改正である。改正された条文は111項目の多岐にわたり、「人権保護」「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」という原則が規定された。続いて、取調べの可

視化、弁護制度の強化、盗聴、おとり捜査、コントロール・デリバリー（controlled delivery）の実施要件の明確化、未決拘禁の許否の基準の厳格化のほか、違法収集証拠の排除、量刑手続、少年裁判手続、精神障害者に対する強制治療手続、刑事和解手続、被疑者および被告人が逃亡・死亡した場合の違法所得を没収する手続等が明文化された。今回の改正についての討論は全国で行われ、数多くの弁護士が関与した。2011年８月30日に、刑訴改正草案が全国人民代表大会ホームページで公表され、わずか１ヶ月間の意見公募期間で、８万件の改正意見が集められた。これは文化大革命終了後の1978年（改革開放）以来、異例のことである。しかし、今回の改正後も多くの課題が残されており、最高人民法院、最高人民検察院、公安部は各自の適用細則を起草している。

二、改正の背景

１、改正の必要

1979年に、中国最初の「刑法」と「刑事訴訟法」が公布され、1996年に「刑事訴訟法」が全面的に改正された。1996年の改正により、条文が164条から225条に増え、「上訴の不利益変更禁止の原則」が確立された。続いて、弁護制度が強化され、私訴権の拡大に伴って、検察権限が制限され、一定程度の当事者主義と公判簡易手続が導入された[1]。中国経済の発展に伴い、中国社会が急激に変化したことにより、犯罪件数（公安機関の捜査端緒の件数）が上昇しているが、近年の検挙率は約40－50％にすぎない。未熟な捜査技術の下で、捜査機関は供述に依存しており、「殺人事件を解決しなければならない」という公安部からの圧力の下で、捜査実務において拷問が発生することが少なくない。他方

[1] 陳光中「中国刑事訴訟法的特点」、Ritsumeikan law review 2（1987年）103頁以下、徐益初［著］金光旭［訳］「中国刑事訴訟法の実施状況と問題点」ジュリスト911号（1988年）84頁以下、王雲海「中国の刑事訴訟法の改正について」法律時報68巻10号（1996年）56頁以下、松尾浩也「中国の刑事訴訟法について」ジュリスト1109号（1997年）43頁、田口守一＝張凌「中国刑事訴訟法の改正」（特集 中国の新刑事訴訟法）ジュリスト1109号（1997年）50頁以下、卞建林等（編）『深化刑事司法改革的理論与実践――新中国成立60周年刑事訴訟法治的回顧与展望（中国法学会刑事訴訟法学研究会年会文集2009年巻）』（中国人民公安大学出版社、2010年６月）14頁以下参照。

で、国民の権利意識の高まりと共に、インターネットの普及により、近年の冤罪事件（例えば「杜培武事件」、「佘祥林事件」、「趙作海事件」[2]）や、拘置所の管理体制の混乱が引き起こした「躲猫猫（隠れん坊）事件」[3]などは、国民の注目を集めることとなった。これらの事件は、現行法の不備に起因していると考えられる。2009年、中国政府は「国家人権行動計画（2009～2010年）」を公表し、国際社会からも注目された。行動計画は、（1）犯罪被疑者を拘置所に入れる前に身体検査を行う、（2）取調べ際の拷問を禁止する、（3）弁護人の権利を強化するという内容を含んでおり、この行動計画を受けて中国政府は今回の刑事訴訟法の改正を行った。

出典：「中国法律年鑑」（1981―2011年）より作成

年別	公安機関の立件数	平均検挙率　%[4]
2010	5969892	39.03
2009	5579915	43.86
2008	4884960	49.14
2007	4807517	50.13
2006	4653265	47.54
2005	4648401	45.12

[2]「杜培武事件」は、1999年に警察官である杜培武が妻とその不倫相手と見られていたA（同じく警察官）を殺害したとして自白を強要された結果殺人罪で有罪となったが、別件の捜査の際にAの拳銃が発見されたことにより、別件の被疑者であるBがA殺害の犯人であることが判明し、再審で杜培武の無罪が確定したものである。

「佘祥林事件」と「趙作海事件」は、被害者を殺害したとして懲役の刑に服していたところ、殺されたはずの被害者が生存していたことが判明し、再審で無罪とされたものである。

[3] 2009年2月、24歳の農民李乔明が拘置所で死亡した件につき、警察は彼が拘置所で隠れん坊をして遊んでいたところ、壁にぶつかって死亡したと主張したが、その後の調査により、彼は拘置所内のやくざに殺害されたことが判明した。

[4] 犯罪全体の検挙率が低い数値に留まっている一方、殺人事件の検挙率は近年では毎年90%以上である。

2004	4718122	42.5
2003	4393893	41.9
2002	4336712	44.4
2001	4457579	42.9
2000	3637307	45.2
1999	2249319	61.1
1998	1986068	63.7
1997	1613629	72.6
1996	1600716	79.9
1981	890281	73.1

２、近年の司法改革の推進

中国政府が2000年から主導していた司法改革の一環として、2003年には執行猶予の受刑者に対する社会内処遇（community correction）が展開された。2004年に中国共産党中央は「厳打」を緩和する「寛厳相済」という刑事政策を確立し、また「中央司法体制改革領導小組関於司法体制和工作机制改革的初歩意見」（中央21号文件）を発布し、全面的な司法改革を始めた。2006年に「刑事和解」と公務員犯罪の取調べの可視化が導入され、2007年には「弁護士法」の改正により、弁護士との接見交通が監視されない権利と証拠開示等が規定された。2008年に中国共産党中央は「中央政法委員会関於深化司法体制和工作机制改革若干問題的意見」（中央19号文件）を発布し、司法改革を推進した。量刑の改革として、詳細な量刑基準、求刑方法、量刑情報の調査制度の導入があり、また犯罪の成否に関する弁論と量刑に関する弁論が分離されるようになった。2010年には「趙作海冤罪事件」を契機に、最高人民法院は「死刑事件に対する証拠の審査、判断に関する規定」「刑事事件に対する違法収集証拠の排除に関する規定」を発布し、これにより拷問等の手段によって得た供述証拠の排除、警察の法廷出頭義務、死刑事件に対する厳格な証明が規定された。そのため、2012年の刑事訴訟法の改正は近年の改革成果を総括するものともいえる。改正の項目が多く、理論と実務との間の論争が絶えなかったことから、2007年（第10期全国人民代表大会）に公布する予定であった改正案は2012年（第11期全国人民代表大会）にようやく採択されることとなった。

三、改正の主な内容

1、取調べの可視化

中国では、拷問による供述の強要が長く行われてきた。近年、拷問による冤罪事件が多発し、マスコミの報道によって、拷問が明らかになり、国民からの強い批判を受けた。2002年から、中国政法大学の樊崇義教授は国連の資金援助を得て、録音録画の実験を北京、河南、甘粛で行った。2006年以降、最高人民検察院は公務員犯罪の被疑者の取調べの際に、全過程の録音録画を実施した。今回の改正で、取調べの可視化が刑事訴訟法で明文化され、第121条において「捜査員が犯罪被疑者を取り調べる際、取調べの過程を録音ないし録画することができる。無期懲役または死刑の判決が下さる可能性のある場合もしくは他の重大な犯罪事件において、取調べの過程を録音ないし録画しなければならない。録音ないし録画は全過程について行い、完全性を保持しなければならない」が規定された[5]。録音録画につき、以下の問題を検討する。

（1）録音録画の選択

樊崇義教授は、被疑者が録音・録画・普通訊問・弁護人の立会いの方式から選択できるようにすべきだと主張する。実験の結果によると、最も多く選ばれたのは弁護人の立会いであり、次は録画、録音である。また、選択は被疑者のバックグラウンドによって異なり、教育程度が低い被疑者は弁護人との意思疎通が困難であることから、録音録画を選ぶことが多いのに対し、ホワイト・カラーの被疑者は録音録画よりも、普通訊問若しくは弁護人の立会いを選ぶことが多い。この実験結果の背景について、樊崇義教授は、ホワイト・カラー犯罪は供述よりも書証若しくは物証で判断されることから、相対的に録音録画の重要性が小さいことが理由ではないかと分析している。

（2）「全過程」に対する理解

「全過程」とは密室での一回の訊問の全過程であるという意見が実務の一部にあるが、立法者は、被疑者が訊問場所に入るときから、訊問がおわり訊問場

[5] 鈴木賢「台湾および中国における被疑者取調べ過程の録音録画制度」体制転換と法研究会2011年９月23日；鈴木敬夫「中国刑事訴訟法改正と「取調べの可視化」問題――正義と法的安定性の葛藤」札幌学院法学28巻２号（2012年）62頁以下参照。

所を離れるときまでであるとしている。捜査機関は録画録音を始めるときから、事件が全部取り調べきるときまでの毎回の訊問を、完全に、隙間もなく、録音録画しなければならない[6]。

（３）「全過程録音録画」の弊害への対応

第一に、今回の改正では「公判ですべての映像を視聴することは現実的に困難である」という問題に対し、「公判前準備手続の段階で違法収集証拠が排除するために、公判前準備手続で録音録画の再生を行う」という方法が採用された[7]。第二に、「捜査段階で得られる情報によって、当該事件のみならず他事件の検挙につながる。すべてを可視化すると、真相解明が阻害される」という問題に対応し、「原則として全過程とした上で、真相解明が阻害されるおそれのある場合に限り、録音録画せず、取調べに弁護人が立ち会う」[8]、または「法廷で再生される場合に、取調べの音声を消去して画面のみを再生する」[9]という提言がなされた。第三に、全過程の録音録画により、関係者のプライバシーが侵害されるという問題が発生し得るが、関係者のプライバシーに関する音声を取り調べ記録から消去して、画面のみを再生するという方法で対応することが可能であると考えられる。

（４）取調室以外の場所での自白強要に対応

全過程の録音録画によって違法な取調べを防ぐことが可能となるが、逮捕から訊問までの長い間、被疑者は捜査機関の支配下にあることから、録音録画によっても取り調べ開始前の供述強要を防ぐことができない。そこで、取調べの際に、弁護人の立会は不可欠であるという意見も提出された[10]。

---

[6] 郎勝『中华人民共和国刑事訴訟法修改与適用』（新华出版社、2012年４月）245頁参照；張斌「論録画証拠可採の基本法理」現代法学2005年第４期103頁参照。

[7] 万毅「全国首例非法証拠排除案法理研判」証拠科学2011年第19巻第６期665頁参照。

[8] 樊崇義＝顧永忠（編）『偵査訊問程序改革実証研究――偵査訊問中律師在場、録音、録画制度試験』（中国公安大学出版社2007年３月）428頁参照。

[9] 張磊＝鐘鳴「職務犯罪案件訊問全程同歩録音録画運作現状分析」中国検察官2012年第２期（司法実務）70頁参照。

[10] http://www.legaldaily.com.cn/zmbm/content/2009-05/07/content_1088125.htm 方工「訊問犯罪嫌疑人除同歩録音録画還缺少一方」（最後訪問日2012年５月25日）参照。

（5）録画の方法

最高人民検察院が発布した「人民検察院訊問職務犯罪嫌疑人実行全程同歩録音録画技術工作流程（試行）」（「公務員犯罪の被疑者取調べの全過程を録音録画する方法についての試案」）によれば、録画の際には、被疑者のみではなく、訊問の全場面を撮影しなければならない。また、録画は、画中画で表示し、主画面は被疑者の正面を撮り、補助画面は場所全景を表示すべきであるとされる。画中画カメラがない場合、画面は主に被疑者を撮るが、全景にも配慮を多少加える。これに対して、被疑者を中心に撮影すれば、供述が任意であるという錯覚を裁判官に与える恐れがあるから、カメラは被疑者の側面と訊問者の側面を両方とも同時に撮影する方が望ましいという主張がある[11]。

（6）証拠法上の扱い

1、任意性判断および真実性判断

第一に、録音録画が供述の任意性判断の材料として用いられることには異論がない。最高人民法院の司法解釈「刑事事件における違法収集証拠の排除に関して問題になる若干の規定」第7条によれば、公判前供述の適法性に疑問がある場合、裁判所は録音録画を他の証拠と合わせて総合判断すべきである。第二に、録音録画は、供述の真実性を担保できるかどうかについて、通説および最高人民法院は明確な判断をしていないが、下級審で、「捜査調書の内容と録音録画の内容と一致しない場合、その不一致の部分を証拠とすることができない」という判断がなされた。例えば、被告人が共謀の従犯として業務上横領罪で起訴された事件で、供述調書によれば被告人が事前共同故意を有しているとされていたが、録音録画によれば被告人が事前に何も知らず、他人の犯罪を知った後、放任したということが判明した。裁判所は「他の証拠がないので、業務上横領罪を認定できない」と判断した[12]。

2、実質証拠か弾劾証拠か[13]

---

[11] 陳永生「論捜査訊問録音録画制度的保障机制」当代法学2009年第4期70頁以下参照。

[12] 韩東成「論訊問職務犯罪嫌疑人全程同歩録音録画和訊問筆録不一致」中国検察官2010年第12期15頁参照。

[13] 弾劾証拠はある事実を立証するためではなく、他の証拠の証明力を争うために用いられる証拠である。

上述の判例で、録音録画は供述の真実性を立証する証拠として使用された。しかし、録音録画は実質証拠と弾劾証拠のいずれに該当するのか不明である。録音録画は供述の任意性を担保する機能しか有しておらず、実質証拠として使えないという主張もある[14]。

３、録音録画による証拠が万能ではないこと

立法者は、中国の実務が録音録画に過度に依存している傾向に対して、録音録画の内容が公判供述と一致しない場合、録音録画のみを証拠として採用するべきではなく、事件の全体を総合的に判断しなければならないと考えている[15]。録音録画は反対尋問されなければ、証明力が公判供述より弱く、伝聞証拠に属することから、原則として伝聞法則を適用するべきである。また、任意性の判断において、録音録画には臨場感があり、実務では完全な真実と見なされる傾向があるのに対し、裁判官は検察官に録音録画の適法性を立証することを要求すべきであり、適法性を立証できなければ録音録画を任意性判断の根拠にすることができないという主張もある[16]。

２、弁護制度の強化

2011年段階の中国において、弁護人が参加する刑事事件は全体の20－40％前後を占めている[17]。刑事弁護率が低い原因として主に以下のものが挙げられる。第一に、弁護人は検察官によって、刑法第306条の「弁護士妨害証明罪」で訴追されることを危惧している。この条文は、弁護人・訴訟代理人が、証拠を破壊・偽造するとき、または当事者が証拠の破壊・偽造を幇助するとき、証人が偽証することを誘惑･脅迫するとき、７年以下の懲役に処すると規定している。1997年から2007年まで中国では108人の弁護人が当該犯罪で起訴され、その中の約70％の76名が無罪となったが、未決拘禁期間が長期にわたることに鑑みれば、当該犯罪で訴追されること自体が弁護人の不利益になる[18]。第二に、弁護

[14] 前掲（注12）18頁参照。

[15] 郎勝『中华人民共和国刑事訴訟法修改与適用』（新华出版社、2012年４月）45頁参照。

[16] 前掲（注11）78頁以下参照。

[17] 冀祥德「中国刑事弁護若干問題调查分析」、中国司法2011年第７期29頁以下参照。

[18] http://news.ifeng.com/opinion/special/weizhengzui/「刑弁律師的路為何越走

人は「接見交通難」、「証拠開示難」、「取調難」の「三難」に直面している。北京海淀区拘置所内の177名の被拘置者に対する2003年の調査により、捜査段階で弁護人の接見交通率はわずか14.6％であり、接見の回数は平均1.3回／件であり、接見の時間は平均24分／件である[19]。第三に、被告人国選弁護対象事件数が少なく、2011年段階では、国選弁護人が付する事件は全刑事事件のわずか13.4％であった[20]。被告人が貧困その他の事由により、国選弁護人を付することを請求できるが、実際には国選弁護人が付される事件の大部分は、被告人が盲、聾、唖又は未成年の場合のほか、死刑事件の場合である。

今回の改正では、公訴前の被疑者弁護制度、接見交通、弁護人に対する証拠開示、国選弁護人の付する事件の範囲の拡大などが規定された。

第一に、公訴前の被疑者弁護制度が強化された。1979年刑事訴訟法では、弁護人は公判段階からでなければ刑事訴訟に参加できなかったが、1996年の改正にでは、弁護人は公訴が提起されたときから参加できることになり、また捜査段階でも法律援助人の身分（弁護人の身分ではない）として参加できる。今回の改正により、被疑者は捜査機関に初めて訊問された後、または強制措置（強制処分）がとられた日から、弁護人を委任することができる。弁護人は警察の取調べの際に立ち会う権利を有していないが、被疑者に法律的な援助を提供し、警察の違法捜査について抗告し、保釈を申請することができる。また、捜査終了前、被疑者の勾留前、公訴提起の時など、捜査機関は弁護人の意見を聴取し、それを調書に記入しなければならないことに加え、弁護人が違法収集証拠排除を主張できる。

第二に、弁護人との接見交通権が強化された。改正法の37条により、弁護人は弁護士資格証明書、弁護士事務所への所属証明書、被疑者との依頼契約または国選弁護であれば当該事件において国選弁護を担当することの証明書があれば、拘置所は全ての証明書の提出から48時間以内に接見の手配をしなければならない。しかし、国家安全犯罪・テロ事件・特別重大賄賂犯罪の場合は接見交

越窄」（最後訪問日2012年５月31日）参照。

[19] 崔麗「要切实保障律师的介入権」中国青年報2003年７月７日参照。

[20] http://www.criminallegalaid.org/a/hzdt/1390.html（最後訪問日2012年５月22日）北京市西城区人民法院「実践教学基地掲牌儀式＝中国刑事援助改革検討会会議」参照。

通権が制限されることもあり、上記三つの犯罪の範囲の解釈によって、弁護人との接見交通権は剥奪される恐れがあると考えられる。なお、37条４項により、弁護人は接見中盗聴されず、接見内容が限定されない権利を有する。また、拘置所において、接見の内容を盗聴したり録音したりすることはできないが、接見の内容が聞こえない場所から監視することは可能であると立法者は指摘している[21]。

第三に、証拠開示の充実が図られた。弁護人は、二つの段階において、捜査記録および証拠を閲覧することができる[22]。（１）閲覧権：改正法の38条・39条によれば、弁護士は、検察官による公訴提起の適法性の審査の日以降、人民検察院において捜査記録および証拠を閲覧、抜き書き、複写する権利を有する。2011年８月の草案は「犯罪に関する捜査記録および証拠」と規定したが、改正法では「犯罪に関する」という文言が取り消された。このことから、被告人に不利な証拠も有利な証拠も開示されるべきだという立法者の立場が見られる。ただ、弁護人が閲覧すれば被疑者に供述を改竄させ若しくは訴訟を妨害する可能性がある場合のみ、検察官は弁護人の閲覧を制限することができる。その際に、検察官は弁護人の閲覧を延期することができるが、禁止できないと指摘されている[23]。しかし、「訴訟妨害」をどのように解釈すべきであるかということが問題になる。（２）全案移送：改正法の39条・172条によれば、検察官は、起訴状とともに記録および証拠を裁判所に提出する。検察官が事件全部の書類、証拠を移送し、被告人に不利な、および有利な書類、証拠も全部移送すべきであるとされている。検察官が移送しなかった被告人に有利な証拠に対し、弁護人は公判段階で裁判所に証拠調べを請求することができる。しかし、証拠調べ請求を棄却する裁判に対し、不服申し立てを許す規定はない。検察官の「全案移送」[24]に関しては論争があり、「全案移送」が「先に有罪心証を定め、後の公

[21] 前掲（注15）95頁参照。

[22] 改正法40条によれば、弁護人は収集された被疑者のアリバイ、被疑者が刑事責任年齢に達していないこと、精神病の証拠をできるだけ早く警察および検察官に通知しなければならない。

[23] 前掲（注15）97頁参照。

[24] 実際に、1979年の「刑事訴訟法」が検察官の「全案移送」を規定し、1996年の「刑事訴訟法」が日本の「起訴状一本主義」の示唆を受け、「先に定め後に裁判」という欠陥を取り除くために、検察官が裁判所に移送された内容を「起訴状」、

判で審理する」ということにつながるため、これは今回の改正の最大の失敗であるという意見があるのに対して[25]、事件と証拠の公判前の実質審査が行われなければ「先に有罪心証を定め、後の公判で審理する」ことにはならず、今回の改正法では実質審査を要求してないことから、「全案移送」が実質審査につながることはないという意見もある[26]。

第四に、「弁護人証明妨害罪」の適用が制限された。改正法の42条によれば、弁護人が代理する事件の捜査機関は、当該弁護人の「弁護人証明妨害罪」について取り調べることができない。また、弁護人が賄賂罪を犯す場合、他の検察庁が取り調べを行う。

第五に、国選弁護人制度が強化された。1996年の刑事訴訟法では裁判段階においてのみ国選弁護人の請求が可能であったが、今回の改正では被疑者の貧困その他の理由により、捜査段階から国選弁護人の請求ができるようになった。改正により、国選弁護人を付すべき対象事件は被疑者が盲、聾、唖または限定責任能力者である場合、無期懲役、死刑にあたる事件にまで拡大された。

3、違法収集証拠の排除

今回の改正では、拷問による冤罪を防ぐために「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」という原則と取調べの可視化のほか、違法収集の証拠の排除制度も明文化された。改正法の54条によれば、拷問、暴力、威嚇などにより違法収集した供述証拠は排除されなければならないが、違法に収集した物証を排除するか否かは、裁判官の自由裁量により決定される。裁判官はこの判断の際に、違法の重大性、公正な司法への損害の程度、違法性を治癒できるか否かについて総合的に考量する。違法が訂正により治癒されるか、または合理的な理由で違法の理由を説明することができれば、排除されない。なお、違法手段で得た手掛かりを利用し、適法に収集した派生証拠は、証拠として使用でき

「証人リスト」「証拠リスト」および「主要な証拠のコピーと写真」に限定した。本改正はまた1979年の「刑事訴訟法」の「全案移送」に戻る。

[25] 陳瑞华「評刑事訴訟法改正案対审判手続的改革方案」法学2011年第11期56頁参照。

[26] http://www.tudou.com/programs/view/D6307ani0Vw/「顧永忠教授の講演」（最終訪問日2012年５月26日）参照。

る[27]。このことから、違法収集の供述証拠の排除は厳格であるのに対して、違法収集の物証については具体的な事情に照らし排除するか否かが決められていることが分かる。この点につき立法者は、違法収集の供述証拠による冤罪が多い一方で物証による冤罪は少なく、一つしかない物証を排除すると再び収集し得ないからであると解している[28]。

（1）拷問の意義

拷問とは、被疑者に肉体的若しくは精神的苦痛を与え、供述を余儀なくさせる行為（例えば殴打する、電気ショックを与える、食物を与えない、寒冷地に放置する等による訊問行為）であると考えられている[29]。また、必要な休憩を与えない訊問も拷問であると指摘された。必要な休憩時間について、24時間以内で連続６時間以上でなければならないとする見解もあるが、24時間以内で休憩合計（連続ではない）12時間以上とすべきとする見解もある[30]。薬物による訊問、若しくは被疑者の同意を得ず催眠術を利用する訊問も拷問であるが、テロ事件において犯罪証拠を得るためではなく、被害者の生命を救助するために被疑者に身体的・精神的な苦痛を与えることは、拷問ではないという見解もある[31]。

（2）おとり捜査

改正前の実務においても、科学捜査、おとり捜査、コントロール･デリバリー（controlled delivery）が用いられていたが、今回の改正では、これらが明文化されている（第148-152条）。おとり捜査について「他人に犯罪を誘致することができない」と規定された。「他人に犯罪を誘致する」という点につき、最高人民法院が2008年に公布した「全国部分法院審理毒品犯罪案件工作座談会紀要」によると、麻薬犯罪に対するおとり捜査を「単純誘発」、「犯意誘発」、「二重誘

---

[27] 宋英輝「中国大陸地区非法証拠排除的適用範囲」中国焦点（2010年４月）11頁参照。

[28] 前掲（注15）124頁参照。

[29] 前掲（注15）124頁参照。

[30] http://npc.people.com.cn/GB/15944387.html「刑訴法擬延長勾引時限 被質疑変相刑訊逼供」（最終訪問日2012年５月31日）参照。

[31] 万毅「論刑訊逼供的解釈与認定――以二個「証拠規定」的適用為中心」現代法学2011年第３期174頁以下参照。

発」[32]、「数量誘発」の４種類に分けている。「単純誘発」と「数量誘発」では、もともと被疑者が犯罪意思を有しているため、この二種類には適法性があり、裁判では既遂犯として処罰する。しかし、「犯意誘発」の適法性につき論争がある。実務上、裁判官は慎重な立場を採り、違法証拠として排除することをしないが、量刑の判断材料とするのが一般的である（麻薬犯罪以外の犯罪の場合、既遂犯を未遂犯にして、減刑または刑の免除を行う。麻薬犯罪の場合は、既遂犯とするが、軽く処罰し、死刑を回避する）。このような実務について、「排除すべきである違法証拠を排除せず、その証明力を弱め、量刑の問題に転じている。その証拠の証明力が低くなることによって刑罰が軽くなり、特に死刑が適用されない」と分析する見解がある[33]。

（３）証拠の適法性の立証

証拠が違法に収集されたことを被告人が主張する場合、検察官が立証責任を負う。この点につき、立法者は、検察官が犯罪の立証責任を負う以上、証拠の適法性の立証責任を負うべきであると指摘する[34]。

４、量刑手続導入の保守

改正法は、裁判において定罪（犯罪の成否の判断）と量刑の事実・証拠につき調査･弁論を行うべきであると規定しているが（第193条）、量刑前調査制度･被害者の参加・量刑の証明等具体的な量刑手続につき明言していない。近年活発になってきた量刑手続に関する司法改革からすれば、今回の改正は極めて保守的に見える。

量刑手続に関する司法改革以前の中国では、「定罪（事実認定）」と量刑判断が一体化していたことにより、量刑判断の過程は不透明であり、数多くの被告人が量刑不当を理由に控訴した。例えば、上海市某中級人民裁判所が2001年に扱った刑事事件で、量刑不当を控訴理由としたものは70.1％である[35]。2005年から、最高人民法院は定罪と量刑判断を二分する「相対独立的な量刑手続」を全

[32]「二重誘発」とは、捜査員が麻薬の買い手と売り手を装い、その仲介者の被疑者を逮捕することをいう。

[33] 龍宗智「論書証証言及其運用」中国法学2008年第４期144頁参照。

[34] 前掲（注15）129頁参照。

[35] 仇暁敏「量刑公正之程序進路」中国政法大学博士論文2008年、20頁参照。

国各地で試行し[36]、定罪と量刑判断の一体化した実務が維持されている中で、独立した量刑手続の重要性を強調する。法廷における証拠調べが「定罪調査」と「量刑調査」に分けられ、法廷弁論が「定罪弁論」と「量刑弁論」に分けられるのである。

量刑手続に関する司法改革に関して、実務では以下の問題が存在する。第一に、この手続は自白事件で適用されるが、否認事件では適用できないことである。否認事件で、弁護側は犯罪を否認した後、量刑手続に入っても、被告人に有利な量刑証拠を提出しない。なぜなら、被告人に有利な量刑証拠を提出すれば、前の否認の主張と矛盾し、犯罪についての自白となるからである。この問題に対し、手続だけではなく判決も定罪判決と量刑判決に分けて、定罪判決を言い渡してはじめて、量刑手続に入るという見解が主張された[37]。この見解を採ると、被告人に有利な量刑主張は定罪に影響を与えないと考えられる。第二に、量刑前調査制度が整備されていないことである。現在のところ、刑事未成年の事件には量刑前調査制度が適用されるにとどまっている。第三に、法廷でいかに被害者の量刑意見を客観的に表現するかということも問題である。第四に、量刑手続中の証明が「厳格な証明」と「自由な証明」のいずれかによるのかということも決められていない。多くの論者は、被告人に有利な量刑証拠につき伝聞証拠や違法収集証拠であっても排除しないとする一方で、被告人に不利な量刑証拠については定罪と同様に伝聞法則・自白排除法則・違法収集証拠排除法則を適用すると解する。証明規準については様々な見解があり、まず（１）

[36] 2005年に、最高人民法院は「相対独立的な量刑手続」を「人民法院第二个五年改革綱要（2004－2008）」に入れ、中国各地で試行した。2007年の広州の「許霆事件」を契機として、量刑手続改革が推進された。「許霆事件」：被告人許霆はATMの誤作動を利用し、約200万円を引き出した事件で、一審裁判所は窃盗罪で無期懲役を言い渡したのに対し、二審裁判所は窃盗罪で５年の懲役と25万円の罰金を言い渡した。量刑判断の際、被告人と検察の双方に弁論の機会を与えず、被害者である銀行の意見も聴取しなかった。定罪審理の後、書面審理のみで量刑の判断を下した。2010年９月、最高人民法院、最高人民検察院、公安部、国家安全部、司法部は「関於規範量刑手続若干問題の意見（試行）」を公布し、「相対独立的な量刑手続」を全国に進めた。

[37] 陳瑞華「量刑程序改革的困境和出路」当代法学2010第１期36頁参照。

量刑証明について一括して「高度蓋然性基準」を適用する「統一説」[38]が挙げられる。続いて、(２) 死刑事件につき「すべての疑いを超える基準」を適用し、重罪事件で被告人に不利益な事実につき「合理的疑いを超える基準」を適用するが、被告人に有利な事実と軽罪事件につき「証拠の優越基準」を適用する「事件区別説」がある[39]。また、(３)犯罪事実から独立した量刑情状の証明につき「証拠の優越基準」を適用し、犯罪事実と関係する量刑情状の証明および死刑事件につき「合理的疑いを超える基準」を適用する「死刑事件特別説」[40]がある。(４) 最高人民法院の副院長である熊選国により、被告人に不利益な証拠につき、「合理的疑いを超える基準」を適用し、被告者に有利な証拠につき、「証拠の優越基準」を適用する「証拠利益区別説」が主張されている[41]。上述の問題についての議論が尽くされていないことから、今回の改正法は量刑手続につき原則的な規則にとどまったのではないかと考えられる。

５、その他

１、人身拘束制度の改善

1996年の刑事訴訟法では、保釈と住居監視に対して同じ適用条件と対象を規定し、捜査機関の恣意的な使用がしばしば行われた。これに対して、今回の改正で、住居監視と保釈と勾留との相違を明確に設定し[42]、勾留の代替措置として、重い病気に罹患している場合、独力で生活できない場合、妊娠している場合等に住居監視を適用すると規定された。住居監視の場所は、捜査機関・拘置所以外の場所である。なお、勾留条件を満たしているか否かを審査する制度が設けられた（第72-77条)。

２、証人保護および出席義務

国家安全事件、テロ事件、組織犯罪事件、麻薬犯罪事件において、証人、鑑

[38] 樊崇義「量刑程序与証拠」南都学刊2009年第29卷第４期65頁以下参照。
[39] 陳衛東「量刑程序改革語境中的量刑証拠初探」証拠科学2009年第17卷(第１期) 12頁参照。
[40] 陳瑞華「量刑程序中的証拠規則」吉林大学社会科学学報2011年第51卷第１期102頁参照。
[41] 熊選国「関於量刑程序改革的幾個問題」人民法院報2010年10月13日第５面参照。
[42] 卞建林「我国刑事強制措施的功能回帰与制度完善」中国法学2011年第６期27頁参照。

定人、被害者本人および近親族に危険が及ぶ場合には、これらの者の人身保護を行われなければならない。その他、検察側、弁護側が証人の証言内容に対して疑問を有しており、またその証言が定罪・量刑判断に対する重大な影響があり、また裁判所が証人出頭が必要と判断する場合に、証人の出席および陳述義務が課せられる。証人の正当な理由なく出席しない場合、および証言を拒否する場合には、強制拘引制度が規定される。しかし、被告人の配偶者、父母、子女を除く（第187条、188条）。

３、裁判手続

従来､簡易公判手続は３年以下の有期懲役の軽微な事件に適用されていたが、今回の改正により、懲役期間の制限を撤廃し、全ての有期懲役の被告人自白事件にまで適用範囲が拡大された。また、控訴審裁判所が原判決を破棄し、原審に差し戻すことを繰り返すという問題[43]が実務において長年行われてきたことに対し、控訴審裁判所が事実不明若しくは証拠不十分を理由に差し戻すことを一回に限ると規定した。しかし、手続違法を理由に差し戻す場合には回数制限はない（第225条）。

少年裁判手続、暴力行為に及んだ精神障害者に対する強制治療手続、刑事和解手続、被疑者および被告人の逃亡・死亡事件における違法所得の没収手続という、四つの特別裁判手続が明文化された。少年に対する条件つき不起訴、犯罪記録の非公開が規定された。刑事和解手続は、個人同士の紛争による３年以下の有期懲役の人身犯罪と財産犯罪、及び公務員犯罪を除く７年以下の有期懲役の過失犯罪などの場合に適用される。（第266-289条）

四、おわりに

以上のように、2012年中国刑事訴訟法の改正は人権保護を図る全面的な改革である。今回改正された分野は多岐にわたり、中国社会に多大な影響を与えるであろう。しかし、今後の実施について、まだ様々な課題が残されており､「何

[43] 例えば、河北省の陳国清による「強盗殺人事件」が挙げられる。一審裁判所は死刑を言い渡したが、二審裁判所は事実不明を理由に差し戻した。この過程が３回繰り返されたので、被告人は死刑を３回言い渡された。「南方週末」2000年12月27日参照。

人も、自己に不利益な供述を強要されない」という原則は単なるスローガンにとどまるのか、それとも規範としての地位を有するのかが問題となる。また、瑕疵がある録音録画の対応、違法収集証拠の排除の射程、量刑手続の動向等、とくに弁護人の閲覧権を強化するために、1979年刑事訴訟法の「裁判官に検察官が全ての書類を移送する」という原則に戻るのは、裁判官の予断に対してどのような影響を与えるのか、まだ不明である。さらに、まもなく公布される刑事訴訟法の改正に関する最高人民法院、最高人民検察院、公安部の適用細則も注目に値するであろう。

最後に、本稿の作成にあたり、指導教官である白取祐司教授をはじめとして、北大刑事研究会の皆様には貴重なるご指導とご鞭撻を賜り、さらに北海道大学大学院博士後期課程（日本学術振興会特別研究員）の佐藤結美氏に日本語の添削と指導をしていただいた。心からの感謝を申し上げる次第である。

判例研究

民事判例研究

稲垣美穂子

当事者が土地賃借権そのものを有することの確認を求め、地代額の確認まで求めたとはいえないにもかかわらず、判決の主文で地代額を確認することの適否

最判平成二四年一月三一日　裁時一五四八号二頁

【事実の概要】

（原告・被参加人・承継前被上告人、訴訟係属中死亡）Aは、土地（以下「本件土地」という）の賃借人である（被告・被参加人・被上告人）Yが、妻の姉である（参加人・上告人）Zに賃借権の無断譲渡又は無断転貸をしたことを理由に、賃貸借契

約を解除した旨主張して、Yに対し、本件土地上の建物（以下「本件建物」という）を収去して本件土地を明渡すことなどを求める訴訟（以下「本件被参加訴訟」という）を提起した。

Zは、本件土地の賃借人はYではなくZであると主張して、Aを相手方として独立当事者参加の申出をした（以下、上記の参加の申出に係る訴訟を「本件参加訴訟」という）。

上記の参加の申出書（以下「本件申出書」という）には、請求の趣旨として、「原告と参加人との間において、参加人が別紙物件目録記載の土地につき、貸主を原告とする建物所有目的の賃借権を有することを確認する」と記載され、請求原因として、訴外Bが、昭和四五年一月、Aとの間で、本件土地につき、木造建物及びその他の工作物の設置を目的とし、期間を二〇年、地代を年額で固定資産評価額の一〇〇〇分の六〇に相当する金額とする賃貸借契約を締結したこと、Bの死亡により、Bの長女であるZが本件土地の賃借権を相続により承継したことなどが記載されている。

第一審においては、本件参加訴訟では、専ら、ZがBから本件土地の賃借権を相続により承継したか否かが争点となり、本件土地の地代額が争点となることはなかった。

第一審判決は、主文において、本件被参加訴訟に係るAの請求を棄却するとともに、本件参加訴訟について、Zが、本件土地につき、Aを貸主として、地代を年額で固定資産評価額の一〇〇〇分の六〇に相当する金額とし、木造建物及びその他の工作物の設置を目的とする賃借権を有することを確認した。

Zは、第一審判決に対し、第一審においては単に賃借権の確認を求めたのであって、地代額の確認は求めていなかったなどと主張して控訴した上、原審において、ZがAを貸主として地代を年額六万八一六〇円とし木造建物及びその他の工作物の設置を目的とする賃借権を有することの確認を求める旨の訴えの変更の申立てをした。なお、上記金額は、第一審口頭弁論終結当時の本件土地の固定資産評価額の一〇〇〇分の六〇に相当する金額より低額である。

原審は、賃料は賃貸借契約の本質的要素であるから、賃借権確認請求においては、その要件事実として賃料の具体的金額の主張を要するところ、本件申出書における請求原因の記載によれば、Zは、地代を年額で固定資産評価額の一〇〇〇分の六〇に相当する金額とする賃借権の確認を求めていたと認められ、第一審判決はZの請求を全部認容したのであるから、控訴の利益を認めることができないとして、Zの控訴を却下したため、Zが上告した。

【判決要旨】 原判決破棄差戻し。

土地賃借権を有すると主張する者は、土地所有者に対し、地代額の確認を求めずに、土地賃借権そのものを有することの確認のみを求めることができるところ（最高裁昭和四四年（オ）第五〇〇号同年九月一一日第一小法廷判決・裁判集民事九六号五三九頁参照）、本件申出書における請求の趣旨の記載に加え、第一審における審理の経過等を併せ考慮すると、上告人は、第一審において、本件土地の賃借権そのものを有することの確認を求めたのであって、地代額の確認まで求めたものとはいえず、本件申出書における請求原因中の地代額の記載は、自らが相続により承継したと主張する上記賃借権の発生原因であるBとAとの間で締結された当初の賃貸借契約の内容として、その地代額を主張したものにすぎないことが明らかである。

しかるに、第一審判決の「事実及び理由」中の「参加人の請求」及び「参加人の主張（請求原因）」には、上告人が本件土地につき地代を年額で固定資産評価額の一〇〇〇分の六〇に相当する金額とする賃借権の確認を求める旨の記載がされているのであって、第一審は、上告人が上記地代額の確認をも求めているものとして、上告人の請求を認容する判決をしたと認められ、第一審判決の主文に記載された地代額に係る部分が、係争法律関係に関してされた判断ではないということはできない。

したがって、第一審判決には、当事者が申し立てていない事項について判決をした違法があり、この違法を看過し、控訴の利益がないとして第一審判決に対する控訴を却下した原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。

論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、訴えの変更後の上告人の請求につき審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。

【評釈】

一　本判決の意義

1．本判決は、当事者が土地賃借権そのものを有することの確認を求め、地代額の確認まで求めたとはいえないにもかかわらず、判決主文で地代額を確認することの適否について判示したものであり、そのような場合に、地代額の確認をも求めているものとして主文で地代額を確認した判決には、当事者が申し立てていない事項について判決をした違法がある、とした事例である。

裁判所は当事者が申し立てていない事項について、判決する

ことができないから（民事訴訟法二四六条）、参加人が土地賃借権そのものを有することの確認を求めたのに対し、裁判所が地代額の確認まで判決主文に記載すれば、そのような判決は当然二四六条違反の判決となるようにも思われ、その意味では、最判平成二四年一月三一日（以下、本判決）は特段論ずべき問題を生じさせないようにも思われる。

しかし、賃借権確認請求の場合には、実務上は、賃借権を特定するための事項をも主文に記載する例が少なくないといわれており[1]、本来的には既判力を生ずべき事項以外は主文に記載すべきではないが、審理対象を明確にする目的で賃料等の賃借権の条件が主文に記載される場合がある、とされる。

また、賃借権確認請求と同様に判決主文に賃借権と賃料等の賃借権の条件を確認する旨の記載がされていても、実は審判対象は賃料等の賃借権の条件の確認であって、賃借権の存在そのものは争われていない、という場合も考えうる。その場合には、主文上の賃借権の記載は、複数成立し得る賃借権の内のどの契約の条件を争点とするのかについて特定する意味で記載されている、ということもあり得よう。

しかし、上のいずれの場合も、客観的に見れば判決の文言は変わらない、ということがあり得る。そこで、賃料その他の賃借権の条件が主文に記載された場合に、主文に記載された以上は賃料その他の賃借権の条件部分に必ず判決効が及ぶとすべきか、及ばない場合を認めるか。及ばない場合を認めるとすれば、どのような場合か（賃借権確認請求の判決効の客観的範囲の問題）が問題となり得る。

2. 以上をふまえれば、本判決においても、地代額の確認はあくまで確認対象である賃借権を特定するためのものだから、賃借権そのものの確認のみを求めた参加人の請求との間に齟齬はない、と判示することも可能であったように思われる。にもかかわらず、賃借権確認請求の際に生じ得る以上の問題点を認識しつつ、あえて本判決は、賃借権それ自体のみの確認請求をした参加人への応答として判決主文中に地代額を記載したことをもって、民事訴訟法二四六条違反と判示した。

そこで、本判決は賃借権確認請求主文中の地代額の記載が賃借権を特定するための記載であるとされなかった一事例を提供している点に意義がある、と考える。

3. ところで、賃借権確認請求の判決効の客観的範囲については、そもそも賃借権確認請求の際に原告は審判対象をどの範囲

と主張し、特定すべきなのか（審判対象範囲及びその特定の問題）、あるいは賃料等の賃借権の条件を確認する利益が認められるか（賃料等賃借権の条件の確認の利益の問題）の両問題点についての理解如何により結論が左右される場合があるように思われる。なぜなら、賃借権確認請求の際に原告は「賃借権そのものの確認」ではなく、「賃料等賃借権の条件を伴う賃借権の確認」をしなければ不適法であるとすれば、裁判所は必ず判決主文において賃料等賃借権の条件も記載しなければならず、賃料等の賃借権の条件に関する判断にも常に判決効が及ぶと考えるのが自然であろうし、また、そもそも賃借人に賃料等賃借権の条件を確認する利益がなければ、判決主文に賃料等の条件が記載されたとしても、その記載部分は審判対象ではないから、条件部分に判決効が及ぶとは考えにくいからである。

そこで、以下では、賃借権確認請求の判決効の客観的範囲の問題についての議論の前提として、賃借権確認請求の審判対象範囲及びその特定の問題（二）、賃料等賃借権の条件の確認の利益の問題（三）についての裁判例、学説の傾向を確認する。その後に、賃借権確認請求の判決効の客観的範囲（四）について検討することとしたい。

二　賃借権確認請求の際に原告は審判対象をどのように設定し、どの程度特定すべきなのか（審判対象の範囲及びその特定の問題）

1．裁判例

直接この点につき判示する裁判例はない。しかし、以下の判例が参考になる。

(a)　最判昭和三二年一月三一日（民集一一巻一号一三三頁）

原告・控訴人（賃借人）Xは被告・被控訴人（賃貸人）Yに対し土地賃借権確認請求及び当該土地引渡請求訴訟を提起したが、その際訴状には、請求の趣旨として「Xを借主としYを貸主とする…（住所略）宅地二五四坪について普通建物所有を目的とする賃料一箇月金八一〇円七七銭毎月二八日払、期限昭和三六年三月三日の賃貸借契約の存在することを確認する。Yは Xに対して前項の土地を引き渡せ、訴訟費用は被告の負担とするとの判決並に引渡の部分について仮執行の宣言を求め」る、と記載し、更に請求原因として「XはYからその所有の請求趣旨記載の宅地を普通建物所有の目的で賃料一箇月金七六円二〇銭毎月二八日支払、期間昭和一五年一月一日から向う二〇箇年間の約束で賃借し、地上に木造トタン葺二階建一棟建坪四三坪五合八勺三才、二階一六坪五合同二階九坪七合五勺以下附属建

物三棟計四棟の登記を経由した物件を所有していたが、この建物は昭和二〇年四月一三日罹災焼失した。然しながらXの借地権はその後も存続しているのに拘らずYは引続き賃貸することを拒絶し地代を受領しないので、これを供託した次第であるので、右借地権の確認とその土地の引渡を求める。なお賃料は昭和二五年八月一日より統制額の改訂により一箇月金八一〇円七七銭となり存続期間は昭和二〇年七月一二日から昭和二一年九月一四日迄の停止期間一年二月三日を加算延長した昭和三六年三月三日迄である」と記載していた。

第一審はX敗訴判決であったが、控訴審では原判決が取消され、更に判決主文には次のように記載された。

「XがYに対し…（住所略）宅地二五四坪につき、普通建物所有を目的とし、賃料一カ月金七六円二〇銭、毎月二八日払、存続期間昭和三六年三月三日迄とする賃借権を有することを確認する。YはXに対し前項の土地を引渡すべし。」

Yは、Xが賃料一か月金八一〇円七七銭の支払義務ある賃借権の確認を求めているのに、原審は賃料一カ月七六円二〇銭を内容とする賃借権の確認をしたのだから、裁判所は原告の申立てを超えて判決をしていると主張し、旧民事訴訟法第一八六条（現民事訴訟法二四六条）違反を理由に上告した。

上告棄却。

「被上告人の本訴請求は、被上告人の当審における釈明によれば、上告人の争う本件土地の賃借権そのものの存在を確認しその土地の引渡を求めるに尽きるものであつて、右賃貸借によって被上告人の負担する地代債務の存否、ないしその額の確定を求めるものでないことは明白である。されば、原判決が本件賃借権の存在を肯認した上、さらに、被上告人において右賃借権を特定するため主張した一ヶ月の地代八一〇円七七銭を特に七六円二〇銭であると認めこれを主文に掲記したからとて、係争法律関係の存否に関してなされた判示ではないといわなければならない。従って、本論旨は、結局原判決の主文に影響を及ぼさない法令違背の主張に帰し、上告適法の理由と認め難い。」なお、真野裁判官の少数意見が付されている。

「原審において被上告人は「賃料一箇月金八一〇円七七銭毎月二八日払、期限昭和三六年三月三日の賃貸借契約の存在することを確認する」ことを求めたのである。賃貸借存在の確認訴訟においては、ただ抽象的な賃貸借存在の確認を求めるというのでは無意味であるから、具体的な内容を明らかにして賃貸借関係を特定せしむべきである。それ故被上告人が賃料一箇月八一〇円七七銭という内容を自ら主張しているのに対し、何等請

求の趣旨等を変更せしめることなく原判決が「賃料一カ月金七六円二〇銭」の賃借権の存在を確認したことは、所論のとおり当事者の申し立てざる事項につき判決をした民訴一八六条違反の違法があり、本件は破棄差戻さるべきものであると考える。」

(b)　最判昭和三九年一〇月一三日（集民七五号六八五頁）

借地権確認請求事件において賃貸人Yは賃借権の無断譲渡を理由に賃借人Xの賃借権の存否について争ったが敗訴した。Yが上告。

上告棄却。

「賃借権確認の訴においては、その賃借権を特定しうるかぎり、確認を求める賃借権の内容は、原告において、当事者間の争の態様に応じてこれを定めることができるものと解すべきであって、所論のごとく、常にその賃料が主文に明示されなければならないものではなく、その記載を欠くからといつて主文が不明確になるものではない。」

(c)　最判昭和四四年九月一一日（集民九六号五三九頁）

原告・控訴人（賃借人）Xが被告・被控訴人（賃貸人）Yに対して提起した土地賃借権確認請求訴訟において、原審では「別紙目録記録記載の土地につき、Xが、Yを賃貸人とし、堅固でない建物所有を目的とする賃借権を有することを確認する」とのX勝訴判決がされた。これに対しYは、少なくとも賃貸借契約成立の日時は賃借権の特定には絶対に欠くことのできない要件であり、主文にこの表示を欠く確認判決は賃借権の表示に特定を欠く違法のものであるとして上告した。なお、Xは、当初「賃貸借期間は昭和二一年九月二日から三〇年間、賃料は月坪一二円、毎月末日持参支払いの約定」を含む賃借権の確認を求め、その後予備的申立ての名目で、右の約定を含まない賃借権の確認を求めていたが、控訴審において、Xとしては本訴において結局係争目的土地の賃借権そのものの確認を得れば足り、その他の賃借権の内容は、賃借権を特定するための事項にすぎない旨表明した。

上告棄却。

「原審において被上告人Xの主張するところによれば、Xの本訴請求は、Yらの争っている本件土地に対する賃借権そのものが現に存在することの確認を求めるというに尽きることが明らかであるから、その賃料額、存続期間または契約の成立年月日を主文に掲記する必要のないことは当然である。そして、原判示によればXとYの先代Aとの間には、昭和二〇年一〇月ご

ろ本件従前土地の一部（間口五間半、面積約一九九坪の部分）につき、期間の定めのない賃貸借契約が成立し、その後間もなく賃借土地の範囲を二六〇坪に増加することを合意し、ついで、本件従前の土地につきAに対し換地予定地の指定がされたことに伴い、XとAとの間に、昭和二五年七月から九月までの間に右賃貸借契約においてXに使用収益させる土地の地域を原判決別紙目録（その引用する第一審判決別紙図面を含む。）記載のとおりの地域とする旨の合意が成立し、現在に至っているというのであるから、これによって、本件賃貸借契約の特定性になんら欠けるところはない。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。」

2. 本判決の位置付け

(a)判決において、主文の賃料に関する記載は「係争法律関係の存否に関してなされた判示でない」としており、その反面意味するところは、賃借権確認請求の趣旨に賃料の記載を必ずしも要求しない趣旨であると解し得た。もっとも、(a)判決に対しては、「賃料等賃借権の条件を伴う賃借権の確認」をすべきとの少数意見が付されていたが、その後の(b)判決が「賃借権確認の訴えにおいては、その賃借権を特定しうるかぎり、確認を求める賃借権の内容は、原告において当事者間の争の態様に応じてこれを定めることができるものと解すべき」としており、これは、賃借権確認請求の際に「賃料等賃借権の条件を伴う賃借権の確認」を必要的ととらえることを否定する趣旨であると考えられる。また、(c)判決は「本件土地に対する賃借権そのものが現に存在することの確認を求めるというに尽きることは明らか」である場合には「その賃料額、存続期間または契約の成立年月日を主文に掲記する必要のないことは当然」と述べており、賃借権の条件を伴わない単なる賃借権の確認請求が可能であることを前提に、判決文言上は裁判所を名宛人として賃借権そのものの確認請求をする場合にはその賃料額、存続期間または契約の成立年月日を主文に記載する必要はないとする。しかし、この(c)判決は同時に、賃借人に対しても、単に賃借権そのものの確認請求が可能であるのだから、そのような場合には、請求の趣旨に賃料等の賃借権の条件を記載する必要はない旨、メッセージを発しているように解し得る。

本判決は(c)判決を引用して、土地賃借権そのものを有することの確認のみを求めることができるとしており、(b)判決以降(a)判決少数意見を否定する方向性に沿うものとして理解することができる。

3．学説

学説においては、賃借権確認請求の際に原告は必ず「賃料等賃借権の条件を伴う賃借権の確認」をしなければならず、従って請求の趣旨等にこれらについて記載することを要するとの立場[2]と「賃料等賃借権の条件を伴う賃借権の確認」をする必要はなく、賃借権を特定するためには当事者、発生原因、目的物等を示した上で、権利が賃借権であることを主張することで足りるとの立場[3]があるが、後者が多数である。

賃借権確認請求の際に原告は必ず「賃料等賃借権の条件を伴う賃借権の確認」をしなければならず、従って請求の趣旨等にこれらについて記載することを要するとの立場は、賃借権それ自体は直接には目的物の使用収益権であるが、使用収益権は賃料を伴わなければ賃借権と認めることができず、存続期間についても然りであるので、賃料及び存続期間は賃借権の内容をなす、賃料等の賃借権の条件が賃借権の内容を構成する以上、これらの請求の趣旨等への記載は必要的である、とする[4]。

これに対して、「賃料等賃借権の条件を伴う賃借権の確認」をする必要はなく、賃借権を特定するためには当事者、発生原因、目的物等を示すことで足りるとの立場は、賃貸借契約と賃借権を峻別し、賃借権そのものは目的物を使用収益する権利であり、賃料支払義務を内包しないから、賃借人と称する者が自己の目的物件の使用および収益を妨害された場合には、端的に義務を内包しない賃借権の主張を妨害者にすればいいこと、賃料額の確認を伴わない単なる賃借権存在の確認も、それで当面する紛争が解決できるならば必ずしも無意味なものとはいえないこと、単なる賃借権を特定するためには、当事者、発生原因、目的物他その権利が賃借権であることを示せば足りること、余計な記載はかえって後の紛争を招くことを根拠とする[5]。

4．小括

「賃料等賃借権の条件を伴う賃借権」の確認を必要的とすべきかどうかについての学説の差は結局、実体法上賃貸借契約という双務契約の中から、訴訟上使用収益権部分を切り離して主張できるとすべきかどうかの評価の違いであると考えられる。紛争の一挙解決の点からは「賃料等賃借権の条件を伴う賃借権の確認」を求めた方がもちろん良いが、賃借権の確認さえすれば紛争が解決することもあることを考慮すれば、「賃料等賃借権の条件を伴う賃借権の確認」を強制する必要はないであろう。

三　賃料等の賃借権の条件を独自に確認する利益が認められる

か（賃料等賃借権の条件の確認の利益の問題）

1. 裁判例

(d) 東京地判昭和二九年八月二四日（下民五巻八号一三五一頁）

賃借人Xの賃貸人Yに対する賃借権確認請求及び土地占有者Zに対する建物収去土地明渡請求訴訟において、「原告Xと被告Yとの間にXが主文第一項掲記の建物の敷地一八坪二勺につき、同Yを貸主とする普通建物所有を目的とし、賃料一月一九円八二銭毎月末払、期間昭和一七年五月一日以降二〇年の賃借権を有することを確定する。右請求が理由がないときは期間昭和三一年九月一四日までとする外前同旨の賃借権を有することを確定する。ZはXに対し主文第一項掲記の建物を収去してその敷地一八坪二勺を明渡せ。訴訟費用は被告等の負担とする。」との趣旨の判決を求めた。これに対し、裁判所は「XとYとの間に、Xが…（住所略）宅地一六六坪一合六勺の西北角の部分に所在する木造トタン葺二階建一棟建坪一四坪五合七勺五才、二階一四坪五合七勺五才の建物の敷地となつてゐる宅地一八坪二勺につき、同被告を貸主とする普通建物所有を目的とし、期間昭和一七年五月一日以降二〇年の賃借権を有することを確定する。前項の宅地の賃料が一月一九円八二銭毎月末払であることの確認を求める部分の原告の請求を却下する。ZはXに対し、第一項掲記の建物を収去してその敷地一八坪二勺を明渡せ。」と判示した。

「賃料は賃借権そのものの内容をなすものではなく又賃借権そのものの制限でもなく、単に賃借権に附随する負担、ないし賃借人の反対給付義務にすぎないから賃借権自体の確認としては賃料額、その支払期の如きは確認の対象の外に在るものであるのみならず、一定の賃料額並にその支払期の確定を賃借人が求めるのは結局自己の債務（抽象的なると具体的なるとを問はず）の存在確認を求めることとなり訴訟上利益のないものと云はなければならないのでXのYに対する請求中、賃料一月一九円八二銭毎月末払であることの確認を求める部分は利益のないものとして却下を免れない。（但し賃料額又は賃料支払期につき特に争がある場合に、賃借人は一定額の限度を越える部分の債務の存在しないこと又は特定時払の義務のないことの確認を求めることはできるであらうが、その場合にも一定額の賃料債務の存在又は特定時払の義務存在確認を求むべきものではない。）」

(e) 東京高判昭和三二年一二月二五日（下民八巻一二号二四八七頁）

前訴において、前訴原告・後訴被告・後訴控訴人（賃借人）Yは前訴被告・後訴原告・後訴被控訴人（賃貸人）Xに対し、その所有土地上に賃借権を有する旨の賃借権確認請求及び土地引渡請求をした。前訴でYが勝訴し、その主文には「X所有の…（住所略）につき、Yが賃借権（但し、契約の終期昭和三一年一二月三一日）を有することを確認する。XはYに対し右土地を明渡せ。」との記載がされた（判決確定）。この判決に基づきYが強制執行しようとしたところ、Xは賃借権の終期が経過していることを理由として請求異議訴訟を提起し（後訴）、かつ強制執行停止決定を得た。後訴第一審は、前訴判決主文の既判力は単に賃借権の存在のみならず契約の終期にも及んでいるというXの主張を容れた。これに対してYが控訴した。第一審判決取消し、Xの請求棄却、強制執行停止決定取消し。

「思うに、右主文においてYが借地権を有しその賃貸借契約において約定せられた終期が昭和三一年一二月三一日となっている権利関係が確定せられたことは明確である。しかしながら、この主文がYの借地権の存続期間を同日迄のものと確定したものと断定することはできない。けだし借地権の存続期間を定めた当事者間の約定は、ある場合には借地法の規定により効力なきものとせられることがあり、又場合によっては法律を以て延長せられることもあるから、当事者の約定した終期と法律上有効な終期とせられるものとは一致するとは限らないからである。本件における問題の前示主文は、当事者が約定した終期を確定したことは明であるが、法律上の存続期間の終期を定めたものとは解釈することはできない。このことは成立に争のない乙第一乃至第三号証に記載せられた当事者双方の主張もこの趣旨で争っていることを見てもこの判定の相当であることが裏付られる。要するに前示確定判決ではYの借地権の法律上有効な存続期間迄を確定したものとは解せられないことに帰する。」

(f)　大阪高判昭和三三年二月一七日（下民九巻二号二三五頁）

原審の詳細については定かではないが、控訴人（賃貸人）Xは被控訴人（賃借人）Yらに対し「原判決を取消す。Y等はXに対し…（住所略）宅地二七二坪五合二勺の内それぞれ別紙図面に表示する部分を目的とするXとY間の賃貸借契約の存続期間は神戸市の施行する区画整理が同地に実施されるまでであることを確認する。訴訟費用は第一、二審を通じて被控訴人等の負担とする。」との判決を求めた。

原判決取消し、差戻し。

「…Y_1が訴外においてX主張の賃借期間を争うている事実は

同Y_1が本件口頭弁論期日に出頭せず又答弁書その他の準備書面を提出しない態度から自白したものとみなされるし、その他のY等が右X主張の期間を争うことはその答弁によつて明白であるから、本訴は現に争のある法律関係の確定を目的とするものであつて、これを求める利益があるものと解される。Y_1以外のY等は、本訴は結局将来神戸市の区画整理の実施により指定される仮換地又は換地に同被控訴人等の賃貸権が及ばないこと、すなわち、その土地を目的とする賃借権の不存在に関するものであるから、将来の法律関係の確定を求めるもので確認の利益がないと主張するが、Xの求めるところは仮換地に関する法律関係ではなく、別紙図面表示の土地につき現に存する賃貸借関係の存続期間に関する確認であることは前記申立の趣旨及び原因により明らかであつて、もとより現在の法律関係の確定を求めるものであり、同Y等の右主張も又採用し難い。Y_2以下六名は右存続期間の争は将来神戸市が仮換地又は換地を指定した時に初めて起る問題であるから本訴は将来の法律関係の確認を求めるものであるというが、現に存する賃貸借関係が何時まで存続するかの期間の争は現在の法律関係の争であつてその期間の終了の際起る争ではない。次に同被控訴人等は主たる法律関係である賃貸借そのものについては争がないのであるから、その内容の一部である存続期間のみについての争の確定を求める本訴は不適法であると主張するが、賃貸借期間は賃貸借の内容であるからそれについての争はとりもなおさず賃貸借関係そのものについての争であつて、それを確定する実益のあること叙上の如くである以上、その争が特定の法律関係から見て内容の一部に関するものであることは確認の訴の成立に何の支障もないと解すべく、右被控訴人等の主張はいづれも採用できない。」

(g) 東京高判昭和五二年一〇月一一日（判時八七五号五〇頁）

前訴において、後訴被告・被控訴人（賃借人）Yは後訴原告・控訴人（賃貸人）Xを相手に、土地についてYが賃料・坪当たり月額二〇円、期間・昭和三六年から三〇年間、目的・建物所有の借地権を有することの確認を求める訴えを提起し、Yが本件土地につき賃料・坪当たり月額金二〇円、期間・昭和三六年から二〇年間、目的・建物所有なる借地権を有することを確認する旨の判決を得た（確定）。後にXは当該賃借権が物置小屋所有に限られるものであることの確認の訴えを提起した（後訴）。一審はXの請求は前訴の既判力に抵触するか、確認の利益を欠く不適法なものとして、請求を却下した。X控訴。

「まず右請求が事実の確定を求めるものであるか否かを考えるに、土地の賃貸借においてその目的を右のように限定する特約は、賃借土地の用法を定めるものとして、それ自体有効なものと解され、これにより賃借人たるYにおいて用法遵守義務を負うに至るのであるから、本訴請求が単なる事実の確定を求めるものではなく、右特約に基づき発生するX・Y間の法律関係の確認を求めるものであることは明らかである。…Yが右判決の確定後、右借地権の目的には通常の居住用建物の所有も含まれるとして、これを新築するためXを相手方として東京地方裁判所八王子支部に増改築の許可を申立て…、右事件が現に係属中であることは当事者間に争いがなく、右借地権の目的についてX・Y間に争いがあることは明らかであるから、右目的が物置小屋の所有に限定されることの確認を求める控訴人の本訴請求は確認の利益を備えているものと認めるべきである。」

2. 本判決の位置付け

周知のとおり確認の利益が認められるためには、現在の権利関係に関する確認でなければならず、過去の権利関係の確認あるいは現在の事実の確認といった確認請求に原則として確認の利益は認められない(6)。賃料等の賃借権の条件の確認については、そこでの確認対象たる賃貸借の条件は賃貸借関係の要素の一つとしての単なる事実の確認でないのか(7)、あるいは賃借権の条件の確認を求める訴えが、権利関係の確認を求める訴えであると認められるとしても、過去あるいは将来の法律関係の確認を求めるものとして、確認の利益は認められないのではないのかとの疑問も生じうる。現に、賃借人から賃料額およびその支払時期に関して確認することの利益が問題とされた(d)判決では、「賃料は賃借権そのものの内容をなすものではなく又賃借権そのものの制限でもなく、単に賃借権に附随する負担、ないし賃借人の反対給付義務にすぎないから賃借権自体の確認としては賃料額、その支払期の如きは確認の対象の外に在る」と述べて、賃料額及び支払時期の確認請求を現在の権利関係に関する確認請求であるとはみていないように見受けられる。また、土地賃貸借契約の存続期間の確認の利益が争われた(f)判決では、賃借権存続期間の確認は事実の確認ではないのか、また賃借権存続期間が将来発生し得る一定の事由の発生（事案では将来の区画整理の実施）にかかっていたため、このような将来の一定の事由の発生にかかる不確定期間の確認請求は、将来発生すべき法律関係に関する確認であって、即時確定の利益がないのではないか、が争われている。また、賃借権の目的の確認の利益が争わ

れた判決(g)でも、土地賃借権の目的の確認は事実の確定を求めることに帰するものかどうかが一つの争点になっている。しかし、昭和二〇年代の判決である(d)判決以降、(f)判決(g)判決共に、当該賃借権の条件に関する係争が事実の確認ではなく法律関係の確認であることを認める。[8] また、裁判において紛争当事者が争う姿勢を見せていることをもって現在の紛争であることを認めており、紛争の現在性については緩やかに理解されているように思われる。なお、借地権の終期についての争いである(e)判決事案は、借地権の終期という賃借権の条件が賃借権本体から独立してその訴えの利益が争われている事件でなく、前訴において主文に記載され、確定した賃貸借契約終期約定の後訴に対する拘束力が問題とされている点で、(f)、(g)判決事案とは事案を異にしている。また、(e)判決では、結論としては前訴主文記載の賃借権の終期を否定する。しかし、前訴主文記載の賃貸借契約当事者に約定の終期があり、賃貸借契約そのものの存在のみならず約定終期が前訴により確定したこと自体については認定していることから、賃貸借契約の約定終期の確認について、訴えの利益を認めることを基礎としていると解される。

他方、(d)判決は賃借人からの賃料額確認請求の訴えの利益について、上述の賃貸借の条件に関する確認の利益の問題とは別の観点からの問題を提起しているように見受けられる。というのは、(d)判決は賃料を賃借権そのものの確認請求と別に確認請求することを現在の法律関係に関する確認であるとみること自体否定しているように思われるが、これに加えて、特に賃借人からの賃料額並びに支払期の確認請求に関しては、結局自己の債務の存在確認を求めることとなることから訴訟法上利益がなく、賃料額または支払期につき特に争いがある場合に債務または義務の不存在確認をし得るにすぎない旨述べているからである。しかし、これ以降の判決において賃貸人からの賃料額確認請求はもちろん、賃借人からの賃料額確認請求の訴えの利益を否定し、あるいは問題とするものですら、筆者が見る限り見当たらない。上述(a)判決も、「被上告人の当審における釈明によれば…右賃貸借によって被上告人の負担する地代債務の存否、ないしその額の確定を求めるものでないことは明白」だから、原告の主張より低廉な賃料を認定しても係争法律関係の存否に関する判示ではないと述べ、原告に地代債務の存否ないしその額の確定を求める意思があれば、主文記載の賃料額に判決効を認めていたようにも読める。また、原告が地代債務をも確認する意図を有していたかどうかを確認するために口頭弁論を開いていたことからも、一般論としては賃料を確認することの訴え

の利益を否定する趣旨ではないものと思われる。[9]

以上の裁判例からすれば、賃料等賃借権の条件につき賃借権そのものの確認請求とは別に確認することの利益は一般的に認められているものと考えられる。本判決では、賃借権そのものの確認を請求したZに対し地代の確認をも主文に記載した第一審判決を違法としていることから、地代額の確認部分に判決効が及ぶことを前提としており、上述(a)判決同様一般論としては賃料を確認することの訴えの利益を否定する趣旨ではないものと思われる。この点で賃料額の確認の利益を認める上述裁判例の傾向に沿ったものであると解される。

3. 学説

学説においては、賃料等賃借権の条件を確認することの利益を一般的に否定する立場は見受けられない。しかし、特に賃借人から賃料を確認することの利益については争いがある。[10]もっとも、肯定説[11]が多数である。

否定説によっても、賃料額の確認は法律関係に関する確認であることは認める。しかし、訴訟において原告が主張すべきは自己の権利であるところ、賃料債務は原告である賃借人にとっては義務であること、また、賃料額の確認により直接利益を受けるのは賃借人ではなく賃貸人であり、さらに賃貸人は賃料の確認以上に給付請求し得る点からも、賃借人からの賃料確認請求の不要性が基礎づけられると述べる。[12]

肯定説は、賃料額についての争いが存在しこれを放置した場合には、賃料債務の不履行を理由とした解除がなされ、賃貸人から明渡訴訟を提起される可能性がある以上、これを防止する観点から賃借人からの賃料確認の訴えを提起できるとすべきとも解し得ること、[13]また、基本的賃料債権の確認によって当面の紛争が十分に解決できることもあるから、賃料の確認請求を直ちに不適法とすべき理由はないとする。

4. 小括

以上の通り、学説の大多数、裁判例共に賃借権の条件について賃借権そのものの確認とは別に独立して確認の利益を認めている。もっとも、賃借人から賃料額の確認を求める利益があるかどうかについては、一部学説から異論が呈されているし、また、これを否定する古い裁判例(d)判決が存在する。もっとも、(d)判決は賃料の不存在確認請求であれば、賃借人からの賃料に関する確認請求であっても訴えの利益が認められる旨示唆する。しかし、賃借人からの賃料確認請求には既発生の未払賃料

確認を求めるものと、賃貸借契約の内容としての賃料額の確認を求めるものが考えられ[14]、前者のみの確認請求をする場合はともかく、後者の確認に債務不存在確認請求を用いる場合には、将来負担する債務の不存在を確認することになりかねない。端的に現在の賃貸借契約関係の確認として、賃料額の確認請求を認めることができるのではないかと考える。また、賃借人が賃貸人に対し借地借家法一一条一項、三二条一項の地代・賃料減額請求権を行使した後の裁判手続きは賃料確認請求によることとされており[15]、これらの判決の中で賃借人からの地代・賃料額の確認の利益を問題とするものは見当たらない。以上のことからすれば、理論上も実務上の必要性の観点からも、賃借人からの賃料額の確認の利益を認めることは可能であるように思われる。

四　賃借権確認請求の判決効の客観的範囲

1. 判例

上述(a)がこの問題点に関する先例である。

2. 本判決の位置付けに関する検討

本判決は、(a)判決とは、原告は賃借権そのものの確認を求めており、地代の確認は求めていなかった点、にもかかわらず、賃借権確認の判決主文に地代等賃借権の条件に関する記載がされた点において、両者は類似の事案であるといえる。しかし、(a)判決では、被上告人は賃借権の確認を求めつつ、請求の趣旨に地代、存続期間についても記載していたが、上告審での釈明から明らかになった被上告人の意思によれば、被上告人は賃借権そのものの確認しか求めておらず、従って主文の地代額記載部分は賃借権を特定する意味で記載されたにすぎないので係争法律関係の存否に関する判断ではないとして、主文に記載された地代額が原告の主張する地代額より低廉であっても、主文に影響を及ぼさない法令違背の主張に帰すると判示し、地代額に判決効は及ばないとした。これに対して本判決は、第一審判決が判決主文に地代額の記載をしたことをもって、参加人は地代額の確認を求めていないのに地代額の確認をも求めているとして裁判所は判決主文に地代額を記載し確認したのであるから、当事者が申し立てていない事項について判決した違法がある、と述べて、地代額にも判決効が及ぶと判断しており、主文への地代額の記載を賃借権の特定要素とした(a)判決とは判断を異にしている。そこで、(a)判決と本判決とをいかに整合的に理解すべきかが問題となる。

本判決を検討すると、本判決では、第一審判決の「事実及び理由」中の「参加人の請求」及び「参加人の主張（請求原因）」に上告人が本件土地につき地代を年額で固定資産評価額の一〇〇分の六〇に相当する金額とする賃借権の確認を求める旨の記載がされていたことを根拠に、判決主文の地代額に関する判断が係争法律関係に関してされた判断でないとは言えないとする。

この意味するところは、第一に、第一審裁判所がどのような意図をもって判決主文に賃料を記載したのか、という点が判決主文の既判力の範囲を決する上で重要であり、第二に、上告審は、第一審判決「事実及び理由」中の参加人の「請求の趣旨」部分に地代に関する記載があることから、第一審裁判所は判決効を及ぼす意図で判決主文中の地代に関する記載をしたと認定している、ということである。

(a)判決が結論を導く上で原告（被上告人）の意思を重視したのに対し、本判決が裁判所の意図を重視した理由は、請求の趣旨に地代の記載がされていた(a)判決とは異なり、本事例では申立書の請求の趣旨の記載がそもそも地代の記載を含まない賃借権の確認のみであったために、第一審では参加人が賃料に関する確認判決を求めていなかったことは比較的明瞭であり、その結果として、参加人が提出した申立書内の請求の趣旨欄からいわばはみ出た部分である地代に関する記載について、裁判所がどのような意図で記載したかが焦点となったと考えられる。

更に、判決「事実及び理由」の「請求の趣旨」欄から裁判所の意図を認定した点については、「請求の趣旨」欄には、審判対象たる訴訟上の請求が表示されるのだから、判決中「事実及び理由」の「請求の趣旨」欄はいわば裁判所が審判対象範囲についてどのような認識を有していたかを表しており、そのことからすれば、裁判所が判決主文のみならず「事実及び理由」中の「請求の趣旨」欄にもあえて地代の記載をすれば、裁判所は参加人が地代に関しても審判を求めていたとの認識を有していたと認められる、との趣旨に基づいた判示であると解される。

もっとも、賃借権確認請求訴訟の判決効の範囲を決するにつき原告の意思を重視する(a)判決からすれば、判決「事実及び理由」中の「請求の趣旨」として地代に関する記載がされ、なおかつ判決主文中で地代額の確認がされていたとしても、とにかく原告としては地代額の確認を求める意思はなかったのだから、本判決においても原告の意思に審判対象を合致させ、地代に判決効は及ばないとする余地があったようにも思われる。[16] しかし、(a)判決後に出された判決であって、本判決が賃借権その

ものの確認のみを求める請求が認められる旨述べる際に引用している上述二で挙げた(c)判決は、原告が賃借権のみの確認を求める場合には、判決主文に賃料を記載する必要はないと判示している。すでに述べたが（上述二2）、この(c)判決は、直接的には裁判所を名宛人として賃借権そのものの確認請求をする場合にはその賃料額等主文への記載を不要と述べているが、同時に、原告たる賃借人に対しても、単に賃借権そのものの確認にとどまる場合には、請求の趣旨に賃料等の賃借権の条件の記載は不要である旨のメッセージを発していると理解できる。すなわち、(c)判決は、賃借権そのものの確認請求にとどまる場合には、請求の趣旨及び判決主文に賃料額等の賃借権の条件記載を不要とする旨、原告及び裁判所の双方に対して一種の行為規範を提示していると理解することが可能であるように思われる。(c)判決をこのように理解するなら、少なくとも、(c)判決が提示した規範に沿って参加人の申立書によれば地代の記載がされていないのに裁判所が主文に地代額の記載をしたために、裁判所がどのような意図で地代額を主文に記載したのかが正面から問題となるような事案においては、記載の必要がないとされているにもかかわらず、裁判所が地代額を判決「事実及び理由」中の「請求の趣旨」欄に記載していれば、地代の部分に関しても裁判所は審判対象として原告から判断を求められていたとの認識を有しており、そのような認識に基づいて裁判所は判決主文に地代額を記載したと認定すべきではないかと考えられる。このことは同時に、(c)判決以降裁判所が判決効を及ぼす意図で主文に賃料の記載をしていると認められるにもかかわらず、原告が賃料を審判対象としない意思であったことのみをもって主文の判決効を限定させることが困難になったことを意味すると思われる。

しかし、本判決は必ずしも(a)判決に反して賃料等賃借権の条件を賃借権の特定要素と読むことを否定する趣旨ではないと考える。そのことは、本判決が賃借権そのものの確認のみを求め、地代の確認を求めていない原告の請求に対して、地代額をも主文に記載した第一審判決を当然に処分権主義違反と判断せずに、あえて第一審裁判所がいかなる意思に基づいて主文に地代額を記載したのかの検討を行っていることからも明らかである。もっとも、既に述べた通り、本判決は(a)判決とは判断構造（判決効の範囲について原告の意思を重視するのか、裁判所の意思を重視するのか）及び結論を異にしている。しかし、これらの差は、①参加人による申立書「請求の趣旨」欄に地代の記載がないこと②そのために、判決主文中の地代記載部分が賃借権を

特定する趣旨で記載されたのか判決効を及ぼす趣旨で記載したのかについて、参加人ではなく、判決を下した裁判所の認識が正面から問題となったこと③そして、裁判所が「事実及び理由」中の「請求の趣旨」欄に地代の記載をしており、(c)判決の存在を併せて考えれば、第一審裁判所は地代に対しても審判対象ととらえていたと認められ、地代額の記載を賃借権の特定要素とは読めなかったこと、の本事例における諸事情が影響したと結果であると考える。

3．学説

学説は、判決主文記載事項全てに判決効が及ぶとする立場[17]と、判決効は賃借権を確認する部分にしか及ばず、賃料等の賃借権の条件が主文に記載されていたとしても、その記載は常に賃借権を特定する意味でしかないとする立場[18]、本来的には既判力を生ずべき事項以外は主文に記載すべきでないが、請求の趣旨の記載にも賃借権を特定するためのみの事項が含まれていることがありうるから、結局、判決理由からみて、いかなる範囲の事項が実際に両当事者の攻撃防御の対象とされ、それについて手続権の保障があったと認められるかによって判決効の範囲を決するほかない、とする立場[19]、判決主文に賃料等の賃借権の条件の記載がされた場合には、当事者（原告の意思）によって決まるとする立場[20]、に分かれる。

判決主文記載事項全てに判決効が及ぶとする説は、賃借権確認請求の際には必ず「賃料等賃借権の条件を伴う賃借権の確認」をしなければならず、この範囲で判決効が生じる、とするものと（上述二3参照[21]）、判決主文記載事項イコール既判力の範囲を比較的厳格に解することを根拠にするもの[22]、に分かれる。

判決効は賃借権を確認する部分にしか及ばず、賃料等の賃借権の条件が主文に記載されていたとしても、その記載は常に賃借権を特定する意味でしかないとする説は、賃料の確認の利益は認められないことを根拠とする（上述二3参照[23]）。もっとも、この説が賃料以外の賃借権の条件についても確認の利益を認めないとするのかについては不明である。

本来的には既判力を生ずべき事項以外は主文に記載すべきでないが、請求の趣旨の記載にも賃借権を特定するためのみの事項が含まれていることがありうるから、結局、判決理由からみて、いかなる範囲の事項が実際に両当事者の攻撃防御の対象とされ、それについて手続権の保障があったと認められるかによって判決効の範囲を決するほかない、とする説は、実務上賃借権を特定するための事項をも主文に記載する例が少なくない

ことを根拠とする。[24]

判決主文に賃料等の賃借権の条件の記載がされた場合には、当事者（原告の意思）によって決まるとする説は、通常賃借権確認請求における主たる関心は使用収益をめぐる紛争であり、賃料・賃借期間、その他の法律関係は、いわば眼中になく、審理上もそこまで十分に尽くされていないことが多いこと、これらの理由により、実務で仮に賃借権が具体的内容で表示されているからといって、そのまま既判力が及ぶことを肯定するのは妥当ではないことを根拠とする。[25]

4．小括

上述学説の内、判決理由から当該賃借権の条件が攻撃防御対象となっていたか、手続保障があったかを検討することにより判決効が及んでいるかどうかを決するとの立場、あるいは原告の意思によって決するとの立場は、賃料等賃借権の条件が判決主文中に記載されていても、判決効が及ぶ場合と判決効が及ばない場合があることを正面から認める立場であり、(a)判決を最も良く説明しているように思われる。しかし、(a)判決を説明するこれらの学説が言うように、賃料等賃借権の条件が判決主文に記載されていてもその部分に判決効が及ぶかどうかについて一義的に判別ができず、判決効が及ぶ場合と及ばない場合があり、これは判決理由から検討しなければわからないというのでは、後の新たな紛争を招きかねない。

もっとも、原告の申立事項が不明瞭であった場合には裁判所による釈明・解釈の余地があるし、また主文記載事項の全てについても当然判決効が及ぶわけではない。(a)判決事案では原告は請求の趣旨に賃貸借契約の確認を求めるとともに地代額、賃貸借期間をも記載しており、原告の申立事項は何であったのかがそもそも不明確な事案であった。

しかし、(a)判決後に出された(c)判決は、裁判所に対しても原告に対しても賃借権そのものの確認のみ請求する場合には、賃料等の賃借権の条件の記載は不要であるとの行為規範を提示していると理解されうる。とすれば、恐らく今後は、賃借権確認請求の原告は、請求の趣旨に記載した賃料等賃借権の条件部分を賃借権の特定要素として記載した旨の陳述をすることは許されないだろうし、仮に原告が判決効を求める意思なく賃借権の特定要素として請求の趣旨に賃料等の条件を記載した場合に、当該条件部分に判決効が及ぶのを防ぐためには請求の縮小をしなければならないであろう。また裁判所も、判決主文の賃料等賃借権の条件部分につき賃借権の特定要素であるからこの部分

に既判力は及ばない旨判断することが困難になるのではないかと考える。

但し、(c)判決が現在のところ提示している上述行為規範は、賃借権そのものの確認を求める場合には、賃料額等の賃借権の条件の記載をしてはいけないとのきつい規範ではなく、現在のところはゆるやかな規範提示にとどまっていると解される。これは、本判決が賃借権そのものの確認を求め請求の趣旨に地代額の記載をしなかった申立に対して出された地代額を含む賃借権を確認する主文を当然処分権主義違反の判決とせずに、一審裁判所がいかなる意図をもって判決主文に地代額の記載をしたのかについて検討していることから明らかであるように思われる。

しかし、以上のような(c)判決を受けて出された本判決は、(a)判決を説明する上述の学説が考える程、主文に記載されたにもかかわらず、賃料等賃借権の条件部分に既判力が生じない場合を裁判所が広くとらえていないことを示しているものと思われる。実質的には、(a)判決を変更する方向性を有していると解し得るのではないか。

五　おわりに

本判決は、第一審判決において当事者が申し立てていない事項について判決をした違法があり、更に控訴審判決では、このような違法な判決を看過して控訴人の控訴を却下した点に違法があるにもかかわらず、第一審判決を取消すことなく控訴審判決のみを破棄し、控訴審において地代額の確認をも求めた参加人の請求につき審理をするため、原審に差戻しをしている。

最高裁がなぜこのような扱いをしたのかは不明であるが、仮に最高裁が原審判決を破棄し、第一審判決を取消しした上で参加人の賃借権そのものの確認請求を認容する自判をすれば、参加人が控訴審で請求を拡張し、地代額の確認を求める意思を明らかにしたことが無意味となり、参加人が地代額の確認をなお求めるためには、別訴に依らざるを得なくなるため、参加人の利益を考慮したとも考えられる。しかし他方で、当事者が申し立てていない事項について判決をした違法がある第一審判決に対し、参加人が控訴後に請求を拡張して第一審判決と審判対象を同じくしていることから、このことにより最高裁は第一審判決の違法が治癒されたとみている可能性もあるものと考える。(26)

（1）兼子一原著『条解民事訴訟法（第二版）』五二〇頁［竹下守夫］（弘文堂、平成二三年）、奈良次郎「消極的確認の訴について」民訴雑誌二一巻八二頁（一九七五年）。

（2）長谷部茂吉「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和三二年度一六頁（昭和三三年）、最判昭和三二年一月三一日少数意見（真野判事）、柏木邦良『既判力の客観的範囲の研究』二五二－二五三頁（リンパック有限会社、二〇〇一年）。

（3）鈴木俊光「判批」法律論叢三二巻一号一二九頁（一九五七年）、山木戸克己「判批」民商法雑誌三六巻一号八八頁（昭和三二年）、斉藤秀夫「判批」判時五八一号一一八頁（一九七〇年）、奈良・前掲注（1）七一頁、兼子一ほか編『判例民事訴訟法中巻』一七五－一七六頁（酒井書店、一九七六年）。

（4）賃借権に関する訴訟の場合には、賃借権の特定のため賃貸人と賃借人、目的物件、始期と期間及び賃料と目的などまでを記載しなければならないと考えるのが一般的であるとする。菊井維大他編『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』四四頁（日本評論社、二〇〇八年）。

（5）兼子一ほか編前掲注（3）一七五－一七六頁では、「賃借権の存否、条件等が全面的に争われている場合と、その期間だけが争いとなっている場合…とでは請求の趣旨の表示はことなるべきものである。前者ではふつう当事者、目的物、始期、期間、賃料、賃借目的物まで記載しているが、常にそれらの表示全部が必要なのではなく…表示の一部は賃借権特定のための手段とも解し得る。しかし、不必要な記載は単に無用であるのみならず、これに対応した判決と相まって紛議の余地を残し有害なことすらある…」とする。また、奈良・前掲注（1）七一頁は「主張され（したがって争われている）法律関係が賃借権それ自体の存否にとどまるときには、賃貸借の当事者・成立日時・対象物件（例甲不動産）などを具体的にすることによって、当該賃借権が特定しているといえる…から、当該賃借権の賃料・期間・目的などの賃借権の具体的内容を（請求の趣旨において）明らかにすることを要しなく、むしろ、明らかにすべきでないといえる」と述べる。

（6）兼子一『新修民事訴訟法体系』一五五頁（酒井書店、一九六四年）

（7）賃料確認に関して平澤雄二「賃料額の確認を求める訴え」判タ三六三号五〇頁（一九七八年）。

（8）尚、東京地判昭和六〇年一〇月一五日は、地代増額請求行使後賃貸人が提起した賃料額確認請求訴訟において、時効により消滅した賃料債権につき賃料額確認の訴えの利益を欠くと判示された事案であるが、「賃貸借契約の一内容たる賃料の額について争いがあるため、その

確認を求めるものであって、法律関係確認の訴であると解される。」と述べる。

(9) 山木戸・前掲注（3）八八頁。

(10) 否定説として、鈴木・前掲注（3）一三〇－一三一頁。

(11) 山木戸・前掲注（3）八八頁、平澤・前掲注（7）五八頁、三ヶ月章『民事訴訟法』一一三頁（有斐閣、初版、昭和三四年）、奈良・前掲注（1）七九頁。尚、小山昇『民事訴訟法』三七六頁（青林書院新社、五訂版、一九八九年）は、上述(a)判決につき「賃料債務の存否ないしその額の確定を求める請求でないから、賃料額は既判力を生ずべき判決事項ではない」と述べており、賃料債務の存否ないしその額の確定を求める請求を認める趣旨であるように思われる。

(12) 鈴木・前掲注（3）一二八－一三一頁。

(13) 平澤・前掲注（7）五八頁。

(14) これを示唆するものとして、大阪高判昭和四九年一二月一六日高民集二七巻七・八号九八〇頁。

(15) 山下寛ほか「賃料増減請求訴訟をめぐる諸問題（下）」判タ一二九〇号五七頁（二〇〇九年）、樋口正樹「賃料増・減額請求訴訟の主文」塚原朋一編『事例と解説・民事裁判の主文』九三頁、（新日本法規出版、平成一八年）。

(16) (a)判決においても、控訴審裁判所判決を見ると地代額についても判決効を及ぼす意図をもって原審裁判所は地代額を判決主文に記載したと見受けられる。

(17) 長谷部・前掲注（2）一八頁、山木戸・前掲注（2）八八頁、斉藤・前掲注（3）一二〇頁。

(18) 鈴木・前掲注（3）一二八頁。

(19) 竹下・前掲注（1）五二〇頁。

(20) 奈良・前掲注（1）八一－八二頁。

(21) 長谷部・前掲注（2）一八頁

(22) 山木戸・前掲注（3）八八頁、山木戸は、請求を超過した裁判は超過部分につき既判力を生ずるかの点について、肯定するとともに救済方法を考慮すべきとする。同『民事訴訟法講義』二〇七頁（三和書房、第一〇版、昭和三六年）。

(23) 鈴木・前掲注（3）一三〇－一三一頁。

(24) 竹下・前掲注（1）五二〇頁。

(25) 奈良・前掲注（1）八二頁。

(26) 竹下・前掲注（1）一三五九頁は、処分権主義違反判決により利益を受けた当事者は、上級審で訴えの変更または請求の拡張ができる限り、その判決内容に対応する請求を追加しまたは当初の請求を拡張することによって、その瑕疵を治癒させ、上訴の棄却を求めることができるとする。また奈良博士は、処分権主義違反判決は相手方の控訴があると、原告であった当事者が、第二審において、第一審で申し立てなかった事項について、新に

そのような申立てをすることによって、処分権主義違反の瑕疵は治癒されうるとする。賀集唱他編『基本法コンメンタール民事訴訟法二』二七三頁［奈良次郎］（日本評論社、第三版、二〇〇七年）。処分権違反判決の違法が治癒される場合として、竹下、奈良両博士が述べるこれらの場合はどちらも、給付訴訟等、処分権主義違反判決により利益を受ける者と不利益を受ける者を明確に峻別できることを前提に、不利益を受けた者による控訴に対して利益を受けた者が控訴審において請求を拡張する場面を想定しているように思われる。しかし、確認請求においては、給付請求のように処分権主義違反判決に対して誰が利益を受け、誰が不利益を受けるのかについて明確に峻別できない。そのため、給付請求のように、処分権主義違反判決によって不利益を受けた者の控訴に対し利益を受けた者が控訴審で原審判決に合わせて請求を拡張するとは限らず、本件のように、不利益を受けた者が控訴し、かつ控訴審で第一審判決に合わせて請求を拡張することもあり得るが、このような場合にも控訴審での請求の拡張により第一審判決の違法性が治癒されると考えるべきかどうかについては、問題となり得るように思われる。

判例研究

社会保障判例研究

川久保　寛

介護保険法22条３項にいう「偽りその他不正の手段」と介護報酬・加算金の返還について

最一小平成23年７月14日判決

（平成21年（行ヒ）第401号損害賠償（住民訴訟）請求事件）

判例時報2129号31頁

Ⅰ．事実の概要

介護保険法（平成17年改正前。以下、「法」という）は、都道府県知事に事業者の指定権限を与える（居宅サービスについて70条[1]）とともに、その指定を受けた事業者（以下、「指定事業者」という）に当該指定に係る事業所ごとに厚生省令（当時）で定める員数の従業者を有することを求めている（74条１項）。これを受けた「指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準」（平成11年３月31日厚生省令第37号。以下、「人員基準」という）６条は、「…事業所ごとに専らその職務に従事する常勤の管理者を置」くことを求めている。この管理者について、人員基準は「…支障がない場合は、当該指定訪問介護事業の他の事業にも従事し、又は同一敷地内にある他の事業所、施設等の職務に従事することができる」（６条ただし書き）としつつ、「…従業者及び業務の管理を、一元的に行わなければならない。」（28条１項）としている。なお、人員

[1] 居宅サービスは訪問介護事業や通所介護事業等を含む給付であり、規定ぶりから、基幹となる保険給付に位置付けられる。以下、本稿では、特に断りのない限り居宅サービスにかかる条文を挙げる。

基準６条にいう「常勤」については、人員基準を受けた通達である「指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準について」（平成11年９月17日厚生省老企第25号。以下、「人員基準通達」という）において、「当該事業所における勤務時間が、当該事業所において定められている常勤の従業者が従事すべき時間数（32時間を下回る場合は32時間を基本とする。）に達していること」とされる。

本件で問題となった社会福祉法人は、A を管理者として訪問介護事業、通所介護事業および居宅介護支援事業について法にもとづく申請をし、大阪府知事の指定を受けていた。A は社会福祉法人理事の配偶者であり、申請当時から問題となるまで、事業所から直線距離で約10キロ離れた幼稚園の事務長を務めていた。

大阪府知事は社会福祉法人に対して調査[2]を行ったのち、訪問介護事業において不正な介護報酬の請求があったとして指定を取り消すとともに、通所介護事業において不適正な介護報酬の請求があったとして自主的な点検により介護報酬を返還するよう勧告した。同時に、介護保険の保険者である堺市は、法22条３項にもとづいて訪問介護事業における不正請求にかかる介護報酬の返還と加算金の支払いを求め、弁済を受けた。また、堺市は、社会福祉法人の自主点検の結果を待ち、法22条３項にもとづいて通所介護事業における不適正な介護報酬の返還を求め、弁済を受けた。

これに対して、堺市に住む住民である原告らは、通所介護事業における不適正な介護報酬の請求についても、被告堺市が社会福祉法人に対して加算金の請求をするべきであると主張するとともに、A が管理者としての職務を果たしえず、社会福祉法人の受けた指定すべてが無効であり、社会福祉法人は不適正な介護報酬を請求していたとして、堺市が社会福祉法人に対して（返還した分を除いて）受領した介護報酬全額の返還を請求すべきであると主張して、地方自治法242条の２にもとづいて監査を経たのちに住民訴訟を提起した。

第１審[3]は、社会福祉法人が人員基準の充足を偽るために看護師の派遣契約を締結し、実際には人員基準を一定期間充足していなかったことから、３か月間のみ不正な介護請求があったとしたものの、加算金を算定するための証拠が

[2] 法76条で規定されている調査で、定期的に行われている。
[3] 大阪地裁平成20年１月30日判決（判自311号69頁）。

ないことを理由に、通所介護事業について加算金も請求すべきとの原告の請求を棄却した。

一方、社会福祉法人が申請時にAが幼稚園の事務長であることを経歴書に記載しなかったことについて、Aが人員基準6条で求められる常勤の管理者に該当しないことを知りながらあえて虚偽の記載をしたとし、「不正の手段により本件各指定を受けたと推認することができる。もっとも、Aが、本件各指定申請当時、本件幼稚園の事務長をしていたとしても、近い将来事務長の職を辞する予定であった場合や事務長の肩書はあるものの実際の事務量は少なく、本件各センターの管理者として常勤できる見込みがあった場合などは、仮にAの経歴を偽らずに記載しても、これらの実情を説明することにより、本件各指定を受けることができたと考え得るから、このような場合には、不正の手段により本件各指定を受けたとはいえない。」とし、意図的な虚偽記載によって指定を受けたとしてもなお「実情」によっては違法の推認を覆せる旨判示した。しかし、本件ではそうした実情は認められず、社会福祉法人が受けた各事業についての指定が不正の手段によるものであると認定し、すでに返還した分を除き、これまで受領した介護報酬全額の返還請求をすべきであるとの原告の主張を認容した。

原告および被告のいずれも1審判決を不服として控訴した。なお、社会福祉法人が被告の補助参加人として訴訟参加した。

原審[4]は、通所介護事業にかかる加算金請求ならびに常勤の管理者について1審判決とほぼ同様に判示し、結論として1審を維持したが、法22条3項の趣旨について興味深い判示をしている。

1つは、サービス提供者である事業所とサービスを受領した被保険者、保険者である市町村の三者の法的関係を踏まえた判示であり、「法が求める具体的な介護サービスが行われたか否かによって上記返還の可否を分けていないから、被告の〔たとえ管理者が不在であっても、それによって直ちにサービス提供が無効になったり介護報酬が不当な利得になったりしないとの（筆者注）〕上記主張は採用できない。（法22条3項は、その文言に照らし、偽りその他不正の行為によって市町村が介護報酬を支払ったこと自体を損害又は損失とみな

[4] 大阪高裁平成21年7月23日判決（LEX文献番号25441716）。評釈として、小西啓文「判例研究」季刊社会保障研究45巻4号（2010年）70頁。

していると解される。)」とした。

もう１つは、介護報酬の返還請求と加算金の返還請求における市町村長の裁量が異なるとした判示であり、介護報酬の請求が「…加算金請求とは異なり、現実に支払われた（したがって、市町村が現実に失った）介護報酬相当額の回復を内容とする債権について、市町村の長が行使するしないの裁量権を有するとは解され」ないとする一方で、「法22条は、加算金について、『支払わせることができる。』と規定していること、加算金は、市町村が介護報酬として支払った額そのものではなく、これに加えて請求することが法により特に認められているものであることに鑑みれば、加算金を請求するかどうかは、市町村の長の裁量に属するというべきである。」とした。

このうち、すでに返還した分を除き、社会福祉法人がこれまで受領した介護報酬全額の返還請求をすべきとした結論を不服として堺市が上告した（したがって、通所介護事業にかかる加算金について最高裁は判断していない)。

Ⅱ．判旨　　破棄自判（上告人堺市敗訴部分破棄）

「介護報酬は所定の要件と基準を満たす場合に市町村から事業者に対して支払われるものであり（介護保険法41条、46条)、これを欠いた支払が事業者に対してされた場合には､市町村は事業者に不当利得の返還を求め得ると解される。そして、介護保険法22条３項は、事業者が上記支払を受けるに当たり偽りその他不正の行為をした場合における介護報酬の不当利得返還義務についての特則を設けたものと解される。そうすると、事業者が同項に基づき介護報酬の返還義務を負うものと認められるためには、その前提として、事業者が介護報酬の支払を受けたことに法律上の原因がないといえる場合であることを要するというべきである。」

「…参加人〔社会福祉法人〕が不正の手段によって指定を受けたという指定当初からの瑕疵の存在を理由とする大阪府知事による本件各指定の取消しはされておらず、また、参加人が大阪府知事から本件各指定を受けるに当たっての原審の認定に係る…経緯も、本件各指定を無効とするほどの瑕疵の存在をうかがわせるものとはいえない。そうすると、参加人が前記の既に返還済みの部分を除いた介護報酬の支払を受けたことにつき、不正の手段によって指定を受けたことの一事をもって、直ちに法律上の原因がないということはできず、他に法律上の原因がないことをうかがわせる事情もない。

以上によれば、参加人は、堺市に対し、被上告人の請求に係る介護保険法22条３項に基づく介護報酬の返還義務を負うものではないというべきである。」

補足意見（宮川光治裁判官）

「都道府県知事が事業者に係る指定を取り消す行為は、介護保険法の条項（77条１項、84条１項）から明らかなとおり、裁量行為である。これは利用者に対するサービスの継続性・安定性の確保という要請を考慮する必要があるからであると理解できる。本件当時においても、指定取消処分に到るまでには、多段階にわたる指導や監査の過程があり、指導に従い是正されるなどした場合には、指定の取消しがなされないこともあり得たところである。」

「記録によれば、大阪府知事は参加人に対し管理者を改善する等の措置を講じるよう改善指導を行っており、参加人はこれに従い新たな管理者を配置した事実がうかがわれる。大阪府知事は、事業者としての適性判断と介護サービスを受けている利用者のニーズを総合的に考慮して、参加人について指定取消処分を行わなかったとみることができるであろう。このように、大阪府知事が被上告人の主張する不正な手段により指定を受けたという事由で指定取消処分をしていないにもかかわらず、参加人が支払を受けた介護報酬について裁判所が上記事由の一事をもって返還義務を肯定することは、実質上、指定取消処分と同じ効果を生じさせることとなり、大阪府知事の裁量権を否定するに等しく、相当でないと思われる。」

Ⅲ．検討

１．はじめに

本判決は、市町村長[5]が指定事業者に対して事後的に行った、法22条３項にもとづく介護報酬等の返還請求について判断した初めての最高裁判例である[6]。

---

[5] 特に断りのない限り、特別区長を含むものとする。

[6] 本判決を紹介するものとして、室井敬司「演習　行政法」法学教室380号（2012年）150頁、上原克之「介護保険法における介護報酬の不当利得返還義務の有無」民商法雑誌145巻６号（2012年）47頁参照。本判決の評釈として、岩村正彦「判例研究」季刊社会保障研究48巻１号（2012年）97頁、田中孝男「住民訴訟において介護報酬の不正請求に係る不当利得返還請求をするよう求める請求が認められなかった事例」TKC 速報判例解説（LEX 文献番号25443558）参照。

また、介護保険法における都道府県知事による指定取消処分と市町村長による返還請求の法的関係について判断した初めての判例でもある。

介護保険法が施行されて長年経過しているが、その裁判例の多くは介護事故か、保険料の算定ないし賦課に関わるものである[7]。一方、数次にわたる改正によって都道府県および市町村の役割は大きく変化した[8]。本件は介護保険法の大改正とされる平成17年（2005年）改正[9]以前の法に基づいた事案であり、本判例の射程がどこまで現行法に及ぶのか、慎重に検討する必要がある。

以下では、まず介護保険制度における市町村長の権能について確認する(2)。介護報酬の返還請求が２つの場面で見られることを明らかにする。次に、本件で問題となった法22条３項について取り上げる（3)。法22条３項の問題点および実際に解釈・適用されたこれまでの裁判例について検討する。そして、本判決を確認し（4)、その意義と評価について述べる（5)。

なお、本件は、地方自治法にいう住民訴訟であり、介護保険法の保険者としての堺市長の権限不行使が争われた。住民訴訟における首長の権限不行使についても検討すべきと思われるが、以下では、本件における具体的な問題点である介護保険法に焦点を絞って検討を行うこととしたい。また、本稿における法令は、特に断りがない限り本件で適用された法令（平成17年改正前の法）である。

２．介護保険法における市町村長の権能

法における市町村長の役割は非常に多岐に渡る[10]。以下では、介護報酬をめぐる２つの場面、すなわち審査および支払いの場面と事業者の取消しが関係す

---

[7] 加藤智章ほか編『新版社会保障・社会福祉判例体系４　社会福祉・生活保護』（旬報社、2009年）161頁〔菊池馨実・長沼建一郎〕、244頁〔菊池馨実〕。

[8] 公的規制の観点から整理するものとして、豊島明子「福祉サービスの供給体制」社会保障法25号（2010年）113頁。また、小西啓文「介護保険法にみる地方分権改革推進の功罪」社会保障法27号（2012年）21頁参照。

[9] 平成17年改正について、介護保険法規研究会監修『新しい介護保険法』（中央法規、2005年)、笠木映里「医療・介護・障害者福祉と地方公共団体」ジュリスト1327号（2007年）27頁。また、岩村正彦「社会保障法の10年　高齢化への対応を中心に」ジュリスト1414号（2011年）178頁参照。

[10] 詳細に検討するものとして、新田秀樹『社会保障改革の視座』（信山社、2000年）231頁。

る場面について検討する。

(1) 報酬請求の審査および支払い

法は市町村を保険者とし（３条)、要支援ないし要介護状態の被保険者が指定事業者からサービスを受けた場合に、被保険者に費用の９割を支払うという給付を支給する（41条１項および４項)。しかし、実際は保険者から指定事業者へ直接支払われ[11]、被保険者は、指定事業者へ１割の自己負担を支払い、指定事業者からサービスを受領している。このような取扱いにおいて、保険者は、指定事業者からの請求を審査し、法に適合するサービスを提供しているときにのみ、指定事業者へ介護報酬を支払う（同条９項)。この審査は委託することができ（同条10項)、実際は各都道府県ごとの国民健康保険団体連合会（以下、「連合会」という）が行うことが多い[12]。このような介護報酬の審査は、健康保険については社会保険診療報酬支払基金が審査業務を行う（健康保険法76条５項）という違いはあるものの[13]、医療保険における診療報酬の審査支払制度ときわめて類似の構造を持つ[14 15]。

いずれの審査も書面[16]審査を中心に行われており、特に適否の判断が難しいものについては医師等の審査委員によって審査される[17]。言い換えれば、指定事業者が法に適合したサービスを行っているかどうかについて、報酬の審査を通じて第一義的に審査支払機関が評価している[18]。この審査結果を受けて、保

---

[11] いわゆる代理受領方式である（41条６項)。この代理受領方式において保険者から指定事業者へ支払われる保険給付相当分の金銭が介護報酬である。

[12] 碓井光明『社会保障財政法精義』（信山社、2009年）330頁。

[13] 国民健康保険については連合会である（国民健康保険法83条)。

[14] 碓井・前掲注（12）212頁以下および336頁。

[15] 医療保険について加藤智章「医療保険法における減点査定の手続きと判例法理」山形大学紀要（社会科学）18巻１号（1987年）75頁、笠木映里『公的医療保険の給付範囲　比較法を手がかりとした基礎的考察』(有斐閣、2008年) 37頁。

[16] この書面がいわゆるレセプトである。

[17] 社会保険研究所編『介護保険制度の解説』(社会保険研究所、2008年）336頁、笠木・前掲注（15）40頁。

[18] ただし、これは法令等の定める基準に請求が適合的かどうかを判断しているにすぎず、法的に決定されているわけではないとされる。笠木・前掲注（15）38頁参照。

険者が金銭を支出するが、調整を行ったうえで支出することとなっており、場合によっては保険者たる市町村が指定事業者と直接やり取りすることもありえる[19]。

このような指定事業者からの請求に対して審査支払機関が審査をする制度において、審査・調整の結果、指定事業者の請求に問題があるとして報酬が減額されることや支払いが拒絶されることもありえる(いわゆる減点査定)。したがって、この場面では市町村長が事後的に報酬の返還請求をすることは想定されていなかった。

しかし、近年、保険財政の悪化等を理由とした保険者機能の強化が求められるようになり、とりわけ医療保険において、保険者が自らレセプトの再チェックを行い、保険給付の適正化を図る動きがある[20]。この場合、市町村長によって、いったん支払われた報酬について、事後的に返還請求されることになる。したがって、市町村長が指定事業者との間で介護報酬の返還をめぐって争う事例として、報酬の審査支払と関連する場合が挙げられる。

(2) 事業者の指定とその取消し

これとは別に、介護報酬の、それも返還のみをめぐって争う事例が考えられる。典型的には、指定取消処分を受けた事業者に対して、法の求める報酬を受領する要件に欠けるとして保険者が事後的に報酬の返還を求める場合である。その際、保険者たる市町村長による返還請求と、都道府県知事による処分との関係が問題となる。

法は事業者の指定権限および取消権限を都道府県知事に与えている（41条１項および77条１項)[21] [22]。法が、市町村を保険者としつつ、都道府県に「必要な

---

[19] 請求をめぐって、市町村は事業者に文書等を提出させることができる（23条１項)。西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、2003年）208頁、加藤・前掲注（15）92頁、とりわけ注（25）参照。

[20] 加藤智章ほか『社会保障法　第４版』（有斐閣、2009年）161頁〔倉田聡〕、178頁〔加藤智章〕。

[21] この指定の法的性質について解釈が分かれているが、ひとまず措く。西村・前掲注（19）310頁、新田・前掲注（10）270頁・注（21)、増田幸弘「介護供給体制の組織と構造　サービスの質を保証する視点から」講座社会保障法第４巻『医療保障法・介護保障法』（法律文化社、2001年）194頁。

[22] 大沢光「介護保険法における指定制度の法的意味」神長勲ほか編『公共性の

助言及び適切な援助」（５条２項）をするよう求め、市町村長とともに都道府県知事にも、指定事業者へ指定にかかる報告等を求める権限を与えている（76条）ことからすると、介護保険制度において都道府県（知事）の果たすべき役割は、医療保険制度におけるそれと比して非常に大きいといえよう[23]。

なお、指定取消しの手続きにおいて、人員基準違反を理由にした場合に限られるものの、人員基準通達に規定がある。すなわち、指定事業者が人員基準に違反していることが明らかになった場合、都道府県知事は、まず勧告を行い、次に命令をし、そのうえで指定の取消しをすることとされている[24]。したがって、人員基準に違反していることが明らかな場合であっても、悪質でなければ、すぐに指定が取り消されることはない[25]。

一方、法は、市町村に第三者に対する損害賠償の求償権（21条）とともに、不正な保険給付の受給者、それにかかわった医師や歯科医師に対する当該給付の全部または一部の返還請求権を与えており、さらに、事業者[26]が「偽りその他不正の行為により」介護報酬を受領した場合に、介護報酬の返還および加算金を請求する権利を明記している（22条）。

この返還金および加算金は（国税滞納処分に倣って処理する）社会保険法上の徴収金にあたらないとされ、４割の加算金は、健康保険で徐々に割合が引き上げられたことに伴い、不当利得返還請求債権の利息（５％）の特則というよりも、不正請求の一般的な抑止を目的とした制裁措置（懲罰的な損害賠償に近いもの）と考えられてきた[27]。また、法22条３項そのものは「不当利得返還請求であれば、本来、その受給の基礎となる法律行為（あるいは支給処分）を遡及的に無効としあるいは取り消すことがなければ、請求しえないものを、先立つ法律行為等を法律上の要件とすることなく、直接請求しうることを特別に定

法構造　室井力先生古稀記念論文集』（勁草書房、2004年）599頁。

[23] 大沢・前掲注（22）603頁。

[24] 人員基準通達第１　２。なお、都道府県知事による勧告および命令は、平成17年改正で法に明文化された。

[25] 人員基準通達の規定ぶりを見る限り、指定の取消しについて都道府県知事に広範な裁量があると思われる（第１　２［1］～［3］、４参照）。

[26] ここでは指定事業者だけには限られない。

[27] 岩村正彦『社会保障法Ⅰ』（有斐閣、2001年）70頁、岩村･前掲注（6）99頁。

めたもの」[28]とされていた。つまり、すでに履行が終了している被保険者と指定事業者間の契約についても、事後的に、保険者が指定事業者へ介護報酬の返還請求を行いうることになる。

市町村長によるこの権限の行使において、都道府県知事による指定事業者に対する調査との密接な関係が見られる[29]。具体的には、都道府県知事の行った調査の結果を受けて、市町村長が介護報酬の返還および加算金を請求するという実務である。都道府県知事による調査は事業者が各種規定や通知に従った適正な運営をしているかに主眼が置かれている。この調査の結果によって、指定事業者に対して資格の停止や指定の取消しが行われることもあり得、その場合には事業者は介護保険の市場から退出することになる。そのうえ、指定を取り消された事業者は、市町村長が22条３項にもとづいて介護報酬等の請求を行った場合、それらの支払いをしなければならない。つまり、市町村長が指定事業者との間で介護報酬の返還をめぐって争う事例として、指定取消しと関連する場合が考えられる。

３．介護報酬等の返還請求と法22条３項の解釈・適用

（1）介護報酬等の返還請求と法22条３項の解釈

以上の法的枠組みを前提として、市町村長が介護報酬等の返還請求を行う場合、いずれも法22条３項が根拠となる[30]。しかし、その際に注意すべき点が２つある。

第一に、都道府県知事による指定事業者の取消権限の行使と、市町村長による介護報酬ないし加算金の返還請求権の行使の関係である。

法22条３項は指定取消しとの関係について何ら触れておらず、文言上、「偽りその他不正の行為により…支払を受けたとき」とするのみである。つまり、本件において大阪府知事による訪問介護事業の指定取消しと同時に、堺市長は

[28] 上原・前掲注（6）51頁。また、岩村・前掲注（27）71頁参照。

[29] 本件も指定取消しと関連して報酬等の返還請求が為された。後述する裁判例においても同様である。また、わかりやすく伝えるものとして日経ヘルスケア（2004年６月）68頁参照。

[30] 事後的に事業者へ返還請求を行う場合に限られる。したがって、繰り返しになるが、２（1）においてはかなり想定しがたく、通常は民法上の不当利得に基づくものとなろう。

介護報酬および加算金の請求をしているが、大阪府知事による指定取消しは、堺市長による請求行為の要件とはされていない。実務においても、指定取消しがなされなかった事業者に対して、介護報酬等の返還請求がなされている都道府県がある[31]。

第二に、介護報酬の返還請求と、加算金の返還請求の関係である。

法22条３項は、市町村長による事業者に対する加算金の請求を介護報酬の返還請求に付帯させている。つまり、文言上は、市町村長が事業者に介護報酬の返還請求をするかにつき裁量が存在し[32]、さらに加算金を合わせて請求するかどうかについて裁量が存在する。それゆえ、大阪府知事が訪問介護事業の指定を取り消し、通所介護事業の指定を取り消さなかった本件においても、なお堺市が通所介護事業について加算金を請求することは十分にあり得ることであった。また、堺市が、訪問介護事業について加算金を請求せず、介護報酬のみの返還請求にとどめることもあり得た。

実務上、介護報酬ないし加算金の返還請求については都道府県ごとの差が大きいとされているが[33]、法的にも解釈の余地が大きいということができる。これまでの裁判例を検討しても同様である。

(2) これまでの裁判例の状況

管見の限り、これまで介護報酬の返還について間接的にでも争われた裁判例は２つである[34]。

京都地裁で争われた裁判例[35]は、指定を取り消された事業者に対し、介護保険法22条３項にもとづいて京都市が介護報酬および加算金を請求した事案である。具体的には、訪問介護計画が作成されていなかったことおよびサービス提供責任者がいなかったことが問題とされた。

裁判所は、サービス提供責任者が実際はヘルパー業務を行う者であった事実

---

[31] 日経ヘルスケア（2004年６月）68頁。

[32] 本件原審は介護報酬について裁量がない（返還請求しなければならない）とした。

[33] 日経ヘルスケア（2004年６月）68頁。

[34] この他、老人保健法に関する裁判例（岡山地裁平成18年１月31日判決）がある。

[35] 平成18年９月29日判決（LEX 文献番号28112203）。評釈として、小島晴洋「判批」社会保障判例百選〔第４版〕別冊ジュリスト191号（2008年）232頁。

を訪問介護計画の不存在よりも重視し、人員基準を満たしていなかったとして請求を認容した。なお、「…被告会社は、法の要件を欠く居宅介護サービス事業を行ったにもかかわらず、居宅介護サービス費を請求し、原告から居宅介護サービス費の支払を受けたのであるから、偽りその他不正の行為により居宅介護サービス費の支払を受けた（法22条３項）というべきである。したがって、被告会社が支払を受けた居宅介護サービス費の合計…とその４割に相当する加算金…について、被告会社は原告に対して支払う義務がある。」としており、介護報酬の請求と加算金の請求について特段区別をしていない。

さいたま地裁で争われた裁判例[36]は、介護保険法22条３項にもとづいてさいたま市から過払い分の介護報酬の返還を求められた指定事業者が、いったん支払ったのちに、介護報酬の返還請求を行政処分として、その取消しを求めた事案である。具体的には、夜間勤務時の人員が不足していたにもかかわらず、規定通りの介護報酬を受領していたことが問題となった。

裁判所は、夜間勤務時の人員不足を認定し、介護報酬を返還すべきであったと判示した。その際、介護報酬の返還を求めてさいたま市が出した通知の処分性を否定し、行政処分の取消訴訟を却下（不当利得返還請求については棄却）するなかで、介護保険法22条について「徴収金について定めた介護保険法22条１項及び２項が、『徴収』という字句を用いて、上記各規定〔介護保険法183条等〕の適用があることを明らかにしているのとは異なり、同条３項は、支払った額につき「返還させる」ことができると規定するにとどまることに照らすと、同条３項はあえて同条１項及び２項とは別個の法的取扱いとする趣旨で上記のように規定していると解すべきであり、同条３項に定めた返還請求は公法上の債権とはせずに私法上の債権として解するのが相当である」としており、介護保険法22条３項にもとづく請求行為が、当時、行政処分ならびに行政処分から派生する各種法的効力を有していないことを明らかにした[37]。なお、指定事業者は、指定取消し等を受けてはいない。

これら裁判例を見る限り、指定取消処分と介護報酬の返還請求の関係はあい

---

[36] 平成22年６月30日判決（判自345号63頁）。

[37] 平成20年改正によって文言が変わり、法22条３項による市町村長の返還請求を行政処分と評価する余地が生まれた。碓井・前掲注（12）325頁、小西・前掲注（4）75頁参照。

まいなままであり、介護報酬の返還請求と加算金の請求についても特段検討がなされてこなかったといえる。それでは、本判決において法22条３項はどのように解釈されたのか。

４．本判決における法22条３項の解釈・適用

本判決は、①事業者が法所定の要件と基準を満たさずに介護報酬を受け取った場合には、市町村が不当利得の返還請求ができる、とする。そのうえで、②法22条３項は（①において）事業者が偽りその他不正の行為をした場合に、介護報酬の不当利得返還義務を負うことを規定しており、③その適用に際して、事業者が法律上の原因がなく介護報酬の支払いを受けていることが要件となる、とした。

①は、法22条３項の前提を示した部分である。この判示部分は、前述した介護報酬をめぐる法的枠組みのいずれにおいてもあてはまるものであり、これまでの裁判例および実務とも適合的といえる。

一方、②③は、法22条３項を解釈した部分であり、注目に値する。本判決は、法22条３項を事業者が負う不当利得返還義務の特則と解釈したうえで、その適用には、事業者による介護報酬請求の原因となった行為に法律上の原因が欠けていることが必要である、とした。

そして、本判決は、管理者の届出を理由にして大阪府知事が指定取消しをしておらず[38]、指定の無効も認められないとして、事業者が（返還した分を除いて）これまでに受領した介護報酬全額の返還をする義務を負わないと結論づけた。つまり、大阪府と事業者の間で、管理者の届出をめぐる問題が“解決”されており、法22条３項にもとづいて堺市が介護報酬の返還請求をすることはできない、ということになる。

なお、本件においては、指定取消しを受けなかった通所介護事業について、堺市が加算金の返還請求もすべきかどうか争われていたが、原審で確定している。そのため、最高裁は、法22条３項を解釈するにあたって加算金について特段の検討をしていない。

５．本判決の意義と評価

[38] 問題発覚後、大阪府から指摘を受けた社会福祉法人は A を管理者から外した。

最後に、本判決の意義を確認し、評価を試みる。

なお、法22条３項は平成20年（2008年）に改正されているが、文言の変更にとどまっておりその枠組み自体に変化はない[39]。したがって、本判決の射程は現行法にも及ぶと考えられる。

（1）本判決の意義

まず、法22条３項に基づいて事業者が返還義務を負うのは、法律上の原因がないことが要件であるとし、適用部分において指定の取消しと指定の無効を挙げた点に本判決の意義がある。

具体的には、市町村長が事業所に対して介護報酬の返還を請求する際、その前提として指定がないことを求めている。平成17年の法改正によって都道府県と市町村が共同して介護保険の運営にあたることがより強く求められたこと（現行法76条および76条の２参照）とあわせて、本判決の枠組みによれば、市町村長独自の判断において、法22条３項の権限を行使することは認められないことになる[40]。言い換えると、都道府県知事による指定の取消しや勧告といった行為を待って、市町村長が介護報酬の返還請求をすることになろう。市町村長による介護報酬の返還請求に前提条件が設けられたものであり、実務上の影響が大きいと思われる。

そして、判例として拘束力は持たないものの、都道府県知事の裁量について言及している補足意見にも一定の意義が認められる。

補足意見は、都道府県知事が持つ指定取消権限を最後の手段として位置付けたうえで、指定取消がなされていないにもかかわらず、裁判所が介護報酬を返還せよとはいえない、とする。平成20年の法改正のきっかけにいわゆるコムスン問題があったとされる[41]が、少なくとも、法22条３項にもとづく権限行使によって、市町村が事業者を市場から退出させることまでは許されない、と解釈したものといえよう。また、事業者に対する都道府県知事の処分の効力によっ

[39]「市町村は…支払った額につき返還させるほか、…100分の40を乗じて得た額を支払わせることができる。」となっていたが、平成20年改正により、「市町村は…支払った額につき返還させるべき額を徴収するほか、…100分の40を乗じて得た額を徴収することができる。」となった（下線筆者）。

[40] 老人保健法の裁判例ではあるものの、前掲注（34）は不正請求をめぐる都道府県と市町村の間の実務上の連携が認定されており、興味深い。

[41] 豊島・前掲注（8）117頁。

て市町村長の権限行使が制限されると明確に述べており、指定取消処分の効力を考える点で示唆に富む。

(2) 本判決の評価

一方で、本判決には多くの疑問を感じざるを得ない。

第一に、報酬の支払審査において市町村長が介護報酬の返還請求を行う場合に、本判決の枠組みがどこまで妥当するか、という疑問である。

先に述べたように、報酬の支払審査と指定取消しとでは、市町村長が介護報酬の返還請求を行うにあたって、法的枠組みが大きく異なる。一方、文言上はいずれにおいても法22条３項を適用しうると思われる。つまり、報酬の支払審査において、市町村長が法22条３項にもとづく介護報酬の返還請求を行うこともありえると思われる[42]。

本件では大阪府知事による指定取消しが先行しており、その関係で法22条３項が解釈されているが、報酬の支払審査の場面でどのように適用されるべきなのか、考慮されていない。確かに「偽りその他不正の行為」とされる報酬の請求は想定しがたいものの、法22条３項の解釈および適用が指定取消しの場合に限られるとまでいえるのか[43]。

第二に、保険者である市町村長の権限が限定的すぎるのではないか、という疑問である。

補足意見も踏まえて考えれば、指定事業者に対する市町村長の権限は限定的になる。たとえば支払審査において事業者の不正の発見をしても、市町村長は、報酬の減額査定を行うにとどまり、最終的には都道府県知事の権限の発動を待たねばならず、その後の財政的調整のみを許されることになる。

また、補足意見によれば、都道府県知事による事業者を名宛人とする処分の効力、いわゆる公定力によって市町村長の権限行使が限定されることになる。都道府県知事による指定取消処分にそのような効力を認める必要はあるのだろうか[44]。すでに述べたように、市町村長による事業者への処分は報酬の支払いないし返還をめぐるものが多く、都道府県知事による処分と重複するわけでは

---

[42] 一方、減点査定は不当利得にもとづいて処理される。岩村・前掲注(6)99頁参照。

[43] 本判決の判例時報匿名コメントはそのように述べる（判時2129号32頁）。

[44] 岩村・前掲注（6）101頁参照。

ない。もちろん、法において、市町村長は都道府県知事に従属するものではない。

逆に、市町村長の権限は、保険者機能強化の観点から強められるべきであると思われる。平成17年改正による都道府県との連携にかかる規定（現行法76条および76条の２）は、市町村長の権限が弱まることを意味しない。むしろ、保険者である市町村長の役割は大きくなっている[45]。事業者に対するムチともいえる事後的の報酬返還（および加算金の）請求について、法22条３項による市町村長の権限行使を限定的にするべきではないように思われる。

第三に、本判決において残された介護報酬の返還請求と加算金の請求との関係である。

これまでの裁判例および実務において、都道府県知事による取消しがないままの事業者に対する加算金の賦課や、統一的な基準を見出しがたい返還請求が見られた[46]。

本件では、大阪府知事によって取り消された訪問介護事業について介護報酬の返還および加算金が請求され、不適正とされた通所介護事業について介護報酬のみが請求された。堺市長の処分は大阪府知事による処分の差を踏まえたものと理解できる。また、原審においても、堺市長の対応を踏まえて、介護報酬の返還および加算金の請求における市町村長の裁量が検討されていた。すでに述べたように、条文上差があるにもかかわらず、適用における差が明らかになっていないことからしても、今後の検討が待たれる。

[45] 地域密着型サービス事業（現行法78条の２以下）などについて市町村に指定権限が与えられており、市町村は当該事業の実施について広範な責任を持つ。
[46] 前述２および前掲注（30）参照。

執筆者紹介（掲載順）

関口和徳　愛媛大学法文学部総合政策学科准教授
林田清明　北海道大学大学院法学研究科教授
川股修二　北海道大学大学院法学研究科専門研究員
小野寺倫子　北海道大学大学院法学研究科グローバルCOE研究員
岩本尚禧　小樽商科大学商学部企業法学科准教授
倪潤　北海道大学大学院法学研究科博士課程
稲垣美穂子　北海道大学大学院法学研究科助教
川久保寛　北海道大学大学院法学研究科博士課程

平成24年11月12日　印刷
平成24年11月18日　発行

編集人　山本哲生
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. 63 November 2012 No. 4

CONTENTS

ARTICLES

A Study on the Exclusionary Rule of the Criminal Confessions (9)
…… Kazunori SEKIGUCHI 1
Some Thoughts on Law and Social Norms From Law-Literature Perspectives: Natsume Soseki's "Mon/The Gate" and The Theater of "Rationality and Justice" …… Seimei HAYASHIDA 332[1]
The Certified Public Tax Accountant System and the Tax Compliance Environment in Japan -- A Functional Analysis of the Art. 33-2 of the Certified Public Tax Accountant Act (1) …… Shuji KAWAMATA 294[39]
L'intérêt lésé sans appartenance au sujet de droit et la responsabilité civile (3)
—— une étude sur le préjudice écologique pur ——
…… Michiko ONODERA 238[95]
Rechtswidrigkeit und Schuld des zivilen Betrugs (2)
…… Naoki IWAMOTO 174[159]

INTRODUCTION

Revision of Criminal Procedure Law of China 2012 …… Run NI 130[203]

CASE NOTE

Note on Civil Law Case …… Mihoko INAGAKI 73
Note on Social Security Law Case …… Hiroshi KAWAKUBO 112[221]

[ ]…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